

MAGDALENA WILEJCZYK*

MIARKOWANIE KARY UMOWNEJ *DE LEGE FERENDA*

1. WPROWADZENIE

Zdaniem autorów badających problematykę kar umownych regulacja prawna przewidująca możliwość ingerencji sądu w wysokość ustalonej przez strony kary umownej, zwana potocznie „miarkowaniem”, stanowi kluczową część, a nawet główną *ratio legis*, unormowania tej instytucji prawnej¹. Z opinią tą wypada się zgodzić. Samą dopuszczalność zastrzeżenia w umowie sumy, która ma się należeć wierzycielowi w razie naruszenia przez dłużnika zobowiązania, można bowiem prawomocnie wywodzić z zasady swobody umów. Z kolei relacja między roszczeniem o zapłatę kary umownej i przysługującym wierzycielowi roszczeniem odszkodowawczym na zasadach ogólnych, choć istotna dla ostatecznego kształtu tej instytucji, jest normowana przez większość ustawodawstw przepisami dyspozytywnymi, pozwalającymi na odmienne określenie tej kwestii w umowie. Na tym tle problematyka miarkowania wydaje się kluczowa. Po pierwsze, bez przepisu przyznającego sądowi kompetencję do ingerencji w wysokość zastrzeżonej przez strony kary umownej trudno sobie w ogóle wyobrazić możliwość dokonywania takiego zabiegu. Po drugie, regulacja miarkowania kary umownej jest zazwyczaj dokonywana przepisami imperatywnymi, co powoduje, że strony nie mogą wyłączyć ani modyfikować przewidzianych przez ustawodawcę przesłanek i zasad, według których ma przebiegać miarkowanie. Po trzecie, z praktycznego punktu widzenia znaczenie tej regulacji jest bezcenne, ponieważ w związku z ryczałtowym charakterem kary umownej, zastrzeganej na etapie powstawania stosunku zobowiązaniowego, potrzeba

* Autorka jest doktorem habilitowanym nauk prawnych, profesorem nadzwyczajnym w Zakładzie Prawa Cywilnego i Prawa Międzynarodowego Prywatnego Uniwersytetu Wrocławskiego.

¹ Por. J. Jastrzębski: *Kara umowna*, Warszawa 2006, s. 309.

późniejszej zmiany jej wysokości w taki sposób, aby dla żadnej ze stron nie była ona krzywdząca, pojawia się stosunkowo często.

Analiza stanowisk prezentowanych w polskiej doktrynie, a także ustalenia prawnoporównawcze prowadzą do wniosku wskazującego na potrzebę zmiany obecnego uregulowania odnoszącego się do miarkowania kary umownej. Wprawdzie w piśmiennictwie polskim sformułowano już całościowe propozycje *de lege ferenda* dotyczące kary umownej², jednak w odniesieniu do przesłanek i sposobu ingerencji przez sąd w zastrzeżoną przez strony karę umowną uważam je za niezadowalające i zbyt zachowawcze. W kwestiach zasadniczych powielają one bowiem rozstrzygnięcia obowiązujące na tle obecnej regulacji, zwłaszcza w tym zakresie, w jakim przewidują, że miarkowanie jest możliwe jedynie na wniosek dłużnika, a także w odniesieniu do podstawowej przesłanki umożliwiającej miarkowanie, którą na ich gruncie nadal pozostaje rażące wygórowanie kary umownej. Za niedostatek tych projektów uznaję również brak odniesienia do problemu istotnie zaniżonych kar umownych.

2. DOPUSZCZALNOŚĆ MIARKOWANIA KARY UMOWNEJ Z URZĘDU

Na gruncie większości ustawodawstw przewidujących miarkowanie kary umownej sąd może obniżyć wygórowaną karę umowną jedynie na wniosek dłużnika. Tak też było dotąd w ustawodawstwie polskim (por. art. 484 § 2 k.c.; art. 85 § 1 k.z.). Nie jest to jednak rozwiązanie jedyne. Ustawodawca francuski przewiduje bowiem, że wygórowana kara umowna może być przez sąd obniżona nie tylko na wniosek dłużnika, lecz także z urzędu. Rozwiązanie takie zawierał nieobowiązujący już art. 1152 francuskiego kodeksu cywilnego, ale w identycznym kształcie zostało ono przyjęte w art. 1231-5 zreformowanego francuskiego kodeksu cywilnego, co świadczy o pewnej stabilizacji reguł dotyczących kary umownej w tym kraju³. Możliwość miarkowania kary umownej z urzędu dopuszcza także doktryna szwajcarska⁴.

