

ART. 26. KARA UMOWNA

- §1. Jeżeli strony zastrzegły w umowie obowiązek zapłaty oznaczonej kwoty na wypadek naruszenia zobowiązania (kara umowna), wierzyciel może żądać zapłaty tej kwoty na zasadach określonych w art. II:18, chyba że nie poniósł szkody.
- §2. Jeżeli zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana w stosunku do stopnia naruszenia interesu wierzyciela, dłużnik może żądać jej stosownego obniżenia.

A. Podstawy regulacji

A.1. Analiza prawnoporównawcza – źródła

Dla uregulowania instytucji kary umownej decydujące znaczenie mają rozwiązania przyjęte w art. 483 i art. 484 k.c., a także ich poprzednikach – art. 82, art. 84 i art. 85 k.z. Nie bez znaczenia pozostawały także regulacje proponowane w art. 9:509 PECL i art. 7.4.13 Zasad UNIDROIT.

A.2. Uzasadnienie regulacji – rozwój instytucji

Dopuszczalność i kształt zastrzeżeń zapłaty oznaczonej kwoty na wypadek naruszenia zobowiązania uważana jest za jedną z największych różnic między systemem *civil law* i *common law*⁴⁴⁸. Warianty sięgają od:

- 1) czystych klauzul „karnych” (np. starsze prawo francuskie);
- przez:
 - 2) klauzule „karne” z możliwością ingerencji sądu w przypadku rażącej dysproporcji między wysokością kwoty a naruszeniem interesów wierzyciela (rozmiarem szkody, ale także innych interesów; porządku kontynentalne);
 - 3) umowne odszkodowanie (porządku kontynentalne); obowiązek zapłaty umownego odszkodowania zazwyczaj uzależniony jest tu od wystąpie-

⁴⁴⁸ Por. A.N. Hatzis, *Civil Contract Law and Economic Reasoning – An Unlikely Pair* [w:] S. Grundmann, M. Schauer, *The Architecture of European Codes and Contract Law*, The Hague 2006, s. 175.

nia okoliczności uzasadniających ogólną odpowiedzialność odszkodowawczą dłużnika, na przykład winy⁴⁴⁹;
aż po:

4) generalny brak akceptacji dla umownego określenia kwot należnych wierzycielowi na wypadek naruszenia przez dłużnika zobowiązania, chyba że prowadzi to do podobnego efektu jak żądanie odszkodowania (w systemach *common law*).

Klauzule zapłaty określonej kwoty pieniężnej na wypadek naruszenia przez dłużnika zobowiązania stanowią także temat rozważań teoretyków z kręgu *law and economics*. Podkreśla się w szczególności, że tego typu zastrzeżenie ma wpływ na wysokość świadczeń głównych, a z drugiej strony również na decyzję dłużnika co do opłacalności realnego wykonania zobowiązania. Analizy prowadzą jednak do różnych wniosków. Zmierzą miarowicie albo do uznania za najbardziej efektywne rozwiązań, w myśl których umowne określenie „kary umownej” winno być szeroko akceptowane, z możliwością jedynie sądowej korekty w sytuacjach rażącego pokrzywdzenia dłużnika lub braku ekonomicznego uzasadnienia dla takiego zastrzeżenia⁴⁵⁰, albo też uznania ich skuteczności tylko w niektórych przypadkach, jednak przy szerokiej akceptacji zastrzeżeń kary umownej na korzyść konsumentów w umowach standardowych⁴⁵¹.

Kodeks zobowiązań jednoznacznie ujmował karę umowną jako umowne odszkodowanie, polegające na zapłacie oznaczonej sumy pieniężnej lub spełnieniu świadczenia (innego niż świadczenie główne); niezależnie od tytułu rozdziału i braku zwrotu „kara umowna” wyraźnie wskazywała na to także regulacja art. 82 § 1 k.z., przewidująca, iż „zapłata sumy lub spełnienie takiego świadczenia zastępuje odszkodowanie”. Jednocześnie jednak, w myśl art. 85 § 1 k.z., brak szkody po stronie wierzyciela uzasadniał jedynie obniżenie wysokości kary umownej, a nie wyłączał w całości uprawnienia do domagania się jej zapłaty. Aktualnie obowiązujący kodeks cywilny reguluje karę umowną przez wskazanie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika może nastąpić przez zapłatę oznaczonej sumy pieniężnej określonej w umowie. Kara umowna należy się wówczas wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Zakres jej zastosowania ograniczony jest przy tym wyłącznie do zobowiązań niepieniężnych; jeżeli zobowiązanie ma charakter pieniężny, funkcję tę przejmują odsetki. Regulacja zawarta w art. 483–484 k.c. budzi poważne wątpliwości w praktyce orzeczniczej i spory w doktrynie; mimo to kara umowna jest powszechnie stosowanym instrumentem zabezpieczającym interesy wierzyciela na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika, w szczególności w obrocie profesjonalnym.

⁴⁴⁹ Tak np. w prawie włoskim (por. A. Mari [w:] L. Antonioli, A. Veneziano [red.], *Principles of European Contract Law and Italian Law*, The Hague 2005, s. 473).

⁴⁵⁰ A.N. Hatzis, *Civil...*, s. 189.

⁴⁵¹ G. De Geest, *Penalty Clauses and Liquidated Damages* [w:] B. Bouckaert, G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume III: *The Regulation of Contracts*, Cheltenham 2000, dostępna również ze strony <http://encyclo.findlaw.com/>, s. 157–158.

Odmiernym podejściem do kary umownej cechuje się system *common law*. Ze względu na brak roszczenia o wykonanie zobowiązania, za niedopuszczalne uważa się także klauzule umowne mające na celu zniechęcenie dłużnika do niewykonania zobowiązania. Co więcej, niektórzy autorzy uznają je nawet za przypadek „kryminalizacji” wolnorynkowej konkurencji⁴⁵². Klauzule umowne określające wysokość kwoty, którą dłużnik ma obowiązek zapłacić wierzycielowi w przypadku naruszenia przez niego zobowiązania, są skuteczne w tym kręgu prawnym tylko wówczas, gdy stanowią ustaloną z góry kalkulację prawdopodobnej szkody wierzyciela; klauzule o charakterze karnym (w świetle okoliczności) nie mogą być skutecznie egzekwowane⁴⁵³.

