

BARBARA JELONEK-JARCO*

CZY POTRZEBNA JEST SZCZEGÓLNA REGULACJA KARY UMOWNEJ W ODNIESIENIU DO UMOWY FRANCZYZY?

WSTĘP

W literaturze zauważono, że kary umowne są bardzo często zastrzegane w umowach franczyzy na rzecz francyzodawcy, zaś połączenie ich z licznymi zabezpieczeniami (art. 777 kodeksu postępowania cywilnego¹, weksle, pełnomocnictwo do rachunku bankowego, przelew wierzytelności wynikający z umowy ubezpieczenia czy umów dotyczących płatności kartami, a czasem również kaucja gwarancyjna) zapewnia w istocie francyzodawcy pewność i komfort zaspokojenia tych należności², a co więcej — łatwość ich egzekwowania. Równocześnie kary umowne na rzecz francyzobiorcy zastrzegane są rzadko i raczej nie podlegają żadnemu zabezpieczeniu.

Powstaje więc pytanie, czy i w jaki sposób ustawodawca powinien ingerować w umowę franczyzy w zakresie kar umownych, a jeśli tak — jaka taka ingerencja powinna przybrać kształt normatywny. Celem niniejszego opracowania jest znalezienie odpowiedzi na te pytania. Pytania te są tym bardziej aktualne, że w poprzednich dwóch latach podjęto próbę przedstawienia proponowanej regulacji prawnej w tym zakresie. Mianowicie, zostały przygotowane rządowe założenia do projektu

* Autorka jest adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego; ORCID: 0000-0003-00418-2414. Pierwotny, planowany tytuł artykułu miał brzmienie: „Kara umowna w proponowanej regulacji umowy franczyzy”.

¹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1550 ze zm.); dalej: k.p.c.

² B. Jelonek-Jarco: *O konieczności regulacji prawnej umowy franczyzy — uwagi do raportu „Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce”*, Prawo w Działaniu (dalej: PwD) 2022, nr 50, s. 135–136.

ustawy o umowie franczyzy (dalej jako Założenia)³. I choć obecnie Założenia te mają znaczenie historyczne, to niewątpliwie stanowiły pierwszą próbę ujęcia w ramy prawne między innymi kary umownej w umowach franczyzy. Dlatego też w toku analizy celowe jest odwoływanie się również do nich. Zgodnie z pkt 12 Założeń:

„1. Roszczenie o zapłatę kary umownej staje się wymagalne z dniem bezskutecznego upływu terminu oznaczonego w wezwaniu do wykonania zobowiązania przez francyzobiorcę.

2. Roszczenie o zapłatę kary umownej wygasa w terminie roku od dnia, w którym francyzodawca dowiedział się lub przy zachowaniu należytej staranności mógł się dowiedzieć o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania przez francyzobiorcę, chyba że francyzodawca dokonał w tym terminie wezwania, o którym mowa w ust. 1.

3. Poza przypadkami określonymi w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360) francyzobiorca może żądać zmniejszenia kary umownej proporcjonalnie do okresu pozostałego do końca okresu obowiązywania umowy zawartej na czas oznaczony”.

W toku prac nad niniejszym opracowaniem został opublikowany projekt ustawy z dnia 27 lipca 2023 r. o zmianie ustawy — Kodeks cywilny oraz ustawy — Prawo własności przemysłowej (dalej: projekt)⁴. Nie będzie on obecnie przedmiotem szerszej analizy, jednak poglądowo zostaną przedstawione przyjęte w nim rozwiązania dotyczące kary umownej oraz ich uzasadnienie. Niewątpliwie, aktualne pozostaje bowiem pytanie o konieczność regulacji umowy franczyzy w polskim systemie prawnym oraz o to, czy Założenia i wyżej wymieniony projekt ustawy mogą zostać wykorzystane w toku (ewentualnych) dalszych prac, czy raczej powinny zostać zapomniane⁵. Celem niniejszego artykułu nie jest omawianie wszystkich propozycji przedstawionych w Założeniach oraz w projekcie, natomiast co do proponowanej tam regulacji kary umownej z całą pewnością można postawić tezę, że propozycje te zasługują na krytykę i wymagają gruntownego przemyślenia.

³ Przy Ministerstwie Sprawiedliwości działał zespół ds. franczyzy powołany zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 kwietnia 2022 r. Owocem prac zespołu było opracowanie roboczych założeń projektu ustawy o umowie franczyzy, które zostały zaprezentowane na konferencji prasowej w Ministerstwie Sprawiedliwości 14 września 2022 r. Źródło: <https://www.dlahandlu.pl/detal-hurt/wiadomosci/ustawa-o-franczyzie-projekt-uchwalony-jeszcze-w-tej-kadencji-sejmu,115079.html> (dostęp: 6 marca 2024 r.). Założenia dostępne: <https://pracodawcy.pl/konsultacje-publiczne-zalozenia-do-projektu-ustawy-o-umowie-franczyzy/> (dostęp: 6 marca 2024 r.). Założenia te w lipcu 2023 r. zostały dodane do wykazu prac legislacyjnych Rady Ministrów, <https://www.gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy--kodeks-cywilny-oraz-ustawy--prawo-wlasnosci-przemyslowej2> (dostęp: 6 marca 2024 r.).

⁴ <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12375159/12995554/12995555/dokument633833.pdf> (dostęp: 6 marca 2024 r.).

⁵ <https://www.wiadomoscihandlowe.pl/franczyza-w-handlu/nowy-rzad-a-losy-ustawy-francyzowej-wiemy-kto-bedzie-nadzorowal-prace-w-resorcie-adama-bodnara-nasz-news-2500003> (dostęp: 6 marca 2024 r.).

I. UMOWA FRANCZYZY JAKO UMOWA OBUSTRONNIE PROFESJONALNA

Przed przystąpieniem do analizy, której celem jest udzielenie odpowiedzi na pytanie o to, czy i w jaki sposób ustawodawca powinien ingerować w umowę franczyzy w zakresie kar umownych, celowe jest przedstawienie ogólnych uwag zarówno o regulacji franczyzy — ze szczególnym uwzględnieniem tego, że po obu jej stronach występują przedsiębiorcy⁶, jak i o karze umownej.

Można postawić ostrożną tezę, że dyskusja dotycząca celowości uregulowania umowy franczyzy w prawie polskim została (przynajmniej na tę chwilę)⁷ zakończona — skoro w toku były prace nad projektem regulacji i został już opublikowany projekt ustawy⁸. Teraz należy się więc zastanowić nad kształtem przyszłej regulacji prawnej. Sytuacja jest jednak niezwykle delikatna, skoro po obu stronach umowy występują podmioty profesjonalne, zaś każda regulacja ustawowa stanowi ingerencję w swobodę umów. Jak trafnie zauważył M. Safjan: „Prawo prywatne operuje kryteriami ekwiwalentności subiektywnej, wychodząc z założenia, że o racjonalności, celowości i skuteczności relacji umownej decydują swobodnie same strony, a każda zewnętrzna interwencja musi prowadzić do poważnego nadwerężenia, a w przypadkach skrajnych do paraliżu mechanizmów prywatnoprawnych”⁹. Jednak oczywiste jest, że uczestnikami obrotu są nie tylko podmioty równorzędne (z których każdy — co oczywiste — dąży do realizacji swoich celów i interesów), a wynika to przede wszystkim z braku równowagi ekonomicznej: „Nierówność »konsensualna«, swobodnie wynegocjowana jest przejawem siły prawa prywatnego, nierówność wymuszona jest objawem jego słabości”¹⁰. W takiej sytuacji znalezienie właściwego rozwiązania jest bardzo trudne: z jednej strony, regulacja ustawowa stanowi ingeren-

⁶ Co do definicji umowy franczyzy zob. B. Jelonek-Jarco: *O konieczności regulacji prawnej...*, *op. cit.*, s. 131–134.

⁷ B. Jelonek-Jarco: *O konieczności regulacji prawnej...*, *op. cit.*, s. 145 oraz literatura dotycząca tej dyskusji tam powołana; R. Adamus: *W sprawie potrzeby uregulowania franczyzy w Polsce*, PwD 2021, nr 48, s. 141–142. Oczywiście, nie zamyka to dyskusji co do kształtu samej regulacji, a w szczególności w zakresie tego, jaki miała by przybrać postać w nowym kodeksie cywilnym. Zob. propozycja uregulowania franczyzy w części szczegółowej zobowiązań w nowym kodeksie cywilnym przedstawiona przez Marlenę Pecynę i Fryderyka Zolla (M. Pecyna, F. Zoll: *Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu*, *Transformacje Prawa Prywatnego (dalej: TPP)* 2012, nr 1, s. 58; zob. też E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski: *Struktura regulacji umów o pośrednictwo handlowe (wnioski prawnoporównawcze i propozycje legislacyjne)*, *Studia Prawa Prywatnego* 2018, nr 1, Legalis).

⁸ Zob. B. Jelonek-Jarco: *O konieczności regulacji prawnej...*, *op. cit.*, s. 145; R. Adamus: *W sprawie potrzeby...*, *op. cit.*, s. 141–142; M. Pecyna, F. Zoll: *Założenia projektu...*, *op. cit.*, s. 58; E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski: *Struktura regulacji...*, *op. cit.*, Legalis.

⁹ M. Safjan: *Autonomia woli a zasada równego traktowania (w:) Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów (Wrocław, 25–27 września 2008 r.)*, pod red. E. Gniewka, K. Górskiej, P. Machnikowskiego, Warszawa 2010, s. 368.

¹⁰ *Ibidem*.

cję w strefę wolności i autonomii, zaś z drugiej strony, brak interwencji ze strony ustawodawcy również może prowadzić do naruszenia tych wartości. Z tych względów M. Safjan określa szukanie właściwego rozwiązania jako poruszanie się między Scyllą a Charybdą.

Z całą pewnością nie można wszystkich francyzobiorców traktować jednakowo — każdy ma bowiem inne (czasem żadne) doświadczenie biznesowe (proaktywne podejście, innowacyjność, stosunek do podejmowania ryzyka) czy prawne. Każdy ma też inną osobowość i wycucie biznesowe, co również wpływa na sposób prowadzenia działalności, relacje z francyzodawcą, a w konsekwencji — na to, czy odniesie on sukces¹¹. Umowa francyzy leży na styku różnych gałęzi prawa (prawa pracy, prawa ochrony konkurencji, prawa cywilnego: umowy dystrybucyjnej, umowy licencji, umowy agencji, umowy sprzedaży)¹² i w istocie — patrząc na historię jej powstawania jako empirycznego typu umowy — można powiedzieć, że jest przykładem zakończonego sukcesem wprowadzania do obrotu prawnego rozwiązania, które jest najdogodniejsze gospodarczo (biznesowo) dla jego pomysłodawców (czyli francyzodawców)¹³. Jako bardzo istotne należy ocenić odcięcie się francyzodawców od prawa pracy, choć w prawie polskim wątek ten cały czas powraca¹⁴.

Co do zasady zakłada się statyczny model umowy francyzy, tj. taki, w którym francyzobiorca jest pasywny i kieruje się wyłącznie wytycznymi od francyzodawcy, jednak wskazuje się na pozytywne strony modelu dynamicznego, tj. takiego, w którym francyzobiorca jest aktywny i przekazuje swoją wiedzę i pomysły fran-

¹¹ A. Watson, O. Dada, B. López-Fernandez, R. Perrigot: *The influence of entrepreneurial personality on franchisee performance: A cross-cultural analysis*, International Small Business Journal 2020, vol. 38, Issue 7, s. 606. Z badań wynika, że innowacyjność skutkuje większą kooperatywnością i lepszą współpracą z francyzodawcą, a w konsekwencji też większą satysfakcją z podjętej decyzji o przyłączeniu się do sieci francyzowej; *ibidem*, s. 609. Warto się jednak zastanowić, dlaczego francyzobiorca nie decyduje się na rozpoczęcie własnej, całkowicie odrębnej działalności gospodarczej — tylko wybiera francyzę; zob. P.H. Rubin: *The theory of the firm and the structure of the franchise contract*, The Journal of Law and Economics 1978, s. 230. Wskazuje się, że franchising ogranicza ryzyko rozpoczęcia i prowadzenia działalności gospodarczej nawet o 90%; zob. A. Rzeczycka, G. Golańska-Witkowska: *Franchising jako instrument aktywizacji ekonomicznej podmiotów na rynku*, Przedsiębiorstwo we Współczesnej Gospodarce — Teoria i Praktyka 2014, nr 1, s. 40.

