

EWA ROTT-PIETRZYK*, MATEUSZ GROCHOWSKI, LL.M. (YALE)**

UMOWY POŚREDNICTWA
W OBROcie TOWARAMI LUB USŁUGAMI:
CZĘŚĆ OGÓLNA I UMOWA AGENCYJNA
(PROJEKT REFORMY)

1. WPROWADZENIE

Umowy o pośrednictwo w obrocie gospodarczym (pośrednictwo w zawieraniu umów) stanowią bez wątpienia jedno z najbardziej istotnych i funkcjonalnych (z założenia) instrumentów współczesnej praktyki kontraktowej, powszechnie wykorzystywanych w różnych sektorach rynku¹. Grupa tych umów obejmuje bez wątpienia umowę agencyjną (w tym w zakresie pośrednictwa ubezpieczeniowego), umowę dystrybucyjną i franczyzę (franchising)². Obok tego pośrednictwo przybiera także w praktyce różnego rodzaju mniej typowe³ postacie umów o charakterze „przejściowym” czy mieszanym, powoływane do życia przez strony na potrzeby poszczególnych stosunków prawnych i realizacji ich konkretnych interesów. Mimo rozpoznawalnej różnorodności umowy wykorzystujące instytucję pośrednictwa stanowią dość wyraźnie wyodrębnioną grupę kontraktów, połączonych wieloma wspólnymi cechami. Dotyczy to nie tylko ich bardziej ogólnej konstrukcji prawnej

* Autorka jest profesorem doktorem habilitowanym, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

** Autor jest doktorem, Instytut Nauk Prawnych PAN, Max Weber Fellow na European University Institute we Florencji, Affiliated Fellow w Information Society Project, Yale Law School; ORCID: 0000-0001-5013-4830.

¹ Dotyczy to m.in. rynku ubezpieczeń, pośrednictwa finansowego i pośrednictwa na rynku usług turystycznych.

² Odnosnie do desygnatów grupy umów o pośrednictwo i samej idei łączenia umów w grupy zob. E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski: *Regulacja umów o pośrednictwo w DCFR (wzorcem dla ustawodawcy polskiego?)*, *Transformacje Prawa Prywatnego* (dalej: TPP) 2017, nr 1, s. 57–60.

³ „Typowe” w znaczeniu zarówno ustawowego umownego typu (umowa agencyjna), jak i empirycznego typu umowy (jak np. dystrybucja czy franchising).

(która zwykle obejmuje elementy pełnomocnictwa, zastępstwa pośredniego czy pośrednictwa *sensu stricto*, polegającego na dokonywaniu czynności faktycznych)⁴, lecz także typowych cech ekonomicznych. Wspólna natura tych umów jest dostrzegana zarówno na poziomie analiz naukowych⁵, jak i w faktycznie przyjmowanych rozwiązaniach normatywnych⁶ (często zresztą inspirowanych tymi pierwszymi, identyfikującymi potrzeby obrotu gospodarczego oraz trudności w zakresie metodologii wykładni i stosowania prawa, występującymi w praktyce).

Prawo polskie *de lege lata* nie jest w pełni dostosowane do tych założeń. Spośród umów pośrednictwa reguluje ono w kompleksowy sposób jedynie umowę agencyjną. Należy ona do tradycyjnych typów umów nazwanych w prawie polskim, przejętą przez kodeks cywilny z 1964 r. bezpośrednio z kodeksu zobowiązań z 1934 r.⁷ — a następnie w 2000 r., w ramach reformy, zmienioną i uszczegółowioną w związku z implementacją dyrektywy 86/653⁸. Inne umowy pośrednictwa pozostawały natomiast — jak dotąd — poza zakresem zainteresowania polskiego ustawodawcy, gdy chodzi o ich ujęcie w ramach głównej kodyfikacji prawa prywatnego⁹. Ich specyfika w prawie polskim kształtowała się w sposób „oddolny”, będąc wynikiem dorobku judykatury¹⁰ i doktryny¹¹. Z upływem czasu taki stan rzeczy stawał się jednak coraz bardziej nieefektywny z perspektywy realiów i wymogów obrotu, a praktyka sądowa w wielu wypadkach nie potrafiła w wystarczający spo-

⁴ Bliżej na temat pośrednictwa *sensu stricto* E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, pod red. J. Rajskego, wyd. 4, Warszawa 2018, s. 816–818, przy odróżnieniu agencji przedstawicielskiej od pośredniczej.

⁵ Zob. np. J. Engelmann: *International Commercial Arbitration and the Commercial Agency Directive. A Perspective from Law and Economics*, Springer 2017, s. 200–208, a także E. Rott-Pietrzyk: *Ochrona przedsiębiorcy jako strony słabszej na przykładzie agenta handlowego* (w:) *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu*, pod red. M. Boratyńskiej, Warszawa 2016, s. 701 i n.; eadem: *Świadczenie wyrównawcze w Draft Common Frame of Reference a prawo polskie (zakres podmiotowy instytucji ochronnych)* (w:) *Prawo handlowe XXI w. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, pod red. M. Modrzejewskiej, Warszawa 2010, s. 895–901; eadem: *Rozszerzony zakres ochrony podmiotów świadczących usługi z zakresu pośrednictwa w DCFR (wzorcem dla polskiego ustawodawcy?)* (w:) *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, pod red. T. Mróz, M. Steca, Warszawa 2012, s. 369–380.

⁶ Przykłady tego rodzaju rozwiązań i ich użyteczność na potrzeby formułowania propozycji *de lege ferenda* w odniesieniu do systemu prawa polskiego zob. w opracowaniu E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski: *Struktura regulacji umów o pośrednictwo handlowe (wnioski prawnoporównawcze i propozycje legislacyjne)*, Studia Prawa Prywatnego (dalej: SPP) 2018, z. 1, s. 10 i n. W opracowaniu tym z systemów prawnych państw członkowskich UE uwzględniono następujące kodyfikacje: litewską (2000), estońską (2002), łotewską (2000), węgierską (2013), czeską (2012). Spoza UE wzięto pod uwagę kodyfikację gruzińską (1997).

⁷ Dz. U. z 1933 r. Nr 82, poz. 598.

⁸ Dyrektywa Rady 86/653/EWG z dnia 18 grudnia 1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek (Dz. Urz. WE L 382 z 1986 r., s. 17).

⁹ Chodzi tu w szczególności o umowę dystrybucji i franchising.

¹⁰ Odnośnie do dorobku polskiej judykatury zob. M. Grochowski: *Umowa agencyjna w orzecznictwie sądów powszechnych*, Prawo w Działaniu 2014, t. 20; istotne znaczenie dla kształtu regulacji umowy agencyjnej mają także orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE (por. w szczególności orzeczenia wymienione w przyp. 53).

¹¹ Zob. np. publikacje cytowane w tym opracowaniu autorów: M. Grochowskiego, W.J. Kocota oraz E. Rott-Pietrzyk.

sób odpowiedzieć na potrzeby regulacyjne, jakie występowały na tle omawianych umów¹².

Z tych przyczyn, w ramach Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego (APKC)¹³ w 2017 r. narodziła się inicjatywa rewizji obowiązującego stanu prawnego w zakresie umów pośrednictwa i skonfrontowania go z wnioskami płynącymi zarówno z obserwacji praktyki rynkowej, jak i doświadczeniami innych ustawodawstw (które umowy o pośrednictwo normują bardziej szczegółowo)¹⁴.

Należy równocześnie dodać, że zakres stosowania przepisów krajowych implementujących dyrektywę nr 86/653 budzi w praktyce w ramach poszczególnych systemów prawnych wątpliwości odnośnie do podmiotowego zakresu ochrony¹⁵. Powstaje bowiem pytanie, do jakich kategorii pośredników minimalny standard ochronny prawa unijnego powinien znaleźć zastosowanie. Badania prawnoporównawcze prowadzą do wniosku, że zakres ten zależy od przyjmowanej przez sądy metodologii wykładni i stosowania prawa w odniesieniu do różnych umów pośrednictwa, a tym samym pośredników, których świadczenie charakterystyczne ma podobny cel i funkcję gospodarczą, jak w przypadku agenta¹⁶.

Obecnie istotne znaczenie dla kwalifikacji kontraktów należących do grupy umów pośrednictwa i poszukiwania dla nich reżimu prawnego odgrywa z reguły różnie rozumiane kryterium podobieństwa empirycznego typu umowy do któregoś z typów ustawowych (np. dystrybucji). Podobieństwo w zakresie określonych cech umowy musi mieć charakter istotny, tj. przemawiający za zasadnością odpowiedniego stosowania przepisów umowy prawem normowanej do typu empirycznego (mimo braku odesłania ustawowego). Podobieństwo to może być zresztą różnie rozumiane i odnoszone w szczególności do: elementów koniecznych do zawarcia danej umowy, świadczenia charakterystycznego dla danego typu stosunku prawnego, funkcji danej umowy nie tylko w odniesieniu do jej stron, lecz także w skali rynkowej (np. funkcji polegającej na rozszerzeniu zbytu towarów lub usług jednego podmiotu przez drugi, tj. pośrednika) czy też celu danej umowy. Nie należy wykluczać przy tym znaczenia żadnego z tych kryteriów. W niektórych przypadkach decydujące może być samodzielne znaczenie jednego kryterium przy określaniu podobieństwa, a w innych znaczenie może mieć ich kompleksowe ujęcie w celach kwalifikacyjnych (co w konsekwencji prowadzi do ustalenia reżimu prawnego znajdującego zastosowanie do danej umowy). W praktyce, w niektórych przypadkach

¹² Zwraca na to uwagę M. Grochowski: *Umowa agencyjna w orzecznictwie...*, *op. cit.*, s. 375–376.

¹³ Zob. oficjalną stronę AKPC: <https://www.projektkc.uj.edu.pl/>.

¹⁴ Przegląd tych ustawodawstw i porównawcza analiza zostały przeprowadzone przez E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowskiego: *Struktura regulacji umów...*, *op. cit.*, s. 9–15.

¹⁵ Niektóre ze spraw rozstrzyganych przez TSUE dotyczą właśnie samego pojęcia agenta (przedstawiciela handlowego wedle tłumaczenia przyjętego w oficjalnym, polskim przekładzie dyrektywy 86/653). Zob. ostatnio wyrok TSUE z dnia 21 listopada 2018 r. w sprawie *Zako SPRL v. Sanidel SA.*, C-452/17, ECLI:EU:C:2018:935.

¹⁶ Bliżej E. Rott-Pietrzyk: *Świadczenie wyrównawcze w Draft Common Frame of Reference a prawo polskie (zakres podmiotowy instytucji ochronnych)* (w:) *Prawo handlowe XXI w. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji...*, *op. cit.*, s. 895, 896.

konieczne jest zastosowanie metody typologicznej, pozwalającej na całościową ocenę kwalifikowanej umowy (tj. zbadanie wszystkich jej postanowień) w świetle wszystkich przepisów, składających się na ustawowy wzorzec umowy podobnej. Może być jednak tak, że przyjęcie podobieństwa umownego typu empirycznego i typu ustawowego metodą typologiczną nie będzie wystarczające do zastosowania przepisu normującego jakąś konkretną instytucję objętą danym typem ustawowym. Wówczas konieczne jest poszukiwanie podobieństwa w zakresie wyłącznie danej instytucji, na przykład wynagrodzenia w postaci prowizji¹⁷.

Warto zauważyć, że w poszczególnych krajach, które dostosowały swe ustawodawstwa do wymagań dyrektywy 86/653, nie przyjęto jednolitej metody wykładni i stosowania prawa odnoszącego się do innych podobnych umów (w szczególności dystrybucji, franchisingu czy innego rodzaju pośrednictwa o charakterze stałym), których celem jest wprowadzenie na rynek przez jedną ze stron towarów lub usług drugiej strony (innymi słowy rozszerzenie rynku zbytu czy budowanie grupy klientów). Nawet w ramach poszczególnych krajów przyjęcie takiej bądź innej metodologii, na przykład w odniesieniu do umowy dystrybucji, wywołuje kontrowersje¹⁸.

Wydaje się więc, że zasadne jest rozważenie wprowadzenia w tym zakresie do polskiej kodyfikacji prawa cywilnego regulacji, która minimalizowałaby spory, będące wynikiem zasygnalizowanych kontrowersji. Wiąże się to jednak z trudnością dwojakiego rodzaju. Pierwsza odnosi się do sposobu, zakresu regulacji i techniki legislacyjnej. Druga z kolei odnosi się do wyboru wartości, jakie się zamierza poprzez przyjętą regulację chronić (i zakresu tej ochrony). Celem prezentowanego w tym opracowaniu projektu przepisów o umowach pośrednictwa, w tym regulacji umowy agencyjnej, jest zniwelowanie zidentyfikowanych problemów dotyczących interpretacji i stosowania prawa w zakresie nim objętych przepisów. Celowi temu przyświeca założenie stworzenia spójnego systemu przepisów odnoszących się do różnych rodzajów pośrednictwa, ułatwiającego także poszukiwanie reżimu prawnego dla umów, dla których na danym etapie legislacji nie przewidziano wzorca normatywnego. Realizację tego celu i leżących u jego podstawy założeń ułatwia wprowadzenie regulacji otwierającej¹⁹ daną grupę typów ustawowych na inne umowy, kwalifikowane jako typy empiryczne.

Podsumowując, zasadniczym celem tego opracowania jest przedstawienie propozycji *de lege ferenda* odnośnie do prawa polskiego w zakresie umów pośred-

¹⁷ Por. rozważania dotyczące poszukiwania w prawie polskim reżimu prawnego dla umowy o pośrednictwo E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, wyd. 4, *op. cit.*, s. 799 i n.; *eadem*: *Pośrednictwo jako element charakterystyczny niektórych umów o świadczenie usług* (w:) *Ubezpieczenia gospodarcze. Wybrane zagadnienia prawne*, pod red. B. Gnelli, Warszawa 2011, s. 195 i n.; *eadem*: *Glosa do wyroku SN z dnia 28 października 1999 r., II CKN 530/98*, OSP 2000, z. 7/8, s. 395 i n.

¹⁸ Bliżej na ten temat E. Rott-Pietrzyk: *Świadczenie wyrównawcze w Draft...*, *op. cit.*, s. 895, 896.

¹⁹ Odnośnie do otwierania kodyfikacji na nowe zjawiska zob. w szczególności M. Pecyna, F. Zoll: *Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu*, TPP 2012, nr 1, s. 27 i n.

nictwa na obecnym etapie prac nad tymi umowami, prowadzonych w ramach Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego. Prezentowany projekt stanowi odzwierciedlenie fragmentów materiałów przygotowanych przez zespół w składzie: Ewa Rott-Pietrzyk, Wojciech J. Kocot, Mateusz Grochowski, i był dyskutowany w ramach konferencji Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego w Krakowie (2017)²⁰ i we Wrocławiu (2018)²¹, a także publikacji członków zespołu dotyczących tej tematyki²².

2. OGÓLNE ZAŁOŻENIA I CEL PROJEKTU O UMOWACH POŚREDNICTWA

Z badań prowadzonych obecnie w różnych sektorach rynku²³ wynika, że umowy o pośrednictwo mają swoją wyraźną specyfikę ekonomiczną, która wymusza ich częściowo odmienne traktowanie na tle innych umów w obrocie gospodarczym. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że umowy pośrednictwa są zawierane między przedsiębiorcami w rozumieniu art. 43¹ k.c. W związku z tym może się wydawać, że formalnie brak jest podstaw do stosowania w odniesieniu do tych umów (dwustronnie podmiotowo kwalifikowanych) jakichkolwiek instrumentów ochronnych. Co więcej, z uwagi na obustronną profesjonalizację, umowy te wpisują się raczej w „równościowy” paradygmat kontraktu i — z punktu widzenia tradycyjnie pojmowanej równości i autonomii w prawie umów — trudno zasadniczo przyjmować w odniesieniu do nich istnienie wyraźnej potrzeby preferencyjnego traktowania jednej ze stron w stosunku do drugiej. Należy jednak podkreślić, że założenie to nie potwierdza się jednak w praktyce obrotu gospodarczego. Umowy pośrednictwa charakteryzują się bowiem zasadniczo przewagą siły rynkowej dającego zlecenie,

²⁰ Zob. stronę tego wydarzenia i przygotowane w jego ramach materiały: <https://www.projektkc.uj.edu.pl/index.php/konferencje/13-konferencje/65-konferencja-w-dniach-25-26-maja-2017-r-poswiecona-propozycjom-regulacji-umow-o-swadczenie-uslug-i-umow-o-posrednictwo>.

²¹ Zob. stronę tego wydarzenia i przygotowane w jego ramach materiały: <https://www.projektkc.uj.edu.pl/index.php/konferencje/13-konferencje/70-konferencja-we-wroclawiu-w-dniach-25-26-pazdziernika-2018-r>.

²² E. Rott-Pietrzyk: *Systematyka części szczegółowej zobowiązań a miejsce umów o pośrednictwo sensu largo (głos w dyskusji)*, TPP 2013, nr 1, s. 41–72; E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski: *Regulacja umów o pośrednictwo...*, *op. cit.*, s. 49–81; E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski: *Struktura regulacji umów...*, *op. cit.*, s. 3–23; E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski: *Prowizja agenta w czasie trwania umowy (imperatywny czy dyspozytywny charakter regulacji i wynikające z tego konsekwencje)*, TPP 2018, nr 3, s. 73–99; W.J. Kocot: *Systematyka prawa zobowiązań umownych w przyszłym kodeksie cywilnym*, Państwo i Prawo (dalej: PiP) 2018, z. 3, s. 82–110; *idem*: *Umowy o pośrednictwo handlowe w systematyce nowego kodeksu cywilnego (w:) Qui bene dubitat bene sciet. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Ewie Nowińskiej*, pod red. J. Barty, R. Markiewicza, P. Wasilewskiego, J. Chwalby, Warszawa 2018, s. 272–297.

²³ Por. m.in. A. Wiewiórowska-Domagalska: *Franchising: Study for the IMCO Committee. European Parliament: Directorate General for Internal Policy Department A: Economic and Scientific Policy*, IP/A/IMCO/2015-05 (2016); M. Grochowski: *Umowa agencyjna w orzecznictwie...*, *op. cit.*, s. 331–335; J. Jurkiewicz: *Nowoczesny pracujący — typ idealny*, „Nowy Obywatel”, 30 kwietnia 2011 r. (<https://nowyobywatel.pl/2011/04/30/nawoczesny-pracujacy-%e2%80%93-typ-idealny>).

która przekłada się na rażąco niesymetryczny rozkład korzyści i ryzyk w umowach pośrednictwa²⁴.

Z tych przyczyn, pierwszym z ogólnych założeń projektowanych przepisów jest stworzenie mechanizmów pozwalających na ochronę pośredników przed nadużywaniem pozycji rynkowej przez dających zlecenie. Rozwiązania ochronne zostały w sposób modelowy oparte na trzech założeniach. Po pierwsze, pośrednikowi zostały przyznane (bądź uszczegółowione w stosunku do obecnie obowiązującej regulacji) konkretne funkcjonalnie powiązane uprawnienia, składające się na jego prawo podmiotowe wynikające z umowy pośrednictwa. Uprawnienia te mają na celu zrównoważenie nierównowagi ekonomicznej w czasie trwania umowy i po jej zakończeniu (np. uprawnienie do świadczenia wyrównawczego). Po drugie, pośrednikowi przyznana została możliwość wyrównania deficytów informacyjnych, które w praktyce mogą wpływać na jego decyzję o zawarciu umowy i sposobie jej wykonywania. Po trzecie, na bardziej ogólnym poziomie, przeważająca większość norm ujętych w przepisach ogólnych (a także w szczegółowych przepisach o poszczególnych umowach pośrednictwa) ma charakter semiimperatywny. Wyznaczają one minimalny poziom ochrony pośrednika, który nie może być modyfikowany przez czynność prawną w sposób dla niego niekorzystny. Wyjątkowo przepisom nadano charakter imperatywny. Dotyczy to przypadków, w których jakakolwiek zmiana przepisu mogłaby prowadzić do naruszenia równowagi kontraktowej, w szczególności przez zbytne uprzywilejowanie agenta.

Założenie konieczności otworzenia drogi do ochrony pośredników — poprzez rozwiązania normatywne — jest w ramach projektu uzupełniane przez traktowanie ich jako „aktorów gry rynkowej”, którzy w możliwie szerokim zakresie powinni korzystać z możliwości dokonywania swobodnych wyborów co do sposobu i zakresu prowadzenia działalności gospodarczej. Z tego powodu projekt dopuszcza, między innymi, możliwość autonomicznego działania na rynku przez każdego z pośredników, równocześnie wymagając, by ograniczenia tej swobody (np. przez zastrzeganie zakresów wyłączności działania agentów) były wprowadzane za wynagrodzeniem.

Istotne założenie projektu sprowadza się do tego, że pośrednictwo tworzy z reguły relację o trwałym charakterze, prowadzącą do powstania między stronami więzi o charakterze organizacyjnym. W konsekwencji, rozwiązania regulacyjne przyjęte w ramach przepisów o umowach pośrednictwa zmierzają do wzmocnienia ich stabilności i przewidywalności sytuacji prawnej przekładającej się na sytuację ekonomiczną stron. Sprzyjają one tym samym powstaniu stosunku prawnego o charakterze trwałym, w którym zarówno zaufanie stron, jak i związana z nim realizacja rozsądnych (uzasadnionych) oczekiwań są chronione przepisami kogentnymi. Ochro-

²⁴ Podkreślają to niejednokrotnie we wspólnie przygotowanych opracowaniach cytowanych w przyp. 22 E. Rott-Pietrzyk i M. Grochowski.

na tych wartości w umowach o pośrednictwo jest powiązana z ochroną strony słabszej, którą z reguły jest strona spełniająca świadczenie charakterystyczne dla różnych umów pośrednictwa (np. agent, dystrybutor czy franczyzobiorca).

3. STRUKTURA PROJEKTU

Prezentowany projekt powstał z myślą o przygotowywanej części szczegółowej prawa zobowiązań na potrzeby nowego kodeksu cywilnego, zważywszy na dyskusję dotyczącą tego zagadnienia, podjętą z większym nasileniem w doktrynie w ostatniej dekadzie²⁵.

Projekt przyjmuje systematykę przepisów kodeksu cywilnego przyjętą w polskiej tradycji (podział na działy i rozdziały, artykuły i paragrafy). Wpisuje się on także w ogólne ramy pojęciowe przyjmowane w kodeksie cywilnym *de lege lata*. Równocześnie jednak w projekcie wprowadzono kilka modyfikacji — głównie dotyczących jego struktury — w stosunku do obowiązującego stanu prawnego.

Najistotniejszą z nich jest modyfikacja polegająca na poprzedzeniu przepisów o umowie agencyjnej „małą” częścią ogólną²⁶ (rozdział I), zawierającą wspólną regulację dla wszystkich umów o pośrednictwo. Jest to swoisty wspólny mianownik normatywny, stanowiący wyraz wspólnych bądź bardzo zbliżonych cech umów o pośrednictwo²⁷. Należy podkreślić, że wyodrębnienie „małej” części ogólnej w odniesieniu do tejże grupy umów wpisuje się w ogólne założenia szczegółowej części prawa zobowiązań, przyjęte w ramach prac APKC. Ich podstawą jest idea grupowania umów nazwanych o podobnej konstrukcji prawnej oraz funkcji ekonomicznej i poprzedzaniu ich przepisami ogólnymi, stanowiącymi „część wspólną” regulacji tych umów, wyjętą przed nawias bardziej szczegółowych przepisów, odnoszących się już do poszczególnych typów umów (normatywnych wzorców umów).

²⁵ Por. w tym zakresie np. wypowiedzi zamieszczone w nr 1 TPP z 2012 r. następujących autorów: Z. Radwańskiego: *Wstępny projekt systematyzacji tak zwanej części szczegółowej prawa zobowiązań*, s. 5 i n.; J. Pisulińskiego: *W sprawie systematyki części szczegółowej prawa zobowiązań (głos w dyskusji)*, s. 15 i n.; M. Pecyny i F. Zolla: *Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu*, s. 25 i n.; R. Szostaka: *Problem systematyki umów obligacyjnych w nowym kodeksie cywilnym*, s. 61 i n., a także E. Rott-Pietrzyk: *Systematyka części szczegółowej zobowiązań a miejsce umów o pośrednictwo sensu largo (głos w dyskusji)*, TPP 2013, nr 1, s. 41 i n., oraz W.J. Kocota: *Systematyka prawa zobowiązań umownych w przyszłym Kodeksie cywilnym*, PiP 2018, z. 1, s. 82 i n.; *idem*: *Umowy o pośrednictwo handlowe w systematyce nowego kodeksu cywilnego*” (w:) *Qui bene dubitat bene sciet...*, *op. cit.*, s. 272 i n. O niedoskonałościach obecnego systemu umów obligacyjnych normowanych w kodeksie cywilnym i poza nim pisał również W.J. Katner (w:) *System prawa prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań — umowy nienazwane*, pod red. W.J. Katnera, Warszawa 2010, s. 9, 10.

²⁶ W piśmiennictwie używane są na określenie tej grupy przepisów: *miniczęść ogólna*, *mikroczęść ogólna* i *mała część ogólna*. Na potrzeby tego opracowania przyjmujemy ostatnie z wymienionych określeń.

²⁷ Podobną technikę legislacyjną wykorzystano w przypadku umowy agencyjnej, dystrybucji i franczyzy (franchisingu); zob. bliżej E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski: *Regulacja umów o pośrednictwo w DCFR...*, *op. cit.*, s. 52, 53.

Projekt równocześnie w odmienny sposób rozkłada także akcenty regulacji między częścią ogólną i przepisami szczegółowymi. Niektóre bowiem przepisy, należące *de lege lata* do przepisów o umowie agencyjnej (np. przepisy o świadczeniu wyrównawczym), zostały przeniesione do części ogólnej. Podstawą tego rozwiązania jest założenie polegające na tym, że regulacje te mają w istocie charakter uniwersalny dla wszystkich umów o pośrednictwo, a regulacja umowy agencyjnej *de lege lata* jedynie eksplikuje je na potrzeby tego właśnie kontraktu.

W obecnym kształcie projekt nie obejmuje wszystkich umów, które docelowo mają zostać objęte regulacją umów pośrednictwa w nowym kodeksie cywilnym. Poza jego ramami znalazły się: umowa dystrybucji i umowa franczyzy. Regulacja dotycząca tych umów jest obecnie w trakcie opracowania w ramach AKPC i zostanie opublikowana w drugiej połowie 2020 r.

Przepisy projektu zostały opatrzone krótkimi wyjaśnieniami, które tłumaczą źródła leżące u ich podstaw koncepcji. Nadto obrazują ich cele oraz miejsce na tle innych przepisów projektu. Komentarze — tak jak cały projekt — mają charakter wstępny, zarysowując jedynie opracowywaną problematykę umów o pośrednictwo. Autorzy mają nadzieję, że wraz z innymi wypowiedziami, stwarzającymi szerszy kontekst dla projektu²⁸, pozwolą one na lepsze zrozumienie potrzeb regulacyjnych oraz sposobów ich rozwiązania, które obejmuje projekt AKPC.

UMOWY POŚREDNICTWA W OBROCIE TOWARAMI LUB USŁUGAMI

PROJEKT PRZEPISÓW (WRAZ ZE SKRÓTOWYM KOMENTARZEM)

DZIAŁ XX UMOWY POŚREDNICTWA W OBROCIE TOWARAMI LUB USŁUGAMI

Rozdział I Przepisy ogólne

Art. 1 [Zakres]

§ 1. Przepisy działu XX stosuje się do umów, w których jedna ze stron (pośrednik) zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, do stałego pośredniczenia za wynagrodzeniem w obrocie towarami lub usługami na rzecz lub w imieniu dającego zlecenie (przedsiębiorcy) bądź w imieniu własnym (umowa pośrednictwa).

²⁸ Zaproszenie do dyskusji dotyczącej części szczegółowej zobowiązań, w tym umów pośrednictwa, jest ogłoszone na stronie Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego w ramach Forum, <https://www.projektkc.uj.edu.pl/index.php/forum>.

§ 2. Jeżeli z umowy albo właściwości zobowiązania nie wynika nic innego, pośrednictwo polega na dokonywaniu czynności prawnych lub faktycznych, mających na celu utrzymanie lub poszerzenie rynku zbytu przez pozyskiwanie klientów (odbiorców) dla oznaczonych towarów lub usług.

Art. 2 [Reguła otwierająca]

§ 1. Przepisy tego rozdziału stosuje się wprost do umów o pośrednictwo nieuregulowanych innymi przepisami, przewidujących dokonywanie przez jedną ze stron czynności faktycznych lub prawnych, stanowiących pośrednictwo handlowe na rzecz drugiej strony.

§ 2. Przepisy rozdziałów II–III stosuje się odpowiednio do umów o pośrednictwo nieuregulowanych innymi przepisami, przewidujących dokonywanie przez jedną ze stron czynności faktycznych lub prawnych związanych z pośrednictwem handlowym na rzecz drugiej strony.

§ 3. W razie wątpliwości co do stosowania określonych przepisów do danej umowy, pierwszeństwo mają przepisy rozdziału II o umowie agencyjnej; w przypadku, gdy nie są one możliwe do zastosowania ze względu na okoliczności faktyczne, stosuje się przepisy działu III²⁹.

Komentarz do art. 1–2

W dwóch pierwszych przepisach określony został ogólny zakres „części ogólnej” przepisów o pośrednictwie. W art. 1 projektu zdefiniowano w sposób ogólny przedmiotowy zakres umów objętych pojęciem pośrednictwa (§ 1) oraz typowy zakres podstawowych obowiązków pośrednika (§ 2) — stanowiących świadczenie charakterystyczne dla umów tego rodzaju. Oba przepisy zostały ukształtowane w elastyczny i inkluzywny sposób, pozwalając na objęcie zakresem przepisów o pośrednictwie możliwie szerokiej grupy umów, w ramach których jedna ze stron zobowiązuje się do świadczenia charakterystycznego dla tego rodzaju umów, tj. stałego pośredniczenia między drugą stroną i jej kontrahentami (klientami).

Dalszą konsekwencją tego założenia — stanowiącą próbę normatywnego otwarcia grupy umów pośrednictwa na występujące w obrocie umowy nienazwane — jest art. 2 projektu. Przepis ten wyraża koncepcję „otwartego” systemu regulowania umów o pośrednictwo, w którym przepisy ogólne (tzw. mała część ogólna)³⁰ oraz szczegółowa regulacja wybranych typów umów (ustawowe wzorce umów) pozwalają jednocześnie na objęcie nimi innych umów o pośrednictwo zawieranych w praktyce obrotu, które nie mieszczą się w ramach żadnego ustawowego wzorca

²⁹ Por. art. IV.E.–1:201 DCFR.

³⁰ Bliżej na temat tej metody M. Pecyna, F. Zoll: *Założenia projektu...*, *op. cit.*, s. 47; E. Rott-Pietrzyk: *Systematyka części szczegółowej zobowiązań a miejsce umów o pośrednictwo...*, *op. cit.*, s. 44–47; *eadem* (w:) *System prawa handlowego*, t. 9, *Międzynarodowe prawo handlowe*, pod red. W. Popiołka, Warszawa 2013, s. 1090.

normowanego przepisami tego działu. Do umów tych przepisy ogólne, wedle art. 2 § 1 projektu, mają być stosowane wprost, natomiast bardziej szczegółowe przepisy odnoszące się do normatywnych wzorców umów o pośrednictwo znajdowałyby zastosowanie odpowiednio.

Wedle przygotowanej do dyskusji propozycji, przepisy ogólne miałyby być stosowane wprost, z uwagi na to, że odzwierciedlają — w założeniu — wspólne, najistotniejsze cechy umów o pośrednictwo (zarówno ujętych w postaci normatywnych typów umów, jak i umów nienazwanych). Z kolei przepisy odnoszące się do normatywnych typów umów znajdowałyby zastosowanie do ocenianej umowy nienazwanej odpowiednio stosownie do podobieństwa, jakie wykazywałaby ta umowa z którymś z wzorców ustawowych (bądź kilkoma wzorcami, czego nie można wykluczyć). Poszukiwanie reżimu prawnego w tym zakresie odbywałoby się zatem przez poszukiwanie typu umowy najbardziej zbliżonej do umowy ocenianej, z uwagi na cechy, które stosujący prawo uznał za istotne przy określaniu tego podobieństwa.

