

EWA ROTT–PIETRZYK*

SYSTEMATYKA CZĘŚCI SZCZEGÓŁOWEJ ZOBOWIĄZAŃ A MIEJSCE UMÓW O POŚREDNICTWO *SENSU LARGO* (GŁOS W DYSKUSJI)

I. UWAGI WPROWADZAJĄCE

1. Na łamach „Transformacji Prawa Prywatnego” ukazały się ostatnio¹ bardzo istotne, w świetle prac nad nowym kodeksem cywilnym prowadzonych przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego, rozważania dotyczące systematyki części szczegółowej zobowiązań. Dotychczasowa systematyka kodeksu cywilnego w tym zakresie spotykała się już z krytyką², która wydaje się obecnie narastać³. Dzieje się to w obliczu przygotowywania nowego kodeksu cywilnego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości. Poszukiwanie nowych rozwiązań jest w takich okolicznościach zjawiskiem naturalnym. Opracowanie nowej formuły systematyki regulacji kodeksowej jest niewątpliwie zadaniem trudnym. Warto zwrócić uwagę na to, że ani metoda prawnoporównawcza obejmująca

* Ewa Rott–Pietrzyk, profesor Uniwersytetu Śląskiego, dr hab., Katedra Prawa Cywilnego i Prawa Międzynarodowego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Śląski.

¹ Transformacje Prawa Prywatnego 2012, nr 1; dostępne także na stronie: http://www.transformacje.pl/?page_id=305.

² Wystarczy tu przytoczyć głos Z. Żabińskiego: *Systematyka umownych stosunków prawnych pod względem treści*, Studia Cywilistyczne 1972, t. XIX, s. 98 oraz S. Grzybowski (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 2, Ossolineum 1976, s. 20 i n. Odnośnie do systematyki umów obligacyjnych i jej konsekwencji nieograniczającej się do funkcji porządkowej zob. również opracowanie M. Sośniaka: *Zagadnienia typologii i systematyki umów obligacyjnych*, Katowice 1990, s. 9 i n.

³ Por. wypowiedzi: Z. Radwańskiego, J. Pisulińskiego, M. Pecyny i F. Zolla, a także R. Szostaka w nr 1 Transformacji Prawa Prywatnego z 2012 r. O niedoskonałościach obecnego systemu umów obligacyjnych normowanych w kodeksie cywilnym i poza nim W.J. Katner (w:) *System prawa prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań — umowy nienazwane*, pod red. W.J. Katnera, Warszawa 2010, s. 9, 10.

w szczególności uchwalone w ciągu ostatnich 20 lat nowe kodyfikacje krajowe⁴ oraz regulacje europejskie o charakterze *soft law*⁵, ani metoda historyczna⁶ nie prowadzą do jednoznacznych wniosków w zakresie najlepszego rozwiązania, gdy chodzi o systematykę części szczegółowej zobowiązań w projektowanym rodzimym kodeksie cywilnym. Wyrazem tego są głosy autorów⁷ dotyczące ich wizji tej systematyki opublikowane w „Transformacjach Prawa Prywatnego”. Mimo tego, że każdy z autorów w większym bądź mniejszym stopniu akceptuje odejście od tradycyjnie pojmowanej metody pandektowej kodeksu cywilnego, nie są oni zgodni przede wszystkim co do umieszczenia poszczególnych umów w określonych miejscach części szczegółowej kodeksu cywilnego oraz objęcia określonych kontraktów w ramach tych samych grup umów. Nie przyjmują też identycznego klucza (kryterium) prowadzącego do grupowania umów. W konsekwencji zatem nie przyjmują też identycznego podziału na poszczególne grupy umów z uznaniem określonej umowy jako umowy wiodącej (modelowej) dla danej grupy. Każdy z autorów stosował identyczne metody (historyczną i prawnoporównawczą) i co do zasady brał pod uwagę te same regulacje normatywne (krajowe o charakterze wiążącym i europejskie mające charakter *soft law*) przy rozważaniu najlepszego rozwiązania dla krajowej kodyfikacji.

2. W swej wypowiedzi zamierzam ograniczyć się do umów o pośrednictwo *sensu largo*. Z uwagi na wynikający z wypowiedzi niektórych autorów brak wyraźnego kryterium oddzielającego od siebie umowy o pośrednictwo i umowy o świadczenie usług bądź niewyróżniania umów o pośrednictwo w ogóle, odniosę się także do propozycji dotyczących umów o świadczenie usług i tzw. umów sieciowych o tyle, o ile mają one związek z umowami o pośrednictwo znajdujący wyraz

⁴ Chodzi tu o kodyfikacje: holenderską, rosyjską, estońską, litewską, czeską, i projekt węgierskiego kodeksu cywilnego, oraz inne, do których odnosi się autorzy wymienieni w przypisie poprzednim w swoich opracowaniach zamieszczonych w TPP 2012, nr 1.

⁵ Mam tu na myśli w szczególności ostatnie opracowanie Grupy Studyjnej (Study Group on European Civil Code): Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swann, P. Varu, A. Veneziano, F. Zoll: *Principles, Definitions and Model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, outline edition, München 2008 oraz 2009, a także Grupy Acquis (Acquis Group on Existing EC Law): *Contract I Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms* (2007) oraz *Contract II General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services* (2009) oraz *Contract III: General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel, Payment Services, Consumer Credit and Commercial Agency Contracts (Principles of the Existing EC Contract Law) (Acquis Principles)* (2012).

⁶ W polskiej kodyfikacji koncepcja grup umów znalazła ograniczony wyraz w kodeksie zobowiązań z 1933 r. W tytule XI (art. 441 i n.) zgrupowano bowiem „Umowy o świadczenie usług”, normując w ramach siedmiu jej mniejszych jednostkach (działach) poszczególne ich typy bez wyróżnienia którejs z umów jako typu wzorcowego.

⁷ Teksty dotyczące systematyki kodeksu cywilnego w odniesieniu do części szczegółowej zobowiązań w nr 1 TPP z 2012 r. opublikowali: Z. Radwański: *Wstępny projekt systematyzacji tak zwanej części szczegółowej prawa zobowiązań*; J. Pisuliński: *W sprawie systematyki części szczegółowej prawa zobowiązań (głos w dyskusji)*; M. Pecyna i F. Zoll: *Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu*, oraz R. Szostak: *Problem systematyki umów obligacyjnych w nowym kodeksie cywilnym*.

w szczególności w proponowanych desygnatach poszczególnych grup umów. Dla przejrzystości rozważań i ustosunkowania się do proponowanych rozwiązań konieczne jest określenie samego pojęcia pośrednictwa w znaczeniu szerokim. Na podstawie cech charakterystycznych tego pojęcia można bowiem rozważać sens wyróżnienia grupy umów do siebie zbliżonych z uwagi na świadczenie dla nich typowe (charakterystyczne). Niezbędne jest też odniesienie się do wąskiego rozumienia pojęcia pośrednictwa, w związku ze zgłaszanymi propozycjami unormowania umowy o pośrednictwo (jednorazowe).

3. Analizując niektóre rozwiązania krajowe i europejskie (w szczególności DCFR) w zakresie systematyki z jednej strony, a trudności z wykładnią i stosowaniem prawa dotyczącego umów obligacyjnych z drugiej, skłaniam się ku zmianie przyjmowanej dotąd systematyki. Trudności te występują *de lege lata* także w przypadku umów o pośrednictwo *sensu largo*. Dotyczą one zarówno kwestii poszukiwania reżimu prawnego dla umów nienazwanych (np. umowy o pośrednictwo *sensu stricto*)⁸, znaczenia przepisów o zleceniu dla innych umów nazwanych i nienazwanych (np. w zakresie przedawnienia)⁹, celowości odpowiedniego stosowania bez zmian przepisów o zleceniu do umów nienazwanych o świadczenie usług. Jestem przekonana, że przyjęcie koncepcji podziału umów obligacyjnych na grupy umów o zbliżonych cechach charakterystycznych z wyciągniętymi przed nawias przepisami ogólnymi dla każdej grupy umów mogłoby tego rodzaju trudnościom zapobiec. Nie jest to zresztą jedyny powód przemawiający za tezą, że grupowanie umów jest rozwiązaniem godnym poparcia. Przemawia za nim, jak sądzę, wiele względów¹⁰.

⁸ Por. z jednej strony orzeczenia: uchwała SN z dnia 18 grudnia 1990 r., III CZP 67/90, OSP 1991, z. 10, poz. 230, s. 442 i n.; wyrok SA w Katowicach z dnia 23 listopada 1993 r., I ACr 672/93, OSAiSN 1994, nr 11–12, poz. 63, s. 45 i n.; wyrok SA w Katowicach z dnia 30 kwietnia 1993 r., I ACr 115/93, OSAiSN 1994, nr 1, poz. 7, s. 43 i n., w których do umowy o pośrednictwo stosowano przepisy o zleceniu na podstawie art. 750 k.c. A z drugiej strony zob. wyrok SN z dnia 28 października 1999 r., OSP 2000, z. 7/8, z aprobującą glosą E. Rott-Pietrzyk, w którym SN zastosował do umowy o pośrednictwo jednorazowe odpowiednio przepisy o umowie agencyjnej z pominięciem art. 750 k.c. To orzeczenie zmieniło stanowisko sądów przy wyborze metodologii wykładni i stosowania prawa przy poszukiwaniu reżimu prawnego umowy o pośrednictwo na rzecz stosowania przepisów o umowie agencyjnej jako umowy najbardziej do agencji zbliżonej. Zob. wyrok SN z dnia 15 listopada 2004 r., IV CK 170/04, LEX nr 284645; wyrok SN z dnia 15 listopada 2004 r., IV CK 199/04, LEX nr 197657, a także niepublikowane wyroki: SN z dnia 10 marca 2004 r., IV CK 125/03; z dnia 14 maja 2004 r., IV CK 291/03; z dnia 14 lipca 2004 r., IV CK 366/03. Do odpowiedniego stosowania do umowy o pośrednictwo przepisów o umowie agencyjnej z aprobatą odnieśli się Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska: *Zobowiązania — część szczegółowa*, Warszawa 2005, s. 156 (i w wydaniach następnych).

⁹ Por. A. Kędzierska-Cieślak: *Komis (zagadnienia cywilnoprawne)*, Warszawa 1973, s. 128, 129, która uważa, że w związku z brakiem regulacji szczególnej o terminie przedawnienia roszczeń z umowy komisu należy stosować odpowiednio przepisy o zleceniu.

¹⁰ Co do zasady zgadzam się tu zatem ze stanowiskiem Z. Radwańskiego oraz M. Pecyny i F. Zolla wyrażonymi w TPP 2012, nr 1, przychylającym się do celowości ujmowania umów w grupy.

II. KONCEPCJA ŁĄCZENIA UMÓW OBLIGACYJNYCH W GRUPY W CZĘŚCI SZCZEGÓŁOWEJ KODEKSU CYWILNEGO

1. Zabieg ujmowania umów w grupy ma, jak sądzę, głęboki sens. Wyraża się on oczywiście nie tylko w przygotowaniu wedle nowej formuły eleganckiej, estetycznej i przejrzystej z uwagi na treść i sposób podziału na jednostki redakcyjne (części, działy, rozdziały, podrozdziały itd.) regulacji normatywnej. Systematyka nowej kodyfikacji powinna nade wszystko być funkcjonalna i sprzyjać przyjmowaniu przez organy orzekające racjonalnej metodologii wykładni i stosowania prawa, między innymi dotyczącego umów nazwanych ujętych w grupy, a także ułatwiać poszukiwanie reżimu prawnego umów nienazwanych (bądź mieszanych, zakładając potrzebę ich wyróżniania).

2. Łączenie umów w grupy powinno odbywać się przede wszystkim na podstawie kryterium przedmiotu poszczególnych umów, znajdującego wyraz w świadczeniach charakterystycznych dla danego typu umów. Chodzi tu rzecz jasna o określony stopień zbliżenia (podobieństwa między treścią świadczenia bądź świadczeń charakterystycznych dla poszczególnych umów). Świadczenia te niekoniecznie przy tym muszą wynikać wyłącznie z tradycyjnie ujmowanych elementów przedmiotowo istotnych (*essentialia negotii*) objętych definicją poszczególnych umów. Dla zakwalifikowania umów do danej grupy może mieć również znaczenie ich charakter prawny, pozwalający na zaliczenie ich na przykład do umów o charakterze trwałym, ciągłym¹¹. Grupowanie umów może przy tym przebiegać wedle różnych założeń. Na ich podstawie można wyróżnić dwa różne modele grupowania umów¹². Pierwszy model jest modelem z wyodrębnionymi tzw. małymi częściami ogólnymi dla każdej grupy (**tzw. model małych części ogólnych**). Założeniem drugiego modelu jest grupowanie umów z jedną umową wiodącą, która pełni funkcje umowy wzorcowej (**tzw. model umowy wzorcowej**).

3. W pierwszym modelu wspólne cechy i zbliżony charakter prawny kilku umów w ramach jednej grupy uzasadniają wyciągnięcie przepisów ogólnych przed nawias regulacji szczegółowych dotyczących już poszczególnych typów umów. Przepisy ogólne znajdowałyby zastosowanie wprost do wszystkich umów składających się na daną grupę przed przepisami ogólnymi stosowanymi do wszelkich czynności prawnych. Podstawowym założeniem takiej metody legislacyjnej jest ściślejsze strukturalne zespolenie umów z danej grupy.

¹¹ Zakwalifikowanie umowy do takiej grupy mogłoby mieć sens np. przy wyodrębnianiu znajdujących do umów unormowanych w ramach tej grupy przepisów ogólnych o rozwiązaniu umowy, np. poprzez wypowiedzenie.

¹² Na obie metody zwraca uwagę i wyjaśnia ich najważniejsze cechy charakterystyczne Z. Radwański: *Wstępny projekt...*, *op. cit.*, s. 6 i 7.

