

ALEXANDER MARTIN JURANEK\*

KLAUZULE INDEMNIFIKACYJNE  
JAKO SZCZEGÓLNY MECHANIZM MODYFIKACJI  
ODPOWIEDZIALNOŚCI KONTRAKTOWEJ  
PRZEZ ALOKACJĘ RYZYKA  
A KWESTIA AKCESORYJNYCH ZASTRZEŻEŃ  
UMOWNYCH ZABEZPIECZAJĄCYCH ICH WYKONANIE

1. UWAGI WSTĘPNE

Współczesna dywersyfikacja obrotu gospodarczego — w szczególności w sferze szeroko rozumianego prawa umów — skłania jego uczestników do sięgania w celu ochrony swoich interesów do instrumentów właściwych obcym porządkom prawnym i transponowania ich do praktyki kontraktowej ukształtowanej w obszarze prawa krajowego. Jednym z przykładów takiego działania jest coraz szersze stosowanie tzw. klauzul indemnifikacyjnych, należących do szerszej grupy tzw. klauzul alokacji ryzyka<sup>1</sup>.

W polskiej literaturze przedmiotu omawiane tutaj zastrzeżenie nie zostało jeszcze w sposób gruntowny przeanalizowane. Brak w tym zakresie szerszych opracowań, natomiast poszczególne rozważania o naturze cywilistycznej co do zasadności wyodrębnienia tego typu klauzul, ich relacji względem — nadrzędnej niejako — grupy umów gwarancyjnych czy w końcu trafności transponowania tego

---

\* *Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Handlowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, członkiem zespołu badawczego nad europejskim i polskim prawem prywatnym w Instytucie Nauk Prawnych Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.*

<sup>1</sup> Mimo że pojawiające się w ramach opracowania pojęcie „klauzula alokacyjna” będzie stosowane w zasadzie synonimicznie wobec „klauzuli indemnifikacyjnej”, należy mieć na względzie, że konstrukcyjnie są to pojęcia rozbieżne, z których pierwsze cechuje się zdecydowanie szerszą liczbą desygnatów.

modelu alokacji ryzyka stały się przedmiotem kilku zaledwie rozważań<sup>2</sup>. Również sygnalizacyjnie zagadnieniu temu poświęca się uwagę w doktrynie prawa spółek w odniesieniu do umów o zarządzanie spółką zależną lub przy analizowaniu klauzul transakcyjnych w procesie fuzji i przejęć (tzw. transakcje M&A)<sup>3</sup>.

Na potrzeby niniejszych rozważań, w pierwszej kolejności omówione zostanie *ratio* stosowania klauzul indemnifikacyjnych w praktyce obrotu gospodarczego, sposób ich zastrzegania, występujące rodzaje zastrzeżeń tego typu, a w ostateczności — relacja pomiędzy klauzulą indemnifikacyjną a akcesoryjnymi postanowieniami umownymi, których celem będzie zabezpieczenie wykonania tejsze klauzuli (kara umowna, tzw. zastrzeżenia quasi-penalne<sup>4</sup>).

## 2. PRÓBA ZDEFINIOWANIA KLAUZUL INDEMNIFIKACYJNYCH

Na grunt prawa polskiego klauzule indemnifikacyjne zostały niejako recypowane z praktyki kontraktowej systemu *common law*. Abstrahując od rozważań terminologicznych co do komentowanego zastrzeżenia<sup>5</sup>, warto jedynie przyjąć, że klauzule te mogą przybrać postać tzw. czystych *indemnities*, które obejmują ryzyka wynikające ze wskazanych okoliczności niezależnie od tego, w jaki sposób owo ryzyko się ziści, bądź też obejmować będą ryzyka związane z naruszeniem umowy przez jedną ze stron, wyrządzeniem szkody przez jedną z nich drugiej, ryzyko zmaterializowania się roszczeń osób trzecich czy w końcu wystąpienia wszelkich innych zdarzeń, które są niezależne od stron, a nawet niezależne od zachowań „typowo ludzkich” (np. ziszczenie się określonych skutków finansowych)<sup>6</sup>. Co więcej, indemnizacja w systemie *common law* wysunięta jest tak daleko, że dopuszcza za-

<sup>2</sup> Zob. w szczególności W. Borysiak: komentarz do art. 356 (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2019, nb 45–45.1, Legalis; M. Łolik: *Klauzule indemnifikacyjne w praktyce obrotu gospodarczego*, Przegląd Prawa Handlowego (dalej: PPH) 2016, nr 6, s. 11–18; J. Jastrzębski: *Klauzule indemnifikacyjne w prawie polskim*, PPH 2017, nr 6, s. 5–17; *idem*: *O klauzulach indemnifikacyjnych i pojęciu umowy gwarancyjnej*, PPH 2018, nr 3, s. 19–26; A. Szlęzak: *O klauzulach indemnifikacyjnych, representations and warranties i instytucjach pokrewnych w prawie polskim*, PPH 2017, nr 11, s. 21–27.

<sup>3</sup> Zob. P. Piniór: komentarz do art. 7 (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, pod red. J.A. Strzępki, Warszawa 2015, nb 21, Legalis; A. Szumański: *Potrzeba uchylecia przepisów art. 7 k.s.h. (w:) System prawa prywatnego*, t. 17A, *Prawo spółek kapitałowych*, pod red. S. Sołtysińskiego, Warszawa 2015, s. 817–819; *idem*: *Umowa o zarządzanie spółką zależną (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja: Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1–150 k.s.h.*, t. I, Warszawa 2012, nb 36, Legalis; A. Opalski: *Kapitał zakładowy. Zysk. Umorzenie*, Warszawa 2002, rozdział IX, pkt 2E, LEX nr 213785; K.J. Hopt: *Proces transakcyjny i klauzule umowne w transakcjach M&A*, PPH 2016, nr 7, s. 4–10.

<sup>4</sup> Przez pojęcie klauzul quasi-penalnych rozumiem dodatkowe zastrzeżenia umowne mające wywoływać co do zasady zbliżony do kary umownej skutek w sytuacji majątkowej dłużnika, ale niezawierające się w reżimie art. 483–484 k.c., a przez to podlegające innym kwantyfikatorom i mechanizmowi redukcji — szerzej zob. przyp. 85.

<sup>5</sup> Szerzej na ten temat zob. J. Jastrzębski: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 5–7.

<sup>6</sup> *Ibidem*, s. 6.

strzeżenie klauzul mających na celu ochronę wierzyciela indemnifikacyjnego przed skutkami jego własnych działań, w szczególności niedbalstwa etc.<sup>7</sup>

Stosunkowo zbieżne rozumienie klauzulom indemnifikacyjnym nadaje się w polskiej literaturze, gdzie określa się je jako zastrzeżenia umowne, mocą których jedna ze stron zobowiązuje się zabezpieczyć, chronić i zwolnić w razie konieczności drugą stronę z poniesienia wskazanych w klauzuli strat, którymi zazwyczaj są wszelkiego rodzaju zobowiązania, koszty czy odszkodowania<sup>8</sup>. Ich zadaniem jest precyzyjne wyznaczenie zakresu odpowiedzialności względem różnego rodzaju zdarzeń, których wystąpienie zabezpieczają. Dookreślają tym samym, która ze stron stosunku obligacyjnego poniesie ciężar ekonomiczny wystąpienia określonego zdarzenia, w szczególności przyjmując w tym ujęciu całkowicie inny rozkład ciężaru odpowiedzialności, aniżeli wynikałoby to z przepisów prawa<sup>9</sup>. Co istotne, mogą dotyczyć zarówno zabezpieczenia przed roszczeniami o charakterze *stricte* prywatnoprawnym, a więc w szczególności powstałych na podstawie kontraktowej czy deliktowej, jak i zobowiązań o charakterze publicznoprawnym. W dwóch ostatnich przypadkach strony nie mogą jednak co do zasady wyłączyć takiej odpowiedzialności, niemniej mocą klauzuli indemnifikacyjnej dokonują dookreślenia, która z nich poniesie ciężar ekonomiczny wystąpienia określonego zdarzenia<sup>10</sup>.

Z kolei w doktrynie prawa spółek wskazuje się, że klauzule indemnifikacyjne mają za cel co do zasady wyłączyć odpowiedzialność spółki zależnej za szkody spowodowane osobom trzecim przez tę spółkę z uwagi na stosowanie się do poleceń wydawanych przez spółkę dominującą. Wyłączają więc z reguły odpowiedzialność spółki niedominującej, zatem ich ujawnienie nie będzie rodziło skutku nieważności postanowień, która to nieważność obejmuje wszystkie zastrzeżenia ograniczające lub wyłączające odpowiedzialność spółki dominującej wobec spółki zależnej lub jej wierzycieli, które nie zostały zgłoszone przez zarząd spółki dominującej do sądu rejestrowego w terminie przepisany<sup>11</sup>. Klauzulami indemnifikacyjnymi są tym samym na tej płaszczyźnie takie postanowienia umowne, które wyłączają odpowiedzialność spółki zależnej za szkodę wyrządzoną innej spółce z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy albo wyłączają lub modyfikują zakres odpowiedzialności spółki zależnej za zobowiązania wobec jej wierzycieli z tego tytułu, że stosowała się do poleceń spółki dominującej<sup>12</sup>. Nie jest zatem przedmiotem tych

<sup>7</sup> *Ibidem*. Autor wskazuje jednak na pojawiające się w tym zakresie wątpliwości dotyczące granic, w jakich rzeczony ryzyko niedbalstwa strony może być umownie przeniesione na drugą stronę stosunku zobowiązaniowego. W szczególności rozważana jest kwestia, czy może to dotyczyć wyłącznie „prostego” niedbalstwa, czy też wszelkich jego kwalifikowanych postaci.