W obecnym stanie prawnym rozwiązanie takie jest możliwe wyłącznie w drodze analogicznego stosowania regulacji umowy agencyjnej³¹ lub umowy zlecenia (przez odesłanie z art. 750 k.c.)³². To drugie rozwiązanie jest z reguły niefunkcjonalne w odniesieniu do umów o pośrednictwo (w szczególności w zakresie wynagradzania pośrednika). W jednej ze spraw dotyczącej pośrednictwa jednorazowego, Sąd Najwyższy zastosował *per analogiam* przepisy o umowie agencyjnej (tj. art. 761 § 1 k.c. w dawnym brzmieniu, z wyłączeniem art. 750)³³. Taki jest też obecnie przeważający kierunek orzecniczy. Artykuł 750 k.c. nie jest już więc postrzegany jako regulacja o charakterze bezwzględnie wiążącym³⁴. W konsekwencji nie przyjmuje się już w większości przypadków błędnej interpretacji, w świetle której nie jest możliwe zastosowanie w pierwszej kolejności przepisów o umowie agencyjnej (jako umowy najbardziej do umowy o pośrednictwo jednorazowe zbliżonej) z pominięciem przepisów o zleceniu. Do ich pominięcia i poszukiwania innego reżimu prawnego dla ocenianej *in concreto* umowy mogło — przy przyjęciu kierunku interpretacji przyjmującej za punkt wyjścia art. 750 k.c. — dojść tylko przez wykorzystanie jednego z mechanizmów odpowiedniego stosowania przepisów prawa³⁵.

³¹ Por. wyrok SN z dnia 28 października 1999 r., II CKN 530/98, OSP 2000, z. 7–8, poz. 118, z glosą aprobowaną E. Rott-Pietrzyk, OSP 2000, z. 7–8.

³² Kierunek orzecniczy sprowadzający się do poszukiwania reżimu prawnego dla umów o pośrednictwo poprzez odesłanie do przepisów o zleceniu został przełamany w wyroku SN z dnia 28 października 1999 r.

³³ Tak też uczynił SN w wyroku z dnia 28 października 1999 r.

³⁴ Por. L. Ogiełło (w:) *Kodeks cywilny*, t. II, *Komentarz do art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2015, s. 669.

³⁵ Przy odpowiednim stosowaniu przepisów prawa chodzi o ich stosowanie bez zmian (co nie oznacza stosowania wprost), ze zmianami bądź pominięciem ich stosowania w razie ich nieadekwatności dla ocenianej umowy. Do zastosowania przepisów o umowie agencyjnej mogłoby dojść tylko w razie zastosowania tego ostatniego mechanizmu; bliżej E. Rott-Pietrzyk w glosie do wyroku SN z dnia 28 października 1999 r.

Proponowany przepis art. 2 projektu ułatwia stosowanie przepisów małej części ogólnej i przepisów kształtujących normatywne wzorce umowne do umów tymi wzorcami nieobjętych³⁶. Ustanawia także — w razie wątpliwości — kolejność ich stosowania. Taka metoda otwarcia systemu prawnego na inne, nieuregulowane typy umów została wykorzystana w przepisach DCFR, odnoszących się do umów: agencyjnej, franczyzy i dystrybucji. Rozwiązanie to wydaje się funkcjonalne w praktyce obrotu³⁷. W sytuacji, gdy ustawodawca nie decyduje się na tzw. wariant maksymalny, obejmujący regulację ustawową występujących w obrocie empirycznych typów umów, i poprzestaje na normowanych dotąd ustawowych typach umownych, może otworzyć system prawny na inne umowy podobne, które mieściłyby się w ramach którejś z grup umów obligacyjnych. Można to uczynić właśnie poprzez zabieg techniki legislacyjnej sprowadzający się do przyjęcia ogólnego przepisu „otwierającego” oraz zaproponowanie określonej kolejności (określenie pierwszeństwa) oraz sposobu (wprost bądź odpowiedniego) stosowania przepisów. Ustawodawca w ten sposób proponuje określoną metodę postępowania, czyniąc przy tym system prawny bardziej elastycznym, a jednocześnie metodologicznie uporządkowanym i przewidywalnym w odniesieniu do przyjmowanej metodologii wykładni i stosowania przepisów części szczegółowej zobowiązań. Wyrazem tej koncepcji jest art. 2 § 2 projektu.

Przyjęcie przepisów ogólnych w rozdziale I, a także uregulowanie w kolejnych rozdziałach stypizowanych umów o pośrednictwo (umowy agencyjnej oraz innych umów, nieobjętych obecną wersją projektu) pozwalają na stworzenie bardziej precyzyjnych ram prawnych dla umów faktycznie zawieranych w obrocie (empirycznych typów umów). Przepisy części ogólnej (w większości o charakterze semiimperatywnym) mają do tych umów zastosowanie wprost, wyznaczając najbardziej podstawowy zakres ich regulacji, mający znaczenie dla pośrednictwa z uwagi na jego istotę. W pozostałym zakresie stosunki wynikające z tych umów mogą być z zasady kształtowane w swobodny sposób przez strony.

Równocześnie jednak art. 2 projektu pozwala na odpowiednie stosowanie przepisów o innych umowach o pośrednictwo (wzorce ustawowe) wówczas, gdy konkretna umowa wykazuje podobieństwo do jednej z umów stypizowanych w dalszych rozdziałach. W tym zakresie § 2 określa bardziej szczegółową regułę rozstrzygania konkurencji między przepisami nazwanych umów o pośrednictwo. Rozwiązanie to zakłada, że wzorcem rozwiązań dla nienazwanych umów, których treść obejmuje pośrednictwo, powinna być umowa agencyjna, a w dalszej kolejności — inne umowy stypizowane w kolejnych rozdziałach. W wariantcie regulacyjnym

³⁶ Por. na temat miejsca i struktury regulacji umów o pośrednictwo *de lege lata* i *de lege ferenda*: E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski: *Struktura regulacji umów...*, *op. cit.*, s. 7, 8.

³⁷ Zob. bliżej w opracowaniu E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowskiego: *Regulacja umów o pośrednictwo w DCFR...*, *op. cit.*, s. 52–54, 56; E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa prywatnego*, t. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, pod red. M. Pazdana, Warszawa 2015, s. 128 i n.

minimalnym, tj. z umową agencyjną jako umową wzorcową, uzupełnioną normą „otwierającą”, do innych umów o pośrednictwo stosuje się przepisy o umowie agencyjnej odpowiednio. W wariancie maksymalnym, do danej umowy o pośrednictwo, nieobjętej ustawowymi wzorcami, przepisy normujące poszczególne typy umów stosuje się odpowiednio w proponowanej w art. 2 § 2 kolejności.

Art. 3. [Charakter semiimperatywny]

Przepisy tego i kolejnych rozdziałów mogą zostać umownie uchylone lub zmodyfikowane wyłącznie na korzyść pośrednika, o ile nic innego nie wynika z ich treści.

Komentarz

Typowym zjawiskiem związanym z umowami pośrednictwa jest nierównowaga siły ekonomicznej stron, przekładająca się na kształtowanie treści tych umów w sposób krzywdzący dla pośrednika. Z reguły po stronie podmiotu zlecającego dokonywanie czynności z zakresu pośrednictwa (czynności prawnych — z czym wiąże się przewidziane prawem upoważnienie — bądź faktycznych) występuje przewaga ekonomiczna. Z tego powodu regulowanie umów pośrednictwa w przeważającej mierze za pomocą reguł dyspozytywnych — tak jak ma to miejsce w wypadku innych umów nazwanych zawieranych między przedsiębiorcami — może prowadzić do rezultatów nieoperatywnych w praktyce, pozwalając stronie silniejszej na zastępowanie rozwiązań ustawowych klauzulami realizującymi jej interes.

Określenie charakteru prawnego przepisów prawa i ich kwalifikacja jako przepisów względnie wiążących, bezwzględnie wiążących bądź semiimperatywnych ma zasadnicze znaczenie w kontekście oceny granic swobody stron przy kształtowaniu treści i celu umowy (art. 353¹ k.c.), zarówno w drodze wyraźnych postanowień umownych, jak i działania *per facta concludentia* (tj. w ramach interpretacji zachowania się stron po zawarciu umowy)³⁸. Z formalnego punktu widzenia wybór między kwalifikowaniem określonej normy³⁹ jako dyspozytywnej, kogentnej lub semiimperatywnej podlega tym samym regułom co wykładnia jakiegokolwiek innego przepisu prawa⁴⁰. Punkt wyjścia dla wykładni stanowi przede wszystkim brzmienie

³⁸ Przykładem przepisów bezwzględnie wiążących normujących prowizję agenta są przepisy odnoszące się do kontroli należytej agentowi prowizji (art. 761⁵ § 3 i 4 k.c.). Dalsze uwagi zawarte w komentarzu do art. 3 projektu zostały oparte na ustaleniach i wnioskach autorów zamieszczonych w artykule *Prowizja agenta w czasie trwania umowy (imperatywny czy dyspozytywny charakter regulacji i wynikające z tego konsekwencje)*, TPP 2018, nr 3, s. 73–98.

³⁹ W ramach dalszych uwag pojęcia dyspozytywności, imperatywności i semiimperatywności są odnoszone do normy prawnej. Warto jednak zauważyć, że nie jest to jedyna konwencja pojęciowa przyjmowana w polskiej literaturze, w której pojęcia te bywają wiązane także z przepisem prawnym lub innymi określeniami — zob. szerzej J. Nowacki: *Ius cogens — ius dispositivum* (w:) *Studia z teorii prawa*, Kraków 2003, s. 465–467.

⁴⁰ Por. m.in. M. Piotrowski: *Normy prawne imperatywne i dyspozytywne*, Prace Komisji Nauk Prawnych PTPN 1990, nr 24, s. 95 i n.

przepisu, które za pomocą różnych określeń może wyrażać ukształtowanie jego treści jako dla stron opcjonalnej⁴¹ bądź imperatywnej.

De lege lata w niektórych przypadkach zrodziły się w praktyce wątpliwości co do charakteru przepisów o umowie agencyjnej. Na przykład w przypadku art. 761 § 1 *in fine* k.c. brak wyraźnych wskazówek co do jego charakteru spowodował wątpliwości interpretacyjne dotyczące tego przepisu w praktyce⁴². Z tego względu, obecnie konieczne jest odczytywanie go z użyciem dalszych metod wykładni, odsyłających do kontekstu regulacji — przede wszystkim jej kontekstu systemowego⁴³ oraz funkcji⁴⁴ normy. Chcąc uniknąć tego rodzaju wątpliwości, w projekcie proponowano określenie charakteru przepisów na poziomie ogólnym, odnoszącym się do umów o pośrednictwo. Od przyjętej ogólnej zasady mogą być następnie wprowadzane wyjątki w przepisach szczegółowych.

Przepisy o umowie agencyjnej są bezpośrednio zakorzenione w unijnej regulacji agencji handlowej, wprowadzonej w dyrektywie 86/653. Ustanawia ona minimalny poziom ochrony agenta, który powinien zostać uwzględniony przez państwa członkowskie zarówno na płaszczyźnie legislacyjnej (poprzez implementację), jak i interpretacyjnej (w odniesieniu do implementowanych przepisów dyrektywy).

W konsekwencji, ukształtowanie przepisów implementujących na poziomie krajowym jako dyspozytywnych, kogentnych lub semiimperatywnych (zarówno na etapie tworzenia prawa, jak i jego wykładni) wymagało wzięcia pod uwagę treści i celu regulacji unijnej. Z perspektywy multicentrycznej struktury przepisów o umowie agencyjnej wszystkie przepisy krajowe pozostają zbliżone do koncepcji semiimperatywności w tym znaczeniu, że wykluczają one uchylanie — w drodze indywidualnych umów — standardu wprowadzonego w dyrektywie 86/653. Efekt ten dotyczy przy tym wszystkich przepisów implementujących, niezależnie od tego, czy z perspektywy dogmatycznej struktury prawa krajowego byłyby one kwalifikowane jako dyspozytywne, kogentne czy semiimperatywne. Powinny one podlegać wykładni prounijnej⁴⁵

⁴¹ Nie oznacza to oczywiście, by wykładnia językowa była jedynym typem argumentu, jaki powinien zostać wykorzystany do ustalenia treści norm prawnych w sytuacji tego rodzaju. Zgodnie z regułą *omnia sunt interpretanda* mającą bez wątpienia zastosowanie w prawie prywatnym (por. m.in. Z. Radwański, M. Zieliński (w:) *System prawa prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. M. Safjana, Warszawa 2012, s. 511), nawet w razie wprowadzenia w treści przepisu jednoznacznego sformułowania wskazującego na charakter zawartej w nim normy, konieczna jest interpretacja przepisu z wykorzystaniem innych metod — przede wszystkim systemowej i funkcjonalnej. Jest to szczególnie istotne w sytuacjach, w których (jak ma to miejsce w wypadku przepisów o umowie agencyjnej) regulacje prawa polskiego posiadają bezpośrednie tło w prawie unijnym, które określa podstawowy i pierwszoplanowy wzorzec dla ich interpretacji.

⁴² Por. także komentarz do art. 35 projektu dotyczącego nabycia prawa do prowizji przez agenta zwykłego i wyłącznego.

⁴³ Por. szerzej F. Möslin: *Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen, Methoden*, Tübingen 2011, s. 177–179.

⁴⁴ Por. szerzej I. Schwander: *Was macht einen Rechtssatz zwingend oder dispositiv* (w:) *Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer*, Hrsg. H. Honsell et al., Basel–Genf–München 2004, s. 406–410; F. Möslin: *Dispositives...*, *op. cit.*, s. 179 i n.; M. Piotrowski: *Normy...*, *op. cit.*, s. 101–111.

⁴⁵ Na temat samego pojęcia wykładni prounijnej (a wcześniej prowsłotowej) i jej charakteru zob. m.in.: S. Biernat: *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem Wspólnot Europejskich* (w:) *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, pod red. C. Mika, Toruń 1998, s. 127; C. Mik: *Europej-*

w sposób, który pozwoliłby na możliwie pełną realizację standardu wprowadzonego w dyrektywie⁴⁶.

Warto także zwrócić uwagę, że w literaturze odnoszącej się do prawa umów obligacyjnych formułowany jest pogląd o konieczności domniemania, że wszystkie normy tego działu prawa prywatnego powinny być z zasady traktowane jako dyspozytywne, o ile nie można wskazać szczególnych argumentów za przypisaniem im charakteru kogentnego⁴⁷. Reguła ta nie działa jednak oczywiście w sposób automatyczny i wymaga weryfikacji w drodze pełnej wykładni danego przepisu prawnego, z uwzględnieniem wszystkich metod wykładni w systemie prawa (w tym wzięcia pod uwagę unijnego kontekstu i aksjologii leżącej u podstaw przepisów o umowie agencyjnej)⁴⁸.

Udzielenie odpowiedzi na pytanie o zakres jego opcjonalności wymaga jednak wzięcia pod uwagę całej treści aktu unijnego oraz utrwalonego sposobu jego rozumienia, między innymi w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁴⁹. Chociaż Trybunał najczęściej wypowiadał się w odniesieniu do jednej z instytucji składającej się na standard ochronny agenta (tj. świadczenia wyrównawczego), wiele jego wypowiedzi dotyczyło ogólnej istoty standardu ochronnego ustanowionego dla agenta, jego *ratio legis* oraz koniecznego kierunku wykładni implementowanych przepisów dyrektywy 86/653.

skie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki, t. I, Warszawa 2000, s. 578; A. Wróbel: *Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE. Zarys problemu* (w:) *Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne*, pod red. L. Gardockiego, J. Godynia, M. Hudzika, L.K. Paprzyckiego, Warszawa 2008, s. 51–70; K. Kowalik-Bańczyk: *Prawo wspólnotowe wykładnia prawa polskiego*, Europejski Przegląd Sądowy (dalej: EPS) 2005, nr 3, s. 16–18; M. Koszowski: *Wykładnia prawa wspólnotowego w ujęciu teoretyczno-prawnym*, Przegląd Legislacyjny 2009, nr 3, s. 70–72; i ostatnio A. Szot (w:) *System prawa Unii Europejskiej*, t. 3, *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, pod red. L. Leszczyńskiego, Warszawa 2019, s. 190, 191.

⁴⁶ Por. także E. Łętowska: *Dialog i metody. Interpretacja w multicentrycznym systemie prawa*, cz. I, EPS 2008, nr 11, s. 6, która wyraźnie stwierdza, że wykładnia prawa obejmuje nie tylko wyjaśnianie prawa oraz współbudowanie systemu prawa (*Rechtsfindung*), lecz także obowiązek osiągnięcia celu, któremu te interpretacyjne zabiegi mają służyć (*effet utile*); por. też M. Gutowski: *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017, s. 295, 296, a także A. Szot (w:) *System prawa Unii Europejskiej*, t. 3, *op. cit.*, s. 183–185. Zob. również wyrok TSUE z dnia 17 maja 2017 r., C-48/16, *ERGO Poist'ovňa, a.s. p. Alžběcie Barlikovej*, ECLI:EU:C:2017:377, w którym Trybunał przyjął, że „w sytuacji, gdy przepisy prawa krajowego opierają się na tych samych rozwiązaniach, jak te, które przyjęto w prawie Unii, zwłaszcza po to, by uniknąć dyskryminacji podmiotów zagranicznych lub ewentualnego zakłócenia konkurencji, istnieje niewątpliwy interes w tym, by celem uniknięcia potencjalnych rozbieżności interpretacyjnych przepisy lub pojęcia przejęte z prawa Unii były interpretowane w sposób jednolity, bez względu na okoliczności, w jakich mają być stosowane” (pkt 29).

⁴⁷ Pogląd ten przyjmuje m.in. K. Mularski: *Wykonanie zastępcze — ius cogens czy ius dispositivum*, Monitor Prawniczy 2006, nr 14, s. 760; por. także J. Napierała: *Kontrola klauzul odpowiedzialności odszkodowawczej w obrocie gospodarczym*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1991, z. 3, s. 49; o kwestii tej por. też P. Machnikowski (w:) *System prawa prywatnego*, *op. cit.*, t. 5, s. 473, który wyklucza automatyzm w kwalifikowaniu norm prawa umów jako dyspozytywnych, jeśli ustawodawca nie wskazał wprost na ich imperatywny lub semiimperatywny charakter, generalnie dopuszczając jednak powołanie się na typowość norm dyspozytywnych dla prawa zobowiązań jako jeden z argumentów interpretacyjnych.

⁴⁸ Por. A. Kalisz (w:) *System prawa Unii Europejskiej*, t. 3, *op. cit.*, s. 162 i n.

⁴⁹ Bliżej A. Soltys (w:) *System prawa Unii Europejskiej*, t. 3, *op. cit.*, s. 483 i n.

Zasadniczym celem dyrektywy 86/653 jest ochrona agenta (przedsiębiorcy) jako strony modelowo słabszej w stosunku do dającego zlecenie⁵⁰. Takie zadanie tego aktu było wielokrotnie i konsekwentnie podkreślane w orzecznictwie TSUE⁵¹. Jak w szczególności zauważył Trybunał, normy prawne ustanowione w dyrektywie 86/653 mają charakter imperatywny i służą zapewnieniu agentom minimalnego poziomu ochrony⁵². Trybunał wielokrotnie przyjmował, że przepisy o umowie agencyjnej powinny być wykładane w sposób, który zapewni rozstrzygnięcie wątpliwości interpretacyjnych w ramach standardu ochronnego na rzecz agenta⁵³.

Dodatkowego argumentu dotyczącego charakteru przepisów dyrektywy 86/653/EWG dostarcza europejski akt prawa modelowego, tj. Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles — ACQP)⁵⁴. Zasady Acquis ujmują w postaci systemu prawo prywatne UE unormowane fragmentarycznie w dyrektywach i rozporządzeniach unijnych⁵⁵. Mając na względzie istotę i cel dyrektywy 86/653 (cel ogólny) oraz *ratio legis* poszczególnych jej przepisów (cel szczegółowy), w art. 7:H-02 (1) ACQP (zatytułowanym wprost: *Mandatory nature*) jako zasadę wskazano kogentny⁵⁶ charakter przepisów o umowie agencyjnej⁵⁷. Rozwiązanie to może zostać przełamane na poziomie przepisów szczegółowych, jeśli zostałyby one ukształtowane jako dyspozytywne. Reguły zawarte w ACQP mają charakter *soft law*. W tym znaczeniu nie mają one więc charakteru wiążącego. Należy jednak podkreślić, że zostały one stworzone jako próba syntezy i „wyjęcia przed nawias”

⁵⁰ Zob. bliżej E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski: *Struktura umów o pośrednictwo handlowe (wnioski prawno-porównawcze i propozycje legislacyjne)*, SPP 2018, nr 1, s. 17.

⁵¹ Zob. wyroki TSUE: *Bellone*, C-215/97, EU:C:1998:189, pkt 13; *Ingmar*, C-381/98, EU:C:2000:605, pkt 20, 21; *Honyvem Informazioni Commerciali*, C-465/04, EU:C:2006:199, pkt 19, 22; *Chevassus-Marche*, C-19/07, EU:C:2008:23, pkt 22; *Semen*, C-348/07, EU:C:2009:195, pkt 14.

⁵² Zob. np. opinię rzecznika generalnego M. Szpunara z dnia 10 września 2015 r. w sprawie C-315/14 *Marchon Germany GmbH v. Yvonne Karaszewicz*, ECLI:EU:C:2015:571, którą TSUE podzielił w wyroku z dnia 7 kwietnia 2016 r., ECLI:EU:C:2016:211.

⁵³ Tak przyjmował TSUE w sprawach dotyczących świadczenia wyrównawczego. Kontekst takiego twierdzenia pozwala jednak na nadanie mu charakteru ogólnego. Por. wyroki z dnia 30 kwietnia 1998 r. w sprawie *Bellone* (C-215/97, EU:C:1998:189, pkt 13); z dnia 9 listopada 2000 r. w sprawie *Ingmar* (C-381/98, EU:C:2000:605, pkt 20, 21); z dnia 23 marca 2006 r. w sprawie *Honyvem Informazioni Commerciali* (C-465/04, EU:C:2006:199, pkt 19, 22); z dnia 17 stycznia 2008 r. w sprawie *Chevassus-Marche* (C-19/07, EU:C:2008:23, pkt 22); z dnia 26 marca 2009 r. w sprawie *Semen* (C-348/07, EU:C:2009:195, pkt 14). Kierunek ten podsumował ostatnio w swej opinii rzecznik generalny M. Szpunar, przedstawionej 12 stycznia 2017 r. w sprawie *ERGO Poist'ovňa, a.s. v. Alžběcie Barlikovej*, ECLI: ECLI:EU:C:2017:15, stwierdzając, że „Trybunał wielokrotnie wyjaśniał, że celem dyrektywy jest w szczególności zapewnienie przedstawicielom handlowym ochrony w stosunkach ze zlecającymi [...]”, powołując się na wymienione w niniejszym przypisie orzeczenia (pkt 35).

⁵⁴ Zob. Reaserch Group on the Existing EC Private Law, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*. *Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Service*, Sellier 2009, s. 36.

⁵⁵ Odnośnie do celu, znaczenia, funkcji i metody tworzenia Acquis Principles zob. E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa handlowego*, t. 9, *op. cit.*, s. 79 i n.

⁵⁶ „Contract terms which are prejudicial to the commercial agent and which deviate from the rules in this part are not binding on the commercial agent”.

⁵⁷ Rozwiązanie to zostało odniesione do wszystkich przepisów regulujących tę umowę, z wyjątkiem normy dotyczącej świadczenia wyrównawczego, zamieszczonej w art. 7: H-02(2) ACQP.

najistotniejszych rozwiązań i zasad zawartych w prawie prywatnym UE. W konsekwencji, mogą one stanowić bezpośrednią wskazówkę co do „ducha” i ogólnego celu przepisów prawa unijnego i — w konsekwencji — implementujących je regulacji krajowych. W dalszym rezultacie ACQP mogą także stanowić wskazówkę co do sposobu rozgraniczenia między regulacjami semi- i w pełni dyspozytywnymi oraz bezwzględnie wiążącymi na poziomie systemów państw członkowskich.

Prawo unijne — zarówno *per se*, jak i za pośrednictwem akademickiej syntezy objętej ACQP — wyraźnie przemawia zatem za ograniczeniem zakresu dyspozytywności przepisów regulujących umowę agencyjną. Umowa agencyjna stanowi z tego punktu widzenia wyjątek wśród ustawowych typów umów obligacyjnych, w odniesieniu do których przyjmowana jest w najszerszym zakresie swoboda stron w zakresie kształtowania treści i celu wynikających z nich stosunków prawnych. Równocześnie regulacja tej umowy stanowi jeden ze stosunkowo nielicznych wyjątków, w których prawo umów obejmuje jeden z podmiotów w relacji *business-to-business* (zakładając, że agent pozostaje typowo stroną znacząco słabszą ekonomicznie niż dający zlecenie).

Z tych powodów jako zasadę w ramach projektu przyjęto semiimperatywny charakter przepisów ogólnych wyrażających istotę pośrednictwa oraz przepisów o umowie agencyjnej. Inaczej jest w pozostałym zakresie, w którym otwarte jest przyjęcie dyspozytywności w konkretnych regulacjach szczegółowych. Propozycja ta jest zgodna z proponowaną normatywną koncepcją przepisów o umowie agencyjnej w *Acquis Principles*⁵⁸, odzwierciedlającą cel, założenia dyrektywy 86/653, a także kierunek interpretacji przepisów o umowie agencyjnej przyjmowany przez TSUE⁵⁹.

Art. 4. [Pośrednictwo wyłączne]

§ 1. W umowie pośrednictwa można zastrzec na rzecz pośrednika prawo wyłączności w ten sposób, że dający zlecenie zobowiązuje się do powstrzymania się od dostarczenia oznaczonych towarów lub świadczenia usług innym osobom bądź od udzielania upoważnienia innym pośrednikom na oznaczonym obszarze geograficznym.

§ 2. W umowie pośrednictwa wyłączność może zostać zastrzeżona także w ten sposób, że pośrednik zobowiąże się do nabywania oznaczonego towaru wyłącznie u dającego zlecenie albo u osoby przez niego wskazanej (wyłączność zakupu).

§ 3. Jeżeli strony nie postanowią inaczej, w razie zmniejszenia ilości zamawianych towarów, pośrednik ma prawo zwrotu ich nadwyżki. Zwrot następuje przez zawarcie umowy przenoszącej własność towarów na dającego zlecenie.

⁵⁸ Zob. *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services; opracowana przez Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Sellier 2009, s. 35 i n.

⁵⁹ Bliżej nie tylko w odniesieniu do prowizji agenta E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski: *Prowizja agenta w czasie trwania umowy (imperatywny czy dyspozytywny charakter regulacji i wynikające z tego konsekwencje)*, TPP 2018, nr 3, s. 73 i n.

Art. 5. [Skutki pośrednictwa z wyłącznością zakupu]

W umowach z zastrzeżeniem wyłączności zakupu, strony są zobowiązane do udzielania sobie w rozsądnym czasie ostrzeżeń o istotnym zmniejszeniu zdolności produkcyjnych lub wielkości dostaw.

Art. 6. [Rozszerzenie uprawnień]

§ 1. Pośrednik wyłączny może również nabywać towary konkurencyjne od innych dostawców albo korzystać z ich usług, jeśli ich oferta jest korzystniejsza, w szczególności co do ceny.

§ 2. Pośrednik wyłączny za dodatkowym wynagrodzeniem może zobowiązać się do zaniechania pośredniczenia w obrocie towarami bądź usługami konkurencyjnymi lub zrzec się aktywnego poszukiwania klientów poza terytorium objętym wyłącznością.

§ 3. Jeżeli strony nie postanowią inaczej, dający zlecenie zachowuje uprawnienie do samodzielnego prowadzenia obrotu towarami bądź usługami na obszarze lub w stosunku do osób objętych wyłącznością.

Komentarz do art. 4–6

W art. 4–6 projektu zostały określone ramy prawne dla pośrednictwa wyłącznego i pośrednictwa z wyłącznością zakupu. W przeciwieństwie do większości przepisów o umowach pośrednictwa, tę regulację charakteryzuje znacznie wyższy stopień dyspozytywności. Po pierwsze, samo zastrzeżenie pośrednictwa wyłącznego i pośrednictwa z wyłącznością zakupu zostało pozostawione woli stron (na zasadzie *opt-in*). W dalszej kolejności, jeśli strony zdecydowałyby się na wybór tego rozwiązania, projekt wprowadza dalsze poziomy opcjonalności (np. w art. 4 § 3). Wyjątkiem w tym zakresie jest bezwzględny obowiązek udzielania ostrzeżeń w umowie pośrednictwa z wyłącznością zakupu. Inaczej niż inne przepisy projektu, regulacja ta jest obustronnie semiimperatywna — określa ona minimum wiążące dla obu stron, nie zaś jedynie dla dającego zlecenie. Wynika to z istoty tego przepisu, który nakłada obowiązek udzielania notyfikacji w sposób wzajemny oraz w interesie obu stron. Równocześnie, przepis ten może zostać zmodyfikowany w umowie pośrednictwa przez zastrzeżenie dalej idących obowiązków informacyjnych między stronami. Specyficzny wyjątek w tym zakresie zastrzeżono także w art. 6 § 1 projektu, o którym mowa niżej.

U podstaw koncepcji pośrednictwa wyłącznego leży zobowiązanie pośrednika do współpracy rynkowej wyłącznie z jednym dającym zlecenie lub odwrotnie, tj. zobowiązania się dającego zlecenie do udzielenia upoważnienia wyłącznie jednemu pośrednikowi. Jako kryterium pozwalające na zidentyfikowanie zakresu wyłączności, w art. 4 § 1 projektu wprowadzono kryterium obszaru geograficznego. Podobnie jak inne elementy art. 4–6 projektu, rozwiązanie to ma jednak charakter dyspozy-

tywny (*opt-out*). W umowie pośrednictwa strony mogą zatem zastrzec inne kryterium przesądzające o wyłączności.

Stosunek pośrednictwa wyłącznego (w obu jego normatywnych postaciach) tworzony jest zwykle w celu ograniczenia konkurencji między pośrednikami lub dającymi zlecenie w odniesieniu do danej części rynku. Do tych sytuacji odnosi się art. 6 projektu. Zastrzeżono w nim dla pośrednika przede wszystkim ogólne uprawnienie do nabywania od innych dostawców, na korzystniejszych warunkach, towarów lub usług konkurencyjnych do towarów i usług zleceniodawcy, który przyznał pośrednikowi pośrednictwo wyłączne (§ 1). Prawo to może zostać wyłączone wolą stron, jedynie jednak z zastrzeżeniem dodatkowego wynagrodzenia dla pośrednika (§ 2). W tym zakresie omawiany przepis wprowadza dyspozytywność rozwiązania przyjętego w § 1, równocześnie jednak zastrzegając semiimperatywny charakter samego mechanizmu zmiany przewidzianego w § 2.

Zastrzegając dodatkowe wynagrodzenie, strony mogą także ograniczyć zakres działalności pośrednika do określonego obszaru geograficznego (lub, jak już wspomniano, do zakresu wyłączności określonego w inny sposób). Rozwiązanie to (art. 6 § 2 *in fine* projektu) może pozwalać przede wszystkim na rozgraniczenie sfer działalności kilku agentów — a tym samym, na wyeliminowanie konkurencji między nimi. Równocześnie, pośrednik zachowuje prawo do prowadzenia obrotu towarami lub usługami we własnym imieniu na obszarze lub w stosunku do klientów, których dotyczy obowiązek wyłączności na podstawie § 3.

Art. 7. [Pośrednictwo sieciowe]

§ 1. Przez zawarcie sieciowej umowy pośrednictwa z co najmniej dwoma innymi przedsiębiorcami (uczestnikami sieci), kierujący siecią organizuje, w ramach działalności swojego przedsiębiorstwa, wspólny i jednolity system stałego pośredniczenia w obrocie towarami lub usługami.

§ 2. Zasady współpracy uczestników określa umowa, zawarta w formie pisemnej z datą pewną. Jej zmiana w czasie istnienia sieci może nastąpić wyłącznie za zgodą wszystkich jej uczestników.

§ 3. Przystępując do sieci, każdy z uczestników wyraża zgodę na podjęcie współpracy na podstawie zasad ustalonych przez dotychczasowych uczestników w formie pisemnej z datą pewną.

§ 4. Umowa może wskazywać jednego lub kilku uczestników sieci jako podmioty kierujące siecią, przyznając im uprawnienie do wiążącego określania sposobu wykonania zobowiązania przez innych jej uczestników lub podejmowania decyzji w sprawach dotyczących wszystkich lub niektórych uczestników sieci.

§ 5. W sieciowej umowie pośrednictwa można wyłączyć prawo uczestnika sieci do dalszej sprzedaży towarów lub świadczenia usług podmiotom spoza sieci.

§ 6. O ile uczestnicy sieci nie postanowią odmiennie, żaden z nich nie może podejmować w stosunku do pozostałych działalności konkurencyjnej. Zakaz ten

wiąże przez cały okres udziału uczestnika w sieci oraz przez dwa lata od jego wystąpienia z sieci lub jej rozwiązania.

