



Adrian Zbrojewski

Charakterystyka prawna umów o pośrednictwo

Rozprawa doktorska przygotowana
w Katedrze Prawa Gospodarczego i Handlowego
pod kierunkiem prof. dr. hab. Wojciecha J. Katnera
w dyscyplinie nauki prawne

Łódź 2023

Spis treści

Spis treści	2
Wykaz skrótów	7
Wykaz literatury	14
Wykaz orzecznictwa	28
Rozdział I. Uwagi wprowadzające	31
§ 1. Temat pracy i pytania badawcze	31
§ 2. Sposób prowadzenia badań (metoda rozumowania)	35
§ 3. Zakres badań.....	36
§ 4. Porządek rozważań.....	42
§ 5. Metody badawcze.....	43
Rozdział II. Geneza i znaczenie gospodarcze pośrednictwa	44
Rozdział III. Umowy o pośrednictwo w kodeksie zobowiązań i kodeksie handlowym	54
§ 1. Wprowadzenie.....	54
§ 2. Umowa o pośrednictwo	55
I. Uwagi wstępne.....	55
II. Definicja i strony	55
III. Świadczenie (działanie) pośrednika	57
IV. Świadczenie przyrzekającego wynagrodzenie	62
V. Znaczenie przepisów o umowie o pośrednictwo	64
§ 3. Umowa agencyjna	65
I. Definicja i strony.....	65
II. Świadczenie ajenta.....	65
III. Świadczenie dającego polecenie	69
§ 4. Umowa komisju.....	71
I. Definicja i strony.....	71
II. Świadczenie komisanta.....	72
III. Świadczenie komitenta.....	75
§ 5. Umowa zlecenia	76
I. Uwagi wstępne.....	76
II. Definicja i strony	77
III. Świadczenie przyjmującego zlecenie	77
IV. Stosowanie przepisów o zleceniu do nienazwanych umów o pośrednictwo	80
V. Obowiązek lojalności przyjmującego zlecenie.....	83
VI. Świadczenie dającego zlecenie	84
§ 6. Wnioski	85

Rozdział IV. Umowy o pośrednictwo w kodeksie cywilnym	87
§ 1. Wprowadzenie.....	87
§ 2. Umowa agencyjna.....	88
I. Uwagi wstępne.....	88
II. Definicja i strony	90
III. Świadczenie agenta	92
IV. Obowiązek lojalności stron	100
V. Świadczenie dającego zlecenie.....	104
§ 3. Umowa komisju.....	106
I. Uwagi wstępne.....	106
II. Definicja i strony	108
III. Świadczenie komisanta	109
IV. Świadczenie komitenta.....	114
V. Ograniczenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi (art. 770 KC).....	116
§ 4. Znaczenie przepisów o umowie zlecenia dla umów o pośrednictwo	117
I. Uwagi wstępne.....	117
II. Artykuł 750 KC	118
III. Analogiczne stosowanie przepisów o zleceniu do nazwanych umów o pośrednictwo	120
IV. Odpowiednie stosowanie przepisów o zleceniu do nienazwanych umów o pośrednictwo... ..	121
1. Nienazwane umowy o pośrednictwo nieobejmujące zobowiązania do zastępstwa	121
2. Nienazwane umowy o pośrednictwo obejmujące zobowiązanie do zastępstwa	130
§ 5. Wnioski	131
Rozdział V. Pozakodeksowe umowy o pośrednictwo	135
§ 1. Wprowadzenie.....	135
§ 2. Wyspecjalizowane umowy agencyjne.....	136
I. Uwagi wstępne.....	136
II. Cechy wspólne.....	138
III. Zastrzeżenia co do sposobu regulacji agencji wyspecjalizowanych	142
§ 3. Umowy maklerskie (brokerskie)	144
I. Uwagi wstępne.....	144
II. Definicje i reżim prawny	147
III. Świadczenie maklera.....	149
IV. Jednorazowość (dorywczość) świadczenia	151
V. Samodzielność.....	153
VI. Bezstronność	153
VII. Niezależność	156
VIII. Profesjonalizm.....	157

IX. Działanie za wynagrodzeniem	160
X. Wnioski.....	162
§ 4. Umowa pośrednictwa w obrocie nieruchomościami.....	163
I. Uwagi wstępne.....	163
II. Regulacja pośrednictwa w obrocie nieruchomościami.....	165
III. Wnioski	170
§ 5. Umowa o pośrednictwo kredytu hipotecznego	171
I. Uwagi wstępne.....	171
II. Pojęcie umowy o kredyt hipoteczny	172
III. Regulacja pośrednictwa kredytu hipotecznego	173
IV. Wnioski	179
Rozdział VI. Umowy o pośrednictwo a inne umowy	180
§ 1. Wprowadzenie.....	180
§ 2. Umowa zlecenia a umowy o pośrednictwo	182
I. Uwagi wstępne.....	182
II. Różnice dotyczące świadczenia charakterystycznego	182
III. Inne różnice	186
IV. Wnioski	188
§ 3. Umowa dystrybucyjna i umowa franchisingu a umowy o pośrednictwo.....	190
I. Uwagi wstępne.....	190
II. Istota umowy dystrybucyjnej i umowy franchisingu.....	191
III. Różnice.....	195
IV. Cechy wspólne	200
V. Wnioski.....	202
§ 4. Umowa akwizycyjna a umowy o pośrednictwo	202
§ 5. Dystrybucja ubezpieczeń a umowy o pośrednictwo.....	205
I. Uwagi wstępne.....	205
II. Pojęcie dystrybucji ubezpieczeń.....	207
III. Dystrybucja ubezpieczeń a pośrednictwo ubezpieczeniowe	209
§ 6. Umowy o doradztwo a umowy o pośrednictwo	211
I. Uwagi wstępne.....	211
II. Umowa consultingu	213
III. Umowa o doradztwo inwestycyjne.....	217
IV. Umowa o świadczenie usług doradczych w zakresie kredytu hipotecznego	220
V. Wnioski.....	224
Rozdział VII. Rodzaje umów o pośrednictwo	228
§ 1. Wprowadzenie.....	228

§ 2. Umowy o pośrednictwo w znaczeniu wąskim i szerokim.....	229
I. Stanowisko doktryny.....	229
II. Ocena stanowiska doktryny.....	231
III. Pośrednictwo a przedstawicielstwo.....	234
IV. Pośrednictwo a reprezentacja przez organ.....	236
V. Pośrednictwo a posłaniec.....	237
§ 3. Umowy o pośrednictwo handlowe i niehandlowe.....	238
I. Stanowisko doktryny.....	238
II. Ocena stanowiska doktryny.....	240
§ 4. Umowy o pośrednictwo stałe i dorywcze.....	245
I. Stanowisko doktryny.....	245
II. Ocena stanowiska doktryny.....	245
§ 5. Umowy o pośrednictwo zależne i niezależne.....	248
I. Stanowisko doktryny.....	248
II. Ocena stanowiska doktryny.....	249
1. Uwagi wstępne.....	249
2. Wzajemne zaufanie i obowiązek przestrzegania wskazówek dającego zlecenie.....	250
3. Działanie na rzecz obu stron umowy docelowej.....	252
4. Zaangażowanie w działalność gospodarczą dającego zlecenie.....	254
5. Stałość albo dorywczość zobowiązania.....	256
6. Profesjonalizm.....	256
7. Wnioski.....	257
§ 6. Nazwane i nienazwane umowy o pośrednictwo.....	260
I. Uwagi wstępne.....	260
II. Umowy nazwane i nienazwane w ujęciu abstrakcyjnym.....	261
1. Klasyfikująca i typologiczna koncepcja typu umowy.....	261
2. Pojęcie umowy nazwanej.....	262
3. Pojęcie umowy nienazwanej.....	264
4. Pojęcie umowy mieszanej.....	266
III. Umowy nazwane i nienazwane w ujęciu konkretnym.....	266
IV. Wnioski dla umów o pośrednictwo.....	268
§ 7. Umowy o pośrednictwo ogólne i szczególne.....	270
§ 8. Kwestia pośrednictwa zbywczego i nabywczego.....	272
Rozdział VIII. Wnioski końcowe. Umowy o pośrednictwo <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i>.....	275
§ 1. Możliwość wyodrębnienia grupy umów o pośrednictwo i jego kryterium.....	275
§ 2. Cechy charakterystyczne umów o pośrednictwo.....	281
I. Uwagi wstępne.....	281

II. Wynagrodzenie prowizyjne	281
III. Obowiązek lojalności	285
§ 3. Różnice między umowami o pośrednictwo.....	286
§ 4. Umowy o pośrednictwo <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i>	289
I. Uwagi wstępne	289
II. Umowy o pośrednictwo <i>de lege lata</i>	290
1. Ustalanie treści zobowiązania pośrednika.....	290
2. Ustalanie charakteru prawnego umowy i jej reżimu prawnego.....	291
3. Zakres analogicznego stosowania przepisów o nazwanych umowach o pośrednictwo	292
III. Umowy o pośrednictwo <i>de lege ferenda</i>	297
1. Potrzeba przywrócenia regulacji umowy o pośrednictwo zwykłe – projekt przepisów z uzasadnieniem	297
2. Perspektywy regulacji grupy umów o pośrednictwo.....	305

Wykaz skrótów

I. Akty prawne

ABGB	Kodeks cywilny austriacki z 1811 r. (<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i>)
BGB	Kodeks cywilny niemiecki z 1896 r. (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
dyrektywa 86/653/EWG	dyrektywa Rady 86/653/EWG z 18.12.1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek (Dz.Urz. WE L 382)
dyrektywa 2014/17/UE	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/17/UE z 4.2.2014 r. w sprawie konsumenckich umów o kredyt związanych z nieruchomościami mieszkalnymi i zmieniająca dyrektywy 2008/48/WE i 2013/36/UE oraz rozporządzenie (UE) Nr 1093/2010 (Dz.Urz. UE L 60)
dyrektywa IDD	dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/97 z 20.1.2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (Dz.Urz. UE L 26)
dyrektywa MiFID II	dyrektywa 2014/65/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 15.5.2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE (Dz.Urz. UE L 173)
DystrUbezpU	ustawa z 15.12.2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 1111 ze zm.)

GiełTowarU	ustawa z 26.10.2000 r. o giełdach towarowych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 380 ze zm.)
GospNierU	ustawa z 21.8.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 344 ze zm.)
GryHazardU	ustawa z 19.11.2009 r. o grach hazardowych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 227 ze zm.)
HGB	Kodeks handlowy niemiecki z 1987 r. (<i>Handelsgesetzbuch</i>)
ImprTurU	ustawa z 24.11.2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 511 ze zm.)
KC	ustawa z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.)
KC franc.	Kodeks cywilny francuski z 1804 r. (<i>Code civil</i>)
KC węg.	Kodeks cywilny węgierski z 2013 r. (<i>Magyar Közlöny</i>)
KH	rozporządzenie Prezydenta RP z 27.6.1934 r. Kodeks handlowy (Dz.U. z 1934 r. Nr 57 poz. 502)
KM	ustawa z 18.9.2001 r. – Kodeks morski (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 1309 ze zm.)
KredytHipU	ustawa z 23.3.2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 2245 ze zm.)

KSH	ustawa z 15.9.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn. 2022 poz. 1467 ze zm.)
KZ	rozporządzenie Prezydenta RP z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. z 1933 r. Nr 82, poz. 598)
ObrIFinU	ustawa z 29.7.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 646 ze zm.)
OR	Prawo obligacyjne szwajcarskie z 1911 r. (<i>Obligationenrecht</i>)
PrBank	ustawa z 29.8.1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 2324 ze zm.)
PrPoczt	ustawa z 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 1640 ze zm.)
PrPrzed	ustawa z 6.3.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (tekst. jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 221 ze zm.)
PWKC	ustawa z 23.4.1964 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 94)
Rozporządzenie 2017/565/UE	rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2017/565 z 25.4.2016 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez firmy inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tej dyrektywy (Dz.Urz. UE L 87)
UsłPIU	ustawa z 19.11.2011 r. o usługach płatniczych (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 2360 ze zm.)

II. Urzędy, instytucje, sądy

ETS	Europejski Trybunał Sprawiedliwości
EWG	Europejska Wspólnota Gospodarcza
KNF	Komisja Nadzoru Finansowego
MF	Minister Finansów
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
NTA	Najwyższy Trybunał Administracyjny
PRL	Polska Rzeczpospolita Ludowa
RM	Rada Ministrów
SA	Sąd Apelacyjny
SN	Sąd Najwyższy
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
TSWE	Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich
UE	Unia Europejska
WSA	Wojewódzki Sąd Administracyjny

III. Publikatory i czasopisma

BeckOK	Beck'sche Online-Kommentare
Biul SN-IC	Biuletyn Sądu Najwyższego – Izba Cywilna
Dz.U.	Dziennik Ustaw
Dz.Urz. UE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
ECLI	European Case Law Identifier
EPS	Europejski Przegląd Sądowy
Gl.	Glosa
GSP	Gdańskie Studia Prawnicze
iKAR	internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny
KPP	Kwartalnik Prawa Prywatnego
Legalis	System Informacji Prawnej Legalis

Lex	System Informacji Prawnej Lex
MoP	Monitor Prawniczy
MPB	Monitor Prawa Bankowego
MPH	Monitor Prawa Handlowego
NP	Nowe Prawo
OSA	Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSN	Orzecznictwo Sądu Najwyższego
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna
OSNC–ZD	Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna. Zbiór Dodatkowy
OSNCiK	Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna i Karna
OSNCP	Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna, Pracy
OSNP	Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych
OSP	Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPiKA	Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
PA	Prawo Asekuracyjne
Pal.	Palestra
PiP	Państwo i Prawo
PPH	Przegląd Prawa Handlowego
Pr. Sp.	Prawo Spółek
PS	Przegląd Sądowy
PUG	Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
RPEiS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
SC	Studia Cywilistyczne
StPP	Studia Prawa Prywatnego
TPP	Transformacje Prawa Prywatnego
WU	Wiadomości Ubezpieczeniowe
Zb. Orz. SN	Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego
Zb. Urz.	Zbiór Urzędowy
ZNUJ	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego

IV. Inne skróty

ang.	angielski
art.	artykuł
APKC	Akademicki Projekt Kodeksu Cywilnego
CEIDG	Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej
cz.	część
franc.	francuski
i in.	i inni
jedn.	jednolity
kom.	komentarz
KRS	Krajowy Rejestr Sądowy
lit.	litera
m.in.	między innymi
n.	następna (-e, -y)
Nb	numer boczny
niem.	niemiecki
niepubl.	niepublikowany
np.	na przykład
Nr	numer
orz.	orzeczenie
pkt	punkt
post.	postanowienie
por.	porównaj
poz.	pozycja
r.	rok
red.	redakcja
s.	strona
SKOK	spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa
t.	tom

t.j.	to jest
tzw.	tak zwany (-a, -e)
uchw.	uchwała
ust.	ustęp
w.	wiek
wyr.	wyrok
Z.	zeszyt
zd.	zdanie
ze zm.	ze zmianami
zob.	zobacz

Wykaz literatury

1. *Adamus R.*, Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce, Warszawa 2020
2. *Adamus R.*, Francyzobiorca: między konsumentem a przedsiębiorcą. Mity o regulacji franczyzy, MPH 2022, Nr 2
3. *Adamus R.*, W sprawie potrzeby uregulowania umowy franczyzy w Polsce, Prawo w działaniu. Sprawy cywilne 2021, Nr 48
4. *Allerhand M.*, Kodeks handlowy. Komentarz, Lwów 1935
5. *Althammer Ch.* (red.), Münchener Kommentar zum BGB. Schuldrecht – Besonderer Teil III. §§ 631–704, BeckOK 2023
6. *Antolak K.*, Umowa pośrednictwa w obrocie nieruchomościami cz. II, Nieruchomości 2006, Nr 4
7. *Babiński L., Górski J.*, Prawo transportowe, Warszawa 1968
8. *Bagan-Kurluta K.*, Umowa franchisingu, Warszawa 2001
9. *Balken-Neuman J.*, Zobowiązania. Kodeks zobowiązań oraz 35 ustaw dodatkowych. Zarys systemu polskiego prawa obowiązkowego do nauki i praktyki, Lwów 1934
10. *Balwicka-Szczyrba M., Sylwestrzak A.* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2022
11. *Bałasz P., Szaniawski K.*, Ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym. Komentarz, Kraków 2005
12. *von Bar Ch., Clive E., Schulte-Nölke H.* (red.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Monachium 2009
13. *Barański M.*, Konstrukcja umów o pośrednictwo, Rejent 2010, Nr 9
14. *Barański M.*, Obowiązki oraz odpowiedzialność kontraktowa stron umowy o pośrednictwo zwykłe, w: *M. Frasz, P. Ślęzak* (red.), Prawo prywatne wobec wyzwań współczesności. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Ogiegle, Warszawa 2017
15. *Barański M.*, Umowa o pośrednictwo zwykłe, PUG 2011, Nr 4
16. *Barański M.*, Umowa o pośrednictwo zwykłe w wybranych systemach prawnych, TPP 2016, Nr 1
17. *Baumbach A., Hopt K.* (red.), Handelsgesetzbuch: mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Borsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), Monachium 2014
18. *Bitz M.*, Rynek usług finansowych, Warszawa 1993
19. *Błahuta F.* i in., Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2, Warszawa 1972
20. *Bonarska-Lenarczyk K.*, Pośrednictwo w obrocie nieruchomościami w świetle zmian ustawy o gospodarce nieruchomościami, Nieruchomości 2017, Nr 11
21. *Bończak-Kucharczyk E.*, Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz, Warszawa 2020
22. *Braudel F.*, Kultura materialna, gospodarka i kapitalizm XV–XVIII wiek, t. 3, Czas świata, Warszawa 2019
23. *Bryłowski P.*, Umowa maklerska w zakresie instrumentów finansowych, w: *A. Kidyba* (red.), Pozakodeksowe umowy handlowe, Warszawa 2018
24. *Bryłowski P.*, Umowa o przeprowadzenie *due diligence*, w: *A. Kidyba* (red.), Pozakodeksowe umowy handlowe, Warszawa 2018
25. *Buber O.*, Uwagi do „Umowy Agencyjnej”, PPH 1934, Nr 9
26. *Bucior D.*, Handlowy charakter umowy agencyjnej, KPP 2011, Z. 1

27. *Bucior D.*, Odpłatność usług agenta jako cecha konstytutywna umowy agencyjnej, w: *T. Mróz, M. Stec* (red.), Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym, Warszawa 2012
28. *Bucior D.*, Pośredniczenie i zawieranie umów jako przedmiot zobowiązania agenta, *Studia prawnicze KUL* 2010, Nr 4
29. *Burzak A.*, Umowa o pośrednictwo (I), *PPH* 1992, Nr 2
30. *Burzak A.*, Umowa o pośrednictwo (II), *PPH* 1992, Nr 3
31. *Byczko Sz.*, Broker reasekuracyjny, w: *M. Serwach* (red.), *Broker w świetle prawa i praktyki ubezpieczeniowej*, Łódź 2012
32. *Byczko Sz., Kucharski B.*, Obowiązek lojalności mocodawcy wobec brokera ubezpieczeniowego, *PA* 2018, Nr 4
33. *Calus A.*, *Prawo cywilne i handlowe państwa obcych*, Warszawa 1985
34. *Chłopecki A., Dyl M.*, *Prawo rynku kapitałowego*, Warszawa 2019
35. *Chróścicki A.*, *Ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym z komentarzem*, Bydgoszcz–Warszawa 2004
36. *Clark L.S., Kinder P.D.*, *Law and Business*, McGraw–Hill 1988
37. *Czachórski W.*, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968
38. *Czachórski W.*, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1998
39. *Czech T.*, *Konsorcjum kredytowe*, Warszawa 2011
40. *Czech T.*, *Kredyt hipoteczny. Komentarz*, Warszawa 2019
41. *Czechowski P.* (red.), *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2015
42. *Czekaj M.*, *Umowa agencji i pośrednictwa*, Kraków 2001
43. *DeMott D.A.*, *A Revised Prospectus for a Third Restatement of Agency*, *Davis Law Review* 1998, t. 31
44. *Deshaves O., Genicon T.*, *La réforme française du droit des contrats: propos introductifs*, w: *M. Lemmonier, R. Schulze, D. Skupień* (red.), *La réforme du droit des contrats en France – réflexions de juristes européens*, Łódź 2019
45. *Domański G.*, *Umowa ramowa na tle prawa niektórych państw EWG i Polski*, Warszawa 1989
46. *Domański L.*, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część szczególna*, Warszawa 1938
47. *Drescher I., Fleischer H., Schmidt K.* (red.), *Handelsgesetzbuch. Münchener Kommentar. §§ 1–104a*, BeckOK 2021
48. *Drozdowicz M.*, *Błąd w elektronicznych czynnościach prawnych*, *PPH* 2001, Nr 9
49. *Dumkiewicz M.*, *Umowa franchisingu*, w: *A. Kidyba* (red.), *Pozakodeksowe umowy handlowe*, Warszawa 2018
50. *Dziurzyński T., Fenichel Z., Honzatko M.*, *Kodeks handlowy. Komentarz, t. I*, Kraków 1935
51. *Dziurzyński T., Fenichel Z., Honzatko M.*, *Kodeks handlowy. Komentarz, t. II*, Kraków 1936
52. *Eidenmueller H., Faust F., Grigoleit H., Jansen N., Wagner G., Zimmermann R.*, *The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2008, t. 28, Nr 4
53. *Fabian J.*, *Pełnomocnictwo*, Warszawa 1963
54. *Fenichel Z.*, *Agent handlowy a pracownik handlowy*, *PPH* 1930, Nr 4–5

55. *Fenichel Z.*, Agent, pośrednik i pełnomocnik handlowy wedle kodeksu handlowego i zobowiązań, PPH 1934, Nr 1
56. *Fenichel Z.*, Umowa o pośrednictwo, Głos Prawa 1931, Nr 1
57. *Fras M.*, Kwalifikacja i charakter prawny umowy brokerskiej, PUG 2000, Nr 7–8
58. *Fras M., Habdas M.* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 4. Zobowiązania. Część szczególna (art. 535–764⁹), Warszawa 2018
59. *Fras M., Kucharski B., Malinowska K., Maśniak D., Szaraniec M.*, Dystrybucja ubezpieczeń. Komentarz, Warszawa 2020
60. *Frąckowiak J.*, Komis w eksporcie według prawa polskiego, Wrocław 1985
61. *Fuchs B.*, Pojęcie umowy franchisingu, Rejent 1995, Nr 9
62. *Fuchs B.*, Umowa consultingu, Rejent 2005, Nr 9
63. *Gajewska M.*, Umowa o pośrednictwo w przedwojennym kodeksie zobowiązań i kodeksie cywilnym z 1964 r., Radca Prawny 1994, Nr 4
64. *Gatner D.*, Umowa dystrybucji w świetle Draft Common Frame of Reference (DCFR), TPP 2014, Nr 1
65. *Gawlik B.*, Pojęcie umowy nienazwanej, SC 1971, t. XVIII
66. *Gawlik B.*, Umowy mieszane – konstrukcja i ocena prawna, Pal. 1974, Nr 6
67. *Gersdorf M.*, Zlecenie i agencja w nowych uregulowaniach prawnych, Warszawa 1970
68. *Giara M.*, Zawarcie umowy za pośrednictwem internetowych platform aukcyjnych, PPH 2008, Nr 4
69. *Gillis W., Castrogiovanni G.J.*, The franchising business model: an entrepreneurial growth alternative, International Entrepreneur Management Journal 2012, Nr 8
70. *Glasner A.*, Wzory umów i innych aktów prawnych, Kraków 1935
71. *Gniewek E., Machnikowski P.* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2019
72. *Gorzela K., Braciszewska A., Braciszewska J., Rogalski T.*, Towary giełdowe i towarowe instrumenty pochodne. Prawne aspekty obrotu, Warszawa 2011
73. *Goyder J.*, EU distribution law, Oxford–Portland, 2011
74. *Górnicki L.*, Kodeks handlowy, w: *R. Jastrzębski (red.)*, Prawo handlowe i gospodarcze II Rzeczypospolitej, Warszawa 2019
75. *Górska K.*, Status prawny stron umowy o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami, PPH 2003, Nr 3
76. *Grabowski M.*, Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz, Warszawa 2020
77. *Grochowski M.*, „Nieuregulowane” umowy o świadczenie usług na gruncie art. 750 KC, MoP 2016, Nr 23
78. *Grochowski M.*, Umowa agencyjna w orzecznictwie sądów powszechnych, Prawo w działaniu. Sprawy cywilne 2014, Nr 20
79. *Grochowski M.*, The practical potential of the DCFR Judgment of the Swedish Supreme Court (Högsta domstolen) of 3 November 2009 Case T 3–08, European Review of Contract Law 2013, Nr 9
80. *Grochowski M., Rott-Pietrzyk E.*, Umowa agencyjna – problemy definicyjne i kwalifikacyjne na tle umów o pośrednictwo handlowe, STPP 2022, Nr 1
81. *Grochowski M., Rott-Pietrzyk E.*, Wewnętrzna i zewnętrzna spójność przepisów o umowie agencyjnej, w: *K. Małysa-Sulińska, M. Spyra, A. Szumański (red.)*, W poszukiwaniu dobrego prawa. Księga jubileuszowa Profesora Mirosława Steca. Tom II. Perspektywa prywatnoprawna, Warszawa 2022
82. *Grzybczyk G.*, Różne formy pośrednictwa, Rejent 1998, Nr 2

83. *Grzybowski S.*, O przepisach kodeksu cywilnego dotyczących zlecenia, NP 1967, Nr 10
84. *Grzybowski S.* (red.), System Prawa Cywilnego, t. I, Część ogólna, Ossolineum 1985
85. *Grzybowski S.* (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Ossolineum 1976
86. *Gudowski J.* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5. Zobowiązania. Część szczegółowa, Warszawa 2017
87. *Gurgul S., Karpiński R.*, Wynagrodzenie za czynności pośrednictwa w obrocie nieruchomościami – różnice na tle umowy o pośrednictwo, PPH 2008, Nr 8
88. *Gutowski M.*, Umowa o zastępstwo procesowe, Warszawa 2009
89. *Gutowski M.* (red.), Kodeks cywilny, t. I. Komentarz. Art. 1–352, Warszawa 2021
90. *Gutowski M.* (red.), Kodeks cywilny. t. III. Komentarz. Art. 627–1088, Warszawa 2019
91. *Hau W., Poseck R.* (red.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BeckOK 2023
92. *Häublein M., Hoffmann-Theinert R.* (red.), Handelsgesetzbuch. Kommentar, BeckOK 2023
93. *Herbet A.*, Założenia przyszłej regulacji umów o współdziałanie (ze szczególnym uwzględnieniem spółki cywilnej), TPP 2021, Nr 4
94. *Herman S.*, Jeszcze o problemach umowy komisu (artykuł dyskusyjny), Pal. 1971, Nr 4
95. *Heropolitańska I., Nierodka A.*, Ustawa o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami. Komentarz, Warszawa 2019
96. *Honzatko M.*, Polski kodeks handlowy. Kilka uwag ogólnych, Lwów 1934
97. *Horoszko M., Pęchorzewski D.*, Gospodarka nieruchomościami. Komentarz, Warszawa 2014
98. *Ignaczewski J.*, Umowy nienazwane, Warszawa 2004
99. *von Ihering R.*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, cz. 3, Lipsk 1888
100. *Izdebski P.*, Zasady posługiwania się wzorcami umów w obrocie konsumenckim na przykładzie działalności maklerskiej, MPH 2019, Nr 4
101. *Jabłonowska A.*, Pośrednictwo w zawieraniu umów najmu krótkoterminowego jako świadczenie usług społeczeństwa informacyjnego – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 19.12.2019 r., C–390/18, Airbnb Ireland, EPS 2021, Nr 4
102. *Jacyszyn J.*, „Wolny zawód” – anachronizm czy istotne pojęcie prawne?, PPH 2015, Nr 11
103. *Jacyszyn J.*, Wolne zawody w przyszłości, PPH 2022, Nr 2
104. *Jacyszyn J.*, Wykonywanie wolnych zawodów w Polsce, Warszawa 2004
105. *Jastrzębski R., Dul M.*, Giełdy towarowe. Komentarz, Warszawa 2006
106. *Jaworski J., Prusaczyk A., Tułodziecki A., Wolanin M.*, Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz, Warszawa 2021
107. *Jelonek-Jarco B.*, O konieczności regulacji prawnej umowy franczyzy – uwagi do raportu „Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce”, Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne 2022, Nr 50
108. *Kahn-Freund O.*, On Uses and Misuses of Comparative Law, The Modern Law Review 1974, t. 37, Nr 1
109. *Kalus S.*, Pozycja prawna uczestników rynku nieruchomości, Warszawa 2009
110. *Kalus S.* (red.), Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz, Warszawa 2012

111. *Kappes A.*, Czy należy uregulować czynności powiernicze?, w: *Z. Kuniewicz, D. Sokołowska* (red.), *Prawo kontraktów*, Warszawa 2017
112. *Karwala I.*, Regulacja świadczenia usług w prawie amerykańskim – w poszukiwaniu modelowych reguł świadczenia usług dla polskiego ustawodawcy, *TPP 2014*, Nr 3
113. *Kasparyszyn J.*, Cechy charakterystyczne umowy komisju, *Pr. Sp.* 2002, Nr 1
114. *Katner P.*, *Przeniesienie wierzytelności w umowie faktoringu*, Warszawa 2011
115. *Katner W.J.*, Czy pojęcie prawne przedsiębiorcy turystycznego jest sformułowane poprawnie, czy też chaos pojęciowy się pogłębia?, w: *K. Małysa-Sulińska, M. Spyra, A. Szumański* (red.), *W poszukiwaniu dobrego prawa. Księga Jubileuszowa Profesora Mirosława Steca. Tom II. Perspektywa prywatnoprawna*, Warszawa 2022
116. *Katner W.J.*, Kupiec, podmiot gospodarczy, przedsiębiorca. Ewolucja pojęciowa, *GSP 1999*, t. 5
117. *Katner W.J.*, Pojęcie umowy nienazwanej, *StPP 2009*, Nr 1
118. *Katner W.J.*, *Przeniesienie własności rzeczy ruchomych*, Łódź 1988
119. *Katner W.J.*, Umowa leasingu a odpowiedzialność odszkodowawcza, w: *A. Szpunar, W.J. Katner, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka, E. Wojnicka*, *Księga Pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Prof. B. Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, Łódź 1997
120. *Katner W.J.*, *Umowne nabycie własności ruchomości w prawie polskim*, Warszawa 1995
121. *Katner W.J.*, Zakres tzw. konstytucji biznesu. Kontrowersje wokół pojęcia przedsiębiorcy w ustawie – *Prawo przedsiębiorców z 2018 r.*, *PPH 2019*, Nr 1
122. *Katner W.J.* (red.), *Prawo gospodarcze i handlowe*, Warszawa 2020
123. *Katner W.J.* (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, Warszawa 2018
124. *Katner W.J., Katner P.*, Pozycja prawna stron umowy franczyzy (franczyzowej, franchisingowej), w: *A. Adamczak* (red.), *100 lat ochrony własności przemysłowej w Polsce. Księga jubileuszowa Urzędu Patentowego Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2018
125. *Kędzierska-Cieślak A.*, *Komis (zagadnienia cywilnoprawne)*, Warszawa 1973
126. *A. Kędzierska-Cieślak*, *Powiernictwo. Próba określenia konstrukcji prawnej*, *PiP 1977*, Z. 8–9
127. *Kidyba A.*, Cywilistyczne mutanty, w: *Sz. Byczko, A. Kappes, B. Kucharski, U. Promińska* (red.), *Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera*, Łódź–Warszawa 2022
128. *Kidyba A.*, Głos w sprawie konstrukcji reprezentacji podmiotów w prawie cywilnym, *PPH 2019*, Nr 9
129. *Kidyba A.*, Nowi pełnomocnicy w kodeksie cywilnym?, w: *J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski* (red.), *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga Jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, Warszawa 2022
130. *Kidyba A.*, *Prawo handlowe*, Warszawa 2016
131. *Kidyba A.*, Zasada lojalności stron stosunków cywilnoprawnych, *PPH 2021*, Nr 9
132. *Kidyba A.* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III. *Zobowiązania – część szczególna*, Warszawa 2014
133. *Klat-Górska E., Klat-Wertelecka L.*, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2015
134. *Koch A.*, *Formy pośrednictwa handlowego w eksporcie na tle wybranych systemów prawnych państw EWG*, Warszawa 1981

135. Koch A., Umowa franchisingowa, RPEiS 1980, Z. 3
136. Koch A., Umowa wyłącznej koncesji handlowej w eksporcie, Poznań 1982
137. Koch A., Napierała J. (red.), Umowy w obrocie gospodarczym, Warszawa 2019
138. Kocot W., Glosa do uchwały z 18 XII 1990, III CZP 67/90, PiP 1993, Nr 7
139. Kocot W., Systematyka prawa zobowiązań umownych w przyszłym kodeksie cywilnym, PiP 2018, Nr 3
140. Kocot W., Umowy o pośrednictwo handlowe w systematyce nowego kodeksu cywilnego, w: J. Barta, J. Chwalba, R. Markiewicz, P. Wasilewski (red.), Qui bene dubitat, bene sciet. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Ewie Nowińskiej, Warszawa 2018
141. Kocot W., Wpływ Internetu na prawo umów, Warszawa 2004
142. Kolańczyk K., Prawo rzymskie, Warszawa 1978
143. Kon A., Kodeks handlowy. Komentarz, Warszawa 1934
144. Koopmans T., Comparative Law and the Courts, The International and Comparative Law Quarterly 1996, t. 45, Nr 3
145. Kopaczyńska-Pieczniak K., Postaci obowiązku lojalności w stosunkach umownych, w: J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski (red.), Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka, Warszawa 2022
146. Kopaczyńska-Pieczniak K., Umowa agencji bankowej, w: A. Kidyba (red.), Pozakodeksowe umowy handlowe, Warszawa 2018
147. Kopaczyńska-Pieczniak K., Umowa agencji morskiej (morska umowa agencyjna), w: A. Kidyba (red.), Pozakodeksowe umowy handlowe, Warszawa 2018
148. Kopaczyńska-Pieczniak K., Umowa agencji turystycznej (turystyczna umowa agencyjna), w: A. Kidyba (red.), Pozakodeksowe umowy handlowe, Warszawa 2018
149. Korzonek J., Rosenblüth I., Kodeks zobowiązań. Komentarz, Kraków 1936
150. Kotarbiński T., Elementy teorii poznania, logiki formalnej i metodologii nauk, Warszawa 2003
151. Kowalczyk-Szymańska M., Zobowiązanie do ujawnienia istotnych informacji przed zawarciem umowy franczyzy (pre-contractual disclosure obligation). Analiza prawno-porównawcza na tle ustawodawstwa polskiego oraz wybranych jurysdykcji, iKAR 2019, Nr 4
152. Kowalewski E., Makler ubezpieczeniowy. Broker, Bydgoszcz 1991
153. Kowalewski E., Pośrednictwo ubezpieczeniowe, w: A. Wąsiewicz (red.), Ubezpieczenia w gospodarce rynkowej, Bydgoszcz 1994
154. Kowalewski E., Sangowski T., Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz, Warszawa 2004
155. Kozak M., Umowa agencyjna w świetle artykułu 101 TFUE. Jak gonić króliczka, aby go nie złapać, iKAR 2012, Nr 4
156. Krajewski M., Umowa przedwstępna, Warszawa 2000
157. Krekora-Zajac D., Istota i charakter prawny umowy consultingu, Olsztyn 2010
158. Kruczalak K., Factoring i jego gospodarcze zastosowanie, Warszawa 1997
159. Kucharski B., Broker ubezpieczeniowy jako pośrednik handlowy, PPH 2000, Nr 3
160. Kucharski B., Broker ubezpieczeniowy jako wolny zawód, PA 2017, Nr 2
161. Kucharski B., Prawo do kurtażu w razie zmiany brokera ubezpieczeniowego, WU 2021, Nr 1
162. Kucharski B., Umowa brokerska w ubezpieczeniach gospodarczych, Gl. 1998, Nr 5
163. Kufel J., Istota umowy agencji, RPEiS 1970, Z. 1
164. Kufel J., Umowa agencyjna, Warszawa–Poznań 1977

165. *Kukuryk P.*, Uwagi o statusie prawnym internetowych porównywarek ubezpieczeń, w: *B. Gnela, M. Szaraniec* (red.), *Dystrybucja usług ubezpieczeniowych*, Warszawa 2017
166. *Kurzajewski M.*, *Usługi maklerskie*, Warszawa 2014
167. *Kwaśniewski Z.*, *Umowa spedycji*, Warszawa 1979
168. *Lando O.*, Principles of European Contract Law: An Alternative or a Precursor of European Legislation, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 1992, t. 56, Nr 2
169. *Lando O.*, The EEC draft directive relating to self-employed commercial agents: The English Law Commission versus the EC Commission, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 1980, t. 44, Nr 1
170. *Larenz K.*, *Lehrbuch des Schuldrechts, t. 2, Besonderer Teil, cz. 1*, Monachium 1986
171. *Larenz K.*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1960
172. *Longchamps de Bérier R.*, *Zobowiązania*, Lwów 1938
173. *Ludwicki R.*, Niektóre problemy umowy komisju (artykuł dyskusyjny), *Pal.* 1970, Nr 7
174. *Ludwiczak W.*, *Umowa zlecenia*, Poznań 1955
175. *Łętowska E.*, Multicentryczność współczesnego systemu prawa i wykładnia jej przyjazna, w: *L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar* (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2002
176. *Macierzyńska-Franaszczyk E.*, Umowy o świadczenie usług w prawie szwajcarskim, *TPP* 2014, Nr 3
177. *Mandelsohn M., Acheson D.*, *Franchising*, Warszawa 1992
178. *Mazur P.*, Roszczenie dystrybutora o świadczenie wyrównawcze po rozwiązaniu umowy dystrybucji w prawie niemieckim oraz projekcie wspólnej ramy odniesienia (DCFR), *TPP* 2016, Nr 2
179. *Mechem F.R.*, *Outlines of the Law of Agency*, Chicago 1901
180. *Mikłaszewicz P.*, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008
181. *Miszewski W.*, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 4.11.1936 r., 3 K 1765/36, *OSP* 1937, t. 16, poz. 445
182. *Młynarczyk J.*, *Prawo morskie*, Gdańsk 2000
183. *Modrzejewski P.*, Zakres asysty przedkontraktowej podmiotów udzielających kredytów konsumenckich – czy należy przyjąć belgijskie rozwiązanie zaakceptowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej?, w: *M. Dumkiewicz, K. Kopaczyńska-Pieczniak, J. Szczotka* (red.), *Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie. Tom II*, Warszawa 2020
184. *Müller-Freienfels W.*, Legal Relations in the Law of Agency: Power of Agency and Commercial Certainty, *The American Journal of Comparative Law* 1964, t. 13, Nr 2
185. *Mycko-Katner I.*, Charakter (natura) świadczenia wyrównawczego w umowie agencyjnej, w: *J. Haberko, A. Olejniczak, A. Pyrzyńska, D. Sokołowska* (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, Warszawa 2015
186. *Mycko-Katner I.*, Obowiązek lojalności stron w umowie agencyjnej (art. 760 k.c.), *PPH* 2021, Nr 10
187. *Mycko-Katner I.*, *Umowa agencyjna*, Warszawa 2012
188. *Namitkiewicz J.*, *Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki, t. II, Część szczegółowa, art. 294–645*, Łódź 1949
189. *Namitkiewicz J.*, Komisowa umowa, w: *H. Konic* (red.), *Encyklopedia Podręczna Prawa Prywatnego, t. 1*, Warszawa 1931

190. *Namitkiewicz J.*, Zarys prawa handlowego, Warszawa 1934
191. *Nazaruk P.*, w: *J. Ciszewski, P. Nazaruk* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, Lex 2021
192. *Nesterowicz M.*, Glosa do uchwały SN z dnia 18 grudnia 1990 r., III CZP 67/90, OSP 1991, Z. 10
193. *Niewęglowski A.*, Umowa consultingu, w: *A. Kidyba* (red.), Pozakodeksowe umowy handlowe, Warszawa 2018
194. *Niewęglowski A.*, Umowa maklerstwa morskiego, w: *A. Kidyba* (red.), Pozakodeksowe umowy handlowe, Warszawa 2018
195. *Niglia L.*, Of harmonization and fragmentation: the problem of legal transplants in the europeanization of private law, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2010, t. 17, Nr 2
196. *Nowacki J.*, Analogia legis, Warszawa 1966
197. *Nowacki J.*, Odpowiednie stosowanie przepisów prawa, PiP 1964, Nr 3
198. *Nowacki J., Tobor Z.*, Wstęp do prawoznawstwa, Kraków 2007
199. *Ochocińska K.*, Modele doradztwa inwestycyjnego w dyrektywie MiFID II, Studia Iuridica Toruniensia 2018, t. XXII
200. *Oetker H.* (red.), Handelsgesetzbuch. Kommentar., BeckOK 2021
201. *Ogiegło L.*, Odpowiedzialność kontraktowa pośrednika, w: *A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar* (red.), Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu, Kraków 1994
202. *Ogiegło L.*, Umowa spedycji, Katowice 1978
203. *Ogiegło L.*, Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych, Katowice 1989
204. *Ogiegło L.*, Zlecenie na tle kodeksowych umów o świadczenie usług, Studia Iuridica Silesiana 1985, Nr 10
205. *Ogiegło L., Rott-Pietrzyk E.*, O potrzebie zmiany przepisów o umowie agencyjnej, GSP 1999, t. 5
206. *Ohanowicz A., Górski J.*, Zarys prawa zobowiązań, Warszawa 1970
207. *Olejniczak A., Radwański Z.* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 2, Część ogólna, Warszawa 2019
208. *Opalska D.*, Lojalność i staranność jako kryteria określające sposób wykonywania zobowiązań, MoP 2013, Nr 5
209. *Orlicki M.*, Niedozwolone powiązania między brokerami a agentami ubezpieczeniowymi, PA 2018, Nr 2
210. *Osajda K.*, Factoring w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego, Gl. 2007, Nr 2
211. *Osajda K.*, Ochrona inwestora-konsumenta na rynku instrumentów finansowych (rynku kapitałowym), PiP 2021, Nr 4
212. *Osajda K.*, Umowy nienazwane w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego, Gl. 2006, Nr 4
213. *Osajda K.* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2021
214. *Osajda K.* (red.), Prawo intertemporalne prywatne. Komentarz do przepisów wprowadzających Kodeks cywilny, Legalis 2021
215. *Osajda K.* (red.), Prawo konsumenckie. Komentarz, Warszawa 2019
216. *Osajda K.* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 5, Prawo zobowiązań – część ogólna, Warszawa 2020
217. *Pajor T.*, Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania, Warszawa 1982

218. *Paxford B.*, Ustawa o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami. Komentarz, Warszawa 2018
219. *Pecyna M., Zoll F.*, Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu, TPP 2012, Nr 1
220. *Pecyna M., Zoll F.*, Założenia projektu zobowiązań świadczenia usług w nowym kodeksie cywilnym, TPP 2014, Nr 4
221. *Peiper L.*, Komentarz do kodeksu handlowego i przepisów wprowadzających tenże kodeks, Lwów 1936
222. *Perl T.*, Umowa agencyjna, Warszawa 1935
223. *Pietrzykowski K.* (red.), Kodeks cywilny, t. II. Komentarz. Art. 450–1088, Warszawa 2021
224. *Pisuliński J.*, W sprawie systematyki części szczegółowej prawa zobowiązań (głos w dyskusji), TPP 2012, Nr 1
225. *Pokorska B.*, Przedsiębiorca w systemie franczyzowym, Warszawa 2004
226. *Pokrzywniak J.*, Broker ubezpieczeniowy – ubezpieczający – ubezpieczony. Stosunki zobowiązaniowe, Bydgoszcz 2005
227. *Pokrzywniak J.*, Obowiązek lojalności jako element stosunku obligacyjnego, MoP 2003, Nr 19
228. *Pokrzywniak J.*, Pojęcie dystrybucji ubezpieczeń i dystrybucji reasekuracji, w: *J. Pokrzywniak* (red.), Nowe zasady dystrybucji ubezpieczeń, Warszawa 2018
229. *Pokrzywniak J.*, Rozliczenia między brokerem ubezpieczeniowym a zakładem ubezpieczeń w świetle orzecznictwa sądowego w kontekście prac nad nową ustawą o dystrybucji ubezpieczeń, PA 2017, Nr 2
230. *Pokrzywniak J.*, Ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym – ocena i uwagi de lege ferenda w kontekście prac nad nowelizacją dyrektywy w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego, w: *B. Gnela* (red.), Ubezpieczenia gospodarcze. Wybrane zagadnienia prawne, Warszawa 2011
231. *Popiołek W.*, Wynagrodzenie success fee w umowach o doradztwo gospodarcze, w: *J. Barta, J. Chwalba, R. Markiewicz, P. Wasilewski* (red.), Qui bene dubitat, bene sciet. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Ewie Nowińskiej, Warszawa 2018
232. *Prager I.*, Doradcy inwestorów do spraw głosowania (proxy advisors), Warszawa 2019
233. *Promińska U.*, Czy nadszedł czas na regulację umowy franchisingu?, w: *T. Mróz, M. Stec* (red.), Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym, Warszawa 2012
234. *Promińska U.*, Spółka partnerska, Warszawa 2013
235. *Promińska U.*, Umowa franchisingu jako umowa nienazwana, w: *W. Robaczyński* (red.), Czynić postęp w prawie. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Birucie Lewaszkiewicz-Petrykowskiej, Łódź 2017
236. *Pyziak-Szafnicka M., Księżak P.* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, Warszawa 2014
237. *Raczkowska I.A.*, Sekurytyzacja wierzytelności bankowych, Warszawa 2001
238. *Rademacher L.*, Authority of agents, w: *N. Jansen, R. Zimmermann* (red.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford 2018
239. *Radwański Z.*, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 1997
240. *Radwański Z.*, Uwagi o zobowiązaniach trwałych (ciągłych) na tle kodeksu cywilnego, SC 1969, t. XIII–XIV
241. *Radwański Z.*, Teoria umów, Warszawa 1977

242. *Radwański Z.*, Wstępny projekt systematyzacji tak zwanej części szczegółowej prawa zobowiązań, TPP 2012, Nr 1
243. *Radwański Z.* (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 1, Prawo zobowiązań – część ogólna, Ossolineum 1981
244. *Radwański Z., Panowicz-Lipska J.*, Zobowiązania – część szczegółowa, Warszawa 2019
245. *Rajski J.* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 2018
246. *Rajski J., Kocot W.*, Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym, Warszawa 2000
247. *Reynolds F.*, Agency, w: *A. Burrows* (red.), English Private Law, Oxford 2013
248. *Rogoń D.*, Internetowe platformy pośredniczące w zakresie usług finansowych, TPP 2017, Nr 3
249. *Rogoń D.*, Wyjaśnienia dotyczące kredytu hipotecznego, MPB 2018, Nr 7–8
250. *Romanowski M.*, Charakter prawny umowy o pośrednictwo, MoP 1997, Nr 2
251. *Romanowski M.*, Charakter prawny zlecenia maklerskiego, PPH 1995, Nr 12
252. *Romanowski M.*, Czy należy regulować umowy nienazwane?, StPP 2009, Nr 2
253. *Romanowski M.*, Odpowiedzialność kontraktowa domu maklerskiego z tytułu umowy o pośrednictwo giełdowe, Gl. 1998, Nr 2
254. *Romanowski M.*, Umowa o pośrednictwo w obrocie giełdowym (zlecenie maklerskie), Warszawa 2000
255. *Romanowski M.*, Skutki prawne zawarcia umowy o pośrednictwo, MoP 1997, Nr 3
256. *Romanowski M.*, Zobowiązania rezultatu i starannego działania, PPH 1997, Nr 2
257. *Rozensztat B.*, Umowa agencyjna, PPH 1934, Nr 7
258. *Rott-Pietrzyk E.*, Agent handlowy – regulacje polskie i europejskie, Warszawa 2006
259. *Rott-Pietrzyk E.*, Aksjologia leżąca u podstaw ochrony strony słabszej (agenta) w stosunkach profesjonalnych (na przykładzie spraw Lexitor i Rigall), PiP 2022, Nr 11
260. *Rott-Pietrzyk E.*, Artykuł 760 KC superfluum ustawowym?, w: *J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski* (red.), Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka, Warszawa 2022
261. *Rott-Pietrzyk E.*, Commercial agency contracts and freedom of contracts, w: *T. Drygala, B. Heiderhoff, M. Staake, G. Żmij* (red.), Private autonomy in Germany and Poland in the Common European Sales Law, Monachium 2012
262. *Rott-Pietrzyk E.*, Dopuszczalność stosowania przepisów o umowie agencyjnej do innych umów o świadczenie usług, w: *W.J. Katner, U. Promińska* (red.), Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej, Warszawa 2010
263. *Rott-Pietrzyk E.*, Glosa do wyr. SN z 28.10.1999 r., II CKN 530/98, OSP 2000, Nr 7–8
264. *Rott-Pietrzyk E.*, Klauzule modyfikacyjne dotyczące wynagrodzenia w umowach agencyjnych, w: *A. Dańko-Roesler, M. Leśniak, M. Skory, B. Soltys* (red.), Ius est ars boni et aequi. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Józefowi Frąckowiakowi, Wrocław 2018
265. *E. Rott-Pietrzyk*, Ochrona przedsiębiorcy jako strony słabszej na przykładzie agenta handlowego, w: *M. Boratyńska* (red.), Ochrona słabszej strony stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu, Warszawa 2016
266. *Rott-Pietrzyk E.*, Pośrednictwo jako element charakterystyczny niektórych umów o świadczenie usług, w: *B. Gnela* (red.), Ubezpieczenia gospodarcze. Wybrane zagadnienia, Warszawa 2011

267. *Rott-Pietrzyk E.*, Systematyka części szczegółowej zobowiązań a miejsce umów o pośrednictwo sensu largo (głos w dyskusji), TPP 2013, Nr 1
268. *Rott-Pietrzyk E., Grochowski M.*, Ochrona pośredników handlowych jako słabszej strony umowy (o wspólnych założeniach i mechanizmach ochrony agenta i konsumenta), w: *M. Namysłowska, K. Podgórski, E. Sługocka-Krupa* (red.), *Wyzwania dla prawa konsumenckiego*, Warszawa 2022
269. *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
270. *Rott-Pietrzyk E., Grochowski M.*, Regulacja umów o pośrednictwo w DCFR (wzorcem dla ustawodawcy polskiego?), TPP 2017, Nr 1
271. *Rott-Pietrzyk E., Grochowski M.*, Struktura regulacji umów o pośrednictwo handlowe (wnioski prawnoporównawcze i propozycje legislacyjne), StPP 2018, Nr 1
272. *Rott-Pietrzyk E., Grochowski M.*, Umowy pośrednictwa w obrocie towarami lub usługami: część ogólna i umowa agencyjna (projekt reformy), TPP 2020, Nr 1
273. *Rühl G.*, Commercial Agents, Minimum Harmonization and Overriding Mandatory Provisions in the European Union: Unamar, *Common Market Law Review* 2016, Nr 1
274. *Schmidt K.*, Od starego prawa przedstawicielstwa handlowego do nowoczesnego prawa dystrybucji. Prawo handlowe, praktyka handlowa i prawo kartelowe, KPP 2008, Z. 4
275. *Schmoeckel M., Rückert J., Zimmermann R.* (red.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, t. 3, Schuldrecht: Besonderer Teil. 1. Teilband §§ 433–656*, Tybinga 2013
276. *Sieradzka M.*, Porozumienia franczyzy w świetle prawa konkurencji, Warszawa 2020
277. *Sikorska-Lewandowska A.*, Granice swobody kształtowania treści umowy o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami, MoP 2021, Nr 2
278. *Skąpski J.*, Kodeks Cywilny z 1964. Blaski i cienie kodyfikacji oraz jej perspektywy, KPP 1992, Z. 1–4
279. *Skąpski J.*, w: *S. Grzybowski, J. Skąpski, S. Wójcik*, *Zarys prawa cywilnego*, Warszawa 1988
280. *Smyk M.*, Pełnomocnictwo według kodeksu cywilnego, Warszawa 2010
281. *Sokołowski J.*, Ogólne warunki umów komisji i umów agencyjnych w stosunkach związanych z handlem zagranicznym, PUG 1971, Nr 4
282. *Sośniak M.*, Grupy i rodzaje umów obligacyjnych w europejskiej doktrynie i ustawodawstwie, *Studia Iuridica Silesiana* 1991, Nr 16
283. *Sośniak M.*, Przekształcenia umowy przewozu na tle doktryny umów mieszanych, *Problemy Prawa Przewozowego* 1982, Nr 3
284. *Sośniak M.*, Umowy o świadczenie usług z artykułu 750 kodeksu cywilnego, PiP 1981, Nr 5
285. *Sośniak M.*, Z zagadnień systematyki części szczegółowej prawa obligacyjnego, w: *Z. Radwański* (red.), *Studia z prawa zobowiązań*, Warszawa–Poznań 1979
286. *Sójka T.*, Umowa o doradztwo inwestycyjne w obrocie instrumentami finansowymi – zagadnienia podstawowe, PPH 2014, Nr 4
287. *Sójka T.*, w: *T. Sójka* (red.), *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, Warszawa 2015
288. *Spyra M.*, Czy regulacja umów o świadczenie usług w prawie włoskim może być inspiracją dla polskiego ustawodawcy?, TPP 2016, Nr 1
289. *Srokosz W.*, Nadzór nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami, MPB 2018, Nr 7–8
290. *Srokosz W.*, Status prawny pośredników kredytowych, *Prawo Bankowe* 2001, Nr 2

291. *Stec M.*, Pojęcie i status prawny agenta turystycznego w unijnej i polskiej regulacji normatywnej, w: *J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski* (red.), *Ius civile vigilantibus scriptum est*. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka, Warszawa 2022
292. *Stec M.*, Umowa spedycji – skąd przyszła i dokąd zmierza?, w: *Sz. Byczko, A. Kappes, B. Kucharski, U. Promińska* (red.), *Non omne quod licet honestum est*. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera, Łódź–Warszawa 2022
293. *Stec M.* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 4, *Prawo instrumentów finansowych*, Warszawa 2016
294. *Stec M.* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2017
295. *Stec M.* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5A, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2020
296. *Stec M.* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2020
297. *Stec M.* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5C, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2020
298. *Stecki L.*, *Consulting*, t. I, Toruń 1997
299. *Stecki L.*, *Consulting*, t. II, Toruń, 1997
300. *Stecki L.*, *Forfaiting*, Toruń 1997
301. *Stecki L.*, *Franchising*, Toruń 1994
302. *Stecki L.*, *Umowa factoringu*, Toruń 1994;
303. *Stefanicki R.*, Establishment of a trial period in agency contracts: comments in the context of the judgment of the Court of Justice of the European Union of 19 April 2018, *Ius Novum* 2020, Nr 2
304. *Stefanicki R.*, Ochrona przedstawiciela handlowego w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, PPH 2019, Nr 7
305. *Stelmachowski A.*, Zasada jedności prawa cywilnego – teoria i praktyka, *Acta Universitatis Nicolai Copernici. Nauki Humanistyczno-Społeczne. Prawo* 1982, Z. 124
306. *Szaraniec M.*, Usługa doradztwa wykonywana przez pośrednika ubezpieczeniowego względem klienta wynikająca z dyrektywy 2016/97 z 20.1.2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń, w: *E. Rutkowska-Tomaszewska* (red.), *Ochrona klienta na rynku usług finansowych w świetle aktualnych problemów i regulacji prawnych*, Warszawa 2017
307. *Szczepańska M.*, Wynagrodzenie brokera ubezpieczeniowego w świetle ustawy o dystrybucji ubezpieczeń, PA 2018, Nr 3
308. *Szczygielski A.*, Własność dobra komisowego na tle polskiego prawa handlowego, *Miesięcznik Prawa Handlowego i Wekslowego* 1936, Nr 5–6
309. *Szostak R.*, O potrzebie usprawnienia kodeksowej regulacji umów o świadczenie usług na warunkach zlecenia, w: *J. Haberko, A. Olejniczak, A. Pyrzyńska, D. Sokołowska* (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, Warszawa 2015
310. *Szostak R.*, Problem systematyki umów obligacyjnych w nowym kodeksie cywilnym, TPP 2012, Nr 1
311. *Szpunar A.*, Głosa do uchwały SN z dnia 30 maja 1996 r., III CZP 42/96, OSP 1997, Nr 2, poz. 34
312. *Szpunar A.*, O powierniczych czynnościach prawnych, Rejent 1993, Nr 11
313. *Szpunar A.*, Rękojmia w stosunkach między stronami komis, PPH 1995, Nr 9
314. *Szpunar A.*, Stanowisko prawne pełnomocnika, Przegląd Notarialny 1949, nr 1–2

315. Szpunar A., Stosunki własnościowe przy komisie, Rejent 1994, Nr 1
316. Szejnert-Roszak O., Dopuszczalność prowadzenia działalności konkurencyjnej przez agenta na gruncie art. 760 KC, MoP 2022, Nr 23
317. Szejnert-Roszak O., Świadczenie wyrównawcze dla dystrybutora – analiza praktyki europejskiej, w: M. Dumkiewicz, K. Kopaczyńska-Pieczniak, J. Szczotka (red.), Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie. Tom II, Warszawa 2020
318. Szumański A. (red.), System Prawa Prywatnego, t. 19, Prawo papierów wartościowych, Warszawa 2006
319. Śmieja A., O potrzebie podniesienia umowy o pośrednictwo do rangi umów nazwanych, w: E. Marszałkowska-Krześ (red.), Aktualne zagadnienia prawa prywatnego, Wrocław 2012
320. Świerczyński T., Charakter prawny umowy o pośrednictwo, PPH 1999, Nr 1
321. Till E., Longchamps de Bérier R., Polskie prawo zobowiązań (część szczegółowa) – projekt wstępny z motywami, Lwów 1928
322. Topolewski K., Cywilnoprawne skutki niewykonania umowy agencyjnej, Lublin 2007
323. Topolewski K., Przedmiot zobowiązania z umowy zlecenia, Warszawa 2015
324. Topolewski K., Umowa agencyjna a agencje wyspecjalizowane, w: A. Kidyba, R. Skubisz (red.), Współczesne problemy prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Poźniak-Niedzielskiej, Kraków 2007
325. Topolewski K., Umowa agencyjna a pośrednictwo w zakresie czynności bankowych. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2018 r. (I CSK 478/17, Legalis nr 1785293), Studia Iuridica Lublinensia 2021, Nr 5
326. Topolewski K., Ustawowe obowiązki agenta. Glosa do wyroku SN z dnia 11 grudnia 2007 r., II CSK 370/07, PS 2012, Nr 11–12
327. Tosato A., Commercial Agency and the Duty to Act in Good Faith, Oxford Journal of Legal Studies 2016, t. 36, Nr 3
328. Tracz G., Umowa kredytu. Uwagi de lege lata i de lege ferenda, TPP 2007, Nr 3–4
329. Waliszewski K., Przewidywany wpływ dyrektywy hipotecznej na rynek pośrednictwa i doradztwa kredytowego W Polsce – studium teoretyczno-empiryczne, Finanse 2016, Nr 1
330. Waliszewski K., Zmiany w pośrednictwie kredytowym w Polsce w wyniku implementacji dyrektywy hipotecznej, Rozprawy Ubezpieczeniowe 2017, Nr 2
331. Whitman D., Gergacz J.W., The legal environment of business, Nowy Jork 1985
332. Węgierski M., Charakterystyka prawna umów zawieranych drogą elektroniczną, Warszawa 2020
333. Widło J., Umowa agencji, w: A. Kidyba (red.), Kodeksowe umowy handlowe, Warszawa 2018
334. Widło J., Umowa komisji, w: A. Kidyba (red.), Kodeksowe umowy handlowe, Warszawa 2018
335. Wierzbowski M., Sobolewski L., Wajda P. (red.), Prawo rynku kapitałowego. Komentarz, Warszawa 2018
336. Wierzbowski M., Sobolewski L., Wajda P. (red.), Prawo rynku kapitałowego. Komentarz, Warszawa 2014
337. Winiarz J. (red.), Kodeks cywilny z komentarzem, t. 2, Warszawa 1989
338. Wiśniewski T., Umowa agencyjna według kodeksu cywilnego, Warszawa 2001
339. Włodyka S., Due diligence review w prawie polskim, PUG 1999, Nr 9
340. Włodyka S. (red.), Prawo umów w obrocie gospodarczym, Kraków 1995

341. *Włodyka S.* (red.), *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001
342. *Włodyka S.* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2006
343. *Włodyka S.* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2011
344. *Włodyka S.* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2014
345. *Wojciechowska A.*, *Pojęcie pośrednictwa w prawie cywilnym*, *Studia Prawnoustrojowe* 2011, Nr 14
346. *Wojciechowska A.*, *Prawnorzeczowa problematyka komisju*, *PS* 1998, Nr 11–12
347. *Wojtaszek-Mik E.*, *Umowa agencji w dyrektywie o przedstawicielach handlowych na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, *EPS* 2006, Nr 1
348. *Wojtkowiak M.*, *Wynagrodzenie brokera ubezpieczeniowego – prowizja od ubezpieczyciela czy honorarium od ubezpieczającego?*, *WU* 2017, Nr 4
349. *Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K.*, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001
350. *Woźniak R.*, *Doradca akcjonariusza do spraw głosowania – zagadnienia wybrane*, *MPH* 2022, Nr 2
351. *Wójcik S.*, *Odgraniczenie umowy o dzieło od umowy o pracę i od umowy zlecenia*, *ZNUJ* 1963, Nr 10
352. *Wójcik S.*, *Umowa zlecenia – uwagi de lege ferenda*, w: *A. Nowicka* (red.), *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, Poznań 2005
353. *Wójtowicz E.*, *Jednostronnie profesjonalne umowy pośrednictwa handlowego a regulacja kodeksu cywilnego o umowie agencyjnej i umowie zlecenia – uwagi na tle wybranych umów*, *Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji* 2020, t. 120
354. *Wójtowicz E.*, *Obowiązek lojalności w umowach pośrednictwa handlowego*, *Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji* 2015, t. 101
355. *Wyrwińska K.*, *Regulacja umowy o świadczenie usług w świetle Code Civil du Québec*, *TPP* 2014, Nr 3
356. *Wyżykowski B.*, *Kredyt odnawialny na tle ustawy o kredycie konsumenckim – wybrane zagadnienia*, *MoP* 2019, Nr 23
357. *Zacharzewski K.*, *Umowa o pośrednictwo giełdowe*, Toruń 2008
358. *Załucki M.* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2023
359. *Zawada K.*, *Faktoring międzynarodowy*, *KPP* 1996, Z. 4
360. *Ziemiak M.*, *Wynagrodzenie pośrednika ubezpieczeniowego w świetle ustawy o dystrybucji ubezpieczeń. Zagadnienia wybrane*, *WU* 2019, Nr 2
361. *Zoll F.*, *Zobowiązania w zarysie według polskiego kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1948
362. *Zużewicz-Wiewiórowska I.* (red.), *Kodeks morski. Komentarz*, Lex 2012
363. *Zwolińska-Doboszyńska A.*, *Nowelizacja ustawy o giełdach towarowych – liberalizacja zasad obrotu towarami giełdowymi*, *PPH* 2004, Nr 5
364. *Zwolińska-Doboszyńska A.*, *Sekurytyzacja wierzytelności z udziałem funduszy sekurytyzacyjnych na tle innych uregulowań dotyczących sekurytyzacji*, *PPH* 2005, Nr 2
365. *Żabiński Z.*, *Systematyka umownych stosunków prawnych pod względem treści*, *SC* 1972, t. XIX

Wykaz orzecznictwa

I. Orzecznictwo unijne

1. wyr. ETS z 28.1.1986 r., 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH*, ECLI:EU:C:1986:41
2. wyr. TSWE z 9.11.2000 r., C-381/98, *Ingmar*, EU:C:2000:605
3. post. TSWE z 10.2.2004 r., C-85/03, *Mavrona*, ECR 2004
4. wyr. TSWE z 23.3.2006 r., C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali*, EU:C:2006:199
5. wyr. TSWE z 21.6.2007 r., C-453/05, *Volker Ludwig*, ECLI:EU:C:2007:369
6. wyr. TSWE z 17.1.2008 r., C-19/07, *Chevassus-Marche*, EU:C:2008:23
7. wyr. TSWE z 16.3.2008 r., C-3/04, *Poseidon Chartering*, ECLI:EU:C:2006:176
8. wyr. TSUE z 30.5.2013 r., C-604/11, *Genil 48, Comercial Hosteleria de Grandes Vinos*, ECLI:EU:C:2013:344
9. wyr. TSUE z 17.10.2013 r., C-184/12, *Unamar*, ECLI:EU:C:2013:663
10. wyr. TSUE z 3.12.2015 r., C-338/14, *Quenon K.*, EU:C:2015:795
11. wyr. TSUE z 7.4.2016 r., C-315/14, *Marchon Germany*, EU:C:2016:211
12. wyr. TSUE z 17.5.2017 r., C-48/16, *ERGO Poist'ovňa*, EU:C:2017:377
13. wyr. TSUE z 19.4.2018 r., C-645/16, *Conseils et mise en relations (CMR)*, ECLI:EU:C:2018:262
14. wyr. TSUE z 21.11.2018 r., C-452/17, *Zako*, ECLI:EU:C:2018:935
15. wyr. TSUE z 19.12.2019 r., C-390/18, *Airbnb Ireland*, ECLI:EU:C:2019:1112
16. wyr. TSUE z 4.6.2020 r., C-828/18, *Trendsetteuse*, ECLI:EU:C:2020:438

II. Orzecznictwo Sądu Najwyższego

17. orz. SN z 29.8.1933 r., C II 1038/33, OSP 1934, t. 13, poz. 210
18. orz. SN z 3.11.1933 r., C I 797/33, OSP 1934, t. 13, poz. 149
19. orz. SN z 2.8.1935 r., C II 662/35, OSP 1936, t. 15, poz. 413
20. orz. SN z 14.11.1935 r., C I 880/35, Zb. Urz. 1936, poz. 241
21. orz. SN z 22.1.1936 r., C II 2081/35, OSP 1936, t. 15, poz. 740
22. orz. SN z 31.1.1936 r., C III 932/34, Zb. Orz. SN 1936, Z. 9, poz. 397
23. wyr. SN z 4.11.1936 r., 3 K 1765/36, OSP 1937, t. 16, poz. 445
24. orz. SN z 15.12.1936 r., C II 1927/36, OSP 1937, Z. 733
25. orz. SN z 22.12.1936 r., C II 1979/36, Zb. Orz. SN 1937, Z. 7 poz. 264
26. orz. SN z 12.3.1937 r., C II 2547/36, OSP 1938, t. 17, poz. 80
27. orz. SN z 15.2.1957 r., I CR 1027/56, niepubl.
28. orz. SN z 18.6.1957 r., 1 CR 456/56, OSPiKA 1958, Z. 9, poz. 228
29. orz. SN z 20.11.1959 r., 1 CR 1088/58, OSNCiK 1961, Nr 4, poz. 96
30. wyr. SN z 2.7.1962 r., 1 CR 837/61, OSN 1963, Nr 7-8, poz. 162
31. wyr. SN z 20.3.1965 r., III PU 28/64, OSNC 1965, Nr 9, poz. 157
32. wyr. SN z 30.3.1981 r., I CR 235/80, OSNCP 1981, Nr 11, poz. 223
33. wyr. SN z 19.10.1984 r., I CR 175/84, OSNC 1985, Nr 8, poz. 114
34. uchw. SN z 18.12.1990 r., III CZP 67/90, OSNC 1991, Nr 5-6, poz. 65
35. wyr. SN z 28.10.1999 r., II CKN 530/98, OSNC 2000, Nr 5, poz. 88
36. wyr. SN z 5.1.2001 r., V CKN 178/00, Legalis
37. wyr. SN z 23.1.2002 r., I PKN 786/00, OSNP 2004, Nr 2, poz. 30

38. wyr. SN z 18.4.2002 r., II CKN 1216/00, OSNC 2003, Nr 4, poz. 58
39. wyr. SN z 6.2.2003 r., IV CKN 1741/00, Legalis
40. wyr. SN z 5.11.2003 r., IV CKN 171/02, Legalis
41. wyr. SN z 5.12.2003 r., IV CK 280/02, Legalis
42. wyr. SN z 10.3.2004 r. IV CK 125/03, Legalis
43. wyr. SN z 14.5.2004 r. IV CK 291/03, Legalis
44. wyr. SN z 14.7.2004 r., IV CK 366/03, niepubl.
45. wyr. SN z 8.10.2004 r., V CK 670/03, OSNC 2005, Nr 9, poz. 162
46. wyr. SN z 15.11.2004 r., IV CK 170/04, Legalis
47. wyr. SN z 15.11.2004 r., IV CK 199/04, Legalis
48. wyr. SN z 23.11.2004 r., I CK 270/04, Legalis
49. wyr. SN z 23.6.2005 r., II CK 739/04, Legalis
50. wyr. SN z 29.6.2005 r., V CK 847/04, LEX nr 3207851
51. wyr. SN z 12.1.2007 r., IV CSK 267/06, MoP 2008, Nr 18
52. wyr. SN z 9.5.2007 r., II CSK 77/07, MoP 2007, Nr 11
53. wyr. SN z 5.6.2007 r., I CSK 117/07, Legalis
54. wyr. SN z 11.12.2007 r., II CSK 370/07, Legalis
55. Wyr. SN z 7.2.2008 r., V CSK 397/07, Legalis
56. wyr. SN z 19.1.2011 r., V CSK 173/10, OSNC 2011, Nr 10, poz. 113
57. wyr. SN z 11.8.2011 r., I CSK 611/10, Legalis
58. wyr. SN z 24.11.2011 r., I PK 62/11, OSNP 2012, Nr 21–22, poz. 260
59. wyr. SN z 8.3.2012 r., V CSK 90/11, Legalis
60. wyr. SN z 5.12.2013 r., V CSK 33/13, OSNC–ZD 2015, Nr 2, poz. 17
61. wyr. SN z 8.5.2015 r., III CSK 346/14, Legalis
62. wyr. SN z 8.7.2016 r., I CSK 570/15, OSP 2017, Nr 10, poz. 97
63. wyr. SN z 23.9.2016 r., II CSK 697/15, Legalis
64. wyr. SN z 20.7.2017 r., IV CSK 556/16, Legalis
65. wyr. SN z 6.12.2017 r., I CSK 172/17, MPB 2018, Nr 10
66. wyr. SN z 31.1.2018 r., I CSK 251/17, Legalis.
67. wyr. SN z 25.5.2018 r., I CSK 478/17, OSNC 2019, Nr 5, poz. 59
68. wyr. SN z 21.9.2018 r., V CSK 450/17, Legalis
69. wyr. SN z 6.9.2019 r., II UK 236/17, OSNP 2019, Nr 4, poz. 50

III. Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych

70. wyr. SA w Katowicach z 30.4.1993 r., I ACr 115/93, OSA 1994, Z. 1, poz. 7
71. wyr. SA w Katowicach z 23.11.1993 r., I ACr 672/93, OSA 1994, Z. 11–12, poz. 63
72. wyr. SA w Katowicach z 4.3.1998 r., I ACa 636/98, OSA 1999, Nr 11–12, poz. 50
73. wyr. SA w Katowicach z 21.4.2005 r., I ACa 140/05, OSA 2006, Nr 1, poz. 3
74. wyr. SA w Poznaniu z 29.11.2005 r., I ACa 1026/05, Legalis
75. wyr. SA w Warszawie z 15.2.2006 r., I ACa 897/05, OSA 2007, Nr 4, poz. 13
76. wyr. SA w Warszawie z 20.12.2011 r., I ACa 569/11, Legalis
77. wyr. SA w Warszawie z 24.8.2012 r., I ACa 67/12, Legalis
78. post. SA w Krakowie z 10.9.2012 r., I ACz 1279/12, Lex nr 1220503
79. wyr. SA w Poznaniu z 9.1.2013 r., I ACa 1074/12, Legalis
80. wyr. SA w Katowicach z 18.4.2013 r., V ACa 94/13, Legalis
81. wyr. SA w Krakowie z 24.4.2013 r., I ACa 254/13, Legalis
82. wyr. SA w Krakowie z 22.5.2013 r., I ACa 371/13, Legalis

83. wyr. SA w Warszawie z 7.8.2013 r., VI ACa 570/13, Legalis
84. wyr. SA w Krakowie z 13.3.2014 r., I ACa 58/14, Legalis
85. wyr. SA w Poznaniu z 14.5.2014 r., I ACa 76/14, Legalis
86. wyr. SA w Poznaniu z 7.8.2014 r., I ACa 505/14, Legalis
87. wyr. SA w Warszawie z 24.11.2014 r., VI ACa 114/14, Legalis
88. wyr. SA w Szczecinie z 7.6.2016 r., I ACa 3/16, Legalis
89. wyr. SA w Krakowie z 14.11.2016 r., I ACa 925/16, Legalis
90. wyr. SA w Warszawie z 5.5.2017 r., I ACa 1866/15, Legalis
91. wyr. SA w Warszawie z 6.6.2017 r., I ACa 276/16, Legalis
92. wyr. SA w Białymstoku z 14.11.2017 r., III AUa 318/17, Legalis
93. wyr. SA w Łodzi z 24.11.2017 r., I ACa 380/17, Legalis
94. wyr. SA w Szczecinie z 20.11.2018 r., I AGa 194/18, Legalis
95. wyr. SA w Warszawie z 27.3.2019 r., VII AGa 1132/18, Legalis
96. wyr. SA w Gdańsku z 26.5.2020 r., V AGa 21/20, Legalis
97. wyr. SA w Białymstoku z 28.5.2020 r., I AGa 103/19, Legalis

IV. Pozostałe orzecznictwo

98. wyr. NTA z 19.12.1936 r., L. Rej. 8268/34, OSP 1937, t. 16, poz. 675
99. wyr. WSA w Warszawie z 3.4.2013 r., III SA/Wa 860/12, Legalis

Rozdział I.

Uwagi wprowadzające

§ 1. Temat pracy i pytania badawcze

Obrót prywatnoprawny ma podstawy w umowach. Są one zawierane między jego uczestnikami (podmiotami prawa cywilnego), którzy występują w różnych rolach. Mogą działać jako przedsiębiorcy, konsumenci lub podmioty, którym nie można przypisać żadnego z tych przymiotów. W rezultacie wyróżnia się obrót dwustronnie profesjonalny (gospodarczy *sensu stricto*, B2B), jednostronnie profesjonalny (gospodarczy *sensu largo*), konsumencki (B2C) oraz powszechny.

Niezależnie od tego, z którą z wyżej wymienionych sfer życia gospodarczego mamy do czynienia, nie podlega kwestii, że wszyscy ich uczestnicy z różnych przyczyn i z różną częstotliwością dążą do nawiązywania rozmaitych relacji kontraktowych. Nie wydaje się przesadzone stwierdzenie, że dążeniom tym towarzyszy potrzeba zaspokojenia własnego interesu w jak największym stopniu, a zatem zawarcia jak najkorzystniejszej umowy.

Realizacja tych celów napotyka przeszkody. Wynikają one z różnych przyczyn. Najogólniej rzecz ujmując mogą one leżeć po stronie podmiotu chcącego zawrzeć określoną umowę (np. brak dobrej znajomości przedmiotu kontraktu lub umiejętności prowadzenia negocjacji), jego kontrahenta (np. brak woli zawarcia umowy albo zawarcia umowy określonej treści), obu tych podmiotów (np. wzajemna nieznajomość stron) albo mieć charakter obiektywny (np. wyłączenie dopuszczalności zawarcia umowy określonej treści z mocy ustawy, zwłaszcza art. 58 KC, art. 353¹ *in fine* KC, art. 387 § 1 KC). Istotne jest, że przeszkody o charakterze subiektywnym mają charakter względny. Oznacza to, że możliwe jest ich przewyciężenie.

Przedstawione wyżej okoliczności tworzą przestrzeń dla osoby trzeciej (pośrednika), której działania zmierzają i mogą doprowadzić do osiągnięcia celu zamierzonego przez uczestnika obrotu cywilnoprawnego, a zatem zawarcia pożądanego przez niego kontraktu (umowy docelowej) z innym podmiotem. Tak rozumiana działalność pośrednika bez wątpienia stanowi szczególny rodzaj usługi, którą można określić mianem pośrednictwa. Jest ona świadczona na podstawie kontraktu (umowy o pośrednictwo, umowy podstawowej), którego stronami są pośrednik i dający zlecenie pośrednictwa. Bezumowne podjęcie przez osobę trzecią działań zmierzających do zawarcia umowy przez inne podmioty należy natomiast kwalifikować

jako prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia (art. 752 KC), które z oczywistych względów nie stanowi umowy o pośrednictwo.

W zależności od potrzeb dającego zlecenie przedmiot zobowiązania pośrednika może obejmować różne postaci czynności faktycznych prowadzących do zawarcia umowy docelowej lub samo zawarcie tego kontraktu przez pośrednika działającego w charakterze zastępcy bezpośredniego (przedstawiciela) albo pośredniego. Dopuszczalne jest, aby współpraca stron miała charakter jednorazowy, odnoszący się do konkretnej umowy docelowej, albo stały, obejmujący zobowiązanie do pośrednictwa przy zawarciu ich nieoznaczonej liczby. Zauważenia wymaga również, że umowa podstawowa może zostać zawarta w różnych relacjach podmiotowych (dwustronnie albo jednostronnie profesjonalnych, a także w obrocie powszechnym) oraz dotyczyć rozmaitych umów docelowych.

Zasygnalizowana różnorodność kontraktów z zakresu pośrednictwa doprowadziła w wyniku historycznego rozwoju do wykształcenia zróżnicowanych, nazwanych i nienazwanych, typów umów podstawowych¹. W polskim piśmiennictwie określa się je zbiorczym terminem „umów o pośrednictwo”². Podejmowane są próby określenia katalogu kontraktów wchodzących w zakres tego pojęcia. W aktualnym stanie prawnym zalicza się do nich umowy: agencyjną, komisu, o pośrednictwo zwykłe, o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami, maklerstwa morskiego, zlecenia maklerskiego, z brokerem ubezpieczeniowym, franchisingu, dystrybucyjną, akwizycyjną, factoringu oraz forfaitingu³. Część autorów wskazuje, że do ich grona należą również umowa zlecenia⁴ oraz umowa spedycji⁵.

¹ Podobnie *K. Kruczałak*, w: *S. Włodyka* (red.), *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001, s. 338, s. 343.

² Tak zwłaszcza *M. Grochowski, E. Rott-Pietrzyk*, w: *M. Stec* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2020, s. 23 i n.; *K. Kruczałak*, w: *S. Włodyka* (red.), *Prawo umów* (2001), s. 337; *E. Rott-Pietrzyk*, *Pośrednictwo jako element charakterystyczny niektórych umów o świadczenie usług*, w: *B. Gnela* (red.), *Ubezpieczenia gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2011, s. 193; *A. Rzetelska*, w: *W.J. Katner* (red.), *Prawo gospodarcze i handlowe*, Warszawa 2020, s. 619–620. Umowy o pośrednictwo wyodrębnia się także w tomie 9. *Systemu Prawa Prywatnego* (red. *W.J. Katner*) poświęconego umowom nienazwanym oraz w publikacji pod red. *A. Kidyby*, *Pozakodeksowe umowy handlowe*, Warszawa 2018. Ponadto *S. Włodyka*, w: *S. Włodyka* (red.), *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Kraków 1995, s. 129 i n. oraz *A. Catus*, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 177 i n. określają omawianą grupę kontraktów mianem „umów o przedstawicielstwo i pośrednictwo”.

³ Zob. zwłaszcza *M. Grochowski, E. Rott-Pietrzyk*, w: *M. Stec* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, s. 31; *K. Kruczałak*, w: *S. Włodyka* (red.), *Prawo umów* (2001), s. 338; *S. Włodyka*, w: *S. Włodyka* (red.), *Prawo umów* (1995), s. 122.

⁴ *M. Barański*, *Konstrukcja umów o pośrednictwo*, *Rejent* 2010, Nr 9, s. 24; *E. Rott-Pietrzyk*, *Pośrednictwo*, s. 193.

⁵ *M. Barański*, *Konstrukcja*, s. 20–21; *A. Catus*, *Prawo*, s. 203; *S. Włodyka*, w: *S. Włodyka* (red.), *Prawo umów* (1995), s. 129; *E. Wójtowicz*, *Jednostronnie profesjonalne umowy pośrednictwa handlowego a regulacja kodeksu cywilnego o umowie agencyjnej i umowie zlecenia – uwagi na tle wybranych umów*, *Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji* 2020, t. 120, s. 539.

W doktrynie podnosi się, że umowy o pośrednictwo stanowią podgrupę umów o świadczenie usług⁶. Te ostatnie obejmują umowy: zlecenia, spedycji, przechowania, składu, rachunku bankowego, przewozu oraz szerokie grono nazwanych i nienazwanych umów pozakodeksowych. Przez pojęcie usługi w prawie cywilnym najczęściej rozumie się świadczenie, którego przedmiotem jest działanie niepolegające na daniu (*dare*)⁷. W konsekwencji obejmuje ono obowiązek czynienia (*facere*) i przyjmuje postać zobowiązania starannego działania⁸. Oznacza to, że jej wykonanie przez dłużnika jest zasadniczo niezależne od osiągnięcia określonego rezultatu⁹. Powyższe stanowi jedną z przyczyn, z powodu których część doktryny nie zalicza do kontraktów o świadczenie usług umowy o dzieło oraz umów do niej zbliżonych (np. umowy o roboty budowlane)¹⁰.

Wyodrębnienie grupy umów o pośrednictwo na płaszczyźnie naukowej oraz dydaktycznej wydaje się powszechnie przyjęte. Powyższe ściśle wiąże się z systematyką (systematyzacją) umów, a zatem zrozumiałą tendencją do łączenia różnych typów kontraktów w większe grupy według określonej cechy wspólnej. Jako zasadnicze zalety tego zabiegu wskazuje się wprowadzenie ładu do prawa umów, umożliwienie uniknięcia sprzeczności norm prawnych oraz ułatwienie wykrywania i uzupełniania luk w prawie¹¹. Grupowanie umów przyjmuje w niektórych porządkach prawnych postać normatywną. Może to polegać na wyłącznie formalnym oznaczeniu zbioru autonomicznych pod względem unormowania typów

⁶ Tak zwłaszcza A. Burzak, Umowa o pośrednictwo (I), PPH 1992, Nr 2, s. 5; E. Rott-Pietrzyk, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, Prawo umów handlowych, Warszawa 2020, s. 38; L. Ogiegło, Odpowiedzialność kontraktowa pośrednika, w: A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar (red.), Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu, Kraków 1994, s. 250; M. Romanowski, Charakter prawny umowy o pośrednictwo, MoP 1997, Nr 2, s. 64; Z. Żabiński, Systematyka umownych stosunków prawnych pod względem treści, SC 1972, t. XIX, s. 102–103.

⁷ Zwolennikiem przytoczonego ujęcia usługi w prawie cywilnym jest L. Ogiegło, Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych, Katowice 1989, s. 105–106.

⁸ *Ibidem*, s. 105–106 i s. 212–220.

⁹ *Ibidem*, s. 212–220; M. Sośniak, Umowy o świadczenie usług z artykułu 750 kodeksu cywilnego, PiP 1981, Nr 5, s. 65. Podobnie odnośnie do umowy zlecenia wyr. SN z 6.9.2019 r., II UK 236/17, OSNP 2019, Nr 4, poz. 50. Co do zobowiązań starannego działania oraz rezultatu zob. obszernie (a przy tym krytycznie w kontekście odpowiedzialności kontraktowej) T. Pajor, Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania, Warszawa 1982, s. 70–92. Argumenty przemawiające za użytecznością tego podziału zobowiązań wskazuje M. Romanowski, Zobowiązania rezultatu i starannego działania, PPH 1997, Nr 2, s. 20–26.

¹⁰ Obok braku uzależnienia wykonania zobowiązania od rezultatu, do cech odróżniających umowy o świadczenie usług od umowy o dzieło zalicza się osobisty charakter działania usługobiorcy oraz oparcie umowy o szczególne zaufanie podmiotu świadczącego usługę. Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że w wyniku umowy o dzieło dochodzi do przeniesienia własności (wydania) dzieła. Zob. szerzej P. Drapała, w: J. Gudowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5. Zobowiązania. Część szczegółowa, Warszawa 2017, s. 112–113. Kwestia odgraniczenia umowy o dzieło od umów o świadczenie usług jest jednak sporna w doktrynie. Zob. zwłaszcza L. Ogiegło, Usługi, s. 185–206; M. Sośniak, Z zagadnień systematyki części szczegółowej prawa obligacyjnego, w: Z. Radwański (red.), Studia z prawa zobowiązań, Warszawa–Poznań 1979, s. 267–269; Z. Żabiński, Systematyka, s. 102 i n.

¹¹ M. Sośniak, Z zagadnień, s. 265; Z. Żabiński, Systematyka, s. 97–100.

umów jako grupy¹² albo stanowić całościową technikę (koncepcję) legislacyjną opierającą się na częściowo wspólnym, a częściowo rozłącznym uregulowaniu różnych elementów określonego zbioru kontraktów¹³. *De lege lata* systematyka umów w prawie polskim nie występuje na płaszczyźnie normatywnej.

Mimo że poszczególne typy kontraktów zaliczanych do umów o pośrednictwo, a także pewne ich aspekty, doczekały się licznych opracowań monograficznych, komentarzowych i przyczynkarskich, a także wielu orzeczeń sądowych, to wypowiedzi odnoszące się do umów o pośrednictwo w ogólności (jako pewnego zbioru kontraktów) należą do rzadkości¹⁴. W istocie, mimo panującego przekonania o występowaniu grupy umów o pośrednictwo, jest co najmniej nieoczywiste, jakie są podstawy i przyczyny jej wyodrębnienia oraz, co ją charakteryzuje. Kwestiom tym nie poświęcono dotychczas żadnego opracowania monograficznego.

Z uwagi na niebagatelne znaczenie społeczno-gospodarcze pośrednictwa, nieoczywistość dogmatyczną zagadnienia, a także toczącą się w doktrynie dyskusję co do nowej regulacji umów o pośrednictwo¹⁵ zasługuje ono na więcej uwagi. Celem niniejszej pracy jest podjęcie refleksji na ten temat, a zwłaszcza próba odpowiedzi na następujące pytania badawcze:

1. Czy wyodrębnienie grupy umów o pośrednictwo jest możliwe?
2. Jeżeli tak, to jakie cechy decydują o przynależności określonego typu umowy do umów o pośrednictwo albo jej braku?
3. Czym jest pośrednictwo w ujęciu prawnym?
4. Jakie są podobieństwa i różnice występujące między typami umów o pośrednictwo?
5. Jakie są konsekwencje postrzegania umów o pośrednictwo jako grupy?

¹² Przykład formalnego oznaczenia grupy umów stanowił tytuł XI kodeksu zobowiązań „Umowy o świadczenie usług”, w którym uregulowano wchodzące w zakres tej grupy typy umów.

¹³ Zob. przykładowo tytuły XIV–XXV Księgi szóstej (Prawo zobowiązań) KC węg., w których większość typów umów została połączona w grupy regulowane wspólnymi przepisami ogólnymi oraz przepisami szczególnymi odnoszącymi się wyłącznie do niektórych typów (podtypów) należących do grupy.

¹⁴ Brak zainteresowania doktryny ogólnymi zagadnieniami dotyczącymi umów o pośrednictwo przełamują opublikowane w ostatnich latach prace *E. Rott-Pietrzyk* oraz *M. Grochowskiego*. Zob. zwłaszcza *ciż*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, Prawo umów handlowych, Warszawa 2020, *passim*; *ciż*, Regulacja umów o pośrednictwo w DCFR (wzorcem dla ustawodawcy polskiego?), TPP 2017, Nr 1, s. 49–81; *ciż*, Struktura regulacji umów o pośrednictwo handlowe (wnioski prawnoporównawcze i propozycje legislacyjne), StPP 2018, Nr 1, s. 3–24; *ciż*, Umowy pośrednictwa w obrocie towarami lub usługami: część ogólna i umowa agencyjna (projekt reformy), TPP 2020, Nr 1, s. 53–102.

¹⁵ Zamiast wielu zob. *W. Kocot*, Umowy o pośrednictwo handlowe w systematyce nowego kodeksu cywilnego, w: *J. Barta, J. Chwalba, R. Markiewicz, P. Wasilewski* (red.), *Qui bene dubitat, bene sciet*. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Ewie Nowińskiej, Warszawa 2018, s. 272–297.

§ 2. Sposób prowadzenia badań (metoda rozumowania)

Sformułowane pytania sprawiają trudności w odniesieniu do wyboru sposobu rozumowania, metodologii oraz określenia zasięgu rozważań. Charakter zagadnienia jest bardzo ogólny. Nie ułatwia to wskazania solidnych podstaw analizy. W konsekwencji kwestie te wymagają kilku uwag precyzujących.

A limine należy wykluczyć możliwość dedukcyjnego wyjaśnienia, czym są umowy o pośrednictwo wyłącznie przez odniesienie się do pojęcia pośrednictwa. To ostatnie nie jest bowiem zdefiniowane legalnie. Co więcej, przepisy ustaw odnoszą się do niego stosunkowo rzadko i zazwyczaj w ujęciu ograniczonym przedmiotowo oraz niesystemowym (np. art. 3 ust. 1 pkt 14 DyrUbezpU definiuje pośrednictwo ubezpieczeniowe; art. 4 pkt 14 KredytHipU definiuje pośrednictwo kredytu hipotecznego). Nie pojawia się ono ani razu w ramach regulacji umów o pośrednictwo w kodeksie cywilnym, w którym posłużono się wyłącznie terminem „pośredniczenie” (art. 758 § 1, art. 760² § 2, art. 761⁷ § 2 KC)¹⁶. Ponadto, jak wykażą dalsze rozważania, pojęcie pośrednictwa nie jest jednolicie postrzegane w cywilistyce¹⁷. W niektórych wypowiedziach nie dość wyraźnie rozgranicza się je od innych instytucji prawnych.

W rezultacie odpowiedzi na postawione pytania należy budować na innym fundamencie. Wydaje się, że tę rolę mogą pełnić typy umów, które zalicza się do kontraktów z zakresu pośrednictwa. Analiza i porównanie ich kluczowych cech powinny pozwolić na określenie, czy, i jeżeli tak, to z jakich przyczyn, kontrakty z zakresu pośrednictwa można postrzegać jako grupę umów. Przyjęta metoda stanowi zatem rozumowanie indukcyjne, które w ogólności polega na dokonywaniu szerokich uogólnień na podstawie konkretnych obserwacji¹⁸.

W logice wyróżnia się dwa podstawowe rodzaje indukcji, tj. wyczerpującą (zupełną) i niewyczerpującą (niezupełną)¹⁹. Pierwsza polega na formułowaniu wniosków o danej klasie na podstawie analizy wszystkich mieszczących się w niej elementów. Wnioskowanie w ramach drugiej odmiany indukcji skupia się natomiast na zbadaniu właściwości wyłącznie niektórych

¹⁶ Kodeks cywilny posługuje się pojęciem pośrednictwa wyłącznie w dwóch przepisach dotyczących umowy sprzedaży oraz niedozwolonych postanowień umownych. Artykuł 545 § 1 KC traktuje o przesłaniu rzeczy sprzedanej na miejsce przeznaczenia „za pośrednictwem przewoźnika”. Artykuł 385³ pkt 21 KC stanowi natomiast, że w razie wątpliwości za niedozwolone uważa się postanowienia umowne, które uzależniają odpowiedzialność kontrahenta konsumenta od wykonania zobowiązań „przez osoby, za pośrednictwem których kontrahent konsumenta zawiera umowę”. Z uwagi na umiejscowienie i przedmiot regulacji tych przepisów trudno przyjąć je za podstawę wniosków co do konstrukcji umów o pośrednictwo.

¹⁷ Zob. zwłaszcza § 2 rozdziału siódmego pracy.

¹⁸ T. Kotarbiński, *Elementy teorii poznania, logiki formalnej i metodologii nauk*, Warszawa 2003, s. 436–440.

¹⁹ *Ibidem*.

elementów należących do klasy badanych obiektów. W razie stwierdzenia, że cechuje je określona właściwość, przyjmuje się, że charakteryzuje ona również inne (niezbadane) obiekty z tej samej klasy. Odmienne niż na gruncie indukcji wyczerpującej, indukcja niewyczerpująca wiąże się z ryzykiem wyciągnięcia błędnych wniosków. Poziom niepewności oceny zależy przede wszystkim od przyjęcia odpowiedniego zakresu przesłanek wnioskowania.

Istota zagadnienia będącego przedmiotem niniejszej pracy wyklucza wyjaśnienie, czym cechują się umowy o pośrednictwo przez zastosowanie indukcji zupełnej. Wynika to z dwóch przyczyn. Po pierwsze, brak jest ustawowego określenia katalogu umów o pośrednictwo. Poglądy doktryny w tym zakresie odznaczają się natomiast wyłącznie ograniczoną spójnością. Przykładowo, niejednolicie postrzega się przynależność do tej grupy kontraktów umowy zlecenia, umowy franchisingu oraz umowy dystrybucyjnej. Po drugie, analiza wszystkich cech wszystkich umów zaliczanych do omawianej grupy nie wydaje się możliwa w ramach opracowania monograficznego. Mając na uwadze powyższe, rozważania należy oprzeć o metodę indukcji niezupełnej.

§ 3. Zakres badań

Wybór sposobu rozumowania powoduje, że konieczne jest wyselekcjonowanie umów stanowiących przedmiot analizy. Dokonanie powyższego nie stanowi łatwego zadania. Dziedzina badanej klasy jest bowiem rozległa. Umowy o pośrednictwo można również postrzegać w różnych kontekstach.

Oczywiste jest, że zakres dociekań należy ograniczyć do umów cywilnoprawnych, których cechą charakterystyczną jest równorzędność prawna stron. Skonstruowanie użytecznego teoretycznie i praktycznie pojęcia pośrednictwa (grupy umów o pośrednictwo), które dotyczyłoby wszystkich gałęzi prawa nie wydaje się możliwe. Trudno bowiem stawiać na równi relacje prywatnoprawne, cechujące się prawną niezależnością pośrednika od podmiotu, na rzecz którego działa oraz stosunki, w których podmiot podejmujący podobne działania jest podporządkowany służbowo lub w inny sposób osobie wydającej polecenia. W związku z tym poza zakresem rozważań pozostają wszelkie formy pomocy w nawiązaniu stosunków prawnych, w których źródłem obowiązku działania jest stosunek publicznoprawny albo pracowniczy²⁰.

²⁰ Odgraniczenie umów o świadczenie usług od umowy o pracę (stosunków pracowniczych) może być trudne w praktyce. Problem ten dotyczy oceny stanu faktycznego i dokonania jego właściwej subsumpcji, a nie wytyczenia granic między stosunkiem cywilnoprawnym a pracowniczym na płaszczyźnie dogmatycznej. Ta ostatnia jest bowiem dosyć wyraźna. Współcześnie kwestia ta jest podobnie postrzegana w orzecznictwie, zob.

Zawężając pole widzenia do stosunków cywilnoprawnych należy doprecyzować, że analiza skupia się na umowach o pośrednictwo w prawie polskim. Argumenty prawnoporównawcze mają natomiast znaczenie wyłącznie pomocnicze. Ich użyteczność dla osiągnięcia celów pracy, a zatem scharakteryzowania grupy umów o pośrednictwo, jest ograniczona z następujących przyczyn.

Po pierwsze, przemawiają za tym różnice występujące w badanym zakresie między dwoma głównymi rodzinami prawnymi, ukształtowanymi pod wpływem europejskiej kultury prawnej, tj. systemami prawa kontynentalnego oraz *common law*. Najogólniej rzecz ujmując w porządkach *civil law* umowy o pośrednictwo stanowią zagadnienie należące do części szczegółowej prawa zobowiązań. W systemach *common law* problematyka pośrednictwa wiąże się natomiast z *agency*. Upraszczając, można ją określić jako instytucję prawną mieszającą w sobie charakterystyczne dla prawa kontynentalnego zagadnienia, takie jak przedstawicielstwo, zastępstwo pośrednie, reprezentacja przez organ, pośrednictwo²¹, a także niektóre stosunki pracownicze²². Wynika z tego, że łączy ona w sobie instytucje zaliczane w porządkach *civil law* do części ogólnej prawa cywilnego oraz problematykę niektórych kontraktów. Jerzy Fabian w kontekście porównania kontynentalnego przedstawicielstwa oraz *agency* trafnie stwierdził przed laty, że są one „nieprzywiedlne”²³. Wniosek ten jest aktualny odnośnie do relacji między umowami o pośrednictwo a *agency*, w przypadku których również trudno o precyzyjne wskazanie wspólnego mianownika.

Trafności powołanego argumentu dowodzi przebieg prac nad uchwaleniem dyrektywy 86/653/EWG dotyczącej agentów (przedstawicieli) handlowych. Zarówno jej projekt, jak i ostateczny tekst zostały oparte na rozwiązaniach przede wszystkim prawa niemieckiego,

wyr. SN z 23.1.2002 r., I PKN 786/00, OSNP 2004, Nr 2, poz. 30, w którym wskazano, że umowa nie może mieć charakteru mieszanego, łączącego elementy umowy o pracę i umowy zlecenia. Kwestia ta budziła wątpliwości przed wyraźnym wyemancypowaniem się prawa pracy; zob. przykładowo Z. Radwański, Teoria umów, Warszawa 1977, s. 220–222; wyr. SN z 20.3.1965 r., III PU 28/64, OSNC 1965, Nr 9, poz. 157.

²¹ Zob. przykładowo L.S. Clark, P.D. Kinder, Law and Business, McGraw–Hill 1988, s. 215–216 i s. 300–302; D.A. DeMott, A Revised Prospectus for a Third Restatement of Agency, Davis Law Review 1998, t. 31, s. 1037–1040; F.R. Mechem, Outlines of the Law of Agency, Chicago 1901, s. 25–33; L. Rademacher, Authority of agents, w: N. Jansen, R. Zimmermann (red.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford 2018, s. 587–588; F. Reynolds, Agency, w: A. Burrows (red.), English Private Law, Oxford 2013, s. 613–622. Definicja *agency* dobrze oddająca jej znaczenie w systemach *common law* została zawarta w § 1.01 Restatements of the Law (3d) of Agency (t. 1, St. Paul 2006), który przewiduje, że: *Agency is the fiduciary relationship that arises when one person (a 'principal') manifests assent to another person (an 'agent') that the agent shall act on the principal's behalf and subject to the principal's control, and the agent manifests or otherwise consents so to act.*

²² L.S. Clark, P.D. Kinder, Law, s. 216–217; D. Whitman, J.W. Gergacz, The legal environment of business, Nowy Jork 1985, s. 304–305.

²³ J. Fabian, Pełnomocnictwo, Warszawa 1963, s. 26. Podobnie A. Calus, Prawo, s. 222. Podejmowane próby porównania kontynentalnego przedstawicielstwa (reprezentacji) oraz *agency* zazwyczaj ograniczają się do płaszczyzny ogólnej prawa cywilnego i abstrahują od sfery obligacyjnej (prawa kontraktów), tak przykładowo L. Rademacher, Authority, s. 609–620.

a zatem na kontynentalnej koncepcji typu umowy o pośrednictwo (umowy agencyjnej). W toku dyskusji nad dyrektywą przedstawiciele Wielkiej Brytanii krytycznie odnosili się do tego rozwiązania z uwagi na odmiennosc postrzegania *agency* w swoim systemie prawnym oraz wynikające z tego potencjalne trudności w implementacji dyrektywy²⁴.

Po drugie, różnice w ujęciu umów o pośrednictwo występują również między systemami kontynentalnymi. Wniosek ten potwierdzają badania podjęte przed laty przez A. Kocha, który dokonał analizy wybranych umów zaliczanych, zdaniem tego autora, do szeroko rozumianego pośrednictwa (przede wszystkim agencyjnej, maklerskich i dystrybucyjnej) w prawie francuskim, niemieckim i w pewnym zakresie – belgijskim²⁵. Istotne jest, że w monografii powołanego autora nie sformułowano ogólnych wniosków dotyczących grupy umów o pośrednictwo. Wydaje się to zrozumiałe. Mimo pewnych cech wspólnych jej lektura skłania do konstatacji o występowaniu istotnych odmienności w postrzeganiu umów o pośrednictwo w wymienionych porządkach prawnych. Dotyczy to przykładowo zaliczania do pośredników w prawie francuskim tzw. agenta-pracownika (V.R.P. – franc. *voyager, représentant, placier*)²⁶.

Zróznicowanie kontraktów z zakresu pośrednictwa w ujęciu prawnooporównawczym ujawnia się również w analizach odnoszących się wyłącznie do jednego typu umowy. Przykład stanowi monografia J. Frąckowiaka o umowie komisu²⁷. W podsumowaniu uwag prawnooporównawczych dotyczących tego kontraktu autor wskazał, że odmiennosc konstrukcji prawnej komisu w poszczególnych systemach prawnych jest na tyle poważna, że na pierwszy plan wysuwają się różnice między nimi²⁸.

Po trzecie, pomimo występowania tendencji do ujednoczenia prawa umów, krajowe systemy prawne pozostają autonomiczne. Każdy z nich odznacza się określoną specyfiką, która stanowi konsekwencję wielu wzajemnie oddziałujących na siebie czynników prawnych (legislacja, orzecznictwo, doktryna), historycznych i społeczno-ekonomicznych²⁹. Nie widać

²⁴ Przebieg prac nad dyrektywą 86/653/EWG przedstawił O. Lando, The EEC draft directive relating to self-employed commercial agents: The English Law Commission versus the EC Commission, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 1980, t. 44, Nr 1, s. 1–16. Zob. również *tenże*, Principles of European Contract Law: An Alternative or a Precursor of European Legislation, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 1992, t. 56, Nr 2, s. 264.

²⁵ A. Koch, *Formy pośrednictwa handlowego w eksporcie na tle wybranych systemów prawnych państw EWG*, Warszawa 1981.

²⁶ *Ibidem*, s. 11–20.

²⁷ J. Frąckowiak, *Komis w eksporcie według prawa polskiego*, Wrocław 1985.

²⁸ *Ibidem*, s. 26–27.

²⁹ Na temat istotności uwarunkowań polityczno-społeczno-gospodarczego otoczenia określonej instytucji prawnej w kontekście analizy prawnooporównawczej oraz problematyki *legal transplants* zob. szerzej O. Kahn-Freund, On Uses and Misuses of Comparative Law, *The Modern Law Review* 1974, t. 37, Nr 1, s. 1–27. Zob. również L. Niglia, Of harmonization and fragmentation: the problem of legal transplants in the europeanization of private

wyraźnych przesłanek, aby ten stan rzeczy miał ulec zmianie w dającej się przewidzieć przyszłości. Kontekst prawa krajowego nadal pozostaje podstawowym obszarem refleksji dogmatyk prawniczych.

Należy również zauważyć, że badania nad umowami o pośrednictwo prowadzone z perspektywy prawa krajowego mają nieco inny cel, niż analizy prawno porównawcze. Pomijając wartość czysto poznawczą, stosowalność wniosków tych ostatnich dotyczy przede wszystkim sfery *de lege ferenda*. Wykorzystanie argumentów porównawczych w orzecznictwie należy natomiast do rzadkości. Wiąże się to z okolicznością, że źródłem rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach podmiotu może być tylko prawo powszechnie obowiązujące w określonym porządku prawnym³⁰. Wykładnia prawno porównawcza ma zatem, co do zasady, charakter pomocniczy³¹.

Analiza umów o pośrednictwo w prawie polskim umożliwia przedstawienie stanu i postulatów *de lege lata*. Użyteczność tego ujęcia wzmacnia okoliczność, że badana problematyka jest w różnych aspektach przedmiotem mniej albo bardziej rozbieżnych poglądów doktryny i orzecznictwa. W zakresie, w jakim mogą one wpływać na postrzeganie umów o pośrednictwo jako grupy, kwestie te wymagają przedstawienia i oceny. W przypadku analizowanej grupy kontraktów znaczenie tych rozważań ujawnia się zwłaszcza w kontekście ustalania charakteru i reżimu prawnego nienazwanych umów o świadczenie usług, których przedmiotem jest pośrednictwo. Dotyka to zatem sfery ściśle związanej z jednymi z naczelných zasad prawa cywilnego, tj. pewności prawa i bezpieczeństwa obrotu.

Zawężenie zakresu rozważań do prawa polskiego nie wyjaśnia, które typy kontraktów należy wziąć pod uwagę przy określeniu cech umów o pośrednictwo. Jak już wskazano kwalifikacja części z nich do tej grupy jest sporna.

law, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2010, t. 17, Nr 2, s. 116–136, która na przykładach związanych z implementacją prawa UE wskazuje problemy związane z poszukiwaniem cech wspólnych instytucji prawnych wyłącznie z perspektywy dogmatycznoprawnej.

³⁰ Przez prawo powszechnie obowiązujące w określonym porządku prawnym należy rozumieć prawo ustanowione przez organy krajowe oraz akty prawne inkorporowane do systemu krajowego. Przykładem jest multicytryczność porządków prawnych państw należących do Unii Europejskiej, w których obok prawa krajowego stosowane bezpośrednio są również rozporządzenia unijne oraz, co do zasady, ze skutkiem pośrednim – dyrektywy. Zob. szerzej E. Łętowska, Multicytryczność współczesnego systemu prawa i wykładnia jej przyjazna, w: L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana, Kraków 2002, s. 1127–1146.

³¹ Potrzeba wykładni prawno porównawczej ujawnia się przede wszystkim w sytuacjach, w których określona sprawa dotyczy na tyle nietypowego, rzadko występującego lub nowego stanu faktycznego, że obowiązujące w danym porządku prawnym przepisy nie dają wyraźnej podstawy rozstrzygnięcia. Przykłady w tym zakresie z orzecznictwa holenderskiego przedstawia T. Koopmans, Comparative Law and the Courts, The International and Comparative Law Quarterly 1996, t. 45, Nr 3, s. 549–555.

Jedynym racjonalnym rozwiązaniem wydaje się przyjęcie za podstawę rozważań umów, których przyporządkowanie nie budzi wątpliwości. Przeprowadzone badania nad doktryną i orzecznictwem prowadzą do wniosku, że należy do nich zaliczyć umowy: agencyjną (w tym jej wyspecjalizowane odmiany), komisju, o pośrednictwo zwykłe (dorywcze, jednorazowe) oraz maklerskie (brokerskie). Ze względu na metodę regulacji interesującym materiałem badawczym są również kontrakty o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami oraz w zakresie kredytu hipotecznego.

Kluczowe znaczenie w analizie należy przypisać umowom kodeksowym (aktualnie agencyjnej i komisju), które stanowią trzon części szczegółowej prawa zobowiązań, podstawowe źródło kryteriów jej systematyki oraz punkt odniesienia dla kwalifikacji wszystkich stosunków pozakodeksowych, w tym nienazwanych. W rezultacie umowy te należy przedstawić również w kontekście historycznym przez przybliżenie ich regulacji w kodeksie handlowym. Tak samo istotna jest analiza umowy o pośrednictwo zwykłe, która była uregulowana w kodeksie zobowiązań (art. 517–522 KZ), a obecnie jest umową nienazwaną. Warto zaznaczyć, że jej ówczesne ujęcie do dzisiaj stanowi istotny punkt odniesienia dla tworzenia i stosowania prawa oraz dyskursu naukowego w zakresie umów o pośrednictwo.

Po określeniu *spectrum* badanych umów konieczne jest jeszcze wyjaśnienie, które ich elementy powinny podlegać analizie, żeby osiągnąć cele rozważań. Nie każdy z tych elementów ma znaczenie z perspektywy udzielenia odpowiedzi na postawione pytania badawcze. Niniejsza praca nie aspiruje do rozwiązania wszystkich problemów związanych z umowami o pośrednictwo.

Systematyka umów może następować według różnych kryteriów. Tradycyjne odnosi się do przedmiotu umowy, a ściślej, do przedmiotu zobowiązania z niej wynikającego³². Funkcję umożliwiającą porządkowanie prawa umów pełni w tym ujęciu świadczenie charakterystyczne, które ma zazwyczaj charakter niepieniężny. W rezultacie wyróżnia się przykładowo umowy o: przeniesienie własności rzeczy (np. umowa sprzedaży, umowa zamiany, umowa darowizny), korzystanie z rzeczy (np. umowa najmu, umowa dzierżawy, umowa użyczenia, umowa leasingu), a także wymienione wyżej umowy o świadczenie usług³³.

³² Zob. zwłaszcza M. Sośniak, Grupy i rodzaje umów obligacyjnych w europejskiej doktrynie i ustawodawstwie, *Studia Iuridica Silesiana* 1991, Nr 16, s. 109–113; *tenże*, Z zagadnień, s. 268–269 wraz z powołaną tam literaturą zagraniczną. Na temat kryteriów systematyki umów zob. również S. Grzybowski, w: S. Grzybowski (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 20–22; Z. Radwański: Teoria, s. 209; R. Szostak, Problem systematyki umów obligacyjnych w nowym kodeksie cywilnym, *TPP* 2012, Nr 1, s. 63–64.

³³ S. Grzybowski, w: S. Grzybowski (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 20–21.

Możliwe jest również systematyzowanie umów na podstawie kryterium funkcjonalnego, a zatem według pełnionej przez nie funkcji gospodarczej³⁴. Ujęcie to cechuje większa elastyczność oceny niż przy przyjęciu pierwszego z przedstawionych sposobów porządkowania kontraktów. Z drugiej strony może prowadzić do łączenia w grupy umów, które konstrukcyjnie mają ze sobą niewiele wspólnego. Przykład stanowią umowy o funkcji kredytowej, do których część doktryny zalicza nie tylko umowę kredytu bankowego i umowę pożyczki, ale również umowę leasingu i umowę factoringu właściwego³⁵. Ponadto funkcje części typów umów nie zawsze są jednoznaczne³⁶ lub ujawniają się dopiero na gruncie konkretnego stosunku kontraktowego (np. umowa sprzedaży na raty pełni funkcję kredytową).

Za podstawę ocen dokonywanych w niniejszej pracy przyjęto kryterium odnoszące się do świadczenia pośrednika. Po pierwsze, przekonuje do tego pożądaný z perspektywy celów systematyki umów, wyższy niż w przypadku aspektu funkcjonalnego stopień precyzji wniosków wynikających z jego wykorzystania. Z tego względu zwolennikiem porządkowania umów według ich przedmiotu był m.in. Z. Radwański³⁷. Znaczenie powyższego ujawnia się zwłaszcza odnośnie do umów nazwanych, w przypadku których ustawodawca w sposób bezwzględnie wiążący określa ich *essentialia negotii*, do których należy również świadczenie charakterystyczne. Po drugie, za przyjętym kryterium przemawia okoliczność, że stanowi ono przesłankę wyodrębnienia umów o świadczenie usług. W rezultacie należy się nim konsekwentnie posługiwać podejmując próbę wydzielenia z nich umów o pośrednictwo.

Mając na uwadze przedstawione wyżej argumenty dominantą analizy poszczególnych typów umów o pośrednictwo jest świadczenie pośrednika. Zagadnienia dotyczące ich funkcji gospodarczych przedstawiono natomiast w sposób ogólny w rozdziale drugim pracy, a także w § 8. rozdziału siódmego. Stanowią one wyłącznie pomocniczy argument kwalifikacyjny.

Obok świadczenia pośrednika rozważania odnoszą się do innych podstawowych elementów konstrukcyjnych badanych umów, zwłaszcza świadczenia drugiej strony (dającego zlecenie) oraz dodatkowych obowiązków pośrednika. Pominięto natomiast zagadnienia niezwiązane ściśle z istotą analizowanych kontraktów, dotyczące w szczególności zawierania i rozwiązywania umowy, jej formy, a także przedawnienia oraz zabezpieczenia roszczeń. Ich omówienie nie przybliżyłoby do odpowiedzi na postawione pytania badawcze.

³⁴ M. Sośniak, Z zagadnień, s. 269–272.

³⁵ Tak przykładowo G. Tracz, Umowa kredytu. Uwagi de lege lata i de lege ferenda, TPP 2007, Nr 3–4, s.139.

³⁶ Zob. uwagi dotyczące funkcji umowy franchisingu przedstawione w § 2. rozdziału szóstego.

³⁷ Zob. przykładowo Z. Radwański, Wstępny projekt systematyzacji tak zwanej części szczegółowej prawa zobowiązań, TPP 2012, Nr 1, s. 6–7.

Należy zastrzec, że poszczególne typy umów o pośrednictwo zostały przedstawione syntetycznie, a niektóre zagadnienia w sposób niemal podręcznikowy. Celem tego zabiegu nie jest przekazanie czytelnikowi podstawnych informacji o poszczególnych umowach, lecz wskazanie przesłanek wnioskowania indukcyjnego, umożliwiających określenie cech wspólnych umów o pośrednictwo w dalszej części pracy.

§ 4. Porządek rozważań

Założenia co do zakresu rozważań determinują ich porządek. Praca składa się z ośmiu rozdziałów.

Rozdział drugi wprowadza w problematykę umów o pośrednictwo przez przedstawienie genezy oraz społeczno-gospodarczego znaczenia pośrednictwa. Podstawowym celem tego fragmentu jest identyfikacja zjawiska pośrednictwa i jego funkcji w obrocie.

Rozdziały trzeci i czwarty poświęcono analizie kontraktów powszechnie zaliczanych do umów o pośrednictwo w kodeksie zobowiązań, kodeksie handlowym oraz kodeksie cywilnym. Ich zwieńczenie stanowią wyodrębnione redakcyjnie wnioski co do podobieństw i różnic występujących między tymi kontraktami. W celu zachowania koherencyjności wywodu, w ramach kodeksowych umów o pośrednictwo, których kwalifikacja nie budzi wątpliwości, przedstawiono również regulacje dotyczące umowy zlecenia oraz nienazwanych umów o świadczenie usług (art. 750 KC). Nie budzi wątpliwości, że umowa zlecenia stanowi modelową regulację kontraktów o świadczenie usług. Rodzi to potrzebę przedstawienia w niezbędnym zakresie dotyczących jej przepisów oraz ustalenia ich znaczenia dla stosunków z zakresu pośrednictwa.

W rozdziale piątym omówiono pozakodeksowe umowy o pośrednictwo, których kwalifikacja do tej grupy nie budzi wątpliwości. We wprowadzeniu do tego fragmentu pracy dokonano dalszego doprecyzowania zakresu badanych zagadnień, w tym wskazano przyczyny ograniczenia przedstawionej w nim materii badawczej.

Rozważania poczynione w pierwszych pięciu rozdziałach pozwalają, po pierwsze, na wyciągnięcie wstępnych wniosków co do przesłanek kwalifikujących określone umowy do grupy umów o pośrednictwo. Umożliwia to zidentyfikowanie kontraktów, które nie należą do tego grona oraz przyczyn dokonanych ocen. Przedstawiono je w rozdziale szóstym.

Po drugie, ustalenie cech umów o pośrednictwo stanowi podstawę wskazania występujących między nimi podobieństw i różnic. Ich konsekwencją są wyodrębniane

w doktrynie i orzecznictwie podziały i typologie umów o pośrednictwo, metonimicznie określane jako rodzaje pośrednictwa. Wskazanej problematyce poświęcono rozdział siódmy.

Pracę wieńczy przedstawienie wniosków końcowych w rozdziale ósmym, w którym podjęto próbę udzielenia odpowiedzi na pytania badawcze.

§ 5. Metody badawcze

Ostatnia z uwag wprowadzających dotyczy metod badawczych wykorzystanych w pracy. W związku z celem rozprawy oraz postawionymi pytaniami badawczymi podstawowym sposobem analizy jest charakterystyczna dla prawa cywilnego metoda dogmatyczna. Polega ona na egzegezie przepisów prawnych regulujących badane typy umów. Powyższemu służy wykorzystanie wykładni językowej, funkcjonalnej oraz systemowej.

W istotnym zakresie wykorzystano również metodę historyczną. Przed wszystkim chodzi o analizę przepisów o umowach o pośrednictwo zawartych w kodeksie zobowiązań oraz kodeksie handlowym. Rozważania nad aktualnym stanem prawnym, zwłaszcza odnośnie do nienazwanej umowy o pośrednictwo zwykłe, dowodzą przemożnego wpływu ustawodawstwa i doktryny międzywojennej na współczesne rozumienie umów o pośrednictwo. Wykorzystanie metody historycznej pozwala zatem na wskazanie ogólnych tendencji w postrzeganiu pośrednictwa na przestrzeni ostatnich dziewięćdziesięciu lat. Dodatkowo umożliwia to również przedstawienie przemian, którym podlegało ujęcie omawianej grupy kontraktów. W celu uchwyceniu cech wspólnych oraz różnic w unormowaniu umów o pośrednictwo przed i po wejściu w życie kodeksu cywilnego, zwłaszcza jako systemu regulacji, zostały one omówione w odrębnych częściach pracy.

Ponadto, we wszystkich dalszych rozdziałach rozprawy analizie zostało poddane również orzecznictwo, co na gruncie nauk prawnych dosyć powszechnie uważa się za substytut metody empirycznej. Podkreślenia wymaga, że w związku z teoretycznym charakterem węzłowych zagadnień rozważanych w pracy, dorobek judykatury nie jest jednak obszerny.

Jak wyjaśniono we wcześniejszych uwagach, w ograniczonym zakresie zastosowano także metodę prawnoporównawczą. Jej wykorzystanie polega przede wszystkim na przedstawieniu rozwiązań prawa niemieckiego, które stanowiły inspirację dla unormowania umów o pośrednictwo w kodeksie zobowiązań oraz w kodeksie handlowym.

Rozdział II.

Geneza i znaczenie gospodarcze pośrednictwa

Jak stwierdzono w uwagach wprowadzających, pośrednictwo nie zostało zdefiniowane w ustawodawstwie. W związku z tym za punkt wyjścia rozważań trzeba przyjąć jego powszechne rozumienie. Zgodnie z nim pośrednictwo stanowi działalność osoby trzeciej mającą na celu porozumienie między stronami lub załatwienie jakichś spraw ich dotyczących³⁸. Inne określenie utożsamia je z kojarzeniem kontrahentów w transakcjach handlowych oraz umożliwieniem kontaktu uczestnikom rynku pracy³⁹. Wynika z tego, że pośrednictwo ściśle wiąże się z działaniem podmiotu trzeciego (pośrednika), którego celem jest osiągnięcie porozumienia między podmiotami innymi niż on sam.

Początki tak rozumianego pośrednictwa sięgają starożytności. Już w tamtym okresie historycznym wykształciła się potrzeba skorzystania z pomocy osoby trzeciej w celu załatwienia sprawy, której określony podmiot, z różnych względów nie chciał, nie mógł lub nie potrafił załatwić osobiście. Jurydycznym refleksem tej potrzeby było pojawienie się w klasycznym prawie rzymskim instytucji takich jak posłaniec (*nuntius*) oraz zlecenie (*mandatum*)⁴⁰, a w późniejszym okresie kontraktu estymatoryjnego (*aestimatum*)⁴¹.

Instytucja pośrednictwa rozwijała się w średniowieczu i we wczesnym okresie nowożytnym przede wszystkim w stosunkach handlowych między kupcami z dużych ośrodków miejskich. Początkowo pierwszorzędne znaczenie w tym zakresie miały miasta włoskie (Genua, Wenecja)⁴², a następnie Antwerpia i Amsterdam⁴³. Pośrednicy pełnili istotną rolę na targach i jarmarkach, w handlu zagranicznym oraz na kształtujących się od początku XVI w. giełdach towarowych.

Kamień milowy w rozwoju pośrednictwa stanowiła rewolucja przemysłowa, której skutkami było w szczególności uprzemysłowienie gospodarki i społeczeństwa, urbanizacja, powstanie wielu nowych usług, branż, i zawodów, umożliwienie masowej produkcji oraz

³⁸ Słownik języka polskiego PWN, opracowanie zbiorowe, Warszawa 2021, s. 901.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ K. Kolańczyk, Prawo rzymskie, Warszawa 1978, s. 220–221; 404–408.

⁴¹ *Ibidem*, s. 410–411. Kontrakt estymatoryjny polegał na oddaniu do sprzedaży rzeczy oszacowanej, przy czym otrzymujący ją podmiot zobowiązywał się względem oddającego do zapłaty sumy wynikającej z oszacowania albo do zwrotu rzeczy. Uważa się go za historyczny poprzednik umowy komisji.

⁴² M. Reinkenhof, w: M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann (red.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, t. 3, Schuldrecht: Besonderer Teil. 1. Teilband §§ 433–656, Tybinga 2013, s. 1487–1488 zwraca uwagę na objęcie działalności pośredników regulacją statutów miejskich. Zob. również F. Braudel, Kultura materialna, gospodarka i kapitalizm XV–XVIII wiek, t. 3, Czas świata, Warszawa 2019, s. 110–115.

⁴³ F. Braudel, Kultura, s. 120–136 i s. 201–208.

pogłębienie podziału pracy⁴⁴. Wyżej wymienione spowodowały z kolei poszukiwanie nowych rynków zbytu oraz podmiotów mogących pośredniczyć w handlu na tych rynkach.

Przedstawione czynniki z jednej strony umożliwiały, a z drugiej czyniły niezbędnym coraz szersze wykorzystanie pośrednictwa i pośredników w obrocie. Konsekwencją zachodzących przemian społeczno-gospodarczych była konieczność przyjęcia rozwiązań prawnych wychodzących naprzeciw nowym potrzebom.

Przełomową zmianą było wykształcenie się w XIX w. nieznaney szerzej prawu rzymskiemu⁴⁵ instytucji zastępstwa bezpośredniego. Jej regulację można odnaleźć już w pierwszych nowoczesnych kodyfikacjach prawa prywatnego, tj. w Kodeksie Napoleona oraz w ABGB. Podkreślenia wymaga, że stanowiła ona na ich gruncie element umowy zlecenia, określanej również jako umowa pełnomocnictwa⁴⁶. Artykuł 1984 KC franc. stanowi, że zlecenie lub pełnomocnictwo (franc. *le mandat ou procuration*) to akt, przez który osoba daje drugiej władzę dokonania czynności, za siebie i w swoim imieniu, przy czym umowa nie wiąże bez wyrażenia zgody przez pełnomocnika (franc. *mandataire*)⁴⁷. Paragraf 1002 ABGB przewiduje natomiast, że kontrakt, przez który jeden przyjmuje na siebie sprawowanie powierzonego mu interesu w imieniu drugiego, nazywa się kontraktem pełnomocnictwa (niem. *Bevollmächtigungsvertrag*). Warto wskazać, że powołane przepisy należały do prawa obowiązującego na ziemiach polskich po odzyskaniu niepodległości. Badania nad orzecznictwem okresu międzywojennego dowodzą, że były one interpretowane również jako podstawa prawna udzielenia umocowania innej osobie⁴⁸.

⁴⁴ Znaczenie podziału pracy w kształtowaniu się umów o pośrednictwo, a zwłaszcza umowy agencyjnej, akcentują J. Kufel, *Umowa agencyjna*, Warszawa–Poznań 1977, s. 7; E. Rott-Pietrzyk, *Agent handlowy – regulacje polskie i europejskie*, Warszawa 2006, s. 1.

⁴⁵ K. Kolańczyk, *Prawo*, s. 221; L. Rademacher, *Authority*, s. 589. Zob. również M. Smyk, *Pełnomocnictwo według kodeksu cywilnego*, Warszawa 2010, s. 25–28.

⁴⁶ Zob. szerzej J. Fabian, *Pełnomocnictwo*, s. 7–8; W. Ludwiczak, *Umowa zlecenia*, Poznań 1955, s. 15–20; A. Szpunar, w: S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego*, t. III, cz. 2, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Ossolineum 1976, s. 388; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 337.

⁴⁷ Wprowadzenie do prawa francuskiego ogólnej instytucji przedstawicielstwa zostało dokonane dopiero mocą ordonansu n°2016-131 z 10.2.2016 r. w sprawie reformy prawa umów. W nowym art. 1154 KC franc. w ust. 1 i 2 wyróżniono zarówno ogólną konstrukcję zastępstwa bezpośredniego (franc. *représentation parfaite*), jak i zastępstwa pośredniego (franc. *représentation imparfaite*). Artykuł 1984 KC franc. nie uległ zmianie i pełnomocnictwo nadal stanowi umowę, a nie jednostronną czynność prawną. Ogólnie na temat reformy francuskiego prawa umów zob. szerzej O. Deshayes, T. Genicon, *La réforme française du droit des contrats: propos introductifs*, w: M. Lemmonier, R. Schulze, D. Skupień (red.), *La réforme du droit des contrats en France – réflexions de juristes européens*, Łódź 2019, s. 23–32.

⁴⁸ Tak np. orz. SN z 29.8.1933 r., C II 1038/33, OSP 1934, t. 13, poz. 210; orz. SN z 3.11.1933 r., C I 797/33, OSP 1934, t. 13, poz. 149; orz. SN z 2.8.1935 r., C II 662/35, OSP 1936, t. 15, poz. 413; orz. SN z 22.1.1936 r., C II 2081/35, OSP 1936, t. 15, poz. 740; orz. SN z 12.3.1937 r., C II 2547/36, OSP 1938, t. 17, poz. 80.

Kluczowy wpływ na ukształtowanie odrębnej od umowy zlecenia instytucji prawnej zastępstwa bezpośredniego wywarł niemiecki kodeks cywilny z 1896 r. (BGB)⁴⁹, który wszedł w życie 1 stycznia 1900 roku. W Rozdziale trzecim Księgi I (Część ogólna), dotyczącym czynności prawnych, przewidziano Tytuł V. „Przedstawicielstwo. Pełnomocnictwo” (niem. *Vertretung. Vollmacht*). Rozpoczynający go § 164 ust. 1 BGB stanowi, że oświadczenie woli, które złożone przez określoną osobę w imieniu zastępowanego w zakresie przysługującego jej uprawnienia do zastępstwa, wywiera bezpośredni skutek dla zastępowanego oraz przeciw niemu. Ujęcie zastępstwa bezpośredniego w BGB jest wyrazem prezentowanej w szczególności przez R. *Iheringa* teorii reprezentacji (niem. *Repräsentationstheorie*)⁵⁰. Stanowiła ona jedną ze ścierających się ówczesznie w nauce niemieckiej koncepcji co do istoty przedstawicielstwa⁵¹. Teoria reprezentacji zakłada, że przy dokonywaniu czynności prawnej przez przedstawiciela, ten ostatni składa swoje własne oświadczenie woli (dokonuje czynności prawnej), ale czyni to w imieniu i z bezpośrednim skutkiem dla reprezentowanego. Koncepcja ta ostatecznie zwyciężyła i została przyjęta w BGB, a następnie przeniknęła do innych porządków prawnych, w tym do prawa polskiego⁵².

Wyłącznie zasygnalizowania wymaga, że w podobnym okresie w państwach systemów *common law* rozwijała się instytucja *agency*⁵³.