Normę o brzmieniu zbliżonym do kodeksu cywilnego zawiera art. 7.4.13 Zasad umów międzynarodowych handlowych UNIDROIT. W komentarzu podkreśla się jednak, że zawarta tam definicja kary umownej (dosłownie: ustalonej kwoty, *specified sum*) sformułowana jest celowo na tyle szeroko, by objąć zarówno odszkodowanie umowne, jak też właściwą karę umowną, a nawet obie te instytucje łącznie⁴⁵⁴. Zwrot „irrespective of its actual harm” rozumiany jest jednocześnie w ten sposób, że wyklucza zarzut braku szkody po stronie wierzyciela lub jej mniejszego rozmiaru. Próba połączenia różnych tradycji prawnych w Zasadach prowadzi komentatorów do wniosku, że przyjęta w nich szeroka definicja kary umownej pozwala na jej zastrzeżenie również na wypadek siły wyższej, jakkolwiek możliwość ta traktowana jest z dużą ostrożnością⁴⁵⁵. Podobna teza stawiana jest również w odniesieniu do art. 9:509 PECL⁴⁵⁶.

Istotny element kształtu zastrzeżenia zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej na wypadek naruszenia zobowiązania stanowi także jego stosunek do innych środków przysługujących wierzycielowi. Projekt rozstrzyga to zagadnienie w art. II:27⁴⁵⁷.

Regulacja kary umownej czy to czysto „karnej” czy „odszkodowawczej” jest w większości porządków prawnych uzupełniana przez możliwość domagania się przez dłużnika obniżenia jej wysokości (w polskiej terminologii: miarkowania) w sytuacji rażącej dysproporcji pomiędzy jej rozmiarem a relevantnymi elementami jego odpowiedzialności – stopniem naruszenia przez niego zobowiązania, rozmiarem szkody poniesionej przez wierzyciela czy nawet ze względu na okoliczności. Szerokie ujęcie przesłanek miarkowania rozmiaru kary umownej znajduje się zarówno w art. 9:509 (2) PECL, jak i w art. 7.4.13 (2) Zasad UNIDROIT. Kodeks cywilny dopuszcza obniżenie wysokości kary umownej w sytuacji, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub

⁴⁵² Por. A.N. Hatzis, *Civil...*, s. 179, na uwagę zasługują jednak również dalsze uwagi autora odnoszące się do stosunku zastrzeżenia kary umownej do wysokości świadczeń określonych w umowie, podważające surowość cytowanej oceny.

⁴⁵³ M.H. Whincup, *Contract Law and Practice. The English System and Continental Comparisons*, The Hague–London–Boston 2001, s. 333 oraz cytowane przez niego orzecznictwo.

⁴⁵⁴ UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts (Rome) 2004, s. 251, dokument dostępny również ze strony <http://www.UNIDROIT.org>

⁴⁵⁵ *Ibidem*, s. 252.

⁴⁵⁶ A. Mari [w:] L. Antonioli, A. Veneziano (red.), *Principles...*, s. 475.

⁴⁵⁷ Por. uzasadnienie do niego.

jest ona „rażąco wygórowana”. Brak jednak wskazówek, w stosunku do czego należy oceniać dysproporcję kary umownej; niejednolite stanowisko prezentuje także piśmiennictwo i orzecznictwo⁴⁵⁸. Zakres obniżenia kary umownej określany jest w projektach europejskich przy użyciu otwartej formuły *the specified sum may be reduced to a reasonable amount* (PECL, Zasady UNIDROIT). Kodeks cywilny nie daje natomiast żadnych wskazówek w odniesieniu do kryteriów miarodajnych dla ustalenia zakresu miarkowania kary umownej⁴⁵⁹.

Postanowień dotyczących kary umownej nie zawiera natomiast ani Konwencja wiedeńska (ze względu na rozbieżności między systemem *common law* i kontynentalnymi), ani projekt *Acquis Group* (co wynika z metodologii pracy Grupy).

A.3. Założenia politycznoprawne

Przydatność kary umownej, w szczególności w obrocie dwustronnie profesjonalnym, potwierdza bogate orzecznictwo oraz literatura poświęcona tej instytucji. Jest ona znana, w różnej postaci i zakresie, jak przedstawiono powyżej, w zasadzie we wszystkich europejskich systemach prawnych. Służy ona ustaleniu przez strony z góry, już przy zawarciu umowy, kwoty, którą dłużnik będzie zobowiązany zapłacić wierzycielowi w przypadku naruszenia przez niego zobowiązania (aktualnie: jego niewykonania lub nienależytego wykonania). Zwalnia zarazem wierzyciela z konieczności udowodnienia dokładnego rozmiaru poniesionej szkody i tym samym ułatwia ochronę jego interesów naruszonych przez dłużnika.

Kształt tej instytucji budzi liczne wątpliwości, dlatego też precyzyjne określenie jej przesłanek jest konieczne do zapewnienia jej sprawnego funkcjonowania w obrocie. Odnoszą się one przede wszystkim do tego, czy kara umowna należy się wierzycielowi także wówczas, gdy nie poniósł on żadnej szkody, oraz czy dłużnik może się zwolnić od jej zapłaty, wskazując, że zaszły okoliczności wyłączające jego odpowiedzialność odszkodowawczą⁴⁶⁰, a zatem czy ma ona charakter odszkodowania umownego, czy też pełni funkcję *stricte* kary za naruszenie zobowiązania. Różnice, opisane powyżej, występują w szczególności pomiędzy systemem *common law* oraz kontynentalnym; w projektach kodyfikacyjnych próby połączenia różnych tradycji prowadzą do niejednoznacznych rozstrzygnięć. Nie bez znaczenia pozostają aspekty procesowe: zastrzeżenie kary umownej, nawet wówczas, gdy pełni ona funkcję odszkodowawczą, zwalnia wierzyciela z obowiązku wykazywania dokładnego rozmiaru poniesionej szkody i przenosi na dłużnika konieczność udowodnienia, że wierzyciel nie doznał żadnego uszczerbku lub

⁴⁵⁸ Por. P. Drapała [w:] E. Łętowska (red.), *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań, część ogólna*, t. 5, Warszawa 2006, s. 974–975 i cytowane przez niego orzecznictwo.