¹² W. Pengilly: *International Franchising Arrangements and Problems in Their Negotiations*, Northwestern Journal of International Law & Business 1985, vol. 7, s. 186. Co do relacji między prawem ochrony konkurencji a francyzą zob. A. Bolecki: *Cechy szczególne francyzy w prawie ochrony konkurencji*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 7(2), s. 62–63.

¹³ Co do politycznej i prawnej walki francyzodawców o odseparowanie ich od samych francyzobiorców i ich pracowników (jako pracowników francyzodawcy) zob. B. Callaci: *Control without responsibility: The legal creation of franchising 1960–1980*, Enterprise & Society 2021, vol. 22(1), s. 18 („Pitofsky was uneasy with franchisors’ attempt to create a new kind of status, franchisee, that was neither a truly independent competitor protected by antitrust laws, nor an employee protected by labor laws. As franchisors succeeded in avoiding regulation of franchising under antitrust or employment law doctrines, federal and state lawmakers stepped into the breach to propose regulations to control this new business form, which had escaped the grasp of traditional doctrines [...]. Philip Zeidman declared during one hearing, »In fact, all men are not equal, nor does anything in our law or our history require that they be so« (Committee 19 on Commerce, 1976, p. 189)” (s. 19–20).

¹⁴ Wyrok SA w Katowicach z dnia 4 marca 1998 r., I ACA 636/98, Legalis. Umowy francyzy stale mają jednak bardzo duży wpływ na rynek pracy; zob. B. Callaci: *What Do Franchisees Do? Vertical Restraints as Workplace Fissuring and Labor Discipline Devices*, Journal of Law and Political Economy 2021, vol. 1(3), s. 398.

czyzodawcy, co z kolei może się przyczyniać do lepszego rozwoju sieci, większej innowacyjności, wprowadzania nowych technologii itd.¹⁵ Oczywiście, model ten zależy od franczyzobiorcy — od tego, na ile jest kreatywny, ale też (a może przede wszystkim) od franczyzodawcy — od jego otwartości na zmiany.

Wreszcie warto zasygnalizować, że waga klauzul wyboru prawa dla umowy franczyzy jest bardzo duża, natomiast często kwestia ta jest lekceważona przez strony na etapie negocjowania umowy¹⁶.

Ustawodawca, tworząc przepisy regulujące umowę franczyzy, powinien więc brać pod uwagę wszystkie te okoliczności, jak również to, że zobowiązanie wynikające z tej umowy ma charakter ciągły.

II. OGÓLNE UWAGI DOTYCZĄCE ZASTRZEGANIA KARY UMOWNEJ

Kara umowna w prawie polskim pełni przede wszystkim funkcję kompensacyjną, ale też represyjną¹⁷. Konieczność funkcjonowania w systemie prawnym takiej klauzuli nie jest kwestionowana¹⁸, cały czas otwarta pozostaje natomiast dyskusja dotycząca sposobu zastrzegania kary umownej¹⁹. Sąd Najwyższy w uchwałach z dnia 9 grudnia 2021 r. w sposób bardziej lub mniej stanowczy opowiedział się za poglądem, zgodnie z którym nie jest konieczne określenie górnego limitu kary umownej w umowie i tym samym maksymalna wysokość kary nie musi być znana

¹⁵ G.N. Sanfeliu, F. Puig: *New challenges in franchisor-franchisee relationship. An analysis from agency theory perspective*, Cuadernos de Gestión 2018, vol. 18, No. 1, s. 97.

¹⁶ W. Pengilley: *International Franchising Arrangements...*, op. cit., s. 205.

¹⁷ W. Rozwadowski, A. Stepień-Sporek: *Kara umowna — historia — teraźniejszość — przyszłość (w:) Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów...*, op. cit., s. 347–348; W. Borysiak: *Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody a kara umowna*, Przegląd Prawa Handlowego (dalej: PPH) 2008, nr 8, s. 34; autor trafnie podkreśla, że takiego charakteru kary umownej nie zmieniła uchwała SN 7 sędziów III CZP 61/03, zgodnie z którą: „Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody”; P. Drapała, A. Olejniczak (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020, s. 1284.

¹⁸ W. Borysiak: *Zastrzeżenie kary umownej a kompensacja niemajątkowych uszczerbków wierzyciela*, Palestra 2007, z. 5–6, s. 17. Zob. jednak bardzo ciekawe rozważania M. Wilejczyk: *O szkodliwości wysokich kar umownych*, Państwo i Prawo (dalej: PiP) 2022, z. 1, s. 30 i n.

¹⁹ Dyskusja jest znana od wielu lat i nadal ożywiona; por. B. Lackoroński: *Określenie sumy w zastrzeżeniu kary umownej*, Monitor Prawniczy (dalej: Mon. Praw.) 2018, nr 23, s. 1273; P. Drapała, B. Lackoroński: *Wymóg określenia (maksymalnej) kwoty kary umownej jako przesłanka ważności jej zastrzeżenia*, Mon. Praw. 2021, nr 15, s. 814; P. Drapała, A. Olejniczak: *Kara umowna (w:) System prawa prywatnego*, t. 5, op. cit., Legalis, nb 152; M. Łolik: *Kwestia określenia kary umownej w kontekście jej maksymalnej wartości jako przesłanka jej prawidłowego zastrzeżenia*, PPH 2020, nr 10, s. 39; A. Szlęzak: *Polemicznie o maksymalnej wysokości kary umownej jako przesłance ważności jej zastrzeżenia*, PPH 2021, nr 1, s. 19; zob. zestawienie poglądów S. Szejna: *Glosa aprobująca do uchwały Sądu Najwyższego z 9.12.2021 r., III CZP 16/21 — określenie maksymalnej wysokości kary umownej lub terminu końcowego do jej naliczenia jako przesłanka ważności kary umownej*, Rejent 2022, nr 12, s. 63.

w chwili zawarcia tej umowy²⁰, jednak z pewnością nie można mówić o zakończeniu dyskusji w tym przedmiocie²¹. Wątpliwości te pozwalają na postawienie tezy, że konieczna jest szczególna regulacja dotycząca kary umownej w umowie franczyzy. To zaś skutkuje koniecznością zadania kolejnych pytań — tj. o zakres tej regulacji. Czy powinna ona dotyczyć jedynie sposobu zastrzegania kary umownej, czy również (bądź wyłącznie) zasad jej miarkowania? Czy regulacja powinna nastąpić na poziomie prawa cywilnego, czy również w innym zakresie — nieuczciwej konkurencji?

III. KARY UMOWNE W UMOWIE FRANCZYZY

Samo zastrzeżenie przez strony kar umownych w umowie franczyzy nie powinno być oceniane negatywnie. Istotne jest jednak to, że w umowach franczyzy kary te są zwykle zastrzegane na rzecz francyzodawcy praktycznie za każde naruszenie umowy przez francyzobiorcę, zaś kar umownych zastrzeżonych na rzecz francyzobiorcy zwykle brak. Kary te często są oznaczone w konkretnych, wysokich kwotach (przykładowo 100 000 zł), nawet za drobne naruszenia umowy (przykładowo tzw. podręcznika operacyjnego), a tym samym ich celem jest pełnienie przede wszystkim funkcji odstraszającej, represyjnej²². Na etapie „negocjowania” umowy franczyzy możliwość usunięcia z umowy tych postanowień czy zmniejszenia kwot kar jest iluzoryczna²³.

²⁰ Uchwały SN z dnia 9 grudnia 2021 r., III CZP 16/21 oraz III CZP 26/21, Legalis. Zob. też obszerny wywód SN w wyroku z dnia 20 maja 2021 r., IV CSKP 58/21, Legalis.

²¹ Aprobując: M. Walasiak: *Ograniczenie maksymalnej wysokości kary umownej lub końcowego terminu jej naliczania. Glosa do uchwały SN z 9 grudnia 2021 r., III CZP 16/21*, OSP 2022, z. 6; S. Szejna: *Glosa aprobująca do uchwały...*, *op. cit.*, s. 61. Autor zauważył: „Instytucja kary umownej zawsze stanowi dla dłużnika potencjalne niebezpieczeństwo poniesienia surowszej odpowiedzialności niż tej grożącej mu na zasadach ogólnych. Nie sposób jednak uznać, że odpowiedzialność ta jest uzależniona od sposobu zastrzeżenia kary umownej”. Krytycznie: A. Żukowski: *Dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu zobowiązania w postaci określonego procentu wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, bez wskazania końcowego terminu naliczenia kary umownej lub jej maksymalnej wysokości*, Mon. Praw. 2022, nr 13, s. 697. Autor zauważył, że: „[...] SN zignorował kompletnie rzeczywistość gospodarczą, w której zastrzegane są kary umowne, co rzutuje na ocenę poprawności tezy głosowanej uchwały”. Krytycznie także O. Radliński: *Dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu zobowiązania w postaci określonego procentu wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, bez wskazania końcowego terminu naliczenia kary umownej lub jej maksymalnej wysokości*, Mon. Praw. 2022, nr 12, s. 653. Kwestii zastrzegania kar umownych dotyczy też wyrok SN z dnia 17 maja 2023 r., II CSKP 216/22, Legalis, jednak ze względu na ogólnikowość uzasadnienia trudno tu o dalej idący komentarz.

²² B. Jelonek-Jarco: *O konieczności regulacji prawnej...*, *op. cit.*, s. 135–136, 144, 150. Zob. w tym kontekście rozważania dotyczące okoliczności zastrzegania kary umownej M. Lemkowski (w:) *Kodeks cywilny*, t. II, *Komentarz. Art. 353–626*, pod red. M. Gutowskiego, wyd. 3, Warszawa 2022, Legalis, komentarz do art. 484 k.c., nb 4.

²³ Zob. stan faktyczny sprawy, w której został wydany wyrok SA w Warszawie z dnia 22 października 2020 r., VII AGa 2220/18, LEX.

Oczywiście, zawsze w przypadku kar umownych możliwość ich miarkowania jest bardzo istotna²⁴ i można stwierdzić, że jest to instrument szczególnej ochrony dłużnika²⁵. Z tego też względu należy stanowczo odrzucić propozycję²⁶, by miarkowanie nie znajdowało zastosowania w stosunkach obustronnie profesjonalnych²⁷ — zasadność takiego rozwiązania nie znajduje żadnych podstaw w badaniach dotyczących relacji kontraktowych między przedsiębiorcami²⁸. Kary zastrzegane w umowach franczyzy są zwykle miarkowane przez sądy (nawet o 90%)²⁹, jednak niejednokrotnie jest tak, że zarzut miarkowania kary umownej nie zostaje podniesiony przez francyzobiorcę (art. 484 § 2 k.c.)³⁰ i w konsekwencji kara umowna jest zasądzana (co do konieczności podniesienia zarzutu miarkowania zob. niżej pkt V). Zagadnienie to wymaga więc szczególnie uważnej analizy i przyjęcia skutecznych rozwiązań prawnych³¹.

IV. PROPOZYCJA REGULACJI KARY UMOWNEJ W UMOWIE FRANCZYZY — SPOSÓB OKREŚLANIA KARY

W Założeniach brak jakiegokolwiek propozycji regulacji sposobu zastrzegania kary umownej w umowach franczyzy. Najprawdopodobniej ustawodawca wyszedł więc z założenia, że taka regulacja nie jest konieczna — mimo wskazanych wyżej

²⁴ M. Lemkowski (w:) *Kodeks cywilny...*, t. II, *op. cit.*, pod red. M. Gutowskiego, komentarz do art. 484 k.c., nb 4, gdzie autor stwierdza: „Wszystkie te uwagi zmierzają do stwierdzenia, że obecnie to na sądach spoczywa niezwykle odpowiedzialne zadanie, jakim jest przywracanie często zachwianej równowagi kontraktowej przez zastrzeżenie, a następnie żądanie czy potrącenie wysokich kar umownych. Nie byłaby pożądana, niestety nadal zdarzająca się, pasywna postawa organów orzekających, które nie chcą ingerować w treść umowy ukształtowaną przez strony w zakresie kar umownych i stwierdzająca, że skoro strony na taką treść umowy się zgodziły, to powinny zdawać sobie sprawę z konsekwencji, także w postaci konieczności zapłaty bardzo wysokich kar i nie zaprzatać sądów tego rodzaju pozwami”.

²⁵ J. Jastrzębski: *Kara umowna*, Warszawa 2006, s. 309.

²⁶ Taką propozycję przedstawili m.in. W. Rozwadowski, A. Stępień-Sporek, trafnie jednak od razu przedstawiając argumenty przeciwko zasadności takiego rozwiązania („Przecież równość nie zawsze jest zachowana między stronami, nawet jeśli po każdej ze stron występuje przedsiębiorca”), *Kara umowna — historia — teraźniejszość — przyszłość* (w:) *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów...*, *op. cit.*, s. 354.