4. Nie jest to jednak jedyna możliwa do wykorzystania metoda prowadząca do grupowania umów. Metodą alternatywną jest metoda polegająca na budowaniu grupy umów „wokół” jednej wiodącej umowy, której regulacja pełni funkcję wzorcową dla innych umów. Strukturalne zespolenie umów składającą się na daną grupę w tym modelu nie jest tak silne jak w modelu pierwszym. W modelu umowy wzorcowej przepisy jej dotyczące znajdują zastosowanie wprost do innych umów, o ile są do pogodzenia z normującymi je przepisami (z zachowaniem zasady *lex specialis*) i ich charakterem prawnym. Można też sobie wyobrazić inne rozwiązanie, polegające na odpowiednim stosowaniu przepisów normujących umowę modelową do innych umów (bez zmian¹³ bądź po odpowiednich modyfikacjach, gdy jest to *in concreto* uzasadnione).

5. Wydaje się, że bardziej funkcjonalna jest metoda pierwsza polegająca na grupowaniu umów z wyodrębnioną częścią ogólną w ramach grupy umów. Z pewnością jednak odbiega ona — bardziej niż metoda druga polegająca na wyodrębnianiu umów wokół umowy wzorcowej¹⁴ — od systematyki, do której dotąd przywykliśmy. To jednak nie powinno być przeszkodą dla przyjaznego na nią spojrzenia. Pierwsza z wymienionych metod w sposób bardziej przejrzysty porządkuje relacje między umowami w ramach danej grupy, wyłącza co do zasady system odesłań oraz ułatwia poszukiwanie reżimu prawnego dla umów nienazwanych. Trudno zaprzeczyć temu, że logiczną konsekwencją występowania cech podobnych w umowach należących do danej grupy powinno być ujęcie tych podobieństw w sposób normatywny poprzez wyodrębnienie przepisów ogólnych. Przepisy te nie tylko wskazywałyby na zbliżone cechy określonych typów umów nazwanych, ale określałyby normatywne skutki z podobieństw tych wynikające. Wyciągnięte przed nawias regulacje ogólne, jako wspólne dla umów z danej grupy, stanowiłyby wspólny mianownik charakterystyczny dla tych umów. Zabieg ten ułatwia dokonywanie wyborów na etapie stanowienia prawa przy poszukiwaniu rozwiązań mających na celu unikanie powtórzeń i wielu odesłań ustawowych nakazujących stosowanie przepisów dotyczących określonej umowy do innej umowy odpowiednio¹⁵ bądź wprost¹⁶. Przepisy ogólne dla danej grupy umów mogłyby także stanowić wspólny mianownik dla umów niebędących umowami nazwanymi, ale mającymi cechy podobne, pozwalające — przy poszukiwaniu dla nich reżimu prawnego — na przyporządkowanie ich do danej grupy. Metoda tzw. małych części ogólnych w większym stopniu porząd-

¹³ Odpowiednie stosowanie przepisów bez zmian należy tu oczywiście odróżnić od stosowania przepisów wprost i postrzegać jako inną technikę stosowania przepisów prawa prowadzącą do tego samego celu i wywołującą identyczny skutek.

¹⁴ Dotąd mimo tego, że umowy typowe nie są pogrupowane w umowy, niektóre umowy były traktowane jako umowy wiodące, a inne uważane były za ich odmiany, albo zbliżone na tyle, aby stosować do nich przepisy umowy modelowej odpowiednio.

¹⁵ Zob. np. art. 656, 658, 694, 750 k.c.

¹⁶ Por. np. art. 764⁹ k.c.

kuje przepisy regulujące umowy części szczegółowej. W tym należy upatrywać jej funkcjonalności przekładającej się na zmniejszony stopień trudności przy dokonywaniu wykładni i stosowaniu przepisów normujących zarówno kodeksowe typy umów, jak i umów niemających takiego charakteru (umowy nienazwane). Słusznie także zwrócono uwagę, że system zbudowany na podstawie techniki normatywnej wykorzystującej metodę „małych części ogólnych” jest bardziej przystosowany do „wchłaniania” nowych typów umów nazwanych¹⁷. Po pierwsze, pozwala na ulokowanie nowej umowy w określonej grupie z uwagi na istniejące podobieństwa między nią a umowami należącymi do danej grupy. Po drugie, zapewnia już gotową regulację ogólną znajdującą zastosowanie do nowej umowy. System taki jest przez to bardziej otwarty na „wchłanianie” nowych typów umów i minimalizuje niebezpieczeństwo zaistnienia uciążliwej wady dla wielu kodyfikacji prawa prywatnego, tj. braku spójności¹⁸ i szybkiej dezaktualizacji. Tymczasem obecnie można się liczyć ze wzrostem tzw. empirycznych typów umów, które „oczekiwać” mogą na zmianę statusu polegającego na przekształceniu w typ kodeksowy. Warto wziąć pod uwagę założenie, zgodnie z którym model prawa umów obligacyjnych powinien zostać przygotowany wedle formuły zapewniającej jego elastyczność i uwzględnić tendencje rozwoju i szybkości zmian w gospodarce w dobie tzw. postprzemysłowych społeczeństw informatycznych. Na tym etapie bowiem dominującą rolę odgrywają różnego rodzaju, niemające jednolitego charakteru, usługi¹⁹, które znacznie odbiegają od modelu umowy zlecenia, tradycyjnie postrzeganej jako umowa modelowa dla różnego rodzaju umów o świadczenie usług. Elastyczna formuła systematyki kodeksu powinna zatem z jednej strony umożliwiać stosunkowo proste wbudowywanie nowych umów do kodeksu cywilnego bez zaburzenia jego struktury. Z drugiej strony, systematyka kodeksu i treść poszczególnych typów umów powinny sprzyjać metodologii wykładni i stosowania prawa zapewniającej realizację celów uczestników obrotu, które coraz częściej wykraczają poza strukturę umowy typowej. Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na wypowiedź B. Gawlika z lat 70. XX w. dotyczącą umów nienazwanych (w szczególności w zakresie ich odróżnienia od umów nazwanych) oraz mieszanych²⁰, która jest obecnie nad wyraz aktualna. Jest bowiem wyrazem konieczności postrzegania umów w kategoriach „bytów” elastycznych niepoddających się sztywnym rozgraniczeniom czy przyporządkowaniom do kategorii umów nazwanych bądź nienazwanych.

¹⁷ Tak M. Pecyna, F. Zoll: *Założenia projektu struktury...*, *op. cit.*, s. 27 i n.

¹⁸ Dotyczy to w szczególności wkomponowania regulacji dotyczących konsumentów do krajowych kodyfikacji. Zob. bliżej na ten temat np. M. Jagielska: *Znaczenie instrumentu opcjonalnego w pracach nad reformą prawa konsumenckiego* (w:) *Ochrona konsumenta w prawie polskim na tle koncepcji effet utile*, pod red. J. Frąckowiaka, R. Stefanickiego, Wrocław 2011, s. 123–124 i cytowana tam literatura.

¹⁹ Umowy o świadczenie usług stanowią obecnie 70% umów zawieranych w Unii Europejskiej i występuje tu tendencja wzrostowa. Zob. http://ec.europa.eu/intenba1_market/top_layer/index_19_en.htm; por. także dyrektywę 2006/123/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. o świadczeniu usług na wspólnym rynku.

²⁰ Zob. B. Gawlik: *Pojęcie umowy nienazwanej*, *Studia Cywilistyczne* 1971, t. XVIII, oraz tenże: *Umowy mieszane. Konstrukcja i ocena prawna*, *Palestra* 1974, z. 5.

6. Można też sobie wyobrazić rozwiązanie pośrednie dotyczące systematyki prawa umów będące wyrazem zastosowania obu normatywnych metod grupowania umów jednocześnie, tj. metody „małych części ogólnych” i metody „umowy wzorcowej”. Z jednej strony rozwiązaniu temu można by zarzucić brak konsekwencji i spójności związanych z brakiem jednolitego kryterium i sposobu porządkującego kodeksowe typy umów w grupy. Może to przekładać się na trudności przy doborze metod wykładni i stosowania przepisów części szczegółowej. Z drugiej jednak strony, jeśli w przypadku niektórych umów budowanie części ogólnej byłoby co prawda zabiegiem konsekwentnym, ale sztucznym i nieuzasadnionym dla danej grupy umów, to — jak sądzę — warto rozważyć system mieszany pod względem przyjmowanej metody dzielenia typów umów na grupy. Na wybór obu metod zdecydował się ustawodawca węgierski przy opracowaniu nowej kodyfikacji²¹. Z pewnością wybór techniki normatywnej i metody podziału kodeksowych typów umów na grupy jest sprawą wielkiej wagi. Wpływa bowiem nie tylko na kształt części szczegółowej z chwilą uchwalenia kodyfikacji, ale może też stwarzać lepsze perspektywy dalszego rozwoju prawa umów przez rozwiązanie z jednej strony elastyczne, a z drugiej stwarzające solidne podstawy i zachęcające do przyjmowania przez orzekających jednolitej metody wykładni i stosowania przepisów części szczegółowej.

III. POJĘCIE POŚREDNICTWA

A. POŚREDNICTWO *SENSU LARGO*

1. Przy rozważaniu sposobu usystematyzowania umów o pośrednictwo, rozważaniu desygnatów mających należeć do grupy umów, dla której charakterystyczne jest pośredniczenie, bądź zaliczeniu tych umów do bardziej rozbudowanej i inaczej kwalifikowanej grupy konieczne jest dookreślenie pojęcia pośrednictwa.

2. Pośrednictwo może być rozumiane szeroko i wąsko. Szerokie pojmowanie pośrednictwa możliwe jest tylko przy założeniu, że konstrukcyjnie pośrednictwo *sensu largo* nie ogranicza się wyłącznie do dokonywania czynności faktycznych. Może ono obejmować także czynności prawne. Chodzi przy tym zarówno o czynności dokonywane przez pośrednika w cudzym imieniu, jak i czynności dokonywane przez niego w imieniu własnym. W pierwszym przypadku pośrednik działa jako zastępca bezpośredni, w drugim jako zastępca pośredni. Pośrednik pełni w obu przypadkach rolę zastępcy innej osoby, działając na jej rachunek. Można rzec, że w szerokim ujęciu pośrednictwo zbliża się do instytucji *agency* w ujęciu systemów *common law*. Pojęcie to jest pojęciem zbiorczym obejmującym takie instytucje

²¹ Bliżej na ten temat Z. Radwański: *Wstępny projekt...*, *op. cit.*, s. 7.

występujące w systemach *civil law* jak: pośrednik, zastępca (bezpośredni, np. pełnomocnik, oraz pośredni, np. komisant), przedstawiciel, a także umowy, w których świadczenie charakterystyczne spełnia jeden z wymienionych podmiotów²². Zasadniczo wspólnym mianownikiem tego rodzaju umów jest zobowiązanie pośrednika do wprowadzenia na rynek towarów lub usług podmiotu, na rachunek (na rzecz) którego pośrednik działa. Nie ma przy tym znaczenia, czy pośrednik działa w sposób stały, czy jednorazowy. Zakres ujęcia pośrednictwa przy takich założeniach jest zatem bardzo szeroki.

3. Rozważając umowy dotyczące pośrednictwa *sensu largo* w prawie polskim normowane w kodeksie cywilnym, można wskazać ich następujące typy: umowa zlecenia (art. 734–751), umowa agencyjna (art. 758–764⁹), umowa komisju (art. 765–773), a także różnego rodzaju umowy nienazwane, jak na przykład umowę o pośrednictwo jednorazowe, umowę dystrybucyjną czy umowę franchisingu. Wymieniana jest także umowa akwizycji²³. Istnieją jednak uzasadnione wątpliwości, czy umowa ta na tyle odróżnia się od umowy agencyjnej, by istniały wystarczające podstawy do jej kwalifikacji jako odrębnej od agencyjnej umowy²⁴. Wspólnym celem wszystkich wymienionych umów jest rozszerzenie zbytu towarów lub świadczenia usług innego podmiotu niż podmiot podejmujący się świadczenia charakterystycznego na podstawie którejś z wymienionych umów o pośrednictwo (*sensu largo*). Poza kodeksem cywilnym normowane są jeszcze inne umowy, które są kwalifikowane jako umowy pośrednictwa²⁵. Chodzi tu w szczególności o: morską umowę agencyjną (art. 201–207 k.m.), umowę z maklerem morskim (art. 208–213 k.m.), umowę o pośrednictwo z firmą inwestycyjną (art. 72–78a ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi)²⁶, umowę z agentem firmy inwestycyjnej (art. 79–81 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi), umowę z maklerem papierów wartościowych (art. 125–131 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi), umowę z agentem oraz brokerem ubezpieczeniowym lub reasekuracyjnym (art. 7–36 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym)²⁷.

²² Bliżej na ten temat E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, pod red. J. Rajskego, wyd. 3, Warszawa 2011, s. 617.

²³ Tak K. Kruczałak: *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1998. Por. również W. Kocot (w:) *System prawa prywatnego*, t. 9, *Prawo zobowiązań — umowy nienazwane*, pod red. W.J. Katnera, Warszawa 2010, s. 28 i n.

²⁴ Por. K. Kruczałak, E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, pod red. S. Włodyki, wyd. 3, Warszawa 2011, s. 449. Autorzy zwracają uwagę m.in., że pojęcie i status prawny akwizytora i agenta były utożsamiane, a pojęć tych używano zamiennie, a wyróżniane przez nich cechy umowy akwizycyjnej nie odbiegają od cech umowy agencyjnej.

²⁵ Wedle kwalifikacji dokonanej przez K. Kruczałaka, E. Rott-Pietrzyk w rozdziale 7 *Systemu prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, pod red. S. Włodyki, wyd. 3, Warszawa 2011. W *Systemie prawa handlowego* przyjęto koncepcję omawiania umów przez przyporządkowanie ich do poszczególnych grup. W rozdziale 7 znalazła się grupa umów o pośrednictwo (tytuł rozdziału: „Umowy i pośrednictwo gospodarcze (handlowe)”).

²⁶ T.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 211, poz. 1384 ze zm.

²⁷ Dz.U. Nr 124, poz. 1154 ze zm.