⁴⁵⁹ Dyskusję w tym przedmiocie szeroko omawia P. Drapała [w:] E. Łętowska (red.), *System...*, t. 5, s. 977 i n.

⁴⁶⁰ W odniesieniu do obowiązującego stanu prawnego por. przegląd poglądów dokonany przez P. Drapałę [w:] E. Łętowska (red.), *System...*, t. 5 s. 963 i n. oraz uchwałę SN z 6 listopada 2003, III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69.

że jest ona rażąco wygórowana, o ile taką możliwość przewidują obowiązujące normy. Z wyjątkiem systemów *common law* wysokość kary umownej, nawet jeśli ma charakter przeważająco odszkodowawczy, może przekraczać, również w znacznym (ale nie rażącym) stopniu rozmiar szkody poniesionej przez wierzyciela. W tym sensie pełni ona również funkcję represyjną.

Projekt pozostaje przy tradycji kary umownej jako umownego odszkodowania z elementami represyjnymi⁴⁶¹, dopuszcza jednak jej skuteczność w znacznie szerszym zakresie niż obowiązujący kodeks cywilny. Kara umowna, w myśl art. II:26 § 1 projektu może obejmować wszystkie przypadki naruszenia zobowiązania w rozumieniu art. II:1 projektu. Korekta w kierunku nadania jej bardziej represyjnego charakteru została uwzględniona w sferze dowodowej. W sytuacji naruszenia zobowiązania przez dłużnika wierzyciel dysponuje, w myśl art. II:4, roszczeniem o spełnienie świadczenia; uzasadnione jest zatem neutralne ukształtowanie zastrzeżenia kary umownej, pozwalające dłużnikowi na względnie swobodną ocenę opłacalności realnego wykonania zobowiązania. Temu samemu celowi podporządkowane jest rozstrzygnięcie konfliktu między karą umowną a roszczeniem odszkodowawczym i odsetkami zawarte w art. II:27 projektu. Nie wydawała się przy tym zasadna rezygnacja z obowiązującej dopuszczalności miarkowania kary umownej. Służy ona bowiem realizacji *in casu* (por. uwagi poniżej w pkt. B.3.3) postulatu słuszności i sprawiedliwości.

B. Komentarz

B.1. Cel i znaczenie regulacji

B.1.1. Kształt kary umownej

Cel regulacji zawartej w projekcie polega na jasnym określeniu kary umownej jako odszkodowania umownego, dla realizacji którego konieczne jest, by naruszenie zobowiązania dłużnika prowadziło do powstania po stronie wierzyciela szkody, a dłużnik mógł zwolnić się z obowiązku jej zapłaty z powołaniem się na okoliczności wyłączające jego odpowiedzialność odszkodowawczą. Powiązanie kary umownej z odpowiedzialnością odszkodowawczą uzasadnione jest ogólną zasadą przyjętą przez projekt, w myśl której realizacja środków służących wierzycielowi w przypadku naruszenia przez dłużnika zobowiązania ma doprowadzić do stanu możliwie zbliżonego do prawidłowego wykonania zobowiązania przez dłużnika. Niespójna systemowo byłaby w tym świetle norma pozwalająca na regulację umowną, stawiającą wierzyciela w wyniku naruszenia zobowiązania przez dłużnika w sytuacji zdecydowanie lepszej, niż byłby wówczas, gdyby zobowiązanie wykonano prawidłowo, a do takiego rezultatu prowadziłoby dopuszczenie czysto sankcyjnej kary umownej. Można nawet zaryzykować tezę, że podważałaby ona przyjęty przez projekt sposób wyważenia interesów pomiędzy wierzycielem a dłużnikiem, wynikający z naruszenia przez jedną ze stron

⁴⁶¹ Por. P. Drapała [w:] E. Łętowska (red.), *System...*, t. 5, s. 958.

zobowiązania. Wszystkie normy ograniczające podstawy lub zakres odszkodowania mogłyby łatwo w konkretnym stosunku prawnym zostać wyłączone przez zastrzeżenie kary umownej. Jeżeli zatem wierzyciel nie dysponuje ani roszczeniem o naprawienie szkody (w tym – o charakterze niematerialnym), ani uprawnieniem do obniżenia własnego świadczenia, nie powinno mu służyć także roszczenie o zapłatę kary umownej. Nie oznacza to oczywiście, że wysokość kary umownej będzie w każdym wypadku pokrywać się z rozmiarem rzeczywiście poniesionej szkody. Niewątpliwą zaletą kary umownej jest bowiem pewne uprzywilejowanie wierzyciela (ograniczona funkcja represyjna). Musi ono mieścić się jednak w granicach zakreślonych odpowiednim wyważeniem interesu obu stron stosunku zobowiązaniowego. Wierzyciel może zatem otrzymać tytułem kary umownej kwotę wyższą, niż uzyskałby tytułem odszkodowania, pod warunkiem że nie byłaby ona rażąco wygórowana w stosunku do stopnia naruszenia interesu wierzyciela. W sytuacji przekroczenia tych granic dłużnik może, na podstawie art. II:26 §2 projektu, domagać się jej stosunkowego obniżenia.