²⁷ Tak też W. Borysiak: *Miarkowanie kary umownej* (w:) *Państwo i prawo. Księga jubileuszowa 200-lecia Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej*, pod red. L. Boska, Warszawa 2017, s. 453–454.

²⁸ Zob. też D.A. Farber, zdaniem którego tworzenie instrumentów prawnych przeciwdziałających istnieniu wysokich kar umownych stanowi konieczne i rozsądne ograniczenie swobody umów podyktowane szerszą zasadą dzielenia ryzyka w społeczeństwie; *idem: Contract Law and Modern Economic Theory*, Northwestern University Law Review 1983–1984, vol. 78, s. 335.

²⁹ Sąd Okręgowy w Łodzi z wyroku z dnia 24 marca 2015 r., X GC 576/11, LEX.

³⁰ Wyrok SA w Krakowie z dnia 30 marca 2017 r., I ACa 711/16, LEX.

³¹ Co do relacji między sankcją nieważności a miarkowaniem kary umownej jako innym niż nieważność skutkiem sprzeczności umowy z prawem zob. R. Trzaskowski: *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem*, Warszawa 2013, s. 670–675; zob. też propozycję autora nowej regulacji dotyczącej skutków nadużycia silniejszej pozycji kontraktowej, s. 849.

wątpliwości omawianych w literaturze i orzecznictwie. Jest to jedno z możliwych rozwiązań. Można jednak zaproponować (jak już wskazano)³², by wzorcem dla uregulowania kwestii dotyczących kar umownych w umowie franczyzy były przepisy ustawy — Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r.³³ Zgodnie z art. 433 pkt 1 p.z.p. projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać „odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia”, stosownie zaś do art. 433 pkt 2 p.z.p. — nie mogą one również przewidywać „naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem”. Przepisy o podobnym brzmieniu mogłyby chronić także francyzobiorców. Dodatkowo, w prawie zamówień publicznych obligatoryjnym postanowieniem umowy jest postanowienie określające łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony (art. 436 pkt 3 p.z.p.). Wprowadzenie obowiązku określenia górnego limitu odpowiedzialności stron (przynajmniej francyzobiorcy) z tytułu kar umownych jest rozwiązaniem zasadnym — pozwala bowiem już na etapie zawierania umowy ocenić ryzyko związane z tymi karami³⁴. Jak się wydaje, wprowadzenie takiej szczególnej regulacji wyłącznie w odniesieniu do umowy franczyzy byłoby usprawiedliwione, biorąc pod uwagę wyniki badań spraw sądowych i praktykę. Rozwiązaniu temu można natomiast postawić zarzut, że wprowadza wyłom w zakresie regulacji kary umownej w odniesieniu do jednej tylko umowy i to w dodatku obustronnie profesjonalnej — co nie powinno mieć miejsca, bo będzie skutkowało rozbiciem spójnej (co do zasady) regulacji. Problem ten zostanie omówiony w dalszej części opracowania.

V. PROPOZYCJA REGULACJI KARY UMOWNEJ W UMOWIE FRANCZYZY — MECHANIZM MIARKOWANIA

Kolejne pytanie, jakie należy postawić, to pytanie o ukształtowanie mechanizmu miarkowania kary umownej zastrzeżonej w umowie franczyzy. Przede wszystkim powstaje wątpliwość, czy miarkowanie ma nastąpić z urzędu, czy dopiero na zarzut podniesiony przez francyzobiorcę.

Co do zasady przyjmuje się, że aby sąd dokonał miarkowania kary umownej, dłużnik musi podnieść stosowny zarzut³⁵. Kwestia ta budzi jednak od lat liczne

³² B. Jelonek-Jarco: *O konieczności regulacji prawnej...*, *op. cit.*, s. 150.

³³ T.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605; dalej: p.z.p.

³⁴ W tym zakresie wywód SN zawarty w wyroku z dnia 20 maja 2021 r., IV CSKP 58/21, nie przekonuje (Legalis).

³⁵ Wyrok SN z dnia 28 lutego 2019 r., I PK 257/17, LEX nr 2626896; uchwała SN z dnia 17 lutego 2004 r., III CZP 115/03, OSNC 2005, nr 5, poz. 77. Por. jednak M. Pyziak-Szafnicka: *Kilka uwag na temat modelu kary*

kontrowersje i prezentowanych jest w tym zakresie kilka poglądów — zarówno w orzecznictwie, jak i literaturze³⁶.

Zgodnie z pierwszym stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie żądanie miarkowania kary umownej jest zawarte *implicite* w żądaniu dłużnika oddalenia powództwa o zapłatę kary umownej³⁷. Uzasadniając ten pogląd, Sąd Najwyższy wskazał: „Artykuł 484 § 2 k.c. stanowi, że dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej. Dłużnik żąda tego zmniejszenia nie tylko wtedy, kiedy nie kwestionuje obowiązku zapłaty kary umownej, a tylko wnosi o zmniejszenie jej wysokości, lecz także wtedy, kiedy kwestionuje obowiązek zapłaty kary umownej i dlatego wnosi o nieuwzględnienie roszczenia o zapłatę tej kary, we wniosku bowiem o nieuwzględnienie roszczenia mieści się wniosek »o mniej«, tj. i żądanie zmniejszenia kary umownej”. Powyższe stanowisko było również powtarzane w późniejszych orzeczeniach Sądu Najwyższego i sądów powszechnych³⁸.

Zgodnie z drugim, odmiennym poglądem, żądanie zmniejszenia kary umownej powinno zostać wyraźnie (konkretnie) sformułowane i sprecyzowane przez dłużnika, a samo żądanie oddalenia powództwa o zapłatę tej kary nie jest wystarczające. Takie stanowisko zostało wyrażone między innymi przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 lutego 2008 r.³⁹, w wyroku z dnia 26 listopada 2008 r.⁴⁰ i w wyroku z dnia 16 kwietnia 2010 r.⁴¹ Stanowisko to jest akceptowane także w innych, nowszych orzeczeniach Sądu Najwyższego i sądów powszechnych⁴².

Można wyróżnić jeszcze trzecie, pośrednie stanowisko, wedle którego wniosek o miarkowanie kary umownej nie musi zawierać wprost sformułowania, że dłużnik żąda miarkowania kary umownej, wystarczy natomiast, że w trakcie procesu dłużnik, który wnosi o oddalenie powództwa, podniesie także zarzut rażącego wygórowania kary umownej⁴³.

umownej (w.): *Aurea praxis aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, pod red. J. Gudowskiego, K. Weitza, Warszawa 2011, s. 2498–2499.

³⁶ Ostatnio akcentowane są także wątpliwości co do tego, jak zarzut miarkowania ma zostać podniesiony/sprecyzowany (czy również co do kwoty, o jaką miarkowanie winno nastąpić) — zob. wyrok SN z dnia 16 listopada 2022 r., II CSKP 578/22, Legalis.

³⁷ Wyrok z dnia 14 lipca 1976 r., I CR 221/76, Legalis.

³⁸ Zob. m.in. wyrok SN z dnia 25 marca 1998 r., II CKN 660/97, Legalis; wyrok SN z dnia 16 lipca 1998 r., I CKN 802/97, Legalis; wyrok SN z dnia 22 maja 2002 r., I CKN 1567/99, Legalis; wyrok SN z dnia 4 grudnia 2013 r., II CK 271/02, Legalis; wyrok SN z dnia 12 maja 2006 r., V CSK 55/06, Legalis; wyrok SN z dnia 27 lutego 2009 r., II CSK 511/08, Legalis; wyrok SN z dnia 27 kwietnia 2017 r., IV CSK 375/16, Legalis; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 9 października 2012 r., I ACa 1010/12, Legalis.

³⁹ II CSK 421/07, Legalis.

⁴⁰ III CSK 168/08, Legalis.

⁴¹ IV CSK 494/09, Legalis.

⁴² Zob. wyrok SN z dnia 23 czerwca 2017 r., I CSK 625/16, Legalis; wyrok SN z dnia 12 lutego 2015 r., IV CSK 276/14, Legalis; wyrok SN z dnia 23 lipca 2014 r., V CSK 503/13, Legalis; wyrok SA w Łodzi z dnia 4 lipca 2013 r., I ACa 135/13, Legalis.

⁴³ Wyrok SN z dnia 22 stycznia 2010 r., V CSK 217/09, Legalis; wyrok SN z dnia 8 marca 2013 r., III CSK 193/12, Legalis. Powyższy pogląd został zaaprobowany przez SN także w wyroku z dnia 26 października 2016 r., III CSK 312/15, Legalis.

W literaturze, z jednej strony, prezentowane są głosy aprobujące stanowisko orzecznictwa, które wymaga zgłoszenia sprecyzowanego wniosku o miarkowanie kary umownej⁴⁴. Z drugiej jednak strony, inni autorzy podnoszą krytykę wypracowanego w orzecznictwie wymogu formalnego (konkretnego) sprecyzowania przez dłużnika żądania miarkowania kary umownej. Jak wskazała M. Pyziak-Szafnicka: „Wymaganie to wydaje się zbyt formalistyczne, a wspierające je argumenty nieuchronnie kierują myśl w stronę znanego w starożytności procesu formułkowego”⁴⁵. Obszerną argumentację za odrzuceniem krytykowanego formalistycznego stanowiska przedstawił również P. Drapała⁴⁶, w szczególności wskazując, że: „[...] wspomniany przepis nie określa wymagań co do formy ani co do treści tego rodzaju wniosku dłużnika. W szczególności treść tego przepisu nie daje podstaw do formułowania tezy, że wniosek ten musi przyjmować postać zarzutu merytorycznego, formułowanego w sposób wyraźny i nadto uzasadnionego powołaniem jednej z dwóch ustawowych przesłanek miarkowania”⁴⁷.

Dyskusja ta ma więc istotny walor praktyczny. Co więcej, o ile przyjąć pogląd, zgodnie z którym możliwe jest obniżanie kary umownej na podstawie art. 362 k.c., sąd takie działanie podejmuje sam, bez wniosku dłużnika⁴⁸. Jak wynika z przedstawionej analizy, brak więc pewności w zakresie możliwości uruchomienia mechanizmu miarkowania kary umownej — po pierwsze, co do tego, kiedy sąd może dokonać miarkowania (czy musi czekać na wyraźny zarzut dłużnika), a po drugie, co do tego, czy może działać z urzędu (na podstawie art. 362 k.c.). Natomiast jak wynika z analizy orzecznictwa (nie tylko spraw franczyzowych), dłużnicy (nawet reprezentowani przez profesjonalnego pełnomocnika) często zapominają zarzut taki podnieść (bądź według sądu jest on podnoszony za późno) i w konsekwencji sądy nie dokonują miarkowania (choć w istocie miarkowanie służy przywróceniu równowagi kontraktowej). W konsekwencji celowe jest rozważenie wprowadzenia mechanizmu miarkowania z urzędu przez sąd kar umownych.

⁴⁴ Zob. m.in. T. Justyński: *Glosa do wyroku z dnia 22 maja 2002 r., I CKN 1567/99*, PiP 2004, z. 3, s. 118; P. Granecki: *Glosa do wyroku SN z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03*, OSP 2006, z. 1, s. 2, LEX; J. Jastrzębski: *Glosa do wyroku SN z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03*, Przegląd Sądowy (dalej: PS) 2007, nr 4, s. 131, LEX; W. Borysiak: *Miarkowanie kary umownej...*, *op. cit.*, s. 482–484.

⁴⁵ Zob. M. Pyziak-Szafnicka: *Kilka uwag...*, *op. cit.*, s. 2491–2492.

⁴⁶ Zob. P. Drapała: *Glosa do wyroku SN z dnia 23 marca 2006 r., IV CSK 89/05*, PS 2007, nr 5, s. 122, LEX. Zob. także P. Drapała: *Glosa do wyroku SN z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03*, OSP 2005, z. 7–8, s. 97, LEX; P. Drapała, A. Olejniczak (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *op. cit.*, s. 1316.

⁴⁷ Podobnie M. Bączyk: *Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody a wysokość kary umownej* (w:) *Ars et usus. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Stanisława Rudnickiego*, Warszawa 2005, s. 49.