4. Rozważając relację między instytucją pośrednictwa *sensu largo* a instytucją zastępstwa, należy zwrócić uwagę na dwie okoliczności. Do umów pośrednictwa handlowego, którego przedmiotem jest dokonywanie czynności prawnych przez pośrednika w celu rozszerzenia zbytu dóbr lub usług innego podmiotu lub dokonywanie przez pośrednika czynności faktycznych zmierzających do zawarcia umów bezpośrednio przez ten podmiot, nie zalicza się z reguły umów, których przedmiotem jest dokonanie tylko jednej czynności: prawnej (w ramach zlecenia) bądź faktycznej (w ramach umowy o pośrednictwo *sensu stricto*)²⁸. W przypadku umów „handlowych” obejmujących pośrednictwo istotny jest bowiem element „stałości” przy dokonywaniu czynności prawnych bądź faktycznych na rzecz innej osoby.

5. Warto zauważyć, że grupa umów o zastępstwo ma szerszy zakres niż grupa umów o pośrednictwo, gdyż te pierwsze obejmują także inne działania niż podejmowanie czynności w celu wprowadzenia na rynek dóbr lub usług innego podmiotu. Biorąc pod uwagę dokonywanie czynności w cudzym bądź własnym imieniu, ale na cudzy rachunek, w ramach umów o zastępstwo, mieści się na przykład umowa spedycji²⁹. Za wzorcową umowę o zastępstwo należy uznać umowę zlecenia, na podstawie której przyjmujący zlecenie może działać jako zastępca bezpośredni (co jest zasadą)³⁰ oraz pośredni³¹. Umowa zlecenia z pewnością nie jest umową charakterystyczną dla umów zawieranych w obrocie handlowym w celu wprowadzenia na rynek towarów lub usług innej osoby.

B. POŚREDNICTWO *SENSU STRICTO*

1. Pośrednictwo *sensu stricto*³² obejmuje wyłącznie dokonywanie czynności faktycznych na cudzy rachunek (w cudzym interesie, innymi słowy na rzecz innej osoby). Pośrednik nie ma umocowania do dokonywania czynności faktycznych na rachunek innej osoby. Przepisy kodeksu cywilnego nie definiują jednak „pośrednictwa” ani nie określają, na czym polega „pośredniczenie”. Czynił to kodeks zobowiązań z 1933 r., w którym umowa o pośrednictwo była jedną z umów nazwanych o świadczenie usług. Z art. 517 k.z. wynikało, że pośrednictwo może być dwojakiego rodzaju. Po pierwsze, może ono polegać na nastręczeniu sposobności zawarcia umowy i, po drugie, na pośredniczeniu przy zawarciu umowy. Warto

²⁸ Tak w rozdziale 7 *Systemu prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych* (z 2011 r. i we wcześniejszych wydaniach).

²⁹ Por. art. 794 § 2 k.c.

³⁰ Por. art. 734 § 2 k.c.

³¹ Por. art. 741 *in fine* k.c.

³² Bliżej na ten temat E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, *op. cit.*, s. 639 i n.; też, *Pośrednictwo jako element charakterystyczny niektórych umów o świadczenie usług* (w:) *Ubezpieczenia gospodarcze. Wybrane zagadnienia prawne*, pod red. B. Gnelli, Warszawa 2011, s. 186 i n.

zwrócić uwagę, że do określonego w kodeksie zobowiązań znaczenia „pośrednictwa” odwołał się Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do uchwały z dnia 18 grudnia 1990 r.³³ W sprawie tej niezbędne do wydania rozstrzygnięcia było bliższe określenie zakresu i znaczenia pośrednictwa. Jest to znamienny przypadek wykorzystania nieobowiązującego prawa przy sporządzaniu uzasadnienia do orzeczenia zapadłego w konkretnej sprawie, w którym sąd musiał przyjąć znaczenie instytucji, której *de lege lata* nie definiuje *expressis verbis*.

Obecnie bezpośrednio do pojęcia pośredniczenia odwołuje się przepis definiujący umowę agencyjną, tj. art. 758 k.c., który stanowi między innymi, że agent zobowiązuje się do „stałego pośredniczenia”. Z regulacji przyjętej w tym przepisie wynika, że dwie postacie umowy agencyjnej wiążą się ściśle z jej ustawowo określonym przedmiotem, czyli z zobowiązaniem agenta do działania na rachunek dającego zlecenie, ewentualnie w jego imieniu. Rozróżnienie to wiąże się właśnie z przypisaniem agentowi cechy pośrednika lub pełnomocnika. Istnieje zatem możliwość zawierania umów agencyjnych dwojakiego typu, a mianowicie: umowy agencyjnej, której przedmiotem jest pośredniczenie agenta (agencja pośrednicza), oraz umowy agencyjnej stanowiącej stosunek podstawowy dla pełnomocnictwa (agencja przedstawicielska). W przypadku agencji pośredniczej, agent–pośrednik nie działa w imieniu dającego zlecenie, lecz jedynie na jego rachunek. Działanie „na rachunek” odnosi się jedynie do stosunków wewnętrznych między dającym zlecenie i agentem, i oznacza, komu ostatecznie przypadną korzyści, a także kogo obciążą ewentualne straty. Należy zwrócić uwagę, że tak rozumiane „działanie na cudzy rachunek” może wystąpić także w postaci innego zwrotu, tj. „działanie na rzecz” albo „działanie dla”. W zasadzie nie ma powodu do upatrywania między tymi wyrażeniami różnicy znaczeniowej. Agent, dokonując zatem czynności z zakresu stałego pośrednictwa, dokonuje wyłącznie czynności faktycznych.

Na podstawie piśmiennictwa z okresu obowiązywania kodeksu zobowiązań uzupełnionego dającymi się zaobserwować obecnie podejmowanymi przez agenta w praktyce działaniami w ramach umowy agencyjnej, można wskazać wiele czynności faktycznych mieszczących się w zakresie obu wyróżnionych w kodeksie zobowiązań rodzajów pośrednictwa. I tak — jeśli odwołać się do dychotomicznego podziału przyjętego w kodeksie zobowiązań — pośrednictwo polegające na następczaniu sposobności zawarcia umowy obejmuje takie czynności, jak: wskazanie klientów, z którymi można zawrzeć umowę, ułatwienie spotkań z klientami w celu rozpoczęcia z nimi negocjacji, sprowadzenie do dającego zlecenie potencjalnych klientów, uzyskiwanie i przekazywanie zleceniodawcy informacji dotyczących ofert, jakimi zainteresowani są poszczególni klienci, prowadzenie akcji promocyjnych, reklamowych i marketingowych obejmujących działalność dającego zlecenie skierowanych do potencjalnych klientów, w celu zainteresowania ich ofertą dającego

³³ III CZP 67/90, OSNC 1991, nr 5–6, poz. 65.

zlecenie, a także inne czynności mające na celu nawiązanie kontaktów handlowych przez dającego zlecenie z klientami w celu zawarcia z nimi umów.

Jeśli zaś chodzi o pośrednictwo drugiego rodzaju („pośredniczenie przy zawarciu umowy), polega ono w szczególności na: udziale pośrednika w negocjacjach mających na celu zawarcie umowy, skłanianiu osoby trzeciej (klienta) do przyjęcia oferty lub złożenia oferty, skłanianiu obu stron do wzajemnych ustępstw bądź zmian oferty, przygotowaniu propozycji zawarcia umowy bądź oferty, przekazywaniu klientowi propozycji zawarcia umowy bądź oferty dającego zlecenie lub odwrotnie, tj. przekazywaniu dającemu zlecenie propozycji zawarcia umowy bądź oferty sporządzonej przez klienta itp. Podział ten ma charakter konwencji umownej. W istocie trudno jest wskazać wyraźną linię demarkacyjną między pośredniczeniem w ramach dwóch zakresów tego pojęcia wskazanymi przez kodeks zobowiązań. Trzeba jednak zauważyć, że podział ten nie ma większego znaczenia w praktyce, z uwagi na to, że zakwalifikowanie określonej czynności do czynności mieszczącej się w ramach „następczania sposobności zawarcia umowy” bądź „pośredniczenia przy zawarciu umowy” nie wywołuje różnych skutków prawnych. Odwoływanie się dziś do podziału czynności pośredniczących przyjętego w kodeksie zobowiązań może się wydać anachroniczne, a w każdym razie odwołanie to może być dziś uznane za niemające większego znaczenia praktycznego. W razie przyjęcia w nowej kodyfikacji koncepcji unormowania umowy o pośrednictwo, jako odrębnego typu umowy kodeksowej, nie warto przyjmować podziału czynności pośredniczących z kodeksu zobowiązań. Rozważając instytucję pośrednictwa *sensu stricto*, należy podkreślić, że nie istnieje standardowy katalog czynności, który powinien być zachowany, aby uprawnione było twierdzenie, że mamy do czynienia z pośrednictwem (jako przedmiotem umowy agencyjnej bądź pośrednictwem w ramach innego stosunku prawnego wynikającego np. z umowy o pośrednictwo jednorazowe). Nie jest też możliwe sporządzenie wyczerpującego (zamkniętego) katalogu czynności podejmowanych w ramach pośrednictwa. Jedynym użytecznym kryterium pomocnym przy kwalifikacji czynności faktycznej jako desygnatu pośrednictwa wydaje się kryterium związku tej czynności z zawarciem umowy między dającym zlecenie i klientem. Związek ten należy rozumieć tak, że dokonana czynność jest nakierowana na określony cel i prowadzi do jego osiągnięcia. Celem tym jest zawarcie umowy. Innymi słowy działalność agenta powinna pozostawać w związku przyczynowym z zawarciem umowy.

2. Można przyjąć, że w zakresie „pośrednictwa” mieści się jakakolwiek czynność faktyczna, która jest podejmowana w celu doprowadzenia do zawarcia przez dającego zlecenie umowy z osobą trzecią³⁴.

³⁴ Por. art. IV.D.–1:101(1)(b) DCFR, który tak właśnie ujmuje sens pośrednictwa, choć nie definiuje umowy o pośrednictwo i nie wyodrębnia jej jako odrębny typ umowy. Przepis ten został zamieszczony w części D księgi IV DCFR, która to część dotyczy umowy zlecenia. Klasyczne zlecenie według DCFR obejmuje obie postacie za-

IV. UWAGI DO PROPOZYCJI *DE LEGE FERENDA* DOTYCZĄCYCH SYSTEMATYKI UMÓW O POŚREDNICTWO

1. Wedle propozycji Z. Radwańskiego, **grupa umów dotyczących pośrednictwa** (unormowana w tytule II „Umowy pośrednictwa”) powinna objąć umowy, w których występuje **zastępstwo bezpośrednie lub pośrednie**³⁵, tzn.: umowę agencyjną, maklerską, komis, umowę akwizycyjną, umowę dystrybucyjną, umowę factoringu oraz umowy powiernicze³⁶. Z. Radwański proponuje jednocześnie, aby wyodrębnić również dwie grupy umów odnoszących się do świadczenia usług. Pierwsza grupa obejmowałaby **umowy starannego działania**, a druga **umowy rezultatu**. Systematyka kodeksowa wyglądałaby tak, że w ramach tytułu IV („Umowy odnoszące się do świadczenia usług, a polegające na starannym działaniu”) znalazłaby się umowa zlecenia jako umowa wzorcowa obejmująca czynności prawne i faktyczne oraz umowy stanowiące podtyp zlecenia, tj.: umowa o pełnienie nadzoru, umowa o prace geologiczne i poszukiwawcze, umowa o nauczanie lub wychowanie, umowa o usługi medyczne lub pielęgnacyjne, umowa menadżerska. Natomiast w tytule V miałyby się znaleźć umowy odnoszące się do świadczenia usług, a polegające na osiągnięciu określonego rezultatu. Grupa ta obejmowałaby: umowę o dzieło, jako umowę wzorcową, a nadto: umowę o roboty budowlane, umowę o podróż, umowę przechowania, depozyt nieprawidłowy, umowę składu oraz odpowiedzialność hotelarzy. Grupa umów pośrednictwa (tytuł II) od umów o świadczenie usług (tytuły IV i V) została oddzielona tytułem III obejmującym umowy regulujące używanie rzeczy.

2. Gdy chodzi o zaproponowaną systematykę, przychylam się do zaproponowanego podziału umów w ramach umów kwalifikowanych jako **umowy o świadczenie usług**. Jest to z pewnością niejednorodna grupa umów. Można w niej wyróżnić dwie umowy wiodące, których cel i charakter prawny są różne. Chodzi tu o kryterium, wedle którego umowy podlegają podziałowi **na umowy starannego działania i umowy rezultatu**. Dla tych pierwszych umową wzorcową jest umowa zlecenia, a dla tych drugich umowa o dzieło. Struktura taka zbliży wedle racjonalnego kryterium umowy o cechach podobnych i ułatwi stosowanie prawa w tym zakresie. Jest kwestią otwartą, czy podziałowi temu powinna towarzyszyć technika legislacyjna prowadząca do wyodrębnienia tzw. małych części ogólnych w ramach obu grup o świadczenie usług, czy też za wystarczające należy uznać zastosowanie tzw. modelu umowy wzorcowej w ramach każdej grupy (o czym jeszcze będzie mowa).

stepstwa. Natomiast do umowy, której przedmiotem jest dokonywanie czynności faktycznych w celu zawarcia umowy, przepisy o zleceniu stosuje się „po odpowiednich modyfikacjach”.

³⁵ Podobne kryterium przyjęto w t. 9 *Systemu prawa prywatnego*, pod red. W.J. Katnera (2010).

³⁶ Przy umowach powierniczych Z. Radwański również ma wątpliwości co do właściwego miejsca dla tych umów.

3. Słuszne są wątpliwości J. Pisulińskiego dotyczące propozycji Z. Radwańskiego w zakresie istnienia wystarczających podstaw do unormowania jako odrębnego typu umowy — **umowy akwizycji** i odgraniczenia jej tym samym od umowy agencyjnej bądź dystrybucyjnej³⁷. Umowa akwizycyjna moim zdaniem nie wykazuje cech, które pozwoliłyby na jej odróżnienie od agencji oraz dystrybucji.