<sup>8</sup> Tak K.J. Hopt: *Proces transakcyjny...*, *op. cit.*, s. 9.

<sup>9</sup> Zob. M. Łolik: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 11.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Zob. P. Piniór: *komentarz...*, *op. cit.*, nb 21, Legalis.

<sup>12</sup> Tak A. Szumański: *Potrzeba uchylecia...*, *op. cit.*, s. 817.

klauzul ograniczenie czy wyłączenie komentowanej tu odpowiedzialności spółki dominującej, ale ograniczenie lub wręcz wyłączenie odpowiedzialności spółki zależnej, która urzeczywistniłaby się w braku poczynienia takiego zastrzeżenia<sup>13</sup>. Stąd nie sam fakt istnienia klauzul indemnifikacyjnych podlega ujawnieniu we właściwym rejestrze, ale okoliczność ich braku w ramach treści umowy holdingowej<sup>14</sup>. Warto też zaakcentować pogląd pojawiający się wśród niektórych przedstawicieli doktryny, że zastrzeżenie klauzuli indemnifikacyjnej w umowie spółki albo w jej statucie poczytywane jest za nieważne<sup>15</sup> na podstawie art. 58 § 3 kodeksu cywilnego<sup>16</sup>.

W generalnym uproszczeniu można więc przyjąć, że celem klauzuli indemnifikacyjnej — niezależnie od płaszczyzny, w której jest rozpatrywana — będzie każdorazowo zwolnienie określonego podmiotu z odpowiedzialności w odniesieniu do określonego ryzyka<sup>17</sup>, zaś zastrzeżenie tego typu może być także czynione w odniesieniu do osób trzecich<sup>18</sup>. Zobowiązany z klauzuli indemnifikacyjnej (dłużnik indemnifikacyjny) będzie wobec kontrahenta (wierzyciela indemnifikacyjnego) zarówno zaciągał zobowiązanie do jego uchronienia od wskazanych w klauzuli roszczeń (wszelkiego rodzaju), jak i przyrzekał rekompensatę wszelkich poniesionych z tytułu ich wystąpienia szkód<sup>19</sup>.

### 3. WSKAZANIE REŻIMU PRAWNEGO

Klauzule indemnifikacyjne, z uwagi na przypisywaną im podstawową funkcję w ramach kontraktu, w którym są zastrzegane, klasyfikować należy jako *sui generis* umowy o charakterze gwarancyjnym. Sporne jest jednak, czy zobowiązanie do zapobiegania szkodzie na podstawie takiego postanowienia umownego ma charakter pierwotny czy wtórny wobec zobowiązania głównego, z którego wynika rzeczona powinność, a tym samym — jak kształtować się będzie wachlarz uprawnień

<sup>13</sup> Zob. A. Szumański: komentarz do art. 7 (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1–150 k.s.h.*, t. I, Warszawa 2012, nb 36, Legalis. Dalej autor ten stwierdza, że „skoro spółkę dominującą oraz zależną łączy umowa holdingowa, która może przewidywać ograniczenie bądź wyłączenie odpowiedzialności spółki dominującej względem spółki zależnej [...], to w interesie uczestników obrotu gospodarczego, a więc także wierzycieli spółki, leży ujawnienie tych okoliczności nie tylko od strony pozytywnej, czyli przez określenie zakresu tej odpowiedzialności (art. 7 § 1 KSH), ale także od strony negatywnej (art. 7 § 2 KSH), czyli przez wskazanie braku bądź istnienia ograniczenia takiej odpowiedzialności w stosunku do wzorca ukształtowanego przez praktykę kontraktową (inspirowaną na razie praktyką obcą), który to wzorzec daje podstawy do wyodrębnienia tzw. empirycznych typów umów”.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Takie stanowisko przyjmuje A. Opalski: *Kapitał zakładowy...*, *op. cit.*, nb 2E. Przy czym rozumiem, że zdaniem autora nieważność ta obejmuje klauzulę indemnifikacyjną wprowadzoną do umowy spółki lub statutu, a nie klauzulę indemnifikacyjną zawartą w treści umowy holdingowej albo w ramach umowy transakcyjnej w procesie M&A.

<sup>16</sup> Ustawa z dnia 17 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.); dalej: k.c.

<sup>17</sup> Zob. K.J. Hopt: *Proces transakcyjny...*, *op. cit.*, s. 10.

<sup>18</sup> Tak zdaje się J. Jastrzębski: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 13.

<sup>19</sup> Zob. R. Zakrzewski: *The Nature of Claim on an Indemnity*, *Journal of Contract Law* 2006, nr 22, s. 54.

wierzyciela w stosunku do dłużnika poza oczywistym pokryciem powstania szkody w aspekcie materialnym<sup>20</sup>.

Rdzeniem toczącej się w polskim piśmiennictwie dyskusji jest związanie podstaw konstrukcji klauzul indemnifikacyjnych albo z dyspozycją przepisu art. 391 k.c.<sup>21</sup>, albo z art. 392 k.c.<sup>22</sup>, co z kolei nawiązuje do jeszcze innej spornej kwestii — ustalenia tego, co jest istotą świadczenia wynikającego z umów gwarancyjnych<sup>23</sup>. Część autorów opowiada się bowiem za koncepcją, w myśl której „pierwotnym obowiązkiem gwaranta jest powstrzymanie wierzyciela przed dochodzeniem określonego świadczenia od dłużnika”<sup>24</sup>; inni z kolei argumentują „za pierwotnym charakterem odszkodowawczego zobowiązania gwaranta”<sup>25</sup>, uznając je za podstawowy model umowy gwarancyjnej w prawie polskim, a więc również właściwy względem klauzuli indemnifikacyjnej<sup>26</sup>. Strony mogą oczywiście inaczej ukształtować treść zobowiązania indemnifikacyjnego w umowie, w szczególności przez przyjęcie, że dłużnik będzie zobowiązany do podejmowania wszystkich działań mających ochronić wierzyciela przed szkodą, zastrzegając w razie nieosiągnięcia tego celu jego odpowiedzialność na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.)<sup>27</sup>, albo też tak, że na dłużniku spoczywał będzie nie tylko obowiązek podejmowania działań ochronnych wobec ryzyka poniesienia szkody przez wierzyciela, ale że jego odpowiedzialność zostanie rozszerzona także na zagwarantowanie niewystąpienia szkody w ogóle<sup>28</sup>.

Inni autorzy wśród samodzielnych podstaw zastrzegania tego typu klauzul dostrzegają chociażby ogólną zasadę swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.)<sup>29</sup>, czy też funkcjonowanie innych, zbliżonych w pewien sposób instytucji ustawowych (chociażby w kontekście art. 523 k.c.)<sup>30</sup>. Znaczenie w tych rozważaniach ma jednak ogólny

<sup>20</sup> Tak J. Jastrzębski: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 8.

<sup>21</sup> Taki związek proponuje A. Szlęzak, przy czym autor ten uważa, że nie powinno się ograniczać wyłącznie do stosowania jednego z tych przepisów w odniesieniu do klauzul indemnifikacyjnych, ale że „obok art. 392 k.c.” powinna znaleźć zastosowanie „także regulacja art. 391 k.c.” — zob. A. Szlęzak: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 25.

<sup>22</sup> Za kwalifikacją prawną przydatną dla opisu klauzul indemnifikacyjnych, wynikającą z art. 392 k.c., opowiada się J. Jastrzębski: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 8–9; *idem*: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 19–20.

<sup>23</sup> Zob. J. Jastrzębski: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 8.

<sup>24</sup> Tak P. Drapała: *Umowa o zwolnienie dłużnika przez osobę trzecią z obowiązku świadczenia (art. 392 k.c.)*, *Przegląd Sądowy* 2003, nr 2, s. 28.

<sup>25</sup> Tak E. Łętowska: *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970, s. 67 i 71–72; P. Machnikowski: *Umowa o zwolnienie poręczyciela z obowiązku świadczenia*, *Monitor Prawniczy* 2008, nr 9, s. 497; A. Szlęzak: *Kilka uwag o umowach gwarancyjnych — na marginesie wyroku Sądu Najwyższego z 9.10.2014 r. (IV CSK 29/14)*, *Przegląd Sądowy* 2015, nr 7–8, s. 15–19. Podobnie zdaje się W. Popiołek: komentarz do art. 392 (w:) *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–449*<sup>10</sup>, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2018, nb 1, Legalis.

<sup>26</sup> Takie stanowisko prezentuje J. Jastrzębski: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 9. **Odmienne** M. Łolik: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 12, który podobnie jak A. Szlęzak: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 25, uznaje oba warianty za równoprawne.

<sup>27</sup> Zob. J. Jastrzębski: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 9.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Zob. M. Łolik: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 11.

<sup>30</sup> *Ibidem*; autor ten twierdzi, że „art. 523 k.c. wyraża regułę interpretacyjną, która zakłada, że w przypadku, gdy zbywca nieruchomości zobowiązał się w umowie do zwolnienia nabywcy od długów związanych z tą nieru-

wniosek, że niezależnie od wywiedzionej podstawy zastrzeżenia tej klauzuli, dłużnik indemnifikacyjny może co do zasady samodzielnie decydować o sposobie osiągnięcia określonego w tym postanowieniu skutku, z uwzględnieniem ogólnych zasad zgodności działania z prawem<sup>31</sup>.