⁴⁸ Co do możliwości powoływania się przez dłużnika na przyczynienie się do powstania szkody przez wierzyciela (art. 362 k.c.) zob. M. Bączyk, który odrzuca koncepcję eksponującą art. 362 k.c. jako samodzielną podstawę redukcji kary umownej; *idem*: *Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody a wysokość kary umownej* (w:) *Ars et usus...*, *op. cit.*, s. 45 i n.; wyrok SA w Gdańsku z dnia 22 maja 2003 r., I ACa 13/03, niepubl. Za możliwością zastosowania art. 362 k.c. opowiada się J. Jastrzębski: *Glosa do wyroku SN z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03*, *op. cit.*, s. 141–142; W. Borysiak: *Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody a kara umowna*, PPH 2008, nr 8, s. 37.

Tu jednak dyskusja zatacza szerszy krąg — bowiem przyjęcie takiego rozwiązania wyłącznie w odniesieniu do umów franczyzy budzi wątpliwości — tworzenie takiej regulacji przy założeniu jednolitości prawa cywilnego prowadziłoby do rozdrobnienia regulacji i powodowało wiele komplikacji praktycznych. Przykładowo, można byłoby zadać pytanie, czy regulacja taka znajduje zastosowanie do umów mieszanych, zawierających w sobie elementy umowy franczyzy. Można by też wtedy postawić trafny zarzut, dlaczego tylko franczyzobiorca jest chroniony, a przykładowo najemca już nie. Te podstawowe wątpliwości pozwalają na postawienie tezy, zgodnie z którą brak podstaw, by stworzyć dla umowy franczyzy szczególne rozwiązania prawne dotyczące miarkowania kary umownej.

Należy więc rozważyć ewentualne zmiany w obecnie obowiązującej regulacji dotyczącej miarkowania kary umownej poprzez wprowadzenie miarkowania z urzędu. Miarkowanie (obniżanie) kary umownej przez sąd z urzędu nie jest co prawda przewidziane w projekcie nowego kodeksu cywilnego⁴⁹, w art. 9:509 Principles of European Contract Law (PECL)⁵⁰ ani w art. 7.4.13 Zasad UNIDROIT⁵¹, jednak takie rozwiązanie przewiduje między innymi kodeks cywilny francuski (przed reformą art. 1152 ust. 2, obecnie art. 1231–5 — sąd może zarówno podwyższyć, jak i obniżyć karę umowną), jak i DCFR (III-3:712)⁵². Rozwiązanie takie nie stanowiłoby więc wyłomu od regulacji europejskich⁵³, a jego wprowadzenie jest tak naprawdę przejawem zaufania ustawodawcy do sądów. Już obecnie instytucja miarkowania kary umownej daje sądom daleko idące możliwości przywracania równowagi kontraktowej w umowie⁵⁴, tak więc wydaje się, że uzupeł-

⁴⁹ A. Rachwał (w.): *Wykonanie i skutki naruszenia zobowiązań. Projekt z uzasadnieniem*, pod red. M. Pecyny, Kraków 2009, s. 492–505.

⁵⁰ https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_153 (dostęp: 6 marca 2024 r.).

⁵¹ <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/chapter-7-section-4/#1623952457890-edef1af3-0005> (dostęp: 6 marca 2024 r.). Podobnie, brak regulacji w dyrektywie Rady z dnia 18 grudnia 1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek (86/653/EWG), Dz. Urz. UE L 382 z 31.12.1986 r., s. 17–21. Projekt dyrektywy o umowie franczyzy przygotowany przez Ph.M. Abella również nie uwzględnia tej kwestii, *The regulation of franchising in the EU*, London 2011, s. 218. Zgodnie z art. 6:188 k.c. węgierskiego: „Excessive contractual penalty can be reduced by the court at the obligor’s request”.

⁵² Co do dyskusji, czy na gruncie tego postanowienia sąd może też działać z urzędu, zob. M. Wilejczyk: *Miarkowanie kary umownej de lege ferenda*, TPP 2020, nr 2, s. 177. Podobnie doktryna szwajcarska, J. Jastrzębski: *Kara umowna*, *op. cit.*, s. 348; takie działanie sądu dopuszcza też włoski Sąd Najwyższy, zob. M. Wilejczyk: *Miarkowanie...*, *op. cit.*, s. 178.

⁵³ Za wprowadzeniem regulacji pozwalającej sądowi na miarkowanie kary umownej z urzędu w odniesieniu do wszelkich umów opowiada się M. Wilejczyk: *Miarkowanie...*, *op. cit.*, s. 178; *eadem*: *O szkodliwości wysokich kar umownych*, PiP 2022, z. 1, s. 40. Jest to zagadnienie wymagające odrębnej analizy, podobnie jak możliwość podwyższenia kary umownej. Wydaje się jednak, że skoro miarkowanie kary umownej ma na celu przywrócenie równowagi kontraktowej, powinno następować z urzędu, jak również działać na rzecz każdej ze stron (a więc skutkować obniżeniem bądź podwyższeniem kary umownej). Ta ostatnia sytuacja miałaby miejsce zapewne rzadko ze względu na możliwość zastrzegania kary umownej zaliczalnej, która nie wyczerpuje całego odszkodowania należnego wierzycielowi — zgodnie z art. 484 § 1 zd. 2 k.c.

⁵⁴ Jak przykładowo wskazuje SA w Szczecinie (wyrok z dnia 23 lipca 2019 r., I ACa 873/19, Legalis): „Miarkowanie kary umownej jest jedną z postaci tzw. prawa sędziowskiego (por. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 21 października 2009 r., I ACa 604/09). To oznacza, że zasadniczo do danego Sądu należy

nienie tego poprzez dopuszczenie takiego działania sądu z urzędu stanowiłoby konsekwentne uzupełnienie uprawnienia już obecnie przyznanego sędziom. W tym zakresie decyzja co do kształtu planowanej regulacji jest jednak zależna również od praktyki sądowej, a mianowicie przede wszystkim od tego, jak rygorystycznie sądy podchodzą i będą podchodziły do sposobu podniesienia zarzutu miarkowania kary umownej oraz czy w art. 5 k.c.⁵⁵ będą dostrzegały podstawę prawną do oddalenia powództwa o zapłatę kary umownej; podobnie w art. 58 k.c. — a więc zastrzeżenie kary umownej może zostać uznane za nieważne ze względu na sprzeczność z prawem bądź zasadami współżycia społecznego. Przeciwno proponowanej tu zmianie regulacji kary umownej można bowiem podnieść argument, że zmiana przepisów nie może być skutkiem ich wadliwego stosowania przez sądy. Sytuacja nie jest jednak tak prosta i wydaje się, że jeśli głosy przedstawicieli doktryny podkreślające konieczność kompleksowego oraz racjonalnego spojrzenia na sprawę i miarkowanie kar umownych nie znajdują odzewu w orzecznictwie i sądy domagają się precyzyjnego i konkretnego zarzutu miarkowania, nadszedł czas na zmiany regulacji. Nie dlatego, że jest ona wadliwa i nie pozwala sądom na racjonalne działanie, ale dlatego, że sądy potrzebują bardziej jednoznacznego brzmienia przepisów.

Oczywiście, w przypadku wprowadzenia możliwości miarkowania kary umownej przez sąd z urzędu powstaje pytanie o aspekt proceduralny takiej regulacji. Do kwestii sposobu podniesienia zarzutu miarkowania, jak i określenia, w jaki sposób miarkowanie ma nastąpić, bardzo obszernie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 listopada 2022 r.⁵⁶ Wydaje się jednak, że o ile zostałaby wprowadzona możliwość miarkowania kary umownej przez sąd z urzędu, nie będzie konieczne podnoszenie takiego zarzutu (ani w sposób wyraźny, ani dorozumiany), a tym bardziej wskazywanie zakresu miarkowania. Oczywiście, nie dotyczyłoby to sytuacji, w której powodem jest dłużnik żądający w pozwie zmiarkowania kary umownej (w pozwie o ukształtowanie).

wybór kryteriów, które przyjmuje za podstawę kontroli wysokości kary umownej, jak i wagi, którą nadaje poszczególnym kryteriom. Ze swej natury uznanie sędziowskie niemożliwe jest do przekalkulowania w oparciu o wyraźne podstawy, lecz oparte jest na wyczuciu i doświadczeniu orzecznictwem sędziowskim. Z tych względów skuteczna kontrola instancyjna może być uzasadniona jedynie w wypadkach wyraźnego, czyli rażącego, naruszenia tej reguły orzekania przez Sąd pierwszej instancji (por. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 maja 2019 r., V ACa 349/18)”.

⁵⁵ W. Borysiak (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. W. Borysiaka, wyd. 30, Warszawa 2022, komentarz do art. 484, nb 86–90, Legalis.

⁵⁶ II CSKP 578/22, Legalis. Szczegółowa analiza uzasadnienia tego wyroku pozostaje poza zakresem niniejszego opracowania. Warto jednak przywołać wyrok SA w Poznaniu z dnia 16 kwietnia 2019 r. (I AGa 282/18, Legalis): „Nie jest w ocenie Sądu Apelacyjnego przeszkodą do miarkowania wysokości kary umownej ta okoliczność, że strona nie wskazała sumy, do jakiej kara umowna ma być zmiarkowana”.

VI. PROPOZYCJA REGULACJI KARY UMOWNEJ W UMOWIE FRANCZYZY — PODSTAWY MIARKOWANIA

Powstaje również pytanie o podstawy miarkowania — a więc czy obecna regulacja zawarta w art. 484 § 2 k.c. jest wystarczająca, czy wymaga uzupełnień.

Nie ma wątpliwości co do tego, że podstawy miarkowania przewidziane w art. 484 § 2 k.c. znajdują zastosowanie do umów franczyzy. Regulacja ta daje sądowi bardzo szerokie możliwości działania i jest uznawana za prawo sędziowskie⁵⁷.

W Założeniach (pkt 12 ust. 3) zaproponowano jednak uzupełnienie tej regulacji w następujący sposób: „Poza przypadkami określonymi w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360) franczyzobiorca może żądać zmniejszenia kary umownej proporcjonalnie do okresu pozostałego do końca okresu obowiązywania umowy zawartej na czas oznaczony”.

Wobec braku uzasadnienia takiej propozycji trudno ocenić jej cel — oczywiście poza zmniejszeniem wysokości kary umownej. Wydaje się jednak, że taka dodatkowa podstawa zmniejszania kary umownej, po pierwsze, nie jest potrzebna, a po drugie — kryteria tu przewidziane (w istocie wyłącznie matematyczna kalkulacja) w żaden sposób nie odwołują się do kryteriów prawnych, dotyczących istoty stosunku zobowiązaniowego bądź kryteriów ekonomicznych. Regulacja zawarta w art. 484 § 2 k.c. jest na tyle szeroka, że pozwala sądowi na wyważenie interesów stron. Co więcej, możliwe są przypadki, gdy sąd co prawda uzna miarkowania za zasadne co do istoty, jednak w innym zakresie (mniejszym) niż ten proponowany w Założeniach. Czy w takiej sytuacji sąd mimo wszystko musiałby dokonać miarkowania w sposób wskazany w Założeniach? Wydaje się, że nie (skoro jest to prawo sędziowskie), jednak Założenia nie dają tu jednoznacznej odpowiedzi. Tym samym rozwiązanie proponowane w pkt 12 ust. 3 Założeń należy ocenić krytycznie — z takiej regulacji ustawodawca winien zrezygnować.

Natomiast zasadne jest rozważenie, czy nie byłoby celowe inne ujęcie przesłanek miarkowania określonych w art. 484 § 2 k.c. (czy wyłączenie w odniesieniu do umowy franczyzy, czy też w ogóle — wymaga odrębnej analizy) i wskazanie (jak proponuje M. Wilejczyk)⁵⁸, że obniżenie zastrzeżonej przez strony kary umownej jest możliwe, gdy jest ona „wygórowana” lub „nadmiernie wysoka”. Warto jednak podkreślić, że w regulacjach zawartych w innych systemach prawnych, a dotyczących miarkowania kary umownej, często wskazana jest jedna przesłanka obniżenia od-

⁵⁷ W. Borysiak: *Miarkowanie kary umownej* (w:) *Państwo i prawo. Księga jubileuszowa 200-lecia Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej*, op. cit., s. 452; T. Szanciło (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. M. Załuckiego, wyd. 3, Warszawa 2023, komentarz do art. 484 k.c., nb 9, Legalis; M. Lemkowski (w:) *Kodeks cywilny...*, t. II, op. cit., pod red. M. Gutowskiego, komentarz do art. 484, nb 4, Legalis; M. Wilejczyk opowiada się natomiast za złagodzeniem obu przesłanek miarkowania kary umownej, M. Wilejczyk: *Miarkowanie...*, op. cit., s. 180; eadem: *O szkodliwości...*, op. cit., s. 40; J. Szwaja: *Kara umowna*, Warszawa 1967, s. 138.