Zaostrzenie reżimu tej instytucji daje się dostrzec w sferze dowodowej: zwrot „chyba, że nie poniósł szkody” zmierza do odwrócenia ciężaru dowodu (przy zastrzeżeniu, że to zagadnienie zostanie ujęte tak jak w obowiązującym art. 6 k.c.) i nałożenia na dłużnika obowiązku wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. Należy przypuszczać, że taki dowód tylko rzadko odniesie skutek; dłużnikowi zazwyczaj nie będą znane stosunki majątkowe wierzyciela. Jednocześnie jednak regulacja ta stanowi swoisty hamulec dla nadużywania przez wierzyciela roszczenia o zapłatę kary umownej, jeżeli nie będą mu przysługiwały żadne inne uprawnienia na podstawie przepisów regulujących środki przysługujące mu w razie naruszenia zobowiązania przez dłużnika.

Kara umowna może, zgodnie z art. II:26 §1 projektu, przybrać postać wyłącznie świadczenia oznaczonej sumy pieniężnej; twórcy projektu nie zdecydowali się na powrót do regulacji kodeksu zobowiązań, dopuszczającego zastrzeżenie odszkodowania umownego w postaci spełnienia innego świadczenia. W istniejącej rzeczywistości gospodarczej nie wydaje się rysować taka potrzeba; w sytuacji wolnej konkurencji na rynku możliwość domagania się zapłaty sumy pieniężnej stanowi wystarczające zabezpieczenie interesów wierzyciela. Za ograniczeniem kary umownej do świadczenia pieniężnego przemawiają także względy procesowe: egzekucja tego typu świadczeń jest współcześnie najszybsza, najtańsza i najbardziej efektywna.

B.1.2. Miarkowanie kary umownej

Nierównomiernemu rozłożeniu ryzyka pomiędzy strony stosunku zobowiązaniowego zapobiegać ma także regulacja miarkowania kary umownej w art. II:26 §2 projektu. Możliwość obniżenia wysokości kary umownej art. II:26 §2 uzależnia od jasno określonej przesłanki, jaką stanowi jej rażąca niewspółmierność w porównaniu ze stopniem naruszenia interesu wierzyciela. Projekt pozostaje przy tym przy obowiązującej regule domagania się obniżenia wysokości kary umownej przez sąd; przyznanie w tym miej-

scu dłużnikowi uprawnienia prawokształtującego lub nałożenie na strony obowiązku negocjacji wysokości kary umownej wydawałoby się wypaczać naturę tej instytucji.

B.2. Kontekst regulacji – zakres zastosowania

B.2.1. Treść i realizacja kary umownej

Roszczenie o zapłatę kary umownej będzie przysługiwało wierzycielowi tylko wówczas, gdy odpowiednie postanowienie zostanie zastrzeżone w umowie. Projekt nie ogranicza możliwości zastrzeżenia kary umownej wyłącznie do stosunków dwustronnie profesjonalnych, lecz ujmuje ją jako instytucję obrotu powszechnego, która może równie dobrze funkcjonować w stosunkach prawnych z udziałem konsumentów i być zastrzegana zarówno na ich korzyść, jak i na korzyść przedsiębiorcy.

Dla skuteczności klauzuli kary umownej wystarczające jest wskazanie jej sumy; w sytuacji braku określenia, jakie zdarzenia uprawniają wierzyciela do domagania się jej zapłaty, należy przyjąć, że chodzi o każdy przypadek naruszenia zobowiązania objęty art. II:26 § 1 projektu. Nic nie stoi na przeszkodzie wprowadzeniu odmiennych kwot kary umownej w zależności od rodzaju naruszenia zobowiązania. W tej sytuacji, jeżeli umowa milczy w pozostałym zakresie, kara umowna nie będzie się należała wierzycielowi w przypadku naruszenia zobowiązania innego niż wymienione w treści umowy. Regulacja przyjęta w projekcie nie wyklucza także możliwości zastrzeżenia obowiązku zapłaty kary umownej na wypadek naruszenia zobowiązań wynikających z innych źródeł niż umowa.

Projekt zrywa w art. II:26 § 1 z rozróżnieniem odsetek, przysługujących wierzycielowi w przypadku naruszenia zobowiązania pieniężnego, i kary umownej zastrzeganej na wypadek naruszenia zobowiązania niepieniężnego⁴⁶². Kara umowna może, w myśl projektu, zostać zastrzeżona także na wypadek naruszenia zobowiązania pieniężnego, w miejsce lub równoległe z odsetkami.

Ogólna formuła użyta w art. II:26 § 1 projektu pozwala przyjąć, że zastrzeżenie kary umownej będzie dopuszczalne także na wypadek naruszenia powinności wynikającej z zobowiązania przez wierzyciela świadczenia głównego (art. II:1 § 3 projektu). Zwrot „wierzyciel” należy rozumieć w tym kontekście jako „uprawniony do domagania się zapłaty kary umownej” (na marginesie warto zauważyć, że w zakresie tej sytuacji osłabi to spór o charakter niektórych obowiązków wynikających z umowy, na przykład obowiązku odebrania przedmiotu sprzedaży przez kupującego). Przesłanki dochodzenia przez dłużnika zapłaty kary umownej będą kształtowały się wówczas analogicznie jak przesłanki dochodzenia zapłaty kary umownej przez wierzyciela.

⁴⁶² Por. uchwały SN z: 26 września 1969 r., III CZP 8/69, OSNCP 1970, nr 6, poz. 97 i 15 maja 1976 r., III CZP 2/76, OSNCP 1977, nr 4, poz. 66.

Użycie w art. II:26 § 1 projektu zwrotu „oznaczonej kwoty” jednoznacznie rozstrzyga, że kara umowna może przybrać postać wyłącznie świadczenia pieniężnego. Nie oznacza to oczywiście, podobnie jak w obowiązującym stanie prawnym⁴⁶³, że kara umowna musi być wyrażona stałą kwotą. Projekt dopuszcza dynamiczne określenie kary umownej – typowo w stosunku do rozmiaru opóźnienia (1000 zł za każdy dzień) czy jako ułamek wartości świadczenia głównego (1/10 wartości inwestycji za każdy miesiąc opóźnienia).