Wykształcenie instytucji zastępstwa bezpośredniego spowodowało jeszcze szersze wykorzystanie pośrednictwa w obrocie. Do tego momentu pośrednik mógł dokonywać wyłącznie czynności faktycznych zmierzających do zawarcia umowy przez strony lub zawrzeć umowę we własnym imieniu, ale na rzecz innego podmiotu (zastępstwo pośrednie). Nowe rozwiązania pozwoliły natomiast na posłużenie się przez jedną ze stron pośrednikiem w celu

⁴⁹ Na temat wyodrębnienia zastępstwa bezpośredniego jako samodzielnej instytucji prawnej zob. szerzej *W. Müller-Freienfels*, *Legal Relations in the Law of Agency: Power of Agency and Commercial Certainty*, *The American Journal of Comparative Law* 1964, t. 13, Nr 2, s. 199–207; *L. Rademacher*, *Authority*, s. 590–591; *E. Rott-Pietrzyk*, *Agent*, s. 9–10.

⁵⁰ *R. von Ihering*, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, cz. 3, Lipsk 1888, s. 176.

⁵¹ Konkurencyjnymi teoriami wyjaśniającymi istotę zastępstwa bezpośredniego były teoria podmiotu interesu (*K. Savigny*) oraz teoria pośrednia (*L. Mitteis*, *A. Lenel*). Na ich temat zob. szerzej *J. Fabian*, *Pełnomocnictwo*, s. 31–36; *B. Gawlik*, w: *S. Grzybowski* (red.), *System Prawa Cywilnego*, t. I, Część ogólna, Ossolineum 1985, s. 743–744; *M. Pazdan*, w: *A. Olejniczak*, *Z. Radwański* (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 2, Część ogólna, Warszawa 2019, s. 593–594; *M. Smyk*, *Pełnomocnictwo*, s. 29–35; *A. Szpunar*, *Stanowisko prawne pełnomocnika*, *Przegląd Notarialny* 1949, nr 1–2, s. 69–71.

⁵² Zob. art. 93 § 1 i 2 KZ oraz art. 95 § 1 i 2 KC.

⁵³ *W. Müller-Freienfels*, *Legal*, s. 193 oraz *L. Rademacher*, *Authority*, s. 591–592 zwracają uwagę na niezależność kształtowania się kontynentalnego przedstawicielstwa oraz *agency*.

zawarcia umowy w jej imieniu i na jej rzecz⁵⁴. Uczestnictwo w obrocie handlowym stało się możliwe na niespotykaną wcześniej skalę.

Paralelnie do uformowania instytucji zastępstwa bezpośredniego, dziewiętnastowieczny ruch kodyfikacyjny zaowocował również wprowadzeniem nowych oraz rozwinięciem znanych umów cywilnoprawnych, stanowiących podstawę działalności pośredników. Regulacje aktów normatywnych powstałych w tym okresie objęły, między innymi umowę komisju⁵⁵, spedycji⁵⁶ oraz status prawny, w tym skutki działania, pełnomocników handlowych (prokurentów)⁵⁷, a także innych, różnie określanych pośredników handlowych (pomocników, uczniów, agentów, stręczycieli, faktorów, maklerów)⁵⁸.

Z perspektywy dalszych rozważań dotyczących prawa polskiego, pionierskiego charakteru części przyjętych rozwiązań oraz oddziaływania na inne porządki prawne, na szczególną uwagę zasługuje prawo niemieckie. Charakterystyczne dla niego rozdzielenie prawa handlowego od prawa cywilnego znalazło swoje odzwierciedlenie również w zakresie regulacji umów o pośrednictwo. Zostały one unormowane dualistycznie, osobno dla prawa cywilnego oraz prawa handlowego.

Pierwszą z nich stanowi umowa maklerska⁵⁹ lub (według innego tłumaczenia) umowa o pośrednictwo⁶⁰ (niem. *Maklervertrag*), uregulowana w §§ 652–656d BGB. Paragraf 652 ust. 1 BGB definiuje ją w następujący sposób: kto przyrzeka drugiemu wynagrodzenie za wskazanie sposobności do zawarcia umowy z inną osobą lub za pośredniczenie przy zawarciu takiej umowy, zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia tylko wtedy, gdy umowa zostanie zawarta wskutek wskazania sposobności lub pośredniczenia przez pośrednika.

Niemiecka regulacja pośrednictwa handlowego objęła natomiast określenie statusu prawnego trzech rodzajów pośredników. Pierwszym jest przedstawiciel (agent) handlowy (niem. *Handelsvertreter*), którego status prawny uregulowano w §§ 84–92c HGB. Zgodnie z § 84 ust. 1 HGB jest nim osoba, która nie będąc przyjęta jako pełnomocnik handlowy, ma na

⁵⁴ K. Hopt, w: A. Baumbach, K. Hopt (red.), *Handelsgesetzbuch: mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)*, Monachium 2014, s. 1459 wskazuje, że wykształcenie instytucji przedstawicielstwa spowodowało spadek znaczenia, opartej na zastępstwie pośrednim, umowy komisju już w XIX wieku.

⁵⁵ Zob. przykładowo art. 91 francuskiego kodeksu handlowego (*Code de commerce* z 1807 r.); art. 360 kodeksu handlowego austriackiego (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* z 1862 r.); § 383 HGB.

⁵⁶ Zob. art. 96 francuskiego kodeksu handlowego; art. 379 austriackiego kodeksu handlowego; § 407 HGB.

⁵⁷ Zob. art. 41 austriackiego kodeksu handlowego; § 48 HGB.

⁵⁸ Zob. art. 71–84 francuskiego kodeksu handlowego; art. 57 austriackiego kodeksu handlowego; § 59 HGB.

⁵⁹ Tak: D. Bucior, Pośredniczenie i zawieranie umów jako przedmiot zobowiązania agenta, *Studia prawnicze KUL* 2010, Nr 4, s. 10.

⁶⁰ Tak: M. Barański, Umowa o pośrednictwo zwykłe, *PUG* 2011, Nr 4, s. 29–30; *tenże*, Umowa o pośrednictwo zwykłe w wybranych systemach prawnych, *TPP* 2016, Nr 1, s. 8–9; L. Ogiegło, *Odpowiedzialność*, s. 251.

stałe powierzone pośredniczenie w interesach handlowych drugiego kupca albo ma prawo do zawierania umów w jego imieniu⁶¹.

Drugi rodzaj pośrednika handlowego stanowi makler handlowy (niem. *Handelsmäkler*), do którego odnoszą się §§ 93–104 HGB. Stosownie do § 93 ust. 1 HGB maklerem jest każdy kto dla innych osób, od których jednak nie ma co do tego stałego, opartego na stosunku umownym, poruczenia, podejmuje się zawodowo pośredniczenia, w szczególności przy umowach o nabycie lub sprzedaż towarów lub papierów wartościowych, o ubezpieczenie, przewóz towarów, umowach najmu statków lub o inne przedmioty handlowe. Przyjmuje się, że makler handlowy stanowi podtyp maklera cywilnego, wyodrębniony według kryteriów statusu przedsiębiorcy (kupca – niem. *Kaufmann*) oraz przedmiotowego (typy kontraktów określone w § 93 HGB) i w konsekwencji – w zakresie nieuregulowanym w HGB – do handlowej umowy maklerskiej stosuje się § 652 BGB i następnę⁶².

Regulacje dotyczące przedstawiciela handlowego oraz maklera handlowego znajdują się w księdze pierwszej HGB zatytułowanej „Stan kupiecki” (niem. *Handelsstand*). Jej przepisy określają status prawny kupca i jego przedsiębiorstwa. W związku z tym unormowania dotyczące pośredników handlowych odnoszą się do nich jako samodzielnych (niezależnych) „pomocników kupca”. Nie budzi jednak wątpliwości, że stosunki prawne z pośrednikiem są nawiązywane na podstawie określonych typów umów (umowy o przedstawicielstwo handlowe, niem. *Handelsvertretervertrag* oraz handlowej umowy maklerskiej, niem. *Handelsmaklervertrag*). Fakt, że HGB odnosi się do pośredników handlowych, a nie do umów o pośrednictwo handlowe jest wyłącznie konsekwencją pewnej tradycji oraz realizującej ją techniki legislacyjnej.

Trzeciego pośrednika można określić mianem komisanta (niem. *Kommissionär*). W przeciwieństwie do wyżej przedstawionych pośredników handlowych jego status prawny określono w księdze IV HGB, dotyczącej czynności handlowych (niem. *Handelsgeschäfte*), a ściślej w §§ 383–406 HGB. Mimo to, podobnie jak w przypadku przedstawionych wyżej pośredników handlowych, nie definiują one samej umowy komisum (interesu komisowego, niem. *Kommissionsgeschäft*), tylko komisanta. W myśl § 383 ust. 1 HGB jest nim ten, kto we własnym imieniu zawodowo podejmuje się kupna lub sprzedaży towarów albo papierów

⁶¹ Przyjmuje się, że § 84 HGB stanowi pierwsze uregulowanie umowy agencyjnej. Tak zwłaszcza *I. Mycko-Katner*, Umowa agencyjna, Warszawa 2012, s. 23; *E. Rott-Pietrzyk*, Agent, s. 1–6. Na powołanym przepisie wzorowało się w szczególności prawo austriackie oraz szwajcarskie. Zob. szerzej *A. Szpunar*, w: *S. Grzybowski* (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 642.

⁶² Tak przykładowo *K. Kotzian-Marggraf*, w: *H. Oetker* (red.), *Handelsgesetzbuch. Kommentar*, BeckOK 2021, kom. do § 93, Nb 1–3; *A. Ströbl*, w: *I. Drescher, H. Fleischer, K. Schmidt* (red.), *Handelsgesetzbuch. Münchener Kommentar*, §§ 1–104a, BeckOK 2021, kom. do § 93 HGB, Nb 1–2.

wartościowych na rachunek drugiego (komitenta, niem. *Kommittent*). Umowa komisju ma w prawie niemieckim, co do zasady, charakter dorywczy (jednorazowy), a zatem dotyczy kupna lub sprzedaży jednej lub oznaczonej liczby rzeczy ruchomych lub papierów wartościowych. Jeżeli komisant zobowiązał się do stałego zastępstwa pośredniego, działa natomiast jako agent komisju (niem. *Kommissionsagent*), a sama umowa jest określana mianem komisju agencji (niem. *Kommissionsagenturvertrag*)⁶³. Stanowi ona kontrakt mieszany, łączący w sobie cechy umowy komisju oraz umowy agencji (o przedstawicielstwo handlowe)⁶⁴.

Kontynuując omawianie ewolucji instytucji pośrednictwa należy wskazać, że istotną tendencją, która wystąpiła w XX wieku była jego specjalizacja. Jej emanacją w sferze normatywnej było uregulowanie w wielu porządkach prawnych szeregu szczegółowych postaci pośrednictwa. W większości przypadków stanowiły one podtypy przedstawionych wyżej ogólnych umów dotyczących pośrednictwa, zwłaszcza umowy agencji. Można do nich zaliczyć w szczególności: agencję i maklerstwo morskie oraz pośrednictwo: ubezpieczeniowe (agencyjne i brokerskie), w obrocie giełdowym (zarówno papierami wartościowymi, jak i towarami), w obrocie nieruchomościami oraz w zakresie usług turystycznych.

Stworzenie prawnej infrastruktury dla pośrednictwa pozwoliło na jego upowszechnienie w praktyce. Uwypukliło to korzyści, które przynosi ono uczestnikom obrotu oraz gospodarce jako całości.

Beneficjentami wykorzystania pośrednictwa są w pierwszej kolejności podmioty oferujące towary lub usługi, a zatem najczęściej przedsiębiorcy. Pośrednictwo zapewnia im możliwość znacznie szerszej obecności na rynku, niż gdyby posługiwali się tradycyjnymi kanałami dystrybucji, na przykład sprzedażą bezpośrednią⁶⁵. Sieć kontaktów handlowych oraz specjalistyczna wiedza pośrednika stanowią dla przedsiębiorców środek ekspansji w skali krajowej i międzynarodowej⁶⁶. Pośrednictwo umożliwia im przewyżnianie różnorodnych barier ograniczających zakres ich działalności⁶⁷. Dotyczy to w szczególności przeszkód ekonomicznych (koszty i ryzyko związane z wejściem na nowe rynki), prawnych (przepisy celne, podatkowe, administracyjne) oraz faktycznych (nieznajomość rynku, języka, odległości

⁶³ K. Hopt, w: A. Baumbach, K. Hopt (red.), *Handelsgesetzbuch*, s. 1459.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ K. Schmidt, Od starego prawa przedstawicielstwa handlowego do nowoczesnego prawa dystrybucji. Prawo handlowe, praktyka handlowa i prawo kartelowe, KPP 2008, Z. 4, s. 1046 wskazuje nawet, że pierwszoplanową cechą pośrednictwa handlowego nie jest pośrednictwo w zawieraniu umów ani ich zawieranie, lecz ciągłe zapewnianie obecności na rynku.

⁶⁶ A. Rzetelska, w: W.J. Kater (red.), *Prawo*, s. 619. Na temat znaczenia pośrednictwa w eksporcie aktualne pozostają uwagi A. Kocha, *Formy, passim*.

⁶⁷ M. Grochowski, E. Rott-Pietrzyk, w: M. Stec (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, s. 24; K. Kruczałak, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (2001), s. 338; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.) *Prawo umów* (1995), s. 119.

geograficzne)⁶⁸. W rezultacie posłużenie się pośrednikiem pozwala przedsiębiorcy skupić się na jego głównej działalności (ang. *core business*). Zwiększa to efektywność aktywności gospodarczej (produkcji, świadczenia usług), przy jednoczesnym obniżeniu jednostkowych kosztów pozyskania klienta⁶⁹. Ryzyko i wydatki związane z tym ostatnim są bowiem przejmowane w znacznym stopniu przez pośrednika.

Korzyści wynikające z pośrednictwa czerpią również podmioty poszukujące określonych towarów lub usług. Jak już wskazano, pośrednictwo przyczynia się do zwiększenia dostępności zasobów na rynku. Rola pośrednika nie ogranicza się jednak wyłącznie do pełnienia funkcji kanału dystrybucji dla podmiotu oferującego towary lub usługi. Pośrednik może występować również w interesie podmiotu ich poszukującego. Dotyczy to zarówno podejmowania działań na rzecz przedsiębiorców (np. szukających trudno dostępnych surowców potrzebnych do produkcji), jak i konsumentów (np. chcących zawrzeć korzystną umowę ubezpieczenia). Zawarcie pożądanej przez te podmioty umowy bez kontaktów, wiedzy, znajomości rynku i doświadczenia pośrednika, w wielu sytuacjach byłoby niemożliwe albo wymagałoby niewspółmiernie dużego nakładu pracy, czasu i środków.

Uwagi poczynione w dwóch poprzedzających akapitach prowadzą do wniosku, że pośrednictwo może być oparte na dwóch modelach, pełniących odmienne funkcje. Pierwszy z nich można określić jako zbywczy (sprzedażowy). W jego ramach celem działania pośrednika jest pozyskanie nabywców towarów lub usług podmiotu, na rzecz którego działa. Przykładami kontraktów odpowiadających temu modelowi są w szczególności umowy: agencyjna (w tym jej wyspecjalizowane odmiany) oraz komisja sprzedaży. Drugi z modeli ma charakter nabywczy. Dotyczy stosunków, w których zadaniem pośrednika jest pozyskanie dla dającego zlecenie określonych towarów lub usług (możliwości ich nabycia). Nierzadko wiąże się z fachową poradą pośrednika w zakresie wyboru najlepszej oferty dostępnej na rynku. Przykładami czynności prawnych opartych na tym modelu są: umowa z brokerem ubezpieczeniowym, morska umowa maklerska oraz umowa komisji kupna.

Wracając do kwestii beneficjentów pośrednictwa należy wskazać, że są nimi również sami pośrednicy. W przeciwieństwie do pracowników pośrednicy są niezależni od podmiotu, w którego interesie działają i, co do zasady, sami decydują o sposobie i zakresie podejmowanych aktywności. Ich wynagrodzenie przyjmuje często formę prowizji, a zatem jest ustalane w zależności od liczby lub wartości umów zawartych przy ich udziale.

⁶⁸ K. Kruczałak, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (2001), s. 338.

⁶⁹ M. Grochowski, E. Rott-Pietrzyk, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 24; A. Rzetelska, w: W.J. Katner (red.), Prawo, s. 619.

W konsekwencji wzmożone starania pośrednika przynoszą mu na ogół większy zysk. Ponadto w przypadku niektórych rodzajów pośrednictwa (np. umowy agencyjnej), pośrednik może korzystać z wiedzy, doświadczenia i renomy podmiotu, na rzecz którego działa.

Trzeba również zauważyć, że pośrednictwo wywiera pozytywny wpływ na gospodarkę. Trafnie wskazuje się, że szerokie wykorzystanie pośrednictwa stanowi cechę rozwiniętych systemów gospodarczych⁷⁰. Istotę pośrednictwa stanowi bowiem kojarzenie strony popytowej z podażą, a zatem jego rezultatem jest przyspieszenie i zwiększenie obrotu. Konsekwencją powyższego stanowi intensyfikacja wymiany handlowej oraz rozwój konkurencji. Te skutki mają wymiar zarówno krajowy, jak i międzynarodowy⁷¹.

W wypowiedziach doktryny zwraca się uwagę na szereg nowych cech, które pośrednictwo wykazuje współcześnie⁷². Należy je odnosić przede wszystkim do jego modelu sprzedażowego.

Po pierwsze, wskazuje się, że pośrednictwo ma obecnie charakter masowy. Coraz więcej towarów i usług jest bowiem dystrybuowanych z udziałem pośredników. Wiąże się to z szerokim wykorzystaniem standaryzowanych wzorców umownych, stanowiących podstawę nawiązania stosunku pośrednictwa.

Po drugie, obserwuje się wyraźną koncentrację pośredników wokół poszczególnych zleciodawców (np. zakładów ubezpieczeń, banków, instytucji pożyczkowych, przedsiębiorców telekomunikacyjnych lub świadczących usługi turystyczne). Współpraca ta przeważnie przyjmuje długotrwały charakter, wzmocniony umownymi zakazami konkurencji. Nierzadko wiąże się ze zjawiskiem faktycznego podporządkowania pośrednika dającemu zlecenie. Zdarza się, że taka zależność prowadzi z czasem do formalnego przejęcia kontroli nad pośrednikiem. Przykładem z praktyki jest przekształcenie pośrednika finansowego Aspiro sp. z o.o. w mFinanse S.A. i włączenie go do grupy mBank⁷³.

Po trzecie, zauważalne jest pogłębianie wyspecjalizowania pośredników. Następuje ono na dwóch poziomach. Pierwszy polega na zawężeniu działalności pośredników wyłącznie do danej branży (np. ubezpieczeniowej, nieruchomości), a nawet konkretnego towaru lub usługi (np. najmu powierzchni komercyjnych, kredytu hipotecznego). Drugi obejmuje ograniczenie działalności części pośredników do współpracy wyłącznie z jednym przedsiębiorcą.

⁷⁰ Zob. *M. Romanowski*, *Umowa o pośrednictwo w obrocie giełdowym (zlecenie maklerskie)*, Warszawa 2000, s. 3 wraz z powołaną tam literaturą.

⁷¹ *M. Grochowski, E. Rott-Pietrzyk*, w: *M. Stec* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, s. 24.

⁷² Pierwsze cztery cechy podają za *M. Grochowski, E. Rott-Pietrzyk*, w: *M. Stec* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5b, s. 25–26.

⁷³ <https://www.mbank.pl/pomoc/serwisy/aspiro/> (online: dostęp 23.11.2022 r.).

Po czwarte, z uwagi na wszystkie wskazane wyżej cechy, w praktyce dochodzi do powstania złożonych struktur pośrednictwa sieciowego. Obejmują one „związki umów” regulujących stosunki wertykalne i horyzontalne między dającym zlecenie i pośrednikami. Ich celem jest nie tylko ułożenie stosunku między zleceniodawcą a pośrednikiem, ale również zorganizowanie kompleksowego systemu (sieci) dystrybucji towarów lub usług danego przedsiębiorcy⁷⁴.

Po piąte, pośrednictwo w coraz szerszym zakresie wykorzystuje nowe technologie. W szczególności należy wskazać na portale internetowe i aplikacje służące kojarzeniu kontrahentów (np. Amazon, Alibaba, Allegro, eBay, OLX, Ceneo, Otomoto, Vinted, Airbnb, Uber, Glovo). Popularność w ostatnich latach zyskują również internetowe platformy pośredniczące w zakresie usług finansowych (np. serwisy ocenapolis.pl, unilinkcash.pl, comperia.pl, expander.pl)⁷⁵.

Poczynione rozważania dają podstawy do stwierdzenia, że społeczno-gospodarcze zjawisko pośrednictwa i towarzyszące mu potrzeby obrotu wpłynęły na powstanie podstaw prawnych jego funkcjonowania. Były one jedną z przyczyn wykształcenia się konstrukcji zastępstwa bezpośredniego (przedstawicielstwa) oraz zaowocowały wprowadzeniem kilku typów umów nazwanych i wystąpieniem praktyki zawierania kontraktów nienazwanych. Nowe cechy, które pośrednictwo nabywa współcześnie prowadzą do wniosku, że proces kształtowania tej instytucji prawnej z pewnością nie został jeszcze zakończony. Wymagają one bacznej obserwacji w przyszłości. Omówione czynniki z pewnością będą prowadziły do powstania wyzwań prawnych, z którymi będą musieli zmierzyć się ustawodawca, orzecznictwo oraz doktryna. Przykładowo można wskazać na kwestie ochrony interesów pośredników (przede wszystkim agentów) funkcjonujących w ramach rozbudowanych sieci oraz uregulowania zasad działania pośredników w Internecie⁷⁶.

Wydaje się, że pomocne, a w pewnych przypadkach kluczowe, dla rozwiązania nowych problemów związanych z pośrednictwem jest istnienie solidnych podstaw teoretycznych

⁷⁴ Zob. szerzej *K. Schmidt*, *Od starego prawa*, s. 1056–1068.

⁷⁵ Zob. szerzej *D. Rogoń*, *Internetowe platformy pośredniczące w zakresie usług finansowych*, TPP 2017, Nr 3, s. 17–48.

⁷⁶ Zob. przykładowo wyr. TSUE z 19.12.2019 r., C–390/18, *Airbnb Ireland* (ECLI:EU:C:2019:1112), w którym rozstrzygnięto, że usługa odpłatnego pośrednictwa świadczonego z wykorzystaniem platformy elektronicznej stanowi usługę społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu dyrektywy 2000/31/WE z 8.6.2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (Dz.Urz. UE L Nr 178, s. 1). Szerzej na temat tego wyroku *A. Jabłonowska*, *Pośrednictwo w zawieraniu umów najmu krótkoterminowego jako świadczenie usług społeczeństwa informacyjnego – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 19.12.2019 r., C–390/18, Airbnb Ireland*, EPS 2021, Nr 4, s. 33–39.

w zakresie istoty umów, na podstawie których jest świadczone. Wniosek ten potwierdza znaczenie zagadnień analizowanych w dalszej części niniejszej pracy.

Rozdział III.

Umowy o pośrednictwo w kodeksie zobowiązań i kodeksie handlowym

§ 1. Wprowadzenie

Polskie międzywojenne skodyfikowane prawo prywatne zostało rozdzielone, wzorem rozwiązań niemieckich, na prawo cywilne oraz prawo handlowe⁷⁷. Normatywną emanacją powyższego było ich odrębne uregulowanie w kodeksie zobowiązań oraz w kodeksie handlowym.

Podkreślenia wymaga, że dualizm prawa cywilnego i handlowego nie miał charakteru absolutnego. Wyrazem tego był art. 1 KH, zgodnie z którym w stosunkach handlowych obowiązywały – w braku przepisów kodeksu handlowego i ustaw szczególnych lub powszechnego prawa zwyczajowego – przepisy prawa cywilnego. Wynika z tego, że regulacje cywilnoprawne (w szczególności kodeks zobowiązań) znajdowały subsydiarne zastosowanie do stosunków handlowych. Z drugiej strony, w przypadku umów jednostronnie profesjonalnych, przepisy prawa handlowego, co do zasady, mogły być stosowane do strony niebędącej kupcem. Podstawą dla takiej kwalifikacji prawnej był art. 499 KH, który przewidywał, że jeżeli czynność jest handlowa dla jednej ze stron, stosuje się przepisy prawa handlowego do obu stron, chyba że prawo stanowi inaczej.

Granica między wskazanymi wyżej gałęziami prawa prywatnego była więc w praktyce o wiele bardziej płynna, niż mogłoby to się wydawać *prima facie*. Dostrzegano to w ówczesnej doktrynie. *Mieczysław Honzatko* wskazywał, że „Prawo handlowe nie stanowi oddzielnej, dla siebie zamkniętej całości, jest jedynie częścią prawa prywatnego; to ostatnie jest podłożem, na którym opiera się nadbudowa komercjalistyczna.”⁷⁸.

Konsekwencją dualizmu kodeksowych regulacji międzywojennego prawa prywatnego było wprowadzenie odrębnych dla prawa cywilnego i handlowego typów umów o pośrednictwo. Jak już zasygnalizowano w uwagach wprowadzających, wywarły one przemożny wpływ na późniejszą regulację kodeksu cywilnego w tym zakresie oraz oparte na niej doktrynę i orzecznictwo.

⁷⁷ Na temat dualizmu prawa cywilnego i handlowego w okresie międzywojennym zob. szerzej *L. Górnicki*, Kodeks handlowy, w: *R. Jastrzębski* (red.), Prawo handlowe i gospodarcze II Rzeczypospolitej, Warszawa 2019, s. 53–59, 71–74.

⁷⁸ *M. Honzatko*, Polski kodeks handlowy. Kilka uwag ogólnych, Lwów 1934, s. 3.

§ 2. Umowa o pośrednictwo

I. Uwagi wstępne

Typem przewidzianym dla stosunków z zakresu pośrednictwa w obrocie powszechnym była umowa o pośrednictwo⁷⁹. Została uregulowana w art. 517–522 KZ (Dział IV „Pośrednictwo”) umieszczonych w Tytule XI kodeksu zatytułowanym „Umowy o świadczenie usług”. Obok niej unormowano w nim również umowy: o pracę, o dzieło, zlecenia oraz przechowania⁸⁰. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu kodeksu, były to umowy, których przedmiotem jest praca ludzka rozumiana jako czynność człowieka, która zdoła zaspokoić potrzeby drugiego⁸¹. Potwierdza to wcześniej poczynioną konstatację, że pośrednictwo jest usługą.

Ratio legis wprowadzenia umowy o pośrednictwo było objęcie regulacją prawną licznie występujących w praktyce stosunków, w których pośrednicy dokonywali czynności faktycznych prowadzących do zawarcia umowy przez inne podmioty. W szczególności chodziło o działania takie jak informowanie o możliwości zawarcia umowy, zapoznanie kontrahentów oraz nakłanianie do wzajemnych ustępstw⁸². Podkreślano, że relacje te nie były uregulowane we wcześniejszym ustawodawstwie w sposób zadowalający⁸³. Istotnym impulsem a zarazem wzorem dla unormowania omawianej umowy były rozwiązania przyjęte w tym zakresie w prawie niemieckim (§ 652–656 BGB), a następnie szwajcarskim (art. 412–418 OR)⁸⁴.

II. Definicja i strony

Artykuł 517 KZ stanowił, że kto przyrzeka drugiemu wynagrodzenie za następczenie sposobności do zawarcia umowy z inną osobą albo za pośredniczenie przy zawarciu takiej

⁷⁹ Nie sposób uciec od niezręczności pojęciowej związanej z tym, że umowa o pośrednictwa stanowiła jeden z typów umów o pośrednictwo. Mimo tego występowanie również innych umów nazwanych z zakresu pośrednictwa nie budzi wątpliwości. W szczególności przemawia za tym treść art. 522 KZ, który przewidywał, że przepisy kodeksu zobowiązań o umowie o pośrednictwo nie uchybiają odrębnym przepisom o prawach i obowiązkach pośredników i agentów handlowych i giełdowych oraz zawodowych pośredników pracy.

⁸⁰ W. Ludwiczak, Umowa, s. 32 wskazywał, że kodeks zobowiązań regulował również inne umowy o świadczenie usług, tj. umowę o naukę (art. 477 KZ), depozyt nieprawidłowy (art. 545 KZ) oraz stosunki prawne utrzymujących hotele i zajazdy (art. 538–544 KZ).

⁸¹ E. Till, R. Longchamps de Bérier, Polskie prawo zobowiązań (część szczegółowa) – projekt wstępny z motywami, Lwów 1928, s. 173–174.

⁸² *Ibidem*, s. 203–204.

⁸³ *Ibidem*, s. 204.

⁸⁴ *Ibidem*, s. 204–205.

umowy, obowiązany jest zapłacić wynagrodzenie tylko wtedy, gdy umowa zostanie zawarta wskutek zabiegów pośrednika.

Ustawa wskazywała *expressis verbis*, że stroną umowy o pośrednictwo jest pośrednik. Przepisy nie określały natomiast drugiej strony. W uzasadnieniu projektu kodeksu zaproponowano, żeby określać ją jako „poszukującego pośrednictwa”⁸⁵. Termin ten nie został powszechnie przyjęty. Wydaje się, że przyczyną powyższego był fakt, że kontrahent pośrednika nie poszukuje pośrednictwa, lecz zawarcia innej umowy wskutek jego starań. W związku z tym opisując tę stronę w doktrynie używa się określeń takich jak poruczający⁸⁶, zleceniodawca (dający zlecenie)⁸⁷, zlecający⁸⁸ oraz przyrzekający wynagrodzenie⁸⁹. W dalszych rozważaniach przyjęto ostatnio wskazane pojęcie. Przemawia za tym okoliczność, że dominowało w piśmiennictwie międzywojennym oraz fakt, że precyzyjnie określa świadczenie główne tej strony umowy.

Z perspektywy kryterium statusu kupca umowa o pośrednictwo mogła być zawarta w różnych konfiguracjach podmiotowych. Artykuł 2 § 1 KH stanowił, że kupcem jest, kto we własnym imieniu prowadzi przedsiębiorstwo zarobkowe⁹⁰.

Po pierwsze, w związku z umieszczeniem umowy o pośrednictwo w kodeksie zobowiązań dotyczące jej przepisy regulowały stosunki nawiązywane w obrocie powszechnym (dwustronnie nieprofesjonalne).

Po drugie, z uzasadnienia projektu kodeksu wynika, że celem wprowadzenia omawianej umowy było objęcie jej reżimem prawnym również stosunków jednostronnie profesjonalnych, w których pośrednik „poświęca się wyłącznie i zarobkowo stręczeniu interesów”⁹¹. Należy przy tym zaznaczyć, że przepisy o umowie o pośrednictwo mogły znaleźć zastosowanie wyłącznie, jeżeli zobowiązanie pośrednika nie dotyczyło stałego pośredniczenia (następczości sposobności

⁸⁵ *Ibidem*, s. 173.

⁸⁶ T. Świerczyński, Charakter prawny umowy o pośrednictwo, PPH 1999, Nr 1, s. 15–25.

⁸⁷ M. Romanowski, Charakter prawny umowy, s. 63–66; *tenże*, Umowa o pośrednictwo, s. 4–23; *tenże*, Skutki prawne zawarcia umowy o pośrednictwo, MoP 1997, Nr 3, s. 103–106.

⁸⁸ A. Burzak, Umowa o pośrednictwo (I), *passim*; *tenże*, Umowa o pośrednictwo (II), PPH 1992, Nr 3, s. 8–12.

⁸⁹ Tak w doktrynie międzywojennej L. Domański, Instytucje kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część szczególna, Warszawa 1938, s. 496–505; R. Longchamps de Bérier, Zobowiązania, Lwów 1938, s. 558–562; J. Namitkiewicz, Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki, t. II, Część szczegółowa, art. 294–645, Łódź 1949, s. 338–347; I. Rosenblüth, w: J. Korzonek, I. Rosenblüth, Kodeks zobowiązań. Komentarz, Kraków 1936, s. 1071–1082. W doktrynie współczesnej: M. Barański, Obowiązki oraz odpowiedzialność kontraktowa stron umowy o pośrednictwo zwykłe, w: M. Frasz, P. Ślęzak (red.), Prawo prywatne wobec wyzwań współczesności. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Ogiegle, Warszawa 2017, *passim*; I. Mycko-Katner, Umowa, s. 25; L. Ogiegle, Odpowiedzialność, s. 252.

⁹⁰ Na temat pojęcia kupca zob. zwłaszcza M. Allerhand, Kodeks handlowy. Komentarz, Lwów 1935, s. 5–9; L. Górnicki, Kodeks, s. 95–107; W.J. Katner, Kupiec, podmiot gospodarczy, przedsiębiorca. Ewolucja pojęciowa, GSP 1999, t. 5, s. 172–173.

⁹¹ E. Till, R. Longchamps de Bérier, Polskie, s. 203. Podobnie Z. Fenichel, Agent, pośrednik i pełnomocnik handlowy wedle kodeksu handlowego i zobowiązań, PPH 1934, Nr 1, s. 18.

do zawarcia umowy)⁹². Taki stosunek stanowił bowiem umowę agencyjną w rozumieniu art. 568 KH⁹³. Jeżeli działanie kupca dotyczyło natomiast jednej umowy lub ich ściśle oznaczonej liczby, umowa o pośrednictwo stanowiła czynność handlową w rozumieniu art. 498 § 1 KH⁹⁴. Z art. 499 KH wynikało bowiem, że jeżeli czynność jest handlowa wyłącznie dla jednej ze stron, to należało stosować do niej przepisy prawa handlowego w stosunku do obu stron. Podstawową konsekwencją tego stanu rzeczy było przyjmowanie wobec pośrednika modelu staranności sumiennego kupca, o której stanowił art. 501 KH. W tej konfiguracji podmiotowej, do przyrzekającego wynagrodzenie należało natomiast stosować ogólny wzorzec staranności wynikający z art. 240 § 1 KZ. Jak podnosił *M. Allerhand* stosowanie modelu staranności z art. 240 § 1 KZ do kontrahenta kupca w stosunkach jednostronnie profesjonalnych stanowiło wyjątek od zasady przyjętej w art. 499 KH⁹⁵.

Po trzecie, nie widać przeszkód do stosowania przepisów o umowie o pośrednictwo, jeżeli przyrzekający wynagrodzenie był kupcem a pośrednik nie miał takiego statusu. Takie stosunki nie odgrywały znaczącej roli w praktyce.

Po czwarte, wobec braku uregulowania w kodeksie handlowym typu umowy odpowiadającego umowie o pośrednictwo, jej regulacja znajdowała zastosowanie (na podstawie art. 1 KH) również do stosunków dwustronnie profesjonalnych ze wszystkimi tego konsekwencjami. Warto zauważyć, że w przeciwieństwie do omówionych w poprzednim rozdziale rozwiązań niemieckich (§§ 93–104 HGB), polski ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie handlowej odmiany umowy o pośrednictwo.

Poczynione uwagi prowadzą do wniosku, że oddziaływanie przepisów o umowie o pośrednictwo było dalece szersze, niż mogłoby się to wydawać *prima facie*. Powyższe potwierdza tezę, postawioną we wprowadzeniu do tej części rozważań, o wyłącznie względnym rozdzieleniu prawa cywilnego i handlowego w ustawodawstwie międzywojennym.

III. Świadczenie (działanie) pośrednika

Podobnie jak na gruncie § 652 ust. 1 BGB, działanie pośrednika mogło polegać na następczym sposobności do zawarcia umowy (niem. *Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss*

⁹² Zob. uwagi dotyczące świadczenia ajenta w umowie agencyjnej (§ 3.II.2).

⁹³ Tak trafnie *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 559.

⁹⁴ Artykuł 498 § 1 KH stanowił, że czynności prawne kupca, związane z prowadzeniem jego przedsiębiorstwa, są czynnościami handlowymi.

⁹⁵ *M. Allerhand*, *Kodeks*, s. 723–724.

eines Vertrags) albo na pośredniczeniu w jej zawarciu (niem. *Vermittlung eines Vertrags*)⁹⁶. Wbrew użyciu w art. 517 KZ spójnika „albo”, sugerującego alternatywę rozłączną, brak jest podstaw do wykluczenia dopuszczalności przyrzeczenia wynagrodzenia za dokonanie przez pośrednika obu wskazanych wyżej rodzajów aktywności. Przyjęcie poglądu przeciwnego nie znajduje żadnego funkcjonalnego uzasadnienia.

Istotne jest, że zasygnalizowane postaci działania pośrednika obejmowały wyłącznie czynności faktyczne. Nastręczenie sposobności do zawarcia umowy różniło się od pośredniczenia tym, że w jego przypadku starania podejmowane przez pośrednika ograniczały się do czynności nieoddziałujących na potencjalnego kontrahenta przyrzekającego wynagrodzenie. W piśmiennictwie międzywojennym zaliczano do nich przykładowo wskazanie adresów wolnych mieszkań, przedstawienie spisu rzeczy wystawionych na sprzedaż oraz sprowadzenie do przyrzekającego osób chcących nabyć jego towary⁹⁷. Pośredniczenie mogło natomiast polegać w szczególności na namawianiu stron do zawarcia umowy, usuwaniu trudności lub udzielaniu im informacji⁹⁸.

Przedstawione kryterium rozróżniające nastręczenie sposobności od pośredniczenia przyjęto za nauką niemiecką⁹⁹. Nieco odmienny pogląd wyrażał *I. Rosenblüth*. Autor ten stał na stanowisku, że *criterium divisionis* jest w tym przypadku występowanie zamiaru zawarcia umowy docelowej po stronie kontrahenta przyrzekającego wynagrodzenie w momencie podjęcia działania przez pośrednika¹⁰⁰. Za trafne należy uznać pierwsze ujęcie. Trudno bowiem przyjąć, że o kwalifikacji prawnej działania pośrednika decydował stan psychiczny (zamiar) osoby trzeciej.

Poczynione rozważania prowadzą do wniosku, że celem działania pośrednika było stworzenie stanu faktycznego umożliwiającego zawarcie umowy przez strony¹⁰¹.

⁹⁶ W doktrynie niemieckiej pośrednika, który podjął się wyłącznie nastręczenia sposobności do zawarcia umowy określa się mianem *Nachweismakler* („makler informacyjny”), a pośredniczącego – *Vermittler*. Tak np. *K. Larenz*, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. 2, Besonderer Teil, cz. 1, Monachium 1986, s. 396. Co do rodzajów maklerów cywilnych w prawie niemieckim zob. szerzej *Ch. Althammer*, w: *Ch. Althammer* (red.), *Münchener Kommentar zum BGB. Schuldrecht – Besonderer Teil III*. §§ 631-704, BeckOK 2023, kom. do § 652, Nb 104 i n.

⁹⁷ *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 559. Przykłady nastręczenia sposobności do zawarcia umowy wskazywane w piśmiennictwie międzywojennym zebrał *L. Ogiegło*, *Odpowiedzialność*, s. 251–252.

⁹⁸ *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 559. Przykłady pośredniczenia przy zawarciu umowy wskazywane w piśmiennictwie międzywojennym zebrał *L. Ogiegło*, *Odpowiedzialność*, s. 251–252.

⁹⁹ Zob. *L. Domański*, *Instytucje*, s. 497; *F. Zoll*, *Zobowiązania w zarysie według polskiego kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1948, s. 415–416. We współczesnej literaturze wpływ prawa niemieckiego na umowę o pośrednictwo omawia *D. Bucior*, *Pośredniczenie*, s. 11 i n.

¹⁰⁰ *I. Rosenblüth*, w: *J. Korzonek*, *I. Rosenblüth*, *Kodeks*, s. 1189.

¹⁰¹ Tak zwłaszcza *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 559; *J. Namitkiewicz*, *Kodeks*, s. 340; *I. Rosenblüth*, w: *J. Korzonek*, *I. Rosenblüth*, *Kodeks*, s. 1189; *E. Till*, *R. Longchamps de Bérier*, *Polskie*, s. 203; *F. Zoll*, *Zobowiązania*, s. 415–416. Tak we współczesnym piśmiennictwie zwłaszcza *M. Barański*, *Umowa o pośrednictwo*, s. 21; *A. Burzak*, *Umowa o pośrednictwo (I)*, s. 16; *E. Rott-Pietrzyk*, *Agent*, s. 280, s. 16.

W konsekwencji poza zakresem jego sfery działania pozostawało dokonywanie czynności prawnych w charakterze zastępcy bezpośredniego oraz pośredniego¹⁰².

Zarówno nastręczanie sposobności, jak i pośredniczenie mogły dotyczyć zawarcia każdej wskazanej przez strony umowy, której treść oraz cel nie sprzeciwiały się porządkowi publicznemu, ustawie ani dobrym obyczajom. Przykładem zastosowania jednego ze wskazanych ograniczeń w judykaturze jest orzeczenie Sądu Najwyższego z 15.12.1936 roku¹⁰³. Rozstrzygnięto w nim, że umowa o pośrednictwo w zawarciu małżeństwa jest nieważna z uwagi na sprzeczność z dobrymi obyczajami. W uzasadnieniu wskazano, że przemawiają za tym cele i znaczenie instytucji małżeństwa oraz ryzyko kierowania się przez pośrednika własnym interesem (uzyskaniem wynagrodzenia), a nie dobrem przyszłych małżonków¹⁰⁴.

Świadczenie pośrednika mogło odnosić się do jednej, skonkretyzowanej umowy albo do ich oznaczonej liczby¹⁰⁵. Miało zatem charakter dorywczy¹⁰⁶. Jak już zasygnalizowano, współpraca o stałym charakterze, dotycząca nieoznaczonej liczby umów nie mieściła się w definicji umowy o pośrednictwo i, co do zasady, stanowiła umowę agencyjną.

W piśmiennictwie międzywojennym panowała zgoda, że w świetle art. 517 KZ pośrednik nie musi być zobowiązany do podjęcia działań zmierzających do zawarcia umowy przez przyrzekającego wynagrodzenie¹⁰⁷. W konsekwencji w dotychczasowym rozważaniach mowa o działaniach pośrednika, a nie o jego zobowiązaniu lub świadczeniu. Powołany przepis odnosił się wyłącznie do konieczności przyrzeczenia pośrednikowi wynagrodzenia przez drugą stronę.

Wskazywano jednak, że brak jest przeszkód, żeby pośrednik przyjął na siebie takie zobowiązanie¹⁰⁸. *Roman Longchamps de Bérier* podnosił, że w takim przypadku umowa ma charakter mieszany i należy stosować do niej odpowiednio przepisy o umowie zlecenia¹⁰⁹. Pogląd ten jest zbieżny ze stanowiskiem prawa szwajcarskiego, w którym pośrednictwo jest

¹⁰² E. Till, *R. Longchamps de Bérier*, Polskie, s. 203.

¹⁰³ Orz. SN z 15.12.1936 r., C II 1927/36, OSP 1937, t. 16, poz. 733.

¹⁰⁴ Zawarcie umowy o pośrednictwo w zawarciu małżeństwa jest wprost dopuszczone w prawie niemieckim (§ 656 BGB). Wynikające z niej zobowiązanie ma jednak charakter naturalny. Zob. szerzej *Ch. Kneller*, w: *W. Hau, R. Poseck* (red.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, BeckOK 2023, kom. do § 652, Nb 10.

¹⁰⁵ *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 559.

¹⁰⁶ *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 573; *J. Namitkiewicz*, *Kodeks*, s. 340; *I. Rosenblüth*, w: *J. Korzonek, I. Rosenblüth*, *Kodeks*, s. 1197.

¹⁰⁷ *L. Domański*, *Instytucje*, s. 497; *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 558; *J. Namitkiewicz*, *Kodeks*, s. 339; *I. Rosenblüth*, w: *J. Korzonek, I. Rosenblüth*, *Kodeks*, s. 1188. Pogląd o braku obowiązku działania pośrednika nawiązuje do stanowiska przyjętego w prawie niemieckim. Rozwiązania w tym zakresie przyjęte na gruncie § 652 BGB (niem. *Zivilmakler*) oraz § 93 HGB (niem. *Handelsmäkler*) nie zmieniły się od czasu ich uchwalenia. Zob. przykładowo *Ch. Althammer* (red.), *Münchener*, kom. do § 652, Nb 124; *J. Busche*, w: *H. Oetker* (red.), *Handelsgesetzbuch. Kommentar*, BeckOK 2021, kom. do § 84, Nb 11.

¹⁰⁸ *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 559.

¹⁰⁹ *Ibidem*, s. 558–559. Podobnie *J. Namitkiewicz*, *Kodeks*, s. 339.

w ogólności poddane przepisom o umowie zlecenia (art. 412 ust. 2 OR)¹¹⁰. Potwierdza to konieczność przedstawienia w ramach prowadzonej analizy również umowy zlecenia.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że na gruncie kodeksu zobowiązań funkcjonowały dwa podtypy umowy o pośrednictwo, które odróżniało przyjęcie przez pośrednika obowiązku działania albo jego brak¹¹¹.

Dopuszczalność zobowiązania się przez pośrednika do działania rodziła wątpliwości co do jednostronnie albo dwustronnie zobowiązującego charakteru umowy o pośrednictwo¹¹². Twórcy kodeksu zobowiązań dostrzegali ten problem, jednak celowo pozostawili jego rozstrzygnięcie doktrynie i orzecznictwu¹¹³. Wydaje się, że ostatecznie nie udało się osiągnąć zgodności w tym zakresie¹¹⁴.

Zwolennicy jednostronnie zobowiązującego charakteru umowy o pośrednictwo wskazywali, że z art. 517 KZ wynika wprost, iż zobowiązany do działania jest wyłącznie przyrzekający wynagrodzenie i to pod warunkiem doprowadzenia przez pośrednika do zawarcia umowy z osobą trzecią¹¹⁵. Wychodzono również z założenia, że pośrednik nie może przyjąć na siebie zobowiązania do doprowadzenia do zawarcia umowy, ponieważ ostatecznie zależy to od przyrzekającego wynagrodzenie i jego kontrahenta¹¹⁶.

Przeciwnie stanowisko opierało się natomiast na argumentie, że pośrednik nie musi być wprawdzie zobowiązany do doprowadzenia do zawarcia umowy, jednak zawsze ciąży na nim obowiązek lojalności względem przyrzekającego wynagrodzenie¹¹⁷. Naruszenie tej powinności

¹¹⁰ Na gruncie kodeksu zobowiązań pojawiał się pogląd, że umowa o pośrednictwo była rodzajem zlecenia. Tak *L. Domański*, *Instytucje*, s. 496. Co ciekawe autor ten wskazywał jednak, że z uwagi na różnice między tymi umowami do umowy o pośrednictwo nie należy stosować przepisów o zleceniu.

¹¹¹ Zob. strukturę rozważań dotyczących praw i obowiązków pośrednika przyjętą przez *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 559–560.

¹¹² Zasygnalizowania wymaga, że wyrażono również odosobniony pogląd, iż pośrednictwo stanowi jednostronną czynność prawną. Tak *A. Glasner*, *Wzory umów i innych aktów prawnych*, Kraków 1935, s. 399–400.

¹¹³ *E. Till*, *R. Longchamps de Bérier*, *Polskie*, s. 204–205.

¹¹⁴ Współczesne badania nad literaturą międzywojenną dochodzą do sprzecznych wniosków. *L. Ogiegło*, *Odpowiedzialność*, s. 252 wskazał, że przeważał w niej pogląd opowiadający się za dwustronnym charakterem umowy o pośrednictwo. *S. Gurgul*, *R. Karpiński*, *Wynagrodzenie za czynności pośrednictwa w obrocie nieruchomościami – różnice na tle umowy o pośrednictwo*, PPH 2008, Nr 8, s. 45 podnieśli natomiast, że dominował pogląd o jej jednostronności. Niezależnie od powyższego należy wskazać, że wątpliwości co do dwustronnie zobowiązującego charakteru nie budziła umowa, w ramach której pośrednik przyjmował na siebie obowiązek działania.

¹¹⁵ Tak *J. Balken-Neuman*, *Zobowiązania. Kodeks zobowiązań oraz 35 ustaw dodatkowych. Zarys systemu polskiego prawa obowiązkowego do nauki i praktyki*, Lwów 1934, s. 373; *I. Rosenblüth*, w: *J. Korzonek*, *I. Rosenblüth*, *Kodeks*, s. 1190. Tak w doktrynie niemieckiej np. *Ch. Kneller*, w: *W. Hau*, *R. Poseck* (red.), *Kommentar*, kom. do § 652, Nb 2; *K. Larenz*, *Lehrbuch*, s. 396–397.

¹¹⁶ Zob. autorzy powołani przez *E. Till*, *R. Longchamps de Bérier*, *Polskie*, s. 204.

¹¹⁷ *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 558. Podobnie *J. Namitkiewicz*, *Kodeks*, s. 341.

powoduje utratę przez pośrednika prawa do wynagrodzenia oraz zwrotu wydatków, a nawet odpowiedzialność odszkodowawczą¹¹⁸.

Z powyższego wynika, że spór co do charakteru prawnego umowy o pośrednictwo sprowadzał się do postrzegania znaczenia obowiązku lojalności. Okoliczność, że był on uznawany przez część doktryny za odrębne zobowiązanie (świadczenie) pośrednika pokazuje, jak istotne znaczenie przypisywano mu w międzywojennej jurysprudencji. Stwierdzenie to wzmacnia okoliczność, że istnienie tego obowiązku nie zostało wyrażone wprost w przepisach kodeksu¹¹⁹. Był on wywodzony z samej natury stosunku pośrednictwa¹²⁰.

Z uwagi na ogólny charakter obowiązku lojalności jego treść była różnie ujmowana w piśmiennictwie. *Roman Longchamps de Bérier* podnosił, że polega on na przestrzeganiu interesów przyrzekającego wynagrodzenie. Jego zdaniem przejawiało się to w szczególności w treści art. 521 KZ. Przepis ten przewidywał utratę przez pośrednika prawa do wynagrodzenia oraz zwrotu wydatków w przypadku pośredniczenia przez niego na rzecz drugiej strony, mimo zakazu zawartego w umowie albo w sposób sprzeczny z wymaganiami dobrej wiary oraz zwyczajom uczciwego obrotu¹²¹. Regulacja umowy o pośrednictwo, co do zasady, dopuszczała bowiem działanie przez pośrednika na rzecz obu stron umowy¹²². Artykuł 521 KZ przewidywał wyjątki od tej zasady. Twórcy kodeksu wychodzili bowiem z założenia, że „nie każde działanie na korzyść drugiej strony jest potępiania godne”¹²³. Zdaniem *Longchamps*a obowiązek lojalności obejmował również konieczność zachowania w poufności informacji uzyskanych od przyrzekającego wynagrodzenie oraz powinność poinformowania go o ujemnych właściwościach jego potencjalnego kontrahenta¹²⁴.

Ludwik Domański ujmował obowiązek lojalności od strony negatywnej. Wskazywał, że jego naruszeniem byłoby „bałamutne” (wprowadzające w błąd) przedstawianie przyrzekającemu wynagrodzenie korzyści wynikających z zawarcia umowy, którą nastęrczył lub przy której pośredniczył¹²⁵. W projekcie kodeksu zobowiązań omawiany obowiązek utożsamiano z dążeniem pośrednika do zawarcia umowy pod warunkami możliwie najkorzystniejszymi dla przyrzekającego wynagrodzenie¹²⁶. *Jan Namitkiewicz* wskazywał

¹¹⁸ *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 558.

¹¹⁹ Por. art. 760 KC, który statuuje obowiązek lojalności stron umowy agencyjnej.

¹²⁰ *E. Till*, *R. Longchamps de Bérier*, *Polskie*, s. 207.

¹²¹ *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 559–560. Artykuł 521 KZ może być postrzegany jako przepis pośrednio nakładający na pośrednika obowiązek lojalności względem przyrzekającego wynagrodzenie.

¹²² W doktrynie przyjmowano, że w takiej sytuacji pośrednikowi przysługuje wynagrodzenie od obu stron. Tak zwłaszcza *I. Rosenblüth*, w: *J. Korzonek*, *I. Rosenblüth*, *Kodeks*, s. 1195.

¹²³ *E. Till*, *R. Longchamps de Bérier*, *Polskie*, s. 207–208.

¹²⁴ *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 559–560.

¹²⁵ *L. Domański*, *Instytucje*, s. 504.

¹²⁶ *E. Till*, *R. Longchamps de Bérier*, *Polskie*, s. 207.

natomiast, że pośrednik jest zobowiązany do działania w interesie przyrzekającego wynagrodzenie, zachowania pełnej lojalności oraz wykonania powierzonego zadania ze starannością wymaganą dla określonego rodzaju czynności¹²⁷.

Z przytoczonych poglądów doktryny wynika, że obowiązek lojalności obejmował zarówno zachowania polegające na działaniu (obowiązek ostrzeżenia o negatywnych właściwościach potencjalnego kontrahenta), jak i na zaniechaniu (obowiązek poufności). Jednocześnie wyznaczał on model staranności następczości lub pośredniczenia, jeżeli pośrednik podjął takie działania.

Poczynione uwagi prowadzą do wniosku, że doktryna międzywojenna przypisywała obowiązkowi lojalności pośrednika bardzo istotne znaczenie. Mimo tego, że trudno postrzegać je jako samodzielne świadczenie główne, to bez wątpienia zachowanie lojalności stanowiło powinność każdego pośrednika. Obowiązek ten *ex lege* uzupełniał treść każdej umowy o pośrednictwo. Zawierał się zatem w jej *essentialia negotii*. Należy przy tym zauważyć, że skoro wynikał on z samej natury umowy, to jego wyłączenie należało uznać, na podstawie art. 55 KZ, za bezwzględnie nieważne. Nie widać przy tym uzasadnionych przyczyn, z których naruszenie obowiązku lojalności (np. przez ujawnienie informacji uzyskanych od przyrzekającego wynagrodzenie) miałyby nie stanowić podstawy odpowiedzialności pośrednika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

IV. Świadczenie przyrzekającego wynagrodzenie

Z art. 517 KZ wynika, że umowa o pośrednictwo powinna mieć charakter odpłatny¹²⁸. Jak już stwierdzono, jej elementem przedmiotowo istotnym było zobowiązanie się przez przyrzekającego do zapłaty pośrednikowi wynagrodzenia, jeżeli kontrakt docelowy został zawarty wskutek jego starań. Do jej *essentialia negotii* nie należało natomiast określenie wysokości wynagrodzenia. Zgodnie z art. 518 KZ w takim przypadku pośrednikowi należało się wynagrodzenie określone przez zwyczaj.

Artykuł 519 § 1 KZ przewidywał możliwość obniżenia przez sąd, na wniosek przyrzekającego, niewspółmiernie wysokiego wynagrodzenia ustalonego w umowie. Dotyczyło to wyłącznie sytuacji, w których kontrakt docelowy stanowiła umowa: o pracę,

¹²⁷ J. Namitkiewicz, Kodeks, s. 341; 345–347.

¹²⁸ J. Namitkiewicz, Kodeks, s. 343. Odmienne nietrafnie L. Ogiegło, Odpowiedzialność, s. 253, który wskazuje, że strony mogły ułożyć umowę o pośrednictwo jako nieodpłatną. Takie działanie nie mieściłoby się w definicji omawianej umowy (art. 517 KZ). Odpłatność umowy o pośrednictwo nie budzi wątpliwości w doktrynie niemieckiej. Tak przykładowo K. Larenz, Lehrbuch, s. 399.

najem mieszkania lub zbycia nieruchomości. Jednakże modyfikacja zobowiązania nie była możliwa po dokonaniu zapłaty. Przedstawiona regulacja została wprowadzona w celu przeciwdziałania nadużywaniu przez pośredników ich pozycji w przypadku umów, w których strony „wprost nie mogą się bez nich obejść”¹²⁹.

Obowiązek zapłaty wynagrodzenia miał charakter warunkowy, czego nie należy utożsamiać z warunkowością samej umowy pośrednictwa. Warunkiem tym było zawarcie przez przyrzekającego wynagrodzenie ważnej umowy, która została następczo lub przy której pośredniczył pośrednik. Mogło również chodzić o umowę podobną do pierwotnie oznaczonej przez strony¹³⁰. Uzyskanie przez pośrednika prawa do wynagrodzenia wymagało istnienia związku przyczynowego między jego staraniami a zawarciem umowy¹³¹. Innymi słowy jego działania musiały stanowić efektywną przyczynę dojścia przez strony do porozumienia¹³². Uzasadniano to stwierdzeniem, że pośrednik powinien zasłużyć swoim działaniem na wynagrodzenie¹³³. Wynagrodzenie pośrednika zawsze miało zatem charakter prowizyjny (wynikowy), to znaczy uzależniony od zawarcia umowy docelowej.

Przedstawione wyżej przesłanki uzyskania przez pośrednika prawa do wynagrodzenia były stosowane w judykaturze. Po pierwsze, w orzeczeniu Sądu Najwyższego z 31.1.1936 r. przyjęto, że sam fakt zawarcia umowy z osobą wskazaną przez pośrednika nie uprawnia do żądania zapłaty wynagrodzenia, jeżeli brak jest związku przyczynowego pomiędzy działaniem pośrednika a dojściem umowy do skutku¹³⁴. Po drugie, w orzeczeniu Sądu Najwyższego z 22.12.1936 r. potwierdzono, iż pośrednikowi nie należy się wynagrodzenie za doprowadzenie do zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości, która nie została zawarta w formie aktu notarialnego, a w konsekwencji jest nieważna¹³⁵.

W kontekście wynagrodzenia pośrednika istotne jest również, że w doktrynie panowała zgoda, iż przyrzekający nie był zobowiązany do zawarcia umowy następczo lub będącej przedmiotem pośredniczenia. *Roman Longchamps de Bérier* wskazywał wprost, że

¹²⁹ Tak *E. Till*, *R. Longchamps de Bérier*, Polskie, s. 205.

¹³⁰ Tak zwłaszcza *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 561.

¹³¹ *I. Rosenblüth*, w: *J. Korzonek, I. Rosenblüth*, *Kodeks*, s. 1190. *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 561; *J. Namitkiewicz*, *Kodeks*, s. 340. Por. *L. Domański*, *Instytucje*, s. 502–503, który wskazywał, że strony mogą umówić się, że pośrednik otrzyma pewne wynagrodzenie niezależnie od skuteczności jego starań.

¹³² *M. Romanowski*, *Umowa o pośrednictwo*, s. 12 porównuje ów związek przyczynowy do *effective cause* (decydująca przyczyna), występującej w systemach *common law*. Warunkuje ona prawo do wynagrodzenia w przypadku instytucji *agency*.

¹³³ *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 561. Tak też w doktrynie niemieckiej *Ch. Kneller*, w: *W. Hau, R. Poseck* (red.), *Kommentar*, kom. do § 652, Nb 2; *K. Larenz*, *Lehrbuch*, s. 397.

¹³⁴ Orz. SN z 31.1.1936 r., C III 932/34, Zb. Orz. SN 1936, Z. 9, poz. 356. Podstawą orzeczenia był § 652 BGB i n.

¹³⁵ Orz. SN z 22.12.1936 r., C II 1979/36, Zb. Orz. SN 1937, Z. 7, poz. 264.

przyrzekający wynagrodzenie mógł odmówić zawarcia umowy bez podania przyczyny¹³⁶. Ziszczenie się warunku, od którego zależało świadczenie przyrzekającego na rzecz pośrednika pozostawało w znacznym stopniu w sferze potestatywnej tego pierwszego¹³⁷. Mogło się zatem zdarzyć, że pośrednik nie uzyskał wynagrodzenia, mimo że na nie zasłużył. Nie był on bowiem uprawniony do zawarcia umowy na rachunek przyrzekającego wynagrodzenie (jako zastępca pośredni albo bezpośredni). Jego sytuacja mogła być tym trudniejsza, że stosownie do art. 520 KZ prawo do żądania zwrotu wydatków w związku z podjętymi działaniami przysługiwało mu wyłącznie, jeżeli zastrzeżono to w umowie¹³⁸. Prowadzi to do wniosku, że modelowe ujęcie umowy o pośrednictwo stawiało w lepszej pozycji przyrzekającego wynagrodzenie. Ten ostatni ryzykował w zasadzie wyłącznie tym, że pośrednik nie podejmie działań zmierzających do zawarcia umowy docelowej.

V. Znaczenie przepisów o umowie o pośrednictwo

W końcowej części rozważań dotyczących umowy o pośrednictwo należy wyjaśnić kwestię znaczenia jej regulacji dla przepisów o innych typach umów z zakresu pośrednictwa. Wskazanego zagadnienia dotyczył art. 522 KZ, który stanowił, że przepisy o umowie o pośrednictwo nie uchybiają odmiennym regulacjom dotyczącym pośredników i agentów handlowych i giełdowych oraz zawodowych pośredników pracy. *In concreto* chodziło w szczególności o przepisy kodeksu handlowego o umowie agencyjnej (art. 568–580 KH) oraz o umowie komisju (art. 581–597 KH), a także o akty prawne regulujące status prawny maklerów giełdowych¹³⁹, pośredników ubezpieczeniowych (agentów i maklerów)¹⁴⁰ oraz zarobkowych pośredników pracy¹⁴¹. Artykuł 522 KZ potwierdzał, że umowa o pośrednictwo, nieco wbrew swojej nazwie, nie zawłaszczala sobie wyłączności na regulację wszystkich stosunków

¹³⁶ R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, s. 561. Tak również L. Domański, *Instytucje*, s. 497; J. Namitkiewicz, *Kodeks*, s. 339. Pogląd ten jest aprobowany także w doktrynie niemieckiej. Tak przykładowo Ch. Kneller, w: W. Hau, R. Poseck (red.), *Kommentar*, kom. do § 652, Nb 2; K. Larenz, *Lehrbuch*, s. 397–398.

¹³⁷ I. Rosenblüth, w: J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks*, s. 1188.

¹³⁸ Zastrzeżone uprawnienie do żądania zwrotu wydatków było niezależne od zawarcia umowy wskutek starań pośrednika. Tak zwłaszcza I. Rosenblüth, w: J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks*, s. 1194.

¹³⁹ Paragraf 29 rozporządzenia Prezydenta RP z 28.12.1924 r. o organizacji giełd (Dz.U. z 1924 r. Nr 114, poz. 1019); rozporządzenie Ministra Skarbu w porozumieniu z Ministrem Przemysłu i Handlu z 26.11.1928 r. o powoływaniu i zwalnianiu oraz prawach i obowiązkach maklerów przysięgłych na giełdach pieniężnych (Dz.U. z 1929 r. Nr 3, poz. 30); rozporządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z 7.03.1938 r. o maklerach przysięgłych na giełdach towarowych (Dz.U. z 1938 r. Nr 23, poz. 23).

¹⁴⁰ Rozporządzenie Prezydenta RP z 24.10.1934 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz.U. z 1934 r. Nr 96, poz. 864); rozporządzenie Ministra Skarbu z 11.02.1935 r. wydane w porozumieniu z Ministrami: Spraw Wewnętrznych oraz Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego w sprawie wykonania rozporządzenia Prezydenta RP z 24.10.1934 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz.U. z 1935 r. Nr 12, poz. 66).

¹⁴¹ Ustawa z 21.10.1921 r. o zarobkowym pośrednictwie pracy (Dz.U. z 1921 r. Nr 88, poz. 647).

z zakresu pośrednictwa. Z przepisu tego wynika bowiem wprost, że stanowiła ona wyłącznie jeden z typów umów o pośrednictwo¹⁴².

§ 3. Umowa agencyjna

I. Definicja i strony

Regulacja umowy agencyjnej była wzorowana na niemieckiej umowie agencyjnej (niem. *Handlungsvertretervertrag*). Artykuł 568 KH, podobnie jak § 84 HGB, stanowił, że przez jej zawarcie kupiec (agent) podejmuje się stałego pośredniczenia w zawieraniu umów na rzecz dającego polecenie lub zawierania ich w jego imieniu.

Umowa agencyjna musiała być zawsze czynnością handlową, przy czym mogła mieć charakter jednostronnie albo dwustronnie profesjonalny. Jak wynika z jej definicji agent musiał być kupcem¹⁴³, a zatem prowadzić przedsiębiorstwo zarobkowe (współcześnie: wykonywać działalność gospodarczą) na własny rachunek, w sposób niezależny od dającego polecenie. Pozwalało to na odróżnienie go w szczególności od pracowników¹⁴⁴. Dający polecenie mógł, ale nie musiał być kupcem. Trafność tego wniosku potwierdza treść art. 578 § 2 KH, który uzależniał istnienie obowiązku dającego polecenie do przekazania agentowi wyciągu z ksiąg handlowych od posiadania przez tego pierwszego statusu kupca¹⁴⁵.

II. Świadczenie ajenta

W przeciwieństwie do umowy o pośrednictwo, elementem przedmiotowo istotnym umowy agencyjnej było zobowiązanie się przez ajenta do podjęcia określonych działań na rzecz dającego polecenie. Użycie w art. 568 KH zwrotu „podejmuje się” zamiast „zobowiązuje się” było krytykowane. W doktrynie nie budziło wątpliwości, że umowa agencyjna rodzi zobowiązanie po stronie ajenta¹⁴⁶.

¹⁴² Zob. przykładowo Z. Fenichel, w: T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, Kodeks handlowy. Komentarz, t. II, Kraków 1936, s. 836, który wyraźnie odróżnia umowę o pośrednictwo od agencji.

¹⁴³ Status kupca po stronie ajenta nie budził wątpliwości również na gruncie ustawodawstw obowiązujących przed ujednoczeniem prawa handlowego; tak Z. Fenichel, Agent handlowy a pracownik handlowy, PPH 1930, Nr 4–5, s. 153.

¹⁴⁴ M. Allerhand, Kodeks, s. 844–845; Z. Fenichel, Agent, s. 15; J. Namitkiewicz, Zarys prawa handlowego, Warszawa 1934, s. 155; orz. SN z 15.02.1957 r., I CR 1027/56, niepubl.

¹⁴⁵ Z. Fenichel, w: T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, Kodeks handlowy. Komentarz, t. II, s. 837; B. Rozensztat, Umowa agencyjna, PPH 1934, Nr 7, s. 298.

¹⁴⁶ Zob. O. Buber, Uwagi do „Umowy Agencyjnej”, PPH 1934, Nr 9, s. 404.

Świadczenie ajenta mogło przyjąć dwie postaci. Konsekwencją tego było wyróżnianie dwóch rodzajów agentów – pośredniczących (niem. *Vermittlungsagenten*) oraz przedstawicieli zawierających umowę (niem. *Abschlussagenten*).

Pierwsze ze świadczeń polegało na pośredniczeniu w zawieraniu umów na rzecz dającego polecenie. Zgodnie z dyrektywą spójności treściowej porządku prawnego, w myśl której te same pojęcia należy interpretować tak samo, przy wyjaśnianiu pojęcia pośredniczenia odwoływano się do art. 517 KZ. Obejmowało zatem dokonywanie przez ajenta czynności faktycznych skłaniających potencjalnego kontrahenta dającego polecenie do zawarcia umowy.

Przyjęcie takiej wykładni pojęcia pośredniczenia miało istotne konsekwencje. Artykuł 517 KZ odnosił się bowiem również do odrębnego, chociaż zbliżonego do pośredniczenia, działania polegającego na następczeniu sposobności do zawarcia umowy. W konsekwencji część doktryny podnosiła, że skoro art. 568 KH stanowi wyłącznie o pośredniczeniu, to zobowiązanie ajenta nie może odnosić się do następczenia sposobności¹⁴⁷. Wskazywano, że pośredniczenie w umowie agencyjnej polega wyłącznie na skłonieniu innej osoby do zawarcia umowy i faktycznym doprowadzeniu do jej zawarcia. *Bolesław Rozensztat* uważał natomiast, że w przypadku następczenia sposobności do zawarcia umowy, ajentowi przysługuje na podstawie art. 517 KZ prawo do wynagrodzenia¹⁴⁸. Jeszcze inne stanowisko prezentował *O. Buber*, który twierdził, że jednorazowy charakter działania pośrednika w umowie o pośrednictwo wyklucza stosowanie przepisów o jego wynagrodzeniu do umowy agencyjnej¹⁴⁹. Autor ten przychylił się jednak do przyjęcia, że cel gospodarczy umowy agencyjnej przemawia za dopuszczeniem zobowiązania się przez ajenta do następczenia sposobności do zawarcia umowy¹⁵⁰. Wskazywał, że działalność ajenta „obejmuje cały zasięg akwizycji i propagandy kupieckiej, przy której efekt poszczególnych poczynań i przedsięwzięć nie daje się wydzielić od całości”¹⁵¹.

Należy przyłączyć się do ostatnio przedstawionego poglądu. Argumenty funkcjonalne prowadzą do wniosku, że zobowiązanie ajenta mogło obejmować zarówno pośredniczenie, jak i następczenie sposobności do zawarcia umowy. Granica między tymi świadczeniami była nieostra. Łatwo można wyobrazić sobie sytuacje, w których trudno byłoby ustalić, czy działanie

¹⁴⁷ *M. Allerhand*, Kodeks, s. 845; *Z. Fenichel*, w: *T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko*, Kodeks handlowy. Komentarz, t. II, s. 837; *T. Perl*, Umowa agencyjna, Warszawa 1935, s. 30.

¹⁴⁸ *B. Rozensztat*, Umowa, s. 302.

¹⁴⁹ *O. Buber*, Uwagi, s. 406–407.

¹⁵⁰ *Ibidem*. Pogląd ten podzielali (choć bez szerszego uzasadnienia) *A. Kon*, Kodeks handlowy. Komentarz, Warszawa 1934, s. 234; *L. Peiper*, Komentarz do kodeksu handlowego i przepisów wprowadzających tenże kodeks, Lwów 1936, s. 619.

¹⁵¹ *O. Buber*, Uwagi, s. 406.

agenta ogranicza się wyłącznie do przekazania informacji o możliwości zawarcia umowy, czy stanowi skłonienie drugiej strony do zawarcia umowy. Praktyczne trudności w ich rozróżnieniu sprzeciwiają się zawężaniu świadczenia agenta.

Wniosek ten wspiera spostrzeżenie, że następczenie sposobności do zawarcia umowy nierzadko mogło wymagać od pośrednika (agenta) większych wysiłków niż pośredniczenie. W pewnych przypadkach istota jego starań polegała przede wszystkim na znalezieniu potencjalnego kontrahenta, a nie na skłonieniu go do zawarcia umowy. Wskazana kwestia była dostrzegana w orzecznictwie, w którym podnoszono, że jednym z najistotniejszych obowiązków agenta jest „wyszukanie odbiorcy towaru, który by zasługiwał na zaufanie”¹⁵².

W konsekwencji pojęcie pośredniczenia na gruncie art. 568 KH należało interpretować szeroko, jako wszystkie czynności faktyczne agenta dokonywane w celu zawarcia umowy przez dającego polecenie. Z tych względów, w dalszych rozważaniach dotyczących umowy ajencyjnej przez pojęcie pośredniczenia należy rozumieć również następczenie sposobności do zawarcia umowy.

Drugie z zobowiązań (świadczeń) agenta polegało na zawieraniu umów w imieniu dającego polecenie. Agent występował w tym przypadku jako jego przedstawiciel (zastępca bezpośredni), a ściślej pełnomocnik. W rezultacie stosunek między stronami był współkształtowany przez przepisy o umowie ajencyjnej oraz regulację kodeksu zobowiązań dotyczącą przedstawicielstwa (art. 93–103 KZ w zw. z art. 1 KH)¹⁵³.

Zgodnie z art. 570 KH agent był uprawniony do zastępowania wyłącznie, jeżeli miał do tego pełnomocnictwo. Mogło być ono zawarte w umowie ajencyjnej albo stanowić odrębne oświadczenie. Artykuł 573 KH regulował konsekwencje działania agenta bez umocowania lub z przekroczeniem jego granic. Zgodnie z tym przepisem umowę uważano za potwierdzoną, jeżeli dający polecenie bezzwłocznie po otrzymaniu wiadomości o tym fakcie, nie oświadczył osobie trzeciej, że nie potwierdza umowy. Stanowiło to odwrócenie reguły wynikającej z ogólnych przepisów dotyczących instytucji określanej jako *falsus procurator* (art. 101 § 1 KZ). Zakładała ona, że umowa zawarta przez rzekomego pełnomocnika, co do zasady, nie wiąże stron, ale może zostać potwierdzona. W kwestii umocowania agenta należy zasygnalizować, że przepisy kodeksu handlowego statuowały również pewne domniemania związane z jego umocowaniem (art. 571–572 KH)¹⁵⁴.

¹⁵² Wyr. NTA z 19.12.1936 r., L. Rej. 8268/34, OSP 1937, t. 16, poz. 675.

¹⁵³ Z. Fenichel, Agent, s. 16; T. Perl, Umowa, s. 22.

¹⁵⁴ Zob. szerzej L. Peiper, Komentarz, s. 621–623; T. Perl, Umowa, s. 24–25.

Stosownie do art. 568 KH zarówno pośredniczenie przy zawieraniu umów, jak i zawieranie ich w imieniu dającego polecenie musiały mieć charakter stały¹⁵⁵. Cechę stałości definiowano negatywnie przez przeciwstawienie jej załatwieniu jednorazowego (dorywczego) interesu charakterystycznego dla umowy o pośrednictwo¹⁵⁶. Od strony pozytywnej wskazywano natomiast, że stałość oznacza w tym przypadku brak określenia z góry liczby umów, które mają być zawarte przy udziale ajenta¹⁵⁷. W przeciwieństwie do umowy o pośrednictwo, agencja przewidywała ciągłość działań ajenta, a jej głównym celem było doprowadzenie do zawarcia jak największej liczby umów w okresie jej obowiązywania. Jak wynika z art. 579 KH, agencja mogła być zawarta na czas oznaczony albo nieoznaczony.

W kontekście zobowiązania ajenta istotne jest określenie relacji między przedstawionymi wyżej świadczeniami. Nie budzi wątpliwości, że agent mógł zobowiązać się do spełnienia obu z nich łącznie. Powstaje natomiast pytanie, czy mógł przyjąć na siebie wyłącznie obowiązek pośredniczenia albo zawierania umów?

Postawiony problem nie był szerzej podejmowany w doktrynie międzywojennej¹⁵⁸. Wyraźne stanowisko w tym zakresie zajął jedynie *T. Perl*. Autor ten przyjmował, że samo zobowiązanie do zawierania umów nie stanowi umowy agencyjnej i nie uzasadnia uprawnień ajenta do wynagrodzenia na podstawie dotyczących jej przepisów¹⁵⁹. Jego zdaniem dla takiej kwalifikacji prawnej konieczne było, żeby zawarcie umowy poprzedzono pośrednictwem (czynnościami faktycznymi), które stanowi o istocie agencji¹⁶⁰.

Mimo że wykładnia językowa art. 568 KH prowadzi do wniosku, iż przepis ten ujmuje zobowiązania ajenta na zasadzie alternatywy łącznej (spójnik „lub”), to należy przychylić się do poglądu powołanego wyżej autora. Nie sposób nie podzielić argumentacji, że istotą agencji, a zarazem przyczyną jej wyodrębnienia jako typu umowy, było podjęcie przez ajenta pewnych starań mających doprowadzić do zawarcia umowy. W świetle ujęcia pośrednictwa na gruncie art. 517 KZ jako działania ograniczonego do dokonywania wyłącznie czynności faktycznych, trudno uznać, że świadczenie ajenta mogło ograniczać się wyłącznie do składania oświadczeń woli w imieniu dającego polecenie.

¹⁵⁵ *M. Allerhand*, Kodeks, s. 844.

¹⁵⁶ *M. Allerhand*, Kodeks, s. 845; *Z. Fenichel*, Agent, s. 18; *B. Rozensztat*, Umowa, s. 299. Przed wejściem w życie kodeksu handlowego tak również *Z. Fenichel*, Umowa o pośrednictwo, Głos Prawa 1931, Nr 1, s. 19.

¹⁵⁷ *T. Perl*, Umowa, s. 13–14.

¹⁵⁸ *D. Bucior*, Pośredniczenie, s. 26.

¹⁵⁹ *T. Perl*, Umowa, s. 30. Autor ten wskazywał, że „[d]ziałalność czysto prawna, polegająca wyłącznie na zawieraniu umów w imieniu dającego polecenie nie usprawiedliwiałaby, zdaniem naszym, zastosowania do niej przepisów o umowie agencyjnej (...)” oraz, iż „[c]harakterystyczną wszakże i istotną dla ajenta jest forma pierwsza t.j. działalność pośrednicząca”.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

Przyjmując ogólne założenie *Longchamps*, że pośrednik ma swoim działaniem zasłużyć na wynagrodzenie, trudno było uznać za ajencję umowę, w której pełnomocnik jest zobowiązany wyłącznie do stałego zawierania w imieniu swojego mocodawcy umów, które byłyby w pełnym zakresie wypracowane (zarówno co do odnalezienia kontrahenta, przekonania go do zawarcia umowy, jak i wynegocjowania jej treści) przez mandanta.

W związku z powyższym należy przyjąć, że agent mógł zobowiązać się do stałego pośredniczenia w zawieraniu umów albo do stałego pośredniczenia i zawierania umów w imieniu dającego polecenie.

Kończąc rozważania dotyczące świadczenia ajenta trzeba wskazać, że podobieństwo jego czynności do czynności pośrednika na gruncie umowy o pośrednictwo prowadzi do wniosku, że również na nim spoczywał obowiązek lojalności względem dającego polecenie. Jego treść kształtowała się w zasadzie tożsamo, jak w umowie o pośrednictwo. Obowiązek lojalności miał najistotniejsze znaczenie, jeżeli agent był umocowany do zawierania umów w imieniu dającego polecenie. Jego działania odnosiły wtedy skutek bezpośrednio dla reprezentowanego. W konsekwencji powinny być podejmowane ze szczególną dbałością o interes dającego polecenie.

Warto również zasygnalizować, że w doktrynie przeważał pogląd, iż w przeciwieństwie do pośrednika agent mógł działać wyłącznie na rzecz jednego dającego polecenie. Argumentowano, że przyjęcie wynagrodzenia od kontrahenta dającego polecenie rodzi domniemanie działania w interesie tego podmiotu, a w konsekwencji sprzeczności starań ajenta z interesem dającego polecenie¹⁶¹. Odmienne stanowisko prezentował *L. Peiper*, który opowiadał się za dopuszczalnością działania ajenta na rzecz obu stron umowy docelowej¹⁶². Uzasadniał je brakiem ustawowego zakazu. Należy przychylić się do drugiego poglądu z zastrzeżeniem, że w omawianej sytuacji zasadne było odwołanie do art. 521 KZ *per analogiam*, a zatem dopuszczenie działania ajenta na rzecz więcej niż jednego dającego polecenie pod warunkiem braku zakazu w umowach agencyjnych.

III. Świadczenie dającego polecenie

Umowa agencyjna miała zawsze charakter odpłatny. *Zygmunt Fenichel* wskazywał nawet, że „agent ma prawo do prowizji, bez względu na to, czy mu ją przyrzeczono”¹⁶³.

¹⁶¹ *M. Allerhand*, Kodeks, s. 845; *T. Perl*, Umowa, s. 27.

¹⁶² *L. Peiper*, Komentarz, s. 618.

¹⁶³ *Z. Fenichel*, Ajent, s. 19. Por. *M. Allerhand*, Kodeks, s. 846; *T. Perl*, Umowa, s. 11, którzy wskazywali, że przepisy o umowie agencyjnej mają w całości charakter dyspozytywny. To, co do zasady, trafne zapatrywanie.

Stosownie do art. 574 § 1 KH agent nabywał prawo do prowizji od umów zawartych przy jego udziale. Wynagrodzenie było więc zależne od wyników jego działań¹⁶⁴. Najczęściej stanowiło procent wartości przedmiotu umowy docelowej¹⁶⁵. Doktryna stała na stanowisku, że strony mogą umówić się, że agentowi będzie przysługiwało wynagrodzenie stałe, niezależne od zawartych umów¹⁶⁶.

Podobnie jak w przypadku umowy o pośrednictwo, dla uzyskania prawa do wynagrodzenia konieczny był związek przyczynowy między staraniami agenta a zawarciem umowy¹⁶⁷. Wyjątek w tym zakresie przewidziano w art. 574 § 2 KH, który stanowił, że agent ustanowiony jako wyłączny dla pewnego obszaru geograficznego lub grupy odbiorców ma prawo do prowizji również od umów zawartych bez jego udziału, jeżeli odnosiły się one do tego obszaru lub grupy odbiorców¹⁶⁸.

Pierwszeństwo w określeniu wysokości prowizji przypadało umowie stron. Przepisy kodeksu handlowego nie przewidywały możliwości sądowego miarkowania jej wysokości. Zgodnie z art. 576 KH w braku odpowiednich postanowień umowy wysokość prowizji oznaczano według zwyczajów w siedzibie agenta, a w razie ich braku, na zasadach słuszności.

Zgodnie z art. 577 KH agent nie miał prawa do zwrotu zwyczajnych kosztów i wydatków, przy czym regulacja ta miała charakter dyspozytywny¹⁶⁹. Z powyższego wynika *a contrario*, że przysługiwał mu zwrot nakładów nadzwyczajnych¹⁷⁰. Stawiało to go w korzystniejszej pozycji niż pośrednika w umowie o pośrednictwo, który miał prawo do zwrotu wydatków wyłącznie wtedy, gdy zastrzeżono to w umowie.

Jednakże z uwagi na istotę umowy agencyjnej, w tym jej ściśle handlowy charakter, trudno zgodzić się z poglądem dopuszczającym jej nieodpłatność. Na temat dyspozytywności przepisów o umowie agencyjnej zob. również orz. SN z 2.7.1962 r., 1 CR 837/61, OSN 1963, Nr 7-8, poz. 162, w którym wskazano, że dopuszczalne jest umowne skracanie, określonego w art. 579 KH, terminu wypowiedzenia umowy agencyjnej.

¹⁶⁴ J. Namitkiewicz, Zarys, s. 155.

¹⁶⁵ T. Perl, Umowa, s. 27. Nie było przeszkód, żeby strony umówiły się na inny sposób ustalania prowizji. Przykładowo mogło chodzić o stałą kwotę w przypadku każdej umowy, niezależnie od jej wartości.

¹⁶⁶ Z. Fenichel, w: T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, Kodeks handlowy. Komentarz, t. II, s. 873; T. Perl, Umowa, s. 27; B. Rozensztat, Umowa, s. 300.

¹⁶⁷ Z. Fenichel, Agent, s. 19–20.

¹⁶⁸ Na temat wynagrodzenia agenta wyłączonego zob. szerzej T. Perl, Umowa, s. 39–41.

¹⁶⁹ L. Peiper, Komentarz, s. 631.

¹⁷⁰ B. Rozensztat, Umowa, s. 303.

§ 4. Umowa komisju

I. Definicja i strony

Umowa komisju stanowiła drugi z kontraktów w zakresie pośrednictwa uregulowanych w kodeksie handlowym. Jej wzorcem normatywnym były §§ 383–406 HGB. Jak podnosili twórcy kodeksu zobowiązań interes komisowy, mimo że jest usługą, ma przeważnie charakter kupiecki i w konsekwencji powinien być uregulowany w przepisach prawa handlowego¹⁷¹. Znalazło to odzwierciedlenie w definicji umowy komisju zawartej w art. 581 KH. Przepis ten stanowił, że przez jej zawarcie kupiec (komisant) podejmuje się kupna lub sprzedaży rzeczy ruchomych lub papierów wartościowych w imieniu własnym, a na rachunek innej osoby (komitenta).

Pomimo związanego z genezą umowy komisju podobieństwa do umowy zlecenia (art. 498 KZ i n.) stanowiła ona samodzielny typ umowy nazwanej. Przemawia za tym okoliczność nadania jej nazwy oraz szczegółowego uregulowania w kodeksie handlowym praw i obowiązków jej stron. Jednakże doktryna międzywojenna stała na odmiennym stanowisku. Powszechnie przyjmowano, że komisju stanowi rodzaj zlecenia¹⁷². W konsekwencji uznawano, że w braku wystarczającej regulacji kodeksu handlowego do omawianej umowy należało stosować przepisy o umowie zlecenia¹⁷³.

Z definicji umowy komisju wynika, że mogła mieć charakter dwustronnie albo jednostronnie profesjonalny. W przeciwieństwie do komisanta, komitent nie musiał być kupcem¹⁷⁴. Wniosek ten wspiera treść art. 589 *in fine* KH, który przewidywał odpowiednie stosowanie do komisju przepisów o umowie sprzedaży handlowej, dotyczących obowiązków zbadania towaru, zawiadomienia, tymczasowym przechowaniu towaru oraz jego sprzedaży (art. 552–554 KH), jeżeli zlecenie kupna było dla komitenta czynnością handlową.

¹⁷¹ E. Till, R. Longchamps de Bérier, Polskie, s. 174. Na gruncie kodeksu cywilnego ścisły związek komisju z handlem podkreślał również A. Szpunar, w: S. Grzybowski (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 653.

¹⁷² M. Allerhand, Kodeks, s. 865; M. Honzatko, w: T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, Kodeks handlowy. Komentarz, t. II, Kraków 1936, s. 886; R. Longchamps de Bérier, Zobowiązania, s. 552; L. Peiper, Komentarz, s. 638; I. Rosenblüth, w: J. Korzonek, I. Rosenblüth, Kodeks, s. 1162.

¹⁷³ Zob. szerzej M. Honzatko, w: T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, Kodeks handlowy. Komentarz, t. II, s. 886. Autor omawia szczegółowo, które przepisy o umowie zlecenia mogły znaleźć zastosowanie do umowy komisju.

¹⁷⁴ M. Honzatko, w: T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, Kodeks handlowy. Komentarz, t. II, s. 890; L. Peiper, Komentarz, s. 637.

II. Świadczenie komisanta

Inaczej niż w przypadku umowy o pośrednictwo oraz umowy agencji ustawy limitowała *spectrum* kontraktów, do których zawarcia miały zmierzać działania komisanta. Komis odnosił się bowiem wyłącznie do umowy sprzedaży. W związku z tym, że mogło chodzić zarówno o sprzedaż dóbr komitenta, jak i o ich kupno na jego rzecz – wzorem doktryny niemieckiej – wyróżniano dwa rodzaje komis – tj. sprzedaży (niem. *Verkaufskommission*) oraz kupna (niem. *Einkaufskommission*)¹⁷⁵. Warto zasygnalizować, że ograniczenie typu kontraktu docelowego w ramach komis wyłącznie do umowy sprzedaży nie jest powszechne na tle prawnoporównawczym¹⁷⁶.

Dalszym zawężeniem przedmiotu zobowiązania komisanta było ograniczenie przedmiotu sprzedaży do rzeczy ruchomych oraz papierów wartościowych. Poza zakresem komis pozostawał natomiast w szczególności obrót nieruchomościami, prawami na nich i wierzytelnościami nieinkorporowanymi w papierze wartościowym¹⁷⁷. Takie zawężenie przedmiotu komis również nie było (i nie jest) powszechnie przyjęte w innych porządkach prawnych¹⁷⁸. Przykładowo w prawie niemieckim przyjęto, że przepisy o komisie stosuje się również, jeżeli komisant zobowiązuje się do zawarcia umowy innej niż sprzedaż rzeczy ruchomych lub papierów wartościowych (§ 406 HGB).

Zobowiązanie komisanta opierało się na konstrukcji zastępstwa pośredniego. Oznacza to, że obejmowało przyjęcie obowiązku zawarcia umowy sprzedaży w imieniu własnym, ale na rzecz (rachunek) komitenta. W stosunku zewnętrznym komisant występował zatem tak, jakby zawierał umowę dla siebie jako sprzedawca albo kupujący¹⁷⁹.

Skutki umowy komis w stosunku zewnętrznym rozpatrywano osobno dla komis sprzedaży oraz komis kupna. Jeżeli chodzi o pierwszy z wymienionych, to komisant sprzedawał przedmiot komis, a jego własność przechodziła na kupującego bezpośrednio od komitenta¹⁸⁰. Powyższe potwierdza orzeczenie Sądu Najwyższego z 18.6.1957 r., w którym

¹⁷⁵ Co do komis sprzedaży i kupna w prawie niemieckim zob. szerzej *K. Hopt*, w: *A. Baumbach, K. Hopt* (red.), *Handelsgesetzbuch*, s. 1465–1466.

¹⁷⁶ Zob. szerzej *W. Kocot*, w: *M. Stec* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2020, s. 375.

¹⁷⁷ *M. Honzatko*, w: *T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko*, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. II, s. 885; *J. Namitkiewicz*, *Komisowa umowa*, w: *H. Konic* (red.), *Encyklopedia Podręczna Prawa Prywatnego*, t. 1, Warszawa 1931, s. 514; *tenże*, *Zarys*, s. 159.

¹⁷⁸ Zob. szerzej *J. Frąckowiak*, w: *J. Rajski* (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2018, s. 953.

¹⁷⁹ Na temat stosunku wewnętrznego i zewnętrznego w ramach zastępstwa pośredniego zob. szerzej *A. Szpunar*, *Stanowisko*, s. 57–59; *F. Zoll*, *Zobowiązania*, s. 63.

¹⁸⁰ Inaczej należało natomiast postrzegać zasady przeniesienia własności ceny sprzedaży (gotówki). W wyr. SN z 4.11.1936 r., 3 K 1765/36, OSP 1937, t. 16, poz. 445 (z krytyczną glosą *W. Miszewskiego*) błędnie przyjęto, że

wyjaśniono, że z faktu, iż komitent nie traci własności przedmiotów oddanych komisantowi do sprzedaży, wynika, iż manko, powstałe na skutek właściwości przedmiotów, a niezawinione przez komisanta, obciąża komitenta¹⁸¹. Stosunki własnościowe przy komisie sprzedaży komplikowały się, jeżeli komitent nie był właścicielem rzeczy. Brak jest wypowiedzi, które wyjaśniałyby sposób przeniesienia własności w takim układzie. W judykaturze rozstrzygnięto jednak, że właścicielowi, który nie był stroną umowy komisum nie przysługują roszczenia względem komisanta, jeżeli zlecenie komisowe zostało wykonane¹⁸².

Odnosnie do komisum kupna prezentowano dwa poglądy. Doktryna stała na stanowisku, że rzecz ruchoma lub papiery wartościowe są nabywane bezpośrednio przez komitenta¹⁸³. W orzeczeniu Sądu Najwyższego z 14.3.1938 r. przyjęto natomiast, iż komisant, dokonując kupna samochodu na zlecenie komitenta i obejmując go w posiadanie, staje się aż do wydania go komitentowi jego właścicielem i odpowiada za szkodę wyrządzoną ruchem tego pojazdu¹⁸⁴.

Komitent pozostawał zasadniczo „w cieniu”¹⁸⁵. W orzecznictwie przyjęto jednak, że chociaż sam komisant jest stroną w stosunkach z osobą trzecią i jemu służy skarga przeciwko niej z powodu niewykonania zobowiązania, to jeżeli komisant wymienił komitentowi osobę, z którą zawarł umowę, przestawał być odpowiedzialny osobiście za transakcję, a komitent mógł żądać od komisanta przekazania praw i wierzytelności przeciwko trzeciemu¹⁸⁶.

Wynikający z umowy komisum stosunek wewnętrzny rozstrzygał, że rzeczy ruchome lub papiery wartościowe kupione przez komisanta albo uzyskana cena sprzedaży przypadają komitentowi. Artykuł 582 § 1 KH przewidywał, że komisant powinien wydać komitentowi wszystko, co uzyskał dla niego przy wykonaniu zlecenia. Uprawnienie to było skuteczne również względem wierzycieli komisanta oraz jego masy upadłości (art. 582 § 2 KH). Konstrukcję działania komisanta w imieniu własnym, lecz na rachunek komitenta dopełniał art. 583 § 1 KH, zgodnie z którym, jeżeli komisant zawarł umowę na warunkach korzystniejszych od oznaczonych w zleceniu, osiągnięta korzyść należała się komitentowi. Przykładowo, w przypadku gdy komisant sprzedał rzecz za cenę wyższą od wskazanej przez komitenta, był zobowiązany do przekazania całej ceny.

cena zapłacona komisantowi przez kupującego stanowi własność komitenta, a w konsekwencji komisant może ją przywłaszczyć.

¹⁸¹ Orz. SN z 18.6.1957 r., 1 CR 456/56, OSPiKA 1958, Z. 9, poz. 228.

¹⁸² Orz. SN z 20.11.1959 r., 1 CR 1088/58, OSNCiK 1961, Nr 4, poz. 96.

¹⁸³ M. Honzatko, w: T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, Kodeks handlowy. Komentarz, t. II, s. 889; A. Szczygielski, Własność dobra komisowego na tle polskiego prawa handlowego, Miesięcznik Prawa Handlowego i Wekslowego 1936, Nr 5–6, s. 65.

¹⁸⁴ Orz. SN z 14.3.1938 r., C II 2440/37, Zb. Orz. SN 1939, Z. 1, poz. 38.

¹⁸⁵ A. Szpunar, w: S. Grzybowski (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 653–654.

¹⁸⁶ Orz. SN z 14.11.1935 r., C.I. 880/35, Zb. Urz. 1936, poz. 241.

Zobowiązanie komisanta nie ograniczało się wyłącznie do zawierania umów z osobami trzecimi. Po pierwsze, jak dowodzą wyżej poczynione uwagi, obejmowało również obowiązek wydania tego, co otrzymał w wyniku zawarcia umowy, tj. rzeczy lub papierów wartościowych przy komisie kupna albo uzyskanej ceny przy komisie sprzedaży. Po drugie, zgodnie z art. 583 § 2 KH oznaczenie w zleceniu ceny nie zwalniało komisanta od starań o uzyskanie dla komitenta jak najkorzystniejszej ceny (kupna albo sprzedaży). Miał on więc nie tylko obowiązek zawarcia umowy, ale również negocjowania jej postanowień. W konsekwencji był zobowiązany do dokonywania czynności faktycznych wpływających na wolę drugiej strony, a zatem pośredniczenia. Po trzecie, z samej istoty umowy komisu związanej z jej funkcją gospodarczą wynika, że istotnym zadaniem komisanta było poszukiwanie kontrahentów. Czynności te odpowiadały więc następczemu sposobności do zawarcia umowy.

Mimo że w doktrynie międzywojennej nie formułowano takiego wniosku wprost, nie powinno budzić wątpliwości, że umowa komisu mieściła w sobie zobowiązanie do pośrednictwa w rozumieniu art. 517 KZ. W przeciwieństwie do umowy agencyjnej czynności faktyczne komisanta nie były ukierunkowane na zawarcie umowy w cudzym imieniu, lecz we własnym. Skutki ekonomiczne zawartej umowy, z mocy ustawy i umowy komisu, obciążały jednak w całości komitenta.

Odmienne niż na gruncie umowy agencyjnej, w przypadku umowy komisu brak było wyraźnego wskazania, że działania komisanta mają mieć charakter stały. W konsekwencji przyjmowano, że interes komisowy ma, co do zasady, charakter dorywczy. W doktrynie nie wykluczano dopuszczalności zobowiązania się przez komisanta do stałego działania¹⁸⁷. Odnosząc się do tego poglądu można zauważyć, że definicja umowy komisu nie przesądzała, czy działanie komisanta ma mieć charakter jednorazowy, czy stały. Traktowała wyłącznie o „kupnie lub sprzedaży rzeczy ruchomych lub papierów wartościowych”. Z perspektywy wykładni językowej określenie to potencjalnie obejmowało zarówno zawarcie jednej umowy, jak i ich większej liczby. W konsekwencji nie było przeszkód, żeby komisant zobowiązał się do zawarcia kilku, a nawet nieoznaczonej liczby umów¹⁸⁸.

Okoliczność, że komisant był zobowiązany do zawarcia umowy na rachunek komitenta oraz nałożenie na niego powinności wyszukania kontrahenta, nakłonienia go do zawarcia umowy oraz negocjowania ceny prowadzą do konstatacji, że ciążył na nim również obowiązek lojalności względem komitenta. Wniosek ten wspiera kilka przepisów kodeksu

¹⁸⁷ M. Allerhand, Kodeks, s. 863.

¹⁸⁸ Na temat jednorazowości (dorywczowości) oraz stałości zobowiązania komisanta zob. szerzej § 3 rozdziału trzeciego.

handlowego. W szczególności chodzi o art. 584 KH statuujący obowiązki komisanta do odpowiedniego rozliczenia się z komitentem oraz uprawnienie komitenta do złożenia oświadczenia, że nie uznaje czynności za dokonaną na jego rachunek przy sprzedaży rzeczy po cenie niższej albo wyższej od oznaczonej w zleceniu. Ponadto art. 586–588 KH regulowały obowiązki komisanta w zakresie zabezpieczenia towaru nabytego dla komitenta¹⁸⁹. Artykuł 590 KH wprowadzał z kolei zakaz udzielania przez komisanta kredytu lub zaliczek osobom trzecim.

Na komisancie, co do zasady, nie ciążyła natomiast odpowiedzialność (*del credere*) za wykonanie zobowiązania przez osobę trzecią, z którą zawarł umowę¹⁹⁰. Zgodnie z art. 591 § 1 KH mógł on jednak przyjąć ją na siebie w umowie z komitentem. Jeżeli tak uzgodniono, a komisant spełnił świadczenie na rzecz komitenta, przysługiwała mu za to odrębna prowizja (art. 591 § 2 KH).

III. Świadczenie komitenta

Wprawdzie nie wynika to wprost z definicji umowy komisum, ale miała ona zawsze charakter odpłatny, a w konsekwencji dwustronnie zobowiązujący. Jak podnosił *M. Honzatko* odpłatność umowy komisum wynikała „z natury rzeczy”¹⁹¹. Brak wskazania obowiązku zapłaty wynagrodzenia na rzecz przyjmującego zlecenie w definicjach umowy komisum, agencji, spedycji oraz składu był przy tym krytykowany w doktrynie. *Oswald Buber* wskazywał, że powyższe było konsekwencją błędnego przeniesienia do kodeksu handlowego rozwiązań niemieckich¹⁹². HGB ujmował bowiem wskazane stosunki prawne nie przez regulację typów umów, lecz przez wskazanie cech osób, którymi kupiec posługuje się w swojej działalności. W konsekwencji *essentialia negotii* każdej umowy komisum obejmowały zobowiązanie komitenta do zapłaty komisantowi prowizji.

Zgodnie z art. 594 § 1 KH komisant nabywał prawo do prowizji z chwilą otrzymania przez komitenta towaru lub ceny albo przyjęcia przez niego innego pokrycia. Wyjątek od tej zasady przewidziano w art. 594 § 2 KH, który stanowił, że prawo do prowizji służy komisantowi także, jeżeli niewykonanie zobowiązania przez drugą stronę zostało spowodowane przez komitenta.

¹⁸⁹ Zob. szerzej *L. Peiper*, Komentarz, s. 645–648.

¹⁹⁰ *M. Allerhand*, Kodeks, s. 879 wskazywał, że odpowiedzialność *del credere* obejmowała również wykonanie umowy przez poręczyciela osoby trzeciej oraz przejemcę jej długu.

¹⁹¹ *M. Honzatko*, w: *T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko*, Kodeks handlowy. Komentarz, t. II, s. 890.

¹⁹² *O. Buber*, Uwagi, s. 404–405.

Niezależnie od prawa do prowizji komisantowi przysługiwało również roszczenie o zwrot wszelkich wydatków poczynionych w związku z wykonywaniem umowy komisu¹⁹³. Zaliczano do nich w szczególności koszty telegramów, rozmów telefonicznych, zaliczek udzielonych komitentowi lub osobie trzeciej oraz nakłady poczynione na towar¹⁹⁴. Odróżniało to umowę komisu od umowy agencji, w przypadku której agent miał prawo do zwrotu wyłącznie wydatków nadzwyczajnych (art. 577 KH) oraz od umowy o pośrednictwo, w której uprawnienie do zwrotu wydatków musiało być zastrzeżone w umowie (art. 520 KZ). Rozwiązanie przyjęte na gruncie komisu należy łączyć z oparciem jej istoty o konstrukcję zastępstwa pośredniego.

§ 5. Umowa zlecenia

I. Uwagi wstępne

Zlecenie stanowi jedną z najstarszych instytucji prawa cywilnego¹⁹⁵. Jego ogólna formuła, wynikająca z podstawowego charakteru potrzeb, które zaspokaja (dokonanie jakiejś czynności dla kogoś), umiejscawia je w centrum systemu umów o świadczenie usług. Bez przesady można stwierdzić, że wszystkie inne typy umów, których przedmiotem są usługi ukształtowały się w większym albo mniejszym stopniu w odniesieniu do umowy zlecenia¹⁹⁶. Dotyczy to również przedstawionych wyżej umów: o pośrednictwo, agencji oraz komisu.

Z perspektywy prowadzonych rozważań istotne jest, czy, a jeżeli tak, to w jakim zakresie przepisy kodeksu zobowiązań o umowie zlecenia znajdowały zastosowanie do stosunków z zakresu pośrednictwa. W związku z tym głównym celem dalszego wywodu jest zbadanie, czy przedmiot wskazanej umowy (a ściślej zobowiązania zleceniobiorcy) odnosił się do podejmowania czynności faktycznych zmierzających do zawarcia umowy przez podmioty inne niż on sam (pośrednictwa w rozumieniu art. 517 KZ), ewentualnie również do zawierania ich w charakterze zastępcy jednej ze stron. W związku z szerokim określeniem przedmiotu umów o pośrednictwo, agencji i komisu, kolejną kwestią, która wymaga rozważenia jest ustalenie, czy w praktyce mogło dojść do nawiązania stosunków z zakresu pośrednictwa

¹⁹³ M. Allerhand, Kodeks, s. 883–884.

¹⁹⁴ *Ibidem*, s. 884.

¹⁹⁵ Rozwój historyczny umowy zlecenia przedstawia obszernie W. Ludwiczak, Umowa, s. 8–25.

¹⁹⁶ L. Domański, Instytucje, s. 355–356, 469. Autor ten wskazywał, że w przypadku braku statusu kupca po stronie agenta, komisanta, ekspedytora do umów z ich udziałem należy stosować przepisy o zleceniu. Przeciwno centralnej roli zlecenia wśród umów o świadczenie usług zdecydowanie opowiadał się F. Zoll, Zobowiązania, s. 408–409.

nieobjętych regulacją wyżej wskazanych umów, do których należało stosować przepisy o zleceniu.

Przed przejściem do poszukiwania odpowiedzi na te pytania trzeba przypomnieć, że w doktrynie międzywojennej przyjmowano, iż przepisy o umowie zlecenia należało współstosować z regulacją umowy o pośrednictwo (art. 517–522 KZ) do tych stosunków prawnych, w których przyrzekający zobowiązywał się do zapłaty wynagrodzenia na rzecz pośrednika, a pośrednik zobowiązywał się do następczenia sposobności lub pośredniczenia w zawarciu umowy. Dalsze poszukiwania mają na celu odnalezienie innych przypadków stosowania przepisów o zleceniu do stosunków z zakresu pośrednictwa.

II. Definicja i strony

Artykuł 498 § 1 KZ stanowił, że przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności dla dającego zlecenie. Umowa zlecenia mogła być zawarta zarówno w obrocie powszechnym, jak i między kupcami. Kupcem mogła być również wyłącznie jedna ze stron.

Z problematyką podmiotową w omawianej umowie ściśle łączy się zagadnienie substytucji przyjmującego zlecenie. Zasadą było osobiste wykonanie zlecenia¹⁹⁷. Artykuł 503 § 1 KZ dopuszczał powierzenie wykonania zlecenia osobie trzeciej wyłącznie, jeżeli wynikało to z umowy, zwyczaju albo gdy wymagały tego okoliczności. Takie ograniczenie nie występowało na gruncie umów: o pośrednictwo, agencji oraz komisju. W ich przypadku pośrednik (agent, komisant) mógł zawsze posłużyć się innymi osobami¹⁹⁸, przy czym odpowiadał za nie jak za własne działania i zaniechania¹⁹⁹.

III. Świadczenie przyjmującego zlecenie

Mimo bogatej historii i kluczowego znaczenia wśród umów o świadczenie usług istota zlecenia nie jest ujmowana jednolicie w poszczególnych systemach prawnych. Dobrą ilustracją tego stanu rzeczy są prace legislacyjne nad kodeksem zobowiązań, w których doszło do starcia się dwóch wiodących koncepcji co do przedmiotu zlecenia. W ślad za art. 1984 KC franc.

¹⁹⁷ *L. Domański*, Instytucje, s. 475; *R. Longchamps de Bérier*, Zobowiązania, s. 554.

¹⁹⁸ Tak przykładowo (odnośnie do umowy agencji) *L. Peiper*, Komentarz, s. 618.

¹⁹⁹ Podstawą odpowiedzialności za substytutów był art. 241 KZ. Przepis ten stanowił, iż dłużnik nie może się zasłaniać tym, że wykonanie zobowiązania zlecił komu innemu, chociażby był do tego uprawniony, albo że zobowiązanie, zaciągnięte w jego imieniu, winien wykonać jego przedstawiciel ustawowy. Za działanie i zaniechanie tych osób odpowiadał tak, jak za swe własne działania i zaniechanie.

w początkowym projekcie kodeksu zobowiązań przewidziano, że umowa zlecenia obejmuje zobowiązanie do dokonywania na rachunek dającego zlecenie wyłącznie czynności prawnych²⁰⁰. Przyczyną wyboru tej koncepcji przez projektodawców była chęć wyraźnego odgraniczenia, na podstawie kryterium przedmiotowego, umowy zlecenia od umów o dzieło oraz pracę, które polegały na dokonywaniu czynności faktycznych²⁰¹.

Przedstawione ujęcie nie przetrwało dalszych prac legislacyjnych, w wyniku których poszerzono przedmiot zlecenia o dokonywanie czynności faktycznych. Wzorem dla tego rozwiązania było szwajcarskie prawo zobowiązań (art. 394 OR). W efekcie art. 498 § 1 KZ otrzymał brzmienie, według którego przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania dla dającego zlecenie określonej czynności (*lege non distinguente* – faktycznej lub prawnej). Wymaga przy tym podkreślenia, że pomimo rozszerzenia przedmiotu zlecenia, istotnym zmianom (w stosunku do projektu kodeksu zobowiązań) nie uległy przepisy regulujące tę umowę²⁰².

Świadczenie przyjmującego zlecenie zostało zatem określone szeroko²⁰³. Po pierwsze, obejmowało wszelkiego rodzaju czynności faktyczne, których można dokonać na rzecz innego podmiotu²⁰⁴. W doktrynie przyjmowano, że chodzi o czynności określone indywidualnie lub rodzajowo²⁰⁵. Zaliczano do nich przykładowo przeprowadzenie procesu, nadzór techniczny nad budową, czynności prywatnego detektywa, reklamę, wyszukanie mieszkania oraz przeprowadzenie niewiążących rokowań²⁰⁶. Należy zauważyć, że dwa ostatnie przykłady działania przyjmującego zlecenie z powodzeniem mogły stanowić przedmiot umowy o pośrednictwo w rozumieniu art. 517 KZ. Wyszukanie mieszkania jest bowiem niczym innym, jak następczym sposobności do zawarcia umowy, natomiast rokowania sprowadzają się do

²⁰⁰ Przyjęcie takiego rozwiązania w prawie francuskim było związane z połączeniem zlecenia i pełnomocnictwa w art. 1984 KC franc. Zob. szerzej W. Ludwiczak, *Umowa*, s. 22–23, który przedstawił obszerną krytykę tej konstrukcji prawnej.

²⁰¹ E. Till, *R. Longchamps de Bérier*, Polskie, s. 196–197.

²⁰² Por. E. Till, *R. Longchamps de Bérier*, Polskie, s. 46–48.

²⁰³ W. Ludwiczak, *Umowa*, s. 1 wskazywał, że definicja zlecenia „jest sformułowana bardzo niewyraźnie”, ponieważ obejmuje „wszelkie stosunki społeczne, w których jedna ze stron zobowiązuje się na rzecz drugiej do jakiegokolwiek aktywności”.

²⁰⁴ Zdecydowanym krytykiem objęcia zleceniem czynności faktycznych był F. Zoll. Autor ten stał na stanowisku, że zlecenie powinno dotyczyć wyłącznie dokonywania czynności prawnych (zastępstwa). Pozostałe umowy należało natomiast poddać reżimowi umowy o dzieło oraz umowy o pracę. Zob. szerzej F. Zoll, *Zobowiązania*, s. 406–409. W doktrynie powojennej wskazywano na trudności w odgraniczeniu umowy zlecenia od innych umów o świadczenie usług (w szczególności umowy o dzieło oraz umowy o pracę); tak W. Ludwiczak, *Umowa*, s. 33; S. Wójcik, *Ograniczenie umowy o dzieło od umowy o pracę i od umowy zlecenia*, ZNUJ 1963, Nr 10, s. 182.

²⁰⁵ W. Ludwiczak, *Umowa*, s. 80.

²⁰⁶ R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, s. 552; I. Rosenblüth, w: J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks*, s. 1160–1161.

pośredniczenia. Dowodzi to częściowego pokrywania się zakresów obu tych umów oraz trudności w ich rozgraniczeniu.

Po drugie, w zakresie dokonywania czynności prawnych przyjmujący zlecenie mógł zobowiązać się zarówno do dokonania czynności jednostronnej, jak i do zawarcia umowy²⁰⁷. W tych przypadkach zleceniobiorca mógł występować w dwóch rolach. Pierwszą było działanie w charakterze przedstawiciela (pełnomocnika) dającego zlecenie, a zatem w jego imieniu i na jego rachunek. W związku z rozdzieleniem w prawie polskim instytucji pełnomocnictwa od zlecenia, do podjęcia tych działań konieczne było udzielenie mu umocowania. Jednakże stosownie do art. 499 KZ, w braku odmiennej umowy, zlecenie dotyczące czynności prawnej obejmowało *ex lege* umocowanie do dokonania czynności prawnej w imieniu dającego zlecenie. Odmiennie niż w przypadku umowy agencyjnej było zatem domniemane. W ramach drugiej roli zleceniobiorca był upoważniony do działania we własnym imieniu, lecz na rachunek drugiej strony. Działał wtedy jako zastępca pośredni dającego zlecenie.

Nie budziło wątpliwości, że przyjmujący zlecenie mógł zobowiązać się do dokonania wyłącznie czynności faktycznej albo czynności prawnej. Nie było również przeszkód, żeby zobligował się do dokonania obu tych rodzajów czynności łącznie. Przykład ostatnio wskazanego stosunku stanowiła umowa o świadczenie pomocy prawnej przez adwokata. W takim przypadku profesjonalny pełnomocnik mógł dokonywać zarówno czynności faktycznych (np. przygotować pismo procesowe, wziąć udział w rozprawie), jak i prawnych (np. zawrzeć ugodę).

W doktrynie podnoszono, że przedmiotem zlecenia mogła być zarówno jedna, skonkretyzowana czynność (np. odtworzenie utworu dramatycznego, zawarcie umowy), jak i ich większa liczba (np. przeprowadzenie procesu, zawarcie trzech umów)²⁰⁸. Mimo tego, definicja umowy zlecenia z art. 498 § 1 odnosiła się zasadniczo do czynności oznaczonej, a zatem dorywczego, a nie stałego działania przyjmującego zlecenie.

Poczynione dotychczas uwagi prowadzą do wniosku, że przedmiot zlecenia potencjalnie mieścił w sobie czynności zaliczane do pośrednictwa w rozumieniu art. 517 KZ. Mogło ono polegać na dokonywaniu czynności faktycznych zmierzających do zawarcia umowy przez strony oraz na zawieraniu umów w charakterze zastępcy pośredniego albo bezpośredniego jednej z nich.

Zakres zastosowania przepisów o umowie zlecenia przedstawiono wyżej wyłącznie w oparciu o definicję zawartą w art. 499 § 1 KZ. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na

²⁰⁷ Tak zwłaszcza R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, s. 552.

²⁰⁸ W. Ludwiczak, *Umowa*, s. 80; T. Perl, *Umowa*, s. 13–14.

rozszerzający go art. 499 § 2 KZ. Przepis ten stanowił, że umowy o świadczenie usług nieuregulowane jako szczególny rodzaj umowy podlegają przepisom o zleceniu. Można z tego wyprowadzić dwa wnioski. Po pierwsze, objęcie określonego stosunku prawnego definicją innego typu umowy wykluczało stosowanie do niego wprost przepisów o zleceniu. Wskazane wyłączenie nie było jednak w doktrynie ujmowane w sposób bezwzględny. Jak już sygnalizowano reprezentowano w niej pogląd o dopuszczalności stosowania przepisów o zleceniu do umowy o pośrednictwo (jeżeli pośrednik zobowiązał się do działania)²⁰⁹ oraz, w kwestiach nieobjętych regulacją kodeksu handlowego, do umowy ajencji²¹⁰, komisju oraz ekspedycji²¹¹. Po drugie, przepisy o umowie zlecenia należało stosować wprost do wszystkich innych, zwłaszcza nienazwanych, umów o świadczenie usług.

Poczynione uwagi prowadzą do wniosku, że zakres zastosowania przepisów o zleceniu był bardzo szeroki. Obejmował wszystkie nieuregulowane umowy o świadczenie usług. Regulację zlecenia stosowano również uzupełniająco do umów nazwanych, w tym z zakresu pośrednictwa.

IV. Stosowanie przepisów o zleceniu do nienazwanych umów o pośrednictwo

W kontekście prowadzonych rozważań istotna jest odpowiedź na pytanie, czy w praktyce było możliwe ukształtowanie stosunku prawnego w taki sposób, żeby nie podlegał on przepisom dotyczącym umów: o pośrednictwo, ajencji oraz komisju, a jednocześnie jego treścią było pośrednictwo w rozumieniu art. 517 KZ? Doktryna międzywojenna nie podejmowała tego problemu.

W pierwszej kolejności należy rozważyć stosunki, w których zobowiązanie dłużnika obejmowało dokonywanie wyłącznie czynności faktycznych, polegających na następcaniu sposobności lub pośredniczeniu w zawarciu jednej albo oznaczonej liczby umów. Co do zasady podlegały one regulacji umowy o pośrednictwo (art. 517 KZ). Wyjątek stanowił stosunek, w którym pośrednik zobowiązywał się do działania, a w konsekwencji należało do niego współstosować przepisy o umowie o pośrednictwo oraz o umowie zlecenia. Nie sposób natomiast znaleźć pola zastosowania przepisów o zleceniu w innych przypadkach.

Jeżeli pośredniczenie (następcanie sposobności) w zawarciu umowy docelowej miało charakter stały, to czynność stron stanowiła umowę ajencyjną (art. 568 KH). Istotne jest, że na

²⁰⁹ R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, s. 552–553.

²¹⁰ T. Perl, *Umowa*, s. 14; M. Allerhand, *Kodeks*, s. 851.

²¹¹ M. Honzatko, w: T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. II., s. 886.

jej gruncie agent musiał być kupcem. W doktrynie przyjmowano, że jeżeli przyjmujący zlecenie nie miał takiego statusu, to do takiego stosunku stosuje się przepisy o umowie zlecenia²¹². Wydaje się jednak, że stałość działania podejmowanego przez przyjmującego zlecenie we własnym imieniu w większości przypadków była równoznaczna z prowadzeniem przez niego przedsiębiorstwa zarobkowego w rozumieniu art. 2 KH. W konsekwencji należało uznać go za kupca, a zawartą umowę za ajencję. Przepisy o zleceniu mogły znaleźć zastosowanie wyłącznie wyjątkowo, w sytuacjach, w których działalność przyjmującego zlecenie nie mogła być uznana za prowadzenie przedsiębiorstwa zarobkowego²¹³. Przykładowo, jeżeli była to działalność nieodpłatna.

Przechodząc do stosunków, w których zleceniobiorca występował w charakterze zastępcy dającego zlecenie należy przypomnieć, że samo zawieranie umów (niezależnie od tego, czy w imieniu własnym i na cudzy rachunek, czy w imieniu mocodawcy i na jego rachunek) nie stanowiło pośrednictwa w rozumieniu art. 517 KZ. Dalsze uwagi odnoszą się zatem wyłącznie do umów, w których przyjmujący zlecenie zobowiązywał się do łącznego dokonania czynności faktycznych (następczenia sposobności lub pośredniczenia w zawarciu umowy) oraz prawnych.

Wydaje się, że przepisy o zleceniu znajdowały zastosowanie do stosunku prawnego, w którym zleceniobiorca zobowiązywał się do jednorazowego (dorywczego) dokonania czynności faktycznych oraz zawarcia umowy w imieniu i na rachunek dającego zlecenie. Z uwagi na brak cechy stałości pośredniczenia, takiego stosunku z pewnością nie można zakwalifikować jako umowy ajencyjnej. W związku z zobowiązaniem przyjmującego zlecenie do zawarcia umowy w charakterze pełnomocnika nie sposób również uznać tego stosunku prawnego za umowę o pośrednictwo. Ta ostatnia dotyczyła bowiem wyłącznie czynności faktycznych. Alternatywnym rozwiązaniem mogło być współstosowanie przepisów o umowie o pośrednictwo oraz o umowie zlecenia.

Innym potencjalnym polem zastosowania przepisów o umowie zlecenia były stosunki opierające się na dokonywaniu czynności faktycznych połączone z zastępstwem pośrednim dającego zlecenie, w zakresie, w jakim nie były objęte definicją umowy komisji. Chodziło zatem o zawieranie w imieniu własnym zleceniobiorcy, lecz na rzecz dającego zlecenie umów sprzedaży rzeczy innych niż ruchome i papierów wartościowych, a zatem przede wszystkim

²¹² L. Domański, *Instytucje*, s. 355–356, 469.

²¹³ Przez prowadzenie we własnym imieniu przedsiębiorstwa zarobkowego rozumiano każdą trwałą, zarobkową i ujawniającą się na zewnątrz działalność. Zob. szerzej M. Allerhand, *Kodeks*, s. 5–9; M. Honzatkan, w: T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatkan, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. I, Kraków 1935, s. 10.

nieruchomości. Mogło również chodzić o zawieranie w ramach zastępstwa pośredniego umów innych niż sprzedaż. W doktrynie międzywojennej prezentowano jednak pogląd, że w takim przypadku należy stosować *per analogiam* przepisy o umowie komisju²¹⁴. Mimo że to stanowisko stanowi wyraźne obejście definicji umowy komisju, argumenty funkcjonalne przemawiają za jego trafnością. Umowa, której przedmiotem jest zastępstwo pośrednie w zakresie sprzedaży nieruchomości jest bowiem bardziej zbliżona do umowy komisju niż zlecenia²¹⁵.

Na koniec warto wskazać, że przepisy o umowie zlecenia należało stosować do wszelkich umów, których przedmiotem było zobowiązanie do pośrednictwa w rozumieniu art. 517 KZ, jeżeli przyjmujący zlecenie zobowiązywał się do działania bez wynagrodzenia. Jak już wyjaśniono, umowa o pośrednictwo, agencja oraz komis zakładają obligatoryjną odpłatność. Stosownie do art. 500 § 1 KZ zlecenie nie musiało być wykonane za wynagrodzeniem. Jego regulacja mogła zatem znaleźć zastosowanie do stosunków nieodpłatnych. Ich praktyczne znaczenie ograniczało się, co do zasady, do bliskich relacji społecznych opartych na altruistycznych pobudkach.

Poczynione uwagi prowadzą do wniosku, że przepisy o umowie zlecenia uzupełniały system umów z zakresu pośrednictwa. Ich stosowanie, z mocy art. 499 § 2 KZ, do wszelkich nieuregulowanych odrębnie umów o świadczenie usług nie było w tym przypadku jedynie hipotetyczne. W praktyce mogło bowiem dojść do nawiązywania stosunków prawnych z zakresu pośrednictwa nieobjętych przepisami dotyczącymi umów: o pośrednictwo, agencji i komisju. Co do zasady były one objęte regulacją umowy zlecenia. Ponadto w doktrynie prezentowano pogląd o uzupełnianiu przepisami o zleceniu regulacji nazwanych umów z zakresu pośrednictwa w zakresie odrębnie nieuregulowanym. Zauważenia wymaga również, że objęcie przedmiotem zlecenia nie tylko czynności prawnych, ale również czynności faktycznych, sprawiało, że mogło ono obejmować świadczenia polegające na pośrednictwie w rozumieniu art. 517 KZ.

²¹⁴ Tak zwłaszcza M. Honzatko, w: T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, Kodeks handlowy. Komentarz, t. II, s. 886.

²¹⁵ Problem szerokiego stosowania przepisów o zleceniu do nieuregulowanych umów o świadczenie usług zostanie omówiony szerzej na gruncie obecnie obowiązujących przepisów w § 4. rozdziału czwartego

V. Obowiązek lojalności przyjmującego zlecenie

Po dokonaniu powyższych ustaleń warto odnieść się do kilku zagadnień dotyczących umowy zlecenia istotnych z perspektywy konstrukcji umów o pośrednictwo. W pierwszej kolejności rozważenia wymaga kwestia obowiązku lojalności przyjmującego zlecenie.

Artykuł 502 § 1 KZ przewidywał, że przyjmujący zlecenie powinien je wykonać sumiennie i ze starannością, jakiej wymaga rodzaj czynności. W doktrynie wyrażono pogląd, że znaczenie przytoczonego przepisu ograniczało się wyłącznie do określenia stopnia należytej staranności zleceniobiorcy przy wykonaniu zobowiązania, a zatem było relewantne w przypadku badania zawinienia przy niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu przez niego zobowiązania²¹⁶. Wskazywano przy tym, że wzorzec ten jest relewantny wyłącznie odnośnie do zlecenia odpłatnego²¹⁷. W tym ujęciu do umowy nieodpłatnej należało natomiast stosować kryterium określone w art. 505 KZ, który w takiej sytuacji ograniczał odpowiedzialność przyjmującego zlecenie do szkód wyrządzonych umyślnie lub wskutek niedochowania staranności, jakiej zwykł on dokładać we własnych sprawach²¹⁸.

Według innego poglądu znaczenie art. 502 § 1 KZ należało postrzegać szerzej. Wskazywano, że przepis ten nie dotyczył wyłącznie miary staranności, jaką zobowiązany jest dolożyć zleceniobiorca. W uzasadnieniu projektu kodeksu zobowiązań wyjaśniono, że art. 502 § 1 KZ nie odnosi się tylko do sprawności wykonania zlecenia, ale również do wierności i uczciwości przyjmującego zlecenie²¹⁹. W konsekwencji podniesiono, że sprawa ma być załatwiona przez niego nie tylko *lege artis*, ale również z możliwą korzyścią dającego zlecenie²²⁰. Wypracowana przez zleceniobiorcę korzyść przypadała dającemu zlecenie²²¹.

W związku z powyższym *R. Longchamps de Bérier* wywodził ze wskazanego przepisu spoczywający na przyjmującym zlecenie obowiązek lojalności względem zleceniodawcy²²². Należy zgodzić się z tym poglądem. Poza odwołaniem się *expressis verbis* w treści przytoczonej regulacji do „sumiennosci” przyjmującego zlecenie, za trafnością tego zapatrywania przemawiały również inne przepisy ustawy nakładające na niego szereg powinności. Chodzi w szczególności o obowiązki: wykonania zlecenia zgodnie ze wskazówkami dającego zlecenie (art. 502 § 2 KZ), udzielenia informacji o przebiegu sprawy

²¹⁶ *W. Ludwiczak*, *Umowa*, s. 93.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *E. Till, R. Longchamps de Bérier*, *Polskie*, s. 198.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *L. Domański*, *Instytucje*, s. 483.

²²² *R. Longchamps de Bérier*, *Zobowiązania*, s. 555.

oraz złożenia sprawozdania po wykonaniu zlecenia (art. 506 § 1 KZ), wydania wszystkiego co zleceniobiorca uzyskał dla dającego zlecenie przy jego wykonaniu (art. 506 § 2 KZ) oraz zakaz używania rzeczy i kapitałów dającego zlecenie (art. 507 KZ).

VI. Świadczenie dającego zlecenie

Jak już stwierdzono zlecenie mogło stanowić zarówno umowę odpłatną, jak i nieodpłatną. Artykuł 500 § 1 KZ stanowił, że jeżeli z umowy lub z okoliczności nie wynika, iż przyjmujący zlecenie zobowiązał się do jego wykonania bez wynagrodzenia, należało domniemywać, że zlecenie jest odpłatne. Domniemanie odpłatności zlecenia stanowiło *novum* wśród ówczesnych kodyfikacji prawa cywilnego, które wzorem prawa rzymskiego zakładały jego nieodpłatność²²³. Artykuł 502 § 2 KZ przewidywał natomiast, że w braku stosownej regulacji umownej wysokość wynagrodzenia jest określana stosownie do nakładu pracy. Wiązała się z tym dyspozytywna regulacja art. 510 KZ, iż wynagrodzenie jest płatne po wykonaniu zlecenia.

Wymaga zauważenia, że regulacja dotycząca braku określenia wynagrodzenia w umowie zlecenia odnosiła się do innych kryteriów niż w przypadku omówionych typów umów o pośrednictwo. Na gruncie umowy o pośrednictwo w rozumieniu art. 517 KZ, w braku umownego oznaczenia wysokości wynagrodzenia należało się ono w wysokości zwyczajowo przyjętej (art. 518 KZ). Według tego samego kryterium należało określać wynagrodzenie ajenta (art. 576 KH). W przypadku tych dwóch umów wysokość wynagrodzenia pośrednika była zatem zasadniczo niezależna od nakładu pracy związanego ze świadczoną usługą.

Zgodnie z art. 508 KZ dający zlecenie był zobowiązany do zwrotu wydatków i nakładów poczynionych przez zleceniobiorcę w celu należytego wykonania zlecenia, a także zwolnienia go od zobowiązań w związku z tym zaciągniętych²²⁴. W doktrynie wskazywano, że na dającym zlecenie spoczywa również obowiązek naprawienia szkody poniesionej przez zleceniobiorcę przy wykonaniu zlecenia²²⁵. Jeżeli realizacja zlecenia wymagała poczynienia przez przyjmującego zlecenie wydatków lub nakładów, mógł on żądać udzielenia stosownej zaliczki (art. 509 KZ). W piśmiennictwie wskazywano, że jeśli przyjmujący zlecenie usiłował je wykonać, a okazało się to niemożliwe, mógł żądać wyłącznie zwrotu wydatków i nakładów. Pozostawał natomiast bez prawa do wynagrodzenia²²⁶.

²²³ Zob. szerzej W. Ludwiczak, Umowa, s. 90–91.

²²⁴ Zob. szerzej L. Domański, Instytucje, s. 484–487.

²²⁵ R. Longchamps de Brier, Zobowiązania, s. 556; W. Ludwiczak, Umowa, s. 119–124.

²²⁶ I. Rosenblüth, w: J. Korzonek, I. Rosenblüth, Kodeks, s. 1179.

§ 6. Wnioski

Najistotniejszym wnioskiem wynikającym z przeprowadzonych rozważań jest, że kodeks zobowiązań zawierał definicję legalną pośrednictwa. Stosownie do art. 517 KZ polegało ono na nastroczaniu sposobności do zawarcia umowy lub na pośredniczeniu przy jej zawarciu, a zatem dokonywaniu przez pośrednika czynności faktycznych prowadzących do zawarcia umowy docelowej przez podmioty inne niż on sam. *A contrario* do powyższego pośrednictwa nie stanowiło samo zawieranie umów (dokonywanie czynności prawnych) w charakterze przedstawiciela lub zastępcy pośredniego.