⁵⁸ M. Wilejczyk: *Miarkowanie...*, op. cit., s. 182.

nosząca się do wysokości kary (a już nie do wykonania zobowiązania)⁵⁹. Tym samym rozważając celowość i konieczność ewentualnej zmiany art. 484 § 2 k.c., należy mieć na uwadze obie przesłanki miarkowania zawarte w tym przepisie, jak również orzecznictwo ukształtowane w odniesieniu do tych przesłanek. Wydaje się, że dotychczasowa regulacja nie wymaga rozszerzenia w zakresie podstaw miarkowania w odniesieniu do umowy franczyzy (ale też w odniesieniu do innych umów).

VII. PROPOZYCJA REGULACJI KARY UMOWNEJ W UMOWIE FRANCZYZY — WYMAGALNOŚĆ I PRZEDAWNIE NIE (WYGAŚNIĘCIE?) ROSZCZENIA O ZAPŁATĘ KARY UMOWNEJ

Kolejne pytanie, jakie należy postawić, dotyczy odrębnej regulacji wymagalności oraz przedawnienia roszczenia o zapłatę kary umownej.

Co do wymagalności roszczenia o zapłatę kary umownej przyjmuje się w braku innych ustaleń stron, że ma ono charakter bezterminowy, staje się zatem wymagalne zgodnie z art. 455 k.c. niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do spełnienia świadczenia⁶⁰. Złożenie takiego oświadczenia stawia zobowiązanie do zapłaty kary umownej w stan wymagalności⁶¹. Natomiast bieg terminu przedawnienia roszczenia o karę umowną rozpoczyna się bądź w określonym przez strony dniu wymagalności, bądź w dniu, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby wierzyciel dokonał wezwania w najwcześniejszym możliwym terminie⁶².

⁵⁹ Zgodnie z art. 6:188 k.c. węgierskiego: „Excessive contractual penalty can be reduced by the court at the obligor's request” (ustawa V z dnia 11 lutego 2013 r., Magyar Közlöny, 26.02.2013, vol. 31, s. 2382–2663, <https://faolex.fao.org/docs/pdf/hun209514original.pdf>, dostęp: 6 marca 2024 r.), zgodnie z art. 1231–5 (przed reformą art. 1152 ust. 2) kodeksu francuskiego podwyższenie albo obniżenie kary umownej jest możliwe, jeśli jest „obviously excessive or ridiculously low”. Natomiast inaczej uregulowane jest to w prawie estońskim — zgodnie z § 162 ust. 1 estońskiej ustawy o prawie zobowiązań z dnia 26 września 2001 r., RT I 2001, 81, 487: „If a contractual penalty to be paid is unreasonably high, the court may reduce the penalty to a reasonable amount at the request of the party obligated to pay the penalty, taking into particular account the extent to which the obligation has been performed by the party, the legitimate interests of the other party and the economic situation of the parties”, wersja angielska dostępna: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/506112013011/consolide>. Jeszcze inaczej w art. 6.73.2 k.c. litewskiego: „The amount of penalty stipulated may be reduced by the court when it is manifestly excessive, or if the creditor has already benefited from partial performance of the obligation, though the sum may not be reduced below the damages payable for the failure to perform the obligation or for defective performance thereof. No reduction of the penalty paid shall be allowed” (ustawa z dnia 18 lipca 2000 r., No VIII–1864, art. 6.766–6.779, wersja angielska dostępna: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalActPrint/lt?jfwid=320cqr7x&documentId=TAIS.400592&category=TAD>, dostęp: 6 marca 2024 r.).

⁶⁰ Wyrok SN z dnia 11 sierpnia 2021 r., II CSKP 130/21, Legalis; uchwała SN z dnia 5 listopada 2014 r., III CZP 76/14, Legalis, w której SN szeroko analizuje pojęcie wymagalności.

⁶¹ Zob. także P. Drapała: *Kara umowna* (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *op. cit.*, s. 1329.

⁶² Wyrok SN z dnia 30 sierpnia 2006 r., II CSK 90/06, Legalis; wyrok SN z dnia 30 czerwca 2011 r., III CSK 282/10, Legalis; W. Borysiak (w:) *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, pod red. W. Borysiaka, komentarz do art. 484, nb 97;

Skoro kwestie wymagalności i przedawnienia nie budzą wątpliwości, wydaje się, że nie jest celowa ich szczególna regulacja w odniesieniu do umowy franczyzy.

Mimo tego, w Założeniach (pkt 12 ust. 1) zaproponowano określenie wymagalności roszczenia o zapłatę kary umownej: „Roszczenie o zapłatę kary umownej staje się wymagalne z dniem bezskutecznego upływu terminu oznaczonego w wezwaniu do wykonania zobowiązania przez francyzobiorcę”. Jak się wydaje (nie jest bowiem jasne, o wykonanie jakiego zobowiązania chodzi — do zapłaty kary umownej, czy tego zabezpieczonego karą umowną...), celem tej regulacji jest wymuszenie na francyzodawcy uprzedniego wezwania francyzobiorcy do wykonania zobowiązania wynikającego z umowy franczyzy. Nie wiadomo jednak, jak miałyby to działać w sytuacji, gdy naruszenie umowy już nastąpiło i właśnie na taki wypadek została zastrzeżona kara umowna. W przypadku gdy nienależyte wykonywanie umowy przez francyzobiorcę ma charakter ciągły — taka regulacja miałaby większy sens.

Co więcej, nie do końca wiadomo, jaki jest cel tej regulacji, skoro w kolejnym postanowieniu zaproponowano wygaśnięcie (a nie przedawnienie) roszczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, tym bardziej nie jest jasne, jaki jest cel proponowanej regulacji. W szczególności, czy wyłącza ona możliwość wprowadzenia do umowy franczyzy postanowienia dotyczącego wymagalności kary umownej w niej zastrzeżonej. Dlatego w tym zakresie konieczna jest dalsza analiza — trudno o szerszą polemikę ze względu na brak uzasadnienia Założeń.

Nie ma wątpliwości, że roszczenie o zapłatę kary umownej się przedawnia. Tymczasem w Założeniach (pkt 12 ust. 2) zaproponowano wygaśnięcie takiego roszczenia: „Roszczenie o zapłatę kary umownej wygasa w terminie roku od dnia, w którym francyzodawca dowiedział się lub przy zachowaniu należytej staranności mógł się dowiedzieć o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania przez francyzobiorcę, chyba że francyzodawca dokonał w tym terminie wezwania, o którym mowa w ust. 1”⁶³. Nie jest jednak jasne powiązanie tego mechanizmu z przedawnieniem — czy obie te instytucje — tj. przedawnienie i wygaśnięcie działają łącznie? Czy też pierwszeństwo ma wygaśnięcie roszczenia? Natomiast

W. Popiołek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, komentarz do art. 483, nb 10, Legalis; P. Drapała (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, 2013, s. 1169, nb 176.

⁶³ W projekcie ustawy proponowany nowy art. 764²⁰ k.c. ma brzmienie następujące: „Roszczenie o zapłatę kary umownej wygasa w terminie roku od dnia, w którym francyzodawca dowiedział się lub przy zachowaniu należytej staranności mógł się dowiedzieć o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania przez francyzobiorcę, chyba że francyzodawca dokonał w tym terminie wezwania do zapłaty kary umownej”. W uzasadnieniu projektu podkreślono: „Przewiduje się roczny termin zawity na formułowanie roszczeń o zapłatę kary umownej przez francyzobiorcę, który rozpoczyna bieg w dniu, w którym francyzodawca dowiedział się lub przy zachowaniu należytej staranności mógł się dowiedzieć o zdarzeniu stanowiącym podstawę nałożenia kary umownej zgodnie z umową. Rozwiązania w tym zakresie mają służyć ograniczeniu zjawiska kumulowania kar umownych. W wielu przypadkach, francyzodawcy zwlekają z niezwłocznym egzekwowaniem kar umownych, co skutkuje powstaniem stanu wysokiej niepewności prawnej po stronie francyzobiorców” (s. 10–11 uzasadnienia, dokument633834.pdf (rcl.gov.pl; dostęp: 6 marca 2024 r.).

w sytuacji, gdy roszczenie nie wygaśnie — ponieważ nastąpiło wezwanie — należy zacząć rozważać przedawnienie roszczenia (?). Jeśli celem ustawodawcy jest wyłączenie przedawnienia roszczenia o zapłatę kary umownej z umowy franczyzy, należałoby to jednoznacznie wskazać i stosować konsekwentnie mechanizm wygaśnięcia roszczenia.

Takie rozwiązanie nie jest jednak najlepsze — najlepiej pozostać przy przedawnieniu, ale ewentualnie skrócić jego termin (?). Biorąc pod uwagę stany faktyczne spraw, w których sądy orzekały o karze umownej zastrzeżonej na rzecz franczyzodawcy, można domniemywać, że ustawodawcy chodzi o uniknięcie sytuacji, gdy kary umowne są „nakładane” po dłuższym okresie od zaistnienia przesłanki do tego. Obecnie proponowane rozwiązanie nie wydaje się jednak zasadne i należy ocenić je krytycznie. Mieszanie z jednej strony instytucji przedawnienia, a z drugiej wygaśnięcia roszczenia budzi także zasadnicze wątpliwości natury aksjologicznej. Wydaje się, że już obecnie sądy dysponują wystarczającymi środkami, by w przypadku „nałożenia” kary umownej na franczyzobiorcę po kilku latach od zaistnienia podstaw do tego uznać takie działanie za sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego na podstawie art. 5 k.c.

VIII. KARY UMOWNE A PRAKTYKI NARUSZAJĄCE ZBIOROWE INTERESY FRANCYZOBIORCÓW?

W Założeniach po raz pierwszy zaproponowano konkretne rozwiązania dotyczące kary umownej zastrzeganej w umowach franczyzy — we wcześniejszych projektach ustawy zabrakło bowiem takich rozwiązań. Skoro już ustawodawca zdecydował się na regulację tej umowy i znane są zasadnicze problemy związane z jej stosowaniem w praktyce — nic nie stoi na przeszkodzie, by właśnie te problematyczne kwestie — przykładowo sposób zastrzegania kar umownych — znalazły odzwierciedlenie w regulacji prawnej. Oczywiście, można zgodzić się ze stanowiskiem, że nie byłoby zasadne zakazanie organizatorom sieci stosowania kar umownych⁶⁴, jednak — jak pokazują Założenia oraz niniejsza analiza — możliwe są w tym zakresie inne rozwiązania i jest ich wiele.

⁶⁴ R. Adamus: *Projekt regulacji franczyzy w Polsce na tle ustawodawstw innych państw*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości. Prawo prywatne, Warszawa 2022, s. 106: „Nie jest możliwe, z różnych przyczyn, uwzględnienie w Projekcie wszystkich postulatów zgłaszanych publicznie przez środowiska franczyzobiorców i byłych franczyzobiorców. Nie jest możliwe np. zakazanie organizatorom sieci stosowania kar umownych, zakazanie przyjmowania od franczyzobiorców oświadczeń w formie aktu notarialnego o poddaniu się egzekucji względem organizatora sieci, przyznanie franczyzobiorcom ustawowego zwolnienia od kosztów sądowych itp. Projekt m.in. nie może ingerować w zasadę swobody umów, prowadząc do jej ograniczenia (art. 353¹ k.c.), w szczególności wobec istnienia w systemie prawa instytucji pozwalających na ochronę prawną, np. zakazu tzw. wyzysku (art. 388 k.c.)”; s. 121: „Np. nadmierne i w praktyce niekontrolowane przez sądy nakładanie częstych kar umownych (innych podobnych ryczałtowych obciążeń) przez organizatora sieci może wypaczyć relacje franczyzowe. Niestety obserwacja dotychczasowej praktyki wskazuje na pewne patologie kontraktowe w tym obszarze. Niemniej zakazanie za-

W Założeniach nie pojawia się propozycja uznania zastrzegania oraz „nakładania” kar umownych przez francyzodawcę za praktykę naruszającą zbiorowe interesy francyzobiorców. Celowe jest jednak — dla kompletności analizy — odwołanie się do opracowania R. Adamusa zawierającego projekt ustawy o umowie franczyzy, gdzie wskazano: „Zauważalnym problemem polskiej praktyki franczyzy było zastrzeganie kar umownych na liczne okoliczności; ponieważ kara umowna abstrahuje od wyrządzenia szkody, zbyt częste nakładanie kar umownych mogłoby prowadzić do nieuzasadnionego pokrzywdzenia francyzobiorcy; w regulacji prywatnoprawnej trudno byłoby przewidzieć szczególny status kar umownych w płaszczyźnie stosunków francyzowych; w związku z powyższym projekt proponuje uznanie nieuzasadnionego nadużywania zastrzegania kar umownych i ich nakładania za praktykę naruszającą zbiorowe interesy francyzobiorców”⁶⁵.