4. Zgadzam się również z J. Pisulińskim, że **umowa maklerska** powinna być unormowana po **umowie komisii**. Decydujący jest tu argument, zgodnie z którym elementy umowy komisii występują w regulacji dotyczącej umów o pośrednictwo na rynku instrumentów finansowych. Regulacja komisii zatem jako kompleksowa i pełna, obejmująca zastępstwo pośrednie, powinna wyprzedzać umowę, która zawiera niektóre elementy umowy komisii.

5. Grupa umów o pośrednictwo nie jest moim zdaniem właściwym miejscem dla **umowy factoringu** z kilku względów. Po pierwsze, umowa factoringu (właściwego) jest kwalifikowana w naszej literaturze jako połączenie umowy sprzedaży praw (wierzytelności) z umową o świadczenie usług dodatkowych, w szczególności usług księgowych. Po drugie, umowę tę nie sposób zakwalifikować jako umowy pośrednictwa czy zastępstwa (bezpośredniego bądź pośredniego). Szczególnie w przypadku factoringu właściwego nie występuje świadczenie typowe dla umów o pośrednictwo *sensu largo*, tj. działanie w cudzym bądź własnym imieniu na cudzy rachunek. Umowa ta jako umowa o przeniesienie prawa o charakterze kredytowym nie wykazuje cech na tyle zbliżonych do umów o pośrednictwo, aby jej zamieszczenie w grupie tych umów było uzasadnione³⁸.

6. Zakładając, że w projektowanym kodeksie cywilnym byłoby miejsce dla **umowy powiernictwa**, należałoby ją zaliczyć do innej grupy umów albo zamieścić w odrębnym tytule. Przyjęta koncepcja zależy jednak od tego, jaki rodzaj powiernictwa miałby być normowany. Jest to bowiem instytucja niejednolita, o złożonej naturze i służąca różnym celom³⁹. Nie wydaje się w związku z tym możliwe wprowadzanie jednolitej instytucji umowy powierniczej obejmującej wszystkie rodzaje powiernictwa⁴⁰. Unormowanie powiernictwa w odrębnym tytule byłoby bardziej uzasadnione,

³⁷ J. Pisuliński: *W sprawie systematyki...*, *op. cit.*, s. 20.

³⁸ Godna uwagi jest propozycja J. Pisulińskiego: *W sprawie systematyki...*, *op. cit.*, s. 20, zgodnie z którą należałoby rozważyć zamieszczenie umowy factoringu w grupie umów kredytowych.

³⁹ Bliżej M. Zachariasiewicz: *Trust i inne stosunki powiernicze — potrzeba zmian w polskim prawie prywatnym?* (w:) *Europeizacja prawa prywatnego*, t. II, pod red. M. Pazdana, W. Popiołka, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunara, Warszawa 2008, s. 736 i cytowane tam piśmiennictwo.

⁴⁰ Tak też P. Stec: *Powiernictwo w prawie polskim na tle porównawczym*, Kraków 2005, s. 321. Inaczej R. Rykowski: *Pojęcie powiernictwa — konstrukcja prawna zarządu powierniczego*, Warszawa 2005, s. 495, którego zdaniem powiernictwo powinno zostać uregulowane jako czynność prawna, służąca różnym celom. Zgodnie z tym założeniem powiernictwo miałoby obejmować zarząd powierniczy i czynności zabezpieczające oraz podstawienie powiernicze. Jednak zdaniem R. Rykowskiego instytucja powiernictwa nie powinna zostać wprowadzona

przy założeniu, że regulacji podlegałyby różne rodzaje powiernictwa (choć takie rozwiązanie może rodzić zarzut o nadmierne eksponowanie jednej instytucji). Chodzi tu w szczególności o: powiernictwo typu zabezpieczającego, tj. przeniesienie na powiernika prawa (do rzeczy albo wierzytelności) na podstawie przewłaszczenia na zabezpieczenie bądź przelewu na zabezpieczenie, a także powiernictwo obejmujące zarządzanie prawami majątkowymi (zarząd powierniczy). W przypadku regulacji wyłącznie powiernictwa o typie zabezpieczającym, mogłoby ono być normowane przepisami tytułu dotyczącego umów o charakterze zabezpieczającym w celu ściślejszego powiązania go z innymi umowami o zbliżonym celu, które są już unormowane. Regulacja różnych odmian powiernictwa w jednym tytule rodzi zresztą wątpliwości. Różne cele poszczególnych rodzajów powiernictwa sprawiają, że trudne jest skonstruowanie wspólnego mianownika⁴¹ w postaci regulacji ogólnej (tzn. małej części ogólnej w tytule „Powiernictwo”, znajdującej zastosowanie do wszystkich stosunków powiernictwa)⁴². Z tych samych względów równie skomplikowane byłoby skonstruowanie umowy wzorcowej dla innych typów powiernictwa. Natomiast w razie zamiaru zamieszczenia w kodeksie cywilnym wyłącznie regulacji dotyczącej zarządu powierniczego można by rozważyć zamieszczenie go w grupie umów obejmujących pośrednictwo *sensu largo*⁴³. Takie rozwiązanie również jednak budzi wątpliwości, gdyż inny jest cel działania powiernika i pośrednika w ujęciu szerokim (tj. jako zastępcy bezpośredniego lub pośredniego oraz pośrednika *sensu stricto* dokonującego wyłącznie czynności faktycznych) i inna jest ich sytuacja prawna. Miejsce regulacji powiernictwa w kodeksie cywilnym jest niezmiernie problematyczne, ponieważ w grę może wchodzić wiele rozwiązań⁴⁴. Niewątpliwie zależy ono od kształtu, jaki przyjąłaby konstrukcja powiernictwa (umowa czy czynność prawna o szerszym zakresie obejmującym także podstawienie powiernicze)⁴⁵ od rozwiązań dotyczących techniki legislacyjnej przyjętej w zakresie systematyki w nowym kodeksie cywilnym.

do części szczegółowej kodeksu cywilnego, tylko do części ogólnej kodeksu cywilnego albo do części ogólnej zobowiązań.

⁴¹ Podobną wątpliwość wyraża P. Stec: *Powiernictwo w prawie polskim...*, *op. cit.*, s. 321.

⁴² Rozwiązanie to odpowiada koncepcji R. Rykowskiego: *Powiernictwo w prawie polskim...*, *op. cit.*, s. 495 i n., wedle którego powiernictwo powinno zostać uregulowane w sposób ogólny jako czynność prawna, a dla poszczególnych rodzajów czynności powierniczych tworzone byłyby przepisy szczegółowe.

⁴³ W literaturze wyrażany jest pogląd negujący potrzebę regulacji powiernictwa o charakterze zabezpieczającym, a podkreślający potrzebę regulacji zarządu powierniczego. Tak M. Zachariasiewicz: *Trust i inne stosunki...*, *op. cit.*, s. 743. Inaczej J. Gołaczyński: *Przewłaszczenie na zabezpieczenie. Przedmiot. Konstrukcja. Dopuszczalność. Wykonanie. Praktyka*, Kluźbork 1998, s. 282 i n. Por. także w odniesieniu do propozycji *de lege ferenda* w odniesieniu do powiernictwa stanowisko R. Rykowskiego: *Pojęcie powiernictwa...*, *op. cit.*, s. 495 i n. oraz P. Steca: *Powiernictwo...*, *op. cit.*, s. 321–328.

⁴⁴ Wyrazem tego są rozmaite propozycje dotyczące unormowania tej instytucji zgłoszone przez J. Gołaczyńskiego, R. Rykowskiego, P. Steca, M. Zachariasiewicza (zob. przypisy wcześniejsze). Zob. także odnośnie do propozycji *de lege ferenda*: M. Możdżeń-Marcinkowski: *Agencja nieruchomości rolnych*, Kraków 2003, s. 185 (propozycja wprowadzenia do prawa polskiego regulacji powiernictwa wzorowanego na anglosaskiej instytucji *trust*) i F. Longchamps de Berier: *Podstawienie powiernicze*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1999, z. 2, s. 339 (propozycja unormowania fideikomisów).

⁴⁵ Tak słusznie M. Zachariasiewicz: *Trust i inne stosunki...*, *op. cit.*, s. 749.

7. Z kolei w propozycji M. Pecyny i F. Zolla grupa umów o świadczenie usług została zamieszczona w systematyce umów części szczegółowej jako pierwsza. Zapewne autorzy zamierzali w ten sposób odzwierciedlić w sposób normatywny duże i wciąż wzrastające znaczenie umów o świadczenie usług w obrocie (nie tylko w ramach UE). Naczelne miejsce i znaczenie tych umów w gospodarce jest faktem wynikającym ze statystyk. Przyzwyczajenia ustawodawców krajowych w zakresie systematyki są jednak silne. W żadnym z nowych i projektowanych kodeksów w ostatnich latach nie przyjęto struktury w taki sposób podkreślającej znaczenie umów o świadczenie usług. Nie przyjęto jej także w aktach prawa modelowego. Co do zasady, wciąż pierwsze miejsce w systematyce zajmują umowy przenoszące własność, z umową sprzedaży na czele. Mimo więc ważnego argumentu o znaczeniu w obrocie umów o świadczenie usług, nie jestem przekonana o konieczności ich usytuowania przed umową sprzedaży i innymi umowami zobowiązującymi do przeniesienia własności. Można, jak sądzę, przypuszczać, że przywiązanie do tradycyjnej systematyki, gdy chodzi o kolejność następujących po sobie grup umów, nie spowodowałoby przyjęcia metodologii wykładni i stosowania przepisów o świadczenie usług mniej przychylniej tym umowom i umniejszającej ich wadze.

8. Systematyka proponowana przez M. Pecynę i F. Zolla ma dwie zasadnicze cechy. Po pierwsze, kodeksowe typy umów zostały ujęte w grupy. Po drugie, w każdej grupie wyodrębniona jest część ogólna (wspólna), której przepisy znajdują zastosowanie do każdej umowy w obrębie danej grupy. Systematyka ta jest odmienna od dotąd przyjmowanej koncepcji systematyki w kodyfikacjach polskiego prawa prywatnego (kodeks zobowiązań i kodeks cywilny) oraz w innych prawach krajowych. Choćby z tego powodu może wywoływać sprzeciw. Propozycja ta jednak jest moim zdaniem racjonalna i funkcjonalna. Przemawia za nią wiele argumentów. Systematyka ta ma przede wszystkim charakter otwarty, z czego wynika kilka istotnych, pożądaných konsekwencji. Po pierwsze, taka struktura sprzyja i ułatwia rozszerzanie kodyfikacji o nowe regulacje w zakresie umów obligacyjnych, bez dekompozycji całego systemu. Dotyczy to zarówno wprowadzania do części szczegółowej nowych umów, jak i rozszerzania regulacji istniejącej (np. przez rozszerzenie „małych części ogólnych”). Po drugie, systematyka polegająca na grupowaniu umów z wyciągnięciem przed nawias przepisów wspólnych dla umów objętych daną grupą znacznie zmniejsza liczbę odesłań i nie daje podstaw do ewentualnych powtórzeń. Po trzecie, systematyka ta sprzyja przyjmowaniu racjonalnej i przewidywalnej metodologii wykładni i stosowania prawa, w szczególności gdy chodzi o poszukiwanie reżimu prawnego dla umów nienazwanych bądź umów nazwanych o mniej szczegółowej regulacji. Cechy takiej systematyki i jej konsekwencje pozwalają zakładać realizację pożądanego w każdym systemie prawnym celu. Prowadzą bowiem ostatecznie do stworzenia przejrzystej legislacji, ułatwiają zadanie ustawodawcy w razie konieczności rozszerzenia katalogu umów obligacyjnych bądź

ich bardziej szczegółowego unormowania. I w końcu, ułatwiają wykładnię i stosowanie prawa, co powinno być celem ze wszech miar pożądanym. Z pewnością proponowana przez autorów systematyka zasługuje na rozważenie co do zasady. Można mieć jednak zastrzeżenia co do powiązanych z nią szczegółowych rozwiązań. Po pierwsze, wątpliwości może budzić zakres regulacji przepisami wspólnymi i, po drugie, zamieszczenie niektórych umów w ramach poszczególnych grup. Pierwszy zarzut dotyczy przede wszystkim zakresu regulacji wspólnej dla tzw. **umów sieciowych**. Wydaje się, że w umowach objętych siecią można wyróżnić o wiele więcej cech wspólnych przemawiających za rozszerzeniem regulacji dla nich ogólnej niż w propozycji autorów, która odnosi się tylko do lojalności i transparentności sieci wobec osób trzecich. Można, jak sądzę, wyróżnić nadto przepisy wspólne dla tych umów, dotyczące: obowiązków informacyjnych na etapie przedumownym (podobnie jak w grupie umów o świadczenie usług), obowiązku współpracy, obowiązku informacji na etapie wykonania umowy, poufności, a także kwestii zakończenia umowy w drodze wypowiedzenia (z zachowaniem terminów wypowiedzenia, ze skutkiem natychmiastowym) w związku z niewykonaniem (naruszeniem)⁴⁶ zobowiązania. Przepisy wspólne powinny też normować świadczenie wyrównawcze związane z zakończeniem stosunku umownego oraz rozliczenia po ustaniu umowy.

9. W odniesieniu do umów sieciowych godne uwagi jest rozwiązanie przyjęte w trzech sekcjach rozdziału 2 części E Draft Common Frame of Reference⁴⁷, będące wyrazem „małej części ogólnej” poprzedzającej umowy unormowane w tej części. Przepisy te stanowią normatywne odzwierciedlenie instytucji wspólnych dla tych umów. Ujęcie to eliminuje wiele wątpliwości, które powstają w razie przyjęcia tradycyjnej metody systematyzowania umów części szczegółowej zobowiązań. Jako przykład może tu posłużyć instytucja świadczenia wyrównawczego, a raczej zakres zastosowania przepisów normujących to świadczenie. W DCFR świadczenie wyrównawcze jest normowane w przepisach wspólnych dla umowy agencyjnej, franchisingu i dystrybucji⁴⁸. Ochrona podmiotowa w tym zakresie nie jest w ten sposób ograniczona wyłącznie do umowy agencyjnej⁴⁹. Tymczasem

⁴⁶ W zależności od przyjęcia w nowym kodeksie cywilnym dotychczasowej koncepcji niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania albo koncepcji naruszenia zobowiązania.