W rezultacie uregulowana w kodeksie zobowiązań umowa o pośrednictwo pełniła ówczesną rolę umowy bazowej dla wszystkich stosunków z zakresu pośrednictwa²²⁷. Za taką intencją ustawodawcy przemawia również nazwa omawianego kontraktu, sam fakt jego uregulowania w kodeksie oraz określenie stosunku jego unormowania do innych przepisów dotyczących umów o pośrednictwo (art. 522 KZ).

Z analizy wynika, że występowanie elementu pośrednictwa w przedstawionym rozumieniu cechowało samą umowę o pośrednictwo, umowę agencyjną oraz umowę komisju. W przypadku pierwszej z wymienionych skuteczne pośrednictwo (prowadzące do zawarcia umowy docelowej) było przesłanką uzyskania prawa do wynagrodzenia przez pośrednika. Na gruncie pozostałych typów umów pośrednictwo stanowiło obligatoryjny przedmiot zobowiązania (świadczenie) pośrednika, który w umowie agencyjnej mógł, a w umowie komisju musiał być uzupełniony o zobowiązanie do zastępstwa.

Nie tylko agent-pośrednik, ale również agent-pełnomocnik miał zatem obowiązek w pierwszej kolejności pośredniczyć w zawarciu umowy docelowej. Ten drugi powinien następnie zawrzeć ją w imieniu i na rachunek dającego polecenie. Z istoty instytucji przedstawicielstwa wynikało, że skutkiem powyższego było zawarcie umowy docelowej bezpośrednio (choć nie osobiście po stronie dającego polecenie) przez podmioty inne niż pośrednik.

Komisant również był zobowiązany do pośrednictwa w zawarciu umowy sprzedaży, za czym przemawia choćby art. 583 § 2 KH, obligujący go do starań o uzyskanie jak najkorzystniejszej ceny. Zwieńczeniem działalności komisanta było zawarcie umowy we własnym imieniu, ale na rachunek dającego zlecenie. Z uwagi na charakterystyczną dla interesu komisowego konstrukcję zastępstwa pośredniego, pośrednictwo komisanta miało więc

²²⁷ Tak trafnie *M. Grochowski, E. Rott-Pietrzyk*, w: *M. Stec* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, s. 29.

szczególny charakter. Nie prowadziło bowiem do zawarcia umowy docelowej przez podmioty inne niż on sam (umowa docelowa była zawierana między komisantem a osobą trzecią), ale do doprowadzenia do wymiany gospodarczej między tymi podmiotami.

Szczególną pozycję w systemie umów o pośrednictwo zajmowała umowa zlecenia. Jej szerokie ujęcie na gruncie art. 498 § 1 KZ umożliwiało objęcie świadczeniem przyjmującego zlecenie dokonywania czynności faktycznych, a zatem również pośrednictwa w rozumieniu art. 517 KZ. Wymaga jednak podkreślenia, że przedmiot zlecenia mógł dotyczyć również dokonywania wyłącznie czynności prawnej lub czynności faktycznych innych niż pośrednictwo. Oznacza to, że był o wiele szerszy, niż w przypadku innych przedstawionych kontraktów. W rezultacie zlecenie mogło, ale nie musiało być zaliczane do umów o pośrednictwo. Powoduje to z kolei, że ustalając cechy charakterystyczne umów o pośrednictwo należy opierać się na pozostałych omówionych kontraktach.

Poza występowaniem pośrednictwa w strukturze omówionych umów z zakresu pośrednictwa, wykazywały one również inne wspólne właściwości.

Po pierwsze, cechowało je działanie pośrednika za specyficznym określonym wynagrodzeniem. Co do zasady miało ono charakter wynikowy (prowizyjny), to znaczy uzależniony od skuteczności pośrednictwa, a zatem zawarcia umowy (doprowadzenia do wymiany gospodarczej) między podmiotami innymi niż pośrednik. Przedstawioną regułę wyrażały art. 517 KZ, art. 574 § 1 KH oraz art. 594 § 1 KH.

Po drugie, w braku określenia w umowie o pośrednictwo wysokości wynagrodzenia, należało je ustalać w oparciu o zwyczaj (art. 518 KZ, art. 575 KH). W przeciwieństwie do umowy zlecenia (art. 500 § 2 KZ) jako zasadę przyjmowano brak uzależnienia wysokości wynagrodzenia pośrednika od nakładu pracy.

Po trzecie, na gruncie wszystkich umów o pośrednictwo wyraźnie akcentowano występowanie obowiązku lojalności pośrednika. Przemawia to za uznaniem ich za umowy najwyższego zaufania (*uberrimae fidei*). Powyższe należy wiązać z istotą świadczenia pośrednika, które, ogólnie rzecz ujmując, polegało na pośredniej albo bezpośredniej ingerencji w sferę prawną innego podmiotu. Jego ostatecznym skutkiem było bowiem zawarcie umowy przez podmiot wspierany przez pośrednika, a w przypadku zastępstwa pośredniego obciążenie go skutkami działania zastępcy na jego rachunek. Warto jednak zauważyć, że obowiązek lojalności spoczywał również na dającym zlecenie. Wydaje się, że nie osłabia to jednak znaczenia tej cechy w kontekście odróżnienia umów o pośrednictwo od kontraktów innych niż umowa zlecenia.

Rozdział IV.

Umowy o pośrednictwo w kodeksie cywilnym

§ 1. Wprowadzenie

Model oparty na dualizmie prawa prywatnego utrzymał się w polskim porządku prawnym do 1 stycznia 1965 r., kiedy zaczął obowiązywać kodeks cywilny, a utraciły moc kodeks zobowiązań i kodeks handlowy²²⁸. Oznaczało to wprowadzenie zasady jedności prawa cywilnego, opierającej się na jednolitej (monistycznej) regulacji stosunków prywatnoprawnych (powszechnych i handlowych). Za jej źródło powszechnie uznaje się art. 1 KC, który stanowi, że ustawa reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi²²⁹.

W nauce podkreśla się, że w gospodarce nakazowo-rozdzielczej zasada jedności prawa cywilnego miała wyłącznie fasadowy charakter²³⁰. Szczególne i wykonawcze akty prawne dotyczące stosunków między jednostkami gospodarki uspołecznionej zostały bowiem utrzymane w mocy (art. IX PWKC)²³¹. Powyższe nie zmienia faktu, że odegrała ona pierwszorzędą rolę w obronie cywilnoprawnego charakteru ówczesnych stosunków gospodarczych²³². Jej znaczenie ujawniło się w pełni po transformacji ustrojowej.

Istotne jest, że umowy normowane w kodeksie zobowiązań oraz w kodeksie handlowym zostały w przeważającej części objęte regulacją kodeksu cywilnego. Dotyczy to również umów: agencyjnej (wcześniej ajencyjnej), komisu oraz zlecenia. W nowej kodyfikacji nie przewidziano przepisów dotyczących umowy o pośrednictwo (art. 517–522 KZ). Było to konsekwencją założenia, że w socjalistycznym obrocie prawnym nie występuje potrzeba

²²⁸ Pomimo uchylecia kodeksu handlowego w mocy pozostały jego przepisy dotyczące spółki jawnej, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółki akcyjnej, firmy, prokury oraz rejestru handlowego. Przepisy dotyczące spółek oraz rejestru handlowego uchylono wraz z wejściem w życie 1.1.2001 r. kodeksu spółek handlowych oraz ustawy o krajowym rejestrze sądowym. Zob. szerzej P. Popardowski, w: K. Osajda (red.), Prawo intertemporalne prywatne. Komentarz do przepisów wprowadzających Kodeks cywilny, Legalis 2021, art. VI PWKC. Regulacje firmy i prokury uchylono ustawą z 14.2.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2003 r. Nr 49, poz. 408), która wprowadziła nowe przepisy dotyczące tych instytucji prawnych (art. 43²–43¹⁰ KC oraz art. 109¹–109⁹ KC).

²²⁹ Do 1.10.1990 r. art. 1 KC stanowił, że kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między jednostkami gospodarki uspołecznionej, między osobami fizycznymi oraz między jednostkami gospodarki uspołecznionej a osobami fizycznymi. Zob. szerzej A. Stelmachowski, Zasada jedności prawa cywilnego – teoria i praktyka, Acta Universitatis Nicolai Copernici. Nauki Humanistyczno-Społeczne. Prawo 1982, Z. 124, s. 5–18.

²³⁰ W.J. Katner, w: W.J. Katner (red.), Prawo gospodarcze i handlowe, Warszawa 2020, s. 34–35.

²³¹ Zob. szerzej P. Popardowski, w: K. Osajda (red.), Prawo, art. VI i art. IX PWKC.

²³² W.J. Katner, w: W.J. Katner (red.), Prawo, s. 35.

szerszego regulowania tych stosunków²³³. Regulacja wskazanej wyżej umowy nie została wprowadzona również po przejściu do gospodarki rynkowej. W aktualnym stanie prawnym brak jest zatem ogólnej dla prawa cywilnego definicji legalnej pośrednictwa.

§ 2. Umowa agencyjna

I. Uwagi wstępne

Umowa agencyjna zajmuje obecnie centralne miejsce w systemie umów o pośrednictwo. W doktrynie trafnie wskazuje się, że stanowi ona dla nich wzorzec normatywny²³⁴. Jej regulacja w dużym stopniu nawiązuje do przepisów kodeksu handlowego o umowie agencyjnej oraz związanego z nimi dorobku międzywojennej myśli prawniczej. Wiele rozwiązań prawnych zostało jednak poddanych zmianom.

Wymaga podkreślenia, że przepisy kodeksu cywilnego dotyczące agencji zyskały istotne znaczenie dopiero po transformacji gospodarczej. W okresie PRL ich rola była ograniczona przede wszystkim do stosunków handlu zagranicznego²³⁵. Co więcej, początkowo obowiązujące unormowanie umowy agencyjnej stanowiło okrojona wersję przepisów o agencji zawartych w kodeksie handlowym. *Józef Skąpski* trafnie określił je mianem „regulacji kadłubowej”²³⁶. Wiązało się to z zasygnalizowanym wyżej przekonaniem o niewielkim znaczeniu pośrednictwa dla gospodarki nakazowo-rozdzielczej. W związku z powyższym w doktrynie wskazywano na liczne niedostatki pierwotnej regulacji agencji w kodeksie cywilnym²³⁷.

Przedstawiony stan rzeczy uległ zmianie wraz z wprowadzeniem do polskiego porządku prawnego dyrektywy 86/653/EWG w sprawie koordynacji ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek. Zgodnie z jej art. 1 ust. 2 przez przedstawiciela handlowego rozumie się pośrednika pracującego na własny rachunek, któremu powierzono stałe pośredniczenie przy sprzedaży lub kupnie towarów na rzecz innej osoby lub zawarcie transakcji w imieniu i na rachunek zleceńodawcy. Pojęcie to na gruncie prawa polskiego należy utożsamiać z agentem.

²³³ Tak np. *M. Grochowski, E. Rott-Pietrzyk*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 29; *M. Piekarski*, w: *F. Błahuta* i in., Kodeks cywilny. Komentarz, t. 2, Warszawa 1972, s. 1564.

²³⁴ *M. Grochowski, E. Rott-Pietrzyk*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 23.

²³⁵ *J. Kufel*, Istota umowy agencji, RPEiS 1970, Z. 1, s. 83; *J. Sokołowski*, Ogólne warunki umów komisji i umów agencyjnych w stosunkach związanych z handlem zagranicznym, PUG 1971, Nr 4, s. 87; *A. Szpunar*, w: *S. Grzybowski* (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 643.

²³⁶ *J. Skąpski*, Kodeks Cywilny z 1964. Blaski i cienie kodyfikacji oraz jej perspektywy, KPP 1992, Z. 1–4, s. 87.

²³⁷ *L. Ogiegło, E. Rott-Pietrzyk*, O potrzebie zmiany przepisów o umowie agencyjnej, GSP 1999, t. 5, s. 275–299.

W doktrynie wskazuje się, że zasygnalizowana rozbieżność terminologiczna jest efektem błędnego tłumaczenia dyrektywy²³⁸.

Dostosowanie prawa polskiego do dyrektywy 86/653/EWG zostało dokonane mocą ustawy z dnia 26 lipca 2000 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny²³⁹, która wprowadziła istotne zmiany w regulacji umowy agencyjnej. Podstawowym celem uchwalenia dyrektywy było zapewnienie właściwego funkcjonowania wspólnego rynku w zakresie działalności przedstawicieli handlowych²⁴⁰. Jego osiągnięciu miało służyć przyjęcie przez państwa członkowskie zharmonizowanych ram prawnych ukierunkowanych na ochronę przedstawiciela handlowego w relacjach z dającym zlecenie²⁴¹. Dostrzeżono bowiem, że w praktyce stroną dominującą w tych stosunkach jest zleceniodawca, który ma możliwość faktycznego i prawnego podporządkowania sobie agenta²⁴². To ostatnie polega w szczególności na narzucaniu agentowi niekorzystnych postanowień umownych²⁴³. W konsekwencji dyrektywa 86/653/EWG zobowiązała ustawodawców krajowych do przyjęcia bezwzględnie wiążących albo semidyspozytywnych przepisów ograniczających swobodę kontraktową stron w tym zakresie. Rezultatem powyższego było wprowadzenie do prawa polskiego regulacji dotyczących w szczególności wynagrodzenia agenta (art. 758¹, art. 761–761⁶ KC), pisemnego potwierdzenia treści umowy (art. 758² KC), obowiązków informacyjnych dającego zlecenie w zakresie wykonania umowy (art. 760² KC), zasad wypowiedzania umowy (art. 764¹–764² KC), świadczenia wyrównawczego (art. 764³–764⁵ KC), a także stosowania zakazu działalności konkurencyjnej (art. 764⁶–764⁸ KC).

²³⁸ E. Wojtaszek-Mik, Umowa agencji w dyrektywie o przedstawicielach handlowych na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, EPS 2006, Nr 1, s. 5.

²³⁹ Ustawa z dnia 26 lipca 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2000 r. Nr 74, poz. 857).

²⁴⁰ Motywy 2 i 3 dyrektywy 86/653/EWG. Zob. szerzej E. Rott-Pietrzyk, Ochrona przedsiębiorcy jako strony słabszej na przykładzie agenta handlowego, w: M. Boratyńska (red.), Ochrona słabszej strony stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu, Warszawa 2016, s. 701–723; *taż*, Aksjologia leżąca u podstaw ochrony strony słabszej (agenta) w stosunkach profesjonalnych (na przykładzie spraw Lexitor i Rigall), PiP 2022, Nr 11, s. 5–24. Zob. również wyroki TSUE: z 17.5.2017 r., C–48/16, *ERGO Poist'ovňa*, EU:C:2017:377, pkt 41; z 3.12.2015 r., C–338/14, *Quenon K.*, EU:C:2015:795, pkt 22; z 23.3.2006 r., C–465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali*, EU:C:2006:199, pkt 19.

²⁴¹ Na temat ochrony agenta na gruncie dyrektywy 86/653/EWG zob. szerzej J. Goyder, EU distribution law, Oxford–Portland, 2011, s. 214–222; E. Rott-Pietrzyk, Commercial agency contracts and freedom of contracts, w: T. Drygala, B. Heiderhoff, M. Staake, G. Żmij (red.), Private autonomy in Germany and Poland in the Common European Sales Law, Monachium 2012, s. 16–34.

²⁴² Tak przykładowo wyr. TSUE z 17.1.2008 r., C–19/07, *Chevassus-Marche*, EU:C:2008:23, pkt 22; wyr. z 9.11.2000 r., C–381/98, *Ingmar*, EU:C:2000:605, pkt. 20–21. Zob. również M. Grochowski, E. Rott-Pietrzyk, Umowa agencyjna – problemy definicyjne i kwalifikacyjne na tle umów o pośrednictwo handlowe, StPP 2022, Nr 1, s. 8–9.

²⁴³ Z uwagi na fakt, że przedstawiciel handlowy jest przedsiębiorcą, nie obejmuje go zakres zastosowania dyrektywy Rady 93/13/EWG z 5.4.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz. UE OJ L 95, 21.4.1993, p. 29–34).

Ochrona przedstawicieli handlowych (agentów) jest gwarantowana nie tylko przez bezwzględnie wiążący charakter regulacji krajowych, ale również przez, wykonywaną przez TSUE, kontrolę ich zgodności z dyrektywą, obowiązek prowspólnotowej wykładni²⁴⁴ oraz międzynarodowo imperatywny charakter (jeżeli agent wykonuje działalność na terenie UE)²⁴⁵. Przeprowadzone badania empiryczne dowiodły jednak, że znaczenie ostatnio wskazanych czynników w praktyce orzeczniczej polskich sądów jest ograniczone²⁴⁶.

Od momentu wejścia w życie w dniu 9 grudnia 2000 r. powołanej wyżej ustawy nowelizującej, przepisy o umowie agencyjnej przyjęły aktualną treść, do której odnoszą się dalsze wywody. Przedstawienie wcześniejszego stanu prawnego nie jest przydatne dla prowadzonych rozważań, z uwagi na jego podobieństwo do wcześniej omówionych rozwiązań przyjętych w kodeksie handlowym²⁴⁷.

II. Definicja i strony

Definicja umowy agencyjnej znajduje się w art. 758 § 1 KC. Przepis ten stanowi, że przez jej zawarcie przyjmujący zlecenie (agent) zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, do stałego pośredniczenia, za wynagrodzeniem, przy zawieraniu z klientami umów na rzecz dającego zlecenie przedsiębiorcy albo do zawierania ich w jego imieniu.

Przytoczona definicja prowadzi do wniosku, że umowa agencyjna jest czynnością prawną dwustronnie profesjonalną. Ustawa wymaga bowiem, żeby zarówno agent, jak i dający zlecenie zawarli ją jako przedsiębiorcy w rozumieniu art. 43¹ KC. Zgodnie z tym przepisem przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33¹ § 1, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową²⁴⁸.

²⁴⁴ Zob. szerzej R. Stefanicki, Ochrona przedstawiciela handlowego w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, PPH 2019, Nr 7, s. 4–11; E. Wojtaszek-Mik, Umowa, s. 4–11; wyr. SN z 25.5.2018 r., I CSK 478/17, OSNC 2019, Nr 5, poz. 59.

²⁴⁵ Zob. szerzej wyr. TSUE z 17.10.2013 r., *Unamar*, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663 oraz G. Rühl, Commercial Agents, Minimum Harmonization and Overriding Mandatory Provisions in the European Union: *Unamar*, *Common Market Law Review* 2016, Nr 1, s. 209–224.

²⁴⁶ M. Grochowski, Umowa agencyjna w orzecznictwie sądów powszechnych, *Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne* 2014, Nr 20, s. 378–379.

²⁴⁷ Na temat przepisów o umowie agencyjnej w brzmieniu sprzed implementacji dyrektywy 86/653/EWG zob. szerzej M. Gersdorf, *Zlecenie i agencja w nowych uregulowaniach prawnych*, Warszawa 1995; J. Kufel, *Umowa*, s. 11 i n.; J. Górski, w: A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 397–403; M. Piekarski, w: F. Błahuta i in., *Kodeks*, s. 1564–1576; A. Szpunar, w: S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego*, t. III, cz. 2, s. 646–652.

²⁴⁸ Na temat pojęcia przedsiębiorcy zob. szerzej W. J. Katmer, w: M. Pyziak-Szafnicka, P. Księżak (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, Warszawa 2014, s. 449–463; Ł. Żelechowski, w: K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2021, art. 43¹.

W przypadku zleceniodawcy wskazane wyżej wymaganie wynika *expressis verbis* z art. 758 § 1 KC. Jeżeli chodzi o agenta wyprowadza się je natomiast ze sformułowania, że zaciąga on zobowiązanie „w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa”. Pojęcie przedsiębiorstwa występuje w tym przypadku w znaczeniu funkcjonalnym²⁴⁹. Zwrot ten oznacza, że określony podmiot – działając w oparciu o pewien majątek i umiejętności – wykonuje czynności należące do przedmiotu jego działalności gospodarczej²⁵⁰. Ta ostatnia jest obecnie definiowana w art. 3 PrPrzed jako zorganizowana, zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły działalność²⁵¹. Prowadzenie działalności spełniającej wymienione cechy jest natomiast – co do zasady – równoznaczne ze statusem przedsiębiorcy (zarówno na gruncie prawa prywatnego, jak i publicznego).

Dwustronnie profesjonalny charakter umowy agencyjnej ma swoje konsekwencje dla rekonstrukcji modelu staranności wymaganej od stron przy wykonaniu zobowiązania. Zgodnie z art. 355 § 2 KC należy określać go przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności²⁵².

Zakres zastosowania przepisów o umowie agencyjnej nie ogranicza się wyłącznie do stosunków dwustronnie profesjonalnych. Jego rozszerzenie znajduje się w art. 764⁹ KC. Przepis ten stanowi, że do umowy o treści określonej w art. 758 § 1 KC zawartej między agentem-przedsiębiorcą, a osobą niebędącą przedsiębiorcą stosuje się wprost przepisy o umowie agencyjnej z wyłączeniem regulacji dotyczących prawa do prowizji (art. 761–761² i art. 761⁵ KC), świadczenia wyrównawczego (art. 764³–764⁵ KC) oraz ograniczenia działalności konkurencyjnej (art. 764⁶–764⁸ KC).

Przepisy Tytułu XXIII Księgi III KC stosuje się zatem również do umów o świadczenie usług o treści odpowiadającej umowie agencyjnej, w których po stronie dającego zlecenie występuje konsument albo nieprowadząca działalności gospodarczej osoba prawna lub jednostka organizacyjna, o której stanowi art. 33¹ § 1 KC. Zgodnie z art. 22¹ KC w polskim

²⁴⁹ Tak zwłaszcza P. Mikłaszewicz, w: K. Osajda (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2021, kom. do art. 758, Nb 8–10, I. Mycko-Katner, Umowa, s. 71; E. Rott-Pietrzyk, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 2018, s. 811–812. Por. D. Bucior, Handlowy charakter umowy agencyjnej, KPP 2011, Z. 1, s. 194–205, który twierdzi, że sformułowanie „w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa” nie odgrywa żadnej roli przy podmiotowej kwalifikacji agenta.

²⁵⁰ W. J. Katner, w: M. Pyziak-Szafnicka, P. Księżak (red.), Kodeks cywilny, s. 579.

²⁵¹ W przeciwieństwie do art. 2 SwobDziałGospU (a wcześniej art. 2 ust. 1 PrDziałGosp) art. 3 PrPrzed nie wymienia przykładowych rodzajów działalności gospodarczej. Należy jednak przyjąć, że chodzi o każdą działalność, która spełnia wskazane wyżej cechy. Krytyczne uwagi co do pominięcia w obowiązującej definicji działalności gospodarczej jej przykładowych rodzajów oraz sposobu ujęcia pojęcia przedsiębiorcy na gruncie PrPrzed zgłasza W. J. Katner, Zakres tzw. konstytucji biznesu. Kontrowersje wokół pojęcia przedsiębiorcy w ustawie – Prawo przedsiębiorców z 2018 r., PPH 2019, Nr 1, s. 5–10.

²⁵² Na temat miary należytej staranności w obrocie gospodarczym zob. szerzej W. J. Katner, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5A, Prawo umów handlowych, Warszawa 2020 s. 569–587.

prawie cywilnym status konsumenta przysługuje bowiem wyłącznie osobom fizycznym, dokonującym z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z ich działalnością gospodarczą lub zawodową. Inne kategorie podmiotowe nieprowadzące działalności gospodarczej *de lege lata* nie są ani konsumentami, ani przedsiębiorcami.

Umowy, o których mowa w art. 764⁹ KC nie stanowią umowy agencyjnej. Zalicza się je do umów nienazwanych²⁵³. Rozszerzenie zakresu zastosowania przepisów o agencji jest uzasadnione tym, że takie stosunki prawne są z nią tożsame pod względem treści. W konsekwencji powinny zostać poddane zbliżonemu reżimowi prawnemu. Wyłączenie stosowania części przepisów o umowie agencyjnej wynika natomiast z ich *ratio legis*. Jak już wyjaśniono, stanowią one implementację dyrektywy 86/653/EWG, której celem jest ochrona interesów agenta w stosunkach prawnych z dającym zlecenie. W przypadku konfiguracji podmiotowych innych niż dwustronnie profesjonalna, w szczególności w obrocie konsumenckim (gdzie agent występuje jako przedsiębiorca), ich stosowanie nie jest uzasadnione²⁵⁴.

III. Świadczenie agenta

Istotne jest rozważenie, jak kształtuje się zobowiązanie agenta. Podobnie do wcześniej omówionej umowy agencyjnej może ono przyjąć dwie postaci. Artykuł 758 § 1 KC stanowi, że agent zobowiązuje się do stałego pośredniczenia przy zawieraniu z klientami umów na rzecz dającego zlecenie albo do zawierania ich w jego imieniu. Na podstawie powyższego w doktrynie powszechnie wyróżnia się dwa rodzaje (postaci) omawianej umowy, tj. agencję pośredniczą oraz agencję przedstawicielską²⁵⁵. Wyodrębnia się również jej wariant mieszany²⁵⁶.

Zobowiązanie obejmujące pośredniczenie należy rozumieć szeroko. W związku z uchynieniem przepisów dotyczących umowy o pośrednictwo (art. 517–522 KZ), brak jest obecnie podstaw do wyróżniania odrębnych świadczeń w postaci następczości do zawarcia umowy oraz pośredniczenia. Za nieaktualną należy zatem uznać występującą na gruncie kodeksu handlowego wątpliwość, czy świadczenie agenta obejmuje również przypadki

²⁵³ Tak zwłaszcza D. Bucior, w: M. Frasz, M. Habdas (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 4. Zobowiązania. Część szczególna (art. 535–764⁹), Warszawa 2018, s. 962; I. Mycko-Katner, Umowa, s. 120; E. Rott-Pietrzyk, Agent, s. 275; T. Wiśniewski, Umowa agencyjna według kodeksu cywilnego, Warszawa 2001, s. 25; E. Wójtowicz, Jednostronnie, s. 540.

²⁵⁴ T. Wiśniewski, Umowa, s. 24–25.

²⁵⁵ Zamiast wielu zob. E. Rott-Pietrzyk, w: J. Rajska (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 815–816.

²⁵⁶ *Ibidem*, s. 816.

następczości do zawarcia umowy (czynności faktyczne niewpływające na wolę zawarcia umowy docelowej przez kontrahenta dającego zlecenie). Jak trafnie podnosi *E. Rott-Pietrzyk*, wyodrębnianie w obowiązującym stanie prawnym wyżej wskazanych świadczeń, polegających na wykonywaniu czynności faktycznych, ma znaczenie wyłącznie doktrynalne i jest pozbawione doniosłości praktycznej²⁵⁷. Podjęcie każdego z nich prowadzi bowiem do tożsamyh skutków prawnych²⁵⁸. Za jedyne operatywne kryterium określające, czy czynność faktyczna może zostać uznana za pośredniczenie jest jej wpływ na zawarcie umowy przez dającego zlecenie i klienta²⁵⁹. Chodzi zatem o związek przyczynowy między działaniem pośrednika a zawarciem umowy docelowej.

Nie zasługuje na aprobatę odmienne stanowisko prezentowane przez *D. Buciora*, który wskazuje, że czynności agenta powinny oddziaływać na decyzję klienta co do zawarcia umowy (a zatem stanowić pośredniczenie w rozumieniu dawnego art. 517 KZ)²⁶⁰. Pogląd ten nadmiernie zawęży przedmiot zobowiązania agenta, prowadzi do ograniczenia zakresu zastosowania przepisów ochronnych o umowie agencyjnej, a przez to pozostaje w sprzeczności z celami dyrektywy 86/653/EWG.

W konsekwencji należy opowiedzieć się za jednolitym ujęciem pośredniczenia na gruncie art. 758 § 1 KC. Polega ono na wykonywaniu wszelkich czynności faktycznych zmierzających do zawarcia umowy przez dającego zlecenie i osobę trzecią (klienta)²⁶¹. Wobec szerokiego ujęcia pośredniczenia przedstawienie wyczerpującego katalogu składających się na nie czynności nie jest celowe²⁶² ani możliwe²⁶³. Ich przykładów dostarczają doktryna oraz orzecznictwo²⁶⁴. Chodzi zwłaszcza o: wyszukiwanie kontrahentów dla dającego zlecenie, wskazanie przedmiotu umowy (oferty), przedstawienie spisu rzeczy wystawionych na sprzedaż, zbieranie zamówień, prowadzenie akcji marketingowych, nakłanianie potencjalnych

²⁵⁷ *E. Rott-Pietrzyk*, Agent, s. 281–282; *taż*, Pośrednictwo, s. 192.

²⁵⁸ *M. Barański*, Konstrukcja, s. 15; *E. Rott-Pietrzyk*, Pośrednictwo, s. 192.

²⁵⁹ *E. Rott-Pietrzyk*, w: *J. Rajski* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 817; *taż*, Agent, s. 328–329.

²⁶⁰ *D. Bucior*, Pośredniczenie, s. 20. Stanowisko wyłączające następczość do zawarcia umowy z zobowiązania agenta dominuje również w doktrynie niemieckiej. Zob. przykładowo *J. Busche*, w: *H. Oetker* (red.), Handelsgesetzbuch, kom. do § 84, Nb 44–45; *A. Lehmann-Richter*, w: *M. Häublein, R. Hoffmann-Theinert* (red.), Handelsgesetzbuch. Kommentar, BeckOK 2023, kom. do § 84, Nb 48–49; *A. Ströbl*, w: *I. Drescher, H. Fleischer, K. Schmidt* (red.), Handelsgesetzbuch, kom. do § 84, Nb 73–74. Ten sam pogląd dominuje również odnośnie do handlowej umowy maklerskiej; zob. szerzej *K. Kotzian-Marggraf*, w: *H. Oetker* (red.), Handelsgesetzbuch, kom. do § 93, Nb 4–5.

²⁶¹ Podobnie *J. Kufel*, Umowa, s. 23.

²⁶² Tak *E. Rott-Pietrzyk*, Pośrednictwo, s. 192, 202.

²⁶³ Tak *T. Wiśniewski*, Umowa, s. 27.

²⁶⁴ Zob. zwłaszcza *D. Bucior*, w: *M. Frasz, M. Habdas* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 4., s. 719; *I. Mycko-Katner*, Umowa, s. 44–45; *K. Topolewski*, Cywilnoprawne skutki niewykonania umowy agencyjnej, Lublin 2007, s. 27–28 wraz z powołanymi tam doktryną i orzecznictwem.

kontrahentów do przyjęcia oferty, ułatwienie spotkań z osobami trzecimi, pomoc przy negocjowaniu (uzgadnianiu) warunków umów i ich redagowaniu²⁶⁵.

Warto wskazać, że szerokie ujęcie pośredniczenia znajduje potwierdzenie w orzecznictwie TSUE, wydanym na gruncie dyrektywy 86/653/EWG. Taka interpretacja jest niewątpliwie zgodna z jej podstawowym celem w postaci ochrony agenta. Sprzeciwia się on nieuzasadnionemu ograniczaniu przesłanek kwalifikujących do uzyskania tego statusu. Na przykład w wyroku z 4.6.2020 r. Trybunał przesądził, że dopuszczalne jest ograniczenie zobowiązania agenta (przedstawiciela handlowego) do czynności faktycznych niewymagających upoważnienia do zmiany ceny towarów, w których sprzedaży pośredniczy na rachunek zleceniodawcy²⁶⁶. W sprawie za umowę agencyjną uznano stosunek, w ramach którego przedsiębiorca dysponujący salą wystawową (agent) był zobowiązany do stałego wystawiania w niej i sprzedaży na rachunek dającego zlecenie odzieży i biżuterii w zamian za zapłatę prowizji od ceny tych towarów. W innym orzeczeniu rozstrzygnięto natomiast, że czynności pośrednika mogą być wykonywane w lokalu należącym do przedsiębiorstwa dającego zlecenie²⁶⁷. Ponadto z wyroku Trybunału z 7.4.2016 r. wynika, że zakres obowiązków agenta można wyinterpretować nie tylko z wyraźnych postanowień umowy agencyjnej, ale również z samego przedmiotu umowy docelowej (np. właściwości towarów sprzedawanych za pośrednictwem agenta)²⁶⁸.

Szerokie rozumienie pojęcia pośredniczenia nie stoi na przeszkodzie umownemu doprecyzowaniu przez strony zakresu czynności faktycznych, do których agent jest zobowiązany, a których nie musi podejmować. W doktrynie trafnie wskazuje się, że postanowienia umowy modyfikujące zakres świadczenia agenta, podlegają ocenie przez pryzmat ograniczeń zasady swobody umów wskazanych w art. 353¹ KC²⁶⁹.

Przechodząc do zobowiązania charakterystycznego dla agencji przedstawicielskiej należy powtórzyć, że zgodnie z definicją omawianej umowy polega ono na zawieraniu umów w imieniu i na rachunek dającego zlecenie. Agent występuje w tym przypadku jako zastępca bezpośredni zleceniodawcy, a więc składa za niego oświadczenia woli.

Stosownie do art. 758 § 2 KC agent jest uprawniony do działania w takim zakresie wyłącznie, jeżeli ma do tego umocowanie. Oznacza to, że dla skuteczności jego działań

²⁶⁵ Zob. szerzej *I. Mycko-Katner*, *Umowa*, s. 44–45. Zob. również wyr. SA w Krakowie z 28.5.2013 r., I ACa 349/13, *Legalis*.

²⁶⁶ Wyr. TSUE z 4.6.2020 r., C–828/18, *Trendsetteuse*, ECLI:EU:C:2020:438, pkt. 23–39.

²⁶⁷ Wyr. TSUE z 21.11.2018 r., C–452/17, *Zako*, ECLI:EU:C:2018:935.

²⁶⁸ Wyr. TSUE z 7.4.2016 r., C–315/14, *Marchon Germany*, EU:C:2016:211, pkt 31–32.

²⁶⁹ Tak zwłaszcza *E. Rott-Pietrzyk*, *Pośrednictwo*, 202.

konieczne jest udzielenie mu pełnomocnictwa. W związku z tym agencję przedstawicielską określa się również synonimicznie mianem agencji pełnomocniczej. Konsekwencje działania agenta bez umocowania albo z przekroczeniem jego granic zostały określone w art. 760³ KC. Przepis ten przewiduje, że umowę zawartą w takich warunkach uważa się za potwierdzoną, jeżeli dający zlecenie niezwłocznie po otrzymaniu wiadomości o zawarciu umowy nie oświadczy klientowi, że umowy nie potwierdza. Przytoczona regulacja zmienia więc, wyrażoną w art. 103 KC, zasadę ogólną, która zakłada następcze potwierdzenie umowy zawartej przez rzekomego pełnomocnika.

Podobnie jak na gruncie art. 568 KH, również odnośnie do umowy agencyjnej powstaje pytanie, czy zobowiązanie agenta może ograniczać się wyłącznie do zawierania umów w imieniu i na rachunek dającego zlecenie. Kwestia ta była przedmiotem licznych wypowiedzi doktryny. Można uporządkować je na dwa główne stanowiska.

Według przeważającego poglądu wskazane wyżej określenie zobowiązania agenta jest dopuszczalne²⁷⁰. Opiera się on na wykładni językowej art. 758 § 1 KC, który stanowi, że agent zobowiązuje się do pośredniczenia albo (alternatywa rozłączna) zawierania umów. Na tej podstawie przyjmuje się autonomiczność każdego z opisanych świadczeń. Powyższe nie prowadzi jednak zwolenników tego poglądu do wykluczenia dopuszczalności występowania agencji mieszanej, która obejmuje dokonywanie zarówno czynności faktycznych, jak i zawieranie umów.

Odmienne stanowisko zakłada, że zobowiązanie agenta nie może ograniczać się wyłącznie do obowiązku działania w charakterze zastępcy bezpośredniego i musi obejmować również wykonywanie czynności faktycznych zmierzających do zawarcia umowy²⁷¹. Pogląd ten uzasadnia się następującymi argumentami. Po pierwsze, wskazuje się, że podejmowanie przez agenta czynności faktycznych zmierzających do zawarcia umowy przez podmioty inne

²⁷⁰ Tak zwłaszcza *M. Czekaj*, *Umowa agencji i pośrednictwa*, Kraków 2001, s. 9; *K. Górny*, w: *M. Gutowski* (red.), *Kodeks cywilny*, t. III. Komentarz. Art. 627–1088, Warszawa 2019, s. 428; *A. Kidyba*, *Prawo handlowe*, Warszawa 2016, s. 928; *K. Kruczalak*, w: *S. Włodyka* (red.), *Prawo umów* (2001), s. 345; *J. Kufel*, *Umowa*, s. 17; *I. Mycko-Katner*, *Umowa*, s. 42; *L. Ogiegło*, w: *K. Pietrzykowski* (red.), *Kodeks cywilny*, t. II. Komentarz. Art. 450–1088, Warszawa 2021, s. 731; *A. Rembieliński*, w: *J. Winiarz* (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, t. 2, Warszawa 1989, s. 697; *E. Rott-Pietrzyk*, w: *J. Rajski* (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 815–816; *K. Topolewski*, *Cywilnoprawne*, s. 13; *T. Wiśniewski*, *Umowa*, s. 28.

²⁷¹ Tak *D. Bucior*, *Pośredniczenie*, s. 28; *J. Grykiel*, w: *A. Koch, J. Napierala* (red.), *Umowy w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2019, s. 185, 189; *M. Fras*, w: *M. Fras* i in., *Dystrybucja ubezpieczeń. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 35; *M. Piekarski*, w: *F. Błahuta* i in., *Kodeks*, s. 1570–1571; *J. Widło*, *Umowa agencji*, w: *A. Kidyba* (red.), *Kodeksowe umowy handlowe*, Warszawa 2018, s. 465–466; *S. Włodyka*, w: *S. Włodyka* (red.), *Prawo umów* (1995), s. 123. *K. Kopaczyńska-Pieczniak*, *Umowa agencji bankowej*, w: *A. Kidyba* (red.), *Pozakodeksowe umowy handlowe*, Warszawa 2018, s. 145 postuluje, aby przez pojęcie zawierania umów na gruncie art. 758 § 1 KC rozumieć również wykonywanie czynności faktycznych prowadzących do zawarcia umowy.

niż on sam stanowi istotę agencji²⁷². Czynności te są *ratio legis* wyodrębniania umów o pośrednictwo jako samodzielnych typów. W konsekwencji uznaje się je za obligatoryjny przedmiot zobowiązania agenta. Po drugie, zauważa się, że definicja umowy agencyjnej z art. 758 § 1 KC wiąże przesłanki stałości działania agenta oraz podejmowania go za wynagrodzeniem wyłącznie z pośrednictwem (a nie zawieraniem umów)²⁷³. W rezultacie podnosi się, że przyjęcie, iż zobowiązanie agenta może ograniczać się do zawierania umów, prowadziłyby do dopuszczalności istnienia agencji o niestałym (dorywczym) i nieodpłatnym charakterze²⁷⁴. Uznanie natomiast, że zobowiązanie agenta obejmuje stałe pośredniczenie również w przypadku istnienia jego obowiązku do zawierania umów racjonalizuje treść definicji umowy agencyjnej. Po trzecie, podnosi się, iż dopuszczalność zobowiązania się przez agenta wyłącznie do zawierania umów prowadziłyby do istotnego, a przy tym nieuzasadnionego ograniczenia zakresu zastosowania przepisów o zleceniu²⁷⁵. Należy bowiem zauważyć, że w obecnym stanie prawnym (w przeciwieństwie do regulacji kodeksu zobowiązań) zlecenie obejmuje zobowiązanie przyjmującego zlecenie do dokonywania czynności prawnych (art. 734 § 1 KC²⁷⁶). Przyjęcie poglądu o dopuszczalności zobowiązania się agenta wyłącznie do zawierania umów prowadziłyby do ograniczenia zastosowania tych przepisów²⁷⁷. Po czwarte, wskazuje się, że omawiany pogląd wspiera wykładnia art. 758 § 1 KC w zgodzie z art. 3 ust. 2 pkt a dyrektywy 86/653/EWG. Ostatnio wskazany przepis traktuje bowiem o „angażowaniu się w pośredniczenie” przez przedstawiciela handlowego²⁷⁸.

Podobnie jak odnośnie do umowy agencyjnej w kodeksie handlowym należy zgodzić się z drugim poglądem. Oparcie się wyłącznie na występowaniu w art. 758 § 1 KC spójnika „albo” nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla przyjęcia przeciwnego stanowiska. Przytoczone wyżej argumenty zwolenników poglądu o konieczności występowania zobowiązania agenta do pośredniczenia, a zwłaszcza wskazanie, że dokonywanie czynności faktycznych stanowi istotę pośrednictwa, są przekonujące. Wspierają je poczynione w poprzednim rozdziale wnioski dotyczące świadczenia pośrednika na gruncie umów o pośrednictwo uregulowanych

²⁷² D. Bucior, Pośredniczenie, s. 28; J. Grykiel, w: A. Koch, J. Napierała (red.), Umowy, s. 185, 189–190.

²⁷³ D. Bucior, Pośredniczenie, s. 27–28. Por. odmiennie P. Miklaszewicz, w: K. Osajda (red.), Kodeks, kom. do art. 758, Nb 11 z powołaniem na inne niż polska wersje językowe dyrektywy 86/653/EWG.

²⁷⁴ D. Bucior, Pośredniczenie, s. 27–28.

²⁷⁵ *Ibidem*, s. 28.

²⁷⁶ Zgodnie z art. 734 § 1 KC przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie. Na temat przedmiotu umowy zlecenia zob. szerzej § 4.I. tego rozdziału pracy.

²⁷⁷ D. Bucior, Pośredniczenie, s. 28.

²⁷⁸ J. Grykiel, w: A. Koch, J. Napierała (red.), Umowy, s. 189–190.

w kodeksie zobowiązań oraz kodeksie handlowym, a zwłaszcza okoliczność zdefiniowania pośrednictwa w art. 517 KZ jako polegającego na dokonywaniu czynności faktycznych.

Za przyjęciem tego poglądu przemawiają również racje funkcjonalne. Ograniczenie zobowiązania agenta wyłącznie do zastępstwa bezpośredniego byłoby wątpliwe ze względów prakseologicznych. Przykładowo, jeżeli klient (kontrahent dającego zlecenie) powziąłby wątpliwości co do zawarcia umowy tuż przed jej podpisaniem, agent nie byłby zobowiązany do podjęcia starań wpływających na jego decyzję. Zaaprobowany pogląd można wesprzeć również argumentem *a fortiori*. Skoro agent-przedstawiciel zobowiązuje się do aktywnego (stałego) zawierania umów w imieniu dającego zlecenie, *a maiori ad minus* obejmuje to również podejmowanie czynności faktycznych prowadzących do osiągnięcia tego celu. Trudno przy tym znaleźć argumenty wskazujące na potrzebę wyłączenia czynności faktycznych z zakresu zobowiązania agenta.

Mając na względzie poczynione uwagi należy przyjąć, że agencja występuje wyłącznie w dwóch postaciach. Używane w doktrynie pojęcia agencji pośredniczącej i przedstawicielskiej są, przy odpowiednim ich rozumieniu, użyteczne. W ramach umowy agencyjnej agent może zobowiązać się do pośredniczenia w zawieraniu umów (agencja pośrednicza) albo do pośredniczenia i zawierania ich w imieniu dającego zlecenie (agencja przedstawicielska). W takim ujęciu brak jest podstaw do wyróżniania wariantu mieszanego. Ten ostatni odpowiada bowiem treści agencji przedstawicielskiej.

W ramach obu rodzajów agencji (pośredniczej i przedstawicielskiej) działania pośrednika mogą odnosić się do wszelkiego rodzaju umów związanych z działalnością gospodarczą dającego zlecenie (*lege non distinguente*). Należy zauważyć, że ujęcie umowy agencyjnej w prawie polskim jest szersze od zakresu przedmiotowego dyrektywy 86/653/EWG, która odnosi się wyłącznie do stosunków, w których umową docelową jest umowa sprzedaży²⁷⁹. Podobnie uczyniono w prawie niemieckim²⁸⁰. W związku z tym wskazuje się, że umowa agencyjna ma charakter uniwersalny²⁸¹. W interesie stron leży doprecyzowanie, do zawarcia jakich umów powinny odnosić się starania agenta²⁸². W praktyce obrotu agencje działają najczęściej na rzecz sprzedawców oraz usługodawców (np. ubezpieczycieli, kredytodawców,

²⁷⁹ Dyrektywa może jednak oddziaływać na przepisy kodeksu cywilnego w zakresie w niej nieuregulowanym. Zob. szerzej P. Miklaszewicz, w: K. Osajda (red.), Kodeks, kom. do art. 758, Nb 1–3.1.

²⁸⁰ Zob. szerzej A. Lehmann-Richter, w: M. Häublein, R. Hoffmann-Theinert (red.), Handelsgesetzbuch, kom. do § 92, Nb 46.

²⁸¹ D. Bucior, Pośredniczenie, s. 30; E. Rott-Pietrzyk, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 799.

²⁸² K. Kruczalak, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (2001), s. 345.

pożyczkodawców, banków prowadzących rachunki bankowe, finansujących w umowie leasingu oraz wynajmujących) ²⁸³.

Przechodząc do kolejnego zagadnienia trzeba stwierdzić, że cechą charakterystyczną umowy agencyjnej jest zobowiązanie agenta do stałego działania. Ustawa wiąże ją z pośrednictwem przy zawieraniu umów na rzecz dającego zlecenie. W związku z przyjętą koncepcją, że każdy stosunek agencji obejmuje zobowiązanie do pośredniczenia, cecha ta jest aktualna również w przypadku agencji przedstawicielskiej²⁸⁴.

Rozumienie stałości zobowiązania agenta nie jest jednolite. Do niedawna w doktrynie przeważał pogląd utożsamiający ją ze świadczeniem o charakterze ciągłym²⁸⁵, które odnosi się do nieoznaczonej liczby umów²⁸⁶. Przedstawione zapatrywanie zostało poddane uzasadnionej krytyce²⁸⁷. Podniesiono bowiem, że jego przyjęcie umożliwia stronom, a w szczególności dającemu zlecenie, łatwe wyłączenie zastosowania przepisów o umowie agencyjnej²⁸⁸. W celu osiągnięcia powyższego wystarczające jest wprowadzenie do umowy postanowienia przewidującego, że wygasa ona po zawarciu przy udziale pośrednika określonej liczby umów (np. dziesięciu tysięcy)²⁸⁹. Oznaczenie liczby umów nie musi zatem wykluczać stałości zobowiązania agenta²⁹⁰.

W rezultacie odmienne stanowisko zakłada, że pojęcie stałości ma charakter typologiczny i należy je wyklądać funkcjonalnie²⁹¹. Wskazuje się, że typ idealny stałego pośredniczenia obejmuje pośredniczenie przy umowach zawieranych w sposób regularny przez zleceniodawcę, rodzajowe określenie ich przedmiotu, brak oznaczenia ich liczby oraz długi

²⁸³ Zob. przykładowo wyr. SA w Warszawie z 27.3.2019 r., VII AGa 1132/18, Legalis; wyr. SA w Łodzi z 24.11.2017 r., I ACa 380/17, Legalis.

²⁸⁴ D. Bucior, w: M. Frasz, M. Habdas (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 4, s. 724.

²⁸⁵ Tak zwłaszcza A. Burzak, Umowa o pośrednictwo (I), s. 17; J. Kufel, Istota, s. 91; tenże, Umowa, s. 25–26; L. Ogięto, w: K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, t. II, s. 731; A. Rembaliński, w: J. Winiarz (red), Kodeks, s. 699; K. Topolewski, Cywilnoprawne, s. 54; T. Wiśniewski, Umowa, s. 33.

²⁸⁶ Tak zwłaszcza M. Barański, Konstrukcja, s. 26–27; T. Świerczyński, Charakter, s. 15; E. Wójtowicz, Jednostronnie, s. 541; wyr. SN z 24.11.2011 r., I PK 62/11, OSNP 2012, Nr 21–22, poz. 260, s. 905. Poza głównym nurtem rozważań wyłącznie zasygnalizować można niektóre inne wyrażone w doktrynie poglądy. S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (1995), s. 132 bez bliższego wyjaśnienia wskazuje, że stałość zobowiązania agenta wyraża się w tym, że nie jest ono dorywcze. K. Kruczałak, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (2001), s. 349 wiąże stałość zobowiązania z prowadzeniem działalności gospodarczej przez pośrednika. Pogląd ten nie jest precyzyjny, bowiem profesjonalni pośrednicy mogą również zawierać umowy o dorywcze pośrednictwo. T. Wiśniewski, Umowa, s. 33 wskazuje ogólnie, że o stałości agencji decyduje trwałość stosunku i powtarzalność czynności podejmowanych w jego ramach.

²⁸⁷ D. Bucior, w: M. Frasz, M. Habdas (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 4, s. 722.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ Obok D. Buciora pogląd ten podzielają zwłaszcza P. Mikłaszewicz, w: K. Osajda (red.), Kodeks, kom. do art. 758, Nb 12; E. Rott-Pietrzyk, Agent, s. 25.

²⁹¹ D. Bucior, w: M. Frasz, M. Habdas (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 4, s. 722–723.

okres zamierzonej współpracy stron stosunku agencyjnego²⁹². Ujęcie to dosyć dobrze oddaje istotę stałości pośredniczenia i jednocześnie minimalizuje ryzyko wyłączenia stosowania przepisów o umowie agencyjnej. Pozwala chronić agenta i jest zgodne z prounijną wykładnią art. 758 § 1 KC. Argumenty za jego trafnością można bowiem odnaleźć w orzecznictwie wspólnotowym. W wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 16.3.2006 r. wskazano, że chociaż liczba transakcji zawartych przez pośrednika w imieniu i na rachunek zleceniodawcy jest na ogół wyznacznikiem stałego charakteru pośrednictwa, to jednak nie jest ona jedynym elementem, który ma znaczenie dla oceny, czy zleceniodawca zlecił pośrednikowi stałe pośredniczenie²⁹³.

Przedstawiony wyżej katalog cech zobowiązania agenta do stałego działania można uzupełnić o wskazanie, że obowiązek pośredniczenia przy zawieraniu umów nie jest w tym przypadku uzależniony od następczego uzyskania konkretnych zleceń od dającego zlecenie. W braku odmiennych postanowień umowy agent ma obowiązek dążyć do umożliwienia dającemu zlecenie zawarcia jak największej liczby umów. Zagadnienie to powróci w rozważaniach dotyczących świadczenia komisanta.

Wydaje się, że aprobowany pogląd nie wyklucza uznania przedmiotu zobowiązania agenta za świadczenie o charakterze ciągłym. W klasycznym ujęciu to ostatnie polega na stałym zachowaniu dłużnika przez czas trwania stosunku prawnego, w przypadku którego poszczególne zachowania nie dają się wyodrębnić jako poszczególne części (partie) całości świadczenia²⁹⁴. Przedstawiony przykładowy stan faktyczny zobowiązania agenta do pośredniczenia przy zawarciu dziesięciu tysięcy umów formalnie nie mieści się w przytoczonej definicji. Z perspektywy funkcjonalnej jest jednak oczywiste, że zobowiązanie tego rodzaju, może prowadzić do obejścia przepisów o umowie agencyjnej, co jest równoznaczne z jego stałością, a w konsekwencji z ciągłością świadczenia. Oparty na podobnym sposobie rozumowania jest powszechnie aprobowany pogląd, uznający za nieodpłatne czynności prawne, w których świadczenie jednej ze stron pozostaje w rażącej dysproporcji do świadczenia drugiej (np. sprzedaż nieruchomości za symboliczną kwotę)²⁹⁵.

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ Wyr. TS z 16.3.2008 r., C-3/04, *Poseidon Chartering*, pkt 25 (ECLI:EU:C:2006:176).

²⁹⁴ Na temat świadczenia ciągłego zamiast wielu zob. *T. Dybowski*, w: *Z. Radwański* (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 1, Prawo zobowiązań – część ogólna, Ossolineum 1981, s. 106. Jak wskazuje *Z. Radwański*, Uwagi o zobowiązaniach trwałych (ciągłych) na tle kodeksu cywilnego, SC 1969, t. XIII–XIV, s. 252 ciągłego charakteru świadczenia nie wyklucza okoliczność, iż świadczenie nie jest spełniane nieprzerwanie w toku trwania stosunku. Dla takiej kwalifikacji wystarczające jest działanie obejmujące powtarzające się stale czynności.

²⁹⁵ *S. Grzybowski* w: *S. Grzybowski* (red.), System Prawa Cywilnego, t. I, Część ogólna, Ossolineum 1985, s. 496–497.

Mając na uwadze powyższe argumenty należy stwierdzić, że weryfikacja występowania stałości zobowiązania agenta nie powinna ograniczać się wyłącznie do zbadania, czy dotyczy ono oznaczonej liczby umów. Należy jej dokonywać *a casu ad casum*, z uwzględnieniem okoliczności sprawy, w tym w szczególności treści umowy stron.

Kończąc wątek stałości zobowiązania agenta trzeba podkreślić, że cecha ta jest niezależna od czasu trwania umowy. Umowa agencyjna może bowiem zostać zawarta na czas zarówno oznaczony, jak i nieoznaczony. W obu przypadkach agent zobowiązuje się do stałego pośredniczenia w okresie obowiązywania umowy. W kontekście czasu trwania stosunku stron warto zasygnalizować, że w orzecznictwie europejskim rozważono dopuszczalność zawarcia umowy agencyjnej na okres próbny dwunastu miesięcy, w którym każda ze stron jest uprawniona do jej rozwiązania za wypowiedzeniem o krótkim terminie. Trybunał zaaprobował takie ułożenie stosunku i przesądził, że stosuje się do niego przepisy o świadczeniu wyrównawczym. Z perspektywy prawa polskiego wyróżnienie umowy agencyjnej na okres próbny nie ma normatywnego uzasadnienia. Opisyany wyżej stosunek należałoby zakwalifikować jako umowę agencyjną zawartą na czas oznaczony²⁹⁶.

IV. Obowiązek lojalności stron

Powszechnie przyjmuje się, że umowa agencyjna należy do umów najwyższego zaufania (*uberrimae fidei*)²⁹⁷. W związku z tym powstaje pytanie, czy agent jest zobowiązany do wykonania swojego zobowiązania osobiście. W doktrynie i orzecznictwie panuje zgoda, że należy w tym zakresie stosować *per analogiam* art. 738 KC²⁹⁸. Zasadą jest, że agent ma

²⁹⁶ Wyr. TSUE z 19.4.2018 r., C-645/16, *Conseils et mise en relations (CMR)*, ECLI:EU:C:2018:262, pkt 19–20. Na temat powołanego wyroku zob. szerzej R. Stefanicki, Establishment of a trial period in agency contracts: comments in the context of the judgment of the Court of Justice of the European Union of 19 April 2018, *Ius Novum* 2020, Nr 2, s. 140–149.

²⁹⁷ Tak zwłaszcza J. Jezioro, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 1549; A. Kidyba, *Zasada lojalności stron stosunków cywilnoprawnych*, PPH 2021, Nr 9, s. 13; K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III. Zobowiązania – część szczególna, Warszawa 2014, s. 821; P. Miklaszewicz, w: K. Osajda (red.), *Kodeks, kom. do art. 758*, Nb 23; I. Mycko-Katner, *Umowa*, s. 38; L. Ogiegło, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. II, s. 732; J. Pokrzywniak, *Obowiązek lojalności jako element stosunku obligacyjnego*, MoP 2003, Nr 19, s. 887; T. Wiśniewski, w: J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5. Zobowiązania. Część szczegółowa, Warszawa 2017, s. 185; E. Wójtowicz, *Obowiązek lojalności w umowach pośrednictwa handlowego*, *Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji* 2015, t. 101, s. 277; wyr. SA w Warszawie z 5.5.2017 r., I ACa 1866/15, *Legalis*.

²⁹⁸ Tak zwłaszcza W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 569; J. Kufel, *Umowa*, s. 107; E. Rott-Pietrzyk, w: J. Rajska (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 813–814; A. Szpunar, w: S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego*, t. III, cz. 2, s. 648; T. Wiśniewski, *Umowa*, s. 111. Zob. również wyr. SA w Warszawie z 5.5.2017 r., I ACa 1866/15, *Legalis*, w którym wskazano, że w przypadku agencji przedstawicielskiej dopuszczalność posłużenia się substytutem należy oceniać w kontekście przesłanek z art. 106 KC.

obowiązek wykonać swoje zobowiązanie *in personam*. Odstąpienie od niej wymaga natomiast zaistnienia co najmniej jednej z trzech przesłanek określonych w powołanym wyżej przepisie. Posłużenie się przez agenta innym podmiotem przy wykonaniu zobowiązania jest więc możliwe wyłącznie, jeżeli wynika to z umowy lub ze zwyczaju albo gdy jest do tego zmuszony przez okoliczności. W takim przypadku agent ma obowiązek niezwłocznie zawiadomić dającego zlecenie o osobie i o miejscu zamieszkania swego zastępcy i w razie zawiadomienia odpowiedzialny jest tylko za brak należytej staranności w wyborze zastępcy (*culpa in eligendo*). W braku zawiadomienia agent odpowiada za zastępcę jak za swoje własne działania i zaniechania, a ich odpowiedzialność jest solidarna (art. 738 § 2 KC).

Normatywnym potwierdzeniem, że agencja stanowi umowę najwyższego zaufania jest art. 760 KC. Przepis ten przewiduje, że każda ze stron ma obowiązek zachowania lojalności wobec drugiej. Kodeks cywilny rozstrzyga wprost o istnieniu obowiązku lojalności agenta w przepisie bezwzględnie wiążącym²⁹⁹. Ujęcie to różni się od rozwiązań przyjętych na gruncie kodeksu zobowiązań oraz kodeksu handlowego, w których obowiązek lojalności pośrednika był wywodzony z samej istoty umów o pośrednictwo.

Przyczyn tego stanu rzeczy należy upatrywać w okoliczności, że wprowadzenie art. 760 KC w obecnym brzmieniu³⁰⁰ stanowi dostosowanie prawa polskiego do wymagań przewidzianych w art. 3 i art. 4 dyrektywy 86/653/EWG³⁰¹. Z uzasadnienia projektu nowelizacji art. 760 KC wynika, że celem zmiany było wzmocnienie (już istniejących) ogólnych powinności kontraktowych stron stosunku agencji³⁰². W pierwotnym brzmieniu przepisów o umowie agencji obowiązek lojalności był bowiem wyprowadzany z istoty umowy³⁰³. Uznając omawiany przepis za *superfluum*, w doktrynie wyrażono pogląd o braku zasadności jego wprowadzenia³⁰⁴.

²⁹⁹ Co do bezwzględnie wiążącego charakteru art. 760 KC zob. szerzej: E. Rott-Pietrzyk, Artykuł 760 KC *superfluum* ustawowym?, w: J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski (red.), *Ius civile vigilantibus scriptum est*. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka, Warszawa 2022, s. 605.

³⁰⁰ Do 9.12.2000 r. art. 760 KC stanowił, że agent obowiązany jest w zakresie powierzonych mu spraw podejmować czynności potrzebne do zabezpieczenia praw dającego zlecenie.

³⁰¹ Powołane przepisy dyrektywy dotyczą obowiązku działania agenta i dającego zlecenie w sposób sumienny i zgodny z zasadą dobrej wiary (ang. *dutifully and in good faith*). Co do obowiązku lojalności na gruncie dyrektywy 86/653/EWG w ujęciu prawnoporównawczym zob. A. Tosato, Commercial Agency and the Duty to Act in Good Faith, *Oxford Journal of Legal Studies* 2016, t. 36, Nr 3, s. 661–695.

³⁰² Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, Sejm III Kadencji, druk nr 1699 z 10.2.2000 r., s. 29. Zob. również I. Mycko-Katner, Obowiązek lojalności stron w umowie agencji (art. 760 k.c.), *PPH* 2021, Nr 10, s. 53–54.

³⁰³ A. Szpunar, w: S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego*, t. III, cz. 2, s. 648; T. Wiśniewski, *Umowa*, s. 115.

³⁰⁴ P. Miklaszewicz, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 145–148; *tenże*, w: K. Osajda (red.), *Kodeks, kom. do art. 760, Nb 2*; D. Opalska, *Lojalność i staranność jako kryteria określające sposób wykonywania zobowiązań*, *MoP* 2013, Nr 5, s. 233;

Krytyka art. 760 KC nie jest przekonująca. Warto zauważyć, że wskazany przepis stanowi nie tylko o obowiązku lojalności agenta, ale również dającego zlecenie. Jak wynika z analizy umowy agencyjnej poczynionej w trzecim rozdziale pracy, obowiązek tej strony umowy nie był dostrzegany w poprzednim stanie prawnym. Biorąc pod uwagę, że zasadniczym celem dyrektywy 86/653/EWG było wprowadzenie regulacji chroniących agenta, to wyraźne wyartykułowanie obowiązku lojalnego postępowania przez dającego zlecenie należy uznać za uzasadnione³⁰⁵. Jego rozszerzenie również na agenta rzeczywiście stanowi potwierdzenie tego, co wynika z istoty agencji. Skoro ustawa miała jednak traktować o powinności kontraktowej dającego zlecenie, to choćby ze względu na zachowanie poprawności legislacyjnej należało odnieść się również do tego obowiązku po stronie agenta. Wyraźne uregulowanie wyłącznie obowiązku lojalności dającego zlecenie mogłoby bowiem prowadzić do wyprowadzenia w praktyce twierdzeń *a contrario*, że nie spoczywa on na agencie. Artykuł 760 KC zapobiega powstaniu sporów w tym zakresie.

Określony w art. 760 KC ogólny obowiązek lojalności stron umowy agencyjnej jest w części konkretyzowany przez dalsze przepisy kodeksu³⁰⁶. Jeżeli chodzi o agenta następuje to w art. 760¹ § 1 KC, który stanowi, że jest on zobowiązany w szczególności do przekazywania wszelkich informacji mających znaczenie dla dającego zlecenie oraz przestrzegania jego uzasadnionych wskazówek, a także podejmowania czynności potrzebnych do ochrony praw dającego zlecenie. Wykładnia językowa przepisu prowadzi do wniosku, że katalog ten ma charakter otwarty (zwrot „w szczególności”). Przykładami obowiązków niemieszczących się w wyżej wskazanym katalogu są konieczność zachowania przez agenta w tajemnicy informacji, które uzyskał w związku z wykonaniem zlecenia, niekorzystanie z nich we własnym interesie³⁰⁷ oraz zbadanie wiarygodności finansowej i prawnej kontrahenta dającego zlecenie³⁰⁸. W wyroku

O. Szejnert-Roszak, Dopuszczalność prowadzenia działalności konkurencyjnej przez agenta na gruncie art. 760 KC, MoP 2022, Nr 23, s. 1191.

³⁰⁵ Podobnie *E. Rott-Pietrzyk*, Artykuł 760 KC, s. 609–610. Zdaniem autorki art. 760 KC wskazuje kierunek wykładni art. 56, art. 345 i art. 355 KC, rozszerzając obowiązki stron umowy agencyjnej (zwłaszcza dającego zlecenie) ponad to, co wynika z zasad współżycia społecznego.

³⁰⁶ *D. Bucior*, w: *M. Frasz, M. Habdas* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 4, s. 756, 763; *K. Górny*, w: *M. Gutowski* (red.), Kodeks cywilny, t. III, s. 438; *J. Jezioro*, w: *E. Gniewek, P. Machnikowski* (red.), Kodeks, s. 1555–1556; *K. Kopaczyńska-Pieczniak*, Postaci obowiązku lojalności w stosunkach umownych, w: *J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski* (red.), *Ius civile vigilantibus scriptum est*. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka, Warszawa 2022, s. 360–361; *J. Pokrzywniak*, Obowiązek, s. 887; *K. Topolewski*, Cywilnoprawne, s. 131.

³⁰⁷ *E. Rott-Pietrzyk*, Artykuł 760 KC, s. 605.

³⁰⁸ Tak (co do weryfikowania wiarygodności finansowej kontrahenta) wyr. SN z 11.12.2007 r., II CSK 370/07, Legalis. Por. krytyczną glosę *K. Topolewskiego*, Ustawowe obowiązki agenta. Glosa do wyroku SN z dnia 11 grudnia 2007 r., II CSK 370/07, PS 2012, Nr 11–12, s. 181–187. Zob. również wyr. SN z 31.1.2018 r., I CSK 251/17, Legalis.

Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 26.5.2020 r. przyjęto natomiast, że z art. 760 KC wynika zakaz prowadzenia przez agenta działalności konkurencyjnej w czasie trwania umowy³⁰⁹.

Odnosnie do dającego zlecenie uszczegółowienie następuje przede wszystkim w art. 760² KC. Przepis ten przewiduje, że spoczywają na nim obowiązki przekazywania agentowi dokumentów i informacji potrzebnych do prawidłowego wykonania umowy (§ 1) oraz zawiadamiania agenta o przyjęciu lub odrzuceniu propozycji zawarcia umowy i o jej niewykonaniu umowy (§ 2), a także o tym, że liczba umów, których zawarcie przewiduje, lub wartość ich przedmiotu będzie znacznie niższa niż ta, której agent mógłby się normalnie spodziewać (§ 3). Wykładnia art. 760² KC w świetle art. 4 ust. 1 dyrektywy 86/653/EWG nakazuje przyjąć, że przedstawiony katalog również stanowi *numerus apertus*³¹⁰. Poza wyżej przedstawionymi powinnościami, obowiązek lojalności dającego zlecenie obejmuje zwłaszcza nienadużywanie pozycji dominującej w relacji z agentem (np. w zakresie kształtowania treści umowy) oraz uwzględnienie jego uzasadnionych interesów³¹¹. Za ustawową konkretyzację obowiązku lojalności dającego zlecenie uznaje się również art. 761⁵ KC, który przyznaje agentowi uprawnienie do uzyskania informacji umożliwiających ustalenie wysokości należnej mu prowizji³¹².

Celowościowa wykładnia przepisów dotyczących obowiązku lojalności stron na gruncie umowy agencyjnej nie pozwala zgodzić się z poglądem, że spoczywa on przede wszystkim na agencie³¹³, a zwłaszcza, że w razie sprzeczności interesów ten ostatni powinien przyznać pierwszeństwo interesom dającego zlecenie³¹⁴. Analiza przytoczonych regulacji prowadzi do wniosku, że ustawodawca kładzie większy nacisk na doprecyzowanie obowiązku lojalności dającego zlecenie. Należy zaaprobować stanowisko, że zasada lojalności powinna obowiązywać tym silniej, im mocniej dany podmiot wkracza w sferę prawną drugiej strony³¹⁵. Oddziaływanie dającego zlecenie (dysponującego przewagą ekonomiczną) na agenta jest natomiast silniejsze, niż wpływ tego pośrednika w relacji wzajemnej.

³⁰⁹ V AGa 21/20, Legalis. Krytycznie na temat tego poglądu *O. Szejnert-Roszak*, *Dopuszczalność*, s. 1190–1193, która wskazuje, że ocena w tym zakresie powinna być zrelatywizowana do okoliczności konkretnej sprawy.

³¹⁰ *D. Bucior*, w: *M. Fras, M. Habdas* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, s. 763.

³¹¹ *E. Rott-Pietrzyk*, *Artykuł 760 KC*, s. 605–606.

³¹² *Ibidem*, s. 607–608 oraz powołany tam wyr. SA w Szczecinie z 20.11.2018 r., I AGa 194/18, Legalis.

³¹³ *J. Pokrzywniak*, *Obowiązek*, s. 888 formułuje ogólny wniosek, że w przypadku umów o świadczenie usług obowiązek lojalności ciąży przede wszystkim na stronie spełniającej świadczenie niepieniężne. Strona zobowiązana do zapłaty wynagrodzenia jest bowiem zazwyczaj pozbawiona możliwości ingerencji w sferę prawną wykonującego usługi.

³¹⁴ *D. Bucior*, w: *M. Fras, M. Habdas* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, s. 750–751 ; *K. Kopaczyńska-Pieczniak*, *Postaci*, s. 838.

³¹⁵ *D. Opalska*, *Lojalność*, s. 233.

Niezależnie od wskazanych wyżej konkretnych powinności dającego zlecenie oraz agenta, w doktrynie wskazuje się, że lojalność stron stanowi podstawowe kryterium oceny wszystkich elementów składających się na sytuację prawną stron stosunku agencyjnego (ich praw i obowiązków)³¹⁶.

V. Świadczenie dającego zlecenie

Zobowiązanie główne dającego zlecenie obejmuje zapłatę wynagrodzenia na rzecz agenta. Z art. 758 § 1 KC wynika wprost, że umowa agencyjna jest zawsze odpłatna, bowiem agent spełnia swoje świadczenie „za wynagrodzeniem”³¹⁷.

Wynagrodzenie agenta może przyjąć różne postaci. Pierwszeństwo w ich określeniu przypada umowie stron. Zgodnie z art. 758¹ § 1 KC, w braku odmiennych postanowień kontraktowych, agentowi należy się prowizja, która w praktyce jest najpopularniejszą formą jego wynagrodzenia. Została ona zdefiniowana legalnie w art. 758¹ § 2 KC jako wynagrodzenie, którego wysokość zależy od liczby lub wartości umów zawartych przy udziale agenta. Prowizja ma zatem charakter wynagrodzenia wynikowego³¹⁸. Wniosek ten potwierdza art. 761 § 1 KC, który stanowi, że agent może żądać prowizji od umów zawartych w czasie trwania umowy agencyjnej, jeżeli do ich zawarcia doszło w wyniku jego działalności lub jeżeli zostały one zawarte z klientami pozyskanymi przez niego poprzednio dla umów tego samego rodzaju. Wyjątkiem od wynikowego charakteru prowizji jest prowizja agenta wyłącznego (art. 761 § 2 KC), która przysługuje niezależnie od udziału w zawarciu umowy.

Ustawa przewiduje swobodę stron co do określenia sposobu obliczania wysokości prowizji. Najczęściej oznacza się ją jako procent od wartości kontraktu lub stałą kwotę od zawarcia każdej umowy docelowej³¹⁹. Nie ma przeszkód do przyjęcia innych rozwiązań. W braku regulacji kontraktowej zastosowanie znajduje reguła dyspozytywna z art. 758¹ KC, która nakazuje przyjąć wysokość prowizji zwyczajowo stosowaną w stosunkach danego

³¹⁶ Zob. szerzej *E. Rott-Pietrzyk*, Klauzule modyfikacyjne dotyczące wynagrodzenia w umowach agencyjnych, w: *A. Dańko-Roesler, M. Leśniak, M. Skory, B. Soltys* (red.), *Ius est ars boni et aequi*. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Józefowi Frąckowiakowi, Wrocław 2018, s. 988 wraz z powołaną tam literaturą.

³¹⁷ Na temat odpłatności umowy agencyjnej zob. szerzej *D. Bucior*, Odpłatność usług agenta jako cecha konstytutywna umowy agencyjnej, w: *T. Mróz, M. Stec* (red.), *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, Warszawa 2012, s. 403–417.

³¹⁸ Tak zwłaszcza *J. Jezioro*, w: *E. Gniewek, P. Machnikowski* (red.), *Kodeks*, s. 1551; *L. Ogiełło*, w: *K. Pietrzykowski* (red.), *Kodeks cywilny*, t. II. Komentarz, s. 735; *E. Rott-Pietrzyk*, w: *J. Rajski* (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 868; *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. 76–77; *T. Wiśniewski*, *Umowa*, s. 52.

³¹⁹ Zamiast wielu zob. *D. Bucior*, w: *M. Fras, M. Habdas* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, s. 734.

rodzaju, a w razie niemożności ustalenia powyższej, określenie jej przez uwzględnienie wszelkich okoliczności wykonania zlecenia przez agenta.

Ustawa zawiera również szczegółowe przepisy dotyczące prawa do prowizji od umów zawartych po rozwiązaniu umowy agencyjnej (art. 761¹ KC), kolizji praw do prowizji (art. 761² KC), chwili nabycia prawa do prowizji (art. 761³ § 1 i 2 KC), wymagalności roszczenia o zapłatę prowizji (art. 761³ § 3 KC), wyłączenia prawa do prowizji (art. 761⁴ KC), środków kontroli dającego zlecenie przysługujących agentowi w związku z prawem do prowizji (art. 761⁵ KC) oraz prowizji *del credere* (art. 761⁷ KC). Ich omówienie nie jest istotne z perspektywy celów niniejszej pracy. Wystarczające jest stwierdzenie, że mają one na celu zapewnienie ochrony słusznym interesów agenta³²⁰.

Jak już wskazano, prowizja stanowi jedną z możliwych postaci wynagrodzenia agenta. Strony mogą przewidzieć w umowie inny sposób jego gratyfikacji, to znaczy uniezależniony od wyników działań agenta (wynagrodzenie stałe³²¹). Takie rozwiązanie wiąże się ze znacznym ograniczeniem ryzyka prowadzenia działalności przez agenta. W przypadku jego przyjęcia agent ma bowiem pewność, że jego starania nie pozostaną bez żadnego ekwiwalentu. Dający zlecenie nie ma bowiem obowiązku zawarcia umowy, przy której pośredniczył agent³²². Gwarancja ta nie występuje natomiast w przypadku prowizji. Wynagrodzenie nieprowizyjne może zostać określone, *lege non distinguente*, zarówno w formie pieniężnej, jak i niepieniężnej³²³. Najczęściej przyjmuje postać sumy pieniężnej płatnej agentowi w określonych w umowie odstępach czasu³²⁴.

Wynagrodzenie agenta może zostać określone również w sposób mieszany przez uzupełnienie wynagrodzenia stałego prowizją. Takie ukształtowanie umowy pozwala na zrównoważenie ryzyk agenta i dającego zlecenie. Stosownie do art. 761⁶ KC w przypadku ustalenia mieszanej formy wynagrodzenia stosuje się przepisy o prowizji³²⁵.

³²⁰ O bezwzględnie wiążącym i semidyspozytywnym charakterze przepisów o prowizji agenta zob. szerzej E. Rott-Pietrzyk, Klauzule, s. 977–982.

³²¹ Stałość wynagrodzenia oznacza w tym przypadku pewność jego uzyskania w określonych odstępach czasu, a nie niezmiennosc jego wysokości. Możliwe jest określenie wynagrodzenia stałego w powyższym rozumieniu, którego wysokość będzie zmienna w poszczególnych okresach.

³²² Por. odosobniony pogląd J. Kufla, Umowa, s. 116, który wskazywał na istnienie takiego obowiązku.

³²³ D. Bucior, w: M. Fras, M. Habdas (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 4, s. 735; K. Górny, w: M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny, t. III, s. 432–433.

³²⁴ D. Bucior, w: M. Fras, M. Habdas (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 4, s. 735; K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. III, s. 828. Wynagrodzenie nieprowizyjne może również przyjąć postać udziału agenta w zysku dającego zlecenie. Zob. szerzej T. Wiśniewski, Umowa, s. 58.

³²⁵ Art. 761⁶ KC umożliwia również przyjęcie przez strony, że przepisy o prowizji będą miały zastosowanie, do wynagrodzenia w całości nieprowizyjnego.

Dodatkowym, szczególnym roszczeniem przysługującym agentowi względem dającego zlecenie z mocy ustawy jest świadczenie wyrównawcze. Zgodnie z art. 764³ § 1 KC powstaje ono po rozwiązaniu stosunku agencyjnego, jeżeli w czasie jego trwania agent pozyskał nowych klientów lub doprowadził do istotnego wzrostu obrotów z dotychczasowymi klientami, a dający zlecenie nadal czerpie z tego znaczne korzyści. Uprawnienie to przysługuje agentowi wyłącznie, jeśli w okolicznościach sprawy przemawiają za tym względy słuszności³²⁶. Ustawa reguluje szczegółowe zasady określania wysokości świadczenia wyrównawczego, sposobu jego dochodzenia oraz negatywne przesłanki powstania tego uprawnienia. Przepisy te mają charakter semiimperatywny, w tym sensie, że do czasu rozwiązania umowy, strony nie mogą modyfikować ich z niekorzyścią dla agenta (art. 764⁵ KC). A *contrario* należy przyjąć, że jest to możliwe po ustaniu stosunku agencyjnego.

Na zakończenie rozważań dotyczących umowy agencyjnej należy wskazać, że kodeks cywilny pozostawia stronom swobodę co do określenia zasad zwrotu poniesionych przez agenta wydatków związanych z wykonaniem zlecenia. Nie jest wykluczone pozbawienie go tego uprawnienia³²⁷. Zgodnie z art. 762 KC, w braku odmiennych postanowień umowy, agent może żądać od dającego zlecenie zwrotu uzasadnionych wydatków związanych z wykonaniem zlecenia, o ile ich wysokość przekracza zwykłą w danych stosunkach miarę. Uprawnienie agenta do zwrotu poniesionych wydatków stanowi zatem wyjątek, a nie zasadę.

§ 3. Umowa komisju

I. Uwagi wstępne

Regulacja umowy komisju w kodeksie cywilnym nie różni się istotnie od unormowań przyjętych w kodeksie handlowym. Podobnie jak w przypadku agencji znaczenie przepisów o komisji w okresie gospodarki centralnie sterowanej uległo deprecjacji w stosunku do okresu międzywojennego. Znajdowały one zastosowanie głównie w handlu zagranicznym oraz

³²⁶ Odwołanie do względów słuszności rodzi spory co do charakteru prawnego świadczenia wyrównawczego. Zob. szerzej I. Mycko-Katner, Charakter (natura) świadczenia wyrównawczego w umowie agencyjnej, w: J. Haberko, A. Olejniczak, A. Pyrzyńska, D. Sokołowska (red.), Współczesne problemy prawa zobowiązań, Warszawa 2015, s. 528–545; E. Rott-Pietrzyk, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 907–908.

³²⁷ Tak zwłaszcza L. Ogiegło, w: K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, t. II. Komentarz, s. 747; E. Rott-Pietrzyk, Agent, s. 324.

w związku z komisem sprzedaży niektórych ruchomości (np. dzieł sztuki oraz artykułów pochodzenia zagranicznego)³²⁸.

W przeciwieństwie do umowy agencyjnej przepisy o umowie komisju nie zostały poddane zmianom w związku z wprowadzeniem do prawa polskiego dyrektywy 86/653/EWG. Jej podmiotowy zakres zastosowania nie obejmuje bowiem przedstawicieli handlowych działających we własnym imieniu, lecz na rachunek dającego zlecenie³²⁹. W konsekwencji regulacja umowy komisju jest dosyć lakoniczna. Ma również w przeważającej części charakter dyspozytywny³³⁰, co przekłada się na mniejszy niż w przypadku agenta poziom ochrony komisanta w stosunku z dającym zlecenie. Ten stan rzeczy wydaje się być uzasadniony. W praktyce stosunek komisowy nie cechuje się tak ścisłym powiązaniem stron stosunku pośrednictwa. Z reguły komitent nie ma również na tyle istotnej przewagi ekonomicznej nad pośrednikiem, jak dający zlecenie w stosunku agencyjnym.

Z uwagi na szczupłą regulację umowy komisju powstaje kwestia uzupełnienia jej reżimu prawnego w sprawach nieuregulowanych przez odwołanie do innych przepisów ustawy. W związku z podobieństwem konstrukcyjnym postuluje się uzupełnianie luk w regulacji umowy komisju przez analogiczne stosowanie przepisów o zleceniu³³¹. Należy podzielić to zapatrywanie. Jednocześnie trzeba sprzeciwić się twierdzeniu o możliwości odpowiedniego stosowania do umowy komisju przepisów o innych umowach nazwanych³³². To ostatnie jest możliwe wyłącznie, jeżeli dopuszczono je wprost w ustawie³³³. W przypadku umowy komisju brak jest takiego odesłania.

³²⁸ J. Górski, w: A. Ohanowicz, J. Górski, Zarys, s. 405–407; W. Kocot, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 373–374; A. Szpunar, w: S. Grzybowski (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 656; *tenże*, Glosa do uchwały SN z dnia 30 maja 1996 r., III CZP 42/96, OSP 1997, Nr 2, poz. 34; s. 78.

³²⁹ Zob. post. TS z 10.2.2004 r., C–85/03, *Mavrona*, (ECLI:EU:C:2004:83), w którym wskazano, że: *Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents must be interpreted as meaning that persons who act on behalf of a principal, but in their own name, do not come within the scope of that directive.*

³³⁰ J. Kaspryszyn, Cechy charakterystyczne umowy komisju, Pr. Sp. 2002, Nr 1, s. 39; W. Kocot, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 395.

³³¹ J. Frąckowiak, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 960; J. Jezioro, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks, s. 1576; J. Kaspryszyn, Cechy, s. 39; A. Kędzierska-Cieślak, Komis (zagadnienia cywilnoprawne), Warszawa 1973, s. 24–25; W. Kocot, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 384; R. Ludwicki, Niektóre problemy umowy komisju (artykuł dyskusyjny), Pal. 1970, Nr 7, s. 28; M. Piekarski, w: F. Błahuta i in., Kodeks, s. 1577; wyr. SN z 29.6.2005 r., V CK 847/04, LEX nr 3207851.

³³² Stosowanie przepisów *per analogiam* oraz odpowiednio są zaskakująco często traktowane w piśmiennictwie dotyczącym umowy komisju jako synonimy. Prawdopodobnie stanowi to skrót myślowy. Tak przykładowo J. Frąckowiak, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 960; W. Kocot, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 378; L. Ogięgło, w: K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, t. II, s. 759.

³³³ Tak trafnie K. Kruczałak, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (2001), s. 370. Na temat odpowiedniego stosowania przepisów zob. szerzej J. Nowacki, Odpowiednie stosowanie przepisów prawa, PiP 1964, Nr 3, s. 367–376. Ta kwestia jest przedmiotem szerszej analizy w kolejnym paragrafie.

Pomimo podobieństwa do zlecenia nie powinno budzić wątpliwości, że umowa komisju stanowi odrębną umowę nazwaną³³⁴. Sam fakt jej samodzielnego uregulowania w księdze trzeciej kodeksu cywilnego nie pozostawia żadnych wątpliwości w tym zakresie.

II. Definicja i strony

Zgodnie z art. 765 KC przez umowę komisju przyjmujący zlecenie (komisant) zobowiązuje się za wynagrodzeniem (prowizją) w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa do kupna lub sprzedaży rzeczy ruchomych na rachunek dającego zlecenie (komitenta), lecz w imieniu własnym.

Z przytoczonej definicji wynika, że komisant zawsze musi być przedsiębiorcą. Komitent natomiast może, ale nie musi, odznaczać się takim statusem. W konsekwencji umowa komisju może być dwustronnie albo jednostronnie profesjonalna (w tym konsumencka).

W doktrynie dominuje pogląd, że brak statusu przedsiębiorcy po stronie przyjmującego zlecenie wyklucza możliwość uznania czynności prawnej za umowę komisju³³⁵. Przyjmuje się, że źródłem takiego stosunku jest umowa zlecenia lub nienazwana umowa o świadczenie usług, do której na podstawie art. 750 KC należy stosować odpowiednio przepisy o zleceniu³³⁶. Pogląd ten budzi wątpliwości. Wydaje się, że w pewnych przypadkach treść stosunku prawnego może wskazywać, że bardziej uzasadnione będzie odwołanie się w drodze analogii do przepisów o umowie komisju. Przykład stanowi umowa, w której komisant nie jest przedsiębiorcą, a strony w jej postanowieniach odwołują się wprost do praw i obowiązków wynikających z przepisów o komisji. Nie należy *a limine* wykluczać dopuszczalności ich zastosowania *per analogiam*. Wniosek ten wspiera okoliczność, że na tle prawno-porównawczym handlowy charakter komisju jest dominującym rozwiązaniem³³⁷.

Podobnie jak na gruncie umowy agencyjnej przyjmuje się, że zaufanie łączące strony stosunku komisowego uzasadnia przyjęcie jako zasady osobistego działania komisanta.

³³⁴ Tak trafnie zwłaszcza J. Frąckowiak, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 955; K. Górny, w: M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny, t. III, s. 474; J. Kaspryszyn, Cechy, s. 39; K. Kruczałak, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów, s. 370; M. Piekarski, w: F. Błahuta i in., Kodeks, s. 1577. W dawniejszej literaturze (na gruncie kodeksu cywilnego) prezentowano pogląd, że komis jest odmianą zlecenia; tak S. Herman, Jeszcze o problemach umowy komisju (artykuł dyskusyjny), Pal. 1971, Nr 4, s. 59; A. Kędzierska-Cieślak, Komis, s. 22; J. Skąpski, w: S. Grzybowski, J. Skąpski, S. Wójcik, Zarys prawa cywilnego, Warszawa 1988, s. 281; A. Szpunar, w: S. Grzybowski (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 657.

³³⁵ Zamiast wielu zob. J. Frąckowiak, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 963–964.

³³⁶ W. Kurowski, w: M. Fras, M. Habdas (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5. Zobowiązania. Część szczególna (art. 765–921¹⁶), Warszawa 2019, s. 27; T. Wiśniewski, w: J. Gudowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5, s. 268–269.

³³⁷ Zob. szerzej J. Frąckowiak, Komis, s. 24–25.

Posłużenie się przez niego innymi osobami jest możliwe w przypadku spełnieniu przesłanek z art. 738 KC, który stosuje się *per analogiam*³³⁸.

III. Świadczenie komisanta

Uwagi dotyczące oparcia zobowiązania komisanta o konstrukcję zastępstwa pośredniego poczynione odnośnie do regulacji komisum w kodeksie handlowym w większości pozostają aktualne na gruncie kodeksu cywilnego. Komisant zobowiązuje się do dokonania czynności prawnej, tj. zawarcia umowy docelowej, we własnym imieniu, lecz na rachunek komitenta.

Konsekwencje tego stanu rzeczy zostały dookreślone w art. 766–768 KC. Przewidują one obowiązki przyjmującego zlecenie do wydania komitentowi wszystkiego, co uzyskał przy wykonaniu zlecenia, zwrotu nadwyżki (korzyści) ponad warunki oznaczone w umowie komisum albo zapłaty różnicy przy zawarciu umowy sprzedaży na zasadach mniej korzystnych, niż tam określone.

Panuje zgoda, że na komitencie ciąży natomiast obowiązki zwrotu wydatków poniesionych przez komisanta³³⁹ oraz zwolnienia go od zobowiązań zaciągniętych w związku z wykonaniem zlecenia. Część autorów jako podstawę prawną powyższego wskazuje art. 742 KC stosowany *per analogiam*³⁴⁰. Wydaje się, że nie ma w tym przypadku potrzeby sięgania do przepisów o zleceniu. Wymienione obowiązki wynikają bowiem z samej konstrukcji zastępstwa pośredniego.

Podobnie jak na kanwie kodeksu handlowego, również na gruncie kodeksu cywilnego przyjmuje się, że w przypadku komisum sprzedaży, własność przedmiotu komisum przechodzi bezpośrednio z komitenta na kupującego³⁴¹. W nowym stanie prawnym osiągnięto zgodność co do postrzegania stosunków własnościowych przy komisie kupna. Według dominującego obecnie poglądu właścicielem nabytej rzeczy ruchomej staje się w pierwszej kolejności komisant³⁴². Za przekonujące należy uznać stanowisko *J. Frąckowiaka*, że umowa komisum

³³⁸ *K. Kopaczyńska-Pieczniak*, w: *A. Kidyba* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. III, 909–910; *W. Kurowski*, w: *M. Fras, M. Habdas* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5, s. 26.

³³⁹ W zakresie żądania zwrotu wydatków trafnie podnosi się, że obejmuje ono wyłącznie te, które wykraczają poza zwykły koszt prowadzenia działalności przez komisanta. Tak zwłaszcza *J. Frąckowiak*, w: *J. Rajski* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 979; *W. Kocot*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 406; *A. Szpunar*, w: *S. Grzybowski* (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 667.

³⁴⁰ *W. Kocot*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 406.

³⁴¹ Tak np. *W.J. Katner*, Przeniesienie własności rzeczy ruchomych, Łódź 1988, s. 121.

³⁴² Tak zwłaszcza *J. Frąckowiak*, w: *J. Rajski* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 984; *A. Szpunar*, Stosunki własnościowe przy komisie, Rejent 1994, Nr 1, s. 41; *tenże*, w: *S. Grzybowski* (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 670; *S. Włodyka*, w: *S. Włodyka* (red.), Prawo umów (1995), s. 138; *A. Wojciechowska*,

stanowi umowę zobowiązującą komisanta do przeniesienia własności rzeczy ruchomej³⁴³. Konsekwencją tego jest, że w przypadku rzeczy oznaczonych co do tożsamości, przeniesienie własności przedmiotu komisu z komisanta na komitenta następuje *ex lege*, z mocy art. 155 § 1 KC, w chwili jego nabycia przez tego pierwszego³⁴⁴. W zakresie rzeczy oznaczonych co do gatunku do przeniesienia własności konieczne jest natomiast przeniesienie ich posiadania na rzecz komitenta (art. 155 § 2 KC)³⁴⁵.

W kodeksie cywilnym zmianie nie uległo ograniczenie komisu wyłącznie do zawierania umów sprzedaży. Zobowiązanie do zastępstwa pośredniego w zawieraniu innych typów umów, co do zasady, podlega przepisom o zleceniu (art. 750 KC). W doktrynie dopuszcza się jednak stosowanie w ich miejsce *per analogiam* przepisów o umowie komisu³⁴⁶. Należy zgodzić się z tym poglądem, z zastrzeżeniem, że w każdym przypadku trzeba ocenić, czy treść stosunku łączącego strony uzasadnia odstępianie od stosowania przepisów o zleceniu. Zagadnienie to wymyka się jednak spod jednoznacznej oceny. Przykładowo w doktrynie wskazuje się na dopuszczalność analogicznego stosowania przepisów o umowie komisu do umowy zamiany³⁴⁷. Z drugiej strony, w przeciwnym kierunku zdaje się zmierzać ustawodawca, czego przykładem jest zmiana uzupełniającego reżimu prawnego umowy spedycji. Artykuł 559 KH przewidywał, że w zakresie nieuregulowanym w przepisach o umowie ekspedycji stosuje się do niej odpowiednio przepisy o komisie. Obowiązujący art. 796 KC odsyła w tym zakresie do przepisów o umowie zlecenia.

Podobne problemy pojawiają się w związku z ujęciem dobra komisowego na gruncie kodeksu cywilnego. Przedmiot umowy sprzedaży, do której zawarcia zobowiązuje się komisant został na gruncie kodeksu cywilnego zawężony w stosunku do regulacji kodeksu handlowego. W aktualnym stanie prawnym jej przedmiot ograniczono wyłącznie do rzeczy ruchomych. Definicja z art. 765 KC nie obejmuje natomiast papierów wartościowych, tak jak czynił to art. 581 KH. Do transformacji gospodarczej i zaistnienia towarzyszących jej zmian w prawie prywatnym kwestia ta nie miała większego znaczenia. Po przywróceniu przepisów o papierach wartościowych do kodeksu cywilnego³⁴⁸ takie ujęcie wyraźnie nie odpowiada potrzebom

Prawnorzeczowa problematyka komisu, PS 1998, Nr 11–12, s. 115–116. Por. A. Kędzierska-Cieślak, Komis, s. 94 i n., która broniła poglądu, iż komitent nabywa własność przedmiotu komisu bezpośrednio od sprzedawcy.

³⁴³ J. Frąckowiak, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 984–986.

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ J. Frąckowiak, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 984–986. Co do znaczenia wydania rzeczy oznaczonych co do gatunku dla przeniesienia własności zob. szerzej W.J. Katner, Umowne nabycie własności ruchomości w prawie polskim, Warszawa 1995, s. 91–98.

³⁴⁶ J. Frąckowiak, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 960–961; W. Kocot, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 378.

³⁴⁷ W. Kocot, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 382.

³⁴⁸ Ustawa z 28.7.1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1990 r. Nr 55, poz. 321).

obrotu. W doktrynie nadal jednak zdaje się dominować stanowisko, że przepisy o umowie komisju nie znajdują zastosowania do sprzedaży papierów wartościowych³⁴⁹. Wydaje się, że wykładnia językowa i historyczna nie pozostawiają miejsca na szeroką interpretację pojęcia rzeczy ruchomych na gruncie art. 765 KC. Istotne grono autorów opowiada się jednak za dopuszczalnością stosowania w omawianym przypadku przepisów o komisji wprost (w drodze szerokiej wykładni pojęcia rzeczy ruchomej)³⁵⁰ albo analogicznie³⁵¹.

Zawężenie przedmiotowego zakresu zastosowania umowy komisju prowadzi zatem do istotnych trudności co do ustalenia reżimu prawnego rządzącego umową. Przedstawiony problem nie występuje w prawie niemieckim. Paragraf 406 ust. 1 zd. 1 HGB stanowi bowiem, że przepisy dotyczące umowy komisju stosuje się również do kontraktów (spełniających przesłanki definicyjne komisju), których przedmiotem nie są towary (niem. *Waren*) ani papiery wartościowe (niem. *Wertpapiere*). Kwestia ustalania reżimu prawnego umów z elementem pośrednictwa zostanie omówiona szerzej w kolejnym paragrafie pracy (§ 4.IV.2.).

Niezależnie od powyższego nie budzi wątpliwości, że przedmiotem komisju nie mogą być w szczególności nieruchomości, przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55¹ KC oraz prawa na dobrach niematerialnych³⁵².

Podobnie jak na gruncie kodeksu handlowego umowa komisju obejmuje, co do zasady, zobowiązanie komisjanta do zawarcia jednej albo oznaczonej liczby umów sprzedaży. Przeważnie jest więc źródłem jednorazowej (dorywczej) współpracy. Zobowiązanie się przez komisjanta do regularnego działania nie jest jednak wykluczone³⁵³. Odpowiada to handlowej naturze umowy komisju oraz potrzebom obrotu³⁵⁴. Takie ułożenie stosunku prawnego w szczególności nie jest sprzeczne z wykładnią językową art. 765 KC, który (tak jak

³⁴⁹ W. Czachórski, Prawo, s. 573; J. Kaspryszyn, Cechy, s. 38–39; K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. III, s. 907–908; A. Nowacki, w: K. Osajda (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2021, kom. do art. 765, Nb 9; T. Wiśniewski, w: J. Gudowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5, s. 269. Problem stosowania przepisów o komisji do zastępstwa pośredniego w sprzedaży papierów wartościowych nie dotyczy wykonywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych (w tym papierów wartościowych) w obrocie zorganizowanym. W art. 73 ust. 4 pkt 2 ObrIFinU przewidziano wprost, że do takich umów przepisy o umowie komisju (z wyłączeniem art. 768 § 3 KC) stosuje się odpowiednio.

³⁵⁰ A. Kędzierska-Cieślak, Komis, s. 56; K. Kruczałak, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (2001), s. 369, 371; A. Szpunar, Rękojmia w stosunkach między stronami komisju, PPH 1995, Nr 9, s. 1.

³⁵¹ J. Frąckowiak, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 957; L. Ogiegło, w: K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, t. II, s. 759; J. Widło, Umowa komisju, w: A. Kidyba (red.), Kodeksowe umowy handlowe, Warszawa 2018, s. 495.

³⁵² K. Górny, w: M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny, t. III, s. 474; J. Kaspryszyn, Cechy, s. 39; K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. III, s. 908.

³⁵³ Tak zwłaszcza J. Frąckowiak, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 970; J. Kaspryszyn, Cechy, s. 46; A. Kędzierska-Cieślak, Komis, s. 69–72; K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. III, s. 909; A. Nowacki, w: K. Osajda (red.), Kodeks, kom. do art. 765, Nb 10; M. Piekarski, w: F. Błahuta i in., Kodeks, s. 1577.

³⁵⁴ Zob. A. Kędzierska-Cieślak, Komis, s. 72 wraz z powołaną tam literaturą.

art. 581 KH) jest neutralny w zakresie liczby umów, do których zawarcia zobowiązuje się komisant.

Część autorów stara się pogodzić tradycyjnie dorywczy charakter umowy komisum z potrzebą nawiązania stałej współpracy przez odwołanie do koncepcji umowy ramowej³⁵⁵. W tym ujęciu poszczególne zlecenia sprzedaży traktuje się jako odrębne stosunki komisowe, a samą umowę zobowiązującą do stałego współdziałania jako umowę ramową. Koncepcji tej słusznie zarzuca się, że tak rozumiana umowa ramowa jest w istocie umową komisum dotyczącą nieoznaczonej liczby rzeczy, które mają być nabyte albo sprzedane przez komisanta w przyszłości, na podstawie konkretnych zleceń komitenta³⁵⁶. Niezależnie od tego, czy w ramach opisanego stosunku występuje umowa ramowa, czy też nie, wydaje się, że zobowiązanie tej treści stanowi postać pośrednictwa dorywczego, a nie stałego. W jego ramach liczba konkretnych transakcji komisowych jest, inaczej niż w przypadku umowy agencyjnej, konkretyzowana w czasie trwania stosunku prawnego przez poszczególne zlecenia komisowe komitenta. Komisant nie jest w tym przypadku zobowiązany do działania niezależnie od tych zleceń, a zatem do zawarcia nieoznaczonej liczby umów. Brak zlecenia oznacza w tej sytuacji brak obowiązku działania.

Odrębną kwestią pozostaje rozstrzygnięcie dopuszczalności zobowiązania się przez komisanta do zawierania w przyszłości nieoznaczonej liczby umów sprzedaży, bez konieczności składania przez komitenta odrębnych zleceń. W tym przypadku zobowiązanie pośrednika bez wątpienia miałoby charakter stały, tak jak na gruncie umowy agencyjnej. Wydaje się, że zasada swobody umów nie wyklucza ułożenia stosunku prawnego w ten sposób. Dotyczy to zwłaszcza komisum sprzedaży. Nie widać przeszkód, aby przykładowo podmiot zajmujący się sprowadzaniem samochodów z zagranicy zawarł umowę tej treści z przedsiębiorcą prowadzącym punkt ich sprzedaży. Umowa wiązałaby się w tym przypadku z ryzykiem sprzedaży nadmiernej liczby rzeczy ruchomych. Występowanie takich umów w praktyce jest więc stosunkowo rzadkie. Nie powinno to jednak *a limine* przesądzać o niedopuszczalności nawiązania takiego stosunku prawnego. W rezultacie należy ostrożnie opowiedzieć się za dopuszczeniem takiej możliwości. Należy jednak zastrzec, że w tym przypadku rozważenia wymaga przyjęcie kwalifikacji takiego stosunku jako umowy mieszanej i stosowanie do niego niektórych przepisów o umowie agencyjnej. Wzorcowym rozwiązaniem

³⁵⁵ J. Jezioro, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks, s. 1577; W. Kocot, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 375. Co do pojęcia umowy ramowej zob. szerzej G. Domański, Umowa ramowa na tle prawa niektórych państw EWG i Polski, Warszawa 1989.

³⁵⁶ A. Nowacki, w: K. Osajda (red.), Kodeks, kom. do art. 765, Nb 10.

w tym zakresie mogłaby być niemiecka konstrukcja komisumencji (niem. *Kommissionsagenturvertrag*)³⁵⁷.

Zarówno w wariantcie dorywczym, jak i stałym, umowa komisumencji może być zawarta na czas oznaczony albo nieoznaczony³⁵⁸.

Przechodząc do kolejnego zagadnienia należy wskazać, że zobowiązanie główne komisumanta obejmuje obowiązek podjęcia czynności faktycznych prowadzących do zawarcia i wykonania umowy sprzedaży. Część z nich została wskazana wprost w ustawie. Artykuł 769 § 1 KC przewiduje uprawnienie, a gdy wymaga tego interes komitentum – obowiązek, przyjmującego zlecenie, do sprzedaży rzeczy, jeżeli jest narażona na zepsucie, a nie można uzyskać zarządzenia komitentum. Komisumant jest również zobowiązany zawiadomić o tym drugą stronę. Z kolei z art. 770 KC wyprowadza się obowiązek komisumanta do zbadania rzeczy będącej przedmiotem komisumacji sprzedaży³⁵⁹.

Pozostałe powinności komisumanta mają natomiast źródło w istocie umowy komisumacji oraz w wynikającym z niej obowiązku lojalności³⁶⁰. W doktrynie wskazuje się, że obejmują wszelkie czynności faktyczne potrzebne do osiągnięcia celu umowy komisumacji (zawarcia umowy na rachunek komitentum), podejmowane z należytą starannością profesjonalisty (art. 355 § 2 KC)³⁶¹. Z istoty komisumacji wynika, że w szczególności chodzi o poszukiwanie kupującego albo sprzedawcy³⁶² oraz przedstawianie im informacji dotyczących rzeczy ruchomej, a zatem czynności, polegające na szeroko rozumianym pośredniczeniu. Należy do nich zaliczyć również przestrzeganie wskazówek komitentum co do sposobu wykonania zlecenia³⁶³. Jako podstawę prawną związania komisumanta wskazówkami komitentum wskazuje się art. 737 KC stosowany *per analogiam*. Pomimo braku wprowadzenia w kodeksie cywilnym odpowiednika art. 583 § 2 KH, który statuował obowiązek komisumanta do podejmowania starań o uzyskanie

³⁵⁷ Zob. przykładowo *J. Busche*, w: *H. Oetker* (red.), *Handelsgesetzbuch*, kom. do § 84, Nb 9; *A. Lehmann-Richter*, w: *M. Häublein, R. Hoffmann-Theinert* (red.), *Handelsgesetzbuch*, kom. do § 84, Nb 74.

³⁵⁸ *J. Kaspryszyn*, *Cechy*, s. 46.

³⁵⁹ *T. Wiśniewski*, w: *J. Gudowski* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5, s. 278–279.

³⁶⁰ Istnienie obowiązku lojalności komisumanta nie budzi wątpliwości w doktrynie. Tak zwłaszcza *J. Frąckowiak*, w: *J. Rajski* (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 972; *A. Szpunar*, w: *S. Grzybowski* (red.), *System Prawa Cywilnego*, t. III, cz. 2, s. 662. Obowiązek lojalności komisumanta na gruncie kodeksu cywilnego kształtuje się podobnie jak w kodeksie handlowym; zob. szerzej § 4.II. rozdziału trzeciego.

³⁶¹ *W. Kocot*, w: *M. Stec* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, s. 395; *W. Kurowski*, w: *M. Fras, M. Habdas* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5, s. 28. Co do należytej staranności komisumanta jako profesjonalisty zob. wyr. SN z 5.1.2001 r., V CKN 178/00, *Legalis*; wyr. SN z 6.2.2003 r., IV CKN 1741/00, *Legalis*.

³⁶² Tak trafnie *J. Frąckowiak*, w: *J. Rajski* (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 972.

³⁶³ *J. Frąckowiak*, w: *J. Rajski* (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 971; *W. Kurowski*, w: *M. Fras, M. Habdas* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5, s. 28; *A. Szpunar*, w: *S. Grzybowski* (red.), *System Prawa Cywilnego*, t. III, cz. 2, s. 662.

jak najkorzystniejszej ceny dla komitenta (szerzej: warunków umowy), nie powinno budzić wątpliwości, że również w aktualnym stanie prawnym spoczywa na nim taka powinność³⁶⁴.

Warto w tym miejscu przypomnieć, że istnienie obowiązku pośredniczenia po stronie komisanta zostało uzasadnione w ramach rozważań dotyczących komisu w kodeksie handlowym dwoma argumentami. Pozostają one aktualne również na gruncie kodeksu cywilnego. Po pierwsze, wynika to z istoty oraz celu umowy komisu jako stosunku z zakresu pośrednictwa. Po drugie, przyjęcie obowiązku pośredniczenia pozwala na wytyczenie granicy między świadczeniem przyjmującego zlecenie w umowie komisu a zobowiązaniem zleceniobiorcy w umowie zlecenia opartego na zastępstwie pośrednim.

Zakres czynności faktycznych, do których podjęcia zobowiązany jest komisant może zostać dookreślony przez strony w umowie³⁶⁵.

IV. Świadczenie komitenta

Immanentne powiązanie pośredniczenia z umową komisu jest również uzasadnione zasadami wynagrodzenia komisanta, a zatem świadczeniem komitenta. Jak wynika z art. 765 KC, w przeciwieństwie do zlecenia³⁶⁶, omawiana umowa jest zawsze odpłatna³⁶⁷. Przepis ten wskazuje również, że wynagrodzenie ma postać prowizji³⁶⁸. W konsekwencji ma charakter wynikowy, to znaczy jest zależne od rezultatów działania komisanta³⁶⁹. Można z tego wyprowadzić wniosek, że nawiązując stosunek komisowy, komisant wyraża wolę osiągnięcia celu umowy komisu, którym jest zawarcie umowy sprzedaży. W przeciwnym razie zawierałby umowę w złej wierze. Podstawowym środkiem realizacji wskazanego wyżej celu jest podjęcie czynności faktycznych prowadzących do jego osiągnięcia, a zatem odnalezienie kontrahenta i przekonanie go do zawarcia umowy docelowej. Wyrażając wolę zawarcia umowy sprzedaży

³⁶⁴ Tak trafnie *J. Frąckowiak*, w: *J. Rajski* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 972; *A. Nowacki*, w: *K. Osajda* (red.), Kodeks, kom. do art. 765, Nb 16; *T. Wiśniewski*, w: *J. Gudowski* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. V, s. 271–272. Uzasadnienie braku recypowania art. 583 § 2 KH do kodeksu cywilnego zaprezentowane przez *A. Kędziarską-Cieślak*, *Komis*, s. 157–158 straciło aktualność. Autorka stała na stanowisku, że starania komisanta o uzyskanie jak najlepszej ceny były sprzeczne z zadaniami handlu uspołecznionego, które zdefiniowała jako „najlepszą dystrybucję towarów wśród społeczeństwa”.

³⁶⁵ *W. Kocot*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 395.

³⁶⁶ Zgodnie z art. 735 § 1 KC umowa zlecenia może przewidywać, że przyjmującemu zlecenie nie przysługuje wynagrodzenie.

³⁶⁷ Tak zwłaszcza *J. Jezioro*, w: *E. Gniewek*, *P. Machnikowski* (red.), Kodeks, s. 1576; *J. Kaspryszyn*, *Cechy*, s. 39–40; *W. Kurowski*, w: *M. Fras*, *M. Habdas* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5, s. 27; *T. Wiśniewski*, w: *J. Gudowski* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5, s. 268.

³⁶⁸ Można zauważyć nieścisłość między ustawowymi określeniami wynagrodzenia pośrednika w umowie agencyjnej oraz komisu. Na gruncie tej pierwszej wynagrodzenie stanowi pojęcie szersze od prowizji. W przypadku komisu pojęcia te zdają się mieć tożsamą treść.

³⁶⁹ *A. Kędziarska-Cieślak*, *Komis*, s. 59–60.

we własnym imieniu, lecz na rachunek komitenta, komisant jednocześnie zobowiązuje się zatem również do pośredniczenia. Z drugiej strony komitent, przyjmując na siebie obowiązek zapłaty prowizji, ma prawo oczekiwać, że komisant podejmie takie działania.

Artykuł 772 § 1 KC uzależnia powstanie roszczenia komisanta o zapłatę prowizji od otrzymania rzeczy albo ceny przez komitenta. Przewiduje również, że przy umowie sprzedaży wykonywanej częściowo, roszczenie to jest nabywane sukcesywnie, w miarę wykonywania umowy. Przepis ten również wspiera argumentację przedstawioną w poprzednim akapicie. Samo zawarcie umowy sprzedaży nie jest bowiem wystarczające dla uzyskania przez komisanta prawa do prowizji. Istotne jest, żeby została ona wykonana. Osiągnięcie tego rezultatu wymaga więc od komisanta w szczególności podjęcia czynności faktycznych, polegających na odpowiednim doborze kontrahenta, wynegocjowaniu postanowień umowy, na które ten ostatni nie tylko się zgodzi, ale również następnie je wykonana³⁷⁰.

W przeciwieństwie do umowy agencyjnej, w ramach umowy komisum nie jest dopuszczalne, żeby wynagrodzenie miało postać inną niż prowizja, a zatem było uniezależnione od zawarcia umowy sprzedaży przez komisanta. Wynika to z brzmienia art. 765 KC. W doktrynie wskazuje się jednak, że prowizja może przyjąć różne formy. Najczęściej jest to oznaczony procent ceny kupna albo sprzedaży³⁷¹. Może ona również obejmować stałą kwotę albo mieć formę mieszaną³⁷².

Konsekwencje braku określenia wysokości wynagrodzenia w umowie są sporne w doktrynie. Według pierwszego poglądu należy je w takiej sytuacji oznaczać przez analogiczne zastosowanie art. 735 § 2 KC, tj. z uwzględnieniem nakładu pracy przyjmującego zlecenie³⁷³. W ramach drugiego poglądu przyjmuje się, że powinno stosować się w tym przypadku przepisy o umowie agencyjnej, która jest umową bardziej zbliżoną do komisum niż

³⁷⁰ Artykuł 772 § 2 KC przewiduje wyjątek od zasady wyrażonej w art. 772 § 1 KC. Przepis ten stanowi, że komisant może żądać prowizji także wtedy, gdy umowa nie została wykonana z przyczyn dotyczących komitenta. Regulacja ma charakter ochronny względem komisanta. Jej celem jest uniemożliwienie pozbawienia go wynagrodzenia w sytuacji prawidłowego wykonania zobowiązania, które polega na doprowadzeniu do zawarcia umowy docelowej.

³⁷¹ Tak zwłaszcza W. Kocot, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 406; A. Nowacki, w: K. Osajda (red.), Kodeks, kom. do art. 765, Nb 2. J. Frąckowiak, w: J. Rajska (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 957–958, s. 968 za prowizję uznaje wyłącznie oznaczony procent ceny kupna albo sprzedaży, jednak dopuszcza określenie wynagrodzenia komisanta również w innej formie.

³⁷² K. Górny, w: M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny, t. III, s. 474; A. Kędzińska-Cieślak, Komis, s. 59–61; W. Kocot, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 406; P. Nazaruk, w: J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, Lex 2021, kom. do art. 765, Nb 3; A. Nowacki, w: K. Osajda (red.), Kodeks, kom. do art. 765, Nb 2–4; L. Ogiegło, w: K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, t. II, s. 759.

³⁷³ W. Kocot, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 406; W. Kurowski, w: M. Fras, M. Habdas (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5, s. 50; A. Nowacki, w: K. Osajda (red.), Kodeks, kom. do art. 765, Nb 7, 21.

zlecenie³⁷⁴. Regulujący tę kwestię art. 758¹ § 3 KC nakazuje przyjąć wynagrodzenie w wysokości zwyczajowo przyjętej w stosunkach danego rodzaju, względnie ustalone w oparciu o wszelkie okoliczności sprawy. Należy przychylić się do drugiego stanowiska. Przepisy o umowie agencyjnej dotyczące prowizji, lepiej odpowiadają istocie wynagrodzenia komisanta, które również ma charakter wynikowy i jest należne profesjonalnemu pośrednikowi (przedsiębiorcy).

Przedstawiony problem jest elementem szerszego zagadnienia dotyczącego regulacji umów o świadczenie usług w prawie polskim. Zostanie on omówiony szerzej w kolejnym paragrafie.

V. Ograniczenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi (art. 770 KC)

Szczególną regulacją wprowadzoną do Tytułu XXIV Księgi III kodeksu cywilnego jest art. 770 KC. Przepis ten przewiduje możliwość ograniczenia odpowiedzialności komisanta-sprzedawcy z tytułu rękojmi. Zgodnie z nim komisant nie ponosi odpowiedzialności za ukryte wady fizyczne rzeczy ani za jej wady prawne, jeżeli przed zawarciem umowy podał to do wiadomości kupującego. Wyłączenie odpowiedzialności nie dotyczy wad, o których komisant wiedział lub z łatwością mógł się dowiedzieć oraz sprzedaży konsumenckiej³⁷⁵. Artykuł 770 KC wprowadza zatem możliwość wyłączenia odpowiedzialności komisanta z tytułu rękojmi za wady na podstawie jednostronnego oświadczenia, a nie, jak na gruncie zasad ogólnych, w umowie stron (art. 558 § 1 KC).

Geneza tej regulacji łączy się z potrzebą zapewnienia ochrony dawnych jednostek gospodarki uspołecznionej, które w okresie centralnego sterowania gospodarką prowadziły – prawie na zasadach wyłączności – komis sprzedaży i kupna³⁷⁶. Rozwiązanie przyjęte w art. 770 KC zostało poddane krytyce. W szczególności podnosi się, że nie ma ono uzasadnienia w gospodarce rynkowej, w której nabywca nie powinien znajdować się w gorszej sytuacji tylko dlatego, że nabył rzecz od komisanta³⁷⁷.

³⁷⁴ Tak *J. Kaspryszyn*, *Cechy*, s. 40; *K. Kopaczyńska-Pieczniak*, w: *A. Kidyba* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, s. 936; *T. Wiśniewski*, w: *J. Gudowski* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5, s. 283.

³⁷⁵ W związku z brakiem zastosowania art. 770 § 1 KC do umów zawieranych z konsumentami, zmiany odnoszące się do rękojmi, dokonane mocą ustawy z 4.11.2022 r. o zmianie ustawy o prawach konsumenta, ustawy - Kodeks cywilny oraz ustawy - Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 2022 r. poz. 2337), nie wpływają na stosowanie wskazanego wyżej przepisu.

³⁷⁶ *J. Frąckowiak*, w: *J. Rajski* (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 990; *A. Szpunar*, *Glosa*, s. 78.

³⁷⁷ *J. Frąckowiak*, w: *J. Rajski* (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 990–991. Na temat rękojmi w umowie komisnu zob. szerzej *A. Szpunar*, *Rękojnia*, s. 1–7.

Krytyka art. 770 KC może stanowić źródło przemyśleń co do istoty komisju, a także pośrednictwa w aspekcie stosunku pośrednika z kontrahentem dającego zlecenie. Prowadzi ona do ogólnego wniosku, że istota tych instytucji determinuje, że zawarcie umowy z udziałem komisanta (pośrednika) nie powinno wpływać negatywnie na drugą stronę umowy. Pośrednictwo powinno być zatem co najmniej neutralne dla praw i obowiązków kontrahenta dającego zlecenie, wynikających z umowy docelowej.

§ 4. Znaczenie przepisów o umowie zlecenia dla umów o pośrednictwo

I. Uwagi wstępne

Przepisy o zleceniu zawarte w kodeksie cywilnym (art. 734–751 KC) w zdecydowanej większości stanowią powielenie unormowania tej umowy z kodeksu zobowiązań. Wprowadzone zmiany odnoszą się do definicji zlecenia, dodania art. 750 KC oraz szczególnych terminów przedawnienia roszczeń (art. 751 KC). W rezultacie w zakresie kwestii, które nie zostały uregulowane odmiennie wystarczające jest odesłanie do rozważań poczynionych w rozdziale trzecim oraz do literatury przedmiotu³⁷⁸. Uwagę należy skoncentrować na tym, co nowe, a przy tym istotne w kontekście tematu niniejszej pracy.

Artykuł 734 § 1 KC przewiduje, że przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie. Nawiązując do wcześniejszych wywodów, dotyczących zakresu świadczenia zleceniobiorcy (rozdział trzeci, § 5.III.) należy stwierdzić, że definicja zlecenia w kodeksie cywilnym została zawężona w sposób charakterystyczny dla modelu romańskiego.

Zlecenie obejmuje obecnie wyłącznie zobowiązanie do dokonania jednostronnej czynności prawnej lub do zawarcia umowy. Może chodzić o jedną albo większą liczbę czynności, przy czym konieczne jest określenie ich rodzaju³⁷⁹. Podobnie jak w kodeksie zobowiązań, przyjmujący zlecenie może działać jako zastępca bezpośredni albo pośredni dającego zlecenie. W doktrynie jest sporne, czy pojęcie czynności prawnej z art. 734 § 1 KC obejmuje poza czynnościami materialnoprawnymi również czynności procesowe³⁸⁰. Wobec

³⁷⁸ S. Grzybowski, O przepisach kodeksu cywilnego dotyczących zlecenia, NP 1967, Nr 10, s. 1278–1286; A. Szpunar, w: S. Grzybowski (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 390 i n.; L. Ogiegło, Zlecenie na tle kodeksowych umów o świadczenie usług, Studia Iuridica Silesiana 1985, Nr 10, s. 51 i n.; *tenże*, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 2018, s. 622–650; K. Topolewski, Przedmiot zobowiązania z umowy zlecenia, Warszawa 2015.

³⁷⁹ S. Grzybowski, O przepisach, s. 1281.

³⁸⁰ Za dopuszczalnością takiego ujęcia opowiedzieli się zwłaszcza W. Czachórski, Zobowiązania. Zarys wykładu, Warszawa 1998, s. 346; P. Drapała, w: J. Gudowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5, s. 58–59; L. Ogiegło,

braku istotnych argumentów przemawiających za odstępniem od znaczenia terminu „czynność prawna” na gruncie kodeksu cywilnego, należy odpowiedzieć się za ścisłą wykładnią tego pojęcia.

Kluczowe dla prowadzonych rozważań jest, że (odmiennie niż w poprzednim stanie prawnym) poza zakresem omawianej umowy pozostaje zobowiązanie do dokonania czynności faktycznej³⁸¹. Jako uzasadnienie tej zmiany wskazuje się występujące na gruncie kodeksu zobowiązań trudności w odróżnieniu umowy zlecenia od umowy o dzieło oraz potrzebę stosowania do zlecenia czynności prawnych przepisów innych niż w przypadku zlecenia czynności faktycznych³⁸².

W rezultacie zlecenie nie może obejmować zobowiązania do szeroko rozumianego pośredniczenia, a zatem świadczenia charakterystycznego dla wszystkich omówionych dotychczas umów o pośrednictwo. To pozwala przyjąć, że umowa zlecenia w obowiązującym ujęciu nie powinna stanowić podstawy wyznaczenia cech umów o pośrednictwo³⁸³. Nie oznacza to, że regulacja omawianego kontraktu nie znajduje zastosowania do stosunków z zakresu pośrednictwa. Celem tego fragmentu pracy jest próba wyjaśnienia, w jakim zakresie i na jakiej zasadzie przepisy Tytułu XXI Księgi III kodeksu cywilnego wyznaczają reżim prawny umów o pośrednictwo. *A limine* należy stwierdzić, że nie znajdują one do nich zastosowania wprost.

II. Artykuł 750 KC

Pomimo ograniczenia przedmiotu zlecenia wyłącznie do czynności prawnych, utrzymana została centralna rola dotyczących go przepisów dla wszystkich umów o świadczenie usług. Artykuł 750 KC stanowi bowiem, że do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, przepisy o zleceniu stosuje się odpowiednio. Przytoczony przepis ma podstawowe znaczenie dla dalszych rozważań. W związku z tym konieczne jest poczynienie kilku uwag na jego temat.

w: *J. Rajski* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 625; *A. Szpunar*, w: *S. Grzybowski* (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 390. Odmiennie *K. Topolewski*, Przedmiot, s. 10–18; *M. Gutowski*, Umowa o zastępstwo procesowe, Warszawa 2009, s. 32–33, 62–64; *S. Wójcik*, Umowa zlecenia – uwagi *de lege ferenda*, w: *A. Nowicka* (red.), Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtyśkiemu, Poznań 2005, s. 305, którzy opowiadają się za wąską wykładnią pojęcia czynności prawnych, ograniczającą się wyłącznie do czynności materialnoprawnych.

³⁸¹ Tak zwłaszcza *S. Grzybowski*, O przepisach, s. 1278; wyr. SN z 8.3.2012 r., V CSK 90/11, Legalis; wyr. SN z 30.3.1981 r., I CR 235/80, OSNCP 1981, Nr 11, poz. 223.

³⁸² Zob. szerzej *S. Grzybowski*, O przepisach, s. 1279–1280.

³⁸³ Na temat różnic między umową zlecenia a umowami o pośrednictwo zob. szerzej rozdział szósty, § 2.

Artykuł 750 KC stanowi przepis odsyłający do unormowania umowy zlecenia. W jego braku kwestia stosowania przepisów o zleceniu do nienazwanych umów o świadczenie usług byłaby otwarta. Przepisy o zleceniu konkurowałyby w tym zakresie z regulacjami innych nazwanych typów umów o świadczenie usług (np. umowy agencyjnej, komisu, spedycji, rachunku bankowego) i mogłyby znaleźć zastosowanie wyłącznie na zasadzie analogii. Zagadnienie to przedstawiało się odmiennie na gruncie kodeksu zobowiązań, skoro definicja zlecenia obejmowała w nim zarówno zobowiązanie do dokonywania czynności faktycznych, jak i czynności prawnych. W konsekwencji dotyczyła wszelkich usług nieuregulowanych innymi przepisami. Artykuł 498 § 2 KZ, który przewidywał, że umowy o świadczenie usług nieuregulowane jako szczególny rodzaj umowy podlegają wprost przepisom o zleceniu nie stanowił normy odsyłającej. Innymi słowy: stosunki te stanowiły ówczasie zlecenie i w konsekwencji nie było potrzeby, żeby w ich zakresie odsyłać do stosowania przepisów o zleceniu.

Pojawia się pytanie: jakie kontrakty są objęte zakresem odniesienia art. 750 KC? Ustawa wymaga w tym zakresie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek. Po pierwsze, chodzi o umowy, które nie są uregulowane innymi przepisami. Mogą to być umowy nienazwane (typy empiryczne) lub stosunki niebędące nawet umową nienazwaną³⁸⁴. Po drugie, hipoteza art. 750 KC dotyczy wyłącznie umów o świadczenie usług, a zatem takich, w których świadczenie obejmuje działanie niepolegające na daniu (*dare*). Usługi te przyjmują postać przede wszystkim czynności faktycznych, *lege non distinguente* jednorazowych lub wielokrotnych, w tym wykonywanych w sposób stały³⁸⁵. Powszechnie uznaje się, że mogą one również polegać na wykonywaniu powiązanych funkcjonalnie czynności faktycznych i prawnych (np. świadczenie pomocy prawnej, zarządzanie przedsiębiorstwem, majątkiem³⁸⁶). Należy podzielić to zapatrywanie. Wykładnia językowa i historyczna art. 734 § 1 KC prowadzą do wniosku, że przedmiot zlecenia powinien być interpretowany w sposób ścisły, tj. ograniczający się wyłącznie do dokonywania określonych czynności prawnych. W konsekwencji powiązane funkcjonalnie czynności faktyczne i prawne nie mieszczą się

³⁸⁴ Por. M. Grochowski, „Nieuregulowane” umowy o świadczenie usług na gruncie art. 750 KC, MoP 2016, Nr 23, s. 1282–1283. Na temat pojęcia umowy nazwanej i nienazwanej zob. szerzej rozdział siódmy, § 6.

³⁸⁵ P. Drapała, w: J. Gudowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5, s. 111; A. Szpunar, w: S. Grzybowski (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 406.

³⁸⁶ Tak zwłaszcza P. Drapała, w: J. Gudowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5, s. 59, s. 111; P. Machnikowski, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2019, s. 1538–1539; M. Nesterowicz, w: J. Winiarz (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. II, Warszawa 1989, s. 692; R. Morek, M. Raczkowski, w: K. Osajda (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2022, kom. do art. 750, Nb 4; L. Ogiegło, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 640. W orzecznictwie: wyr. SN z 20.7.2017 r., IV CSK 556/16, Legalis; wyr. SN z 5.12.2013 r., V CSK 30/13, OSNC–ZD 2015, Nr 2, poz. 17; wyr. SN z 8.3.2012 r., V CSK 90/11, Legalis; wyr. SA w Warszawie z 24.11.2014 r., VI ACa 114/14, Legalis.

w jego zakresie. Oznacza to, że art. 750 KC stanowi normę domykającą system umów o świadczenie usług. W rezultacie zakres oddziaływania przepisów o zleceniu jest bardzo szeroki³⁸⁷, a przy tym obejmuje istotnie zróżnicowane stosunki prawne.

Przepisy o zleceniu mają zastosowanie do wskazanych wyżej stosunków wyłącznie odpowiednio. Oznacza to, że – w zależności od konkretnego stanu faktycznego – będą one stosowane wprost, z modyfikacjami albo ich stosowanie jest wyłączone³⁸⁸. To ostatnie następuje, jeżeli stosowanie przepisu, do którego się odsyła jest bezprzedmiotowe lub sprzeczne z charakterem stosunku prawnego objętego zakresem odesłania³⁸⁹. Wybór właściwego sposobu odpowiedniego stosowania przepisów powinien być dokonywany *a casu ad casum*.

Przyjęta technika regulacji nienazwanych umów o świadczenie usług realizuje postulat zróżnicowania reżimów prawnych usług, polegających na dokonywaniu czynności prawnych oraz faktycznych³⁹⁰. Odpowiednie stosowanie przepisów o zleceniu może bowiem prowadzić do odmiennych rezultatów niż stosowanie ich wprost³⁹¹.

III. Analogiczne stosowanie przepisów o zleceniu do nazwanych umów o pośrednictwo

Artykuł 750 KC nie wyklucza stosowania przepisów o zleceniu do umów nazwanych na zasadzie analogii *legis*. Ta ostatnia jest – najogólniej rzecz ujmując – metodą usuwania luk w prawie, która polega na stosowaniu do określonego stosunku prawnego w zakresie nieuregulowanym, normy prawnej dotyczącej innego, ale zbliżonego stanu faktycznego³⁹². Uzasadnieniem tego zabiegu jest występowanie podobieństwa prawnego stosunków, które różnią od siebie wyłącznie towarzyszącym im okoliczności faktyczne, a odmienności w tym zakresie nie są istotne z perspektywy *ratio legis* przepisu, który ma być zastosowany³⁹³. Odpowiednie stosowanie przepisów oraz analogia *legis* stanowią więc odrębne metody stosowania przepisów prawa. Pierwsza z nich jest wyrazem techniki prawodawczej i obejmuje wyraźne wskazanie w ustawie zarówno zakresu odniesienia, jak i przepisów, które należy

³⁸⁷ Zwraca na to uwagę S. Wójcik, Umowa, s. 300.

³⁸⁸ J. Nowacki, Odpowiednie, s. 370–371.

³⁸⁹ *Ibidem*, s. 371.

³⁹⁰ S. Grzybowski, O przepisach, s. 1280.

³⁹¹ *Ibidem*, s. 1280.

³⁹² Co do analogii, to pomimo upływu czasu podstawowe znaczenie ma opracowanie tego zagadnienia w pracy J. Nowackiego, Analogia legis, Warszawa 1966. Wobec braku możliwości jego szerszego podjęcia w ramach prowadzonych rozważań, wystarczające jest poprzestanie na jego uproszczonym ujęciu i odesłanie w pozostałym zakresie do przytoczonej publikacji.

³⁹³ Tak przykładowo A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo, s. 105.

stosować odpowiednio. Druga ma zastosowanie w sytuacji, w której określony stan faktyczny nie jest unormowany, a – z perspektywy celów określonej normy prawnej – powinien być.