Regulacja ta zgodnie z propozycją autora miałaby zostać zawarta w rozdziale 4 projektowanej ustawy⁶⁶ zatytułowanym „Zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy francyzobiorców”:

„Art. 30. 1. Zakazane jest stosowanie praktyk naruszających zbiorowe interesy francyzobiorców.

2. Przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy francyzobiorców rozumie się godzące w nie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami zachowanie przedsiębiorcy będącego organizatorem sieci francyzowej, a w szczególności:

- 1) naruszanie obowiązku udzielania francyzobiorcom rzetelnej, prawdziwej, odpowiednio zweryfikowanej i pełnej informacji o warunkach przystąpienia do sieci i uczestnictwie w niej;
- 2) zastrzeganie kar umownych, odstępnego i innych tego typu ryczałtowo liczonych obciążeń dla francyzobiorców, w nadmiernych, nieproporcjonalnych wysokościach;
- 3) nadużywanie tytułu do nakładania kar umownych i innych ryczałtowo liczonych obciążeń dla francyzobiorców;
- 4) czyny nieuczciwej konkurencji przeciwko francyzobiorcom.

3. Nie jest zbiorowym interesem francyzobiorców suma indywidualnych interesów francyzobiorców.

4. W sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy francyzobiorców właściwy jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zwany dalej »Prezesem Urzędu«.

strzegania kar umownych w umowie franczyzy byłoby rozwiązaniem wysoce kontrowersyjnym pod względem cywilistycznym i nieproporcjonalnym”.

⁶⁵ R. Adamus: *Projekt regulacji...*, *op. cit.*, s. 89.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 101. Przy czym w pierwszym projekcie zaproponowano zawarcie tej regulacji w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1689; dalej: u.o.k.k.) poprzez dodanie działu IV¹ „Zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy francyzobiorców” rozdział 1 „Praktyki naruszające zbiorowe interesy francyzobiorców”, R. Adamus: *Faktyczna nierówność...*, *op. cit.*, s. 62. Zob. krytyczne uwagi B. Jelonek-Jarco: *O konieczności regulacji prawnych...*, *op. cit.*, s. 165.

5. Do decyzji w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy francyzobiorców, postępowania przed Prezesem Urzędu, kar pieniężnych stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów o ochronie zbiorowych interesów konsumentów (t.j. Dz. U. 2021 poz. 275)”.

W uzasadnieniu tej propozycji wskazano: „Wobec dysproporcji pomiędzy organizatorem sieci a pojedynczym francyzobiorcą instrumenty prawa cywilnego, które wymagają indywidualnej realizacji, nie zlikwidują w praktyce przypadków nadużywania przewagi kontraktowej pomiędzy stronami umowy franczyzy. Dochodzenie prywatnoprawnych roszczeń przez francyzobiorców, z uwagi na dysproporcje ekonomiczne stron, z istoty rzeczy będzie utrudnione. Sytuację może zmienić poddanie spraw z zakresu ochrony zbiorowych interesów francyzobiorców kompetencji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK). Prezes UOKiK działa wyłącznie w interesie publicznym. Nie jest instytucją powołaną do dochodzenia konkretnych roszczeń w interesie konkretnych osób. Projekt stawia nacisk na prewencyjną rolę regulacji zakazu praktyk naruszających zbiorowe interesy francyzobiorców. Należy podkreślić, że zwrot »praktyka« nie oznacza jednostkowego, przypadkowego zachowania. Przeciwnie, wskazuje on na powtarzalność zachowań organizatora sieci”⁶⁷.

Jak dodatkowo podkreśla R. Adamus: „Wprowadzenie norm prawa prywatnego, choćby jak najlepszych, przy dużej dysproporcji faktycznej potencjału ekonomicznego i organizacyjnego stron umowy franczyzy, może pozostać atrakcyjną etykietą, jeżeli francyzobiorcy w praktyce nie będą dochodzili swoich praw przed sądem. Wielu francyzobiorców może nie być stać na pokrycie kosztów drogiego procesu sądowego (opłaty sądowe, specjalistyczna obsługa prawna)”⁶⁸. Z tego też względu autor postuluje ochronę praw francyzobiorców za pomocą podobnych instrumentów prawnych jak ochrona interesów konsumentów. Stanowisko takie nie przekonuje, a to z następujących względów.

Po pierwsze, nie można zgodzić się z tezą, jakoby „w regulacji prywatnoprawnej trudno byłoby przewidzieć szczególny status kar umownych w płaszczyźnie stosunków francyzowych”. Wręcz przeciwnie — nie ma do tego przeciwwskazań i to właśnie takie rozwiązanie powinno zostać wybrane przez ustawodawcę.

Po drugie, nawet rozszerzając ochronę konsumenta wynikającą z art. 385¹–385³ k.c. na przedsiębiorców będących osobami fizycznymi w nowym art. 385⁵ k.c., ustawodawca nie zdecydował się na objęcie ich ochroną instytucjonalną konsumentów, sprawowaną przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz rzeczników powiatowych⁶⁹. W uzasadnieniu projektu ustawy brak w tym zakresie

⁶⁷ R. Adamus: *Projekt regulacji...*, op. cit., s. 121.

⁶⁸ R. Adamus: *Francyzobiorca: między konsumentem a przedsiębiorcą. Mity o regulacji franczyzy*, Monitor Prawa Handlowego 2022, nr 2, s. 34.

⁶⁹ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych z dnia 31 lipca 2019 r. (Dz. U. poz. 1495), druk nr 3622, Sejm RP VIII kadencji, s. 4: „Przedsiębiorcy korzystający z tak przyznanej ochrony nie byłoby jednak objęci ochroną instytucjonalną konsumentów, sprawowaną przez

szerszego uzasadnienia, jednak można wnioskować, że ustawodawca uznał takie rozwiązanie za zbyt daleko idące.

Po trzecie, zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów ochronie podlegają interesy przedsiębiorców i konsumentów, które nie mają wymiaru indywidualnego (prywatnego), ale ze względu na swój charakter czy zakres uzasadniają podjęcie interwencji w interesie publicznym⁷⁰. Powstaje więc zasadnicza wątpliwość, czy przyjęcie podobnego modelu ochrony franczyzobiorców będzie wystarczające — w przypadku konsumentów obowiązują bowiem liczne regulacje szczególne zapewniające im ochronę prywatnoprawną. Co więcej, art. 24 u.o.k.k. nie dotyczy treści czynności prawnych dokonywanych z udziałem konsumentów, a przedstawione propozycje legislacyjne już tak (art. 30 ust. 2 pkt 2 projektu).

Po czwarte wreszcie, odnosząc się chociażby do pkt 3 proponowanej regulacji („nadużywanie tytułu do nakładania kar umownych i innych ryczałtowo liczonych obciążeń dla franczyzobiorców”), można wskazać, że w przypadku, gdy franczyzobiorca naruszył umowę, franczyzodawcy należy się kara umowna zastrzeżona z tego tytułu. Franczyzobiorca ponosi więc ryzyko, że franczyzodawca będzie tej kary dochodził. Czy uznanie tego działania za praktykę naruszającą zbiorowe interesy franczyzobiorców polepszy w tym zakresie sytuację franczyzobiorcy i w szczególności — wyklaruje jego stan zadłużenia? Niestety, nie.

W istocie więc proponowane rozwiązanie byłoby daleko idącym eksperymentem i z całą pewnością nie zastąpi ono regulacji prywatnoprawnych. Z tego względu należy ocenić je krytycznie i mieć nadzieję, że ustawodawca zrezygnuje z wprowadzenia tego rozwiązania do obowiązujących regulacji prawnych.

IX. KLAUZULA KARY UMOWNEJ JAKO WZORZEC UMOWNY

W toku dyskusji dotyczącej celowości wprowadzenia szczególnej regulacji dotyczącej kar umownych w umowach franczyzy warto postawić pytanie, czy klauzula przewidująca karę umowną podlega kontroli na podstawie art. 385⁵ § 1 k.c., zgodnie z którym przepisy dotyczące konsumenta, zawarte w art. 385¹–385³, stosuje się do osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie posiada ona dla niej charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów

Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz rzeczników powiatowych”. Zob. też krytyczne uwagi do tej regulacji P. Mikłaszewicz (w:) *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, pod red. W. Borysiaka, komentarz do art. 385⁵ k.c., nb 1–7, Legalis.

⁷⁰ M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny (w:) *System prawa prywatnego*, t. 15, *Ochrona konkurencji i konsumentów*, pod red. M. Kępińskiego, Warszawa 2014, s. 744.

o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej⁷¹. Oczywiście, pytanie to pozostaje aktualne jedynie w sytuacji, gdy franchyzobiorcą pozostaje osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą, ponieważ art. 385⁵ k.c. nie obejmuje swoją hipotezą innych podmiotów⁷².

Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy: „Przedsiębiorca dokonujący czynności prawnej z innym przedsiębiorcą, gdy nie dysponuje on odpowiednią wiedzą i doświadczeniem koniecznym do oceny przedmiotu tej czynności, nie może korzystać z ochrony konsumenckiej, mimo że znajduje się w tym zakresie w tej samej sytuacji, w jakiej znajduje się konsument (z założenia podmiot nieprofesjonalny). Przedstawione w projekcie rozwiązanie ma na celu przeciwdziałanie ww. problemowi. Proponuje się objęcie przepisami o ochronie konsumentów osoby fizycznej, która zawiera z innym przedsiębiorcą umowę związaną bezpośrednio z prowadzoną przez nią działalnością gospodarczą lub zawodową, lecz nieposiadającą dla niej charakteru zawodowego. Przedsiębiorcy ci byłiby objęci ochroną przewidzianą dla konsumentów, w zakresie stosowania klauzul abuzywnych [...]. Przedsiębiorca byłby traktowany w określonych sytuacjach jak konsument jedynie przy zawieraniu umów nieposiadających dla niego charakteru zawodowego, których nie zawiera w ramach dokonywanych codziennie czynności wynikających z przed-

⁷¹ Co do możliwości zastrzeżenia kary umownej we wzorcu umownym zob. T. Szancilo: *Kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy najmu w związku z nieuiszczeniem kaucji zabezpieczającej*, *Studia Prawnicze* 2017, nr 2, s. 130–131.

⁷² Inaczej niż ma to miejsce w prawie niemieckim, co omawia L. Leuschner: *Kontrola ogólnych warunków umów w obrocie między przedsiębiorcami — dyskusja o reformie*, *TPP* 2014, nr 1, s. 25–29. Jest to jednak przyczyną „ucieczki” przedsiębiorców niemieckich do innych systemów prawnych (tzw. „Flucht aus dem deutschen Recht”), *Stellungnahme der Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts zum Entwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsförderungsgesetz — ZuFinG)* — Referentenentwurf, s. 1, *Vorschlag des Deutschen Anwaltsvereins durch seinen Zivilrechtsausschuss zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutschen Rechts durch Änderung des AGB-Rechts für den unternehmerischen Rechtsverkehr*, *Stellungnahme Nr. 23/2012*, Berlin 2012, s. 5–6 (<https://anwaltverein.de/de/newsroom/id> (dostęp: 6 marca 2024 r.)). W Niemczech ma miejsce ożywiona dyskusja dotycząca celowości zmiany przepisów w tym zakresie; F. Graf von Westphalen: *30 Jahre AGB-Recht — Eine Erfolgsbilanz*, *ZIP* 2007, s. 149–158; F. Graf von Westphalen: *Wider einen Reformbedarf beim AGB-Recht im Unternehmerverkehr*, *NJW* 2009, s. 2977–2982; F. Graf von Westphalen: *Schwellenwert und Regeln einer vertraglichen Haftungsbeschränkung — ist das der „Königsweg“ einer Reform des AGB-Rechts?*, *ZIP* 2015, s. 1316–1326; A. Sommerfeld: *AGB-Reform und Rechtsflucht: Bedeutung der Rechtsflucht für die AGB-Reformdebatte im unternehmerischen Rechtsverkehr*, *Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht* 2021, Bd. 473, s. 1, s. 45–72. Autorka odwołuje się do wyników badań L. Leuschnera: *Forschungsprojekt im Auftrag des BMJV — „AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen“ — Unter Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen*, 2014, które potwierdzają m.in. istnienie związku między żądaniami reform a wielkością przedsiębiorstw (badania opublikowane: https://www.jura.uni-osnabrueck.de/fileadmin/public/media/LS-Leuschner/PDF_Dokumente/Leuschner-Abschlussbericht.pdf; dostęp: 6 marca 2024 r.); H.W. Micklitz: *Do consumers and businesses need a new architecture of consumer law? A thought-provoking impulse*, *EUI Working Papers Law* 2012, Nr 23, s. 16–17. Zob. też H. Schulte-Noelke: *No Market for „Lemons“: On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts*, *European Review of Private Law* 2015, s. 195; autor wskazuje: „A judicial fairness test is part of the state’s assessment (usually by the courts) on whether to enforce a ‘private’ contract. Judicial intervention into contracts is therefore not so much about freedom of contract or not. It is more about the extent to which the state (usually by the courts) ratifies the contents of a contract by enforcing its terms. Freedom of contract and the possibility to enforce contracts by the state also include the possibility of enforcing contracts that appear to be rather unfair” (s. 202).

miotu działalności gospodarczej, który wskazał w CEIDG⁷³. Nie budzi wątpliwości, że intencją ustawodawcy była ochrona słabszej strony umowy w obrocie profesjonalnym przed stroną silniejszą⁷⁴. Ochrona ma więc przysługiwać przedsiębiorcy, w ramach wykonywanej działalności gospodarczej, który zawiera umowę niemającą dla niego zawodowego charakteru — innymi słowy taką, w odniesieniu do której jest niedoświadczony, nie posiada odpowiedniej wiedzy i kompetencji (czyli ma status przedsiębiorcy-profana)⁷⁵.