Komentarz

Przepisy art. 7 projektu określają ogólne ramy konstrukcji pośrednictwa sieciowego. Odnosi się ona do umów pośrednictwa, stanowiących podstawę do funkcjonalnego i podmiotowego powiązania co najmniej dwóch umów pośrednictwa. Zgodnie z definicją przyjętą w § 1 tego artykułu pośrednictwo sieciowe obejmuje związek co najmniej dwóch umów pośrednictwa, które łączą jednego zleceniodawcę z co najmniej dwoma pośrednikami. Cechą tego układu jest jego stałość, a także cel organizacyjny, jakim jest stworzenie stałego systemu pośrednictwa (sieci dystrybucji towarów lub usług). Do powstania pośrednictwa sieciowego dochodzi więc wówczas, gdy kilka umów pośrednictwa zostaje zawartych w celu stworzenia jednolitej struktury organizacyjnej, w której wielu pośredników reprezentuje tego samego zleceniodawcę, działając na tych samych lub zbliżonych zasadach.

Rozwiązania przyjęte w art. 7 mają na celu stworzenie zespołu norm stanowiących dla stron ramy (w postaci normatywnego wzorca), służące stworzeniu organizacyjnej struktury sieci dystrybucyjnej, która stanowiłaby zwartą i jednolitą całość — i która, równocześnie, opierałaby się wyłącznie na zbiorze odrębnych umów i wynikających z nich stosunków zobowiązaniowych, bez tworzenia struktur o wyższym stopniu formalizacji (spółki cywilnej lub spółek prawa handlowego). Szczególnie istotną cechą proponowanej regulacji jest stworzenie wyjątków od zasady względności zobowiązania i stworzenie „poziomych” powiązań między kontraktami tworzącymi sieć. Dotyczy to zwłaszcza wspólnego decydowania przez uczestników sieci o treści wiążących ich umów (§ 3) oraz możliwości tworzenia wewnętrznych struktur decyzyjnych w ramach sieci. Instytucja pośrednictwa sieciowego ma charakter selektywny (*opt-in*) dla stron umowy, sam zaś art. 7 obejmuje zbiór norm zarówno o charakterze dyspozytywnym (§ 4), jak i kogentnym (§ 2 i 3).

Podstawę pośrednictwa sieciowego stanowi umowa, zawierana przez uczestników sieci przez zaakceptowanie wzorca (zwykle w postaci ogólnych warunków), w praktyce tworzonego zazwyczaj przez dającego zlecenie. Zgodnie z § 2 umowa ta powinna zostać zawarta na piśmie z datą pewną (tak, by nie budziło wątpliwości, z jaką chwilą dany pośrednik stał się uczestnikiem sieci). W tej samej formie (§ 3) każdy z kolejnych uczestników sieci powinien składać swoje oświadczenie o przystąpieniu do już istniejącej struktury (ściśle: o zawarciu umowy pośrednictwa na warunkach, na jakich zostały zawarte poprzednie umowy). Stworzona w ten sposób struktura ma z założenia charakter jednolity dla wszystkich uczestników, a w konsekwencji zmiana postanowień umowy wymaga zgody wszystkich uczestników sieci.

Umowa pośrednictwa sieciowego może także przewidywać wyższy stopień strukturyzacji stosunków między stronami. Zgodnie z § 4 projektu uczestnicy sieci

mogą tworzyć wewnętrzny mechanizm podejmowania decyzji i zarządzania siecią, przez wyznaczenie jednego lub kilku z nich do podejmowania wiążących decyzji odnoszących się do sposobu wykonywania umów pośrednictwa, a także do rozstrzygania innych kwestii mających znaczenie dla pozostałych uczestników sieci. Może to mieć znaczenie w szczególności dla rozbudowanych sieci dystrybucji, o wielopoziomowej strukturze i dużej liczbie pośredników. Bardziej efektywnym sposobem administrowania może być w takim przypadku delegowanie części kompetencji zarządczych z dającego zlecenie na konkretnych pośredników lub ich grupę⁶⁰. Może to pozwolić na stworzenie „wewnętrznej” struktury administracyjnej sieci, o częściowo zdecentralizowanym charakterze. Obserwacja praktyki pozwala na stwierdzenie, że konstrukcja taka może być funkcjonalna i czynić zadość potrzebom obrotu przy bardziej skomplikowanych związkach między dającym zlecenie i poszczególnymi pośrednikami, a także między samymi pośrednikami.

Art. 8. [Obowiązek lojalności i ogólny obowiązek informacyjny]

§ 1. Strony umowy o pośrednictwo są zobowiązane do zachowania lojalności i zgodnego współdziałania w trakcie jej zawierania oraz przy wykonywaniu zobowiązania, w szczególności w pozyskiwaniu nabywców towarów lub usług.

§ 2. Przy ocenie rodzaju i charakteru informacji przekazywanych w celu zgodnego współdziałania, należy brać pod uwagę, w szczególności, treść i sposób wykonania umów dotychczas zawartych między stronami, a także zakres informacji, jakimi dysponuje każda ze stron w związku z prowadzoną działalnością.

Komentarz

Przepis wprowadza ogólny obowiązek zachowania przez strony lojalności we wzajemnych stosunkach (§ 1) oraz — wynikający z niego — generalny obowiązek informacyjny (§ 2). Regulacja ta ma charakter wprowadzający i ramowy w stosunku do szczegółowych wymagań w zakresie lojalności i przekazania informacji zastrzeżonych w dalszych przepisach działu. Oba elementy przepisu wyznaczają ogólny standard lojalności oraz obowiązku informowania, którego dookreślenie musi nastąpić *ad casum*. Z tego powodu w końcowej części § 2 określono ogólne kryteria, według których należy *in concreto* oceniać zakres informacji koniecznych do przekazania przez każdą ze stron. Formuła ogólna tego obowiązku czyni zbędnym jej wprowadzanie w podobnej ogólnej formule w przepisach dotyczących ustawowych typów umów (tj. takich jak obecnie art. 760 k.c.).

Kryteria ujęte w § 2 tego artykułu są pomocne przy ocenie wykonania obowiązku zachowania lojalności. Podkreślenie tych kryteriów w sposób normatywny

⁶⁰ Por. szerzej m.in. F. Cafaggi: *Contractual networks and contract theory: a research agenda for European contract law* (w:) *Contractual Networks, Inter-firm Cooperation and Economic Growth*, ed. F. Cafaggi, Cheltenham–Northampton 2011 (polski przekład: SPP 2012, nr 3–4, s. 78 i n.).

jest konsekwencją uznawania umów o pośrednictwo za umowy szczególnego zaufania. Słusznie podkreśla się w ostatniej dekadzie kryterium zaufania i rozsądnych oczekiwań wzbudzonych określonym postępowaniem drugiej strony przy wykonaniu zobowiązania, a także na etapie wcześniejszym, tj. przed zawarciem umowy i przy jej zawieraniu⁶¹. Intencją przy kształtowaniu tego przepisu jest przyjęcie kierunku interpretacji przepisów znajdujących zastosowanie do umów o pośrednictwo, uwzględniającego elementy zaufania i rozsądnych (uzasadnionych) oczekiwań strony, które powinny podlegać ochronie, w szczególności w umowach o charakterze trwałym ciągłym. W umowach tych powinna być zachowana równowaga stron i realizacja ich interesów przez cały czas trwania stosunku prawnego.

Artykuł 9. [Zakres informacji]

§ 1. Każda ze stron ma obowiązek przekazywania i aktualizowania w rozsądnym czasie wszelkich informacji niezbędnych do zawarcia umowy i jej wykonania.

§ 2. Przed zawarciem umowy dający zlecenie jest zobowiązany do udzielenia pośrednikowi informacji w szczególności o: celu współpracy, cechach charakterystycznych towarów lub usług, sposobie ustalania cen i wynagrodzenia, sposobach zakończenia umowy, zasadach rozliczeń i zwrotnej sprzedaży zapasów, części zamiennych i materiałów po zakończeniu umowy, a także zasadach prowadzenia wspólnych akcji promocyjno-reklamowych.

§ 3. Zastrzeżenie nakładające na jedną ze stron obowiązek uzyskania określonej informacji przed lub po zawarciu umowy jest możliwe za przyznaniem stosownego wynagrodzenia; przepis ten nie ogranicza ani nie wyłącza obowiązku udzielania informacji, o którym mowa w art. 8 § 2.

§ 4. Każda ze stron jest zobowiązana do niezwłocznego informowania drugiej strony o istotnych zmianach dotyczących wykonywania umowy pośrednictwa, w szczególności o niższej niż zakładana wartości zamówień lub zmniejszeniu dostępności towarów bądź usług.

Komentarz

Przepisy art. 9 projektu wprowadzają ogólną regulację obowiązków informacyjnych między stronami umowy pośrednictwa. W § 1 przewidziano ogólny obowiązek „współpracy informacyjnej” między stronami, na całym etapie zawierania umowy oraz jej wykonywania. Obowiązek ten obejmuje informacje istotne przy zawarciu umowy — a więc przede wszystkim te, które mogą mieć znaczenie dla podjęcia przez strony decyzji o zawarciu umowy oraz o nadaniu jej określonej tre-

⁶¹ Por. w szczególności monografię P. Machnikowskiego: *Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umowy*, Warszawa 2010, s. 89 i n.; zob. także E. Rott-Pietrzyk: *Trust and reasonable expectations in contracts from the perspective of Polish private law (with some references to Chinese law and culture)*, TPP (w przygotowaniu) i cytowane tam piśmiennictwo.

ści. Dotyczy to w szczególności informacji, o których mowa w § 2 tego artykułu. Obowiązek informacyjny jednak nie ogranicza się do okoliczności wymienionych *expressis verbis*. Dotyczy także innych okoliczności znanych jednej ze stron umowy, które mogą mieć znaczenie na każdym z etapów, o których mowa.

Obowiązek z § 1 dotyczy bowiem informacji mających znaczenie dla wykonania zobowiązania przez każdą ze stron (np. o podstawach do wypłaty prowizji). W § 1 nałożono również na obie strony powinność utrzymywania aktualności przekazanych informacji. U podstaw projektu w tym zakresie leży założenie, że stosunki pośrednictwa gospodarczego mają ze swojej istoty charakter trwały. Tworzą bowiem między stronami stałą więź organizacyjną, w trakcie której może dochodzić do zmiany okoliczności istotnych dla umowy. Obowiązek ten został uszczegółowiony w § 4, w odniesieniu do okoliczności dotyczących samego wykonania umowy pośrednictwa.

Dodatkowo, zgodnie z § 3, umowa pośrednictwa może nakładać na strony obowiązek uzyskania dodatkowych informacji. Przepis ten dotyczy przypadków, w których umowa nakłada na jedną ze stron obowiązek zgromadzenia określonych informacji, zarówno o charakterze pierwotnym (np. dokonania analizy rynku), jak i wtórnym (np. przez badanie cech klientów zawierających umowę z danym pośrednikiem). Regulacja ta ma na celu przeciwdziałanie nadużywaniu silniejszej pozycji ekonomicznej przez jedną ze stron. W praktyce odnosi się to przede wszystkim do podmiotu udzielającego upoważnienia do reprezentacji (dającego zlecenie, udzielającego umocowania w umowie agencyjnej czy franczyzodawcę itd.) przez przenoszenie na kontrahenta kosztów uzyskania informacji. Ma to miejsce w szczególności wówczas, gdy jej uzyskanie wymaga poniesienia szczególnych nakładów lub gdy sama informacja ma istotną wartość ekonomiczną. Norma o charakterze semiimperatywnym⁶² nakłada w takich sytuacjach na każdą ze stron uprawnienie do przekazania informacji za odpowiednim wynagrodzeniem. W praktyce można uczynić zadość wymogom określonym w art. 9 § 3 *ab initio* zarówno przez określenie konkretnego wynagrodzenia, jak i przez uwzględnienie wartości przekazanych informacji w ramach ogólnego mechanizmu rozliczenia stron. Regulacja ta ma przede wszystkim na celu przeciwdziałanie nadużywaniu przewagi przez silniejszego ekonomicznie kontrahenta (z reguły przez osobę udzielającą upoważnienia do dokonywania czynności w zakresie pośrednictwa).

Art. 10. [Obowiązek zachowania poufności]

§ 1. Każda ze stron umowy jest zobowiązana do nieujawniania osobom trzecim informacji udostępnionych jej w trakcie wykonywania umowy oraz po jej zakończeniu, dotyczących w szczególności: towarów lub usług oraz zasad współpracy, bez względu na zastrzeżenie poufności przed zawarciem umowy⁶³. W razie niewy-

⁶² Także w tym wypadku semiimperatywność odnosi się do obu stron umowy — por. komentarz do art. 4–6.

⁶³ Por. modelowy art. IV.E.–2:203 DCFR oparty na ogólnej zasadzie nienaruszania poufności określonej w art. II.–3:302 DCFR oraz postępowania w dobrej wierze — art. III.–1:103 DCFR.

konania lub nienależytego wykonania tego obowiązku, druga strona może żądać naprawienia szkody lub wydania uzyskanych korzyści.

§ 2. Za informacje poufne uważa się w szczególności dane techniczne, o składzie produktu oraz dotyczące: ustalania cen produktów i usług, wynagrodzenia pośrednika, udzielania pośrednikowi rabatów przy sprzedaży towaru lub świadczenia usług.

Komentarz

Przepis § 1 wprowadza ogólny obowiązek zachowania poufności na wszystkich etapach relacji stron w związku z zawarciem umowy (etap przedkontraktowy, etap zawarcia umowy, etap wykonywania zobowiązań wynikających z umowy, nie pomijając tych, które aktualizują się po zakończeniu umowy, np. świadczenie wyrównawcze). Umieszczenie normy objętej § 1 wśród ogólnych przepisów o umowach pośrednictwa wynika ze specyfiki tych stosunków prawnych, związanych typowo nie tylko z upoważnieniem jednego z kontrahentów do działania w imieniu drugiego (czy tylko na rzecz drugiej strony w przypadku pośrednictwa *sensu stricto*, wiążącego się z dokonywaniem czynności faktycznych), lecz także z przekazywaniem między nimi znacznych ilości różnego rodzaju informacji.

Informacja (związana ze sposobem prowadzenia działalności gospodarczej, dotycząca właściwości rynku czy obejmująca dane klientów) stanowi podstawowy element działalności prowadzonej w ramach pośrednictwa. Równocześnie, informacje przekazywane między kontrahentami mają zwykle bardzo istotny wymiar ekonomiczny i mogą zostać łatwo monetyzowane lub wykorzystane w ramach działalności konkurencyjnej. W oczywisty sposób może to prowokować postawy oportunistyczne po stronie podmiotów otrzymujących informację. Przepis ma zatem na celu przeciwdziałanie takim sytuacjom, uzupełniając postanowienia umów pośrednictwa (na podstawie art. 56 k.c. czy art. 354 k.c.) — które w praktyce często zawierają rozbudowane postanowienia odnoszące się do problematyki poufności przekazywanych informacji⁶⁴. Udostępnianie osobom trzecim informacji związanych z wykonaniem umowy jest bowiem z zasady kształtowane przez strony w treści umowy. Z tego punktu widzenia § 1 ma na celu jedynie uzupełnienie ewentualnych luk pozostawionych przez strony w tym zakresie. Rozwiązanie to uzupełnia § 2,

⁶⁴ O znaczeniu poufności w umowach pośrednictwa może świadczyć m.in. osobne uregulowanie tej problematyki — jako obowiązku ciążącego na stronach z mocy prawa — w przepisach DCFR (art. IV.E.–2:203). Por. także klauzule umowne dotyczące poufności w umowach modelowych opracowanych przez Międzynarodową Izbę Handlową w Paryżu (ICC). Por. też umowy i klauzule modelowe przygotowane przez Międzynarodową Izbę Handlową w Paryżu, a w szczególności: Annex VII: ICC Model Confidentiality Clause 2006 do modelowej umowy agencyjnej, tj. ICC Model Commercial Agency Contract, ICC Publication No. 766E, 2015; art. 17 ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No 712E, 2011; ICC Model Contract Occasional Intermediary — Non-circumvention Non-disclosure (NCND), ICC Publication No. 769E, 2015; a także ICC Model Confidentiality Agreement, ICC Publication No. 774E, 2016.

zawierający przykładowe wyliczenie typowych kategorii informacji objętych obowiązkiem zachowania poufności.

W § 1 *in fine* przepis określa skutki naruszenia obowiązku zachowania poufności. Rozwiązanie to obejmuje roszczenia przewidziane *de lege lata* w art. 72¹ § 2 k.c., w razie naruszenia obowiązku zachowania poufności negocjacji. Rozwiązanie przyjęte w tym zakresie w projekcie będzie musiało być dostosowane do rozwiązań przyjętych w części ogólnej kodeksu cywilnego, w celu zachowania spójności i uniknięcia powtórzeń.

Art. 11. [Prawa własności intelektualnej i *know-how*]

§ 1. Dający zlecenie jest zobowiązany do upoważnienia drugiej strony do korzystania z przysługujących mu praw własności intelektualnej oraz *know-how*, umożliwiającących należyte wykonywanie umowy pośrednictwa. O ile umowa nie stanowi inaczej, upoważnienie to dotyczy grupy klientów lub obszaru geograficznego, objętych działalnością pośrednika oraz rodzaju towarów lub usług stanowiących przedmiot umowy.

§ 2. W razie konieczności podniesienia wartości sprzedaży lub jakości obsługi gwarancyjnej, pośrednik jest uprawniony do eksploatacji praw na dobrach niematerialnych drugiej strony, korzystania z jej wiedzy i doświadczenia handlowego bądź wykorzystywania w swojej działalności licencjonowanych technologii.

§ 3. Pośrednik jest zobowiązany do podejmowania wszelkich **czynności niezbędnych do ochrony praw dającego zlecenie**, w szczególności niezwłocznego informowania o roszczeniach do praw własności intelektualnej, z którymi występuje albo może wystąpić osoba trzecia, a także o jakichkolwiek naruszeniach tych praw przez osobę trzecią.

§ 4. Nałożenie na pośrednika obowiązku przeniesienia prawa własności intelektualnej lub *know-how* na dającego zlecenie jest możliwe wyłącznie za przyznaniem stosownego wynagrodzenia.

Komentarz

W art. 10 § 1 projektu wprowadzono ogólny obowiązek udostępnienia pośrednikowi praw własności intelektualnej oraz danych koniecznych do prawidłowego wykonywania umów o pośrednictwo (*know-how*). Znaczenie tych elementów jest bardzo specyficzne dla tych umów. Jest to bardzo często związane w praktyce z „przeniesieniem” fragmentu działalności gospodarczej na pośrednika, zapewniającego dystrybucję towarów i usług. Problem ten najbardziej wyraźnie ujawnia się w przypadku umowy franszyzy. Jest jednak charakterystyczny także między innymi dla umowy agencyjnej — w praktyce również związanej z udostępnieniem agentowi niektórych składników przedsiębiorstwa osoby dającej zlecenie (np. udzielenia licencji na korzystanie z przedmiotów objętych własnością intelektualną, jak mate-

riały reklamowe, systemy identyfikacji graficznej itd.). Norma przyjęta w § 1 ma charakter semiimperatywny; równocześnie jednak jest warunkowy. Sprawia to, że aktualizuje się on w zależności od konkretnych potrzeb mogących wystąpić stosownie do treści określonej umowy.

Art. 12. [Prowadzenie własnej działalności przez pośrednika]

§ 1. W umowie nie można ograniczyć ani wyłączyć prawa pośrednika do produkcji lub obrotu towarami albo usługami, które nie są konkurencyjne w stosunku do towarów lub usług dającego zlecenie.

§ 2. Pośrednik jest zobowiązany do poinformowania dającego zlecenie w rozsądnym czasie o działalności, o której mowa w § 1, z jednoczesnym zapewnieniem, że nie utrudnia ona wykonywania umowy pośrednictwa.

Komentarz

U podstaw przyjętych w art. 12 rozwiązań leży ogólne założenie, że pośrednik — jako przedsiębiorca — powinien mieć z zasady możliwość samodzielnego prowadzenia działalności rynkowej, w tym poza ramami konkretnej umowy pośrednictwa. Koncepcja ta została wyrażona w tej regulacji w ogólny sposób, z zastrzeżeniem, że działalność ta nie wpływa negatywnie na wykonywanie umowy pośrednictwa (zważywszy, że nie jest ona — w świetle komentowanego przepisu — konkurencyjna wobec dającego zlecenie). Pośrednik ma natomiast obowiązek notyfikowania tych faktów dającemu zlecenie.

Art. 13. [Powierzenie zlecenia zastępcy]⁶⁵

§ 1. Pośrednik może powierzać wykonywanie czynności pośrednictwa osobie trzeciej tylko wtedy, gdy wynika to z umowy lub ze zwyczaju, albo gdy jest to uzasadnione szczególnymi okolicznościami, a osoba ta stale lub w zakresie działalności przedsiębiorstwa trudni się czynnościami danego rodzaju.

§ 2. W sytuacji, o której mowa w § 1, pośrednik jest zobowiązany do niezwłocznego zawiadomienia drugiej strony w formie dokumentowej o powierzeniu wykonywania pośrednictwa zastępcy i do przekazania informacji pozwalających na jego zidentyfikowanie.

§ 3. Z chwilą przekazania zawiadomienia, zgodnie z § 2, odpowiedzialność pośrednika za działanie zastępcy ulega ograniczeniu do zachowania należytej staranności w jego wyborze.

§ 4. W przypadku, gdy pośrednik powierzył wykonanie czynności pośrednictwa innej osobie, nie będąc do tego uprawniony, a rzecz należąca do przedsiębiorcy uległa przy wykonywaniu powierzonych czynności utracie lub uszkodzeniu, pośred-

⁶⁵ Por. art. 738 § 1 i § 2 zd. 2 k.c.

nik jest odpowiedzialny także za utratę lub uszkodzenie przypadkowe, chyba że nastąpiłoby ono również wtedy, gdyby sam wykonywał powierzone czynności.

Art. 14. [Wydanie korzyści]⁶⁶

Pośrednik i jego zastępca są zobowiązani do rozliczenia się z dającym zlecenie ze wszystkiego, co uzyskali dla niego przy wykonaniu umowy pośrednictwa, w szczególności do dokonania przelewu wierzytelności, które nabyli na jego rachunek; uprawnienia przedsiębiorcy są skuteczne także względem wierzycieli pośrednika i jego zastępców.

Art. 15. [Usługi gwarancyjne lub serwisowe]

§ 1. Do zawierania umów gwarancyjnych w imieniu gwaranta, będącego producentem towaru, oraz do odbierania dla niego oświadczeń, pośrednik jest uprawniony tylko wtedy, gdy otrzymał w tym zakresie wyraźne umocowanie.

§ 2. Obowiązek świadczenia usług gwarancyjnych lub serwisowych wygasa równocześnie z zakończeniem umowy pośrednictwa, chyba że uzgodniono utrzymanie umocowania do jego wykonywania, nie dłużej jednak niż przez dwa lata.

Komentarz do art. 13–15

W art. 13–15 projektu określono dodatkowe elementy składające się na treść umowy agencyjnej, głównie w zakresie uzupełnienia i konkretyzacji uprawnień i obowiązków agenta.

Zasadniczo pośrednictwo tworzy relację o bardziej osobistym charakterze w tym znaczeniu, że jest ona oparta na zaufaniu do pośrednika, z uwagi na jego cechy osobiste, wykształcenie i umiejętności (w szczególności znajomość danej branży). W konsekwencji, w myśl art. 14 projektu, nie jest dopuszczalne wykonywanie umowy przez zastępców pośrednika (np. subagentów)⁶⁷, którym miałyby zostać przekazane upoważnienia (umocowanie) wynikające z umowy agencyjnej (bądź z udzielonego pełnomocnictwa głównego w związku ze stosunkiem podstawowym wynikającym z umowy agencyjnej). Źródła wyjątków w tym zakresie określa art. 13 § 1 projektu, natomiast w § 2 tego artykułu określono szczególne wymagania co do formy zawiadomienia, umożliwiające skuteczne ustanowienie pośrednika. W takim przypadku odpowiedzialność pierwotnego pośrednika (w szczególności agenta będącego pełnomocnikiem głównym) podlega ograniczeniu wyłącznie do *culpaе in eligendo*. W przeciwnym razie odpowiada on także wobec dającego zlecenie za uszkodzenie lub utratę należących do niego rzeczy. Przepisy te nawiązują do koncepcji zawartej *de lege lata* w art. 738 § 1 i § 2 zd. 2 k.c. (tj. odpowiedzialności

⁶⁶ Por. art. 766 i 738 k.c.

⁶⁷ Por. art. 107 k.c.

z tytułu *casi mixti*). „Zawiadomienie”, do którego odnosi się art. 13 § 2, oznacza czynność powiadomienia dającego zlecenie i odnosi się do jego treści (przekazanie informacji o powierzeniu dokonania czynności innej osobie), nie zaś sposobu złożenia. W tym ostatnim zakresie mają zastosowanie ogólne reguły art. 61 k.c.

Zastrzeżenie formy dokumentowej wydaje się dostatecznym sposobem zabezpieczenia interesów dającego zlecenie. Forma ta, zgodnie z ogólną definicją w art. 77² k.c., wymaga zapisania informacji w trwały sposób, pozwalający na dostęp co najmniej przez tak długi czas, jak jest to konieczne z perspektywy danego oświadczenia, w ramach danej relacji między jego autorem i adresatem⁶⁸. Na gruncie art. 13 § 2 projektu celem tak regulowanej formy pozostaje przede wszystkim przekazanie dającemu zlecenie powiadomienia o zleceniu wykonania czynności innej osobie. Obowiązek ten służy, z jednej strony, celom informacyjnym, z drugiej zaś – dowodowym (zwłaszcza na wypadek ewentualnego sporu stron umowy agencyjnej co do jej prawidłowego wykonania przez agenta). Oba te zadania mogą zostać spełnione przy zachowaniu formy dokumentowej. Nie wydaje się, by konieczny był w tym wypadku dalej idący wymóg formy szczególnej — na przykład zwykłej formy pisemnej (art. 78 k.c.). Oświadczenie składane przez agenta ma charakter czysto informacyjny (jest oświadczeniem wiedzy), a tym samym nie wymaga dodatkowego dowodu jego autorstwa ani ostrzeżenia autora oświadczenia przed dokonaniem czynności (a więc funkcji, które tradycyjnie wiązane są z wymaganiami złożenia podpisu własnoręcznego w rozumieniu art. 78 k.c.)⁶⁹.

Zarówno pośrednik, jak i jego zastępca (kwalifikowany w szczególności jako pełnomocnik substytucyjny) są zobowiązani do wydania dającemu zlecenie wszelkich korzyści uzyskanych w związku z wykonaniem umowy pośrednictwa (art. 14). Rozwiązanie to jest inspirowane art. 766 i 738 k.c.

Pośrednik, który w ramach swojej działalności zajmuje się zbywaniem towarów, może także stać się równocześnie pośrednikiem działającym na rzecz gwaranta. W takim przypadku, zgodnie z art. 15 § 1, wymagane jest uzyskanie przez niego odrębnego, wyraźnego umocowania (mającego swe źródło w udzielonym pełnomocnictwie bądź wynikającym z odrębnej umowy pośrednictwa itd.). Równocześnie, zgodnie z § 2 tego artykułu, wraz z zakończeniem głównej umowy pośrednictwa wygasa także umocowanie do reprezentacji gwaranta. Rozwiązanie to ma jednak charakter dyspozytywny i pozwala na utrzymanie upoważnienia przez maksymalnie dwa kolejne lata.

Art. 16. [Przedłużenie umowy]

§ 1. Jeżeli strony nie postanowiły inaczej, umowa pośrednictwa zawarta na czas oznaczony może zostać przedłużona.

⁶⁸ Por. szerzej M. Grochowski: *Nowe koncepcje regulacji wymogów formalnych w prawie polskim*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2017, z. 4, s. 822–827.

⁶⁹ Por. m.in. K. Górka: *Zachowanie zwykłej formy pisemnej czynności prawnych*, Warszawa 2007, s. 167 i n.

§ 2. Jeżeli jedna ze stron, nie wcześniej niż na 90 dni i nie później niż na 30 dni przed upływem terminu, na jaki umowa została zawarta, złoży oświadczenie o zamiarze jej przedłużenia, a druga niezwłocznie się temu nie sprzeciwi, umowę uważa się za przedłużoną zgodnie z treścią oświadczenia z chwilą upływu tego terminu. Przedłużenie umowy może być ponawiane.

Art. 17. [Wypowiedzenie umowy z zachowaniem terminu]

§ 1. Jeżeli czas trwania umowy jest oznaczony, strony mogą wypowiedzieć umowę przed upływem terminu, na jaki została zawarta, tylko z ważnych powodów określonych w umowie.

§ 2. Termin wypowiedzenia wynosi co najmniej: miesiąc w pierwszym roku trwania umowy, dwa miesiące w drugim i trzy miesiące w trzecim roku. Umowę wykonywaną czwarty rok bądź dłużej można wypowiedzieć z zachowaniem półrocznego terminu wypowiedzenia. Umowę wykonywaną dziesięć lat albo dłużej można wypowiedzieć z zachowaniem rocznego terminu wypowiedzenia.

§ 3. Terminów wypowiedzenia, o których mowa w § 2, nie można skracać przez czynność prawną.

§ 4. Umowa dystrybucji sieciowej lub z zastrzeżeniem wyłączności zawarta na czas nieoznaczony może być rozwiązana przez wypowiedzenie z zachowaniem rocznego terminu wypowiedzenia.

Art. 18. [Wypowiedzenie umowy bez zachowania terminu]

§ 1. Strony mogą określić w umowie okoliczności, za które jedna z nich ponosi odpowiedzialność, uniemożliwiających lub znacznie utrudniających wykonywanie umowy, stanowiących podstawę wypowiedzenia bez zachowania terminu.

§ 2. Jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć lub jej zapobiec, dalsze wykonywanie pośrednictwa groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, może ona umowę wypowiedzieć bez zachowania terminu.

Art. 19. [Obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej nieprawidłowym rozwiązaniem umowy]⁷⁰

§ 1. Żądanie naprawienia szkody, powstałej na skutek zakończenia umowy pośrednictwa z naruszeniem art. 17 § 2 lub § 4, nie wyłącza roszczenia o wydanie korzyści uzyskanych przez drugą stronę.

§ 2. W przypadku szacowania korzyści, o których mowa w § 1, należy wziąć pod uwagę okres wypowiedzenia określony zgodnie z art. 17 § 2 lub § 4 oraz przeciętny, roczny dochód, równy średniemu dochodowi uzyskanemu na podstawie rozwiązywanej umowy w okresie ostatnich pięciu lat obrotowych, a jeśli umowa obo-

⁷⁰ Por. art. IV.E.–2:303 DCFR.

wiążywała przez okres krótszy niż pięć lat — średniemu dochodowi uzyskanemu na podstawie umowy w tym okresie⁷¹.

Komentarz do art. 16–19

W art. 16–19 projektu określono ogólne reguły wypowiedzenia umowy pośrednictwa. Przepisy te są wzorowane na obowiązującej regulacji wypowiedzenia umowy agencyjnej (art. 764–764² k.c.), stanowiącej transparentny i sprawdzony w praktyce mechanizm pozwalający na równoważenie interesów stron w razie wcześniejszego zakończenia stosunku agencyjnego. Równocześnie jednak do projektu wprowadzono kilka kolejnych regulacji, które modyfikują treść obecnie obowiązujących przepisów o umowie agencyjnej lub poszerzają ich zakres.

Po pierwsze, w art. 16 wprowadzono ogólną regulację przedłużenia umowy o pośrednictwo oraz jej wypowiedzenia. W § 1 przyjęta została ogólna kompetencja stron do przedłużenia umowy poza termin pierwotnie ustalony przez strony. Regulacja ta stwarza także możliwość przyjęcia domniemania przedłużenia umowy wówczas, gdy jedna ze stron pozostanie bierna wobec propozycji przedłużenia złożonej przez kontrahenta. Rozwiązanie to ma na celu uwzględnienie praktycznej specyfiki umów o pośrednictwo, które zwykle są zawierane bez określonego terminu jej zakończenia. W konsekwencji, umowy o pośrednictwo stanowią z reguły podstawę długotrwałej współpracy stron, związanej z dokonaniem znaczących nakładów, a często także ze skupieniem całej lub niemal całej aktywności gospodarczej jednej ze stron (z reguły pośrednika) na współpracy z określonym kontrahentem (dającym zlecenie). Z tego powodu art. 16 § 1 przewiduje możliwość w stosunkowo swobodny sposób przedłużania stosunku prawnego wynikającego z umowy pośrednictwa o dalsze okresy. W praktyce przedłużenie umowy i wynikającego z niej stosunku prawnego jest z reguły określane w treści umowy. Z tego powodu art. 7 projektu został ukształtowany jako regulacja dyspozytywna, mająca na celu uzupełnienie treści umowy wówczas, gdy strony nie wypowiedzą się wprost odnośnie do przedłużenia umowy.