² Por. art. 26–27 tytułu II krakowskiego projektu prawa zobowiązań, *Wykonanie i skutki naruszenia zobowiązań. Projekt z uzasadnieniem pod kierunkiem J. Pisulińskiego i F. Zolla*, pod red. M. Pecyny, Kraków 2009; art. 231–233 projektu księgi drugiej kodeksu cywilnego, przygotowanego w toku prac KKPC, kontynuowanych obecnie w ramach Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego, zob. <https://www.projektkc.uj.edu.pl/index.php>. Zob. też J. Jastrzębski: *O koncepcji kary umownej de lege ferenda*, *Studia Iuridica* 2007, t. XLVII, s. 85 i n.

³ Tak M. Cannarsa: *French Case Note on the Penalty Clause Decisions of the UK Supreme Court*, *European Review of Private Law* 2017, nr 1, s. 220; na temat przepisu poprzednio obowiązującego zob. B. Nicholas: *The French Law of Contract*, Oxford 1992, s. 236; L. Miller: *Penalty Clauses in England and France. Comparative Study*, *International and Comparative Law Quarterly* 2004, nr 1, s. 91.

⁴ Zob. J. Jastrzębski: *Kara umowna*, *op. cit.*, s. 348.

Pomimo braku wyraźnej podstawy prawnej podobny mechanizm, dopuszczający miarkowanie kary umownej zarówno na wniosek dłużnika, jak i z urzędu, obowiązuje obecnie we włoskim prawie cywilnym. Na dopuszczalność miarkowania kary umownej z urzędu po raz pierwszy wskazał włoski Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 24 września 1999 r., powołując w uzasadnieniu głównie argumenty o charakterze konstytucyjnym i ogólnosystemowym, w tym zwłaszcza zasadę solidarności podmiotów i cywilistyczną klauzulę dobrej wiary⁵. W orzeczeniu tym przyjęto, że proces upadku dziewiętnastowiecznego mitu zakładającego omnipotencję woli stron i dogmat nienaruszalności umowy powinien mieć wpływ także na stosowanie przepisu o miarkowaniu; instytucja ta nie powinna być już bowiem postrzegana jako instrument oparty na subiektywnej woli dłużnika, gdyż nabiera ona współcześnie cech bardziej zobiektywizowanych⁶. Podkreślono także, że interwencja sądu w oparciu o przepis przewidujący miarkowanie nie może mieć charakteru wyjątkowego, lecz powinna być postrzegana jako przejaw normalnej kontroli, jaką system prawny zastrzega dla siebie w odniesieniu do aktów prywatnej autonomii. Według włoskiego Sądu Najwyższego, wymieniona, naczelna wartość prawa prywatnego, jaką jest autonomia woli, powinna być równoważona konkurencyjną wartością konstytucyjną, którą stanowi solidarność podmiotów w ich relacjach z innymi podmiotami prywatnymi⁷. Stanowisko wyrażone w przywołanym wyroku spotkało się co prawda ze zróżnicowanym przyjęciem włoskiej doktryny, jednak należy podkreślić, że uznaje się je obecnie za reprezentatywne. Zostało ono potwierdzone w orzeczeniu połączonych izb włoskiego Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2005 r., w którym zaakcentowano, że możliwość dokonywania miarkowania kary umownej przez sąd z własnej inicjatywy, niezależnie od wniosku dłużnika, leży w interesie całego porządku prawnego⁸.

W Hiszpanii dopuszczalność obniżenia kary umownej z urzędu jest sporna, z tym że hiszpańskie prawo cywilne, będąc na tle ustawodawstw kontynentalnych wyjątkiem, przewiduje redukcję kary umownej jedynie w razie częściowego wykonania zobowiązania (art. 1154 hiszpańskiego kodeksu cywilnego), nie formułując takiej możliwości w razie wygórowania kary umownej z innych przyczyn, co jest w doktrynie krytykowane⁹. Hiszpański Sąd Najwyższy w kilku orzeczeniach dopuścił możliwość miarkowania kary umownej przez sąd z własnej inicjatywy, jednak nie można tej tendencji uznać za ugruntowaną, a samą kwestię istnienia kompetencji sądu do obniżenia kary umownej *ex officio* uznaje się w tym kraju za otwartą¹⁰.