W związku z powyższym analogiczne stosowanie przepisów o zleceniu do innych umów nazwanych nie stanowi obejścia art. 750 KC. Pogląd ten nie budzi wątpliwości w piśmiennictwie. Jak wskazano w poprzednich paragrafach tego rozdziału pracy, w doktrynie dosyć powszechnie przyjmuje się, że stosowanie *per analogiam* przepisów o umowie zlecenia do umowy agencyjnej oraz komisju, w szczególności w przypadku tej drugiej, jest nie tylko dopuszczalne ale również potrzebne³⁹⁴. To stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, w którym przejmują się, że do umowy agencyjnej stosuje się przykładowo art. 746 KC³⁹⁵ oraz art. 748 KC³⁹⁶. Należy zatem stwierdzić, że przepisy o umowie zlecenia regulują w pewnym zakresie umowy o pośrednictwo³⁹⁷.

IV. Odpowiednie stosowanie przepisów o zleceniu do nienazwanych umów o pośrednictwo

Jak już wyjaśniono, przepisy o zleceniu mogą być, na podstawie art. 750 KC, stosowane odpowiednio do szerokiego *spectrum* nienazwanych umów o świadczenie usług. Należy zbadać, czy znajdują się wśród nich również umowy o pośrednictwo.

Podobnie jak w przypadku zbliżonych rozważań poczynionych odnośnie do zlecenia w kodeksie zobowiązań, analizowane umowy można podzielić na te, które obejmują wyłącznie dokonywanie czynności faktycznych, polegających na szeroko rozumianym pośredniczeniu, oraz te, które dodatkowo przewidują zobowiązanie przyjmującego zlecenie do zastępstwa pośredniego albo bezpośredniego w zawieraniu umów.

1. Nienazwane umowy o pośrednictwo nieobejmujące zobowiązania do zastępstwa

Umowy badane w tym punkcie można uporządkować na obejmujące zobowiązanie pośrednika do stałego oraz jednorazowego (dorywczego) pośredniczenia.

³⁹⁴ Zob. również ogólne uwagi odnośnie do analogicznego stosowania przepisów o umowie nazwanej do innej umowy nazwanej poczynione przez Z. Radwańskiego; *tenże*, Teoria, s. 224–225. Pod warunkiem dostatecznego stopnia podobieństwa umów za dopuszczalnością takiego zabiegu opowiadają się również zwłaszcza W.J. Katner, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, Warszawa 2018, s. 9; M. Stec, S. Włodyka, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5A, s. 28.

³⁹⁵ Wyr. SA w Katowicach z 21.4.2005 r., I ACa 140/05, OSA 2006, Nr 1, poz. 3.

³⁹⁶ Wyr. SA w Szczecinie z 7.6.2016 r., I ACa 3/16, Legalis; wyr. SN z 19.10.1984 r., I CR 175/84, OSNC 1985, Nr 8, poz. 114.

³⁹⁷ Przepisy o umowie zlecenia mogą być również stosowane *per analogiam* do pozakodeksowych nazwanych umów o pośrednictwo. Dotyczy to zwłaszcza umów maklerskich; zob. szerzej § 3. rozdziału piątego pracy.

Sformułowanie wniosków co do pierwszej grupy nie następuje trudności. Stosunki, w których przyjmujący zlecenie zobowiązuje się wyłącznie do stałego pośredniczenia stanowią (przy spełnieniu przesłanek podmiotowych) umowę agencyjną albo umowę nienazwaną zbliżoną do agencji, do której na podstawie art. 764⁹ KC stosuje się wprost przepisy Tytułu XXIII Księgi III kodeksu (z zastrzeżeniem wyłączeń przewidzianych w tym przepisie)³⁹⁸. Z uwagi na ich „uregulowanie innymi przepisami” w rozumieniu art. 750 KC, brak jest zatem miejsca na odpowiednie stosowanie do nich przepisów o zleceniu.

Umowy o pośrednictwo jednorazowe wymagają szerszego wywodu. Po uchyleniu kodeksu zobowiązań kontrakty obejmujące zobowiązanie do jednorazowego (dorywczego) pośredniczenia nie stanowią umów nazwanych. Należy bowiem przypomnieć, że w kodeksie cywilnym nie wprowadzono odpowiednika umowy o pośrednictwo (art. 517–522 KZ). Brak recepcji przepisów kodeksu zobowiązań nie doprowadził do wyeliminowania praktyki zawierania ich w obrocie uspołecznionym oraz w nowym obrocie prawnym po transformacji ustrojowej.

W doktrynie oraz w orzecznictwie uznaje się, że umowa o pośrednictwo dorywcze ma charakter nienazwany³⁹⁹. Nieobowiązujące przepisy kodeksu zobowiązań stanowią podstawę rekonstrukcji jej nazwy (z reguły określa się ją mianem umowy o pośrednictwo zwykłe lub jednorazowe) oraz praw i obowiązków stron. Dominuje pogląd utożsamiający omawiany typ empiryczny bezpośrednio z umową regulowaną w kodeksie zobowiązań⁴⁰⁰. Warte odnotowania są jednak stanowiska modyfikujące dawną regulację umowy o pośrednictwo. Przykładowo *S. Grzybowski* nie wykluczał, że przedmiotem nienazwanej umowy o pośrednictwo mogą być czynności prawne, pod warunkiem, że stosunek taki nie stanowi umowy agencyjnej⁴⁰¹.

³⁹⁸ W rozważaniach pominięto umowy odpowiadające treści agencji pośredniczej zawierane przez podmiot nieprofesjonalny po stronie przyjmującego zlecenie. Z uwagi na stałość zobowiązania pośrednika w praktyce niezwykle rzadko występują stosunki, w których strona ta nie będzie działać w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, a w konsekwencji jako przedsiębiorca. W doktrynie kwestia kwalifikacji prawnej takich stosunków jest sporna. *I. Mycko-Katmer*, Umowa, s. 120–122 opowiada się za odpowiednim stosowaniem do nich przepisów o umowie zlecenia. *E. Rott-Pietrzyk*, Agent, s. 275 wskazuje, że właściwe jest w ich przypadku sięgnięcie *per analogiam* do przepisów o umowie agencyjnej (z zastosowaniem wyłączenia stosowania części przepisów wynikającego z art. 764⁹ KC).

³⁹⁹ Tak zwłaszcza *M. Barański*, Umowa o pośrednictwo, s. 21; *A. Burzak*, Umowa o pośrednictwo (I), s. 15–17; *M. Gajewska*, Umowa o pośrednictwo w przedwojennym kodeksie zobowiązań i kodeksie cywilnym z 1964 r., *Radca Prawny* 1994, Nr 4, s. 48; *G. Grzybczyk*, Różne formy pośrednictwa, *Rejent* 1998, Nr 2, s. 48; *L. Ogiegło*, Odpowiedzialność, s. 249–250; *E. Rott-Pietrzyk*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 468 i n.; *A. Śmieja*, O potrzebie podniesienia umowy o pośrednictwo do rangi umów nazwanych, w: *E. Marszałkowska-Krześ* (red.), Aktualne zagadnienia prawa prywatnego, Wrocław 2012, s. 157 i n.; *T. Świerczyński*, Charakter, s. 17; *A. Wojciechowska*, Pojęcie pośrednictwa w prawie cywilnym, *Studia Prawnoustrojowe* 2011, Nr 14, s. 122; wyr. SN z 5.12.2003 r., IV CK 280/02, Legalis.

⁴⁰⁰ Tak zwłaszcza *M. Barański*, Umowa o pośrednictwo, s. 20; *A. Burzak*, Umowa o pośrednictwo (I), s. 15; *E. Rott-Pietrzyk*, Pośrednictwo, s. 186–192; *A. Śmieja*, O potrzebie, s. 157–159; uchw. SN z 18.12.1990 r., III CZP 67/90, OSNC 1991, Nr 5–6, poz. 65.

⁴⁰¹ *S. Grzybowski*, O przepisach, s. 1282.

W wyroku Sądu Najwyższego z 15.11.2004 r. przyjęto z kolei, że umowa akwizycyjna, polegająca na zawieraniu umów przystąpienia do członkostwa w funduszu emerytalnym, stanowi „dość szczególny typ” umowy o pośrednictwo⁴⁰². Ponadto część autorów wskazuje, że z uwagi na cel i znaczenie gospodarcze pośrednictwa we współczesnym obrocie, należy przyjąć, że umowa ta obejmuje nie tylko uprawnienie, lecz również obowiązek działania pośrednika⁴⁰³. Ze względu na jej nienazwany charakter kwestii tej nie sposób rozstrzygnąć w sposób jednoznaczny. Wydaje się, że w praktyce sytuacje, w których pośrednik nie zobowiązuje się do działania należą do rzadkości.

Umowa o pośrednictwo zwykle spełnia wszystkie przesłanki stosowania do niej odpowiednio przepisów o zleceniu. Przez lata w orzecznictwie⁴⁰⁴ oraz w doktrynie⁴⁰⁵ przyjmowano, że taka kwalifikacja prawna stanowi wyłączny sposób ustalenia jej reżimu prawnego. Uzasadnienie tego stanowiska sprowadza się do twierdzenia, że art. 750 KC jest przepisem o charakterze bezwzględnie wiążącym, a umowa o pośrednictwo mieści się w zakresie jego dyspozycji.

Równoległe do kształtowania się wyżej wskazanego poglądu, w części wypowiedzi doktryny dotyczących ogólnego znaczenia art. 750 KC, podnoszono wątpliwości związane z jego zbyt szeroką i bezrefleksyjną wykładnią. Wskazywano, że przepis ten powinien być interpretowany wyłącznie jako pewien punkt oparcia dla ustalenia reżimu prawnego nietypowych stosunków z zakresu usług, w szczególności, że ich treść bywa niekiedy bardziej zbliżona do innych niż zlecenie umów nazwanych⁴⁰⁶. Przeciwwstawiano się postrzeganiu przepisów o umowie zlecenia jako „ogólnego panaceum”, umożliwiającego „podciągnięcie” pod nie wszystkich występujących w obrocie umów o świadczenie usług⁴⁰⁷. Uznawano, że w wielu przypadkach regulacja zlecenia okazuje się niewystarczająca lub niedostosowana do potrzeb stron konkretnego stosunku. *Mieczysław Sośniak* określił tę sytuację metaforycznie

⁴⁰² Wyr. SN z 15.11.2004 r., IV CK 199/04, Legalis.

⁴⁰³ A. *Burzak*, Umowa o pośrednictwo (I), s. 17–18. Zob. również M. *Barański*, Umowa o pośrednictwo, s. 21.

⁴⁰⁴ Wyr. SN z 5.12.2003 r., IV CK 280/02, Legalis; uchw. SN z 18.12.1990 r., III CZP 67/90, OSNC 1991, Nr 5–6, poz. 65; wyr. SA w Katowicach z 23.11.1993 r., I ACr 672/93, OSA 1994, Z. 11–12, poz. 63; wyr. SA w Katowicach z 30.4.1993 r., I ACr 115/93, OSA 1994, Z. 1, poz. 7.

⁴⁰⁵ Tak zwłaszcza S. *Grzybowski*, O przepisach, s. 1282–1283; S. *Gurgul*, R. *Karpiński*, Wynagrodzenie, s. 48; K. *Kruczalak*, w: S. *Włodyka* (red.), Prawo umów (2001), s. 338; I. *Mycko-Katner*, Umowa, s. 26, s. 68–70; M. *Nesterowicz*, Głosa do uchwały SN z dnia 18 grudnia 1990 r., III CZP 67/90, OSP 1991, Z. 10, s. 444; L. *Ogiegło*, Odpowiedzialność, s. 253. W przypadku wypowiedzi części autorów nie jest jasne, czy opowiadali się za stosowaniem do umowy o pośrednictwo jednorazowe przepisów o umowie zlecenia wprost, czy odpowiednio; tak J. *Górski*, w: A. *Ohanowicz*, J. *Górski*, Zarys, s. 386; A. *Szpunar*, w: S. *Grzybowski* (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 390. Z. *Zabiński*, Systematyka, s. 124 przyjmował, że przepisy o umowie zlecenia należy stosować w tym przypadku wprost. Autor ten twierdził, że skoro umowa o pośrednictwo ostatecznie prowadzi do zawarcia umowy, to powinna być uznana za odmianę zlecenia.

⁴⁰⁶ W. *Czachórski*, Zobowiązania, s. 348–349.

⁴⁰⁷ S. *Grzybowski*, O przepisach, s. 1282.

jako „(...) stałe i niezmiennie przykrywanie nienazwanych umów o świadczenie usług na Prokrustowym łożu przepisów o zleceniu”⁴⁰⁸.

Przedstawione wątpliwości i wiążący się z nimi pogląd o braku wyłączności przepisów o zleceniu (stosowanych odpowiednio na podstawie art. 750 KC) w zakresie regulacji nienazwanych umów o świadczenie usług stopniowo przeniknęły do orzecznictwa. Co istotne tłem dla tych spraw było określenie reżimu prawnego umowy o pośrednictwo zwykłe.

Wydaje się, że pierwszym istotnym przykładem powyższej tendencji jest uchwała Sądu Najwyższego z 28.10.1990 roku⁴⁰⁹. W stanie faktycznym sprawy profesjonalny pośrednik udostępnił za wynagrodzeniem teren, na którym właściciel wystawił swój samochód na sprzedaż. Pojazd został nabyty przez powoda bezpośrednio od właściciela, przy czym pośrednik otrzymał prowizję również od kupującego. Po pewnym czasie ten ostatni został zatrzymany przez służbę celną. Ustalono, że samochód pochodził z kradzieży i w związku z tym został odebrany. Powód wystąpił przeciwko właścicielowi (sprzedawcy) oraz pośrednikowi z powództwem o zapłatę odszkodowania. Sąd pierwszej instancji stanął na stanowisku, że pośrednik uchybił powinności starannego działania polegającej na zbadaniu stanu prawnego pojazdu (art. 355 KC w zw. z art. 750 KC) i w rezultacie ponosi względem powoda odpowiedzialność kontraktową⁴¹⁰. Pośrednik odwołał się od tego wyroku. Sąd drugiej instancji zwrócił się do Sądu Najwyższego z pytaniem prawnym, czy pośrednik odpowiada w ramach swych obowiązków, wynikających z umowy o pośrednictwo, za szkodę spowodowaną sprzedażą kradzionego pojazdu. Wątpliwości sądu przedstawiającego zagadnienie prawne dotyczyły zatem przede wszystkim określenia wzorca należytej staranności pośrednika, który nie zawiera umowy sprzedaży pojazdu jako zastępca, lecz dokonuje wyłącznie czynności faktycznych (pośredniczy).

W podjętej uchwale Sąd Najwyższy wskazał, że profesjonalny pośrednik, który pośredniczy na rzecz obu stron przy zawieraniu umowy sprzedaży „odpowiada za szkodę poniesioną przez kupującego wskutek wady prawnej nabytego samochodu, o której wiedział lub – po zapoznaniu się z dokumentami i dokonawszy zwykłego przeglądu pojazdu – z łatwością mógł się dowiedzieć”. W uzasadnieniu przyjęto, że okoliczność pobrania przez pośrednika prowizji od kupującego przemawiała za przyjęciem, że strony te – niezależnie od odrębnego stosunku pośrednika ze sprzedawcą – łączyła umowa o pośrednictwo zwykłe.

⁴⁰⁸ M. Sośniak, Umowy, s. 73.

⁴⁰⁹ Uchw. SN z 18.12.1990 r., III CZP 67/90, OSNC 1991, Nr 5–6, poz. 65.

⁴¹⁰ Z uwagi na przedmiot rozważań pominięto w nich wątek właściciela samochodu (sprzedawcy), który odpowiadał z rękojmi za wady prawne rzeczy sprzedanej.

Uzasadniało to odpowiedzialność kontraktową pośrednika względem kupującego. Nie odpowiadał on natomiast z tytułu rękojmi za wady, ponieważ nie był sprzedawcą ani komisantem.

Sąd Najwyższy przyjął, że do umowy o pośrednictwo stosuje się na podstawie art. 750 KC odpowiednio przepisy o umowie zlecenia. Wzorzec należytej staranności, której powinien dołożyć pośrednik w związku z wykonaniem swojego zobowiązania został jednak ograniczony w uchwale w sposób charakterystyczny dla odpowiedzialności komisanta z tytułu rękojmi za wady. Omawiana uchwała zawężyła bowiem odpowiedzialność kontraktową pośrednika wyłącznie do wad prawnych, o których „wiedział albo z łatwością mógł się dowiedzieć”. Sformułowania te są tożsame z zakresem możliwego ograniczenia odpowiedzialności komisanta na gruncie art. 770 KC. *De lege lata* pośrednik powinien był natomiast odpowiadać, zgodnie z art. 472 KC, choćby za niedołożenie należytej staranności. Mimo że nie wyrażono tego wprost w treści uzasadnienia, to można przyjąć, że rozstrzygnięcie zostało oparte na art. 770 KC stosowanym *per analogiam*⁴¹¹.

Zdecydowanie odważniejsze stanowisko zostało zajęte w wyroku Sądu Najwyższego z 12.10.1999 roku⁴¹². Zapadł on na kanwie sporu między spółką produkującą prasy hydrauliczne (dający zlecenie), a podmiotem, który zobowiązał się pośredniczyć w sprzedaży jednej z nich. Strony łączyła umowa o pośrednictwo zwykłe. Starania pośrednika doprowadziły do zawarcia umowy sprzedaży prasy hydraulicznej przez dającego zlecenie. Między stronami stosunku pośrednictwa powstała rozbieżność stanowisk co do (nieokreślonej w umowie) wysokości prowizji pośrednika. Ten ostatni wytoczył przeciwko dającemu zlecenie powództwo o jej zapłatę. Sądy pierwszej oraz drugiej instancji ustaliły wysokość prowizji przez zastosowanie *per analogiam* art. 761 § 1 KC w ówczesnie obowiązującym brzmieniu⁴¹³, to znaczy na poziomie przyjętym w stosunkach danego rodzaju. Odwołanie do tego kryterium miało szczególne znaczenie w okolicznościach sprawy, ponieważ pośrednik był spółką zarejestrowaną w Austrii, a prasę hydrauliczną sprzedano południowokoreańskiemu nabywcy.

Sąd Najwyższy podzielił to zapatrywanie. W uzasadnieniu wyroku zauważono, że *prima facie* w stanie faktycznym sprawy, w celu ustalenia wysokości wynagrodzenia, właściwe mogło wydawać się odpowiednie zastosowanie art. 735 § 2 KC w zw. z art. 750 KC. Pierwszy

⁴¹¹ Tak trafnie w aprobującej glosie W. Kocot, Glosa do uchwały z 18 XII 1990, III CZP 67/90, PiP 1993, Nr 7, s. 113. Por. M. Nesterowicz, Glosa, s. 444, który wskazuje, że art. 770 KC nie może być stosowany do umów o pośrednictwo zwykłe ani wprost, ani na zasadzie analogii.

⁴¹² Wyr. SN z 28.10.1999 r., II CKN 530/98, OSNC 2000, Nr 5, poz. 88.

⁴¹³ Do 9.12.2000 r. art. 761 § 1 stanowił, że agent może żądać prowizji od umów zawartych z jego udziałem. Jeżeli wysokość prowizji nie została określona w umowie lub w taryfie, należała się prowizja w wysokości przyjętej w danych stosunkach.

z powołanych przepisów, w przypadku braku postanowień umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia przyjmującego zlecenie, nakazuje jego ustalenie w oparciu o wykonaną pracę. Sąd Najwyższy przyjął jednak, że stosunek łączący strony cechował się większym podobieństwem do umowy agencyjnej. W rezultacie za zasadne uznał analogiczne zastosowanie w tym zakresie art. 761 § 1 KC. Sąd Najwyższy stwierdził wprost, że art. 750 KC nie wyłącza stosowania w drodze analogii przepisów regulujących inne niż zlecenie umowy nazwane do nienazwanych umów o świadczenie usług.

W wyroku postawiono również dalej idącą tezę, że przepisy o zleceniu mogą być stosowane odpowiednio wyłącznie, jeżeli brak jest podstaw do analogicznego stosowania przepisów dotyczących innych umów nazwanych o świadczenie usług.

Trafność poglądu przytoczonego w ostatnim akapicie została zanegowana przez *E. Rott-Pietrzyk* w, co do zasady, aprobującej glosie⁴¹⁴. Autorka stwierdziła, że w sprawie w pierwszej kolejności należało zastosować art. 750 KC⁴¹⁵. Wskazała jednak, że odpowiednie stosowanie przepisów o zleceniu polegało w tym przypadku na wyłączeniu art. 735 § 2 KC jako sprzecznego z charakterem umowy o pośrednictwo zwykłe. Jej zdaniem cechą charakterystyczną umowy o pośrednictwo jest, że wynagrodzenie nie zależy od nakładu pracy, lecz skutku w postaci zawarcia umowy przez dającego zlecenie⁴¹⁶. Wobec powstałej luki w regulacji stosunku stron możliwe było natomiast zastosowanie art. 761 § 1 KC *per analogiam*⁴¹⁷. Niezależnie od powyższego, w glosie zdecydowanie podzielono ogólną koncepcję Sądu Najwyższego, że z uwagi na większe podobieństwo umowy o pośrednictwo zwykłe do umowy agencyjnej, należy do niej stosować przepisy dotyczące tej ostatniej.

Praktyczne konsekwencje omawianego zagadnienia uwidacznia również wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 24.4.2013 roku⁴¹⁸. Wyrażono w nim pogląd, że nienazwane umowy o pośrednictwo o treści zbliżonej do umowy agencyjnej nie stanowią umów o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 KC, a w konsekwencji do wynikających z nich roszczeń nie stosuje się dwuletniego terminu przedawnienia z art. 751 KC. O ile trudno zgodzić się z zapatrywaniem, że nienazwane umowy o pośrednictwo nie podlegają dyspozycji art. 750 KC, to należy zaaprobować brak stosowania do nich krótszego (względem zasad

⁴¹⁴ *E. Rott-Pietrzyk*, Glosa do wyr. SN z 28.10.1999 r., II CKN 530/98, OSP 2000, Nr 7–8, s. 395–396.

⁴¹⁵ Odmienne *M. Barański*, *Obowiązki*, s. 9, który podziela stanowisko SN co do rozważenia stosowania w pierwszej kolejności przepisów o nienazwanych umowach o pośrednictwo.

⁴¹⁶ Tak też *A. Burzak*, *Umowa o pośrednictwo* (II), s. 8

⁴¹⁷ W późniejszych publikacjach Autorka zauważa jednak, że ilekroć sądy stosowały art. 750 KC w pierwszej kolejności, prowadziło to do odpowiedniego zastosowania przepisów o zleceniu prowadzącego się do ich stosowania bez zmian; *E. Rott-Pietrzyk*, *Pośrednictwo*, s. 198–199.

⁴¹⁸ I ACa 254/13, Legalis.

ogólnych z art. 118 KC) terminu przedawnienia. Odpowiednie stosowanie art. 751 KC powinno polegać w ich przypadku na pominięciu tego przepisu. Przemawia za tym okoliczność, że w regulacji nazwanych, kodeksowych umów o pośrednictwo nie przewidziano modyfikacji ogólnych terminów przedawnienia roszczeń. W związku z tym brak jest uzasadnienia funkcjonalnego do odmiennego traktowania nienazwanych kontraktów o takim samym przedmiocie zobowiązania⁴¹⁹.

Przedstawione orzecznictwo i wypowiedź *E. Rott-Pietrzyk* dowodzą, że stosowanie do umowy o pośrednictwo przepisów o umowie najbardziej zbliżonej do stosunku łączącego strony jest potrzebne i uzasadnione, a przy tym zgodne z zasadami wykładni prawa. Pogląd ten zyskał szeroką aprobatę doktryny⁴²⁰ i orzecznictwa⁴²¹. Uzasadniając go podnosi się, że przepisy o umowie zlecenia zostały stworzone w pracach nad kodeksem zobowiązań z myślą wyłącznie o jego wąskim (ograniczonym do czynności prawnych) ujęciu⁴²², a w kodeksie cywilnym nie poddano ich zmianom. W związku z tym niektórzy autorzy wskazują, że nie są one adekwatne do umowy o pośrednictwo⁴²³, a nawet, iż ich zastosowanie w tym zakresie może być niebezpieczne⁴²⁴.

Stanowisko co do zbyt szerokiego ujęcia art. 750 KC i w związku z tym zakresu zastosowania przepisów o zleceniu zyskało aprobatę również w wypowiedziach formułowanych na płaszczyźnie ogólnej, niezależnie od kwestii reżimu prawnego umowy o pośrednictwo zwykle⁴²⁵. W rezultacie wskazuje się, że powołany przepis nie wyłącza

⁴¹⁹ W kontekście wpływu charakteru umowy o świadczenie usług na stosowanie art. 751 KC zob. również wyr. SN z 21.9.2018 r., V CSK 450/17, Legalis.

⁴²⁰ Tak zwłaszcza *M. Barański*, Umowa o pośrednictwo, s. 24–25; *tenże*, Umowa o pośrednictwo zwykle w wybranych, s. 6; *A. Burzak*, Umowa o pośrednictwo (I), s. 16–17; *P. Drapała*, w: *J. Gudowski* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5, s. 118–119; *M. Gajewska*, Umowa, s. 49–50; *G. Grzybczyk*, Różne, s. 58 *W. Kocot*, Glosa, s. 113; *K. Kopaczyńska-Pieczniak*, w: *A. Kidyba* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. III, s. 780–781; *Z. Radwański*, *J. Panowicz-Lipska*, Zobowiązania – część szczegółowa, Warszawa 2019, s. 165; *E. Rott-Pietrzyk*, Dopuszczalność stosowania przepisów o umowie agencyjnej do innych umów o świadczenie usług, w: *W.J. Katner*, *U. Promińska* (red.), Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej, Warszawa 2010, s. 490–492; *taż*, Pośrednictwo, s. 195–200; *A. Śmieja*, O potrzebie, s. 163–164; *T. Świerczyński*, Charakter, s. 25.

⁴²¹ Wyr. SN z 5.12.2013 r., V CSK 33/13, OSNC–ZD 2015, Nr 2, poz. 17; wyr. SN z 15.11.2004 r., IV CK 199/04, Legalis; wyr. SN z 15.11.2004 r., IV CK 170/04, Legalis; wyr. SN z 14.7.2004 r., IV CK 366/03, niepubl.; wyr. SN z 10.3.2004 r. IV CK 125/03, Legalis; wyr. SN z 14.5.2004 r. IV CK 291/03, Legalis.

⁴²² Zob. projekt kodeksu zobowiązań; *E. Till*, *R. Longchamps de Bérier*, Polskie, s. 46.

⁴²³ *A. Burzak*, Umowa o pośrednictwo (I), s. 16–17; *P. Drapała*, w: *J. Gudowski* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5, s. 118–119; *A. Śmieja*, O potrzebie, s. 156.

⁴²⁴ *T. Świerczyński*, Charakter, s. 25

⁴²⁵ Tak zwłaszcza *R. Morek*, *M. Raczkowski* w: *K. Osajda* (red.), Kodeks, kom. do art. 750, Nb 1.1, 10, 27; *K. Osajda*, Umowy nienazwane w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego, Gl. 2006, Nr 4, s. 14–17; *M. Romanowski*, Czy należy regulować umowy nienazwane?, StPP 2009, Nr 2, s. 126; *P. Zakrzewski*, w: *M. Frasz*, *M. Haldas* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 4. Zobowiązania. Część szczególna (art. 535–764⁹), Warszawa 2018, s. 667–668. *Michał Romanowski* wskazuje jednak, że stosowanie *per analogiam* przepisów o umowach nazwanych do umów nienazwanych powinno odbywać się „z zachowaniem najdalej idącej ostrożności”. Zbyt szerokie dopuszczenie tego zabiegu może zdaniem tego autora stanowić zagrożenie dla zasady swobody umów.

dopuszczalności analogicznego stosowania do nienazwanych umów o świadczenie usług przepisów dotyczących innych typów umów nazwanych⁴²⁶.

Należy zaaprobować ten kierunek myślenia. Wydaje się, że koncepcja rygorystycznego stosowania przepisów o zleceniu do wszystkich nienazwanych umów o świadczenie usług nie wytrzymała próby czasu, w szczególności, jeżeli mieć na względzie różnorodność i dynamikę współczesnego obrotu kontraktowego. Stosunki prawne powinny być bowiem poddane reżimowi prawnemu, który najlepiej odpowiada ich treści. Poprawna dogmatycznie jest bez wątpienia koncepcja zaproponowana w głosie *E. Rott-Pietrzyk*, która zakłada odwołanie się w pierwszej kolejności do art. 750 KC i weryfikację, czy reżim prawny umowy zlecenia jest właściwy do jego zastosowania.

Ocenie tej należy poddawać konkretne przepisy dotyczące zlecenia, a nie regulację Tytułu XXI księgi III KC *en bloc*. Jak dotąd w doktrynie nie poświęcono tej kwestii należytej uwagi. Analogiczne stosowanie dotyczy bowiem konkretnych przepisów prawa, a nie wszystkich regulacji dotyczących określonego typu umowy. Przykładowo okoliczność, że umowa o pośrednictwo jest zbliżona w zakresie sposobu ustalania nieoznaczonej w umowie wysokości wynagrodzenia nie oznacza, że do tego stosunku należy stosować *per analogiam* przepisy o świadczeniu wyrównawczym lub o zakazie działalności konkurencyjnej.

W rezultacie na aprobatę zasługuje stanowisko *M. Grochowskiego*, *E. Rott-Pietrzyk* i *E. Wójtowicz*, którzy zwracają uwagę na niedopuszczalność stosowania wszystkich przepisów dotyczących umowy agencyjnej (zwłaszcza wzmacniających standard ochronny agenta) do umów o pośrednictwo jednorazowe⁴²⁷. Część z tych regulacji jest bowiem ściśle związana z cechami konstrukcyjnymi agencji, a zwłaszcza stałością zobowiązania agenta.

Warto również zauważyć, że o ile w przypadku określenia wysokości wynagrodzenia pośrednika (provizji), przepisy o zleceniu nie odpowiadają charakterowi umowy o pośrednictwo, to nie musi być tak odnośnie do innych elementów treści stosunku prawnego. Na przykład w zakresie ustalenia momentu powstania uprawnienia do żądania zapłaty wynagrodzenia zasadne wydaje się odwołanie do regulacji zlecenia, a nie umowy agencyjnej. W przypadku tej ostatniej roszczenie o zapłatę provizji powstaje bowiem, co do zasady, dopiero po wykonaniu umowy, przy której pośredniczono albo z chwilą, w której umowa

⁴²⁶ Tak zwłaszcza *M. Gutowski*, w: *M. Gutowski* (red.), Kodeks cywilny, t. III. Komentarz. Art. 627–1088, Warszawa 2019, s. 396; *P. Machnikowski*, w: *E. Gniewek*, *P. Machnikowski* (red.), Kodeks, s. 1539–1540; *R. Morek*, *M. Raczkowski* w: *K. Osajda* (red.), Kodeks, kom. do art. 750, Nb 10; *L. Ogiegło*, w: *J. Rajski* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 639–640; *A. Rzetelska*, w: *W.J. Katner* (red.), Prawo, s. 624.

⁴²⁷ *M. Grochowski*, *E. Rott-Pietrzyk*, Umowa agencyjna, s. 13; *E. Wójtowicz*, Jednostronnie, s. 545–546.

powinna być wykonana (art. 761³ § 1 KC)⁴²⁸. Odwołując się do regulacji umowy o pośrednictwo z kodeksu zobowiązań, należy natomiast wskazać, że wynagrodzenie przysługiwało pośrednikowi z chwilą zawarcia umowy w wyniku jego starań. Powyższemu zdecydowanie bliższa jest umowa zlecenia, która opiera się na tożsamej zasadzie (art. 744 KC). Podobne wnioski można sformułować co do wszelkich nieodpłatnych nienazwanych umów o pośrednictwo. W związku z tym, że zarówno umowa agencyjna, jak i umowa komisju są obligatoryjnie odpłatne, a zlecenie wyłącznie fakultatywnie, niewątpliwie regulacja tego ostatniego lepiej odpowiada stosunkowi prawnemu stron⁴²⁹. W tym zakresie konieczne jest jednak ustalenie, czy w stanie faktycznym sprawy intencją stron było rzeczywiście zawarcie umowy nieodpłatnej.

Wreszcie, należy wskazać, że (jak dowodzi przedstawione orzecznictwo) nie można przesądzić generalnie, iż umowa o pośrednictwo zwykle jest bardziej zbliżona do umowy agencyjnej albo do umowy komisju⁴³⁰. Regulacje dotyczące obu tych typów umów mogą być analogicznie stosowane do umowy o pośrednictwo zwykle. Z uwagi na o wiele szerszą regulację ustawową, częściej będą to przepisy dotyczące agencji. Ocena zasadności odpowiedniego stosowania konkretnych przepisów umożliwi również, żeby w razie potrzeby, do konkretnej umowy znalazły analogiczne zastosowanie (w różnym zakresie) zarówno przepisy o agencji, jak i o komisju. Takie elastyczne podejście powinno umożliwić ustalenie optymalnego reżimu prawnego stosunku stron.

Poczynione rozważania prowadzą do konkluzji, że dopuszczalność odwołania się do typów umów najbardziej zbliżonych nie jest równoznaczna z wyłączeniem w całości odpowiedniego stosowania przepisów o umowie zlecenia do umowy o pośrednictwo zwykle. Reżim prawny tej ostatniej jest zatem kształtowany w pewnym zakresie przez przepisy o zleceniu. Wynika z tego, że jego ustalenie jest dosyć skomplikowane, co nie pozostaje bez wpływu na pewność prawa i bezpieczeństwo obrotu, a także stanowi zagrożenie dla swobody kształtowania treści umowy przez strony. W związku z tym formułowany w doktrynie postulat przywrócenia pośrednictwu zwykłemu charakteru umowy nazwanej zasługuje na zdecydowaną aprobatę⁴³¹.

⁴²⁸ Zwraca na to uwagę A. Burzak, *Umowa o pośrednictwo* (II), s. 9.

⁴²⁹ Wniosek ten należy odnosić również do rozważanych w dalszej części nienazwanych umów o świadczenie usług, obejmujących zobowiązanie do pośredniczenia oraz zastępstwa (pośredniego albo bezpośredniego).

⁴³⁰ W doktrynie dominuje pogląd, że umowa o pośrednictwo zwykle jest najbardziej zbliżona do umowy agencyjnej. Tak zwłaszcza A. Burzak, *Umowa o pośrednictwo* (I), s. 16–17; P. Drapała, w: J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5, s. 118–119.

⁴³¹ Za przywróceniem umowie o pośrednictwo zwykłego charakteru umowy nazwanej opowiadają się zwłaszcza M. Barański, *Konstrukcja*, s. 30; A. Burzak, *Umowa o pośrednictwo* (I), s. 12; M. Czekaj, *Umowa*, s. 14; M. Gajewska, *Umowa*, s. 45–51; M. Grochowski, E. Rott-Pietrzyk, w: M. Stec (red.), *System Prawa Handlowego*,

2. Nienazwane umowy o pośrednictwo obejmujące zobowiązanie do zastępstwa

Umowy badane w tym punkcie można uporządkować na obejmujące zobowiązanie pośrednika do pośredniczenia i przedstawicielstwa oraz pośredniczenia i zastępstwa pośredniego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć stosunki, w których zobowiązanie pośrednika polega na pośredniczeniu oraz zawieraniu umów w imieniu i na rachunek dającego zlecenie. Jak wyjaśniono, art. 750 KC nie znajduje zastosowania, jeżeli taki kontrakt stanowi umowę agencyjną albo umowę, o której mowa w art. 764⁹ KC⁴³². Do rozważenia pozostają zatem stosunki o zobowiązaniu jednorazowym (dorywczym), zawierane w obrocie powszechnym, konsumenckim oraz dwustronnie profesjonalnym. Wydaje się, że ich reżim prawny należy określać tak samo, jak w przypadku umowy o pośrednictwo zwykłe. Jego ustalenie wymaga weryfikacji, czy *in concreto* należy zastosować odpowiednio przepisy o zleceniu, czy właściwe jest odwołanie na zasadzie analogii do przepisów regulujących agencję lub komis. Z uwagi na oparcie omawianych stosunków o konstrukcję przedstawicielstwa, wydaje się, że podobieństwa będą dotyczyły przede wszystkim umowy agencyjnej. Kwestia ta nie jest jednak przesądzona ze względu na brak stałego charakteru zobowiązania pośrednika w ramach tych stosunków.

Poczynione uwagi odnoszą się również do umów nienazwanych obejmujących zobowiązanie pośrednika do pośredniczenia oraz zawierania umów we własnym imieniu, lecz na rachunek dającego zlecenie. Należy do nich zaliczyć całą sferę stosunków niespełniających przesłanek definicyjnych umowy komis ani innej umowy nazwanej, w których występuje zastępstwo pośrednie. Przykładowo należą do nich umowy zobowiązujące do pośredniczenia i zastępstwa pośredniego w zawieraniu umów innych niż sprzedaż oraz w sprzedaży rzeczy innych niż ruchome, a także umowy, w których pośrednik nie jest przedsiębiorcą. W tym przypadku również zasadne jest rozważenie, czy stosowane odpowiednio przepisy o umowie zlecenia właściwie regulują stosunek stron, a w przypadku odpowiedzi przeczącej – sięgnięcie *per analogiam* do regulacji nazwanych umów o pośrednictwo (zwłaszcza umowy komis)⁴³³. Pogląd ten nie wyklucza, że *in concreto* zasadne będzie zastosowanie przepisów o umowie zlecenia. Na takim stanowisku stanął Sąd Najwyższy w wyroku z 5.11.2003 r., w którym

t. 5B, s. 29; G. Grzybczyk, Różne, s. 58; W. Kocot, Glosa, s. 115; M. Nesterowicz, Glosa, s. 444; L. Ogiegło, Odpowiedzialność, s. 259; T. Świerczyński, Charakter, s. 18; M. Romanowski, Czy należy, s. 136.

⁴³² W rozważaniach pominięto umowy odpowiadające treści agencji przedstawicielskiej, w których pośrednik nie jest przedsiębiorcą. Z uwagi na stałość zobowiązania pośrednika w praktyce niezwykle rzadko wystąpią stosunki, w których nie będzie działał on w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, a w konsekwencji co najmniej jako przedsiębiorca. Zob. przypis Nr 398.

⁴³³ Podobnie J. Frąckowiak, Komis, s. 99–101.

rozstrzygnięto, że treść zawartej między stronami umowy komisowego eksportu jest na tyle odmienna od definicji komisju z art. 765 KC, że uzasadnione jest zastosowanie do niej przepisów o umowie zlecenia⁴³⁴.

Trudno nie dostrzegać, że analogiczne stosowanie przepisów o agencji oraz o komisie do nienazwanych umów o świadczenie usług o treści do nich zbliżonej stanowi problem, który nie sposób rozstrzygnąć w sposób jednoznaczny. Za przyjęciem dopuszczalności takiego zabiegu przemawia bez wątpienia podobieństwo tych stosunków prawnych. Dotyczy ono zarówno treści świadczeń stron, jak i realizowanych przez nie interesów. W przypadku umów podobnych do komisju argument ten wspiera również niemal powszechna krytyka zbyt wąskiego ujęcia definicji z art. 758 KC. Z drugiej strony, powyższe pozostaje w sprzeczności z wyraźnie określonym przez ustawę zakresem zastosowania przepisów o wskazanych umowach nazwanych. Brak możliwości rozstrzygnięcia tej kwestii w sposób generalny na płaszczyźnie teoretycznej ma swoje konsekwencje. Ciężar dokonania powyższego spoczywa na sądach, które badając konkretne umowy nienazwane powinny wybrać dla nich optymalny reżim prawny. Niejednokrotnie okazuje się to trudnym zadaniem⁴³⁵. Nie budzi jednak wątpliwości, że w pewnym zakresie zostanie on określony w oparciu o stosowane odpowiednio przepisy o zleceniu.

§ 5. Wnioski

Z analizy przeprowadzonej w rozdziale trzecim i czwartym pracy wynika, że system kodeksowych umów o pośrednictwo poddano w kodeksie cywilnym istotnym zmianom w stosunku do regulacji kodeksu zobowiązań i kodeksu handlowego. Najbardziej widoczny jest brak przejścia unormowania umowy o pośrednictwo zwykłe (dawne art. 517–522 KZ), w tym definicji legalnej pośrednictwa, podyktowany w dużym stopniu względami pozaprawnymi (ustrojowo-gospodarczymi). W konsekwencji umowa o pośrednictwo stanowi obecnie nienazwaną umowę o świadczenie usług.

Powoduje to, że brak jest regulacji stanowiącej adekwatny wzorzec normatywny dla dorywczych (jednorazowych) stosunków z zakresu pośrednictwa⁴³⁶. Z mocy art. 750 KC

⁴³⁴ IV CKN 171/02, Legalis.

⁴³⁵ Zob. wyr. SN z 21.9.2018 r., V CSK 450/17, Legalis, w którym Sąd Najwyższy uchylił orzeczenie Sądu Apelacyjnego i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania z uwagi na brak ustalenia, czy umowa stron stanowiła umowę agencyjną, czy umowę zlecenia.

⁴³⁶ Trafnie zauważają to *M. Barański*, Konstrukcja, s. 30; *M. Grochowski*, *E. Rott-Pietrzyk*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 28–30; *T. Świerczyński*, Charakter, s. 18.

funkcję tę pełniły przez lata przepisy o zleceniu. Ten stan rzeczy został słusznie zakwestionowany przez orzecznictwo oraz doktrynę. Nie budzi wątpliwości, że umowa o pośrednictwo zwykle w wielu aspektach jest bardziej zbliżona do agencji oraz komisju niż do zlecenia. *De lege ferenda* należy opowiedzieć się za przywróceniem unormowania tego kontraktu jako umowy nazwanej w kodeksie cywilnym.

Rezultatem braku wprowadzenia umowy o pośrednictwo jednorazowe był wzrost znaczenia regulacji umowy agencyjnej. Wiąże się to również z istotnym rozszerzeniem dotyczących jej przepisów w konsekwencji dostosowania prawa polskiego do dyrektywy 86/653/EWG. Bez przesady można stwierdzić, że Tytuł XXIII księgi III KC stał się najistotniejszym punktem odniesienia dla wszystkich stosunków z zakresu pośrednictwa. O ile zatem przepisy o zleceniu są wzorcowe dla umów o świadczenie usług w ogólności, o tyle największe znaczenie dla umów o pośrednictwo ma obecnie regulacja umowy agencyjnej⁴³⁷. Podkreślenia wymaga przy tym dostrzeżenie potrzeby ochrony agenta w stosunkach dwustronnie profesjonalnych, w których przeważnie występuje on jako strona słabsza⁴³⁸. Emanacją powyższego było wprowadzenie przepisów bezwzględnie wiążących oraz semidyspozytywnych zabezpieczających jego interesy. Jak trafnie podnoszą *M. Grochowski* i *E. Rott-Pietrzyk*, na gruncie kodeksu handlowego nie dostrzegano potrzeby ochrony ajenta w stosunku z dającym polecenie⁴³⁹. Regulacja umowy ajencyjnej miała przy tym w przeważającej części charakter dyspozytywny.

Mimo braku recepcji przepisów o umowie o pośrednictwo do kodeksu cywilnego, definicja pośrednictwa z art. 517 KZ nadal pozostaje aktualna. Przeprowadzone rozważania nie dają podstaw do przyjęcia innego rozumienia tego pojęcia. Przeciwnie, analiza doktryny i orzecznictwa prowadzi do wniosku, że współcześnie jest ono rozumiane w ten sam sposób, to znaczy jako dokonywanie przez pośrednika czynności faktycznych mających na celu zawarcie umowy (doprowadzenie do wymiany gospodarczej) między podmiotami innymi niż on sam. Warto zauważyć, że w związku z uchynieniem art. 517 KZ znaczenie prawne utraciło rozróżnienie postaci pośrednictwa, tj. nastroczenia sposobności do zawarcia umowy oraz

⁴³⁷ Podobnie *W. Kocot*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 386. Na temat znaczenia przepisów o umowie agencyjnej dla umów o pośrednictwo zob. również *M. Grochowski*, *E. Rott-Pietrzyk*, Umowa agencyjna, s. 9–10 i s. 20–21.

⁴³⁸ Jak trafnie podnoszą *M. Grochowski*, *E. Rott-Pietrzyk*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 27 na gruncie kodeksu handlowego nie dostrzegano potrzeby ochrony ajenta w stosunku z dającym polecenie. Regulacja umowy ajencyjnej miała przy tym w przeważającej części charakter dyspozytywny.

⁴³⁹ *M. Grochowski*, *E. Rott-Pietrzyk*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 27; *ciż*, Wewnętrzna i zewnętrzna spójność przepisów o umowie agencyjnej, w: *K. Małysa-Sulińska*, *M. Spyra*, *A. Szumański* (red.), W poszukiwaniu dobrego prawa. Księga jubileuszowa Profesora Mirosława Steca. Tom II. Perspektywa prywatnoprawna, Warszawa 2022, s. 79–80.

pośredniczenia. Świadczenie pośrednika ma obecnie jednolity charakter, jest określone w art. 758 § 1 KC mianem pośredniczenia i obejmuje czynności faktyczne zarówno oddziałujące, jak i nieoddziałujące na wolę kontrahenta co do zawarcia umowy docelowej.

Jak starano się wykazać, tak rozumiane świadczenie pośrednika cechuje zarówno umowę agencyjną, jak i umowę komisju. Stanowi kluczową cechę konstrukcyjną łączącą te umowy. Podobnie jak na gruncie kodeksu handlowego pośredniczenie może być (a w przypadku umowy komisju zawsze jest) uzupełnione o zobowiązanie do zastępstwa.

W związku z ograniczeniem przedmiotu zobowiązania zleceniobiorcy wyłącznie do dokonania czynności prawnej (art. 734 § 1 KC), pośrednictwo nie może występować jako element przedmiotowo istotny w umowie zlecenia. Skłania to do pominięcia jej cech w rekonstrukcji właściwości umów o pośrednictwo oraz stanowi istotny argument przemawiający przeciwko zaliczeniu tego kontraktu do grupy umów o pośrednictwo. Pogląd ten wspierają wnioski wynikające z rozważań odnoszących się do zakresu odpowiedniego stosowania przepisów o zleceniu do nienazwanych umów o pośrednictwo. Orzecznictwo oraz doktryna w wielu aspektach dostrzegają potrzebę pominięcia regulacji zlecenia i zastosowania *per analogiam* bardziej zbliżonych przepisów o kodeksowych umowach o pośrednictwo. Bez przesady można stwierdzić, że reżim prawny umowy zlecenia nie odpowiada charakterowi stosunków z zakresu pośrednictwa. Różnice między umową zlecenia a umowami o pośrednictwo zostaną przedstawione szerzej w szóstym rozdziale pracy (§ 2.).

Uwzględniając poczynione wyżej założenia, podstawą określenia cech wspólnych (innych niż występowanie zobowiązania do pośredniczenia) kodeksowych umów o pośrednictwo są umowa agencyjna oraz umowa komisju.

Po pierwsze, podobnie jak w poprzednim stanie prawnym, zasadę w ich przypadku stanowi działanie pośrednika za szczególnie określonym wynagrodzeniem. W modelu ustawowym ma ono charakter prowizyjny (wynikowy), a zatem powstanie obowiązku jego zapłaty przez dającego zlecenie lub komitenta jest, co do zasady, uzależnione od zawarcia lub wykonania umowy docelowej. Oznacza to, że w braku spełnienia tej przesłanki, nawet dołożenie przez pośrednika należytej staranności w zakresie pośredniczenia nie uprawnia do żądania wynagrodzenia za usługę. Jednocześnie istotne jest, że należyte staranne działanie umożliwi pośrednikowi wykazanie braku winy w wykonaniu zobowiązania, a w konsekwencji zwolnienie go od odpowiedzialności z tytułu jego naruszenia (niewykonania albo nienależytego wykonania).

Po drugie, tak jak na gruncie kodeksu handlowego, w braku umownego określenia wysokości wynagrodzenia pośrednika, należy się ono w wysokości zwyczajowo przyjętej

w stosunkach danego rodzaju (art. 758¹ § 3 KC). Kodeks cywilny zachowuje odmiennosc ujecia tej kwestii od rozwiązania przyjetego dla umowy zlecenia, które rozstrzyga, że czynnikiem decydującym w tym zakresie jest nakład pracy przyjmującego zlecenie (art. 735 § 2 KC). Jak dowodzi orzecznictwo przedstawione w § 4.IV, kwestia ta nie jest pozbawiona praktycznego znaczenia.

Po trzecie, omówione kontrakty cechuje występowanie obowiązku lojalności pośrednika. Wymaga podkreślenia, że znowelizowane przepisy o umowie agencyjnej akcentują również konieczność odwzajemnienia tej powinności przez dającego zlecenie (art. 760, art. 760² i art. 761⁵ KC), realizując tym samym ochronny cel dyrektywy 86/653/EWG.

Na koniec warto zauważyć, że stroną umowy agencyjnej oraz umowy komisu jest zawsze profesjonalny pośrednik (przedsiębiorca) oraz, iż wymienione kontrakty są obligatoryjnie odpłatne (dotyczy to również umów zbliżonych do agencji, o których stanowi art. 764⁹ KC). Umowy o pośrednictwo nieodpłatne i nieprofesjonalne nie mają charakteru nazwanego i pozostają poza zakresem regulacji kodeksu cywilnego. Widoczne jest zatem, że ustawodawca przypisuje pierwszorzędne znaczenie stosunkom profesjonalnym w zakresie pośrednictwa. Podejście to odpowiada potrzebom obrotu. Największe znaczenie społeczno-ekonomiczne ma bowiem bez wątpienia pośrednictwo handlowe. Całkowicie zmarginalizowane pośrednictwa nieprofesjonalnego oraz dorywczego, ograniczonego wyłącznie do czynności faktycznych, nie wydaje się jednak właściwe. Zasadnicza wątpliwość dotyczy tego, czy takie stosunki uzasadniają analogiczne stosowanie do nich przepisów o nazwanych umowach o pośrednictwo, czy wystarczające w tym zakresie jest odpowiednie stosowanie regulacji umowy zlecenia. Ta ostatnia nie przewiduje bowiem wymagań co do statusu prawnego przyjmującego zlecenie ani obligatoryjnej odpłatności. Z perspektywy pewności prawa i bezpieczeństwa obrotu wydaje się, że wskazane wątpliwości powinny zostać rozstrzygnięte w drodze ustawowej.

Rozdział V.

Pozakodeksowe umowy o pośrednictwo

§ 1. Wprowadzenie

Znaczenie problematyki pozakodeksowych umów o pośrednictwo jest wprost proporcjonalne do jej obszerności. Ramy niniejszej pracy nie pozwalają na kompleksowe omówienie tej materii. W związku z tym konieczne jest zawężenie zakresu rozważań do kwestii najważniejszych z perspektywy celów rozprawy oraz poczynienie kilku uwag uzasadniających strukturę wyводу.

Należy rozpocząć od wskazania, że zdecydowano się na łączne omówienie nazwanych oraz nienazwanych typów umów o pośrednictwo. Zakreślenie przedmiotu analizy w ten sposób umożliwia wyodrębnienie i syntetyczne przedstawienie pewnych podgrup kontraktów o pośrednictwo, które charakteryzują się zbliżonymi cechami. Ujęcie zagadnień w tej części ma zatem przede wszystkim charakter problemowy.

Rozważania obejmują analizę kontraktów, z reguły omawianych w doktrynie w ramach opracowań systemowych dotyczących umów o pośrednictwo, to jest kwestię wyspecjalizowanych umów agencyjnych oraz umów maklerskich (brokerskich). Z uwagi na duże znaczenie w praktyce obrotu oraz nietypowy sposób uregulowania, badaniu poddano również umowy: pośrednictwa w obrocie nieruchomościami oraz o pośrednictwo kredytu hipotecznego.

Poza zakresem dociekań pozostawiono kilka zagadnień. Dotyczy to przede wszystkim nienazwanej umowy o pośrednictwo zwykłe. Omówienie jej ujęcia na gruncie kodeksu zobowiązań (§ 2. rozdziału trzeciego pracy) oraz zasad ustalania reżimu prawnego w aktualnym stanie prawnym (§ 4.I. rozdziału czwartego pracy) wydaje się wystarczające w kontekście celów rozprawy.

Po drugie, pominięto stosunki z elementem pośrednictwa o wysoce wyspecjalizowanym charakterze. Chodzi zwłaszcza o niektóre kontrakty w zakresie obrotu instrumentami finansowymi, tj. umowę o oferowanie instrumentów finansowych, umowy o subemisję usługową i inwestycyjną (aktualnie: umowa o gwarancję emisji) oraz umowę o zarządzanie portfelem instrumentów finansowych. Powyższe nie dotyczy umowy zlecenia maklerskiego, która została omówiona w ramach umów maklerskich.

Podobnie jak w poprzednich rozdziałach analiza koncentruje się wyłącznie na najistotniejszych kwestiach, odnoszących się zwłaszcza do zobowiązania głównego

pośrednika, przedstawienia wybranych cech charakterystycznych poszczególnych umów oraz zawierających je pośredników. Głównym celem rozważań jest weryfikacja, czy pozakodeksowe typy umów o pośrednictwo wykazują cechy charakterystyczne dla typów kodeksowych.

Heterogeniczność omawianej materii skłania do odrębnego podsumowania rozważań dotyczących poszczególnych grup pozakodeksowych umów o pośrednictwo, zamiast formułowania wspólnych wniosków końcowych.

§ 2. Wyszczególnione umowy agencyjne

I. Uwagi wstępne

Na wcześniejszym etapie rozważań zasygnalizowano, że przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umowy agencyjnej stanowią główny punkt odniesienia dla stosunków z zakresu pośrednictwa. Wniosek ten wspiera analiza pozakodeksowych podtypów tego kontraktu, które określa się mianem wyszczególnionych umów agencyjnych. Występują one w różnych sektorach rynku⁴⁴⁰. Szerokie wykorzystanie agencji w niektórych branżach stanowi przyczynę ich szczególnego uregulowania.

Umowa agencyjna w ujęciu kodeksowym ma charakter uniwersalny, to znaczy może dotyczyć pośrednictwa w zawarciu każdego kontraktu. Normatywne wyodrębnienie agencji wyszczególnionych następuje w oparciu o kryterium przedmiotu umów docelowych, przy których pośredniczy agent. Przykłady definicji agencji oraz agentów wyszczególnionych przedstawiono w formie tabeli wraz z podaniem przepisów, w których zostały zamieszczone.

Agencja	Definicja
<p>ubezpieczeniowa i w zakresie oferowania ubezpieczeń uzupełniających ustawa z 15.12.2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń⁴⁴¹</p>	<p>Przez agenta ubezpieczeniowego należy rozumieć przedsiębiorcę, innego niż agent oferujący ubezpieczenia uzupełniające, wykonującego działalność agencyjną na podstawie umowy agencyjnej zawartej z zakładem ubezpieczeń i wpisanego do rejestru agentów (art. 3 ust. 1 pkt 2).</p> <p>Definicja agenta oferującego ubezpieczenia uzupełniające znajduje się w art. 3 ust. 1 pkt 1 DystrUbezpU. W ogólności chodzi o podmioty, których podstawowa działalność nie polega na</p>

⁴⁴⁰ Zob. szerzej *M. Grochowski*, *Umowa*, s. 375.

⁴⁴¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 1111 ze zm.

	<p>dystrybucji ubezpieczeń, a dystrybuowane przez nie ubezpieczenia uzupełniające dotyczą wyłącznie dostarczanych towarów lub świadczonych usług⁴⁴².</p> <p>Agent ubezpieczeniowy oraz agent oferujący ubezpieczenia uzupełniające wykonują czynności w zakresie dystrybucji ubezpieczeń w imieniu lub na rzecz zakładu ubezpieczeń (art. 4 ust. 3).</p>
<p>morska ustawa z 18.9.2001 r. Kodeks morski⁴⁴³</p>	<p>Przez umowę agencyjną agent morski podejmuje się za wynagrodzeniem stałego przedstawicielstwa armatora w określonym porcie lub na określonym obszarze (art. 201). Agent morski jest uprawniony do podejmowania w imieniu armatora zwykłych czynności związanych z uprawianiem żeglugi (art. 202 § 1).</p>
<p>turystyczna ustawa z 24.11.2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych⁴⁴⁴</p>	<p>Przez agenta turystycznego należy rozumieć przedsiębiorcę turystycznego innego niż organizator turystyki, który na podstawie umowy agencyjnej sprzedaje lub oferuje do sprzedaży imprezy turystyczne utworzone przez organizatora turystyki (art. 4 pkt 9).</p>
<p>pocztowa ustawa z 23.11.2012 r. Prawo pocztowe⁴⁴⁵</p>	<p>Przez agenta pocztowego należy rozumieć przedsiębiorcę pośredniczącego na rzecz operatora pocztowego w zawieraniu z nadawcami umów o świadczenie usług pocztowych lub zawierającego je w imieniu operatora pocztowego (art. 3 pkt 3).</p>
<p>w zakresie usług płatniczych ustawa z 19.8.2011 r. o usługach płatniczych⁴⁴⁶</p>	<p>Przez agenta należy rozumieć każdy podmiot prawa cywilnego, działający w imieniu i na rzecz instytucji płatniczej, dostawcy świadczącego wyłącznie usługę dostępu do informacji o rachunku, małej instytucji płatniczej, biura usług płatniczych, instytucji pieniądza elektronicznego albo oddziału zagranicznej instytucji pieniądza elektronicznego wyłącznie w zakresie świadczenia usług płatniczych, a w odniesieniu do pieniądza elektronicznego – w zakresie jego wykupu (art. 2 pkt 1). Na gruncie ustawy o usługach płatniczych od agenta należy odróżnić agenta rozliczeniowego (art. 2 pkt 2)⁴⁴⁷.</p>

⁴⁴² Na temat pojęcia dystrybucji ubezpieczeń zob. szerzej § 5. rozdziału szóstego pracy.

⁴⁴³ Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 1309 ze zm.

⁴⁴⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 511 ze zm.

⁴⁴⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 1640 ze zm.

⁴⁴⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 2360 ze zm.

⁴⁴⁷ Zob. szerzej *M. Grabowski*, Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz, Warszawa 2020, s. 29–30.

<p>hazardowa ustawa z 19.11.2009 r. o grach hazardowych⁴⁴⁸</p>	<p>Spółka prowadząca działalność w zakresie gier liczbowych, loterii pieniężnych lub zakładów wzajemnych może powierzyć innemu podmiotowi, na podstawie umowy agencyjnej, sprzedaż losów lub innych dowodów udziału w grze oraz przyjmowanie zakładów i stawek, a także wypłatę (wydanie) wygranych do wysokości określonej w regulaminie gry lub zakładu, z wyłączeniem takich czynności dotyczących zakładów wzajemnych urządzanych przez sieć Internet (art. 28 ust. 2).</p>
<p>bankowa ustawa z 29.8.1997 r. Prawo bankowe⁴⁴⁹</p>	<p>Bank może, w drodze umowy zawartej na piśmie, powierzyć przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu, wykonywanie czynności określonych w ustawie. Powierzenie przez bank ich wykonywania następuje, co do zasady, na podstawie umowy agencyjnej (synteza art. 6a ust. 1 i 2).</p>
<p>z agentem firmy inwestycyjnej ustawa z 29.7.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi⁴⁵⁰</p>	<p>Firma inwestycyjna⁴⁵¹ może, w drodze umowy zawartej w formie pisemnej, powierzyć osobie fizycznej, osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej (agent firmy inwestycyjnej) stałe lub okresowe wykonywanie w imieniu i na rachunek firmy inwestycyjnej czynności pośrednictwa w zakresie działalności prowadzonej przez tę firmę inwestycyjną (art. 79 ust. 1).</p>

Tabela 1. Wybrane definicje agencji i agentów wyspecjalizowanych (opracowanie własne).

II. Cechy wspólne

Analiza definicji zamieszczonych w tabeli prowadzi do wniosku, że wyspecjalizowane umowy agencyjne pełnią w obrocie przede wszystkim funkcję zbywczą („sprzedażową”), a nie nabywczą. Z przytoczonych regulacji wynika, że agent działa na rzecz pomiotu, który spełnia w umowie docelowej świadczenie niepieniężne (np. udziela ochrony ubezpieczeniowej, organizuje imprezę turystyczną, świadczy usługi pocztowe, płatnicze lub organizuje gry liczbowe) w zamian za świadczenie pieniężne. Ekonomiczno-prawnym celem aktywności

⁴⁴⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 227 ze zm.

⁴⁴⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 2324 ze zm.

⁴⁵⁰ Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 646 ze zm.

⁴⁵¹ Definicję ostensywną firmy inwestycyjnej zawarto w art. 3 pkt 33 ObrIFinU, który nakazuje rozumieć przez nią dom maklerski, bank prowadzący działalność maklerską, zagraniczną firmę inwestycyjną prowadzącą działalność maklerską na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz zagraniczną osobę prawną z siedzibą na terytorium państwa innego niż państwo członkowskie, prowadzącą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej działalność maklerską.

agenta jest więc rozszerzenie rynku zbytu na towary lub usługi dającego zlecenie. Przytoczone definicje prowadzą do wniosku, że wyspecjalizowane rodzaje agencji dotyczą najczęściej pośredniczenia przy zawarciu oraz zawierania umów o świadczenie usług.

Wymaga podkreślenia, że agencje wyspecjalizowane opierają się na kodeksowej konstrukcji umowy agencyjnej (mają charakter nazwany). W doktrynie trafnie podnosi się, że stanowi ona dla nich wzorzec normatywny⁴⁵². W kontekście tematu niniejszej pracy istotne jest stwierdzenie, że podtypy agencji wpisują się w model pośrednictwa przedstawiony w poprzednich rozdziałach. Kluczowym elementem tych umów jest zobowiązanie agenta (przedsiębiorcy) do stałego pośredniczenia za wynagrodzeniem w zawieraniu umów docelowych oraz, jeżeli umowa tak stanowi, do zawierania ich w imieniu i na rachunek dającego zlecenie.

Regulacje dotyczące wyspecjalizowanych postaci agencji uzupełniają lub modyfikują rozwiązania przyjęte w Tytule XXIII Księgi III kodeksu cywilnego (zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali*), stosownie do potrzeb występujących w sektorze rynku, w którym działa agent. Powyższe obejmuje kilka aspektów występujących z różnym natężeniem na gruncie poszczególnych agencji wyspecjalizowanych. Nie ma potrzeby ich drobiazgowego omówienia. Wystarczające jest wskazanie czterech podstawowych funkcji pełnionych przez te przepisy.

Po pierwsze, ustawy szczególne dostosowują prawa i obowiązki stron umowy agencyjnej do specyfiki danej branży. Dotyczy to różnych elementów omawianych stosunków prawnych.

Widoczna jest tendencja do rozszerzenia zakresu zobowiązania głównego agenta poza ramy pośredniczenia oraz zawierania umów w imieniu i na rachunek dającego zlecenie⁴⁵³. Obejmuje ono również inne świadczenia, których konkretyzacja następuje najczęściej w umowie. Przykładowo agent morski może być zobowiązany do reprezentowania armatora wobec podmiotów zarządzających portami morskimi. W ramach agencji bankowej dopuszczalne jest między innymi powierzenie agentowi przyjmowania dyspozycji

⁴⁵² Tak zwłaszcza M. Barański, Konstrukcja, s. 21–22; K. Górny, w: M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny, t. III, s. 428–429; K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. III, s. 825–827; E. Rott-Pietrzyk, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 782–783. Por. K. Topolewski, Umowa agencyjna a agencje wyspecjalizowane, w: A. Kidyba, R. Skubisz (red.), Współczesne problemy prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Poźniak-Niedzielskiej, Kraków 2007, s. 381–398, który z uwagi na fakt, że zobowiązanie agenta wyspecjalizowanego obejmuje nierzadko czynności wykraczające poza zakres umowy agencyjnej uregulowanej w art. 758 KC i n. (np. wykonywanie umowy) podaje w wątpliwość zasadność uznawania ich za podtypy umowy agencyjnej. Autor ten nie wyklucza jednak stosowania do nich przepisów Tytułu XXIII Księgi III KC.

⁴⁵³ Podobnie K. Topolewski, Umowa agencyjna a agencje, s. 384–385.

przeprowadzania bankowych rozliczeń pieniężnych związanych z prowadzeniem rachunków bankowych przez ten bank (art. 6a ust. 1 pkt 1 lit. j PrBank), a także szeroko rozumiane zarządzanie placówką agenta⁴⁵⁴. Artykuł 4 ust. 1 pkt 3 DystrUbezpU stanowi, że elementem dystrybucji ubezpieczeń świadczonej przez agenta ubezpieczeniowego może być udzielanie pomocy w administrowaniu umowami ubezpieczenia lub umowami gwarancji ubezpieczeniowych i ich wykonywaniu, także w sprawach o odszkodowanie lub świadczenie. Na gruncie agencji hazardowej dopuszczalne jest przyjęcie przez agenta obowiązku wypłaty lub wydania wygranych w grach oraz zakładach.

Przyczyną rozszerzenia zakresu zobowiązania agentów są zrozumiałe potrzeby dających zlecenie ujawniające się w poszczególnych branżach. W wielu przypadkach celowe jest skoncentrowanie w zakresie obowiązków jednego podmiotu (agenta) nie tylko roli pośrednika w zawieraniu umów docelowych, ale także podejmowania czynności związanych z ich wykonywaniem.

Powyższe rodzi pytanie, czy występowanie na gruncie agencji wyspecjalizowanych dodatkowych elementów względem pośrednictwa i przedstawicielstwa powoduje, iż nie można kwalifikować ich wprost jako umowy agencyjnej w rozumieniu art. 758 § 1 KC. Trudno udzielić na nie jednoznacznej odpowiedzi. Regulacje wyspecjalizowanych umów agencyjnych, w tym konstrukcja ich definicji, różnią się od siebie. Ponadto, strony mają dużą swobodę w określeniu innych niż pośrednictwo i zastępstwo, obowiązków agenta. Nie można wykluczyć, że w odniesieniu do konkretnego kontraktu właściwa będzie jego kwalifikacja jako umowy mieszanej, łączącej w sobie elementy przedmiotowo istotne z art. 758 § 1 KC oraz zobowiązanie do świadczenia innych usług⁴⁵⁵. Wymaga jednak podkreślenia, że również w tej sytuacji, co do zasady, zastosowanie powinny znaleźć regulacje chroniące agenta. Jak wskazano w wyroku TSUE z 21.11.2018 r., poza pośrednictwem i zawieraniem umów docelowych zobowiązanie agenta może obejmować czynności akcesoryjne względem pośrednictwa oraz niemające takiego charakteru⁴⁵⁶. W przypadku tych drugich istotne jest, że nie powinny przeszkadzać agentowi w wykonywaniu podstawowej działalności, zwłaszcza wpływać na jego niezależność jako pośrednika⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ Zob. wyr. SN z 25.5.2018 r., I CSK 478/17, OSNC 2019, Nr 5, poz. 59.

⁴⁵⁵ Podobnie *K. Topolewski*, Umowa agencyjna a agencje, s. 386 i n. Zob. również *K. Topolewski*, Umowa agencyjna a pośrednictwo w zakresie czynności bankowych. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2018 r. (I CSK 478/17, Legalis nr 1785293), Studia Iuridica Lublinska 2021, Nr 5, s. 686–688.

⁴⁵⁶ Wyr. TSUE z 21.11.2018 r., C-452/17, *Zako*, ECLI:EU:C:2018:935, pkt. 42–48. W prawie polskim nie skorzystano z wynikającej z art. 2 ust. 2 dyrektywy 86/653/EWG możliwości wyłączenia z zakresu zastosowania przepisów o umowie agencyjnej osób, których działalność agencyjna ma charakter uboczny.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, pkt 49.

Warto zauważyć, że rozszerzanie zobowiązania agenta o czynności inne niż pośrednictwo może występować również na gruncie ogólnej (niewyspecjalizowanej) umowy agencyjnej. Przykładem jest stan faktyczny stanowiący kanwę wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.4.2005 roku⁴⁵⁸. W sprawie umownym obowiązkiem agenta było nie tylko pośredniczenie i zawieranie umów docelowych, lecz również: usługi ochrony obiektu i powierzonego mienia, prowadzenie gospodarki opakowaniami, organizacja transportu rzeczy do odbiorców oraz prowadzenie dokumentacji księgowej. Mimo to w orzeczeniu nie zakwestionowano kwalifikacji prawnej kontraktu jako umowy agencyjnej.

Po drugie, modyfikacje kodeksowego ujęcia umowy agencyjnej występują również w zakresie innych elementów niż zobowiązanie główne pośrednika. Przykładowo, art. 207 KM stanowi, że roszczenia wynikające z umowy agencji morskiej przedawniają się z upływem dwóch lat od dnia wymagalności, a nie na zasadach ogólnych. Z kolei, w ramach agencji hazardowej agent nie może zlecić innemu podmiotowi wykonywania obowiązków określonych w umowie agencyjnej (art. 28 ust. 5 GryHazardU). Odnośnie do umowy agencji bankowej, art. 6b ust. 1 PrBank rozstrzyga, że odpowiedzialności agenta bankowego wobec banku za szkody wyrządzone klientom, wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy agencyjnej, nie można wyłączyć ani ograniczyć. Artykuł 84 ust. 1 UsłPIU przewiduje natomiast, że umowa między agentem a krajową instytucją płatniczą powinna być zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Po trzecie, w przypadku niektórych podtypów agencji sformułowano dodatkowe obowiązki agenta odnośnie do umów, przy których pośredniczy. Regulacje w tym zakresie mają na celu przede wszystkim ochronę drugiej strony umowy docelowej (kontrahenta dającego zlecenie)⁴⁵⁹. Dotyczą zatem odrębnych od agencyjnego stosunków prawnych z osobami trzecimi. Rozbudowany obowiązek informacyjny nałożono zwłaszcza na agentów turystycznych (np. art. 39 ust. 1 i art. 40 ImprTurU) oraz ubezpieczeniowych (np. art. 9 ust. 1 i art. 23 DystrUbezpU). W przypadku tych drugich wprowadzono również wspólne wszystkim dystrybutorom ubezpieczeń powinności zbadania potrzeb i sytuacji klienta (art. 8 ust. 1 DystrUbezpU) oraz zapobiegania konfliktowi interesów (art. 15 ust. 1 DystrUbezpU).

Po czwarte, cywilnoprawne unormowanie niektórych agencji wyspecjalizowanych uzupełniono o przepisy publicznoprawne. Jednym z celów tych ostatnich jest reglamentacja

⁴⁵⁸ I ACa 140/05, OSA 2006, Nr 1, poz. 3.

⁴⁵⁹ Tak trafnie (w kontekście umowy agencji turystycznej) *M. Stec*, Pojęcie i status prawny agenta turystycznego w unijnej i polskiej regulacji normatywnej, w: *J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski* (red.), *Ius civile vigilantibus scriptum est*. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka, Warszawa 2022, s. 697–698.

podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej przez agentów. Następuje to w szczególności przez wprowadzenie ustawowych wymagań, które muszą spełniać osoby zamierzające ją podjąć, obowiązku zgłoszenia podjęcia działalności do odpowiedniego organu oraz ujawnienia faktu jej prowadzenia w odpowiednim rejestrze, a także objęcia działalności agentów kontrolą lub nadzorem właściwego organu administracyjnego. Przykładowo, agent ubezpieczeniowy musi spełniać przesłanki określone w art. 19 ust. 1 DystrUbezpU i może podjąć działalność dopiero po wpisie do rejestru pośredników ubezpieczeniowych prowadzonego przez KNF. Z kolei, art. 6c ust. 3 i 4 PrBank nakładają na banki obowiązek prowadzenia ewidencji umów agencyjnych oraz przyznają KNF uprawnienie do żądania przedstawienia informacji i dokumentów w tym zakresie.

III. Zastrzeżenia co do sposobu regulacji agencji wyspecjalizowanych

Przedstawiony model ujęcia agencji wyspecjalizowanych w prawie polskim należy ocenić, co do zasady, pozytywnie. Dotyczy to zwłaszcza sposobu wyznaczenia ich reżimu prawnego w oparciu o ogólne unormowanie umowy agencyjnej w kodeksie cywilnym oraz ustawy szczególne uzupełniające lub modyfikujące ją w sposób adekwatny do branży, w której działa agent. Nie oznacza to, że omawiane regulacje nie nasuwają żadnych zastrzeżeń.

W pierwszej kolejności warto zauważyć, że w przypadku części z omówionych podtypów umowy agencyjnej zdefiniowanie następuje nie wprost, lecz przez określenie statusu prawnego agenta. Brak konsekwencji w zakresie sposobu definiowania omawianej grupy umów trzeba ocenić krytycznie. Określenie umowy łączącej strony, w szczególności przez wskazanie w jednej jednostce redakcyjnej aktu normatywnego ich podstawowych praw i obowiązków, należy do kanonu techniki prawodawczej w zakresie prawa zobowiązań. Służy to nie tylko zachowaniu porządku w prawie cywilnym, ale również ułatwieniu zrozumienia tekstu prawnego przez jego odbiorców, zwłaszcza niemających wykształcenia prawniczego. Wskazanie elementów przedmiotowo istotnych umowy nie powinno być czynione w przepisie dotyczącym jednej z jej stron, zawartym w „słowniczku” pojęć użytych w ustawie.

Krytycznie należy odnieść się również do sposobu określenia zobowiązania agenta w umowie agencji morskiej. Artykuł 201 KM stanowi, że agent podejmuje się w niej stałego przedstawicielstwa armatora w określonym porcie lub na określonym obszarze. Mniej istotne zastrzeżenie w stosunku do przytoczonego przepisu dotyczy użycia w nim nieprecyzyjnego terminu „podejmuje się”, zaczerpniętego najpewniej z art. 568 KH. Jest oczywiste, że w tym przypadku chodzi o zobowiązanie się do określonego działania.

Za zdecydowanie poważniejsze uchybienie ustawodawcy trzeba natomiast uznać wskazanie, że przedmiotem świadczenia agenta jest przedstawicielstwo. Rozumienie ostatnio wskazanego pojęcia w polskim porządku prawnym jest jednoznaczne. Odnosi się ono do instytucji części ogólnej prawa cywilnego (art. 95 KC i n.), która obejmuje umocowanie przedstawiciela do dokonania czynności prawnej w imieniu i na rachunek reprezentowanego. Zastępstwo bezpośrednio nie mieści w sobie upoważnienia (a tym bardziej zobowiązania) do pośredniczenia, które stanowi czynność lub zespół czynności faktycznych. Posłużenie się tym terminem *prima facie* sugeruje, że celem ustawodawcy było ograniczenie przedmiotu zobowiązania agenta morskiego wyłącznie do dokonywania dla armatora jednostronnych czynności prawnych oraz zawierania umów w jego imieniu. Stanowiłoby to zaprzeczenie wyrażonej we wcześniejszych fragmentach pracy tezy, że pośredniczenie stanowi element przedmiotowo istotny umowy agencyjnej. Jednocześnie czyniłoby z agencji morskiej wyspecjalizowaną postać stałego zlecenia⁴⁶⁰.

Inne przepisy kodeksu morskiego negują trafność przedstawionego wyżej poglądu. Stosownie do art. 202 § 1 KM agent morski jest uprawniony do podejmowania w imieniu armatora zwykłych czynności związanych z uprawianiem żeglugi. Przepis nie ogranicza zatem zakresu aktywności agenta wyłącznie do czynności prawnych, lecz stanowi ogólnie o czynnościach. Do tego samego wniosku prowadzi analiza art. 202 § 2 KM, który doprecyzowując zakres świadczenia agenta morskiego stanowi, że jest on uprawniony między innymi do załatwiania dla statku wszelkich czynności związanych z przyjściem, postojem i wyjściem statku. W tym określeniu bez wątplenia mieści się podejmowanie aktywności mającej doprowadzić do zawarcia różnorodnych umów. Ponadto katalog wskazanych w nim czynności ma charakter otwarty (zwrot „w szczególności”). Dodatkowo za objęciem zobowiązaniem agenta czynności faktycznych, w tym pośredniczenia w zawieraniu umów, przemawia gospodarcza funkcja agencji morskiej. Polega ona na dbaniu o interesy armatora w porcie, co musi wiązać się również z następczym sposobnością do zawarcia różnych umów związanych z żeglugą oraz pośredniczeniu przy ich zawieraniu.

Definicja umowy agencji morskiej jest zatem skonstruowana w sposób wadliwy, sprzeczny z innymi przepisami dotyczącymi tej umowy. Występujące na jej gruncie pojęcie przedstawicielstwa zostało bezpodstawnie użyte w rozumieniu potocznym, oderwanym od jego

⁴⁶⁰ Co do dopuszczalności zawarcia umowy stałego zlecenia zob. zwłaszcza P. Machnikowski, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks, s. 1522; wyr. SA w Białymstoku z 14.11.2017 r., III AUa 318/17, Legalis.

znaczenia przyjętego w części ogólnej kodeksu cywilnego⁴⁶¹. *De lege lata* należy je interpretować jako obejmujące dokonywanie czynności faktycznych, w tym pośrednictwa⁴⁶². W perspektywie *de lege ferenda* powinno być zastąpione tradycyjną formułą z art. 758 KC (stałe pośredniczenie i zawieranie umów) oraz wskazaniem, że agent może wykonywać na rzecz armatora także inne czynności faktyczne związane z uprawianiem żeglugi.

Negatywnej oceny wymaga również definicja agenta turystycznego⁴⁶³. Artykuł 4 pkt 9 ImprTurU stanowi, że jest nim przedsiębiorca inny niż organizator turystyki, który sprzedaje lub oferuje do sprzedaży imprezy turystyczne utworzone przez organizatora turystyki. Nie budzi wątpliwości, że impreza turystyczna nie może stanowić przedmiotu sprzedaży, ponieważ jest usługą, a nie rzeczą albo prawem⁴⁶⁴. W rezultacie dopuszczalne jest wyłącznie jej świadczenie przez organizatora na podstawie umowy o udział w imprezie turystycznej. Zadaniem agenta turystycznego jest natomiast pośredniczenie przy zawarciu tej umowy na rzecz organizatora albo zawarcie jej w jego imieniu.

§ 3. Umowy maklerskie (brokerskie)

I. Uwagi wstępne

W ustawach pozakodeksowych oraz w praktyce obrotu występuje kilka typów umów, które ze względu na pewne wspólne właściwości, odmienne od innych stosunków z zakresu

⁴⁶¹ Co do potrzeby ścisłego (ograniczonego do umocowania do dokonania czynności prawnej) rozumienia pojęć: przedstawicielstwa, pełnomocnictwa, reprezentacji przez organ osoby prawnej zob. szerzej A. Kidyba, *Cywilistyczne mutanty*, w: Sz. Byczko, A. Kappes, B. Kucharski, U. Promińska (red.), *Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera*, Łódź–Warszawa 2022, s. 353–360; *tenże*, *Nowi pełnomocnicy w kodeksie cywilnym?*, w: J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski (red.), *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga Jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, Warszawa 2022, s. 293–300.

⁴⁶² Tak zwłaszcza K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Umowa agencji morskiej (morska umowa agencyjna)*, w: A. Kidyba (red.), *Pozakodeksowe umowy handlowe*, Warszawa 2018, s. 282–283; K. Kruczałak, E. Rott-Pietrzyk, w: M. Stec (red.), *System Prawa Handlowego* (2017), t. 5, s. 643–644; D. Pyć, w: I. Zużewicz-Wiewiórowska (red.), *Kodeks morski. Komentarz*, Lex 2012, kom. do art. 201, Nb 2.

⁴⁶³ Warto zaznaczyć, że zastrzeżenia zgłaszano również do sposobu zdefiniowania agenta turystycznego na gruncie poprzedniczki ImprTurU, tj. ustawy z 29.11.1997 r. o usługach turystycznych (Dz.U. z 1997 r. Nr 884, poz. 133). Zob. szerzej K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Umowa agencji turystycznej (turystyczna umowa agencyjna)*, w: A. Kidyba (red.), *Pozakodeksowe umowy handlowe*, Warszawa 2018, s. 244–245. Zob. również krytyczne uwagi co do pojęcia przedsiębiorcy turystycznego (zdefiniowanego w art. 4 pkt 7 ImprTurU i mieszczącego w sobie agenta turystycznego) wyrażone przez W.J. Katnera, *Czy pojęcie prawne przedsiębiorcy turystycznego jest sformułowane poprawnie, czy też chaos pojęciowy się pogłębia?*, w: K. Małysa-Sulińska, M. Spyra, A. Szumański (red.), *W poszukiwaniu dobrego prawa. Księga Jubileuszowa Profesora Mirosława Steca. Tom II. Perspektywa prywatnoprawna*, Warszawa 2022, s. 584–594.

⁴⁶⁴ Podobnie M. Krajewski, w: M. Stec (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2020, s. 45. Zob. również uwagi dotyczące pojęcia produktu ubezpieczeniowego w § 5. rozdziału szóstego pracy, którego konstrukcja jest obciążona tożsamym błędem, co definicja agenta turystycznego. Ogólnie można określić go mianem reifikacji, urzeczowienia lub „uproduktowania” umowy o świadczenie usług.

pośrednictwa, ujmuje się jako ich podgrupę i określa mianem umów maklerskich lub brokerskich.

Obecność w języku prawnym terminów „makler” oraz „broker” jest wyrazem pewnej konwencji. Nie sposób wskazać wyraźnych różnic między nimi. Dobrą ilustracją synonimiczności omawianych pojęć w prawie polskim jest nieobowiązujący art. 34 ust. 2 ustawy z 28.7.1990 r. o działalności ubezpieczeniowej⁴⁶⁵. Przepis ten stanowił, że ubezpieczyciel może korzystać z usług maklera ubezpieczeniowego (brokera) lub brokera reasekuracyjnego, obejmujących również pośrednictwo ubezpieczeniowe. Ogólnie można stwierdzić, że pojęcie brokera wywodzi się z systemów *common law* i jest zbliżone do germańskiego (kontynentalnego) maklera⁴⁶⁶. W prawie polskim maklerzy oraz brokerzy wykazują cechy wspólne. Uzasadnia to łączne omówienie umów stanowiących podstawę ich działania. W celu zachowania przejrzystości wywodu do ich zbiorczego określenia w dalszych rozważaniach przyjęto jednolite pojęcia maklera i umowy maklerskiej.

W doktrynie umowy maklerskie definiuje się przez wskazanie cech charakterystycznych maklera. Na podstawie badań prawnoporównawczych oraz analizy praktyki obrotu *S. Włodyka* zaliczył do nich przed laty⁴⁶⁷:

1. samodzielność maklera w stosunku do zleceniodawcy;
2. działanie w interesie wszystkich stron umowy (autor stoi na stanowisku, że maklera łączy stosunek prawny z, co do zasady, obiema stronami umowy docelowej)⁴⁶⁸;
3. profesjonalny charakter działalności maklera;
4. jednorazowość (dorywczość) usługi;
5. szczególna treść umowy maklerskiej.

W przedstawionym ujęciu szczególna treść umowy maklerskiej dotyczy przede wszystkim zobowiązania maklera, które obejmuje następczość sposobności do zawarcia umowy oraz pośredniczenie, a zatem dokonywanie czynności faktycznych mających

⁴⁶⁵ Dz.U. z 1990 r. Nr 59, poz. 344.

⁴⁶⁶ *E. Kowalewski*, Makler ubezpieczeniowy. Broker, Bydgoszcz 1991, s. 12–13; *B. Kucharski*, Broker ubezpieczeniowy jako pośrednik handlowy, PPH 2000, Nr 3, s. 20. Zob. również *A. Calus*, Prawo, s. 235–238; *M. Romanowski*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, Warszawa 2018, s. 150. Z wyjątkiem określenia wynagrodzenia brokera ubezpieczeniowego (kurtaż), w polskim języku prawnym i prawniczym nie używa się romańskiego pojęcia kurtier (franc. *courtier*).

⁴⁶⁷ *S. Włodyka*, w: *S. Włodyka* (red.), Prawo umów (1995), s. 126–127.

⁴⁶⁸ W ujęciu prawnoporównawczym cechą bezstronności (neutralności) maklera rozumianą jako działanie w interesie obu stron umowy akcentują również *A. Calus*, Prawo, s. 214; *A. Koch*, Formy, s. 49.

doprowadzić do zawarcia umowy przez strony⁴⁶⁹. Ograniczenie świadczenia maklera wyłącznie do czynności faktycznych jest wzorowane na umowach uregulowanych w prawie niemieckim (niem. *Maklervertrag*, *Handelsmaklervertrag*) oraz szwajcarskim (niem. *Maklervertrag*, franc. *le contrat de courtage*)⁴⁷⁰. Za istotny element maklerstwa uznaje się również odpłatność, która przyjmuje postać prowizji płatnej w odpowiednim stosunku przez obie strony umowy zawartej w wyniku starań maklera⁴⁷¹.

Tak rozumiane umowy maklerskie są dosyć wyraźnie przeciwstawiane umowie agencyjnej i jej wyspecjalizowanym odmianom, w których agent jest reprezentantem interesu wyłącznie dającego zlecenie, zobowiązanym do stałego pośredniczenia oraz (potencjalnie) do zawierania umów docelowych.

Ewolucja obrotu gospodarczego i nawiązywanych w nim stosunków oraz towarzysząca temu regulacja części umów maklerskich skłaniają do ponownego spojrzenia na elementy odróżniające je od innych umów o pośrednictwo. Właściwą podstawę dokonania powyższego stanowią przepisy dotyczące umów powszechnie zaliczanych do maklerstwa. Na gruncie prawa polskiego chodzi zwłaszcza o umowy brokerskie w zakresie ubezpieczeń oraz reasekuracji⁴⁷², morską umowę maklerską, umowę zlecenia maklerskiego⁴⁷³ oraz umowę o świadczenie usług brokerskich w zakresie obrotu towarami giełdowymi.

W rozważaniach nie uwzględniono umowy o pośrednictwo zwykłe, która w okresie obowiązywania kodeksu zobowiązań pełniła rolę wzorca normatywnego dla wyspecjalizowanych umów maklerskich (art. 522 KZ). Ma ona obecnie charakter nienazwany

⁴⁶⁹ S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (1995), s. 126–127. Podobnie A. Calus, *Prawo*, s. 214.

⁴⁷⁰ Zob. § 652 BGB, § 93 HGB oraz art. 412 OR.

⁴⁷¹ S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (1995), s. 126–127.

⁴⁷² Na gruncie DystrUbezpU broker ubezpieczeniowy oraz broker reasekuracyjnych stanowią odrębne rodzaje pośredników ubezpieczeniowych; zob. szerzej B. Kucharski, w: M. Fras i in., *Dystrybucja ubezpieczeń. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 110 i n. Z uwagi na zdecydowanie najczęstsze występowanie w obrocie i zbliżoną konstrukcję prawną dalsze rozważania odnoszą się wyłącznie do brokera ubezpieczeniowego. Na temat brokera reasekuracyjnego zob. zwłaszcza Sz. Byczko, *Broker reasekuracyjny*, w: M. Serwach (red.), *Broker w świetle prawa i praktyki ubezpieczeniowej*, Łódź 2012, s. 203–224.

⁴⁷³ Umowa zlecenia maklerskiego stanowi jedno z doktrynalnych określeń kontraktu, o którym stanowi art. 73 ust. 1 ObrIFinU. Posłużono się nią w dalszych rozważaniach z uwagi na syntetyczność. Przyjmują ją M. Romanowski, w: W.J. Katner (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 150–151; P. Zapadka, w: M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 892. Jego nazwa ustawowa brzmi obecnie: umowa o wykonywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych; używają jej J. Dybiński, w: M. Stec (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5C, s. 880 i n.; M. Kurzajewski, *Usługi maklerskie*, Warszawa 2014, s. 248 i n.; T. Sójka, w: A. Koch, J. Napierała (red.), *Umowy w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2019, s. 467 i n. Przed nowelizacją art. 73 ObrIFinU mocą ustawy z 4.9.2008 r. o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r. Nr 165, poz. 1316) ustawa określała go jako umowę o świadczenie usług brokerskich. W doktrynie wykorzystuje się również terminy „umowa o pośrednictwo giełdowe” (K. Zacharzewski, *Umowa o pośrednictwo giełdowe*, Toruń 2008) oraz „umowa maklerska w zakresie instrumentów finansowych” [P. Bryłowski, *Umowa maklerska w zakresie instrumentów finansowych*, w: A. Kidyba (red.), *Pozakodeksowe umowy handlowe*, Warszawa 2018, s. 339–376].

i w konsekwencji brak jest materiału normatywnego, który mógłby stanowić solidną podstawę analizy. W rezultacie celowe wydaje się skoncentrowanie uwagi na właściwościach kontraktów maklerskich w aktualnym stanie prawnym. Tożsame założenie towarzyszyło *S. Włodyce*. Dowodzi tego wskazanie przez powołanego autora w charakterystyce maklera na profesjonalizm, a zatem cechę, którą nie musiał odznaczać się pośrednik w rozumieniu dawnego art. 517 KZ.

Na koniec wymaga zaakcentowania, że określenie elementów wyróżniających umowy maklerskie jest istotne w kontekście podstawowych problemów badawczych niniejszej pracy. Umożliwia weryfikację, czy wykazują one właściwości wspólne z wcześniej omówionymi typami umów o pośrednictwo.

II. Definicje i reżim prawny

Rozważania należy rozpocząć od przytoczenia definicji analizowanych umów maklerskich. Uczyniono to niżej w formie tabeli wraz z podaniem przepisów ustaw, w których zostały zamieszczone.

umowa	definicja
brokerska ubezpieczeniowa DystrUbezpU	Broker ubezpieczeniowy zobowiązuje się w zakresie prowadzonej działalności brokerskiej do wykonywania dystrybucji ubezpieczeń ⁴⁷⁴ w imieniu lub na rzecz klienta ⁴⁷⁵ (definicja zrekonstruowana na podstawie art. 4 ust. 4).
maklerstwa morskiego KM	Makler morski podejmuje się za wynagrodzeniem, na podstawie każdorazowego zlecenia, pośredniczenia w zawieraniu umów sprzedaży statków, umów przewozu, czarteru na czas, umów holowniczych, umów ubezpieczenia morskiego i innych umów związanych z obrotem morskim (art. 208 § 1) ⁴⁷⁶ . Zlecenie pośredniczenia obejmuje umocowanie maklera do zawarcia zleconej umowy i do odbioru zapłaty w imieniu dającego zlecenie, chyba że zawiera wyraźne ograniczenie, o którym druga strona wiedziała (art. 209).

⁴⁷⁴ Na temat pojęcia dystrybucji ubezpieczeń zob. szerzej § 5. rozdziału szóstego.

⁴⁷⁵ Art. 3 ust. 1 pkt 10 DystrUbezpU definiuje klienta jako podmiot poszukujący ochrony ubezpieczeniowej, ubezpieczającego lub ubezpieczonego, a w zakresie umów gwarancji ubezpieczeniowych, również jako zleceniodawcę gwarancji.

⁴⁷⁶ Zgodnie z art. 208 § 2 KM makler morski może zobowiązać się w umowie do podejmowania czynności należących do agenta morskiego. W tym zakresie stosuje się odpowiednio przepisy o agencji morskiej. Z uwagi na cel rozważań, analizie poddana została wyłącznie „zwykła” umowa maklerska.

zlecenia maklerskiego ObrIFinU	Umowa polega na zobowiązaniu się przez firmę inwestycyjną do przyjmowania i wykonywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych ⁴⁷⁷ . Przez wykonywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych rozumie się nabywanie lub zbywanie instrumentów finansowych na rachunek zleceniodawcy lub dokonywanie innych czynności wywołujących równoważne skutki, których przedmiotem są instrumenty finansowe (art. 73 ust. 1) ⁴⁷⁸ .
o świadczenie usług brokerskich w zakresie obrotu towarami giełdowymi ustawa z 26.10.2000 r. o giełdach towarowych ⁴⁷⁹	W umowie o świadczenie usług brokerskich w zakresie obrotu towarami giełdowymi towarowy dom maklerski ⁴⁸⁰ zobowiązuje się wobec dającego zlecenie do zawierania umów nabycia lub zbycia towarów giełdowych w imieniu własnym, lecz na rachunek dającego zlecenie (art. 38b ust. 1).

Tabela 2. Definicje wybranych umów maklerskich (opracowanie własne).

Analizę cech omawianych umów należy poprzedzić określeniem, czy są nazwane oraz, jak kształtuje się ich reżim prawny. Wątpliwości co do nazwanego charakteru nie budzi wyłącznie umowa z maklerem morskim. Wydaje się, że ustawa określa również *essentialia negotii* umowy o świadczenie usług brokerskich w zakresie obrotu towarami giełdowymi. W przypadku pozostałych należy przyjąć, że stanowią umowy nienazwane⁴⁸¹. Szersze uzasadnienie poczynionych założeń, przedstawiono w § 6. rozdziału siódmego pracy, w którym omówiono doktrynalne ujęcie cech umów nazwanych i nienazwanych.

⁴⁷⁷ Przytoczona definicja umowy zlecenia maklerskiego jest dziełem doktryny. Zob. zwłaszcza *M. Romanowski*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 150, 153; *T. Sójka*, w: *A. Koch, J. Napierała* (red.), Umowy, s. 468.

⁴⁷⁸ Zgodnie z art. 73 ust. 2 ObrIFinU wykonywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych może również polegać na zawieraniu przez firmę inwestycyjną na własny rachunek umów kupna lub sprzedaży instrumentów finansowych ze zleceniodawcą lub na przyjmowaniu zapisów na emitowane lub wystawiane przez tę firmę inwestycyjną instrumenty finansowe. Ten rodzaj stosunku z firmą inwestycyjną pozostaje poza zakresem rozważań. Na jego gruncie nie występuje bowiem jako pośrednik, lecz działa na własny rachunek i we własnym imieniu, a zatem jako dealer (dystrybutor). Zob. szerzej *K. Zacharzewski*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 4, s. 1222.

⁴⁷⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 380 ze zm.

⁴⁸⁰ Towarowy dom maklerski zdefiniowano w art. 2 pkt 8 GiełTowarU jako spółkę akcyjną albo spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, prowadzącą działalność maklerską w zakresie obrotu towarami giełdowymi.

⁴⁸¹ Tak zwłaszcza co do umowy: (i.) z brokerem ubezpieczeniowym: *B. Kucharski*, Umowa brokerska w ubezpieczeniach gospodarczych, Gl. 1998, Nr 5, s. 9–11 (nadal aktualne); *J. Pokrzywniak*, Broker ubezpieczeniowy – ubezpieczający – ubezpieczony. Stosunki zobowiązaniowe, Bydgoszcz 2005, s. 111 i n. (nadal aktualne); *M. Serwach*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, Warszawa 2018, s. 919; (ii.) zlecenia maklerskiego: *M. Romanowski*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 157–158. Por. *A. Chłopecki*, w: *A. Szumański* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 19, Prawo papierów wartościowych, Warszawa 2006, s. 942; *T. Sójka*, w: *T. Sójka* (red.), Prawo rynku kapitałowego. Komentarz, Warszawa 2015, s. 897–899, którzy uważają, że umowa zlecenia maklerskiego jest nazwana.

Morska umowa maklerska podlega regulacji kodeksu morskiego. W kwestiach w nim nieunormowanych, jeżeli jest to uzasadnione, możliwe jest analogiczne stosowanie przepisów o innym typie umowy nazwanej. Odnośnie do umów zlecenia maklerskiego oraz o świadczenie usług brokerskich w zakresie obrotu towarami giełdowymi, regulujące je ustawy (art. 73 ust. 4 pkt 1 ObrIFinU; art. 38b ust. 5 pkt 1 GiełTowarU) nakazują stosować do nich odpowiednio przepisy o umowie zlecenia, z wyjątkiem art. 737 KC⁴⁸². W przypadku umowy z brokerem ubezpieczeniowym w doktrynie przeważa stanowisko, że jako nienazwana umowa o świadczenie usług jest, na podstawie art. 750 KC, w ogólności poddana reżimowi prawnemu umowy zlecenia⁴⁸³. W tym zakresie aktualne pozostają poczynione w § 4.IV rozdziału czwartego uwagi dotyczące zasad odpowiedniego stosowania przepisów o zleceniu do umów o pośrednictwo.

III. Świadczenie maklera

Przytoczone w tabeli definicje prowadzą do wniosku, że zobowiązanie do pośredniczenia stanowi element przedmiotowo istotny wszystkich umów maklerskich. W przypadku morskiej umowy maklerskiej stanowi o tym wprost art. 208 § 1 KM. Świadczenie brokera ubezpieczeniowego obejmuje wykonywanie dystrybucji ubezpieczeń, która zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 1 DyrUbezpU polega między innymi na proponowaniu zawarcia umów ubezpieczenia lub umów gwarancji ubezpieczeniowych. Istotą umów: zlecenia maklerskiego oraz o świadczenie usług brokerskich w zakresie obrotu towarami giełdowymi jest natomiast skojarzenie dającego zlecenie z kontrahentem, a zatem następczo sposobności do zawarcia umowy docelowej na giełdzie.

Wbrew prezentowanemu w doktrynie ogólnemu ujęciu cech maklera jego zobowiązanie główne nie ogranicza się wyłącznie do pośredniczenia. Obok czynności faktycznych maklerzy mogą zawierać umowy docelowe na rachunek dającego zlecenie, lecz we własnym imieniu, a zatem jako zastępcy pośredni (makler morski, firma inwestycyjna, towarowy dom maklerski,

⁴⁸² Natura prawna umowy umów maklerskich w zakresie obrotu instrumentami finansowymi oraz towarami giełdowymi jest złożona i sporna (zob. przykładowo *M. Romanowski*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 167–170). Z uwagi na ramy pracy została przedstawiona w sposób uproszczony. Zlecenie maklerskie oraz umowa o świadczenie usług brokerskich w zakresie obrotu towarami giełdowymi zobowiązują maklera do następczego realizowania dyspozycji klienta co do dokonania konkretnych transakcji. Zgodnie z art. 73 ust. 4 pkt 2 ObrIFin oraz art. 38b ust. 5 pkt 2 GiełTowarU do umów wykonawczych stosuje się odpowiednio przepisy o umowie komisji z wyłączeniem art. 768 KC.

⁴⁸³ W pewnym zakresie rozważa się również stosowanie *per analogiam* do umowy z brokerem ubezpieczeniowym przepisów o umowach: o dzieło oraz agencyjnej. Zamiast wielu zob. *M. Serwach*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 919–921, s. 926–927.

broker ubezpieczeniowy⁴⁸⁴), lub w imieniu i na rachunek dającego zlecenie jako pełnomocnicy (broker ubezpieczeniowy⁴⁸⁵, makler morski). W przypadku pośredników giełdowych zobowiązanie do zastępstwa stanowi element przedmiotowo istotny umowy.

Sformułowane wyżej wnioski potwierdzają wprost definicje trzech z czterech omawianych umów maklerskich. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 2 DystrUbezpU dystrybucja ubezpieczeń wykonywana przez brokera obejmuje zawieranie umów ubezpieczenia lub umów gwarancji ubezpieczeniowych w imieniu lub na rzecz klienta. Firma inwestycyjna oraz towarowy dom maklerski zobowiązują się, co do zasady, do nabycia lub zbycia instrumentów finansowych lub towarów giełdowych na rachunek klienta, lecz we własnym imieniu.

Z uwagi na brzmienie art. 208 § 1 KM szerszego wyjaśnienia wymaga natomiast sposób ujęcia świadczenia maklera morskiego. Przepis ten stanowi, że polega ono na pośredniczeniu. *Prima facie* sugeruje to, że ogranicza się do czynności faktycznych. Powołaną normę należy jednak interpretować łącznie z art. 209 KM, który przewiduje, że zlecenie pośredniczenia obejmuje umocowanie maklera do zawarcia zleconej umowy w imieniu i na rachunek dającego zlecenie, chyba że zawiera wyraźne ograniczenie, o którym druga strona wiedziała. Z art. 209 KM wynika *expressis verbis*, że makler morski może działać jako zastępca bezpośredni dającego zlecenie. W konsekwencji należy przyjąć, że kodeks morski posługuje się terminem „pośredniczenie” w rozumieniu odmiennym od przyjętego na gruncie kodeksu zobowiązań (art. 517 KZ) oraz kodeksu cywilnego (art. 758 § 1 KC). Wskazana niespójność znaczeniowa nie jest uzasadniona. W rezultacie powinna zostać wyeliminowana w drodze interwencji ustawodawcy przez uzupełnienie definicji morskiej umowy maklerskiej o fakultatywne (podobnie jak w kodeksowej definicji umowy agencyjnej) świadczenie, polegające na zawieraniu umów w imieniu lub na rzecz dającego zlecenie.

Jakie są przyczyny rozszerzenia zobowiązania maklera o zastępstwo? Przede wszystkim stanowią je potrzeby obrotu. W interesie dającego zlecenie leży bowiem nie tylko stworzenie sytuacji faktycznej umożliwiającej mu zawarcie umowy docelowej, ale również dokonanie tego przez pośrednika działającego jako jego zastępca. Oszczędza to czas zleceniodawcy, wzmacnia bezpieczeństwo transakcji po jego stronie oraz prowadzi do przyspieszenia obrotu. Ponadto

⁴⁸⁴ Dopuszczalność występowania brokera ubezpieczeniowego w charakterze zastępcy pośredniego jest od lat źródłem doktrynalnego sporu. Wydaje się, że nowe ujęcie umowy brokerskiej w DystrUbezpU przemawia za dopuszczalnością takiego rozwiązania. Zob. szerzej B. Kucharski, w: M. Fras i in., Dystrybucja, s. 91 i n., który omawia poglądy doktryny w tym zakresie wyrażone na gruncie poprzednich ustaw regulujących pośrednictwo ubezpieczeniowe oraz stan *de lege lata*.

⁴⁸⁵ Zawieranie umów w imieniu ubezpieczającego stanowi w praktyce podstawowy aspekt działalności brokerskiej. Zob. szerzej E. Kowalewski, Makler, s. 19–20; B. Kucharski, Broker ubezpieczeniowy jako pośrednik, s. 21–25.

w przypadku umów: zlecenia maklerskiego oraz brokerskiej w zakresie obrotu towarami giełdowymi, zawarcie umowy docelowej przez maklera działającego w charakterze zastępcy pośredniego jest uzasadnione koniecznością zapewnienia sprawnego funkcjonowania obrotu giełdowego. Wymaga to odpowiedniej wiedzy, umiejętności oraz staranności uczestniczących w nim podmiotów (zawierających transakcje giełdowe).

IV. Jednorazowość (dorywczość) świadczenia

Z problematyką świadczenia maklera ściśle wiąże się kwestia jego jednorazowości (dorywczości). Jak wyjaśniono omawiając świadczenie komisanta (§ 3.III. rozdziału czwartego), dorywczość zobowiązania oznacza, że działanie pośrednika odnosi się do jednej lub oznaczonej liczby umów, ewentualnie ich liczba nie jest określona w umowie, a obowiązek pośredniczenia aktualizuje się na podstawie każdorazowego zlecenia. Przeciwstawia się ją agencyjnemu zobowiązaniu stałemu, które cechuje w szczególności brak oznaczenia liczby umów docelowych w kontrakcie pośrednictwa, zamierzona długotrwałość współpracy stron oraz aktualność obowiązku pośrednika do działania *ab initio* (od zawarcia umowy), a zatem uniezależnienie go od następczej konkretyzacji umów docelowych przez dającego zlecenie⁴⁸⁶.

Dorywczość zobowiązania nie budzi wątpliwości w przypadku morskiej umowy maklerskiej⁴⁸⁷. Cechuje również umowę z brokerem ubezpieczeniowym. Ta ostatnia może teoretycznie dotyczyć jednorazowego pośredniczenia przy zawarciu konkretnej umowy ubezpieczenia. W praktyce zdecydowanie dominuje model długotrwałej współpracy z brokerem ubezpieczeniowym, która obejmuje kompleksową obsługę ubezpieczeniową⁴⁸⁸. Nie zmienia to faktu, że broker jest zobowiązany wyłącznie do pośredniczenia przy zawieraniu lub zawarciu umów ubezpieczenia, co do których uzyskał zlecenie od podmiotu poszukującego ochrony ubezpieczeniowej. Trudno wyobrazić sobie sytuację, w której broker podejmowałby działania w oderwaniu od wyraźnie wyartykułowanych potrzeb swojego kontrahenta. Właściwości umowy z brokerem ubezpieczeniowym sprzeciwiają się uznaniu jego zobowiązania za stałe w rozumieniu przyjętym na gruncie umowy agencyjnej.

Odnosnie do umowy zlecenia maklerskiego oraz umowy o świadczenie usług brokerskich w zakresie obrotu towarami giełdowymi również należy uznać, że zobowiązanie

⁴⁸⁶ Co do cechy dorywczości i stałości zobowiązania pośrednika na gruncie umów o pośrednictwo zob. również § 4. rozdziału siódmego pracy.

⁴⁸⁷ K. Kruczałak, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (2001), s. 353–354; D. Pyć, w: I. Zużewicz-Wiewiórowska (red.), Kodeks, kom. do art. 208, Nb.7.

⁴⁸⁸ B. Kucharski, w: M. Fras i in., Dystrybucja, s. 101.

maklera ma na ich gruncie charakter dorywczy⁴⁸⁹. Wymaga wyjaśnienia, że konstrukcja prawna tych umów jest źródłem sporu. W doktrynie zaprezentowano dwa poglądy w tym zakresie. Pierwszy zakłada, że mają charakter ramowy i obejmują zobowiązanie firmy inwestycyjnej lub towarowego domu maklerskiego wyłącznie do zawierania w przyszłości, zgodnie ze zleceniami dającego zlecenie, konkretnych umów wykonawczych⁴⁹⁰. Przyjmuje się, że samo zobowiązanie z umowy maklerskiej jest stałe, natomiast jego wykonanie polega na zawieraniu kolejnych umów, które mają charakter jednorazowy. Drugie stanowisko sprzeciwia się uznaniu omawianych kontraktów za ramowe⁴⁹¹. Ujęcie to zakłada, że zobowiązanie do wykonywania zleceń wynika z treści umowy podstawowej, a nie z następczych dyspozycji dającego zlecenie.

Bez względu na to, które ze wskazanych wyżej stanowisk uzna się za trafne, trzeba stwierdzić, że w przypadku każdego z nich aktualizacja zobowiązania maklera jest uzależniona od uzyskania zlecenia zawarcia określonej transakcji giełdowej. Wyklucza to możliwość uznania zobowiązania maklera za stałe. Niezależnie od powyższego nie sposób wyobrazić sobie sytuacji, w której makler giełdowy byłby zobowiązany do stałego pośredniczenia, a zatem poszukiwania kontrahentów dla dającego zlecenie oraz zawierania umów jako zastępca pośredni, w oderwaniu od wyartykułowanych potrzeb kontrahenta, między innymi co do liczby, rodzaju oraz ceny instrumentów finansowych lub towarów. Makler nie może podejmować w tym zakresie decyzji za inwestora⁴⁹². W rezultacie należy podzielić stanowisko *K. Zacharzewskiego*, który uznaje działanie firmy inwestycyjnej bez dyspozycji dającego

⁴⁸⁹ Por. odmiennie *K. Zacharzewski*, Umowa o pośrednictwo, s. 153–154, który przyjmuje, że zobowiązanie pośrednika giełdowego ma charakter stały, tak jak na gruncie umowy agencyjnej.

⁴⁹⁰ Tak zwłaszcza *P. Bryłowski*, Umowa maklerska, s. 367; *A. Chłopecki*, w: *A. Szumański* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 19, s. 943; *tenże*, w: *A. Chłopecki, M. Dyl*, Prawo rynku kapitałowego, Warszawa 2019, s. 102; *P. Izdebski*, Zasady posługiwania się wzorcami umów w obrocie konsumenckim na przykładzie działalności maklerskiej, MPH 2019, Nr 4, s. 29–30. W zakresie umowy brokerskiej na giełdzie towarowej zob. *M. Dul*, w: *R. Jastrzębski, M. Dul*, Giełdy towarowe. Komentarz, Warszawa 2006, s. 190; *A. Zwolińska-Doboszyńska*, Nowelizacja ustawy o giełdach towarowych – liberalizacja zasad obrotu towarami giełdowymi, PPH 2004, Nr 5, s. 35.

⁴⁹¹ Tak zwłaszcza *M. Romanowski*, w: *W.J. Katner* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 169–170; *T. Sójka*, w: *A. Koch, J. Napierała* (red.), Umowy, s. 468; *tenże*, w: *T. Sójka* (red.), Prawo, s. 901–903. Niejasno w tym zakresie *K. Zacharzewski*, Umowa o pośrednictwo, s. 155–156, który z jednej strony stoi na stanowisku, że umowa zlecenia maklerskiego nie stanowi umowy ramowej, a z drugiej uznaje, iż jest ona „umową ramową *sensu largo*” oraz „umową przygotowawczą”, która jest niezależna od umów sprzedaży zawieranych na giełdzie na jej podstawie.

⁴⁹² Tak przykładowo wyr. SN z 6.12.2017 r., I CSK 172/17, Legalis; *E. Kniaziowska-Bryk*, w: *M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda* (red.), Prawo rynku kapitałowego. Komentarz, Warszawa 2018, s. 919; *P. Zapadka*, w: *M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda* (red.), Prawo, s. 893; wyr. SN z 6.12.2017 r., I CSK 172/17, MPB 2018, Nr 10, s. 48.

zlecenie za naruszenie zobowiązania⁴⁹³. Wniosek ten jest aktualny również odnośnie do pośrednictwa wykonywanego przez towarowy dom maklerski.

Poczynione uwagi prowadzą do wniosku, że zobowiązanie maklera ma charakter wyłącznie dorywczy (jednorazowy). Odróżnia to umowy maklerskie od umowy agencyjnej oraz jej wyspecjalizowanych odmian. Celem maklera nie jest doprowadzenie do zawarcia jak największej liczby umów przez dającego zlecenie, lecz umożliwienie nawiązania konkretnych, pożądaných przez tego ostatniego stosunków prawnych (np. korzystnej umowy ubezpieczenia, nabycia statku o odpowiedniej specyfikacji albo zbycia lub nabycia instrumentów finansowych lub towarów).

V. Samodzielność

Kolejną z przypisywanych maklerowi cech jest samodzielność względem zleceniodawcy. Należy się z tym zgodzić, jeżeli rozumieć przez nią brak prawnego podporządkowania maklera dającemu zlecenie, występującego zwłaszcza na gruncie stosunków pracowniczych. Makler prowadzi we własnym imieniu działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa handlowego, a zatem jest przedsiębiorcą. Tak rozumiana samodzielność nie może jednak stanowić cechy charakterystycznej umów maklerskich. Występuje ona na gruncie wszystkich stosunków cywilnoprawnych.

Stanisław Włodyka interpretował cechę samodzielności maklera również jako działanie w interesie publicznym⁴⁹⁴. Charakteryzowała ona maklerów urzędowych (zaprzysiężonych), którzy łączyli w sobie funkcje pośredników prywatnych oraz urzędników państwowych⁴⁹⁵. Ich domenę stanowił obrót giełdowy. Współcześnie maklerzy nie pełnią funkcji urzędowych. Bezpośrednim celem ich działania jest realizacja i ochrona interesu dającego zlecenie, a nie interesu publicznego.

VI. Bezstronność

Przechodząc do innej właściwości omawianych umów trudno przyjąć, że ich cechą dystynktywną jest bezstronność (neutralność), rozumiana jako działanie maklera na rzecz obu

⁴⁹³ *K. Zacharzewski*, Umowa o pośrednictwo, s. 140–141. Niedopuszczalność samodzielnego podejmowania decyzji przez firmę inwestycyjną nie dotyczy sytuacji, w której zawarto odrębną od zlecenia maklerskiego umowę o zarządzanie portfelem instrumentów finansowych, o której stanowi art. 75 ObrIFinU.

⁴⁹⁴ *S. Włodyka*, w: *S. Włodyka* (red.), Prawo umów (1995), s. 126.

⁴⁹⁵ Co do maklerów urzędowych zob. szerzej *K. Zacharzewski*, Umowa o pośrednictwo, s. 32–33, 41–44.

stron umowy, w oparciu o nawiązane z nimi odrębne stosunki prawne. Nie dotyczy ona wszystkich umów maklerskich.

W przypadku umowy z brokerem ubezpieczeniowym taki układ stosunków jest wprost zakazany przez ustawę. Artykuł 30 ust. 1 pkt 2 DystrUbezpU stanowi, że broker nie może pozostawać w stałym stosunku umownym z zakładem ubezpieczeń, zakładem reasekuracji, agentem ubezpieczeniowym lub agentem oferującym ubezpieczenia uzupełniające⁴⁹⁶. Z mocy art. 30 ust. 2 pkt 2 DystrUbezpU ograniczenie to nie odnosi się do porozumienia kurtażowego, o którym będzie mowa w dalszej części rozważań. Jak trafnie zauważa *B. Kucharski*, broker ubezpieczeniowy działa na rzecz ubezpieczyciela tylko w tym sensie, że w wyniku jego aktywności może ostatecznie dojść do zawarcia umowy ubezpieczenia⁴⁹⁷. Działanie w interesie obu stron rozumiane w ten sposób występuje jednak w przypadku wszystkich umów o pośrednictwo, a zatem nie stanowi cechy charakterystycznej umów maklerskich. Dodatkowo można wskazać, że w przypadku niektórych rodzajów pośrednictwa niemaklerskiego, w szczególności agencyjnego, ustawa przewiduje obowiązek pośrednika do uwzględniania interesu strony innej niż dający zlecenie. Jest tak w szczególności w przypadku agencji ubezpieczeniowej, na gruncie której agent jest zobowiązany uwzględnić interes klienta ubezpieczyciela (art. 7 ust. 1 i 2 DystrUbezpU).

Jeżeli chodzi o pozostałe umowy, to działanie na rzecz obu stron dopuszcza się wprost w odniesieniu do maklera morskiego. Artykuł 210 KM zezwala na podejmowanie przez niego czynności na rzecz obu stron, które udzieliły zlecenia⁴⁹⁸. Makler morski jest zobowiązany poinformować każdą z nich o podjęciu się czynności również na rzecz drugiej strony, a w pośredniczeniu powinien mieć na względzie interes obu stron. W przypadku maklerów giełdowych (firm inwestycyjnych) oraz towarowych (towarowych domów maklerskich) brak jest wyraźnego ustawowego zakazu działania na rzecz obu stron umowy docelowej. W rezultacie można ostrożnie opowiedzieć się za jego dopuszczalnością. Wzorem morskiej umowy maklerskiej w tych przypadkach makler powinien poinformować o tym strony,

⁴⁹⁶ Niezależnie od przytoczonego zakazu nawiązywania stałych stosunków z zakładem ubezpieczeń, reasekuracji lub agentem ubezpieczeniowym art. 30 ust. 1 DystrUbezpU wprowadza kilka innych niedozwolonych z mocy ustawy powiązań, które ogólnie można określić jako zakaz pozostawania z tymi podmiotami w relacjach mogących zagrażać uczciwemu, rzetelnemu, profesjonalnemu i zgodnemu z najlepiej pojętym interesem klienta wykonywaniu działalności w zakresie dystrybucji ubezpieczeń.

⁴⁹⁷ *B. Kucharski*, w: *M. Fras* i in., *Dystrybucja*, s. 93.

⁴⁹⁸ Przyjmuje się, że art. 210 KM stanowi odstępstwo od ogólnych zasad związanych z dokonywaniem czynności prawnych z samym sobą określonych w art. 108 KC. Zob. szerzej *L. Babiński, J. Górski*, *Prawo transportowe*, Warszawa 1968, s. 305; *J. Młynarczyk*, *Prawo morskie*, Gdańsk 2000, s. 207 i n.; *A. Niewęglowski*, *Umowa maklerstwa morskiego*, w: *A. Kidyba* (red.), *Pozakodeksowe umowy handlowe*, Warszawa 2018, s. 321.

pozostać obiektywny, a w razie wystąpienia konfliktu interesów zrezygnować ze świadczenia usług⁴⁹⁹.

Poczynione uwagi potwierdzają tezę, że bezstronność w wyżej przyjętym rozumieniu nie cechuje wszystkich umów maklerskich. W niektórych jej wystąpienie jest niedopuszczalne z mocy ustawy, w przypadku innych poddane uzasadnionym ograniczeniom. Nie budzi wątpliwości, że co do tych drugich, nie musi ona wystąpić zawsze. Warto zauważyć, że również agent może działać na rzecz obu stron umowy docelowej przy spełnieniu przesłanek określonych w art. 108 KC⁵⁰⁰.

Bezstronność (neutralność) maklera można interpretować inaczej, to jest jako uniezależnienie od poleceń dającego zlecenie. Również tak rozumiana neutralność nie charakteryzuje maklerów. Odnośnie do ubezpieczeniowej umowy brokerskiej w doktrynie przyjmuje się, że broker, co do zasady, powinien wykonać zlecenie przestrzegając przy tym wskazówek podmiotu, na rzecz którego działa⁵⁰¹. Wskazuje się przy tym, że zalecenia udzielone brokerowi ubezpieczeniowemu nie powinny dotyczyć samego sposobu wykonania zobowiązania⁵⁰². Powyższe odnosi się również do morskiej umowy maklerskiej, w której odstąpienie od wskazówek dającego zlecenie ma charakter wyjątkowy, uzależniony od spełnienia przesłanek określonych w stosowanym *per analogiam* art. 737 KC⁵⁰³.

Inaczej jest w przypadku umów: zlecenia maklerskiego oraz brokerskiej na giełdzie towarowej, do których odpowiednie zastosowanie ma regulacja umowy zlecenia, ale przepisy odsyłające wprost wyłączają z zakresu odesłania art. 737 KC, który statuuje przesłanki odstąpienia przez zleceniobiorcę od sposobu wykonania zlecenia wskazanego przez zleceniodawcę bez jego uprzedniej zgody⁵⁰⁴. W konsekwencji należy przyjąć, że niepodążenie za wskazówkami dającego zlecenie stanowi co najmniej nienależyte wykonanie zobowiązania przez pośrednika giełdowego⁵⁰⁵.

⁴⁹⁹ Tak odnośnie do umowy zlecenia maklerskiego *M. Romanowski*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 179.

⁵⁰⁰ Na temat dopuszczalności działania pośrednika, w tym agenta, na rzecz obu stron umowy docelowej zob. szerzej § 6. rozdziału siódmego pracy.

⁵⁰¹ Tak zwłaszcza *B. Kucharski*, w: *M. Fras* i in., Dystrybucja, s. 93; *J. Pokrzywniak*, Broker, s. 71–72.

⁵⁰² *Ibidem*.

⁵⁰³ Tak trafnie *A. Niewęglowski*, Umowa maklerstwa, s. 332.

⁵⁰⁴ Tak odnośnie do zlecenia maklerskiego *K. Zacharzewski*, Umowa o pośrednictwo, s. 140–141.

⁵⁰⁵ *M. Romanowski*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 175 trafnie przyjmuje, że granicą obowiązku przestrzegania wskazówek dającego zlecenie jest ich zgodność z prawem. Bezwzględny charakter obowiązku przestrzegania wskazówek dającego zlecenie przez firmę inwestycyjną oraz towarowy dom maklerski wynika również z art. 73 ust. 4 pkt 2 ObrIFin oraz art. 38b ust. 5 pkt 2 GiełTowarU, wyłączających stosowanie do kontraktów wykonawczych art. 768 KC.

Podsumowując ten fragment można stwierdzić, że zarówno działanie na rzecz obu stron umowy docelowej, jak i uniezależnienie od wskazówek dającego zlecenie nie stanowią cech charakterystycznych współczesnych umów maklerskich. Ich obecne ujęcie prowadzi do wniosku, że makler, co do zasady, nie jest ani neutralny, ani bezstronny. Jego podstawowym zadaniem jest realizacja interesu dającego zlecenie. Podejmując czynności w zakresie pośredniczenia, to jest w szczególności poszukując odpowiedniego towaru lub usługi oraz negocjując ich cenę (wynagrodzenie), a także inne postanowienia umowy, musi kierować się korzyścią dającego zlecenie, a nie wszystkich stron lub własną. Znaczącym przykładem potwierdzającym tę tezę jest art. 73a ust. 1 ObrIFinU, który przewiduje, iż firma inwestycyjna jest obowiązana do podjęcia wszelkich uzasadnionych działań w celu uzyskania możliwie najlepszych wyników dla klienta w związku z wykonaniem zlecenia, uwzględniając w szczególności cenę instrumentu finansowego, koszty związane z wykonaniem zlecenia, czas zawarcia transakcji, prawdopodobieństwo jej zawarcia oraz rozliczenia, wielkość zlecenia i jego charakter. Powyższe jest określane jako zasada możliwie jak najlepszego wykonania zlecenia (ang. *best execution*)⁵⁰⁶. W istocie stanowi ona konkretyzację ogólnego obowiązku dochowania lojalności występującego na gruncie każdej umowy o pośrednictwo. W tym aspekcie makler nie różni się zatem istotnie od innych pośredników, w szczególności od agenta.

VII. Niezależność

Dotychczasowe uwagi skłaniają do dalszego poszukiwania cech dystynktywnych umów maklerskich. Wydaje się, że kluczowa dla zdefiniowania szczególnej pozycji maklera jest jego niezależność. Niżej podjęto próbę wyjaśnienia, jak należy ją rozumieć.

Niezależność maklera wiąże się w pierwszej kolejności z tym, że celu jego aktywności nie stanowi rozszerzenie działalności prowadzonej przez dającego zlecenie. Na gruncie umów maklerskich dający zlecenie to najczęściej podmiot poszukujący określonego towaru lub usługi (np. produktów rolnych, statku, instrumentów finansowych, ubezpieczenia lub usługi holowniczej). Zadaniem maklera jest stworzenie możliwości ich pozyskania przez doprowadzenie do zawarcia albo zawarcie określonej umowy w charakterze zastępcy. W przeciwieństwie do agenta makler nie podejmuje się stałego pośredniczenia i zawierania umów na rzecz dającego zlecenie, a zatem rozszerzania jego rynku zbytu. Posługując się terminologią ekonomiczną: nie stanowi jednego z kanałów dystrybucji przedsiębiorcy ani nie

⁵⁰⁶ Na temat zasady *best execution* zob. szerzej J. Dybiński, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5C, s. 888–893.

jest bezpośrednio zaangażowany w jego działalność. Co oczywiste, nie angażuje się również w aktywność gospodarczą drugiej strony umowy docelowej. Makler realizuje bowiem interes dającego zlecenie, a nie jego kontrahenta.

Poczynione uwagi są aktualne także w sytuacji, w której współpraca maklera z dającym zlecenie przyjmuje długotrwały charakter. Przykładowo, w przypadku kompleksowej usługi ubezpieczeniowej świadczonej przez brokera, jego aktywność nie polega na rozszerzaniu działalności podstawowej podmiotu poszukującego ochrony ubezpieczeniowej. Jej istotą jest wyłącznie doprowadzenie do ubezpieczenia tej działalności (np. przez ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej związanej z prowadzeniem apteki). W konsekwencji w wyniku aktywności brokera nie dochodzi do rozszerzenia rynku zbytu dającego zlecenie (np. zwiększenia sprzedaży leków).

Warto również wyjaśnić, dlaczego dystrybucja towarów lub usług nie stanowi celu działania maklerów instrumentów finansowych oraz na giełdzie towarowej. *Prima facie* jedną z ekonomicznych funkcji giełd jest bowiem zwiększenie rynku zbytu. Po pierwsze, zobowiązanie pośrednika w ramach giełdowych umów maklerskich polega na kojarzeniu stron mających już zamiar zawarcia określonej transakcji. Po drugie, firmy inwestycyjne oraz towarowe domy maklerskie nie wpływają na stronę podażową ani popytową dóbr znajdujących się w obrocie giełdowym z tego względu, że stanowią wyłącznie element infrastruktury giełdy, umożliwiającą pośredni udział w niej podmiotom niebędącym jej uczestnikami. Jest to szczególnie istotne w przypadku zlecenia maklerskiego w zakresie obrotu instrumentami finansowymi na rynku regulowanym, w przypadku którego występuje przymus maklerski⁵⁰⁷. Oznacza to, że uczestnictwo na rynku regulowanym jest możliwe wyłącznie za pośrednictwem firmy inwestycyjnej. Rola tej ostatniej sprowadza się do transpozycji zleceń klienta oraz zagwarantowania ich wykonania, a nie pozyskania przez niego jak największej liczby kontrahentów.

VIII. Profesjonalizm

Obok braku bezpośredniego zaangażowania w działalność gospodarczą dającego zlecenie, gwarancją niezależności maklera jest również jego profesjonalizm. Wymaganie to nie ogranicza się wyłącznie do konieczności posiadania statusu przedsiębiorcy oraz związanego

⁵⁰⁷ Zasada przymusu maklerskiego w obrocie instrumentami finansowymi odnosi się wyłącznie do rynku regulowanego (art. 31 ust. 1 i 2 ObrIFinU). Na temat tej zasady zob. szerzej *A. Chłopecki*, w: *A. Chłopecki, M. Dyl*, Prawo, s. 19–20; *J. Dybiński*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 5C, s. 884–885; *M. Dyl*, w: *A. Szumański* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 19, Prawo papierów wartościowych, Warszawa 2006, s. 762.

z tym obowiązku dochowania należytej staranności w stopniu uwzględniającym zawodowy charakter prowadzonej działalności, o którym stanowi art. 355 § 2 KC. Dotyczy to bowiem wszystkich pośredników będących przedsiębiorcami. Podobnie jak wszystkie umowy o pośrednictwo, umowy maklerskie cechuje również występowanie obowiązku lojalności po stronie maklera.

Czynnikiem odróżniającym profesjonalizm maklerów od innych pośredników jest to, że przepisy ustaw regulujących status prawny maklerów, co do zasady, przewidują szczególne wymagania dla podmiotów wykonujących działalność w tym zakresie. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na fakt, że jej podjęcie w obszarze ubezpieczeń, obrotu instrumentami finansowymi oraz towarami giełdowymi jest prawnie reglamentowane. Wymaga uzyskania zezwolenia KNF (decyzji administracyjnej)⁵⁰⁸. Wiąże się z tym również objęcie działalności tych podmiotów nadzorem administracyjnym. Ustawy statuują dosyć rygorystyczne przesłanki przyznania zezwoleń. Między innymi chodzi o wymagania co do wykształcenia, doświadczenia, rękojmi należytego wykonywania działalności (zawodu), niekaralności maklera oraz konieczności ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody związane z prowadzoną działalnością.

Wymienione w poprzednim akapicie kryteria są formułowane wprost odnośnie do brokera ubezpieczeniowego. Zgodnie z art. 29 ust. 1 DystUbezpU może on wykonywać czynności brokerskie w zakresie ubezpieczeń wyłącznie przy pomocy osób fizycznych posiadających odpowiednie, ustawowo określone, kwalifikacje. W przypadku firm inwestycyjnych oraz towarowych domów maklerskich, które są osobami prawnymi (w zdecydowanej większości spółkami akcyjnymi) o szczególnym statusie prawnym⁵⁰⁹, wprowadzenie szczególnych wymagań następuje przez określenie obowiązku powołania do zarządu, rady nadzorczej lub zatrudnienia osób mających odpowiednie kwalifikacje⁵¹⁰. Jest to widoczne w szczególności w firmach inwestycyjnych, które na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 1 ObrIFinU są zobowiązane do zatrudniania na umowę o pracę przynajmniej jednego maklera papierów wartościowych. Ustawa przewiduje natomiast odrębne, wysokie wymagania dla uzyskania tego tytułu zawodowego⁵¹¹. Istotne jest przy tym zauważanie, że w ramach zlecenia maklerskiego pośrednikiem jest firma inwestycyjna, a nie makler papierów wartościowych. Ten ostatni nie zawiera umów w swoim imieniu. Jego zatrudnienie ma stanowić wyłącznie

⁵⁰⁸ Zob. art. 34 ust. 1 DystUbezpU, art. 69 ust. 1 ObrIFinU, art. 38 ust. 1 GiełTowarU.