Projekt stwierdza w art. II:26 § 1, że wierzyciel może się domagać zapłaty kary umownej na zasadach określonych w art. II:18 projektu. Regulacja ta oznacza, że co do zasady kara umowna należy się wierzycielowi tylko wówczas, gdy poniósł on szkodę. Jej rozmiar jest jednak z punktu widzenia dochodzenia kary umownej bez znaczenia. Możliwość realizacji omawianego uprawnienia wyłącza w całości tylko dowód, że sytuacja majątkowa wierzyciela wskutek naruszenia zobowiązania nie uległa pogorszeniu. Przez zastrzeżenie, „chyba że (wierzyciel) nie poniósł szkody” ciężar udowodnienia faktu, że naruszenie zobowiązania nie doprowadziło do uszczerbku w prawie chronionych dobrach wierzyciela, został przeniesiony na dłużnika. Jak wskazano powyżej, jego przeprowadzenie w praktyce będzie bardzo trudne; nie można go jednak z góry wykluczyć. Dłużnik w szczególności będzie musiał brać pod uwagę, że na gruncie projektu w szerszym zakresie niż w obowiązującym kodeksie cywilnym chroniony jest niematerialny interes wierzyciela w uzyskaniu świadczenia (por. art. II:19 projektu). Odszkodowanie w takiej sytuacji może być jednak uzasadnione jedynie właściwością zobowiązania zmierzającego do zaspokojenia niemajątkowego interesu wierzyciela – a tym samym jest to fakt znany dłużnikowi już od chwili powstania zobowiązania. Z drugiej strony dłużnik będzie mógł bronić się także zarzutem, że poniesiona przez wierzyciela szkoda ma taki charakter, iż w chwili zawarcia umowy nie przewidział i nie mógł jej przewidzieć jako skutku naruszenia zobowiązania (art. II:20 projektu). Również te okoliczności są znane dłużnikowi; regulacja ta jest w tym sensie spójna systemowo i nie można jej postawić zarzutu, że nakłada na dłużnika obowiązek któremu nie byłby w stanie sprostać.

Drugą przesłankę domagania się zapłaty kary umownej, wynikającą z odesłania do art. II:18 projektu, stanowi okoliczność, że naruszenie zobowiązania nie wynika z przyczyn leżących poza kontrolą dłużnika, względnie osób, z pomocą których wykonuje zobowiązanie lub którym powierza wykonanie zobowiązania, i są one takiej natury, że ich skutkiem nie można było zapobiec nawet przy dochowaniu należytej staranności. Norma ta nie wyklucza powstania obowiązku zapłaty kary umownej w sytuacji umownego nałożenia na dłużnika dalej idącej odpowiedzialności, pod warunkiem dopuszczalności tego typu klauzul w świetle ogólnych przepisów o swobodzie umów (pozostających poza regulacją niniejszego projektu). Znaczenie tego odesłania sprowadza się do jednoznacznego powiązania obowiązku zapłaty kary umownej z odpowiedzialnością odszkodowawczą, wynikającą z ustawy lub umowy w tym sensie, że samo zastrzeżenie kary umownej nie

⁴⁶³ P. Drapała [w:] E. Łętowska, *System...*, t. 5, s. 960.

wyklucza uprawnienia dłużnika do powołania się na okoliczności wskazane w art. II:18 projektu. Natomiast o ile właściwość zobowiązania lub okoliczności usprawiedliwiają zawarte w umowie postanowienie o przyjęciu przez dłużnika w konkretnym stosunku prawnym odpowiedzialności za naruszenie zobowiązania, wynikające na przykład z siły wyższej⁴⁶⁴, należy uznać za dopuszczalne także wzmocnienie tej odpowiedzialności obowiązkiem zapłaty kary umownej.

B.2.2. Przesłanki i zakres miarkowania kary umownej

Miarkowanie kary umownej jest dopuszczalne w świetle projektu jedynie wówczas, gdy jest ona rażąco wygórowana w stosunku do stopnia naruszenia interesu wierzyciela. Przyjęta formuła pozwala zatem na obniżenie kary umownej tylko wówczas, gdy jest to uzasadnione okolicznościami leżącymi po stronie wierzyciela. Wyklucza to przede wszystkim powołanie się na akceptowaną w obowiązującym stanie prawnym przesłankę niskiego stopnia winy dłużnika⁴⁶⁵. Na znaczeniu traci także koncepcja porównania wysokości kary umownej z wartością zobowiązania głównego. Obniżenie kary umownej w świetle projektowanej normy będzie nadal uzasadniać rozbieżność pomiędzy rozmiarem kary umownej i wysokością szkody poniesionej przez wierzyciela lub rozmiarem należnego mu na podstawie ustawy odszkodowania (o ile te dwie wartości odbiegają od siebie). Pojęcie „naruszenie interesu wierzyciela” nie ogranicza się jednak do wskazanych powyżej dwóch elementów. W wyznaczonych nim granicach mieści się także konieczność uwzględnienia rodzaju prawnie chronionych dóbr, w których wskutek naruszenia zobowiązania powstała szkoda (w szczególności – czy szkoda ma charakter niemajątkowy czy majątkowy; w zależności od specyfiki danego stosunku zobowiązaniowego mogą się okazać konieczne dalsze rozróżnienia) oraz samego rodzaju naruszenia zobowiązania; tytułem przykładów warto wskazać: rozmiar opóźnienia w spełnieniu świadczenia, świadczenie towarów nie należytej jakości – odbiegającej znacznie lub jedynie nieznacznie od jakości określonej w umowie. Także okoliczność, że zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane (por. art. 484 § 2 k.c.), wpływa na ocenę rozmiaru naruszenia interesu wierzyciela. Do możliwości miarkowania kary umownej należy podchodzić z dużą ostrożnością, jeżeli naruszenie zobowiązania przez dłużnika jest takiej natury, że nie można rozsądnie oczekiwać od drugiej strony, iż będzie związana umową (art. II:10 i art. II:11 projektu).