W kontekście powyższych okoliczności uzasadnione wydaje się stanowisko, że pierwotnym zobowiązaniem dłużnika indemnifikacyjnego będzie tu szeroko rozumiana obrona swego wierzyciela przed roszczeniami (zarówno prywatno-, jak i publicznoprawnymi) lub całkowite uwolnienie go od tej odpowiedzialności. W tym znaczeniu zobowiązanie dłużnika z klauzuli indemnifikacyjnej będzie zobowiązaniem rezultatu<sup>32</sup>. Dopiero na skutek nieosiągnięcia określonego w tej klauzuli rezultatu zmaterializuje się wtórna odpowiedzialność odszkodowawcza gwaranta wobec swojego wierzyciela indemnifikacyjnego<sup>33</sup> (dłużnika w „stosunku podstawowym”<sup>34</sup>).

W nawiązaniu do zasygnalizowanego na wstępie rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta w systemie *common law* również o przypadki, kiedy obowiązek świadczenia wynika z niedbalstwa wierzyciela indemnifikacyjnego — podobną konstrukcję można przyjąć także w prawie polskim w oparciu o ogólne założenia wynikające z zasady swobody umów<sup>35</sup>. W takiej sytuacji dokonana mocą art. 353<sup>1</sup> k.c. alokacja ryzyka po stronie dłużnika indemnifikacyjnego, uwzględniająca niedbałe zachowania dłużnika ze stosunku podstawowego, może być z punktu widzenia całości stosunku obligacyjnego rozwiązaniem nawet bardziej efektywnym aniżeli odpłatne przejęcie rzeczoności ryzyka przed podmiot trzeci (np. ubezpieczyciela)<sup>36</sup>. Co więcej, to właśnie ta umowna alokacja ryzyka określonych zdarzeń,

---

chomością, to w razie wątpliwości zakłada się, iż została zawarta umowa przejęcia długów. Stosownie do art. 519 § 2 pkt 2 k.c. wymagana jest zgoda wierzyciela wyrażona w formie pisemnej (art. 522 zd. 2 k.c.). W przypadku braku zgody wierzyciela na przejęcie długu, nabywca odpowiada wobec zbywcy za to, że wierzyciel nie będzie od niego żądał świadczenia”.

<sup>31</sup> Co do możliwości osiągnięcia przez gwaranta skutku wszelkimi legalnymi sposobami por. W. Popiołek: komentarz do art. 392, *op. cit.*, nb 1, Legalis.

<sup>32</sup> Tak M. Łolik: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 12.

<sup>33</sup> Podobnie M. Łolik: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 12.

<sup>34</sup> Pojęcie stosunku podstawowego ma charakter skrótowego myślowego służącego uproszczeniu zobrazowania powoływanych przykładów i relacji między nimi; tylko w takim charakterze będzie używane. Jak zostanie później wywiedzione, zobowiązanie z klauzuli indemnifikacyjnej ma charakter nieakcesoryjny, całkowicie samoistny, i jako takie *per se* tworzy całkowicie odrębny stosunek obligacyjny pomiędzy dłużnikiem indemnifikacyjnym (podmiotem przyjmującym na siebie zobowiązanie do zapewnienia „ochrony przed roszczeniami” swemu mocodawcy albo zwolnienia tegoż z odpowiedzialności, jeśli takie roszczenia zmaterializowałyby się) a wierzycielem indemnifikacyjnym (podmiotem uprawnionym z klauzuli indemnifikacyjnej, a zobowiązanym w „stosunku podstawowym”). Nie ma więc potrzeby poszukiwania jakiegokolwiek „stosunku podstawowego” *sensu stricto*, bowiem celem tych klauzul nie jest zabezpieczenie spełnienia świadczenia wynikającego z innego stosunku.

<sup>35</sup> Zob. J. Jastrzębski: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 11.

<sup>36</sup> *Ibidem*. Autor ten, odnosząc to konkretnie do umowy agencyjnej, przyjmuje także, że „konsekwentnie, musi to prowadzić do wyłączenia możliwości powołania się przez pryncypała na przyczynienie drugiej strony w zakresie, w jakim zgodził się on ponosić ryzyko jej niedbałych zachowań. Przyczynienie mogłoby natomiast dojść do głosu np. w przypadku, gdy przyczynienie agenta nie tyle dotyczyłoby samej przyczyny roszczenia osoby trzeciej, ile przejawiało się w niestarannej obronie i niepoinformowaniu pryncypała o roszczeniu”.

a zwłaszcza tych niezależnych od stron — wskazywana jest jako najistotniejsze i zarazem typowe pole zastosowania klauzul indemnifikacyjnych<sup>37</sup>.

Z całą mocą trzeba jednak podkreślić, że pomimo praktycznego wprowadzania klauzul indemnifikacyjnych w ramach innych — często znacznie szerszych — stosunków umownych (np. w ramach tzw. umów koncernowych, umów sprzedaży akcji lub udziałów, umów o świadczenie usług czy umów sprzedaży przedsiębiorstwa etc.), ich celem jako *sui generis* umów gwarancyjnych — nie jest zabezpieczenie spełnienia świadczenia z innego stosunku. Stąd też poszukiwanie jakkolwiek określonego stosunku podstawowego dla klauzuli indemnifikacyjnej czy też próby jego konstruowania zasadnie uważa się za bezprzedmiotowe i zbędne<sup>38</sup>, jak zresztą w odniesieniu do każdej umowy gwarancyjnej, której celem w sferze ekonomicznej nie jest zabezpieczenie wykonania innego zobowiązania<sup>39</sup>. Stanowi to istotną cechę różnicującą gwarancje, których przedmiotem w ujęciu gospodarczym jest co do zasady spełnienie innego świadczenia, od klauzul indemnifikacyjnych, bowiem w pierwszym z przypadków (niezależnie od przyjętego modelu zależności lub niezależności między zobowiązaniem podstawowym a gwarancyjnym, jak też wniosków o akcesoryjności lub nieakcesoryjności zabezpieczenia) niemal zawsze możliwe jest wyodrębnienie wspomnianego już tzw. stosunku podstawowego, co z oczywistych względów jest zabiegiem bezprzedmiotowym wobec tych umów gwarancyjnych, które nie odnoszą się do spełnienia innego świadczenia<sup>40</sup>.

Naturalną implikacją tak ukształtowanego reżimu klauzul indemnifikacyjnych jest to, że bezprzedmiotowość poszukiwania komentowanego stosunku podstawowego generuje także brak wystąpienia innych instrumentów prawnych, mających za cel doprowadzenie do repartycji ostatecznego ciężaru odpowiedzialności, zwłaszcza zaś na skutek ewentualnej subrogacji lub regresu<sup>41</sup>. W szczególności przyjęcie, że ten ostatni przysługiwałby w jakiegokolwiek formie dłużnikowi indemnifikacyjnemu w stosunku do wierzyciela z tytułu klauzuli indemnifikacyjnej, zdaje się nie tyle nieuzasadnione, ile w zupełności niweczące ekonomiczny sens zastrzegania tego rodzaju klauzul alokacji ryzyka<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Odmiennie przyjął jednak SN w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 marca 2015 r., III CSK 155/14, OSP 2016, z. 11, poz. 108, uznawszy, że „[...] zawsze do przedmiotowo istotnych elementów umowy gwarancji należy określenie przedmiotu zobowiązania gwaranta, poprzez wskazanie rezultatu, który gwarancja zabezpiecza, uprawnienia, jakie z niej wynika, podanie sumy gwarancyjnej, którą gwarant zobowiązuje się kontrahentowi zapłacić, jeżeli ten — z powodu niewykonania na jego rzecz określonego świadczenia przez inną osobę (dłużnika głównego) — zgłosi żądanie zapłaty o określonej treści i w określonej formie oraz ewentualnie spełni inne formalne warunki zapłaty wskazane w umowie [...]. Konsekwencją abstrakcyjności oraz braku akcesoryjności zobowiązania gwaranta jest niemożność podnoszenia przez niego zarzutów z innego stosunku prawnego, w szczególności z umowy zlecenia gwarancji bądź ze stosunku podstawowego”.

<sup>40</sup> Zob. szerzej J. Jastrzębski: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 13.

<sup>41</sup> *Ibidem*, s. 13 oraz cytowani tam autorzy.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że w doktrynie zarysował się także spór co do tego, czy zasadne jest wprowadzanie rozróżnienia pomiędzy klauzulami indemnifikacyjnymi a tzw. zapewnieniami gwarancyjnymi jako w istocie dwoma rodzajami umów zobowiązujących do świadczenia na wypadek wystąpienia określonych ryzyk<sup>43</sup>. I tak, w odniesieniu do tych pierwszych jako kryterium rozróżnienia wskazuje się ochronę wierzyciela przed takimi ryzykami, które on sam zidentyfikował w ramach dokonanego zastrzeżenia<sup>44</sup>. Z kolei druga z kategorii stanowić ma odwrotność tego założenia, a więc zapewniać wierzycielowi ochronę przed ryzykami, które nie zostały przez niego zidentyfikowane<sup>45</sup>.