W projekcie przewidziano możliwość automatycznego przedłużenia umowy pośrednictwa zawartej na czas oznaczony. Przepis ten zmienia rozwiązanie zawarte *de lege lata* w art. 764 k.c., zgodnie z którym umowa agencyjna zawarta na czas oznaczony ulega, po jego upływie, przekształceniu w umowę zawartą na czas nieoznaczony. Zgodnie z art. 16 § 2 projektu do przedłużenia umowy konieczne jest oświadczenie jednej ze stron, złożone w terminach określonych w tym przepisie, przy równoczesnym braku sprzeciwu kontrahenta. Mechanizm ten, wzorowany na art. IV.E.–2:301 DCFR, jest lepiej dostosowany do specyfiki stosunków pośrednictwa, opartych na obustronnej woli utrzymania stałej współpracy gospodarczej.

⁷¹ Por. art. IV.E.–2:303 ust. 2 i 3 DCFR.

W art. 17 projektu określono sposób zakończenia umowy pośrednictwa na czas oznaczony. Jak w przypadku innych umów na czas oznaczony, regułą jest tu brak możliwości wypowiedzenia umowy przed upływem tego terminu, z zastrzeżeniem, że nie wystąpił jeden z ważnych powodów. Inaczej jednak niż art. 746 § 2 k.c., regulacja przyjęta w projekcie wymaga, by przyczyny te zostały określone w umowie. Przenosi to faktyczną możliwość określenia tych przyczyn na same strony umowy, ograniczając zakres możliwej ingerencji dokonywanej *ex post* przez sąd. Rozwiązanie to ma na celu wzmocnienie stabilności i przewidywalności dotyczącej zakończenia umowy i wynikającego z niej stosunku prawnego. W razie wypowiedzenia umowy na tej podstawie znajdują zastosowanie terminy wypowiedzenia określone w art. 17 § 2 projektu, który jest wzorowany na art. IV.E.–2:302 ust. 5 DCFR. Terminy te określają normy semiimperatywne, co oznacza, że mogą one zostać wydłużone jedynie przez czynność prawną (art. 17 § 3 projektu). Rozwiązanie to stanowi odzwierciedlenie obecnie obowiązujących przepisów o umowie agencyjnej w prawie polskim (art. 764¹ § 1 k.c.), a także nawiązuje do art. IV.E.–2:302 ust. 5 DCFR. W art. 17 § 4 projektu wprowadzono wydłużony termin wypowiedzenia dla umów pośrednictwa sieciowego (uregulowanych w art. 7 projektu) oraz umów z zastrzeżeniem wyłączności (art. 6 projektu). W takim przypadku uzasadnione było posłużenie się dłuższym terminem dla wypowiedzenia. Rozwiązanie to pozwala na większą stabilizację sytuacji prawnej stron oraz możliwość rozłożenia etapu zakończenia stosunku prawnego na dłuższy czas.

Wyjątkowo, zgodnie z art. 18 § 1 projektu, strony mają możliwość określenia w umowie okoliczności, w których dopuszczalne jest wypowiedzenie umowy bez zachowania terminu. Okoliczności te mają być tego rodzaju, że czynią wykonanie umowy niemożliwym lub istotnie utrudnionym, a odpowiedzialność za ich wystąpienie obciąża jedną ze stron umowy. Jednocześnie, zgodnie z art. 18 § 2 projektu, każdej ze stron przysługuje ustawowe prawo do wypowiedzenia umowy (również bez zachowania terminu wypowiedzenia), gdy dalsze wykonywanie umowy — na skutek zmiany stosunków, niemożliwej do przewidzenia lub do zapobieżenia — groziłoby jednej ze stron rażącą stratą. Rozwiązanie to nawiązuje do formuły *rebus sic stantibus* z art. 357¹ k.c. oraz do jej bardziej szczegółowego wyrazu w art. 632 § 2 k.c., odnoszącego się do umowy o dzieło. Należy zwrócić uwagę, że art. 18 projektu ma na celu częściową modyfikację regulacji wypowiedzenia umowy agencyjnej bez zachowania terminu, unormowanej *de lege lata* w art. 764² § 1 k.c. Sformułowanie zawarte w tym przepisie wydaje się zbyt ogólne, a w związku z tym jego interpretacja może wywoływać wątpliwości.

Grupę przepisów o wypowiedzeniu zamyka art. 19 projektu, odnoszący się do rozliczenia stron po wypowiedzeniu umowy oraz do obowiązku naprawienia szkody związanej z faktem wypowiedzenia umowy bez zachowania przesłanek z art. 17 § 2 lub § 4 projektu. W takim przypadku, niezależnie od możliwego obowiązku naprawienia szkody (*de lege lata* reguluje go art. 764² § 2 k.c.), strony

mają obowiązek zwrotu korzyści uzyskanych przez stronę, która wypowiedziała umowę. W art. 19 § 2 k.c. projektu określono bardziej precyzyjny sposób ustalenia wysokości świadczenia, do którego spełnienia zobowiązana jest na tej podstawie jedna ze stron. Rozwiązania te są inspirowane art. IV.E.–2:303 DCFR. W razie wypowiedzenia umowy o charakterze sieciowym (art. 17 § 4), agent staje się wolny od relacji zobowiązaniowej z dającym zlecenie. Strony mogą zastrzec jednak, w ramach ogólnej swobody umów, że wraz z rozwiązaniem umowy sieciowej, powstanie między nimi inny stosunek prawny, na przykład „prosta” umowa agencyjna.

Wszystkie oświadczenia woli, o których mowa w art. 16–19, podlegają ogólnym regułom co do tzw. następcej formy czynności prawnych zawartym w art. 77 k.c.

Art. 20. [Świadczenie wyrównawcze]

§ 1. Po zakończeniu umowy pośrednik może żądać od dającego zlecenie przedsiębiorcy świadczenia wyrównawczego, jeżeli w czasie trwania umowy pozyskał nowych klientów lub doprowadził do istotnego wzrostu obrotów z dotychczasowymi klientami, a przedsiębiorca czerpie nadal korzyści z umów z tymi klientami.

§ 2. Świadczenie to przysługuje pośrednikowi, jeżeli biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności, w szczególności utratę przez pośrednika prowizji od umów zawartych przez przedsiębiorcę z tymi klientami, przemawiają za tym względy słuszności.

§ 3. Uzyskanie świadczenia wyrównawczego nie pozbawia pośrednika możliwości dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych.

Art. 21. [Wysokość świadczenia wyrównawczego]

§ 1. Pośrednik może żądać świadczenia wyrównawczego na podstawie art. 19, obliczonego z uwzględnieniem przeciętnej prowizji z tytułu umów zawartych z nowymi klientami z ostatnich 12 miesięcy oraz wzrostu w tym czasie wartości obrotu z istniejącymi klientami, pomnożonej przez liczbę lat, w których można oczekiwać, że przedsiębiorca będzie nadal czerpać korzyści z tych umów.

§ 2. Obliczone w ten sposób świadczenie wyrównawcze jest modyfikowane z uwzględnieniem:

- 1) prawdopodobnego zmniejszenia się grupy klientów, spowodowanego przeciętną migracją klienteli na obszarze objętym działalnością agenta handlowego; oraz
- 2) obniżenia ceny w przypadku przedterminowej zapłaty, obliczonego z uwzględnieniem średniej stopy procentowej.

§ 3. Świadczenie wyrównawcze nie może przekroczyć rocznego wynagrodzenia, obliczonego na podstawie średniego wynagrodzenia pośrednika handlowego uzyskanego w ciągu ostatnich pięciu lat, a jeśli umowa trwała krócej niż pięć lat, średniego wynagrodzenia uzyskanego w tym czasie.

Art. 22. [Zgłoszenie żądania przez osoby uprawnione]

§ 1. W razie śmierci pośrednika, zapłaty świadczenia wyrównawczego mogą żądać jego spadkobiercy bądź zarządca sukcesyjny.

§ 2. Dochodzenie roszczenia o świadczenie wyrównawcze zależy od zgłoszenia przez pośrednika, jego spadkobierców bądź zarządcę sukcesyjnego odpowiedniego żądania wobec dającego zlecenie przed upływem roku od zakończenia umowy.

Art. 23. [Wylączenie świadczenia]

Świadczenie wyrównawcze nie przysługuje pośrednikowi, jeżeli:

- 1) dający zlecenie wypowiedział umowę na skutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi pośrednik, usprawiedliwiających wypowiedzenie umowy bez zachowania terminów wypowiedzenia;
- 2) pośrednik wypowiedział umowę, chyba że wypowiedzenie jest uzasadnione okolicznościami, za które odpowiada dający zlecenie albo jest usprawiedliwione wiekiem, ułomnością lub chorobą pośrednika, a względy słuszności nie pozwalają domagać się od niego dalszego wykonywania umowy;
- 3) pośrednik za zgodą dającego zlecenie przeniósł na inną osobę swoje prawa i obowiązki wynikające z umowy.

Art. 24. [Zakaz modyfikacji na niekorzyść pośrednika]

Prawo do świadczenia wyrównawczego nie może zostać wyłączone ani ograniczone przez czynność prawną na niekorzyść pośrednika.

[*Opcja do rozważenia:* § 2. Świadczenie wyrównawcze wypłacone pośrednikowi w chwili zakończenia umowy pełni funkcję odstępnego, chyba że strony postanowią inaczej].

Komentarz do art. 20–24

W art. 20–24 zastrzeżono, jako ogólną regułę w umowach pośrednictwa, możliwość żądania świadczenia wyrównawczego. Uogólniają one koncepcję świadczenia wyrównawczego z przepisów o umowie agencyjnej, przede wszystkim z myślą o nienazwanych umowach pośrednictwa, o których mowa w art. 2 § 1 projektu (a także umowie dystrybucji czy franczyzy (franchisingu), które obecnie mieszczą się w grupie umów nienazwanych o świadczenie usług). Przepisy te należy postrzegać jako ramową regulację świadczenia wyrównawczego, która może zostać następnie doprecyzowana w przepisach o umowach nazwanych (w szczególności w przepisach o umowie agencyjnej w zakresie wysokości tego świadczenia i określenia kręgu osób uprawnionych). W art. 22 dodano do kręgu osób uprawnionych do zgłoszenia żądania zapłaty świadczenia wyrównawczego zarządcę sukcesyjnego. Zmiana w tym zakresie w stosunku do obecnego brzmienia art. 764³ § 4 i § 5 k.c. jest

spowodowana wejściem w życie ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej⁷².

U podstaw wprowadzenia regulacji odnoszącej się do świadczenia wyrównawczego w części ogólnej przepisów o pośrednictwie leży założenie, że stosunki tego rodzaju służą ze swojej istoty przede wszystkim trwałemu poszerzaniu udziału w rynku przez podmiot udzielający upoważnienia do pośrednictwa (przez pozyskiwanie nowych klientów lub zwiększanie wolumenu sprzedaży w stosunku do klientów już posiadanych). Koncepcja świadczenia wyrównawczego wydaje się w prawidłowy sposób równoważyć interesy obu stron umowy, pozwalając na uwzględnienie „dodanego zysku”, generowanego przez umowę dla dającego zlecenie także po jej zakończeniu.

Innymi słowy, cele gospodarcze dającego zlecenie realizowane są nie tylko przez zwiększenie liczby i wartości umów zawieranych w ramach jego działalności gospodarczej (z udziałem pośrednika), lecz także przez budowanie bazy klientów nabywających produkty bądź usługi dającego zlecenie (tzw. *goodwill*). Ten drugi element ma wartość ekonomiczną wpływającą na wartość przedsiębiorstwa dającego zlecenie⁷³. Istotą stałego pośrednictwa jest zatem tworzenie bazy klientów dla dającego zlecenie (z której tenże odnosi korzyści zarówno w czasie trwania umowy agencyjnej, jak i po jej zakończeniu). Instytucja ta powinna być unormowana w sposób spójny z niedopuszczalnością wyłączenia przez strony prowizji od umów zawartych poprzednio przez agenta z klientami pozyskanymi przez niego w zakresie umów tego samego rodzaju (por. obecnie obowiązujący art. 761 § 1 *in fine* k.c.)⁷⁴.

Odnosząc się do spójności regulacji przepisów o świadczeniu wyrównawczym i prowizji od umów z poprzednio zdobytymi przez agenta klientami, należy również dodać, że liczne wypowiedzi TSUE dotyczące wykładni przepisów o świadczeniu wyrównawczym (rozumianego jako swoisty ekwiwalent za zbudowanie bazy klientów) w kierunku ochrony agenta⁷⁵ (czy niektórych innych pośredników, np. dystry-

⁷² Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej (Dz. U. poz. 1629) normuje zasady tymczasowego zarządzania przedsiębiorstwem po śmierci przedsiębiorcy, który we własnym imieniu wykonywał działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (CEIDG), oraz kontynuowania działalności gospodarczej wykonywanej z wykorzystaniem tego przedsiębiorstwa.

⁷³ Zob. bliżej P. Tomczyk: *Modele wyceny klienta a podejścia do wyceny przedsiębiorstwa*, Handel Wewnętrzny 2012, nr 9–10, s. 182–183; P. Zaborek, T. Tomczyk, P. Doligalski: *Does customer analysis affect firm performance? Quantitative evidence from the Polish insurance market*, Journal of Business Research 2016, nr 69, s. 3655–3657.

⁷⁴ Bliżej E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski: *Prowizja agenta w czasie trwania umowy...*, *op. cit.*, s. 73 i n.

⁷⁵ Por. np. sprawy: *Ingmar*, C-381/98, EU:C:2000:605, pkt 21; *Honyvem Informazioni Commerciali v. De Zotti*, C-465/04, EU:C:2006:199, pkt 19, 22; *Quenon K.*, C-338/14, EU:C:2015:795, pkt 23; *Unamar*, C-184/12, EU:C:2013:663, pkt 39; *Marchon Germany GmbH v. Yvonne Karaszkiewicz*, C-315/14, pkt 33; *ERGO Poist'ovňa a.s. v. Alžběcie Barlikovej*, C-48/16, EU:C:2017:377, pkt 41, 56; *(CMR) SARL v. Demeures terre et tradition SARL*, C-645/16, ECLI:EU:C:2018:262, pkt 33–35; *Semen*, C-348/07, EU:C:2009:195, pkt 21; *Bellone*, C-215/97, EU:C:1998:189, pkt 13; *Zako SPRL v. Sanidel SA*, C-452/17, ECLI:EU:C:2018:935, pkt 27, 45.

butora (dealera)⁷⁶ czy przedstawiciela świadczącego usługi morskie)⁷⁷ odnieść należy do wynagrodzenia prowizyjnego z tytułu umów zawartych z klientelą przysporzoną przez agenta w przypadku zawierania przez tych klientów umów tego samego rodzaju.

Z uwagi więc na to, że budowanie bazy klientów należy do istoty pośrednictwa stałego, należy obie wymienione regulacje postrzegać w sposób spójny (przemawiają za tym wykładnie: systemowa, funkcjonalna i prounijna przepisów krajowych implementujących przepisy dyrektywy 86/653, która w niektórych systemach prawnych została implementowana nie tylko w odniesieniu do agentów). Implementowane przepisy krajowe obejmują bowiem także innych pośredników (np. dystrybutorów i komiwojażerów)⁷⁸.

Art. 25. [Zakaz konkurencji]

§ 1. Strony mogą ograniczyć działalność pośrednika mającą charakter konkurencyjny na okres po zakończeniu umowy pośrednictwa (ograniczenie działalności konkurencyjnej).

§ 2. Ograniczenie działalności konkurencyjnej wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

§ 3. Ograniczenie jest ważne, jeżeli dotyczy grupy klientów lub obszaru geograficznego, objętych działalnością pośrednika, oraz rodzaju towarów lub usług stanowiących przedmiot umowy.

§ 4. Ograniczenie działalności konkurencyjnej nie może być zastrzeżone na okres dłuższy niż dwa lata od zakończenia umowy.

§ 5. Pośrednikowi należy się odpowiednie wynagrodzenie pieniężne za ograniczenie działalności konkurencyjnej na czas jego trwania, chyba że co innego wynika z umowy albo gdy dający zlecenie wypowiedział umowę z powodu okoliczności, za które pośrednik ponosi odpowiedzialność.

§ 6. Jeżeli nie określono wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w § 5, należy się suma w wysokości odpowiedniej do korzyści osiągniętych przez dającego zlecenie na skutek ograniczenia działalności konkurencyjnej oraz utraconych z tego powodu możliwości zarobkowych pośrednika.

⁷⁶ Dystrybutora (dealera) dotyczy wyrok TSUE z dnia 28 listopada 2010 r. w sprawie *Volvo Car Germany v. Autohof Weidendorf GmbH*, C-203/09, ECLI:EU:C:2010:647 (zob. w szczególności pkt 26). W prawie niemieckim (HGB) umowa o przedstawicielstwo handlowe objęta zakresem działania dyrektywy 86/653 jest traktowana identycznie jak umowa dystrybucyjna (dealerska), co zostało podkreślone w tej sprawie przez TSUE.

⁷⁷ Tego rodzaju pośrednika dotyczy wyrok TSUE z dnia 17 listopada 2013 r. w sprawie *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV v. Navigation Maritime Bulgare*, EU:C:2013:663, C-184/12; por. także wyrok z dnia 16 marca 2006 r. w sprawie *Poseidon Chartering v. Marianne Zeeschip VOF i innym*, C-3/04, ECLI:EU:C:2006:176, pkt 17.

⁷⁸ Por. duńską ustawę nr 272 z dnia 2 maja 1990 r. o agentach handlowych i komiwojażerach (Handelsagentloven) oraz fińską ustawę nr 417 z dnia 8 maja 1992 r. o agentach handlowych i komiwojażerach.

Art. 26. [Odwołanie zakazu konkurencji]

Dający zlecenie może do dnia zakończenia umowy odwołać ograniczenie działalności konkurencyjnej z takim skutkiem, że po upływie sześciu miesięcy od chwili odwołania jest on zwolniony z obowiązku wypłacania wynagrodzenia, o którym mowa w art. 25. Odwołanie ograniczenia działalności konkurencyjnej wymaga zawarcia umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Art. 27. [Zwolnienie się z zakazu konkurencji]

Jeżeli pośrednik wypowiedział umowę na skutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi dający zlecenie, może on zwolnić się z obowiązku przestrzegania ograniczenia działalności konkurencyjnej przez złożenie drugiej stronie oświadczenia na piśmie pod rygorem nieważności przed upływem miesiąca od dnia wypowiedzenia.

Art. 28. [Prowizja *del credere*]

§ 1. W umowie zawartej w formie pisemnej można zastrzec, że pośrednik za odrębnym wynagrodzeniem (prowizja *del credere*), w uzgodnionym zakresie, odpowiada za wykonanie zobowiązania przez klienta. Jeżeli umowa nie stanowi inaczej, pośrednik odpowiada za to, że klient spełni świadczenie. W razie niezachowania formy pisemnej poczytuje się umowę za zawartą bez tego zastrzeżenia.

§ 2. Odpowiedzialność pośrednika może dotyczyć tylko oznaczonej umowy lub umów z oznaczonym klientem, przy których zawarciu pośredniczył albo które zawarł w imieniu dającego zlecenie.

Komentarz do art. 25–28

Regulacja art. 25–27 projektu odnosi się do umownego zakazu konkurencji w umowach pośrednictwa. W praktyce klauzule zakazujące bądź ograniczające konkurencję stanowią często element umów o pośrednictwo⁷⁹. Jest on przede wszystkim związany ze specyfiką rozkładu interesów, jaki towarzyszy tym umowom. W znakomitej większości przypadków, po zakończeniu umowy pośrednik dysponuje wiedzą i siecią kontaktów, które może chcieć wykorzystać we własnym interesie, podejmując działalność konkurencyjną. Innymi słowy, działanie to można określić jako skierowane przeciwko interesom dotychczasowego zleceniodawcy lub innym jego agentom. Może ono polegać na: wykorzystaniu zdobytej wiedzy i sieci klientów w ramach własnej działalności gospodarczej podobnie jak dotychczasowy dający zlecenie, działaniu na rzecz innego dającego zlecenie prowadzącego działalność konkurencyjną bądź na wspieraniu w inny sposób działalności innych konkurentów dającego zlecenie.

⁷⁹ Por. np. A. Wiewiórowska-Domagalska: *Franchising...*, op. cit., s. 40 i n. oraz *passim*. Por. także np. umowy modelowe przygotowane przez Międzynarodową Izbę Handlową w Paryżu: The ICC Model Commercial Agency Contract. Second edition 2002, ICC Publication No. 644 (art. 5 wzorca umowy agencyjnej); ICC Model Distributorship Contract. Sole Importer — Distributor, Second Edition 2012. ICC Publication No. 646 (art. 4 wzorca umowy dystrybucji).

Rozwiązania przyjęte w art. 25–27 projektu, dotyczące konkurencji, zostały sformułowane na podstawie obowiązujących obecnie przepisów art. 764⁶–764⁸ k.c. Wprowadzono w tym zakresie jedynie pewne zmiany redakcyjne. Przepisy obowiązujące *de lege lata* we właściwy sposób regulują układ relacji konkurencyjnych między dającym zlecenie i agentem oraz równoważą interesy obu stron po zakończeniu umowy pośrednictwa. Zastrzeżenie ograniczenia konkurencji ma charakter opcjonalny. Jeżeli jednak strony zdecydują się skorzystać z tej możliwości, normy przyjęte w art. 25–27 projektu mają charakter semiimperatywny, zgodnie z ogólną regułą art. 3 projektu.

Podobnie w przypadku regulacji prowizji *del credere* (art. 28 projektu), przeniesiono do ogólnych przepisów o umowach pośrednictwa treść art. 761⁷ k.c. Także ten przepis ma charakter semiimperatywny, w myśl art. 3 projektu.

Art. 29. [Następstwa śmierci dającego zlecenie; przedawnienie]

Do następstw śmierci dającego zlecenie i pośrednika oraz przedawnienia roszczeń z umowy pośrednictwa stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu.

Komentarz

Przepis art. 29 projektu wprowadza regułę odsyłającą, mającą znaczenie dla poszukiwania reżimu prawnego w razie śmierci każdej ze stron umowy pośrednictwa i dla przedawnienia roszczeń z tej umowy. Reguła ta rozwiewa wątpliwości — poprzez odesłanie do przepisów o zleceniu, stosowanych odpowiednio — co do zastosowania przepisów dotyczących następstw śmierci dającego zlecenie i pośrednika w umowie pośrednictwa oraz terminów przedawnienia roszczeń. Zagadnienia te są obecnie uregulowane w przepisach o zleceniu, tj. w art. 747–748 (odnoszących się do śmierci) i art. 751 pkt 1 k.c. (dotyczącym przedawnienia roszczeń). Wybór i uzasadnienie dla zastosowania techniki normatywnego odesłania są związane z bliskim podobieństwem umów pośrednictwa i umowy zlecenia, zarówno na płaszczyźnie konstrukcji dogmatycznej, jak i z perspektywy układu interesów ekonomicznych stron. Na podstawie art. 29 projektu przepisy o zleceniu znajdują zastosowanie do umów pośrednictwa, w zakresie, w jakim przepisy odnoszące się do poszczególnych typów umów pośrednictwa, unormowanych w kolejnych rozdziałach, nie regulują danej kwestii odmiennie.

Rozdział II

Umowa agencyjna

Art. 30. [Definicja]

§ 1. Przez umowę agencyjną przyjmujący zlecenie (agent) zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, do stałego pośredniczenia, za wy-

nagrodzeniem, przy zawieraniu z klientami umów na rzecz dającego zlecenie przedsiębiorcy lub do zawierania ich w jego imieniu.

§ 2. Do zawierania umów w imieniu dającego zlecenie oraz do odbierania dla niego oświadczeń agent jest uprawniony tylko wtedy, gdy ma do tego umocowanie.

Art. 31. [Domniemane upoważnienie]

W razie wątpliwości poczytuje się, że agent jest upoważniony do przyjmowania dla dającego zlecenie zapłaty za świadczenie, które spełnia za dającego zlecenie, oraz do przyjmowania dla niego świadczeń, za które płaci, jak również do odbierania zawiadomień o wadach oraz oświadczeń dotyczących wykonania umowy, którą zawarł w imieniu dającego zlecenie.

Komentarz do art. 30 i 31

Artykuły 30 i 31 projektu mają znaczenie zarówno dla kwalifikacji danej umowy jako umowy agencyjnej, jak i kwalifikacji dokonywanych przez agenta czynności w ramach upoważnienia dającego zlecenie.

Definicję umowy agencyjnej wraz z określeniem podstawy i (w sposób ogólny) zakresu umocowania agenta ujęto w pierwszych dwóch paragrafach art. 30 projektu. Regulacje te zostały przejęte z art. 758 § 1 i 2 k.c. Definicja agencji — zgodnie z przyjętymi założeniami — wpisuje się w sposób definiowania umowy o pośrednictwo w art. 1 § 1 projektu. Agent zatem jest typem pośrednika, który dokonuje czynności faktycznych na rzecz dającego zlecenie (działanie na jego rzecz, np. negocjuje umowy) bądź zawiera je w jego imieniu, do czego niezbędne — zgodnie z § 2 — jest stosowne umocowanie⁸⁰. Umowa agencyjna w praktyce najczęściej łączy oba sposoby działania agenta, który wykonując umowę agencyjną, dokonuje zarówno czynności faktycznych, jak i prawnych w imieniu i na rzecz dającego zlecenie. Nie jest również wyłączone działanie agenta, w określonym przez strony zakresie, w imieniu własnym na rzecz dającego zlecenie.

W art. 31 projektu przyjęto domniemanie upoważnienia agenta do dokonywania czynności w przepisie tym określonych. Rozwiązanie to zostało przejęte z art. 759 k.c.

Art. 32. [Obowiązki agenta]

§ 1. Agent obowiązany jest w szczególności przekazywać wszelkie informacje mające znaczenie dla dającego zlecenie oraz przestrzegać jego wskazówek uzasadnionych w danych okolicznościach, a także podejmować, w zakresie prowadzonych spraw, czynności potrzebne do ochrony praw dającego zlecenie.

⁸⁰ W umowie agencyjnej przyjęto zatem odwrotną zasadę do przyjętej w przypadku umowy zlecenia. *De lege lata*, zawarcie umowy zlecenia — zgodnie z art. 734 § 2 k.c. — wiąże się z domniemaniem pełnomocnictwa, z którego wynika upoważnienie przyjmującego zlecenie do działania w imieniu zleceniodawcy.

Art. 33. [Obowiązki zlecniodawcy]

§ 1. Dający zlecenie obowiązany jest przekazywać agentowi dokumenty i informacje potrzebne do prawidłowego wykonania umowy.

§ 2. Dający zlecenie obowiązany jest w rozsądnym czasie zawiadomić agenta o przyjęciu lub odrzuceniu propozycji zawarcia umowy oraz o niewykonaniu umowy, przy której zawarciu agent pośredniczył lub którą zawarł w imieniu dającego zlecenie.

§ 3. Dający zlecenie obowiązany jest zawiadomić w rozsądnym czasie agenta o tym, że liczba umów, których zawarcie przewiduje, lub wartość ich przedmiotu będzie znacznie niższa niż ta, której agent mógłby się normalnie spodziewać.

Komentarz do art. 32 i 33

Przepisy art. 32 i 33 projektu normują prawa i obowiązki stron, poza obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia i obowiązkami aktualizującymi się po zakończeniu umowy agencyjnej. Stanowią one powtórzenie art. 760¹ i 760² k.c.

Warto jednak zwrócić uwagę, że w regulacjach tych inaczej określono charakter tych przepisów niż w art. 760¹ § 2 i art. 760² § 4 k.c., wedle których postanowienia umowne sprzeczne z treścią tych artykułów są nieważne. W odniesieniu do art. 32 i 33 projektu znajduje zastosowanie reguła z art. 3 projektu, zgodnie z którym „przepisy tego i kolejnych rozdziałów mogą zostać umownie uchylone lub zmodyfikowane wyłącznie na korzyść pośrednika, o ile nic innego nie wynika z ich treści”.

Art. 34. [Milczące potwierdzenie]

W razie, gdy agent zawierający umowę w imieniu dającego zlecenie nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, umowę uważa się za potwierdzoną, jeżeli dający zlecenie niezwłocznie po otrzymaniu wiadomości o zawarciu umowy nie oświadczy klientowi, że umowy nie potwierdza.

Komentarz

Artykuł 34 projektu powtarza treść art. 760³ k.c. Zasady dotyczące działania agenta jako rzekomego pełnomocnika nie uogólniono, gdyż działanie w imieniu i na rzecz dającego zlecenie nie jest cechą wspólną wszystkich pośredników. Natomiast gdy pośrednik, działający w ramach umowy, która nie zostanie zakwalifikowana jako umowa agencyjna, będzie także — na przykład w zakresie niektórych czynności — miał status pełnomocnika, ale *in concreto* podejmie działania jako rzekomy pełnomocnik, zasadne będzie rozważenie zastosowania art. 34 projektu odpowiednio, zgodnie z dyspozycją art. 2 § 2 projektu.

Art. 35. [Prowizja]

§ 1. Jeżeli sposób wynagrodzenia nie został w umowie określony, agentowi należy się prowizja.

§ 2. Agent może żądać prowizji od umów zawartych w czasie trwania umowy agencyjnej, jeżeli do ich zawarcia doszło w wyniku jego działalności bądź jeżeli zostały one zawarte z klientami pozyskanymi przez agenta poprzednio dla umów tego samego rodzaju. Postanowienia umowy sprzeczne z treścią tego paragrafu są nieważne.

§ 3. Jeżeli wysokość prowizji nie została w umowie określona, należy się ona w wysokości zwyczajowo przyjętej w stosunkach danego rodzaju, w miejscu działalności prowadzonej przez agenta, a w razie niemożności ustalenia prowizji w ten sposób, agentowi należy się prowizja w odpowiedniej wysokości, uwzględniającej wszystkie okoliczności bezpośrednio związane z wykonaniem zleconych mu czynności.

§ 4. Jeżeli agentowi zostało przyznane prawo wyłączności w odniesieniu do oznaczonej grupy klientów lub obszaru geograficznego, a w czasie trwania umowy agencyjnej została bez udziału agenta zawarta umowa z klientem z tej grupy lub obszaru, agent może żądać prowizji od tej umowy. Dający zlecenie obowiązany jest w rozsądnym czasie zawiadomić agenta o zawarciu takiej umowy.

Art. 36. [Prowizja po rozwiązaniu umowy]

§ 1. Agent może żądać prowizji od umowy zawartej po rozwiązaniu umowy agencyjnej, jeżeli — przy spełnieniu przesłanek z art. 35 — propozycję zawarcia umowy dający zlecenie lub agent otrzymał od klienta przed rozwiązaniem umowy agencyjnej.

§ 2. Agent może żądać prowizji od umowy zawartej po rozwiązaniu umowy agencyjnej także wtedy, gdy do jej zawarcia doszło w przeważającej mierze w wyniku jego działalności w okresie trwania umowy agencyjnej, a zarazem w rozsądnym czasie od jej rozwiązania.

Art. 37. [Kolizja uprawnień]

Agent nie może żądać prowizji, o której mowa w art. 35, jeżeli prowizja ta należy się zgodnie z tym przepisem poprzedniemu agentowi, chyba że z okoliczności wynika, że względy słuszności przemawiają za podziałem prowizji między obu agentów.

Art. 38. [Wymagalność roszczenia]

§ 1. W braku odmiennego postanowienia umowy agencyjnej agent nabywa prawo do prowizji z chwilą, w której dający zlecenie powinien był, zgodnie z umową z klientem, spełnić świadczenie albo faktycznie je spełnił, albo też swoje świadczenie spełnił klient. Jednakże strony nie mogą umówić się, że agent nabywa prawo

do prowizji później niż w chwili, w której klient spełnił świadczenie albo powinien był je spełnić, gdyby dający zlecenie spełnił świadczenie.

§ 2. Jeżeli umowa zawarta pomiędzy dającym zlecenie i klientem ma być wykonywana częściami, agent nabywa prawo do prowizji w miarę wykonywania tej umowy.

§ 3. Roszczenie o zapłatę prowizji staje się wymagalne z upływem ostatniego dnia miesiąca następującego po kwartale, w którym agent nabył prawo do prowizji. Postanowienie umowy mniej korzystne dla agenta jest nieważne.

Art. 39. [Zwrot prowizji]

Agent nie może żądać prowizji, gdy oczywiste jest, że umowa z klientem nie zostanie wykonana na skutek okoliczności, za które dający zlecenie nie ponosi odpowiedzialności, jeżeli zaś prowizja została już agentowi wypłacona, podlega ona zwrotowi. Postanowienie umowy agencyjnej mniej korzystne dla agenta jest nieważne.