Zastosowanie instytucji uregulowanej w art. II:26 § 2 projektu uzależnione jest od rażącej dysproporcji pomiędzy stopniem naruszenia interesu wierzyciela

⁴⁶⁴ Por. jednak wątpliwości wyrażone w UNIDROIT Principles..., s. 252; w aktualnym stanie prawnym tego typu klauzule ujmowane są jako klauzule gwarancyjne, a nie kara umowna; por. T. Wiśniewski, *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, księga III, teza 6 do art. 483 k.c.; ich nieograniczoną dopuszczalność neguje P. Drapała [w:] E. Łętowska (red.), *System...*, t. 5, s. 965.

⁴⁶⁵ Por. P. Drapała [w:] E. Łętowska (red.), *System...*, t. 5, s. 975 i cytowane przez niego orzecznictwo; na marginesie należy zauważyć, że w systemie szerokiej odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika przyjętej przez projekt okoliczności „subiektywne” musiałyby być rozumiane jako rodzaj przyczyn, które doprowadziły do naruszenia przez dłużnika zobowiązania.

ciela i wysokością kary umownej. Nie będzie tym samym wystarczające wykazanie, że szkoda wierzyciela jest w świetle okoliczności niższa niż suma, do zapłaty której zobowiązany byłby dłużnik. W tym zakresie zachowają aktualność poglądy wyrażane w odniesieniu do obowiązującego art. 484 § 2 k.c.⁴⁶⁶.

Projekt nie określa dokładnie rozmiaru obniżenia kary umownej, pozostając przy otwartej formule „stosownego obniżenia”. Podobnie jak w aktualnym stanie prawnym, nie oznacza to zrównania rozmiaru kary umownej z odszkodowaniem należnym na podstawie przepisów ustawy. Obniżenie powinno natomiast nastąpić w stosunku do okoliczności relewantnych z punktu widzenia omawianej instytucji wskazanych powyżej; należy przy tym zachować ograniczoną funkcję represyjną kary umownej (por. uwagi zamieszczone powyżej w pkt. B.1).

B.3. Wykładnia

B.3.1. Stosunek do innych uprawnień przysługujących wierzycielowi

Stosunek kary umownej do roszczenia odszkodowawczego oraz odsetek został rozstrzygnięty w art. II:27 projektu (por. uzasadnienie do niego). Brak natomiast normy regulującej wpływ skorzystania przez wierzyciela z innych przyznanych mu uprawnień na roszczenie o zapłatę kary umownej. Punkt wyjścia rozstrzygnięcia tej wątpliwości stanowi zasada, w myśl której wierzyciel ma co do zasady prawo wyboru, które uprawnienie wykonać; kumulacja roszczeń jest dopuszczalna przy zastrzeżeniu, że dalsze uprawnienia wygasają wraz z zaspokojeniem interesu wierzyciela, wynikającym z realizacji jednego (kilku) z nich. Domaganiu się odszkodowania nie stoi na przeszkodzie sama okoliczność, że wierzyciel skutecznie domagał się doprowadzenia świadczenia do stanu zgodnego z zobowiązaniem, lub że z takiego uprawnienia skorzystał dłużnik; także obniżenie przez wierzyciela własnego świadczenia nie prowadzi *per se* do wygaśnięcia roszczeń odszkodowawczych. We wszystkich tych przypadkach domaganie się naprawienia szkody jest dopuszczalne, o ile wierzyciel poniósł uszczerbek w prawnie chronionych dobrach, który nie został wyrównany przy użyciu wskazanych uprzednio środków. Taka sama reguła obowiązywać musi również w odniesieniu do roszczenia o zapłatę kary umownej. Dłużnik, chcąc się zwolnić z obowiązku jej zapłaty w takiej sytuacji, będzie musiał udowodnić, że:

a) w sytuacji doprowadzenia świadczenia do stanu zgodnego z zobowiązaniem – wartość świadczenia doprowadzonego do stanu zgodności odpowiada wartości świadczenia niewadliwego od początku, a wierzyciel nie poniósł uszczerbku w innych dobrach;

b) w sytuacji skorzystania przez wierzyciela z uprawnienia do własnego świadczenia, również w sytuacji doprowadzenia przez dłużnika świadczenia do stanu zgodnego z zobowiązaniem – uszczerbek wierzyciela realizował się wyłącznie w odniesieniu do wartości świadczenia i został w pełni pokryty przez obniżenie własnego świadczenia wierzyciela.

⁴⁶⁶ Zamiast wielu por. P. Drapała [w:] E. Łętowska, *System...*, s. 974.

W obu sytuacjach należy brać pod uwagę, że jeżeli zobowiązanie zmierzало do zaspokojenia niemajątkowego interesu wierzyciela, okoliczność, czy doznał on szkody niemajątkowej, jest praktycznie nieweryfikowalna.

Żądaniu zapłaty kary umownej nie stoi na przeszkodzie wykonanie przez wierzyciela prawa odstąpienia od umowy. Wynika to jednoznacznie z regulacji przyjętej w art. II:13 § 1 projektu, w myśl której odstąpienie od umowy nie znosi istniejącego zobowiązania, a w szczególności nie narusza postanowień umownych dotyczących skutków naruszenia zobowiązania.

B.3.2. Wpływ naruszenia zobowiązania przez wierzyciela na roszczenie o zapłatę kary umownej

W myśl art. II:2 § 1 projektu wierzyciel nie może wykonywać uprawnień przysługujących mu w razie naruszenia zobowiązania w zakresie, w jakim naruszenie zobowiązania wynika z przyczyn jego dotyczących. Zarazem, na podstawie art. II:2 § 3 projektu wierzyciel nie może domagać się naprawienia szkody w zakresie, w jakim szkoda powstała z przyczyn dotyczących wierzyciela albo w jakim nie zapobiegł jej powstaniu lub zwiększeniu przez podjęcie środków, których można było od niego w sposób usprawiedliwiony oczekiwać. Zastosowanie tych reguł może prowadzić do pewnych trudności, jeśli na wypadek naruszenia zobowiązania została zastrzeżona w umowie kara umowna. Do żądania zapłaty kary umownej uprawnia wierzyciela wszak sam fakt naruszenia zobowiązania przez dłużnika i wystąpienie szkody – niezależnie od jej rozmiaru.