Z punktu widzenia niniejszych rozważań nie ma jednak szczególnego znaczenia kwestia ustalenia, czy dłużnik indemnifikacyjny poniesie odpowiedzialność za ryzyka zidentyfikowane lub niezidentyfikowane w ramach klauzuli indemnifikacyjnej lub zapewnienia gwarancyjnego, bowiem relewantny będzie tutaj wyłącznie sam skutek nieosiągnięcia określonego rezultatu (a więc np. ustalenie odpowiedzialności wierzyciela indemnifikacyjnego w określonym postępowaniu), który z kolei stanie się faktyczną podstawą zmaterializowania się odpowiedzialności dłużnika z tytułu klauzuli indemnifikacyjnej<sup>46</sup>. Odpowiedzialność ta aktualizować się będzie co do zasady wówczas, jeżeli wierzyciel główny podejmie się skorzystania z przysługujących mu uprawnień, w sposób skuteczny występując przeciwko swemu dłużnikowi (a więc wierzycielowi indemnifikacyjnemu)<sup>47</sup>. W tak ukształtowanej sytuacji całkowicie prawnie irrelevantne będą okoliczności, czy wierzyciel ów będzie dochodzić roszczenia głównego, czy też należnych świadczeń ubocznych (choćby odsetek). Znaczenie może mieć jednak to, by wszystkie uszczerbki, które miałyby stać się podstawą roszczenia, pozostawały w adekwatnym związku przyczynowym z działaniem wierzyciela (art. 361 § 1 k.c.)<sup>48</sup>. W przypadku poniesienia — mimo wszystko

<sup>43</sup> Koncepcję tę wyprowadził J. Jastrzębski: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 7–8. **Krytycznie** wobec jej założeń jednak A. Szlęzak: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 23–24.

<sup>44</sup> Jako przykład podaje się tutaj specyficzne ryzyka zidentyfikowane w ramach badania *due diligence* przeprowadzonego w procesie transakcyjnym M&A w odniesieniu do przedmiotu transakcji — tak J. Jastrzębski: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 7.

<sup>45</sup> Rozróżnienie to zostało przez A. Szlęzaka: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 23–24, uznane za całkowicie nieuzasadnione na gruncie prawa polskiego. Autor ten zaznacza, że „jest raczej rzeczą umowy (a może też kwestią sprawiedliwości kontraktowej), czy wierzycielowi należy się świadczenie przewidziane w klauzuli (indemnifikacyjnej lub gwarancyjnej) także wtedy, gdy wiedział (lub powinien był wiedzieć, mógł być wiedzieć itd.), że ryzyko, przed którym dłużnik miał go zabezpieczyć ekonomicznie — tj. spełnić świadczenie przewidziane w klauzuli (gwarancyjnej lub indemnifikacyjnej) — i tak wystąpi”.

<sup>46</sup> Podobnie zdaje się M. Łolik: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 16.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> Przy czym samo kryterium adekwatnej przyczynowości może zostać w mojej ocenie odpowiednio zmodyfikowane (rozszerzając lub zawężając odpowiedzialność „za następstwa”); szerzej jednak na temat adekwatnego związku przyczynowego, a zwłaszcza przepisów egzoneracyjnych konstytuujących wyjątek od reguły adekwatnej przyczynowości — zob. K. Zagrobelny: komentarz do art. 361 (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2017, nb 1–4 i 17, Legalis; Z. Banaszczyk: komentarz do art. 361 (w:) *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–449*<sup>10</sup>, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2018, nb 1–3, Legalis.



— jakichkolwiek ujemnych skutków roszczeń dochodzonych przeciwko wierzycielowi indemnifikacyjnemu (np. kosztów zastępstwa procesowego), omawiana klauzula alokacyjna powinna stanowić także samodzielną podstawę kompensacji<sup>49</sup>.

#### 4. ZABEZPIECZENIE WIERZYTELNOŚCI INDEMNIFIKACYJNEJ JAKO ROSZCZENIA DŁUŻNIKA ZE STOSUNKU PODSTAWOWEGO

Po przybliżeniu tego, czym w istocie klauzule indemnifikacyjne w obrocie są i jakie jest ich zastosowanie, w tym zwłaszcza jaki jest ich charakter prawny i jaką wykazują zależność w stosunku do innych mechanizmów funkcjonujących w ramach szeroko rozumianego reżimu kontraktowego, warto zastanowić się nad możliwością zabezpieczenia interesu prawnego i sytuacji majątkowej wierzyciela indemnifikacyjnego na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z klauzuli przez gwaranta.

Przed pochyleniem się nad bardziej szczegółową analizą tego zagadnienia należy jednak poczynić kilka ogólnych uwag. Po pierwsze, abstrahując od szczegółów toczącej się w doktrynie dyskusji<sup>50</sup>, trzeba przyjąć, że zasadne jest określenie istoty umów gwarancyjnych jako związanej z wystąpieniem sytuacji, w której interes ekonomiczny dający asumpt do zawarcia umowy nie może zostać „zamknięty” w jurydycznej konstrukcji świadczenia, a tym samym nie może stać się przedmiotem zobowiązania w zgodzie z przyjętą w art. 353 k.c. definicją<sup>51</sup>. Zgodnie bowiem z jej treścią zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel jest uprawniony do żądania od dłużnika świadczenia, które ten zaś powinien spełnić. W tym więc przypadku bardziej znamienne w odniesieniu do umów gwarancyjnych byłoby odwoływanie się do klasycznej definicji *obligationum*<sup>52</sup>, rozumianej jako „substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel **praestandum** [wyróżnienie — A.M.J.]”<sup>53</sup>.

Tym samym, w konsekwencji, interes wierzyciela nie może w takim układzie obligacyjnym zostać zaspokojony przez spełnienie oznaczonego świadczenia, bowiem to, co miałoby prowadzić do zaspokojenia tegoż interesu, nie może być rozumiane jako świadczenie w zgodzie z art. 353 k.c.<sup>54</sup> Należy więc poszukiwać możliwości zaspokojenia tego interesu jedynie w sposób pośredni, sięgając właśnie do

<sup>49</sup> Tak M. Łolik: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 16.

<sup>50</sup> Zob. np. polemikę A. Szlęzaka: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 21–27, z J. Jastrzębskim: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 5–17; także M. Łolik: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 11–18.

<sup>51</sup> Tak J. Jastrzębski: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 20.

<sup>52</sup> Zob. K. Kolańczyk: *Prawo rzymskie*, Warszawa 2007, s. 57.

<sup>53</sup> Zob. R. Sohm: *The institutes of Roman law*, Oxford 1892, s. 279.

<sup>54</sup> Tak J. Jastrzębski: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 21.

konstrukcji świadczenia gwarancyjnego. Za cechę charakterystyczną dla wszelkich umów o charakterze gwarancyjnym uznaje się zatem to, że mają one prowadzić do zaspokojenia interesu wierzyciela w sytuacji, kiedy nie mógłby on być bezpośrednio zaspokojony przez spełnienie świadczenia w znaczeniu technicznoprawnym<sup>55</sup>. Zjawisko to występuje zarówno w odniesieniu do umów gwarancyjnych, które w swoich postanowieniach pozostają skorelowane względem innego stosunku prawnego, jak i całkowicie samodzielnych — niemających swojego uzasadnienia ekonomicznego w istnieniu innego stosunku. Tak też, egzemplifikując — w sytuacji zawarcia umowy o świadczenie przez osobę trzecią (art. 391 k.c.) lub umowy o zwolnienie dłużnika z obowiązku świadczenia (art. 392 k.c.), świadczenie podmiotu „przyspekającego” nie może polegać na zobowiązaniu się do wywołania skutku, że osoba trzecia spełni określone świadczenie, włoży na siebie oznaczony obowiązek lub zrzeknie się przysługujących jej względem beneficjenta gwarancji roszczeń<sup>56</sup> etc. Podobnie zresztą ubezpieczyciel nie może przyjąć na siebie obowiązku zapewnienia — jako świadczenia w tradycyjnym, technicznoprawnym znaczeniu — że określone zdarzenia materializujące jego odpowiedzialność nie wystąpią<sup>57</sup>. Jedynym więc mechanizmem ochronnym dla sytuacji majątkowej wierzyciela jest w takim wypadku przyjęcie „świadczenia” pośrednio kompensującego mu niewystąpienie zdarzeń prowadzących do pełnego zaspokojenia jego interesu, jak i wystąpienia zdarzeń, które owo zaspokojenie by uniemożliwiały<sup>58</sup>.

Po drugie, w odniesieniu do zarysowanego powyżej problemu z konstrukcją przedmiotu świadczenia w tak rozumianym zobowiązaniu gwarancyjnym podnosi się, że sformułowanie *inter partes* w ramach stosunku obligacyjnego obowiązku świadczenia w sposób zmierzający do bezpośredniego zaspokojenia całości interesu wierzyciela mogłoby zostać uznane zarówno za godzące w naturę zobowiązania (a więc sprzeczne z art. 353<sup>1</sup> k.c.), jak i objęte pierwotną niemożnością świadczenia (tym samym pozostające w sprzeczności względem art. 387 § 1 k.c.)<sup>59</sup>. Prowadzi to do konstatacji, że nie jest celem umowy o charakterze gwarancyjnym zapewnienie powstania określonego stanu faktycznego, którego osiągnięcie z przyczyn wyżej powołanych nie mogłoby zostać uznane za przedmiot stosunku obligacyjnego. Jej cel aktualizował się będzie jedynie wówczas, jeżeli komentowany w zdaniu poprzedzającym stan rzeczy nie zostanie osiągnięty. Stąd zasadnie uważa się w tym kontekście, że niezależnie od odszkodowawczego lub „nie-odszkodowawczego” obo-

<sup>55</sup> Szerzej o wątpliwościach związanych z „technicznoprawnym” ujęciem świadczenia zob. chociażby M. Lemkowski: *Oprocentowanie jako świadczenie wzajemne*, Państwo i Prawo 2005, z. 1, s. 29–33; także rozważania J. Jastrzębskiego: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 21.