⁴⁷ Zob. art. IV.E.–1:101–IV.E.–2:306 DCFR.

⁴⁸ Por. art. IV.E.–2:305, który określa przesłanki nabycia uprawnienia do świadczenia wyrównawczego i relację tego uprawnienia do żądania naprawienia szkody na podstawie art. IV.E.–2:303 DCFR. Pierwszy z tych przepisów został unormowany w rozdziale 2 (Chapter 2: *Rules applying to All contracts within the scope of this part* [part E]). Natomiast wysokość świadczenia wyrównawczego jest obliczana na podstawie artykułu zamieszczonego w szczegółowej regulacji o umowie agencyjnej (art. IV.E.–3:312 DCFR), który znajduje odpowiednie zastosowanie do innych umów z części E.

⁴⁹ Należy jednak zwrócić uwagę na to, że przepisy o świadczeniu wyrównawczym mają charakter bezwzględnie wiążący (*mandatory rules*) tylko w odniesieniu do umowy agencyjnej (por. art. IV.E.–3:312(4) DCFR). Natomiast strony umowy dystrybucyjnej i franchisingowej i umów nienazwanych, do których odnosi się część E, mogą uprawnienie do świadczenia wyrównawczego wyłączyć na podstawie art. IV.E.–1:202 DCFR. Bliżej o tym piszę w artykule pt. *Rozszerzony zakres ochrony podmiotów świadczących usługi z zakresu pośrednictwa w DCFR*

w wielu krajowych systemach prawnych jest wątpliwe, czy świadczenie wyrównawcze przysługuje wyłącznie agentowi, czy także innym podmiotom, na przykład dystrybutorom, skoro instytucja ta jest normatywnie *expressis verbis* połączona z umową agencyjną. Pytanie to powstaje zarówno w systemach, w których dystrybucja jest umową nazwaną, jak i w systemach, w których ma ona charakter umowy nienazwanej⁵⁰. W sytuacji przyjęcia systematyki DCFR w tym zakresie wątpliwości takie nie powstają.

10. Warto nadto zwrócić uwagę, że umowy o świadczenie usług (przy szerokim ujęciu usług) są na tyle zbliżone do umów o pośrednictwo *sensu largo* bądź — przy przyjęciu innej terminologii — umów sieciowych, iż trafniejszym zabiegiem byłoby unormowanie tych grup umów kolejno po sobie. W propozycji M. Pecyny i F. Zolla zwraca uwagę brak wyodrębnienia umowy zlecenia jako odrębnego typu umowy. Jest to zapewne konsekwencja tego, że w propozycji autorów następuje odejście od koncepcji przepisów szczegółowych normujących na przykład: umowę o roboty budowlane, remont lub zburzenie budowli, umowę o wykonanie prac projektowych. Przepisy szczegółowe zostały wyodrębnione wedle innego kryterium, którym jest przedmiot umowy. Innymi słowy, tradycyjny podział na poszczególne typy umów obligacyjnych został zastąpiony podziałem, który akcentuje bardziej świadczenia charakterystyczne składające się na przedmiot umów, a nie same umowy jako źródła różnych stosunków obligacyjnych. Powstaje zatem zasadnicze pytanie, czy zamiarem autorów jest odrzucenie podziału na wyodrębnione kodeksowe typy umów nazwanych, czyli odejście od tak ujmowanej typologii w kierunku normatywnego określania przedmiotu umowy ze wskazaniem świadczeń, niekoniecznie służących kreowaniu jakichś umów typowych stanowiących wzorzec czy regulację subsydiarną dla innych umów (jak np. umowę o dzieło, zlecenie itd.). To ujęcie wpisuje się również w koncepcję zanikania stosunków umownych typowych i konieczności elastycznej regulacji sprzyjającej tworzeniu umów odbiegających od dotychczasowych ustawowo określonych typów umów. Te argumenty między innymi zapewne sprawiły, że autorzy w przepisach szczególnych dotyczących umów o świadczenie usług⁵¹ pominęli zlecenie i zaproponowali wprowadzenie przepisów szczególnych dla „zawarcia czynności prawnej na rachunek zleceniodawcy” (pkt 6), a w punkcie kolejnym, dla „pośrednictwa”. W systematyce przyjętej przez autorów nie znalazła się też umowa komisju (ani nie został wyodrębniony przedmiot świadczenia charak-

(wzorcem dla polskiego ustawodawcy?) (w:) *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, Warszawa 2012, s. 367, 368.

⁵⁰ Bliżej analizuję tę problematykę w artykule pt. *Świadczenie wyrównawcze w Draft Common Frame of Reference a prawo polskie (zakres podmiotowy instytucji ochronnych)* (w:) *Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, Warszawa 2010, s. 897, 898 i n.

⁵¹ W opracowaniu M. Pecyny, F. Zolla: *Założenia projektu struktury...*, *op. cit.*, s. 56, w pkt I–b znalazła się propozycja zamieszczenia podziału przepisów szczególnych ze względu na przedmiot umowy.

terystyczny dla tego typu umowy). Wyodrębnienie „dokonania czynności prawnej na rachunek”⁵² innej osoby ma zapewne odzwierciedlać instytucję zastępstwa bezpośredniego i pośredniego. W tym miejscu pojawia się pytanie, czy przepisy dotyczące „dokonania czynności prawnej na rachunek” odnoszą się do stosunków wyłącznie wewnętrznych, czy zewnętrznych (z osobami trzecimi). Jeśli miałyby odnosić się wyłącznie do stosunków wewnętrznych (na co wskazuje ich usytuowanie), konieczne byłoby ich zespolenie z przepisami części ogólnej o czynnościach prawnych. Opublikowany projekt księgi I kodeksu cywilnego⁵³ odnoszący się obok przedstawicielstwa ustawowego wyłącznie do instytucji zastępstwa bezpośredniego (tj. przedstawicielstwa, dla którego źródłem jest czynność prawna obejmująca pełnomocnictwo zwykłe⁵⁴, pełnomocnictwo handlowe⁵⁵ bądź prokurę⁵⁶) nie byłby spójny z propozycją zamieszczoną w części szczegółowej kodeksu cywilnego. Racjonalnym rozwiązaniem w takiej sytuacji⁵⁷ byłoby unormowanie obu postaci zastępstwa w części ogólnej o czynnościach prawnych, dla którego podstawą jest czynność prawna, tj. **zastępstwa bezpośredniego (pełnomocnictwa) oraz ogólnej instytucji zastępstwa pośredniego**⁵⁸.

11. Jeśli chodzi o **umowy sieciowe**, dobrym pomysłem jest unormowanie **lojalności** nie tylko w ramach stosunku prawnego (lojalność stron), lecz także w ramach sieci (tj. np. między agentami czy dystrybutorami). Nie jestem przekonana natomiast do potrzeby regulacji „transparentności w ramach struktury sieciowej dla osób trzecich”. Nie oznacza to, oczywiście, że sprzeciwiam się transparentności wobec osób trzecich. Wydaje mi się jednak, że należy to traktować jako założenie, postulat, który powinien towarzyszyć konstruowaniu przepisów dla tej grupy umów (w szczególności przepisów ogólnych, wspólnych dla całej grupy, i szczegółowych, odnoszących się do poszczególnych umów) oraz zespolonych z nimi przepisów ogólnych o czynnościach prawnych dotyczących instytucji zastępstwa bezpośredniego i pośredniego. Innymi słowy, chodzić tu powinno raczej o stworzenie regulacji zapewniającej transparentność sieci wobec osób trzecich niż przepisów „o transparentności”.

⁵² Dla przejrzystości terminologicznej będę się posługiwała terminami: „dokonanie czynności prawnej i zawarcie umowy”, zamiast „zawarcie czynności prawnej”.

⁵³ *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt wraz z uzasadnieniem*, Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości, Warszawa 2009.

⁵⁴ Por. art. 146–158 projektu I księgi k.c.

⁵⁵ Por. art. 159–167 projektu I księgi k.c.

⁵⁶ Por. art. 168–180 projektu I księgi k.c.

⁵⁷ Niezależnie od formuły wprowadzenia przepisów dotyczących typu umowy obejmującej zastępstwo bezpośrednie (por. art. 734 k.c. jako typowa umowa zlecenia), pośrednie (por. art. 765 k.c. jako typowa umowa komisji), oraz art. 740 zd. 2 k.c. jako zlecenie z wyłączonym pełnomocnictwem) czy obie postaci zastępstwa (por. art. 734 i art. 740 zd. 2 k.c., gdy zlecenie obejmuje zastępstwo bezpośrednie i pośrednie).

⁵⁸ Por. rozdział 6 księgi 2 DCFR (art. II.–6:101–II.–6:112).

12. Uwagi dotyczące przyszłej struktury i zawartości części szczegółowej zobowiązań zgłosił także R. Szostak⁵⁹. W jego wypowiedzi dotyczącej umów **o pośrednictwo i umów o świadczenie usług** znalazła się propozycja objęcia kodeksowym katalogiem umów typowych **umowy o pośrednictwo**⁶⁰. Istotnie, istnieje potrzeba normatywnych odniesień do umowy o pośrednictwo (jednorazowe). Praktyka stosowania do tej umowy przepisów o zleceniu nie jest bowiem prawidłowa. Wchodzą tu, jak sądzę, w grę dwa możliwe rozwiązania. Po pierwsze, można rozważać unormowanie umowy o pośrednictwo jako odrębny typ umowy i zakwalifikowanie jej do grupy umów podobnych (o czym jeszcze będzie mowa). Po drugie, mogłoby także wchodzić w grę rozwiązanie polegające na unormowaniu tej umowy jako podtypu umowy agencyjnej z odesłaniem do odpowiedniego stosowania przepisów o agencji. Konieczne byłoby w tym przypadku pominięcie przepisów umowy agencyjnej, które są funkcjonalnie związane z jej trwałym (stałym) charakterem.

13. R. Szostak uznał też obecnie przyjętą w kodeksie cywilnym metodę dotyczącą systematyki i zakresu regulacji **umowy zlecenia i innych umów o świadczenie usług** za niekonsekwentną, z czym co do zasady należy się zgodzić. Można się zgodzić również ze stwierdzeniem autora, że mimo dużej dynamiki rozwoju, umowy dotyczące usług nie zasługują na ujęcie ich w hierarchii systematyki umów na pierwszym miejscu. Cenne są uwagi R. Szostaka dotyczące konstrukcji umowy zlecenia, rozgraniczenia innych umów o świadczenie usług od zlecenia, w szczególności umów nienazwanych o świadczenie usług, oraz **braku uzasadnienia dla dalszego utrzymywania konstrukcji art. 750 k.c.** nakazującego odpowiednie stosowanie przepisów o zleceniu do tych ostatnich⁶¹. Regulacja dotycząca zlecenia nie nadaje się w wielu przypadkach do zastosowania do umów nienazwanych o świadczenie usług zgodnie z odesłaniem na podstawie art. 750 k.c. Do pożądaných rezultatów prowadzi natomiast poszukiwanie reżimu prawnego dla tych umów z pominięciem odesłania do przepisów o zleceniu. Ma to miejsce na przykład w przypadku umowy o pośrednictwo jednorazowe, która jest bardziej zbliżona do umowy agencyjnej niż do zlecenia⁶². Wiele innych umów nienazwanych wykazuje

⁵⁹ R. Szostak: *Problem systematyki umów obligacyjnych w nowym kodeksie cywilnym*, TPP 2012, nr 1, s. 61 i n.

⁶⁰ Podobny postulat był już w piśmiennictwie; zob. np.: A. Burzak: *Umowa o pośrednictwo* (cz. II), Przegląd Prawa Handlowego (dalej: PPH) 1992, nr 2, s. 12; G. Grzybczyk: *Różne formy pośrednictwa*, Rejent 1998, nr 2, s. 57; M. Nesterowicz: *Glosa do uchwały SN z dnia 18 grudnia 1990 r.*, III CZP 67/90, OSP 1991, z. 10, s. 444; L. Ogiegło: *Odpowiedzialność kontraktowa pośrednika* (w:) *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego*, pod red. A. Mączyńskiego, M. Pazdana, A. Szpunara, Kraków 1994, s. 259; E. Rott-Pietrzyk: *Glosa do wyroku SN z 28 października 1999 r.*, II CKN 530/98, OSP 2000, z. 7/8, poz. 118; T. Świerczyński: *Charakter prawny umowy o pośrednictwo*, PPH 1999, nr 1, s. 25.

⁶¹ O braku potrzeby utrzymywania art. 750 k.c. i o skutkach jego zastosowania pisałam także w: *Pośrednictwo jako element...*, op. cit., s. 196.