⁵⁰⁹ Zob. art. 3 pkt 33 ObrIFinU, art. 37 i 39 GiełTowarU

⁵¹⁰ Zob. art. 83 ObrIFinU, art. 41a GiełTowarU.

⁵¹¹ Zob. art. 125 ObrIFinU i n.

gwarancję prawidłowego wykonywania pośrednictwa (działalności maklerskiej) przez firmę inwestycyjną.

Niezależnie od poczynionych wyżej uwag należy wskazać, że broker ubezpieczeniowy oraz makler papierów wartościowych stanowią wolne zawody w rozumieniu art. 88 KSH. Wobec braku definicji legalnej wolnego zawodu doktrynalne określenie tego pojęcia sprowadza się do wskazania cech wykonującego go podmiotu oraz sposobu, w który należy to czynić. Zalicza się do nich kwalifikowane wykształcenie, specyficzne zasady wykonywania zawodu, niezależność zawodową, etos i misję wykonywania zawodu, sposób i stan zorganizowania, etykę zawodową, charakter wynagrodzenia odmienny od typowej zapłaty, tajemnicę zawodową, specyficzną odpowiedzialność cywilną, a także korporacyjną oraz obowiązkową przynależność do samorządu zawodowego⁵¹². Omawiane zawody maklerskie spełniają większość z wymienionych wyżej cech. Część z nich jest uregulowana wyraźnie w ustawach wyznaczających ich status prawny. Stanowi to dodatkowy argument za przyjęciem ich szczególnego, wyższego niż w przypadku agentów, profesjonalizmu.

Na tle przedstawionych wyżej umów maklerskich odmiennie przedstawia się pozycja maklera morskiego. Kodeks morski nie przewiduje szczególnych wymagań co do jego statusu prawnego. Jest jednak oczywiste, że charakter jego działalności, związany ze specyficznymi stosunkami w zakresie żeglugi, determinuje konieczność odznaczania się odpowiednio wysokimi kwalifikacjami oraz doświadczeniem. Wymagania co do profesjonalizmu maklera morskiego nie są zatem ustanowione przez ustawę, lecz praktykę obrotu. Funkcjonujący w niej maklerzy niemal bez wyjątku stanowią kapitałowe spółki handlowe dysponujące odpowiednimi zasobami ludzkimi i organizacyjnymi⁵¹³. W rezultacie można przyjąć, że szczególna fachowość cechuje również ten rodzaj maklera.

Podsumowując wątek profesjonalizmu maklerów należy stwierdzić, że wiedza, umiejętności i szczególny status prawny stanowią ich istotną cechę, będącą elementem niezależności oraz jedną z głównych przyczyn nawiązania z nimi stosunku pośrednictwa. Makler dysponuje bowiem kompetencjami i zasobami, których nie ma dający zlecenie. W przypadku umów maklerskich, przeciwnie niż na gruncie umowy agencyjnej, to pośrednik, a nie dający zlecenie dysponuje lepszą znajomością towarów i usług, które są przedmiotem

⁵¹² J. Jacyszyn, *Wykonywanie wolnych zawodów w Polsce*, Warszawa 2004, s. 38–107; U. Promińska, *Spółka partnerska*, Warszawa 2013, s. 99–100. Zob. również J. Jacyszyn, „Wolny zawód” – anachronizm czy istotne pojęcie prawne?, PPH 2015, Nr 11, s. 14–19; *tenże*, *Wolne zawody w przyszłości*, PPH 2022, Nr 2, s. 52–57, w których autor rozważa potencjalne nowe cechy wolnego zawodu. Na temat brokera ubezpieczeniowego jako wolnego zawodu zob. B. Kucharski, *Broker ubezpieczeniowy jako wolny zawód*, PA 2017, Nr 2, s. 44–55.

⁵¹³ Zob. <https://www.portalmorski.pl/katalog-firm/12-agencje-zezlugowe-i-maklerzy-morscy> (online: dostęp 9.12.2021 r.); K. Kruczałak, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (2001), s. 354.

umów docelowych. W zakresie transakcji giełdowych jest natomiast specjalistą w zakresie zasad działania rynku, na którym zawierane są transakcje.

IX. Działanie za wynagrodzeniem

Kolejną cechą maklera jest działanie za wynagrodzeniem. Makler prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa, która z istoty jest ukierunkowana na osiągnięcie zysku (zarobkowa). Przekłada się to na treść zawieranych przez niego umów.

Zgodnie z art. 208 § 1 KM odpłatność należy do *essentialia negotii* morskiej umowy maklerskiej. Artykuł 211 § 1 i 2 KM wyraźnie przesądza, że ma ono charakter prowizyjny (wynikowy), a w braku oznaczenia w umowie jego zakres określa się w wysokości przyjętej w stosunkach danego rodzaju.

W przypadku pozostałych kontraktów maklerskich wynagrodzenie nie stanowi elementu przedmiotowo istotnego albo cechy typowej⁵¹⁴. Dotyczące ich ustawy nie wprowadzają w tym zakresie odrębnych unormowań. Stosuje się do nich odpowiednio przepisy o umowie zlecenia, która nie musi być odpłatna. W doktrynie wskazuje się, że art. 735 KC statuuje domniemanie odpłatności zlecenia⁵¹⁵, co należy odnosić również do omawianych umów. Na płaszczyźnie teoretycznej nie jest to wystarczające do przyjęcia, że są one zawsze odpłatne⁵¹⁶. Powyższe nie zmienia faktu, że w praktyce maklerzy podejmują czynności wyłącznie za wynagrodzeniem. W przypadku firm inwestycyjnych często przyjmuje ono złożoną postać i obejmuje opłatę roczną oraz prowizję od wartości poszczególnych transakcji⁵¹⁷. Towarowe domy maklerskie również zawierają odpłatne, najczęściej w formie prowizji, umowy brokerskie⁵¹⁸.

Osobnego omówienia wymaga kwestia wynagrodzenia brokera ubezpieczeniowego. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 15 DystUbezpU broker jest jednym z pośredników ubezpieczeniowych, którzy wykonują dystrybucję ubezpieczeń za wynagrodzeniem. Przepis ten nie przesądza źródła wynagrodzenia⁵¹⁹. W praktyce obrotu zdecydowanie dominuje model, w którym umowa brokerska jest nieodpłatna. Zwyczajowo broker pobiera natomiast

⁵¹⁴ Elementy przedmiotowo istotne występują wyłącznie na gruncie umów nazwanych. W przypadku kontraktów nienazwanych można mówić wyłącznie o typowych lub charakterystycznych cechach.

⁵¹⁵ L. Ogiegło, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 632.

⁵¹⁶ Tak trafnie K. Zacharzewski, Umowa o pośrednictwo, s. 141–142.

⁵¹⁷ T. Sójka, w: T. Sójka (red.), Prawo, s. 899–900. M. Romanowski, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 155 stoi na stanowisku, że *de lege lata* zlecenie maklerskie jest zawsze odpłatne.

⁵¹⁸ M. Dul, w: R. Jastrzębski, M. Dul, Giełdy, s. 185.

⁵¹⁹ Zamiast wielu zob. J. Pokrzywniak, Pojęcie dystrybucji ubezpieczeń i dystrybucji reasekuracji, w: J. Pokrzywniak (red.), Nowe zasady dystrybucji ubezpieczeń, Warszawa 2018, s. 28.

wynagrodzenie od zakładu ubezpieczeń, z którym poszukujący ochrony ubezpieczeniowej zawarł umowę ubezpieczenia lub gwarancji ubezpieczeniowej. Zwyczaj ten jest legalizowany przez art. 30 ust. 2 DystrUbezpU, przewidujący wyjątek od zakazu powiązań brokera z ubezpieczycielem. Źródłem roszczenia o zapłatę wynagrodzenia (określanego jako kurtaż) jest umowa zawarta między brokerem a ubezpieczycielem (porozumienie kurtażowe). Określa ona zasady i warunki wypłaty prowizji. Wysokość kurtażu wyznacza się w stosunku do składki lub sumy ubezpieczenia.

Opisane ułożenie stosunków prawnych między podmiotem poszukującym ochrony ubezpieczeniowej, brokerem oraz ubezpieczycielem umożliwia pierwszemu z tych podmiotów uzyskanie nieodpłatnej, a przy tym fachowej porady odnośnie do optymalnej umowy ubezpieczenia lub gwarancji ubezpieczeniowej. Ciężar ekonomiczny wynagrodzenia brokera jest przeniesiony na zakład ubezpieczeń, który z kolei odnosi korzyść w postaci pozyskania nowego klienta. W tym układzie relacji występuje ryzyko dążenia przez brokera do zawarcia umowy z zakładem ubezpieczeń, który oferuje mu najwyższą prowizję⁵²⁰. Dopuszczalność takiego rozwiązania uzasadniają niezależność brokera, przejawiająca się w braku bezpośredniego zaangażowania w działalność gospodarczą zakładu ubezpieczeń, oraz jego profesjonalizm. Wymagania w tym zakresie mają zapewnić, że broker będzie kierował się interesem podmiotu poszukującego ochrony ubezpieczeniowej.

Szersze omówienie zagadnienia wynagrodzenia brokera ubezpieczeniowego zdecydowanie przekracza ramy niniejszej pracy. Pozostaje w tym zakresie odesłać do bogatej literatury przedmiotu⁵²¹ i orzecznictwa⁵²². W kontekście prowadzonych rozważań istotny jest natomiast wniosek, że mimo nieodpłatności umowy brokerskiej, działanie za wynagrodzeniem pozostaje cechą brokera ubezpieczeniowego, a w konsekwencji wszystkich maklerów, choć niekoniecznie umów maklerskich.

⁵²⁰ W toku konsultacji nad projektem DystrUbezpU Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zaproponował wprowadzenie do niej zakazu wynagradzania agentów i brokerów przez ubezpieczycieli. Postulat ten spotkał się ze zdecydowanym sprzeciwem przedstawicieli pośredników ubezpieczeniowych i nie został uwzględniony. Brak aprobaty dla tego modelu wynika z uwarunkowań rynkowych, w tym przede wszystkim przyzwyczajień klientów usług ubezpieczeniowych, którzy w większości nie są zainteresowani odpłatnym korzystaniem z pomocy pośredników.

⁵²¹ Zob. zwłaszcza B. Kucharski, Prawo do kurtażu w razie zmiany brokera ubezpieczeniowego, WU 2021, Nr 1, s. 15–28; J. Pokrzywniak, Broker, s. 142–191; *tenże*, Rozliczenia między brokerem ubezpieczeniowym a zakładem ubezpieczeń w świetle orzecznictwa sądowego w kontekście prac nad nową ustawą o dystrybucji ubezpieczeń, PA 2017, Nr 2, s. 58–67; M. Serwach, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 957–969; M. Szczepańska, Wynagrodzenie brokera ubezpieczeniowego w świetle ustawy o dystrybucji ubezpieczeń, PA 2018, Nr 3, s. 19–29; M. Wojtkowiak, Wynagrodzenie brokera ubezpieczeniowego – prowizja od ubezpieczyciela czy honorarium od ubezpieczającego?, WU 2017, Nr 4, s. 53–66; M. Ziemiak, Wynagrodzenie pośrednika ubezpieczeniowego w świetle ustawy o dystrybucji ubezpieczeń. Zagadnienia wybrane, WU 2019, Nr 2, s. 35–49.

⁵²² Zob. zwłaszcza wyr. SA w Poznaniu z 7.8.2014 r., I ACa 505/14, Legalis.

X. Wnioski

Przeprowadzona analiza prowadzi do wniosku, że katalog cech maklerów wskazany przez *S. Włodykę* częściowo się zdezaktualizował. Mimo że świadczenie polegające na dorywczym pośredniczeniu za wynagrodzeniem (najczęściej prowizyjnym) nadal stanowi o istocie tych kontraktów, to na gruncie każdego z nich istotnym elementem jest zastępstwo, a zatem zawieranie umów docelowych przez pośrednika.

Bez przesady można stwierdzić, że wąskie ujęcie świadczenia maklera przyjęte w stanowiących pierwowzór maklerstwa ustawodawstwach zagranicznych (§ 652 BGB, § 93 HGB, art. 412 OR) nie odpowiada potrzebom współczesnego obrotu. W rezultacie nie widać przyczyn, z których występowanie zobowiązania do zastępstwa w określonym kontrakcie miałyby dyskwalifikować go z omawianej grupy umów. Jest to istotne spostrzeżenie w kontekście postulowanego w niniejszej pracy przywrócenia regulacji umowy o pośrednictwo zwykłe. *De lege ferenda* nie powinna ona ograniczać świadczenia pośrednika wyłącznie do dokonywania czynności faktycznych, lecz obejmować również zawieranie umów.

Wracając do cech wyróżniających umowy maklerskie wydaje się, że mniejsze znaczenie w tym zakresie mają samodzielność oraz bezstronność maklera. Poza jednorazowością (dorywcznością) pośredniczenia kryterium odróżniającym maklerów jest przede wszystkim jego niezależność, na którą składają się brak zaangażowania w rozszerzanie rynku zbytu (działalności podstawowej) dającego zlecenie oraz wymagany ustawowo, również przez reglamentację podjęcia i wykonywania działalności gospodarczej, wysoki poziom profesjonalizmu.

Istotą umowy maklerskiej jest pomoc w pozyskaniu przez dającego zlecenie pożądaných przez niego towarów lub usług. Fachowość maklera powinna zapewnić, że będą one dla niego odpowiednie, a umowa docelowa zostanie skutecznie zawarta. Nawiązując do rozważań poczynionych w drugim rozdziale pracy odnośnie do gospodarczego znaczenia pośrednictwa można stwierdzić, że umowy maklerskie wpisują się w ekonomiczny model pośrednictwa nabywczego, któremu można przeciwstawić, w pewnym zakresie komplementarny względem niego, model pośrednictwa zbywczego („sprzedażowego”). Do tego ostatniego należy zaliczyć zwłaszcza umowę agencyjną i jej wyspecjalizowane odmiany, w ramach których agent zobowiązuje się do stałego pośredniczenia lub zawierania umów w imieniu dającego zlecenie. W tym modelu pośrednik jest bezpośrednio zaangażowany w działalność zleceniodawcy. Warto również zauważyć, że ustawowe wymagania co do

prowadzenia działalności agencyjnej i profesjonalizmu agenta są zazwyczaj mniej rygorystyczne niż stawiane przed maklerami.

Łatwo dostrzegalne różnice między umowami maklerskimi a agencyjnymi nie powinny jednak przysłańać ich wspólnej istoty jako umów o pośrednictwo, która sprowadza się do zobowiązaniu się przez pośrednika do pośredniczenia w zawarciu umowy docelowej za, co do zasady, prowizyjnym wynagrodzeniem.

§ 4. Umowa pośrednictwa w obrocie nieruchomościami

I. Uwagi wstępne

Pośrednictwo w obrocie nieruchomościami stanowi nieodłączony element rynku nieruchomości. Z uwagi na potrzeby, jakie zaspokaja (mieszkańcove, uzyskanie miejsca prowadzenia działalności gospodarczej) oraz wartość nieruchomości będących jego przedmiotem, doniosłość tej działalności dla społeczeństwa i gospodarki jest bez wątpienia wysoka. Powyższe potwierdza uregulowanie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami w rozdziale drugim (Pośrednictwo w obrocie nieruchomościami) działu piątego (Działalność zawodowa w dziedzinie gospodarowania nieruchomościami) ustawy z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami⁵²³.

Koncepcja unormowania profesjonalnej działalności w zakresie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami podlegała w Polsce zmianom na przestrzeni lat⁵²⁴. W pierwotnym brzmieniu GospNierU przyjęto model reglamentacji działalności gospodarczej. Pośrednik w obrocie nieruchomościami stanowił normatywnie określony zawód, którego podjęcie wymagało uzyskania przez osobę fizyczną licencji wydawanej przez Ministra Infrastruktury⁵²⁵. Wymagało to spełnienia przesłanek dotyczących zwłaszcza wykształcenia, praktyki zawodowej, niekaralności oraz zdolności do czynności prawnych. Aktywność w tym zakresie mogły podejmować również inne podmioty, jeżeli zapewniły udział pośrednika przy wykonywaniu czynności pośrednictwa⁵²⁶. W tym stanie prawnym status pośredników w obrocie nieruchomościami był zbliżony do maklerów.

⁵²³ Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 344 ze zm.

⁵²⁴ Zob. szeroko *J. Jaworski*, w: *J. Jaworski, A. Prusaczyk, A. Tułodziecki, M. Wolanin*, Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz, Warszawa 2021, s. 1021–1026.

⁵²⁵ Nieobowiązujący art. 179 ust. 2 GospNierU stanowił, że pośrednikiem w obrocie nieruchomościami jest osoba fizyczna posiadająca licencję zawodową nadaną w trybie przepisów ustawy.

⁵²⁶ Tak nieobowiązujący art. 179 ust. 3 GospNierU.

Do deregulacji zawodu pośrednika w obrocie nieruchomościami doszło z początkiem 2014 roku⁵²⁷. Zniesiono wówczas wymaganie uzyskania licencji. Od tamtego czasu działalność w charakterze pośrednika może podjąć każdy przedsiębiorca⁵²⁸. Ograniczenia dotyczą obecnie wyłącznie wymagania niekaralności za przestępstwa określone w art. 180a ust. 1 pkt 1 GospNierU⁵²⁹ oraz obowiązku pośrednika do ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z prowadzoną działalnością (art. 181 ust. 3 GospNierU).

Przepisy ustawy stanowią dla doktryny i orzecznictwa podstawę wyróżnienia umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, którą powszechnie zalicza się do kontraktów z zakresu pośrednictwa. W początkowym okresie obowiązywania GospNierU zdecydowanie przeważał pogląd o nazwanym charakterze tej umowy⁵³⁰. Do 1 stycznia 2014 r. jej regulacja prawna była bowiem o wiele szersza niż obecnie. Na uwagę zasługuje zwłaszcza nieobowiązujący art. 180 ust. 4 GospNierU, który zawierał jej definicję. Przepis ten stanowił, że przez umowę pośrednictwa pośrednik w obrocie nieruchomościami lub podmiot prowadzący działalność w zakresie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, zobowiązuje się do dokonywania dla zamawiającego czynności zmierzających do zawarcia umów dotyczących nieruchomości, a zamawiający zobowiązuje się do zapłaty wynagrodzenia. Przepisy określały również zasady ustalenia wynagrodzenia (art. 180 ust. 5 GospNierU) oraz kwestię zastrzeżenia wyłączności na rzecz pośrednika (art. 180 ust. 3a GospNierU).

Wraz z deregulacją zawodu pośrednika w obrocie nieruchomościami uchylono większość przepisów dotyczących umowy pośrednictwa. Konsekwencją było pojawienie się poglądu o jej nienazwanym charakterze⁵³¹. W tym ujęciu przyjmuje się, że stanowi ona podtyp

⁵²⁷ Ustawa z 13.6.2013 r. o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów (Dz.U. z 2013 r. poz. 829), która weszła w życie 1 stycznia 2014 r. Pewne zmiany w regulacji pośrednictwa w obrocie nieruchomościami wprowadzono również ustawą z 20.7.2017 r. o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz niektórych innych ustaw (Dz.U z 2017 r., poz. 1509).

⁵²⁸ Tak przykładowo *E. Bończak-Kucharczyk*, Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz, Warszawa 2020, s. 1244.

⁵²⁹ W przypadku pośredników niebędących osobami fizycznymi wymaganie niekaralności należy, zgodnie z art. 180a ust. 1 pkt 2 GospNierU, odnosić do wspólników mających prawo prowadzenia spraw lub reprezentacji spółki lub członków organu zarządzającego.

⁵³⁰ Tak zwłaszcza *K. Bonarska-Lenarczyk*, Pośrednictwo w obrocie nieruchomościami w świetle zmian ustawy o gospodarce nieruchomościami, *Nieruchomości* 2017, Nr 11, s. 13; *E. Bończak-Kucharczyk*, Ustawa, s. 1253; *K. Górską*, Status prawny stron umowy o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami, *PPH* 2003, Nr 3, s. 46; *S. Gurgul, R. Karpiński*, Wynagrodzenie, s. 48; *J. Jaworski*, w: *J. Jaworski i in.*, Ustawa, s. 1038; *A. Sikorska-Lewandowska*, Granice swobody kształtowania treści umowy o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami, *MoP* 2021, Nr 2, s. 102; wyr. SN z 8.5.2015 r., III CSK 346/14, *Legalis*; wyr. SN z 19.1.2011 r., V CSK 173/10, *OSNC* 2011, Nr 10, poz. 113; wyr. SN z 5.6.2007 r., I CSK 117/07, *Legalis*; wyr. SN z 12.1.2007 r., IV CSK 267/06, *MoP* 2008, Nr 18; wyr. SA w Katowicach z 18.4.2013 r., V ACa 94/13, *Legalis*.

⁵³¹ *M. Barański*, Konstrukcja, s. 23; *tenże*, Umowa o pośrednictwo, s. 27; *W. Kocot*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 427–428; *P. Wojciechowski*, w: *P. Czechowski* (red.), Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz, Warszawa 2015, s. 820 oraz, jak się wydaje, *E. Klat-Górska*, w: *E. Klat-Górska, L. Klat-Wertelecka*, Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz, Warszawa 2015, s. 830. Zob. również

umowy o pośrednictwo zwykle⁵³². Ocena tego zapatrywania zostanie przedstawiona w dalszym toku rozważań. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że stanowisko to potwierdza tezę o istotnym znaczeniu przepisów kodeksu zobowiązań dla postrzegania współczesnych umów z zakresu pośrednictwa.

II. Regulacja pośrednictwa w obrocie nieruchomościami

Jak kształtuje się obowiązująca regulacja umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami? Odpowiedź na postawione pytanie można rozpocząć od ogólnego stwierdzenia, że dosyć skromnie. W aspekcie cywilistycznym ogranicza się do czterech przepisów.

W przeciwieństwie do poprzedniego stanu prawnego ustawa nie zawiera definicji umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami. Przesądza natomiast o statusie jednej z jej stron. Zgodnie z art. 179a GospNierU pośrednik w obrocie nieruchomościami jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą z zakresu pośrednictwa w obrocie nieruchomościami⁵³³. Wynikają z tego trzy podstawowe wnioski. Po pierwsze, pośrednikiem może być każdy podmiot prawa cywilnego, który spełnia przesłanki określone w art. 43¹ KC. Po drugie, omawiana umowa jest zawsze co najmniej jednostronnie profesjonalna. Po trzecie, nieprofesjonalne pośrednictwo w zakresie obrotu nieruchomościami nie stanowi przedmiotu regulacji GospNierU.

Druga strona umowy została określona w art. 181 ust. 3a i 3b GospNierU jako „strona umowy pośrednictwa”. Jest to w sposób oczywisty niewłaściwe, ponieważ pośrednik również stanowi stroną tego kontraktu. Warto dodać, że nieodpowiednie było również określenie „zamawiający”, którym ustawa posługiwała się przed 1 stycznia 2014 r. Sugerowało ono związek omawianego kontraktu z umową o dzieło, z którą pośrednictwo w obrocie nieruchomościami ma niewiele wspólnego. W konsekwencji w dalszej części rozważań posłużono się pojęciem dającego zlecenie, ogólnie przyjętym w niniejszej pracy dla strony spełniającej świadczenie pieniężne w umowie o pośrednictwo.

wyr. SN z 5.12.2013 r., V CSK 33/13, OSNC–ZD 2015, Nr 2, poz. 17; wyr. SN z 28.10.1999 r., II CKN 530/98, OSNC 2000, Nr 5, poz. 88.

⁵³² M. Barański, Konstrukcja, s. 23; W. Kocot, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 424. S. Gurgul, R. Karpiński, Wynagrodzenie, s. 48, którzy opowiadają się za nazwanym charakterem umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, również stoją na stanowisku, że stanowi ona podtyp umowy o pośrednictwo zwykle.

⁵³³ Odmiennie nietrafnie E. Wójtowicz, Jednostronnie, s. 540–541, która twierdzi, że pośrednik w obrocie nieruchomościami nie musi być przedsiębiorcą. Pogląd ten jest sprzeczny z brzmieniem art. 179a GospNierU.

Podobnie jak w poprzednim stanie prawnym dającym zlecenie może być każdy podmiot prawa cywilnego, zawierający umowę jako przedsiębiorca, konsument albo podmiot niebędący ani przedsiębiorcą, ani konsumentem.

Stosownie do art. 179a GospNierU przedmiotem działalności pośrednika jest pośrednictwo w obrocie nieruchomościami. W rezultacie można przyjąć, że stanowi ono również jego świadczenie na gruncie umowy pośrednictwa. Zgodnie z art. 179b GospNierU pośrednictwo w obrocie nieruchomościami polega na odpłatnym wykonywaniu czynności zmierzających do zawarcia przez inne osoby umów nabycia lub zbycia praw do nieruchomości (pkt 1) lub spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu (pkt 2), najmu lub dzierżawy nieruchomości lub ich części (pkt 3) oraz umów innych niż wymienione, których przedmiotem są prawa do nieruchomości lub ich części (pkt 4).

Pierwszym wnioskiem, który nasuwa lektura powołanego przepisu jest, że omawiana umowa ma zawsze charakter odpłatny. Zobowiązanie dającego zlecenie obejmuje zatem obowiązek zapłaty pośrednikowi wynagrodzenia. W praktyce przyjmuje ono najczęściej formę prowizji, a zatem jest uzależnione od liczby lub wartości umów zawartych przy udziale pośrednika⁵³⁴. Nie widać przeszkód prawnych, aby strony określiły wynagrodzenie w sposób uniezależniony od zawarcia przez dającego zlecenie kontraktu z osobą trzecią⁵³⁵. W praktyce taka sytuacja należy jednak do rzadkości. Częściej wynagrodzenie przyjmuje charakter mieszany, tj. obejmuje ryczałt za czynności pośrednictwa oraz *success fee* należne w przypadku zawarcia umowy docelowej⁵³⁶.

Po drugie, art. 179b GospNierU stanowi, że świadczenie pośrednika polega na wykonywaniu czynności zmierzających do zawarcia umowy przez podmioty inne niż on sam. Z pewnością obejmuje to dokonywanie czynności faktycznych, a zatem szeroko rozumiane pośredniczenie (następczanie sposobności do zawarcia umowy oraz pośredniczenie w rozumieniu dawnego art. 517 KZ). Tego rodzaju aktywność jest w praktyce najczęstszym

⁵³⁴ Tak zwłaszcza wyr. SN z 5.12.2013 r., V CSK 33/13, OSNC–ZD 2015, Nr 2, poz. 17; wyr. SN z 28.10.1999 r., II CKN 530/98, OSNC 2000, Nr 5, poz. 88; wyr. SN z 23.11.2004 r., I CK 270/04, Legalis; wyr. SA w Warszawie z 7.8.2013 r., VI ACa 570/13, Legalis; E. Bończak-Kucharczyk, Ustawa, s. 1246; J. Jaworski, w: J. Jaworski i in., Ustawa, s. 1033–1034; K. Górka, Status, s. 48; E. Klat-Górka, w: E. Klat-Górka, L. Klat-Wertecka, Ustawa, s. 833; W. Kocot, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 435. Por. S. Gurgul, R. Karpiński, Wynagrodzenie, s. 49, którzy twierdzą, że wynagrodzenie pośrednika w obrocie nieruchomościami jest należne za samo wykonane czynności pośrednictwa, bez względu na to, czy zawarto umowę docelową. Pogląd ten nie znajduje uzasadnienia w przepisach, orzecznictwie, ani właściwościach umów o pośrednictwo.

⁵³⁵ Tak trafnie M. Horoszko, D. Pęchorzewski, Gospodarka nieruchomościami. Komentarz, Warszawa 2014, s. 332–333; J. Jaworski, w: J. Jaworski i in., Ustawa, s. 1034; W. Kocot, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 435.

⁵³⁶ Tak zwłaszcza S. Gurgul, R. Karpiński, Wynagrodzenie, s. 50; M. Horoszko, D. Pęchorzewski, Gospodarka, s. 332–333; J. Jaworski, w: J. Jaworski i in., Ustawa, s. 1034.

przedmiotem zobowiązania pośrednika w obrocie nieruchomościami. Potwierdza to tezę o kluczowym znaczeniu wyżej wskazanych czynności faktycznych dla zakwalifikowania określonego kontraktu do umów z zakresu pośrednictwa. W przypadku pośrednictwa w obrocie nieruchomościami działania pośrednika o charakterze faktycznym polegają w szczególności na różnych formach wyszukiwania nabywców (najemców, dzierżawców) nieruchomości dającego zlecenie, poszukiwaniu nieruchomości dla dającego zlecenie, negocjowaniu postanowień umów oraz udostępnianiu nieruchomości do oględzin⁵³⁷.

Wątpliwości budzi, czy obok wskazanych wyżej czynności faktycznych zobowiązanie pośrednika może obejmować również zastępstwo dającego zlecenie. Część doktryny stoi na stanowisku, że nie jest to dopuszczalne⁵³⁸. Trudno się z tym zgodzić. Ustawa nie przewiduje ograniczeń w tym zakresie. Artykuł 179b GospNierU dotyczy bowiem ogólnie czynności, co – *lege non distinguente* – należy interpretować jako czynności faktyczne i czynności prawne. Ponadto pogląd przeciwny prowadzi do wyłączenia stosunków prawnych obejmujących zastępstwo spod regulacji GospNierU. W tym ujęciu pośrednik, który nie tylko pośredniczy na rzecz dającego zlecenie, ale również może zawrzeć umowę w jego imieniu nie podlega obowiązkowi ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, ani wymaganiu niekaralności. Zarówno wykładnia językowa, jak i funkcjonalna przemawiają zatem za dopuszczalnością zobowiązania się przez pośrednika do zastępstwa. Praktyka obrotu pokazuje, że chodzi przede wszystkim o jego działanie jako pełnomocnik dającego zlecenie⁵³⁹. Nie widać również przeszkód, żeby pośrednik występował jako zastępca pośredni, przy czym ma to istotne konsekwencje w zakresie zasad przeniesienia własności nieruchomości⁵⁴⁰. Niezależnie od powyższego istotą świadczenia pośrednika pozostaje dokonywanie czynności faktycznych, polegających na szeroko rozumianym pośredniczeniu.

Kończąc wątek czynności pośrednictwa w obrocie nieruchomościami należy wskazać, że zgodnie z art. 180 ust. 3 GospNierU ich zakres powinien zostać określony w umowie pośrednictwa. Przepis ten nie ma istotnego znaczenia, bowiem jest oczywiste, że strony muszą w jakiś sposób skonkretyzować przedmiot umowy. Gdyby tego nie uczyniły, wskazana norma nie wskazuje sankcji (*lex imperfecta*).

⁵³⁷ E. Bończak-Kucharczyk, Ustawa, s. 1249.

⁵³⁸ Tak zwłaszcza S. Kalus, *Pozycja prawna uczestników rynku nieruchomości*, Warszawa 2009, s. 154–155; A. Sikorska-Lewandowska, *Granice*, s. 102.

⁵³⁹ Tak zwłaszcza E. Bończak-Kucharczyk, Ustawa, s. 1249; K. Górka, *Status*, s. 50; M. Horoszko, D. Pęchorzewski, *Gospodarka*, s. 326; W. Kocot, w: M. Stec (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, s. 425; P. Wojciechowski, w: P. Czechowski (red.), Ustawa, s. 820–821.

⁵⁴⁰ Odmienne W. Kocot, w: M. Stec (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, s. 434. Autor nie wskazuje przyczyn, z których umowa pośrednictwa w obrocie nieruchomościami może obejmować przedstawicielstwo, a nie zastępstwo pośrednie. Takie ograniczenie zakresu zastosowania przepisów GospNierU nie wydaje się celowe.

Trzecim wnioskiem, który można wyprowadzić z art. 179b GospNierU jest, że umowa pośrednictwa w obrocie nieruchomościami nie ma charakteru uniwersalnego. Czynności pośrednika mogą być ukierunkowane wyłącznie na doprowadzenie do zawarcia umowy docelowej, której przedmiotem są szeroko rozumiane prawa związane z nieruchomością lub jej częścią⁵⁴¹. W doktrynie wskazuje się, że chodzi zwłaszcza o własność, użytkowanie wieczyste, zbywalne prawa rzeczowe i obligacyjne odnoszące się do nieruchomości, spółdzielcze prawo własnościowe do lokalu, a także ekspektatywę prawa rzeczowego⁵⁴².

Po czwarte, pośrednictwo w obrocie nieruchomościami nie obejmuje czynności, które nie zmierzają do zawarcia umów określonych w art. 179b GospNierU. Nie wyklucza to ich wykonywania przez pośrednika jako usługi dodatkowej, wynikającej z umowy pośrednictwa albo odrębnego kontraktu⁵⁴³. Można do nich zaliczyć zwłaszcza ocenę i porządkowanie stanu ewidencyjnego i prawnego nieruchomości oraz sporządzanie analiz rynku.

Cywilnoprawną regulację pośrednictwa w obrocie nieruchomościami uzupełnia wymaganie, aby umowa pośrednictwa została zawarta w formie pisemnej albo elektronicznej pod rygorem nieważności (art. 180 ust. 3 zd. 2 GospNierU⁵⁴⁴), wskazanie, że kopia dokumentu ubezpieczenia stanowi załącznik do umowy pośrednictwa (art. 181 ust. 3 GospNierU) oraz przyznanie dającemu zlecenie uprawnienia do jej wypowiedzenia ze skutkiem natychmiastowym w przypadku niedopełnienia przez pośrednika obowiązków informacyjnych związanych z ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej (art. 181 ust. 3b GospNierU).

Jak wynika z dotychczasowych rozważań, przepisy ustawy nie dają odpowiedzi na wszystkie pytania dotyczące charakteru prawnego umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami. Istotnym z nich jest, czy pośrednik może zobowiązać się do stałego pośredniczenia na rzecz dającego zlecenie.

Niezależnie od stanowiska odnośnie do nazwanego albo nienazwanego charakteru umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami dominuje pogląd, że świadczenie

⁵⁴¹ W doktrynie przyjmuje się funkcjonalne ujęcie umów wskazanych w art. 179b pkt 4 GospNierU. Tak zwłaszcza *E. Bończak-Kucharczyk*, *Ustawa*, s. 1246–1247; *J. Jaworski*, w: *J. Jaworski i in.*, *Ustawa*, s. 1029; *W. Kocot*, w: *M. Stec* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, 450; *A. Sikorska-Lewandowska*, *Granice*, s. 102.

⁵⁴² *E. Bończak-Kucharczyk*, *Ustawa*, s. 1247–1248.

⁵⁴³ Tak trafnie *S. Kalus*, w: *S. Kalus* (red.), *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 912; *A. Sikorska-Lewandowska*, *Granice*, s. 103.

⁵⁴⁴ W świetle art. 78¹ § 2 KC oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem złożonym w formie pisemnej. W rezultacie wyodrębnienie tych dwóch form w art. 183 ust. 3 GospNierU jest zbędne. Wystarczające byłoby wskazanie, że umowa pośrednictwa powinna zostać zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

pośrednika ma na jej gruncie charakter jednorazowy (dorywczy)⁵⁴⁵. W rezultacie przyjmuje się, że pośrednictwo w obrocie nieruchomościami nie może być świadczone na podstawie umowy agencyjnej. Innymi słowy kontrakt, w którym przedsiębiorca zobowiązuje się, za wynagrodzeniem, do stałego pośredniczenia w zawieraniu umów określonych w art. 179b na rzecz innego przedsiębiorcy (np. dewelopera) lub podmiotu niemającego takiego statusu nie jest – w ramach przedstawionego wyżej poglądu doktryny – umową pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, a w rezultacie nie stosuje się do niego regulacji GospNierU.

Argumenty funkcjonalne nie pozwalają zgodzić się z tym stanowiskiem. Podobnie jak w przypadku omówionej kwestii dopuszczalności zastępstwa w ramach umowy pośrednictwa, jego konsekwencją jest to, że pośrednik, który zobowiązał się do stałego pośredniczenia w zakresie obrotu nieruchomościami nie ma obowiązku ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, nie obowiązuje go wymaganie niekaralności za przestępstwa określone w art. 180a ust. 1 pkt 1 GospNierU, umowa nie musi mieć formy pisemnej pod rygorem nieważności, a dający zlecenie nie ma uprawnienia do jej wypowiedzenia ze skutkiem natychmiastowym na zasadach określonych w art. 181 ust. 3b GospNierU. Krytykowany pogląd pozwala zatem na łatwe wyłączenie reżimu prawnego ustawy i pozbawienie dającego zlecenie ochrony wynikającej z jej przepisów.

Wydaje się, że przepisy GospNierU nie wykluczają zobowiązania się przez pośrednika do stałego działania⁵⁴⁶. Jeżeli działa jako przedsiębiorca, a jego czynności zmierzają do zawarcia umów określonych w art. 179b GospNierU, to stosunek prawny spełnia wszystkie cechy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami i podlega reżimowi prawnemu ustawy.

Proponowane ujęcie opiera się na założeniu, że termin „umowa pośrednictwa nieruchomościami”, którym posługuje się GospNierU należy interpretować jako pojęcie zbiorcze, a nie określenie jednego typu umowy. Przemawiają za tym nie tylko przedstawione wyżej racje teleologiczne. Taka wykładnia jest dopuszczalna również ze względu na brak definicji (określenia *essentialia negotii*) kontraktu pośrednictwa w obrocie nieruchomościami.

W rezultacie można przyjąć, że to pojęcie obejmuje różne typy umów o pośrednictwo o określonym w GospNierU zakresie podmiotowym (jedną ze stron jest pośrednik-przedsiębiorca) i przedmiotowym (świadczenie obejmujące czynności określone w art. 179b GospNierU). W przypadku pośrednictwa jednorazowego (dorywczego) czynność prawną stron

⁵⁴⁵ Tak zwłaszcza K. Antolak, Umowa pośrednictwa w obrocie nieruchomościami cz. II, Nieruchomości 2006, Nr 4, s. 42; E. Bończak-Kucharczyk, Ustawa, s. 1254; K. Górską, Status, s. 47; J. Jaworski, w: J. Jaworski i in., Ustawa, s. 1032–1033; W. Kocot, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 429–430.

⁵⁴⁶ Podobnie P. Wojciechowski, w: P. Czechowski (red.), Ustawa, s. 820.

stanowi umowę nienazwaną, będącą podtypem umowy o pośrednictwo zwykłe. Jeżeli pośrednictwo ma charakter stały, a dający zlecenie jest przedsiębiorcą chodzi o umowę agencyjną. Kontrakt jednostronnie profesjonalny, którego przedmiotem jest stałe działanie pośrednika to natomiast umowa nienazwana, do której na podstawie art. 764⁹ KC należy stosować większość przepisów o umowie agencyjnej.

W każdym ze wskazanych wyżej wariantów reżim prawny umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami obejmuje dwie grupy przepisów. Pierwsza ma charakter ogólny. W przypadku umowy agencyjnej i umowy, o której stanowi art. 764⁹ KC chodzi o przepisy Tytułu XXIII Księgi III kodeksu cywilnego. Odnośnie do podtypu umowy o pośrednictwo zwykłe jest on wyznaczony zgodnie z zasadami opisanymi w § 4.IV rozdziału czwartego pracy. Ogólnie rzecz ujmując składają się na niego stosowane odpowiednio przepisy o zleceniu (w tym przez ich pominięcie) oraz stosowane *per analogiam* regulacje o umowie najbardziej zbliżonej do stosunku stron (zwłaszcza przepisy o umowie agencyjnej).

Wspólne dla wszystkich wymienionych typów umów są natomiast przepisy GospNierU, które uzupełniają ich reżim prawny. Zgodnie z regułą *lex specialis derogat legi generali* mają pierwszeństwo przed ogólnym reżimem prawnym danego typu kontraktu. Przykładowo umowa agencyjna, której przedmiotem jest pośrednictwo w obrocie nieruchomościami musi zostać zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności, mimo że przepisy kodeksu cywilnego nie przewidują takiego wymagania.

III. Wnioski

Poczynione rozważania prowadzą do kilku wniosków istotnych w kontekście tematu niniejszej pracy. Po pierwsze, uzasadniają tezę, że stosunki z zakresu pośrednictwa w obrocie nieruchomościami opierają się na omówionych w poprzednich rozdziałach typach kontraktów o pośrednictwo (umowa o pośrednictwo zwykłe, umowa agencyjna). W ujęciu proponowanym w niniejszej pracy te ostatnie są w pewnym zakresie współregulowane przez przepisy GospNierU. Celem powyższego jest zapewnienie dającemu zlecenie minimalnej ochrony.

Po drugie, potwierdzają kluczowe znaczenie świadczenia polegającego na szeroko rozumianym pośredniczeniu dla przyporządkowania określonego typu umowy do kontraktów z zakresu pośrednictwa. Taka działalność stanowi istotę pośrednictwa w obrocie nieruchomościami. Interesujące jest, że doktryna i orzecznictwo dosyć sceptycznie podchodzą do objęcia jego ramami zastępstwa.

Po trzecie, wspierają tezę o potrzebie przywrócenia regulacji umowy o pośrednictwo zwykle jako ogólnego wzorca dla stosunków, których przedmiotem jest jednorazowe pośredniczenie. Należy zwrócić uwagę zwłaszcza na niepewność wiążącą się z określeniem zakresu analogicznego stosowania do nich przepisów o umowie agencyjnej.

Po czwarte, dowodzą, że wynagrodzenie prowizyjne, a zatem uzależnione od zawarcia umowy docelowej, jest jedną z cech charakterystycznych umów o pośrednictwo.

§ 5. Umowa o pośrednictwo kredytu hipotecznego

I. Uwagi wstępne

Interesujący przykład pozakodeksowej regulacji umów o pośrednictwo stanowi unormowanie pośrednictwa w zakresie kredytu hipotecznego, zawarte w ustawie z 23 marca 2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami⁵⁴⁷. Wskazany akt prawny implementuje do prawa polskiego rozwiązania wymagane przez dyrektywę 2014/17/UE⁵⁴⁸. Celem przyjęcia tej ostatniej było wprowadzenie przez państwa członkowskie zharmonizowanych ram prawnych mających zapewnić odpowiedni poziom ochrony konsumentów w związku z zawieraniem przez nich umowy o kredyt hipoteczny.

Środkiem służącym osiągnięciu tego celu jest nałożenie na kredytodawców, pośredników kredytu hipotecznego oraz agentów szeregu obowiązków związanych z reklamą, zawieraniem oraz wykonywaniem umów o kredyt o kredyt hipoteczny. Część z nich jest wspólna dla wszystkich tych podmiotów (np. art. 7 ust. 1–6, art. 9–13, art. 14 ust. 2, art. 14 ust. 5, art. 14 ust. 8, art. 16, art. 18 KredytHipU), część adresowana wyłącznie do pośredników kredytowych (np. art. 7 ust. 7–8, art. 17, art. 21 ust. 5 KredytHipU), a część tylko do kredytodawców (np. art. 9, art. 14 ust. 3, art. 19–20, art. 21 ust. 1, art. 22 KredytHipU). Ramy niniejszej pracy nie pozwalają na ich szczegółowe przedstawienie. Ogólnie można stwierdzić,

⁵⁴⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 2245 ze zm.

⁵⁴⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/17/UE z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie konsumenckich umów o kredyt związanych z nieruchomościami mieszkalnymi i zmieniająca dyrektywy 2008/48/WE i 2013/36/UE oraz rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 (Dz.Urz. UE L 60, s. 34). Wpływ dyrektywy 2014/17/UE na sytuację pośredników kredytu hipotecznego analizuje z perspektywy ekonomicznej *K. Waliszewski*, Przewidywany wpływ dyrektywy hipotecznej na rynek pośrednictwa i doradztwa kredytowego W Polsce – studium teoretyczno-empiryczne, *Finanse* 2016, Nr 1, s. 181–206; *tenże*, Zmiany w pośrednictwie kredytowym w Polsce w wyniku implementacji dyrektywy hipotecznej, *Rozprawy Ubezpieczeniowe* 2017, Nr 2, s. 3–16.

że podstawowym instrumentem wzmocnienia pozycji prawnej konsumenta-kredytobiorcy jest ochrona przez informację⁵⁴⁹.

II. Pojęcie umowy o kredyt hipoteczny

Analizę problematyki pośrednictwa kredytu hipotecznego należy poprzedzić przedstawieniem umowy o kredyt hipoteczny, która wyznacza zakres zastosowania KredytHipU. Ponadto z perspektywy pośrednictwa stanowi ona umowę docelową, a zatem kontrakt, do którego zawarcia przez kredytodawcę i kredytobiorcę zmierza pośrednik kredytu hipotecznego.

Umowę o kredyt hipoteczny zdefiniowano w art. 3 ust. 1 KredytHipU. Zgodnie z tym przepisem należy przez nią rozumieć umowę, w ramach której kredytodawca udziela konsumentowi kredytu lub daje mu przyrzeczenie udzielenia kredytu:

- 1) zabezpieczonego hipoteką lub innym prawem związanym z nieruchomością mieszkalną (przede wszystkim chodzi o przewłaszczenie na zabezpieczenie⁵⁵⁰) lub
- 2) przeznaczonego na sfinansowanie nabycia lub utrzymania prawa własności lub współwłasności nieruchomości (gruntowej, budynkowej, lokalowej) lub spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu.

Stronami umowy o kredyt hipoteczny są konsument w rozumieniu art. 22¹ KC (kredytobiorca) oraz kredytodawca. Stosownie do art. 4 pkt 8 KredytHipU ten ostatni może być wyłącznie bankiem krajowym, oddziałem banku zagranicznego, instytucją kredytową prowadzącą działalność transgraniczną oraz oddziałem instytucji kredytowej⁵⁵¹ lub SKOK, które w zakresie swojej działalności gospodarczej udzielają lub dają przyrzeczenie udzielenia konsumentowi kredytu hipotecznego. Artykuł 5 KredytHipU stanowi wprost, że działalność gospodarcza w tym zakresie jest objęta monopolem prawnym wymienionych wyżej przedsiębiorców.

Artykuł 3 ust. 2 KredytHipU zawiera otwarty katalog umów mogących stanowić podstawę udzielenia kredytu hipotecznego. Należą do nich umowa pożyczki, umowa kredytu w rozumieniu art. 69 ust. 1 PrBank, umowa o odpłatne odroczenie konsumentowi terminu

⁵⁴⁹ Tak trafnie *T. Czech*, *Kredyt hipoteczny. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 18.

⁵⁵⁰ *T. Czech*, *Kredyt*, s. 54.

⁵⁵¹ W zakresie wszystkich wymienionych podmiotów KredytHiPU odsyła do ich definicji zawartych w art. 4 ust. 1 PrBank.

spełnienia świadczenia pieniężnego, umowa o kredyt, w której kredytodawca zaciąga zobowiązanie wobec osoby trzeciej, a konsument zobowiązuje się do zwrotu kredytodawcy spełnionego świadczenia, a także umowa o kredyt odnawialny⁵⁵².

Z powyższego wynika, że udzielenie kredytu hipotecznego może nastąpić na podstawie zarówno umów nazwanych (umowa pożyczki i umowa kredytu bankowego), jak i niemających takiego charakteru. Pomimo normatywnego zdefiniowania, pojęcie umowy o kredyt hipoteczny nie statuuje zatem odrębnego typu kontraktu⁵⁵³. Stanowi ono pojęcie zbiorcze obejmujące różne typy umów o cechach określonych w art. 3 ust. 1 KredytHipU. Taka technika legislacyjna jest charakterystyczna zwłaszcza dla prawa konsumenckiego. Jej celem nie jest uregulowanie nowych typów umów, lecz wprowadzenie rozwiązań prawnych chroniących konsumenta do szerokiego *spectrum* kontraktów o pewnej cesze wspólnej⁵⁵⁴.

Wyłącznie zasygnalizowania wymaga, że ustawy nie stosuje się do umów wskazanych w art. 2 KredytHipU. Należą do nich umowy o: kredyt darmowy, pracowniczy, odwrócony kredyt hipoteczny, kredyt niezabezpieczony hipoteką przeznaczony na remont nieruchomości mieszkalnej oraz kredyt będący wynikiem ugody sądowej.

III. Regulacja pośrednictwa kredytu hipotecznego

Przechodząc do problematyki pośrednictwa kredytu hipotecznego należy wskazać, że zostało ono zdefiniowane w art. 4 pkt 14 KredytHipU. Zgodnie z tym przepisem należy przez nie rozumieć wykonywanie czynności, o których mowa w art. 4 pkt 15 ustawy. Ten ostatni stanowi, że pośrednikiem kredytu hipotecznego jest przedsiębiorca w rozumieniu art. 43¹ KC, niebędący kredytodawcą, który w ramach wykonywanej działalności gospodarczej lub zawodowej, za wynagrodzeniem w formie pieniężnej lub innej uzgodnionej formie korzyści finansowej: (a.) przedstawia lub oferuje konsumentom umowy o kredyt hipoteczny, lub (b.) udziela im pomocy, podejmując prace przygotowawcze lub przedumowne działania administracyjne inne niż wymienione w lit. a, polegające na obsłudze dokumentów, w związku

⁵⁵² Przez umowę o kredyt odnawialny w rozumieniu art. 3 ust. 2 KredytHipU należy rozumieć umowę o funkcji kredytowej zawartą na czas nieoznaczony. Przede wszystkim chodzi o umowę pożyczki. Tak trafnie *T. Czech*, *Kredyt*, s. 63–64; *I. Heropolitańska*, w: *I. Heropolitańska, A. Nierodka*, *Ustawa o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami*. Komentarz, Warszawa 2019, s. 56; *B. Wyżykowski*, *Kredyt odnawialny na tle ustawy o kredycie konsumenckim – wybrane zagadnienia*, MoP 2019, Nr 23, s. 1269–1277.

⁵⁵³ *T. Czech*, *Kredyt*, s. 59–60; *Ł. Przyborowski*, w: *K. Osajda* (red.), *Prawo konsumenckie*. Komentarz, Warszawa 2019, s. 644–645.

⁵⁵⁴ W celu wyznaczenia zakresu ochrony konsumenta pojęcia zbiorcze stosuje się przykładowo w ustawie z 12.5.2011 r. o kredycie konsumenckim (umowa o kredyt konsumencki) oraz w ustawie z 30.5.2014 r. o prawach konsumenta (umowa zawierana na odległość, umowa zawierana poza lokalem przedsiębiorstwa).

z umowami o kredyt hipoteczny, lub (c.) zawiera z konsumentami umowy o kredyt hipoteczny w imieniu kredytodawcy.

Nie powinno budzić wątpliwości, że pośrednik kredytu hipotecznego działa na podstawie umowy⁵⁵⁵. Przepisy KredytHipU nie rozstrzygają jednak o jaką umowę chodzi. W tytule niniejszej części określono ją jako umowę o pośrednictwo kredytu hipotecznego. Przytoczona wyżej definicja pośrednika kredytu hipotecznego dostarcza kilku istotnych wskazówek umożliwiających ustalenie jej treści oraz charakteru prawnego.

Po pierwsze, jej stroną jest zawsze pośrednik będący przedsiębiorcą. Stanowi on podmiot inny niż kredytodawca⁵⁵⁶. Umowa o pośrednictwo kredytu hipotecznego jest zatem zawsze co najmniej jednostronnie profesjonalna. Działalność w zakresie pośrednictwa kredytu hipotecznego ma charakter reglamentowany. Zgodnie z art. 48 ust. 1 KredytHipU do jej podjęcia konieczne jest uzyskanie zezwolenia KNF oraz wpis do prowadzonego przez nią rejestru pośredników kredytowych. Stosownie do art. 49 ust. 1 KredytHipU wniosek o wydanie zezwolenia może być złożony przez osobę fizyczną, prawną oraz spółkę osobową⁵⁵⁷. Podmioty te muszą spełnić przesłanki określone w przepisach ustawy⁵⁵⁸. Istotnym wymogiem stawianym pośrednikowi kredytu hipotecznego jest, wynikający z art. 55 ust. 1 KredytHipU, obowiązek ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z wykonywaną działalnością. Alternatywnie pośrednik kredytu hipotecznego może zawrzeć umowę gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej na wypadek odpowiedzialności wynikłej z niedochowania należytej staranności w związku z wykonywaniem tej działalności. Ponadto pośrednicy kredytu hipotecznego podlegają nadzorowi KNF⁵⁵⁹.

Od pośrednika kredytu hipotecznego należy odróżnić agenta w rozumieniu art. 4 ust. 1 KredytHipU. Definicja legalna zawarta w tym przepisie określa agenta jako przedsiębiorcę, który wykonuje czynności pośrednictwa kredytu hipotecznego w imieniu i na rzecz wyłącznie jednego pośrednika kredytu hipotecznego. Stosownie do art. 54 ust. 1 KredytHipU podstawę

⁵⁵⁵ Tak trafnie *T. Czech*, *Kredyt*, s. 155.

⁵⁵⁶ Na temat dopuszczalności działania kredytodawcy w charakterze pośrednika kredytu hipotecznego na rzecz innego kredytodawcy zob. *T. Czech*, *Kredyt*, s. 151; *Ł. Przyborowski*, *D. Rogoń* w: *K. Osajda* (red.), *Prawo konsumenckie. Komentarz*, Warszawa 2019 s. 671.

⁵⁵⁷ W doktrynie trafnie wskazuje się, że z uwagi na konieczność wykonywania wolnego zawodu w ramach spółki partnerskiej (art. 86 § 1 KSH) nie może być ona pośrednikiem kredytu hipotecznego. Tak *T. Czech*, *Kredyt*, s. 152; *B. Paxford*, *Ustawa o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 195.

⁵⁵⁸ Do uzyskania statusu pośrednika kredytu hipotecznego konieczne są: pełna zdolność do czynności prawnych, niekaralność za przestępstwa określone w ustawie, co najmniej średnie wykształcenie oraz zdanie egzaminu na pośrednika kredytu hipotecznego lub ukończenie z tytułem magistra wyższych studiów ekonomicznych lub prawniczych (art. 49 ust. 2 KredytHipU).

⁵⁵⁹ Zob. szerzej *W. Srokosz*, *Nadzór nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami*, MPB 2018, Nr 7–8, s. 102–115.

ich współpracy stanowi umowa agencyjna, którą cechuje wyłączność. Zgodnie z art. 54 ust. 3 KredytHipU pośrednik ponosi pełną i bezwarunkową odpowiedzialność za wszelkie działania lub zaniechania agenta.

Definicja pośrednika kredytu hipotecznego nie przesądza, kto jest drugą stroną umowy o pośrednictwo. W doktrynie trafnie przyjmuje się, że pośrednik może działać zarówno w oparciu o umowę z kredytodawcą, jak i z kredytobiorcą-konsumentem⁵⁶⁰. W pierwszym przypadku umowa jest dwustronnie profesjonalna, a jej cel stanowi pozyskanie dla dającego zlecenie jak największej liczby kredytobiorców⁵⁶¹. W drugim kontrakt ma charakter konsumencki, zorientowany na zawarcie przez kredytobiorcę jak najkorzystniejszej umowy o kredyt hipoteczny. Umowa o pośrednictwo kredytu hipotecznego może mieć zatem charakter zwywczy (sprzedażowy) albo nabywczy.

Po drugie, definicja pośrednika kredytu hipotecznego umożliwia ustalenie minimalnej treści jego świadczenia na gruncie umowy o pośrednictwo. Obejmuje ono co najmniej jedną z czynności określonych w art. 4 pkt 15 lit. a–c KredytHipU.

W pierwszej kolejności chodzi o czynności faktyczne polegające na przedstawieniu lub zaoferowaniu konsumentowi umowy o kredyt hipoteczny, a także udzielenie mu szeroko rozumianej pomocy związanej z wyborem odpowiedniego kredytu. *Tomasz Czech* wskazuje jako przykłady czynności faktycznych pośrednika: uzyskanie od konsumenta informacji o jego potrzebach, przedstawienie konsumentowi postanowień umowy kredytu, pomoc w przygotowaniu dokumentacji koniecznej dla uzyskania kredytu, przyjęcie wniosku kredytowego oraz udzielenie konsumentowi wyjaśnień⁵⁶².

W doktrynie zwraca się uwagę, że kryterium kwalifikacyjnym pośrednictwa kredytu hipotecznego nie jest jednak wykonywanie czynności, polegających na prostym skojarzeniu stron⁵⁶³, a więc następczość sposobności do zawarcia umowy w rozumieniu dawnego

⁵⁶⁰ *T. Czech*, *Kredyt*, s. 154; *L. Przyborowski, D. Rogoń* w: *K. Osajda* (red.), *Prawo konsumenckie*, s. 671. Odmienne nie trafnie *I. Heropolitańska*, w: *I. Heropolitańska, A. Nierodka*, *Ustawa o kredycie*, s. 79, która wskazuje, że umowa o pośrednictwo jest zawierana wyłącznie między pośrednikiem a kredytodawcą. Takie ograniczenie nie wynika z przepisów ustawy. Pogląd ten pozostaje również w sprzeczności z celem ochronnym dyrektywy 2014/17/UE.

⁵⁶¹ Ten sam podmiot może być pośrednikiem kredytu hipotecznego związanym umowami o pośrednictwo z różnymi kredytodawcami. W związku z tym ustawa wyróżnia powiązanych pośredników kredytu hipotecznego i w sposób szczególny reguluje pewne aspekty ich działalności (np. art. 17 ust. 1 pkt 3, art. 57 KredytHipU). Uogólniając definicję legalną z art. 4 pkt 16 KredytHipU przez powiązanego pośrednika kredytu hipotecznego należy rozumieć pośrednika kredytu hipotecznego działającego w imieniu i na rzecz określonej liczby kredytodawców lub grup kredytodawców, którzy lub które nie stanowią co najmniej połowy liczby kredytodawców funkcjonujących na rynku usług świadczonych w zakresie udzielania kredytów hipotecznych.

⁵⁶² *T. Czech*, *Kredyt*, s. 152–153.

⁵⁶³ *T. Czech*, *Kredyt*, s. 153; *I. Heropolitańska*, w: *I. Heropolitańska, A. Nierodka*, *Ustawa o kredycie*, s. 79; *L. Przyborowski, D. Rogoń* w: *K. Osajda* (red.), *Prawo konsumenckie*, s. 670.

art. 517 KZ. Wniosek ten wyprowadza się w drodze prowsólnotowej wykładni art. 4 pkt 15 KredytHipU. Przepis ten implementuje do polskiego porządku prawnego art. 4 pkt 5 dyrektywy 2014/17/UE, który wyłącza z pojęcia pośrednika kredytu hipotecznego notariuszy oraz osoby, które doprowadzają jedynie do skojarzenia – bezpośrednio albo pośrednio – konsumenta z kredytodawcą lub pośrednikiem. Powyższe stanowi przykład niemal niewystępującej w aktualnym stanie prawnym sytuacji, w której rozróżnienie świadczeń pośrednika ze wspomnianego art. 517 KZ ma znaczenie prawne. W tym przypadku ma ono na celu wyznaczenie zakresu zastosowania przepisów KredytHipU i wynikających z niej obowiązków pośrednika kredytu hipotecznego. Stosunkowo niskie ryzyko naruszenia interesu kredytobiorcy, towarzyszące następczaniu sposobności do zawarcia umowy, uzasadnia wyłączenie tych działań spod reżimu ustawy. Nie ma to jednak wpływu na ocenę, że z perspektywy prawa cywilnego następczanie sposobności do zawarcia umowy stanowi jeden z przejawów pośrednictwa. Zawarcie przedstawionego wyłączenia w dyrektywie, potwierdza trafność tej tezy. Prowadzi bowiem do wniosku, że w jego braku, ochrona kredytobiorców-konsumentów obejmowałaby również stosunki ograniczające się do prostego skojarzenia stron.

Przechodząc do kolejnego rodzaju świadczenia pośrednika kredytu hipotecznego należy wskazać, że z art. 4 pkt 15 ppkt c KredytHipU wynika, iż jego zobowiązanie może obejmować również zawarcie umowy o kredyt hipoteczny z konsumentem. Przepis ogranicza zastępstwo pośrednika wyłącznie do występowania jako przedstawiciel (najczęściej pełnomocnik) kredytodawcy. Przedstawiona regulacja nasuwa dwie uwagi krytyczne.

Nie są jasne przyczyny, z których omawianą definicją nie objęto działania pośrednika w charakterze zastępcy bezpośredniego konsumenta. W praktyce problem ten nie ma jednak istotnego znaczenia, bowiem pośrednik w zasadzie zawsze dokonuje na rzecz konsumenta czynności faktycznych, polegających na pośredniczeniu, a w konsekwencji podlega reżimowi prawnemu KredytHipU⁵⁶⁴. Zobowiązanie się przez pośrednika do zawarcia umowy o kredyt hipoteczny w imieniu konsumenta, nie ma zatem istotnego znaczenia z perspektywy kwalifikacji kontraktu jako pośrednictwa kredytu hipotecznego.

Kolejna wątpliwość dotyczy oddzielenia poszczególnych grup czynności pośrednika, wskazanych w art. 4 pkt 15 lit. a–c KredytHipU, alternatywą łączną (spójnik „lub”). W rezultacie wykładni językowa przepisu prowadzi do wniosku, że działanie pośrednika może ograniczać się wyłącznie do zawarcia umowy o kredyt hipoteczny, a nie obejmować

⁵⁶⁴ Aktualne w tym zakresie pozostają wnioski co do praktyki obrotu poczynione ogólnie odnośnie do pośredników kredytowych przez *W. Srokosza*, Status prawny pośredników kredytowych, *Prawo Bankowe* 2001, Nr 2, s. 59–65.

pośredniczenia⁵⁶⁵. Trudno się z tym zgodzić. Powyższe w sposób nieuzasadniony odrywa pośrednictwo kredytu hipotecznego od klasycznego ujęcia pośrednictwa, które – jak próbuje się wykazać w niniejszej pracy – zawsze obejmuje czynności faktyczne. Prowadzi to do zatarcia różnic między pośrednictwem, przedstawicielstwem i zleceniem. Przykładem potwierdzającym tę tezę jest sytuacja, w której prokurent banku zawiera w jego imieniu z konsumentem umowę o kredyt hipoteczny. Przyjęcie, że samo zawieranie umów w imieniu kredytodawcy stanowi pośrednictwo kredytu hipotecznego oznaczałoby, że prokurenci są pośrednikami kredytu hipotecznego i obowiązują ich na przykład obowiązek ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Jeszcze bardziej niejasna jest sytuacja, w której u kredytodawcy przyjęto model reprezentacji łącznej mieszanej (tj. oparty na współdziałaniu członka zarządu i prokurenta). Mogłoby to prowadzić do wniosku, że podmioty te występują jednocześnie jako kredytodawca (reprezentowany przez organ) oraz pośrednik (prokurent).

Przeciwko krytykowanemu ujęciu czynności w art. 4 pkt 15 KredytHipU przemawia również określenie w ustawie pewnych obowiązków spoczywających na każdym pośredniku. Wystarczy w tym zakresie wskazać na art. 11 ust. 1 KredytHipU, który obliguje pośrednika do przekazania konsumentowi na trwałym nośniku zindywidualizowanych informacji niezbędnych do porównania kredytów hipotecznych dostępnych na rynku oraz oceny konsekwencji ich zaciągnięcia. Czynności pośrednika *ex lege* nie mogą zatem ograniczać się do zawierania umów. Wniosek ten wspiera praktyka obrotu, w której jego działania zawsze obejmują jakąś formę pośredniczenia. Jest tak zwłaszcza wtedy, gdy pośrednik zawiera umowy w imieniu kredytodawcy. W tym przypadku jego zadaniem jest aktywne pozyskiwanie jak największej liczby klientów dla umów o kredyt oferowanych przez mocodawcę.

W celu rozwiązania przedstawionych problemów optymalne wydaje się skreślenie lit. c. z art. 4 pkt 15 KredytHipU, dotyczącej zawierania umów w imieniu kredytodawcy. Oznaczałoby to, że o statusie pośrednika kredytu hipotecznego decyduje wyłącznie zobowiązanie do pośredniczenia⁵⁶⁶. Nie wykluczałoby to natomiast działania w charakterze zastępcy bezpośredniego kredytodawcy lub konsumenta.

⁵⁶⁵ Tak I. Heropolitańska, w: I. Heropolitańska, A. Nierodka, Ustawa o kredycie, s. 79; Ł. Przyborowski, D. Rogoń w: K. Osajda (red.), Prawo konsumenckie, s. 671.

⁵⁶⁶ Definicję pośrednika kredytowego ograniczoną wyłącznie do dokonywania przez pośrednika czynności faktycznych (następczo do zawarcia umowy oraz pośredniczenia) zaproponował przed laty W. Srokosz, Status, s. 65.

Po trzecie, z definicji pośrednika kredytu hipotecznego wynika, że wykonuje on pośrednictwo za wynagrodzeniem w formie pieniężnej lub innej uzgodnionej formie korzyści finansowej. Jako przykład tej ostatniej wskazuje się nabycie akcji kredytodawcy⁵⁶⁷.

Pomimo *prima facie* klarownego uregulowania w ustawie kwestii wynagrodzenia pośrednika, odpłatność umowy o pośrednictwo kredytu hipotecznego jest źródłem sporu w doktrynie. Według pierwszego poglądu wynagrodzenie, o którym mowa przysługuje pośrednikowi od osoby, na rzecz której działa, a zatem na podstawie umowy o pośrednictwo⁵⁶⁸. W tym ujęciu omawiany kontrakt ma zawsze charakter odpłatny. Odmienne stanowisko zakłada, że odpłata za czynności pośrednika może wynikać z umowy o pośrednictwo, lecz nie musi⁵⁶⁹. W ramach tego zapatrywania art. 4 pkt 15 KredytHipU interpretuje się jako przepis nieprzesądający o podstawie (źródle) wynagrodzenia pośrednika⁵⁷⁰. W rezultacie dla spełnienia cechy odpłatności pośrednictwa kredytu hipotecznego umowa o pośrednictwo między pośrednikiem a konsumentem może być nieodpłatna, jeżeli pośrednik uzyska na odrębnej podstawie prawnej wynagrodzenie od kredytodawcy, z którym zostanie zawarta umowa o kredyt hipoteczny.

Należy zaaprobować drugi pogląd. W praktyce obrotu podmiotem ponoszącym ciężar ekonomiczny opłacenia usług pośrednika jest kredytodawca, niezależnie od tego, z kim zawarto umowę o pośrednictwo. W ukształtowanych od lat realiach rynku konsumenci nie są zainteresowani ponoszeniem dodatkowych kosztów związanych z czynnościami pośrednika. Rynek pośrednictwa kredytowego przypomina pod tym względem rynek ubezpieczeniowy, w którym brokerzy uzyskują wynagrodzenie kurtażowe od zakładów ubezpieczeń. Z uwagi na ochronny cel przepisów KredytHipU uzasadnione jest zatem przyjęcie szerokiego ujęcia działania pośrednika za wynagrodzeniem. Przeciwnie stanowisko wyłącza z zakresu zastosowania ustawy stosunki, w których konsument zawarł z pośrednikiem umowę nieodpłatną.

Po czwarte, art. 4 pkt 15 KredytHipU nie przesądza, czy zobowiązanie pośrednika ma charakter stały, czy jednorazowy (dorywczy). W związku z tym należy przyjąć, że *de lege lata* jego świadczenie może przyjąć obie postaci⁵⁷¹. W praktyce obrotu występowanie każdej z nich jest uzależnione od tego, kto jest drugą stroną umowy o pośrednictwo. Jeżeli w tej roli występuje kredytodawca, to zasadą jest, że kontrakt pośrednictwa obejmuje zobowiązanie

⁵⁶⁷ T. Czech, Kredyt, s. 155.

⁵⁶⁸ *Ibidem*.

⁵⁶⁹ L. Przyborowski, D. Rogoń w: K. Osajda (red.), Prawo konsumenckie, s. 671.

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

⁵⁷¹ Tak trafnie L. Przyborowski, D. Rogoń w: K. Osajda (red.), Prawo konsumenckie, s. 670.

pośrednika do stałego pośredniczenia i zawierania umów o kredyt w jego imieniu. Zawarta między stronami umowa stanowi zatem umowę agencyjną. Jeżeli kredytodawcą jest bank, to umowa stanowi jednocześnie agencję bankową, do której należy stosować również art. 6a–6e PrBank. W przypadku gdy drugą stroną umowy o pośrednictwo jest kredytobiorca, to z oczywistych względów umowa dotyczy jednorazowego (dorywczego) pośrednictwa. Należy zakwalifikować ją jako nienazwaną umowę o pośrednictwo zwykłe.

IV. Wnioski

Poczynione rozważania prowadzą do wniosku, że pojęcie umowy o pośrednictwo kredytu hipotecznego, podobnie jak w przypadku umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, nie odnosi się do jednego typu kontraktu. Stanowi ono pojęcie zbiorcze obejmujące różne typy umów o pośrednictwo o szczególnym zakresie podmiotowym (pośrednik kredytu hipotecznego oraz kredytodawca lub konsument-kredytobiorca) oraz przedmiotowym (czynności określone w art. 4 pkt 15 lit. a–c KredytHipU).

Pośrednictwo kredytu hipotecznego może być świadczone na podstawie umowy agencyjnej albo umowy o pośrednictwo zwykłe. Tak jak na gruncie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, pośrednictwo kredytu hipotecznego opiera się zatem na znanych od lat typach umów. Ich reżim prawny jest uzupełniany przez przepisy KredytHipU, nakładające na pośrednika kredytu hipotecznego szereg obowiązków, których ogólnym celem jest ochrona konsumenta-kredytobiorcy. Powyższe potwierdza tezę o kluczowym znaczeniu tradycyjnych umów z zakresu pośrednictwa dla wyznaczenia istoty tej instytucji prawnej. Wspiera również tezę o potrzebie uregulowania ustawowego umowy o pośrednictwo zwykłe.

Rozdział VI.

Umowy o pośrednictwo a inne umowy

§ 1. Wprowadzenie

Nie sposób omówić wszystkich typów kontraktów, które nie stanowią umów o pośrednictwo. Ich dziedzina jest bowiem prawie tak szeroka jak prawo umów. W rezultacie rozważania przewidziane w niniejszym rozdziale skupiają się na typach umów, które są przez część doktryny zaliczane do grona umów o pośrednictwo, jednakże nie wykazują, przedstawionych w poprzednich rozdziałach, cech charakterystycznych dla tej grupy. Chodzi o umowy: zlecenia, dystrybucyjną, franchisingu oraz akwizycyjną. Ponadto, ze względu na ścisły związek z kontraktami z zakresu pośrednictwa ubezpieczeniowego, osobną część tego rozdziału poświęcono stosunkowo nowej w polskim systemie prawnym instytucji, jaką jest dystrybucja ubezpieczeń. Z uwagi na podobieństwo świadczeń oraz częściowo wspólną funkcję społeczno-gospodarczą, uwypuklenia wymagają również różnice między umowami o pośrednictwo a umowami o doradztwo.

Mimo występowania elementu pośrednictwa w umowie spedycji, zrezygnowano z jej odrębnego omówienia. O ile bowiem ekonomiczno-prawna geneza tej umowy wykazuje istotny związek z umowami o pośrednictwo⁵⁷², to współcześnie ma ona charakter kompleksowy. Zobowiązanie spedytora obejmuje świadczenie zróżnicowanych usług (czynności faktycznych i prawnych), które łączy wspólny cel w postaci zapewnienia dającemu zlecenie optymalnego dostarczenia przesyłki⁵⁷³. Normatywną emanację zasygnalizowanego przeobrażenia spedycji stanowi zmiana subsydiarnego reżimu prawnego tej umowy dokonana w kodeksie cywilnym względem rozwiązań kodeksu handlowego. Artykuł 796 KC rozstrzyga, że w zakresie nieuregulowanym do umowy spedycji stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące umowy zlecenia, a nie, jak przewidywał art. 598 KH, umowy komisu. Przyjęte wyłączenie wspiera

⁵⁷² Na temat genezy umowy spedycji zob. szerzej *W. Górski*, w: *S. Grzybowski* (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Ossolineum 1976, s. 576–582; *Z. Kwaśniewski*, Umowa spedycji, Warszawa 1979, s. 13–20; *L. Ogiegło*, Umowa spedycji, Katowice 1978, s. 24–29; *tenże*, w: *J. Rajski* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 2018, s. 1137–1138.

⁵⁷³ Proces ewolucji spedycji (ekspedycji) od szczególnej postaci interesu komisowego do współczesnej usługi transportowo-logistycznej o wielopostaciowym świadczeniu i samoistnej roli gospodarczej przedstawia szeroko *M. Stec*, Umowa spedycji – skąd przyszła i dokąd zmierza?, w: *Sz. Byczko, A. Kappes, B. Kucharski, U. Promińska* (red.), Non omne quod licet honestum est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera, Łódź–Warszawa 2022, s. 833–846.

również okoliczność, że umowa spedycji jest najczęściej omawiana w ramach odrębnej grupy umów przewozowych (transportowych, logistycznych)⁵⁷⁴.

Nie uwzględniono również umów factoringu, forfaitingu oraz sekurytyzacji⁵⁷⁵. Istotę tych czynności stanowi przelew wierzytelności i wiążące się z nim przekształcenie niewymagalnych należności w pieniądź (funkcja finansowania), a nie pośrednictwo w sensie prawnym⁵⁷⁶. Co najwyżej można je zatem postrzegać jako pośrednictwo finansowe w rozumieniu ekonomicznym. W naukach ekonomicznych pośrednicy finansowi w znaczeniu ścisłym są bowiem definiowani jako podmioty, których pierwotna działalność jest nakierowana na równoważenie popytu i podaży środków finansowych w wyniku świadczenia szeroko rozumianych usług depozytowych oraz usług finansowania⁵⁷⁷. Ich przykładami są banki, zakłady ubezpieczeń oraz fundusze emerytalne i inwestycyjne.

Z podobnych względów analizie nie zostały poddane umowy powiernicze⁵⁷⁸. Ich celem nie jest bowiem doprowadzenie do zawarcia umowy z osobą trzecią, tylko dokonanie przysporzenia prawa na rzecz drugiej strony w zamiarze osiągnięcia takiego celu, do którego prawo to nie jest zasadzie potrzebne, przy jednoczesnym zobowiązaniu się przez powiernika do niekorzystania z niego w zakresie wykraczającym poza ten cel⁵⁷⁹. Przeniesienie prawa ma charakter definitywny i wraz z jego dokonaniem powiernik staje się podmiotem uprawnionym.

⁵⁷⁴ Tak zwłaszcza A. Rzetelska, w: W.J. Katner (red.), Prawo, s. 680–682; M. Stec, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów w obrocie gospodarczym, Kraków 1995, s. 212–214, *tenże*, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów w obrocie gospodarczym, Warszawa (2001), s. 1017–1022; *tenże*, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5C, Prawo umów handlowych, Warszawa 2020, s. 329–340. Wyraźne stanowisko, że umowa spedycji nie należy do umów o pośrednictwo zajmuje L. Ogiegło, Umowa spedycji, s. 52.

⁵⁷⁵ Na temat wymienionych umów zob. zwłaszcza P. Katner, Przeniesienie wierzytelności w umowie faktoringu, Warszawa 2011; *tenże*, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, Warszawa 2018, s. 798–819; *tenże*, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5C, Prawo umów handlowych, Warszawa 2020, s. 713–776; W. Kocot, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 297–374; K. Kruczalak, Factoring i jego gospodarcze zastosowanie, Warszawa 1997; K. Osajda, Factoring w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego, GI. 2007, Nr 2, s. 5–17; I.A. Raczkowska, Sekurytyzacja wierzytelności bankowych, Warszawa 2001; L. Stecki, Umowa factoringu, Toruń 1994; *tenże*, Forfaiting, Toruń 1997; K. Zawada, Faktoring międzynarodowy, KPP 1996, Z. 4, s. 777–798; A. Zwolińska-Doboszyńska, Sekurytyzacja wierzytelności z udziałem funduszy sekurytyzacyjnych na tle innych uregulowań dotyczących sekurytyzacji, PPH 2005, Nr 2, s. 17–25.

⁵⁷⁶ Podobnie W. Kocot, Systematyka prawa zobowiązań umownych w przyszłym kodeksie cywilnym, PiP 2018, Nr 3, s. 97; J. Pisuliński, W sprawie systematyki części szczegółowej prawa zobowiązań (głos w dyskusji), TPP 2012, Nr 1, s. 20; E. Rott-Pietrzyk, Systematyka części szczegółowej zobowiązań a miejsce umów o pośrednictwo sensu largo (głos w dyskusji), TPP 2013, Nr 1, s. 53.

⁵⁷⁷ Zob. szerzej M. Bitz, Rynek usług finansowych, Warszawa 1993, s. 20.

⁵⁷⁸ Na temat powiernictwa zob. szerzej A. Kappes, Czy należy uregulować czynności powiernicze?, w: Z. Kuniewicz, D. Sokołowska (red.), Prawo kontraktów, Warszawa 2017, s. 164–172; *tenże*, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, Warszawa 2018, s. 374–403; A. Kędziarska-Cieślak, Powiernictwo. Próba określenia konstrukcji prawnej, PiP 1977, Z. 8–9, s. 44–54; A. Szpunar, O powierniczych czynnościach prawnych, Rejent 1993, Nr 11, s. 9–26.

⁵⁷⁹ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo, s. 306–307.

Zrezygnowano także z zestawienia umów o pośrednictwo z *outsourcingiem*. Ten ostatni nie stanowi typu umowy, lecz pojęcie z zakresu zarządzania. Oznacza metodę organizacji działalności gospodarczej, polegającą na „przekazaniu” części działalności gospodarczej przedsiębiorcy innemu podmiotowi⁵⁸⁰. W tym zakresie wystarczy ograniczyć się do stwierdzenia, że przekazanie to może nastąpić na podstawie różnych typów umów, w tym – jeżeli dotyczy pośredniczenia w zawieraniu kontraktów – umów o pośrednictwo.

Podobnie jak w poprzednim rozdziale, różnorodność omawianej materii czyni zbędnym formułowanie wspólnych wniosków końcowych.

§ 2. Umowa zlecenia a umowy o pośrednictwo

I. Uwagi wstępne

W § 4.I. oraz § 5. rozdziału czwartego pracy wyrażono pogląd, że umowa zlecenia nie powinna stanowić podstawy ustalenia cech umów o pośrednictwo. Podano również w wątpliwość zasadność zaliczania jej do tej grupy kontraktów. Wskazane zagadnienia wymagają szerszego wyjaśnienia. Dokonanie powyższego nie było celowe na wcześniejszym etapie rozważań z uwagi na potrzebę zachowania ich porządku oraz koherencyjności.

II. Różnice dotyczące świadczenia charakterystycznego

Wymaga przypomnienia, że tezę o odmienności zlecenia od umów o pośrednictwo oparto w pierwszej kolejności na argumentie, iż w ujęciu art. 734 § 1 KC przedmiot zobowiązania zleceniobiorcy może obejmować dokonanie wyłącznie czynności prawnej dla dającego zlecenie. Doktryna i orzecznictwo konsekwentnie opowiadają się za wąskim ujęciem zlecenia i wykluczeniem z jego zakresu czynności faktycznych. Przyczyną i zarazem uzasadnieniem tego stanowiska jest wykładnia historyczna definicji zlecenia, która w kodeksie cywilnym została zawężona w stosunku do art. 498 § 1 KZ o wskazanie, że zleceniobiorca zobowiązuje się dokonać wyłącznie „czynności prawnej”, a nie jakiegokolwiek „czynności”. Ponadto inne rozumienie obowiązującej definicji prowadziłoby do pozbawienia znaczenia prawnego art. 750 KC, a zatem niedopuszczalnej wykładni *per non est*.

⁵⁸⁰ Zamiast wielu zob. W. Robaczyński, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, Warszawa 2018, s. 480–487.

W rezultacie przyjmuje się, że kontrakt niebędący umową nazwaną, w którym jedna ze stron przyjmuje na siebie obowiązek dokonania wyłącznie czynności faktycznej albo zespołu (konglomeratu) czynności faktycznych i prawnych, nie stanowi zlecenia, lecz umowę o świadczenie usług, do której przepisy o zleceniu stosuje się wyłącznie odpowiednio (art. 750 KC)⁵⁸¹.

Przedstawiony wyżej pogląd nie jest równoznaczny z twierdzeniem, że w ramach wykonania zlecenia zleceniobiorca nie dokonuje żadnych czynności faktycznych. Jest bowiem oczywiste, że samo złożenie oświadczenia woli albo ich wymiana zazwyczaj wymagają podjęcia takich działań. Przykładowo mogą one polegać na umówieniu spotkania z kontrahentem, zapoznaniu się z projektem umowy i wydrukowaniu jego egzemplarzy oraz dojeździe do miejsca jej podpisania. W doktrynie wskazuje się, że takie działania stanowią czynności przygotowawcze do spełnienia świadczenia⁵⁸². Przez te ostatnie rozumie się różnorodne i zależne częstokroć od przypadkowych okoliczności czynności, których podjęcie przez dłużnika umożliwia dopiero w dalszej kolejności spełnienie świadczenia⁵⁸³. Istotne jest, że nie stanowią one przedmiotu samodzielnych roszczeń⁵⁸⁴. Czynności faktyczne o charakterze przygotowawczym, co do zasady, są uznawane za mieszczące się w formule zlecenia.

Teoretycznie do czynności przygotowawczych można zaliczyć różne postaci szeroko rozumianego pośredniczenia. Wychodząc z założenia, że skoro celem zlecenia jest zawarcie określonej umowy, to należycie staranny zleceniobiorca powinien odnaleźć kontrahenta (nastęrczyć sposobności do zawarcia umowy w rozumieniu dawnego art. 517 KZ) oraz skłonić go do jej zawarcia, na przykład przez negocjacje (pośredniczyć w rozumieniu dawnego art. 517 KZ). *Prima facie* może to skłaniać to do przyjęcia, że umowa zlecenia obejmuje pośredniczenie i w rezultacie stanowi umowę o pośrednictwo.

Jednakże analizowane zagadnienie jest bardziej złożone. Warto zwrócić uwagę na istotne argumenty przemawiające przeciwko przedstawionemu wyżej rozumowaniu.

⁵⁸¹ Tak zwłaszcza wyr. SN z 20.7.2017 r., IV CSK 556/16, Legalis; wyr. SN z 5.12.2013 r., V CSK 30/13, Biul. SN-IC 2015, Nr 7-8; wyr. SN z 8.3.2012 r., V CSK 90/11, Legalis; *P. Drapała*, w: *J. Gudowski* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5, s. 59 i s. 111; *M. Gutowski*, w: *M. Gutowski* (red.), Kodeks cywilny, t. III, s. 357–358; *P. Machnikowski*, w: *E. Gniewek, P. Machnikowski* (red.), Kodeks, s. 1523; *R. Morek, M. Raczkowski*, w: *K. Osajda* (red.), Kodeks, kom. do art. 750, Nb 4; *L. Ogiegło*, w: *J. Rajski* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 641–642; *A. Szpunar*, w: *S. Grzybowski* (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 405; *P. Zakrzewski*, w: *M. Fras, M. Habdas* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 4, s. 629.

⁵⁸² Tak zwłaszcza *P. Drapała*, w: *J. Gudowski* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5, s. 54–55; *M. Gutowski*, w: *M. Gutowski* (red.), Kodeks cywilny, t. III, s. 358. Zob. również wyr. SN z 8.3.2012 r., V CSK 90/11, Legalis.

⁵⁸³ *T. Dybowski, A. Pyrzyńska*, w: *K. Osajda* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 5, Prawo zobowiązań – część ogólna, Warszawa 2020, s. 222.

⁵⁸⁴ *Ibidem*.

Po pierwsze, czynności faktyczne polegające na pośredniczeniu nie zawsze muszą wystąpić w związku z wykonaniem zlecenia. Bezsporny przykład powyższego stanowi zlecenie dokonania jednostronnej czynności prawnej. W tym przypadku nie występuje element umowy docelowej, a w konsekwencji pośrednictwo w jakimkolwiek rozumieniu. Rozpatrując zlecenie zawarcia umowy możliwa jest natomiast sytuacja, w której zarówno osoba kontrahenta, jak i postanowienia przyszłej umowy zostały wiążąco skonkretyzowane przez dającego zlecenie. W tym przypadku przestrzeń dla pośrednictwa jako czynności przygotowawczej jest w istotnym stopniu ograniczona.

Po drugie, wydaje się, że w umowie zlecenia zleceniobiorca nie może przyjąć na siebie obowiązku podjęcia konkretnych czynności faktycznych, polegających na pośredniczeniu, zwłaszcza jeżeli ta powinność obejmuje szeroki lub skomplikowany zespół działań. Czynności faktyczne zleceniobiorcy poprzedzające dokonanie czynności prawnej mogą bowiem stanowić zasadniczą wartość jego świadczenia. Na przykład, ze względu na stopień skomplikowania czynności faktycznych podejmowanych przez profesjonalnego pełnomocnika, umowa o zastępstwo procesowe jest kwalifikowana w doktrynie i orzecznictwie jako umowa o świadczenie usług z art. 750 KC, a nie jako umowa zlecenia⁵⁸⁵. Tak samo należy ocenić kontrakt, w którym zobowiązanie zleceniobiorcy jest zdominowane pod względem liczby oraz stopnia trudności obowiązków przez element pośredniczenia.

Ponadto strony nie mogą umownie skonkretyzować czynności faktycznych zleceniobiorcy w taki sposób, aby przyznać zleceniodawcy odrębne roszczenie (roszczenia) co do ich wykonania. Powodowałyoby to bowiem, że przedmiotem świadczenia przyjmującego zlecenie jest nie tylko dokonanie czynności prawnej, ale również czynności faktycznych. W tym przypadku pośredniczenie stanowi samodzielne świadczenie, które nie mieści się w obowiązującej definicji zlecenia. W rezultacie taką umowę należy kwalifikować jako kontrakt, o którym traktuje art. 750 KC, a nie art. 734 § 1 KC. W istocie jest to nienazwana umowa o pośrednictwo zwykłe, rozszerzona o zobowiązanie do zastępstwa bezpośredniego albo pośredniego. Zaletą nieuznania takiego kontraktu za zlecenie jest uelastycznienie rządzącego nią reżimu prawnego, a zwłaszcza dostosowanie go do występującego w niej elementu pośrednictwa. Artykuł 750 KC otwiera bowiem możliwość odpowiedniego stosowania regulacji o umowie zlecenia, a w konsekwencji dopuszcza jej częściową

⁵⁸⁵ Zob. zwłaszcza *M. Gutowski*, *Umowa*, s. 32–33 oraz wyr. SN z 11.8.2011 r., I CSK 611/10, *Legalis*; wyr. SN z 5.6.2007 r., I CSK 86/07, *Legalis*; wyr. SN z 18.4.2002 r., II CKN 1216/00, OSNC 2003, Nr 4, poz. 58. Jako kontrakt, o którym mowa w art. 750 KC uznaje się również umowę o dokonanie czynności notarialnej (wyr. SA w Warszawie z 15.2.2006 r., I ACa 897/05, OSA 2007, Nr 4, poz. 13).

modyfikację lub pominięcie i sięgnięcie *per analogiam* do przepisów o nazwanych umowach o pośrednictwo.

W przeciwieństwie do umowy zlecenia, zobowiązanie do dokonania (dokonywania) czynności faktycznych prowadzących do zawarcia umowy albo wymiany gospodarczej między podmiotami innymi niż pośrednik występuje na gruncie wszystkich umów o pośrednictwo. W nienazwanej umowie o pośrednictwo zwykle pośredniczenie stanowi kluczową przesłankę jej wyodrębnienia oraz decyduje o istocie tego kontraktu. Jak starano się wykazać w § 2.III rozdziału czwartego, stałe pośredniczenie stanowi jeden z elementów przedmiotowo istotnych umowy agencyjnej. Doprecyzowanie w niej sposobu wykonania tego zobowiązania przez agenta jest nie tylko dopuszczalne, ale wręcz pożądane z perspektywy zabezpieczenia interesów stron. Mimo braku wyrażenia tego (w aktualnym stanie prawnym) wprost w ustawie⁵⁸⁶, powyższe należy odnosić również do umowy komisji. Odmienne niż w przypadku zlecenia konkretyzacja sposobu pośredniczenia w umowie komisji (bez względu na rozmiar i stopień trudności tych czynności faktycznych dla komisanta) nie powoduje zamiany kwalifikacji prawnej tego kontraktu na nienazwaną umowę o świadczenie usług, o której stanowi art. 750 KC.

Po trzecie, konsekwentnie trzeba przyjąć, że obowiązek pośredniczenia, co do zasady, nie może być przedmiotem następczych wskazówek dającego zlecenie co do sposobu wykonania zobowiązania (art. 737 KC). Wnosząc *a maiori ad minus*, skoro zasadne jest wykluczenie dopuszczalności zobowiązania się do określonych sposobów pośredniczenia, to tym bardziej nie powinno być ono przedmiotem wskazówek wiążących przyjmującego zlecenie. Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, instrukcje przekazywane zleceniobiorcy nie powinny ingerować w istotę jego świadczenia, a zwłaszcza nakładać na niego obowiązków niewynikających z treści zobowiązania przyjętego w umowie⁵⁸⁷. Brak uwzględnienia jakichkolwiek czynności faktycznych (w tym pośredniczenia) w definicji zlecenia oraz dominujący model jej restrykcyjnej wykładni przemawiają za przyjęciem, że wskazówka polegająca na wskazaniu konkretnego sposobu pośrednictwa, który powinien podjąć zleceniobiorca (w szczególności wiążącego się ze zwiększeniem „uciążliwości” jego zobowiązania⁵⁸⁸) stanowi nałożenie dodatkowego obowiązku i zmienia tożsamość świadczenia.

⁵⁸⁶ Zob. krytyczne uwagi dotyczące braku recepcji do kodeksu cywilnego art. 583 § 2 KH poczynione w § 3.III czwartego rozdziału pracy.

⁵⁸⁷ P. Machnikowski, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks, s. 1528; L. Ogiełło, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 637. Por. K. Topolewski, Przedmiot, s. 79–81, który we wskazówkach co do sposobu wykonania obowiązku głównego w umowie zlecenia dostrzega przede wszystkim funkcję ograniczenia swobody przyjmującego zlecenie w tym zakresie.

⁵⁸⁸ L. Ogiełło, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 637.

Zleceniobiorca ma zatem w tym zakresie swobodę w wykonaniu zlecenia. Należy pamiętać, że jej ograniczeniem jest tylko i aż wykonanie zobowiązania z zachowaniem należytej staranności. Nie jest oczywiście wykluczone, że konieczne dla osiągnięcia tego celu będzie podjęcie czynności sugerowanych przez mocodawcę.

III. Inne różnice

Niezależnie od różnic w zakresie świadczenia charakterystycznego na gruncie porównywanych kontraktów, przedstawienia wymagają również inne odmienności dotyczące ich regulacji prawnej. Rozważania poczynione w § 4.IV.1. rozdziału czwartego pracy dowodzą, że są one na tyle istotne, iż stanowiły dla doktryny i orzecznictwa podstawę wykształcenia i zaaprobowania poglądu o konieczności ustalania reżimu prawnego, niebędących umowami nazwanymi kontraktów z zakresu pośrednictwa, z pominięciem niektórych przepisów o umowie zlecenia, a w oparciu o stosowane analogiczne niektóre przepisy o umowie agencyjnej oraz o umowie komisu.

Po pierwsze, porównywane kontrakty odróżnia modelowy sposób wynagrodzenia przyjmującego zlecenie oraz pośrednika. Na gruncie umów o pośrednictwo, co do zasady, ma ono charakter prowizyjny. Oznacza to, że warunkiem powstania roszczenia pośrednika o jego zapłatę jest co najmniej zawarcie umowy docelowej w wyniku jego starań. Brak osiągnięcia tego rezultatu, nawet mimo dołożenia przez niego należytej staranności (przejawiającej się np. w podjęciu różnorodnych sposobów pośredniczenia), nie uzasadnia roszczenia o zapłatę prowizji.

Analizowane zagadnienie przedstawia się odmiennie w przypadku umowy zlecenia. Zgodnie z art. 744 KC w braku odmiennego ustalenia umownego lub przepisu szczególnego, w razie odpłatnego zlecenia wynagrodzenie należy się przyjmującemu dopiero po jego wykonaniu. Wychodząc z założenia, że w umowie zlecenia istotą jest staranne działanie zleceniobiorcy, a nie osiągnięty przez niego rezultat, przytoczoną normę interpretuje się w ten sposób, że brak dokonania czynności prawnej dla dającego zlecenie nie wyklucza powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia. Należy się ono, jeżeli zleceniobiorca wykaże, że dokonał wszelkich działań w celu wykonania umowy i dołożył w tym zakresie należytej staranności, zaś niedokonanie czynności nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności⁵⁸⁹.

⁵⁸⁹ Tak np. wyr. SA w Warszawie z 24.8.2012 r., I ACa 67/12, Legalis; wyr. SA w Białymstoku z 28.5.2020 r., I AGa 103/19, Legalis; P. Drapała, w: J. Gudowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 5, s. 96;

Po drugie, z odmiennością charakteru wynagrodzenia przyjmującego zlecenie i pośrednika związana jest różnica co do ustawowego kryterium ustalania jego wysokości w braku określenia tej kwestii w umowie. W przypadku umów o pośrednictwo za wzorcowe należy uznać rozwiązanie przyjęte w tym zakresie na gruncie umowy agencyjnej, a ściślej art. 758¹ § 3 KC. Przepis ten nakazuje określić prowizję w wysokości zwyczajowo przyjętej w stosunkach danego rodzaju⁵⁹⁰. Do tego samego kryterium odwoływał się również nieobowiązujący art. 518 KZ. Z powyższego wynika, że wysokość prowizji nie jest ściśle uzależniona od nakładu pracy pośrednika. Przykładowo, jeżeli w określonych stosunkach przyjmuje się, że zwyczajowo pośrednikowi przysługuje 1% od wartości umowy docelowej zawartej przy jego udziale, to właśnie tę stawkę należy przyjąć jako podstawę ustalenia jego wynagrodzenia.

Odnosnie do umowy zlecenia art. 735 § 2 KC rozstrzyga natomiast, że nieokreśloną w umowie ani w obowiązującej taryfie wysokość wynagrodzenia należy ustalić w oparciu o nakład pracy zleceniobiorcy. Zakres odpłatności zlecenia jest zatem proporcjonalny w szczególności do czasu poświęconego na wykonanie zadania, stopnia jego skomplikowania oraz intensywności wysiłków zleceniobiorcy. Im wyższy jest nakład pracy, tym wyższe powinno być wynagrodzenie.

Po trzecie, warto zwrócić uwagę na odmienność ukształtowania regulacji dotyczących umocowania przyjmującego zlecenie i pośrednika do działania w imieniu i na rachunek dającego zlecenie. Na gruncie zdecydowanej większości z omówionych w niniejszej pracy umów o pośrednictwo nie wynika ono wprost z ustawy (inaczej jest wyłącznie na gruncie morskiej umowy maklerskiej – art. 210 KM). Najbardziej uwidacznia się to w regulacji prawnej umowy agencyjnej. Artykuł 758 § 2 KC rozstrzyga bowiem, że do zawierania umów w imieniu dającego zlecenie oraz do odbierania dla niego oświadczeń agent jest uprawniony tylko wtedy, gdy ma do tego umocowanie. Dla skutecznego działania jako przedstawiciel dającego zlecenie konieczne jest zatem udzielenie agentowi pełnomocnictwa. Dodatkowo można wskazać, że w przypadku części umów o pośrednictwo występowanie jako zastępca bezpośredni (przedstawiciel) jest wykluczone z uwagi na ich konstrukcję prawną (elementy przedmiotowo

K. Kopaczyńska-Pieczniak, w: *A. Kidyba* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, s. 764; *B. Kowalczyk*, w: *M. Balwicka-Szczyrba*, *A. Sylwestrzak* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2022, s. 1155; *P. Machnikowski*, w: *E. Gniewek*, *P. Machnikowski* (red.), *Kodeks*, s. 1524; *L. Ogiegło*, w: *J. Rajski* (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 633; *W. Trybka*, w: *M. Załucki* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2023, kom. do art. 744, Nb 1; *P. Zakrzewski*, w: *M. Fras*, *M. Habdas* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, s. 655.

⁵⁹⁰ Zgodnie z art. 758¹ § 3 KC w razie niemożności ustalenia prowizji w oparciu o zwyczaj, agentowi należy się prowizja w odpowiedniej wysokości, uwzględniającej wszystkie okoliczności bezpośrednio związane z wykonaniem zleconych mu czynności.

istotne). Jest tak przykładowo na gruncie umowy komisji, która obejmuje zobowiązanie do działania wyłącznie jako zastępca pośredni.

Regulacja umowy zlecenia statuuje przeciwną zasadę. Stosownie do art. 734 § 2 KC, w braku odmiennej umowy, zlecenie obejmuje umocowanie do wykonania czynności w imieniu dającego zlecenie, a zatem jest równoznaczne z udzieleniem zleceniobiorcy pełnomocnictwa.

IV. Wnioski

Przeprowadzone rozważania potwierdzają trafność pominięcia umowy zlecenia w rekonstrukcji cech umów o pośrednictwo. Skłaniają również do przyjęcia, że *de lege lata* zlecenie nie powinno być zaliczane do umów o pośrednictwo, a co najmniej nie stanowi ich typowego przykładu. Przemawiają za tym łącznie argumenty odnoszące się do sposobu ujęcia świadczenia zleceniobiorcy, towarzyszącego temu stanowiska doktryny i orzecznictwa co do braku możliwości zobowiązania się w jego ramach do podjęcia czynności faktycznych, a także różnice w zakresie istotnych rozwiązań prawnych właściwych dla porównywanych umów.

Brak jednoznacznego stanowiska co do kwalifikacji prawnej zlecenia wiąże się z okolicznością, że pośrednictwo może być (i często jest) wykonywane w jego ramach jako czynność przygotowawcza do spełnienia świadczenia. Ponadto, mimo omówionych odmienności, regulacja prawna tej umowy zawiera wiele przepisów użytecznych dla nazwanych i nienazwanych umów o pośrednictwo, które należy stosować do nich *per analogiam* albo odpowiednio.

Wydaje się, że trudności w zasygnalizowanym zakresie wynikają z pełnienia przez umowę zlecenia dwóch odmiennych funkcji w polskim prawie umów. Po pierwsze, stanowi ona autonomiczny typ umowy, którego przedmiotem jest zastępstwo w dokonaniu czynności prawnej dla innej osoby. Po drugie, z mocy art. 750 KC, wyznacza ogólny reżim prawny dla rozmaitych nieuregulowanych ustawowo umów o świadczenie usług.

W ramach pierwszej roli omawiany kontrakt zbliża się do umów o pośrednictwo. Poza zleceniem dokonania jednostronnej czynności prawnej, świadczenie charakterystyczne w umowie zlecenia polega na zawarciu przez zleceniobiorcę umowy docelowej dla innej osoby. Osiągnięcie tego celu z reguły wymaga od niego podjęcia czynności faktycznych ukierunkowanych na osiągnięcie tego celu, które często stanowią pośredniczenie. Gdyby w drodze mniej restrykcyjnej wykładni art. 734 § 1 KC dopuścić możliwość ich umownego skonkretyzowania jako zobowiązania przyjmującego zlecenie, z perspektywy treści

świadczenia niepieniężnego, kontrakt ten stanowiłby umowę o pośrednictwo uzupełnioną o zobowiązanie do zastępstwa.

Powyższe nie wpływa na ocenę, że część przepisów dotyczących zlecenia nie odpowiada specyfice umów o pośrednictwo. Dotyczy to zwłaszcza zasad wynagrodzenia zleceniobiorcy. Wydaje się, że te odmienności są istotne przede wszystkim dla drugiej funkcji pełnionej przez umowę zlecenia, a zatem wyznaczenia modelowego reżimu prawnego dla umów o świadczenie usług. Jeżeli regulacja omawianego kontraktu została ukształtowana w sposób charakterystyczny dla umów o pośrednictwo (np. przewidywała wynagrodzenie prowizyjne), nie byłaby adekwatna dla wielu nienazwanych umów o świadczenie usług. Przykładem braku dopasowania takiego hipotetycznego rozwiązania są powszechnie nawiązywane w obrocie nienazwane umowy o świadczenie usług, które stanowią podstawę nawiązania niepracowniczego stosunku zatrudniania. W ich przypadku wynagrodzenie ma podobny charakter, jak w umowie o pracę (nie stanowi prowizji, lecz jest uzależnione od dołożenia należytej staranności oraz czasu pracy).

Poczynione uwagi prowadzą do ogólnego wniosku, że znaczenie umowy zlecenia w prawie umów wymaga ponownego przemyślenia. W szczególności należy rozważyć, czy pełnienie przez nią opisanych wyżej dwóch odmiennych funkcji jest optymalnym rozwiązaniem⁵⁹¹. Z uwagi na wykluczenie umowy zlecenia z grona umów o pośrednictwo, rozstrzygnięcie tych wątpliwości wykracza poza ramy niniejszej pracy. Podjęcie rozważań w tym zakresie wymagałoby zwłaszcza przedstawienia umów o świadczenie usług niepolegających na pośrednictwie.

⁵⁹¹ Zob. interesujące przemyślenia *R. Szostaka*, O potrzebie usprawnienia kodeksowej regulacji umów o świadczenie usług na warunkach zlecenia, w: *J. Haberko, A. Olejniczak, A. Pyrzyńska, D. Sokołowska* (red.), *Współczesne problemy prawa zobowiązań*, Warszawa 2015, s. 680–694, który postuluje rozszerzenie zobowiązania z umowy zlecenia na „załatwienie określonej sprawy” oraz wprowadzenie nowego typu umowy o świadczenie usług. Kwestia systemu regulacji umów o świadczenie usług w prawie polskim była w ostatnich latach przedmiotem kilku opracowań związanych z inicjatywą Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego (w tym badań prawnoporównawczych). Zob. zwłaszcza *I. Karwala*, Regulacja świadczenia usług w prawie amerykańskim – w poszukiwaniu modelowych reguł świadczenia usług dla polskiego ustawodawcy, TPP 2014, Nr 3, s. 57–102; *E. Macierzyńska-Franaszczyk*, Umowy o świadczenie usług w prawie szwajcarskim, TPP 2014, Nr 3, s. 103–120; *M. Pecyna, F. Zoll*, Założenia projektu zobowiązań świadczenia usług w nowym kodeksie cywilnym, TPP 2014, Nr 4, s. 71–74; *M. Spyra*, Czy regulacja umów o świadczenie usług w prawie włoskim może być inspiracją dla polskiego ustawodawcy?, TPP 2016, Nr 1, s. 93–116; *K. Wyrwińska*, Regulacja umowy o świadczenie usług w świetle Code Civil du Québec, TPP 2014, Nr 3, s. 161–178. Dowodzą one istotnego zróżnicowania sposobu regulacji umów o świadczenie usług w poszczególnych porządkach prawnych.

§ 3. Umowa dystrybucyjna i umowa franchisingu a umowy o pośrednictwo

I. Uwagi wstępne

Obserwacja życia gospodarczego skłania do wniosku, że umowa dystrybucyjna oraz umowa franchisingu odgrywają współcześnie niebagatelną rolę, a przy tym stale zyskują na znaczeniu. Autoryzowane salony samochodowe, sprzętu elektronicznego, sieci sklepów, aptek, restauracji, kin, hoteli oraz stacji benzynowych są wszechobecne. Omawiane umowy dosyć powszechnie zalicza się do nienazwanych umów o pośrednictwo⁵⁹². Jako przyczynę powyższego wskazuje się łączący te stosunki cel ekonomiczny, który obejmuje rozszerzanie rynku zbytu towarów lub usług dostawcy oraz organizatora sieci (franchisingodawcy)⁵⁹³.

W Akademickim Projekcie Kodeksu Cywilnego zaproponowano wprowadzenie częściowo wspólnych przepisów dla stosunków o stałe pośrednictwo w obrocie towarami lub usługami⁵⁹⁴. Zaliczono do nich umowy agencyjną, dystrybucyjną i franchisingu. Rozwiązanie to jest inspirowane ich ujęciem w Draft Common Frame of Reference, gdzie reguluje się je w Księdze IV. (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*), w Części E. (*Commercial agency, franchise and distributorship*)⁵⁹⁵. Polski projekt przepisów jest wzorowany na technice legislacyjnej przyjętej w DCFR. Polega ona na łączeniu umów podobnych pod względem konstrukcji prawnej lub celu w grupy. W ramach każdej z nich umowy są regulowane co najmniej dwustopniowo. Obok przepisów szczegółowych,

⁵⁹² Tak zwłaszcza E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski, Regulacja, s. 57–60; *ciż*, Struktura, s. 6–23; *ciż*, Umowa agencyjna, s. 18–19; *ciż*, Umowy pośrednictwa w obrocie, s. 53, *ciż*, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 476–499; E. Wójtowicz, Jednostronnie, s. 543–544. Tak wyłącznie co do umowy dystrybucyjnej A. Koch, Umowa wyłącznej koncesji handlowej w eksporcie, Poznań 1982, s. 6–7; W. Kocot, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 214 i n.; K. Kruczalak, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (2001), s. 365–368; P. Mazur, Roszczenie dystrybutora o świadczenie wyrównawcze po rozwiązaniu umowy dystrybucji w prawie niemieckim oraz projekcie wspólnej ramy odniesienia (DCFR), TPP 2016, Nr 2, s. 8–10; Z. Radwański, Wstępny, s. 9; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.) Prawo umów (1995), s. 128–129; post. SA w Krakowie z 10.9.2012 r., I ACz 1279/12, Lex nr 1220503.

⁵⁹³ W. Kocot, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 229; M. Krajewski, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 203; E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski, Umowy pośrednictwa w obrocie, s. 54.

⁵⁹⁴ W ramach projektu postuluje się wprowadzenie do kodeksu cywilnego działu XX zatytułowanego „Umowy pośrednictwa w obrocie towarami lub usługami”. Zob. E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski, Umowy pośrednictwa w obrocie, s. 53–102, a także stronę internetową Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego – <https://www.projektkc.uj.edu.pl/> (online: dostęp 1.3.23).

⁵⁹⁵ Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (red.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Monachium 2009, s. 2296–2466. Na temat DCFR zob. również H. Eidenmueller, F. Faust, H. Grigoleit, N. Jansen, G. Wagner, R. Zimmermann, The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems, Oxford Journal of Legal Studies 2008, t. 28, Nr 4, s. 659–708. Zob. również D. Gatner, Umowa dystrybucji w świetle Draft Common Frame of Reference (DCFR), TPP 2014, Nr 1, s. 5–24; M. Grochowski, The practical potential of the DCFR Judgment of the Swedish Supreme Court (Högsta domstolen) of 3 November 2009 Case T 3–08, European Review of Contract Law 2013, Nr 9, s. 96–104.

odnoszących się wyłącznie do określonego typu umowy, wprowadza się również przepisy dotyczące wszystkich stosunków ujętych w grupie (tzw. mała część ogólna), które określa się jako ich wspólny mianownik normatywny. Do zasygnalizowanej propozycji *de lege ferenda* odniesiono się szerzej w § 4.III.2. rozdziału ósmego niniejszej pracy⁵⁹⁶. Dla rozważań prowadzonych w tej części istotne jest, że wyraźnie wspiera ona stanowisko co do zaliczenia dystrybucji i franchisingu do umów z zakresu pośrednictwa. Powyższe uzasadnia łączne omówienie tytułowych umów.

Z uwagi na pełnioną funkcję trudno nie zgodzić się, że dystrybucja i franchising mogą stanowić formy pośrednictwa w rozumieniu ekonomicznym. Ich zaliczenie do stosunków z zakresu pośrednictwa w sensie prawnym nie jest jednak oczywiste. W rezultacie kwestii tej należy poświęcić więcej uwagi.

II. Istota umowy dystrybucyjnej i umowy franchisingu

Rozważania należy rozpocząć od przedstawienia istoty obu umów. Nie są one regulowane przepisami prawa cywilnego. Ustawodawca nie rozstrzyga bowiem o ich elementach przedmiotowo istotnych. Należy zatem przyjąć, że stanowią umowy nienazwane. Wyłącznie zasygnalizowania wymaga, że umowa dystrybucyjna i umowa franchisingu są unormowane w europejskim prawie antymonopolowym, tj. w rozporządzeniu KE nr 330/2010 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych⁵⁹⁷. Powołana regulacja ma jednak ograniczone znaczenie dla ich prywatnoprawnej konstrukcji.

Przez umowę dystrybucyjną najczęściej rozumie się dwustronnie profesjonalny stosunek prawny, w ramach którego dostawca zobowiązuje się do sprzedaży określonych dóbr

⁵⁹⁶ Niezależnie od działań podejmowanych w ramach inicjatywy Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego, pod auspicjami Ministerstwa Sprawiedliwości trwają prace nad projektem odrębnej ustawy regulującej umowę franchisingu. Jego pierwsza wersja została przygotowana przez prof. R. Adamusa i opublikowana w czerwcu 2021 r. na jego stronie internetowej (<https://adamusrafal.pl/projekt-ustawy-o-dzialalnosci-franczyzowej>, online: dostęp 3.12.21). Zob. również R. Adamus, *Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce*, Warszawa 2020 – opracowanie opublikowane na stronie internetowej Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości; *tenże*, *Franczyzobiorca: między konsumentem a przedsiębiorcą. Mity o regulacji franczyzy*, MPH 2022, Nr 2, s. 30–35; *tenże*, *W sprawie potrzeby uregulowania umowy franczyzy w Polsce*, *Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne* 2021, Nr 48, s. 120–158. Zob. również B. Jelonek-Jarco, *O konieczności regulacji prawnej umowy franczyzy – uwagi do raportu „Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce”*, *Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne* 2022, Nr 50, s. 130–168.

⁵⁹⁷ Dz.Urz. UE L 102 z 23.4.2010 r., s. 1. Na temat analizowanych umów w prawie gospodarczym publicznym zob. szerzej J. Goyder, *EU distribution*, s. 69–200, która omawia umowę dystrybucyjną (z odrębnym przedstawieniem dystrybucji selektywnej) oraz umowę franchisingu. Co do franczyzy w prawie antymonopolowym zob. również M. Sieradzka, *Porozumienia franczyzy w świetle prawa konkurencji*, Warszawa 2020.

dystrybutorowi, który przyjmuje na siebie obowiązek ich kupowania od dostawcy i dalszej sprzedaży we własnym imieniu i na własny rachunek⁵⁹⁸. Cechuje ją trwałość⁵⁹⁹ oraz ramowość⁶⁰⁰. Oznacza to, że strony zobowiązują się do stałej współpracy w zakresie dostarczania, sprzedaży, a następnie odsprzedaży określonych dóbr na warunkach konkretyzowanych w czasie trwania umowy (np. przez zawieranie odpowiednich kontraktów wykonawczych⁶⁰¹). Wskazuje się, że dystrybutor jest ogniwem na drodze towaru od dostawcy (producenta) do odbiorcy końcowego⁶⁰².

Nienazwany charakter omawianej umowy powoduje trudności w określeniu przedmiotu dystrybucji. Przeważnie przyjmuje się jego wąskie ujęcie, obejmujące wyłącznie rzeczy oraz dobra niematerialne (np. programy komputerowe)⁶⁰³. Dystrybucja dotyczy najczęściej dóbr, w przypadku których istotne znaczenie ma ich jakość, marka, pochodzenie oraz szeroko rozumiana obsługa klienta⁶⁰⁴. Prezentowany jest również pogląd opowiadający się za szerszym ujęciem, mieszczącym również dystrybucję usług (np. gwarancyjnych i serwisowych)⁶⁰⁵.

Brak regulacji prawnej uniemożliwia jednoznaczne rozstrzygnięcie postawionego problemu. Wydaje się jednak, że należy opowiedzieć się za pierwszą koncepcją. Geneza umowy dystrybucyjnej ściśle wiąże się z umową sprzedaży. Znajduje to wyraz w formułowanych w doktrynie definicjach omawianej umowy. Sprzedaż może dotyczyć wyłącznie rzeczy oraz – w drodze odpowiedniego stosowania przepisów na podstawie art. 555 KC – praw, wody i energii. Trudno natomiast rozpatrywać w sensie prawnym sprzedaż usług. Są one bowiem świadczone na podstawie odrębnych umów. Jeżeli wykonuje je dystrybutor, nie sposób przyjąć, że czyni to w wyniku ich wcześniejszego nabycia od dostawcy, a zatem, iż je „odsprzedaże”. Nie oznacza to, że nie może on przyjąć na siebie obowiązku

⁵⁹⁸ Tak zwłaszcza A. Koch, w: A. Koch, J. Napierała (red.), *Umowy w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2019, s. 229; W. Kocot, w: W.J. Katner (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 226; M. Krajewski, w: M. Stec (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, s. 207; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (1995), s. 128.

⁵⁹⁹ A. Koch, *Umowa wyłącznej*, s. 134–138; W. Kocot, w: W.J. Katner (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 227; M. Krajewski, w: M. Stec (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, s. 208; K. Kruczałak, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (2001), s. 366; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (1995), s. 128.

⁶⁰⁰ A. Calus, *Prawo*, s. 212; A. Koch, w: A. Koch, J. Napierała (red.), *Umowy*, s. 229; W. Kocot, w: W.J. Katner (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 234; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (1995), s. 128.

⁶⁰¹ W. Kocot, w: W.J. Katner (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 234; K. Kruczałak, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (2001), s. 367; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (1995), s. 128.

⁶⁰² A. Koch, *Umowa wyłącznej*, s. 5–6; A. Rzetelska, w: W.J. Katner (red.), *Prawo*, s. 626; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (1995), s. 128.

⁶⁰³ A. Calus, *Prawo*, s. 212; A. Koch, w: A. Koch, J. Napierała (red.), *Umowy*, s. 229; M. Krajewski, w: M. Stec (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, s. 209–210; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (1995), s. 128.

⁶⁰⁴ A. Calus, *Prawo*, s. 212; A. Koch, *Umowa wyłącznej*, s. 58–62.; M. Krajewski, w: M. Stec (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, s. 202; K. Kruczałak, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (2001), s. 366–367; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (1995), s. 128.

⁶⁰⁵ Tak zwłaszcza W. Kocot, w: W.J. Katner (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 249–251; A. Rzetelska, w: W.J. Katner (red.), *Prawo*, s. 626. Zob. również IV. E. – 5:101; IV. E. – 1:101:(2) DCFR.

świadczenia pewnych usług dodatkowych w stosunku do dobra będącego przedmiotem dystrybucji, zwłaszcza według zaleceń i standardów dostawcy oraz pod jego nadzorem (np. naprawy w autoryzowanym salonie i serwisie samochodowym). Mają one jednak charakter uboczny względem sprzedażowej istoty umowy dystrybucyjnej⁶⁰⁶.

Praktyka obrotu wykształciła podtypy umowy dystrybucyjnej. Pierwszym z nich jest umowa dealerska, określana również jako umowa o dystrybucję selektywną⁶⁰⁷. Na jej gruncie dostawca zobowiązuje się sprzedawać swoje dobra wyselekcjonowanemu na podstawie jednolitych i obiektywnych kryteriów dystrybutorowi, który przyjmuje na siebie obowiązek ich sprzedaży na uzgodnionych warunkach⁶⁰⁸. Drugi podtyp stanowi umowa o dystrybucję wyłączną⁶⁰⁹ (wyłącznej koncesji handlowej⁶¹⁰). Cechuje się ona uzyskaniem przez dystrybutora wyłączności (koncesji) na sprzedaż towarów określonego rodzaju.

Przechodząc do stosunku franchisingu, jest on nawiązywany na podstawie umowy, w ramach której organizator sieci (franchisingodawca) udziela uczestnikowi sieci (franchisingobiorcy) pakietu franchisingowego, przez który należy rozumieć zezwolenie na korzystanie z jego nazwy, firmy, symboli, dóbr własności przemysłowej, *know-how* oraz koncepcji prowadzenia działalności gospodarczej z zachowaniem stosowanego przez niego zewnętrznego i wewnętrznego wyposażenia pomieszczeń, a także zobowiązuje się do udzielania stosowanej pomocy⁶¹¹. Z drugiej strony uczestnik przyjmuje na siebie obowiązek prowadzenia działalności we własnym imieniu i na własny rachunek z wykorzystaniem pakietu franchisingowego i zgodnie ze standardami organizatora sieci oraz do zapłaty wynagrodzenia⁶¹².

⁶⁰⁶ Tak zwłaszcza A. Koch, w: A. Koch, J. Napierała (red.), *Umowy*, s. 231. S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (1995), s. 129 określa obowiązki dodatkowe względem związanych z dalszą sprzedażą jako „akcesoryjne”.

⁶⁰⁷ W. Kocot, w: W.J. Katner (red), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 235; A. Rzetelska, w: W.J. Katner (red.), *Prawo*, s. 627; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.) *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001, s. 572.

⁶⁰⁸ W. Kocot, w: W.J. Katner (red), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 235; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (1995), s. 128.

⁶⁰⁹ W. Kocot, w: W.J. Katner (red), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 236–239; A. Rzetelska, w: W.J. Katner (red.), *Prawo*, s. 627.

⁶¹⁰ A. Koch, *Umowa wyłącznej, passim; tenże*, w: A. Koch, J. Napierała (red.), *Umowy*, s. 227.

⁶¹¹ R. Adamus, *Faktyczna*, s. 8; B. Fuchs, *Pojęcie umowy franchisingu*, *Rejent* 1995, Nr 9, s. 177; W.J. Katner, P. Katner, *Pozycja prawna stron umowy franczyzy (franczyzowej, franchisingowej)*, w: A. Adamczak (red.), *100 lat ochrony własności przemysłowej w Polsce. Księga jubileuszowa Urzędu Patentowego Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2018, s. 1388; A. Koch, *Umowa franchisingowa*, *RPEiS* 1980, Z. 3, s. 57; B. Pokorska, *Przedsiębiorca w systemie franczyzowym*, Warszawa 2004, s. 62; U. Promińska, w: W.J. Katner (red), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, Warszawa 2018, s. 987; L. Stecki, *Franchising*, Toruń 1994, s. 69; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów* (2001), s. 589; wyr. SN z 8.10.2004 r., V CK 670/03, OSNC 2005, Nr 9, poz. 162; wyr. SA w Katowicach z 4.3.1998 r., I ACa 636/98, OSA 1999, Nr 11–12, poz. 50. Zob. również IV. E.–4:101 DCFR.

⁶¹² *Ibidem*.

Podobnie jak umowa dystrybucyjna franchising wykształcił się przede wszystkim jako metoda dystrybucji⁶¹³. Umowy te łączy również dwustronnie profesjonalny charakter⁶¹⁴, samodzielność dystrybutora i uczestnika sieci oraz zamierzona trwałość współpracy stron⁶¹⁵. Poza tym odznaczają się doniosłymi różnicami. Podstawowa z nich dotyczy istoty obu umów. Jak wynika z przytoczonej definicji franczyzy, jej centralnym elementem jest udzielenie pakietu franchisingowego⁶¹⁶. W przeciwieństwie do umowy dystrybucyjnej podstawą prowadzenia działalności przez uczestnika sieci nie są towary sprzedawane przez organizatora sieci w celu ich dalszej sprzedaży, lecz możliwość czerpania z renomy, dóbr niematerialnych oraz wiedzy i doświadczenia organizatora sieci⁶¹⁷. W doktrynie akcentuje się kompletność pakietu franchisingowego, przez którą należy rozumieć wypracowaną przez organizatora sieci całościową koncepcję prowadzenia przedsiębiorstwa, która umożliwia osiągnięcie sukcesu działalności gospodarczej⁶¹⁸. Różnicę między franchisingiem a umową dystrybucyjną trafnie ujął *A. Koch* wskazując, że dystrybutor działa w celu osiągnięcia sukcesu przez dostawcę, natomiast franchisingobiorca wykonuje działalność czerpiąc z sukcesu osiągniętego już przez organizatora sieci⁶¹⁹.

Sprzedaż towarów organizatora sieci z jego oznaczeniem odróżniającym, w odpowiednio oznaczonym i urządzonym lokalu (franchising dystrybucyjny), stanowi wyłącznie jedną z występujących w praktyce odmian tej umowy⁶²⁰. Obok dystrybucyjnego

⁶¹³ *K. Bagan-Kurluta*, Umowa franchisingu, Warszawa 2001, s. 2–11; *M. Dunkiewicz*, Umowa franchisingu, w: *A. Kidyba* (red.), Pozakodeksowe umowy handlowe, Warszawa 2018, s. 880; *B. Fuchs*, Pojęcie, s. 157–158; *U. Promińska*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 979–982.

⁶¹⁴ Co do stron umowy franchisingu zob. szerzej *W.J. Katner, P. Katner*, Pozycja, s. 1391–1400.

⁶¹⁵ Na temat trwałości umowy franchisingu oraz związanych z tym skutków jej rozwiązania zob. wyr. SN z 23.6.2005 r., II CK 739/04, Legalis; wyr. SN z 8.10.2004 r., V CK 670/03, OSNC 2005, Nr 9, poz. 162; wyr. SA w Poznaniu z 14.5.2014 r., I ACa 76/14, Legalis; wyr. SA w Poznaniu z 29.11.2005 r., I ACa 1026/05, Legalis.

⁶¹⁶ Tak zwłaszcza *A. Koch*, Umowa franchisingowa, s. 51; *B. Pokorska*, Przedsiębiorca, s. 9–10 i s. 51–52. Z upoważnieniem do korzystania z pakietu franchisingowego wiąże się etymologia określenia franchising, które pochodzi od ang. *franchise* oraz franc. *la franchise* oznaczających zezwolenie.

⁶¹⁷ *W. Kocot*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 244; *U. Promińska*, Umowa franchisingu jako umowa nienazwana, w: *W. Robaczyński* (red.), Czynieć postępowanie w prawie. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Birucie Lewaszkiwicz-Petrykowskiej, Łódź 2017, s. 162.

⁶¹⁸ *M. Kowalczyk-Szymańska*, Zobowiązanie do ujawnienia istotnych informacji przed zawarciem umowy franczyzy (pre-contractual disclosure obligation). Analiza prawnoporównawcza na tle ustawodawstwa polskiego oraz wybranych jurysdykcji, iKAR 2019, Nr 4, s. 76; *B. Pokorska*, Przedsiębiorca, s. 10. Zob. również *M. Mandelsohn, D. Acheson*, Franchising, Warszawa 1992, s. 15–18; 29–35.

⁶¹⁹ *A. Koch*, Umowa franchisingowa, s. 54. Podobnie *L. Stecki*, Franchising, s. 45–46.

⁶²⁰ *A. Koch*, Umowa franchisingowa, s. 57; *U. Promińska*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 982–983. Z uwagi na znaczenie z perspektywy prawa ochrony konkurencji franchising dystrybucyjny jest definiowany na gruncie polskiego prawa gospodarczego publicznego. W § 3 pkt 6 rozporządzenia RM z 30.3.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 1033 ze zm.) „system dystrybucji franchisingowej” zdefiniowano jako system dystrybucji, w którym dystrybutor bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się odsprzedawać kupione od dostawcy towary objęte porozumieniem wertykalnym, wykorzystując udostępnione przez niego – w zamian za wynagrodzenie – prawa własności intelektualnej i przemysłowej lub know-how.

wyróżnia się także franchising produkcyjny, usługowy oraz mieszany⁶²¹. W ramach franchisingu produkcyjnego uczestnik sieci sam wytwarza dobra według metody udostępnionej przez organizatora sieci i sprzedaje je pod jego oznaczeniem odróżniającym. Franchising usługowy polega natomiast na świadczeniu przez uczestnika sieci usług według standardów organizatora i z użyciem jego oznaczeń. Odmiana mieszana łączy w sobie przynajmniej dwa z opisanych wyżej rodzajów. Wobec powyższego należy stwierdzić, że z wyjątkiem franchisingu dystrybucyjnego, uczestnik sieci nie stanowi ogniwa na drodze towaru od producenta do odbiorcy końcowego⁶²², co jest z kolei charakterystyczne dla umowy dystrybucyjnej.

III. Różnice

Rozstrzygnięcie, czy umowa dystrybucyjna i umowa franchisingu należą do stosunków z zakresu pośrednictwa w sensie prawnym wymaga porównania ich cech charakterystycznych z właściwościami kodeksowych umów o pośrednictwo. Te ostatnie bez wątplenia stanowią zasadniczy punkt odniesienia dla wszystkich pretendentów do grona umów o pośrednictwo. Przyjęta metoda wnioskowania jest obciążona pewnym marginesem błędu. Wiąże się bowiem ze swobodą rekonstrukcji cech umów nienazwanych oraz wyboru tych z nich, które są przedmiotem porównania. Z uwagi na brak regulacji prawnej omawianej kategorii stosunków, trudno jednak o przyjęcie lepszego sposobu rozumowania.

Jak już zasygnalizowano, pogląd zaliczający dystrybucję i franchising do umów o pośrednictwo opiera się na argumentie, że celem wszystkich tych stosunków jest dystrybucja towarów lub usług. To założenie budzi wątpliwości.

Po pierwsze, w przypadku umowy franchisingu jest co najmniej nieoczywiste, czy dystrybucja stanowi zasadniczy cel jej zawarcia. Istota franczyzy sprowadza się raczej do organizacji działalności gospodarczej według pewnego wzoru, który ma umożliwić bilateralne korzyści stron. Model ten opiera się na dwóch podstawach. Pierwszą z nich są renoma, wiedza,

⁶²¹ Na temat rodzajów franchisingu zob. szerzej *M. Dumkiewicz*, Umowa franchisingu, s. 883; *A. Koch*, Umowa franchisingowa, s. 57; *U. Promińska*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 982–983; wyr. ETS z 28.1.1986, sprawa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH*, pkt 13 (ECLI:EU:C:1986:41). Zob. również omówienia wskazanego wyroku w *J. Goyder*, EU distribution, s. 180–182; *A. Wiewiórowska-Domagalska*, Franchising. Study for the IMCO Committee, 2016, s. 38–40 [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578978/IPOL_STU\(2016\)578978_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/578978/IPOL_STU(2016)578978_EN.pdf) (online: dostęp 22.2.2023 r.). Co do modeli franchisingu w USA zob. *W. Gillis, G.J. Castrogiovanni*, The franchising business model: an entrepreneurial growth alternative, *International Entrepreneur Management Journal* 2012, Nr 8, s. 75 i n.

⁶²² *A. Koch*, Umowa wyłącznej, s. 6 stoi na stanowisku, że uczestnik sieci nigdy nie stanowi ogniwa w drodze towaru od producenta do konsumenta i w związku z tym nie można traktować go jako pośrednika.

doświadczenie oraz prawa do dóbr niematerialnych franchisingodawcy. Drugą stanowi sieć jednakowych, ale jednocześnie samodzielnych przedsiębiorstw prowadzonych przez jej uczestników. Czynniki te umożliwiają stworzenie u klienta wrażenia jednolitości sieci⁶²³ oraz poczucia, że niezależnie od tego, z którym jej uczestnikiem zawiera umowę, każdorazowo ma do czynienia z tym samym przedsiębiorcą oraz towarami i usługami tej samej jakości. Te ostatnie nie muszą przy tym pochodzić, a nawet wiązać się z organizatorem sieci.