<sup>56</sup> Por. J. Jastrzębski: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 21.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Zob. również A. Szlęzak: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 22–23.

<sup>59</sup> Szerzej co do kwalifikacji umowy o świadczenie niemożliwe jako umowy gwarancyjnej zob. J. Jastrzębski: *Umowa o świadczenie niemożliwe versus umowa gwarancyjna (problem wykładni postanowień umownych)* (w:) *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej*, pod red. J. Okolskiego, Warszawa 2010, s. 775–785.

wiązku świadczenia z umowy o charakterze gwarancyjnym, będzie to zagadnienie całkowicie odmienne niż rozważany w stosunku do reżimu *ex contractu* (tj. art. 471 k.c.) obowiązek naprawienia szkody<sup>60</sup>.

Trzecia uwaga stanowi niejako sumę dwóch poprzednich, sprowadzając się do przyjęcia, że przez wzgląd na ścisłe powiązanie odpowiedzialności *ex contractu* z „niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania” (przy czym jest to oczywiście odpowiedzialność za „naruszenie umowy”, pozostająca mimo wszystko w istotnym związku z „naruszeniem zobowiązania” (tu: naruszeniem obowiązku świadczenia)) — odpowiedzialność niezwiązana z naruszeniem obowiązku świadczenia będzie występowała niejako „poza” reżimem *ex contractu*, stanowiąc tym samym płaszczyznę funkcjonowania umów gwarancyjnych<sup>61</sup>.

Powyższe rozważania pozwalają na wyprowadzenie następującego wniosku, który będzie miał szczególnie relewantne znaczenie przy próbie sformułowania ewentualnych mechanizmów zabezpieczających wierzyciela indemnifikacyjnego przed niewykonaniem zobowiązania z klauzuli alokacyjnej przez gwaranta. W polskim systemie prawa katalog umów o charakterze gwarancyjnym nie jest objęty taksatywnością w tym znaczeniu, że obok występujących w obrocie umów gwarancyjnych nazwanych (do których zalicza się chociażby poręczenie<sup>62</sup> lub gwarancję bankową<sup>63</sup>), jak i dyskutowanych w doktrynie umów nienazwanych (wywodzonych z art. 391 i 392 k.c. w ogólności)<sup>64</sup>, istnieje co do zasady nieograniczony krąg innych konstrukcji prawnych o charakterze nienazwanym, wprowadzony do obrotu mocą ogólnych reguł swobody kontraktowej. To właśnie do tej trzeciej grupy zaliczyć należy w moim przekonaniu klauzule indemnifikacyjne<sup>65</sup>.

Brak też *de lege lata* przeciwwskazań, by stosunek pomiędzy stronami klauzuli indemnifikacyjnej został ukształtowany w ten sposób, że zobowiązaniem dłużnika indemnifikacyjnego o charakterze pierwotnym będzie spełnienie określonego świadczenia gwarancyjnego na wypadek pojawienia się jakichkolwiek przesłanek

<sup>60</sup> Tak J. Jastrzębski: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 22. Zdaniem tego autora, „art. 471 k.c. wiąże bowiem odpowiedzialność odszkodowawczą z naruszeniem uprzednio istniejącego zobowiązania, z kolei odpowiedzialność gwarancyjna (choćby polegała na naprawieniu szkody) nie zakłada istnienia poprzedzającego ją zobowiązania, którego naruszenie mogłoby ją aktualizować. Nie może takiego zobowiązania mieć, ponieważ to, co musiałoby być świadczeniem w tym zobowiązaniu, nie ma cech kwalifikujących je jako świadczenie, co w myśl art. 353 k.c. wyłącza możliwość uczynienia go przedmiotem prawnie wiążącego zobowiązania”.

<sup>61</sup> Taki pogląd przyjmuje J. Jastrzębski: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 22.

<sup>62</sup> Zob. W. Popiołek: komentarz do art. 391 (w:) *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–449<sup>10</sup>*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2018, nb 5, Legalis.

<sup>63</sup> Zob. A. Koch: komentarz do art. 391 (w:) *Kodeks cywilny*, t. II, *Komentarz do art. 353–626*, pod red. M. Gutowskiego, Warszawa 2019, nb 19, Legalis; W. Popiołek: komentarz do art. 391, *op. cit.*, nb 12–13 oraz cytowana tam literatura.

<sup>64</sup> Zob. zwłaszcza R. Morek: komentarz do art. 392 (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2019, nb 27–30, Legalis; W. Popiołek: komentarz do art. 392, *op. cit.*, nb 6.

<sup>65</sup> Podobnie, jeśli dobrze rozumiem — J. Jastrzębski: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 22. Tak również zdaje się M. Łolik: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 12–14, gdzie autor powiada, że „działania gwaranta zmierzające do tego, aby jego wierzyciel w ogóle nie ponosił odpowiedzialności, mogą być różnego rodzaju [...]”, a następnie dokonuje ich wymienienia.

powodujących odpowiedzialność dłużnika ze stosunku podstawowego, powodując jednocześnie zaspokojenie roszczenia wierzyciela indemnifikacyjnego na okoliczność poniesienia przez niego szeroko rozumianego uszczerbku majątkowego. Skonstruowane w ten sposób zastrzeżenie w żadnym wypadku nie będzie mogło być jednak klasyfikowane jako *sui generis* kara umowna. Ta ostatnia bowiem zastrzegana jest w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przez dłużnika, a więc jak wielokrotnie podkreślano — ma charakter akcesoryjny względem zobowiązania pierwotnego. Z kolei w przypadku komentowanego tu świadczenia indemnifikacyjnego obowiązek zapłaty określonej sumy ma charakter pierwotny<sup>66</sup>, nie wykluczając zarazem możliwości zastrzeżenia kary wadialnej w ogólności<sup>67</sup>, co zostanie jeszcze omówione. W każdym razie powyższy wariant obejmuje te przypadki, w których dłużnik indemnifikacyjny nie może podjąć się zapewnienia swemu wierzycielowi ochrony przed roszczeniami określonego rodzaju zgłaszanymi przez podmioty trzecie (z uwagi chociażby na ich niezależność/nadrzędność „względem” stosunku obligacyjnego, np. w przypadku — co do zasady — orzeczenia arbitrażowego lub decyzji administracyjnej kształtującej obowiązek poniesienia określonej daniny publicznej; nie jest wszak w ostatnim wypadku dopuszczalna zmiana podmiotu zobowiązanego do jej pokrycia polegająca na zwolnieniu wierzyciela indemnifikacyjnego przez gwaranta; odmienne postanowienie umowne w tym zakresie winno być traktowane jako sprzeczne z naturą zobowiązania), jednak może przyjąć na siebie obowiązek wyrównania poniesionej przez wierzyciela indemnifikacyjnego szkody (np. przez zapłatę wymienionej wyżej daniny publicznoprawnej, ale również ewentualnych innych szkód, związanych chociażby z koniecznością zablokowania środków własnych przez dłużnika ze stosunku podstawowego z uwagi na konieczność uiszczenia tejże daniny i powstałą w związku z tym dalszą szkodę)<sup>68</sup>. Sposób działania gwaranta jest w takim przypadku zbliżony do umowy ubezpieczenia, jednak w istocie nią nie jest<sup>69</sup>. Inną sprawą jest, że ryzyko odpowiedzialności z tytułu klauzuli indemnifikacyjnej może być przedmiotem ubezpieczenia w ramach odrębnego stosunku prawnego<sup>70</sup>. W każdym

<sup>66</sup> Tak M. Łolik: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 12.

<sup>67</sup> *Ibidem*, s. 16.

<sup>68</sup> *Ibidem*, s. 12.

<sup>69</sup> Por. A. Szlęzak: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 22; J. Jastrzębski: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 6, gdzie autor w odniesieniu do podobieństw i różnic między klauzulą indemnifikacyjną a ubezpieczeniem zauważa, że „podobieństwo polega na tym, że ubezpieczyciel — podobnie jak dłużnik z tytułu *indemnity* — zobowiązuje się do zapłaty na wypadek wystąpienia określonego zdarzenia [...]. Występuje jednak kilka istotnych różnic. Po pierwsze, w umowie ubezpieczenia ubezpieczający lub ubezpieczony zobowiązany jest dostarczyć ubezpieczycielowi informacje, na podstawie których ubezpieczyciel dokonuje oceny ryzyka wystąpienia zdarzenia ubezpieczeniowego. Po drugie, na podstawie umowy ubezpieczenia ubezpieczyciel otrzymuje określoną premię, co nie występuje w typowym przypadku *indemnity*. Po trzecie, w ubezpieczeniach obowiązuje zakaz wzbogacenia, co oznacza, że ubezpieczony nie może się wzbogacić na zdarzeniu ubezpieczeniowym — jeżeli jego szkoda jest niższa niż suma należna z tytułu ubezpieczenia, to ubezpieczony otrzyma kwotę rzeczywistej szkody”.