Uzasadniona wydaje się interpretacja, w myśl której kara umowna nie będzie się należała wierzycielowi, jeżeli naruszenie zobowiązania wynika wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wierzyciela. Do podobnego wniosku mogłoby również prowadzić zresztą porównanie z treścią art. II:18 projektu – skoro naruszenie zobowiązania wynika wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wierzyciela, to tym samym – leżących poza kontrolą dłużnika; trudno sobie wyobrazić sytuację, w której dłużnikowi mógłby wówczas zostać postawiony zarzut, że mógł (przy dochowaniu należytej staranności) zapobiec wystąpieniu ich skutków; *a priori* nie można jednak odrzucić takiej możliwości.

W sytuacji gdy naruszenie zobowiązania wynika tylko z przyczyn leżących częściowo po stronie dłużnika w rozumieniu art. II:18 projektu, nie można wykluczyć dopuszczalności żądania przez wierzyciela zapłaty kary umownej. Wystąpienie okoliczności opisanych w art. II:2 § 1 lub § 3 powinno natomiast prowadzić do obniżenia kary umownej na podstawie art. II:26 § 2 projektu. Oznacza to, że relewantne naruszenie interesu wierzyciela będzie rozpatrywane tylko w odniesieniu do naruszenia zobowiązania w zakresie przypisywalnym dłużnikowi. Brak natomiast podstaw do przyjęcia, że naruszenie interesu wierzyciela, wynikające z przyczyn leżących po jego stronie, „mechanicznie” obniża lub wyłącza uprawnienie wierzyciela do domagania się kary umownej. Operacja taka byłaby zresztą w praktyce nie do przeprowadzenia i naraża się na zarzut zniweczenia funkcji represyjnej kary umownej i zrównania jej z odszkodowaniem należnym na podstawie

przepisów ustawy (tak rozumiana kara umowna zbliżałaby się wówczas w kształcie do wąsko rozumianego umownego odszkodowania akceptowanego w systemach *common law*). W świetle proponowanej regulacji uprawniającej jedynie do miarkowania kary umownej, w sytuacji dopiero rażącej dysproporcji między stopniem naruszenia interesu wierzyciela i wysokością kary umownej trudna do zaakceptowania wydaje się także teza, iż naruszenie zobowiązania, wynikające nawet w przeważającym stopniu z przyczyn leżących po stronie wierzyciela, automatycznie niweluje jego uprawnienie do domagania się zapłaty kary umownej.

B.3.3. Miarkowanie kary umownej a dopuszczalność umownej modyfikacji skutków naruszenia zobowiązania

Regulacje dopuszczające miarkowanie kary umownej krytykowane są z dwóch punktów widzenia: z jednej strony podnosi się, że narusza to autonomię woli i sprzeciwia zasadzie *volenti non fit iniuria*⁴⁶⁷; przedstawiciele szkoły *Law and Economics* akcentują natomiast wpływ zastrzeżenia kary umownej na wysokość innych zobowiązań wynikających z umowy⁴⁶⁸. Przyjęta przez projekt regulacja wychodzi naprzeciw tym poglądom; powiązanie możliwości miarkowania kary umownej jedynie w stosunku do stopnia naruszenia interesu wierzyciela powoduje, że korzystanie z tej instytucji uzależnione jest jedynie od szczególnych okoliczności konkretnego przypadku (*ad casu*). Klauzule określające zasady domagania się kary umownej oraz jej wysokość w pierwszej kolejności podlegać będą wszak ocenie z punktu widzenia kryterium zgodności z dobrymi obyczajami przewidzianego w art. II:1 § 4 projektu. Dopiero wówczas, gdy test ten da wynik pozytywny, możliwe będzie miarkowanie kary umownej, o ile w danym przypadku jej domaganie się w pełnej wysokości zakłóci w rażącym stopniu kontraktowy rozkład ryzyka między stronami. Wyłączenie z przesłanek obniżenia kary umownej przyczyn naruszenia zobowiązania leżących po stronie dłużnika służy także poszanowaniu swobody regulacji skutków naruszenia zobowiązania wynikających z umowy oraz ochronie interesów stron umowy: dłużnik nie może liczyć na to, że jego lekkie zaniedbania umożliwią mu uniknięcie surowszej odpowiedzialności związanej z zastrzeżeniem kary umownej; oceniając zaś ryzyko związane z naruszeniem zobowiązania, będzie musiał w takiej sytuacji brać natomiast pod uwagę uzasadnione interesy wierzyciela związane z realizacją umowy.

B.4. Przykłady

1. Po zakończeniu umowy agencji agent i zlecający zawarli umowę o zakresie podejmowania przez byłego agenta działalności konkurencyjnej przez okres sześciu miesięcy po zakończeniu umowy za określonym wynagrodzeniem, zastrzegając karę umowną na wypadek podjęcia przez byłego agenta

⁴⁶⁷ Por. P. Drapała [w:] E. Łętowska (red.), *System...*, t. 5, s. 971.

⁴⁶⁸ A.N. Hatzis, *Civil...*, s. 189.

takiej działalności. Po dwóch miesiącach były agent podejmuje działalność konkurencyjną.