Przykładowo w sieciach sklepów spożywczych sprzedaje się przeważnie towary oraz świadczy usługi (np. pocztowe, kurierskie, opłacanie rachunków, zawieranie zakładów) związane z podmiotami innymi niż organizator. Oczywiście w tym przypadku może dochodzić i zazwyczaj dochodzi do dystrybucji. Jej podstawą nie jest jednak umowa franchisingu, lecz inna umowa zawarta z podmiotem trzecim. Nawet wskazanie dostawców przez organizatora sieci nie wpływa na prawną odrębność tych stosunków od umowy franchisingu⁶²⁴. Możliwe jest również, że uczestnik sieci nabywa od organizatora określone towary. W tym przypadku dochodzi jednak do zawarcia umów sprzedaży, odrębnych od kontraktu franchisingu⁶²⁵. Inny przejaw braku występowania funkcji dystrybucyjnej na gruncie umowy franchisingu stanowi jego odmiana usługowa. Na przykład nie sposób przyjąć, że w ramach sieci salonów kosmetycznych i fryzjerskich dochodzi do dystrybucji usług jej organizatora. Są one świadczone samodzielnie przez poszczególnych uczestników sieci.

Mając na uwadze powyższe argumenty trzeba stwierdzić, że funkcja dystrybucyjna nie stanowi o istocie franczyzy. Za trafne należy uznać stanowisko tej części doktryny, która zalicza ją do umów z zakresu organizacji działalności gospodarczej (kooperacyjnych)⁶²⁶ lub praw na dobrach niematerialnych⁶²⁷.

Po drugie, należy zauważyć, że cel dystrybucyjny nie jest wspólny wszystkim kodeksowym typom umów o pośrednictwo. Jego występowanie nie budzi wątpliwości

⁶²³ U. Promińska, Czy nadszedł czas na regulację umowy franchisingu?, w: T. Mróz, M. Stec (red.), Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym, Warszawa 2012, s. 330.

⁶²⁴ Zob. wyr. SA w Poznaniu z 9.1.2013 r., I ACa 1074/12, Legalis. Na temat organizacji zaopatrzenia przez organizatora sieci zob. również B. Jelonek-Jarco, O konieczności, s. 142–143; B. Pokorska, Przedsiębiorca, s. 49–50.

⁶²⁵ Tak trafnie wyr. SA w Krakowie z 22.5.2013 r., I ACa 371/13, Legalis.

⁶²⁶ A. Koch, Umowa franchisingowa, s. 49; L. Stecki, Franchising, s. 62; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (2001), s. 582 i n.

⁶²⁷ Tak zwłaszcza U. Promińska, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 979 i n.; M. Dumkiewicz, Umowa franchisingu, s. 880 i n. Część autorów wskazuje, że umowa franchisingu stanowi swoistą umowę licencyjną; tak A. Koch, Umowa franchisingowa, s. 64–66; M. Dumkiewicz, Umowa franchisingu, s. 905. Zależność między tymi umowami trafnie ujmuje U. Promińska, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 1000–1001, która uznaje je za odrębne typy i wskazuje, że franchising konsumuje licencję i rozszerza ją o postanowienia organizujące sieć franchisingową. Autorka słusznie zauważa przy tym, że powołane umowy różni to, że pozycja licencjodawcy jest pasywna, a organizatora sieci aktywna.

wyłącznie na gruncie agencji. Pomimo modelowej dorywczości umowy komisju można przyjąć, że występuje on również w komisie sprzedaży.

Sytuacja przedstawia się odmiennie w przypadku komisju kupna. Nie sposób uznać, że zlecenie nabycia przedmiotu komisju pełni funkcję dystrybucyjną w stosunku między komitentem a komisantem. Sprzedaż rzeczy ruchomej stanowi wyłącznie skutek wykonania, a nie przyczynę i cel zawarcia umowy komisju kupna. Trudno oceniać cel tej umowy z perspektywy innej niż jej stron. Z tych samych powodów dystrybucja nie jest charakterystyczna dla części omówionych pozakodeksowych umów o pośrednictwo. Jak już wyjaśniono, celu umów maklerskich nie stanowi rozszerzanie rynku zbytu na towary lub usługi przedsiębiorcy (a przynajmniej nie jest to wyłączny cel tych kontraktów), lecz pomoc podmiotowi ich poszukującemu. Trudno również przyjąć, że umowa o pośrednictwo regulowana w kodeksie zobowiązań miała jednoznacznie „sprzedażowy” charakter. Na jej gruncie pośrednik mógł bowiem pełnić rolę bardziej zbliżoną do maklera, niż agenta.

Poczynione uwagi łączą się z wyróżnieniem na wcześniejszym etapie rozważań (rozdział drugi pracy) dwóch różnych celów gospodarczych pośrednictwa, tj. sprzedażowego (dystrybucyjnego) oraz nabywczego. Ich komplementarność ma charakter wyłącznie ekonomiczny, a nie prawny.

W związku z zasygnalizowanym dualizmem funkcji pośrednictwa, występowanie celu dystrybucyjnego z pewnością nie stanowi warunku koniecznego do zaliczenia określonego stosunku do umów o pośrednictwo. Powstaje pytanie, czy jego występowanie jest przesłanką wystarczającą dla takiej kwalifikacji?

Wydaje się, że tak nie jest. Przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłoby do wniosku, że do umów o pośrednictwo można zaliczyć na przykład umowę sprzedaży. Bez wątplenia jej celem jest bowiem „dystrybucja” określonych towarów (rzeczy) lub praw (art. 555 KC). Mimo że jej zawarcie prowadzi do poszerzenia rynku zbytu sprzedawcy, to nie sposób uznać ją za jakąś formę pośrednictwa. Podobnie należy ocenić umowę ramową obejmującą zobowiązania stron do zawierania w przyszłości nieoznaczonej liczby umów sprzedaży⁶²⁸. Wniosku tego nie niweczy okoliczność, że z perspektywy ekonomicznej zawarcie takiej umowy może prowadzić do istotnego rozszerzenia rynku zbytu i polepszenia wyników sprzedażowych jednej ze stron.

Należy również zauważyć, że kryterium celu dystrybucyjnego jako przesłanki kwalifikującej do umów o pośrednictwo nie wydaje się być operatywne z perspektywy jurydycznej. Jak dowodzą dotychczasowe rozważania co do umowy franchisingu, jego

⁶²⁸ Zob. wyr. SA w Krakowie z 13.3.2014 r., I ACa 58/14, Legalis, w którym dokonano wyraźnego odróżnienia umowy komisju od ramowej umowy sprzedaży.

ustalenie w przypadku umów nienazwanych nie zawsze jest oczywiste⁶²⁹. Rozbieżności ocen mogą natomiast rodzić niepewność i godzić w bezpieczeństwo obrotu. W związku z tym trudno przyjąć, że omawiane kryterium stanowi samodzielną przesłankę przyporządkowującą określony stosunek do omawianej grupy umów.

Okoliczność, że zaliczenie dystrybucji i franchisingu do umów o pośrednictwo uzasadnia się celem gospodarczym tych umów nie jest przypadkowa. Stosunki te różnią się bowiem istotnie pod względem konstrukcyjnym od omówionych typów umów o pośrednictwo. W przypadku obu z nich nie występuje bowiem świadczenie charakterystyczne polegające na pośredniczeniu. Ani dystrybutor ani uczestnik sieci nie podejmują czynności faktycznych mających doprowadzić do zawarcia umowy między dostawcą lub organizatorem sieci a osobą trzecią. W ich ramach brak jest również elementu zastępstwa pośredniego lub bezpośredniego.

Powyższe stanowi konsekwencję działania dystrybutora i uczestnika sieci we własnym imieniu i na własny rachunek. Są oni samodzielnymi przedsiębiorcami. Nawiązują własne stosunki prawne i ponoszą związane z nimi ryzyko. Dla ich kontrahentów relacje z dostawcą albo organizatorem sieci nie mają znaczenia prawnego. Nie mogą one stanowić podstawy roszczeń. Stosunki te są od siebie niezależne.

Co istotne, dystrybutor oraz franczyzobiorca osiągają korzyść w postaci marży, a nie prowizji⁶³⁰. Przez pojęcie marży należy rozumieć kwotowo lub procentowo określoną różnicę między ceną płaconą przez kupującego a ceną uprzednio zapłaconą przez przedsiębiorcę, wynikającą z kosztów i zysku przedsiębiorcy⁶³¹. Motywacją do działań dystrybucyjnych dystrybutora oraz uczestnika sieci nie jest zatem charakterystyczne dla umów o pośrednictwo wynagrodzenie wynikowe, lecz uzyskanie nadwyżki nad kosztami poniesionymi na nabycie lub wytworzenie towarów albo w związku z przygotowaniem do świadczenia usług. Uczestnik sieci oraz franczyzobiorca zawierają więc umowy we własnym, a nie cudzym interesie. Należy przy tym zauważyć, że w umowie franchisingu, co do zasady, to uczestnik sieci płaci wynagrodzenie jej organizatorowi⁶³². Uznanie tej umowy za podstawę pośrednictwa

⁶²⁹ W Akademickim Projekcie Kodeksu Cywilnego w zakresie przepisów o umowach pośrednictwa w obrocie towarami lub usługami przyjęto definicję pośrednictwa opartą o funkcję dystrybucyjną. Artykuł 1 § 2 projektu przewiduje, że 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. W świetle poczynionych wywodów, zwłaszcza dotyczących umowy franchisingu, rozwiązanie to budzi wątpliwości. Na temat pojęcia pośrednictwa w APKC zob. szerzej § 4.III.2. rozdziału ósmego.

⁶³⁰ A. Koch, Umowa franchisingowa, s. 56; K. Schmidt, Od starego prawa, s. 1053; wyr. SA w Krakowie z 14.11.2016 r., I ACa 925/16, Legalis; wyr. SA w Warszawie z 20.12.2011 r., I ACa 569/11, Legalis.

⁶³¹ W.J. Katner, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 2018, s. 67.

⁶³² M. Dumkiewicz, Umowa franchisingu, s. 904; A. Koch, Umowa franchisingowa, s. 54.

prowadziłoby więc do wniosku, że to pośrednik płaci wynagrodzenie zleceniodawcy. Pozostaje to w sprzeczności z rozwiązaniami przyjętymi na gruncie kodeksowych oraz pozakodeksowych umów o pośrednictwo.

W przypadku zobowiązań dystrybutora oraz uczestnika sieci wątpliwe jest również, czy polegają one na świadczeniu usług, tak jak w przypadku innych pośredników. Dystrybutor przyjmuje bowiem na siebie obowiązek nabywania i zbywania dóbr⁶³³, a powinnościami franczyzobiorcy są prowadzenie działalności z wykorzystaniem pakietu franchisingowego we własnym imieniu oraz zapłata wynagrodzenia. Nie jest zatem oczywiste, czy do umów tych należy stosować odpowiednio przepisy o zleceniu (art. 750 KC)⁶³⁴. Wydaje się, że w ich przypadku warto rozważyć zastosowanie *per analogiam* przepisów o umowie najbardziej zbliżonej w danym aspekcie stosunku prawnego. Potwierdzeniem trafności zaproponowanego kierunku rozumowania jest wyrok Sądu Najwyższego z 7 lutego 2008 r., w którym – przy spełnieniu pewnych przesłanek – dopuszczono zastosowanie do umowy franchisingu przepisów o umowie dzierżawy⁶³⁵.

W rezultacie, przyjmując ściśle jurystyczne kryteria oceny, w szczególności opierając się na treści świadczeń charakterystycznych dla tych stosunków, nie można zaliczyć ich do grona umów o pośrednictwo.

Zajęte stanowisko wspiera rozumienie pojęcia pośrednictwa w języku potocznym. Zakłada ono, że pośrednik działa w przestrzeni między podmiotami innymi niż on sam. Celem jego starań jest nawiązanie między nimi współpracy, a nie zawarcie umowy z jednym z nich we własnym imieniu i na własny rachunek. Interpretowanym zwrotom prawnym nie należy natomiast nadawać znaczenia odmiennego od występującego w języku powszechnym, chyba że istnieją ku temu dostateczne przyczyny⁶³⁶. Wydaje się, że w omawianym przypadku takie nie występują.

Uwzględniając powyższe, należy krytycznie odnieść się do ogólnej definicji umowy o pośrednictwo zaproponowanej w efekcie prac nad Akademickim Projektem Kodeksu Cywilnego. W art. 1 § 1 projektu przepisów o umowach o pośrednictwo wskazano, że stosuje się je do umów, w których jedna ze stron (pośrednik) zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, do stałego pośredniczenia za wynagrodzeniem w obrocie towarami

⁶³³ A. Koch, w: A. Koch, J. Napierała (red.), Umowy, s. 231 dopatruje się świadczenia usług przez dystrybutora wyłącznie dodatkowo, ubocznie względem jego głównego zobowiązania, które odnosi się do elementów sprzedażowych (nabywania dóbr z zobowiązaniem do ich dalszej sprzedaży).

⁶³⁴ Tak odnośnie do umowy franchisingu A. Koch, Umowa franchisingowa, s. 59.

⁶³⁵ Wyr. SN z 7.2.2008 r., V CSK 397/07, Legalis.

⁶³⁶ J. Nowacki, Z. Tobor, Wstęp do prawoznawstwa, Kraków 2007, s. 196.

lub usługami na rzecz lub w imieniu dającego zlecenie (przedsiębiorcy) bądź w imieniu własnym (umowa pośrednictwa). Z przepisu tego zdaje się wynikać, że dopuszczalne jest pośredniczenie w imieniu własnym i na własny rachunek. Przyjęcie takiej koncepcji stanowiłoby zerwanie z ukształtowanym przez dziesięciolecia rozumieniem pojęć pośredniczenia i pośrednictwa. Wydaje się, że brak jest ku temu dostatecznych przyczyn⁶³⁷.

IV. Cechy wspólne

Wyrażony pogląd nie jest równoznaczny z twierdzeniem, że umowa dystrybucyjna i umowa franchisingu nie mają żadnych cech wspólnych z umowami o pośrednictwo. Ujawniają się one głównie na płaszczyźnie ekonomicznej. Można dostrzec w tym zakresie co najmniej trzy elementy zbliżone.

Pierwszy został już omówiony. Dotyczy umowy dystrybucyjnej oraz franchisingu dystrybucyjnego w zakresie, w jakim działalność dystrybutora oraz uczestnika sieci stanowi etap w drodze towaru od producenta do odbiorcy końcowego. Umowy o pośrednictwo, co do zasady, prowadzą do podobnych skutków, przy czym opierają się na odmiennej konstrukcji prawnej (zastępstwo) lub mają źródło w czynnościach faktycznych pośrednika (pośredniczenie).

Drugi wiąże się z podstawową konsekwencją prowadzenia działalności przez dystrybutora oraz uczestnika sieci, jaką jest szeroko rozumiane zapewnienie obecności na rynku towarów, znaku towarowego, firmy i usług świadczonych z ich wykorzystaniem. Przyczynia się to do ogólnego wzrostu ich dostępności oraz renomy i rozpoznawalności dostawcy lub organizatora sieci. Może to z kolei prowadzić do zawarcia przez nich umów z nowymi dystrybutorami lub uczestnikami sieci. Co więcej, jeżeli dostawca lub organizator prowadzą również „sprzedaż bezpośrednią” lub świadczą w ten sposób usługi, działania dystrybutora lub franczyzobiorcy mogą doprowadzić do pozyskania przez nich nowych klientów. *Wojciech Kocot* wskazuje, że dochodzi w tej sytuacji do „pozyskania klientów na przyszłość”⁶³⁸.

W perspektywie długookresowej dystrybutor oraz uczestnik – wykonując własną działalność – mogą „przy okazji” przyczynić się do zawarcia umów przez dostawcę lub organizatora⁶³⁹. Działania te można określić jako pośrednie pośredniczenie. *De iure* (w ujęciu modelowym) ani dystrybutor, ani organizator nie są zobowiązani do świadczenia polegającego

⁶³⁷ Zob. szerzej w § 4.III.2. rozdziału ósmego.

⁶³⁸ *W. Kocot*, w: *W.J. Katner* (red), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 250.

⁶³⁹ *Ibidem*, s. 247.

na wykonywaniu czynności faktycznych prowadzących do zawarcia umowy przez dostawcę lub organizatora. Ich aktywność może jednak w pewnych stanach faktycznych prowadzić do skutków tożsamyh z pośrednictwem. Nie budzi jednak wątpliwości, że powyższe nie stanowi podstawy żądania zapłaty prowizji.

Trzeci aspekt nawiązuje do wypowiedzi części doktryny, w których zauważa się, że umowy dystrybucyjna, franchisingu oraz agencyjna (a w konsekwencji umowy o pośrednictwo) cechują się brakiem równorzędności faktycznej stron⁶⁴⁰. Podnosi się, że dostawca, organizator sieci oraz dający zlecenie na ogół odznaczają się przewagą ekonomiczną i mają tendencję do podporządkowywania sobie drugiej strony umowy⁶⁴¹. Powyższe stanowi jedną z głównych przyczyn wspólnej regulacji tych umów w zakresie środków ochrony dystrybutora, uczestnika sieci oraz agenta w DCFR oraz projekcie przepisów o pośrednictwie w ramach Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego. Należy jednak zauważyć, że zasygnalizowane podobieństwo wiąże się z istotą umów o pośrednictwo wyłącznie w ograniczonym stopniu. Występowanie strony faktycznie słabszej jest bowiem charakterystyczne dla wielu stosunków prawnych. W przypadku umowy dystrybucyjnej silniejsza pozycja dostawcy może przy tym budzić wątpliwości. W doktrynie zwraca się uwagę, że jego sukces jest w dużej mierze uzależniony od pozycji i działania dystrybutora⁶⁴².

Przedstawione argumenty nie wykluczają przyjęcia wspólnych regulacji ochronnych dla omawianych umów. Jednakże nie musi to być równoznaczne z ich łącznym określeniem jako umów o pośrednictwo. Warto zauważyć, że w przeciwieństwie do Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego, IV.E.101 (1) DCFR nie przesądza, że zakres regulacji Części E. dotyczy umów o pośrednictwo. Wskazuje wyłącznie, że jego przepisy mają zastosowanie do umów: agencyjnej, franchisingu, dystrybucyjnej oraz umów, w których przedsiębiorca podejmuje starania mające na celu wprowadzenie na rynek towarów lub usług innego podmiotu⁶⁴³.

⁶⁴⁰ Tak przede wszystkim *M. Grochowski, E. Rott-Pietrzyk*, w: *M. Stec* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, s. 36; *ciż*, *Umowy pośrednictwa w obrocie*, s. 57–58

⁶⁴¹ *Ibidem*.

⁶⁴² *A. Koch*, *Umowa franchisingowa*, s. 54; *U. Promińska*, w: *W.J. Katner* (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 999.

⁶⁴³ Powołany przepis stanowi, że *This Part of Book IV applies to contracts for the establishment and regulation of a commercial agency, franchise or distributorship and with appropriate adaptations to other contracts under which a party engaged in business independently is to use skills and efforts to bring another party's products on to the market.*

V. Wnioski

Poczyniona analiza prowadzi do konstatacji, że ekonomiczne aspekty podobieństwa dystrybucji i franczyzy do umów o pośrednictwo nie zacierają wyraźnych różnic prawnych między nimi. Umowa dystrybucyjna i umowa franchisingu są konstrukcyjnie odległe od tradycyjnego ujęcia umów o pośrednictwo przyjętego w kodeksie zobowiązań i kodeksie handlowym, a także na gruncie kodeksu cywilnego oraz innych ustaw. Z tego względu trudno zaliczyć je do stosunków z zakresu pośrednictwa w znaczeniu prawnym. W związku z tym omówione umowy nie powinny być uwzględniane przy konstruowaniu prawnego (ogólnego) pojęcia pośrednictwa. W tym zakresie należy opierać się przede wszystkim na solidnych fundamentach zbudowanych z umów nazwanych, zwłaszcza kodeksowych.

§ 4. Umowa akwizycyjna a umowy o pośrednictwo

Umowa akwizycyjna dość rzadko stanowi przedmiot wypowiedzi doktryny i orzecznictwa. W części opracowań prawniczych zalicza się ją do umów o pośrednictwo⁶⁴⁴. Trafność tego poglądu wymaga weryfikacji.

Wskazuje się, że według kryterium treści stosunku prawnego łączącego strony akwizycja może przyjąć dwie postaci. W pierwszej z nich omawiana umowa ma charakter nienazwany. Według definicji doktrynalnej, w jej ramach akwizytor (przedsiębiorca) zobowiązuje się do stałego albo okazjonalnego pozyskiwania we własnym imieniu i na własny rachunek klientów dla zbytu oznaczonych towarów lub usług (produkowanych albo świadczonych przez zlecającego przedsiębiorcę)⁶⁴⁵. Mimo mało precyzyjnego określenia świadczenia akwizytora, wydaje się, że w tym ujęciu pozyskiwanie klientów polega na dalszej sprzedaży towarów nabytych wcześniej od zleceniodawcy⁶⁴⁶. Z drugiej strony dający zlecenie wyraża zgodę na pobieranie przez akwizytora marży w uzgodnionej wysokości oraz udziela akwizytorowi wyraźnego upoważnienia do czynności objętych zakresem jego zobowiązania⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ Tak zwłaszcza *W. Kocot*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 185 i n.; *K. Kruczałak*, w: *S. Włodyka* (red.), Prawo umów (2001), s. 362 i n.

⁶⁴⁵ *W. Kocot*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 202; *K. Kruczałak*, w: *S. Włodyka* (red.), Prawo umów (2001), s. 363.

⁶⁴⁶ Zob. *W. Kocot*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 202. Podobnie jak na gruncie umowy dystrybucyjnej, nie sposób wyjaśnić, na czym miałyby polegać dalsza sprzedaż usług przez akwizytora.

⁶⁴⁷ *W. Kocot*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 190; *K. Kruczałak*, w: *S. Włodyka* (red.), Prawo umów (2001), s. 363.

Drugie ujęcie akwizycji zakłada, że stanowi postać umowy agencyjnej typu pośredniczego⁶⁴⁸. Jak wyjaśniono w rozdziale czwartym pracy (§ 2.III.), obejmuje ona zobowiązanie się przez agenta (akwizytora) do stałego pośredniczenia przy zawieraniu umów na rzecz dającego zlecenie za wynagrodzeniem. Najczęściej przyjmuje to formę pozyskiwania zamówień (ofert) na towary lub usługi dającego zlecenie⁶⁴⁹. Czynności faktyczne wykonywane przez akwizytora mają więc doprowadzić do sytuacji, w której podmioty inne niż on sam zawrą umowę docelową. Wynagrodzenie akwizytora jest płatne przez dającego zlecenie i najczęściej ma charakter prowizyjny.

Przedstawione poglądy budzą wątpliwości zarówno co do określenia treści umowy akwizycyjnej, jak i – odnośnie do pierwszego ujęcia – w zakresie zaliczenia jej do umów o pośrednictwo.

W pierwszej kolejności należy zdecydowanie zakwestionować celowość wyróżnienia umowy akwizycyjnej odpowiadającej treści agencji pośredniczej. Po pierwsze, taki kontrakt stanowi po prostu umowę agencyjną. Postrzeganie go jako jednej z postaci akwizycji jest sprzeczne z zasadą ekonomii myślenia (mnożenie bytów ponad potrzebę), miesza ekonomiczne lub potoczne rozumienie terminu „akwizycja” z normatywnym pojęciem agencji oraz komplikuje zagadnienie, zamiast je upraszczać.

Po drugie, w ramach kwestionowanego poglądu nie określa się *differentia specifica* pozwalającej na wyróżnienie umowy akwizycyjnej jako podtypu agencji pośredniczej. Z uwagi na szerokie ujęcie pośredniczenia na gruncie art. 758 § 1 KC, które mieści zarówno następczość sposobności do zawarcia umowy, jak i pośredniczenie w rozumieniu dawnego art. 517 KZ, trudno wyobrazić sobie takie kryterium. Zbieranie ofert (zamówień) dla dającego zlecenie zawsze stanowi przykład pośredniczenia. Jeżeli jest wykonywane w sposób stały przez przedsiębiorcę chodzi o umowę agencyjną. W przypadku działania dorywczego należy natomiast zakwalifikować ją jako nienazwaną umowę o pośrednictwo zwykłe. Pozycja, znaczenie i rozumienie tej ostatniej, choćby w związku z tradycją kodeksu zobowiązań⁶⁵⁰, są o wiele bardziej ugruntowane w polskim prawie cywilnym niż umowa akwizycyjna. Dowodzi tego okoliczność, że w okresie gospodarki centralnie planowanej akwizytorzy nie

⁶⁴⁸ W. Kocot, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 188–189; *tenże*, Systematyka, s. 97; K. Kruczalak, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (2001), s. 363.

⁶⁴⁹ W. Kocot, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 193; K. Kruczalak, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (2001), s. 363. Również W.J. Katner, w: J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 26–27 wskazuje, że zbieranie ofert (zamówień) stanowi podstawowe zobowiązanie akwizytora. Omawiając problem „sprzedaży akwizycyjnej” w kontekście umów zawieranych poza lokalnym przedsiębiorstwem, autor ten podaje przykłady przedsiębiorców opierających działalność o sprzedaż akwizycyjną (bezpośrednią), tj. zwłaszcza Avon, Fuller, Rainbow.

⁶⁵⁰ Zob. szerzej § 2 rozdziału trzeciego pracy.

stanowili samodzielnych przedsiębiorców, lecz, co do zasady, pracowników niektórych jednostek gospodarki społecznej⁶⁵¹.

Wyłącznie uzupełniająco można wskazać, że jeżeli akwizytor (agent) jest dodatkowo zobowiązany i uprawniony do zawierania umów w imieniu zleceniodawcy, wskazany wyżej stosunek stanowi umowę agencji pełnomocniczej (przedstawicielskiej).

Przechodząc do kolejnego zagadnienia, za nieuzasadnione należy uznać wyodrębnienie umowy akwizycyjnej jako odrębnej umowy nienazwanej. Powyższe wiąże się przede wszystkim z brakiem określenia cech charakterystycznych tego kontraktu, które umożliwiałyby jego wyodrębnienie spośród innych typów umów nienazwanych.

Pozyskiwanie we własnym imieniu i na własny rachunek klientów dla określonych towarów lub usług przez ich nabywanie, a następnie dalszą sprzedaż odpowiada definicji doktrynalnej umowy dystrybucyjnej. W ramach kwestionowanego poglądu wskazuje się, że umowa dystrybucyjna różni się od umowy akwizycyjnej tym, że dystrybutor prowadzi przedsiębiorstwo większych rozmiarów⁶⁵². Ostatnio wskazane kryterium funkcjonowało na gruncie kodeksu handlowego i stanowiło przesłankę definiującą kupca rejestrowego⁶⁵³. Artykuł 4 § 1 KH stanowił, że kupiec, który prowadzi przedsiębiorstwo zarobkowe w większym rozmiarze jest kupcem rejestrowym. Zrezygnowano z niego w kodeksie cywilnym i w rezultacie w aktualnym stanie prawnym brak jest podstaw do jego wykorzystywania. Ponadto wydaje się, iż nie stanowi ono dostatecznie wyraźnej podstawy odróżniającej omawiane umowy. Ocena wielkości przedsiębiorstwa jest bowiem wysoce relatywna.

Przyjmując, że typowa treść umowy dystrybucyjnej i umowy akwizycyjnej jest tożsama, warto zastanowić się, która z nich powinna zostać wyróżniona jako umowa nienazwana. Postawioną wątpliwość należy rozstrzygnąć na korzyść umowy dystrybucyjnej. Przemawia za tym argument, że odnoszą się do niej regulacje z zakresu prawa gospodarczego publicznego oraz jej wyodrębnienie w europejskim prawie modelowym (przy braku projektowanych regulacji co do umowy akwizycyjnej)⁶⁵⁴. W tym kierunku podążają również najnowsze opracowania dotyczące umów o pośrednictwo⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ Zob. szerzej *M. Piekarski*, w: *F. Błahuta* i in., *Kodeks*, s. 1567–1568.

⁶⁵² *W. Kocot*, w: *W.J. Katner* (red), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 188.

⁶⁵³ Artykuł 4 § 1 KH stanowił, że kupiec, który prowadzi przedsiębiorstwo zarobkowe w większym rozmiarze jest kupcem rejestrowym.

⁶⁵⁴ Jak wskazano w poprzedniej części tego rozdziału pracy, w księdze IV DCFR (*Specific contracts*) proponuje się wyłącznie regulacje umów: agencyjnej, dystrybucyjnej i franchisingu.

⁶⁵⁵ W najnowszym wydaniu *Systemu Prawa Handlowego (Prawo umów handlowych, tom 5C, 2020 r.)*, w przeciwieństwie do poprzednich edycji (*Prawo umów handlowych, tom 5, 2017 r., 2014 r., 2011 r., 2006 r.*) po raz pierwszy zrezygnowano z omówienia umowy akwizycyjnej w ramach umów o pośrednictwo.

Niezależnie od wyżej poczynionych uwag, nawet zakładając, że wyodrębnienie umowy akwizycyjnej jest możliwe i celowe, to – w wariacie polegającym na działaniu akwizytora we własnym imieniu i na własny rachunek – nie stanowi ona umowy o pośrednictwo. Uzasadnienie tego wniosku przedstawiono w poprzedniej części pracy odnośnie do umów: dystrybucyjnej i franchisingu. Warto wyłącznie powtórzyć, że taka konstrukcja zobowiązania akwizytora (dystrybutora) stanowi pośrednictwo wyłącznie w sensie ekonomicznym. W rozumieniu jurydycznym nie obejmuje natomiast świadczenia charakterystycznego w postaci pośredniczenia (oraz ewentualnie zastępstwa) w zawarciu umowy przez podmioty inne niż pośrednik. Jest to działalność prowadzona na własny rachunek i we własnym imieniu, w ramach której zarobek (wynagrodzenie) akwizytora (dystrybutora) stanowi marża, a więc różnica pomiędzy ceną zapłaconą za nabycie towaru, a ceną uzyskaną z jego dalszej sprzedaży.

§ 5. Dystrybucja ubezpieczeń a umowy o pośrednictwo

I. Uwagi wstępne

W ramach rozważań prowadzonych w niniejszym rozdziale na uwagę zasługuje również zagadnienie dystrybucji ubezpieczeń⁶⁵⁶. Przemawiają za tym co najmniej dwie przyczyny. Po pierwsze, stanowiące jeden z jej przejawów pośrednictwo ubezpieczeniowe, obejmujące zarówno działalność agentów ubezpieczeniowych, jak i brokerów, stanowi formę pośrednictwa o bogatej tradycji⁶⁵⁷, szerokiej regulacji⁶⁵⁸ oraz istotnym znaczeniu społeczno-gospodarczym. Po drugie, dokonane w ostatnich latach zmiany w unormowaniu pośrednictwa ubezpieczeniowego, w tym zwłaszcza zastosowana w ich ramach technika legislacyjna sprawiły, że regulacja tytułowego zagadnienia znacznie różni się od tradycyjnych rozwiązań przyjętych w przepisach dotyczących innych stosunków z zakresu pośrednictwa⁶⁵⁹.

⁶⁵⁶ Na nie mniejszą uwagę niż problematyka dystrybucji ubezpieczeń zasługuje dystrybucja reasekuracji (zob. art. 5 DystrUbezpU). Ramy niniejszej pracy nie pozwalają na jej odrębne omówienie. Uwagi poczynione odnośnie do dystrybucji ubezpieczeń, w szczególności co do systemu pojęć związanych z pośrednictwem funkcjonujących na gruncie powołanej ustawy, w znacznym zakresie dotyczą również dystrybucji reasekuracji.

⁶⁵⁷ Zob. rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz.U. z 1934 r. Nr 96, poz. 864); art. 34 ustawy z 28.7.1990 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U. z 1990 r. Nr 59, poz. 344); ustawa z 22.5.2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz.U. z 2003 r. Nr 124, poz. 1154).

⁶⁵⁸ Nie można znaleźć przykładu ustawy innej niż DystrUbezpU, która dotyczy wyłącznie zagadnień związanych z pośrednictwem. Te ostatnie zazwyczaj stanowią niewielką część problematyki regulowanej w poszczególnych aktach prawnych.

⁶⁵⁹ W niektórych wypowiedzeniach doktryny ostatnio dokonane zmiany w regulacji pośrednictwa ubezpieczeniowego są określane mianem „rewolucji” terminologicznej. Tak *M. Serwach*, w: *W.J. Katner* (red), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 902.

Wprowadzenie pojęcia i instytucji dystrybucji ubezpieczeń stanowi konsekwencję wejścia w życie w dniu 1.10.2018 r. ustawy z 15.12.2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń, która uchyliła poprzednio obowiązującą ustawę z 22.5.2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym. Nowy akt prawny implementuje dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/97 z 20.01.2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (*Insurance Distribution Directive*)⁶⁶⁰. Celem tej ostatniej jest zapewnienie równego traktowania wszystkich klientów na rynku ubezpieczeniowym bez względu na sposób zawarcia umowy (kanał dystrybucji)⁶⁶¹. W przeciwieństwie do klasycznego pośrednictwa, dystrybucja ubezpieczeń obejmuje nie tylko pośredniczenie przy zawieraniu umów lub ich zawieranie przez pośrednika, lecz również dokonywanie czynności z tym związanych bezpośrednio przez zakład ubezpieczeń. W konsekwencji art. 3 ust. 1 pkt 8 DyrUbezpU uznaje za dystrybutora ubezpieczeń zakłady ubezpieczeń, agentów ubezpieczeniowych oraz oferujących ubezpieczenia uzupełniające, a także brokerów ubezpieczeniowych.

Realizacja założeń dyrektywy IDD oraz transponującej ją ustawy następuje przez nałożenie na dystrybutorów szeregu powinności. Należą do nich w szczególności: zobowiązanie do wykonywania dystrybucji w sposób uczciwy, rzetelny, profesjonalny i zgodny z najlepiej pojętym interesem klienta (art. 7), obowiązek zbadania potrzeb i sytuacji klienta (art. 8), rozbudowany (zarówno co do treści, jak i formy wykonania) obowiązek udzielenia informacji (art. 8, 9, 10), wymagania co do procesu zatwierdzania produktu ubezpieczeniowego (art. 11) oraz nakaz zapobiegania konfliktowi interesów (art. 15). Zgodnie z motywem trzecim, dyrektywa IDD przewiduje regulację kierunkową, zakładającą wyłącznie minimalną harmonizację.

Cywilistyczny charakter niniejszej pracy wymaga, aby przed przejściem do właściwej części rozważań, poczynić uwagę odnośnie do jednego ze wskazanych wyżej obowiązków dystrybutora ubezpieczeń. Przez „zatwierdzanie produktu ubezpieczeniowego” w rozumieniu DyrUbezpU należy rozumieć sformułowanie postanowień wzorca umowy ubezpieczenia lub gwarancji ubezpieczeniowej, który jest następnie stosowany przez dystrybutora ubezpieczeń. Posługiwanie się pojęciem produktu odnośnie do wzorca umowy oraz do umowy jest z perspektywy cywilistyki rażąco wadliwe. Ani wzorzec umowy, ani umowa nie stanowią produktów (przedmiotu obrotu), lecz podstawę nawiązania stosunku prawnego. Ich reifikacja

⁶⁶⁰ Dz.Urz. UE L 26, s. 19.

⁶⁶¹ Zob. motywy 5–6 dyrektywy IDD. Na temat celów dyrektywy zob. szerzej *D. Maśniak*, w: *M. Fras* i in., *Dystrybucja ubezpieczeń. Komentarz*, Warszawa 2020 s. 20; *M. Serwach*, w: *W.J. Katner* (red), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 902–903.

w ustawie błędnie sugeruje, że postanowienia umowy ubezpieczenia lub gwarancji ubezpieczeniowej nie mogą być nigdy negocjowane. Nie sposób bowiem negocjować treści produktu. Tego rodzaju uproszczenia pochodzące z języka ekonomicznego, często stosowane w dyrektywach unijnych, nie powinny przenikać do krajowego języka prawnego⁶⁶².

II. Pojęcie dystrybucji ubezpieczeń

Dystrybucja ubezpieczeń została zdefiniowana legalnie w art. 4 ust. 1 DystrUbezpU, który określa ją jako działalność wykonywaną wyłącznie przez dystrybutora ubezpieczeń, polegającą na: (i) doradzaniu⁶⁶³, proponowaniu lub wykonywaniu innych czynności przygotowawczych zmierzających do zawarcia umów ubezpieczenia lub gwarancji ubezpieczeniowych, (ii.) zawieraniu tych umów w imieniu zakładu ubezpieczeń, w imieniu lub na rzecz klienta albo bezpośrednio przez zakład ubezpieczeń, (iii.) udzielaniu pomocy przez pośrednika ubezpieczeniowego w administrowaniu umowami i ich wykonywaniu, także w sprawach o odszkodowanie lub świadczenie. Artykuł 4 ust. 2 DystrUbezpU stanowi, że dystrybucja ubezpieczeń obejmuje również, przy spełnieniu odpowiednich przesłanek, działalność internetowych porównywarek ubezpieczeniowych⁶⁶⁴. Zgodnie z art. 4 ust. 6 DystrUbezpU mieści się w niej także organizowanie i nadzorowanie czynności agencyjnych oraz brokerskich.

Przytoczona definicja nasuwa cztery podstawowe uwagi istotne w kontekście prowadzonych rozważań.

Po pierwsze, jest rozbudowana, a nawet kazuistyczna. Ustawa nie określa syntetycznej formuły, na czym polega dystrybucja ubezpieczeń, lecz obszernie wylicza rodzaje działalności, które należy uznać za jej przejawy. Dodatkowo w art. 2 ust. 1 i 2 oraz w art. 6 DystrUbezpU przewidziano szereg wyłączeń z zakresu podmiotowego ustawy pewnych przedsiębiorców oraz

⁶⁶² Podobnie w tej kwestii zwłaszcza *M. Fras*, w: *M. Fras* i in., *Dystrybucja*, s. 63–64; *B. Kucharski*, w: *M. Fras* i in., *Dystrybucja*, s. 55.

⁶⁶³ Dyrektywa IDD odróżnia terminy „doradzania” od „doradztwa”. Pierwszy stanowi czynność przygotowawczą zmierzającą do zawarcia umowy ubezpieczenia (gwarancji ubezpieczeniowej), która ma charakter informacyjny i może być wykonywana przez każdego dystrybutora ubezpieczeń. Drugi polega na udzieleniu klientowi zindywidualizowanej rekomendacji, a zatem zasugerowaniu wyboru określonej umowy (art. 2 ust. 1 pkt 15 dyrektywy IDD), które stanowią domenę wyłącznie brokerów ubezpieczeniowych. Zob. szerzej *D. Maśniak*, w: *M. Fras* i in., *Dystrybucja*, s. 83–84; *M. Szaraniec*, *Usługa doradztwa wykonywana przez pośrednika ubezpieczeniowego względem klienta wynikająca z dyrektywy 2016/97 z 20.1.2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń*, w: *E. Rutkowska-Tomaszewska* (red.), *Ochrona klienta na rynku usług finansowych w świetle aktualnych problemów i regulacji prawnych*, Warszawa 2017, s. 396–400. Poczyniona uwaga jest istotna w kontekście rozważań prowadzonych w § 6. tego rozdziału pracy.

⁶⁶⁴ Zob. szerzej *P. Kukuryk*, *Uwagi o statusie prawnym internetowych porównywarek ubezpieczeń*, w: *B. Gnela*, *M. Szaraniec* (red.), *Dystrybucja usług ubezpieczeniowych*, Warszawa 2017, s. 283–296.

czynności, których nie uznaje się za dystrybucję ubezpieczeń, mimo spełnienia przytoczonych wyżej cech definicyjnych. Z dystrybucji ubezpieczeń wyklucza się zwłaszcza dystrybucję umów ubezpieczenia lub gwarancji ubezpieczeniowych o odpowiednio niskiej składce, które stanowią uzupełnienie dostarczanych przez dostawcę towarów lub świadczonych usług.

Po drugie, w przeciwieństwie do większości przedstawionych dotychczas umów o pośrednictwo, czynności podejmowane przez pośredników ubezpieczeniowych w zakresie dystrybucji ubezpieczeń, nie ograniczają się wyłącznie do etapów przedkontraktowego oraz kontraktowania, ale odnoszą się również do fazy po zawarciu umowy, a także organizowania i nadzorowania czynności pośredników ubezpieczeniowych. Dystrybucja ubezpieczeń dotyczy zatem zdecydowanie szerszego *spectrum* aktywności, niż tradycyjnie ujmowana działalność pośrednika.

Po trzecie, jak zostało zasygnalizowane na wstępie, dystrybucja ubezpieczeń obejmuje działalność zarówno pośredników ubezpieczeniowych, jak i zakładów ubezpieczeń. Mieści zatem w sobie bezpośrednio zawieranie umów ubezpieczenia i gwarancji ubezpieczeniowych przez ubezpieczyciela, to jest sytuację, w której nie ma miejsca na działanie podmiotu trzeciego. W związku z tym, definicja dystrybucji ubezpieczeń nie odnosi się wprost do żadnego typu umowy, który jest podstawą dystrybucji. W przypadku zakładów ubezpieczeń stanowi ona bowiem immanentną część ich własnej działalności polegającą na zawieraniu umów ubezpieczenia lub gwarancji ubezpieczeniowej. W opozycji do czynności agencyjnych (art. 4 ust. 3 DystrUbezpU) oraz czynności brokerskich w zakresie ubezpieczeń (art. 4 ust. 4 DystrUbezpU), działania zakładu ubezpieczeń ustawa określa jako czynności dystrybucyjne w zakresie ubezpieczeń (art. 4 ust. 5 DystrUbezpU). Te ostatnie są wykonywane przez uprawnionego pracownika ubezpieczyciela.

Wydaje się, że potrzeba objęcia nowymi regulacjami zakładów ubezpieczeń była podstawową przyczyną wprowadzenia do polskiego porządku prawnego pojęcia dystrybucji ubezpieczeń. Co oczywiste, ich zaliczenie do kategorii pośredników ubezpieczeniowych nie było możliwe. Technika legislacyjna przyjęta przez polskiego ustawodawcę polega na prostym powieleniu przepisów dyrektywy IDD do nowej, odrębnej ustawy⁶⁶⁵. Powyższe stanowi przedmiot krytyki doktryny. Wskazuje się, że działalność zakładów ubezpieczeń w zakresie szeroko rozumianego proponowania i zawierania umów ubezpieczenia i gwarancji ubezpieczeniowych jest w konsekwencji regulowana dwukrotnie⁶⁶⁶ – raz w DystrUbezpU,

⁶⁶⁵ Tak D. Maśniak, w: M. Fras i in., *Dystrybucja*, s. 82.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, s. 21.

a drugi – w ustawie o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej⁶⁶⁷. Należy podzielić ten argument. Wydaje się, że lepszym rozwiązaniem byłoby dostosowanie przepisów ostatnio wskazanej ustawy do wymagań wynikających z dyrektywy IDD. Wprowadzanie nowego pojęcia dystrybucji ubezpieczeń nie było konieczne. Stanowi ono mnożenie bytów ponad potrzebę.

Po czwarte, mimo podobieństwa nazw, ujęcie dystrybucji ubezpieczeń jest odległe od doktrynalnej definicji umowy dystrybucyjnej. Pomijając omówioną w § 3. tego rozdziału sporną kwestię przedmiotu umowy dystrybucyjnej, należy zauważyć, że zakłada ona zawsze występowanie podmiotu trzeciego (dystrybutora), który zobowiązuje się do nabycia od dostawcy określonych dóbr (lub usług) i ich dalszej sprzedaży (świadczenia) we własnym imieniu i na własny rachunek.

W przypadku dystrybucji ubezpieczeń ułożenie zobowiązania w wyżej wskazany sposób nie jest możliwe. Dystrybucja wykonywana przez pośredników ubezpieczeniowych polega wyłącznie na pośredniczeniu albo pośredniczeniu i zastępstwie, co do zasady, bezpośrednio. Pośrednik ubezpieczeniowy nigdy nie zawiera umowy na własny rachunek. W przypadku dystrybucji wykonywanej (bezpośrednio) przez zakład ubezpieczeń, należy stwierdzić, że w jej ramach nie dochodzi do „zbycia produktu ubezpieczeniowego” w celu jego dalszej „sprzedaży” przez dystrybutora. Posługując się paradygmatem umowy dystrybucyjnej można stwierdzić, że ubezpieczyciel występuje zarówno w roli dostawcy, jak i dystrybutora.

W rezultacie można stwierdzić, że nie tylko samo wprowadzenie kategorii dystrybucji ubezpieczeń nie było konieczne, lecz również ugruntowana w cywilistyce konotacja nazwy wybranej dla określenia stosunków nią objętych nie odpowiada ich treści.

III. Dystrybucja ubezpieczeń a pośrednictwo ubezpieczeniowe

Uregulowanie dystrybucji ubezpieczeń w nowej ustawie nie doprowadziło do rezygnacji z funkcjonującego wcześniej w polskim porządku prawnym pojęcia pośrednictwa ubezpieczeniowego⁶⁶⁸. Artykuł 3 ust. 1 pkt 14 DystrUbezpU definiuje je jako wykonywanie dystrybucji ubezpieczeń przez pośredników ubezpieczeniowych (agentów i brokerów) działających za wynagrodzeniem. Pośrednictwo ubezpieczeniowe stanowi istotny, choć nie jedyny przejaw dystrybucji ubezpieczeń⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ Ustawa z 11.9.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 656 ze zm).

⁶⁶⁸ Zob. art. 2 ust. 1 ustawy z 22.5.2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym.

⁶⁶⁹ J. Pokrzywniak, *Pojęcie*, s. 28.

Mimo pozostawienia pojęcia pośrednictwa ubezpieczeniowego w nowej ustawie, jej przepisy (poza wprowadzeniem definicji legalnej) odwołują się do niego tylko dwukrotnie⁶⁷⁰. Artykuł 13 DystrUbezpU stanowi, że pośrednictwo ubezpieczeniowe jest działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów PrPrzed. W doktrynie trafnie wskazuje się, że powołany przepis jest pozbawiony jakiegokolwiek znaczenia prawnego i jego wprowadzenie nie było potrzebne⁶⁷¹. Spełnienie przesłanek prowadzenia działalności gospodarczej z art. 4 PrPrzed powoduje bowiem, że określona działalność ma taki charakter *ex lege* (jeżeli wykonuje ją przedsiębiorca). Drugą regulacją odnoszącą się do pojęcia pośrednictwa ubezpieczeniowego jest art. 66 ust. 2 DystrUbezpU. Statuuje on obowiązek organu nadzoru do opublikowania odesłania do odpowiedniego rejestru zawierającego wykaz podmiotów wykonujących działalność w zakresie pośrednictwa ubezpieczeniowego przez oddział lub w inny sposób, w ramach swobody świadczenia usług, na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej niż państwo, w którym znajduje się ich siedziba lub miejsce zamieszkania.

Z powyższego wynika, że pojęcie pośrednictwa ubezpieczeniowego nie pełni w zasadzie żadnej roli na gruncie obecnie obowiązującej ustawy. Wydaje się, że jedyną korzyścią, której można dopatrywać się w jego utrzymaniu jest możliwość wyraźnego odróżnienia pośrednictwa ubezpieczeniowego od innych postaci dystrybucji ubezpieczeń oraz od samej dystrybucji ubezpieczeń. Jak już zasygnalizowano, na gruncie DystrUbezpU problemem nie jest jednak pozostawienie pojęcia pośrednictwa ubezpieczeniowego, które odznacza się spójnością i ugruntowaną pozycją w systemie prawnym, lecz wprowadzenie – niemającego tych cech – pojęcia dystrybucji ubezpieczeń.

Niezależnie od poczynionych wyżej uwag wydaje się, że pomimo zarzutów podwójnej regulacji działalności zakładów ubezpieczeń, naruszenia zasady ekonomiki myślenia oraz przyjęcia nazwy odwołującej się do terminu „dystrybucja”, której cywilistyczne konotacje są odmienne od przedmiotu dystrybucji ubezpieczeń, konstrukcje pojęciowe zastosowane w DystrUbezpU mają szanse na sprawne funkcjonowanie w praktyce. Omawiana ustawa z pewnością nie stanowi jednak pozytywnego wzorca tworzenia prawa.

Ostatnia kwestia wymagająca wyjaśnienia w kontekście prowadzonych rozważań jest związana z techniką legislacyjną przyjętą przy tworzeniu DystrUbezpU. Ta ostatnia stanowi konsekwencję przedstawionego w uwagach wstępnych celu dyrektywy IDD, w postaci ochrony klienta usług ubezpieczeniowych w odniesieniu do wszystkich kanałów ich dystrybucji. Jego realizacji służy wyznaczanie zakresu przedmiotowego dyrektywy IDD oraz

⁶⁷⁰ Zauważa to również D. Maśniak, w: M. Fras i in., *Dystrybucja* s. 72.

⁶⁷¹ Tak zwłaszcza B. Kucharski, w: M. Fras i in., *Dystrybucja*, s. 177; J. Pokrzywniak, *Pojęcie*, s. 29.

implementującej ją ustawy przez zastosowanie opisowego i zbiorczego pojęcia dystrybucji ubezpieczeń. Obejmuje ono zróżnicowane sytuacje doradzania, proponowania, zawierania oraz udzielania pomocy przy wykonywaniu umów ubezpieczenia i gwarancji ubezpieczeniowych. Pojęcie dystrybucji ubezpieczeń leży zatem na innej płaszczyźnie niż przedstawione w tej części rozdziału pracy typy umów nazwanych oraz nienazwanych.

Wyżej poczynioną uwagę można odnieść również do pojęcia pośrednictwa ubezpieczeniowego, które łączy w sobie działalność wykonywaną zarówno przez agentów, jak i brokerów ubezpieczeniowych. Obejmuje zatem działalność opartą na – pod wieloma względami istotnie odmiennych – umowach agencji i brokerskiej. Takie ujęcie występowało również na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym. Jej art. 2 ust. 1 przewidywał, że pośrednictwo ubezpieczeniowe polega na wykonywaniu przez pośrednika za wynagrodzeniem czynności faktycznych lub czynności prawnych związanych z zawieraniem lub wykonywaniem umów ubezpieczenia⁶⁷².

Wydaje się, że przytoczona definicja nie straciła aktualności. Ujęcie pośrednictwa ubezpieczeniowego daje natomiast istotną wskazówkę do określenia ogólnego pojęcia pośrednictwa. Z tego pierwszego można bowiem wywodzić, że pośrednictwo stanowi pojęcie zbiorcze odnoszące się do działalności prowadzonej na podstawie różnych typów umów, których istotą (a zarazem wspólnym mianownikiem) jest świadczenie pośrednika, polegające na dokonywaniu czynności faktycznych prowadzących do zawarcia umowy docelowej przez podmioty inne niż on sam (pośredniczenie) lub również zawarcia jej na rzecz dającego zlecenie.

§ 6. Umowy o doradztwo a umowy o pośrednictwo

I. Uwagi wstępne

Kontrakty, w których przedmiot zobowiązania stanowi doradztwo nie są omawiane w doktrynie jako odrębna grupa umów. Za przyczyny tego stanu rzeczy należy uznać zwłaszcza brak ich regulacji w kodeksie zobowiązań i kodeksie cywilnym, znaczną różnorodność zagadnień, których może dotyczyć doradztwo oraz towarzyszące temu rozproszenie (a przy tym

⁶⁷² Na temat pośrednictwa ubezpieczeniowego na gruncie powołanej wyżej ustawy zob. zwłaszcza *P. Bałasz, K. Szaniawski*, Ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym. Komentarz, Kraków 2005; *A. Chróścicki*, Ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym z komentarzem, Bydgoszcz–Warszawa 2004; *E. Kowalewski*, w: *E. Kowalewski, T. Sangowski*, Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz, Warszawa 2004, s. 393–447; *J. Pokrzywniak*, Ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym – ocena i uwagi *de lege ferenda* w kontekście prac nad nowelizacją dyrektywy w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego, w: *B. Gneta* (red.), Ubezpieczenia gospodarcze. Wybrane zagadnienia prawne, Warszawa 2011, s. 203–212.

fragmentaryczność) odnoszących się do niego regulacji cywilnoprawnych. Mimo powyższego, widoczne jest stopniowe formowanie treści coraz większej liczby typów umów obejmujących zobowiązanie do doradztwa. Chodzi zarówno o umowy uregulowane ustawowo, w tym nazwane, jak i wykształcone w praktyce obrotu. Można do nich zaliczyć przede wszystkim umowy: consultingu, *due diligence*⁶⁷³, o doradztwo inwestycyjne, o doradztwo w zakresie obrotu giełdowego⁶⁷⁴, o świadczenie usług doradczych w zakresie kredytu hipotecznego oraz o świadczenie usług doradztwa do spraw głosowania⁶⁷⁵.

Cechą wspólną, która uzasadnia zespolenie umów o doradztwo w grupę, a w rezultacie ich łączne postrzeganie dla celów analizy dogmatycznej (w tym porównania z umowami o pośrednictwo), jest występowanie na ich gruncie świadczenia charakterystycznego w postaci doradztwa⁶⁷⁶. To ostatnie można na tym etapie rozważań zdefiniować ogólnie jako dokonywanie czynności faktycznych, polegających na udzieleniu fachowej rady⁶⁷⁷.

W tym ujęciu zakres aktywności doradcy nie jest ograniczony przedmiotowo. Obejmuje zatem również pomoc w znalezieniu i wyborze kontrahenta, sformułowaniu postanowień umowy docelowej (np. wysokości ceny lub sposobu ustalenia wynagrodzenia, co w marketingu określa się jako *pricing*), a także podjęciu decyzji co do zawarcia umowy. Zbliża to wskazane wyżej przejawy doradztwa do świadczenia typowego dla umów o pośrednictwo, tj. pośredniczenia. Jak dowiodą dalsze rozważania, w praktyce obrotu występują także sytuacje, w których ten sam podmiot występuje zarówno w roli pośrednika, jak i doradcy. Zasygnalizowane podobieństwo stanowi konsekwencję zbieżności celu strony korzystającej z usług tych podmiotów, którym jest asysta w nawiązaniu relacji kontraktowej.

Wskazane wyżej cechy wspólne umów o pośrednictwo i części umów o doradztwo nie są wystarczające do uznania ich za jedną grupę kontraktów. Pośrednictwo i doradztwo odznaczają się bowiem istotnymi różnicami. Dla dostrzeżenia ich odmienności konieczne jest przedstawienie treści (kluczowych elementów konstrukcyjnych) umów o doradztwo.

⁶⁷³ Na temat umowy *due diligence* zob. szerzej P. Bryłowski, Umowa o przeprowadzenie *due diligence*, w: A. Kidyba (red.), Pozakodeksowe umowy handlowe, Warszawa 2018, s. 81–103; T. Mróz, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, Warszawa 2018, s. 1131–1139; S. Włodyka, *Due diligence review* w prawie polskim, PUG 1999, Nr 9, s. 10–14.

⁶⁷⁴ Zob. art. 38c GiełTowarU i A. Braciszewska, w: K. Gorzelak, A. Braciszewska, J. Braciszewska, T. Rogalski, Towary giełdowe i towarowe instrumenty pochodne. Prawne aspekty obrotu, Warszawa 2011, s. 132–134.

⁶⁷⁵ Na temat umowy o świadczenie usług doradztwa do spraw głosowania zob. szerzej I. Prager, Doradcy inwestorów do spraw głosowania (proxy advisors), Warszawa 2019; R. Woźniak, Doradca akcjonariusza do spraw głosowania – zagadnienia wybrane, MPH 2022, Nr 2, s. 16–21.

⁶⁷⁶ Warto zauważyć, że grupę umów o usługi informacyjne i doradcze wyodrębnia się w Rozdziale siódmym (*Information and advice*) Części C (*Services*) Księgi IV (*Specific contracts*) DCFR.

⁶⁷⁷ Słownik języka polskiego PWN, opracowanie zbiorowe, Warszawa 2021, s. 166.

Wystarczające jest omówienie wyłącznie niektórych z nich. Dalsze rozważania dowiodą, że konstrukcja prawna tych kontraktów jest zbliżona.

II. Umowa consultingu

Analizę warto rozpocząć od umowy consultingu. Uzasadnia to okoliczność, że przedmiot wynikającego z niej zobowiązania, a ściślej: świadczenia polegającego na doradztwie, jest potencjalnie najszerszy. Wynika to z nienazwanego charakteru umowy consultingu⁶⁷⁸, a w konsekwencji braku ustawowego ograniczenia zakresu zagadnień (pytań, problemów), których może dotyczyć. W istocie umowa consultingu stanowi w polskim systemie prawnym ogólną umowę o doradztwo. Powyższe uwidacznia się w jej nazwie, która wywodzi się od łacińskiego czasownika *consultare*, który oznacza „doradzać”⁶⁷⁹.

W doktrynie osiągnięto daleko idącą zgodność poglądów co do typowej treści umowy consultingu. Obejmuje ona zobowiązanie konsultanta do podjęcia działań badawczych lub analitycznych, mających na celu rozwiązanie określonego problemu i przedstawienie ich wyników w formie opinii, w zamian za zobowiązanie się przez dającego zlecenie (zamawiającego⁶⁸⁰) do zapłaty wynagrodzenia⁶⁸¹. Omawiana umowa ma w praktyce charakter dwustronnie profesjonalny⁶⁸². Wymaga podkreślenia, że konsultant powinien być, i zazwyczaj jest, podmiotem dysponującym zasobami ludzkimi, organizacyjnymi, a także wiedzą i doświadczeniem adekwatnymi do wykonania zobowiązania⁶⁸³. Powyższe z reguły przekłada

⁶⁷⁸ Tak przykładowo wyr SN z 9.5.2007 r., II CSK 77/07, MoP 2007, Nr 11, s. 587; *D. Krekora-Zajac*, Istota i charakter prawny umowy consultingu, Olsztyn 2010, s. 35; *W.P. Matysiak*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, Warszawa 2018, s. 1026; *A. Niewęglowski*, Umowa consultingu, w: *A. Kidyba* (red.), Pozakodeksowe umowy handlowe, Warszawa 2018, s. 73–74; *L. Stecki*, Consulting, t. I, Toruń 1997, s. 307.

⁶⁷⁹ Termin „umowa o doradztwo” z powodzeniem mógłby zastąpić pojęcie umowy consultingu w razie jej ewentualnego uregulowania (w przeciwieństwie przykładowo do umowy leasingu, factoringu oraz forfaitingu, w przypadku których trudno o ich odpowiednie określenie w języku polskim). Ze względu na utrwaloną, powszechną praktykę stosowania jej obecnego określenia, taki zabieg mógłby jednak zostać odrzucony przez uczestników obrotu, a nawet prowadzić do sporów co do charakteru prawnego zawartego kontraktu. Nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, że umowa consultingu jest często zawierana z udziałem dającego zlecenie z siedzibą (adresem prowadzenia działalności) znajdującą się poza Polską, a sama umowa sporządzana w języku angielskim lub dwóch wersjach językowych. Por. również uwagi terminologiczne *B. Fuchs*, Umowa consultingu, Rejent 2005, Nr 9, s. 142–143, która twierdzi, że termin „umowa o doradztwo” nie oddaje istoty umowy consultingu.

⁶⁸⁰ Strona spełniająca świadczenie niepieniężne na gruncie umowy consultingu jest różnie określana w doktrynie, w zależności od poglądu autora co do charakteru prawnego tej umowy, o czym w dalszej części rozważań.

⁶⁸¹ Tak zwłaszcza *B. Fuchs*, Umowa consultingu, s. 143; *W.P. Matysiak*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 1024; *A. Niewęglowski*, Umowa consultingu, s. 56.

⁶⁸² *B. Fuchs*, Umowa consultingu, s. 143; *W.P. Matysiak*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 1026; *A. Niewęglowski*, Umowa consultingu, s. 57.

⁶⁸³ Do najbardziej znanych w Polsce i na świecie przedsiębiorców consultingowych należą podmioty tzw. wielkiej czwórki, tj. PwC, Deloitte, EY oraz KPMG.

się na wysokość stawek wynagrodzenia konsultantów, która determinuje z kolei korzystanie z ich usług najczęściej przez zleceniodawców prowadzących działalność znacznych rozmiarów⁶⁸⁴.

Świadczenie dającego zlecenie polega na zapłacie wynagrodzenia na rzecz konsultanta. W praktyce przyjmuje różne formy. Może być uzależnione od czasu pracy konsultanta (np. godzinowe), ryczałtowe albo stanowić połączenie wymienionych sposobów jego określenia⁶⁸⁵.

Obowiązek spełnienia świadczenia charakterystycznego (decydującego o wyodrębnieniu umowy consultingu) leży po stronie konsultanta. Mimo że konstrukcyjnie ma ono jednolity charakter, to można wyodrębnić trzy fazy jego spełnienia⁶⁸⁶.

W pierwszej, konsultant jest zobowiązany do przeprowadzania badania problemu postawionego przez dającego zlecenie. W literaturze wskazuje się, że analiza dotyczy najczęściej dwóch grup zagadnień, co z kolei stanowi kryterium wyróżnienia dwóch postaci omawianego kontraktu, tj. *engineering consulting* oraz *management consulting*⁶⁸⁷. *Engineering consulting* polega na rozwiązaniu problemu technicznego (inżynierskiego), na przykład zaprojektowania nowej linii produkcyjnej. *Management consulting* odnosi się natomiast do zarządzania przedsiębiorstwem dającego zlecenie. W przeciwieństwie do pierwszej odmiany consultingu dotyczy zatem sfery operacyjnej, a nie infrastrukturalnej. Obejmuje stworzenie przez konsultanta propozycji rozwiązań w zakresie strategii rozwoju działalności zleceniodawcy (przykładowo wejścia na rynki zagraniczne lub rynek regulowany, modyfikacji polityki cenowej, struktury zatrudnienia lub strategii marketingowej).

W przypadku obu przedstawionych rodzajów consultingu prawidłowe wykonanie zobowiązania wymaga poznania sytuacji dającego zlecenie przez konsultanta. W myśl ogólnej reguły wyrażonej w art. 354 § 2 KC zleceniodawca ma obowiązek współdziałać w jego wykonaniu przez dostarczenie konsultantowi niezbędnych informacji⁶⁸⁸.

Przeprowadzenie badania przez konsultanta umożliwia przejście do drugiej fazy świadczenia, którą jest sporządzenie opinii na temat zbadanego problemu. Najogólniej rzecz ujmując stanowi ona rekomendację określonego zachowania (działania albo zaniechania) przez zleceniodawcę, opartą na zgromadzeniu informacji i poddaniu ich analizie. Opinia nie ma

⁶⁸⁴ A. Niewęglowski, Umowa consultingu, s. 59.

⁶⁸⁵ W.P. Matysiak, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 1034–1035. Na temat modeli określenia wynagrodzenia konsultanta zob. również L. Stecki, Consulting, t. II, Toruń, 1997, s. 77.

⁶⁸⁶ Podobnie D. Krekora-Zajac, Istota, s. 51.

⁶⁸⁷ B. Fuchs, Umowa consultingu, s. 145–149; D. Krekora-Zajac, Istota, s. 17–23; W.P. Matysiak, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 1026–1027; A. Niewęglowski, Umowa consultingu, s. 58.

⁶⁸⁸ Tak przykładowo A. Niewęglowski, Umowa consultingu, s. 69–71.

charakteru wiążącego. Ostateczna decyzja co do zastosowania się do wynikających z niej zaleceń należy do dającego zlecenie⁶⁸⁹. Jeżeli umowa nie stanowi inaczej, konsultant odpowiada za rzetelność i poprawność metodologiczną sporządzonej opinii, a zatem dołożenie zawodowej staranności przy jej przygotowaniu (art. 355 § 2 KC), a nie za sprawdzenie się zawartej w niej prognozy (osiągnięcie określonego rezultatu)⁶⁹⁰.

Wobec braku choćby szcztątkowego uregulowania umowy consultingu, opinia może przyjąć zarówno postać materialną, jak i niematerialną, w tym być przekazana w formie ustnej. Z uwagi na jej doniosłość dla udokumentowania oraz oceny poprawności wykonania zobowiązania, w praktyce zdecydowanie dominuje sporządzenie jej w formie pisemnej, dokumentowej lub elektronicznej.

Część doktryny przyjmuje, że w wielu sytuacjach opinia może być uznana za dzieło w rozumieniu art. 627 KC⁶⁹¹. Rodzi to wątpliwości co do reżimu prawnego umowy consultingu. W tym zakresie prezentowane są dwa poglądy. Pierwszy zakłada, że istota świadczenia konsultanta sprowadza się do czynienia (*facere*) i w konsekwencji consulting stanowi nienazwaną umowę o świadczenie usług, do której na podstawie art. 750 KC należy stosować odpowiednio przepisy o zleceniu⁶⁹². Drugi przyjmuje, że omawiana umowa ma charakter mieszany i, w zależności od treści konkretnego stosunku (a ściślej tego, czy główny ciężar wykonania zobowiązania sprowadza się do starannego działania, czy osiągnięcia określonego rezultatu), można kwalifikować ją jako umowę o świadczenie usług (art. 750 KC) albo jako umowę nienazwaną zbliżoną do umowy o dzieło⁶⁹³.

Jednoznaczne opowiedzenie się za jednym z przedstawionych stanowisk nie jest łatwe. Z jednej strony obowiązek sporządzenia opinii (zazwyczaj w formie pisemnej) budzi skojarzenia z dziełem. Z drugiej, osiągnięcie rezultatu pożądanego przez dającego zlecenie, ściśle wiąże się ze starannym przeprowadzeniem przez konsultanta badania w pierwszej fazie świadczenia. Ponadto przepisy o umowie o dzieło nie wydają się być właściwym reżimem

⁶⁸⁹ Zob. wyr SN z 9.5.2007 r., II CSK 77/07, MoP 2007, Nr 11, s. 587, w którym potwierdzono brak wiążącego charakteru opinii konsultanta.

⁶⁹⁰ Zob. szerzej W.P. Matysiak, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 1029–1030.

⁶⁹¹ Tak zwłaszcza A. Brzozowski, w: J. Rajska (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 2018, s. 418–449; W.P. Matysiak, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 1027–1028.

⁶⁹² B. Fuchs, Umowa consultingu, s. 162; J. Ignaczewski, Umowy nienazwane, Warszawa 2004, s. 33; D. Krekora-Zajac, Istota, s. 47–48; W. Popiolek, Wynagrodzenie success fee w umowach o doradztwo gospodarcze, w: J. Barta, J. Chwalba, R. Markiewicz, P. Wasilewski (red.), Qui bene dubitat, bene sciet. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Ewie Nowińskiej, Warszawa 2018, s. 557.

⁶⁹³ A. Brzozowski, w: J. Rajska (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 418–419; W.P. Matysiak, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 1029–1030; A. Niewęglowski, Umowa consultingu, s. 74–76. Pogląd ten podzielił również SN w wyr z 9.5.2007 r., II CSK 77/07, MoP 2007, Nr 11, s. 587.

prawnym dla umowy consultingu. Dotyczy to zwłaszcza regulacji o materiałach do wykonania dzieła (art. 633 – 634 i 641 KC) oraz rękojmi za wady (art. 638 KC). Specyfice stosunku consultingu bardziej odpowiada regulacja zlecenia, która odnosi się między innymi do kwestii wysokości wynagrodzenia w braku jej oznaczenia w umowie (art. 735 § 2 KC), obowiązku zawiadomienia o braku woli przyjęcia zlecenia (art. 736 KC), odstąpienia od sposobu wykonania zlecenia (art. 737 KC), powierzenia wykonania zlecenia innej osobie i związanej z tym odpowiedzialności (art. 738 KC), obowiązków informacyjnych przyjmującego zlecenie (art. 740 KC) i wypowiedzenia zlecenia (art. 746 KC).

Mimo że starania konsultanta zmierzają do osiągnięcia określonego rezultatu, *de lege lata* zasadne jest przyjęcie, że do umowy consultingu należy stosować odpowiednio, na podstawie art. 750 KC, przepisy o umowie zlecenia. Nie wyklucza to możliwości uznania, iż odpowiednie stosowanie przepisów o zleceniu do określonego elementu stosunku consultingu wymaga ich pominięcia i sięgnięcia *per analogiam* do bardziej relewantnej regulacji umowy o dzieło. Przykład mogą stanowić przepisy dotyczące wynagrodzenia kosztorysowego i ryczałtowego (art. 629 – 632 KC). Ustalenie reżimu prawnego omawianej umowy powinno zatem przebiegać w sposób zbliżony do nienazwanych umów o pośrednictwo⁶⁹⁴.

Wobec występowania podobnych wątpliwości na gruncie innych umów o doradztwo, *de lege ferenda* uzasadniona wydaje się dyskusja nad uregulowaniem umowy consultingu⁶⁹⁵. Dotyczące jej przepisy mogłyby na zasadzie odesłania stanowić ogólny reżim prawny dla umów o doradztwo. Wyraźne przesądzenie tej kwestii z pewnością przyczyniłoby się do zwiększenia pewności prawa, a w konsekwencji bezpieczeństwa obrotu.

Rozważając reżim prawny umowy consultingu wymaga zasygnalizowania, że opinia konsultanta w pewnych przypadkach może stanowić utwór w rozumieniu art. 1 ust. 1 PrAut. Dla takiej kwalifikacji konieczne jest spełnienie przesłanek określonych w powołanym przepisie. Musi więc stanowić przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci. Pozytywna ocena w tym zakresie rodzi istotne konsekwencje dla stosunku stron odnośnie do zasad przeniesienia autorskich praw majątkowych na zleceniodawcę⁶⁹⁶.

Ostatnim etapem świadczenia konsultanta jest wydanie dającemu zlecenie opinii w terminie przewidzianym w umowie. W kontekście prowadzonych rozważań kwestia ta nie wymaga szerszego omówienia.

⁶⁹⁴ Zob. szerzej rozdział czwarty, § 4.IV.

⁶⁹⁵ W podobnym kierunku R. Szostak, O potrzebie, s. 689–690.

⁶⁹⁶ Zob. szerzej A. Niewęglowski, Umowa consultingu, s. 65–66

III. Umowa o doradztwo inwestycyjne

Kolejnym kontraktem, którego przedmiot stanowi doradztwo jest umowa o doradztwo inwestycyjne. Została ona częściowo uregulowana w art. 76 ObrIFinU⁶⁹⁷. Przeważa pogląd, że ma charakter nienazwany⁶⁹⁸, co zasługuje na aprobatę. Obowiązująca regulacja jest zbyt szczupła, aby uznać ją za umowę nazwaną. Ustawa nie statuuje ani nazwy, ani definicji omawianej umowy. Odmienne stanowisko prezentuje *T. Sójka*, który jednocześnie trafnie zauważa, że praktyczne konsekwencje rozbieżności poglądów w tym zakresie są niewielkie⁶⁹⁹. Wobec szczątkowości regulacji ustawowej, kwalifikacja umowy o doradztwo inwestycyjne jako umowy nazwanej nie eliminuje bowiem konieczności poszukiwania przepisów, które należy do niej stosować⁷⁰⁰.

W sposób charakterystyczny dla unijnego prawa usług finansowych w art. 76 ust. 1 ObrIFinU zdefiniowano pojęcie doradztwa inwestycyjnego, które jest jedną z czynności maklerskich w rozumieniu ustawy (art. 69 ust. 2 pkt 5 ObrIFinU), a w konsekwencji jej podjęcie wymaga uzyskania odrębnego zezwolenia KNF. W doktrynie przyjmuje się, że wskazana usługa powinna być świadczona na podstawie umowy⁷⁰¹. Z art. 76 ust. 1 ObrIFinU wyprowadza się wniosek, że umowa o doradztwo inwestycyjne stanowi dwustronną czynność prawną, w której firma inwestycyjna zobowiązuje się do przygotowania oraz przekazania klientowi rekomendacji, dotyczącej nabycia lub zbycia jednego instrumentu finansowego lub

⁶⁹⁷ Regulacje dotyczące doradztwa inwestycyjnego znajdują się również w dyrektywie MiFID II (Dz.Urz. UE L z 2014 r., Nr 173, s. 349), art. 9 rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) 2017/565 z 25.4.2016 r. uzupełniającego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez firmy inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tej dyrektywy (Dz.Urz. UE L z 2017 r., Nr 87, s. 1) oraz w rozporządzeniu MF z 24.9.2012 r. w sprawie trybu i warunków postępowania firm inwestycyjnych, banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, oraz banków powierniczych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 1464 ze zm.). W doktrynie zwraca się uwagę na brak pełnej spójności prawa polskiego i europejskiego; tak zwłaszcza *A. Jakubiec*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, Warszawa 2018, s. 851–852; *M. Kurzajewski*, Usługi, s. 279.

⁶⁹⁸ *A. Jakubiec*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 863, *A. Chłopecki*, w: *A. Szumański* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 19, s. 969.

⁶⁹⁹ *T. Sójka*, w: *T. Sójka* (red.), Prawo, s. 925.

⁷⁰⁰ *Ibidem*.

⁷⁰¹ *K. Ochocińska*, Modele doradztwa inwestycyjnego w dyrektywie MiFID II, *Studia Iuridica Toruniensia* 2018, t. XXII, s. 225. W celu ochrony interesów klienta w orzecznictwie dopuszcza się możliwość zawarcia umowy o doradztwo inwestycyjne *per facta concludentia*. Zob. zwłaszcza wyr. SN z 8.7.2016 r., I CSK 570/15, OSP 2017, Nr 10, poz. 97, s. 43. W orzecznictwie europejskim przyjmuje się, że przepisy dotyczące doradztwa inwestycyjnego należy stosować również w sytuacji, w której dochodzi do faktycznego (bezumownego) świadczenia doradztwa. Tak wyr. TSUE z 30.5.2013 r., C–604/11, *Genil 48, Comercial Hostalera de Grandes Vinos*, pkt. 49–55 (ECLI:EU:C:2013:344).

większej ich liczby (albo dokonania innej czynności wywołującej równoważne skutki) albo rekomendacji dotyczącej powstrzymania się od wykonania takiej czynności⁷⁰².

Obowiązujące regulacje nie dają żadnej wskazówki co do zobowiązania drugiej strony kontraktu, tj. klienta. Może ono polegać na zapłacie wynagrodzenia na rzecz firmy inwestycyjnej. Dopuszczalne jest również ukształtowanie omawianego kontraktu jako nieodpłatnego⁷⁰³. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że – w braku wyraźnego wyłączenia umownego – należy domniemywać, że doradztwo inwestycyjne jest świadczone odpłatnie⁷⁰⁴.

Uwzględniając wyżej zaproponowaną definicję można stwierdzić, że doradztwo inwestycyjne stanowi wyspecjalizowaną postać consultingu. Odróżnia je kwalifikowany zakres podmiotowy umowy o doradztwo inwestycyjne oraz zawężenie przedmiotu zobowiązania firmy inwestycyjnej wyłącznie do doradztwa w zakresie transakcji dotyczących instrumentów finansowych. Istota świadczenia charakterystycznego obu tych kontraktów jest natomiast tożsama i obejmuje przygotowanie przez profesjonalny podmiot fachowej porady, a następnie przekazanie jej drugiej stronie. Łączy je również brak odpowiedzialności doradcy za sprawdzenie się przewidywań zawartych w starannie przygotowanej poradzie⁷⁰⁵. Należy zgodzić się z *A. Chłopeckim*, że teoretycznie dopuszczalne jest umowne przyjęcie przez firmę inwestycyjną odpowiedzialności za trafność rekomendacji⁷⁰⁶. Zakres wykorzystania takiego rozwiązania w praktyce wydaje się jednak ograniczony z uwagi na nieprzewidywalność rynku. Jego podjęcie przez doradcę musiałoby wiązać się ze stosunkowo wysokim dodatkowym wynagrodzeniem, co z kolei zmniejszałoby popyt na dodatkową ochronę wśród klientów.

Rekomendacja firmy inwestycyjnej stanowi niewiążącą klienta sugestię określonego zachowania (działania albo zaniechania), opartą na przygotowanej prognozie co do notowań instrumentów finansowych⁷⁰⁷. Jak wynika z art. 76 ust. 1 ObrIFinU, może zostać sporządzona z inicjatywy firmy inwestycyjnej albo na wniosek klienta. Przepisy o doradztwie

⁷⁰² Tak zwłaszcza *A. Jakubiec*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 866; *M. Kurzajewski*, Usługi, s. 279; *K. Zacharzewski*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 4, s. 1227.

⁷⁰³ Zob. szerzej *A. Jakubiec*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 866–867.

⁷⁰⁴ Tak zwłaszcza wyr. SA w Warszawie z 6.6.2017 r., I ACa 276/16, Legalis; *A. Chłopecki*, w: *A. Szumański* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 19, s. 971; *A. Jakubiec*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 866–867; *T. Sójka*, w: *T. Sójka* (red.), Prawo, s. 932.

⁷⁰⁵ Tak odnośnie do rekomendacji w ramach doradztwa inwestycyjnego *A. Jakubiec*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 854–855; *K. Zacharzewski*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 4, s. 1239.

⁷⁰⁶ *A. Chłopecki*, w: *A. Szumański* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 19, s. 970–971.

⁷⁰⁷ Tak zwłaszcza *T. Sójka*, w: *T. Sójka* (red.), Prawo, s. 927; *K. Zacharzewski*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 4, s. 1234–1236.

inwestycyjnym doprecyzowują szereg kwestii dotyczących sposobu jej przygotowania, treści oraz formy. *Ratio legis* ich wprowadzenia jest ochrona interesu klienta.

Kluczowym środkiem realizacji wskazanego wyżej założenia jest, wynikający z art. 76 ust. 1 ObrIFinU, obowiązek sporządzenia rekomendacji w oparciu o potrzeby i sytuację klienta. Jego należyte wykonanie wymaga uprzedniego poznania klienta przez firmę inwestycyjną (w żargonie finansowym tę procedurę określa się jako KYC – ang. *know your customer*)⁷⁰⁸. Zgodnie z art. 83g ust. 1 ObrIFinU firma inwestycyjna świadcząca (między innymi) usługę doradztwa inwestycyjnego jest zobowiązana uzyskać od klienta adekwatne informacje dotyczące jego wiedzy i doświadczenia w zakresie inwestowania na rynku finansowym, sytuacji finansowej (w tym zdolności do ponoszenia strat) oraz celów inwestycyjnych (w tym poziomu akceptowanego ryzyka). W praktyce przyjmuje to formę wypełnianej przez niego ankiety. Powyższe umożliwia stworzenie profilu klienta i spersonalizowanie rekomendacji⁷⁰⁹. Brak zbadania potrzeb i sytuacji klienta w wielu przypadkach uniemożliwi prawidłowe (należyte staranne) wykonanie zobowiązania przez firmę inwestycyjną. Ponadto rekomendacja powinna mieć charakter osobisty, co stosownie do art. 9 rozporządzenia 2017/565/UE oznacza skierowanie jej do klienta, a nie *ad incertas personas*.

Artykuł 76 ust. 1 ObrIFinU rozstrzyga, że rekomendacja może być wydana w formie pisemnej, ustnej lub w innej (w tym elektronicznej), spełniającej wymaganie trwałego nośnika⁷¹⁰. Podobnie jak opinia konsultanta, rekomendacja firmy inwestycyjnej jest przez część doktryny postrzegana jako dzieło⁷¹¹ (z wyjątkiem porady w formie ustnej⁷¹²) i potencjalnie – utwór. W rezultacie odnośnie do omawianej umowy występują wątpliwości co do jej reżimu prawnego⁷¹³. Z tożsamyh przyczyn, jak w przypadku umowy consultingu, również odnośnie do umowy o doradztwo inwestycyjne należy przyjąć, że stanowi ona umowę o świadczenie

⁷⁰⁸ Tak przykładowo K. Ochocińska, *Modele*, s. 234.

⁷⁰⁹ Zob. szerzej A. Jakubiec, w: W.J. Katner (red), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 856–861; T. Sójka, *Umowa o doradztwo inwestycyjne w obrocie instrumentami finansowymi – zagadnienia podstawowe*, PPH 2014, Nr 4, s. 40–41.

⁷¹⁰ Pojęcie trwałego nośnika zdefiniowano w art. 3 pkt 54 ObrIFinU jako nośnik umożliwiający użytkownikowi przechowywanie adresowanych do niego informacji w sposób umożliwiający dostęp do nich przez okres odpowiedni do celów, którym te informacje służą, i pozwalający na odtworzenie przechowywanych informacji w niezmienionej postaci.

⁷¹¹ A. Jakubiec, w: W.J. Katner (red), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 862–864.

⁷¹² Na temat wątpliwości związanych z dokumentowaniem ustnych rekomendacji zob. T. Sójka, w: T. Sójka (red.), *Prawo*, s. 932–933. Autor argumentuje, że firma inwestycyjna ma obowiązek sporządzenia protokołu obejmującego treść rekomendacji.

⁷¹³ Szeroko przedstawia je A. Jakubiec, w: W.J. Katner (red), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 863–864

usług starannego działania, do której na podstawie art. 750 KC stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu⁷¹⁴.

Ostatnia kwestia dotycząca umowy o doradztwo inwestycyjne wiąże się z tym, że jej zawarcie i wykonanie poprzedza złożenie konkretnego zlecenia maklerskiego. Rekomendacja może bowiem odnosić się wyłącznie do przyszłej transakcji na rynku kapitałowym. Wykonanie kontraktu z zakresu doradztwa następuje zatem przed wykonaniem odrębnej umowy zlecenia maklerskiego, której przedmiotem jest pośrednictwo w obrocie giełdowym. Ponadto doradztwo inwestycyjne oraz przyjmowanie, przekazywanie i wykonywanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych stanowią odrębne czynności maklerskie w rozumieniu art. 69 ObrIFinU, których podjęcie wymaga osobnych zezwoleń KNF⁷¹⁵. Powyższe stanowi silny argument przemawiający za odróżnieniem tych umów i zarazem wyklucza tożsamość ich przedmiotu. Na ocenę prawną w tym zakresie nie ma wpływu okoliczność, że w praktyce usługi doradcze oraz usługi pośrednictwa giełdowego mogą być świadczone na rzecz klienta przez tę samą firmę inwestycyjną.

IV. Umowa o świadczenie usług doradczych w zakresie kredytu hipotecznego

Ostatnim z omawianych w tej części kontraktów jest umowa o świadczenie usług doradczych w zakresie kredytu hipotecznego⁷¹⁶. Jej regulacja znajduje się w art. 25–28 KredytHipU (rozdział trzeci ustawy), które transponują do prawa polskiego art. 22 dyrektywy 2014/17/UE. Celem wprowadzenia powołanych przepisów jest ochrona interesów konsumenta-kredytobiorcy. W doktrynie dominuje stanowisko, że omawiana umowa ma charakter nazwany⁷¹⁷. Należy je zaaprobować. Mimo że większość regulacji odnosi się do usług doradczych, a nie umowy, na podstawie której następuje ich świadczenie, to przepisy określają jej strony, elementy przedmiotowo istotne, a w art. 26 KredytHipU również nazwę.

⁷¹⁴ A. Chłopecki, w: A. Szumański (red.), System Prawa Prywatnego, t. 19, s. 970–971; K. Ochocińska, Modele, s. 226. T. Sójka, Umowa, s. 39 postuluje analogiczne stosowanie przepisów o umowie zlecenia. Wiąże się to z poglądem autora, że umowa o doradztwo inwestycyjne ma charakter nazwany, a w rezultacie nie dotyczy jej odesłanie z art. 750 KC.

⁷¹⁵ Trafnie podkreśla to K. Zacharzewski, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 4, s. 1226–1227.

⁷¹⁶ Co do pojęcia kredytu hipotecznego (umowy o kredyt hipoteczny) w rozumieniu KredytHipU zob. § 5. rozdziału piątego.

⁷¹⁷ Za nazwanym charakterem umowy o świadczenie usług doradczych w zakresie kredytu hipotecznego opowiadają się T. Czech, Kredyt, s. 403; Ł. Przyborowski, w: K. Osajda (red.), Prawo konsumenckie, s. 801. Część komentarzy do KredytHipU nie podejmuje rozważań na temat jej charakteru prawnego – tak A. Nierodka, w: I. Heropolitańska, A. Nierodka, Ustawa o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami. Komentarz, Warszawa 2019, s. 179–189; B. Paxford, Ustawa o kredycie, s. 129–137.

Stosownie do art. 25 ust. 1 KredytHipU usługi doradcze mogą być świadczone wyłącznie przez kredytodawcę, pośrednika kredytu hipotecznego lub agenta. Znaczenie tych pojęć na gruncie KredytHipU zostało omówione w § 5. rozdziału piątego pracy. W kontekście prowadzonych rozważań istotne jest zauważenie, że doradztwem mogą zajmować się pośrednicy kredytowi (w tym agenci), z zastrzeżeniem, że następuje to na podstawie kontraktu odrębnego od umowy o pośrednictwo. Artykuł 4 pkt 26 KredytHipU rozstrzyga bowiem wyraźnie, że świadczenie usług doradczych stanowi usługę odrębną od udzielenia kredytu hipotecznego i od czynności pośrednictwa kredytu hipotecznego. Odrębność doradztwa od pośrednictwa w zakresie kredytu hipotecznego wyrażono wprost również w motywie 63 zd. 1 dyrektywy 2014/17/UE⁷¹⁸.

Powyższe jest równoznaczne z odmiennością przedmiotu zobowiązania pośrednika kredytowego (agenta), który nie tylko nie musi, ale również nie powinien świadczyć usługi doradztwa bez zawarcia stosownej umowy. Wniosek ten wspiera art. 25 ust. 4 KredytHipU, który nakłada na kredytodawcę, pośrednika i agenta obowiązek poinformowania konsumenta o świadczeniu lub możliwości świadczenia usług doradczych. Jego wykonanie ma zapewnić transparentność relacji stron⁷¹⁹, a zwłaszcza umożliwić konsumentowi zrozumienie, jaki charakter mają kierowane do niego komunikaty (np. informacyjny, reklamowy albo niezależnej porady)⁷²⁰.

Uwzględniając treść art. 4 pkt 26 KredytHipU, zobowiązanie główne doradcy obejmuje przedstawianie konsumentowi rekomendacji odnośnie do co najmniej jednej umowy o kredyt hipoteczny. Drugą stroną umowy jest konsument, który może być zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia. W takim przypadku, stosownie do art. 26 pkt 2 KredytHipU, doradca jest zobligowany do przekazania konsumentowi informacji dotyczącej wysokości opłaty za czynności doradcze albo o sposobie jej obliczenia. Strony mają zatem swobodę w zakresie określenia rodzaju wynagrodzenia oraz jego wysokości (art. 353¹ KC)⁷²¹. Nie sposób zgodzić się z poglądem, że wysokość wynagrodzenia jest uzależniona od kosztów poniesionych przez doradcę⁷²². Brak jest bowiem ustawowej podstawy do zajęcia takiego stanowiska.

⁷¹⁸ Zob. również wyr. TS z 21.6.2007 r., C-453/05, *Volker Ludwig*, pkt 15–20 (ECLI:EU:C:2007:369); *M. Bączyk*, w: *M. Stec* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5C, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2020, s. 677; *Ł. Przyborowski*, w: *K. Osajda* (red.), *Prawo konsumenckie*, s. 796.

⁷¹⁹ *T. Czech*, *Kredyt*, s. 410.

⁷²⁰ Podobnie *Ł. Przyborowski*, w: *K. Osajda* (red.), *Prawo konsumenckie*, s. 799.

⁷²¹ Tak trafnie *T. Czech*, *Kredyt*, s. 404; *Ł. Przyborowski*, w: *K. Osajda* (red.), *Prawo konsumenckie*, s. 802.

⁷²² Tak *B. Paxford*, *Ustawa o kredycie*, s. 133.

Dopuszczalne jest również ukształtowanie umowy o świadczenie usług doradczych jako nieodpłatnej⁷²³.

Podobnie jak odnośnie do umowy o doradztwo inwestycyjne uzasadnione jest stwierdzenie, że umowa o świadczenie usług doradczych w zakresie kredytu hipotecznego stanowi wyspecjalizowaną postać consultingu. Również w tym przypadku istota kontraktów jest tożsama (uzyskanie pomocy profesjonalnego doradcy), a wyodrębnienie następuje przez zawężenie zakresu przedmiotowego doradztwa oraz podmiotowego zobowiązania.

Kluczowym elementem świadczenia doradcy jest sporządzenie rekomendacji⁷²⁴. Stanowi ona niewiążącą poradę co do tego, która z oferowanych na rynku umów o kredyt hipoteczny jest najbardziej odpowiednia dla konsumenta⁷²⁵. Ocena adekwatności kredytu obejmuje szereg czynników. W szczególności chodzi o jego ekonomiczną korzystność oraz ryzyko związane z umową w całym okresie jej obowiązywania⁷²⁶. Tak jak w umowie o doradztwo inwestycyjne wymaga to od świadczącego usługi doradcze przeprowadzenia procedury *know your customer*⁷²⁷. Komplementarne z powyższym jest nałożenie na konsumenta obowiązku przekazania doradcy niezbędnych informacji dotyczących jego potrzeb, sytuacji finansowej i osobistej, preferencji oraz celów (art. 27 ust. 1 KredytHipU)⁷²⁸. Nie ma przeszkód, żeby konsument sformułował szczególne wymagania względem umowy o kredyt hipoteczny. Analiza potrzeb i sytuacji klienta ma zapewnić spersonalizowany charakter rekomendacji⁷²⁹.

Przepisy KredytHipU doprecyzowują minimalną liczbę ofert, które doradca musi przedstawić konsumentowi. To trafne rozwiązanie. Rzetelność rekomendacji wymaga oparcia jej na odpowiednio szerokiej grupie porównawczej. Zgodnie z art. 27 ust. 2 KredytHipU kredytodawca, powiązany pośrednik kredytu hipotecznego oraz jego agent są zobowiązani przedstawić co najmniej trzy dostępne u nich lub na rynku oferty umów o kredyt hipoteczny⁷³⁰.

⁷²³ T. Czech, Kredyt, s. 404; Ł. Przyborowski, w: K. Osajda (red.), Prawo konsumenckie, s. 802.

⁷²⁴ Dodatkowymi obowiązkami doradcy są m.in. przekazanie konsumentowi na trwałym nośniku informacji dotyczących ryzyka związanego z rekomendowanym kredytem hipotecznym (art. 27 ust. 5 KredytHipU) oraz ostrzeżenie go o szczególnym ryzyku związanym z umową (art. 27 ust. 6 KredytHipU). Drugi ze wskazanych obowiązków należy wiązać zwłaszcza z umowami kredytu o zmiennej stopie procentowej.

⁷²⁵ T. Czech, Kredyt, s. 402.

⁷²⁶ Zob. motyw 63 dyrektywy 2014/17/UE.

⁷²⁷ Za występowaniem obowiązku prawnego zebrania informacji o konsumencie po stronie doradcy opowiadają się T. Czech, Kredyt, s. 418; Ł. Przyborowski, w: K. Osajda (red.), Prawo konsumenckie, s. 804.

⁷²⁸ W praktyce analiza potrzeb klienta przyjmuje formę ankiety kierowanej do konsumenta. Przykłady zagadnień, których powinna dotyczyć przedstawia B. Paxford, Ustawa o kredycie, s. 135.

⁷²⁹ T. Czech, Kredyt, s. 403.

⁷³⁰ Artykuł 26 pkt 1 KredytHipU nakłada na doradcę obowiązek poinformowania konsumenta przed rozpoczęciem świadczenia usług doradczych, czy rekomendacja będzie dotyczyła wyłącznie własnych ofert kredytów hipotecznych, czy szerszego zakresu ofert tych kredytów z rynku usług finansowych.

Artykuł 27 ust. 3 KredytHipU odnosi się natomiast do pośrednika kredytu hipotecznego niebędącego powiązaniem pośrednikiem oraz jego agenta, którzy mają obowiązek przedłożenia co najmniej trzech dostępnych na rynku ofert kredytu hipotecznego. Jak wskazano na wcześniejszym etapie rozważań, spośród zaprezentowanych ofert każdy doradca musi rekomendować co najmniej jedną. Należy zgodzić się z *T. Czechem*, że w braku dostatecznej liczby ofert na rynku, doradca powinien poinformować o tym konsumenta i przedstawić rekomendację na podstawie ofert uzyskanych⁷³¹.

Artykuł 27 ust. 4 KredytHipU wyraźnie rozstrzyga, że doradca ma działać w najlepszym interesie beneficjenta jego usług⁷³². Mając to na uwadze nie można wykluczyć, że rekomendacja będzie obejmowała sugestię zaciągnięcia kredytu w niższej wysokości niż pożądana przez konsumenta, a nawet odłożenia tej czynności w czasie⁷³³. Przyjęcie poglądu przeciwnego byłoby sprzeczne z ochronnym celem dyrektywy 2014/17/UE, a także samą istotą doradztwa.

Zgodnie z art. 28 KredytHipU doradca jest zobowiązany do przekazania rekomendacji na trwałym nośniku. Ten ostatni został zdefiniowany w art. 4 pkt 22 KredytHipU jako materiał lub urządzenie służące do przechowywania i odczytywania informacji, przez okres odpowiedni do celów, jakim informacje te służą, oraz pozwalające na odtworzenie tych informacji w niezmięnionej postaci. Prowadzi to do wniosku, że rekomendacja zawsze powinna przyjąć utrwaloną formę. Nie musi być to jednak postać materialna. Dopuszczalne jest przykładowo przekazanie jej w formie elektronicznej⁷³⁴. Mimo pewnego podobieństwa rekomendacji do dzieła, ze względów wskazanych odnośnie do omówionych wcześniej kontraktów o doradztwo, przedmiotem omawianej umowy jest świadczenie usług starannego działania. W związku z nazwanym charakterem umowy o pośrednictwo w zakresie kredytu hipotecznego, w kwestiach nieuregulowanych należy do niej stosować *per analogiam* przepisy o umowie zlecenia⁷³⁵.

⁷³¹ Odmiennie *A. Nierodka*, w: *I. Heropolitańska, A. Nierodka*, Ustawa o kredycie, s. 186.

⁷³² *Ł. Przyborowski*, w: *K. Osajda* (red.), Prawo konsumenckie, s. 806 interpretuje działanie w najlepszym interesie klienta jako zakaz uwzględniania przez doradcę ewentualnych korzyści własnych (lub innych osób niż konsument) wiążących się z zarekomendowaniem określonej oferty kredytu.

⁷³³ W podobnym kierunku *Ł. Przyborowski*, w: *K. Osajda* (red.), Prawo konsumenckie, s. 807.

⁷³⁴ *T. Czech*, Kredyt, s. 426.

⁷³⁵ Tak trafnie *T. Czech*, Kredyt, s. 405–406. *Ł. Przyborowski*, w: *K. Osajda* (red.), Prawo konsumenckie, s. 800 oraz, jak się wydaje, *M. Bączyk*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 5C, s. 677 wskazują, że przepisy o zleceniu mają zastosowanie na podstawie art. 750 KC. Pogląd ten jest błędny z uwagi na fakt, że odesłanie zawarte w powołanym przepisie dotyczy wyłącznie umów nienazwanych.

V. Wnioski

Przedstawienie umów o doradztwo umożliwia wskazanie cech odróżniających je od umów o pośrednictwo.

Po pierwsze, przedmiot doradztwa jest zdecydowanie szerszy niż pośrednictwa. Nie ogranicza się wyłącznie do pomocy w nawiązaniu stosunku prawnego z osobą trzecią. Jest to szczególnie widoczne na gruncie umowy consultingu, w której zobowiązanie konsultanta obejmuje najczęściej doradztwo techniczne (inżynieryjne) lub w zakresie spraw związanych z zarządzaniem przedsiębiorstwem. Działalność pośrednika, co do zasady, nie odnosi się tych kwestii.

Po drugie, jeżeli umowa o doradztwo dotyczy rekomendacji kontrahenta dla dającego zlecenie lub postanowień przyszłej umowy, doradca może zasugerować zaniechanie dokonania czynności prawnej. Wiąże się to z obowiązkiem zbadania i uwzględnienia w najwyższym stopniu potrzeb i sytuacji klienta, które *in concreto* mogą nie pozwolić doradcy na inną konkluzję, niż sformułowanie zalecenia powstrzymania się od zawarcia określonej umowy. Na przykład firma inwestycyjna (wykonująca doradztwo inwestycyjne) może rekomendować odstąpienie przez klienta od zamiaru zbycia określonego instrumentu finansowego nawet po cenie najkorzystniejszej do uzyskania w danej chwili na rynku.

Po trzecie, centralnym elementem każdej umowy o doradztwo jest przygotowanie i wydanie klientowi rekomendacji dotyczącej postawionego zagadnienia. Doradca zawsze zobowiązuje się do osiągnięcia rezultatu w postaci sporządzenia sugestii określonego działania albo zaniechania. Brak jego osiągnięcia jest równoznaczny z niewykonaniem albo nienależytym wykonaniem zobowiązania. Sporządzenie i wydanie opinii nie wykluczają odpowiedzialności doradcy za brak dołożenia należytej staranności przy jej przygotowaniu (np. niepoprawna metodologia, brak adekwatnej analizy rynku i uwzględnienia sytuacji i potrzeb dającego zlecenie). Odpowiada on zatem zarówno za rezultat, jak i za staranne działanie przy jego osiągnięciu.

Świadczenie pośrednika polega natomiast na podjęciu działań sprzyjających zawarciu umowy przez dającego zlecenie i osobę trzecią. Powyższe trafnie wyjaśnił *M. Romanowski* w kontekście umowy komisji i umowy zlecenia maklerskiego⁷³⁶. Wskazał, że prawidłowe wykonanie wynikających z nich zobowiązań nie jest uzależnione od zawarcia umowy docelowej w wyniku starań pośrednika, lecz od jego starannego działania. Zdaniem autora

⁷³⁶ *M. Romanowski*, Odpowiedzialność kontraktowa domu maklerskiego z tytułu umowy o pośrednictwo giełdowe, Gl. 1998, Nr 2, s. 2.

wynika to z okoliczności, że zaspokojenie interesu wierzyciela (dającego zlecenie), sprowadza się w ich przypadku do podjęcia czynności pośrednictwa „w celu zwiększenia stopnia prawdopodobieństwa realizacji celu umowy”, lecz niekoniecznie jego osiągnięcia. W związku z tym, jeżeli pośrednik dołoży należytej staranności, brak nawiązania stosunku prawnego przez dającego zlecenie i osobę trzecią nie rodzi odpowiedzialności kontraktowej pośrednika. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, w której jego świadczenie ogranicza się wyłącznie do czynności faktycznych, a zatem nie prowadzi bezpośrednio do zawarcia umowy docelowej. Brak powodzenia starań pośrednika ma, co do zasady, ten skutek, że nie nabędzie roszczenia o zapłatę wynagrodzenia (prowizji).

Powyższe łączy się z kolejną różnicą między umowami o doradztwo a kontraktami z zakresu pośrednictwa. W przypadku pierwszej grupy wynagrodzenie należy się za sporządzenie i wydanie rekomendacji. Z reguły nie powinno być uzależnione od podjęcia określonego zachowania przez zleceniodawcę (np. zawarcia umowy z rekomendowanym kontrahentem). Inne ułożenie treści stosunku prawnego wiąże się z ryzykiem przygotowania przez doradcę rekomendacji korzystnej dla niego, a nie dla dającego zlecenie. Dla umów o pośrednictwo typowe jest natomiast wynagrodzenie prowizyjne, a zatem powiązane z liczbą lub wartością umów zawartych przy udziale pośrednika.

Po czwarte, celu działania doradcy nie stanowi skłonienie osoby trzeciej do zawarcia umowy z dającym zlecenie. Jego zobowiązanie nie obejmuje pośredniczenia w rozumieniu dawnego art. 517 KZ, a zatem jednego ze świadczeń charakterystycznych dla umów o pośrednictwo. W przeciwieństwie do informacji przekazywanych przez pośrednika, doradca – w oparciu o profesjonalną analizę rynku i sytuacji zleceniodawcy – formułuje sugestię konkretnego zachowania (działania albo zaniechania) wyłącznie przez zleceniodawcę⁷³⁷. Działania doradcy nie wpływają zatem na wolę zawarcia umowy docelowej przez potencjalnych kontrahentów dającego zlecenie (osoby trzecie).

Ponadto w umowach o doradztwo brak jest występującego na gruncie części umów o pośrednictwo zobowiązania do zastępstwa dającego zlecenie w umowie z osobą trzecią. Doradca z reguły nie występuje w charakterze jego przedstawiciela (pełnomocnika) ani zastępcy pośredniego.

⁷³⁷ Konieczność odróżnienia informacji pośrednika od rekomendacji doradcy trafnie akcentują *T. Czech*, *Kredyt*, s. 407; *D. Rogoń*, *Wyjaśnienia dotyczące kredytu hipotecznego*, MPB 2018, Nr 7–8, s. 59; *T. Sójka*, *Umowa*, s. 40. Zob. również *P. Modrzejewski*, *Zakres asysty przedkontraktowej podmiotów udzielających kredytów konsumenckich – czy należy przyjąć belgijskie rozwiązanie zaakceptowane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej?*, w: *M. Dumkiewicz, K. Kopaczyńska-Pieczniak, J. Szczęotka* (red.), *Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*. Tom II, Warszawa 2020, s. 86–88.

Po piąte, jak dowodzi regulacja umowy o świadczenie usług doradczych w zakresie kredytu hipotecznego, kontrakt ten może zostać zawarty między kredytodawcą jako doradcą, a konsumentem – kredytobiorcą. W tym przypadku nie występuje charakterystyczna dla umów o pośrednictwo relacja trójpodmiotowa (dający zlecenie – pośrednik – osoba trzecia). Dopuszczalność braku występowania pośrednika nie pozwala natomiast na utożsamianie świadczeń wynikających z porównywanych grup kontraktów.

Po szóste, teza o odmienności umów o doradztwo od umów o pośrednictwo znajduje potwierdzenie wprost w przepisach dotyczących kredytu hipotecznego oraz obrotu instrumentami finansowymi. Dowodzą one, że w interesie podmiotu korzystającego z usług doradztwa lub pośrednictwa leży nie tylko ich wyodrębnienie, ale również wyraźne poinformowanie usługobiorcy, która z nich jest w danej chwili świadczona na jego rzecz.

Po siódme, na odrębność omawianych grup umów wskazują również wypowiedzi doktryny i orzecznictwa odnoszące się do kwestii reżimu prawnego umów o doradztwo. Rozważane w tym zakresie są wyłącznie przepisy o umowie zlecenia (stosowane odpowiednio na podstawie art. 750 KC albo *per analogiam*) oraz o umowie o dzieło. Nie odnotowano natomiast poglądu, że do umów o doradztwo należy stosować przepisy dotyczące umów o pośrednictwo (np. umowy agencyjnej lub umowy komisji)⁷³⁸.

Przedstawione różnice prowadzą do wniosku o odrębności umów o doradztwo od umów o pośrednictwo. Kluczową cechą dystynktywną jest odmiennosc występujących na ich gruncie świadczeń charakterystycznych, tj. doradztwa i pośrednictwa⁷³⁹.

Wyrażone stanowisko należy opatrzyć zastrzeżeniem, dotyczącym ubezpieczeniowej umowy brokerskiej. Stanowi ona szczególny kontrakt, w którego konstrukcji łączą się elementy pośrednictwa i doradztwa. Zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 4 DystrUbezpieU, obok czynności z zakresu pośrednictwa ubezpieczeniowego (dystrybucji ubezpieczeń), do zadań brokera ubezpieczeniowego należy również udzielenie klientowi porady co do najwłaściwszej – z dostępnych na rynku – umowy ubezpieczenia. Rekomendacja brokerska ma charakter zbliżony do rekomendacji doradcy inwestycyjnego oraz podmiotów świadczących usługi doradcze w zakresie kredytu hipotecznego⁷⁴⁰. Połączenie funkcji pośrednictwa i doradztwa w jednym kontrakcie wynika w tym przypadku z regulacji prawnej omawianej umowy, a zatem

⁷³⁸ B. Fuchs, Umowa consultingu, s. 152 wskazuje, że umowa consultingu pełni w obrocie „całkowicie inną rolę” niż umowa o pośrednictwo. Podobnie L. Stecki, Consulting, t. I, s. 189–191.

⁷³⁹ Poczyniona analiza potwierdza również tezę o możliwości wyodrębniania grupy umów o doradztwo.

⁷⁴⁰ Na temat rekomendacji brokerskiej zob. szerzej M. Serwach, w: W.J. Kater (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 938–941.

decyzji ustawodawcy⁷⁴¹. Wydaje się, że jest to związane ze szczególnym statusem prawnym brokera ubezpieczeniowego, na który składają się zwłaszcza: dopuszczalność działania wyłącznie w interesie klienta, konieczność spełnienia wysokich wymagań dla podjęcia działalności oraz szczegółowe regulacje dotyczące obowiązku unikania konfliktu interesów⁷⁴². Z pewnością nie bez znaczenia dla ukształtowania świadczenia brokera jest także ugruntowany pogląd, że obejmuje ono „kompleksową usługę ubezpieczeniową”⁷⁴³.

Niezależnie od powyższego nie budzi wątpliwości, że w aktualnym stanie prawnym istotą umowy brokerskiej pozostaje pośrednictwo. Stosownie do art. 32 ust. 1 pkt 4 DyrUbezpU klient może złożyć pisemne oświadczenie o rezygnacji z udzielenia porady. Umowa brokerska nie może natomiast istnieć bez zobowiązania do pośrednictwa.

Na koniec tych uwag warto zasygnalizować, że doniosłość odróżnienia umów o doradztwo od umów o pośrednictwo nie ogranicza się wyłącznie do płaszczyzny cywilnoprawnej. Przyporządkowanie konkretnego kontraktu, do którejś z tych grup może wywierać doniosłe skutki na płaszczyźnie prawa gospodarczego publicznego (np. w zakresie ustalenia, czy przedsięwzięta czynność mieści się w zakresie udzielonego zezwolenia na prowadzenia działalności gospodarczej) oraz prawa podatkowego⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ Obowiązek doradczy brokera występował również na gruncie ustawodawstwa poprzedzającego wejście w życie DyrUbezpU. Zob. wyr. SN z 23.9.2016 r., II CSK 697/15, Legalis.

⁷⁴² Na temat statusu prawnego brokera ubezpieczeniowego zob. szerzej § 3. rozdziału piątego.

⁷⁴³ *M. Fras*, Kwalifikacja i charakter prawny umowy brokerskiej, PUG 2000, Nr 7–8, s. 2; *B. Kucharski*, Umowa, s. 9; *M. Serwach*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 919.

⁷⁴⁴ Tak np. wyr. WSA w Warszawie z 3.4.2013 r., III SA/Wa 860/12, Legalis. W sprawie chodziło o określenie, czy umowa miała charakter pośrednictwa, czy doradztwa. Było to istotne w kontekście zwolnienia skarżącego z obowiązku zapłaty podatku VAT. Zob. zwolnienia usług pośrednictwa z podatku VAT zawarte w art. 43 ust. 1 pkt 7 i art. 37–41 ustawy z 11.3.2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 1570 ze zm.).

Rozdział VII.

Rodzaje umów o pośrednictwo

§ 1. Wprowadzenie

Przedstawione w rozdziałach czwartym i piątym typy umów o pośrednictwo stanowią podstawę wyróżnienia ich rodzajów. Polega to na ich grupowaniu według określonych kryteriów. Każde z rozróżnień prowadzi do wyznaczenia dwóch grup umów o pośrednictwo o przeciwstawnej cesze (cechach) dystynktywnej. Najogólniej rzecz ujmując celem powyższego jest wskazanie różnic konstrukcyjnych i funkcjonalnych między poszczególnymi kontraktami. Rozważania w tym zakresie dosyć często są podejmowane w doktrynie w ramach ogólnej charakterystyki umów o pośrednictwo. Z tych względów przedstawione zagadnienie ma istotne znaczenie w kontekście pytań badawczych niniejszej rozprawy. Uzasadnia to poświęcenie mu odrębnego rozdziału pracy.

Omówienie rodzajów umów o pośrednictwo należy poprzedzić trzema uwagami precyzującymi istotę wyróżnień.

Po pierwsze, opisywane rozróżnienia nie mają tożsamego charakteru. Większość z nich można uznać za dychotomiczne podziały logiczne. W ich ramach przyporządkowanie typu umowy do określonej grupy dokonuje się w oparciu o występowanie albo nie cechy stanowiącej *criterium divisionis*. Określony typ umowy może ją spełniać albo nie (*tertium non datur*). Ponadto wszystkie umowy podlegające podziałowi dają się przyporządkować do poszczególnych grup. Pozostałe rozróżnienia stanowią typologie. Opierają się na wyróżnieniu idealnych modeli typu umowy zaliczanych do danej grupy, które wykazują szereg cech charakterystycznych. Badany typ może wykazywać jednocześnie właściwości dwóch przeciwstawnych modeli. O zaliczeniu do każdej z nich decyduje przewaga cech określonego modelu. W przypadku części typów podjęcie stanowczej decyzji przyporządkowującej może okazać się niemożliwe. Natura poszczególnych rozróżnień jest rozstrzygana w toku poświęconych im rozważań.

Po drugie, analiza dotyczy przede wszystkim abstrakcyjnych typów umów⁷⁴⁵. Trudno bowiem konstruować z wykorzystaniem metod naukowych podziały i typologie konkretnych kontraktów zawieranych w obrocie.

⁷⁴⁵ Na temat abstrakcyjnych i konkretnych typów umów zob. szerzej § 6.I–II. tego rozdziału.

Po trzecie, rozróżnienia nie dotyczą typów kontraktów, co do których w poprzednim rozdziale wykazano, że nie stanowią umów o pośrednictwo.

§ 2. Umowy o pośrednictwo w znaczeniu wąskim i szerokim

I. Stanowisko doktryny

Podstawowym podziałem przybliżającym istotę pośrednictwa jest rozróżnienie wąskiego oraz szerokiego znaczenia tego pojęcia. W tym przypadku *criterium divisionis* stanowi przedmiot zobowiązania pośrednika w danym typie umowy. Odnosi się ono do zakresu (rodzaju) działań, które pośrednik ma obowiązek podjąć. Podział ma na celu wskazanie węższego oraz szerszego katalogu umów o pośrednictwo⁷⁴⁶.

W doktrynie zgodnie przyjmuje się, że pośrednictwo w znaczeniu wąskim (*sensu stricto*) stanowią umowy, w których zobowiązanie pośrednika ogranicza się wyłącznie do dokonywania czynności faktycznych prowadzących do zawarcia umowy przez dającego zlecenie⁷⁴⁷. W tym rozumieniu pośrednictwo polega na pośredniczeniu. Jak już wyjaśniono, współczesne rozumienie tego ostatniego obejmuje zarówno czynności oddziałujące, jak i nieoddziałujące na wolę stron co do zawarcia umowy. Celem pośrednika w ścisłym znaczeniu jest stworzenie stanu faktycznego umożliwiającego zawarcie umowy między innymi podmiotami⁷⁴⁸. Ostateczna decyzja co do zawarcia umowy należy do dającego zlecenie⁷⁴⁹. Do pośrednictwa *sensu stricto* zalicza się przede wszystkim umowę agencji pośredniczej oraz nienazwaną umowę o pośrednictwo zwykłe.

Pośrednictwo w znaczeniu szerokim (*sensu largo*) utożsamia się natomiast z umowami, w których pośrednik zobowiązuje się do zastępstwa⁷⁵⁰. Jego cechą charakterystyczną stanowi zatem dokonywanie czynności prawnych (zawieranie umów) na rzecz dającego zlecenie.

⁷⁴⁶ E. Rott-Pietrzyk, Pośrednictwo, s. 183.

⁷⁴⁷ Tak zwłaszcza M. Barański, Konstrukcja, s. 14; A. Calus, Prawo, s. 178; G. Grzybczyk, Różne, s. 46; K. Kruczalak, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (2001), s. 340; I. Mycko-Katner, Umowa, s. 41–42; E. Rott-Pietrzyk, Agent, s. 280; A. Rzetelska, w: W.J. Katner (red.), Prawo, s. 619; A. Śmieja, O potrzebie, s. 154; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (1995), s. 121.

⁷⁴⁸ Tak zwłaszcza M. Barański, Konstrukcja, s. 15; A. Burzak, Umowa o pośrednictwo (I), s. 16; E. Rott-Pietrzyk, Agent, s. 280.

⁷⁴⁹ Trafnie akcentuje to T. Świerczyński, Charakter, s. 19.

⁷⁵⁰ Tak zwłaszcza K. Kruczalak, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (2001), s. 340; E. Rott-Pietrzyk, Pośrednictwo, s. 193; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (1995), s. 120–121.

W konsekwencji część autorów określa ten rodzaj pośrednictwa mianem przedstawicielstwa (handlowego)⁷⁵¹.

Wskazuje się, że pośrednictwo *sensu largo* może przyjąć postać zastępstwa bezpośredniego lub pośredniego⁷⁵². W ramach pierwszego pośrednik zawiera umowę w imieniu i na rachunek dającego zlecenie ze wszystkimi tego konsekwencjami. Na ogół występuje jako pełnomocnik. Za podstawowy przykład pośrednictwa tego rodzaju uznaje się umowę agencji pełnomocniczej. Pośrednictwo typu zastępstwa pośredniego odnosi się z kolei do umów, w których pośrednik zobowiązuje się do zawarcia umowy we własnym imieniu, lecz na rachunek dającego zlecenie. W stosunku zewnętrznym pośrednik występuje więc jako strona umowy docelowej, a nie pełnomocnik. Stosunek wewnętrzny rozstrzyga natomiast, że skutki prawne przedsięwziętej czynności dotyczą dającego zlecenie. Pośrednik ma obowiązek wydać mu wszystko co otrzymał w związku z wykonaniem umowy docelowej. Z drugiej strony, dający zlecenie jest zobowiązany zwolnić pośrednika z zobowiązań wynikających ze stosunku zewnętrznego. Jako przykład pośrednictwa tego rodzaju wskazuje się umowę komisji.

Występowanie w umowach o pośrednictwo *sensu largo* elementu zastępstwa rodzi po stronie dającego zlecenie ryzyko zawarcia (co najmniej na jego rachunek) umowy, która nie odpowiada jego potrzebom lub możliwościom. W rezultacie tego, w literaturze wyrażono pogląd, że ten rodzaj pośrednictwa wykorzystuje się przede wszystkim, jeżeli przedmiot umowy docelowej lub świadczenia z niej wynikającego jest standardowy i możliwy do precyzyjnego określenia⁷⁵³.

Rozróżnienie pośrednictwa w wąskim i szerokim znaczeniu jest dla części autorów przyczynkiem do podejmowania próby jego definicji, która obejmuje oba te znaczenia. Ogólnie można sprowadzić je do następującej formuły. Pośrednictwo to działalność pośrednika zmierzająca do doprowadzenia do wymiany gospodarczej świadczeń między dwiema stronami, która może nastąpić w wyniku pośredniczenia albo zawarcia przez pośrednika umowy w charakterze zastępcy pośredniego lub bezpośredniego⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ A. Calus, Prawo, s. 177–179; K. Kruczałak, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (2001), s. 340; A. Rzetelska, w: W.J. Katner (red.), Prawo, s. 619; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (1995), s. 121.

⁷⁵² Tak zwłaszcza M. Barański, Konstrukcja, s. 14; G. Grzybczyk, Różne, s. 46; K. Kruczałak, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (2001), s. 340; E. Rott-Pietrzyk, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 37; A. Rzetelska, w: W.J. Katner (red.), Prawo, s. 619; A. Śmieja, O potrzebie, s. 153; T. Wiśniewski, Umowa, s. 15; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (1995), s. 120–121.

⁷⁵³ T. Świerczyński, Charakter, s. 19.

⁷⁵⁴ Tak zwłaszcza M. Barański, Konstrukcja, s. 10; M. Romanowski, Charakter prawny zlecenia maklerskiego, PPH 1995, Nr 12, s. 13; T. Świerczyński, Charakter, s. 15.

II. Ocena stanowiska doktryny

Przedstawiony doktrynalny podział pośrednictwa (umów o pośrednictwo) wymaga poczynienia kilku uwag. Rozpocząć należy od wskazania, że opiera się na trafnej definicji pośrednictwa *sensu stricto*, które utożsamia się z dokonywaniem czynności faktycznych mających doprowadzić do zawarcia umowy docelowej między stronami innymi niż pośrednik. Potwierdza to wielokrotnie wyartykułowaną w niniejszej pracy tezę, iż istotą pośrednictwa stanowi zobowiązanie do pośredniczenia. Współczesne pośrednictwo w znaczeniu ścisłym jest tożsame z ujęciem pośrednictwa funkcjonującym na gruncie kodeksu zobowiązań.

Po drugie, omówiony podział zakłada, że pojęcie pośrednictwa może być rozumiane węższej albo szerzej, a w konsekwencji, iż występuje ono w dwóch znaczeniach. Oznacza to, że nie jest jednolite. Wniosek ten nie budzi zastrzeżeń. Zarówno na płaszczyźnie normatywnej, jak i w praktyce obrotu widoczne jest, że umowy o pośrednictwo nie muszą ograniczać się do pośredniczenia, lecz mogą zawierać również zobowiązanie pośrednika do działania jako zastępcy dającego zlecenie. Dowodzi to występowania na ich gruncie różnych typów świadczeń (pośredniczenie oraz zastępstwo), które mogą stanowić kryterium podziału tych kontraktów.

Dotychczasowe rozważania nad umowami o pośrednictwo pozwalają stwierdzić występowanie tendencji do coraz szerszego wykorzystywania w nich zastępstwa. Jej źródłem są korzyści dającego zlecenie wynikające z posłużenia się zastępcą (np. przyspieszenie obrotu, zawarcie umowy docelowej przez podmiot profesjonalny, możliwość natychmiastowego sfinalizowania negocjacji prowadzonych przez pośrednika, brak ujawnienia tożsamości zleceniodawcy w przypadku zastępstwa pośredniego), które zdają się przeważać nad związanym z tym ryzykiem. W rezultacie umowy o pośrednictwo *sensu stricto* występują w praktyce obrotu coraz rzadziej.

Powyższe jest przyczyną poszerzenia przez doktrynę wąskiego, ograniczonego do czynności faktycznych, ujęcia pośrednictwa funkcjonującego na gruncie art. 517 KZ oraz piśmiennictwa okresu międzywojennego. Należy podzielić ten kierunek myślenia. W istocie stanowi on konsekwencję opisanych wyżej przemian obrotu. Wydaje się, że pojęcie pośrednictwa jest na tyle pojemne, że może objąć również kontrakty z elementem zastępstwa (przy spełnieniu warunków, o których mowa w kolejnych akapitach). Dookreślenie, że chodzi w tym przypadku o szerokie rozumienie pośrednictwa trafnie wskazuje, że taka podgrupa nie ogranicza się wyłącznie do jego tradycyjnego, wąskiego rozumienia. Dodatkowo takie ujęcie umożliwia odróżnienie pojęć pośrednictwa i pośredniczenia. Gdyby przyjąć, że umowy o pośrednictwo ograniczają się wyłącznie do dokonywania czynności faktycznych, lepszym

określeniem byłoby nazwanie ich mianem umów o pośredniczenie. Z uwagi na fakt, że podstawowe nazwane typy umów o pośrednictwo (umowa agencyjna, umowa komisju) mogą albo muszą obejmować zobowiązanie do zastępstwa, wskazanie takiej grupy kontraktów byłoby jednak funkcjonalnie nieuzasadnione.

Po trzecie, zasadność wyodrębnienia umów o pośrednictwo *sensu stricto* i *sensu largo* nie przesądza jeszcze, jakie cechy powinien spełniać kontrakt, aby mógł być zaliczony do jednej z tych grup, a zwłaszcza do umów o pośrednictwo w znaczeniu szerokim. Kwestia ta wymaga więcej uwagi.

W doktrynie, z jednej strony wskazuje się, że wąskie ujęcie pośrednictwa ogranicza się do pośredniczenia, a z drugiej ujęcie szerokie jest łączone przede wszystkim z zawieraniem umów docelowych przez pośrednika. Można odnieść wrażenie, że część autorów niemal przeciwstawia omawiane odmiany pośrednictwa. Dotyczy to zwłaszcza wypowiedzi zaliczających do pośrednictwa *sensu largo* umowy, w których pośrednik zobowiązuje się wyłącznie do zastępstwa w zawieraniu kontraktów (chodzi zwłaszcza o umowę zlecenia oraz umowę agencji pełnomocniczej), ewentualnie, przyjmujących, że występujące obok zastępstwa czynności faktyczne mają charakter dodatkowy (a nie podstawowy)⁷⁵⁵. Najdalej idący pogląd w tym zakresie zaprezentował *A. Calus*, który wyraźnie przeciwstawia pośrednictwo (działanie ograniczone do czynności faktycznych) przedstawicielstwu (działanie ograniczone do zawierania umów). W konsekwencji za przedstawicieli uznaje pełnomocników, prokurentów, agentów, komisantów i zarządców przedsiębiorstwa⁷⁵⁶. Podobnie, część autorów stanowczo przeciwstawia agencję pośredniczą oraz pełnomocniczą. Przykładowo *E. Rott-Pietrzyk* wskazując, że rozróżnienie tych postaci umowy agencyjnej wiąże się z występowaniem u agenta cech pośrednika lub pełnomocnika, dopuszcza występowanie agencji bez zobowiązania pośrednika do pośredniczenia⁷⁵⁷.

U podstaw wszystkich tych zapatrywań leży założenie, że umowy o pośrednictwo mogą ograniczać się wyłącznie do zawierania umów w charakterze zastępcy bezpośredniego lub pośredniego. To stanowisko nie jest trafne. Jeżeli między różnymi znaczeniami pojęcia pośrednictwa przyjmuje się zależność, że jedno z nich jest szersze od drugiego, powinno to oznaczać, iż ujęcie szersze mieści w sobie ujęcie węższe oraz elementy dodatkowe. Wyżej przedstawione poglądy sugerują natomiast, że pośrednictwo *sensu largo* może nie obejmować

⁷⁵⁵ *M. Barański*, Konstrukcja, s. 24; *K. Kruczalak*, w: *S. Włodyka* (red.), Prawo umów (2001), s. 340; *A. Rzetelska*, w: *W.J. Katner* (red.), Prawo, s. 619; *S. Włodyka*, w: *S. Włodyka* (red.), Prawo umów (1995), s. 121.

⁷⁵⁶ *A. Calus*, Prawo, s. 177–178.

⁷⁵⁷ Tak zwłaszcza *E. Rott-Pietrzyk*, w: *J. Rajska* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 815.

świadczenia charakterystycznego dla pośrednictwa *sensu stricto*. Nie wydaje się to logicznie uzasadnione. Gdyby przyjąć trafność założeń leżących u podstaw tego zapatrywania, racjonalne byłoby uznanie, że pośrednictwo występuje w dwóch różnych znaczeniach (bez wskazywania, które z nich jest szersze, a które węższe) – np. pośrednictwa typu faktycznego (polegającego na pośredniczeniu) oraz pośrednictwa typu zastępstwa. W świetle przeprowadzonych w niniejszej pracy rozważań, również takie ujęcie nie może być uznane za właściwe.

Jak starano się udowodnić w poprzednich rozdziałach pracy, cechą wspólną wszystkich umów o pośrednictwo jest występowanie zobowiązania pośrednika do pośredniczenia. Stanowi ono warunek konieczny do przyporządkowania określonego stosunku prawnego do ich grona. Występujący w większości typów kontraktów o pośrednictwo element zastępstwa ma charakter uboczny z perspektywy ich zaliczenia do umów o pośrednictwo. W konsekwencji tezą pracy jest, że każda umowa o pośrednictwo (zarówno *sensu stricto*, jak i *sensu largo*) zawiera w sobie element zobowiązania pośrednika do pośredniczenia. Podstawowymi konsekwencjami powyższego jest wykluczenie spoza ich grona (w tym pośrednictwa w szerokim znaczeniu) umowy zlecenia.

Podsumowując poczynione wyżej uwagi można stwierdzić, że wyróżnienie pośrednictwa w znaczeniu wąskim oraz szerokim jest uzasadnione. Konieczne jest jednak przyjęcie następującego rozumienia tych pojęć. Otóż, pośrednictwo *sensu stricto* obejmuje umowy, w których pośrednik zobowiązuje się wyłącznie do dokonywania czynności faktycznych zmierzających do zawarcia umowy przez podmioty inne niż on sam. Rozumienie szersze mieści natomiast w sobie pośrednictwo w znaczeniu wąskim oraz stosunki, w których obok zobowiązania do pośredniczenia, występuje również obowiązek zawierania umów w charakterze zastępcy pośredniego lub bezpośredniego dającego zlecenie.

Funkcją tak rozumianego podziału jest podkreślenie znaczenia pośredniczenia jako istoty pośrednictwa oraz objęcie tym ostatnim również stosunków, w których uzupełnia je zobowiązanie do zastępstwa. Z jednej strony przedstawione ujęcie nawiązuje do systemu umów o pośrednictwo funkcjonującego na gruncie kodeksu zobowiązań oraz kodeksu handlowego, w którym centralną rolę pełniło zobowiązanie do czynności faktycznych zmierzających do doprowadzenia do wymiany gospodarczej między stronami. Z drugiej, odpowiada na potrzebę obrotu do wykorzystania pośrednika w roli zastępcy dającego zlecenie. Ponadto zaprezentowana koncepcja eksponuje związek umów, w których przedmiotem zobowiązania są łącznie pośredniczenie oraz zastępstwo z umowami o pośrednictwo, a nie z umową zlecenia. Ma to doniosłe znaczenie dla określenia istoty takich kontraktów (zwłaszcza nienazwanych),

a w konsekwencji ustalenia ich reżimu prawnego, z uwzględnieniem w przeważającym stopniu przepisów o nazwanych umowach o pośrednictwo, a nie o umowie zlecenia.

III. Pośrednictwo a przedstawicielstwo

Z rozważaniami dotyczącymi rozróżnienia umów o pośrednictwo w znaczeniu ścisłym i szerokim ściśle łączy się kwestia odróżnienia pośrednictwa od przedstawicielstwa. Omówiony podział w ujęciu doktryny nie dość wyraźnie akcentuje, a w przypadku części poglądów zaciera odmienną umów o pośrednictwo od przedstawicielstwa. Analizę tej kwestii należy rozpocząć od przypomnienia podstawowych informacji na temat tego ostatniego.