<sup>70</sup> Tak J. Jastrzębski: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 6; *idem*: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 21–22.

razie, w komentowanym powyżej przypadku obowiązek świadczenia przez gwaranta na rzecz wierzyciela indemnifikacyjnego ma charakter pierwotny, zaś wysokość tego świadczenia pozostaje co do zasady w korelacji względem zakresu odpowiedzialności, jaką ponosi dłużnik ze stosunku podstawowego wobec swojego wierzyciela<sup>71</sup>.

Z uwagi na specyfikę zobowiązania kreowanego mocą klauzuli indemnifikacyjnej, kilka słów poświęcić trzeba temu, czy dopuszczalne jest zabezpieczenie wykonania tego typu klauzuli przez dokonanie dodatkowych zastrzeżeń w ramach stosunku obligacyjnego. Pominąć tutaj można dyskusję toczącą się w odniesieniu do różnicy pomiędzy świadczeniem gwarancyjnym zmierzającym do naprawienia szkody a świadczeniem *ex contractu* w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem określonego zobowiązania w innym stosunku prawnym<sup>72</sup>. Istotne znaczenie ma bowiem sam fakt, czy zobowiązanie z klauzuli indemnifikacyjnej może zostać zabezpieczone poprzez zastosowanie określonych instrumentów.

Jak wywiedziono, w związku z klasyfikacją klauzul indemnifikacyjnych do szerszego katalogu umów o charakterze gwarancyjnym, zobowiązanie z niej wynikające będzie stanowiło całkowicie samodzielny węzeł obligacyjny, niemający charakteru trójstronnego<sup>73</sup>. Dłużnik z tytułu tej klauzuli będzie zatem każdorazowo odpowiedzialny względem wierzyciela indemnifikacyjnego zarówno za niewykonanie lub wykonanie w sposób nienależyty ciężącego na nim obowiązku uchronienia tego ostatniego przed roszczeniami osób trzecich przeciwko niemu<sup>74</sup>, jak i za powstanie innych, określonych zdarzeń zidentyfikowanych w ramach klauzuli indemnifikacyjnej. Właśnie przez istotę tego zastrzeżenia, opartą na alokacji ryzyka z dłużnika w stosunku podstawowym na gwaranta, dłużnik indemnifikacyjny poniesie odpowiedzialność za wszelkie negatywne skutki wystąpienia okoliczności wskazanych w klauzuli, w tym również za dalsze ich następstwa. W takiej sytuacji gwarant świadczyć będzie albo na rzecz wierzyciela indemnifikacyjnego, albo na rzecz podmiotu trzeciego, wskazanego przez wierzyciela w klauzuli (np. jego wierzyciela w stosunku podstawowym), jak też łącznie — na rzecz podmiotu trzeciego w wysokości ustalonej przez wierzyciela indemnifikacyjnego, zaś jemu samemu w pozostałym zakresie<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> Tak M. Łolik: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 12.

<sup>72</sup> Szerzej problem ten opisuje A. Szlęzak: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 26. Jednak z punktu widzenia powyższych rozważań nie ma znaczenia to, czy w odniesieniu do danego stosunku gwarant poniesie odpowiedzialność z tytułu klauzuli indemnifikacyjnej, czy jednak na zasadach ogólnych z art. 471 k.c. Analizowana jest bowiem kwestia odmienna, a mianowicie — czy zobowiązanie indemnifikacyjne może zostać zabezpieczone dodatkowym instrumentarium odszkodowawczym.

<sup>73</sup> Powstaje bowiem wyłącznie pomiędzy gwarantem, będącym dłużnikiem indemnifikacyjnym, a wierzycielem z tytułu klauzuli indemnifikacyjnej, który w istocie jest dłużnikiem w stosunku podstawowym; podobnie zresztą (negującą) w kwestii powstania „trójstronnego” stosunku prawnego w przypadku umów gwarancyjnych zob. W. Popiołek: komentarz do art. 391, *op. cit.*, nb 1, Legalis; *idem*: komentarz do art. 392, *op. cit.*, nb 3, Legalis.

<sup>74</sup> I to, w mojej ocenie, niezależnie od stopnia zawinięcia dłużnika w stosunku podstawowym.

<sup>75</sup> Podobnie zdaje się J. Jastrzębski: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 24. Świadczenie łącznie przez gwaranta ma tu jednak wyłącznie charakter dyspozycji wierzyciela indemnifikacyjnego, a nie stosunku trójstronnego.

Prowadzi to do wniosku, że zobowiązanie z klauzuli indemnifikacyjnej może być zabezpieczone karą za jego niewykonanie lub wykonanie w sposób nienależyty, o ile w majątku wierzyciela indemnifikacyjnego co do zasady powstanie szkoda lub zmaterializuje się ryzyko jej powstania<sup>76</sup>. Należy przy tym zwrócić uwagę, że w przypadku odpowiedzialności gwaranta z klauzuli indemnifikacyjnej za ziszczenie się określonych w niej przesłanek lub zidentyfikowanych ryzyk odpowiedzialności — wymaga się poniesienia szkody przez wierzyciela indemnifikacyjnego. Jest to bowiem okoliczność charakterystyczna dla konstrukcji odpowiedzialności odszkodowawczej, w której założeniach dłużnik będzie zwolniony od odpowiedzialności wówczas, gdy wierzyciel szkody nie poniesie<sup>77</sup>.

Czym innym jednak zdaje się odpowiedzialność dłużnika indemnifikacyjnego za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z klauzuli alokacyjnej w odniesieniu do powstania obowiązku świadczenia kary umownej. Jest to bowiem stosunek całkowicie odrębny, uboczny<sup>78</sup>. W jego przypadku wystąpienie szkody może oczywiście wzmacniać roszczenie wierzyciela, lecz co do zasady nie będzie konieczne (zachowując w tym względzie zapatrywanie wyrażone co do miarkowania tak zastrzeżonej kary umownej z uwagi na brak poniesienia szkody przez wierzyciela)<sup>79</sup>. Obowiązek zapłaty kary umownej przez dłużnika indemnifikacyjnego wystąpi także wtedy, gdy spełnione zostaną ogólne przesłanki obowiązku świadczenia kary umownej<sup>80</sup>, wynikające z zastrzeżenia zabezpieczającego zobowiązanie indemnifikacyjne, możliwego do zastrzeżenia w oderwaniu od odpowiedzialności gwaranta z tytułu klauzuli indemnifikacyjnej w sytuacji zmaterializowania się skutków przewidzianych w tej klauzuli na wypadek nieuchronienia wierzyciela przed ich powstaniem. W takim wypadku kara umowna bardzo dobitnie realizować będzie funkcję stymulacyjną (bowiem przyjęte przez strony przesłanki konstytuujące obowiązek jej zapłaty mogą wszak stanowić katalog całkowicie od-

<sup>76</sup> *Ibidem*. Należy jednak, w moim przekonaniu, odrębnie ujmować szkodę w kontekście wierzytelności indemnifikacyjnej jako stosunku między dłużnikiem ze stosunku podstawowego a dłużnikiem indemnifikacyjnym, odrębnie zaś w kontekście zastrzeżeń akcesoryjnych zabezpieczających wierzytelność indemnifikacyjną. O ile w pierwszym przypadku wystąpienie szkody związanej z niespełnieniem przez dłużnika indemnifikacyjnego „świadczenia” polegającego na uchronieniu wierzyciela indemnifikacyjnego od zmaterializowania się wszelkich ryzyk wskazanych w klauzuli indemnifikacyjnej (lub kompensacji ich powstania) ma charakter determinujący dla odpowiedzialności pierwszego z podmiotów, o tyle przesłanka powstania szkody w kontekście zabezpieczenia zobowiązania z klauzuli zastrzeżeniem akcesoryjnym powinna być rozpatrywana *a casu* (w przypadku zastrzeżenia kary wadialnej, będzie miała znaczenie wyłącznie w kontekście jej miarkowania) — zob. szerzej A.M. Juranek: *Kara umowna, wybrane klauzule quasi-penalne oraz klauzule indemnifikacyjne w prawie polskim oraz prawie modelowym. Rozważania de lege lata i de lege ferenda*, Katowice 2019, s. 60–68.

<sup>77</sup> Zob. W. Popiołek: komentarz do art. 391, *op. cit.*, nb 6, Legalis; *idem*: komentarz do art. 392, *op. cit.*, nb 2 i 7, Legalis.

<sup>78</sup> Zob. szerzej uwagi na ten temat A.M. Juranek: *Kara umowna...*, *op. cit.*, s. 15–24.

<sup>79</sup> *Ibidem*, s. 70–72; *idem*: *Międzynarodowa harmonizacja prawa prywatnego na przykładzie wybranych aktów modelowego prawa umów w zakresie regulacji kary umownej*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu 2020, nr 1(62), s. 30–53.

<sup>80</sup> Szerzej zob. A.M. Juranek: *Kara umowna...*, *op. cit.*, s. 25; *idem*: *Międzynarodowa harmonizacja...*, *op. cit.*, s. 35–43.

rębny od przesłanek uzasadniających odpowiedzialność indemnifikacyjną, przymuszając dłużnika indemnifikacyjnego do działania w taki sposób, by nigdy nie stanął „przed perspektywą” ich urzeczywistnienia, wykonując należycie zobowiązanie „główne”) oraz zapewnić jeszcze bardziej gwarancyjne działanie<sup>81</sup>. Pogląd ten zyskuje dodatkowe uzasadnienie także w odniesieniu do aktów prawa modelowego, w których „kara umowna” nie tylko zabezpiecza niejako autonomicznie wykonanie określonego obowiązku — wywodzonego nie tyle z umowy, ile z zobowiązania w ogólności<sup>82</sup> — lecz także ujmowana jest niezwykle szeroko, zarówno w zakresie przedmiotu świadczenia, jak i wywieranych skutków<sup>83</sup>.