⁵ Zob. F.P. Patti: *Penalty Clauses in Italian Law*, *European Review of Private Law* 2015, nr 3, s. 317 i n.

⁶ *Ibidem*, s. 318–319.

⁷ *Ibidem*, s. 319.

⁸ *Ibidem*, s. 320.

⁹ Zob. na ten temat I.M. García: *Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law. A Puzzle to Be Solved by the Contracting Parties*, *European Journal of Legal Studies* 2012, nr 1, s. 86–87.

¹⁰ *Ibidem*, s. 87.

Kwestii tej nie przesądzają także w sposób jednoznaczny europejskie akty modelowe. Artykuł III.–3:712 (2) Draft Common Frame of Reference stanowi, że ustalona na wypadek naruszenia zobowiązania suma pieniężna może być zredukowana przez sąd do rozsądnej wysokości, nie zawierając jednak wzmianki o odpowiednim wniosku dłużnika, co — jak należy sądzić — nie wyklucza dopuszczalności miarkowania *ex officio*¹¹. W uzasadnieniu do tego przepisu autorzy podkreślają, że sąd ma kompetencję do odpowiedniego obniżenia umówionej sumy, nie wypowiadają się jednak, czy warunkiem jej realizacji jest wniosek dłużnika, czy też może ona być wykonywana przez sąd z urzędu¹². W świetle tego, że w innym miejscu autorzy zwracają uwagę na występującą w części ustawodawstw możliwość miarkowania kary umownej z urzędu¹³, należy uznać, iż w wymienionym projekcie celowo kwestii tej nie rozstrzygnięto, pozostawiając ją do dokładnego określenia poszczególnym ustawodawstwom. Co więcej, w literaturze można spotkać też opinię, w myśl której komentarz do DCFR pozwala na wniosek, że jego autorzy w celu eliminacji nadużyć związanych ze stosowaniem kar umownych opowiadają się za ingerencją sądową *ex officio*¹⁴.

Wydaje się, że koncepcja zakładająca dopuszczalność obniżenia przez sąd zastrzeżonej przez strony kary umownej nie tylko na wniosek dłużnika, lecz także z urzędu, zasługuje na akceptację i w takim właśnie kierunku powinna zmierzać przyszła regulacja polska. W obronie obowiązującego w Niemczech i Holandii rozwiązania przewidującego miarkowanie kary umownej jedynie na wniosek dłużnika wypowiedziano wprawdzie pogląd, że nie ma potrzeby, by prawo narzucało ochronę dłużnikowi, który nie chce być chroniony¹⁵, jednak argument ten należy uznać za chybiony. Od dawna podkreśla się bowiem w literaturze, że przewidywane przez ustawodawcę instrumenty ochrony sprawiedliwości kontraktowej okazują się niewystarczające zawsze wtedy, gdy ich uruchomienie zależy od wniosku osoby zainteresowanej (pokrzywdzonej), która z różnych powodów (niewiedzy, słabości ekonomicznej, niezaradności) nie jest w stanie podjąć aktywnego działania. W tym kontekście twierdzenie, że prawo nie powinno narzucać ochrony dłużnikom, którzy sobie tego nie życzą, stanowi wprawdzie hołd oddany maksymie *volenti non fit iniuria*, ale ze współczesnymi standardami ochrony sprawiedliwości kontraktowej nie ma nic wspólnego.

W tym kontekście należy zgodzić się z dość stanowczą wypowiedzią R. Trzaskowskiego, że art. 484 § 2 k.c. — podobnie jak art. 388 k.c. — mimo swego wydźwięku słusznościowego jest „pogrobowcem liberalnej koncepcji swobody umów”,

¹¹ Identycznie art. 9:509 PECL.

¹² *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, t. 1, eds. Ch. von Bar, E. Clive, New York 2010, s. 962.

¹³ *Ibidem*, s. 965.

¹⁴ Tak B. Pasa: *The European Law of Contractual Penalties*, *European Review of Private Law* 2015, nr 3, s. 377.