Przedstawicielstwo stanowi instytucję części ogólnej prawa cywilnego uregulowaną w dziale VI tytułu IV (czynności prawne) Księgi I KC w art. 95–109⁸. Jego istota sprowadza się do usankcjonowania przez ustawę możliwości dokonywania czynności prawnej przez inny podmiot (przedstawiciela), która – jeżeli mieści się w granicach jego umocowania – pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Przedstawiciel jest więc zastępcą bezpośrednim, co oznacza, że dokonuje czynności prawnych w imieniu i na rachunek zastępowanego. Ze względu na źródło i zakres umocowania przedstawiciela wyróżnia się dwa rodzaje omawianej instytucji – przedstawicielstwo ustawowe oraz pełnomocnictwo. W przypadku pierwszego źródłem umocowania przedstawiciela jest ustawa, która rozstrzyga o zakresie jego umocowania. Jeżeli chodzi o drugi rodzaj przedstawicielstwa, umocowanie i jego zakres wynikają z jednostronnej czynności prawnej, tj. pełnomocnictwa⁷⁵⁸. Sam fakt przyznania statusu przedstawiciela ustawowego lub pełnomocnika nie nakłada zobowiązania do działania. Istota omawianych instytucji sprowadza się wyłącznie do sfery upoważnienia, a zatem przyznania kompetencji działania, które ma zdolność do wywołania skutków określonych w ustawie (dokonanie czynności prawnej w imieniu innego podmiotu).

Umowy o pośrednictwo są natomiast grupą stosunków zobowiązaniowych, wyodrębnioną ze względu na świadczenie charakterystyczne pośrednika. Należą do części szczegółowej prawa zobowiązań. Ich istotą jest węzeł obligacyjny, którego treść stanowi zobowiązanie pośrednika do podjęcia określonego działania. W przypadku pośrednictwa *sensu largo* polega ono na pośredniczeniu oraz zawarciu umowy w charakterze zastępcy dającego

⁷⁵⁸ Szczególnym rodzajem pełnomocnictwa jest prokura, którą określa się również jako pełnomocnictwo handlowe. Zgodnie z art. 109¹ § 1 KC prokura może być udzielona wyłącznie przez przedsiębiorcę podlegającego wpisowi do CEIDG albo rejestru przedsiębiorców KRS. W przeciwieństwie do zwykłego pełnomocnictwa zakres umocowania prokurenta nie jest określony w czynności upoważniającej, lecz – w sposób bezwzględnie wiążący – w ustawie. Co do zasady obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa.

zlecenie. W przeciwieństwie do przedstawicielstwa, umowy o pośrednictwo odnoszą się zatem wyłącznie do sfery zobowiązania, a nie upoważnienia. Samo ich zawarcie nie zmienia nic w zakresie umocowania⁷⁵⁹, podobnie jak samo udzielenie pełnomocnictwa nie wpływa na istnienie zobowiązania do dokonania czynności prawnej. Podstawowym przykładem obrazującym to rozróżnienie w prawie polskim jest rozdzielenie – w ślad za prawem niemieckim, a w przeciwieństwie do francuskiego – pełnomocnictwa od umowy zlecenia.

Ponadto należy zauważyć, że zastosowanie przedstawicielstwa nie ogranicza się wyłącznie do umów o pośrednictwo i innych relacji zobowiązaniowych. Jak wszystkie instytucje części ogólnej prawa cywilnego występuje ono w rozmaitych stosunkach prawa rzeczowego, spadkowego i rodzinnego. Nie można zatem łączyć go wyłącznie z umowami o pośrednictwo w szerokim znaczeniu.

Synonimiczne określanie pośrednictwa w szerokim znaczeniu mianem przedstawicielstwa wymaga sprzeciwu, nie tylko z przytoczonych wyżej przyczyn. Istotne jest zauważenie, że część autorów nadaje pojęciu przedstawicielstwa treść odmienną niż wynikająca z przepisów działu VI tytułu IV Księgi I KC. Do pośrednictwa typu przedstawicielstwa zaliczają oni nie tylko umowy, w których występuje zobowiązanie pośrednika do zawierania umów w imieniu i na rzecz dającego zlecenie, lecz również działanie w charakterze zastępcy pośredniego, a więc w imieniu własnym, lecz na rachunek dającego zlecenie⁷⁶⁰. Kodeksowa formuła przedstawicielstwa odnosi się natomiast wyłącznie do zastępstwa bezpośredniego. Z drugiej strony, wskazuje się również, że pośrednictwo typu przedstawicielstwa obejmuje umowy, w których pośrednik jest zobowiązany łącznie do pośredniczenia oraz zastępstwa. Przedstawicielstwo w ujęciu kodeksu cywilnego odnosi się natomiast wyłącznie do dokonywania czynności prawnych, a nie faktycznych. Wprowadzenie odmiennego znaczenia pojęcia przedstawicielstwa w ramach negowanego ujęcia godzi w podstawy siatki pojęciowej prawa cywilnego oraz w zasadę jedności prawa prywatnego.

Poczynione uwagi prowadzą do wniosku, że porównywane pojęcia dotyczą innych obszarów prawa cywilnego. Nie wydaje się przesadzone stwierdzenie, że utożsamianie pośrednictwa *sensu largo* z przedstawicielstwem stanowi błąd przesunięcia kategoryjnego. Opisując zależność między nimi można stwierdzić, że wyczerpuje się ona w tym, że przedstawicielstwo (a zwłaszcza pełnomocnictwo) stanowi instytucję części ogólnej prawa

⁷⁵⁹ Umowy o pośrednictwo różnią się w tym zakresie od umowy zlecenia, w której samo jej zawarcie jest, co do zasady, źródłem umocowania do wykonania czynności w imieniu dającego zlecenie (art. 734 § 2 zd. 1 KC).

⁷⁶⁰ Część autorów wprost wskazuje na istnienie instytucji przedstawicieli pośrednich. Tak zwłaszcza A. Calus, Prawo, s. 178; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (1995), s. 121.

cywilnego, umożliwiającą prawidłowe wykonanie, wynikającego z umowy o pośrednictwo w znaczeniu szerokim, zobowiązania pośrednika do zawarcia umowy docelowej w imieniu dającego zlecenie.

IV. Pośrednictwo a reprezentacja przez organ

Poczynione wyżej uwagi co do przedstawicielstwa skłaniają do omówienia kwestii odrębności pośrednictwa od innych instytucji części ogólnej prawa cywilnego związanych z zawieraniem umów.

Pośrednictwo należy odróżnić od reprezentacji osoby prawnej przez organ. Zgodnie z art. 38 KC osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Statuowana przez powołany przepis teoria organów zakłada, że osoby fizyczne wchodzące w ich skład tworzą i urzeczywistniają wolę osoby prawnej⁷⁶¹. Odnosi się to zwłaszcza do składania oświadczeń innym podmiotom, a zatem reprezentacji osoby prawnej. Wyjaśniając teorię organów w tym aspekcie na najprostszym przykładzie można wskazać, że członek jednoosobowego zarządu spółki kapitałowej składający oświadczenie woli w tym charakterze (a nie we własnym imieniu), w granicach swojego umocowania i zgodnie z zasadami reprezentacji, wyraża wolę spółki⁷⁶². W przeciwieństwie do przedstawiciela, lub szerzej: zastępcy, nie działa on w imieniu i na rachunek osoby prawnej, lecz jako ta osoba.

W kontekście umów o pośrednictwo istotne jest wskazanie, że działania członka lub członków organu osoby prawnej w zakresie jej reprezentacji stanowią instytucję części ogólnej prawa cywilnego związaną z funkcjonowaniem wszystkich osób prawnych. W związku z tym, że aktywność (piastunów) organów stanowi aktywność osoby prawnej, brak jest w tym przypadku miejsca na występowanie pośrednictwa, które zakłada działanie pośrednika w obszarze między podmiotami innymi niż on sam. Już choćby tylko z tej przyczyny brak jest podstaw do łączenia pośrednictwa z reprezentacją osoby prawnej przez organ⁷⁶³. Odmienne

⁷⁶¹ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo, s. 209–210. Na temat teorii wyjaśniających działanie osoby prawnej zamiast wielu zob. A. Kidyba, Prawo, s. 137.

⁷⁶² O granicach, zakresie, uprawnieniu i obowiązku reprezentowania osoby prawnej decyduje ustawa (zwłaszcza akty regulujące status prawny określonej osoby prawnej) oraz oparty na niej statut.

⁷⁶³ Brak podmiotowości prawnej przesądza również, że za pośrednika nie można uznać oddziału przedsiębiorcy. Co do zasady odnosi się to również do oddziału oraz przedstawicielstwa przedsiębiorcy zagranicznego. Część doktryny jako wyjątek od tej zasady wskazuje główne oddziały zagranicznych zakładów ubezpieczeń. Krytycznie na ten temat P. Sobolewski, w: K. Osajda (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2021, kom. do art. 33¹, Nb III.8. oraz powołani tam autorzy.

niż w przypadku przedstawicielstwa, działanie organu nie służy wykonaniu zobowiązania wynikającego z umowy o pośrednictwo⁷⁶⁴.

V. Pośrednictwo a posłaniec

Instytucją części ogólnej prawa cywilnego, którą należy odróżnić od pośrednictwa jest również posłaniec. Traktuje o nim art. 85 KC stanowiący, że zniekształcenie oświadczenia woli przez osobę użytą do jego przesłania ma takie same skutki, jak błąd przy złożeniu oświadczenia. Posłaniec jest definiowany w doktrynie jako osoba, która przenosi gotowe oświadczenie woli innej osoby do adresata⁷⁶⁵. Sam nie składa żadnego oświadczenia. Dokonuje wyłącznie czynności faktycznych, polegających na przekazaniu oświadczenia woli. Działanie posłańca jest najbardziej zbliżone do pośrednictwa *sensu stricto*.

Mając na uwadze dotychczasowe uwagi najprościej byłoby stwierdzić, że instytucja posłańca ma charakter ogólny i w związku z tym można uznać ją wyłącznie za instrument realizujący zobowiązanie pośrednika wynikające z umowy. Rozważając tę kwestię bliżej należy jednak dojść do wniosku, że przyjęty w doktrynie zakres aktywności posłańca wyklucza uznanie jej za jakąś postać pośredniczenia. To ostatnie zakłada bowiem dokonywanie czynności faktycznych służących skojarzeniu kontrahentów, a nieoddziałujących na ich wolę co do zawarcia umowy docelowej (następczenie sposobności w rozumieniu dawnego art. 517 KZ) lub czynności prowadzących do nawiązania kontraktu wpływające na wolę stron (pośredniczenie w rozumieniu dawnego art. 517 KZ). W przypadku posłańca z pewnością wykluczony jest drugi ze wskazanych przejawów pośredniczenia. Istotą jego działania jest bowiem wyłącznie przekazanie oświadczenia woli adresatowi, a nie nakłanianie go do zawarcia umowy lub negocjowanie postanowień kontraktu. Posłaniec nie dokonuje również skojarzenia stron umowy. Skoro przenosi gotowe oświadczenie, to należy przyjąć, że jego nadawca przekazuje posłańcowi informację, kto jest adresatem. Aktywność posłańca nie obejmuje zatem pośredniczenia. Nie jest natomiast wykluczone, że w konkretnym stanie faktycznym osoba przenosząca oświadczenie woli (posłaniec), zobowiąże się odrębnie do pośredniczenia. Połączenie tych dwóch ról w jednej osobie nie wpływa na odrębność instytucji posłańca od pośrednictwa.

⁷⁶⁴ Działania organu mogą służyć do wykonania umowy o pośrednictwo wyłącznie, jeżeli osoba prawna jest pośrednikiem. Jednakże w „relacji” między organem a osobą prawną pośrednictwo nie zachodzi również w tym przypadku.

⁷⁶⁵ Z. Radwański, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 1997, s. 269; A. Szpunar, Stanowisko, s. 52–53; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo, s. 337.

W związku z powyższym wyłącznie za posłańca, a nie pośrednika, należy uznać podmioty świadczące usługi pocztowe, kurierskie, dostawców skrzynki mailowej⁷⁶⁶ oraz tłumaczy⁷⁶⁷. Inaczej jest natomiast w przypadku internetowych platform aukcyjnych (np. Allegro, eBay). Prowadzący je przedsiębiorca udostępnia przestrzeń i rozwiązania techniczne, umożliwiające przedstawienie ofert, zawieranie umów, wyszukiwanie kontrahentów (towarów lub usług). Powyższe stanowią czynności faktyczne wchodzące w zakres pojęcia pośredniczenia. W konsekwencji czynności wykonywane przez platformy internetowe na podstawie odpowiedniej umowy zawartej z ich użytkownikami stanowią – co najmniej w pewnym zakresie – pośrednictwo⁷⁶⁸. Nie wyklucza to pełnienia przez nie również roli posłańca (np. w zakresie przekazywania elektronicznego oświadczenia woli użytkownika platformy co do zawarcia umowy z innym użytkownikiem).

Podsumowując uwagi poczynione w pkt III–V tego paragrafu należy stwierdzić, że pojęcie pośrednictwa leży na innej płaszczyźnie niż instytucje części ogólnej prawa cywilnego, takie jak przedstawicielstwo, pełnomocnictwo (prokura), reprezentacja przez organ⁷⁶⁹ oraz posłaniec. W konsekwencji nie powinno być z nimi utożsamiane. Z porównań cech tych instytucji nie należy wyciągać zbyt daleko idących wniosków⁷⁷⁰. W istocie dotyczą one bowiem odmiennych zjawisk.

§ 3. Umowy o pośrednictwo handlowe i niehandlowe

I. Stanowisko doktryny

W ramach drugiego istotnego podziału wyróżnia się pośrednictwo handlowe, nazywane również gospodarczym lub komercyjnym, oraz pośrednictwo niemające takiego przymiotu,

⁷⁶⁶ Za stosowaniem art. 85 KC do elektronicznych oświadczeń woli, a w konsekwencji za przyjęciem, że przedsiębiorca umożliwiający składanie takich oświadczeń jest posłańcem, opowiadają się zwłaszcza *M. Drozdowicz*, Błąd w elektronicznych czynnościach prawnych, PPH 2001, Nr 9, s. 21–31; *M. Gutowski*, w: *M. Gutowski* (red.), Kodeks cywilny, t. I. Komentarz. Art. 1–352, Warszawa 2021, s. 925; *P. Sobolewski*, w: *K. Osajda* (red.), Kodeks, kom. do art. 85, Nb 9; *M. Węgiński*, Charakterystyka prawna umów zawieranych drogą elektroniczną, Warszawa 2020, s. 99–100. *Adam Szpunar*, Stanowisko, s. 54, uznawał za posłańca urząd telegraficzny.

⁷⁶⁷ *B. Lewaszkiewicz-Petrykowska*, w: *M. Pyziak-Szafnicka, P. Księżak* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, Warszawa 2014, s. 1012–1013.

⁷⁶⁸ Tak trafnie *M. Giaro*, Zawarcie umowy za pośrednictwem internetowych platform aukcyjnych, PPH 2008, Nr 4, s. 41. Część autorów przypisuje regulaminom internetowych platform aukcyjnych cechy agencji pośredniczej; tak np. *W. Kocot*, Wpływ Internetu na prawo umów, Warszawa 2004, s. 308–309.

⁷⁶⁹ Jak trafnie wskazuje *A. Kidyba*, Głos w sprawie konstrukcji reprezentacji podmiotów w prawie cywilnym, PPH 2019, Nr 9, s. 35, przedstawicielstwo (ustawowe, pełnomocnictwo, w tym prokura) oraz reprezentacja przez organ stanowią zamknięty katalog sposobów reprezentacji podmiotów prawa cywilnego w obrocie.

⁷⁷⁰ Przykładowo *M. Barański*, Konstrukcja, s. 15–16 rozważa, czy pojęcie pośrednictwa jest szersze, czy węższe od zastępstwa.

najczęściej określane jako cywilne (za niemieckim terminem „*Zivilmakler*”⁷⁷¹). W związku z obowiązywaniem zasady jedności prawa cywilnego ostatnio wskazana denominacja nie jest właściwa. Pośrednictwo handlowe ma bowiem również charakter cywilnoprawny. Przeciwwstawianie pośrednictwa cywilnego i handlowego było uzasadnione na gruncie kodeksu zobowiązań oraz kodeksu handlowego w związku z odrębną regulacją umowy o pośrednictwo (art. 517–522 KZ) oraz dualizmem prawa cywilnego i handlowego. W rezultacie w rozważaniach proponuje się podział pośrednictwa na handlowe oraz niehandlowe.

Kryteria wyodrębnienia omawianych rodzajów pośrednictwa są sporne w doktrynie. Dotyczy to zwłaszcza cechy przesądzającej o handlowym charakterze pośrednictwa. Można w tym zakresie wskazać trzy poglądy.

Według pierwszego o handlowości pośrednictwa przesądza gospodarczy charakter umowy, do której zawarcia zmierzają starania pośrednika⁷⁷². Należy przez to rozumieć, że pośredniczenie i ewentualnie towarzyszące mu zastępstwo mają na celu zawarcie umowy docelowej o charakterze handlowym. Warto w tym miejscu przypomnieć, że tak jak na gruncie art. 498 § 1 KH, przez czynności handlowe rozumie się obecnie umowy (czynności prawne) przedsiębiorcy (dawniej: kupca) związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. W doktrynie wyodrębnia się umowy profesjonalne dwustronnie (gospodarcze *sensu stricto*) oraz jednostronnie (gospodarcze *sensu largo*), w tym konsumenckie⁷⁷³. W ramach omawianego poglądu przyjmuje się, że chodzi o umowy docelowe, w których co najmniej jedną ze stron jest przedsiębiorca. Przykładowo *J. Namitkiewicz* wskazywał odnośnie do umowy komisji, że umowa sprzedaży zawarta przez komisanta we własnym imieniu, na rachunek komitenta powinna mieć charakter handlowy⁷⁷⁴. Przedstawione stanowisko nawiązuje do doktryny niemieckiej, w której cecha handlowości pośrednictwa jest rozwijana przede wszystkim w odniesieniu do handlowej umowy maklerskiej z § 93 ust. 1 HGB. Jej wyodrębnienie z pośrednictwa cywilnego w rozumieniu § 652 ust. 1 BGB następuje na podstawie handlowego przedmiotu umowy docelowej⁷⁷⁵.

Drugi pogląd zakłada, że o handlowości pośrednictwa przesądza prowadzenie działalności gospodarczej przez pośrednika, a zatem przysługujący mu status przedsiębiorcy⁷⁷⁶.

⁷⁷¹ Zob. przykładowo *Ch. Kneller*, w: *W. Hau, R. Poseck* (red.), *Kommentar*, kom. do § 652, Nb 9–10.

⁷⁷² *A. Koch*, *Formy*, s. 50; *M. Romanowski*, *Charakter prawny umowy*, s. 64; *tenże*, *Charakter prawny zlecenia*, s. 7.

⁷⁷³ *W.J. Katner*, w: *W.J. Katner* (red.), *Prawo*, s. 451; *A. Kidyba*, *Prawo*, s. 787; *S. Włodyka*, w: *S. Włodyka* (red.), *Prawo umów* (1995), s. 9–10.

⁷⁷⁴ *J. Namitkiewicz*, *Zarys*, s. 158.

⁷⁷⁵ Zob. przykładowo *K. Kotzian-Marggraf*, w: *H. Oetker* (red.), *Handelsgesetzbuch*, kom. do § 93, Nb 2–3.

⁷⁷⁶ *E. Kowalewski*, *Pośrednictwo ubezpieczeniowe*, w: *A. Wąsiewicz* (red.), *Ubezpieczenia w gospodarce rynkowej*, Bydgoszcz 1994, s. 112–113; *K. Kruczałak*, w: *S. Włodyka* (red.), *Prawo umów* (2001), s. 341–342;

W przeciwieństwie do pierwszego, przedmiotowego, drugie ujęcie odwołuje się do kryterium podmiotowego i funkcjonalnego.

Trzecie stanowisko łączy kryteria z dwóch wcześniej wskazanych poglądów⁷⁷⁷. Zakłada, że przesłankami handlowego charakteru umowy o pośrednictwo są profesjonalny charakter umowy docelowej oraz zawodowy status pośrednika.

II. Ocena stanowiska doktryny

Przedstawione poglądy charakteryzują pośrednictwo handlowe z perspektywy odmiennych kryteriów. Żaden z nich nie spełnia poczynionego na wstępie tej części pracy założenia, że omawiane w niej podziały pośrednictwa będą odnosić się do umów o pośrednictwo, a nie do pośrednika lub jego aktywności.

Pierwszy pogląd, mimo że odwołuje się do umowy (zdarzenia prawnego), opisuje pośrednictwo handlowe przez pryzmat kontraktu docelowego. Nie odnosi się natomiast do umów o pośrednictwo stanowiących źródło zobowiązania pośrednika do działania. W związku z tym powstaje pytanie, czy takie ujęcie właściwie charakteryzuje umowy o pośrednictwo handlowe? Należy na nie odpowiedzieć negatywnie z niżej wskazanych przyczyn.

Określając handlowy charakter umowy trzeba odnosić się do tej czynności prawnej, a nie kontraktu zawartego w wyniku jej wykonania. Nie budzi to wątpliwości co do umów, które nie rodzą zobowiązania do dokonania czynności prawnej lub pośredniczenia (np. umów: sprzedaży, o dzieło, najmu). W tej sytuacji ocenie może podlegać wyłącznie jedna umowa. W przypadku pozostałych kontraktów (np. umów: zlecenia, przedwstępnej, o pośrednictwo) należy przyjąć tożsamą zasadę i oceniać umowę podstawową przez pryzmat jej charakteru. Trudno znaleźć argument przemawiający za tezą, że cechy czynności prawnej powinny być określone na podstawie cech innej czynności (kontraktu docelowego). Przykładowo powszechnie przyjmuje się, że o gospodarczym charakterze umowy spedycji decyduje zawarcie jej przez spedytora w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa, a nie zawarcie przez niego w imieniu dającego zlecenie umowy przewozu z innym przedsiębiorcą. Handlowy charakter konkretnej umowy zlecenia również nie jest wywodzony z faktu, że w jej wykonaniu przyjmujący zlecenie dokonał w imieniu zleceniodawcy czynności prawnej z przedsiębiorcą. Przesądza o tym status prawny stron umowy podstawowej.

B. Kucharski, Broker ubezpieczeniowy jako pośrednik, s. 19; *E. Rott-Pietrzyk*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 38; *S. Włodyka*, w: *S. Włodyka* (red.), Prawo umów (1995), s. 119–120.

⁷⁷⁷ *J. Pokrzywniak*, Broker, s. 40.

Poczyniony wniosek potwierdza regulacja kodeksowych umów o pośrednictwo (agencji, komisju), których handlowy charakter nie budzi wątpliwości. Powyższe wynika z ich definicji ustawowych (art. 758 § 1 KC, art. 765 KC), które przewidują, że pośrednik (agent, komisant) zawiera je zawsze w zakresie prowadzonego przedsiębiorstwa, a zatem jako przedsiębiorca. W przypadku umowy agencyjnej przepisy dookreślają, że również dający zlecenie musi mieć na jej gruncie status przedsiębiorcy. Umowy docelowe nie są natomiast przedmiotem regulacji prawnej. Ich charakter jest przeważnie wtórny względem umów podstawowych (jeżeli dający zlecenie jest przedsiębiorcą, to umowy docelowe będą miały charakter co najmniej jednostronnie profesjonalny). Z powołanych przepisów nie wynika natomiast odwrotna zależność.

Ponadto pogląd przyjmujący konieczność badania umowy docelowej może budzić wątpliwości co do handlowego charakteru ocenianej umowy o pośrednictwo. W chwili zawarcia umowy podstawowej aspekt podmiotowy umowy docelowej nie jest jeszcze przesądzony. W ramach krytykowanej koncepcji dopiero zawarcie tej drugiej z udziałem przynajmniej jednego przedsiębiorcy prowadzi do następczego nadania pośrednictwu cechy profesjonalizmu. Wcześniej handlowość pośrednictwa jest niepewna. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której umowa o pośrednictwo zostanie zawarta w obrocie powszechnym, natomiast w umowie docelowej będzie występował przedsiębiorca. Przykład stanowi umowa o pośredniczenie przy sprzedaży (zbycia) mieszkania zawarta między podmiotami nieprofesjonalnymi, którą, w wyniku starań pośrednika, nabędzie podmiot zawodowo zajmujący się obrotem nieruchomościami. W tej sytuacji umowa docelowa ma charakter handlowy. Mimo to nie sposób twierdzić, że chodzi w tym przypadku o pośrednictwo handlowe.

Warto zauważyć, że wnioskowanie o charakterze pośrednictwa przez pryzmat charakteru umowy docelowej może okazać się zawodne również wtedy, gdy pośrednik jest przedsiębiorcą. W przypadku umów o pośrednictwo ograniczonych do dokonywania przez niego czynności faktycznych (np. nienazwanej umowy o pośrednictwo jednorazowe), umowę docelową zawiera ostatecznie dający zlecenie. Nawet, jeżeli pośrednik działa jako przedsiębiorca, to w braku tego przymiotu po stronie zleceniodawcy oraz jego kontrahenta, umowa docelowa nie będzie miała charakteru handlowego.

Wątpliwości co do oceny charakteru prawnego pośrednictwa budzą również stosunki, w których pośrednik zobowiązuje się do pośredniczenia (i zastępstwa) przy zawarciu wielu umów docelowych. W tej sytuacji ich status podmiotowy może być zróżnicowany. Krytykowana koncepcja nie wyjaśnia, jak w tym przypadku rozstrzygać o handlowym albo

niehandlowym charakterze pośrednictwa. Przyjęcie takiego kryterium jest zatem nieoperatywne zarówno z dogmatycznego, jak i z praktycznego punktu widzenia.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że relewantna dla oceny handlowego charakteru pośrednictwa jest umowa o pośrednictwo (umowa podstawowa).

Poczyniony wniosek nie eliminuje wszystkich wątpliwości pojawiających się na tle omawianego zagadnienia. Jak przypomniano na wcześniejszym etapie rozważań, do umów gospodarczych zalicza się również umowy jednostronnie profesjonalne. W praktyce może wystąpić sytuacja, w której handlowa w tym rozumieniu będzie umowa zawarta między dającym zlecenie przedsiębiorcą, a pośrednikiem niemającym takiego statusu. Powstaje pytanie, czy taki stosunek powinien być uznany za pośrednictwo handlowe?

Ponownie należy odpowiedzieć przecząco. Nie sposób zaliczyć do pośrednictwa handlowego umowy, w której pośrednik występuje jako konsument lub (jeżeli nie jest osobą fizyczną) jako strona niebędąca ani przedsiębiorcą, ani konsumentem. Wyodrębnienie umów o pośrednictwo, a w konsekwencji samego pośrednictwa, następuje bowiem w oparciu o treść zobowiązania pośrednika, a nie dającego zlecenie. W rezultacie charakteryzując i klasyfikując je należy konsekwentnie odwoływać się do tej strony stosunku, a nie jej kontrahenta.

W tym aspekcie ujawnia się trafność drugiego z przedstawionych poglądów co do kryterium wyróżnienia pośrednictwa handlowego, który odwołuje się do statusu przedsiębiorcy po stronie pośrednika i związanego z tym prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Dostosowując go do założeń metodologicznych przyjętych w tej części pracy należy skonstatować, że przyjęcie handlowego charakteru umowy o pośrednictwo wymaga, żeby pośrednik będący przedsiębiorcą zawarł ją w tym charakterze.

W konsekwencji pośrednictwo handlowe może wystąpić w konfiguracjach podmiotowych przedstawionych w zamieszczonej niżej tabeli. Tworzą one odmiany pośrednictwa odpowiadające rodzajom obrotu z udziałem przedsiębiorców.

Wymaga wyjaśnienia, że w doktrynie przyjmuje się podział obrotu gospodarczego na dwustronnie profesjonalny (*sensu stricto*, B2B – ang. *Business to Business*) oraz jednostronnie profesjonalny (*sensu largo*)⁷⁷⁸, który dzieli się na konsumencki (B2C – ang. *Business to Consumer*) oraz pozostały (B2X – ang. *Business to non-Business and non-Consumer*)⁷⁷⁹. Wyodrębnienie obrotu B2X wynika z art. 22¹ KC, który przewiduje, że status konsumenta przysługuje w prawie polskim wyłącznie osobom fizycznym. Poza obrotem gospodarczym

⁷⁷⁸ Tak zwłaszcza W.J. Katner, w: W.J. Katner (red.), Prawo, s. 56–57; S. Włodyka, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (1995), s. 5–7.

⁷⁷⁹ W.J. Katner, w: W.J. Katner (red.), Prawo, s. 56–57.

występuje obrót powszechny, w którym żadna ze stron nie jest ani konsumentem ani przedsiębiorcą. W literaturze ekonomicznej niekiedy można spotkać błędne wyróżnienie obrotu między konsumentami (C2C, ang. *Consumer to Consumer*). Z perspektywy normatywnej status konsumenta przysługuje wyłącznie w relacji z przedsiębiorcą (art. 22¹ KC).

pośrednik	dający zlecenie	pośrednictwo handlowe
przedsiębiorca	przedsiębiorca	<i>sensu stricto</i>
	konsument	<i>sensu largo</i> (konsumenckie)
	podmiot nieprowadzący działalności gospodarczej inny niż osoba fizyczna	<i>sensu largo</i>

Tabela 3. Konfiguracje podmiotowe pośrednictwa handlowego (opracowanie własne).

Mając na uwadze powyższe można wyodrębnić pośrednictwo handlowe dwustronnie oraz jednostronnie profesjonalne. W zakresie tego ostatniego występuje pośrednictwo konsumenckie, w ramach którego pośrednik jest przedsiębiorcą, a dający zlecenie konsumentem. W związku ze stałym rozszerzaniem przepisów w zakresie ochrony konsumenckiej znaczenie tego ostatniego stale wzrasta. Przykładem tej tendencji są ustawa o kredycie konsumenckim⁷⁸⁰ oraz KredytHipU, które regulują pośrednictwo w zakresie kredytu konsumenckiego oraz kredytu hipotecznego.

Przynależność umowy do danego rodzaju pośrednictwa handlowego należy oceniać w odniesieniu do konkretnego stosunku prawnego. Wyjątek stanowi umowa agencyjna, której definicja przesądza, że jest ona zawsze dwustronnie profesjonalna. Taki charakter ma również umowa z brokerem reasekuracyjnym. Jej stronami są bowiem zakłady ubezpieczeń, które zawierają ją jako przedsiębiorcy. Powyższe stanowią przykłady pośrednictwa handlowego *sensu stricto*. Co najmniej jednostronnie profesjonalne są natomiast między innymi umowy: komis, zlecenia maklerskiego, brokerska w zakresie ubezpieczeń oraz brokerska na giełdzie towarowej. W ich przypadku wymaganie statusu przedsiębiorcy po stronie pośrednika wynika z przepisów ustaw. Nie ma również przeszkód, żeby charakter pośrednictwa handlowego miały inne stosunki (np. nienazwana umowa o pośrednictwo zwykłe, morska umowa maklerska), jeżeli na ich gruncie pośrednik występuje jako przedsiębiorca⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ Ustawa z 12.5.2011 r. o kredycie konsumenckim (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r. poz.1028 ze zm.).

⁷⁸¹ Gospodarcza funkcja i przedmiot morskiej umowy maklerskiej sprawiają, że w praktyce makler morski zawsze zawiera ją w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa.

Przechodząc do pośrednictwa niehandlowego można zdefiniować je negatywnie, jako takie pośrednictwo, które nie jest handlowe. Chodzi zatem o wszystkie umowy o pośrednictwo, których pośrednik nie zawiera jako przedsiębiorca. Teoretycznie można wyróżnić w tym zakresie następujące konfiguracje podmiotowe:

pośrednik	dający zlecenie	obrót
konsument	przedsiębiorca	gospodarczy <i>sensu largo</i> (konsumencki), ale nie pośrednictwo handlowe
podmiot niebędący osobą fizyczną i nieprowadzący działalności gospodarczej	przedsiębiorca	gospodarczy <i>sensu largo</i> , ale nie pośrednictwo handlowe
podmiot niebędący konsumentem, ani przedsiębiorcą	podmiot niebędący konsumentem, ani przedsiębiorcą	powszechny

Tabela 4. Konfiguracje podmiotowe pośrednictwa niehandlowego (opracowanie własne).

Dwa pierwsze wiersze tabeli opisują sytuacje rzadko występujące w obrocie. Dający zlecenie przedsiębiorca na ogół będzie bowiem posługiwał się profesjonalnym pośrednikiem. W konsekwencji najczęstszym w praktyce przykładem pośrednictwa niehandlowego są umowy zawierane w obrocie powszechnym, w przypadku których żadna ze stron nie jest ani przedsiębiorcą, ani konsumentem. Modelowe uregulowanie takiego stosunku stanowiła umowa o pośrednictwo z dawnego art. 517 KZ⁷⁸². Współcześnie do omawianej podgrupy umów o pośrednictwo można zaliczyć wyłącznie umowy nienazwane o odpowiednim układzie podmiotowym (np. umowę pośrednictwa w zbyciu lub nabyciu nieruchomości zawartą między członkami rodziny, z których żaden nie prowadzi działalności gospodarczej).

⁷⁸² Jak wynika z rozważań poczynionych w § 2.II. rozdziału trzeciego, stroną lub stronami umowy o pośrednictwo regulowanej w kodeksie zobowiązań mógł być również kupiec. Nie zawsze była więc zawierana w obrocie powszechnym.

§ 4. Umowy o pośrednictwo stałe i dorywcze

I. Stanowisko doktryny

W ramach kolejnego podziału wyróżnia się umowy o pośrednictwo stałe oraz dorywcze (doraźne, jednorazowe). *Criterion divisionis* stanowi przedmiot zobowiązania pośrednika. Zagadnienie stałości oraz dorywczości pośredniczenia i towarzyszącego mu zastępstwa było przedmiotem rozważań we fragmentach poświęconych umowom: agencyjnej, komisji oraz maklerskim (brokerskim). Omówienie go w tej części ma na celu uporządkowanie i uogólnienie wniosków z dotychczasowej analizy.

Należy przypomnieć, że w doktrynie trudności rodzi zwłaszcza wyjaśnienie, na czym polega stałość zobowiązania agenta. Prezentowane są w tym zakresie dwa główne poglądy. Pierwszy zakłada, że decyduje o niej przyjęcie obowiązku pośredniczenia przy nieoznaczonej liczbie umów⁷⁸³. Drugi odrzuca to ujęcie z uwagi na możliwość obejścia stosowania przepisów o umowie agencyjnej przez wprowadzenie postanowienia umownego przewidującego, że agent jest zobowiązany do zawarcia na tyle wysokiej liczby umów, że *de facto* świadczenie ma charakter stały⁷⁸⁴. W konsekwencji postuluje się typologiczny opis omawianej właściwości, której idealny model obejmuje występowanie cech takich jak: pośredniczenie przy umowach zawieranych w sposób regularny przez zleceniodawcę, rodzajowe określenie ich przedmiotu, brak oznaczenia liczby umów docelowych oraz długi okres zamierzonej współpracy stron stosunku agencyjnego⁷⁸⁵.

II. Ocena stanowiska doktryny

Z dwoma zastrzeżeniami należy podzielić drugi pogląd i odnosić go do wszystkich umów o pośrednictwo stałe. Po pierwsze, katalog wymienionych cech stałego zobowiązania do pośredniczenia obejmuje również brak uzależnienia obowiązku działania agenta od uzyskania konkretnych zleceń pośredniczenia od zleceniodawcy. Umożliwia to odróżnienie umów o pośrednictwo stałe od umów o pośrednictwo jednorazowe stanowiących wykonanie umowy ramowej. Pozwala również na wyjaśnienie dorywczości zwłaszcza umowy komisji oraz umowy

⁷⁸³ Tak zwłaszcza *M. Barański*, Konstrukcja, s. 26–27; *T. Świerczyński*, Charakter, s. 15; wyr. SN z 24.11.2011 r., I PK 62/11, OSNP 2012, Nr 21–22, poz. 260, s. 905.

⁷⁸⁴ Tak zwłaszcza *D. Bucior*, w: *M. Fras, M. Habdas* (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 4, s. 722.

⁷⁸⁵ *Ibidem*, s. 722; Podobnie *P. Miklaszewicz*, w: *K. Osajda* (red.), Kodeks, kom. do art. 758, Nb 12; *E. Rott-Pietrzyk*, Agent, s. 25. Zob. również wyr. TS z 16.3.2008 r., C–3/04, *Poseidon Chartering*, pkt 25 (ECLI:EU:C:2006:176).

zlecenia maklerskiego, których przedmiotem jest zbycie lub nabycie nieoznaczonej w momencie ich zawarcia liczby rzeczy lub instrumentów finansowych. Po drugie, oznaczenie liczby umów docelowych nie jest równoznaczne z wykluczeniem możliwości uznania umowy podstawowej za statuującą zobowiązanie ze świadczeniem ciągłym. Treść konkretnego stosunku prawnego może wskazywać, że dookreślenie to ma wyłącznie charakter formalny, natomiast faktycznie zobowiązanie pośrednika ma charakter ciągły.

Przechodząc do cech umów o pośrednictwo dorywcze można stwierdzić, że stanowią one przeciwieństwo właściwości stosunków o pośrednictwo stałe. Dotyczą zatem zobowiązania do zawarcia jednej albo oznaczonej liczby umów docelowych, świadczenie pośrednika ma charakter jednorazowy (przy czym może być rozłożone na części⁷⁸⁶), w braku skonkretyzowania liczby umów docelowych powstanie obowiązku działania pośrednika jest uzależnione od następczych zleceń drugiej strony, a zamierzona współpraca stron jest krótkotrwała (doraźna). Ponadto w przypadku pośrednictwa dorywczego rodzajowe oznaczenie przedmiotu umowy docelowej nie stanowi reguły.

Mając na względzie, że wyróżnienie omawianych rodzajów pośrednictwa opiera się na wskazaniu cech idealnych, należy stwierdzić, że stanowi ono typologię, a nie podział logiczny. Przedstawione cechy mogą występować w nich w mniejszym lub większym stopniu. W niejednoznacznych sytuacjach oceny stałego albo dorywczego charakteru umowy trzeba zatem dokonywać *a casu ad casum*, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy, a zwłaszcza w odniesieniu do całej treści umowy o pośrednictwo.

Obserwacja praktyki obrotu wsparta analizą regulacji prawnych umów o pośrednictwo stałe i doraźne prowadzi do wniosku, że często pełnią one odmienne funkcje gospodarcze. Pośrednictwo stałe ma na celu przede wszystkim rozszerzenie działalności dającego zlecenie przez zapewnienie mu stałej obecności na rynku. W konsekwencji umowy o ten rodzaj pośrednictwa są przeważnie zawierane między przedsiębiorcami, a zatem mają charakter dwustronnie profesjonalny (pośrednictwo handlowe *sensu stricto*).

Umowy o pośrednictwo dorywcze dotyczą natomiast najczęściej trzech grup sytuacji. Po pierwsze, chodzi o stosunki, w których celem działania pośrednika jest pomoc w nabyciu przez dającego zlecenie pożądanego towaru lub usługi. Te ostatnie często cechują się ograniczoną podażą (np. koń wyścigowy, antyk, dzieło sztuki), stopniem skomplikowania i możliwością uzyskania lepszych postanowień umowy przez pośrednika (np. umowa

⁷⁸⁶ W doktrynie powszechnie przyjmuje się, że świadczenie jednorazowe może być wykonane częściowo. Na temat świadczenia jednorazowego zamiast wielu zob. T. Dybowski, w: Z. Radwański (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 1, s. 101–102.

ubezpieczenia, umowa kredytu)⁷⁸⁷ lub przymusem pośrednictwa w obrocie nimi (np. instrumenty finansowe na rynku regulowanym). Umowy te mogą mieć charakter dwustronnie profesjonalny (np. ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej przedsiębiorcy za pośrednictwem brokera ubezpieczeniowego) albo jednostronnie profesjonalny po stronie pośrednika (np. zawarcie umowy kredytu hipotecznego w rozumieniu KredytHipU przy pomocy pośrednika kredytu hipotecznego).

Po drugie, dorywczością odznaczają się umowy o pośrednictwo, których przedmiotem jest zobowiązanie do pośredniczenia przy okazjonalnym zbywaniu dóbr (np. zbycie samochodu za pośrednictwem przedsiębiorcy prowadzącego komis, sprzedaż mieszkania za pośrednictwem biura nieruchomości). Stosunki z tej grupy stanowią zazwyczaj pośrednictwo handlowe *sensu largo*, w tym konsumenckie.

Po trzecie, charakter jednorazowy ma zdecydowana większość umów o pośrednictwo zawieranych w obrocie powszechnym. Chodzi zwłaszcza o przeważnie nieodpłatne pośrednictwo w umowach z zakresu spraw życia codziennego, oparte na więziach rodzinnych, koleżeńskich, grzecznościowych, zawierane w formie ustnej i *per facta concludentia*. Przykładami są pomoc członka rodziny w sprzedaży nieruchomości oraz zrobienie zakupów sąsiadowi przebywającemu na kwarantannie.

Jak wynika z przeprowadzonych rozważań, bezwzględnością cechują się wyłącznie umowa agencyjna oraz jej wyspecjalizowane odmiany. Mogą odznaczać się nią również nienazwane umowy o pośrednictwo, które nie mieszczą się w definicji agencji. W większości przypadków, z mocy art. 764⁹ KC, zastosowanie znajdzie do nich regulacja umowy agencyjnej (z wyjątkiem wyłączeń przewidzianych w powołanym przepisie). Teoretycznie możliwe jest również zawarcie stałej umowy komisu. Dorywcze są natomiast umowy maklerskie oraz, co do zasady, umowa komisu i nienazwane stosunki z zakresu pośrednictwa, zwłaszcza umowa o pośrednictwo zwykłe⁷⁸⁸.

⁷⁸⁷ Związek między brakiem odpowiedniej wiedzy i umiejętności dającego zlecenie, a umowami o pośrednictwo dorywcze (profesjonalnymi po stronie pośrednika) akcentuje również *T. Świerczyński*, *Charakter*, s. 16.

⁷⁸⁸ Podobnie *M. Barański*, *Umowa o pośrednictwo zwykłe*, s. 20.

§ 5. Umowy o pośrednictwo zależne i niezależne

I. Stanowisko doktryny

Śladem obcych systemów prawnych w polskiej doktrynie zaproponowano rozróżnienie pośredników zależnych (zaangażowanych) oraz niezależnych (niezaangażowanych). Można wskazać dwa sposoby rozumienia tego rozróżnienia.

Stanisław Włodyka przyjmował, że pośrednik niezależny działa jako samodzielny przedsiębiorca, natomiast pośrednik zależny – w oparciu o więzy ustrojowo-prawne (np. jako organ, oddział przedsiębiorcy lub prokurent)⁷⁸⁹. Jak wyjaśniono w § 2. tego rozdziału, wskazane instytucje nie mogą być utożsamiane z pośrednictwem. Nie powtarzając przedstawionych argumentów, pogląd ten trzeba zatem odrzucić.

Dalsze uwagi odnoszą się do ujęcia omawianego podziału, którego zwolennikami są zwłaszcza *K. Kruczalak* i *E. Rott-Pietrzyk*. Powołani autorzy stoją na stanowisku, że pośrednik zależny jest „rzecznikiem” dającego zlecenie, z którym łączy go wzajemne zaufanie i powiązanie interesów. Współpraca stron ma charakter długotrwały i jest oparta na stałym zobowiązaniu pośrednika. Do tej grupy zalicza się zwłaszcza agenta, komisanta, akwizytora oraz dystrybutora⁷⁹⁰. Pośrednik niezależny jest natomiast reprezentantem więcej niż jednego podmiotu. Wskazuje się, że może działać na rzecz obu stron umowy docelowej. Stosunek prawny z pośrednikiem niezależnym cechuje się krótkotrwałością i dorywczością. Jako przykłady tego rodzaju pośredników wymienia się maklera oraz brokera.

Dostosowując przedstawioną koncepcję do założeń metodologicznych przyjętych w tej części pracy należy stwierdzić, że zakłada ona występowanie umów o pośrednictwo zależne oraz niezależne. Takie ujęcie wydaje się właściwsze z uwagi na fakt, że niezależność albo zależność nie stanowią przymiotu immanentnie związanego z podmiotem prawa cywilnego. Ich występowanie może być rozpatrywane przede wszystkim na gruncie umowy, przez zbadanie sposobu określenia w niej praw i obowiązków stron. Co do zasady nie ma przeszkód, żeby ten sam podmiot występował jako pośrednik zależny na gruncie jednej umowy oraz jako niezależny w ramach innej.

⁷⁸⁹ *S. Włodyka*, w: *S. Włodyka* (red.), *Prawo umów* (1995), s. 119–120.

⁷⁹⁰ Przykłady dystrybutora oraz akwizytora jako pośredników zależnych wskazano wyłącznie w celu pełnego przedstawienia omawianego poglądu. W niniejszej pracy przyjęto, że umowa dystrybucyjna nie należy do umów o pośrednictwo, a umowa akwizycyjna nie stanowi odrębnego typu umowy. Zob. szerzej § 3. i § 4. rozdziału szóstego pracy.

Ostatnio poczyniony wniosek wymaga zastrzeżenia, że ustawy regulujące status prawny niektórych pośredników przewidują zakazy jednoczesnego wykonywania działalności (a w konsekwencji zawierania umów docelowych) w charakterze pośrednika zależnego i niezależnego. Wyprzedzając tok dalszych rozważań jako przykład można wskazać zakaz wykonywania ubezpieczeniowej działalności agencji przez brokerów ubezpieczeniowych (art. 30 ust. 1 pkt 1 DystrUbezpU) oraz zakaz wykonywania działalności brokerskiej przez agentów ubezpieczeniowych (art. 25 DystrUbezpU)⁷⁹¹. Niezależnie od powyższego wymaga podkreślenia, że ustawowe wykluczenie dopuszczalności występowania przez jeden podmiot jako zarówno pośrednik zależny, jak i niezależny na gruncie różnych umów, stanowi wyjątek, a nie zasadę.

II. Ocena stanowiska doktryny

1. Uwagi wstępne

Przedstawione rozróżnienie – co do samej idei – bez wątpienia trafnie diagnozuje przeciwstawność pewnych grup umów o pośrednictwo. Jej występowanie jest widoczne zarówno na płaszczyźnie abstrakcyjnej, jak i w odniesieniu do konkretnych umów zawieranych w obrocie. Mimo to precyzyjne określenie kryterium odróżniającego te grupy nie wydaje się możliwe. Trudno wskazać konkretną cechę wytyczającą linię demarkacyjną między pośrednictwem zależnym a niezależnym. Nie czyni tego również powołana wyżej koncepcja. W konsekwencji należy uznać, że wyodrębnienie umów o pośrednictwo zależne i niezależne stanowi typologię. Opiera się na wyznaczeniu ich idealnych modeli, odznaczających się określonymi cechami charakterystycznymi. Większe lub mniejsze natężenie tych ostatnich decyduje o przyporządkowaniu określonego typu umowy do jednej albo drugiej grupy. Jak w przypadku każdej typologii możliwe jest wystąpienie sytuacji niejednoznacznych, w których trudno podjąć decyzję klasyfikacyjną. Niżej podjęto próbę ustalenia cech charakterystycznych wyróżnionych modeli umów o pośrednictwo, w tym weryfikacji trafności ich określenia w doktrynie.

Rozważanie pojęć zależności, niezależności, zaangażowania i niezaangażowania w oderwaniu od typów umów nazwanych oraz nienazwanych nie wydaje się właściwe. W języku prawnym ani prawniczym nie wypracowano dotychczas uniwersalnego znaczenia

⁷⁹¹ Zob. szerzej *M. Orlicki*, Niedozwolone powiązania między brokerami a agentami ubezpieczeniowymi, PA 2018, Nr 2, s. 32–42.

tych pojęć, które mogłyby stanowić podstawę analizy. Sięgnięcie do ich rozumienia w języku potocznym nie stanowi natomiast dostatecznie solidnego fundamentu dla wyjaśnienia ich sensu jurydycznego. W związku z tym konieczne jest przyjęcie innych punktów odniesienia. Można zaryzykować tezę, że powinny nimi być typy umów, których zaliczenie do każdej z omawianych grup kontraktów nie budzi wątpliwości. W zakresie pośrednictwa zależnego chodzi o umowę agencyjną, natomiast w przypadku niezależnego o umowy maklerskie. Odmienność tych kontraktów jest widoczna przykładowo w pośrednictwie ubezpieczeniowym, w którym agenta postrzega się jako pośrednika zależnego, a brokera jako pośrednika niezależnego⁷⁹².

Do przyjęcia powyższego złożenia uprawniają nie tylko przedstawione wyżej poglądy doktryny. Za jej trafnością przemawiają również wnioski poczynione odnośnie do cech umów maklerskich w § 3. rozdziału piątego, które wyraźnie odróżniają je od umowy agencyjnej.

2. Wzajemne zaufanie i obowiązek przestrzegania wskazówek dającego zlecenie

A limine należy odrzucić występowanie wzajemnego zaufania stron jako kryterium odróżniającego umowy o pośrednictwo zależne i niezależne. Przeprowadzana analiza kontraktów z zakresu pośrednictwa dowiodła, że cechuje ono każdy z nich. Pośrednik jest zawsze zobowiązany do dochowania lojalności. Dobitnie wyrażono to w uchwale Sądu Najwyższego z 18.12.1990 r., w której stwierdzono, że pośrednik powinien w każdej sytuacji przestrzegać uzasadnionych interesów dającego zlecenia, a gdy działa jako pośrednik także na rzecz osoby trzeciej, nie powinien podejmować tego rodzaju działań, które byłyby sprzeczne z takimi interesami każdej ze stron umów pośrednictwa⁷⁹³.

Zasługuje na aprobatę, że coraz częściej dostrzegany jest również obowiązek lojalnego postępowania spoczywający na dającym zlecenie. Dotyczy to zarówno płaszczyzny ustawowej (art. 760 KC), jak i doktrynalnej⁷⁹⁴.

Można przyjąć, że jednym z przejawów obowiązku lojalności pośrednika jest nałożenie na niego powinności przestrzegania wskazówek dającego zlecenie. W zakresie

⁷⁹² Tak przykładowo B. Kucharski, w: M. Fras i in., *Dystrybucja*, s. 56. *Prima facie* wydawałoby się, że wraz z implementacją dyrektywy IDD, zwłaszcza w związku z wprowadzeniem obowiązku działania przez agenta w zgodzie z najlepiej pojętym interesem klienta (art. 7 ust. 1 DystrUbezpU), wyrazistość rozróżnienia na agentów i brokerów ubezpieczeniowych uległa osłabieniu. Wniosek ten nie jest trafny. Nałożenie wskazanego obowiązku na agenta stanowi bowiem potwierdzenie jego daleko idącej, modelowej zależności od zakładu ubezpieczeń.

⁷⁹³ Uchw. SN z 18.12.1990 r., III CZP 67/90, OSNC 1991, Nr 5–6.

⁷⁹⁴ Tak zwłaszcza Sz. Byczko, B. Kucharski, *Obowiązek lojalności mocodawcy wobec brokera ubezpieczeniowego*, PA 2018, Nr 4, s. 3–17; W. Kocot, w: M. Stec (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, s. 404–405; M. Romanowski, w: W.J. Katner (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 183.

umowy agencyjnej wynika to wprost z ustawy, tj. z art. 760¹ KC. Ustawodawca przesądził o tym również odnośnie do części umów maklerskich (zlecenie maklerskie, umowa o świadczenie usług brokerskich w obrocie towarami giełdowymi), w przypadku których z zakresu odesłania do odpowiedniego stosowania przepisów o zleceniu wyłączono art. 737 KC. Makler nie może więc w ich przypadku odstąpić od określonego przez zleceniodawcę sposobu wykonania zlecenia bez jego uprzedniej zgody, a zatem udzielenia nowych wskazówek. Brak jest również podstaw do przyznania takiego uprawnienia brokerowi ubezpieczeniowemu oraz maklerowi morskemu⁷⁹⁵.

W związku z powyższym samo istnienie obowiązku przestrzegania poleceń dającego zlecenie nie pozwala na odróżnienie umów o pośrednictwo zależne i niezależne.

Porównując umowę agencyjną z umowami maklerskimi można zauważyć, że zakres wskazówek udzielanych agentowi przez dającego zlecenie jest zazwyczaj szerszy niż w przypadku stosunków z maklerem. Dobrze obrazuje to przykład pośrednictwa ubezpieczeniowego. W jego ramach agent jest zobowiązany do wykonywania czynności agencyjnych w sposób ściśle określony przez zakład ubezpieczeń. Udzielane wskazówki odnoszą się nie tylko do treści umów docelowych, lecz również do sposobu prowadzenia akwizycji (internetowa, telefoniczna, osobista), informacji przekazywanych poszukującemu ochrony ubezpieczeniowej, zewnętrznej postaci przekazywanych klientowi dokumentów, a nawet wyglądu lokalu przedsiębiorstwa agenta. Potencjalny zakres wskazówek udzielanych pośrednikowi zależnemu trafnie ujął *A. Koch*, wskazując, że mogą one dotyczyć metod zdobywania klientów, określenia ich cech, pracy przez pośrednika w określonych godzinach, składania sprawozdań, a ich wykonanie podlega kontroli ze strony dającego zlecenie⁷⁹⁶.

W przypadku brokera ubezpieczeniowego polecenia dającego zlecenie nie powinny natomiast dotyczyć sposobu wykonania zlecenia⁷⁹⁷. Ograniczają się one do treści umowy docelowej. Zadaniem brokera jest doprowadzenie do jej zawarcia przy wykorzystaniu swojej wiedzy i doświadczenia. Przyczyną, z której dający zlecenie decyduje się na skorzystanie z jego usług jest najczęściej to, że sam nie ma wiedzy co do tego, jak należy wykonać zlecenie. Trudno zatem, żeby udzielał w tym obszarze wskazówek podmiotowi fachowemu.

W konsekwencji zakres wiążących poleceń udzielanych pośrednikowi może stanowić jedno z kryteriów przemawiających za uznaniem określonego rodzaju pośrednictwa za zależne albo niezależne.

⁷⁹⁵ Zob. szerzej § 3.VI. rozdziału piątego pracy.

⁷⁹⁶ *A. Koch*, *Formy*, s. 10.

⁷⁹⁷ Tak zwłaszcza *B. Kucharski*, w: *M. Fras* i in., *Dystrybucja*, s. 93; *J. Pokrzywniak*, *Broker*, s. 71–72.

3. Działanie na rzecz obu stron umowy docelowej

Jak wskazano na wstępie tego paragrafu, w doktrynie przyjmuje się, że cechą charakterystyczną niezależnego pośrednictwa jest działanie na rzecz obu stron kontraktu docelowego w oparciu o odrębne umowy podstawowe. Postawiona teza wymaga weryfikacji.

Przeprowadzona w § 3.VI. rozdziału piątego analiza umów maklerskich dowiodła, że rozważana cecha nie występuje na gruncie wszystkich z nich. Artykuł 30 ust. 1 pkt 2 DyrUbezpU wprost zakazuje pozostawiania przez brokera ubezpieczeniowego w stałym stosunku umownym z zakładem ubezpieczeń. Nie wyklucza to jednak możliwości uznania jej za jeden z czynników przemawiających za zakwalifikowaniem umowy do pośrednictwa niezależnego. W ramach typologii określona właściwość nie musi bowiem charakteryzować wszystkich elementów należących do danej grupy. Należy natomiast zauważyć, że w przypadku morskiej umowy maklerskiej takie działanie jest wprost dopuszczone przez ustawę (art. 210 KM). Wobec braku ustawowego zakazu podobnie należy oceniać umowy zlecenia maklerskiego oraz o świadczenie usług brokerskich w obrocie towarami giełdowymi.

Niezależnie od powyższego dopuszczalność działania części maklerów na rzecz obu stron umowy docelowej na podstawie odrębnych umów podstawowych nie może być uznana za bezwarunkową. Dający zlecenie jest uprawniony oczekiwać, że w wyniku nawiązania stosunku z maklerem, ten ostatni będzie działał przede wszystkim w jego interesie i pozostanie lojalny. Przyjęcie zlecenia pośrednictwa również na rzecz drugiej strony nie może naruszać tego obowiązku. Mając to na uwadze należy zastanowić się, kiedy działanie maklera na rzecz obu stron umowy docelowej jest dopuszczalne.

Wątpliwości w tym zakresie rozstrzygał nieobowiązujący art. 521 KZ. Przepis ten stanowił, iż pośrednik traci prawo do wynagrodzenia oraz zwrotu wydatków, jeżeli pośredniczy także na korzyść drugiej strony mimo zakazu zawartego w umowie albo w sposób przeciwny wymaganiom dobrej wiary i zwyczajom uczciwego obrotu. Pośrednik nie ponosił zatem negatywnych konsekwencji działania na rzecz obu stron umowy docelowej, jeżeli nie zakazywały tego umowy podstawowe oraz, ogólnie rzecz ujmując, jego postępowanie było uczciwe względem obu przyrzekających wynagrodzenie.

Można zauważyć, że w aktualnym stanie prawnym podobna reguła została wyrażona w art. 108 KC, który przewiduje, iż pełnomocnik nie może być drugą stroną czynności prawnej, której dokonuje w imieniu mocodawcy, chyba że co innego wynika z treści pełnomocnictwa albo (alternatywa rozłączona) ze względu na treść czynności prawnej wyłączona jest możliwość naruszenia interesów mocodawcy. Przepis ten stosuje się odpowiednio, jeżeli pełnomocnik

reprezentuje obie strony. Zasadą jest zatem zakaz zawarcia przez pełnomocnika umowy w imieniu obu reprezentowanych stron, który może zostać uchylony w przypadku wystąpienia jednego z wyjątków wskazanych w ustawie.

Pozostając przy rozważaniu umów maklerskich można zauważyć, że art. 108 KC stosuje się wprost do tych z nich, na gruncie których makler występuje jako zastępca bezpośredni (pełnomocnik) dającego zlecenie. W konsekwencji, nawet mimo wyraźnego ustawowego zezwolenia działania przez maklera morskiego na rzecz obu stron umowy docelowej, konieczne jest, żeby pełnomocnictwa do jej zawarcia upoważniały do takiego działania albo, żeby jej treść wykluczała możliwość naruszenia interesów któregośkolwiek z dających zlecenie. Uogólniając można stwierdzić, że z perspektywy art. 108 KC każdy makler-pełnomocnik może zawierać umowy w imieniu i na rachunek obu stron umowy docelowej, jeżeli spełniona jest jedna z wyżej wskazanych przesłanek.

Hipoteza normy prawnej wynikającej z art. 108 KC nie dotyczy kontraktów, w których makler zobowiązuje się na podstawie dwóch umów podstawowych wyłącznie do pośredniczenia (czynności faktycznych) na rzecz obu stron, ani do sytuacji, w których pośrednik występuje jako ich zastępca pośredni. Powyższe nie może jednak oznaczać dowolności działania. Jak już wskazano, obowiązek lojalności spoczywający na maklerze wyklucza pełną swobodę w tym zakresie. Podobnie jak w sytuacji objętej treścią art. 108 KC, działania maklera dotyczą w istocie reprezentowania interesów obu stron umowy docelowej. Argumentując *a maiori ad minus* nie widać przyczyn uzasadniających różnicowanie sytuacji maklera działającego jako pełnomocnik od maklera będącego zastępcą pośrednim albo wyłącznie pośredniczącym. Dodatkowo brak odpowiednika art. 521 KZ w aktualnym stanie prawnym można postrzegać jako lukę w prawie. W konsekwencji wydaje się, że wyrażony w art. 108 KC zakaz dokonywania czynności prawnych z samym sobą oraz wyjątki od niego powinny być stosowane *per analogiam* również do umów maklerskich, nieobejmujących zobowiązania do zawarcia umowy w charakterze pełnomocnika.

Przechodząc do analizy omawianej cechy na gruncie umowy agencyjnej należy stwierdzić, że również w jej przypadku ustawa nie rozstrzyga kwestii dopuszczalności działania agenta na rzecz obu stron umowy docelowej. Nie budzi wątpliwości, że w zakresie agencji pełnomocniczej należy stosować wprost art. 108 KC. Co do agencji pośredniczej w doktrynie wskazuje się, że powołana regulacja powinna być stosowana analogicznie⁷⁹⁸. Według innego poglądu zakaz pośredniczenia przez agenta na rzecz obu stron umowy docelowej oraz wyjątki

⁷⁹⁸ A. Burzak, Umowa o pośrednictwo (II), s. 9–10.

od niego (tożsame z określonymi w art. 108 KC) wynikają ze spoczywającego na nim obowiązku lojalności⁷⁹⁹. Doktryna jest więc zgodna zarówno co do obowiązywania zakazu działania agenta na rzecz obu stron umowy, jak i wyjątków z niego wynikających. Należy zaaprobować ten kierunek myślenia.

Mając na uwadze powyższe, przesłanki dopuszczalności działania pośrednika na rzecz obu stron umowy docelowej na podstawie odrębnych kontraktów są, co do zasady, tożsame w przypadku umowy agencyjnej oraz umów maklerskich⁸⁰⁰. Stanowią je: dopuszczenie możliwości działania na rzecz drugiej strony w umowach podstawowych oraz wykluczenie przez treść umowy docelowej możliwości naruszenia interesu któregokolwiek z dających zlecenie. Spełnienie co najmniej jednej z tych przesłanek upoważnia pośrednika do działania na rzecz obu stron umowy docelowej.

Omówiona cecha nie jest zatem użyteczna dla odróżnienia umów o pośrednictwo zależne od kontraktów pośrednictwa niezależnego.

4. Zaangażowanie w działalność gospodarczą dającego zlecenie

Kolejne zagadnienie wiąże się ze stopniem wzajemnego powiązania interesów pośrednika i dającego zlecenie. Dotychczasowe rozważania dowiodły, że jest on różny w przypadku umów o pośrednictwo zależne i niezależne.

Ujawnia się to przede wszystkim w tym, że pośrednik zależny aktywnie i bezpośrednio angażuje się w działalność dającego zlecenie. Na gruncie umowy agencyjnej, która ma zawsze charakter dwustronnie profesjonalny, chodzi o zaangażowanie w cudzą działalność gospodarczą⁸⁰¹. Zadaniem agenta jest zapewnienie dającemu zlecenie przedsiębiorcy stałej obecności na rynku jego towarów lub usług przez pośredniczenie oraz zawieranie umów w jego imieniu. Agent jest rynkowym „reprezentantem” dającego zlecenie lub – jak trafnie ujmuje się to w ramach poglądu przedstawionego na wstępie – jego „rzecznikiem”. W sensie ekonomicznym agencja stanowi najczęściej *oustourcing* części działalności gospodarczej

⁷⁹⁹ Tak E. Rott-Pietrzyk, w: J. Rajska (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 848 z powołaniem poglądów R. Longchamps de Bériera odnośnie do umowy o pośrednictwo; *tenże*, Zobowiązania s. 560. Podobnie L. Ogiegło, w: K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, t. II, s. 737; T. Wiśniewski, Umowa, s. 116.

⁸⁰⁰ Ten wniosek nie dotyczy ubezpieczeniowej umowy brokerskiej, co do której działanie na rzecz obu stron umowy ubezpieczenia lub gwarancji ubezpieczeniowej jest wprost zakazane przez ustawę.

⁸⁰¹ Zaangażowanie w działalność gospodarczą dającego zlecenie nie zmienia faktu, że agent prowadzi działalność gospodarczą na własny rachunek i we własnym imieniu. Wykonywanie tej ostatniej polega na zaangażowaniu się w cudzą działalność.

zleceniodawcy polegającej na pozyskiwaniu klientów⁸⁰². W rezultacie zarobek agenta (prowizja) jest ściśle powiązany z zarobkiem dającego zlecenie. Dodatkowo zaangażowanie w działalność gospodarczą innego podmiotu przejawia się w tym, że jeżeli agent działa wyłącznie na rzecz jednego dającego zlecenie, to wypowiedzenie umowy agencyjnej jest równoznaczne z pozbawieniem go źródła dochodu. W tym sensie agent jest uzależniony od dającego zlecenie. Motywuje go to do jak najlepszego wykonywania zobowiązania, zwłaszcza pośredniczenia i zawierania możliwie największej liczby umów oraz podążania za wszystkimi wskazówkami dającego zlecenie.

Maklerzy nie są natomiast bezpośrednio zaangażowani w działalność (gospodarczą) dającego zlecenie. Ten ostatni nie musi zawierać umowy podstawowej jako przedsiębiorca. Jest tak zwłaszcza na gruncie umowy zlecenia maklerskiego, która, co do zasady, służy realizacji celów inwestycyjnych⁸⁰³. Celem działania maklera, a zatem niezależnego pośrednika, nie jest zapewnienie dającemu zlecenie stałej obecności na rynku. W rozumieniu ekonomicznym makler nie stanowi kolejnego kanału dystrybucji towarów lub usług dającego zlecenie. Innymi słowy nie pełni funkcji sprzedażowej. Jego zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia korzystnej dla zleceniodawcy umowy docelowej (ich oznaczonej liczbą). Z perspektywy dającego zlecenie kluczowe dla zobowiązania maklera jest więc przede wszystkim kryterium jakościowe, a nie – jak na gruncie umowy agencyjnej – ilościowe. Brak zaangażowania maklera w działalność dającego zlecenie wyraża się również w tym, że najczęściej działa na rzecz wielu dających zlecenie. W związku z tym ustanie stosunku z jednym z nich nie stanowi dla niego utraty źródła wszystkich zarobków. Sprzyja to podejmowaniu niezależnych decyzji.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że bezpośrednie zaangażowanie w działalność dającego zlecenie (albo jego brak) stanowi jedną z cech odróżniających pośredników zależnych od niezależnych. W przypadku tych pierwszych stopień powiązania interesów stron umowy o pośrednictwo jest zdecydowanie wyższy niż w umowach o pośrednictwo niezależne.

⁸⁰² Na marginesie rozważań warto wskazać, że związek agenta z działalnością gospodarczą jest na tyle ścisły, że w doktrynie prawa konkurencji rozważa się z perspektywy przepisów antymonopolowych kwestię „integracji agent z przedsiębiorstwem dającego zlecenie”. Zob. szerzej *M. Kozak*, Umowa agencyjna w świetle artykułu 101 TFUE. Jak gonić króliczka, aby go nie złapać, iKAR 2012, Nr 4, s. 28 i n.

⁸⁰³ Argumenty przemawiające przeciwko uznaniu inwestowania na rynku kapitałowym za działalność gospodarczą przedstawia obszernie *K. Osajda*, Ochrona inwestora-konsumenta na rynku instrumentów finansowych (rynku kapitałowym), PiP 2021, Nr 4, s. 22 i n.

5. Stałość albo dorywczość zobowiązania

Zaangażowanie w działalność dającego zlecenie albo jego brak ściśle wiąże się z charakterem zobowiązania pośrednika. W umowie agencyjnej uczestniczenie w działalności zleceniodawcy opiera się na zobowiązaniu trwającym przez pewien czas (oznaczony albo nieoznaczony), w którym agent jest zobowiązany do stałego działania. Oznacza to, że jego celem jest pośredniczenie lub zawarcie, co do zasady, nieoznaczonej liczby umów docelowych z zakresu działalności dającego zlecenie, bez konieczności uzyskiwania odrębnych zleceń. Stosunek wynikający z umowy agencyjnej nie wygasa wraz z zawarciem określonej liczby kontraktów docelowych.

Umowy maklerskie cechuje dorywczość zobowiązania maklera. Jego starania są ukierunkowane na zawarcie konkretnej umowy docelowej lub ich ściśle oznaczonej liczby. Stosunek między stronami wygasa wraz z wykonaniem zlecenia (zleceń). Czas trwania umowy jest uzależniony od efektywności działania maklera, a w konsekwencji relatywnie krótki. Dopuszczalny jest również stosunek maklerski, w ramach którego nie oznacza się liczby umów docelowych. W tym przypadku obowiązek działania maklera aktualizuje się, inaczej niż na gruncie agencji, wraz z następczym uzyskaniem od drugiej strony zleceń konkretyzujących umowy docelowe.

W związku z powyższym widoczne jest, że pośrednictwo zależne cechuje się zobowiązaniem stałym pośrednika, które ma charakter długotrwały. Pośrednictwo niezależne charakteryzuje się natomiast zobowiązaniem pośrednika do dorywczego działania oraz krótkotrwałością (stosunek wygasa wraz z wykonaniem zlecenia).

6. Profesjonalizm

Kolejną cechą odróżniającą pośrednictwo zależne od niezależnego jest wymagany ustawowo poziom profesjonalizmu pośrednika. Jak wyjaśniono w § 3.VIII. rozdziału piątego pracy, nie należy utożsamiać go wyłącznie ze statusem przedsiębiorcy i wiążącym się z tym stopniem należytej staranności wymaganym do prawidłowego wykonania zobowiązania (art. 355 § 2 KC). Zarówno agent, jak i makler zawierają umowy jako przedsiębiorcy. Istotą omawianej właściwości jest, że podjęcie działalności jako makler, co do zasady, podlega reglamentacji prawnej i wiąże się ze spełnieniem rygorystycznych wymagań ustawowych, zwłaszcza co do wykształcenia, doświadczenia, rękojmi należytego wykonywania działalności (zawodu), niekaralności oraz konieczności ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu

prowadzonej działalności. Przede wszystkim ma to zagwarantować, że wiedza maklera na temat umowy docelowej jest większa niż dającego zlecenie. Sprzyja to uniezależnieniu pośrednika od drugiej strony. Ponadto wykonywanie działalności maklerskiej jest w niektórych przypadkach możliwe do wykonywania wyłącznie w formie wolnego zawodu (np. broker ubezpieczeniowy) lub z obligatoryjnym zapewnieniem zaangażowania w nią osoby wykonującej taki zawód (np. obowiązek zatrudnienia maklera papierów wartościowych przez firmę inwestycyjną).

Spełnienie wyżej wskazanych wymagań z reguły nie jest obligatoryjne do podjęcia działalności agencji. Pewne warunki prawne są formułowane odnośnie do agencji wyspecjalizowanych. Należy jednak zauważyć, że są one mniej rygorystyczne niż w przypadku maklerów występujących w tych samych obszarach rynku. Przykładowo, wymagania stawiane przez DystrUbezpU agentowi ubezpieczeniowemu są niższe niż w przypadku brokera ubezpieczeniowego. Dodatkowo agent (w ogólności) nie stanowi wolnego zawodu. Na koniec należy wskazać, że dający zlecenie, co do zasady, korzysta z usług agenta nie ze względu na jego ekspercką wiedzę odnośnie do umowy docelowej (jak w przypadku maklera), lecz z uwagi na potrzebę rozszerzenia działalności gospodarczej. Kluczowe znaczenie mają zatem jego umiejętności sprzedażowe.

Poczynione rozważania uprawniają do stwierdzenia, że wymagany ustawowo stopień profesjonalizmu pośrednika stanowi jedną z właściwości odróżniających umowy o pośrednictwo niezależne od umów o pośrednictwo zależne.

7. Wnioski

Przeprowadzona analiza porównawcza umowy agencji oraz umów maklerskich umożliwia wskazanie typowych właściwości pośrednictwa zależnego i niezależnego. Ujęto je w poniższej tabeli. Wbrew poglądom doktryny przedstawionym na początku tego paragrafu, do cech charakterystycznych pośrednictwa niezależnego nie należy działanie na rzecz obu stron umowy docelowej, na podstawie odrębnych umów podstawowych. Po drugie, *differentia specifica* pośrednictwa zależnego nie stanowi wzajemne zaufanie (lojalność) stron. Jest ono bowiem konieczne na gruncie wszystkich umów o pośrednictwo.

	pośrednictwo zależne	pośrednictwo niezależne
polecenia wiążące pośrednika	mogą dotyczyć sposobu wykonania zobowiązania	nie powinny dotyczyć sposobu wykonania zobowiązania
bezpośrednie zaangażowanie pośrednika w działalność dającego zlecenie	występuje	nie występuje
zobowiązanie pośrednika	stałe	dorywcze
poziom profesjonalizmu pośrednika wymagany przez ustawę	niższy, niż w pośrednictwie niezależnym	wyższy, niż w pośrednictwie zależnym; reglamentowany przepisami prawa administracyjnego

Tabela 5. Cechy charakterystyczne umów o pośrednictwo zależne i niezależne (opracowanie własne).

W związku z przyjętą metodą określenia cech kontraktów o pośrednictwo zależne i niezależne przynależność umowy agencyjnej i umów maklerskich do poszczególnych grup nie budzi wątpliwości. Pojawiają się one odnośnie do innych typów umów. Jak wskazano w uwagach wstępnych, ocena w tym zakresie polega na ustaleniu, czy w określonym typie umowy przeważają cechy pośrednictwa zależnego albo niezależnego.

Rozpatrując umowę komisju należy stwierdzić, że komisant, co do zasady, jest zobowiązany przestrzegać wskazówek komitenta. Nie widać przeszkód, żeby dotyczyły one sposobu wykonania zobowiązania w sposób charakterystyczny dla pośrednictwa zależnego⁸⁰⁴. W doktrynie nie formułuje się ograniczeń w tym zakresie⁸⁰⁵. W konsekwencji dopuszczalne jest przykładowo zastrzeżenie, że w przypadku komisju sprzedaży samochodu komisant umożliwi potencjalnym nabywcom odbycie jazdy próbnej. Za zakwalifikowaniem komisju do pośrednictwa zależnego przemawia również okoliczność, że przepisy kodeksu cywilnego nie statuuje szczególnych wymagań co do profesjonalizmu komisjanta. Wystarczające jest, że prowadzi działalność gospodarczą i zawiera umowę jako przedsiębiorca.

Z drugiej strony komisant z reguły nie uczestniczy w działalności komitenta. Wynika to z faktu, że jego zobowiązanie ma, co do zasady, charakter dorywczy i ogranicza się do zawarcia jednej umowy sprzedaży rzeczy ruchomej lub ich oznaczonej liczby. Współpraca stron jest krótkotrwała. Mimo teoretycznej możliwości ukształtowania komisju jako zobowiązania stałego

⁸⁰⁴ Podobnie *W. Czachórski*, Prawo, s. 575.

⁸⁰⁵ Zob. przykładowo *J. Frąckowiak*, w: *J. Rajski* (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, s. 971–973; *A. Szpunar*, w: *S. Grzybowski* (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 662; *A. Kędzierska-Cieślak*, Komis, s. 163.

i długotrwałego, w praktyce obrotu nie jest on szerzej wykorzystywany do rozszerzania działalności, zwłaszcza gospodarczej⁸⁰⁶. Z uwagi na modelową dorywczość i konieczność następczego rozliczania transakcji dokonanych na cudzy rachunek we własnym imieniu, zastępstwo pośrednie nie stanowi w tym zakresie efektywnego instrumentu prawnego. W konsekwencji zdecydowanie dominuje wykorzystanie umowy agencyjnej, która obejmuje stałe pośredniczenie (kontrakt docelowy zawiera dający zlecenie) lub zawieranie umów przez agenta na zasadzie zastępstwa bezpośredniego. Należy zauważyć, że z perspektywy potrzeby rozszerzania działalności i rozpoznawalności dającego zlecenie istotne jest, żeby działał we własnym imieniu. „Ukrywanie się” za osobą komisanta (zastępcy pośredniego) prowadzi do odwrotnych skutków.

Trudności powoduje również kwalifikacja umowy o pośrednictwo zwykłe. W związku z nienazwanym charakterem tej umowy, na potrzeby rozważań przyjęto, że jej treść odpowiada umowie regulowanej w dawnym art. 517 KZ, z modyfikacją, iż obejmuje zobowiązanie pośrednika do pośredniczenia, w tym następczo do zawarcia umowy.

Podobnie jak na gruncie komisju nie ma przeszkód, żeby wiążące polecenia wydawane pośrednikowi dotyczyły sposobu wykonania umowy. Wydaje się, że jest to jedyna właściwość łącząca umowę o pośrednictwo zwykłe z pośrednictwem zależnym. Zaangażowanie pośrednika w działalność przyrzekającego wynagrodzenie nie stanowi bowiem jej cechy charakterystycznej. Współpraca stron ma zazwyczaj charakter krótkotrwały, a zobowiązanie pośrednika jest dorywcze. Zobowiązanie się przez pośrednika do stałego pośredniczenia, co do zasady, będzie przemawiało za przyjęciem, że zawarty kontrakt stanowi umowę agencyjną albo umowę, o której stanowi art. 764⁹ KC.

Mimo to zakwalifikowanie umowy o pośrednictwo zwykłe do pośrednictwa niezależnego może budzić pewne wątpliwości. Wobec braku jej uregulowania pośrednik nie tylko nie musi odznaczać się ustawowo określonym, wysokim poziomem profesjonalizmu charakterystycznym dla maklerów, ale również w ogóle być przedsiębiorcą. Omawiana umowa może być zawarta w obrocie powszechnym.

⁸⁰⁶ W praktyce obrotu występują przypadki wykorzystania w celu rozszerzenia działalności umowy sprzedaży komisowej. Stanowi ona szczególny rodzaj umowy sprzedaży zawieranej między sprzedawcą (producentem) a kupującym (sprzedawcą detalicznym). Polega na przyjęciu przez kupującego rzeczy (zazwyczaj znacznej liczby, oznaczonych co do gatunku) do dalszej sprzedaży. Zapłata ceny z umowy sprzedaży komisowej następuje pod warunkiem zbycia jej przedmiotu. Jeżeli sprzedawca detaliczny nie sprzeda rzeczy w określonym terminie, to ma prawo ich zwrotu producentowi. Ten ostatni ponosi zatem w całości ryzyko niepowodzenia detalisty. Istotne jest, że sprzedaży komisowej nie należy utożsamiać z umową komisju. Sprzedawca detaliczny działa bowiem we własnym imieniu i na własny rachunek. Osiągnięty przez niego zysk stanowi marżę, a nie prowizję. Na temat sprzedaży komisowej zob. szerzej *W.J. Kater*, w: *J. Rajski* (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 7, s. 34–35.

Występowanie w umowie komisju oraz w umowie o pośrednictwo zwykle zarówno cech pośrednictwa zależnego, jak i niezależnego podaje w wątpliwość zasadność ich kwalifikacji do jednej z tych grup na płaszczyźnie abstrakcyjnej. Wydaje się, że oceny można natomiast dokonywać w odniesieniu do konkretnych stosunków prawnych. Rozważenie całokształtu cech umowy łączącej strony w wielu sytuacjach będzie dawało podstawy do przyporządkowania jej do określonej grupy. Użyteczność tego zabiegu ujawnia się w ramach ustalania reżimu prawnego rządzącego umową. Ma to szczególne znaczenie w przypadku nienazwanej umowy o pośrednictwo zwykle. Przyjęcie, że *in concreto* kontrakt wykazuje większość cech pośrednictwa zależnego może przemawiać za zasadnością stosowania *per analogiam* niektórych przepisów o umowie agencyjnej (zwłaszcza regulacji chroniących agenta w stosunku z dającym zlecenie). Z kolei brak uzależnienia pośrednika uzasadnia przeciwny wniosek. Ponadto, również w przypadku umowy komisju z przewagą cech charakterystycznych dla pośrednictwa zależnego, rozważenie analogicznego zastosowania przepisów o agencji może okazać się potrzebne. Zagwarantowana umownie niezależność komisanta będzie natomiast wskazywała na zasadność zastosowania do niego niektórych przepisów o umowach maklerskich.

§ 6. Nazwane i nienazwane umowy o pośrednictwo

I. Uwagi wstępne

Podobnie jak wszystkie typy umów, również te z zakresu pośrednictwa mogą być poddane rozróżnieniu na nazwane (*contractus nominatus*) i nienazwane (*contractus innominatus*). Przy omawianiu poszczególnych typów umów o pośrednictwo w czwartym i piątym rozdziale pracy, dokonano już ich kwalifikacji w tym zakresie. Ta część rozprawy ma na celu uzasadnienie podjętych decyzji przyporządkowujących, zwłaszcza w kontekście dorobku piśmiennictwa odnośnie do ogólnych przesłanek umów nazwanych i nienazwanych. Przedstawienie go na wcześniejszym etapie pracy nie było możliwe bez zaburzenia spójności i proporcji wywodu. Dodatkowy argument przemawiający za przyjętym układem pracy stanowi okoliczność, że tytułowe zagadnienie jest omawiane w doktrynie w ramach rodzajów umów o pośrednictwo⁸⁰⁷.

⁸⁰⁷ Zob. M. Barański, Konstrukcja, s. 19–24; K. Kruczałak, w: S. Włodyka (red.), Prawo umów (2001), s. 338–339; T. Świerczyński, Charakter, s. 16–17.

Z perspektywy teoretycznej problematyka umów nazwanych i nienazwanych może być rozpatrywana na dwóch płaszczyznach – abstrakcyjnej i konkretnej⁸⁰⁸. Pierwsza dotyczy określenia ogólnych przesłanek umowy nazwanej oraz umowy nienazwanej. Istotą drugiej jest poszukiwanie odpowiedzi na pytanie, czy konkretna, zawarta w obrocie, umowa ma charakter nazwany, czy nienazwany. Podział ten wyznacza strukturę dalszych rozważań, które ostatecznie prowadzą do sformułowaniu wniosków istotnych w kontekście umów o pośrednictwo.

II. Umowy nazwane i nienazwane w ujęciu abstrakcyjnym

1. Klasyfikująca i typologiczna koncepcja typu umowy

Rozpoczynając od płaszczyzny abstrakcyjnej należy stwierdzić, że w doktrynie sporny jest już sam charakter omawianych pojęć. Poglądy w tym zakresie można uporządkować przez wskazanie dwóch głównych stanowisk. Pierwsze, tradycyjne, zakłada, że umowy nazwane i nienazwane stanowią pojęcia klasyfikujące⁸⁰⁹. Ogólnie rzecz ujmując oznacza to, że określony typ umowy może stanowić wyłącznie umowę nazwaną albo nie. O przyporządkowaniu do umów nazwanych decyduje ustawodawca⁸¹⁰. Zbiór umów nienazwanych jest wyznaczony przez ustawodawcę w sposób negatywny, przez brak uregulowania określonego typu umowy jako nazwanej.

W ramach drugiego poglądu przyjmuje się, że analizowane pojęcia mają charakter typologiczny⁸¹¹. Należy przez to rozumieć, iż dany typ kontraktu może wykazywać w mniejszym lub większym stopniu zarówno cechy umowy nazwanej, jak i nienazwanej⁸¹². Podejście to zakłada konieczność badania całego reżimu prawnego umowy. O jej kwalifikacji

⁸⁰⁸ M. Stec, S. Włodyka, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5A, s. 24–25.

⁸⁰⁹ Tak zwłaszcza W. Czachórski, Prawo, s. 187; *tenże*, Zobowiązania, s. 107; W.J. Katner, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 21–22; J. Rajski, w: J. Rajski, W. Kocot, Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym, Warszawa 2000, s. 25–26. Analiza prac Z. Radwańskiego (zwłaszcza monografii pt. Teoria umów) nie pozostawia wątpliwości, że na płaszczyźnie abstrakcyjnej skłaniał się do uznania umów nazwanych i nienazwanych za pojęcia klasyfikujące, a nie typologiczne. Autor ten nie odrzucał możliwości stosowania metody typologicznej w niektórych sytuacjach. W jego ocenie decydująca o przyjęciu określonej metody jest treść przepisów prawnych. Zob. szerzej *tenże*, Teoria, s. 221–222.

⁸¹⁰ Tak zwłaszcza Z. Radwański, Teoria, s. 216–217.

⁸¹¹ W doktrynie polskiej całościowa koncepcja typologicznego ujęcia umów nazwanych i nienazwanych została po raz pierwszy przedstawiona w artykule B. Gawlika, Pojęcie umowy nienazwanej, SC 1971, t. XVIII, s. 5–35. Za metodą typologiczną na płaszczyźnie abstrakcyjnej opowiadają się również np. M. Krajewski, Umowa przedwstępna, Warszawa 2000, s. 32; J. Pokrzywniak, Broker, s. 109–111. Autorzy wskazują, że metoda ta zawodzi w przypadku kwalifikowania konkretnego stosunku prawnego jako umowy nazwanej albo nienazwanej. W doktrynie zagranicznej przedstawicielem i popularyzatorem stosowania metody typologicznej w prawie umów był zwłaszcza K. Larenz; zob. *tenże*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960, s. 196.

⁸¹² B. Gawlik, Pojęcie, s. 17–19.

decyduje natężenie właściwości uznanych za istotne⁸¹³. Przyporządkowanie do określonej grupy odbywa się zatem częściowo w procesie stosowania (interpretacji) prawa. W przeciwieństwie do pierwszego ujęcia, rozróżnienie umów na nazwane i nienazwane ma charakter typologii, a nie rozłącznego i wyczerpującego podziału logicznego.

Na aprobatę zasługuje pierwsza koncepcja. Należy zgodzić się z argumentem krytyków metody typologicznej, że prowadzi ona do zanegowania użyteczności kategorii *essentialia negotii*⁸¹⁴. Przez te ostatnie rozumie się elementy przedmiotowo istotne, bez których czynność prawna danego typu nie mogłaby dojść do skutku, i które indywidualizują ją pod względem prawnym⁸¹⁵. Ujęcie typologiczne dopuszcza możliwość oceny, które spośród całego reżimu prawnego elementy są decydujące dla uznania umowy za nazwaną albo nienazwaną, co w konsekwencji prowadzi do zakwestionowania kompetencji ustawodawcy do wiążącego ustalenia cech koniecznych i wystarczających danego typu umowy⁸¹⁶. Dodatkowo można wskazać, że pojęcia umowy nazwanej i nienazwanej mają charakter teoretyczny. Służą wyjaśnieniu i uporządkowaniu podstawowych zdarzeń prawnych z zakresu prawa zobowiązań. W związku z tym powinno się dążyć do precyzji ich określenia oraz wytyczenia wyraźnych różnic i granic między nimi⁸¹⁷. Niżej przedstawione i zaaprobowane propozycje ich doktrynalnego ujęcia realizują ten postulat w wysokim stopniu.

2. Pojęcie umowy nazwanej

Przyjęcie poczynionego wyżej założenia co do charakteru omawianych pojęć pozwala przejść do przedstawienia poglądów odnośnie do cech konstytutywnych umowy nazwanej. W doktrynie panuje zgoda, że należą do nich uregulowanie określonego typu umowy w ustawie⁸¹⁸

⁸¹³ *Ibidem*, s. 15–16.

⁸¹⁴ Z. Radwański, *Teoria*, s. 218; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania*, s. 8.

⁸¹⁵ Zamiast wielu zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo*, s. 322.

⁸¹⁶ Z. Radwański, *Teoria*, s. 218–222; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania*, s. 8–9. Zastrzega się jednak, że metoda typologiczna jest pomocna przy rozgraniczaniu typów umów nazwanych, jeżeli porównanie ich ustawowych definicji nie daje dostatecznych podstaw do odróżnienia.

⁸¹⁷ Tak również W.J. Katner, w: W.J. Katner (red), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 21; Z. Radwański, *Teoria*, s. 222.

⁸¹⁸ W.J. Katner, w: W.J. Katner (red), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 9–10 nie wyklucza uregulowania umowy nazwanej w aktach wykonawczych, pod warunkiem pozostawania w granicach wyraźnej delegacji ustawowej. Teoretycznie możliwe jest również określenie umowy nazwanej w prawie zwyczajowym. Z. Radwański, *Teoria*, s. 210, co do zasady, trafnie kwestionuje możliwość wystąpienia takiej sytuacji we współczesnej praktyce. Zgodzić należy się jednak z M. Stec, S. Włodyka, w: M. Stec (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5A, s. 26, którzy wskazują na dopuszczalność kształtowania w ten sposób typów umów w międzynarodowym obrocie handlowym (gospodarczym).

oraz nadanie mu nazwy⁸¹⁹. Źródłem rozbieżności jest natomiast określenie, jaki stopień szczegółowości regulacji uzasadnia uznanie umowy za nazwaną. Można w tym zakresie wyróżnić trzy stanowiska. W ramach pierwszego przyjmuje się, że umowa jest nazwana, jeżeli ustawa definiuje jej *essentialia negotii*⁸²⁰. Drugie zakłada, że dla takiej kwalifikacji konieczne jest, żeby ustawa normowała zwłaszcza elementy przedmiotowo istotne danej umowy, przy czym nie precyzuje się jakie inne kwestie powinny zostać objęte regulacją prawną⁸²¹. Trzecie stanowisko uznaje za konieczne kompleksowe unormowanie typu umowy, które obejmuje *essentialia negotii*, *naturalia negotii* (elementy przedmiotowo nieistotne) oraz *accidentalia negotii* (elementy podmiotowo istotne)⁸²².

Należy opowiedzieć się za pierwszym stanowiskiem. Wyodrębnienie umów nazwanych powinno opierać się na kryterium określenia w ustawie elementów przedmiotowo istotnych kontraktu. Tak ujęta cecha konstytutywna dotyczy składników podstawowych dla każdej czynności prawnej. Jeżeli definiuje ją ustawa, to należy uznać, że reguluje umowę nazwaną.

Przyjęte ujęcie umożliwia najbardziej precyzyjne określenie pojęcia umowy nazwanej. Elementy dodatkowe względem *essentialia negotii*, wymagane na gruncie pozostałych koncepcji, są określone zbyt ogólnie, co może stanowić źródło potencjalnych sporów interpretacyjnych i osłabiać spójność omawianego pojęcia.

Dodatkowo ścisła interpretacja trzeciego stanowiska prowadzi do trudnego do zaakceptowania wniosku, że jakakolwiek luka w regulacji umowy powoduje konieczność przyjęcia, że nie jest nazwana. Oznacza to, iż wszystkie uregulowane typy kontraktów, w których pojawia się konieczność stosowania analogii do przepisów o innym typie nie stanowią umów nazwanych. Jak wyjaśniono, jedną z przesłanek stosowania analogii jest bowiem występowanie luki w prawie. Przyjmując koncepcję kompleksowej regulacji umowy należałoby przykładowo przyjąć, że konieczność stosowania niektórych przepisów o umowie zlecenia do umowy komisji (np. art. 738 KC) świadczy o niekompletności regulacji tej drugiej, a z tego wynika z kolei, iż nie jest nazwana.

Należy również zauważyć, że wymagane w ramach trzeciej koncepcji elementy podmiotowo istotne (*accidentalia negotii*) cechują się tym, że stanowią element konkretnej

⁸¹⁹ Tak zwłaszcza W.J. Katner, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 7; Z. Radwański, Teoria, s. 211–212; J. Rajski, w: J. Rajski, W. Kocot, Prawo, s. 25.

⁸²⁰ Tak zwłaszcza W. Czachórski, Zobowiązania, s. 106; W.J. Katner, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 6–7; A. Kidyba, Prawo, s. 789; Z. Radwański, Teoria, s. 218.

⁸²¹ M. Stec, S. Włodyka, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5A, s. 27. J. Rajski, w: J. Rajski, W. Kocot, Prawo, s. 25 wskazuje, że umowa jest nazwana, jeżeli ustawa reguluje ją „mniej lub bardziej szczegółowo”.

⁸²² M. Romanowski, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 640–642.

czynności prawnej z woli stron⁸²³. Z istoty tych postanowień wynika zatem, że ustawa nie tylko nie musi wprowadzać ich do treści czynności prawnej, lecz wręcz, iż nie może tego czynić. W konsekwencji nie sposób uznać uregulowania ich w ustawie za warunek prawny umowy nazwanej.

3. Pojęcie umowy nienazwanej

Przechodząc do analizy umów nienazwanych warto przypomnieć, że dopuszczalność ich zawierania wynika z wyrażonej w art. 353¹ KC zasady swobody umów⁸²⁴. Rozważania nad cechami konstytutywnymi tej grupy należy poprzedzić zasygnalizowaniem występujących w doktrynie rozbieżności terminologicznych.

Pierwsze stanowisko zakłada, że umowa jest nienazwana, jeżeli nie stanowi kontraktu nazwanego⁸²⁵. Oznacza to, że ustawa nie reguluje jej elementów przedmiotowo istotnych. W tym ujęciu umowy nienazwane obejmują bardzo szeroką grupę stosunków. Chodzi zarówno o umowy epizodyczne (jednostkowe), które nie są zawierane w obrocie w sposób powtarzalny, ani oznaczane w praktyce swoistą nazwą, jak i o umowy spełniające te cechy. W związku z tym spośród umów nienazwanych wyodrębnia się typy empiryczne, które odznaczają się co najmniej ostatnio wskazanymi właściwościami⁸²⁶. Należy uściślić, że pomimo konstruowania pojęcia typów empirycznych w oparciu o występowanie konkretnych umów w obrocie, ma ono charakter abstrakcyjny. Tak rozumiane umowy empiryczne są bowiem tworzone jako kategorie ogólne w oparciu o indukcyjne zestawienie cech konkretnych stosunków nawiązywanych w obrocie.

Drugi pogląd utożsamia umowy nienazwane z typami empirycznymi w rozumieniu pierwszej koncepcji⁸²⁷. Przypisuje pierwszorzędne znaczenie umowom, które nie są nazwane oraz odznaczają się istotną praktyką ich zawierania w obrocie, występowaniem pod nadaną im w niej nazwą oraz innymi cechami charakterystycznymi⁸²⁸. Kontrakty, których *essentialia negotii* nie są uregulowane w ustawie, ani nie spełniają cech tak rozumianej umowy

⁸²³ Zamiast wielu zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, Prawo, s. 322–323.

⁸²⁴ Tak przykładowo W. Czachórski, Zobowiązania, s. 107.

⁸²⁵ Tak zwłaszcza S. Grzybowski, w: S. Grzybowski (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Ossolineum 1976, s. 16; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, Zobowiązania, s. 9; M. Stec, S. Włodyka, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5A, s. 26–27.

⁸²⁶ Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, Zobowiązania, s. 9; M. Stec, S. Włodyka, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5A, s. 26–27.

⁸²⁷ Tak zwłaszcza W.J. Kater, w: W.J. Kater (red.), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 15–18. Przedstawianą konwencję terminologiczną przyjęto w całym tomie 9. Systemu Prawa Prywatnego.

⁸²⁸ *Ibidem*.

nienazwanej są natomiast uznawane za osobną kategorię umów⁸²⁹. Relację między nimi można opisać jako umowy nienazwane *sensu stricto* (odpowiadające typom empirycznym) oraz nienazwane *sensu largo*.

Rozbieżność przedstawionych stanowisk ma w istocie charakter sporu pojęciowego. Są bowiem zgodne co do tego, że wśród umów, które nie są nazwane występują kontrakty o szczególnym znaczeniu. Cechują się zwłaszcza szeroką praktyką zawierania w obrocie. Pierwsze stanowisko określa je jako typy empiryczne, drugie jako umowy nienazwane. W dalszych rozważaniach oraz w całej pracy przyjęto drugą konwencję terminologiczną. Przemawia za tym okoliczność, że eksponuje znaczenie teoretyczne oraz praktyczne umów szeroko zawieranych w obrocie pod swoistą nazwą. Podjęte badania nad umowami o pośrednictwo, które nie są nazwane dotyczą głównie tego rodzaju stosunków. Kwestia ta jest podobnie postrzegana w wypowiedziach doktryny podejmujących problematykę podziału umów o pośrednictwo na nazwane i nienazwane. Przez te ostatnie rozumie się bowiem umowy nienazwane *sensu stricto* (typy empiryczne w rozumieniu pierwszej koncepcji)⁸³⁰. Podziałowi nie poddaje się natomiast umów epizodycznych. Użyteczność ich analizy na płaszczyźnie abstrakcyjnej jest z oczywistych względów znikoma.

Przyjęcie powyższych założeń pozwala przejść do określenia cech konstytutywnych umowy nienazwanej. Ich najpełniejsze ujęcie zostało przedstawione przez *W.J. Katnera*. Autor wskazuje, że za umowę nienazwaną może zostać uznana ważna, w tym zgodna z ograniczeniami zasady swobody umów, dwustronna czynność prawna, która spełnia łącznie następujące przesłanki⁸³¹:

1. brak nazwania ustawowego, na rzecz nazwy wywiedzionej z praktyki;
2. brak określenia elementów przedmiotowo istotnych w ustawie⁸³²;
3. brak tożsamości z umową nazwaną albo takiego podobieństwa, które uzasadnia uznanie jej za rodzaj umowy nazwanej;
4. ogólnie aprobowane w praktyce określenie stron, przedmiotu i treści.

Wymienione cechy dobrze oddają specyfikę umów nienazwanych. Stanowią użyteczne narzędzie tworzenia i analizy dogmatycznej modeli kontraktów nienazwanych. W wysokim

⁸²⁹ *Ibidem*.

⁸³⁰ Tak zwłaszcza *M. Barański*, *Konstrukcja*, s. 19–24; *T. Świerczyński*, *Charakter*, s. 16–17.

⁸³¹ *W.J. Katner*, w: *W.J. Katner* (red), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 14–18.

⁸³² W związku z brakiem ustawowego uregulowania umowy nienazwane nie mają *essentialia negotii*.

stopniu umożliwiając ich odróżnienie od umów epizodycznych, nieodznaczających się wskazanymi cechami, oraz od umów nazwanych. Oczywiście na tle oceny klasyfikującej poszczególnych typów umów mogą wystąpić rozbieżności co do wystąpienia niektórych cech, zwłaszcza ostatniej (pkt 4.). Z uwagi na istotę umów nienazwanych wątpliwości w tym zakresie nie da się jednak usunąć w całości.

4. Pojęcie umowy mieszanej

Kończąc wątek abstrakcyjnego podziału umów na nazwane i nienazwane należy zasygnalizować, że część doktryny wyodrębnia również umowy mieszane, przez które rozumie się kontrakty łączące w sobie elementy dwóch lub więcej umów nazwanych albo nazwanych i nienazwanych⁸³³. Odmienny pogląd opowiada się przeciwko ich wyróżnieniu jako kategorii równorzędnej⁸³⁴. Argumentuje się, że dopuszczenie możliwości postrzegania umowy jako złożonej z więcej niż jednego typu prowadzi do „rozbicia prawnego i funkcjonalnego jedności stosunku prawnego”⁸³⁵. Kwestionowana jest również użyteczność i poprawność metodologiczna proponowanych koncepcji w zakresie ustalania reżimu prawnego umów mieszanych⁸³⁶. Mając na uwadze powyższe oraz w związku z brakiem uregulowania takich kontraktów w ustawie (jako całości), zalicza się je do umów nienazwanych⁸³⁷.

III. Umowy nazwane i nienazwane w ujęciu konkretnym

Rozważania odnośnie do płaszczyzny konkretnej rozróżnienia umów nazwanych i nienazwanych należy rozpocząć od przypomnienia, że dotyczy ono oceny

⁸³³ Tak zwłaszcza S. Grzybowski, w: S. Grzybowski (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 17; A. Ohanowicz, w: A. Ohanowicz, J. Górski, Zarys, s. 83; M. Sośniak, Przekształcenia umowy przewozu na tle doktryny umów mieszanych, Problemy Prawa Przewozowego 1982, Nr 3, s. 9 i n. Na gruncie kodeksu zobowiązań R. Longchamps de Bérier, Zobowiązania, s. 148; F. Zoll, Zobowiązania, s. 187.

⁸³⁴ Tak zwłaszcza B. Gawlik, Pojęcie, s. 23; *tenże*, Umowy mieszane – konstrukcja i ocena prawna, Pal. 1974, Nr 6, s. 28–30; W.J. Katner, w: W.J. Katner (red.), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 13–14; Z. Radwański, Teoria, s. 241–242; J. Rajski, w: J. Rajski, W. Kocot, Prawo, s. 26–27; M. Stec, S. Włodyka, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5A, s. 28–29.

⁸³⁵ Z. Radwański, Teoria, s. 240; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, Zobowiązania, s. 10. Pogląd ten podziela W.J. Katner, w: W.J. Katner (red.), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 13–14.

⁸³⁶ Szeroko na ten temat Z. Radwański, Teoria, s. 235–242, który neguje użyteczność zwłaszcza teorii kombinowanych skutków prawnych. Koncepcja ta polega na stosowaniu do poszczególnych elementów mieszanego stosunku prawnego przepisów dotyczących świadczeń uregulowanych w odniesieniu do składających się na nią umów. Na temat innych teorii ustalania reżimu prawnego umów mieszanych (absorpcji, analogii) zamiast wielu zob. S. Grzybowski, w: S. Grzybowski (red.), System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, s. 18–19.

⁸³⁷ Tak zwłaszcza B. Gawlik, Umowy, s. 28–30; W.J. Katner, w: W.J. Katner (red.), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 13–14; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, Zobowiązania, s. 10; J. Rajski, w: J. Rajski, W. Kocot, Prawo, s. 26–27; M. Stec, S. Włodyka, w: M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5A, s. 28–29.

zindywidualizowanej, zawartej w obrocie umowy. Zasadniczo polega to na porównaniu jej treści z uregulowanymi ustawowo, abstrakcyjnymi typami umów nazwanych i rozstrzygnięciu, czy zawiera *essentialia negotii*, któregoś z nich. W przypadku odpowiedzi przeczącej, umowa jest nienazwana w szerokim znaczeniu⁸³⁸. Jeżeli wykazuje abstrakcyjne cechy określonego typu empirycznego, należy do umów nienazwanych *sensu stricto*.

Istotne jest podkreślenie, że wynik oceny konkretnej zawsze musi mieć charakter stanowczej decyzji klasyfikującej. Wystąpienie sytuacji pośrednich nie jest możliwe. Cecha ta ujawnia się w trzech aspektach. Pierwszy został już wyartykułowany – konkretna umowa może stanowić wyłącznie umowę nazwaną albo nienazwaną *sensu largo (tertium non datur)*.

Po drugie, jeżeli umowa jest nazwana, może zostać przyporządkowana tylko do jednego typu ustawowego. Przykładowo nie jest możliwe, żeby ta sama czynność prawna stanowiła jednocześnie umowę agencyjną oraz umowę komisji. Abstrakcyjne typy tych umów nazwanych (podobnie jak wszystkich innych) są bowiem uregulowane w sposób wzajemnie się wykluczający. Ich wyróżnieniu służą elementy przedmiotowo istotne.

Po trzecie, mimo braku *essentialia negotii*, należy przyjąć, że, co do zasady, stanowcza powinna być również ocena w ramach umów nienazwanych. Dotyczy ona porównania konkretnej umowy, która nie jest nazwana z abstrakcyjnymi modelami umów nienazwanych opisanymi w doktrynie i orzecznictwie. Te ostatnie są wyodrębnione przez wskazanie cech charakterystycznych, najczęściej wynikających z praktyki obrotu. Przykładowo umożliwia to odróżnienie konkretnej umowy o pośrednictwo zwykłe od umowy franchisingu. Dodatkowo należy zauważyć, że część właściwości (innych niż elementy przedmiotowo istotne) niektórych umów nienazwanych jest określona wprost w przepisach ustaw. Jest tak, np. w przypadku konsorcjum bankowego⁸³⁹. Regulujący ją art. 73 PrBank nie określa elementów przedmiotowo istotnych tej umowy⁸⁴⁰. W konsekwencji ma ona charakter nienazwany. Przepisy przewidują jednak, że banki biorące udział w konsorcjum ustalają warunki udzielenia kredytu i jego zabezpieczenia oraz wyznaczają bank umocowany do zawarcia umowy, a także, iż ryzyko związane z udzielonym kredytem obciąża każdy z nich proporcjonalnie do wysokości wniesionych środków na udzielenie kredytu. Na koniec należy wskazać, że jeżeli określonej

⁸³⁸ W związku z tym w doktrynie trafnie przypisuje się umowom nienazwanym cechy subsydiarności i relatywności. Tak zwłaszcza B. Gawlik, Pojęcie, s. 19–22.

⁸³⁹ Na temat umowy konsorcjum bankowego zob. zwłaszcza M. Bączyk, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, Warszawa 2020, s. 746–763; T. Czech, Konsorcjum kredytowe, Warszawa 2011.

⁸⁴⁰ Nienazwanego charakteru umowy konsorcjum bankowego przekonująco (z szerokim odniesieniem do doktryny i orzecznictwa) dowodzi M. Bączyk, w: W.J. Katner (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 753–755.

umowy nie można przyporządkować do żadnego typu umowy nienazwanej w ścisłym znaczeniu, stanowi umowę epizodyczną (jednostkową) albo mieszaną.

Kluczowa funkcja, a zarazem praktyczna konsekwencja, konkretnej oceny umów ujawnia się w procesie ustalania ich reżimu prawnego. Oczywiście jest, że przyporządkowanie do określonego typu nazwanego implikuje stosowanie regulujących go przepisów. Zagadnienie jest natomiast bardziej złożone w zakresie umów nienazwanych. W przypadku części z nich ustawa wprost wskazuje reżim prawny, który należy do nich stosować. Przykładem takich regulacji są omówione na wcześniejszym etapie rozważań odesłania z art. 750 KC, 764⁹ KC oraz art. 73 ust. 4 pkt 1 ObrIFinU, które nakazują stosować do umów nienazwanych objętych ich hipotezami przepisy o określonym typie umowy nazwanej wprost (art. 764⁹ KC) albo odpowiednio (pozostałe). Jeżeli chodzi o wskazane w poprzednim akapicie umowy nienazwane regulowane częściowo, należy stosować dotyczące ich przepisy. W pozostałym zakresie możliwe jest rozważenie analogicznego zastosowania przepisów o najbardziej zbliżonej umowie nazwanej. Odnosi się to również do umów nienazwanych w ogóle nieuregulowanych.

IV. Wnioski dla umów o pośrednictwo

Poczynione uwagi pozwalają odnieść podział kontraktów na nazwane i nienazwane do umów o pośrednictwo.

Nie budzi wątpliwości, że do pierwszej grupy należy zaliczyć umowy kodeksowe, tj. agencyjną oraz komisu. Przepisy kodeksu cywilnego określają ich nazwy oraz elementy przedmiotowo istotne. To samo dotyczy pozakodeksowych kontraktów agencji wyspecjalizowanych, które stanowią podtypy umowy agencyjnej, morskiej umowy maklerskiej oraz umowy o świadczenie usług brokerskich w zakresie obrotu towarami giełdowymi. Sporna nie jest również kwalifikacja umowy o pośrednictwo zwykłe jako nienazwanej w ścisłym znaczeniu.

Rozbieżność ocen występuje natomiast odnośnie do części umów pozakodeksowych, zwłaszcza uregulowanych wyłącznie częściowo.

W pierwszej kolejności chodzi o ubezpieczeniową umowę brokerską oraz o umowę zlecenia maklerskiego⁸⁴¹. Można przyjąć, że ObrIFinU określa nazwę tej ostatniej. Mimo stosowania różnego nazewnictwa w doktrynie, ustawową, wynikającą z art. 73 ust. 1 ObrIFinU, nazwą zlecenia maklerskiego jest „umowa o wykonywanie zleceń nabycia lub zbycia

⁸⁴¹ Sporny charakter umów maklerskich dobrze odzwierciedlają problemy z kwalifikacją umowy zlecenia maklerskiego. Przedstawia je *K. Zacharzewski*, w: *M. Stec* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 4, s. 1213.

instrumentów finansowych”. Ustawodawca nie czyni tego w przypadku umowy z brokerem ubezpieczeniowym. Ponadto ustawy regulujące te kontrakty określają ich strony. Ubezpieczeniowa umowa brokerska jest zawarta między brokerem ubezpieczeniowym a klientem. Stronami zlecenia maklerskiego są natomiast firma inwestycyjna i dający zlecenie. Przepisy definiują również działalność brokera ubezpieczeniowego oraz firmy inwestycyjnej, kto może ją wykonywać, przy spełnieniu jakich warunków i na jakich zasadach.

Ani DyrU, ani ObrIFinU nie zawierają jednak definicji tych umów, a zwłaszcza zobowiązań głównych stron wynikających z nich stosunków prawnych. Czyni się to dopiero w doktrynie i orzecznictwie. W związku z powyższym oraz mając na uwadze, że wskazane kontrakty nie mieszczą się w żadnym typie określonym w ustawie, należy przyjąć, że nie stanowią umów nazwanych. Ich częściowa regulacja oraz utrwalona praktyka zawierania przemawiają za uznaniem, że są umowami nienazwanymi w ścisłym znaczeniu.

Wątpliwości może również budzić kwalifikacja umów: o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami, o pośrednictwo kredytu hipotecznego oraz o pośrednictwo kredytu konsumenckiego. W niniejszej pracy starano się udowodnić, że stanowią one pojęcia zbiorcze, które mieszczą w sobie zarówno nazwane, jak i nienazwane typy umów o pośrednictwo o określonym zakresie podmiotowym i przedmiotowym⁸⁴².

Pojawia się pytanie, czy w praktyce obrotu mogą wystąpić umowy epizodyczne nienależące do żadnego z opisanych wyżej nazwanych i nienazwanych typów umów o pośrednictwo. Teoretycznie jest to możliwe, jednak wydaje się, że takie sytuacje będą należały do rzadkości. Zakresy umów agencyjnej, komisu oraz o pośrednictwo zwykłe w zasadzie wyczerpują dziedzinę tych stosunków. Poza nimi znajdują się kontrakty, w których pośrednik zobowiązuje się łącznie do dorywczego pośredniczenia oraz zastępstwa, a także zbliżone do umowy agencyjnej lub komisu, niespełniające wszystkich ich przesłanek ustawowych (np. zawarte przez pośrednika niebędącego przedsiębiorcą). Prowadzi to do konstatacji, że wbrew pozorom, z perspektywy konstrukcji świadczenia pośrednika, dziedzina umów o pośrednictwo nie jest zbyt szeroka.

Ostatnią kwestią wymagającą poruszenia w tej części pracy jest rozważenie perspektyw przekształcenia nienazwanych umów o pośrednictwo w umowy nazwane.

W doktrynie wskazuje się, że niektóre kontrakty nienazwane cechują się przejściowością⁸⁴³. Oznacza to, iż znajdują się wyłącznie w stadium tymczasowym,

⁸⁴² Zob. szerzej § 4. i § 5. rozdziału piątego pracy.

⁸⁴³ B. Gawlik, Pojęcie, s. 22 odnosi cechę przejściowości do wszystkich umów nienazwanych. Obserwacja rozwoju poszczególnych typów umów prowadzi do wniosku, że należy ograniczyć ją wyłącznie do niektórych kontraktów.

poprzedzającym ich podniesienie przez ustawodawcę do rangi umów nazwanych⁸⁴⁴. Determinantami powyższego są przede wszystkim masowość występowania w obrocie oraz problemy w ustalaniu reżimu prawnego i jego stosowaniu. Modelowy „cykl życia” umowy przebiega zatem następująco. Określone potrzeby społeczno-ekonomiczne znajdują wyraz w zawieraniu nienazwanych umów epizodycznych. Ich utrwalenie w praktyce sprawia, że stają się umowy nienazwanymi *sensu stricto* (typami empirycznymi). W końcowej fazie zostają uregulowane przez ustawodawcę jako umowy nazwane. Przykładem takiej ewolucji są losy umowy leasingu⁸⁴⁵.

Jak zasygnalizowano na wcześniejszym etapie rozważań, potrzebne wydaje się uregulowanie umowy o pośrednictwo zwykłe. Postulat ten jest powszechnie akceptowany w doktrynie. Wskazana umowa występuje masowo, pod nadaną jej w praktyce swoistą nazwą oraz o ogólnie aprobowanej treści. Jak dowiodły rozważania poczynione w § 4.IV.1. rozdziału czwartego, ustalenie jej reżimu prawnego powoduje problemy. Wykazano, że dokonanie powyższego na płaszczyźnie teoretycznej jest możliwe. Dochodzi do niego w wyniku złożonych procesów interpretacyjnych, wymagających wyboru właściwego sposobu odpowiedniego zastosowania przepisów o zleceniu (art. 750 KC) oraz ustalenia, czy konieczne jest sięgnięcie *per analogiam* do przepisów o nazwanych umowach o pośrednictwo. Z perspektywy stosowania prawa (w szczególności w realiach niewydolnego z przyczyn niezawinionych i zawinionych sądownictwa) oraz jego pewności nie jest to rozwiązanie optymalne. Postulaty *de lege ferenda* co do sposobu regulacji umowy o pośrednictwo zwykłe zostały szczegółowo przedstawione we wnioskach końcowych pracy (rozdział ósmy).

§ 7. Umowy o pośrednictwo ogólne i szczególne

Umowy o pośrednictwo dzieli się na ogólne i szczególne⁸⁴⁶. Kryterium podziału stanowi sposób określenia umowy docelowej. Omawiane rozróżnienie dotyczy abstrakcyjnych typów umów nazwanych i nienazwanych. W ujęciu konkretnym w zasadzie każdy kontrakt z zakresu pośrednictwa mniej lub bardziej precyzuje rodzaj i treść umowy docelowej.

Obszernie i trafnie uzasadnia to *M. Romanowski, W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 631–640. Podobnie *W.J. Katner*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 21. Przejściowość nie stanowi cechy umów nienazwanych, lecz określenie *post factum* dokonanej ewolucji charakteru niektórych z nich.

⁸⁴⁴ *B. Gawlik*, Pojęcie, s. 22.

⁸⁴⁵ Zob. szerzej *W.J. Katner*, w: *W.J. Katner* (red), System Prawa Prywatnego, t. 9, s. 18–20; *tenże*, Umowa leasingu a odpowiedzialność odszkodowawcza, w: *A. Szpunar, W.J. Katner, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka, E. Wojnicka*, Księga Pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Prof. B. Lewaszkiewicz-Petrykowskiej, Łódź 1997, s. 34–39.

⁸⁴⁶ *M. Barański*, Konstrukcja, s. 28; *T. Świerczyński*, Charakter, s. 16.

Umowy o pośrednictwo ogólne mają charakter uniwersalny. Ich przedmiotem jest zobowiązanie do pośredniczenia (ewentualnie uzupełnione o obowiązek zastępstwa) przy zawarciu dowolnej umowy docelowej. Kontrakty z tej grupy mogą być zarówno nazwane, jak i nienazwane. Umowy o pośrednictwo ogólne znajdują zastosowanie we wszystkich obszarach obrotu gospodarczego. Wyznaczają modelowe typy umów dla stosunków określonego rodzaju, np. stałego, profesjonalnego pośrednictwa oraz jednorazowego pośrednictwa polegającego na dokonywaniu czynności faktycznych. Należą do nich przykładowo umowa agencyjna oraz umowa o pośrednictwo zwykłe.

Wymaga przypomnienia, że przyjęcie w prawie polskim uniwersalnego charakteru umowy agencyjnej wykracza poza minimalny standard wynikający z dyrektywy 86/653/EWG. Zgodnie z jej art. 1 ust. 2, dyrektywa odnosi się do agentów (przedstawicieli handlowych) stale pośredniczących lub zawierających w imieniu i na rachunek dającego zlecenie wyłącznie umowy sprzedaży. Rozwiązanie przyjęte na gruncie kodeksu cywilnego należy uznać za trafne. Przemawia za tym przede wszystkim okoliczność, że umożliwia ono objęcie ramami umowy agencyjnej wszystkich stosunków, w których agent pośredniczy przy zawieraniu kontraktów docelowych o świadczenie usług. Te ostatnie nie są bowiem rzeczami i nie mogą być przedmiotem sprzedaży. Również w ich przypadku interes agenta w relacji z dającym zlecenie zasługuje na szczególną ochronę. Polska regulacja agencji tworzy jednolitą konstrukcję, na której opierają się wszystkie umowy obejmujące zobowiązanie do stałego i profesjonalnego pośrednictwa.

Przechodząc do umów o pośrednictwo szczególne należy wskazać, że na ich gruncie działania pośrednika mogą być ukierunkowane wyłącznie na umowę docelową określonego rodzaju. Ograniczenia w tym zakresie wynikają zawsze z przepisów ustaw⁸⁴⁷, jednak nie jest to równoznaczne z nazwanym charakterem wszystkich kontraktów zaliczanych do tej grupy⁸⁴⁸.

Przykład nazwanej umowy o pośrednictwo szczególne stanowi komis, w przypadku którego komisant pośredniczy i zawiera wyłącznie umowy sprzedaży rzeczy ruchomych. Podobnie jest w przypadku maklera morskiego, którego działalność ogranicza się do umów związanych z obrotem morskim (art. 208 § 1 KM). Ustawodawca limituje również rodzaj kontraktów docelowych w agencjach wyspecjalizowanych, co zarazem stanowi podstawowe kryterium ich wyróżnienia jako podtypów umowy agencyjnej. Przykładowo umowa agencji turystycznej to umowa agencyjna, w której docelowa jest umowa o udział w imprezie turystycznej (art. 4 pkt 9 ImprTurU). Przedmiotem działalności agenta pocztowego jest

⁸⁴⁷ Tak trafnie *T. Świerczyński*, *Charakter*, s. 16.

⁸⁴⁸ Odmienne nie trafnie *T. Świerczyński*, *Charakter*, s. 16.

natomiast stałe pośredniczenie i ewentualnie zawieranie umów o świadczenie usług pocztowych (art. 3 pkt 3 PrPoczt). Limitowany jest również rodzaj umowy docelowej w ramach nienazwanych umów maklerskich. Broker ubezpieczeniowy pośredniczy przy zawarciu umowy ubezpieczenia lub gwarancji ubezpieczeniowej (art. 4 ust. 1 DystrUbezpU), zlecenie maklerskie dotyczy wyłącznie kontraktów nabycia lub zbycia instrumentów finansowych (art. 73 ust. 1 ObrIFinU), a umowa o świadczenie usług brokerskich na giełdzie towarowej umów nabycia lub zbycia towarów giełdowych (art. 38b ust. 1 GiełTowarU). Ustawa ogranicza również dziedzinę kontraktów docelowych w umowach: pośrednictwa w obrocie nieruchomościami (art. 179b GospNierU) oraz pośrednictwa kredytu hipotecznego (art. 4 pkt 15 KredytHipU).

Z pośrednictwem szczególnym związane jest wyróżnianie pewnych grup umów o pośrednictwo, dotyczących tożsamego albo zbliżonego *spectrum* umów docelowych⁸⁴⁹. Na przykład do kontraktów z zakresu pośrednictwa ubezpieczeniowego zalicza się umowę z brokerem ubezpieczeniowym oraz agencją ubezpieczeniową. Pośrednictwo kredytu konsumenckiego obejmuje umowę agencji bankowej (kredytowej) oraz inne umowy, w których starania pośrednika zmierzają do zawarcia umowy o kredyt konsumencki. Mimo braku wspólnej regulacji ustawowej, można również wyodrębnić kontrakty pośrednictwa morskiego, do których należą umowa agencji morskiej oraz morska umowa maklerska.

Tworzenie wyżej wskazanych pojęć zbiorczych pozwala na wprowadzenie wspólnych regulacji prawnych dla zróżnicowanych typów umów o pośrednictwo szczególne, funkcjonujących w określonych stosunkach branżowych. Umożliwia to dostosowanie ich regulacji prawnej do realiów określonego rynku (np. ubezpieczeniowego, kredytowego, morskiego). Jak wyjaśniono na wcześniejszym etapie rozważań, zazwyczaj służy to ochronie interesu słabszej strony docelowego stosunku prawnego (np. kredytobiorcy, poszukującego ochrony ubezpieczeniowej) i polega na wprowadzeniu dodatkowych obowiązków pośrednika, zwłaszcza o charakterze informacyjnym.

§ 8. Kwestia pośrednictwa zbywczego i nabywczego

Wyjaśniając ekonomiczną istotę pośrednictwa w drugim rozdziale pracy, zasygnalizowano możliwość wyróżnienia – ze względu na pełnioną funkcję gospodarczą – jego modelu zbywczego (sprzedażowego) oraz nabywczego. W ramach pierwszego celem

⁸⁴⁹ Podobnie *M. Krajewski*, w: *M. Stec* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, s. 43–48; *A. Śmieja*, *O potrzebie*, s. 154.

nawiązania stosunku z pośrednikiem jest rozszerzenie rynku zbytu na towary lub usługi dającego zlecenie. Drugi obejmuje pomoc pośrednika w ich odnalezieniu i nabyciu przez drugą stronę umowy podstawowej. W rezultacie wymaga rozważenia, czy przedstawione rozróżnienie może zostać transponowane do nauk prawnych. W doktrynie brak jest wypowiedzi w tym zakresie.

Należy zauważyć, że na płaszczyźnie jurejdyycznej pośrednictwo zbywcze i nabywcze w pewnym zakresie łączy się z omówioną typologią umów o pośrednictwo zależne i niezależne. W ogólności pośrednictwo zależne prowadzi do rozszerzenia rynku zbytu dającego zlecenie, a pośrednictwo niezależne do nabycia towarów lub usług⁸⁵⁰. Wskazane rozróżnienia nie są jednak tożsame. Umowa agencyjna w ujęciu kodeksu cywilnego ma charakter uniwersalny, to znaczy może dotyczyć zawarcia dowolnej umowy. Nie odnosi się to do agencji wyspecjalizowanych, które z reguły mają charakter zbywczy. Z drugiej strony, również umowy maklerskie (z wyjątkiem umowy z brokerem ubezpieczeniowym) mogą służyć obu omawianym celom (np. maklerzy giełdowi mogą pośredniczyć zarówno przy zbywaniu, jak i przy nabywaniu instrumentów finansowych oraz towarów giełdowych). To samo dotyczy umowy komisji, która konstrukcyjnie może stanowić instrument sprzedaży albo kupna, oraz umowy o pośrednictwo zwykłe.

Poczynione uwagi prowadzą do wniosku, że przy analizie abstrakcyjnych typów umów o pośrednictwo, przeniesienie ekonomicznego podziału pośrednictwa na zbywcze i nabywcze do nauk prawnych nie jest przydatne. Konstrukcja większości przedstawionych kontraktów potencjalnie obejmuje obie rozważane funkcje.

Omawiane rozróżnienie nie wydaje się użyteczne również przy analizie umów w ujęciu konkretnym. Mimo występowania pewnych sytuacji typowych, w których umowa stron służy wyłącznie zbywaniu albo nabywaniu towarów lub usług (np. komisji sprzedaży, komisji kupna, pośrednictwo w sprzedaży nieruchomości, pośrednictwo w kupnie nieruchomości), w praktyce nawiązywane są również stosunki realizujące obie wskazane wyżej funkcje. Dotyczy to zwłaszcza giełdowych umów maklerskich. Przykładowo w ramach umowy zlecenia maklerskiego zobowiązanie firmy inwestycyjnej obejmuje z reguły zarówno nabywanie, jak i zbywanie instrumentów finansowych. Ograniczenie jej przedmiotu wyłącznie do jednej z tych funkcji pozbawiałoby ją sensu gospodarczego. Ponadto występują również umowy agencyjne, w których zobowiązanie agenta nie ogranicza się wyłącznie do pełnienia funkcji sprzedażowej (pozyskiwania klientów), lecz obejmuje także nabywanie określonych towarów

⁸⁵⁰ Przez „nabycie usługi” należy rozumieć zawarcie umowy o jej świadczenie w charakterze usługobiorcy.

koniecznych do prowadzenia przez dającego zlecenie działalności gospodarczej. Przykład stanowi agent znający rynek zagraniczny, który stale pośredniczy i zawiera na tym rynku w imieniu dającego zlecenie umowy, mocą których pozyskiwane są określone towary lub surowce, oraz umowy o charakterze zbywczym.

Mając na uwadze powyższe argumenty, na gruncie nauk prawnych nie występuje potrzeba konstruowania odrębnego podziału umów o pośrednictwo na zbywcze i nabywcze. Zdecydowanie bardziej użyteczna jest ich typologia przez wyróżnienie pośrednictwa zależnego i niezależnego, w ramach której gospodarcza funkcja umowy stanowi jedną z cech przemawiających za przyporządkowaniem do właściwej grupy (zaangażowanie w działalność dającego zlecenie lub jego brak). Występowanie celu zbywczego albo nabywczego nie stanowi jednak warunku wystarczającego w tym zakresie. Inne właściwości kontraktu mogą bowiem przemawiać za jej odmienną kwalifikacją. Mimo że działanie w celu zbycia towarów lub usług jest bliższe zaangażowaniu w działalność dającego zlecenie, to pozostałe cechy umowy i zawierającego ją pośrednika mogą *in concreto* przemawiać za jej zakwalifikowaniem do umów o pośrednictwo niezależne.

Rozdział VIII.

Wnioski końcowe. Umowy o pośrednictwo *de lege lata* i *de lege ferenda*

§ 1. Możliwość wyodrębnienia grupy umów o pośrednictwo i jego kryterium

Przeprowadzone rozważania uzasadniają wniosek, że wyodrębnienie grupy umów o pośrednictwo jest możliwe. Podstawą ich wyróżnienia spośród innych kontraktów, a zarazem spoiwem łączącym tę grupę, jest występowanie na ich gruncie elementu pośrednictwa, który najczęściej stanowi świadczenie niepieniężne pośrednika.

Należy zastrzec, że nie jest wykluczone, aby pośrednictwo nie stanowiło przedmiotu zobowiązania pośrednika, lecz wyłącznie jedną z przesłanek nabycia przez niego prawa do prowizji. Takie rozwiązanie przyjęto w definicji legalnej pośrednictwa (umowy o pośrednictwo) w kodeksie zobowiązań. Opierało się ono na założeniu, że uzależnienie wynagrodzenia pośrednika od skuteczności jego działań (zawarcia umowy docelowej) stanowi dostateczną motywację do ich podjęcia.

Wskazany sposób ustawowego ukształtowania stosunku pośrednictwa nie występuje w aktualnym stanie prawnym. Również we współczesnej praktyce kontraktowej jest stosowany dosyć rzadko. Strony są bowiem zainteresowane ujęciem czynności mających przynieść im korzyść jako świadczenia (obowiązku) kontrahenta. W szczególności dla usługobiorcy istotne jest zobowiązanie (a nie tylko upoważnienie) usługodawcy do działania. W takim układzie po stronie pierwszego występuje szereg uprawnień związanych z wyegzekwowaniem wykonania zobowiązania (np. roszczenie o wykonanie umowy, roszczenie o naprawienie szkody, możliwość zastrzeżenia kary umownej, odstąpienie sankcyjne, prawo zatrzymania), którym odpowiadają obowiązki po stronie pośrednika.

Mając na względzie powyższe zastrzeżenie, w dalszych rozważaniach przyjęto w uproszczeniu, że kryterium decydującym o wyodrębnieniu umów o pośrednictwo jest świadczenie charakterystyczne.

Wywody pracy potwierdziły, że pośrednictwo stanowi szczególny rodzaj usługi. Jego elementem konstytutywnym, a zatem istotą, są czynności faktyczne pośrednika, mające doprowadzić do zawarcia umowy docelowej albo wymiany gospodarczej między podmiotami innymi niż on sam.

Czynności te mogą mieć zróżnicowany charakter. Dowodem powyższego było wyodrębnienie na gruncie dawnego art. 517 KZ dwóch postaci pośrednictwa, tj. następczenia sposobności do zawarcia umowy oraz pośredniczenia przy jej zawarciu. Kryterium ich wyróżnienia był wpływ na wolę osoby trzeciej co do zawarcia umowy docelowej albo jego brak.

Od wejścia w życie kodeksu cywilnego, w związku z brakiem recepcji definicji legalnej pośrednictwa z art. 517 KZ, świadczenie tej treści ma charakter jednolity. Ustawa określa je jako pośredniczenie (art. 758 § 1 KC). Obejmuje ono wszelkie działania ukierunkowane na skojarzenie stron umowy docelowej oraz przekonanie kontrahenta do zawarcia umowy z dającym zlecenie. Wskazaną zmianę ujęcia pośrednictwa polegającego na dokonywaniu czynności faktycznych należy ocenić pozytywnie. Trudno jest wskazać funkcję, którą miał pełnić ten podział. Ponadto granica między pośredniczeniem a następczeniem sposobności do zawarcia umowy nie rysowała się wyraźnie. Każde działanie pośrednika, nie wyłączając prostego skojarzenia stron, mogło bowiem wpłynąć na wolę osoby trzeciej co do nawiązania kontraktu z dającym zlecenie.