⁶² Tak też Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska: *Zobowiązania — część szczegółowa*, Warszawa 2010, s. 166; K. Kopaczyńska-Pieczniak (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, *Zobowiązania — część szczegółowa*, pod red.

większe podobieństwo do umowy o dzieło niż do umowy zlecenia⁶³. Zastosowanie regulacji dotyczącej zlecenia nie jest najlepszym rozwiązaniem dla umowy o stworzenie utworu na indywidualne zamówienie⁶⁴. Regulacja art. 750 k.c. bardzo często sprawiała, że stosując odpowiednio⁶⁵ przepisy o zleceniu do umów nienazwanych o świadczenie usług, sądy stosowały je bez zmian, nie rozważając nawet zastosowania przepisów normujących inny kodeksowy typ umowy, bardziej zbliżony do umowy podlegającej ocenie. Sądy ani nie modyfikowały przepisów o zleceniu, do czego uprawnia ich nakaz odpowiedniego stosowania przepisów, ani nie wyłączały ich stosowania, poszukując następnie rozwiązania w przepisach normujących umowę najbardziej zbliżoną. Przyjmując za punkt wyjścia art. 750 k.c., sądy nie wyłączały więc przepisów o zleceniu i nie stosowały w ich miejsce regulacji dotyczących innych umów nazwanych (np. umowy agencyjnej). W niektórych przypadkach chodziło o takie stany faktyczne, w których odpowiednie zastosowanie (bez zmian) przepisów o zleceniu do umowy o pośrednictwo rodzi poważne wątpliwości (np. przy ustalaniu należnego pośrednikowi wynagrodzenia). Tę błędną metodologię wykładni i stosowania przepisów przełamał dopiero wyrok Sądu

A. Kidyby, Warszawa 2010, s. 649; E. Rott-Pietrzyk w głosie aprobującej do wyroku SN z dnia 28 października 1999 r., OSP 2000, z. 7/8; też: *Dopuszczalność stosowania przepisów o umowie agencyjnej do innych umów o świadczenie usług* (w:) *Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, pod red. W.J. Katnera, U. Promińskiej, Warszawa 2010, s. 490 i n. Podobny pogląd wyraził również W.J. Kocot w głosie do uchwały SN z dnia 18 grudnia 1990 r., III CZP 67/90, Państwo i Prawo 1993, z. 7, s.112, LEX nr 1887/1, stwierdzając, „że normy regulujące umowę agencji, a dotyczące np. odpłatności (art. 759 k.c.), zakresu obowiązków agenta (art. 760 k.c.) czy prowizji (art. 761 k.c.), jak również art. 770 k.c. odnoszący się do umowy komisu, a dotyczący zakresu odpowiedzialności komisanta za wady fizyczne i prawne rzeczy sprzedanej powinny mieć, z racji podobieństwa swych hipotez do stanu faktycznego pośrednictwa, pierwszeństwo przed stosowaniem norm regulujących umowę zlecenia”. Por. też W. Czachórski: *Zobowiązania. Zarys wykładu*, znowelizowany i uzupełniony przez A. Brzozowski, M. Saffjana, E. Skowrońską-Bocian, Warszawa 2002, s. 465. Autorzy stwierdzają, że kwestia stosowania art. 750 k.c. do umów nienazwanych o świadczenie usług „nie jest pozbawiona elementów dyskusyjnych, skoro łatwiej niekiedy znaleźć analogię do oznaczonej umowy typowej poza zleceniem niż odpowiednio stosować przepisy o zleceniu”. Zob. też M. Sośniak: *Prawo cywilne i rodzinne w zarysie*, t. II, *Zobowiązania*, Katowice 1986, s. 341. Przychylnie do stosowania do umowy o pośrednictwo jednorazowe przepisów o zleceniu (i tym samym krytycznie do wyroku SN z dnia 28 października 1999 r.) wypowiedziała się ostatnio, kierując się wykładnią „lateralną” art. 750 k.c., I. Mycko-Katner: *Umowa agencyjna*, Warszawa 2012, s. 69, 70. Zdaniem autorki art. 750 k.c. „nie pozostawia [bowiem] wątpliwości co do stosowania w takim przypadku przepisów o zleceniu”.

⁶³ Por. o dotkliwych w skutkach rozbieżnościach w orzecznictwie sygnalizowanych przez R. Szostaka: *Umowa o dzieło na tle umów dotyczących usług — uwagi de lege ferenda* (w:) *Umowy gospodarcze — zagadnienia wybrane*, pod red. J. Gospodarka, Warszawa 2009, s. 98–99.

⁶⁴ Por. wyrok SN z dnia 18 marca 2003 r., II CKN 269/01, OSNC 2004, nr 9, poz. 142, z częściowo aprobującą glosą E. Traple, Glosa 2008, nr 2, s. 709 i n. i wyrok SN z dnia 22 października 1973 r., I CR 723/73, OSNC 1975, nr 2, poz. 25. Zob. też K. Kołakowski (w:) *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia — zobowiązania*, t. 2, Warszawa 2009, s. 200–201.

⁶⁵ Stosując odesłanie z art. 750 k.c., stosujący prawo może zastosować przepisy o zleceniu do innego stanu faktycznego niż ten, dla którego je przewidział ustawodawca (tj. dla umowy nienazwanej o świadczenie usług) w trojaki sposób. Może je zastosować bez zmian, ze zmianami, a może też nie zastosować ich wcale. Stosujący prawo może pominąć niektóre przepisy o zleceniu ze względu na ich bezprzedmiotowość, sprzeczność z innymi przepisami regulującymi stosunki, do których miałyby one być stosowane odpowiednio, bądź też niemożność pogodzenia ich z charakterem stosunku prawnego, do którego miano by je stosować. Na te przyczyny zwraca uwagę J. Nowacki: *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 134, a także M. Sośniak: *Umowy o świadczenie usług z art. 750 Kodeksu cywilnego*, PiP 1981, z. 5, s. 69.

Najwyższego z dnia 28 października 1999 r.⁶⁶ Argumenty te skłaniają mnie do przychylenia się do postulatu pominięcia w nowym kodeksie cywilnym regulacji będącej odpowiednikiem art. 750 k.c. (o ewentualnej alternatywie sprowadzającej się do pozostawienia odpowiednika art. 750 k.c. w zmienionej postaci będzie jeszcze mowa).

Rezygnacja z art. 750 k.c. i wprowadzenie systematyki otwartej, skłaniającej do poszukiwania reżimu prawnego umowy najbardziej zbliżonej, bądź systematyki polegającej na grupowaniu umów z tzw. małą częścią ogólną, pozwoliłoby na unikanie automatyzmu w stosowaniu przepisów o zleceniu dla innych umów o świadczenie usług i przyjmowania uproszczeń sprowadzających się do utożsamiania umów o świadczenie usług ze zleceniem⁶⁷. Słuszny jest zatem postulat rozważenia bardziej szczegółowego unormowania umów o świadczenie usług, pozostających w takiej relacji do umowy zlecenia czy umowy o dzieło, aby nie powodowało to automatyzmu stosowania do określonej umowy o świadczenie usług przepisów normujących zlecenie bądź umowę o dzieło w sytuacjach, gdy należałoby poszukiwać innej bardziej zbliżonej umowy do umowy ocenianej *in concreto*.

14. R. Szostak słusznie zwraca też uwagę, że przedmiot umowy zlecenia jest specyficzny. W konsekwencji umowa ta wymaga innych rozwiązań normatywnych niż umowy, których przedmiotem są czynności faktyczne z zakresu: nauczania, leczenia, opieki, kontroli, poszukiwań itd. Są to różne umowy, a ich świadczenia są charakterystyczne na tyle, że celowe wydaje się wyodrębnienie kilku nowych typów umów w ramach grupy umów, których przedmiotem jest świadczenie usług polegających na leczeniu, nauce, doradztwie (consultingu) itd. Dalej autor słusznie proponuje, aby w ramach tej grupy nie regulować agencji, komisji i umowy o pośrednictwo. Jego zdaniem mogłyby one zostać połączone w grupę jako **umowy o zastępstwo**⁶⁸. W ramach umów o świadczenie usług, autor, jak się wydaje, proponuje odróżnienie umów, które należy kwalifikować jako **umowy rezultatu** (np. umowa o dzieło) **od umów starannego działania** (np. umowa o leczenie). Niezależnie od przyjętej ostatecznie systematyki, słuszna jest uwaga, aby umowy, dla których istotą i celem jest osiągnięcie określonego rezultatu (np. w umowie o pośrednictwo), odróżnić w sposób normatywny od umów starannego działania (tj. w szczególności od umowy zlecenia).

⁶⁶ Do wyroku tego odnoszą się w przyp. 60 i 62.

⁶⁷ Zwraca na to uwagę także R. Szostak: *Problem systematyki...*, *op. cit.*, s. 73.

⁶⁸ R. Szostak proponuje utworzenie grupy obejmującej: agencję, komisję i pośrednictwo, poszukując wzorca w tym zakresie przede wszystkim w kodeksie cywilnym włoskim.

V. SYSTEMATYKA UMÓW O POŚREDNICTWO I UMÓW O ŚWIADCZENIE USŁUG W DCFR

1. Stawiając pytanie o miejsce umów o pośrednictwo (*sensu largo*) obejmujące zastępstwo bezpośrednie i pośrednie i ich oddzielenie od umów o świadczenie usług, warto przyrzeć się systematyce Draft Common Frame of Reference w zakresie części: C pt. „Usługi” (*Services*)⁶⁹, D pt. „Zlecenie” (*Mandate*)⁷⁰ oraz E pt. „Agencja handlowa, franchising i dystrybucja” (*Commercial Agency, franchise and distributorship*)⁷¹. W częściach C i E przyjęto identyczną systematykę polegającą na wyciągnięciu przed nawias dwojakiego rodzaju przepisów. Po pierwsze, przepisów określających zakres zastosowania regulacji z części C i E ujętych w rozdziale pierwszym każdej części zatytułowanym „Przepisy ogólne” (Chapter 1: *General provisions*). Zakres ten został określony przez wskazanie w katalogu otwartym umów, regulowanych przez każdą część, i wyłączenie określonych umów. Następnie w rozdziałach drugich (części C oraz E) zamieszczono przepisy ogólne znajdujące zastosowanie do wszystkich umów objętych częścią C (Chapter 2: *Rules applying to service contracts in general*) i E (Chapter 2: *Rules applying to all contracts within the scope of this part*). Po tych przepisach następuje szczegółowa regulacja poszczególnych typów umów, a każdej umowie odpowiada kolejny rozdział. W przypadku części C są to w kolejności: umowa o roboty budowlane (*construction*), umowa o typie zbliżonym do umowy o dzieło (*processing*), umowa przechowania (*storage*), umowa o projekt (*design*), umowa o udzielenie informacji lub porady (*information and advice*), umowa o leczenie (*treatment*). W części E znajdują się umowy, które wynikają już z jej tytułu, tj.: agencja handlowa (*commercial agency*), franchising, umowa dystrybucji (*distribution*).

2. Jak wynika z przedstawionej systematyki, **umowa zlecenia** nie tylko nie pełni roli umowy wzorcowej dla umów o świadczenie usług, ale w ogóle została pominięta w części C dotyczącej usług. Unormowano ją odrębnie, przeznaczając dla niej całą część D. Struktura tej części jest zbliżona do pozostałych o tyle, że w pierwszym rozdziale zamieszczono również przepisy ogólne określające zakres zastosowania przepisów o zleceniu oraz definicję umowy zlecenia. Zważywszy na

⁶⁹ Art. IV.C.–1:101–IV.C.–8:111. Zob. obszerny komentarz dotyczący części C, tj. umów o świadczenie usług: *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Service Contracts (PEL SC)*, prepared by M. Barendrecht i inni, Sellier 2007, a także *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. 2, ed. by Ch. von Bar, E. Clive, Sellier 2009, s. 1597–2024.

⁷⁰ Art. IV.D.–1:101–IV.D.–7:104. Komentarz do tych przepisów: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. 3, ed. by Ch. von Bar, E. Clive, Selier 2009, s. 2025–2281.

⁷¹ Art. IV.E.–1:101–IV.E.–5:306. Komentarz do tych przepisów: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. 3, ed. by Ch. von Bar, E. Clive, Selier 2009, s. 2281–2485.

dotychczasowe miejsce zlecenia i rolę tej umowy przy poszukiwaniu reżimu prawnego dla umów nienazwanych o świadczenie usług w prawie polskim (zarówno pod rządami kodeksu zobowiązań, jak i kodeksu cywilnego), umiejscowienie zlecenia w DCFR może zaskakiwać, czy wręcz wydawać się paradoksalne⁷². Z jednej strony, zaskoczenie to może nawet wzrastać w związku z treścią art. IV.D-1:101. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, umowy, do których część C (umowy o świadczenie usług) znajduje zastosowanie, są uważane przede wszystkim za umowy zlecenia⁷³. Z drugiej jednak strony, wybór takiej systematyki może być uzasadniony zakresem zlecenia w DCFR. Otóż, po pierwsze, zlecenie obejmuje zarówno **zastępstwo bezpośrednie, jak i pośrednie**, tj. zawieranie umów przez przyjmującego zlecenie w imieniu dającego zlecenie lub w imieniu własnym, ale zawsze na rachunek dającego zlecenie⁷⁴. Po drugie, obejmuje również czynności faktyczne prowadzące do zawarcia umowy, podejmowane przez przyjmującego zlecenie. W tym przypadku, umocowanie przyjmującego zlecenie do zawierania umów jest wyłączone⁷⁵. Po trzecie, przepisy o zleceniu odnoszą się do umów i jednostronnych czynności prawnych, na podstawie których przyjmujący zlecenie reprezentuje dającego zlecenie bez wynagrodzenia⁷⁶. Przy czym, w dwóch ostatnich przypadkach przepisy o zleceniu znajdują zastosowanie „po odpowiednich modyfikacjach” (*with appropriate adaptations*). Na podstawie przepisów ogólnych o zleceniu zamieszczonych w rozdziale pierwszym części D można wnioskować, że umowa zlecenia w jej podstawowej postaci jest umową, a jej przedmiotem jest świadczenie polegające na zawieraniu umów na rachunek dającego zlecenie w jego imieniu bądź w imieniu własnym przez przyjmującego zlecenie. Elementem charakterystycznym tej umowy jest zatem dokonywanie w ramach zastępstwa (bezpośredniego i pośredniego) czynności prawnych. Przepisy części D normują tylko stosunki wewnętrzne między stronami umowy zlecenia⁷⁷. Przy całościowym spojrzeniu na cel zlecenia, w postaci wywołania skutków prawnych dotyczących relacji między dającym zlecenie a osobą trzecią na skutek czynności dokonanej przez dającego zlecenie, konieczne jest wzięcie pod uwagę przepisów o zastępstwie (*representation*), normujących stosunki zewnętrzne między dającym zlecenie a osobą trzecią⁷⁸. Przepisy o zleceniu zostały przemyślane jako konstrukcja normatywna spójna z pełnomocnictwem jako instytucją ogólną w ramach zastępstwa bezpośredniego oraz z ogólną instytucją zastępstwa pośredniego.