Można sobie wyobrazić również sytuację, w której wierzytelność indemnifikacyjna przysługująca dłużnikowi ze stosunku podstawowego przeciwko gwarantowi zostanie zabezpieczona w całkowicie inny sposób<sup>84</sup>, zwłaszcza przez zryczałtowane odszkodowanie gwarancyjne czy klauzulę przepadku<sup>85</sup>. Pomijając obszernie wyjaśnione już w piśmiennictwie szczegóły dotyczące konstrukcji i funkcjonowania tych zastrzeżeń<sup>86</sup>, ograniczyć się można do stwierdzenia, że w pierwszym z powołanych przykładów mamy do czynienia z klauzulą umowną, która — w uproszczeniu — w sytuacji wystąpienia określonych zdarzeń niebędących co do zasady konsekwencją niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wkłada na dłużnika obowiązek zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej. Druga egzemplifikacja ma z kolei charakter zgoła odmienny, tzn. w sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wywołuje przepadek określonych dóbr majątkowych należących do dłużnika<sup>87</sup>. Oba z tych przypadków, z uwagi na swoją funkcjonalną bliskość z karą umowną w płaszczyźnie mobilizowania podmiotów stosunku obligacyjnego do realnego wykonania zobowiązania — również co do zasady nadawałyby się do zastosowania względem klauzul indemnifikacyjnych. Różnica jednak tkwi tu w szczególe, a konkretniej w poddaniu zastrzeżeń będących karami umownymi szczególnemu reżimowi (w tym miarkowaniu) nakreślonemu

<sup>81</sup> Tak M. Łolik: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 16; por. także wyrok SN z dnia 16 stycznia 2013 r., II CSK 331/12, Legalis.

<sup>82</sup> Zob. szerzej A.M. Juranek: *Kara umowna...*, *op. cit.*, s. 57; *idem*: *Międzynarodowa harmonizacja...*, *op. cit.*, s. 45–50.

<sup>83</sup> Zob. A.M. Juranek: *Kara umowna...*, *op. cit.*, s. 51–60 i 97–98.

<sup>84</sup> W szczególności poprzez wprowadzenie w ramach umowy którejś z tzw. nietypowych kar umownych, które trafnie i wyczerpująco opisuje J. Jastrzębski: *Nietypowe kary umowne — swoboda sankcji kontraktowych i ochrona dłużnika*, PPH 2014, nr 6, s. 13–15 oraz cytowana tam literatura.

<sup>85</sup> To właśnie te klauzule, a więc mające charakter represyjny dla sytuacji majątkowej dłużnika, ale niebędące karami umownymi w rozumieniu art. 483–484 k.c., rozumiem przez pojęcie „klauzul quasi-penalnych” czy kar umownych nietypowych — zob. szerzej A.M. Juranek: *Kara umowna...*, *op. cit.*, s. 93–99; również J. Jastrzębski: *Nietypowe kary umowne...*, *op. cit.*, s. 11–22.

<sup>86</sup> Zob. J. Jastrzębski: *Nietypowe kary umowne...*, *op. cit.*, s. 13–15.

<sup>87</sup> Rozwiązania tego typu spotykane są chociażby w umowach ubezpieczeniowych, kredytowych czy leasingowych, gdzie przy naruszeniu przez podmiot uprawniony powinności wynikających z danego stosunku można spotkać się np. z mechanizmem natychmiastowej wymagalności wszystkich należnych rat (w tym również należnych *in spe*), przepadku rat już uiszczonych bądź oznaczonej części zapłaconej ceny — szerszego wyliczenia dokonuje J. Jastrzębski: *Nietypowe kary umowne...*, *op. cit.*, s. 16.

mocą art. 483–484 k.c., który bez wątpienia nie ma zastosowania względem innych zastrzeżeń, choćby nawet funkcjonalnie zbliżonych do kary umownej<sup>88</sup>. Nadmiernie szczegółowa analiza tej materii byłaby jednak z punktu widzenia niniejszych rozważań zbyteczna, bowiem wystarczający jest wniosek, że brak jest obecnie podstaw do uznania, że zabezpieczenie wykonania obowiązku wynikającego z klauzuli indemnifikacyjnej nie może nastąpić z wykorzystaniem któregośkolwiek z powołanych powyżej zastrzeżeń, o ile tylko odpowiadać będą naturze zobowiązania i ogólnym zasadom słuszności kontraktowej.

Nie jest jednak tak, że każde spotkane w obrocie „dodatkowe zastrzeżenie umowne” znajdzie zastosowanie do zabezpieczenia wykonania zobowiązania z klauzuli indemnifikacyjnej. Ciekawie zobrazować to można względem nierzadko spotykanych w praktyce klauzul tzw. warunkowego obniżenia wynagrodzenia<sup>89</sup>, które w uproszczeniu polegają na wprowadzeniu do umowy takiego postanowienia, które uzależnia wysokość oznaczonego świadczenia dłużnika od zdarzenia przyszłego i niepewnego, a konkretniej — miałyby wywoływać proporcjonalne obniżenie wynagrodzenia za każdy dzień spowodowanego przez dłużnika opóźnienia w spełnieniu oznaczonego świadczenia<sup>90</sup>. Mechanizm ten stanowi w praktyce zabezpieczenie należytego wykonania stosunków obligacyjnych raczej o charakterze ciągłym i długotrwałym. Koncentruje się — znowu upraszczając — na „etapowym” dokonywaniu rozliczeń pomiędzy stronami wraz z postępowaniem w wykonaniu zobowiązania głównego, którego niewykonanie lub wykonanie w sposób nienależyty powoduje zmniejszenie wynagrodzenia przysługującego „za przekroczenie etapu” wykonania zobowiązania głównego w całości<sup>91</sup>. W przypadku klauzul indemnifikacyjnych pożądane byłoby jednak bardziej zabezpieczenie, które bądź co bądź „spoczywa” — pozostaje nieaktywne tak długo, jak długo dłużnik indemnifikacyjny działa w sposób niegodzący w zobowiązanie, a tym samym nie „uaktywni” ustalonych przesłanek powstania dodatkowego obowiązku świadczenia na rzecz wierzyciela indemnifikacyjnego. Na tej tylko podstawie można stwierdzić, że w tym zakresie komentowane zastrzeżenie wykazywałoby niewielką doniosłość praktyczną.

---

<sup>88</sup> Szerzej zob. A.M. Juranek: *Miarkowanie kary umownej w Kodeksie cywilnym i wybranych aktach modelowego prawa umów*, Forum Prawnicze 2020, nr 3(59), s. 48, 54–56.

<sup>89</sup> Zob. wyrok NSA z dnia 16 maja 1995 r., SA/Sz 440/95, LEX nr 26876; por. także co do nazewnictwa J. Jastrzębskiego: *Nietypowe klauzule umowne...*, *op. cit.*, s. 14.

<sup>90</sup> Zwłaszcza na skutek przekroczenia przez dłużnika ustalonego w umowie pomiędzy stronami terminu spełnienia świadczenia, spełnienia świadczenia w sposób niezgodny z umową, w miejscu innym niż umówione czy też w częściach, mimo powinności świadczenia w całości — tak A.M. Juranek: *Kara umowna...*, *op. cit.*, s. 100–101; J. Jastrzębski: *Nietypowe kary umowne...*, *op. cit.*, s. 14. Z uwagi jednak na charakter tej klauzuli i cel jej zastrzeżenia, a więc ujemne oddziaływanie w sferę majątkową dłużnika — odmiennie do J. Jastrzębskiego posługuję się pojęciem warunkowego obniżenia wynagrodzenia, a nie jedynie jego „określenia”.

<sup>91</sup> Zob. A.M. Juranek: *Kara umowna...*, *op. cit.*, s. 99–101.



## 5. PODSUMOWANIE

Celem artykułu było wykazanie, że pewnego rodzaju *novum*, jakim są klauzule indemnifikacyjne, zasadnie zostało zarówno wyodrębnione w ramach szerszego katalogu umów gwarancyjnych, jak i przeanalizowane w zakresie sytuacji prawnej podmiotów uczestniczących w tak wykreowanym zobowiązaniu. Nie powinno budzić wątpliwości, że będzie to sytuacja nietypowa, bowiem mająca na celu faktyczne zwolnienie wierzyciela indemnifikacyjnego z odpowiedzialności za wystąpienie wszelkich ryzyk wskazanych w klauzuli, niezależnie od ich prywatno- lub publicznoprawnego „pochodzenia”.