W literaturze wskazuje się, że pojawia się tu nowa „definicja” „osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie posiada ona dla niej charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej”, zaś definicja ta jest określana w praktyce mianem definicji quasi-konsumenta lub quasi-przedsiębiorcy⁷⁶.

Ponieważ celem niniejszego opracowania nie jest ocena tej regulacji, jedynie ogólnie można stwierdzić, że jest ona negatywnie oceniana⁷⁷. Lista krytycznych uwag jest długa, natomiast ze względu na zakres niniejszego opracowania podkreślenia wymaga, że jednym z przedmiotów krytyki są podstawy aksjologiczne tej regulacji — za niezrozumiałe uznaje się uprzywilejowanie przedsiębiorców i co więcej, wyłącznie przedsiębiorców osób fizycznych względem innych przedsiębiorców, zwłaszcza ze względu na brak wprowadzenia jakichkolwiek dalej idących kryteriów ochrony⁷⁸. Trafnie bowiem wskazuje się, że brak jest bezpośredniego

⁷³ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych, druk nr 3622, 12 lipca 2019 r., Sejm IX Kadencji, s. 3, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3622> (dostęp: 6 marca 2024 r.). Artykuł 385⁵ został dodany do kodeksu cywilnego ustawą z dnia 31 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych (Dz. U. poz. 1495 ze zm.), natomiast dotychczasową jego treść oznaczono jako § 1 ustawą z dnia 14 kwietnia 2023 r. o konsumenckiej pożyczce lombardowej (Dz. U. poz. 1285).

⁷⁴ J. Kabza (w.): *Swoboda działalności gospodarczej. Próba oceny polskich regulacji prawnych*, pod red. J. Głumińskiej-Pawlic, B. Przywory, Warszawa 2021, Legalis, rozdział IX.

⁷⁵ D. Dąbrowski: *Konsumentka ochrona przedsiębiorcy — przyczynek do dyskusji o nowelizacji Kodeksu cywilnego i ustawy o prawach konsumenta dokonanej ustawą z 31 lipca 2019 r.* (w:) *O pojmowaniu prawa i prawnoznawstwa. Profesorowi Stanisławowi Czepicie in memoriam*, pod red. E. Calej-Wacinkiewicz, Z. Kuniewicz, B. Kanarek, Warszawa 2021, Legalis; B. Wyżykowski: *Ochrona „konsumentka” niektórych osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą — wybrane zagadnienia*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2020, nr 7, s. 67.

⁷⁶ J. Kabza (w.): *Swoboda działalności gospodarczej...*, *op. cit.*, rozdział IX.

⁷⁷ K. Zagrobelny (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2023, komentarz do art. 385⁵, nt 1, 4, Legalis; W. Popiołek (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2020, komentarz do art. 385⁵, nt 2–3, 5; Legalis; P. Mikłaszewicz (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020, komentarz do art. 385⁵, nt 6–7, Legalis; *Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020, komentarz do art. 38a, Legalis.

⁷⁸ K. Zagrobelny (w.): *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, 2023, komentarz do art. 385⁵, nt 4, Legalis; D. Dąbrowski: *Konsumentka ochrona przedsiębiorcy...*, *op. cit.*, Legalis; Z. Długosz: *Zawodowy charakter umowy jako kryterium stosowania przepisów o niedozwolonych postanowieniach umownych do indywidualnego przedsiębiorcy (w:) Verba volant, scripta manent. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Bogusławie Gnili*, pod red. A. Kaźmierczyk, K. Michałowskiej, M. Szaraniec, Warszawa 2023, LEX.

związku pomiędzy formą prawną prowadzenia działalności gospodarczej a brakiem doświadczenia i słabszą pozycją kontraktową, które to cechy uzasadniałyby objęcie określonej kategorii podmiotów szczególną ochroną⁷⁹.

Niewątpliwie w literaturze polskiej wciąż słabo dostrzegane i analizowane jest zagadnienie rozszerzenia ochrony przewidzianej dla konsumentów na (małych i średnich) przedsiębiorców (także innych niż osoby fizyczne) przy zawieraniu umów z „dużymi” przedsiębiorcami, którzy mogą dyktować im warunki zawieranych umów — w tym zakresie konieczne są refleksja i analiza. W toku tej analizy warto uwzględnić, że — jak trafnie wskazuje się w literaturze⁸⁰ — każda umowa ma co najmniej dwie strony, a każda z nich może korzystać z prawa do swobody umów i w konsekwencji swoboda umów nie może być widziana jako jednostronna (jako — obrazowo rzecz ujmując — „ulica jednokierunkowa”). Tym samym również w toku stosowania prawa sędziowie winni uwzględnić interesy obu stron i to, że każda z nich jest beneficjentem swobody umów⁸¹.

Przechodząc już do analizy przesłanek z art. 385⁵ k.c., można postawić tezę, że będzie on znajdował zastosowanie do umów franczyzy, jak i do postanowienia przewidującego karę umowną w niej zawartego. Po pierwsze, nie ma wątpliwości, że kontrahentem przyszłego francyzobiorcy jest przedsiębiorca zawodowiec (francyzodawca)⁸².

Po drugie, podstawową przesłanką zapewniającą ochronę przedsiębiorcy-profanowi jest brak zawodowego charakteru umowy, którą zawiera. Także ta przesłanka co do zasady będzie spełniona. Można bowiem (co do zasady) przyjąć założenie, że przedsiębiorca, który do tej pory danej działalności (też jako francyzobiorca) nie prowadził, jest przedsiębiorcą-profanem. Przykładowo, nawet więc w sytuacji, gdy ktoś był francyzobiorcą — zajmował się sprzedażą biżuterii, a obecnie zawiera umowę franczyzy dotyczącą słodczy — można go uznać za przedsiębiorcę-profana. Przy czym za trafne należy uznać stanowisko, zgodnie z którym treść wpisu do CEIDG nie może być uznana za przesądzającą dla określenia zawodowego charakteru danej umowy dla konkretnego przedsiębiorcy⁸³. Przykładowo, gdy zakres działalności wpisany w CEIDG jest szerszy niż faktycznie wykonywany, należy uwzględnić rzeczywisty, wykazany przez przedsiębiorcę, a nie formalny zakres prowadzonej przez niego działalności gospodarczej⁸⁴.

⁷⁹ B. Gliniecki (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, pod red. M. Balwickiej-Szczyrby, A. Sylwestrzak, LEX/el. 2023, art. 385⁵, nt 3.

⁸⁰ H. Schulte-Noelke: *No Market for „Lemons”: On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts*, *European Review of Private Law* 2015, s. 203.

⁸¹ M. Pecyna szczególnie podkreśla znaczenie kontroli treści wzorca umownego; *eadem*: *Kontrola wzorców umownych poza obrotem konsumenckim*, Kraków 2003, s. 87.

⁸² Nie wchodzi tu więc w grę wątpliwości omawiane przez D. Dąbrowskiego: *Konsumencka ochrona przedsiębiorcy...*, *op. cit.*, Legalis.

⁸³ Z. Długosz: *Zawodowy charakter umowy...*, *op. cit.*, LEX.

⁸⁴ B. Gliniecki (w:) *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, pod red. M. Balwickiej-Szczyrby, A. Sylwestrzak, art. 385⁵, nb 5.

Przyjmuje się, że zawarte w treści umowy oświadczenia dotyczące jej niezawodowego charakteru są konieczną przesłanką uzyskania ochrony przez przedsiębiorcę-profana⁸⁵. Ta kwestia jest jednak problematyczna — jak bowiem potencjalny franczyzobiorca ma sprawić, by franczyzodawca zgodził się na wprowadzenie takiego postanowienia do treści umowy. W art. 385⁵ k.c. wskazano, że z treści umowy ma wynikać, iż nie posiada ona dla jednej ze stron charakteru zawodowego — wydaje się więc, że stawianie wymagania, by w umowie zostały złożone takie oświadczenia, jest zbyt daleko idące.

PODSUMOWANIE

Z przeprowadzonej analizy wynika, że szczególna regulacja dotycząca kary umownej w umowach franczyzy jest potrzebna, ale w ograniczonym zakresie.

Mianowicie, celowe jest wprowadzenie obowiązku określenia górnego limitu odpowiedzialności stron (przynajmniej franczyzobiorcy) z tytułu kar umownych — pozwalałoby to bowiem już na etapie zawierania umowy ocenić ryzyko związane z tymi karami⁸⁶.

Jeśli natomiast chodzi o szczególną regulację dopuszczającą miarkowanie kary umownej umowie franczyzy z urzędu — należy się wypowiedzieć przeciwko takiemu rozwiązaniu. Prowadziłoby to bowiem do podważenia założenia jednolitości prawa cywilnego i powodowało wiele komplikacji praktycznych. Rozwiązanie takie budziłoby też wątpliwości natury aksjologicznej — skoro mechanizm taki nie miałby zastosowania przykładowo do osób niebędących przedsiębiorcami w umowach innych niż umowa franczyzy. Dlatego, jak wskazano w analizie, należy rozważyć ewentualne zmiany w obecnie obowiązującej regulacji dotyczącej miarkowania kary umownej poprzez wprowadzenie miarkowania z urzędu. Taka potrzeba wynika jednak przede wszystkim ze zbyt rygorystycznego podchodzenia przez sądy do podnoszenia zarzutu miarkowania kary umownej w połączeniu (niejednokrotnie) z brakiem znajomości prawa przez profesjonalnych pełnomocników (!) (zob. pkt V). Oczywiście, sam brak znajomości prawa czy błędne jego stosowanie przez sądy nie może uzasadniać zmiany przepisów. Jeśli jednak weźmie się pod uwagę, jak szczególnym instrumentem jest miarkowanie kary umownej — a mianowicie takim, którego celem jest przywrócenie równowagi kontraktowej, zmiana regulacji nie powinna budzić takiego oporu (co zresztą jest postulowane w literaturze już od pewnego czasu).

Dalej, można postawić tezę, że dotychczasowa regulacja nie wymaga rozszerzenia w zakresie podstaw miarkowania w odniesieniu do umowy franczyzy (ale też w odniesieniu do innych umów). Jest ona bowiem wystarczająco pojemna i elastyczna.

⁸⁵ D. Dąbrowski: *Konsumencka ochrona przedsiębiorcy...*, *op. cit.*, Legalis.

⁸⁶ W tym zakresie wywód SN zawarty w wyroku z dnia 20 maja 2021 r., IV CSKP 58/21, nie przekonuje (Legalis).

Nie wymaga również szczególnej regulacji ani kwestia wymagalności, ani przedawnienia roszczenia o zapłatę kary umownej. Jak wskazano, już obecnie sądy dysponują wystarczającymi środkami, by w przypadku „nałożenia” kary umownej na franczyzobiorcę po kilku latach od zaistnienia podstaw do tego uznać takie działanie za sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego na podstawie art. 5 k.c. Chodzi „tylko” o to, by ten niejako „magiczny” art. 5 k.c. faktycznie znajdował zastosowanie — by go „odczarować”.