Art. 40. [Oświadczenie]

§ 1. Dający zlecenie obowiązany jest złożyć agentowi oświadczenie zawierające dane o należnej mu prowizji nie później niż w ostatnim dniu miesiąca następującego po kwartale, w którym agent nabył prawo do prowizji. Oświadczenie to powinno wskazywać dane stanowiące podstawę do obliczenia wysokości należnej prowizji.

§ 2. Agent może domagać się udostępnienia informacji potrzebnych do ustalenia, czy wysokość należnej mu prowizji została prawidłowo obliczona, w szczególności może domagać się wyciągów z ksiąg handlowych dającego zlecenie albo żądać, aby wgląd i wyciąg z tych ksiąg został zapewniony biegłemu rewidentowi wybranemu przez strony.

§ 3. W razie nieudostępnienia agentowi informacji, o których mowa w § 2, agent może domagać się ich udostępnienia w drodze powództwa wytoczonego w okresie sześciu miesięcy od dnia zgłoszenia żądania dającemu zlecenie.

§ 4. W razie nieosiągnięcia przez strony porozumienia co do wyboru biegłego rewidenta, o którym mowa w § 2, agent może domagać się, w drodze powództwa wytoczonego w okresie sześciu miesięcy od dnia zgłoszenia żądania dającemu zlecenie, dokonania wglądu i wyciągu z ksiąg przez biegłego wskazanego przez sąd.

§ 5. Przepisy dotyczące prawa do tajemnicy normowanego innymi przepisami nie uchylają prawa agenta do informacji.

Art. 41. [Odpowiednie stosowanie]

Przepis art. 40 stosuje się w razie, gdy prowizja stanowi całość lub część wynagrodzenia, chyba że strony uzgodniły stosowanie tych przepisów do innego rodzaju wynagrodzenia.

Komentarz do art. 35–41

Artykuły 35–41 projektu stanowią co do zasady powtórzenie regulacji przyjętej w art. 761–761⁶ k.c. Różnica dotycząca regulacji projektowanej i obowiązującej *de lege lata* sprowadza się do dwóch kwestii. Po pierwsze, odmienne jest brzmienie niektórych przepisów przesądzających o nadaniu im przez ustawodawcę określonego charakteru prawnego. Po drugie, w art. 40 § 5 projektu ustalono relację przepisów normujących obowiązek informacyjny dającego zlecenie w zakresie prowizji do przepisów dotyczących obowiązku zachowania przez niego tajemnicy, normowanego innymi przepisami.

Odnosząc się do kwestii pierwszej, w przepisach normujących kontrolę prowizji agenta (art. 40 § 1 i 2) nie zamieszczono sformułowania, zgodnie z którym postanowienie umowy agencyjnej mniej korzystne dla agenta jest nieważne, a które obecnie składa się na treść art. 761⁵ § 1 *in fine* i § 2 *in fine* k.c. Powodem rezygnacji z tego fragmentu przepisu obowiązującego *de lege lata* jest rozwiązanie przyjęte w art. 3 projektu.

Nadto art. 35 § 2 zd. 2 projektu sformułowano w sposób, który nie pozostawia wątpliwości co do jego charakteru. Regulacja ta stanowi wyjątek od art. 3 projektu. W świetle bowiem art. 35 § 2 zd. 2 projektu przepis określający podstawowe przesłanki nabycia przez agenta prawa do prowizji ma charakter bezwzględnie wiążący.

Na ukształtowanie przepisów projektu w ten sposób wpłynęła obserwacja praktyki w zakresie kształtowania przez strony treści umowy⁸¹ w odniesieniu do prowizji agenta. Zakres dyspozytywności przepisów o prowizji agenta w czasie trwania umowy agencyjnej wywołuje bowiem od niedawna pewne wątpliwości w praktyce, przekładające się także na rozbieżne wypowiedzi w doktrynie⁸². Wątpliwości te dotyczą przede wszystkim charakteru norm regulujących prowizję od umów zawartych w czasie trwania umowy agencyjnej z klientami pozyskanymi uprzednio przez agenta zwykłego dla umów tego samego rodzaju (art. 761 § 1 *in fine* k.c.; art. 35 § 2 *in fine* projektu). W obrocie gospodarczym ten rodzaj prowizji określany jest mianem prowizji od tzw. interesów pośrednich, w przeciwieństwie do prowizji od umów, do których zawarcia doszło w wyniku bezpośredniej działalności agenta (art. 761 § 1 *ab initio* k.c.), określanej jako prowizja od tzw. interesów bezpośrednich. Z podziałem tym wiążą się wątpliwości odnoszące się do zakresu

⁸¹ Co w praktyce oznacza narzucenie treści umowy drugiej stronie przez dającego zlecenie (w szczególności we wzorcach umów, ogólnych warunkach umów).

⁸² Różnicy zdań można dopatrzeć się w szczególności między J. Jeziorą, przyjmującym także w ostatnim wydaniu (ósmym) (*Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2017, s. 1474) stanowisko sformułowane w odniesieniu do art. 761 § 1 k.c., mogące przemawiać za tym, że normy objęte tym przepisem mają dyspozytywny charakter, a P. Mikłaszewiczem (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IIIB, *Zobowiązania. Część szczegółowa. Ustawa o terminach zapłaty*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2016, s. 798, 814 i n., a także E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa handlowego*, t. V, *Prawo umów handlowych*, pod red. M. Steca, Warszawa 2017, s. 579–582. Ostatni wymienieni autorzy opowiadają się wyraźnie za imperatywnym charakterem tej regulacji.

dyspozytywności przepisów o prowizji od umów zawartych w czasie trwania umowy agencyjnej. Wątpliwości, jakie zrodziły się do tej pory w omawianym zakresie, dotyczą w szczególności odpowiedzi na pytanie, czy agent może zostać pozbawiony prowizji od tzw. interesów pośrednich, gdy z przysporzonym przez niego klientem zawierane są kolejne umowy tego samego rodzaju. Wątpliwości te nie odnoszą się do prowizji od interesów bezpośrednich. W doktrynie nie kwestionuje się poglądu, że nie można agenta pozbawić prowizji od umów zawartych w czasie trwania umowy agencyjnej z jego udziałem (tj. za „skuteczne” pośrednictwo bądź zawarcie umowy w imieniu dającego zlecenie)⁸³.

Pytanie o dyspozytywność art. 761 § 1 k.c. w zakresie prowizji od interesów pośrednich wynika przede wszystkim z problemów pojawiających się w praktyce w zakresie umownego ustalania zasad prowizyjnego wynagradzania agenta. Prowizja ta jest powiązana ze zbudowaną już przez agenta bazą klientów. Istota wynagrodzenia prowizyjnego, o którym mowa w art. 761 § 1 *in fine* k.c. i art. 35 § 2 *in fine* projektu, sprowadza się do tego, że agent — na podstawie tej regulacji — nabywa prawo do prowizji od kolejnych umów (tego samego rodzaju) z klientami, których przysporzył (zdobył dla) dającemu zlecenie. Z uwagi na to, że prowizja ta nie jest powiązana w tym znaczeniu (bezpośrednio) z udziałem agenta przy zawarciu umowy, praktyka kontraktowa postrzega ją inaczej. Wytworzyło się w niej przekonanie, że prowizja z tego tytułu — ze względu na to, że agent przy zawarciu tych umów bezpośrednio nie pośredniczy albo ich nie zawiera — jest prowizją dodatkową, której agenta można umownie pozbawić. Dla oceny zakresu swobody stron przy kształtowaniu treści i celu umowy agencyjnej rozstrzygający jest charakter przepisu stanowiącego podstawę prowizji, co do której zrodziły się w praktyce i doktrynie wątpliwości. Z tego powodu treść art. 761 § 1 k.c. w odniesieniu do zakresu swobody w kształtowaniu wynagrodzenia agenta wymagała namysłu i decyzji co do określenia w sposób niebudzący wątpliwości charakteru przepisu art. 35 § 2 *in fine* projektu.

Spoglądając całościowo na przepisy o prowizji agenta, należy stwierdzić, że w razie ziszczenia się przesłanek ustawowych do nabycia przez agenta zwykłego bądź wyłącznego uprawnienia do prowizji w czasie trwania umowy agencyjnej, tj. z art. 35 § 2 i 4 projektu (obecnie art. 761 § 1 i 2 k.c.), agent nabywa prowizję z chwilą określoną w art. 38 § 1 i 2 projektu (obecnie art. 761³ § 1 i 2 k.c.), a roszczenie o prowizję staje się wymagalne z chwilą określoną w art. 38 § 3 projektu (obecnie art. 761³ § 3 k.c.). Należy dodać, że w przypadku prowizji z tytułu umów, do których zawarcia doszło po zakończeniu umowy agencyjnej, przesłanki określone w art. 35 § 2 bądź 4 projektu zostają uzupełnione o przesłanki objęte art. 36 projektu.

⁸³ Zob. np. P. Mikłaszewicz (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IIIB, *Zobowiązania*, op. cit., s. 798, 814 i n.; K. Topolewski: *Cywilnoprawne skutki niewykonania umowy agencyjnej*, Lublin 2007, s. 235, 236; E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa handlowego*, t. V, op. cit., s. 579–582, oraz, jak się wydaje, K. Włodarska: *Umowa agencyjna*, Warszawa 2008, s. 55.

W świetle zaproponowanej regulacji nie jest możliwe umowne pozbawienie agenta prawa do prowizji, zastrzeżonego w art. 35 § 2 projektu (*de lege lata* art. 761 § 1 *ab initio* oraz *in fine* k.c.). Równocześnie należy podkreślić, że omawiana regulacja powinna być traktowana jako imperatywna, nie zaś semiimperatywna. Możliwość umówienia się o korzystniejsze dla agenta przesłanki wypłaty prowizji podstawowej (ujętej w art. 35 § 2 *ab initio* i *in fine*) burzyłaby zasadniczą konstrukcję tego świadczenia (z uwzględnieniem całej odnoszącej się do niego regulacji) i spójność tej instytucji w umowie agencyjnej. Trudno zresztą byłoby uzasadnić sens umownego ukształtowania przesłanek, o których mowa w art. 35 § 2 *in fine* projektu (art. 761 § 1 *in fine* k.c.), w sposób bardziej dla agenta korzystny, a niesprzeczny z kryteriami określonymi *de lege lata* w art. 353¹ k.c. (w nowym kodeksie cywilnym również zapewne znajdzie się podobna norma wyrażająca zasadę swobody umów). Strony, umawiając się na przykład, że agent zwykły nabywa prawo do prowizji z tytułu interesów pośrednich z uwzględnieniem wszystkich umów (nie tylko umów tego samego rodzaju), sytuowałyby go w pozycji lepszej niż agenta wyłącznego, który podlega najszerzej ochronie przepisem bezwzględnie wiążącym (art. 35 § 4 projektu; a obecnie art. 761 § 2 k.c.). Obok naruszenia konstrukcyjnej spójności przepisów odnoszących się do prowizji pozostawałoby to również w sprzeczności — mimo założenia o minimalnej ochronie agenta przewidzianej w dyrektywie 86/653 — z wartością, którą jest równowaga kontraktowa poprzez nadmierne uprzywilejowanie agenta. W konsekwencji, imperatywny art. 35 § 2 projektu (art. 761 § 1 k.c.) przyznaje agentowi prawo do wymienionych w nim rodzajów prowizji (i tylko do nich). Wszelkie dodatkowe postacie wynagrodzenia prowizyjnego muszą mieć natomiast oparcie w odrębnych przepisach (jak ma to np. miejsce w przypadku prowizji *del credere*).

Warto również dodać, że agent może zostać pozbawiony uprawnienia do prowizji tylko w sytuacji określonej w art. 39 projektu (obecnie art. 761⁴ k.c.), a więc gdy jest oczywiste, że umowa z klientem nie zostanie wykonana na skutek okoliczności, za które dający zlecenie nie ponosi odpowiedzialności⁸⁴. Przepis ten — na podstawie art. 3 projektu — należy kwalifikować jako semiimperatywny. Zbędne jest zatem powtarzanie w art. 39 projektu formuły z art. 761⁴ zd. 2 k.c. („Postanowienie umowy agencyjnej mniej korzystne dla agenta jest nieważne”). W odniesieniu do stanów faktycznych regulowanych art. 39 projektu (podobnie jak obecnie art. 761⁴ k.c.) semiimperatywność wyklucza przede wszystkim umowne⁸⁵ rozszerzanie zakresu okoliczności, w których dającemu zlecenie przysługiwałaby możliwość odmowy wypłaty prowizji, co obniżałoby tym samym standard ochrony

⁸⁴ Bliżej na ten temat I. Mycko-Katner: *Umowa agencyjna*, Warszawa 2012, s. 226 i n.; K. Topolewski: *Cywilnoprawne...*, *op. cit.*, s. 237 i n.; E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa handlowego*, t. V, *op. cit.*, s. 502 i n.

⁸⁵ Tak jak w przypadku art. 761 § 1 k.c., także na podstawie tej regulacji wykluczone jest przy tym rozszerzanie wyjątków od obowiązku zapłaty prowizji zarówno wyraźnie, jak i *per facta concludentia* (np. przez samą odmowę wypłaty prowizji z powołaniem się przez zleceniodawcę na pozaustawową przesłankę, przy braku sprzeciwu agenta).

agenta, gwarantowany przepisami kodeksu cywilnego zgodnie z wymaganiami określonymi w dyrektywie 86/653.

W konsekwencji, art. 35 § 2 i art. 39 projektu (podobnie jak obecnie art. 761 § 1 i art. 761⁴ k.c.) można traktować jako dwie komplementarne regulacje, gwarantujące agentowi prawo do uzyskania prowizji⁸⁶. Pierwsza z nich deklaruje to prawo w sposób pozytywny, druga — negatywny, określając wyczerpująco zakres sytuacji, w których agent może utracić prawo do wynagrodzenia w tej postaci. Oba przepisy ustanawiają więc łącznie spójny poziom ochrony, który z przedstawionych wyżej powodów został ukształtowany jako rozwiązanie imperatywne.

Odnosząc się do kwestii drugiej, tj. regulacji art. 40 § 5 projektu, należy zauważyć, że w ostatniej dekadzie w praktyce stosowania przepisów prawa o umowie agencyjnej pojawiła się wątpliwość dotycząca relacji przepisów normujących obowiązki informacyjne dającego zlecenie, gwarantujące wypłatę agentowi wszystkich należnych prowizji we właściwej wysokości⁸⁷, do przepisów Prawa bankowego⁸⁸ regulujących tajemnicę bankową⁸⁹. Banki bowiem niejednokrotnie, powołując się na tę tajemnicę, odmawiają swoim (przeważnie byłym) agentom udzielenia informacji, która jest niezbędna do precyzyjnego określenia wszystkich należnych prowizji i ich wysokości. Akceptacja takiego stanu sytuuje agentów w trudnej sytuacji. Wyłączenie obowiązku udzielenia informacji uniemożliwia im bowiem określenie wysokości swego żądania w postępowaniu sądowym. Niewykazanie zasadności żądania prowizji w określonej wysokości prowadzi z kolei do oddalenia powództwa w zakresie, w jakim agent nie udowodni wysokości swego żądania. Na tle obowiązującego stanu prawnego rodzi się kilka pytań. Po pierwsze, czy przepisy prawa bankowego o tajemnicy bankowej wyłączają prawo agenta do otrzymania oświadczenia dającego zlecenie, o którym mowa w art. 761⁵ § 1 k.c., lub też wpływają na treść tego oświadczenia? Po drugie, czy mają ewentualnie wpływ na zakres prawa agenta do uzyskania informacji lub dokumentów, o których mowa w art. 761⁵ § 2 k.c.?

Na tle obowiązującego stanu prawnego należy — jak się wydaje — przyjąć, że dający zlecenie nie może zasłaniać się tajemnicą bankową tym bardziej, gdy chodzi o jego obowiązek informacji o prowizji z art. 761⁵ § 1 k.c. (tj. niezależny od żądania agenta, o którym mowa w § 2). W przypadku § 1 agent nie domaga się niczego innego jak tylko wykonania przez dającego zlecenie obowiązku (ciążącego

⁸⁶ Podobnie widzi relację tych przepisów rzecznik generalny TSUE M. Szpunar w swojej opinii (zob. przyp. 53).

⁸⁷ Chodzi tu o przepisy art. 761⁵ § 1 i 2 k.c.

⁸⁸ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. — Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2357 ze zm.); zob. w szczególności art. 104 pr. bank. w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (Dz. U. poz. 996).

⁸⁹ Bliżej na ten temat E. Rott-Pietrzyk: *Czy tajemnica bankowa wyłącza prawo agenta do informacji stanowiącej podstawę do obliczenia prowizji?* (w:) *Experientia Docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, pod red. P. Kostańskiego, P. Podreckiego, T. Targosza, Warszawa 2017, s. 1365 i n.

na nim *ex lege*, niezależnie od objęcia go postanowieniami umowy w związku z brzmieniem art. 56 k.c.), zgodnie z treścią jego zobowiązania. Należy zwrócić uwagę, że nieracjonalny byłby ustawodawca, który z jednej strony — zgodnie z obowiązkiem implementacji przepisów dyrektywy 86/653/EWG — kształtowałby prawo krajowe zgodnie z prawem europejskim, a z drugiej zaś — wyłączałby regulację krajową stanowiącą wyraz implementacji dyrektywy (tj. art. 761⁵ k.c. implementujący art. 12 dyrektywy 86/653/EWG) przepisami innej ustawy (Prawa bankowego). Nadto, funkcja i zakres art. 761⁵ k.c., odnoszącego się wyłącznie do stosunków wewnętrznych między agentem i dającym zlecenie, są zupełnie inne niż funkcja i zakres art. 104 pr. bank., normującego tajemnicę bankową, chroniącą klienta przed naruszeniem jego prawa do prywatności. *Ratio legis* tych unormowań jest także inne. Podkreślenia przy tym wymaga, że w praktyce w kalkulacjach prowizyjnych obejmowanych oświadczeniami dającego zlecenie (o których mowa w art. 761⁵ § 1 k.c.) nie są ujawniane nazwiska ani numery dowodów osobistych czy numery PESEL bądź inne dane osobowe klientów banku. Agent nie wchodzi zatem w posiadanie danych, które chroni tajemnica bankowa, gdyż dający zlecenie takich danych w oświadczeniu nie ujawnia. Patrząc z tej perspektywy, należy stwierdzić, że nie ma też potrzeby rozpatrywania tych przepisów *de lege lata* w świetle zasady *lex speciali derogat legis generali*, zgodnie z którą przepis prawa bankowego miałby uchylać zastosowanie przepisów o umowie agencyjnej dotyczącej przekazywanej agentowi informacji. Stąd w razie niewykonania zobowiązania przez dającego zlecenie w tym zakresie agent ma prawo domagania się wykonania zobowiązania (udostępnienia informacji o należnej prowizji) na podstawie art. 761⁵ § 1 (bądź § 2) w zw. z art. 354 k.c. (zasada realnego wykonania zobowiązania). Należy *de lege lata* przyjąć interpretację, że nie ma przeszkód prawnych przewidzianych prawem publicznym do wykonania tego obowiązku. Nie sposób założyć, że racjonalny ustawodawca nakazywałby dającemu zlecenie spełnienie w ramach umowy agencyjnej świadczenia niemożliwego z uwagi na przeszkodę prawną, wynikającą z norm prawa bankowego (tj. istnienia obowiązku dochowania tajemnicy bankowej w identycznym zakresie i celu).

Trudna zatem byłaby do przyjęcia teza, zgodnie z którą ustawodawca zobowiązuje w art. 761⁵ § 1 k.c. dającego zlecenie do regularnego naruszania tajemnicy bankowej, i to w terminach określonych w kodeksie cywilnym przepisami imperatywnymi (z uwagi na konieczność implementacji dyrektywy 86/653/EWG, zapewniającej w prawach krajowych ochronę agenta krajowego). Do takiego paradoksu musiałoby prowadzić zaakceptowanie poglądu, zgodnie z którym tajemnica bankowa stoi na przeszkodzie udzielaniu informacji, o których mowa w art. 761⁵ § 1 k.c. Z kolei zgoda na wyłączenie obowiązków informacyjnych dającego zlecenie z uwagi na tajemnicę bankową musiałaby powodować zarzut braku zapewnienia agentowi handlowemu przez ustawodawcę polskiego ochrony gwarantowanej art. 12 dyrektywy 86/653/EWG. Z uwagi jednak na pojawiające się wątpliwości zdecydo-

wano się na wprowadzenie do projektu art. 40 § 5, ustalającego relację przepisów normujących obowiązek informacyjny dającego zlecenie w zakresie prowizji do przepisów dotyczących obowiązku zachowania przez niego tajemnicy, normowanego innymi przepisami.

Art. 42. [Zwrot wydatków]

W braku odmiennego postanowienia umowy agent może domagać się zwrotu wydatków związanych z wykonaniem zlecenia tylko o tyle, o ile były uzasadnione i o ile ich wysokość przekracza zwykłą w danych stosunkach miarę.

Art. 43. [Zabezpieczenie roszczenia]

Dla zabezpieczenia roszczenia o wynagrodzenie oraz o zwrot wydatków i zaliczek udzielonych dającemu zlecenie agentowi przysługuje ustawowe prawo zastawu na rzeczach i papierach wartościowych dającego zlecenie, otrzymanych w związku z umową agencyjną, dopóki przedmioty te znajdują się u niego lub osoby, która je dzierży w jego imieniu, albo dopóki może nimi rozporządzać za pomocą dokumentów.

Komentarz do art. 42 i 43

Artykuły 42 i 43 projektu stanowią powtórzenie art. 762 i 763 k.c., które obowiązywały w kodeksie cywilnym także przed implementacją dyrektywy nr 86/653.

Artykuł 42 projektu przełamuje zasadę odnoszącą się do charakteru przepisów o umowie agencyjnej jako umowy pośrednictwa, wyrażonej w art. 3 projektu. Ma bowiem charakter dyspozytywny.

Art. 44. [Odpowiednie stosowanie]

§ 1. Do umowy o treści określonej w art. 28, zawartej z agentem przez osobę niebędącą przedsiębiorcą, stosuje się przepisy niniejszego tytułu.

§ 2. Przepisy dotyczące prowizji agenta, świadczenia wyrównawczego oraz zakazu działalności konkurencyjnej stosuje się, jeśli nic innego nie wynika z umowy.

Komentarz

Regulacja przyjęta w art. 44 projektu jest inspirowana treścią art. 764⁹ k.c. W przypadku jednak, gdy dającym zlecenie nie jest podmiot profesjonalny, w wielu przypadkach może odpadać potrzeba ochrony agenta jako podmiotu zawodowo trudniącego się świadczeniem usług z zakresu pośrednictwa. Obecnie obowiązujący art. 764⁹ k.c. wyłącza stosowanie niektórych, ściśle określonych przepisów, w takich przypadkach (tj. art. 761–761² k.c., art. 761⁵ k.c. odnoszące się do prowizji; oraz

art. 764³–764⁸ k.c. dotyczące świadczenia wyrównawczego i zakazu działalności konkurencyjnej).

W regulacji objętej art. 44 projektu proponowany jest stronom normatywny wzorzec umowy agencyjnej, który ich wolą może ulec zmianie właśnie w zakresie prowizji, świadczenia wyrównawczego oraz zakazu działalności konkurencyjnej. *Ratio legis* takiego rozwiązania sprowadza się do tego, że w przypadku działania nieprofesjonalisty po stronie dającego zlecenie i profesjonalisty po drugiej stronie odpada, co do zasady, potrzeba ochrony agenta. Potrzeba jego ewentualnej ochrony byłaby zatem realizowana na zasadach ogólnych z uwzględnieniem ograniczeń, o których mowa w art. 353¹ k.c.

BIBLIOGRAFIA

- Biernat S.: *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem Wspólnot Europejskich* (w:) *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, pod red. C. Mika, Toruń 1998.
- Grochowski M.: *Umowa agencyjna w orzecznictwie sądów powszechnych*, Prawo w Działaniu 2014, t. 20, s. 327–379.
- Gutowski M.: *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017.
- Jezioro J. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2017.
- Jurkiewicz J.: *Nowoczesny pracujący — typ idealny*, „Nowy Obywatel”, 30 kwietnia 2011 r. (<https://nowyobywatel.pl/2011/04/30/nowoczesny-pracujacy-%e2%80%93-typ-idealny>).
- Kalisz A. (w:) *System prawa Unii Europejskiej*, t. 3, *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, pod red. L. Leszczyńskiego, Warszawa 2019.
- Katner W.J. (w:) *System prawa prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań — umowy nienazwane*, pod red. W.J. Katnera, Warszawa 2010.
- Kocot W.J.: *Systematyka prawa zobowiązań umownych w przyszłym kodeksie cywilnym*, PiP 2018, z. 3, s. 82–110.
- Kocot W.J.: *Umowy o pośrednictwo handlowe w systematyce nowego kodeksu cywilnego* (w:) *Qui bene dubitat bene sciet. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Ewie Nowińskiej*, pod red. J. Barty, R. Markiewicza, P. Wasilewskiego, J. Chwalby, Warszawa 2018.
- Koszowski M.: *Wykładnia prawspółnotowa w ujęciu teoretycznoprawnym*, Przegląd Legislacyjny 2009, nr 3/4, s. 69–95.
- Kowalik-Bańczyk K.: *Prawspółnotowa wykładnia prawa polskiego*, EPS 2005, nr 3, s. 9–18.
- Łętowska E.: *Dialog i metody. Interpretacja w multicentrycznym systemie prawa*, cz. I, EPS 2008, nr 11, s. 4–8.

- Machnikowski P.: *Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umowy*, Warszawa 2010.
- Mik C.: *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, Warszawa 2000.
- Mikłaszewicz P. (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IIIB, *Zobowiązania. Część szczegółowa. Ustawa o terminach zapłaty*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2016.
- Möslein F.: *Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen, Methoden*, Tübingen 2011.
- Mularski K.: *Wykonanie zastępcze — ius cogens czy ius dispositivum*, *Monitor Prawniczy* 2006, nr 14, s. 758–767.
- Mycko-Katner I.: *Umowa agencyjna*, Warszawa 2012.
- Napierała J.: *Kontrola klauzul odpowiedzialności odszkodowawczej w obrocie gospodarczym*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1991, z. 3, s. 45–58.
- Nowacki J.: *Ius cogens — ius dispositivum* (w:) *Studia z teorii prawa*, Kraków 2003.
- Ogiegło L. (w:) *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2015.
- Pecyna M., Zoll F.: *Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu*, *TPP* 2012, nr 1, s. 25–60.
- Piotrowski M.: *Normy prawne imperatywne i dyspozytywne*, *Prace Komisji Nauk Prawnych PTPN* 1990, nr 24, s. 114–121.
- Pisuliński J.: *W sprawie systematyki części szczegółowej prawa zobowiązań (głos w dyskusji)*, *TPP* 2012, nr 1, s. 15–23.
- Radwański Z., Zieliński M. (w:) *System prawa prywatnego, t. 1, Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. M. Safjana, Warszawa 2012.
- Radwański Z.: *Wstępny projekt systematyzacji tak zwanej części szczegółowej prawa zobowiązań*, *TPP* 2012, nr 1, s. 5–14.
- Rott-Pietrzyk E. (w:) *System prawa handlowego, t. V, Prawo umów handlowych*, pod red. M. Steca, Warszawa 2017.
- Rott-Pietrzyk E. (w:) *System prawa prywatnego, t. 7, Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, pod red. J. Rajskego, wyd. 4, Warszawa 2018.
- Rott-Pietrzyk E. (w:) *System prawa handlowego, t. 9, Międzynarodowe prawo handlowe*, pod red. W. Popiołka, Warszawa 2013, s. 1090.
- Rott-Pietrzyk E.: *Ochrona przedsiębiorcy jako strony słabszej na przykładzie agenta handlowego* (w:) *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu*, pod red. M. Boratyńskiej, Warszawa 2016.
- Rott-Pietrzyk E.: *Pośrednictwo jako element charakterystyczny niektórych umów o świadczenie usług* (w:) *Ubezpieczenia gospodarcze. Wybrane zagadnienia prawne*, pod red. B. Gnelli, Warszawa 2011.

- Rott-Pietrzyk E.: *Rozszerzony zakres ochrony podmiotów świadczących usługi z zakresu pośrednictwa w DCFR (wzorcem dla polskiego ustawodawcy?)* (w:) *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, pod red. T. Mróz, M. Steca, Warszawa 2012.
- Rott-Pietrzyk E.: *Systematyka części szczegółowej zobowiązań a miejsce umów o pośrednictwo sensu largo (głos w dyskusji)*, TPP 2013, nr 1, s. 41–73.
- Rott-Pietrzyk E.: *Świadczenie wyrównawcze w Draft Common Frame of Reference a prawo polskie (zakres podmiotowy instytucji ochronnych)* (w:) *Prawo handlowe XXI w. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, pod red. M. Modrzejewskiej, Warszawa 2010.
- Rott-Pietrzyk E., Grochowski M.: *Prowizja agenta w czasie trwania umowy (imperatywny czy dyspozytywny charakter regulacji i wynikające z tego konsekwencje)*, TPP 2018, nr 3, s. 73–99.
- Rott-Pietrzyk E., Grochowski M.: *Regulacja umów o pośrednictwo w DCFR (wzorcem dla ustawodawcy polskiego?)*, TPP 2017, nr 3, s. 49–81.
- Rott-Pietrzyk E., Grochowski M.: *Struktura regulacji umów o pośrednictwo handlowe (wnioski prawnoporównawcze i propozycje legislacyjne)*, SPP 2018, z. 1, s. 3–24.
- Schwander I.: *Was macht einen Rechtssatz zwingend oder dispositiv* (w:) *Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer*, Hrsg. H. Honsell et al., Basel–Genf–München 2004.
- Sołtys A. (w:) *System prawa Unii Europejskiej*, t. 3, *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, pod red. L. Leszczyńskiego, Warszawa 2019.
- Szostak R.: *Problem systematyki umów obligacyjnych w nowym kodeksie cywilnym*, TPP 2012, nr 1, s. 61–75.
- Szot A. (w:) *System prawa Unii Europejskiej*, t. 3, *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, pod red. L. Leszczyńskiego, Warszawa 2019.
- Topolewski K.: *Cywilnoprawne skutki niewykonania umowy agencyjnej*, Lublin 2007.
- Wiewiórowska-Domagalska A.: *Franchising: Study for the IMCO Committee. European Parliament: Directorate General for Internal Policy Department A: Economic and Scientific Policy*, IP/A/IMCO/2015-05 (2016).
- Wróbel A.: *Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE. Zarys problemu* (w:) *Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne*, pod red. L. Gardockiego, J. Godynia, M. Hudzika, L.K. Paprzyckiego, Warszawa 2008.

Słowa kluczowe: pośrednictwo, pośrednik, agent handlowy, umowa agencyjna, dyrektywa 86/653, dystrybucja, franczyza, Akademicki Projekt Kodeksu Cywilnego.

EWA ROTT-PIETRZYK, MATEUSZ GROCHOWSKI, LL.M. (YALE)

INTERMEDIARY CONTRACTS CONCERNING GOODS
AND SERVICES: GENERAL PART
AND COMMERCIAL AGENCY CONTRACT
(REFORM PROJECT)

S u m m a r y

The text presents draft provisions on commercial intermediary agreements, prepared within the framework of the Academic Project of the Civil Code. The rules encompass the general part of commercial intermediary agreements, as well as one particular contract: commercial agency. The former element is entirely novel from the perspective of the existing provisions of the Polish civil law, which do not contain any comparably general set of rules dedicated to intermediary contracts. In the latter respect, the draft proposes a few alterations to the existing rules on commercial agency. They aim to remedy the deficiencies of the existing rules that has been evidenced through practical functioning of agency contracts (identified by empirical studies), as well as through the case law of Polish courts of various level. The proposed rules are accompanied with motives that provide more deepened rationale for the choices between various possible solutions to the regulatory needs in the domain of intermediary agreements. They also explain the background of the draft provisions in the EU law and the CJEU decisions, as well as in the relevant sets of model rules, with particular regard to the Draft Common Frame of Reference.

Keywords: intermediary, commercial agent, commercial agency agreement, directive 86/653, distribution, franchising, Academic Project of Civil Law.

GRZEGORZ TRACZ*

LICHWA USANKCJONOWANA

I. WSTĘP

Prawna regulacja maksymalnego poziomu odsetek wprowadzona ustawą z dnia 7 lipca 2005 r.¹, na mocy której zmieniono art. 359 k.c. i w nim określono maksymalny poziom odsetek wynikających z czynności prawnych, okazała się niewystarczająca, ponieważ podmioty udzielające kredytów lub pożyczek kompensowały sobie brak możliwości żądania wysokich odsetek wysokimi kosztami pozaodsetkowymi z tytułu ich udzielenia². Stanowiły one wraz z odsetkami całość wynagrodzenia żadanego za udzielane kredyty i pożyczki. W celu przeciwdziałania tej praktyce w dniu 5 sierpnia 2015 r.³ uchwalono ustawę wprowadzającą między innymi przepisy ograniczające wysokość pozaodsetkowych kosztów z tytułu udzielania kredytów konsumenckich. Chociaż w obu ustawach nie pojawił się termin „lichwa”, w prowadzonej wokół nich dyskusji nazwa ta była używana, a obie ustawy czasami określano mianem ustaw antylichwiarskich⁴. Dodatkowo latem 2019 r. Rada Ministrów skierowała do Sejmu VIII kadencji przygotowany przez Ministerstwo Spra-

* Autor jest doktorem habilitowanym nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ Ustawa z dnia 7 lipca 2005 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 157, poz. 1316). Obecna treść art. 359 k.c. została nadana ustawą z dnia 9 października 2015 r. zmieniającą m.in. kodeks cywilny (Dz. U. poz. 1830).