W praktyce obrotu mogą okazać się więc bardzo interesującym mechanizmem zabezpieczającym wykonanie innego stosunku obligacyjnego (np. wymienionych już umów koncernowych, sprzedaży akcji lub udziałów, sprzedaży przedsiębiorstwa czy zawieranych w procesie M&A), zwłaszcza z uwagi na szeroko zakrojoną odpowiedzialność podmiotu wskazanego w klauzuli w przypadku wystąpienia zdarzeń, których wystąpieniu powinna ona co do zasady przeciwdziałać. O ile dopuszczalność wprowadzania tego typu postanowień do stosunków kontraktowych nie powinna budzić już większych zastrzeżeń<sup>92</sup>, o tyle kwestia dodatkowego zabezpieczenia wykonania obowiązków z nich wynikających przez stosowanie znanych prawu zobowiązań instrumentów<sup>93</sup> powinna być zawsze analizowana *ad casum*. Mimo bowiem, że z uwagi na swoją funkcjonalną samodzielność mogą one niemal zawsze stanowić grunt dla wprowadzenia dodatkowych postanowień przymuszających strony do realnego wykonania zobowiązania, to nie oznacza to jednak, że panuje w tym względzie pełna dowolność co do wyboru takich rozwiązań. Zawsze trzeba mieć na względzie, czy skonstruowany w ramach swobody umów dodatkowy „mechanizm zabezpieczający” wykonanie klauzuli indemnifikacyjnej nie będzie naruszał natury zobowiązania, które ona sama zabezpiecza (np. umowy koncernowej), jak też ogólnie przyjętych reguł słuszności kontraktowej (z uwagi na niejednokrotnie i tak duży stopień dotkliwości dla dłużnika) czy innych zasad funkcjonujących w ramach swobody umów<sup>94</sup>. Może się wszak okazać, że inne postanowienia zabezpieczające wykonanie zobowiązania „głównego” — w szczególności na skutek umownego rozszerzenia odpowiedzialności<sup>95</sup> — w całości kompensować będą także te negatywne następstwa, które w majątku wierzyciela indemnifikacyjnego po-

<sup>92</sup> Mimo sporu w kwestii podstawy ich zastrzeżenia; znaczenie ma bowiem sam fakt, że brak *de lege lata* podstaw uzasadniających niedopuszczalność stosowania tego typu postanowień w praktyce kontraktowej.

<sup>93</sup> Np. kary umownej, odszkodowania gwarancyjnego, klauzul przepadku etc.

<sup>94</sup> O możliwie szerokiej wykładni klauzul indemnifikacyjnych w celu zapewnienia całkowitego zwolnienia wierzyciela od odpowiedzialności zob. także M. Łolik: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 18.

<sup>95</sup> Zdaniem J. Jastrzębskiego: *Klauzule indemnifikacyjne...*, *op. cit.*, s. 16, możliwe wydaje się — egzemplifikując, „także umowne wyłączenie zasady nakazującej redukować odszkodowanie w razie przyczynienia się poszkodowanego, przy czym granicę powinno tu stanowić jego umyślne przyczynienie się do szkody — w takim bowiem przypadku zbyt daleko idące wydaje się obciążenie negatywnymi skutkami drugiej strony umowy”.

wstałyby na skutek działania gwaranta zarówno w sposób niezapewniający ochrony przed ryzykami określonymi w klauzuli<sup>96</sup>, jak i w sposób uzasadniający obowiązek świadczenia kary umownej lub poniesienia sankcji z tzw. klauzul quasi-penalnych.

## BIBLIOGRAFIA

- Banaszczyk Z.: komentarz do art. 361 (w:) *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–449*<sup>10</sup>, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2018.
- Borysiak W.: komentarz do art. 356 (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2019.
- Drapała P.: *Umowa o zwolnienie dłużnika przez osobę trzecią z obowiązku świadczenia (art. 392 k.c.)*, *Przegląd Sądowy* 2003, nr 2, s. 16–32.
- Hopt K.J.: *Proces transakcyjny i klauzule umowne w transakcjach M&A*, PPH 2016, nr 7, s. 4–10.
- Jastrzębski J.: *Klauzule indemnifikacyjne w prawie polskim*, PPH 2017, nr 6, s. 5–17.
- Jastrzębski J.: *O klauzulach indemnifikacyjnych i pojęciu umowy gwarancyjnej*, PPH 2018, nr 3, s. 19–26.
- Jastrzębski J.: *Nietypowe kary umowne — swoboda sankcji kontraktowych i ochrona dłużnika*, PPH 2014, nr 6, s. 11–21.
- Jastrzębski J.: *Umowa o świadczenie niemożliwe versus umowa gwarancyjna (problem wykładni postanowień umownych) (w:) Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej*, pod red. J. Okolskiego, Warszawa 2010.
- Juranek A.M.: *Kara umowna, wybrane klauzule quasi-penalne oraz klauzule indemnifikacyjne w prawie polskim oraz prawie modelowym. Rozważania de lege lata i de lege ferenda*, Katowice 2019.
- Juranek A.M.: *Miarkowanie kary umownej w Kodeksie cywilnym i wybranych aktach modelowego prawa umów*, *Forum Prawnicze* 2020, nr 3(59), s. 48–64.
- Juranek A.M.: *Międzynarodowa harmonizacja prawa prywatnego na przykładzie wybranych aktów modelowego prawa umów w zakresie regulacji kary umownej*, *Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu* 2020, nr 1(62), s. 30–53.
- Koch A.: komentarz do art. 391 (w:) *Kodeks cywilny*, t. II, *Komentarz do art. 353–626*, pod red. M. Gutowskiego, Warszawa 2019.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2017.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2019.

---

<sup>96</sup> Zob. szerzej także o ryzykach związanych z działaniem osób trzecich — A. Szlęzak: *O klauzulach indemnifikacyjnych...*, *op. cit.*, s. 27.

- Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–449<sup>10</sup>*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2018.
- Kodeks cywilny*, t. II, *Komentarz do art. 353–626*, pod red. M. Gutowskiego, Warszawa 2019.
- Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, pod red. J.A. Strzępki, Warszawa 2015.
- Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej*, pod red. J. Okolskiego, Warszawa 2010.
- Lemkowski M.: *Oprocentowanie jako świadczenie wzajemne*, Państwo i Prawo 2005, z. 1, s. 29–43.
- Łętowska E.: *Umowa o świadczenie przez osobę trzecią*, Warszawa 1970.
- Łolik M.: *Klauzule indemnifikacyjne w praktyce obrotu gospodarczego*, PPH 2016, nr 6, s. 11–18.
- Machnikowski P.: *Umowa o zwolnienie poręczyciela z obowiązku świadczenia*, Monitor Prawniczy 2008, nr 9, s. 496–504.
- Morek R.: komentarz do art. 392 (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2019.
- Opalski A.: *Kapitał zakładowy. Zysk. Umorzenie*, Warszawa 2002.
- Pinior P.: komentarz do art. 7 (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, pod red. J.A. Strzępki, Warszawa 2015.
- Popiołek W.: komentarz do art. 391 (w:) *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–449<sup>10</sup>*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2018.
- Popiołek W.: komentarz do art. 392 (w:) *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–449<sup>10</sup>*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2018.
- Sohm R.: *The institutes of Roman law*, Oxford 1892.
- Sołtysiński S., Szajkowski A., Szumański A., Szwaja J.: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1–150 k.s.h.*, t. I, Warszawa 2012.
- System prawa prywatnego*, t. 17A, *Prawo spółek kapitałowych*, pod red. S. Sołtysińskiego, Warszawa 2015.
- Szłęzak A.: *Kilka uwag o umowach gwarancyjnych — na marginesie wyroku Sądu Najwyższego z 9.10.2014 r. (IV CSK 29/14)*, Przegląd Sądowy 2015, nr 7–8, s. 7–20.
- Szłęzak A.: *O klauzulach indemnifikacyjnych, representations and warranties i instytucjach pokrewnych w prawie polskim*, PPH 2017, nr 11, s. 21–27.
- Szumański A.: komentarz do art. 7 (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1–150 k.s.h.*, t. I, Warszawa 2012.
- Szumański A.: *Potrzeba uchylecia przepisów art. 7 k.s.h. (w:) System prawa prywatnego*, t. 17A, *Prawo spółek kapitałowych*, pod red. S. Sołtysińskiego, Warszawa 2015.
- Szumański A.: *Umowa o zarządzanie spółką zależną (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja: Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1–150 k.s.h.*, t. I, Warszawa 2012.

Zagrobelny K.: komentarz do art. 361 (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2017.

Zakrzewski R.: *The Nature of Claim on an Indemnity*, *Journal of Contract Law* 2006, nr 22, s. 54–66.

**Słowa klucze:** klauzule indemnifikacyjne, kara umowna, odpowiedzialność kontraktowa, dodatkowe zastrzeżenia umowne, prawo prywatne, prawo cywilne, prawo spółek.

ALEXANDER MARTIN JURANEK

INDEMNIFICATION CLAUSES AS A SPECIAL MECHANISM  
FOR MODIFYING CONTRACTUAL LIABILITY THROUGH  
ALLOCATION OF RISK AND THE ISSUE OF ACCESSORY  
CONTRACTUAL RESERVATIONS SECURING THEIR  
PERFORMANCE

S u m m a r y

The main subject of the article consists in extracting the indemnification provisions as *sui generis* clauses of extended liability regime agreed between the parties to a contract and in examining the possibility of securing the obligation arising from the indemnification clause by additional contractual instrument (e.g. a contractual penalty).

The functioning of indemnification clauses in the Polish legal system has not been comprehensively discussed in the literature. The main discussion concerned the normative grounds for separating of that type of provisions, in particular in the context of Articles 391 and 392 of the Polish Civil Code. A little attention was paid to practical consequences of using this clauses by the parties.

This article, in addition to the Author's statement regarding the definition, mode of action and effects of using indemnification clauses in Polish law, also concerns the admissibility of securing the obligation from the indemnification clause by an additional contractual provision (e.g. a contractual penalty) to strengthen the protection of the party benefiting from the indemnification.

**Keywords:** indemnification clauses, contractual penalties, contractual liability, additional contractual reservations, private law, civil law, company law.