⁷² Tak M. Pecyna, F. Zoll: *Założenia projektu...*, *op. cit.*, s. 46.

⁷³ Art. IV.D-1:101(4) brzmi: „**Contracts** to which in accordance with paragraph (3)(b), this Part applies and **to which Part C (Services) of this Book applies, are to be regarded primarily as mandate contracts**” (podkreślenie moje).

⁷⁴ Por. art. IV.D-1:101(1)(a) w zw. z art. IV.D-1:102(d) i (e).

⁷⁵ Por. art. IV.D-1:101(3)(b).

⁷⁶ Por. art. IV.D-1:101(3)(a).

⁷⁷ Tak art. IV.D-1:101(2).

⁷⁸ Zob. art. II-6:101-II-6:111.

3. Poza „klasycznym” w ujęciu DCFR zleceniem, na tle przepisów ogólnych dotyczących tej umowy można wskazać dwie „pochodne” grupy umów, do których stosuje się przepisy o zleceniu. Po pierwsze, są to umowy, które **nie mają charakteru odpłatnego** albo ich przedmiotem jest dokonywanie czynności faktycznych zmierzających do zawarcia umowy. Do nich — jak już wspomniano — stosuje się przepisy o zleceniu po odpowiednich modyfikacjach, co oznacza ich odpowiednie stosowanie. Po drugie, na podstawie art. IV.D.–1:102 należy wnioskować, że odmianami zlecenia są także wszystkie umowy objęte częścią C, czyli **umowy o świadczenie usług**⁷⁹. Nie jest jednak do końca jasne, w jakiej relacji przepisy o zleceniu pozostają do przepisów normujących umowy o świadczenie usług. O tych ostatnich nie wspomniano w art. IV.D.–1:101(3), w którym jest *expressis verbis* mowa o stosowaniu przepisów o zleceniu z odpowiednimi modyfikacjami do wskazanych w tym przepisie umów. Jedyną regulacją, na podstawie której można wnioskować o ich wzajemnej relacji, jest enigmatycznie brzmiąca norma art. IV.D.–1:101(4), stwierdzająca, że umowy o świadczenie usług należy uznawać przede wszystkim za umowę zlecenia. Na tej podstawie można — jak sądzę — przyjąć, że przepisy o zleceniu powinny znaleźć odpowiednie zastosowanie do umów o świadczenie usług w sytuacjach nieunormowanych przepisami dotyczącymi tych umów.

4. Pozostaje zadać pytanie, dlaczego mimo wprowadzenia powyższych rozwiązań określających stosunek umowy zlecenia do innych umów, zdecydowano się na unormowanie zlecenia w odrębnej części (D). Na podstawie komentarza do DCFR trudno wnioskować o powodach takiej decyzji⁸⁰. Najprawdopodobniej rozwiązanie takie zostało przyjęte z uwagi na znaczne różnice między klasycznym (według DCFR) ujęciem zlecenia a umowami, których treść nie obejmuje zastępstwa ani czynności prowadzących do zawarcia umowy z osobą trzecią (pośrednictwo *sensu stricto*). Odmienne bowiem są natura i cel zlecenia od natury i celu na przykład umowy o roboty budowlane, umowy o projekt, umowy o doradztwo bądź umowy o leczenie.

5. Kolejną ostatnią analizowaną w tym opracowaniu częścią DCFR jest część E (art. IV.E.–1:101–IV.E.–5:306)⁸¹, w której zamieszczono przepisy o trzech umowach nazwanych, tj.: **agencji handlowej, franchisingu i dystrybucji**. Nadto, jak wynika

⁷⁹ Por. brzmienie art. IV.D.–1:101(4) w odniesieniu do części C.

⁸⁰ Zob. poza komentarzem z przyp. 70 także C.G. Ligüerre: *Mandate (w:) A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, ed. by L. Antonioli, F. Fiorentini, Sellier 2011, s. 163 i n.

⁸¹ Pierwsze kroki w zakresie przygotowania projektu przepisów o umowach objętych częścią E uczyniła Grupa robocza z Amsterdamu (Grupa Amsterdamska) zajmująca się umowami o charakterze ciągłym (*long term contracts*), która opracowała i udostępniła 21 maja 2003 r. tekst stanowiący następnie — po niewielkich zmianach — część DCFR. Zanim jednak projekt ten stał się częścią DCFR, został przez Grupę Studyjną (w ramach której pracowała Grupa z Amsterdamu) opublikowany wraz z obszernym komentarzem w 2006 r., tj.: *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)*, made by Study Group on European Civil Code, and prepared by M.W. Hesselink, J.W. Rutgers, O. Bueno Diaz, M. Scotton, M. Veldman, Sellier 2006.

expressis verbis z art. IV.E.–1:101, część E znajduje zastosowanie także do **umów nienazwanych, w których jedna ze stron będąca niezależnym przedsiębiorcą podejmuje działania zmierzające do wprowadzenia na rynek towarów lub usług drugiej strony** (art. IV.E.–1:101). Przy czym w regulacji tej zastrzeżono, że do innych — niż wymienione umowy nazwane — przepisy księgi IV znajdują zastosowanie po „odpowiednich modyfikacjach”.

Zwraca uwagę to, że nie wprowadzono dla tej grupy umów żadnej wspólnej nazwy, która odzwierciedlałaby jakąś ich cechę wspólną, tylko wymieniono w tytule wszystkie składające się na nią umowy. Cechą charakterystyczną tych umów jest tworzenie struktury sieci (*network*) zbytu towarów lub usług, umożliwiającej rozszerzenie przez określone podmioty prowadzonej przez nie działalności w tym samym czasie w różnych miejscach za pomocą innych podmiotów (pełnomocników, zastępców pośrednich, uczestników sieci). Cecha ta wynika zresztą ze sposobu określenia umów nienazwanych, do których znajdują zastosowanie przepisy części E. Część ta znajduje zatem zastosowanie do szeroko rozumianego pośrednictwa handlowego, obejmującego umowy zastępstwa bezpośredniego, pośredniego oraz umowy o pośrednictwo *sensu stricto*, w których przedmiot umowy polega wyłącznie na zobowiązaniu się do dokonywania czynności faktycznych z wyraźnym wyłączeniem kompetencji do dokonywania czynności prawnych.

6. Struktura części E została podobnie ukształtowana do struktury części C. W rozdziale pierwszym (Chapter I: *General provisions*) unormowano zakres części C (Section I: *Scope*) oraz tzw. zasady pierwszeństwa dotyczące kolejności stosowania przepisów (Section 2: *Other general rules*). W rozdziale drugim (Chapter 2: *Rules applying to all contracts within the scope of this part*) zamieszczono **przepisy ogólne** znajdujące zastosowanie do wszystkich unormowanych umów nazwanych i nienazwanych objętych częścią E. W postaci przepisów ogólnych **wyciągnięto przed nawias instytucje wspólne** dla zamieszczonych w tej części umów (nazwanych i nienazwanych). Przepisy rozdziału drugiego regulują zatem: obowiązek informacji przedumownej (Section 1: *Pre-contractual information*), obowiązek współpracy, obowiązek informacji w czasie wykonywania umowy, obowiązek zachowania poufności (Section 2: *Obligation of the parties*), zakończenie stosunku umownego w przypadku umowy zawartej na czas oznaczony, nieoznaczony, naprawienie szkody wyrządzonej nieuzasadnionym wypowiedzeniem, wypowiedzenie z powodu niewykonania umowy, świadczenie wyrównawcze, rozliczenia stron (Section 3: *Termination of contractual relationship*).

7. Bardzo istotne znaczenie mają **zasady pierwszeństwa** ustalające kolejność stosowania przepisów części E, a tym samym wzajemnej relacji tzw. małych części ogólnych i przepisów dotyczących poszczególnych umów. Zamieszczenie przepisów o pierwszeństwie było konieczne dla przejrzystości struktury części szczegółowej

umów obligacyjnych w DCFR w odniesieniu do: umów o świadczenie usług, umowy zlecenia i umów unormowanych częścią E (umowy agencyjnej, dystrybucyjnej i franchisingu oraz umów nienazwanych o określonym w art. IV.E.–1:101 *in fine* celu). W świetle takiej struktury szczególnie problematyczne może być oddzielenie umowy agencyjnej od umowy zlecenia i wzajemna relacja normujących je przepisów. Obie umowy mogą obejmować swoim zakresem zastępstwo bezpośrednie, pośrednie, a także pośrednictwo *sensu stricto*. Dokonywanie czynności faktycznych zostało bowiem w ramach zlecenia ujęte wąsko. Chodzi tu bowiem wyłącznie o podejmowanie przez przyjmującego zlecenie czynności zmierzających do zawarcia umowy. Pośrednictwo w ramach umowy agencyjnej także służy temu celowi.

Dla właściwej kwalifikacji umów objętych częścią C, D oraz E, a także rozgraniczenia znajdujących do nich zastosowanie przepisów znaczenie mają zasady określone w art. IV.C.–1:101, art. IV.D.–1:101 oraz art. IV.E.–1:101 i art. IV.E.–2:101. W świetle tych przepisów staje się bardziej zrozumiałą powód, dla którego umowa zlecenia została unormowana odrębnie, w osobnej części (D) między częścią dotyczącą usług (C) i wymienionych umów sieciowych (E). Reguły dotyczące pierwszeństwa i wzajemnej relacji umów z części C i E do zlecenia (D) sprawiają, że umowa zlecenia ma znaczenie dla każdej z tych grup umów, a normujące ją przepisy znajdują do nich zastosowanie w określony normatywnie sposób. Jednocześnie obie grupy umów różnią się od siebie w sposób istotny na tyle, że trudno o wskazanie powodów uzasadniających konieczność ich łącznego unormowania. Nadto należy zauważyć, że z jednej strony zlecenie, którego modelowy kształt i cel różni się także od umów będących desygnatami obu grup umów (C oraz E), nie nadaje się do końca jako umowa modelowa dla żadnej z tych dwóch grup umów. Z drugiej jednak strony, konstrukcja zlecenia jest tak uniwersalna, że w określonym zakresie nadaje się w niektórych przypadkach do wykorzystania przy ocenie innych umów. Znaczenie zlecenia dla umów o świadczenie usług jest takie, że — jak stanowi art. IV.D.–1:101(4) — umowy te należy uznawać za umowy zlecenia. Zlecenie ma natomiast drugorzędne znaczenie dla umów z części E. Nie należy ich bowiem traktować jako umów pochodnych i podporządkowanych zleceniu. Zgodnie z art. IV.E.(a) regulacje znajdujące się w części E mają pierwszeństwo przed regulacjami dotyczącymi zlecenia (część D). Należy jednak — jak sądzę — przyjąć, że w sprawach nieunormowanych przepisami dotyczącymi poszczególnych umów należących do każdej z grup przepisy o zleceniu należy stosować odpowiednio.

W odniesieniu do każdej z obu grup umów określono również relację między przepisami normującymi poszczególne umowy a przepisami ogólnymi. Polega ona na tym, że w przypadku sprzeczności przepisów ogólnych z przepisami dotyczącymi poszczególnych umów zastosowanie znajdują te drugie.

8. Systematyka DCFR odbiega od systematyki tradycyjnie przyjmowanej w naszym systemie prawnym. Mimo kilku jej słabości, na przykład niedostateczne

odróżnienie umowy zlecenia od tzw. umów sieciowych, w szczególności umowy agencyjnej i dystrybucyjnej, warto bez uprzedzeń przyrzeć się jej pod względem funkcjonalności. Ma ona moim zdaniem wiele wartościowych cech (o których była mowa wyżej), które mogą dziś uchodzić za pożądane.

VI. UWAGI KOŃCOWE

1. Dotychczasowe wypowiedzi w piśmiennictwie odnoszące się do struktury kodeksowej są wyrazem różnych koncepcji w zakresie systematyki projektowanego kodeksu cywilnego, w szczególności w zakresie części szczegółowej zobowiązań. To, co koncepcje te łączy, to przekonanie o konieczności przeformułowania systematyki kodeksu cywilnego z 1964 r. Na podstawie analizy prawnoporównawczej różnych kodyfikacji krajowych (szczególnie uchwalonych w ostatnich latach) i europejskiego prawa modelowego (DCFR, Acquis Principles) trudno o wskazanie jednej dominującej metody systematyki odnoszącej się do umów obligacyjnych.

2. Obok wielu innych założeń i pożądanych cech, systematyka części szczegółowej zobowiązań kodeksu cywilnego powinna być spójna, elastyczna, tj. zbudowana w sposób ułatwiający wkomponowywanie nowych elementów zarówno przez rozszerzanie regulacji modeli ustawowych, jak i wprowadzanie nowych typów umów, tak aby nie doprowadzić do destabilizacji bądź braku transparentności całego systemu. Powinna ona także sprzyjać przyjmowaniu jednolitej, racjonalnej metodologii wykładni i stosowania prawa, w szczególności przy poszukiwaniu reżimu prawnego dla umów niemieszczących się w ramach kodeksowych typów, a także ocenie instytucji, które strony zastosowały do umowy, z którą ustawodawca jej nie łączy⁸² (z zastrzeżeniem, że zabieg taki jest dopuszczalny w świetle reguły, która wyraża zasadę swobody umów). Systematyką części szczegółowej zobowiązań o charakterze otwartym jest z pewnością systematyka wyodrębniająca umowy w grupy. Grupy te powinny być tworzone z uwagi na zbliżony przedmiot umowy wszystkich desygnatów z danej grupy. Zasady, które nadają się do zastosowania wprost do poszczególnych typów umów, powinny zostać wyciągnięte przed nawias, tworząc w ten sposób tzw. małą część ogólną dla umów należących do danej grupy. Jeśli w niektórych przypadkach wyodrębnienie przepisów wspólnych byłoby zabiegiem sztucznym, a możliwe jest wyodrębnienie w ramach danej grupy tzw. umowy wzorcowej (modelowej), to warto zrezygnować z „małej części ogólnej”, a umowę modelową zamieścić jako pierwszą w danej grupie. Jej przepisy, na podstawie normy odsyłającej, mogłyby znaleźć zastosowanie do innych umów odpowiednio (po

⁸² Na przykład do umowy dystrybucji albo komisju, która ma charakter stały, strony wprowadziły świadczenie wyrównawcze łączone przez ustawodawcę z umową agencyjną.

stosownych modyfikacjach). Na podstawie tych założeń stworzenie systematyki nie jest jednak zadaniem prostym, czego przykładem jest choćby stworzenie systematyki dotyczącej umów o pośrednictwo (*sensu largo*), umów o świadczenie usług, określenie miejsca i znaczenia zlecenia dla innych umów czy też umowy o dzieło. Na to nakłada się jeszcze koncepcja zgrupowania umów wedle kryterium przynależności do sieci, czyli tzw. umów sieciowych i koncepcja wyodrębnienia umów wedle kryterium zastępstwa, tj. dokonania czynności prawnej na rachunek innej osoby, bez względu na to, czy zastępca działa w imieniu dającego zlecenie (zastępstwo bezpośrednie), czy w imieniu własnym (zastępstwo pośrednie). Do tego dochodzi jeszcze propozycja włączenia do katalogu umów nazwanych umowy o pośrednictwo, jako umowy obejmującej zobowiązanie do dokonania czynności faktycznych zmierzających do zawarcia umowy bezpośrednio przez dającego zlecenie i osobę trzecią. Z tym z kolei wiąże się potrzeba zakwalifikowania jej do określonej grupy.