² M. Bączyk (w:) *System prawa handlowego*, t. V, *Prawo umów handlowych*, pod red. M. Steca, Warszawa 2017, s. 1177.

³ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1357).

⁴ Przykładowo Z. Brzozowski (w:) *Kodeks cywilny*, t. I, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2015, s. 1145; M. Lemkowski: *Odsetki cywilnoprawne*, Warszawa 2007, s. 345–372; M. Bączyk (w:) *System...*, *op. cit.*, s. 1198; A. Sołoma: *Lichwa w świetle współczesnych uregulowań prawnych w Polsce i wybranych krajach o orientacji rynkowej*, *Ekonomia i Prawo* 2006, t. 2, s. 289 i n.

wiedliwości projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania lichwie⁵. Prace nad tą ustawą nie zakończyły się jednak przed upływem kadencji Sejmu i ze względu na zasadę dyskontynuacji obecnie nie są prowadzone w Sejmie IX kadencji. W przypadku ponownego skierowania projektu ustawy do prac parlamentarnych Sejmu IX kadencji i ewentualnego jej uchwalenia, termin „lichwa” nie tylko wejdzie do języka prawnego, lecz nastąpi także ustawowe — a nie tylko wynikające z prowadzonej dyskusji wokół ustawy — przesądzenie faktu, że organy państwowe przeciwdziałają lichwie. Tymczasem przyjęte w projekcie rozwiązania, podobnie zresztą jak obowiązujące w tym zakresie regulacje prawne, pozostają w dysharmonii z nadaną projektowi nazwą wskazującą na przeciwdziałanie lichwie.

Lichwa, chociaż jako termin w języku polskim używany jest w różnych znaczeniach, w każdym przypadku ma konotację negatywną⁶. W szerokim tego słowa znaczeniu termin ten stosowano na oznaczenie wszelkiej korzyści gospodarczej osiągniętej w wyniku wykorzystania przymusowego położenia gospodarczego kontrpartniera w umowach gospodarczych⁷ albo zastrzeganie świadczenia, które się nie należy za własne świadczenie lichwiarza, czyli lichej wiary wierzyciela⁸. Zazwyczaj jednak lichwę rozumiano w znaczeniu wąskim, jako lichwę kredytową polegającą na zastrzeganiu i pobieraniu nadmiernego wynagrodzenia za udostępniany kapitał w stosunkach kredytowych albo jako samo nadmierne wynagrodzenie⁹.

Nie ulega wątpliwości, że lichwa to zjawisko społeczne, które w historii nie tylko Europy występuje od wieków. Określanie ustaw w języku prawniczym, a w szczególności w języku prawnym mianem antylichwiarskich, wymaga rozległego poznania znaczenia tego terminu, aby nie było wątpliwości, czy rzeczywiście wprowadzane w ostatnim czasie do polskiego porządku prawnego ustawy przeciwdziałają lichwie. Stąd wydaje się niezbędne wcześniejsze, nieco szersze spojrzenie na historię tego zjawiska w Europie.

⁵ Druk sejmowy nr 3600 z 1 lipca 2019 r.

⁶ W. Wołodkiewicz: *Uwagi na temat lichwy* (w:) *Profesorowi Janowi Kodreńskiemu in memoriam*, pod red. A. Pikulskiej-Robaszkiewicz, Łódź 2000, s. 437. Autor zwraca uwagę, że użycie terminu „lichwa” wzbudza bardzo negatywne skojarzenia. Wskazuje, że Dante w *Boskiej komedii* umieścił lichwiarzy w siódmym kręgu piekła w odrażającym towarzystwie skrytobójców, morderców, samobójców, bluźnierców i sodomitów. Podobnie A. Pikulska-Robaszkiewicz: *Problem lichwy w republikańskim Rzymie — zarys problematyki* (w:) *Honeste vivere... Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego*, pod red. A. Sokali, E. Gajdy, Toruń 2001, s. 175. Autorka przywołuje, że Kato Starszy, polityk i pisarz rzymski, zapytany, jak należy traktować lichwiarstwo, odpowiedział pytaniem: „A jak trzeba ocenić zabójstwo człowieka?”; A. Sołoma: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 294.

⁷ J. Majka: *Ewolucja historyczna pojęć lichwa i procent a ich wzajemny stosunek*, *Roczniki Nauk Społecznych. Prawo — Ekonomia — Socjologia* 1958, t. II, s. 72; A. Sołoma: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 291–293.

⁸ Tak F. Maciejewski: *Zasady prawa rzymskiego popołitego. Podług instytucji justyniańskich*, Warszawa 1861, s. 414, przyp. 3.

⁹ B.W. Skrzydlewski: *Istota lichwy według św. Tomasza z Akwinu*, *Roczniki Filozoficzne* 1965, t. XIII, z. 2, s. 28; tak też w literaturze prawniczej np. A. Pikulska-Robaszkiewicz: *Lichwa w państwie i prawie republikańskiego Rzymu*, Łódź 1999, s. 7; *eadem*: *Problem...*, *op. cit.*, s. 171; W. Wołodkiewicz: *Uwagi...*, *op. cit.*, s. 437; zob. także A. Sołoma: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 291–294; K. Buczkowski, M. Wojtaszek: *Lichwa pieniężna — zagadnienia cywilnoprawne*, *Przegląd Prawa Handlowego* 1999, nr 8, s. 36.

II. LICHWA JAKO ZJAWISKO SPOŁECZNE W ROZWOJU HISTORYCZNYM

Starożytne prawo egipskie i greckie, a także prawo rzymskie jako lichwę traktowało niesprawiedliwe i nieetyczne pobieranie zbyt wysokiego wynagrodzenia z tytułu pożyczki, zazwyczaj przekraczającego takse ustawową¹⁰. Pożyczkę traktowano bowiem jako pomoc, a nie okazję do wykorzystania swojego brata w jego trudnej sytuacji¹¹. W Rzymie pod koniec republiki wysokość maksymalnych odsetek z tytułu pożyczki ustanowiono na 12%, a za czasów Justyniana na 6% rocznie¹².

W chrześcijańskiej Europie postrzeganie wynagrodzenia z tytułu pożyczki pieniężnej, w szczególności w postaci procentu, na całe dziewiętnaście wieków po Chr. oparto na treści stosownych fragmentów Starego i Nowego Testamentu¹³ odnoszących się do udzielania pożyczek oraz na poglądzie Arystotelesa, rozwiniętym później przez św. Tomasza.

Zdaniem Arystotelesa pieniądź został wymyślony jako środek służący do wymiany dóbr w celu zaspokojenia potrzeb człowieka. Dlatego pieniądź ze swej natury nie jest źródłem wartości, która uzasadniałaby pobieranie wynagrodzenia, w tym procentu za jego udostępnienie. Byłoby to przeciwne naturze¹⁴.

Tę myśl Arystotelesa w XIII w. rozwinął św. Tomasz z Akwinu. Twierdził on, że zapłatą za przedmiot pożyczki jest jej zwrot, a pobieranie wynagrodzenia za możliwość używania przedmiotu pożyczki jest niezasadne, bowiem możliwość ta nie istnieje odrębnie od przedmiotu pożyczki¹⁵. Nie można rozdzielić rzeczy od jej użycia i w konsekwencji żądać zapłaty za użycie rzeczy, czyli zapłaty za coś, czego nie ma. Dlatego pobieranie procentu od pożyczki pieniężnej stanowiłoby żądanie podwójnej zapłaty, tak jakby żądano zapłaty za sprzedane wino, a potem za prawo do jego używania¹⁶. Skoro pieniądze, podobnie jak wino, były przez pożyczkobiorcę konsumowane, pożyczkodawca nie może pobierać odsetek od czegoś, co nie było

¹⁰ P.B. Sobuś: *Pożyczka na procent. Próba oceny etycznej*, Annales. Etyka w Życiu Gospodarczym 2010, vol. 13, nr 1, s. 226; K. Appelt: *Dlaczego Arystoteles sprzeciwiał się pobieraniu procentu*, Annales 2015, vol. XLIX, z. 4, s. 22.

¹¹ P.B. Sobuś: *Pożyczka...*, *op. cit.*, s. 226; B.W. Skrzydlewski: *Istota...*, *op. cit.*, s. 29.

¹² M. Lemkowski: *Odsetki...*, *op. cit.*, s. 29; M. Kaser, R. Knütel, S. Lohsse: *Römisches Privatrecht*, 21. Aufl., C.H. Beck 2017, s. 217, nb 20, 24. Ograniczenie wysokości maksymalnych odsetek w Rzymie przewidziane już było w ustawie XII Tablic. Nie ma jednak pewności co do tego, czy ich maksymalna wysokość wynosiła 100%, czy 8,8% kapitału rocznie; W. Wołodkiewicz: *Uwagi na temat lichwy (w:) Profesorowi Janowi Kodrebskiemu...*, *op. cit.*, s. 444; Z. Fenichel: *Problem odsetek w polskim prawie prywatnym (w:) Polskie prawo prywatne i procesowe*, Kraków 1936, s. 709.

¹³ M. Lemkowski wskazuje fragmenty Biblii odnoszące się do problemu wynagrodzenia z tytułu pożyczki; M. Lemkowski: *Odsetki...*, *op. cit.*, s. 30.

¹⁴ K. Appelt: *Dlaczego Arystoteles...*, *op. cit.*, s. 22, 30; P.B. Sobuś: *Pożyczka...*, *op. cit.*, s. 226; E.M. Jones: *Jałowy pieniądź*, t. I, Wrocław 2015, s. 74.

¹⁵ B.W. Skrzydlewski: *Istota...*, *op. cit.*, s. 35–36.

¹⁶ K. Appelt: *Dlaczego Arystoteles...*, *op. cit.*, s. 23, 30; E.M. Jones: *Jałowy...*, *op. cit.*, s. 74.

już jego własnością, ponieważ już nie istnieje¹⁷. Pieniądz nie może rodzić pieniądza, a w konsekwencji zapłata za nic nie należy się pożyczkodawcy¹⁸.

Święty Tomasz dokonał także jednoznacznej oceny natury wynagrodzenia od pożyczek pieniężnych¹⁹. Czynił to, nie odróżniając jednak procentu od lichwy, określając je tym samym terminem *usura*²⁰. Według niego lichwa to wymuszanie za pomocą umowy pożyczki pieniężnej wynagrodzenia, mającego charakter fikcyjnej zapłaty za odstąpienie używania przedmiotu pożyczki, które podlega ujemnej ocenie moralnej jako przejaw chciwości²¹. Uważał, że jakkolwiek potępienie lichwy ma swoje źródło w Piśmie Świętym i tradycji, to dlatego, że nie jest ona zgodna z prawem naturalnym i zasadą sprawiedliwości²². Proceder lichwy określał jako haniebny, prowadzący do niegodziwego zysku, który powodował zawsze krzywdę bliźniego²³. Stanowił on formę wyzysku żerującą na biedzie i nieszczęściu, dlatego stanowił przestępstwo moralne, a dla wierzącego grzech śmiertelny²⁴.

W późniejszym okresie swojego życia św. Tomasz zrewidował swoje stanowisko, dopuszczając w pewnych sytuacjach pobieranie wynagrodzenia z tytułu pożyczek pieniężnych w wysokości 12% rocznie, jeżeli to nie bieda, lecz inne przyczyny skłoniły pożyczkobiorcę do zaciągnięcia pożyczki²⁵. Miało to miejsce wtedy, gdy wysokość wynagrodzenia określał sam pożyczkobiorca, albo to on z własnej woli wynagradzał pożyczkodawcę, a także w sytuacji, w której sam pożyczkodawca utracił zysk wskutek udzielonej pożyczki albo poniósł straty²⁶. W takich sytuacjach wynagrodzenie w postaci procentu stawało się usprawiedliwione jako odszkodowanie za nieosiągnięcie zysku w wyniku udzielonej pożyczki²⁷ albo jako wynagrodze-

¹⁷ E.M. Jones: *Jalowy...*, *op. cit.*, s. 74.

¹⁸ Św. Tomasz podkreślał, że to, co nie jest możliwe w przypadku pieniędzy — oddzielenie użycia pieniędzy od samych pieniędzy — jest możliwe w przypadku użytkowania gruntu albo najmu rzeczy, w którym odpłatą za oddanie w najem jest zwrot wynajętej rzeczy, a odpłatą za możliwość używania przedmiotu najmu — zapłata czynszu. Dlatego pożyczka zasadniczo różni się od najmu. B.W. Skrzydlewski: *Istota...*, *op. cit.*, s. 35–36; K. Appelt: *Dlaczego Arystoteles...*, *op. cit.*, s. 23–24; M. Ramocka: *Zagadnienie lichwy w ujęciu wielkich religii monoteistycznych*, *Annales. Etyka w Życiu Gospodarczym* 2008, vol. 11, nr 1, s. 300.

¹⁹ B.W. Skrzydlewski: *Istota...*, *op. cit.*, s. 33.

²⁰ *Ibidem*, s. 37–39.

²¹ Akwinita chciwość przeciwstawił szczodroblewości (też rozumianej jako udzielanie pożyczek potrzebującym bliźnim bez wynagrodzenia). Chciwość podzielił na „niedobór w dawaniu” przejawiający się w postawach: skąpcy — dający za mało, sknery — nic nie dający oraz dusigrosza — dający z wielką trudnością i „nadmierne branie”, czyli zachłanność, do której należy lichwa, *ibidem*, s. 44–45, 48.

²² S. Ewertowski: *Lichwa, potępiana forma chciwości*, *Studia Elbląskie* 2012, vol. XIII, s. 370; K. Appelt: *Dlaczego Arystoteles...*, *op. cit.*, s. 23.

²³ Haniebny zysk według św. Tomasza charakteryzuje się tym, że nie sam zysk jest zakazany, lecz czyn, z pomocą którego zysk jest osiągany (np. zysk z nierządu). Jeśli jest sam zysk zakazany, bo osiągnięty z krzywdą bliźniego, chociaż osiągnięty przy czynności z natury dobrej (pożyczki) — jest niegodziwy. Takim zyskiem jest zysk lichwiarski; B.W. Skrzydlewski: *Istota...*, *op. cit.*, s. 46.

²⁴ S. Ewertowski: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 372; B.W. Skrzydlewski: *Istota...*, *op. cit.*, s. 44–45.

²⁵ M. Lemkowski: *Odsetki...*, *op. cit.*, s. 31.

²⁶ Pożyczka taka była udzielana w warunkach, w których pobieranie wynagrodzenia nie naruszałoby miłości bliźniego; S. Ewertowski: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 371, 372.

²⁷ Poświadczył to papież Benedykt XIV w XVIII w.; M. Ramocka: *Zagadnienie...*, *op. cit.*, s. 300.

nie za pracę, aby zdobyć pieniądze na pożyczkę²⁸. Następcy uzupełnili przyczyny uzasadniające żądanie wynagrodzenia za udzieloną pożyczkę, wskazując na ryzyko braku zwrotu pożyczonego kapitału²⁹.

Kościół katolicki kwestię pobierania wynagrodzenia z tytułu pożyczek pieniężnych traktował jednoznacznie. Długo przed św. Tomaszem, bo już w II w. po Chr., a w szczególności od IV w. po Chr. pisarze kościelni i Ojcowie Kościoła sprzeciwiali się pobieraniu jakiegokolwiek wynagrodzenia za udzielanie pożyczek pieniężnych, określając taki proceder lichwą³⁰, która kradła czas będący własnością Boga³¹. W sprawie lichwy negatywne stanowisko zajmowały liczne synody i sobory Kościoła katolickiego, poczynając od synodu w Elwirze w 306 r. aż po sobór w Bazylei w latach 1431–1445³². Na mocy ich postanowień piętnowano lichwę i udział w niej najpierw duchownych, a potem wszystkich wiernych. Potępiano chciwość nienasyconego zysku lichwiarzy i ustanowiono karę infamii za proceder lichwy. Ludziom trudniącym się lichwą odmówiono posługi kościelnej, uznawano ich za pozbawionych czci, którym także należy odmówić chrześcijańskiego pogrzebu³³.

Pod koniec średniowiecza sytuacja wokół problemu lichwy była zagmatwana. Pomimo jej jednoznacznego potępienia przez Kościół katolicki, brak było jej jednolitej i klarownej definicji, przy jednoczesnym wzroście roli pieniądza i kredytu. Teologowie i prawnicy chrześcijańscy często pojęcie lichwy wiązali z analizą sprawied-

²⁸ M. Ramocka: *Zagadnienie...*, *op. cit.*, s. 300. Stanowisku, zgodnie z którym pobieranie jakiegokolwiek wynagrodzenia z tytułu pożyczki jest grzechem, przeciwstawił się św. Albert — nauczyciel św. Tomasza — który grzeszny charakter pożyczki wykluczył w sytuacjach, gdy pożyczkobiorca odnosił korzyści z pożyczki, a także w przypadkach dobrowolnego charakteru pożyczki; B.W. Skrzydlewski: *Istota...*, *op. cit.*, s. 30. Również kanoniści z Salamanki za lichwę uznawali wyłącznie nieuczciwy dochód z pożyczki finansowej. Ich zdaniem pobieranie procentów o odpowiedniej wysokości nie było bowiem szkodliwe, a nawet z konkretnych powodów pożądane z ekonomicznego punktu widzenia; S. Ewertowski: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 373.

²⁹ J. Kracik: *Kredyt i lichwa jako zjawisko społeczne*, materiały konferencyjne dostępne: <http://jazon.hist.uj.edu.pl/zjazd/materiały/kracik.pdf>, s. 3; M. Lemkowski: *Odsetki...*, *op. cit.*, s. 31.

³⁰ Pożyczka była właściwie umową nieodpłatną, bowiem pobieranie odsetek niezależnie od ich wysokości traktowano jako lichwę zakazaną przez prawo kanoniczne; S. Płaza: *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, t. I, Kraków 2002, s. 322. To jednoznaczne stanowisko było m.in. reakcją na wielkie zniszczenia gospodarcze i socjalne przez występujący już w państwie rzymskim i trwający nadal wyzysk lichwiarski; B.W. Skrzydlewski: *Istota...*, *op. cit.*, s. 29; P.B. Sobuś: *Pożyczka...*, *op. cit.*, s. 226. Ustawowy zakaz pobierania opłat z tytułu pożyczki wprowadzono na terenie państwa Karolińskiego i w Anglii; S. Ewertowski: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 372.

³¹ Czas z rozkazu Boga podzielony był na zwykły i uświęcony, kiedy nie wolno pracować. Lichwa pomnażała bogactwo nieustannie, bez spoczynku; M. Ramocka: *Zagadnienie...*, *op. cit.*, s. 300.

³² Były to m.in. sobór nicejski w 325 r., laterański II w 1139 r., laterański III i IV odpowiednio w latach 1179 i 1215, lionński I w 1245 r., lionński II w 1274 r., sobór w Vienne w latach 1311–1312; S. Ewertowski: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 369, 372; B.W. Skrzydlewski: *Istota...*, *op. cit.*, s. 29. Na ziemiach polskich jeszcze w 1512 r. synod w Gnieźnie potępił pożyczanie pieniędzy na procent; S. Płaza: *Historia prawa...*, *op. cit.*, s. 323.

³³ S. Ewertowski: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 370; J. Kracik: *Kredyt...*, *op. cit.*, s. 3. Biskupi niemieccy na synodach w Trewirze w latach 1228 i 1272 potępiли lichwę, a lichwiarzy zaliczyli do tej samej kategorii, co czarownice, podpalacze, złoczyńcy i rozbójnicy, a także rozpustnicy, cudzołożnicy i żyjący w konkubinacie. Grzech lichwy został zaklasyfikowany razem z zabójstwem, świętokradztwem, krzywoprzysięstwem, homoseksualizmem, kazirodztwem, ojco- i matkobójstwem — podobnie jak pozostałe nie mógł zostać odpuszczony przez księdza w konfesjonale. Na synodzie w Bergamo w 1311 r. potwierdzono kanony ekskomunikujące lichwiarzy, a także to, że lichwa jest formą kradzieży; E.M. Jones: *Jałowy...*, *op. cit.*, s. 78–79.

liwej ceny. Dlatego ograniczano skalę represji wobec lichwiarzy, różnicując je według stopnia społecznej szkodliwości pobieranego z tytułu pożyczki wynagrodzenia. Niezależnie od tego średniowieczny system bankowy rozwinął wiele sposobów pozwalających obejść nauczanie Kościoła zakazujące praktyk lichwiarskich³⁴. Między innymi rozwijała się konstrukcja sprzedaży na raty, wywołując dyskusję, czy jest to sprzedaż, czy raczej pożyczka z niedozwoloną lichwą. Rozpowszechniał się także zastaw użytkowy rzeczy (antychretyczny) oraz sprzedaż renty z prawem odkupu (czynsz odkupny, wyderkauf)³⁵. W konsekwencji uznano, że skoro lichwa jest nieuchronna, to lepiej, aby praktykowali ją żydzi według własnego prawa, a nie chrześcijanie wbrew własnemu prawu³⁶. Dlatego z usług żydów korzystali chętnie władcy, a także duchowni, oddając pieniądze do depozytu albo pożyczając za procent³⁷. Sobór laterański V (1512–1517) dopuścił pożyczanie pieniędzy na niski procent, z uzasadnieniem wskazującym na konieczność ponoszenia ciężarów przez czerpiących z pożyczki korzyści³⁸. W konsekwencji doktryna kanonistyczna dozwalała pobieranie odsetek od pożyczek przemysłowych i handlowych, ale w umiarkowanej wysokości do 10% przy pożyczkach chrześcijańskich, a przy pożyczkach żydowskich do — 20%³⁹.

Pierwszy przełom w średniowiecznym myśleniu o lichwie nastąpił za sprawą florenckiego franciszkanina Piotra Janowego Olivi, który twierdził, że stosunki gospodarcze mogą być w wielu przypadkach oderwane od pryncypiów moralnych, a skoro kapitał może przynosić wymierne korzyści, to żądanie procentu od pożyczek pieniężnych nie musi być naganne⁴⁰. Także Kalwin odrzucił teorię jałowości pienią-

³⁴ Między innymi rozwinęto metodę wymiany zobowiązań płatniczych, negocjując ich wartość do odebrania zazwyczaj w innym miejscu i w innej walucie, uwzględniając przy tym wliczone w transakcję odsetki; E.M. Jones: *Jałowy...*, *op. cit.*, s. 81; M. Lemkowski: *Odsetki...*, *op. cit.*, s. 31.

³⁵ Papież Innocenty IV w XIII w. orzekł, że czynsz odkupny nie jest lichwą, o ile ów czynsz nie jest większy niż normalny dochód z ziemi wartej tyle, ile wynosiła przekazana suma, a papież Marcin V w 1425 r. uznał za dozwoloną umowę sprzedaży renty z prawem odkupu; J. Kracik: *Kredyt...*, *op. cit.*, s. 4; S. Płaza: *Historia prawa...*, *op. cit.*, s. 322; Z. Fenichel: *Problem...*, *op. cit.*, s. 709.

³⁶ W judaizmie pobieranie odsetek od pożyczanych pieniędzy także było zakazane. W *Księdze Wyjścia* Starego Testamentu znajduje się surowy zakaz pobierania odsetek od pożyczek. To samo znajduje się w *Księdze Kapłańskiej*, a także w *Księdze Powtórzonego Prawa*, w której jednak znalazło się uzupełnienie: „Od obcego możesz się domagać, ale od brata nie będziesz żądał odsetek”. Wobec powyższego zakaz religijny uprawiania lichwy nie obowiązywał żydów w relacji z nieżydami. Dopiero w XVII w. obradujący na ziemiach polskich Sejm żydowski (Wielki Waad) zaaprobował pobieranie lichwy przez żydów od żydów. S. Ewertowski: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 364–365; M. Ramocka: *Zagadnienie...*, *op. cit.*, s. 298–299; S. Płaza: *Historia prawa...*, *op. cit.*, s. 322. Praktykowanie pożyczania pieniędzy za wynagrodzeniem przez żydów stało się przyczyną powstania już w średniowieczu nastrojów i wystąpień antyżydowskich w szczególności w Anglii, Francji i Niemczech; E.M. Jones: *Jałowy...*, *op. cit.*, s. 77–78.

³⁷ W Rzeczypospolitej już w XVII–XVIII w. funkcjonowały domy bankowo-handlowe, obracając kapitałami powierzonymi przez szlachtę, duchowieństwo i mieszczan, oferując 7–10% rocznie. Często depozyty gromadzone w domach były gwarantowane przez gminy żydowskie z ich protektorami — najważniejszymi deponentami — szlachtą, duchowieństwem i klasztorami. Natomiast w Rzymie w XVII w. czynnych było około 50 banków żydowskich; J. Kracik: *Kredyt...*, *op. cit.*, s. 9.

³⁸ W konsekwencji wysokość procentu od pożyczek na przestrzeni XVI–XVIII w. np. w Niderlandach i w Anglii wynosiła 6–8%, a w czasach wojen napoleońskich 5–6%; S. Ewertowski: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 373–374.

³⁹ S. Płaza: *Historia prawa...*, *op. cit.*, s. 323.

⁴⁰ M. Lemkowski: *Odsetki...*, *op. cit.*, s. 31.

dza, odróżnił pożyczkę konsumpcyjną od produkcyjnej, uznając pobieranie odsetek od tej drugiej za usprawiedliwione⁴¹. Dowodził — wbrew stanowisku św. Tomasza — że można oddzielić użytkowanie pieniądza od samego pieniądza i sprzedawać to użytkowanie⁴².

U schyłku średniowiecza i w późniejszych wiekach, pomimo nadal dość rygorystycznego stanowiska Kościoła, pożyczanie pieniędzy w zamian za wynagrodzenie szerzyło się, a wierzyciele dyktowali wysokość stawek wynagrodzenia za udzielane pożyczki od 20% do 30% poprzez 50%, a nawet do 100% w skali roku. Lichwiarze lombardzcy i żydowscy pożyczali zazwyczaj na 43% albo 86%, zdarzały się także przypadki pobierania 216%, a nawet 266% w skali roku⁴³.

W czasach nowożytnych pożyczka zaczęła ewoluować z konsumpcyjnej w kierunku produkcyjnej, a jej dotychczasowe strony zaczęły zmieniać się rolami w ten sposób, że to bogaty przedsiębiorca coraz częściej zaczynał pożyczać od drobnych ciułaczy grosza⁴⁴. W XVIII i XIX w. opór wobec pobierania procentu od pożyczek w większości państw Europy został w znacznym stopniu przełamany. Działania państw koncentrowały się między innymi na określeniu maksymalnej wysokości procentu od pożyczek, w tym na utrzymywaniu niskiego poziomu odsetek w ogólności, co było przesłanką dynamicznego wzrostu gospodarczego⁴⁵. Pomimo tego Kościół — uznając jednocześnie konstrukcję sprzedaży na raty albo rent umownych — zabraniał udzielania pożyczek na procent aż do roku 1830, w którym to Święte Oficjum oświadczyło, że spowiednicy nie powinni niepokoić penitentów, którzy nie chcą się wyrzec udzielania pożyczek przynoszących zysk. W 1917 r. kodeks prawa kanonicznego pozwalał udzielającym pożyczek na pobieranie zadośćuczynienia w formie legalnego zysku. Kanon ten w nowym Prawie kanonicznym z 1983 r. w ogóle pominięto jako przestarzały. W ten sposób zniknął ostatni ślad istniejącego do 1830 r. kościelnego zakazu pożyczania pieniędzy na procent zwanego lichwą⁴⁶.

Jak wynika z powyższego krótkiego historycznego przedstawienia lichwy jako zjawiska społecznego, była ona znana już w starożytności i średniowieczu⁴⁷, chociaż nie odróżniano jej znaczenia na płaszczyźnie etyki i ekonomii, bowiem ekonomia jako nauka jeszcze nie istniała⁴⁸. Dlatego przez wieki utożsamiano lichwę z procentem, a procent z lichwą⁴⁹, co było przedmiotem wielu problemów religijnych, etycznych, prawnych i ekonomicznych w chrześcijańskiej Europie już od początku

⁴¹ J. Kracik: *Kredyt...*, *op. cit.*, s. 6.

⁴² Stanowisko to doprowadziło do zniesienia zakazu pobierania procentu w Anglii w 1517 r. i we Francji w 1789 r.

⁴³ B.W. Skrzydlewski: *Istota...*, *op. cit.*, s. 30; E.M. Jones: *Jalowy...*, *op. cit.*, s. 77.

⁴⁴ M. Lemkowski: *Odsetki...*, *op. cit.*, s. 32.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 32.

⁴⁶ J. Kracik: *Kredyt...*, *op. cit.*, s. 9–10.

⁴⁷ B.W. Skrzydlewski: *Istota...*, *op. cit.*, s. 28.

⁴⁸ E.M. Jones: *Jalowy...*, *op. cit.*, s. 73.

⁴⁹ Z. Fenichel: *Problem...*, *op. cit.*, s. 709.

pierwszego tysiąclecia. Kościół katolicki próbował wyjaśnić istotę pieniądza i procentów, nie potrafił jednak właściwie odróżnić takich zjawisk, jak rozwój gospodarczy i praktyki amoralne. W konsekwencji próbował narzucić strukturę moralną zjawiskom ekonomicznym, które nic wspólnego z moralnością nie miały⁵⁰.

Tymczasem należy podkreślić, że pobieranie wynagrodzenia za udzielanie pożyczki lub innych form kredytu, najczęściej w postaci procentów (odsetek), jest pojęciem z dziedziny ekonomii. Takie działanie etyk określi jako lichwę, gdy będzie ono miało cechy działania sprzecznego z zasadami moralności. Dlatego lichwa jest pojęciem z dziedziny etyki⁵¹. Lichwa to niesprawiedliwe pobieranie, a nawet wymuszanie świadczeń materialnych z pomocą umowy pożyczki albo innych rodzajów kredytu. To czynność, a najczęściej szereg czynności powtarzanych, które krystalizują się w pewien specyficzny stan — stan wyzysku⁵². Lichwa to uleganie chciwości i proceder wyzysku, wykorzystujący trudną sytuację materialną bliźniego lub jego niewiedzę w celu odniesienia korzyści⁵³. To pojęcie wartościujące moralnie, podobnie jak „wyzysk” i „niesprawiedliwość”⁵⁴. Dlatego procent to nie lichwa, a lichwa to nie procent⁵⁵.

III. REGULACJE ANTYLICHWIARSKIE W OKRESIE MIĘDZYWOJENNYM I POWOJENNYM DO 1989 R.

W Polsce w okresie międzywojennym maksymalną wysokość odsetek w stosunkach kredytowych pieniężnych ograniczono na mocy rozporządzenia Prezydenta z dnia 29 czerwca 1924 r. o lichwie pieniężnej⁵⁶ do maksymalnej wysokości 24%, którą w późniejszym czasie zredukowano do 12%, a dla przedsiębiorstw trudniących się czynnościami bankowymi — do 9,5% w skali roku. Paragraf 1 rozporządzenia brzmiał: „Niewolno wymawiać sobie i pobierać w stosunkach kredytowych pieniężnych korzyści majątkowych w formie procentu lub jakiegokolwiek innej formie przewyższających 24% od sta rocznie w gotówce lub we wartości”⁵⁷. Rozporządzenie to zostało uchylone przez przepisy wprowadzające kodeks cywilny, a kompetencje do ustalenia wysokości odsetek maksymalnych uzyskała Rada Ministrów. Wydała ona 23 grudnia 1964 r. rozporządzenie w sprawie ustalenia wysokości od-

⁵⁰ E.M. Jones: *Jalowy...*, *op. cit.*, s. 73–76.

⁵¹ B.W. Skrzydlewski: *Istota...*, *op. cit.*, s. 27; P.B. Sobuś: *Pożyczka na procent...*, *op. cit.*, s. 225.

⁵² B.W. Skrzydlewski: *Istota...*, *op. cit.*, s. 31.

⁵³ S. Ewertowski: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 364.

⁵⁴ B.W. Skrzydlewski: *Istota...*, *op. cit.*, s. 31.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 32.

⁵⁶ Dz. U. Nr 56, poz. 574.