[Dopuszczalność i zakres kary umownej w przypadku naruszenia zakazu działalności konkurencyjnej stanowi jeden z ważniejszych elementów dyskusji dotyczącej tej instytucji w obowiązującym stanie prawnym⁴⁶⁹. Podstawowy problem podnoszony w związku z tą kwestią wiąże się z trudnościami w udowodnieniu wystąpienia szkody wskutek naruszenia zobowiązania do niepodejmowania działalności konkurencyjnej. Na gruncie rozwiązań przyjętych przez projekt w przytoczonym przykładzie skuteczność roszczenia wierzyciela o zapłatę kary umownej zależeć będzie od tego, czy dłużnikowi (byłemu agentowi) może udać się dowód, że wierzyciel nie poniósł żadnej szkody. Na samym wierzycielu (zlecającym) nie ciąży bowiem, na podstawie art. II:26 §1 projektu, obowiązek wykazania jej wystąpienia. Istotne znaczenie w tym zakresie przypada kształtowi odpowiedzialności odszkodowawczej, który nie stanowi przedmiotu komentowanego projektu, lecz winien zostać objęty przepisami ogólnymi dotyczącymi zobowiązań. Decydującą rolę odgrywa bowiem w takich sytuacjach możliwość uwzględnienia szkody przyszłej lub ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej jedynie do szkody aktualnie poniesionej (por. art. 7.4.3 Zasad UNIDROIT). Na marginesie warto zauważyć, że jeżeli zlecający wypłacał byłemu agentowi wynagrodzenie za okres, w którym nie przestrzegał on już zakazu konkurencji, nie otrzymał on świadczenia wzajemnego, a tym samym spełnienie przez niego świadczenia było daremne. Z zastrzeżeniem wskazanych powyżej wątpliwości, dotyczących zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej, można w tym miejscu zaryzykować tezę, że już ta okoliczność może być traktowana jako poniesienie szkody].

2. Przedsiębiorca A zawarł z przedsiębiorcą B umowę sprzedaży maszyn na raty w wysokości 5000 euro płatne przez 48 miesięcy. Umowa przewiduje, że w przypadku odstąpienia od umowy A ma prawo zachować zapłacone do tej pory raty oraz domagać się pozostałej części ceny sprzedaży tytułem kary umownej. B nie płaci jedenastej raty, wskutek czego A odstępuje od umowy, zachowując zapłacone 50000 euro i domaga się zapłaty pozostałych 190000 euro tytułem kary umownej.

[W komentarzu do Zasad UNIDROIT, skąd zaczerpnięty został powyższy przykład, jednoznacznie stwierdzono, że w tej sytuacji powinno dojść do niarokowania kary umownej ze względu na rażącą rozbieżność pomiędzy naruszeniem interesu wierzyciela a stopniem naruszenia zobowiązania⁴⁷⁰. Do podobnego wniosku prowadzić będzie zastosowanie art. II:26 §2 projektu. Trzeba jednak zwrócić uwagę na kilka okoliczności, które mogą mieć wpływ na ocenę przedstawionej sytuacji. W pierwszej kolejności klauzula o takiej treści, jak przytoczono w przykładzie, winna w świetle projektu zostać oceniona przez pryzmat kryteriów wskazanych w art. II:1 §4 projektu. Na jej dopuszczalność w konkretnym przypadku może mieć bowiem wpływ fakt, czy stanowiące przedmiot umowy maszyny miały cechy typowe, co

⁴⁶⁹ Por. np. wyrok SN z 5 kwietnia 2005 r., I PK 2004, nr 196; OSNP 2005, nr 22 poz. 354.

⁴⁷⁰ UNIDROIT Principles..., s. 254.

pozwoilioby sprzedawcy relatywnie szybko znale nowego nabywc , czy te zostały wyprodukowane na potrzeby konkretnego indywidualnego kupujcego. W szczególnie ci wówczas, gdy były one tego rodzaju, e wierzyciel b dzie w stanie uczyni je przedmiotem dalszego obrotu jedynie przy poniesieniu znacznych nakładów, dysproporcja mi dzy stopniem naruszenia interesu wierzyciela i naruszeniem zobowi zania przez dłu nika mo e okaza si nie a tak ra ca. Na konieciezno miarkowania kary umownej w takiej sytuacji wskazuje wprawdzie dyrektywa, w my l której wierzyciel, który nie spełnił wiadczenia (za dał jego zwrotu w konsekwencji odst pienia od umowy), nawet je eli okoliczno ta jest przypisywalna dłu nikowi, nie mo e znale si w takiej sytuacji, jakby je prawidłowo i w cao ci spełnił. Z drugiej strony nale y mie na uwadze fakt, czy wierzyciel poniósł nakłady celem uzyskania wiadczenia, które wskutek naruszenia zobowi zania przez kupujcego stało si dla niego zb dne; zasadno miarkowania kary umownej zale y od ustalenia rozkładu ryzyka kontraktowego⁴¹. W ka dej jednak sytuacji trzeba b dzie mie przy tym na uwadze, e dłu nik, nawet w sytuacji odst pienia od umowy, mo e – na zasadzie art. 11:8 §2 projektu, wykona swoje uprawnienie do doprowadzenia wiadczenia do stanu zgodnego z zobowi zaniem. W tym wypadku rozwa enia wymaga, czy zapłata opó nionej raty wraz z odsetkami ustawowymi lub umownymi prowadzi do udaremnienia o wiadczenia wierzyciela o odst pieniu od umowy].

ART. 27. ZBIEG KARY UMOWNEJ I ODSZKODOWANIA LUB ODSETEK

- §1. Zastrze enie kary umownej nie uchybia mo liwo ci dochodzenia naprawienia szkody na zasadach ogólnych.
- §2. Je eli wierzycielowi przysługuje uprawnienie do dania zapłaty kary umownej oraz odsetek, mo e domaga si co najwy ej zapłaty kwoty równej wy szej z tych nale no ci.

A. Podstawy regulacji

A.1. Analiza prawnoporównawcza – ródła

Rozstrzygni cie konfliktu pomi dzy roszczeniem o zapłat kary umownej i odsetek oraz roszczeniem odszkodowawczym, decyduj ce o charakterze tej instytucji, zawarte jest w art. 484 §1 k.c. W my l tego przepisu

⁴¹ Na marginesie nale y zauwa y , e obowi zek zapłaty całego wiadczenia głównego w przypadku wyga ni cia umowy z przyczyn dotycz cych dłu nika przewiduj obowi zuj ce przepisy o leasingu; por. art. 709§3, art. 709§5, art. 709§5 k.c. Z tego te wzgl du omawiany przykład odnosi si do umowy sprzeda y na raty.