W związku z szerokim ujęciem pośredniczenia na gruncie kodeksu cywilnego (a w konsekwencji prawa zobowiązań), w interesie stron kontraktu o pośrednictwo leży umowne skonkretyzowanie składających się na nie obowiązków⁸⁵¹. Jest to istotne zwłaszcza w kontekście następczego ustalenia, czy pośrednik spełnił swoje świadczenie prawidłowo. W braku umownego dookreślenia powinien on, zgodnie z art. 354 § 1 KC, wykonać zobowiązanie w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Dodatkowo jest zobowiązany działać z należytą starannością, w tym z uwzględnieniem spoczywającego na nim obowiązku lojalności względem dającego zlecenie. Jeżeli jest przedsiębiorcą, model jego staranności należy rekonstruować w odniesieniu do zawodowego charakteru działalności (art. 355 § 2 KC).

W związku z tym, że elementem konstytutywnym umów o pośrednictwo jest pośredniczenie, kontrakty, w których przedmiot zobowiązania pośrednika ogranicza się wyłącznie do niego, stanowią umowy o pośrednictwo w ścisłym znaczeniu.

Umowy o pośrednictwo *sensu stricto* nie wyczerpują dziedziny omawianej grupy kontraktów. Analiza umów tradycyjnie do niej zaliczanych (umowa agencyjna i jej wyspecjalizowane odmiany, umowa komisju, umowy maklerskie) dowiodła, że obok

⁸⁵¹ Podobnie L. Ogiegło, *Odpowiedzialność*, s. 254–255.

świadczenia w postaci pośredniczenia, pośrednik może być również zobowiązany do zastępstwa dającego zlecenie. Z perspektywy kwalifikacji do grona umów o pośrednictwo, występowanie tego ostatniego w strukturze zobowiązania nie jest konieczne. Zastępstwo stanowi zatem element fakultatywny pośrednictwa. Kontrakty, w których zobowiązanie do pośredniczenia uzupełnia element zastępstwa dającego zlecenie stanowią umowy o pośrednictwo w szerokim znaczeniu (*sensu largo*).

Przyczyną zaliczenia do umów o pośrednictwo kontraktów uzupełnionych o obowiązek zastępstwa jest ścisły, funkcjonalny związek tego ostatniego ze świadczeniem konstytutywnym dla tej grupy (pośredniczeniem). Celem czynności faktycznych pośrednika jest bowiem zawarcie umowy docelowej. Wykorzystanie instytucji zastępstwa umożliwia jego osiągnięcie bez konieczności bezpośredniego udziału dającego zlecenie. Innymi słowy pozwala ono na samodzielnie zwięźczenie przez pośrednika jego starań w sferze czynności faktycznych. Zapewnia to dającemu zlecenie szybsze nawiązanie poszukiwanej relacji kontraktowej oraz skorzystanie z (często profesjonalnej) pomocy pośrednika nie tylko w zakresie odnalezienia kontrahenta oraz przekonania go do zawarcia umowy docelowej, ale również przy samym jej zawarciu. Uzupełnienie pośredniczenia zastępstwem stanowi zatem konsekwencję występowania wyraźnych i uzasadnionych potrzeb obrotu. W rezultacie jest zrozumiałe, że występuje ono coraz częściej w praktyce kontraktowej.

Instytucja zastępstwa nie ma charakteru jednolitego. Pośrednik może działać w roli zastępcy bezpośredniego (przedstawiciela, najczęściej pełnomocnika) albo zastępcy pośredniego. W pierwszym przypadku zawiera umowę docelową w imieniu i na rachunek dającego zlecenie. W drugim czyni to we własnym imieniu, lecz na rachunek dającego zlecenie.

Występowanie zobowiązania pośrednika do zastępstwa bezpośredniego nie wpływa na rozumienie pojęcia pośredniczenia. Na gruncie umów o pośrednictwo z elementem przedstawicielstwa, podobnie jak w umowach o pośrednictwo *sensu stricto*, czynności faktyczne pośrednika zmierzają do zawarcia umowy docelowej między dającym zlecenie a osobą trzecią. Stroną umowy zawartej przez przedstawiciela jest bowiem reprezentowany.

Pośredniczenie w ramach stosunków z elementem zastępstwa pośredniego polega natomiast na dokonywaniu czynności faktycznych, które mają skłonić osobę trzecią do zawarcia umowy docelowej z pośrednikiem, który działa we własnym imieniu. Kluczowe jest, że skutki prawne tej umowy, a zwłaszcza wynikająca z niej wymiana gospodarcza, realizują się (z mocy umowy o pośrednictwo) między dającym zlecenie a osobą trzecią. Kwestię tę najlepiej obrazują stosunki własnościowe przy komisie, zwłaszcza sprzedaży, w którym własność dobra komisowego przechodzi bezpośrednio z komitenta na jego kontrahenta. Istotne jest również, że

komisant jest wynagradzany przez dającego zlecenie, a nie przez osobę trzecią. W konsekwencji w ramach pośrednictwa z elementem zastępstwa pośredniego, pośredniczenie nie polega na doprowadzeniu do zawarcia umowy docelowej między podmiotami innymi niż pośrednik, lecz na spowodowaniu wymiany gospodarczej między nimi.

Przechodząc do kolejnego wniosku należy wskazać, że w doktrynie dyskusyjne jest, czy dla przyporządkowania do umów o pośrednictwo wystarczające jest występowanie wyłącznie zobowiązania do zastępstwa, bez elementu pośredniczenia. W niniejszej pracy starano się bronić poglądu opowiadającego się przeciwko takiej możliwości. Przyjęto, że każda umowa o pośrednictwo mieści w sobie zobowiązanie pośrednika do pośredniczenia. Do takiego stanowiska skłaniają niżej wskazane argumenty.

Po pierwsze, przemawia za tym wykładnia historyczna pojęcia pośrednictwa. Jego ujęcie w kodeksie zobowiązań (art. 517 KZ), który z kolei był wzorowany na rozwiązaniach niemieckiego kodeksu cywilnego (§ 652 BGB), potwierdza, że czynności faktyczne, których celem jest doprowadzenie do zawarcia umowy docelowej przez podmioty inne niż pośrednik stanowią istotę pośrednictwa.

Po drugie, stanowisko to wspierają argumenty funkcjonalne. Stany faktyczne, w których usługodawca jest zobowiązany wyłącznie do zastępstwa w zawarciu umowy, ale nie do pośredniczenia należą do rzadkości. Proces kontraktowania w przeważającym stopniu składa się z rozmaitych czynności faktycznych. Sama czynność konwencjonalna zawarcia umowy stanowi jego zwieńczenie, które z jednej strony jest dla niego kluczowe, jednak z drugiej nie stanowi o podstawowym ciężarze w wykonaniu zobowiązania przez pośrednika. Zwłaszcza w realiach współczesnego obrotu, w którym fizyczna obecność przy zawarciu umowy ma coraz mniejsze znaczenie, akt złożenia oświadczenia woli nie nastrocza istotnych trudności. W rezultacie wartość świadczenia pośrednika dla wierzyciela tkwi w pośredniczeniu. Najbardziej uwidacznia się to w przypadku pośrednictwa handlowego, w ramach którego pośrednik-przedsiębiorca w sposób profesjonalny wyszukuje kontrahentów dla dającego zlecenie oraz nakłania ich do zawarcia umów korzystnych dla zleceniodawcy.

Po trzecie, przyjęcie, że umowy o pośrednictwa mogą ograniczać się wyłącznie do zastępstwa powodowałoby, iż do ich grona należałoby zaliczyć umowę zlecenia. Jak wykazały rozważania poczynione w § 4.IV. rozdziału czwartego oraz § 2. rozdziału szóstego, jej reżim prawny nie odpowiada charakterowi umów o pośrednictwo. Dotyczy to zwłaszcza zasad wynagrodzenia zleceniobiorcy.

Niezależnie od poglądu co do relacji między pośrednictwem a zastępstwem, poza dziedziną umów o pośrednictwo pozostają zwłaszcza umowa dystrybucyjna i umowa

franchisingu. Jak wynika z przeprowadzonej analizy, na ich gruncie brak jest zarówno elementu pośredniczenia, który umożliwia zakwalifikowanie do pośrednictwa *sensu stricto*, jak i zobowiązania do zastępstwa, przemawiającego za przyporządkowaniem do pośrednictwa *sensu largo*. Kontrakty te mogą być łączone z pośrednictwem wyłącznie w ekonomicznym, a nie prawnym rozumieniu. Zaproponowane w doktrynie wyróżnienie umów o pośrednictwo w oparciu o kryterium ekonomiczne, w postaci działania w celu rozszerzenia rynku zbytu na towary lub usługi dającego zlecenie, budzi istotne wątpliwości⁸⁵². Wobec trudności w ustaleniu gospodarczej funkcji niektórych kontraktów oraz faktu, że nie każda umowa o pośrednictwo musi zmierzać do osiągnięcia tego celu (dotyczy to zwłaszcza umów o pośrednictwo nabywcze), wydaje się, że jest ono nieodpowiednie do wyznaczenia omawianej grupy umów. Ponadto nie odznacza się dostatecznym stopniem precyzji oraz rodzi ryzyko zaliczenia do umów o pośrednictwo kontraktów o istotnie odmiennej konstrukcji prawnej. Posługując się wnioskowaniem *reductio ad absurdum* można przykładowo wskazać, że kryterium działania w celu rozszerzenia rynku zbytu obejmuje umowy: sprzedaży, o prowadzenie domeny internetowej, przewozu lub najmu powierzchni w galerii handlowej. Zasygnalizowane wątpliwości skłaniają do obrony tradycyjnego kryterium systematyki umów, odnoszącego się do świadczenia charakterystycznego (niepieniężnego).

Poza zobowiązaniem do pośredniczenia oraz uzupełniającym je zastępstwem, umowy o pośrednictwo mogą przewidywać również inne obowiązki spoczywające na pośredniku. Najczęściej dotyczą one wykonania oraz administrowania stosunkiem wynikającym z umowy docelowej. Występują przede wszystkim na gruncie umów pozakodeksowych, zwłaszcza agencji wyspecjalizowanych oraz umów maklerskich. W przypadku części z nich dopuszczalność albo konieczność wprowadzenia takich obowiązków do stosunku pośrednictwa wynika wprost z przepisu ustawy. W świetle zasady swobody umów nie jest również wykluczone przyjęcie ich przez strony w innych umowach. Może to powodować występowanie w praktyce obrotu umów mieszanych, łączących w sobie elementy pośrednictwa oraz świadczenia innych usług. W takich sytuacjach należy *in concreto* zweryfikować, który z tych elementów jest dominujący, a w konsekwencji, czy konkretny kontrakt jest bardziej zbliżony do umów o pośrednictwo, czy do innych umów o świadczenie usług. Ocena w tym zakresie może (a w przypadku niektórych kontraktów musi) być zrelatywizowana do poszczególnych elementów stosunku prawnego. Nie jest zatem wykluczone, żeby reżim prawny określonej umowy został ustalony częściowo na podstawie przepisów o nazwanej umowie a pośrednictwo,

⁸⁵² Na ich temat zob. szerzej § 4.III.2. tego rozdziału.

a częściowo w oparciu o regulacje dotyczące innej umowy (np. umowy zlecenia lub umowy o dzieło).

Przedstawione ujęcie istoty umów o pośrednictwo w pierwszej kolejności kwalifikuje do nich umowy kodeksowe – agencyjną oraz komisu. Ponadto trzeba do nich zaliczyć nazwane i nienazwane umowy pozakodeksowe, tj. wyspecjalizowane umowy agencyjne, umowy maklerskie (brokerskie) oraz nienazwaną umowę o pośrednictwo zwykłe (dorywcze). Występowanie zobowiązania do pośredniczenia albo pośredniczenia i zastępstwa przemawia za przyporządkowaniem do omawianej grupy kontraktów innych, niewymienionych wyżej typów umów. Przykład stanowi umowa o oferowanie instrumentów finansowych (art. 72 ObrIFinU), której przedmiotem jest pośredniczenie przez firmę inwestycyjną (pośrednika) w ich zbywaniu na rzecz emitenta papierów wartościowych, wystawcy instrumentu finansowego lub oferującego instrument finansowy (dającego zlecenie).

Poczynione w tej części wnioski pozwalają zaproponować definicje umów o pośrednictwo oraz pośrednictwa, które zamieszczono w tabeli.

Umowa o pośrednictwo	Umowa, której przedmiot stanowi pośredniczenie (pośrednictwo <i>sensu stricto</i>) albo pośredniczenie i zastępstwo (pośrednictwo <i>sensu largo</i>).
Pośredniczenie (pośrednictwo <i>sensu stricto</i>)	Usługa polegająca na dokonywaniu czynności faktycznych mających na celu doprowadzenie do zawarcia umowy lub wymiany gospodarczej między podmiotami innymi niż pośrednik.
Pośrednictwo <i>sensu largo</i>	Usługa polegająca na dokonywaniu czynności faktycznych mających na celu doprowadzenie do zawarcia umowy lub wymiany gospodarczej między podmiotami innymi niż pośrednik (pośredniczenie) oraz na zastępstwie bezpośrednim albo pośrednim co najmniej jednego z nich.

Tabela 6. Definicje: umowy o pośrednictwo, pośredniczenia i pośrednictwa (opracowanie własne).

§ 2. Cechy charakterystyczne umów o pośrednictwo

I. Uwagi wstępne

Podobieństwo umów o pośrednictwo nie ogranicza się wyłącznie do świadczenia niepieniężnego. Wykazują one również dwie inne cechy charakterystyczne. Pierwszą można najogólniej określić jako szczególne ukształtowanie zasad wynagrodzenia pośrednika. Druga wiąże się z występowaniem oraz doniosłością obowiązku lojalności na gruncie stosunków z zakresu pośrednictwa.

Omówione niżej cechy nie stanowią kryterium decydującego o przynależności określonego kontraktu do grupy umów będącej przedmiotem rozważań. W przypadku części umów o pośrednictwo sposób odpłaty za świadczenie pośrednika może być bowiem ustalony odmiennie niż w modelu charakterystycznym (dyspozytywnym). Obowiązek dochowania lojalności cechuje natomiast również stosunki prawne inne niż z zakresu pośrednictwa. W rezultacie występowanie tych właściwości stanowi wyłącznie pomocniczy argument kwalifikacyjny. Ich istotność przejawia się także w tym, że wyznaczają one model typowej umowy o pośrednictwo, który może mieć znaczenie zwłaszcza w przypadku ustalania reżimu prawnego nienazwanych umów o pośrednictwo.

Wyłącznie zasygnalizowania wymaga, że umowy o pośrednictwo wykazują również szereg innych cech wspólnych. Z uwagi na fakt, że nie mogą one stanowić o ich *differentia specifica*, ani nawet pomocniczego argumentu dla wyznaczenia tej grupy kontraktów, w ramach pracy nie podjęto analizy tych zagadnień. Za wystarczające należy uznać wskazanie, że umowy o pośrednictwo są konsensualne. Poza rzadkimi przypadkami pośrednictwa nieodpłatnego mają charakter dwustronnie zobowiązujący i odpłatny. Jeżeli tak jest, stanowią umowy wzajemne. Odpowiednikiem świadczenia pośrednika polegającego na pośredniczeniu oraz, ewentualnie, na zastępstwie jest świadczenie dającego zlecenie, obejmujące zapłatę prowizji (wynagrodzenia). Umowy należące do omawianej grupy są także kauzalne (*causa obligandi vel acquirendi*).

II. Wynagrodzenie prowizyjne

Co do zasady, umowy o pośrednictwo są odpłatne, a wynagrodzenie pośrednika ma charakter wynikowy. Powstanie roszczenia o jego zapłatę jest uzależnione co najmniej od

zawarcia (a w przypadku części umów o pośrednictwo również wykonania⁸⁵³) umowy docelowej w związku z aktywnością pośrednika. Wysokość prowizji oblicza się w stosunku do liczby lub wartości umów docelowych. Potwierdzeniem tych wniosków są przepisy o umowie agencyjnej (art. 758¹ § 1 i § 2 KC) oraz o umowie komisju (art. 765 i art. 772 § 1 KC). Jak trafnie wskazują *E. Rott-Pietrzyk* i *M. Grochowski*, prowizja stanowi rozwiązanie uznane przez ustawodawcę za „optymalne i preferowane”⁸⁵⁴.

Istotne jest, że *conditio iuris* uzyskania prawa do prowizji stanowi rezultat pośrednictwa, a nie dołożenia należytej staranności w wykonaniu zobowiązania. W związku z tym jego nieosiągnięcie, niezależnie od intensywności i jakości pośredniczenia, jest tożsame z brakiem powstania roszczenia o zapłatę wynagrodzenia. Staranność działania pośrednika ma znaczenie wyłącznie w kontekście zwolnienia się od odpowiedzialności z tytułu niewykonania zobowiązania. Odróżnia to umowy o pośrednictwo zwłaszcza od umowy zlecenia, w której dołożenie przez zleceniobiorcę należytej staranności w wykonaniu zobowiązania stanowi nie tylko okoliczność ekskulpacyjną, ale również przesłankę wystarczającą do powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia po stronie dającego zlecenie.

Odmienność zasad wynagrodzenia w umowach o pośrednictwo potwierdzają również przepisy odnoszące się do sposobu określania jego wysokości, w braku uregulowania tej kwestii w umowie. W takim układzie stosunku należy ją ustalać w oparciu o zwyczaj (art. 758¹ § 3 KC; stosowany do innych niż agencyjna umów o pośrednictwo w drodze analogii). W umowie zlecenia oraz w innych umowach o świadczenie usług, do których stosuje się odpowiednio przepisy o niej (art. 750 KC), uwzględnia się natomiast nakład pracy zleceniobiorcy (art. 735 § 2 KC). Prowadzi to do wniosku, że (w ujęciu modelowym) nakład pracy pośrednika nie jest decydujący ani w zakresie uzyskania prawa do prowizji, ani w kontekście ustalania jej wysokości.

Wymaga podkreślenia, że efekty starań pośrednika w postaci zawarcia umowy docelowej, a w rezultacie powstanie prawa do prowizji, są niepewne oraz w istotnym stopniu od niego niezależne. Rodzi to po stronie pośrednika ryzyko nieuzyskania odpłaty za wykonaną pracę. Jego stopień jest wypadkową wielu czynników. Odnoszą się one zwłaszcza do wiedzy i umiejętności pośrednika, jego pozycji na rynku, stałego albo dorywczego charakteru zobowiązania pośrednika, sformułowanych przez dającego zlecenie wymagań co do

⁸⁵³ Przykładem uzależnienia powstania prawa do prowizji od wykonania umowy docelowej jest umowa komisju.

⁸⁵⁴ *E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski*, Ochrona pośredników handlowych jako słabszej strony umowy (o wspólnych założeniach i mechanizmach ochrony agenta i konsumenta), w: *M. Namysłowska, K. Podgórski, E. Sługocka-Krupa* (red.), *Wyzwania dla prawa konsumenckiego*, Warszawa 2022, s. 284.

umowy docelowej, jej przedmiotu oraz szeroko rozumianych uwarunkowań ekonomicznych. Ponadto, jeżeli pośrednik jest zobowiązany wyłącznie do pośredniczenia, ostateczna, a zarazem swobodna i niczym nieskrępowana decyzja co do zawarcia umowy docelowej należy do dającego zlecenie oraz do jego kontrahenta. *Animus contrahendi* tego ostatniego jest również kluczowa, jeżeli pośrednik działa jako zastępca.

Z drugiej strony, z wynagrodzeniem prowizyjnym wiąże się niepewność po stronie dającego zlecenie. Dotyczy to zwłaszcza umów o pośrednictwo stałe, w których liczba kontraktów docelowych nie jest limitowana, a za zawarcie każdego z nich pośrednikowi przysługuje odrębna prowizja. Z perspektywy pośrednika wzmacnia to atrakcyjność tej postaci wynagrodzenia i nierzadko stanowi argument uzasadniający podjęcie ryzyka opisanego w poprzednim akapicie.

Niepewność dającego zlecenie co do ostatecznej wysokości prowizji może być w różny sposób mitygowana. Przykładami rozwiązań w tym zakresie są: określenie wysokości prowizji w proporcji do rentowności kontraktu docelowego oraz wprowadzenie do umowy o pośrednictwo maksymalnego limitu kontraktów, do których zawarcia zobowiązany, a zarazem uprawniony, jest pośrednik.

Wskazane sposoby ukształtowania treści umowy o pośrednictwo nie ograniczają ryzyka po stronie pośrednika. W rezultacie w praktyce obrotu, zwłaszcza na gruncie umów o pośrednictwo stałe, funkcjonują również inne metody jego limitowania. Ich występowanie prowadzi do wniosku, że prowizyjny charakter wynagrodzenia pośrednika nie stanowi zasady bezwyjątkowej, a w konsekwencji pełni dla omawianej grupy umów wyłącznie rolę cechy charakterystycznej, a nie konstytutywnej.

Po pierwsze, wynagrodzenie pośrednika może mieć charakter mieszany. Oznacza to, że składa się z części stałej (nieprowizyjnej), która zapewnia mu bezpieczeństwo uzyskania stałego przychodu oraz prowizyjnej, stanowiącej źródło dodatkowego zarobku, przewyższającego minimum zagwarantowane przez pierwszy składnik. Po drugie, dopuszcza się określenie wynagrodzenia niektórych pośredników (zwłaszcza agentów) jako w całości stałego, a zatem niezależnego od zawarcia umowy docelowej (umów docelowych). Pośrednik ma w tym przypadku pewność, że jeżeli dołoży należytej staranności w wykonaniu zobowiązania, to uzyska odpłatę za swoje działania. Jednocześnie wynagrodzenie stałe wyklucza szansę na uzyskanie przez niego nadwyżki ponad wartość ustaloną w umowie. W takim układzie pozycja pośrednika zbliża się do sytuacji zleceniobiorcy, a na gruncie niektórych umów, pracownika. Może to budzić pewne wątpliwości z perspektywy charakteru prawnego zawartej umowy. *De lege lata*, zwłaszcza uwzględniając treść art. 758¹ § 1 *in*

principio KC, nie sposób jednak wykluczyć dopuszczalności zawierania umów o pośrednictwo z wynagrodzeniem stałym. Po trzecie, poza mieszaną oraz stałą postacią wynagrodzenia pośrednika, w regulacjach prawnych umów o pośrednictwo zawarto inne wyjątki od jego wynikowego charakteru. Przykładami są prowizja agenta wyłącznego (art. 761 § 2 KC) oraz prowizja komisanta należąca w przypadku niewykonania umowy docelowej z przyczyn dotyczących komitenta (art. 772 § 2 KC).

Kolejnym, wymagającym szerszego omówienia, argumentem przemawiającym przeciwko uznaniu wynagrodzenia prowizyjnego za *differentia specifica* umów o pośrednictwo jest dopuszczalność ukształtowania niektórych z nich jako nieodpłatnych⁸⁵⁵. Kontrakty tej treści można podzielić na dwie grupy.

W pierwszej, pośrednik nie uzyskuje za swoje działania żadnego wynagrodzenia. Umowy z tej grupy mają charakter nienazwany i są zazwyczaj zawierane w obrocie powszechnym, w formie ustnej lub *per facta concludentia*, a przyczyną ich nawiązania są względy oparte na więziach rodzinnych, koleżeńskich lub grzeckościowych. Z perspektywy stanowienia i stosowania prawa ich znaczenie jest bez wątpienia mniejsze, niż w przypadku odpłatnych umów o pośrednictwo. Z uwagi na nieodpłatność rzadziej rodzą one skomplikowane problemy prawne.

Do drugiej grupy umów nieodpłatnego pośrednictwa należą te, w których dający zlecenie nie jest zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia na rzecz pośrednika, jednak ten ostatni uzyskuje je od drugiej strony umowy docelowej. Uwzględniając ściśle jurydyczne kryteria oceny, umowa o pośrednictwo jest zatem nieodpłatna. Mimo to nie budzi wątpliwości, że pośrednik działa w celu osiągnięcia zysku. Z perspektywy ekonomicznej ciężar zapłaty za jego starania zostaje przeniesiony na osobę trzecią, która zawarła umowę docelową i jest przez to pośrednim beneficjentem pośrednictwa. Jej korzyść polega na zawarciu umowy docelowej z dającym zlecenie. Najistotniejszymi w praktyce obrotu przykładami kontraktów tego rodzaju są ubezpieczeniowa umowa brokerska oraz umowa o pośrednictwo kredytowe. Wynagrodzenie brokera ubezpieczeniowego stanowi kurtaż płatny przez zakład ubezpieczeń. Pośrednicy kredytowi, którzy działają na podstawie umowy z kredytobiorcą, a nie instytucją finansową (najczęściej bankiem), również są zazwyczaj wynagradzani przez tę ostatnią. W kontekście wskazanych przykładów warto zauważyć, że mimo nieodpłatności, wynagrodzenie pośrednika

⁸⁵⁵ W przypadku części umów o pośrednictwo (tj. agencyjnej i jej wyspecjalizowanych odmian, komisju, maklerstwa morskiego, o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami w rozumieniu art. 179b GospNierU) odpłatność należy do ich elementów przedmiotowo istotnych.

należne od osoby trzeciej ma również charakter wynikowy. Wspiera to wyrażoną na wstępie tezę, iż prowizja stanowi typowe wynagrodzenie pośrednika.

III. Obowiązek lojalności

Kolejną cechą charakterystyczną umów o pośrednictwo jest występowanie obowiązku lojalności na gruncie każdej z nich. Doktryna okresu kodeksu zobowiązań oraz kodeksu handlowego umiejscawiała go przede wszystkim po stronie pośrednika. W kodeksie cywilnym, zwłaszcza po implementacji dyrektywy 86/653/EWG, podkreślono istnienie oraz doniosłość tego obowiązku również w odniesieniu do dającego zlecenie.

Mimo że powinność lojalnego postępowania dotyczy wszystkich stosunków zobowiązaniowych, w przypadku umów o pośrednictwo ma ona szczególne znaczenie. Stanowi to konsekwencję, wynikającą z istoty pośrednictwa, wzajemnego oddziaływania stron na swoją sytuację faktyczną i prawną. Pośrednik tworzy dającemu zlecenie sposobność do zawarcia umowy docelowej. Jeżeli jest przedstawicielem, zawiera ją w imieniu dającego zlecenie, a jeżeli zastępcą pośrednim – na jego rachunek. Z drugiej strony, uzyskanie przez pośrednika prawa do wynagrodzenia prowizyjnego jest w istotnym stopniu uzależnione od decyzji zleceniodawcy co do zawarcia umowy docelowej. Ponadto w przypadku pośrednictwa stałego (agencyjnego), umowa z dającym zlecenie może stanowić wyłączone źródło zarobku pośrednika.

W rezultacie umowy o pośrednictwo wymagają szczególnego zaufania stron. Ogólna formuła obowiązku lojalności umożliwia elastyczną ocenę ich zachowań z uwzględnieniem nie tylko zgodności z prawem, ale również z zasadami uczciwości. Pełni zatem funkcję klauzuli generalnej. Jednocześnie stanowi źródło szeregu konkretnych powinności stron. Przykładowo pośrednik powinien działać w interesie dającego zlecenie, chronić go przed naruszeniem, przestrzegać uzasadnionych wskazówek, przekazywać istotne informacje oraz unikać konfliktu interesów. Z drugiej strony, dający zlecenie jest zobowiązany w szczególności do współdziałania z pośrednikiem przez przekazywanie mu informacji i dokumentów, w tym dotyczących faktu zawarcia (wykonania) umowy docelowej oraz wysokości prowizji należnej pośrednikowi.

Obowiązek lojalności również nie jest adekwatny do pełnienia roli kryterium odróżniającego umowy o pośrednictwo od innych kontraktów. Jak już wskazano, występuje na gruncie innych typów umów. Do kontraktów *uberrimae fidei* zalicza się przykładowo umowę zlecenia i umowę ubezpieczenia. Jego znaczenie jako cechy charakterystycznej umów

o pośrednictwo wyraża się w następującej zależności: jeżeli określony kontrakt stanowi umowę o pośrednictwo, to na jej stronach spoczywa obowiązek lojalności.

§ 3. Różnice między umowami o pośrednictwo

Niezależnie od cech wspólnych przedstawionych w poprzednich paragrafach, między umowami o pośrednictwo występują również różnice. Nie neguje to ani możliwości, ani potrzeby postrzegania ich jako grupy kontraktów. Jest bowiem oczywiste, że poszczególne typy umów należące do określonego zbioru muszą wykazywać pewne odmienne właściwości. W przeciwnym wypadku stanowiłyby ten sam kontrakt.

Kluczowe różnice konstrukcyjne występujące między umowami o pośrednictwo można porządkować według pewnych kryteriów. Prowadzi to do wyróżnienia rodzajów umów o pośrednictwo, które zostały przedstawione w rozdziale siódmym pracy.

Podstawowe znaczenie ma podział na umowy o pośrednictwo w znaczeniu ścisłym i szerokim. Kryterium wyróżnienia tych dwóch podgrup jest to, czy pośrednik jest zobowiązany wyłącznie do pośredniczenia, czy również do zastępstwa dającego zlecenie. Umowy o pośrednictwo w znaczeniu szerokim można poddać dalszemu podziałowi na te, w których pośrednik działa w charakterze przedstawiciela oraz te, w których występuje jako zastępca pośredni. Wspólnym mianownikiem wszystkich tych kontraktów jest zobowiązanie do pośredniczenia.

Odmienność umów o pośrednictwo odnosi się także do innych aspektów zobowiązania pośrednika. W szczególności należy wyodrębnić umowy o pośrednictwo stałe i dorywcze oraz ogólne i szczególne. Ponadto kontrakty z zakresu pośrednictwa odróżnia status podmiotowy stron. W rezultacie można wyróżnić umowy o pośrednictwo handlowe (profesjonalne dwustronnie albo jednostronnie po stronie pośrednika) oraz niehandlowe. Widoczna jest również typologia umów o pośrednictwo na zaangażowane (zależne) oraz niezaangażowane (niezależne).

Przyjęcie określonego zestawu wskazanych wyżej cech prowadzi do wyodrębnienia typów umów o pośrednictwo na płaszczyźnie abstrakcyjnej. W przypadku umów nazwanych ich wyboru dokonuje ustawodawca przez określenie elementów przedmiotowo istotnych. Kontrakty nienazwane są natomiast kształtowane przez praktykę obrotu oraz częściowo przez regulację ustawową (w przypadku umów unormowanych wyłącznie częściowo). W niżej zamieszczonej tabeli wskazano przykłady wyodrębnienia typów (oraz podtypów) umów o pośrednictwo. Cechy określone na płaszczyźnie abstrakcyjnej są podstawą do

przyporządkowania konkretnego kontraktu zawartego w obrocie do abstrakcyjnego wzorca typu umowy.

Umowa	Cechy
agencji pośredniczej	Pośrednictwo: <i>sensu stricto</i> , stałe, zaangażowane, ogólne. Umowa dwustronnie profesjonalna.
agencji pełnomocniczej	Pośrednictwo: <i>sensu largo</i> (zastępstwo bezpośrednie), stałe, zaangażowane, ogólne. Umowa dwustronnie profesjonalna.
agencji wyspecjalizowanej	Pośrednictwo: <i>sensu stricto</i> albo <i>largo</i> , stałe, zaangażowane, szczególne. Umowa dwustronnie profesjonalna.
komisu	Pośrednictwo: <i>sensu largo</i> (zastępstwo pośrednie), co do zasady: dorywcze i niezaangażowane, szczególne (sprzedaż rzeczy ruchomej). Umowa co najmniej jednostronnie profesjonalna po stronie pośrednika.
o pośrednictwo zwykłe	Pośrednictwo: <i>sensu stricto</i> albo <i>largo</i> ⁸⁵⁶ , dorywcze, ogólne, niezaangażowane. Wszystkie rodzaje obrotu.
maklerska (brokerska)	Pośrednictwo: <i>sensu stricto</i> albo <i>largo</i> , dorywcze, niezaangażowane, szczególne. Umowa co najmniej jednostronnie profesjonalna po stronie maklera (brokera).

Tabela 7. Typy umów o pośrednictwo a ich rodzaje (opracowanie własne).

Wymaga podkreślenia, że przedstawione wyżej cechy odróżniające umowy o pośrednictwo mają charakter ogólny. Bliższe spojrzenie na to zagadnienie prowadzi do wniosku, że z omówionymi podziałami pośrednictwa wiążą się dalsze, szczegółowe różnice występujące między nimi.

Przykładowo: stałość, zaangażowanie (zależność) oraz dwustronnie handlowy charakter umowy agencyjnej stanowią przyczynę wprowadzenia szeregu rozwiązań prawnych, których

⁸⁵⁶ Dopuszczalność kwalifikacji nienazwanej umowy o dorywcze pośredniczenie uzupełnione o obowiązek zastępstwa jako umowy o pośrednictwo zwykłe stanowi pogląd zaproponowany w niniejszej pracy (zob. szerzej § 4.III.1. tego rozdziału). W doktrynie dominuje stanowisko, że wskazany typ umowy ogranicza się wyłącznie do dokonywania przez pośrednika czynności faktycznych (pośredniczenia).

celem jest ochrona agenta. W rezultacie Tytuł XXIII Księgi III KC obejmuje przepisy odnoszące się zwłaszcza do: pisemnego potwierdzenia treści umowy, szczególnych zagadnień związanych z prawem do prowizji, świadczenia wyrównawczego, ograniczenia działalności konkurencyjnej po rozwiązaniu umowy oraz jej wypowiedzenia. Co do zasady, mają one charakter bezwzględnie wiążący lub semidystrytywny, a zatem odmienny od większości przepisów o innych umowach o pośrednictwo, które są dyspozytywne. Jednocześnie, w związku z unijnym pochodzeniem tych regulacji, umowę agencyjną odróżnia od innych kontraktów z zakresu pośrednictwa sposób stosowania dotyczących jej przepisów. Powinny być one interpretowane przy zastosowaniu wykładni prowsólnotowej, a zatem mającej zapewnić efektywność realizacji celu dyrektywy 86/653/EWG (*effet utile*).

Innym przykładem konkretyzacji ogólnych różnic konstrukcyjnych są niektóre przepisy dotyczące umowy komisji. W związku z występowaniem na jej gruncie elementu zastępstwa pośredniego, ustawa rozstrzyga szereg kwestii związanych z zawarciem umowy docelowej na warunkach bardziej albo mniej korzystnych od oznaczonych przez komitenta (art. 767–768 KC), wprowadza obowiązek sprzedaży rzeczy narażonej na zepsucie (art. 769 § 1 KC) oraz szczególną regulację dotyczącą wyłączenia odpowiedzialności komisanta za wady rzeczy (art. 770 KC).

Warto również zwrócić uwagę na regulacje odnoszące się do pozakodeksowych umów o pośrednictwo szczególne. Charakterystyczne dla nich cechy występują na dwóch płaszczyznach.

Pierwsza obejmuje stosunek podstawowy między pośrednikiem a dającym zlecenie i ma na celu dostosowanie go do potrzeb stron występujących w określonym sektorze rynku. W przypadku wyspecjalizowanych umów agencyjnych oraz maklerskich, najczęściej polega to na rozszerzeniu zobowiązania pośrednika o czynności inne niż pośredniczenie i zastępstwo (np. wypłata wygranej przez agenta „hazardowego”, reprezentowanie armatora wobec podmiotów zarządzających portami morskimi przez agenta morskiego, sporządzenie rekomendacji przez brokera ubezpieczeniowego).

Druga płaszczyzna odnosi się do oddziaływania pośrednika na osobę trzecią, z którą ma być zawarta umowa docelowa. W tym zakresie odmiennosc rozważanych umów o pośrednictwo przejawia się we wprowadzeniu regulacji chroniących w różny sposób podmiot trzeci (zazwyczaj nabywcę rzeczy lub usługobiorcę w ramach umowy docelowej). W większości polegają one na nałożeniu na pośrednika obowiązków informacyjnych. W przypadku niektórych rodzajów pośrednictwa szczególnego realizacja funkcji ochronnej następuje przez wykorzystanie techniki legislacyjnej w postaci pojęć zbiorczych i wyznaczenia

za ich pomocą zakresu zastosowania przepisów ochronnych. Pojęcia zbiorcze obejmują różne nazwane i nienazwane typy umów o pośrednictwo. Tę technikę wykorzystuje się przykładowo do wprowadzenia dodatkowych obowiązków pośredników ubezpieczeniowych (dystrybutorów ubezpieczeń), pośredników kredytu hipotecznego oraz, według koncepcji zaprezentowanej w niniejszej pracy, pośredników w obrocie nieruchomościami.

§ 4. Umowy o pośrednictwo *de lege lata* i *de lege ferenda*

I. Uwagi wstępne

Przedstawiona w niniejszej pracy koncepcja wyodrębnienia grupy umów o pośrednictwo stanowi próbę rozwiązania określonego problemu teoretycznego. Podobnie jak każda propozycja systematyki kontraktów zmierza do wprowadzenia ładu do prawa umów. Ścisłe naukowy sens takich rozważań jest autoteliczny i sprowadza się do wyjaśnienia badanego zjawiska prawnego. Bez wątplenia ma również znaczenie z perspektywy dydaktyki. W przypadku dogmatyk prawniczych najistotniejszą wartością teorii urzeczywistnia się jednak dopiero w jej praktycznej użyteczności. Oznacza to konieczność odniesienia jej założeń do dwóch podstawowych obszarów związanych z prawem w znaczeniu przedmiotowym, a zatem do sfery jego stosowania oraz stanowienia.

W konsekwencji ten fragment pracy obejmuje odpowiedź na pytanie badawcze dotyczące konsekwencji postrzegania umów o pośrednictwo jako grupy. Sformułowanie niżej wnioski *de lege lata* oraz *de lege ferenda* odnoszą się do kluczowych (systemowych) zagadnień związanych z przyjętą w niej koncepcją ujęcia umów o pośrednictwo. Poza zakresem wniosków pozostawiono zagadnienia szczegółowe, odnoszące się wyłącznie do pewnych składowych problematyki omówionej w pracy. Przykładowo dotyczy to potrzeby uchylenia art. 770 KC, postrzegania cech umów maklerskich (brokerskich) oraz sposobu interpretacji przepisów GospNierU o pośrednictwie w obrocie nieruchomościami.

Jak wyżej wskazano, oddziaływanie teorii na praktykę przyjmuje postać postulatów *de lege lata* oraz *de lege ferenda*. Pozostają one w ścisłej zależności. Wniosek *de lege ferenda* powstaje bowiem wtedy, gdy obowiązujące prawo nie umożliwia realizacji pożądanego celu w drodze jego wykładni. Postulat *de lege lata* może natomiast eliminować potrzebę zmiany prawa. Określenie *in concreto*, który z nich należy sformułować w konkretnej sytuacji jest często wysoce ocenne. Zależy przede wszystkim od stanowiska interpretatora odnośnie do funkcji, jaką powinna spełniać określona instytucja prawna oraz przyjętej przez

niego granicy między wykładnią dozwoloną a prawotwórczą. Sposób rozstrzygnięcia tych dylematów może być z kolei w pewnym stopniu determinowany przez poglądy co do sprawności funkcjonowania sądownictwa (np. jego systemowej zdolności do stosowania skomplikowanych procesów wykładni przy jednoczesnym zapewnieniu jednolitości orzecznictwa) oraz procesu legislacyjnego. Świadomość tych czynników powoduje konieczność zastrzeżenia, że wyrażone niżej postulaty aspirują wyłącznie do roli głosu w dyskusji nad optymalnym kształtem polskiego systemu umów o pośrednictwo.

II. Umowy o pośrednictwo *de lege lata*

1. Ustalanie treści zobowiązania pośrednika

Rozważania poczynione w niniejszej pracy doprowadziły do wniosku, że każda umowa o pośrednictwo zawiera zobowiązanie pośrednika do pośredniczenia. Konsekwencje powyższego w sferze *de lege lata* ujawniają się na dwóch płaszczyznach.

Pierwsza odnosi się do wykładni definicji abstrakcyjnych typów umów o pośrednictwo. Należy przyjąć, że wszystkie kontrakty należące do omawianej grupy umów mieszczą w sobie zobowiązanie pośrednika do dokonywania czynności faktycznych prowadzących do zawarcia umowy albo wymiany gospodarczej między podmiotami innymi niż on sam. Występowanie elementu pośredniczenia nie ogranicza się zatem do umów o pośrednictwo *sensu stricto*, ale dotyczy również pośrednictwa w szerokim znaczeniu. Należy on do istoty umów o pośrednictwo i w konsekwencji stanowi konieczny element ich treści.

Konkretyzując powyższe można wskazać, że *essentialia negotii* umowy agencji przedstawicielskiej (pełnomocniczej) obejmują nie tylko obowiązek stałego zawierania umów docelowych w imieniu dającego zlecenie, lecz także zobowiązanie do pośredniczenia przy ich zawieraniu. Mimo braku określenia tego elementu *expressis verbis* w ustawie, świadczenie polegające na pośredniczeniu cechuje również każdą umowę komisum. Podobnie jest w przypadku umowy agencji morskiej, której definicja stanowi wyłącznie o „przedstawicielstwie armatora”.

Zaprezentowaną koncepcję należy odnosić do wszystkich innych typów umów o pośrednictwo. Wystarczająca do jej wdrożenia jest właściwa wykładnia ich definicji. Nie wymaga zatem ingerencji ustawodawcy.

Konsekwencją przedstawionego wyżej ujęcia abstrakcyjnych typów umów o pośrednictwo jest, że jeżeli z okoliczności sprawy wynika, że intencją stron było zawarcie

umowy o pośrednictwo, to łączący je kontrakt mieści w sobie zobowiązanie pośrednika do pośredniczenia, nawet jeżeli z treści umowy wynika wyłącznie obowiązek zastępstwa. Proponowany pogląd pośrednio odnosi się zatem również do wykładni postanowień umownych. Jego oddziaływanie można przedstawić na podanym niżej przykładzie.

Strony łączyła umowa komisju sprzedaży o treści tożsamej z art. 765 KC. Złożona przez komisanta oferta sprzedaży rzeczy ruchomej komitenta za określoną cenę nie została przyjęta. Mimo to pośrednik ma obowiązek podjąć próbę przekonania oblata do zawarcia umowy docelowej (pośredniczenia w rozumieniu dawnego art. 517 KZ) lub poszukiwania innego nabywcy (nastręczenia sposobności do zawarcia umowy w rozumieniu tegoż art. 517 KZ). Komitent jest natomiast uprawniony domagać się od komisanta podjęcia tych czynności, a w braku ich dokonania skorzystać z ogółu uprawnień wierzycielskich związanych z brakiem wykonania zobowiązania. W szczególności niepodjęcie pośredniczenia może stanowić o niedołożeniu należytej staranności przez komisanta, a zatem uzasadniać pociągnięcie go do odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu naruszenia zobowiązania. Ograniczenie zobowiązania pośrednika wyłącznie do zastępstwa, w sposób nieuzasadniony ułatwiałoby pośrednikowi możliwość ekskulpacji przez wykazanie, że odmowa zawarcia umowy docelowej przez osobę trzecią oznacza nieosiągnięcie celu pośrednictwa w następstwie okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

2. Ustalanie charakteru prawnego umowy i jej reżimu prawnego

Druga płaszczyzna oddziaływania koncepcji zaprezentowanej w niniejszej pracy na sferę stosowania prawa wiąże się z kwalifikacją konkretnych kontraktów zawartych w obrocie. Stanowi ona lustrzane odbicie pierwszego wniosku *de lege lata*. Wyraża się w prostej zależności: jeżeli umowa obejmuje zobowiązanie do pośredniczenia, to stanowi umowę o pośrednictwo. Znaczenie powyższego ujawnia się przy ocenie charakteru prawnego kontraktów nienazwanych oraz przy ustalaniu ich reżimu prawnego.

Występowanie w ramach stosunku prawnego świadczenia typowego dla umów o pośrednictwo stanowi istotny argument za przynajmniej częściowym odstępianiem od objęcia go reżimem prawnym umowy zlecenia, który *prima facie* powinien znaleźć odpowiednie zastosowanie na podstawie art. 750 KC. Jeżeli przedmiotem umowy jest pośrednictwo, uzasadnia to pominięcie niektórych przepisów o zleceniu. W doktrynie oraz orzecznictwie trafnie dostrzeżono, że nie zawsze odpowiadają one istocie stosunku pośrednictwa. O ile bowiem regulacja zlecenia jest modelowa dla umów o świadczenie usług w ogólności,

to niekoniecznie ma taki charakter dla ich szczególnej podgrupy, którą są umowy o pośrednictwo. Lepiej odpowiadające istocie tych stosunków jest zastosowanie *per analogiam* przepisów o nazwanych umowach o pośrednictwo. Funkcję podstawowych punktów odniesienia pełnią przepisy o umowach kodeksowych, a zatem o umowach agencyjnej oraz komisji.

Ocena, w jakim zakresie należy stosować do nienazwanej umowy o pośrednictwo przepisy o zleceniu (wprost lub z modyfikacjami), a w jakim *per analogiam* o nazwanych umowach o pośrednictwo, powinna być zrelatywizowana do okoliczności konkretnej sprawy oraz czyniona osobno co do poszczególnych elementów stosunku prawnego. Rozważania pracy uprawniają jednak do stwierdzenia, że sięgnięcie do unormowania umów o pośrednictwo jest uzasadnione zwłaszcza dla określenia zasad wynagrodzenia pośrednika, które na gruncie omawianej grupy kontraktów ma charakter wynikowy (prowizyjny; art. 758¹ § 1 i § 2 KC, art. 765 KC) i, w braku określenia jego wysokości w umowie, jest ustalane w oparciu o zwyczaj, a nie nakład pracy (art. 758² § 3 KC).

3. Zakres analogicznego stosowania przepisów o nazwanych umowach o pośrednictwo

Poza zagadnieniem konkurencyjności stosowanych odpowiednio przepisów o umowie zlecenia oraz o nazwanych umowach o pośrednictwo, wątpliwości interpretacyjne budzi zakres analogicznego stosowania przepisów dotyczących tych ostatnich do nienazwanych kontraktów o pośrednictwo. Wiąże się to z przedstawionymi różnicami występującymi między umowami o pośrednictwo i znaczeniem, jakie się im przypisuje.

Przykładowo powstaje pytanie, czy, a jeżeli tak, to które przepisy odnoszące się do umów o pośrednictwo handlowe można stosować do kontraktów obrotu powszechnego. Niepewność oceny pojawia się również odnośnie do stosowania przepisów dotyczących umowy agencyjnej, która ma charakter stały i zaangażowany, do umów o pośrednictwo dorywcze oraz niezależne. Dotyczy to zwłaszcza przepisów kodeksu cywilnego wprowadzonych w wyniku implementacji dyrektywy 86/653/EWG, których funkcją jest ochrona agenta.

Istotną wskazówką interpretacyjną odnośnie do zakresu analogicznego stosowania przepisów o umowie agencyjnej do innych umów o pośrednictwo jest art. 764⁹ KC. Przepis ten stanowi, że regulacje ochronne odnoszące się do prowizji (art. 761 § 1 KC), agenta wyłącznego (art. 761 § 2 KC), prowizji po rozwiązaniu umowy (art. 761¹ KC), kolizji uprawnień do prowizji (art. 761² KC), środków kontroli przysługujących agentowi w związku z prowizją

(art. 761⁵ KC), świadczenia wyrównawczego (art. 764³–764⁵ KC) oraz ograniczenia działalności konkurencyjnej po rozwiązaniu umowy (art. 764⁶–764⁸ KC) nie mają zastosowania do umów odpowiadających treści umowy agencyjnej, zawartych między agentem-przedsiębiorcą, a dającym zlecenie niedziałającym w tym charakterze.

Z powyższego należy wyprowadzić wniosek, że wskazane przepisy *a maiori ad minus* nie powinny znaleźć zastosowania do nienazwanych umów o pośrednictwo o treści innej niż umowa agencyjna, które nie są dwustronnie profesjonalne. Ich szczególny charakter powoduje, że występowanie relacji *business-to-business* (B2B) stanowi warunek *sine qua non* ich stosowania do umów nienazwanych.

Wydaje się jednak, że ściśle handlowy charakter relacji nie jest w tym zakresie przesłanką wystarczającą. Potrzeba ochrony agenta ściśle wiąże się z cechami umowy agencyjnej, innymi niż status podmiotowy jej stron. Należą do nich: stałość zobowiązania agenta, jego zaangażowanie w działalność gospodarczą dającego zlecenie, wiążąca się z tym przewaga ekonomiczna i negocjacyjna tego ostatniego oraz odpłatność. Zarówno w dyrektywie 86/653/EWG, jak i w przepisach implementujących ją do kodeksu cywilnego, przyjęto, że właśnie te właściwości decydują o zakresie zastosowania wskazanych regulacji. Jeżeli nie występują one na gruncie nienazwanej umowy o pośrednictwo, brak jest podstaw do uzupełniania jej reżimu prawnego o normy ochronne.

Ponadto warto zauważyć, że rozważane przepisy mają charakter szczególny. Prawdą jest, że korygowanie praw i obowiązków stron stosunków zobowiązaniowych w drodze wprowadzania norm ochronnych następuje współcześnie coraz częściej, zwłaszcza w związku z dynamiczną ekspansją prawa konsumenckiego. W przypadku umowy agencyjnej wyjątkowość wskazanych przepisów przejawia się jednak w tym, że podmiotem podlegającym wzmożonej ochronie jest przedsiębiorca. W konsekwencji, zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*, nie powinny być wykładane rozszerzająco, co w kontekście analizowanego problemu należy łączyć z potrzebą ścisłej interpretacji ich zakresu zastosowania.

Przechodząc do rozważenia stosowania *per analogiam* do nienazwanych umów o pośrednictwo, innych niż omówione wyżej, przepisów dotyczących umowy agencyjnej, można zaryzykować stwierdzenie, że wątpliwości nie budzi dopuszczalność sięgnięcia do art. 758 § 2, art. 758¹, art. 759, art. 761³ oraz art. 762 KC, a zatem przepisów odnoszących się do: braku tożsamości zawarcia umowy o pośrednictwo z umocowaniem pośrednika do działania w charakterze przedstawiciela (pełnomocnika), prowizyjnego charakteru wynagrodzenia, wskazanych wyżej zasad określania jego wysokości, chwili nabycia tego uprawnienia oraz jego wymagalności, upoważnienia pośrednika do dokonywania niektórych

czynności związanych z wykonaniem umowy docelowej oraz przesłanek uzasadniających dochodzenie przez pośrednika zwrotu wydatków. Uzasadnione wydaje się również stosowanie przepisów konkretyzujących obowiązek lojalności stron (art. 760¹–760² KC), który cechuje wszystkie kontrakty z zakresu pośrednictwa.

Jako wątpliwa jawi się natomiast dopuszczalność analogicznego stosowania art. 760³ KC do umów o pośrednictwo dorywcze. Przepis ten stanowi, że umowa zawarta przez agenta bez umocowania albo z przekroczeniem jego zakresu, co do zasady, wiąże dającego zlecenie. *Ratio legis* wynikającej z niego normy jest ściśle związane z umowami o pośrednictwo stałe, w których długotrwałość relacji stron przemawia za odwróceniem ogólnej reguły z art. 103 KC. Ponadto w związku z ciągłością zobowiązania agenta, za nieuzasadnione trzeba uznać stosowanie do umów o pośrednictwo dorywcze również art. 764 KC. Przewiduje on, że umowa zawarta na czas oznaczony wykonywana po upływie terminu, na jaki została zawarta, powinna być poczytywana za umowę zawartą na czas nieoznaczony. Po trzecie, o ile w przypadku wszystkich umów o pośrednictwo możliwe jest zawarcie klauzuli *del credere*, a zatem przyjęcie przez pośrednika odpowiedzialności za wykonanie umowy docelowej przez kontrahenta dającego zlecenie, to, w związku ze szczególnym charakterem regulacji art. 761⁷ KC, za zbyt daleko idące należy uznać odnoszenie przesłanki formalnej jej skuteczności (forma pisemna klauzuli) na gruncie umowy agencyjnej do innych kontraktów.

W przypadku dotychczas niewymienionych przepisów dotyczących umowy agencyjnej rozstrzygnięcie *in abstracto*, czy ich stosowanie do innych umów o pośrednictwo jest dopuszczalne, wymyka się spod jednoznacznych ocen. Odnosi się to do art. 758², art. 761⁴, art. 763 oraz art. 764¹–764² KC, a zatem regulacji traktujących o: uprawnieniu stron do żądania pisemnego potwierdzenia treści umowy i jej modyfikacji, wyłączeniu prawa do prowizji w przypadku niewykonania umowy docelowej oraz obowiązku jej zwrotu, przysługującym agentowi dla zabezpieczenia roszczeń względem dającego zlecenie ustawowym prawie zastawu na rzeczach i papierach wartościowych dającego zlecenie oraz zasadach wypowiedzenia umowy agencyjnej. Dopuszczalność ich zastosowania wymaga oceny *in casu*, w odniesieniu do wszystkich okoliczności sprawy.

Na zakończenie wątku analogicznego stosowania przepisów o umowie agencyjnej warto zasygnalizować, że zagadnienie nie ogranicza się wyłącznie do nienazwanych umów o pośrednictwo. Kwestia ta ma istotne znaczenie dla ustalania reżimu prawnego umowy franchisingu oraz umowy dystrybucyjnej. Wbrew pogładowi prezentowanemu przez część doktryny, w § 3. rozdziału szóstego pracy starano się wykazać, że wskazane kontrakty nie stanowią umów o pośrednictwo. Powyższe nie oznacza, że na ich gruncie nie występuje

potrzeba sięgnięcia w pewnych aspektach do regulacji umowy agencyjnej, w tym przepisów ochronnych. Niezależne od różnic w świadczeniu charakterystycznym występujących między umowami o pośrednictwo a umowami franchisingu oraz dystrybucyjną, pozycja uczestnika sieci oraz dystrybutora – jak było to już wcześniej wspomniane – pod pewnymi względami jest (a przynajmniej może być) zbliżona do sytuacji agenta. Odnosi się to przede wszystkim do ciągłości relacji stron, silnego powiązania ich interesów oraz faktycznej przewagi organizatora sieci oraz dostawcy. Stanowią one argument uzasadniający stosowanie do franczyzy i dystrybucji przepisów o umowie agencyjnej. Z drugiej strony, kontrakty te wykazują istotne różnice odnoszące się zwłaszcza do działania przez uczestnika sieci i dystrybutora we własnym imieniu i na własny rachunek oraz do zasad wynagrodzenia. Ponadto, jak wyżej wyjaśniono, zakres zastosowania przepisów ochronnych powinien być wykładany w sposób ścisły.

W polskiej i europejskiej doktrynie oraz judykaturze prezentowane są poglądy opowiadające się zarówno za, jak i przeciwko dopuszczalności stosowania przepisów o umowie agencyjnej do umowy franchisingu oraz dystrybucyjnej⁸⁵⁷. Spór odnosi się przede wszystkim do przepisów ochronnych, zwłaszcza dotyczących świadczenia wyrównawczego. Ramy niniejszej pracy nie pozwalają na zajęcie stanowiska w tej kwestii. Wymagałoby to szerszego przedstawienia istoty oraz praktyki funkcjonowania kontraktów franchisingu oraz dystrybucyjnego. Można jednak zaryzykować twierdzenie, że wskazane wyżej względy zdają się uniemożliwiać stanowcze rozstrzygnięcie tego zagadnienia w aktualnym stanie prawnym.

Kolejną kwestię wymagającą podkreślenia jest, że pomimo zdecydowanie najszerszego uregulowania umowy agencyjnej spośród umów o pośrednictwo, a w konsekwencji pełnienia przez nią funkcji podstawowego wzorca normatywnego dla tej grupy umów, to dla określenia praw i obowiązków stron nienazwanych umów o pośrednictwo użyteczne mogą być również przepisy o umowie komisji. Są one adekwatne zwłaszcza do kontraktów zbliżonych do niej pod względem konstrukcyjnym, ale niemieszczących się całkowicie w jej definicji. Przede wszystkim odnosi się to do umów, które obejmują zobowiązanie profesjonalnego pośrednika do pośredniczenia oraz zastępstwa pośredniego, jednak dotyczą docelowej umowy sprzedaży, której przedmiotem nie jest rzecz ruchoma albo innego niż sprzedaż typu umowy. W ich przypadku uzasadnione jest sięgnięcie do przepisów Tytułu XXIV Księgi III KC, regulujących zagadnienia związane z zastępstwem pośrednim, a zatem do art. 766–769 KC

⁸⁵⁷ Zob. zwłaszcza *W. Kocot*, w: *W.J. Katner* (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, s. 242; *tenże*, w: *M. Stec* (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5B, s. 278–279; *P. Mazur*, *Roszczenie*, s. 11–18; *E. Rott-Pietrzyk*, *Dopuszczalność*, s. 489–496; *O. Szejnert-Roszak*, *Świadczenie wyrównawcze dla dystrybutora – analiza praktyki europejskiej*, w: *M. Dumkiewicz, K. Kopaczynska-Pieczniak, J. Szczęotka* (red.), *Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*. Tom II, Warszawa 2020, s. 176–189.

i art. 771 KC. W przypadku tej grupy nienazwanych umów o pośrednictwo uzasadnione wydaje się również odwołanie do art. 772 KC, określającego zasady powstania roszczenia komisanta o zapłatę prowizji.

Złożona jest natomiast ocena dopuszczalności stosowania *per analogiam* art. 770 KC. Przepis ten statuuje szczególne uprawnienie komisanta do zwolnienia się od odpowiedzialności za wady ukryte rzeczy w drodze jednostronnego oświadczenia. W doktrynie dominuje trafny pogląd o kontrowersyjności tego uprawnienia. W rezultacie należy opowiedzieć się przeciwko stosowaniu go do innych kontraktów. Jednocześnie, jak dowodzi uchwała Sądu Najwyższego z 28.10.1990 r.⁸⁵⁸, która została omówiona w § 4.IV.1. rozdziału czwartego pracy, kryterium staranności komisanta odnoszące się do wiedzy lub łatwości dowiedzenia się o wadach rzeczy, może być użyteczne przy ocenie staranności pośrednika, wymaganej w związku wykonaniem nienazwanej umowy o pośrednictwo.

Podobnie jak w przypadku rozważań dotyczących przepisów o umowie agencyjnej, wątpliwości budzi możliwość przyznania pośrednikowi, w drodze analogicznego zastosowania art. 773 KC, ustawowego prawa zastawu na rzeczach dającego zlecenie. Ich źródłem jest kwestia dopuszczalności przyznania takiego ograniczonego prawa rzeczowego w drodze wykładni, w sytuacji wyjątkowości tego uprawnienia w prawie umów oraz, wynikającego z istoty zastawu ustawowego, określenia zakresu jego zastosowania przez ustawodawcę.

Poczynione uwagi wyłącznie w niewielkim stopniu sygnalizują (a w jeszcze mniejszym rozwiewają) wątpliwości, związane z zakresem analogicznego stosowania przepisów o nazwanych, kodeksowych umowach o pośrednictwo do kontraktów nienazwanych. Trudności w jego określeniu wiążą się przede wszystkim z wewnętrznym zróżnicowaniem omawianej grupy umów. Regulacja umowy agencyjnej jest istotnym stopniu determinowana szczególnym charakterem wynikającego z niej stosunku (pośrednictwo dwustronnie profesjonalne, stałe i zależne) oraz obowiązkiem prowsólnotowej wykładni, mającej zapewnić adekwatny poziom ochrony interesów agenta. W przypadku umowy komisnu większość dotyczących jej przepisów jest podporządkowana elementowi zastępstwa pośredniego, co może powodować trudności w ocenie ich adekwatności do stosunków ograniczonych wyłącznie do pośredniczenia albo pośredniczenia i przedstawicielstwa. W tle tej oceny pozostaje konkurencyjny reżim prawny umowy zlecenia, który w pewnych aspektach może być do nich stosowany odpowiednio (wprost lub z modyfikacjami) na podstawie art. 750 KC.

⁸⁵⁸ Uchw. SN z 18.12.1990 r., III CZP 67/90, OSNC 1991, Nr 5–6, poz. 65.

W związku z powyższym w przypadku wielu regulacji trudno o formułowanie stanowczych ocen, zwłaszcza zważywszy na możliwość różnorodnego kształtowania konkretnych stosunków w obrocie, a w konsekwencji zróżnicowanie zakresu potrzebnego uzupełnienia treści umowy. Jak trafnie podnosi *M. Romanowski* należy przy tym pamiętać, że brak uregulowania określonego elementu stosunku prawnego w umowie nienazwanej, sam w sobie może stanowić pewną decyzję stron odnośnie do jego treści⁸⁵⁹. Prowadzi to do powstania dalszych wątpliwości związanych z zakresem dopuszczalnej ingerencji organu stosującego prawo w wyrażoną przez strony wolę.

Przeprowadzone rozważania uzasadniają ogólny wniosek o wysokim stopniu skomplikowania reżimu prawnego rządzącego nienazwanymi umowami o pośrednictwo. Przede wszystkim dotyczy to umów o pośrednictwo w ścisłym znaczeniu o charakterze dorywczym. Pozostawienie tak szerokiej grupy kontraktów poza regulacją ustawową wiąże się z istotną niepewnością prawa, która w tym przypadku nie wydaje się stanowić celowego zabiegu ustawodawcy, ukierunkowanego na uelastycznienie oceny ich reżimu prawnego. Uzasadnia to sformułowanie w kolejnym punkcie pracy propozycji *de lege ferenda* zmierzających do zmiany wskazanego stanu rzeczy.

III. Umowy o pośrednictwo *de lege ferenda*

1. Potrzeba przywrócenia regulacji umowy o pośrednictwo zwykłe – projekt przepisów z uzasadnieniem

Podstawowym wnioskiem *de lege ferenda* wynikającym z niniejszej pracy jest potrzeba przywrócenia regulacji umowy o pośrednictwo zwykłe. Jak wyjaśniono w poprzednim punkcie, w aktualnym stanie prawnym ustalenie reżimu prawnego istotnej części nienazwanych umów o pośrednictwo powoduje poważne trudności interpretacyjne. Postulowana zmiana wyznaczyłaby wyraźne ramy prawne dla nienazwanych umów o niezaangażowane pośrednictwo dorywcze. System regulacji umów o pośrednictwo zostałby tym samym dopełniony⁸⁶⁰ i oparty na trzech podstawowych typach umów nazwanych: o pośrednictwo, agencyjnej oraz komisji.

Przepisy kodeksu cywilnego dotyczące każdego z wymienionych kontraktów pełniłyby rolę wzorca normatywnego dla określonej kategorii umów o pośrednictwo w następujący

⁸⁵⁹ *M. Romanowski*, Czy należy, s. 126.

⁸⁶⁰ Podobnie *M. Grochowski*, *E. Rott-Pietrzyk*, w: *M. Stec* (red.), System Prawa Handlowego, t. 5B, s. 28–30.

sposób: (i.) o umowie agencyjnej dla pośrednictwa stałego, polegającego na pośredniczeniu albo pośredniczeniu i zastępstwie bezpośrednim; (ii.) o umowie komisju dla pośrednictwa polegającego na pośredniczeniu oraz zastępstwie pośrednim; (iii.) o umowie o pośrednictwo zwykłe dla pośrednictwa dorywczego, polegającego na pośredniczeniu albo pośredniczeniu i zastępstwie bezpośrednim.

Tak wyznaczone ogólne ramy prawne mogą być modyfikowane przez regulacje szczególne, potrzebne na gruncie określonego rodzaju pośrednictwa (na zasadzie *lex specialis derogat legi generali*) oraz uzupełniane o elementy istotne dla danego podtypu umowy o pośrednictwo lub sektora rynku, w którym funkcjonuje. W aktualnym stanie prawnym jest tak w przypadku wyspecjalizowanych umów agencyjnych. Uzasadnione wydaje się skonstruowanie podobnego podsystemu umów o pośrednictwo dorywcze, które, co do zasady, podlegałyby reżimowi umowy o pośrednictwo zwykłe. Dotyczy to zwłaszcza umów maklerskich, polegających na dorywczym pośredniczeniu oraz (ewentualnie i dodatkowo) zastępstwie bezpośrednim. Częściowo poza jego zakresem pozostawałyby kontrakty z elementem zastępstwa pośredniego, które należy łączyć przede wszystkim z regulacją umowy komisju.

W związku z poczynionymi uwagami nie wymaga wyjaśnienia, że regulacja umowy o pośrednictwo zwykłe powinna znaleźć się w kodeksie cywilnym, a nie w ustawie pozakodeksowej. Należy poświęcić jej osobny tytuł w Księdze III KC. Podstawowe znaczenie i ogólny charakter umowy o pośrednictwo zwykłe przemawiają za jego umiejscowieniem na początku ciągu regulacji dotyczących kontraktów z zakresu pośrednictwa, a zatem po Tytule XXII dotyczącym prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia, a przed unormowaniem umowy agencyjnej (Tytuł XXIII) oraz umowy komisju (Tytuł XXIV).

Nawiązując do tradycji kodeksu zobowiązań postulowaną jednostkę systematyzacyjną proponuje się zatytułować jako „Pośrednictwo”. Akcentuje ona ogólny charakter tego kontraktu oraz, w powiązaniu z jego proponowaną definicją (zob. niżej – art. 757¹ § 1), przesądza, że pośrednictwo jako usługa nie ogranicza się wyłącznie do pośredniczenia, ale może obejmować również (choć nie wyłącznie) zastępstwo. Niżej przedstawiona propozycja przyjmuje zatem szerokie ujęcie pośrednictwa (pośrednictwo *sensu largo*). Intencją jest nadanie mu waloru systemowego, ujednolicającego je w całym prawie prywatnym.

Pozostając przy zagadnieniach terminologicznych, należy wskazać, że w zakresie samej nazwy kontraktu wystarczające jest tradycyjne określenie „umowa o pośrednictwo”, bez dookreślenia, że chodzi o pośrednictwo „zwykłe”, „jednorazowe”, „dorywcze” lub „ogólne”. Przytoczone terminy nie wydają się przystawać do siatki pojęciowej Księgi III KC. Wyłącznie

wydłużają one nazwę umowy, nie przesądzając przy tym o jej treści, która wynika z określenia elementów przedmiotowo istotnych w definicji. Niewłączenie wymienionych przymiotników do języka prawnego nie wyklucza ich użyteczności w języku prawniczym, zwłaszcza dla odróżnienia typu nazwanej umowy o pośrednictwo od umów o pośrednictwo jako grupy. Podobny stan rzecz funkcjonował przed wejściem w życie kodeksu cywilnego i nie powodował wątpliwości interpretacyjnych.

Inspirację dla treści proponowanej regulacji należy czerpać z dwóch źródeł. Po pierwsze, chodzi o przepisy kodeksu zobowiązań dotyczące umowy o pośrednictwo (art. 517–522 KZ). Konieczne jest jednak dostosowanie ich do zmian, które zaszły w obrocie od czasu ich uchylecia. Po drugie, w pewnym zakresie uzasadnione jest sięgnięcie również do unormowania umowy agencyjnej. Ta ostatnia stanowi najszerzej uregulowany kontrakt z zakresu pośrednictwa, a wiele z rozwiązań przyjętych na jej gruncie ma znaczenie uniwersalne dla umów o pośrednictwo. Ma to w założeniu zapewnić spójność systemową nowej umowy o pośrednictwo zwykle z rozwiązaniami funkcjonującymi już na gruncie kodeksu cywilnego. W celu uniknięcia zbędnego rozrostu treści przepisów, w przypadku niektórych elementów celowe jest zastosowanie techniki odesłania do przepisów Tytułu XXIII Księgi III KC.

Rozważania poczynione w pracy skłaniają do zaproponowania niżej wskazanych przepisów. Wymaga podkreślenia, że zamieszczony niżej Tytuł XXII¹ KC stanowi w przeważającej części efekt analizy podstawowych elementów konstrukcyjnych umów o pośrednictwo. Poza zakresem niniejszej pracy pozostawiono inne zagadnienia wiążące się z ich treścią. W związku z tym przedstawiony projekt przepisów należy traktować przede wszystkim jako wskazanie kierunku i podstawy dalszej dyskusji nad postulatem uregulowania umowy o pośrednictwo.

Tytuł XXII¹. Pośrednictwo

Art. 757¹. § 1. Przez umowę o pośrednictwo pośrednik zobowiązuje się za wynagrodzeniem do pośredniczenia przy zawarciu umowy z inną osobą na rzecz dającego zlecenie albo do pośredniczenia i zawarcia jej w jego imieniu.

§ 2. Do zawarcia umowy w imieniu dającego zlecenie oraz do odbierania dla niego oświadczeń pośrednik jest uprawniony tylko wtedy, gdy ma do tego umocowanie.

Art. 757². § 1. Jeżeli sposób wynagrodzenia nie został w umowie określony, pośrednikowi należy się prowizja. Przepisy art. 758¹ § 2–3 stosuje się.

§ 2. W braku odmiennego postanowienia umowy o pośrednictwo pośrednik nabywa prawo do prowizji z chwilą zawarcia przez dającego zlecenie umowy z inną osobą.

Art. 757³. Każda ze stron obowiązana jest do zachowania lojalności wobec drugiej.

Art. 757⁴. Pośrednik ma prawo domagać się zwrotu wydatków tylko wtedy, gdy uprawnienie do tego wynika z umowy.

Art. 757⁵. Pośrednik traci prawo do wynagrodzenia oraz do zwrotu wydatków, jeżeli pośredniczył lub zawarł umowę także na korzyść drugiej strony, mimo zakazu zawartego w umowie, albo w sposób przeciwny wymaganiom dobrej wiary i zwyczajom uczciwego obrotu.

Art. 757⁶. Dla zabezpieczenia roszczenia o wynagrodzenie oraz o zwrot wydatków i zaliczek udzielonych dającemu zlecenie pośrednikowi przysługuje ustawowe prawo zastawu na rzeczach i papierach wartościowych dającego zlecenie, otrzymanych w związku z umową o pośrednictwo, dopóki przedmioty te znajdują się u niego lub osoby, która je dzierży w jego imieniu, albo dopóki może nimi rozporządzać za pomocą dokumentów.

Art. 757⁷. Do umów nieodpłatnych o treści określonej w art. 757¹ § 1 przepisy niniejszego tytułu stosuje się odpowiednio.

Przedstawiona propozycja wymaga uzasadnienia. Po pierwsze, przyjęty w dawnym art. 517 KZ sposób ukształtowania umowy o pośrednictwo, polegający wyłącznie na upoważnieniu pośrednika do działania, bez nałożenia na niego takiego obowiązku, należy współcześnie do rzadkości. W doktrynie trafnie zauważono, że przepisy o umowie o pośrednictwo z kodeksu zobowiązań ustanowiono z myślą o – ówczesnie dominujących – umowach o pośrednictwo jednorazowe, okazjonalne i nieprofesjonalne⁸⁶¹. Po transformacji ustrojowej podstawowe znaczenie mają natomiast umowy o profesjonalne pośrednictwo, które

⁸⁶¹ T. Świerczyński, *Charakter*, s. 22.

ściśle wiążą się z przyjęciem przez przedsiębiorcę obowiązku działania⁸⁶². W rezultacie proponowana definicja przewiduje zobowiązanie pośrednika do pośrednictwa. Zaletą tego rozwiązania jest jednoznaczne zakwalifikowanie omawianego kontraktu do umów dwustronnie zobowiązujących oraz wzajemnych. Eliminuje to wątpliwości związane z tymi kwestiami, istniejące w okresie międzywojennym oraz współcześnie⁸⁶³.

Po drugie, powyższe założenie determinuje sposób określenia strony umowy o pośrednictwo innej niż pośrednik. Konstrukcja przepisu nie odwołuje się do „przrzeczenia wynagrodzenia”, tak jak czynił to dawny art. 517 KZ, i w konsekwencji nie ma potrzeby nazwania jej „przrzekającym wynagrodzenie”. Zdecydowanie lepsze, zwłaszcza z perspektywy koherencyjności regulacji kodeksowych umów o pośrednictwo, wydaje się posłużenie terminem „dający zlecenie”, występującym na gruncie umowy agencyjnej oraz umowy komisju. Ponadto zapobiega to powstaniu wątpliwości co do określenia usługodawcy w nienazwanej umowie o nieodpłatne pośrednictwo (projektowany art. 757⁷), w której w ogóle nie występuje element przrzeczenia wynagrodzenia.

Pozostając przy zagadnieniu stron omawianego kontraktu, należy wskazać po trzecie, że może on zostać zawarty we wszystkich rodzajach obrotu (powszechnym, konsumenckim, dwustronnie profesjonalnym). Powoduje to, że jego regulacja prawna ma charakter neutralny, to znaczy nie przewiduje szczególnej ochrony żadnej ze stron kontraktu. Rozwiązania w tym zakresie wynikają z ogólnych przepisów prawa cywilnego (np. art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 385¹ oraz art. 385⁵ KC) oraz ustaw pozakodeksowych (np. przepisy GospNierU, KredytHipU, KredytKonsU, ObrIFinU, DystrUbezpU nakładające na pośredników dodatkowe obowiązki). Przyjęcie założenia o braku szczególnej ochrony pośrednika wspiera okoliczność, że – w przeciwieństwie do umowy agencyjnej, cechującej się zwłaszcza stałością zobowiązania agenta oraz jego zależnością od dającego zlecenie – pośrednictwo dorywcze, które nie odznacza się tymi właściwościami, wiąże się ze zdecydowanie niższym ryzykiem naruszeniem interesów pośrednika.

Po czwarte, przyjęto, że zobowiązanie główne pośrednika polega na pośredniczeniu (pośrednictwo *sensu stricto*) albo na pośredniczeniu oraz zastępstwie bezpośrednim (pośrednictwo *sensu largo*). Poczyniona w pracy analiza dogmatyczna typów umów o pośrednictwo dorywcze oraz obserwacja praktyki obrotu prowadzą do wniosku, że efektywne wykonywanie pośrednictwa w wielu przypadkach wymaga, aby pośrednik mógł przyjąć na

⁸⁶² *Ibidem*.

⁸⁶³ Zob. szerzej A. Burzak, Umowa o pośrednictwo (I), s. 19; *tenże*, Umowa o pośrednictwo (II), s. 8.

siebie zobowiązanie do zastępstwa dającego zlecenie⁸⁶⁴. Pozostawienie tego elementu poza definicją umowy o pośrednictwo prowadziłyby do wątpliwości, czy obejmujący go kontrakt stanowi umowę o pośrednictwo, czy umowę mieszaną (nienazwaną). Nie eliminowałyby to trudności związanych z ustaleniem jej reżimu prawnego. W rezultacie zasadne jest odstąpienie od funkcjonującego na gruncie kodeksu zobowiązań ograniczenia przedmiotu omawianej umowy wyłącznie do czynności faktycznych.

Obowiązek zastępstwa przez pośrednika na gruncie proponowanej umowy jest ograniczony wyłącznie do przedstawicielstwa. Nie obejmuje natomiast zastępstwa pośredniego. Nienazwane umowy o pośrednictwo mieszające w sobie ten element są najbardziej zbliżone do umowy komisji, która stanowi dla nich wzorzec normatywny. W związku z tym nie występuje potrzeba wprowadzenia konkurencyjnego typu umowy normującego zagadnienia związane z zastępstwem pośrednim.

Warto zwrócić uwagę, że dopuszczenie możliwości zobowiązania się przez pośrednika do przedstawicielstwa może powodować trudności z rozgraniczeniem umowy o pośrednictwo od umowy zlecenia. Kryterium odróżniającym te kontrakty jest występowanie na gruncie konkretnego z nich obowiązku przyjmującego zlecenie do pośredniczenia, którego występowanie przesądza o zawarciu umowy o pośrednictwo. Problem ten nie występuje, jeżeli strony wyraźnie określiły takie zobowiązanie. W przeciwnym wypadku należy odwołać się do art. 65 § 2 KC, i *in casu* ocenić, czy zgodnym zamiarem stron oraz celem umowy było wprowadzenie obowiązku pośredniczenia. Mogą na to wskazywać w szczególności następujące elementy stosunku prawnego: określenie wynagrodzenia usługodawcy jako prowizyjnego, sformułowanie przez dającego zlecenie wskazówek co do sposobu prowadzenia negocjacji lub zakresu ustępstw, które może czynić przyjmujący zlecenie względem kontrahenta, przedmiot umowy docelowej (np. dotyczący trudno dostępnych dóbr lub wysoce skomplikowanych usług), status przedsiębiorcy po stronie usługodawcy (przyjmującego zlecenie) oraz przedmiot prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Zgodnie z regułą *falsa demonstratio non nocet*, przyjęta przez strony nazwa kontraktu nie ma znaczenia rozstrzygającego.

Postulowana zmiana prowadzi do ograniczenia zakresu zastosowania przepisów o umowie zlecenia do stosunków obejmujących zobowiązanie do: (i.) dokonania jednostronnej czynności prawnej; (ii.) zawarcia umowy docelowej, której kontrahent jest znany (brak potrzeby nastroczenia sposobności do zawarcia umowy w rozumieniu dawnego art. 517 KZ) oraz ma wolę jej zawarcia (brak potrzeby pośredniczenia w rozumieniu tegoż art. 517 KZ).

⁸⁶⁴ Podobnie *M. Romanowski*, Umowa o pośrednictwo, s. 10–11; *tenże*, Charakter prawny zlecenia, s. 13.

Poza tym przepisy o zleceniu nadal mogą pełnić istotną rolę wzorcowej regulacji dla umów o świadczenie usług, których reżim prawny może być nimi uzupełniany w drodze odpowiedniego stosowania (art. 750 KC) albo analogii (w przypadku umów nazwanych). Wprowadzenie proponowanych zmian nie rodzi zatem potrzeby modyfikacji Tytułu XXI Księgi III KC.

Po piąte, podobnie jak na gruncie regulacji umowy agencyjnej (art. 758 § 2 KC), a odmiennie niż w umowie zlecenia (art. 734 § 2 KC), w proponowanym art. 757¹ § 2 przyjęto, że sam fakt zawarcia umowy o pośrednictwo nie jest tożsamy z umocowaniem pośrednika do działania w charakterze przedstawiciela. Osiągnięcie tego skutku wymaga udzielenia pełnomocnictwa. Z drugiej strony, w związku z dorywczością zobowiązania pośrednika, inaczej niż na gruncie agencji, która ma charakter stały (art. 760³ KC), celowo nie wprowadzono normy odwracającej regułę wynikającą z art. 103 KC. Umowa docelowa zawarta przez pośrednika działającego bez umocowania albo z przekroczeniem jego zakresu stanowi zatem czynność prawną kulejącą (*negotium claudicans*), która dla swej ważności wymaga potwierdzenia przez dającego zlecenie.

Po szóste, proponowane unormowanie wyraźnie rozstrzyga, że wynagrodzenie pośrednika ma, co do zasady, charakter wynikowy (projektowany art. 757² § 1). Strony mogą zmodyfikować tę regułę i nadać mu charakter stały (uniezależniony od zawarcia umowy docelowej) albo mieszany. W zakresie definicji prowizji oraz ustalania wysokości wynagrodzenia (w przypadku braku jej określenia w umowie) uzasadnione jest odesłanie do stosowania wprost art. 758¹ § 2–3 KC. Odnośnie do chwili nabycia przez pośrednika prawa do prowizji jako modelowe zaproponowano najprostsze rozwiązanie, wiążące powstanie tego uprawnienia z zawarciem umowy docelowej. Proponowany art. 757² § 2 stanowi *ius dispositivum*, umożliwia zatem stronom przyjęcie innego momentu powstania tego uprawnienia, przykładowo chwili, w której: dający zlecenie powinien był spełnić świadczenie albo faktycznie je spełnił; kontrahent dającego zlecenie powinien był spełnić świadczenie albo faktycznie je spełnił; umowa docelowa została wykonana przez obie strony.

Po siódme, z przyczyn tożsamy, jak na gruncie umowy agencyjnej, proponuje się wprowadzenie przepisu wyraźnie przesądzającego o obowiązku lojalności stron umowy o pośrednictwo (projektowany art. 757³). O ile w przypadku pośrednika pogląd o występowaniu takiej powinności jest powszechnie ugruntowany, o tyle nie zawsze jest ona dostrzegana po stronie dającego zlecenie.

Po ósme, w nawiązaniu do art. 520 KZ, w nowym art. 757⁴ przyjęto zasadę, że wydatki poniesione w związku z pośrednictwem obciążają pośrednika. W związku z tym, że sposób

pośredniczenia nie musi być szczegółowo określony w umowie, a zatem wybór jego konkretnych przejawów może należeć do pośrednika, przyjęcie przeciwnej zasady wiązałoby się z ryzykiem poczynienia przez niego nadmiernych, nieakceptowanych przez dającego zlecenie wydatków. Proponowane rozwiązanie eliminuje ten problem. Jednocześnie dyspozytywny charakter przepisu umożliwia stronom umowne określenie zasad zwrotu wydatków. Inicjatorem wprowadzenia takich postanowień powinien być pośrednik, który z reguły ma większą wiedzę o czynnościach składających się na pośrednictwo w konkretnym przypadku, a w konsekwencji odnośnie do wiążących się z nimi kosztów.

Po dziewiąte, wątpliwości związane z dopuszczalnością działania przez pośrednika na rzecz obu stron umowy docelowej rodzą potrzebę określenia jej przesłanek w projektowanym art. 757⁵. Przepis ten powieli rozwiązanie przyjęte na gruncie art. 521 KZ z tą różnicą, że odnosi się również do zawarcia umowy na korzyść drugiej strony. Stanowi to konsekwencję przyjęcia, że świadczenie pośrednika może obejmować również zastępstwo bezpośrednie. W rezultacie działanie pośrednika także na korzyść drugiej strony jest dopuszczalne, jeżeli umowa o pośrednictwo nie wprowadza takiego zakazu, a jego aktywność nie narusza wymagania działania w dobrej wierze ani zwyczajów uczciwego obrotu. W przeciwnym wypadku pośrednik traci prawo do wynagrodzenia oraz zwrotu wydatków (jeżeli takie uprawnienie zostało zastrzeżone). Przepis nie wyklucza pociągnięcia pośrednika do odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych. Zaproponowane przesłanki dopuszczalności działania przez pośrednika w interesie podmiotu innego niż dający zlecenie powinny mieć zastosowanie do wszystkich umów o pośrednictwo, w tym zwłaszcza agencyjnej i komisu. Kwestią dyskusyjną jest, czy wystarczające w tym zakresie będzie stosowanie nowego art. 757⁵ KC *per analogiam*, czy wymagane jest wprowadzenie wyraźnego odesłania. Wydaje się, że ogólne znaczenie proponowanego przepisu, brak regulacji tego zagadnienia na gruncie innych umów o pośrednictwo oraz tożsamość problemu, który pojawia się w związku z działaniem pośrednika na rzecz obu stron umowy docelowej uzasadniają przyjęcie pierwszego rozwiązania. W rezultacie odesłanie do niego albo jego powtórzenie na gruncie regulacji innych umów o pośrednictwo nie jest konieczne.

Po dziesiąte, podobnie jak na gruncie umowy agencyjnej oraz umowy komisu, celowe jest wprowadzenie ustawowego prawa zastawu przysługującego pośrednikowi w celu zabezpieczenia roszczeń o zapłatę wynagrodzenia oraz zwrotu wydatków (jeżeli takie uprawnienie zostało przewidziane).

Po jedenaste, w projektowanym art. 757⁷ KC wprowadzono odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów o umowie o pośrednictwo do nieodpłatnych umów

o pośrednictwo dorywcze, polegających na pośredniczeniu albo pośredniczeniu i zastępstwie bezpośrednim. Wskazana podgrupa kontraktów nie ogranicza się do stosunków opartych na więziach rodzinnych, koleżeńskich lub grzecznościowych. Praktyką rynkową, szeroko rozpowszechnioną zwłaszcza w sektorze usług finansowych, jest zawieranie niektórych umów o pośrednictwo pod tytułem darmym, z wynagrodzeniem przysługującym pośrednikowi na podstawie innego stosunku prawnego (np. kurtaż brokera ubezpieczeniowego płatny przed zakład ubezpieczeń, prowizja pośrednika kredytowego działającego na rzecz kredytobiorcy płatna przez bank). W związku z tym nieodpłatne pośrednictwo powinno zostać wyraźnie powiązane z reżimem prawnym umów o pośrednictwo. W braku takiego odesłania, nadal istniałyby wątpliwości co do celowości stosowania do tych kontraktów odpowiednio przepisów o umowie zlecenia (art. 750 KC).

Proponowany przepis przeciwdziała temu stanowi rzeczy. W rezultacie do wskazanych stosunków należy stosować przepisy Tytułu XXII¹ odnoszące się zwłaszcza do braku umocowania pośrednika wynikającego z samego faktu zawarcia umowy (art. 757¹ § 2), obowiązku lojalności stron (art. 757³) oraz zasad zwrotu wydatków (art. 757⁴). Znaczenie w ich kontekście ma również art. 757⁵ statuujący przesłanki dopuszczalności działania przez pośrednika na rzecz obu stron umowy docelowej. Mimo że w przypadku pośrednictwa nieodpłatnego nie sposób pozbawić pośrednika prawa do wynagrodzenia, to jest to możliwe odnośnie do uprawnienia zwrotu wydatków (jeżeli zastrzeżono je w umowie). Ponadto naruszenie tego przepisu przesądza o bezprawności działania pośrednika, co ma znaczenie w kontekście pociągnięcia go do odpowiedzialności z tytułu naruszenia zobowiązania.

2. Perspektywy regulacji grupy umów o pośrednictwo

W uwagach wprowadzających do całego opracowania (rozdział I, § 1) wskazano, że systematyka umów może ograniczać się do płaszczyzny naukowej (doktrynalnej) albo mieć charakter normatywny, a zatem znajdujący odzwierciedlenie w treści obowiązującego prawa. W drugim przypadku grupowanie kontraktów następuje na dwa sposoby. Po pierwsze, dopuszczalne jest wyłącznie formalne wyodrębnienie określonego zbioru umów przez ujęcie należących do niego typów w szerszej, wspólnej jednostce systematyzacyjnego aktu prawnego. Po drugie, systematyka w ujęciu normatywnym może zostać wprowadzona przy wykorzystaniu techniki legislacyjnej, polegającej na częściowo wspólnym, a częściowo rozłącznym uregulowaniu typów umów należących do określonej grupy. W tym ujęciu przewiduje się

przepisy ogólne, dotyczące wszystkich kontraktów należących do zbioru (tzw. małe części ogólne), oraz szczególne, odnoszące się wyłącznie do określonego typu umowy.

Kodeks cywilny nie wprowadza ani formalnego, ani opartego na małych częściach ogólnych wyodrębnienia grup umów. Nie występowało ono również w kodeksie zobowiązań (z wyjątkiem Tytułu XI KZ dotyczącego umów o świadczenie usług) ani w kodeksie handlowym. Kwestia systematyki kontraktów została pozostawiona doktrynie. Rozważania poczynione w niniejszej pracy, w tym stanowiąca ich zwieńczenie koncepcja odnośnie do postrzegania umów o pośrednictwo jako grupy, wpisują się w tę metodę porządkowania prawa umów i wspierają ją. Uzasadniają tezę, że unormowanie samodzielnych typów umów o pośrednictwo jest wystarczające, a zarazem adekwatne do skonstruowania spójnego systemu regulacji tej grupy kontraktów. Jak wskazano w poprzednim punkcie, system ten mógłby zostać oparty na trzech kodeksowych typach umów: o pośrednictwo, agencyjnej oraz komisji, które stanowiłyby wzorce normatywne dla innych kontraktów z zakresu pośrednictwa. Ich reżimy prawne byłyby uzupełniane lub modyfikowane przez ustawy pozakodeksowe, określające szczególne rodzaje pośrednictwa. Ewentualne luki w reżimach prawnych mogą być natomiast uzupełniane w drodze analogicznego stosowania przepisów o innych umowach o pośrednictwo, a także (w niezbędnym zakresie) o umowie zlecenia. Jednocześnie analiza nie doprowadziła do wniosku o potrzebie zmiany tego stanu rzeczy i przyjęcia w odniesieniu do umów o pośrednictwo jednego z normatywnych sposobów systematyki. Wskazana kwestia wymaga więcej uwagi, a zwłaszcza ustalenia przyczyn tego stanu rzeczy.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do celowości wyłącznie formalnego wyodrębnienia grup umów w kodeksie cywilnym. Ten sposób systematyki kontraktów nie wydaje się wnosić istotnej wartości dodanej. Mimo że zakłada wprowadzenie wspólnej dla danej grupy jednostki systematyzacyjnej do aktu prawnego, to należące do niej poszczególne typy umów są regulowane odrębnie. Metoda ich regulacji jest zatem taka sama, jak w aktualnym stanie prawnym. Według podobnych zasad następuje również usuwanie luk w prawie. Polega ono na stosowaniu, *per analogiam* albo z mocy odesłania ustawowego, przepisów o jednym typie umowy do innego.

Ponadto omawiany sposób systematyki ogranicza się do umów kodeksowych. Stopień skomplikowania i zróżnicowania współczesnego obrotu powoduje natomiast, że trudno wyobrazić sobie regulację wszystkich kontraktów należących (przykładowo) do grupy umów o pośrednictwo w jednej ustawie. W rezultacie znaczenie omawianej metody systematyki ujawnia się przede wszystkim w kontekście porządkowania materii kodeksowej. Odnośnie do umów pozakodeksowych, w tym nienazwanych, konieczna jest natomiast ocena, czy można je

zaliczyć do danej grupy. Następuje ona tak samo, jak w braku normatywnego wyodrębnienia grupy, a zatem na płaszczyźnie teoretycznej (doktrynalnej), w oparciu o przyjętą cechę relewantną, najczęściej świadczenie charakterystyczne (niepieniężne).

Jako zaletę omawianego sposobu systematyki można postrzegać wyłącznie okoliczność wyraźnego przesądzenia, że umowy kodeksowe są kluczowe dla ustalenia cechy albo cech wspólnych dla danej grupy kontraktów. Nie należy jej jednak przeceniać. Kluczowa rola kodeksu dla porządkowania prawa umów jest bowiem oczywista.

Wydaje się, że wyżej przedstawione argumenty uzasadniają brak występowania we współczesnym dyskursie naukowym postulatu wprowadzenia ustawowej systematyki kontraktów, ograniczonej wyłącznie do formalnego wyodrębnienia ich grup. To stanowisko jest trafne i nie budzi wątpliwości.

Inaczej jest w przypadku drugiego sposobu ustawowego grupowania kontraktów. W związku z inicjatywą skupioną wokół idei Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego, w ostatnich latach opublikowano szereg opracowań opowiadających się za uchwaleniem nowego kodeksu cywilnego oraz przyjęciem w nim systematyki umów opartej na technice legislacyjnej małych części ogólnych. Podstawową inspiracją dla tych propozycji jest DCFR⁸⁶⁵. W kontekście niniejszej pracy istotne jest, że w efekcie prowadzonych prac upubliczniono projekt przepisów o umowach o pośrednictwo (dalej: Projekt), którego autorami są *E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski* oraz *W. Kocot*⁸⁶⁶. Zakłada on wprowadzenie regulacji grupy umów o pośrednictwo, do której zaliczono umowy: agencyjną, dystrybucyjną oraz franchisingu⁸⁶⁷. Projekt posługuje się wyżej wskazaną techniką legislacyjną. W rezultacie obejmuje przepisy ogólne, wspólne dla wszystkich umów o pośrednictwo, oraz szczególne, odnoszące się wyłącznie do ich poszczególnych typów. Wprowadza również zasady stosowania projektowanych przepisów do innych typów umów o pośrednictwo (art. 2 Projektu).

Ramy niniejszej pracy nie pozwalają na szczegółowe odniesienie się do Projektu. Nie uprawnia do tego zwłaszcza zakres przeprowadzonych rozważań, który został zawężony do podstawowych zagadnień konstrukcyjnych umów o pośrednictwo. Projekt ma natomiast

⁸⁶⁵ Zob. zwłaszcza *A. Herbet*, Założenia przyszłej regulacji umów o współdziałanie (ze szczególnym uwzględnieniem spółki cywilnej), TPP 2021, Nr 4, s. 49–88; *W. Kocot*, Systematyka, s. 82–110; *M. Pecyna, F. Zoll*, Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu, TPP 2012, Nr 1, s. 25–60; *J. Pisuliński*, W sprawie, s. 195–219; *E. Rott-Pietrzyk*, Systematyka, s. 41–72; *R. Szostak*, O potrzebie, s. 680–694; *Z. Radwański*, Wstępny, s. 5–14.

⁸⁶⁶ Tekst Projektu jest dostępny pod adresem: <https://www.projektkc.uj.edu.pl/index.php/konferencje/13-konferencje/70-konferencja-we-wroclawiu-w-dniach-25-26-pazdziernika-2018-r> (online: dostęp 15.05.2023 r.). Jego zasadnicze motywy (uzasadnienie) zawarto w publikacji: *E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski*, Umowy pośrednictwa w obrocie, s. 53–102.

⁸⁶⁷ Na dzień złożenia niniejszej rozprawy do recenzji nie opublikowano projektu przepisów dotyczących umowy franchisingu.

charakter kompleksowy, odnoszący się do wszystkich elementów stosunków z zakresu pośrednictwa. Niektóre przyjęte w nim rozwiązania mają charakter nowatorski, dalece wykraczający poza dotychczasową regulację umów o pośrednictwo i sposób ich postrzegania w doktrynie i orzecznictwie. Kwestie te zasługują na odrębne opracowanie.

W konsekwencji powyższego dalsze wywody ograniczono do kilku zastrzeżeń względem Projektu, które wynikają bezpośrednio z koncepcji ujęcia grupy umów o pośrednictwo zaprezentowanej w niniejszej rozprawie. Odnoszą się do jego węzłowych zagadnień, tj. zakresu zastosowania przepisów projektowanego Działu XX, definicji umowy o pośrednictwo oraz pośrednictwa. Analizę poprzedzono przytoczeniem komentowanych regulacji.

Wyrażone niżej krytyczne uwagi nie powinny przysłaniać faktu, że Projekt oraz towarzyszące mu publikacje, stanowią efekt imponującej pracy badawczej ich autorów, która zasługuje na uznanie.

Dział XX

Umowy pośrednictwa w obrocie towarami lub usługami

Rozdział I

Przepisy ogólne

Art. 1 [Zakres]

§ 1. Przepisy niniejszego działu 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 bądź usługami na rzecz lub w imieniu dającego zlecenie (przedsiębiorcy), albo w imieniu własnym.

§ 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 związanych z pośrednictwem handlowym 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 adekwatne do okoliczności faktycznych, stosuje się przepisy działu III.

Lektura powołanych przepisów nasuwa ogólny wniosek, że przyjęte na ich gruncie ujęcie istoty umów o pośrednictwo, w tym samego pośrednictwa, jest odległe od koncepcji przedstawionej w niniejszej pracy. Istotnie różni się także od dotychczasowej regulacji tych zagadnień w polskim prawie cywilnym oraz postrzegania ich przez doktrynę i orzecznictwo. Odnosi się to zarówno do okresu poprzedzającego wejście w życie kodeksu cywilnego, jak i następującego po nim.

Po pierwsze, z art. 1 § 1 Projektu wynika, że pośredniczenie może być wykonywane na rzecz lub w imieniu dającego zlecenie albo w imieniu własnym pośrednika. Wykładnia tego przepisu powoduje poważne trudności interpretacyjne. Przed ich omówieniem konieczne jest przedstawienie stanowiska nauki odnośnie do konstrukcji teoretycznej działania na rzecz oraz w imieniu podmiotu prawa.

W doktrynie dominuje pogląd, że czynności faktyczne mogą być wykonywane wyłącznie na rzecz (na rachunek, dla) osoby, a nie w jej imieniu. Określenie, na czyj rachunek podjęto czynność faktyczną umożliwia ustalenie podmiotu, którego dotyczą jej ekonomiczne konsekwencje (przysporzenia lub zobowiązania)⁸⁶⁸. Czynności faktycznej można dokonać na rachunek własny albo cudzy.

Działanie „w imieniu” odnosi się natomiast wyłącznie do czynności prawnych. Wskazuje ono osobę, której dotyczą skutki prawne złożonego oświadczenia woli. W przeciwieństwie do występowania „na rzecz”, działanie „w imieniu” dotyczy zatem

⁸⁶⁸ Tak przykładowo B. Gawlik, w: S. Grzybowski (red.), System Prawa Cywilnego, t. I, s. 744–745; A. Kędzierska-Cieślak, Komis, s. 31 i n.; E. Rott-Pietrzyk, Pośrednictwo, s. 187–188.

zdarzenia prawnego, a nie faktycznego. Podkreślenia wymaga, że również w przypadku dokonania czynności prawnej, powstaje kwestia określenia podmiotu, który ma ostatecznie ponieść jej ekonomiczne konsekwencje. W rezultacie wyróżnia się czynności prawne przedsięwzięte na własny albo cudzy rachunek. Uwzględniając obie przedstawione cechy działania w obrocie wyodrębnia się czynności prawne dokonane: (i.) we własnym imieniu i na własny rachunek; (ii.) w cudzym imieniu i na cudzy rachunek (przedstawicielstwo); (iii.) we własnym imieniu, lecz na cudzy rachunek (zastępstwo pośrednie). Teoretycznie możliwe wydaje się dokonanie czynności prawnej w cudzym imieniu, lecz na własny rachunek. Trudno jednak wskazać praktyczne zastosowanie takiej konstrukcji.

Uwzględniając powyższe uwagi, art. 1 § 1 Projektu można wyklądać na dwa sposoby, z których żaden nie jest wolny od zastrzeżeń.

Pierwszy zakłada, że pojęcie pośredniczenia w rozumieniu Projektu obejmuje nie tylko dokonywanie czynności faktycznych, ale również prawnych. Powołany przepis odnosi się bowiem do działania „w imieniu”, co sugeruje, że chodzi w tym przypadku o zastępstwo bezpośrednie lub pośrednie.

Taka interpretacja jest sprzeczna z utrwalonym w prawie polskim znaczeniem terminu „pośredniczenie”, które łączy się z dokonywaniem wyłącznie czynności faktycznych prowadzących do zawarcia umowy lub doprowadzenia do wymiany gospodarczej między podmiotami innymi niż pośrednik. Powoduje ona trudności w rozgraniczeniu pośredniczenia od, zdefiniowanego w art. 1 § 2 Projektu, pośrednictwa. Każde z nich może bowiem polegać zarówno na dokonywaniu czynności faktycznych, jak i prawnych. Należy również zauważyć, że w definicji umowy agencyjnej, zawartej w art. 30 § 1 Projektu, pojęcie pośredniczenia występuje w tradycyjnym rozumieniu, odnoszącym się wyłącznie do czynności faktycznych. Powołany przepis przewiduje bowiem definicję umowy agencyjnej tożsamą z zawartą w art. 758 § 1 KC. Przyjęcie tej interpretacji art. 1 § 1 Projektu prowadzi zatem do odmienności znaczeń tego samego pojęcia w ramach jednego aktu prawnego, a w konsekwencji do braku koherencji projektowanych przepisów.

Drugi sposób rozumienia pojęcia pośredniczenia na gruncie komentowanego przepisu zakłada uznanie, że konstrukcja działania „w imieniu” (cudzym albo własnym) ma zastosowanie nie tylko do czynności prawnych, ale również faktycznych. To ujęcie pozostaje w sprzeczności z jej rozumieniem utrwalonym w nauce prawa prywatnego. Odejście od niego prowadzi do wykreowania instytucji części ogólnej prawa cywilnego polegającej na zastępstwie w zakresie czynności faktycznych.

Jeżeli taka jest intencja Autorów Projektu, to należy ją ocenić krytycznie. Podążenie za nią stwarza konieczność uznania, że każda czynność faktyczna podejmowana na rzecz (na rachunek) innej osoby jest jednocześnie dokonywana w jej imieniu i w rezultacie stanowi pewną formę zastępstwa (w zakresie czynności faktycznych). Przykładowo należałoby w ten sposób postrzegać wykonanie dzieła albo przewóz przesyłki. Wprowadzenie takiego bytu do prawa prywatnego nie wydaje się potrzebne. Jest on zresztą trudny do skonceptualizowania i poddania regulacji prawnej (nie wiadomo zwłaszcza, czego takie unormowanie mogłoby dotyczyć oraz, jaka byłaby jego funkcja). Dowodem powyższego jest brak wykształcenia się w historycznym rozwoju prawa cywilnego instytucji upoważnienia do dokonywania czynności faktycznych.

Poczynione uwagi prowadzą do wniosku, że oba przedstawione sposoby interpretacji art. 1 § 1 Projektu nie prowadzą do rezultatów możliwych do zaakceptowania.

Pewnym remedium ograniczającym związane z tym wątpliwości byłyby zastąpienie pojęcia pośredniczenia z art. 1 § 1 Projektu terminem „pośrednictwo”. Przyjęcie szerokiego znaczenia tego ostatniego, a zatem obejmującego zobowiązanie pośrednika do pośredniczenia oraz zastępstwa, umożliwiłoby wykładnię, że działanie pośrednika „w imieniu” odnosi się wyłącznie do występowania przez niego jako zastępcy dającego zlecenie, a nie wykonywania czynności faktycznych. Wobec szerokiego ujęcia pośrednictwa na gruncie art. 1 § 2 Projektu, o którym będzie mowa w dalszej części rozważań, takie rozwiązanie wydaje się wzmacniać spójność projektowanych przepisów. Ponadto eliminowałoby to rozbieżność treści pojęcia pośredniczenia na gruncie art. 1 § 1 oraz art. 30 § 1 Projektu, przy jednoczesnym zachowaniu jego znaczenia utrwalonego w polskim prawie prywatnym.

Zaproponowana korekta nie usuwa jednak wszystkich wątpliwości związanych z analizowaną kwestią. Artykuł 1 § 1 Projektu dopuszcza bowiem działanie pośrednika we własnym imieniu i na własny rachunek. Niezależnie od tego, który z wyżej przedstawionych sposobów interpretacji się przyjmie, uwzględniając w tym również zaproponowaną zmianę powołanego przepisu, wynika z niego, że pośredniczenie (pośrednictwo) może odbywać się wyłącznie w przestrzeni między pośrednikiem a jego kontrahentem, a zatem w relacji dwupodmiotowej. Innymi słowy dopuszczalna jest sytuacja, w której pośrednik pośredniczy dla siebie samego, nie pełniąc roli łącznika między dającym zlecenie, a jego kontrahentem. W tym ujęciu pośredniczenie (pośrednictwo) może polegać na działaniu w obrocie we własnym imieniu, na własny rachunek i ryzyko, oraz w celu pozyskania własnych kontrahentów, którzy uiszczą należną mu cenę lub wynagrodzenie za usługę (brak elementu prowizji płatnej przez dającego zlecenie).

Takie rozumienie art. 1 § 1 Projektu znajduje potwierdzenie w niezrozumiałej, chociaż koherentnej z koncepcją pośredniczenia przyjętą w Projekcie, definicji umowy dystrybucyjnej (dystrybucji). Artykuł 45 § 1 Projektu stanowi bowiem, że dystrybutor dokonuje dalszej sprzedaży towarów lub świadczy usługi dostawcy we własnym imieniu i na własny rachunek, a jednocześnie, iż czyni to wobec „klientów pozyskanych dla dostawcy”⁸⁶⁹. Przepis ten zakłada zatem, że klientem dostawcy jest podmiot, którego nie łączy z dostawcą żaden stosunek prawny, a pośredniczenie przez pośrednika polega na sprzedaży jego własności lub świadczeniu przez niego usług. Tworzy to paradoks semantyczny, który, jak się wydaje, stanowi nadmierne uproszczenie oceny tych relacji nawet z perspektywy ekonomicznej.

Powoduje to powstanie trudnej do rozstrzygnięcia kwestii rozgraniczenia tak rozumianej umowy o pośrednictwo od innych kontraktów, w których dochodzi do zbycia towaru lub usługi nabytych wcześniej od innej osoby⁸⁷⁰. Przykładowo nasuwa się pytanie, jak ocenić kupno samochodu w salonie, a następnie jego sprzedaż przez konsumenta (we własnym imieniu i na własny rachunek) innemu podmiotowi na rynku wtórnym. Z perspektywy konstrukcyjnej jest to zachowanie w zasadzie tożsame z opisany na gruncie art. 1 § 1 Projektu. Prowadzi to do wniosku, że stanowi ono pośredniczenie w sensie prawnym. Podobne przykłady można mnożyć (sprzedaż dzieła uzyskanego w związku z wykonaniem umowy o dzieło, podnajęcie lokalu).

Oczywiście działanie konsumenta w przedstawionym stanie faktycznym nie spełnia wszystkich przesłanek z art. 1 § 1 Projektu. Nie jest bowiem ani stałe, ani podjęte w relacji dwustronnie profesjonalnej (celowo pominięto w tym miejscu wątek wynagrodzenia, który zostanie omówiony w dalszej części rozważań). Powyższe nie wpływa jednak na ocenę, że wskazane cechy nie definiują istoty samego pośredniczenia, lecz stanowią wyłącznie jego dodatkowe właściwości. W rezultacie, na gruncie innych niż wskazane w art. 1 § 1 Projektu kontraktów, może ono nie mieć charakteru stałego i występować we wszystkich rodzajach obrotu. Stosunek opisany w przykładzie wyczerpuje zatem treść dorywczego pośredniczenia we własnym imieniu, co z kolei prowadzi do zaskakującego (a zarazem niełatwego do zaakceptowania) wniosku, że potencjalnie jest ono wpisane w każdą umowę sprzedaży.

⁸⁶⁹ Artykuł 45 § 1 Projektu stanowi, że przez umowę dystrybucji dostawca zobowiązuje się na stałych, korzystniejszych niż rynkowe, zasadach sprzedawać i dostarczać w uzgodnionej ilości i okresach w ciągu roku towar [rzeczy oznaczone co do gatunku] lub udzielić za wynagrodzeniem prawa do świadczenia oznaczonych usług, a dystrybutor zobowiązuje się zapłacić dostawcy cenę oraz w swoim imieniu i na swój rachunek odsprzedawać towar lub świadczyć usługi klientom pozyskanym dla dostawcy.

⁸⁷⁰ Wątpliwości związane z pojęciem „obrotu usługą” zostały przedstawiono w dalszej części rozważań.

Po drugie, dopuszczalność pośredniczenia we własnym imieniu łączy się z kolejnym *novum* zaproponowanym w Projekcie. Stosownie do jego art. 1 § 1, zobowiązanie pośrednika odnosi się bowiem do pośredniczenia „w obrocie towarami lub usługami”, a nie – jak na gruncie art. 517 KZ, art. 568 KH i art. 758 § 1 KC – „przy lub w zawarciu umowy”⁸⁷¹.

Zmiana ma istotne znaczenie. Wprowadza odmienne, szersze rozumienie celu pośredniczenia, który nie ogranicza się do doprowadzenia przez pośrednika do zawarcia umowy docelowej (względnie wymiany gospodarczej, jeżeli w kontrakcie pośrednictwa występuje element zastępstwa pośredniego) między dającym zlecenie a osobą trzecią. Obejmuje wszystkie sytuacje, w których w wyniku działalności pośrednika dochodzi do obrotu towarem lub usługą. O ile zatem tradycyjne ujęcie celu pośredniczenia skupia się na ściśle określonym zdarzeniu prawnym (zawarcie umowy docelowej), to komentowana regulacja ekonomizuje je i stawia w centrum przedmiot obrotu (towar lub usługę), nie przesadzając podstawy (konstrukcji) prawnej jego „przejścia” od dającego zlecenie do dalszego odbiorcy. Potwierdza to, że czynności pośrednika nie muszą (choć mogą) polegać na skojarzeniu stron lub skłonieniu potencjalnego kontrahenta do zawarcia umowy docelowej z dającym zlecenie. Konsekwencją powyższego jest umożliwienie objęcia ramami świadczenia pośrednika działania we własnym imieniu i na własny rachunek, a w rezultacie stworzenie wspólnego mianownika dla umów: agencyjnej, dystrybucji (dystrybucyjnej) oraz franchisingu.

Ekonomizacja celu pośredniczenia stanowi źródło trzech istotnych wątpliwości interpretacyjnych.

Pierwsza została omówiona w kontekście zakresu znaczeniowego pośredniczenia na własny rachunek i we własnym imieniu. Również w tym przypadku trudno wskazać przyczynę, z której za pośredniczenie w obrocie towarem lub usługą nie należałoby uznać jego sprzedaży lub jej dalszego świadczenia przez pierwotnego nabywcę, który nie zobowiązał się do takiego działania. W tej sytuacji skutek ekonomiczny jest bowiem tożsamy z tym, który następuje w wyniku wykonania (wykonywania) umowy dystrybucyjnej lub franchisingu. Nie sposób przy tym wskazać wyraźnych kryteriów mogących ograniczyć projektowane pojęcie obrotu towarem lub usługą.

Druga wątpliwość wiąże się z posłużeniem się terminem „obróć usługą”⁸⁷². Nie wydaje się ono trafne z perspektywy tradycyjnej siatki pojęciowej prawa cywilnego. Usługa stanowi świadczenie, a zatem powinno zachowanie dłużnika, które z istoty nie może być przedmiotem

⁸⁷¹ Warto odnotować, że Projekt w definicji umowy agencyjnej (art. 30 § 1) stanowi o pośredniczeniu przy zawieraniu umów, a zatem odwołuje się do tradycyjnego ujęcia przedmiotu (celu) pośredniczenia.

⁸⁷² Niejasne jest również pojęcie „rynku zbytu usług” zawarte w art. 1 § 2 Projektu.

obrotu. Lepiej oddające istotę tego zagadnienia jest jego określenie w projektowanej definicji umowy dystrybucyjnej z art. 45 § 1 Projektu, który stanowi o „udzieleniu przez dostawcę prawa do świadczenia oznaczonych usług”. Z tej perspektywy „obróć usługą” należałoby traktować jako metonimię, której zaletą jest skrótowość. Wiążąca się z nią niejednoznaczność nie jest jednak optymalnym sposobem zdefiniowania jednego z podstawowych pojęć dla regulowanej grupy kontraktów.

Ostatni mankament komentowanego ujęcia celu pośredniczenia dotyczy okoliczności, iż obrót towarem lub usługą jest charakterystyczny wyłącznie dla niektórych odmian umowy franchisingu (dystrybucyjnego oraz usługowego). Nie występuje natomiast na gruncie franchisingu produkcyjnego, który w takim układzie pozostaje poza zakresem projektowanej regulacji.

Po trzecie, z art. 1 § 1 Projektu wynika, że za pośredniczenie pośrednikowi należy się wynagrodzenie od dającego zlecenie. To założenie budzi wątpliwości w kontekście umowy franchisingu oraz umowy dystrybucyjnej.

Należy zauważyć, że w ramach pierwszej wynagrodzenie jest, co do zasady, płacone przez uczestnika sieci (pośrednika) na rzecz jej organizatora (dającego zlecenie), a zatem w odwrotnym kierunku niż wynika z komentowanego przepisu. W związku z brakiem opublikowania projektu przepisów o franczyzie, trudno stwierdzić, jaka ostatecznie będzie ich treść w zamyśle autorów. Wydaje się jednak, że nie powinna ona odbiegać w tym zakresie od jej dotychczasowego ujęcia w doktrynie.

Rozważając omawiany problem w kontekście umowy dystrybucyjnej trzeba stwierdzić, że jej definicja z art. 45 § 1 Projektu wprost przewiduje, że w przypadku dystrybucji usług wynagrodzenie jest płatne przez pośrednika (dystrybutora) na rzecz dającego zlecenie (dostawcy). Przepis ten stanowi bowiem, że udzielenie temu pierwszemu prawa do świadczenia oznaczonych usług następuje za wynagrodzeniem. Odnośnie do dystrybucji towarów należy wskazać, że zobowiązanie dostawcy (dającego zlecenie) obejmuje stałą sprzedaż i dostarczanie towarów dystrybutorowi (pośrednikowi), który przyjmuje na siebie obowiązek ich dalszej sprzedaży we własnym imieniu i na własny rachunek. W tym rodzaju dystrybucji element wynagrodzenia rozumianego jako świadczenie jednej ze stron w ogóle nie występuje. Zarobek dystrybutora stanowi bowiem marża, a zatem różnica między ceną nabycia towaru a ceną uzyskaną z jego odsprzedaży.

Poczynione uwagi prowadzą do wniosku, że dwa z trzech projektowanych kontraktów nie spełniają przesłanki pośredniczenia za wynagrodzeniem z art. 1 § 1 Projektu. Budzi to uzasadnione wątpliwości co do trafności jej określenia w komentowanej propozycji regulacji.

Po czwarte, w Projekcie wprowadzono definicję legalną pojęcia pośrednictwa. Zgodnie z jego art. 1 § 2, co do zasady, polega ono na dokonywaniu czynności prawnych lub faktycznych, mających na celu utrzymanie lub poszerzenie rynku zbytu przez poszukiwanie klientów (odbiorców) dla oznaczonych towarów lub usług.

Interesujące jest, że powołany przepis abstrahuje od aspektu podmiotowego pośrednictwa. Nie wskazuje bowiem wprost, kto wykonuje pośrednictwo ani, na czyją rzecz to czyni. W rezultacie wydaje się, że należy odczytywać go łącznie z art. 1 § 1 Projektu i przyjąć, że jest ono świadczone przez pośrednika na rzecz lub w imieniu dającego zlecenie albo w imieniu własnym. Powoduje to, iż definicja pośrednictwa inkorporuje przedstawione wyżej wątpliwości odnośnie do definicji umowy o pośrednictwo, zwłaszcza związane z kwestią pośredniczenia (pośrednictwa) we własnym imieniu i na własny rachunek.

Posługując się argumentem *reductio ad absurdum* również w tym miejscu można wskazać, że proponowaną w Projekcie definicję pośrednictwa spełnia umowa sprzedaży. Polega ona bowiem na dokonaniu czynności prawnej mającej na celu poszerzenie lub utrzymanie rynku zbytu dla oznaczonych towarów lub usług⁸⁷³. Wydaje się, że pomocne dla usunięcia tego problemu mogłoby być dookreślenie w art. 1 § 2 Projektu, iż pośrednictwo odnosi się do towarów lub usług podmiotu innego niż pośrednik (dającego zlecenie).

Wyraźne określenie beneficjenta pośrednictwa w jego definicji nie prowadzi jednak do wyeliminowania wszystkich związanych z nią wątpliwości. Również w tym przypadku art. 1 § 2 Projektu dopuszcza możliwość pozyskiwania przez pośrednika klientów (odbiorców) dla towarów lub usług dającego zlecenie we własnym imieniu i na własny rachunek. Innymi słowy chodzi o sytuację, w której dającego zlecenie i „jego klienta” nie łączy żaden stosunek prawny. Aby takie ujęcie było możliwe (w celu objęcia definicją pośrednictwa również umowy dystrybucyjnej oraz umowy franchisingu), przepis stanowi o „klientie towaru lub usługi”, a nie o „klientie dającego zlecenie”. Z perspektywy cywilistycznej, a nawet językowej (semantycznej), trudno zaakceptować tę propozycję. Pojęcie klienta stanowi bowiem określenie strony umowy. Należy je zatem wiązać z jej zawarciem przez jeden podmiot z drugim, a nie z nabyciem określonego przedmiotu obrotu. Przykładowo można być zatem klientem przedsiębiorcy prowadzącego salon samochodowy, zakładu ubezpieczeń lub banku, ale trudno mówić o byciu klientem samochodu, ubezpieczenia lub rachunku bankowego.

Kolejna uwaga dotyczy określenia w definicji pośrednictwa składających się na nie czynności. Artykuł 1 § 2 Projektu przewiduje, że pośrednictwo może polegać nie tylko na

⁸⁷³ Warto zauważyć, że art. 1 § 2 Projektu nie odwołuje się do cechy stałości działania. Sugeruje to, że obejmuje również pośrednictwo, polegające na czynnościach dorywczych (jednorazowych).

wykonywaniu czynności faktycznych, ale również prawnych. Przypomina zatem, występujące w doktrynie oraz aprobowane w niniejszej pracy, szerokie ujęcie pośrednictwa (pośrednictwo *sensu largo*). Pojęcia te nie są jednak tożsame. Pierwsza różnica między nimi polega na tym, że projektowana definicja nie ogranicza aktywności pośrednika do pośredniczenia lub zawierania umów (zastępstwa), lecz dotyczy ogólnie dokonywania czynności faktycznych i prawnych. Powoduje to, że ramy pośrednictwa obejmują również czynności dokonywane przez pośrednika we własnym imieniu i na własny rachunek.

Druga odmienność wiąże się z wymienieniem w art. 1 § 2 Projektu jako pierwsze czynności prawnych, a nie faktycznych. Sugeruje to, że – odmiennie niż na gruncie tradycyjnego rozumienia tej instytucji – ważniejsze z perspektywy określenia istoty pośrednictwa jest dokonywanie czynności prawnych.

Trzecia różnica dotyczy ograniczenia celu czynności z zakresu pośrednictwa wyłącznie do funkcji zbywczej (sprzedażowej). Artykuł 1 § 2 Projektu ujmuje ją jako „utrzymanie lub poszerzenie rynku zbytu przez pozyskiwanie klientów (odbiorców) dla oznaczonych towarów lub usług”. Uwzględniając, że Projekt reguluje umowę agencyjną, franchisingu oraz dystrybucyjną, wskazane założenie nie budzi wątpliwości wyłącznie odnośnie do ostatniej z wymienionych. Konstrukcja umowy agencyjnej nie przesądza bowiem, że zawierane w wyniku jej wykonywania kontrakty docelowe mają mieć charakter zbywczy. Mimo aktualnie dominującego wykorzystywania jej w praktyce w tej funkcji (a nie dla nabywania towarów lub usług), nie jest wykluczone, że w przyszłości ten stan rzeczy ulegnie zmianie. Ponadto, jak wyjaśniono szerzej w § 3.III. rozdziału szóstego pracy, występowanie funkcji zbywczej na gruncie umowy franchisingu jest co najmniej nieoczywiste.

Nie można również pominąć, że szereg typów umów tradycyjnie zaliczanych pośrednictwa ma na celu ułatwienie nabycia towaru lub zawarcia umowy docelowej, której przedmiotem jest świadczenie usługi na rzecz dającego zlecenie. Trudno bowiem przykładowo przyjąć, że ubezpieczeniowa umowa brokerska jest zawierana w celu utrzymania lub poszerzenia rynku zbytu zakładu ubezpieczeń. Jak już wskazano, powyższe jest wyłącznie skutkiem wykonania, a nie przyczyną jej zawarcia. Z tej perspektywy Projekt pozostawia poza ustawowym pojęciem pośrednictwa szereg typów kontraktów, których przyporządkowanie do umów o pośrednictwo nie budzi wątpliwości w aktualnym stanie prawnym.

Być może intencją autorów komentowanej propozycji regulacji jest uwzględnienie pośrednictwa zbywczego w ramach definicji z art. 1 § 2 Projektu przez nadanie jej charakteru otwartego. Powołany przepis stanowi bowiem *in principio*, że pośrednictwo polega na działaniu w celu utrzymania lub poszerzania rynku zbytu, jeżeli z umowy albo właściwości zobowiązania

nie wynika nic innego. Dopuszczalne jest zatem przyjęcie, że z właściwości umów o pośrednictwo nabywcze wynika, iż pośrednictwo w ich przypadku obejmuje pomoc pośrednika w nabyciu określonego towaru lub usługi przez dającego zlecenie.

Przedstawiona w poprzednim akapicie koncepcja wydaje się kontrowersyjna. Zakłada bowiem wprowadzenie definicji legalnej pośrednictwa, która odnosi się wprost wyłącznie do jednego z jego przejawów (tj. do pośrednictwa zwykłego), marginalizując jednocześnie umowy o pośrednictwo nabywcze. Niejasne jest przy tym, kiedy z właściwości zobowiązania wynika, że pośrednictwo na jego gruncie stanowi działanie o innej treści niż wskazano w art. 1 § 2 Projektu oraz, jakie punkty odniesienia przyjąć dla takiej oceny. Ponadto, w związku z dopuszczeniem umownego określenia przez strony, na czym polega pośrednictwo w łączącym je stosunku prawnym, powstaje pytanie o granice ich swobody w tym zakresie. Przykładowo, czy mogą one ustalić, że pośrednictwo polega na świadczeniu niemającym nic wspólnego z pośredniczeniem, ani z zastępstwem?

Po piąte, komentowany Projekt zakłada dość wąskie ujęcie regulowanych w nim wprost umów o pośrednictwo. Zgodnie z art. 1 § 1 Projektu przepisy działu XX stosuje się bowiem, co do zasady, do dwustronnie profesjonalnych kontraktów o pośrednictwo stałe. Poza głównymi ramami regulacji pozostawiono natomiast umowy o pośrednictwo dorywcze oraz inne niż handlowe *sensu stricto*. Wyznaczenie ich reżimu prawnego następuje dopiero w „regule otwierającej” zawartej w art. 2 Projektu. W istocie składa się ona z trzech związanych ze sobą reguł. Pierwsza nakazuje stosować wprost przepisy ogólne (Rozdział I Projektu) do nieuregulowanych umów o pośrednictwo, przewidujących dokonanie przez jedną ze stron czynności faktycznych lub prawnych związanych z pośrednictwem handlowym na rzecz drugiej strony. Druga zakłada wyłącznie odpowiednie stosowanie do nich przepisów dotyczących uregulowanych w Projekcie typów umów o pośrednictwo (agencji oraz dystrybucyjnej). Trzecia przyznaje pierwszeństwo odpowiedniemu stosowaniu regulacji dotyczącej umowy agencji.

Wprowadzenie przepisów odsyłających, które prowadzą do objęcia nienazwanych umów o pośrednictwo reżimem prawnym nazwanych umów o pośrednictwo należy uznać za trafny kierunek zmian. Prowadzi to do ich wyraźnego wyłączenia z reżimu prawnego umowy zlecenia (umów o świadczenie usług).

Wątpliwości pojawiają się odnośnie do treści norm odsyłających. Ich hipotezy zakładają bowiem, że reguły otwierające odnoszą się wyłącznie do umów, których przedmiotem jest pośrednictwo handlowe. Wykładnia językowa art. 2 § 1 i art. 2 § 2 Projektu prowadzi zatem do wniosku, że *a contrario* odesłania nie dotyczą umów o pośrednictwo niehandlowe. Niejasne

jest przy tym, czy powołane przepisy traktują o pośrednictwie handlowym w szerokim znaczeniu (jednostronnie profesjonalnym po stronie pośrednika), czy wyłącznie w znaczeniu ścisłym (dwustronnie profesjonalnym). W ramach drugiego wariantu interpretacyjnego, przepisy działu XX nie wyznaczałyby reżimu prawnego szerokiej grupy umów o pośrednictwo, w których dającym zlecenie jest konsument. Oznaczałoby to, że szereg kontraktów tradycyjnie zaliczanych do umów o pośrednictwo pozostaje poza zakresem normowania projektowanej regulacji. W konsekwencji nie eliminuje ona trudności związanych z ustaleniem ich reżimu prawnego. Uprawnia to do stwierdzenia, że przedmiotowy zakres zastosowania Projektu został określony zbyt wąsko. Jeżeli założeniem jest uregulowanie grupy umów o pośrednictwo, to tworzone przepisy powinny mieć zastosowanie do większości z nich, a nie ograniczać się wyłącznie do pośrednictwa handlowego.

Przedstawione wyżej uwagi odnośnie do Projektu uwidaczniają poważne trudności w zakresie znormatywizowania grupy umów o pośrednictwo z wykorzystaniem techniki małych części ogólnych. W istotnym zakresie ich źródłem jest przyjęte przez autorów Projektu założenie, że umowa dystrybucyjna i umowa franchisingu powinny należeć do tego zbioru kontraktów. W niniejszej pracy starano się wykazać, że pogląd ten nie jest trafny. Pośrednictwo, franczyzę i dystrybucję dzielą bowiem znaczące różnice konstrukcyjne. Podstawowa z nich polega na tym, że uczestnik sieci oraz dystrybutor działają we własnym imieniu i na własny rachunek.

Powoduje to, że wspólny mianownik przyjęty dla typów umów uregulowanych w Projekcie jest niespójny wewnętrznie oraz w kontekście systemowym. Jego konstrukcja budzi istotne wątpliwości interpretacyjne. Potwierdza to przytoczony w uwagach wprowadzających pracy (rozdział pierwszy, § 1.) pogląd, że systematyka umów opierająca się na kryterium funkcji ekonomicznej umowy, prowadzi do mniejszego stopnia uporządkowania prawa umów, niż wykorzystanie kryterium świadczenia charakterystycznego.

Osiągnięcie trafnie określonego celu Projektu, w postaci wzmocnienia ochrony uczestnika sieci oraz dystrybutora, wymaga zatem przyjęcia innego rozwiązania, niż zredefiniowanie pojęć pośrednictwa i pośredniczenia (w istocie odrywającego je od ich tradycyjnego rozumienia). Wydaje się, że najprostsze jest wprowadzenie regulacji samodzielnych typów umów franchisingu oraz dystrybucyjnej, obejmujących również przepisy ochronne. Te ostatnie mogą być wprowadzone także przez dodanie norm odsyłających do odpowiedniego stosowania do franczyzy i dystrybucji przepisów o umowie agencyjnej (np. dotyczących świadczenia wyrównawczego). Poza tym wskazane kontrakty odznaczają się

elementami swoistymi, właściwymi wyłącznie dla nich, a nie dla umów o pośrednictwo. Dowodem powyższego są prace nad projektem nad odrębną regulacją umowy franchisingu.

Niezależnie od omówionego Projektu można wyobrazić sobie łączną, opartą na technice małych części ogólnych, regulację grupy umów o pośrednictwo, wyodrębnioną w oparciu o tradycyjne ujęcie pośrednictwa, a zatem według kryterium świadczenia charakterystycznego w postaci pośredniczenia. Nowe przepisy mogłyby objąć przepisy ogólne, wspólne wszystkim typom umów o pośrednictwo (np. dotyczące prowizji, obowiązku lojalności, działania na rzecz obu stron umowy docelowej), oraz szczególne, odnoszące się do ich trzech podstawowych typów, tj. umowy o pośrednictwo, umowy agencyjnej oraz umowy komisu. Prowadziłyby to do rozwiązań zbliżonych do zaproponowanych we wnioskach *de lege lata* i *de lege ferenda* niniejszej pracy. Nie jest jednak pewne, że te zmiany przyniosłyby istotne korzyści. Powstaje zwłaszcza pytanie, czy odstąpienie od ugruntowanej w polskim prawie cywilnym typologicznej metody regulacji umów nie spowodowałoby trudności orzeczniczych. W rezultacie uzasadnione wydaje się wsparcie dążeń do doskonalenia dotychczasowych osiągnięć cywilistyki w zakresie regulacji umów o pośrednictwo, a nie wprowadzania rewolucyjnych zmian. Systematyka umów, w tym kontraktów o pośrednictwo, powinna pozostać domeną rozważań doktrynalnych.