⁵⁷ Niezależnie od rozporządzenia Prezydenta o lichwie pieniężnej możliwość jej zwalczania, także w zakresie lichwy towarowej, wynikała z art. 42 kodeksu zobowiązań, normującego problematykę wyzysku; Z. Fenichel: *Problem...*, *op. cit.*, s. 709.

setek ustawowych i maksymalnych, które jednak nie obowiązywało jednostek gospodarki uspołecznionej. W rozporządzeniu utrzymano wysokość odsetek maksymalnych na poziomie 12% rocznie, a zastrzeżenie wyższych odsetek było uznawane za nieważne. Z powodu ogromnej inflacji pod koniec lat osiemdziesiątych poprzedniego wieku rozporządzenie to było wielokrotnie zmieniane, a od 1 listopada 1989 r. zaprzestano ustalania maksymalnych odsetek, które od tej pory nie były w Polsce regulowane⁵⁸.

IV. OBOWIĄZUJĄCE REGULACJE PRAWNE OKREŚLAJĄCE MAKSYMALNĄ WYSOKOŚĆ ODSETEK I KOSZTÓW POZAODSETKOWYCH Z TYTUŁU POŻYCZEK I KREDYTÓW

Brak regulacji prawnej odsetek maksymalnych wywołał ożywioną dyskusję na ten temat i w konsekwencji spowodował wykrystalizowanie się wielu poglądów opowiadających się za ponownym jej wprowadzeniem do ustawodawstwa polskiego⁵⁹, co nastąpiło po ponad piętnastoletniej przerwie na mocy ustawy z dnia 7 lipca 2005 r.⁶⁰ Dziesięć lat później ustawą z dnia 5 sierpnia 2015 r.⁶¹ wprowadzono przepisy ograniczające wysokość tzw. pozaodsetkowych kosztów z tytułu udzielania kredytów konsumenckich. W ten sposób ograniczono maksymalną wysokość kosztów ponoszonych przede wszystkim przez konsumentów z tytułu zaciąganych kredytów konsumenckich i jednocześnie wysokość pobieranego z tego tytułu wynagrodzenia przez kredytodawców. Przepisy obu ustaw w literaturze prawniczej określano czasami jako antylichwiarskie. Dlatego niezbędna jest ich ocena z punktu widzenia przypisywanej im cechy, tj. przepisów ustawowych mających przeciwdziałać lichwie.

Zgodnie z nadaną przez ustawę z 9 października 2015 r. treścią art. 359 § 2¹ k.c., maksymalna wysokość odsetek wynikających z czynności prawnej nie może w stosunku rocznym przekraczać dwukrotności wysokości odsetek ustawowych (odsetki maksymalne). W przypadku ich przekroczenia należą się odsetki maksymalne (art. 359 § 2² k.c.). Postanowienia umowne nie mogą wyłączać ani ograniczać

⁵⁸ W literaturze stwierdzono nawet, że od tego czasu Polska stała się eldorado dla wszelkiego rodzaju pożyczkodawców; A. Sołoma: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 297; zob. także K. Buczkowski, M. Wojtaszek: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 37 i n.

⁵⁹ Przegląd stanowisk w tej sprawie przedstawia M. Lemkowski: *Odsetki...*, *op. cit.*, s. 339–343.

⁶⁰ Dz. U. Nr 157, poz. 1316. Wprowadzeniu tej regulacji towarzyszył sprzeciw różnych wpływowych organizacji i środowisk zawodowych. Co do tego zob. np. A. Sołoma: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 289–304. J. Molis wykazuje np. niekonstytucyjność przepisów kodeksu cywilnego wprowadzających odsetki maksymalne; J. Molis: *Konstytucyjne problemy odsetek maksymalnych*, Państwo i Prawo 2008, z. 3, s. 46–59.

⁶¹ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1357).

powyższych postanowień (art. 359 § 2³ k.c.). Wysokość odsetek ustawowych określona w obwieszczeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 stycznia 2016 r.⁶², ogłoszonym na podstawie art. 359 § 4 k.c., wynosi 5% w stosunku rocznym. W powyższym przepisie mowa jest o czynności prawnej rozumianej jako każdy jej rodzaj⁶³, w tym w szczególności wszelkie umowy, które mogą być źródłem bankowych i pozabankowych stosunków kredytowych⁶⁴. W konsekwencji maksymalna wysokość odsetek w tego rodzaju umownych stosunkach kredytowych bankowych i pozabankowych wynosi 10% w skali roku.

Na mocy ustawy z 5 sierpnia 2015 r. wprowadzono do ustawy o kredycie konsumenckim⁶⁵ przepisy art. 36a–36d, mające ograniczyć wysokość tzw. pozaodsetkowych kosztów kredytu. Zakres przedmiotowy tej regulacji jest zdecydowanie węższy od zakresu regulacji art. 359 § 2^{1–3} k.c., dotyczy bowiem nie wszystkich czynności prawnych, lecz tylko tych stosunków kredytowych, których źródłem jest umowa kredytu konsumenckiego w rozumieniu ustawy o kredycie konsumenckim. W art. 36a ust. 1 ustawy zawarto wzór na obliczanie maksymalnej wysokości pozaodsetkowych kosztów kredytu, które nie mogą jednak przekroczyć 100% całkowitej kwoty kredytu w całym okresie kredytowania⁶⁶. Zgodnie z tym wzorem wysokość pozaodsetkowych kosztów kredytu nie może przekroczyć w kredytach zawartych na okres roczny 55%, na dwa lata — 85%, a na dwa i pół roku i na okresy dłuższe — 100% całkowitej kwoty kredytu.

Określone w obu ustawach dwa sposoby limitowania maksymalnej wysokości odsetek i maksymalnej wysokości pozaodsetkowych kosztów kredytu, ze względu na określenie tych limitów przy zastosowaniu stopy procentowej, tylko z pozoru wydają się podobne. W rzeczywistości sposoby te bardzo się od siebie różnią, istotnie utrudniając porównanie ustawowego limitu odsetek maksymalnych z takim limitem pozaodsetkowych kosztów kredytu i w konsekwencji uniemożliwiają transparentne przedstawienie maksymalnego łącznego wynagrodzenia, składającego się z odsetek i pozaodsetkowych kosztów kredytu, które w konsumentskich stosunkach kredytowych może być zastrzegane i pobierane przez kredytodawców.

Podstawę kwotowego obliczania odsetek maksymalnych od udzielonego kredytu, wynoszących obecnie 10%, stanowi kwota kredytu w wysokości na dzień wyliczania tych odsetek. Zazwyczaj — chociaż nie zawsze — w szczególności

⁶² M.P. z 2016 r. poz. 46.

⁶³ P. Machnikowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2016, s. 642.

⁶⁴ Podział na umowne bankowe i pozabankowe stosunki kredytowe został zaproponowany w literaturze przez M. Bączyka (w:) *System...*, *op. cit.*, s. 1176; S. Grzybowski: *Konstrukcja...*, *op. cit.*, s. 256; zob. także G. Tracz: *Kredyt jako typ umowy*, *Transformacje Prawa Prywatnego* (dalej: TPP) 2019, nr 4, s. 84.

⁶⁵ Dz. U. poz. 1357.

⁶⁶ Całkowita kwota kredytu to zgodnie z art. 5 pkt 7 ustawy o kredycie konsumenckim maksymalna kwota wszystkich środków pieniężnych, nieobejmujących kredytowanych kosztów kredytu, które kredytodawca udostępnia konsumentowi na podstawie umowy o kredyt.

w konsumenckich stosunkach kredytowych kwota kredytu ulega stopniowemu zmniejszaniu wynikającemu z dokonywanej przez kredytobiorcę spłaty kredytu. W kredytach spłacanych w równych ratach miesięcznych w okresie kredytowania inna jest kwotowa wysokość odsetek maksymalnych na początku tego okresu (np. pierwsza miesięczna rata odsetek będzie obliczana od początkowej kwoty kredytu i będzie wynosiła przy rocznym kredycie w wysokości 10 tys. zł — 83,33 zł [$10\,000\text{ zł} \times 10\% = 1000\text{ zł} : 12\text{ miesięcy} = 83,33\text{ zł}$]), a inna na jego końcu (np. jedenasta rata odsetkowa w powyższym przykładzie będzie wynosiła 13,89 zł [pozostały kapitał kredytu po spłaceniu 10 rat kapitałowych to $1666,7\text{ zł} \times 10\% : 12\text{ miesięcy} = 13,89\text{ zł}$]). Kwotowa wartość odsetek maksymalnych za cały okres kredytowania w niniejszym przykładzie wynosić będzie 500 zł⁶⁷. W przypadku takiego samego kredytu spłacanego jednak jednorazowo na koniec okresu kredytowania kwotowa wartość odsetek maksymalnych za cały okres kredytowania wynosić będzie 1000 zł ($10\,000 \times 10\% = 1000\text{ zł}$). Tak określone odsetki zgodnie z art. 359 § 2¹ k.c. obliczane są zawsze w skali roku.

Tymczasem podstawą kwotowego obliczenia maksymalnej wysokości pozaodsetkowych kosztów kredytu konsumenckiego nie jest zmniejszająca się w wyniku spłaty wartość kredytu, lecz całkowita kwota kredytu w wysokości z chwili jego udzielenia. Natomiast wysokość stopy procentowej, określającej limit maksymalnych pozaodsetkowych kosztów kredytu, jest zmienna i zależna od okresu, na jaki kredyt został udzielony. Dla kredytów rocznych limit ten wynosi 55%, dla dwuletnich — 85%, a dla dwuipółrocznych oraz dłuższych okresów kredytowania — 100% całkowitej kwoty kredytu. O ile sposób kwotowego wyliczania odsetek maksymalnych zakłada stałość stopy procentowej i zazwyczaj zmienność podstawy, do której stopa procentowa znajduje zastosowanie⁶⁸, o tyle do obliczenia maksymalnej wysokości pozaodsetkowych kosztów kredytu konsumenckiego zastosowano sposób odwrotny, zakładający zmienność wysokości stopy procentowej, ale za to stałość podstawy, do której zmieniająca się stopa procentowa winna zostać zastosowana.

Ten wyjątkowo nietransparentny sposób wyliczania limitu maksymalnego wynagrodzenia (składającego się z odsetek i pozaodsetkowych kosztów kredytu konsumenckiego) kredytodawcy z tytułu udzielenia kredytu konsumenckiego najlepiej zobrazować na prostym przykładzie rocznego kredytu w wysokości 10 tys. zł spłacanego w 12 równych ratach miesięcznych. Dla tego rodzaju kredytu wysokość odsetek maksymalnych wynosi 10% w skali roku, a pozaodsetkowych kosztów

⁶⁷ Dla tego typu przykładów w rachunkowości zarządczej dopuszcza się uproszczony sposób wyliczania wysokości odsetek należnych za cały okres kredytowania, przyjmujący średnią wartość kredytu w całym okresie kredytowania wynoszącą połowę jego wartości początkowej, czyli w podanym przykładzie 50% z 10 tys. zł = 5 tys. zł. Kwotowa wartość odsetek maksymalnych od tego kredytu za cały (roczny) okres kredytowania wynosić będzie 500 zł ($5\text{ tys. zł} \times 10\% = 500\text{ zł}$). Kwotowa wartość odsetek maksymalnych zmieni się w przypadku, gdy kredyt nie będzie spłacany w równych ratach miesięcznych, lecz jednorazowo na koniec okresu kredytowania. Wtedy wartość ta wynosić będzie 1 tys. zł ($10\text{ tys. zł} \times 10\% = 1\text{ tys. zł}$).

⁶⁸ Chyba że przewidziano spłatę całości kredytu na koniec okresu kredytowania.

kredytu — 55% całkowitej kwoty kredytu. Na pierwszy rzut oka wydaje się, że maksymalne wynagrodzenie kredytodawcy z tytułu tego kredytu wynosi 65%, co stanowi sumę 55% i 10%. W rzeczywistości jednak powyższe stopy procentowe stosuje się do innych podstaw wyliczenia ich kwotowej wartości i z tego powodu nie mogą być sumowane celem określenia limitu maksymalnego wynagrodzenia kredytodawcy. Kwotowa wartość odsetek maksymalnych od tego kredytu wynosi 500 zł (zob. przyp. 67), a kwotowa wartość maksymalnych pozaodsetkowych kosztów kredytu — 5,5 tys. zł. Łączne maksymalne wynagrodzenie kredytodawcy z tytułu tego kredytu dopuszczone przez ustawodawcę wynosi zatem 6 tys. zł, co stanowi 120% od wartości kredytu w skali roku. Kredyt bowiem udzielony w wysokości 10 tys. zł, jeżeli jest spłacany co miesiąc w równych ratach kapitałowych, co zazwyczaj jest regułą, dla określenia procentowej wysokości należnego za jego udzielenie wynagrodzenia nie wynosi 10 tys. zł, lecz 5 tys. zł. Kwota 5 tys. zł wyraża bowiem jego średnią wartość przez cały okres kredytowania. W związku z tym za możliwość korzystania z kredytu o średniej wartości w wysokości 5 tys. zł przez okres kredytowania wynoszący jeden rok kredytobiorca musi zapłacić 6 tys. zł.

W przypadku tego samego rodzaju kredytu, udzielonego jednak na okres dwuletni, łączne ustawowo dopuszczalne wynagrodzenie za ten okres także nie będzie stanowiło prostej sumy stóp procentowych określających limity odsetek maksymalnych i pozaodsetkowych kosztów kredytu (jak mogłoby to wynikać z prostego sumowania: 10% odsetek maksymalnych za pierwszy rok kredytowania plus 10% za drugi rok kredytowania plus 85% całkowitej kwoty kredytu — co wynika z zawartego w art. 36a ustawy o kredycie konsumenckim wzoru — a więc łącznie 105%). Kwotowa wartość odsetek maksymalnych od tego kredytu za okres dwóch lat wynosić będzie bowiem w pierwszym roku 500 zł i w drugim roku 500 zł, razem 1 tys. zł. Natomiast maksymalny pozaodsetkowy koszt kredytu wynosić będzie 8,5 tys. zł. Dopuszczalne przez ustawodawcę łączne wynagrodzenie kredytodawcy z tytułu tego kredytu wynosić będzie w okresie dwuletnim 9,5 tys. zł, co odpowiada wysokości łącznego wynagrodzenia kredytodawcy wyrażonego za pomocą stopy procentowej w każdym roku kredytowania w wysokości 95% wartości kredytu (czyli od średniej wartości kredytu w okresie kredytowania) w skali roku⁶⁹.

Gdyby analizowany kredyt miał zostać udzielony na okres 2,5 roku, dla którego w ustawie o kredycie konsumenckim przewidziano najwyższy limit maksymalnej wysokości pozaodsetkowych kosztów kredytu wynoszący 100% całkowitej kwoty kredytu, wtedy dopuszczone przez ustawodawcę łączne wynagrodzenie kredytodawcy z tytułu udzielenia tego kredytu wynosiłoby 90% wartości kredytu w skali roku.

⁶⁹ Średnia wartość kredytu w dwuletnim okresie kredytowania wynosi 5 tys. zł. Wynagrodzenie kredytodawcy w wysokości 95% w skali roku w pierwszym roku kredytowania wynosić będzie 4750 zł i w drugim roku tyle samo. W związku z tym łączne wynagrodzenie kredytodawcy wyniesie 9,5 tys. zł.

Wyniki powyższych wyliczeń ulegną zmianie przy założeniu, że przykładowy kredyt jest spłacany na koniec okresu kredytowania, a nie w równych ratach miesięcznych. W takim przypadku wysokość łącznego wynagrodzenia kredytodawcy wynosiłaby odpowiednio 65%, 52,5% oraz 50% wartości kredytu w skali roku.

Zauważyć należy olbrzymią dysproporcję istniejącą między wysokością odsetek maksymalnych i maksymalnych pozaodsetkowych kosztów kredytu, co jest dopiero widoczne, gdy ich wysokości wyrażone zostaną według takiego samego sposobu ich obliczania, tj. przy wykorzystaniu rocznej stopy procentowej odnoszącej się do średniej wysokości kredytu w okresie kredytowania. Dla kredytu jednorocznego spłacanego równomiernie w miesięcznych ratach wysokość odsetek maksymalnych wynosi 10%, a pozaodsetkowych kosztów kredytu — 110%⁷⁰, dla kredytu dwuletniego odpowiednio — 10% i 85%⁷¹, a dla kredytu dwuipółletniego — 10% i 80%⁷² w skali roku. Dla tego samego kredytu spłacanego jednorazowo na koniec okresu kredytowania relacja wysokości odsetek maksymalnych do pozaodsetkowych kosztów kredytu przedstawia się odpowiednio 10% do 55%; 10% do 42,5% oraz 10% do 40%. Trudno zrozumieć tę dysproporcję, w szczególności biorąc pod uwagę, że ustawodawca w 2005 r. w celu przeciwdziałania lichwie wprowadził limit wysokości maksymalnych odsetek wynoszący obecnie 10% w skali roku, a po 10 latach w tym samym niby celu wprowadził różne zależne od okresu kredytowania limity pozaodsetkowych kosztów kredytu, kilkakrotnie przewyższające limit odsetek maksymalnych.

Wyniki powyższych wyliczeń wskazujące na dopuszczoną przez ustawodawcę maksymalną wysokość wynagrodzenia kredytodawców z tytułu udzielanych kredytów konsumenckich, niezależnie od tego, czy zostały one wyliczone dla kredytów spłacanych w równych miesięcznych ratach w całym okresie kredytowania, czy jednorazowo na koniec okresu kredytowania (co zresztą bardzo rzadko ma miejsce w konsumenckich stosunkach kredytowych), przywołują podane wyżej przykłady zwalczanej w Europie w średniowieczu i w wiekach późniejszych tak negatywnie ocenianej lichwy.

Szczególnym paradoksem jest to, że z analizy obecnie obowiązujących przepisów wynika *de facto*, że bardziej chronią one przed lichwą niekonsumentów niż konsumentów. Dzieje się tak pomimo tego, że to właśnie z myślą o szczególnej ochronie konsumentów wprowadzono do ustawy o kredycie konsumenckim przepisy limitujące pozaodsetkowe koszty kredytu, określane mianem antylichwiarskich. Wniosek taki wynika z prostego zestawienia reżymu regulacji prawnej limitującej

⁷⁰ Skoro maksymalne pozaodsetkowe koszty kredytu udzielonego na rok wynoszą 55% całkowitej kwoty kredytu, to koszty te odniesione nie do całkowitej kwoty kredytu, lecz jej średniej wartości w okresie kredytowania wynosić będą 110%.

⁷¹ Skoro maksymalne pozaodsetkowe koszty kredytu udzielonego na dwa lata wynoszą 85% całkowitej kwoty kredytu, to koszty te odniesione nie do całkowitej kwoty kredytu, lecz jej średniej wartości w okresie kredytowania, w skali roku wynosić będą 85%.

⁷² Analogicznie jak w przypisie powyższym.

maksymalną wysokość wynagrodzenia kredytodawcy w pozakonsumenckich i konsumenckich stosunkach kredytowych.

W tych pierwszych, chociaż nie znajdują do nich zastosowania przepisy ograniczające maksymalną wysokość pozaodsetkowych kosztów kredytu, maksymalna wysokość wynagrodzenia limitowana jest co prawda tylko w oparciu o art. 359 § 2¹⁻³ k.c., ale może być także limitowana w oparciu o art. 388 k.c. Zgodnie z tym przepisem kredytobiorcy przysługuje nawet roszczenie o unieważnienie umowy, w przypadku gdyby wysokość wynagrodzenia kredytodawcy — zastrzeżona na przykład w postaci pozaodsetkowych kosztów kredytu — z tytułu udzielonego kredytu jednocześnie spełniała przesłankę wyzysku⁷³. W praktyce przepis ten stanowi przyczynę samoograniczania się kredytodawców w zastrzeganiu i żądaniu dla siebie zbyt wygórowanego wynagrodzenia z tytułu udzielonego kredytu w postaci pozaodsetkowych kosztów kredytu. Chociaż pomimo obowiązywania art. 388 k.c., czasami mają miejsce w praktyce patologiczne przykłady żądania przez firmy pożyczkowe pozaodsetkowych kosztów kredytu przekraczających 100%, a nawet sięgających 200% kwoty kredytu⁷⁴, to jednak w wielu stosunkach kredytowych można oczekiwać takiego samoograniczającego się przez kredytodawców i pożyczkodawców oddziaływania art. 388 k.c., w szczególności gdy są nimi podmioty zaufania publicznego, jak na przykład banki.

W konsumenckich stosunkach kredytowych ustawodawca, określając limity maksymalnego wynagrodzenia kredytodawcy, umożliwił *de facto* zastrzeganie i pobieranie wynagrodzenia sięgającego tych limitów. W praktyce oznacza to dopuszczoną przez ustawę możliwość zastrzegania i pobierania przez kredytodawców wynagrodzenia z tytułu udzielonego kredytu w wysokości mogącej wynosić nie tylko na przykład 50%, lecz także 65%, 90%, 95% czy nawet 120% wartości kredytu w skali roku. Powstaje pytanie, czy w tych stosunkach kredytowych tak wysokie wynagrodzenie kredytodawcy nie powinno zostać ocenione jako wyzysk zgodnie z art. 388 k.c., z konsekwencjami z tego wynikającymi, skoro do takich wniosków niewątpliwie należałoby dojść, analizując pozakonsumenckie stosunki kredytowe. Nasuwa się jednak wątpliwość, według jakich zasad należałoby ocenić zastrzeganie i pobieranie tak wysokiego wynagrodzenia jako przejaw wyzysku, skoro sam ustawodawca w art. 36a ustawy o kredycie konsumenckim dopuszcza do pobierania takiego wynagrodzenia w postaci pozaodsetkowych kosztów kredytu. Dodatkowo, aby nie było wątpliwości co do wysokości dopuszczonego przez usta-

⁷³ K. Buczkowski, M. Wojtaszek zwracają jednak uwagę na to, że przewidziana w art. 388 k.c. sankcja nieważności powoduje ograniczone działanie tego przepisu, bowiem wyzyskanemu w stosunkach kredytowych częściej zależy na modyfikacji wysokości wynagrodzenia z tytułu udzielonego kredytu aniżeli nieważności zawartej umowy, która musiałaby skutkować obowiązkiem zwrotu całości kredytu przez wyzyskanego; K. Buczkowski, M. Wojtaszek: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 38–39.

⁷⁴ Co do tego zob. np. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania lichwie, w szczególności s. 5–9, 16–27 uzasadnienia; <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3600> (dostęp: 1 grudnia 2019 r.).

wodawcę wynagrodzenia, wprowadził on do ustawy wzór matematyczny precyzyjnie określający tę wysokość, a poprzez miejsce umieszczenia takiej regulacji w ustawie o kredycie konsumenckim wskazał na konieczność ochrony konsumentów jako motyw jej wprowadzenia.

Mając na uwadze dokonaną wykładnię analizowanych przepisów, przeprowadzone przykładowe wyliczenia maksymalnych limitów wysokości wynagrodzenia kredytodawców z tytułu konsumenckich stosunków kredytowych, a także sformułowane wnioski, należy jednoznacznie stwierdzić, że w konsumenckich stosunkach kredytowych, mających się charakteryzować szczególną ochroną kredytobiorców-konsumentów, lichwa zamiast być zwalczana, jest usankcjonowana przez ustawodawcę.

Rezultaty tej niezrozumiałej regulacji prawnej są powszechnie widoczne w licznych reklamach i ofertach konsumenckich kredytów oferowanych przez banki i inne podmioty, określających wysokość lichwiarskiego wynagrodzenia w postaci tzw. RRSO⁷⁵.

V. PROJEKT USTAWY O ZMIANIE NIEKTÓRYCH USTAW W CELU PRZECIWDZIAŁANIA LICHWIE

Zapewne powyższe wnioski skłoniły Ministerstwo Sprawiedliwości do przygotowania w 2019 r. nowej regulacji ustawowej o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania lichwie, którą po przyjęciu latem 2019 r. przez Radę Ministrów jako projekt rządowy skierowano do prac parlamentarnych Sejmu VIII kadencji. Jak wspomniano, Sejm nie zdążył uchwalić proponowanej ustawy, a ze względu na zasadę dyskontynuacji, Sejm IX kadencji obecnie projektu tej ustawy nie proceduje. Można się jednak spodziewać, że Rada Ministrów ponownie skieruje już raz przyjęty projekt wspomnianej ustawy do Sejmu. Dlatego poniżej zostaną przedstawione uwagi dotyczące tego projektu w zakresie omawianej problematyki.

W projekcie zakłada się pozostawienie obecnego sposobu regulacji pozaodsetkowych kosztów kredytu w ustawie o kredycie konsumenckim oraz wprowadzenie tego samego sposobu regulacji tych kosztów do kodeksu cywilnego, poprzez zmianę przepisów dotyczących umowy pożyczki zawieranej z osobą fizyczną, jeśli zawierana przez nią umowa nie jest związana bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową. W konsekwencji ulega zmianie zakres podmiotowy proponowanej regulacji prawnej, która znajdzie zastosowanie nie tylko do kredytobiorców-konsumentów zawierających umowy z przedsiębiorcami, lecz także do

⁷⁵ RRSO to skrót od terminu: rzeczywista roczna stopa oprocentowania, który zgodnie z art. 5 pkt 12 ustawy o kredycie konsumenckim oznacza całkowity koszt kredytu ponoszony przez konsumenta, wyrażony jako wartość procentowa od całkowitej kwoty kredytu w stosunku rocznym.

osób fizycznych zawierających umowy pożyczki z innymi podmiotami niż przedsiębiorcy. Tak wyznaczony zakres podmiotowy proponowanej regulacji ograniczającej pozaodsetkowe koszty kredytu i pozaodsetkowe koszty pożyczki⁷⁶ pozostawia poza jej obowiązywaniem wszystkie inne podmioty. Ponadto zakres przedmiotowy proponowanej regulacji limitującej pozaodsetkowe koszty pożyczki rozszerza się na inne umowy niż umowa pożyczki, na mocy których osobie fizycznej zostaje przekazana suma pieniężna, wierzytelność albo inne prawo majątkowe z obowiązkiem ich zwrotu.

Propozycja zawiera również zmiany obecnej wysokości limitów maksymalnych pozaodsetkowych kosztów kredytu zawartych w ustawie o kredycie konsumenckim. Proponuje się obniżenie maksymalnego limitu tych kosztów ze 100% do poziomu 75% całkowitej kwoty kredytu w całym okresie kredytowania, a także zmiany elementów wzoru na wyliczenie maksymalnej wysokości pozaodsetkowych kosztów kredytu. W konsekwencji w przypadku kredytów konsumenckich udzielonych na rok proponuje się obniżenie limitu kosztów z obecnych 55% do 20%, na dwa lata z obecnych 85% do 30%, na dwa i pół roku z obecnych 100% do 35%, na cztery, pięć, sześć oraz sześć i pół roku z obecnych 100% do odpowiednio 50%, 60%, 70%, i 75% całkowitego kosztu kredytu. Oznacza to, że limity maksymalnego wynagrodzenia z tytułu udzielenia kredytu konsumenckiego zgodnie z tą propozycją wynosiłyby:

- a) dla kredytu rocznego spłacanego w równych miesięcznych ratach — 50% wartości kredytu w skali roku, a spłacanego jednorazowo na koniec okresu kredytowania — 30% wartości kredytu w skali roku;
- b) dla kredytu dwuletniego spłacanego w równych miesięcznych ratach — 40% wartości kredytu w skali roku, a spłacanego jednorazowo na koniec okresu kredytowania — 25% wartości kredytu w skali roku;
- c) dla kredytu dwupółletniego spłacanego w równych miesięcznych ratach — 38% wartości kredytu w skali roku, a spłacanego jednorazowo na koniec okresu kredytowania — 24% wartości kredytu w skali roku;
- d) dla kredytu sześciopółrocznego spłacanego w równych miesięcznych ratach 33% wartości kredytu w skali roku, a spłacanego jednorazowo na koniec okresu kredytowania — 21,5% od wartości kredytu w skali roku.

Dysproporcja pomiędzy wysokością odsetek maksymalnych i pozaodsetkowych kosztów tego rodzaju kredytu wynosić będzie przy jednorocznych kredytach spłacanych w równych miesięcznych ratach jak 10% do 40%, przy dwuletnich jak 10% do 30%, przy dwupółrocznych kredytach jak 10% do 28%.

⁷⁶ Między innymi w ocenie skutków regulacji cywilnoprawnych zawartych w rządowym projekcie ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania lichwie sporządzonej przez Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu z dnia 23 lipca 2019 r. słusznie wskazuje się na brak w propozycji regulacji terminu „pozaodsetkowe koszty pożyczki”; [http://orka.sejm.gov.pl/IEKSBAS.nsf/WWW-wszystkie?SearchView&Query=\(%5BFORM%5D%3DLegislacyjna\)%20AND%20\(%5BNr_druku%5D%20contains%20%223600%22\)&SearchOrder=4&SearchMax=500%20](http://orka.sejm.gov.pl/IEKSBAS.nsf/WWW-wszystkie?SearchView&Query=(%5BFORM%5D%3DLegislacyjna)%20AND%20(%5BNr_druku%5D%20contains%20%223600%22)&SearchOrder=4&SearchMax=500%20) (dostęp: 3 grudnia 2019 r.).

W propozycji przewiduje się także wprowadzenie do kodeksu cywilnego podobnego sposobu wyznaczania limitu maksymalnych pozaodsetkowych kosztów pożyczki, jednakże w jednej maksymalnej wysokości wynoszącej 25% całkowitej kwoty pożyczki w całym okresie obowiązywania umowy, niezależnie od tego, czy umowa została zawarta na jeden rok, czy na okresy dłuższe⁷⁷. Zastosowanie tego sposobu wyliczania maksymalnych pozaodsetkowych kosztów pożyczki do umowy zawartej na analogicznych warunkach jak w powyższym przykładzie przyjętym dla analizy kredytu konsumenckiego, tj. umowy pożyczki w wysokości 10 tys. zł, oprocentowanej maksymalną stopą odsetkową wynoszącą 10%, z równomiernie spłacanymi ratami miesięcznymi w jednym wariancie i spłacaną jednorazowo na koniec jej obowiązywania w drugim wariancie, zawartą na różne okresy dłuższe niż jeden rok, prowadzi do następujących wniosków w zakresie wyznaczenia limitu maksymalnej wysokości wynagrodzenia dla pożyczkodawcy, który będzie wynosił:

- a) dla pożyczki rocznej spłacanej w równych miesięcznych ratach — 60% wartości pożyczki w skali roku, a spłacanego jednorazowo na koniec okresu pożyczki 35% jej wartości w skali roku;
- b) dla pożyczki dwuletniej spłacanej w równych miesięcznych ratach — 35% wartości pożyczki w skali roku, a spłacanego jednorazowo na koniec okresu pożyczki — 22,5% jej wartości w skali roku;
- c) dla pożyczki dwuipółletniej spłacanej w równych miesięcznych ratach — 30% wartości pożyczki w skali roku, a spłacanego jednorazowo na koniec okresu pożyczki — 20% jej wartości w skali roku;
- d) dla pożyczki sześciopółrocznej spłacanej w równych miesięcznych ratach — 17,7% wartości pożyczki w skali roku, a spłacanego jednorazowo na koniec okresu pożyczki — 13,85% jej wartości w skali roku.

Z powyższych uwag wynika, że omawiana propozycja przepisów określających nowe limity pozaodsetkowych kosztów kredytu istotnie je obniża w stosunku do obecnie obowiązujących. Z tego powodu propozycję tę należy ocenić pozytywnie, co nie jest jednoznaczne z pozytywną oceną jej całości. Co prawda nie jest przedmiotem tego opracowania ocena pełnej regulacji zawartej w proponowanych przepisach, podkreślić jednak należy, że w wielu obszarach, w szczególności w zakresie regulacji cywilnoprawnych, budzi ona poważne zastrzeżenia⁷⁸ i nie powinna w tym zakresie zostać wprowadzona do porządku prawnego, w szczególności do kodeksu cywilnego w proponowanym kształcie. Poniższe uwagi odnoszą się jedynie do tego fragmentu proponowanej regulacji, który dotyczy określenia sposobu wyznaczania maksymalnej wysokości całkowitego kosztu kredytu i pożyczki. Ponadto podkreślić

⁷⁷ Limit maksymalnego pozaodsetkowego kosztu pożyczki w wysokości 25% ulega obniżeniu tylko w przypadku pożyczek krótszych niż jeden rok w sposób proporcjonalny do tak skróconego okresu jej obowiązywania.

⁷⁸ Uwagi krytyczne, chociaż nie w wyczerpującym zakresie, zostały sformułowane w opinii Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów z dnia 2 kwietnia 2019 r. o projekcie ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania lichwie; <https://radalegisacyjna.gov.pl/dokumenty/opinia-z-12-kwietnia-2019-r-o-projekcie-ustawy-o-zmianie-niektorych-ustaw-w-celu> (dostęp: 1 grudnia 2019 r.).

należy, że pozytywna ocena zmniejszenia maksymalnych limitów pozaodsetkowych kosztów kredytu konsumenckiego nie jest równoznaczna z pozytywną oceną proponowanej regulacji tego zagadnienia. Regulacja ta rodzi bowiem poważne zastrzeżenia przedstawione w poniższych punktach.