3. Pogrupowanie umów wedle wszystkich wyżej wymienionych propozycji równocześnie nie jest do końca możliwe. Jeśli na przykład w grupie umów o zastępstwo miałyby się znaleźć wszystkie umowy, w których działa zastępca, to do grupy tej należałoby zaliczyć przynajmniej: zlecenie, agencję, umowę maklerską, komis, dystrybucję, spedycję. W takiej sytuacji w grupie umów sieciowych pozostałby tylko franchising (z zastrzeżeniem, że istniałaby wola regulacji tej umowy). Należy jednak zauważyć, że agencja i dystrybucja ma więcej cech wspólnych z umową franchisingu (na co wskazują wspólne zasady dotyczące tych umów przyjęte w DCFR)⁸³ niż z umową zlecenia. Występowanie obu grup umów jest jednak możliwe.

4. Przychylam się do idei utworzenia **grupy umów sieciowych** obejmujących umowy: agencyjną, dystrybucyjną i franchisingową. Oczywiście przy założeniu, że włączanie dwóch ostatnich umów do katalogu umów nazwanych zyska aprobatę. Umowy w ramach tej grupy mają wiele cech wspólnych. Cechy te mogłyby znaleźć normatywny wyraz w tzw. małej części ogólnej, znajdującej zastosowanie do poszczególnych umów z grupy, o tyle, o ile nic innego nie wynika z przepisów regulujących te umowy. Z kolei w ramach grupy umów o zastępstwo mogłyby się znaleźć dwie umowy. Po pierwsze, umowa zlecenia jako umowa wzorcowa dla umów, w których zastępca w ramach zobowiązania starannego działania zobowiązuje się do dokonania czynności prawnej na rachunek i w imieniu innej osoby. Po drugie, w grupie tej należałoby zamieścić umowę, w której zastępca zobowiązuje się do dokonania czynności prawnej na rachunek innej osoby, ale w imieniu własnym. Jeśli umową tą miałyby być wedle niezmienionej terminologii umowa komis, to należałoby rozważyć rozszerzenie jej zakresu w ten sposób, aby nie była ona ogra-

⁸³ Zob. przepisy art. IV.E.–2:101–IV.E.–2:402.

niczona do umów kupna bądź sprzedaży rzeczy ruchomych. Przy takim założeniu, umowa zlecenia nie byłaby w ramach jednej grupy powiązana z umowami o świadczenie usług, których treścią jest dokonywanie różnego rodzaju czynności faktycznych w ramach zobowiązania starannego działania. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie, aby poprzez odesłanie⁸⁴ stosować odpowiednio do umów starannego działania przepisy o zleceniu.

5. Umowy o świadczenie usług wykazują znaczne zróżnicowanie, a tym bardziej przy szerokim ujęciu usługi. W ramach grupy tych umów racjonalne byłoby przyjęcie wewnętrznego podziału na **usługi sprowadzające się do zobowiązania starannego działania i na usługi obejmujące zobowiązanie rezultatu**⁸⁵. W przypadku tych pierwszych, inna umowa uznawana za umowę starannego działania, tj. **umowa zlecenia**, byłaby normowana w ramach **grupy umów o zastępstwo**. Nic jednak nie stoi na przeszkodzie, aby w „małej części ogólnej” dotyczącej umów starannego działania znajdowało się odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów o zleceniu dla takich umów, jak: umowa o leczenie, umowa o nauczanie, umowa consultingowa itp. Poza odesłaniem, mogłyby się w części wspólnej znaleźć przepisy dotyczące na przykład: wynagrodzenia i sposobu zakończenia stosunku umownego. Z kolei w ramach umów o usługi polegające na zobowiązaniu rezultatu, umową modelową mogłaby być szeroko pojęta **umowa o dzieło**, obejmująca wykonanie (wytworzenie), przerobienie (zmodyfikowanie), zniszczenie (likwidację) przedmiotu materialnego. W ramach tej grupy umów można by również unormować inne umowy do niej zbliżone (kwalifikowane obecnie zarówno jako umowy nazwane, jak i nienazwane).

6. Z wcześniejszych rozważań wynika, że opowiadał się za niezamieszczeniem odpowiednika art. 750 k.c. w nowej kodyfikacji z uwagi na jego niefunkcjonalność w odniesieniu do wielu umów. Jeśli jednak zwyciężyłoby stanowisko przeciwnie, należałoby uwzględnić ideę wyrażoną w tym artykule w inny sposób, aby uniknąć słabości obecnej regulacji. Otóż racjonalna wydaje się potrzeba wyraźnego ograniczenia zakresu art. 750 k.c. wyłącznie do nienazwanych umów o usługi starannego działania. Jednocześnie należałoby zamieścić w przepisach normujących umowę o dzieło regulację podobną do art. 750 k.c., ale dotyczącą umów nienazwanych, o usługi których celem jest osiągnięcie określonego rezultatu. Rozważanie takiej alternatywy jest jednak uzależnione od innych decyzji w zakresie systematyki umów obligacyjnych.

⁸⁴ Por. art. IV.D.–1:101 DCFR.

⁸⁵ Por. propozycję Z. Radwańskiego: *Wstępny projekt...*, *op. cit.*, s. 10, 11.

7. Jeśli chodzi o **umowę pośrednictwa** (*sensu stricto*), nie powinna ona być unormowana ani w ramach umów o świadczenie usług do zlecenia podobnych (tj. umów starannego działania), ani w grupie umów o zastępstwo, ani jako umowa nazwana w tzw. umowach sieciowych. Umowa o pośrednictwo na tyle odróżnia się od umowy zlecenia⁸⁶ i od innych umów o świadczenie usług kwalifikowanych jako umowy starannego działania, że nie ma podstaw do normowania ich w ramach jednej grupy, czy stosowania do niej odpowiednio przepisów o zleceniu. Umowa o pośrednictwo jest najbardziej zbliżona do umowy agencyjnej, której przedmiot obejmuje co najmniej zobowiązanie się agenta do (stałego) pośredniczenia przy zawieraniu umów. Umowa o pośrednictwo ma jednak charakter jednorazowy. Mimo tego, twierdzenie o jej podobieństwie do umowy agencyjnej jest uzasadnione⁸⁷. Ze względu jednak na jej jednorazowy charakter, nie wydaje się zasadne regulowanie umowy o pośrednictwo jako umowy nazwanej w ramach tzw. umów sieciowych. W odniesieniu do umowy, której przedmiotem jest pośrednictwo, warto moim zdaniem wziąć pod uwagę dwa rozwiązania.

Po pierwsze, na rozważenie zasługuje zamieszczenie umowy o pośrednictwo w podgrupie umów o świadczenie usług będących umowami rezultatu. Do takich bowiem należy zaliczyć umowę o pośrednictwo. Ze strony pośrednika umowa jest co do zasady wykonana z chwilą zawarcia umowy przez dającego zlecenie z osobą trzecią. Rezultatem jest tu więc doprowadzenie przez pośrednika do zawarcia umowy na skutek podejmowanych przez niego czynności faktycznych. Z chwilą zawarcia umowy pośrednik nabywa co do zasady prawo do prowizji. Umowa ta nie musiałaby być kompleksowo unormowana, z uwagi na to, że przepisy dotyczące agencji (pośredniczej) mogłyby znaleźć do niej zastosowanie (z pominięciem instytucji związanych z trwałym charakterem umowy agencyjnej, np. świadczenia wyrównawczego). Na podstawie zamieszczonego w przepisach o umowie pośrednictwa odesłania, znajdowałyby do niej zastosowanie przepisy o umowie agencyjnej.

Drugie alternatywne rozwiązanie mogłoby polegać na tym, że umowy o pośrednictwo nie normowano by jako umowy nazwanej. Natomiast w regulacji dotyczącej umowy agencyjnej mógłby zostać zamieszczony przepis, stanowiący, że do umowy, której przedmiotem jest świadczenie polegające na jednorazowym pośrednictwie, stosuje się odpowiednio przepisy o umowie agencyjnej. Mając na względzie z jednej strony wykorzystanie umowy o pośrednictwo jednorazowe w praktyce oraz zakres jej regulacji w art. 517–522 k.z., takie odesłanie byłoby w zupełności wystarczające⁸⁸. Ewentualnie możliwy jest też inny wariant tego rozwiązania, sprowa-

⁸⁶ Na różnice te zwracam uwagę w glosie do wyroku z dnia 28 października 1999 r., II CKN 530/98, OSP 2000, z. 7/8, s. 395, 396.

⁸⁷ Z takiego też założenia wyszedł SN, czemu dał wyraz w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 października 1999 r. (zob. przypis poprzedni).

⁸⁸ Dla obliczania wynagrodzenia (art. 518 k.z.) wystarczająca jest regulacja wynagrodzenia agenta (art. 758¹ § 3 k.c.); sytuacje, w których możliwa jest ingerencja sądu w treść zobowiązania (art. 519 k.z.), są unormowane w części ogólnej zobowiązań; prawo do zwrotu wydatków (art. 520 k.z.) jest unormowane także w odniesieniu do

dzający się do wprowadzenia normy, zgodnie z którą do umowy o pośrednictwo jednorazowe znajdują wprost zastosowanie przepisy o umowie agencyjnej z wyjątkiem przepisów wyłączonych tą normą⁸⁹.

8. Grupy umów, do których odnosiły się moje uwagi, mogłyby zostać wkomponowane w strukturę części szczegółowej zobowiązań w ten sposób, że następowałyby po sobie w kolejności: umowy o świadczenie usług (z wyodrębnieniem na dwie podgrupy, tj. umowy starannego działania i umowy rezultatu), umowy o zastępstwo oraz umowy sieciowe.

9. Normując **umowy o zastępstwo**, warto jednocześnie rozważyć wprowadzenie w przepisach ogólnych o czynnościach prawnych jednostki, w której uregulowano by instytucję zastępstwa w jego obu postaciach (tj. bezpośredniego i pośredniego), którego źródłem jest czynność prawna. Regulacja dotycząca umów o zastępstwo powinna bowiem zostać zsynchronizowana z przepisami dotyczącymi instytucji ogólnych (zastępstwem bezpośrednim i zastępstwem pośrednim), w ten sposób, że przepisy dotyczące tych umów normowałyby stosunki wewnętrzne między stronami, a przepisy ogólne odnosiłyby się do stosunków zewnętrznych, tj. do stosunków między zastępowanym i zastępującym z jednej strony a osobami trzecimi z drugiej.

EWA ROTT-PIETRZYK

THE SYSTEMATICS OF THE SPECIFIC PART OF THE LAW
OF OBLIGATIONS, AND THE PLACE OF AGENCY CONTRACTS
SENSU LARGO (A VOICE IN THE DISCUSSION)

S u m m a r y

The quarterly *The Transformation of Private Law (Transformacje Prawa Prywatnego)* (issue 1/2012) recently published an analysis of the systematics of the specific part of the law of obligations that is very important in the light of the new draft of the Civil Code prepared by the Civil Law Codification Commission (*Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego*). The existing scheme of the Civil Code in this regard has already met with criticism

agenta (art. 762 k.c.); zakaz pośredniczenia również na korzyść drugiej strony i jego konsekwencje można wyprowadzić z obowiązku lojalności (art. 760 k.c.); a o relacji przepisów dotyczących pośrednika do innych podmiotów zajmujących się pośredniczeniem (art. 522 k.z.) można by wnioskować na podstawie przepisów o umowie agencyjnej i regulacjach dotyczących tych pośredników.

⁸⁹ Chodzi tu o technikę legislacyjną, jaką przyjęto w art. 764⁹ k.c.

that seems to be growing. The discussion takes place during the preparation of the new draft of the Civil Code by the Civil Law Codification Commission at the Minister of Justice. The search for new solutions in such circumstances is a natural phenomenon, though the development of a new formula for the systematics of the specific part of the law of obligations is undoubtedly a difficult task. This is because neither the method of comparative law covering, in particular, new codifications of national laws enacted in the past 20 years and the European *soft law* regulations, nor the historical method lead to clear conclusions regarding the most favorable solutions when it comes to a detailed systematic of the specific obligations part in the draft of the Polish Civil Code. In this article, the author refers to the proposals made by Z. Radwański, J. Pisuliński, and M. Pecyna, together with F. Zoll and R. Szostak, and formulates her own ideas. She firmly advocates for grouping together contracts that are similar to each other, with a small general part in each group covering common regulations applicable to all contracts in a given group. According to the author, the systematics in the new codification should above all be functional and facilitate the adoption by the judiciary of a rational methodology for the interpretation and application of laws, for instance named contracts gathered into groups, as well as facilitate the search for a legal regime of unnamed contracts (or mixed, given the need to distinguish them).