Podsumowując, na pozytywną ocenę zasługuje podjęta w Założeniach próba przedstawienia regulacji dotyczącej kary umownej zastrzeganej w umowach franczyzy. Poza tą pozytywną uwagą propozycje legislacyjne zawarte w Założeniach dotyczące kary umownej w umowach franczyzy należy ocenić jednoznacznie negatywnie. Są one bowiem bardzo niejasne, nieprecyzyjne i w istocie wprowadzają daleko idące wyjątki w regulacji kary umownej wyłącznie w umowach franczyzy.

BIBLIOGRAFIA

- Adamus R.: *Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce*, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/10/IWS_Adamus-R._Faktyczna-nier%C3%B3wno%C5%9B%C4%87-stron-umowy-franczyzy-w-Polsce.pdf (dostęp: 6 marca 2024 r.).
- Adamus R.: *W sprawie potrzeby uregulowania franczyzy w Polsce*, PwD 2021, nr 48.
- Adamus R.: *Projekt regulacji franczyzy w Polsce na tle ustawodawstw innych państw*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości. Prawo prywatne, Warszawa 2022.
- Adamus R.: *Franczyzobiorca: między konsumentem a przedsiębiorcą. Mity o regulacji franczyzy*, Monitor Prawa Handlowego 2022, nr 2.
- Bączyk M.: *Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody a wysokość kary umownej* (w:) *Ars et usus. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Stanisława Rudnickiego*, Warszawa 2005.
- Bernatt M., Jurkowska-Gomułka A., Skoczny T. (w:) *System prawa prywatnego*, t. 15, *Ochrona konkurencji i konsumentów*, pod red. M. Kępińskiego, Warszawa 2014.
- Bolecki A.: *Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 7(2).
- Borysiak W.: *Zastrzeżenie kary umownej a kompensacja niemajątkowych uszczerbków wierzyciela*, Palestra 2007, z. 5–6.
- Borysiak W.: *Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody a kara umowna*, PPH 2008, nr 8.
- Borysiak W.: *Miarkowanie kary umownej* (w:) *Państwo i prawo. Księga jubileuszowa 200-lecia Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej*, pod red. L. Boska, Warszawa 2017.

- Borysiak W. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. W. Borysiaka, wyd. 30, Warszawa 2022, komentarz do art. 484, nb 86–90, Legalis.
- Callaci B.: *Control without responsibility: The legal creation of franchising 1960–1980*, Enterprise & Society 2021, vol. 22(1).
- Callaci B.: *What Do Franchisees Do? Vertical Restraints as Workplace Fissuring and Labor Discipline Devices*, Journal of Law and Political Economy 2021, vol. 1(3).
- Dąbrowski D.: *Konsumencka ochrona przedsiębiorcy — przyczynek do dyskusji o nowelizacji Kodeksu cywilnego i ustawy o prawach konsumenta dokonanej ustawą z 31 lipca 2019 r. (w:) O pojmowaniu prawa i prawoznawstwa. Profesorowi Stanisławowi Czepicie in memoriam*, pod red. E. Całej-Wacinkiewicz, Z. Kuniewicza, B. Kanarek, Warszawa 2021.
- Długosz Z.: *Zawodowy charakter umowy jako kryterium stosowania przepisów o niedozwolonych postanowieniach umownych do indywidualnego przedsiębiorcy (w:) Verba volant, scripta manent. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Bogusławie Gneli*, pod red. A. Kaźmierczyk, K. Michałowskiej, M. Szaraniec, Warszawa 2023.
- Drapała P.: *Glosa do wyroku SN z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03*, OSP 2005, z. 7–8.
- Drapała P.: *Glosa do wyroku SN z dnia 23 marca 2006 r., IV CSK 89/05*, PS 2007, nr 5.
- Drapała P., Olejniczak A. (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020, Legalis.
- Drapała P., Lackoroński B.: *Wymóg określenia (maksymalnej) kwoty kary umownej jako przesłanka ważności jej zastrzeżenia*, Mon. Praw. 2021, nr 15.
- Farber D.A.: *Contract Law and Modern Economic Theory*, Northwestern University Law Review 1983–1984, vol. 78.
- Granecki P.: *Glosa do wyroku SN z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03*, OSP 2006, z. 1.
- Gliniecki B. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, pod red. M. Balwickiej-Szczyrby, A. Sylwestrzak, LEX/el. 2023, art. 385⁵, nt 3, art. 385⁵, nt 5.
- Jastrzębski J.: *Kara umowna*, Warszawa 2006.
- Jastrzębski J.: *Glosa do wyroku SN z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03*, PS 2007, nr 4.
- Jelonek-Jarco B.: *O konieczności regulacji prawnej umowy franczyzy — uwagi do raportu „Faktyczna nierówność stron umowy franczyzy w Polsce”*, PwD 2022, nr 50.
- Justyński T.: *Glosa do wyroku z dnia 22 maja 2002 r., I CKN 1567/99*, PiP 2004, z. 3.
- Kabza J. (w:) *Swoboda działalności gospodarczej. Próba oceny polskich regulacji prawnych*, pod red. J. Glumińskiej-Pawlic, B. Przywory, Warszawa 2021, Legalis, rozdział IX.

- Lackoroński B.: *Określenie sumy w zastrzeżeniu kary umownej*, Mon. Praw. 2018, nr 23.
- Lemkowski M. (w.): *Kodeks cywilny*, t. II, *Komentarz. Art. 353–626*, pod red. M. Gutowskiego, wyd. 3, Warszawa 2022, Legalis, komentarz do art. 484 k.c., nb 4.
- Leuschner L.: *Kontrola ogólnych warunków umów w obrocie między przedsiębiorcami — dyskusja o reformie*, TPP 2014, nr 1.
- Łolik M.: *Kwestia określenia kary umownej w kontekście jej maksymalnej wartości jako przesłanka jej prawidłowego zastrzeżenia*, PPH 2020, nr 10.
- Micklitz H.W.: *Do consumers and businesses need a new architecture of consumer law? A thought-provoking impulse*, EUI Working Papers Law 2012, Nr 23.
- Mikłaszewicz P. (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. W. Borysiaka, Warszawa 2022, komentarz do art. 385⁵ k.c., Legalis.
- Pecyna M.: *Kontrola wzorców umownych poza obrotem konsumenckim*, Kraków 2003.
- Pecyna M., Zoll F.: *Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu*, TPP 2012, nr 1.
- Rott-Pietrzyk E., Grochowski M.: *Struktura regulacji umów o pośrednictwo handlowe (wnioski prawnoporównawcze i propozycje legislacyjne)*, Studia Prawa Prywatnego 2018, nr 1, Legalis.
- Safjan M.: *Autonomia woli a zasada równego traktowania* (w:) *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów (Wrocław, 25–27 września 2008 r.)*, pod red. E. Gniewka, K. Górskiej, P. Machnikowskiego, Warszawa 2010.
- Rubin P.H.: *The theory of the firm and the structure of the franchise contract*, The Journal of Law and Economics 1978, vol. 2.
- Rzeczycka A., Golawska-Witkowska A.: *Franchising jako instrument aktywizacji ekonomicznej podmiotów na rynku*, Przedsiębiorstwo we Współczesnej Gospodarce — Teoria i Praktyka 2014, nr 1.
- Pengilley W.: *International Franchising Arrangements and Problems in Their Negotiations*, Northwestern Journal of International Law& Business 1985, vol. 7.
- Popiołek W. (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2020, art. 483, art. 385⁵, Legalis.
- Pyziak-Szafnicka M.: *Kilka uwag na temat modelu kary umownej* (w:) *Aurea praxis aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, pod red. J. Gudowskiego, K. Weitzą, Warszawa 2011.
- Rachwał A. (w.): *Wykonanie i skutki naruszenia zobowiązań. Projekt z uzasadnieniem*, pod red. M. Pecyny, Kraków 2009.
- Radliński O.: *Dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu zobowiązania w postaci określonego procentu wynagrodzenia umownego za*

- każdy dzień zwłoki, bez wskazania końcowego terminu naliczenia kary umownej lub jej maksymalnej wysokości, Mon. Praw. 2022, nr 12, s. 653.
- Rozwadowski W., Stępień-Sporek A.: *Kara umowna — historia — teraźniejszość — przyszłość* (w:) *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów (Wrocław, 25–27 września 2008 r.)*, pod red. E. Gniewka, K. Górskiej, P. Machnikowskiego, Warszawa 2010.
- Sanfelix G.N., Puig F.: *New challenges in franchisor-franchisee relationship. An analysis from agency theory perspective*, Cuadernos de Gestión 2018, vol. 18, No. 1.
- Schulte-Noelke H.: *No Market for „Lemons”: On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts*, European Review of Private Law 2015.
- Sommerfeld A.: *AGB-Reform und Rechtsflucht: Bedeutung der Rechtsflucht für die AGB-Reformdebatte im unternehmerischen Rechtsverkehr*, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 2021, Bd. 473.
- Szanciło T.: *Kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy najmu w związku z nieuiszczeniem kaucji zabezpieczającej*, Studia Prawnicze 2017, nr 2.
- Szanciło T. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. M. Załuckiego, wyd. 3, Warszawa 2023, komentarz do art. 484 k.c., nb 9, Legalis.
- Szłęzak A.: *Polemicznie o maksymalnej wysokości kary umownej jako przesłance ważności jej zastrzeżenia*, PPH 2021, nr 1.
- Szejna S.: *Glosa aprobująca do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2021r., III CZP 16/21 — określenie maksymalnej wysokości kary umownej lub terminu końcowego do jej naliczenia jako przesłanka ważności kary umownej*, Rejent 2022, nr 12.
- Szwaja J.: *Kara umowna*, Warszawa 1967.
- Trzaskowski R.: *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem*, Warszawa 2013.
- Ustawa o prawach konsumenta. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2020, komentarz do art. 38a, Legalis.
- Watson A., Dada O., López-Fernandez B., Perrigot R.: *The influence of entrepreneurial personality on franchisee performance: A cross-cultural analysis*, International Small Business Journal 2020, vol. 38, Issue 7.
- Walasiak M.: *Ograniczenie maksymalnej wysokości kary umownej lub końcowego terminu jej naliczania. Glosa do uchwały SN z dnia 9 grudnia 2021 r., III CZP 16/21*, OSP 2022, z. 6.
- Graf von Westphalen F.: *30 Jahre AGB-Recht — Eine Erfolgsbilanz*, ZIP 2007, s. 149–158.
- Graf von Westphalen F.: *Wider einen Reformbedarf beim AGB-Recht im Unternehmerverkehr*, NJW 2009, s. 2977–2982.
- Graf von Westphalen F.: *Schwellenwert und Regeln einer vertraglichen Haftungsbegrenzung — ist das der „Königsweg” einer Reform des AGB- Rechts?*, ZIP 2015, s. 1316–1326.

- Wilejczyk M.: *O szkodliwości wysokich kar umownych*, PiP 2022, z. 1.
- Wilejczyk M.: *Miarkowanie kary umownej de lege ferenda*, TPP 2020, nr 2.
- Wyżykowski B.: *Ochrona „konsumencka” niektórych osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą — wybrane zagadnienia*, Internetowy Kwartalnik Anty-monopolowy i Regulacyjny 2020, nr 7.
- Zagrobelny K. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, wyd. 11, Warszawa 2023, komentarz do art. 385⁵, Legalis.
- Żukowski A.: *Dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu zobowiązania w postaci określonego procentu wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, bez wskazania końcowego terminu naliczenia kary umownej lub jej maksymalnej wysokości*, Mon. Praw. 2022, nr 13.

Słowa kluczowe: umowa franczyzy, kara umowna, miarkowanie kary umownej, wzorce umowne, kontrola wzorców w relacji B2B.

BARBARA JELONEK-JARCO

IS SPECIAL REGULATION OF CONTRACTUAL PENALTIES NECESSARY IN RELATION TO FRANCHISE AGREEMENTS?

S u m m a r y

The subject of this analysis is the necessity of a distinct and specialized regulation regarding contractual penalties within franchise agreements. Under Polish law, franchise agreement are considered unnamed contracts, and ongoing discussions persist regarding the need for their regulation. In 2023, the Polish government presented assumptions concerning regulation of franchise agreements, which forms a basis for this analysis. In the assumptions a separate provision was proposed specifically addressing contractual penalties.

That raised a question whether and how the legislator should intervene in franchise agreements in relation to the contractual penalty. If such intervention is warranted, what normative form should it take? Of course, this discussion has broader implications, including whether the regulation of contractual penalties stipulated in the Civil Code should be amended. A key consideration is whether the court should be empowered to moderate contractual penalties ex officio — an action currently not permissible under existing provisions.

Key words: franchisee agreement, contractual penalty, moderation of contractual penalty, contractual templates, control of contractual templates in B2B relations.