1. Zauważyć należy, że pomimo istotnego obniżenia maksymalnych limitów pozaodsetkowych kosztów kredytu konsumenckiego w stosunku do obecnie obowiązujących, nadal wysokość łącznego wynagrodzenia kredytodawcy z tytułu tego rodzaju kredytów może wynieść 30%, 40%, a w kredytach rocznych nawet 50% kwoty kredytu w skali roku. W przypadku pożyczek zawartych na okres roczny możliwa maksymalna wysokość wynagrodzenia może wynieść nawet 60% kwoty pożyczki w skali roku. Tak wysokie wynagrodzenie z tytułu udzielanych kredytów i pożyczek pieniężnych budziło poważne zastrzeżenia i nie było dopuszczalne nie tylko w czasach PRL albo w Polsce okresu międzywojennego, lecz także zasadniczo w starożytności, średniowieczu i w czasach nowożytnych. Tym bardziej nie wiadomo, jakie obecnie argumenty przemawiają za ustawowym usankcjonowaniem tak wysokiego wynagrodzenia dla kredytodawców i pożyczkodawców z tytułu udzielanych kredytów i pożyczek.

Prowadzona w sposób zorganizowany działalność kredytowa albo pożyczkowa, przede wszystkim przez banki, ale także przez różnego rodzaju firmy pożyczkowe, stanowi szczególny rodzaj handlu pieniędzmi. Pozyskiwane przez banki i firmy pożyczkowe pieniądze po określonych kosztach (przez banki w szczególności w drodze pozyskiwanych depozytów) są przeznaczane na kredyty generujące dla tych instytucji przychody. Różnica między przychodami z tytułu udzielonych kredytów i pożyczek a kosztami pozyskania pieniędzy niezbędnych do udzielania tych kredytów i pożyczek stanowi marżę z tak prowadzonej działalności. Biorąc pod uwagę to, że obecnie koszty pozyskania pieniędzy przez banki średnio wynoszą około 1–3%, a w jednorocznych kredytach maksymalne wynagrodzenie zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami może sięgać nawet 120% kwoty kredytu w skali roku, powstaje pytanie, jakie jest uzasadnienie dla realizacji na takich transakcjach marży, która może wynieść nawet 119%⁷⁹. Istotne obniżenie maksymalnych limitów pozaodsetkowych kosztów kredytu konsumenckiego przewidziane w proponowanej regulacji spowoduje, że ewentualne marże z tytułu ich udzielania spadną do poziomu 49%⁸⁰, co nie zmienia wydźwięku postawionego wyżej pytania o uzasadnienie dla realizacji tak wysokich marż. Wydźwięku tego pytania nie zmienia także

⁷⁹ Przy np. kredycie rocznym spłacanym w równych ratach miesięcznych i wynoszącym 10 tys. zł łączne maksymalne kwotowe wynagrodzenie do zapłaty przez kredytobiorcę, dopuszczone obecnie przez ustawodawcę, będzie wynosiło 6 tys. zł, za kredyt, który co prawda w chwili udzielenia wynosił 10 tys. zł, lecz jego średnia wysokość w okresie kredytowania wynosi 5 tys. zł.

⁸⁰ W analogicznym przykładzie kredytu, jak w powyższym przypisie, kwotowe wynagrodzenie do zapłaty przez kredytobiorcę za kredyt wynoszący średnio w okresie kredytowania 5 tys. zł, dopuszczonym przez ustawodawcę, będzie wynosiło 2,5 tys. zł.

fakt, że banki, niezależnie od kosztów pozyskania pieniędzy, ponoszą koszty prowadzenia działalności i koszty ryzyka, których uwzględnienie w powyższym wyliczeniu zmniejsza dochód z tak obliczonej marży. Koszty te bowiem mogą stanowić tylko nieznaczną część tak wysokich marż. Dlatego pytanie, czy nadal — po wprowadzeniu proponowanych zmian — tak wysoka marża nie będzie typowym przykładem wyzysku stanowiącym przejaw lichwy usankcjonowanej przez ustawodawcę, jest raczej pytaniem retorycznym. Wniosek ten z oczywistych względów odnosi się także do omawianej regulacji pozaodsetkowych kosztów pożyczki, pomimo nieco innej wysokości proponowanych maksymalnych limitów tych kosztów, jak również faktu, że koszty pozyskania pieniędzy przez firmy pożyczkowe dla prowadzenia działalności pożyczkowej są wyższe niż banków, ale nie przekraczają zwykle więcej niż 7–9%.

2. Zgodnie z projektowanymi przepisami maksymalna wysokość pozaodsetkowych kosztów kredytu udzielanego na sześć i pół roku może wynieść 75% całkowitej kwoty kredytu, gdy tymczasem maksymalna wysokość odsetek za ten okres może wynieść 10% w skali roku od aktualnej kwoty kredytu. Bazując na analizowanym wcześniej przykładzie całkowitej kwoty kredytu w wysokości 10 tys. zł, udzielonego na sześć i pół roku, maksymalny pozaodsetkowy koszt takiego kredytu wyniosłby 7,5 tys. zł, a suma wszystkich odsetek za ten okres — 3,25 tys. zł⁸¹. Natomiast w przypadku tego kredytu udzielonego na przykład na trzy lata maksymalne pozaodsetkowe koszty kredytu wynosiłyby 4 tys. zł, a suma wszystkich odsetek — 1,5 tys. zł. Zauważyć należy, że nie jest znane uzasadnienie dla takiej dysproporcji obu rodzajów wynagrodzenia od udzielanych kredytów, w szczególności biorąc pod uwagę to, że to odsetki pełnią w stosunkach kredytowych podstawową funkcję wynagrodzenia z tytułu udzielenia kredytu i raczej powinny być zdecydowanie wyższe w ujęciu kwotowym niż pozaodsetkowe koszty kredytu pełniące funkcję wynagrodzenia uzupełniającego. Podobna dysproporcja występuje w przypadku maksymalnych odsetek od pożyczki i jej pozaodsetkowych kosztów.
3. Nie jest zrozumiałe posługiwanie się dla określenia maksymalnego limitu wynagrodzenia z tytułu udzielenia kredytu dwoma odmiennymi sposobami jego wyliczenia, pozornie tylko do siebie podobnymi, odwołującymi się bowiem do wartości wyrażonej w stopie procentowej. Wysokość maksymalnych odsetek obliczana jest w drodze zastosowania maksymalnej wartości procentowej w skali roku do stale zmniejszającej się, zazwyczaj w wyniku dokonywanych spłat, kwoty kredytu. Tymczasem maksymalne pozaodsetkowe koszty kredytu wyliczane są przez zastosowanie maksymalnej wartości procentowej do całkowitej kwoty kredytu. To powoduje, że *de facto* wyrażony w kwocie pieniężnej,

⁸¹ Średnia kwota kredytu w całym okresie kredytowania wynosi 5 tys. zł; 10% od 5 tys. zł w okresie 6,5 roku daje 3250 zł.

a nie w wartości procentowej, limit tego kosztu w poszczególnych latach spłaty kredytu w odniesieniu do stale zmniejszającej się, w wyniku spłat, kwoty kredytu procentowo wzrasta w kolejnych latach spłaty kredytu. Brak jest uzasadnienia dla takiego procentowego wzrostu, tym bardziej że wyrażone w stałej stopie procentowej odsetki, w miarę spłacania kredytu, wyrażane w wartościach kwotowych maleją. Taki sposób regulacji czyni ją całkowicie nietransparentną i trudną do właściwego odczytania nawet przez kwalifikowanych prawników. Wypada w tym miejscu odesłać do antylichwiarskiej regulacji okresu międzywojennego, w której dla stosunków kredytowych określono za pomocą stopy procentowej (najpierw 24%, potem 12% w skali roku) maksymalny limit „pieniężnych korzyści majątkowych w formie procentu lub jakiegokolwiek innej formie”. W ten sposób ustawodawca okresu międzywojennego w sposób prosty i zrozumiały wyznaczył maksymalny limit wynagrodzenia kredytodawcy w stosunkach kredytowych, bez konieczności różnicowania, takiego jak w obecnej regulacji, odsetek maksymalnych i pozaodsetkowych kosztów kredytu.

4. Nie są znane powody, dla których wysokość pozaodsetkowych kosztów kredytu została ustalona na innym poziomie (maksymalna w wysokości 75%) niż pozaodsetkowych kosztów pożyczki (maksymalna w wysokości 25%), tym bardziej że różnicy takiej nie ma w zakresie odsetek maksymalnych od tych umów⁸².
5. Przedłożona propozycja nie zawiera odrębnej regulacji odnoszącej się do określenia kosztów dochodzenia i egzekucji należności kredytowych i pożyczkowych. Przewidziane w analizowanej propozycji wysokie pozaodsetkowe koszty kredytu lub pożyczki mogą w wyjątkowych sytuacjach być uzasadnione właśnie ze względu na konieczność dochodzenia i egzekucji tych należności od niesolidnych kredytobiorców i pożyczkobiorców. Są to jednak sytuacje wyjątkowe, wymagające szczególnej regulacji.
6. Nie jest także zrozumiałe objęcie regulacją prawną ograniczającą wysokość pozaodsetkowych kosztów kredytów konsumenckich i wybranych umów pożyczek, przy jednoczesnym pozostawieniu pozostałych stosunków kredytowych

⁸² Trudno zgodzić się z wyjaśnieniem tak wysokiej dysproporcji pozaodsetkowych kosztów kredytu i pożyczki, wynoszącej trzykrotność tych kosztów, przedstawionym w uzasadnieniu do projektowanych przepisów, w którym stwierdzono, że „[...] różnica ta jest uzasadniona zarówno względami ekonomicznymi związanymi z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów związanych z działalnością gospodarczą i spełnianiem wymogów stawianych przez nadzór, jak i dalej idącymi standardami w zakresie bezpieczeństwa obrotu, jakie gwarantują podmioty profesjonalne (np. w ramach obowiązków informacyjnych, czy ochroną przed udzieleniem pożyczek osobom niewypłacalnym)”; <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3600> (dostęp: 3 grudnia 2019 r.). Należy zauważyć, że choć z działalnością podmiotów profesjonalnych (banków) związana jest konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów, to niekoniecznie uzasadnione jest, aby koszty te były trzykrotnie wyższe. Dodatkowo przedsiębiorstwa pożyczkowe ponoszą z reguły wyższe od banków koszty pozyskania pieniędzy, które nierzadko są trzykrotnie i więcej razy wyższe. W końcu należy zwrócić uwagę na to, że przy wyznaczaniu maksymalnej wysokości pozaodsetkowych kosztów kredytu i pożyczki dbałość o interesy podmiotów profesjonalnych (banków) nie powinna być decydującym argumentem.

poza tego typu regulacją⁸³. W szczególności nie jest to zrozumiałe dlatego, że regulacja prawna limitująca odsetki maksymalne znajduje zastosowanie do wszystkich stosunków kredytowych.

7. Szczególna komplikacja analizowanej propozycji związana jest także z rozszerzeniem omawianej regulacji prawnej na wybrane umowy pożyczki przy jednoczesnym innym, co do wysokości, uregulowaniu pozaodsetkowych kosztów kredytu i pozaodsetkowych kosztów pożyczki. Spowoduje to, że część umów pożyczek kwalifikowanych jako rodzaj kredytu konsumenckiego będzie podlegała regulacji dotyczącej kredytów konsumenckich, a pozostała część przepisom dotyczącym umowy pożyczki. Obecna definicja kredytu konsumenckiego obejmuje bowiem umowy pożyczki w wysokości nieprzekraczającej 255 550 zł. Trudno znaleźć uzasadnienie dla takiego rozróżnienia, w szczególności że samo rozróżnienie umowy kredytu i umowy pożyczki jest zagadnieniem budzącym wątpliwości i kontrowersje⁸⁴.

VI. PROPOZYCJE WŁASNE *DE LEGE FERENDA*

Powyższa analiza obowiązującej obecnie oraz ostatnio projektowanej regulacji ustawowej dotyczącej przeciwdziałaniu lichwie, a w szczególności przedstawione wyżej krytyczne uwagi do tej regulacji skłaniają do przedstawienia propozycji alternatywnej, skierowanej na rzeczywiste przeciwdziałanie lichwie i uwzględniającej przedstawione uwagi krytyczne.

Propozycja taka została już przez autora niniejszego opracowania zgłoszona⁸⁵. Poza nią, stanowiącą niejako technicznoprawny wyraz realizacji celu polegającego na przeciwdziałaniu lichwie, pozostaje zasadnicza kwestia wymagająca polityczno-prawnego rozstrzygnięcia. Dotyczy ona ustalenia wysokości sprawiedliwego wynagrodzenia zastrzeganego i pobieranego w stosunkach kredytowych przez kredytodawców. Kwestia ta była przedmiotem analizy i dyskusji podejmowanych w starożytności przez teologów średniowiecza, a także w czasach nowożytnych. Jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o wysokość sprawiedliwego wynagrodzenia z tego tytułu nie ma. Analizując to zagadnienie na przestrzeni wieków, można jednak dostrzec pewną tendencję wskazującą na poziom wynagrodzenia kredytodawcy w stosunkach kredytowych, który nie był uważany za wynagrodzenie lichwiarskie. Jeżeli jednak to ustawodawca ma przeciwdziałać lichwie, to właśnie on winien w sposób arbitralny, a także transparentny określić maksymalną wysokość takiego wynagrodzenia. Ważne jest, aby przy określeniu tej wysokości uwzględnił podstawowy rachunek ekonomiczny związany z prowadzeniem działalności przez kredy-

⁸³ Co do tego typu stosunków kredytowych zob. np. G. Tracz: *Kredyt...*, *op. cit.*, s. 83–85.

⁸⁴ *Ibidem*, s. 111.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 119 i n.

todayców, polegającej na pozyskiwaniu pieniędzy celem ich dalszego udostępniania w zamian za oczekiwane wynagrodzenie.

Inną kwestią wymagającą polityczno-prawnego rozstrzygnięcia jest przesądzenie, czy przepisy mające przeciwdziałać lichwie winny obowiązywać we wszystkich, czy tylko w konsumenckich stosunkach kredytowych. Czy może spod tej regulacji należałoby wyłączyć jedynie stosunki kredytowe z udziałem przedsiębiorców, co może mieć swoje uzasadnienie w stworzeniu dla nich potrzeby zaciągania kredytów charakteryzujących się podwyższonym poziomem ryzyka ich zwrotu? To z kolei może uzasadniać wyższy niż w innych stosunkach kredytowych poziom żadanego przez kredytodawców wynagrodzenia. Z drugiej strony taka regulacja winna zawierać odpowiednie mechanizmy uniemożliwiające jej lichwiarskie wykorzystywanie przez kredytodawców.

Poniższa propozycja własna *de lege ferenda* zawiera rozwiązanie jednolite dla wszystkich stosunków kredytowych, nieuwzględniające szczególnego charakteru tych stosunków z udziałem przedsiębiorców, pozostawiając tę kwestię do ewentualnej dalszej analizy i innego rozstrzygnięcia.

Proponowana antylichwiarska regulacja prawna została sformułowana w ramach szerszej propozycji uregulowania w kodeksie cywilnym umowy kredytu jako umowy typowej, obejmującej swoim zakresem między innymi obecne umowy kredytu bankowego i umowy pożyczki pieniężnej. Została zawarta w dwóch przepisach, przytoczonych poniżej z wybranymi fragmentami ich uzasadnienia⁸⁶.

Art. 724³

1. Kredytodawca zobowiązany jest do podania w umowie rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania, której wysokość nie może przekraczać maksymalnej rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania.

2. W przypadku zastrzeżenia w umowie wynagrodzenia przekraczającego maksymalną rzeczywistą roczną stopę oprocentowania kredytobiorca zobowiązany jest do zapłaty połowy wynagrodzenia wynikającego z zastosowania maksymalnej rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania do udzielonego mu kredytu, a jeżeli zapłacone przez niego wynagrodzenie przekroczyło tę wysokość, kredytodawca zobowiązany jest do niezwłocznego zwrotu nadwyżki zapłaconego wynagrodzenia.

3. Minister Sprawiedliwości ogłasza, w drodze obwieszczenia w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, wzór, na podstawie którego obliczana jest rzeczywista roczna stopa oprocentowania oraz wysokość maksymalnej rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania, stanowiącejkrotność stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego.

4. Wysokość maksymalnej rzeczywistej stopy oprocentowania może ulec zmianie w przypadku zmiany stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego

⁸⁶ *Ibidem*, s. 120–124.

wynoszącej co najmniej 0,25% w stosunku do jej poziomu stanowiącego podstawę ostatniego ustalenia wysokości maksymalnej rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania.

5. Zmiana wysokości maksymalnej rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania w trakcie trwania zobowiązaniowego stosunku prawnego może nastąpić w przypadku zmiany jej wysokości ogłoszonej zgodnie z § 3⁸⁷.

Zaproponowanym instrumentem pozwalającym w sposób zrozumiały i transparentny określić limit wynagrodzenia kredytodawcy, niezależnie od rodzaju tego wynagrodzenia (odsetki oraz pozaodsetkowe koszty kredytu), a także niezależnie od okresu obowiązywania stosunku kredytowego, jest „rzeczywista roczna stopa oprocentowania” (RRSO). Pozwala ona za pomocą stopy procentowej wyrażonej w skali roku i odnoszonej zawsze do aktualnej wysokości kredytu określić kwotową wartość wynagrodzenia w poszczególnych latach obowiązywania stosunku kredytowego. Tak określona RRSO w założeniu jest stała i niezmienna, niezależnie od okresu obowiązywania stosunku kredytowego. Wprowadzenie do ustawodawstwa pojęcia „maksymalnej RRSO” wyeliminuje dotychczasową praktykę kredytodawców przesuwania części wynagrodzenia z limitowanych odsetek maksymalnych na inne pozaodsetkowe koszty kredytu. Przy obliczaniu proponowanej maksymalnej RRSO uwzględnia się bowiem wszelkie płatności do poniesienia przez kredytobiorcę z tytułu zawartej umowy kredytu.

RRSO to termin występujący obecnie w ustawie o kredycie konsumenckim, w której znajduje się także wzór na jej wyliczanie. Wzór, chociaż jest powtórzeniem regulacji zawartych w dyrektywie Unii Europejskiej w sprawie umów o kredyt konsumencki⁸⁸, jest skomplikowany i w zasadzie niezrozumiały dla przeciętnego odbiorcy ustawodawstwa konsumenckiego. Pomimo tego nie byłoby właściwe określanie na potrzeby kodeksu cywilnego innego wzoru na wyliczanie RRSO. Nie byłoby też właściwe odesłanie w proponowanych przepisach kodeksu cywilnego do wzoru na wyliczenie RRSO do innej ustawy, to znaczy w obecnym stanie prawnym do ustawy o kredycie konsumenckim. Dlatego w art. 724³ § 3 zaproponowano powtórzenie wzoru na liczenie RRSO zawartego w ustawie o kredycie konsumenckim w „Monitorze Polskim” ogłaszanym przez Ministra Sprawiedliwości, który nie tylko ogłaszałby jego wzór, lecz także wskazywałby maksymalną RRSO, analogicznie jak to czyni dzisiaj w odniesieniu do odsetek ustawowych.

Przez ogłoszenie maksymalnego RRSO nastąpi skuteczne wyeliminowanie działalności lichwiarskiej we wszystkich umownych stosunkach kredytowych, powstających zarówno z udziałem, jak i bez udziału konsumentów, a także z udziałem,

⁸⁷ Zapisy propozycji dotyczące ustalania i zmiany maksymalnej wysokości rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania uległy nieznacznej korekcie w stosunku do propozycji opublikowanej w TPP 2019, nr 4.

⁸⁸ Dyrektywa 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 133 z 2008 r., s. 66).

jak również bez udziału banków. Wprowadzenie proponowanego przepisu uczyni zbędną regulację art. 359 § 2¹⁻³ k.c., która powinna zostać uchylona.

Zaproponowana w art. 724³ § 2 projektowanych przepisów sankcja ma charakter samorealizujący się, tj. kredytodawcy, przeciwko którym sankcja została przewidziana, będą szczególnie zmotywowani do formułowania zawieranych przez nich umów kredytowych w taki sposób, aby przewidziane w nich wynagrodzenie za udzielony kredyt nie przekroczyło maksymalnej RRSO. Przekroczenie maksymalnej RRSO spowoduje modyfikację świadczenia kredytobiorcy z mocy ustawy, polegającą na powstaniu jego obowiązku zapłaty wynagrodzenia za otrzymany kredyt w wysokości równej połowie wynagrodzenia wynikającego z zastosowania w zawartej umowie kredytu maksymalnej RRSO. Sankcja ta ma na celu między innymi kateryczne przestrzeganie zakazu lichwy i przerzucenie ciężaru dbania o stosowanie tego zakazu na kredytodawców.

Przekazanie obowiązku ogłoszenia wzoru na liczenie RRSO i wyznaczania jej maksymalnej wysokości Ministrowi Sprawiedliwości jest uzasadnione między innymi tym, że sam wzór jest wzorem matematycznym stosunkowo rozbudowanym. Jego zamieszczenie w kodeksie cywilnym należałoby uznać za zbyt daleko idącą ingerencję w utrwaloną od lat technikę legislacyjną tego aktu prawnego. Ponadto nie można wykluczyć zmian elementów wzoru wynikających ze zmian ustawodawstwa europejskiego. Natomiast ogłaszanie maksymalnej wysokości RRSO przez Ministra Sprawiedliwości znajduje analogiczne uzasadnienie do jego obecnego uprawnienia ogłaszania wysokości odsetek ustawowych. Zgodnie z przedstawioną propozycją maksymalna RRSO stanowiłaby określoną w kodeksie cywilnym wielokrotność stopy referencyjnej NBP. Jej wysokość mogłaby ulec zmianie w sposób przewidziany dla jej ogłoszenia, wyłącznie w przypadku zmiany stopy referencyjnej NBP przekraczającej 0,25%.

Art. 724⁴

1. Kredytodawca może żądać przewidzianych w umowie kredytu opłat zastrzeżonych na wypadek naruszenia przez kredytobiorcę zobowiązania, w szczególności polegającym na nieterminowym regulowaniu należności, w łącznej wysokości nie wyższej niż 10% kwoty udzielonego kredytu.

2. Kredytodawca może żądać zwrotu kosztów dochodzenia zaległych należności wobec kredytobiorcy w części przekraczającej 10% kwoty udzielonego kredytu, jeżeli były niezbędne, a ich ponoszenie przez kredytodawcę naruszałoby zasady dobrej wiary.

3. Powyższe ograniczenia nie dotyczą zapłaty odsetek za opóźnienie w wykonaniu jakiegokolwiek obowiązku pieniężnego wynikającego z umowy kredytu.

Proponowany przepis reguluje obowiązek zapłaty przez kredytobiorcę opłat w związku z naruszeniem przez niego obowiązków wynikających ze stosunku

kredytowego, w szczególności polegających na nieterminowym regulowaniu wymagalnych płatności. Warunkiem koniecznym żądania tych opłat jest zastrzeżenie ich wysokości i rodzaju w umowie kredytu. W praktyce łączna suma opłat do zapłaty przez kredytobiorcę może zależeć nie tylko od ich rodzaju, lecz także od częstotliwości zdarzeń uzasadniających ich żądanie. Przykładowo wynosząca 20 zł opłata za upomnienie wzywające do terminowego regulowania należności może wynieść łącznie 200 zł, jeżeli kredytobiorca opóźni się ze swoją płatnością 10 razy.

Kwestia naruszenia stosunku kredytowego, rodzaju i skali tego naruszenia, a w konsekwencji wynikającego z niego obowiązku kredytobiorcy zapłaty opłat jest w każdym przypadku sprawą indywidualną. Dlatego nie jest możliwe określenie z góry wysokości tych opłat, nawet w ujęciu procentowym dla wszystkich występujących w praktyce i możliwych stosunków kredytowych. Niezależnie od tego tylko nieznaczna część wszystkich stosunków kredytowych w praktyce jest naruszana. W większości są bowiem wykonywane przez kredytobiorców należycie. Z tego powodu uwzględnienie tego rodzaju opłat celem wyliczenia RRSO nie jest możliwe. Jak wiadomo, RRSO pełni funkcję polegającą na zapewnieniu transparentności informacji o wysokości łącznego wynagrodzenia za udzielony kredyt i wyznaczeniu maksymalnej wysokości takiego wynagrodzenia. Brak realnej możliwości uwzględnienia w RRSO omawianych opłat ponoszonych w związku z naruszeniem stosunków kredytowych mogłoby doprowadzić do zjawiska niezasadnej ich maksymalizacji przez kredytodawców.

Ponieważ, jak wspomniano, naruszenie stosunku kredytowego w każdym przypadku ma charakter indywidualny, nie można wykluczyć, że powstające z tego tytułu koszty po stronie kredytodawców przekroczą wyznaczony dziesięcioprocentowy limit opłat. Opłaty mieszczące się w tak wyznaczonym limicie, zgodnie z założeniem znajdującym swoje potwierdzenie w praktyce bankowej, pełnią mają nie tylko funkcję restytucji poniesionych kosztów dochodzenia nieterminowych płatności, lecz także funkcję sankcyjną dla naruszających zobowiązanie kredytobiorców. Jeżeli jednak koszty dochodzenia nieterminowych płatności, w tym zwrotu kredytu, przekroczą wyznaczony w przepisie limit 10%, wtedy zgodnie z § 2 omawianego przepisu kredytodawca będzie mógł żądać zwrotu tych kosztów ponad dziesięcioprocentowy limit, ale w zakresie wyłącznie odpowiadającym poniesionym kosztom i bez nadwyżki mogącej mieć funkcję sankcyjną. Dodatkowo dochodzenie kosztów w powyższym zakresie będzie wymagało uzasadnienia, że były one niezbędne, a ponoszenie ich przez kredytodawcę naruszałoby zasady dobrej wiary.

Artykuł 724⁴ § 3 projektowanych przepisów jest zasadny, aby uniknąć wątpliwości co do tego, że w każdym przypadku kredytodawcy należą się odsetki z tytułu opóźnienia jakiegokolwiek obowiązku pieniężnego, niezależnie od ponoszonych kosztów dochodzenia tych należności, których maksymalny limit został określony w § 1 i 2.

VII. PODSUMOWANIE

Przeprowadzona analiza pozwala na jednoznaczne rozumienie lichwy jako pojęcia z dziedziny etyki, a nie ekonomii. Lichwa to uleganie chciwości i proceder wyzysku, wykorzystujący trudną sytuację materialną bliźniego lub jego niewiedzę w celu odniesienia korzyści⁸⁹. To pojęcie wartościujące moralnie podobnie jak „wyzysk” i „niesprawiedliwość”⁹⁰. Obecnie obowiązujące ustawy, czasami określane w języku prawniczym jako antylichwiarskie, niestety stanowią przykład usankcjonowanej w polskim porządku prawnym lichwy. Przygotowany w 2019 r. projekt rządowy ustawy o zmianie przepisów niektórych ustaw w celu przeciwdziałania lichwie, chociaż zawiera propozycje obniżenia maksymalnych limitów pozaodsetkowych kosztów kredytu, nadal stanowi przykład usankcjonowania lichwy aniżeli jej przeciwdziałania. Nie są znane powody, dlaczego pomimo tak jednoznacznej retoryki wokół tzw. ustaw antylichwiarskich, przewidziane w nich rozwiązania prowadzą do całkowicie przeciwnych do tej retoryki skutków. Może odpowiedzią na to pytanie jest doświadczenie wywodzące się jeszcze z czasów rzymskich z roku 97 przed Chr., opisane przez Liwiusza następująco: „Ludzi w państwie gniotły długi. Pretor Aulus Semproniusz Asellion wydał orzeczenia po myśli dłużników i ciągnący z długu zyski wierzyciele zabili go na Forum”⁹¹.

BIBLIOGRAFIA

- Appelt K.: *Dlaczego Arystoteles sprzeciwiał się pobierania procentu*, Annales 2015, vol. XLIX, z. 4.
- Bączyk M. (w:) *System prawa handlowego*, t. V, *Prawo umów handlowych*, pod red. M. Steca, Warszawa 2017.
- Brzozowski Z. (w:) *Kodeks cywilny*, t. I, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2015.
- Buczkowski K., Wojtaszek M.: *Lichwa pieniężna — zagadnienia cywilnoprawne*, Przegląd Prawa Handlowego 1999, nr 8.
- Ewertowski S.: *Lichwa, potępiana forma chciwości*, Studia Elbląskie 2012, t. XIII.
- Fenichel Z.: *Problem odsetek w polskim prawie prywatnym* (w:) *Polskie prawo prywatne i procesowe*, Kraków 1936.
- Jones E.M.: *Jałowy pieniądz*, t. I, Wrocław 2015.
- Kaser M., Knütel R., Lohsse S.: *Römisches Privatrecht*, 21. Aufl., C.H. Beck 2017.

⁸⁹ S. Ewertowski: *Lichwa...*, *op. cit.*, s. 364.

⁹⁰ B.W. Skrzydlewski: *Istota...*, *op. cit.*, s. 31.

⁹¹ Liwiusz: *Dzieje Rzymu od założenia miasta*, przeł. M. Brożek, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź MCMLXXXII, rok 97 przed Chr., księga LXXIV.

- Kracik J.: *Kredyt i lichwa jako zjawisko społeczne*, materiały konferencyjne, dostępne <http://jazon.hist.uj.edu.pl/zjazd/materiały/kracik.pdf>.
- Lemkowski M.: *Odsetki cywilnoprawne*, Warszawa 2007.
- Machnikowski P. (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2016.
- Maciejewski F.: *Zasady prawa rzymskiego pospolitego. Podług instytucji justyniańskich*, Warszawa 1861.
- Majka J.: *Ewolucja historyczna pojęć lichwa i procent a ich wzajemny stosunek*, Roczniki Nauk Społecznych. Prawo — Ekonomia — Socjologia 1958, t. II.
- Molis J.: *Konstytucyjne problemy odsetek maksymalnych*, Państwo i Prawo 2008, z. 3.
- Pikulska-Robaszkiewicz A.: *Lichwa w państwie i prawie republikańskiego Rzymu*, Łódź 1999.
- Pikulska-Robaszkiewicz A.: *Problem lichwy w republikańskim Rzymie — zarys problematyki* (w:) *Honeste vivere... Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego*, pod red. A. Sokali, E. Gajdy, Toruń 2001.
- Płaza S.: *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, t. I, Kraków 2002.
- Ramocka M.: *Zagadnienie lichwy w ujęciu wielkich religii monoteistycznych*, Annales. Etyka w Życiu Gospodarczym 2008, vol. 11, nr 1.
- Skrzydlewski B.W.: *Istota lichwy według św. Tomasza z Akwinu*, Roczniki Filozoficzne 1965, t. XIII, z. 2.
- Sobuś P.B.: *Pożyczka na procent. Próba oceny etycznej*, Annales. Etyka w Życiu Gospodarczym 2010, vol. 13, nr 1.
- Sołoma A.: *Lichwa w świetle współczesnych uregulowań prawnych w Polsce i wybranych krajach o orientacji rynkowej*, Ekonomia i Prawo 2006, t. 2.
- Tracz G.: *Kredyt jako typ umowy*, TPP 2019, nr 4.
- Wołodkiewicz W.: *Uwagi na temat lichwy* (w:) *Profesorowi Janowi Kodrębskiemu in memoriam*, pod red. A. Pikulskiej-Robaszkiewicz, Łódź 2000.

Słowa kluczowe: lichwa, stosunki kredytowe, regulacje antylichwiarskie.

GRZEGORZ TRACZ

USURY SANCTIONED

S u m m a r y

After more than 15 years of absence of any legal regulations limiting the amount of remuneration for financing, in 2005 an act limiting maximum interest was introduced followed in 2015 by an act aimed at further limiting the amount of remuneration with regard to consumer loans. In 2019, the Sejm — without success — proceeded with a government's proposal that intended to further limit the amount of such remuneration by expanding the limitations also to legal relations arising under a loan agreement. Actions taken around the above legal regulations, as well as these regulations themselves, were often referred to as anti-usury.

An analysis of the above acts clearly indicates that none of the existing acts, as well as most of the acts proceeded in the Sejm in 2019, do not fulfil their function, i.e. preventing usury. In addition, some regulations — probably contrary to their authors — sanction usury. In particular, it is visible against the background of the historical overview of usury contained in the article — as a social phenomenon.

The article contains a proposal for uncomplicated legal regulation that will effectively eliminate usury in Polish credit relations.

Keywords: usury, credit relations, anti-usury regulations.