¹⁵ Tak R. Zimmermann: *Agreed Payment for Non-Performance in European Contract Law (w:) Studies in Canon Law and Common Law in Honor of R.H. Helmholz*, ed. T. Harris, Berkeley 2015, s. 375.

ponieważ zapewnia stronie słabszej ochronę raczej iluzoryczną, a nie efektywną¹⁶. Autor ten trafnie zwraca uwagę na fakt, że prawo polskie nie przewiduje możliwości obniżenia przez sąd wygórowanej kary umownej z urzędu, co świadczy o niedostatecznym poziomie realizacji w tym zakresie zasad sprawiedliwości kontraktowej, gdyż mechanizm dopuszczający redukcję kary tylko na wniosek dłużnika nieefektywnie chroni jego sytuację wówczas, gdy ze względu na swą słabość lub niewiedzę nie jest on w stanie podjąć aktywnego działania (sformułować wniosku o miarkowanie)¹⁷.

Omawiana kwestia pojawia się w sposób pośredni we współczesnym polskim piśmiennictwie w trakcie dyskusji nad tym, czy przewidywany obecnie wymóg wniosku dłużnika jako przesłanki uruchamiającej możliwość miarkowania kary umownej powinien być rozumiany ściśle, restrykcyjnie, czy bardziej liberalnie. W myśl pierwszego z prezentowanych stanowisk obniżenie kary umownej jest *de lege lata* możliwe tylko na wyraźnie sformułowany wniosek dłużnika¹⁸. Zgodnie natomiast z ujęciem bardziej liberalnym, wniosek taki nie musi być przez dłużnika sformułowany *expressis verbis*, lecz można go wywodzić ze zgłoszonego przez dłużnika żądania oddalenia roszczenia o zapłatę kary umownej¹⁹. W mojej ocenie zasadne jest drugie ze wspomnianych stanowisk. Jak się wydaje, można się w nim dopatrywać właśnie elementów działania przez sąd cywilny z własnej inicjatywy, bo to sąd na podstawie żądania oddalenia roszczenia o zapłatę kary umownej wnioskuję o żądaniu miarkowania, co jest potrzebne zawsze wtedy, gdy dłużnik nie jest w pełni świadomy przysługujących mu praw lub z jakichś powodów nie jest w stanie z nich efektywnie korzystać. Należy uznać, że wprowadzenie do przyszłej polskiej regulacji przepisu dopuszczającego miarkowanie kary umownej *ex officio* miałyby także tę zaletę, że uczyniłoby powyższy spór bezprzedmiotowym.

Dalszym argumentem przemawiającym za zasadnością umożliwienia redukcji kary umownej przez sąd z urzędu jest okoliczność, że taki mechanizm zapewniłby lepsze, bardziej efektywne przeciwstawienie się zjawisku wygórowanych kar umownych i przyczyniłby się do ograniczenia funkcji penalnej kary umownej na rzecz jej funkcji kompensacyjnej. Nie ma tu miejsca, by przedstawić pełną argumentację w tym zakresie, jednak generalnie trzeba uznać za prawdziwą tezę, że wysokie kary umowne, znacznie przewyższające rozmiar doznanej przez wierzyciela szkody, są nie tylko sprzeczne z wymogami sprawiedliwości kontraktowej w relacjach między samymi stronami umowy, doprowadzając niejednokrotnie do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, lecz także są szkodliwe dla całej gospodarki. Tezy takie są formuło-

¹⁶ R. Trzaskowski: *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*, Warszawa 2013, s. 673.

¹⁷ *Ibidem*, s. 674.

¹⁸ Tak np. K. Zagrobelny (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2017, s. 1024; W. Popiołek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2015, s. 98.

¹⁹ Tak P. Drapała (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2013, s. 1160.

wane zarówno w literaturze obcej, jak i w piśmiennictwie polskim. Trafnie zauważa się w tym kontekście, że wygórowane kary umowne, po pierwsze, ograniczają konkurencję, ponieważ powodują, że strony przeceniają wartość zawartej przez siebie umowy, utrudniając w ten sposób wejście na rynek nowym podmiotom i ograniczając potencjalną konkurencję; po drugie zaś, powodują wzrost liczby upadłości i bankructw, i to nie tylko samych dłużników, lecz także podmiotów z nimi kooperujących, ponieważ dłużnik zobowiązany do zapłaty wysokiej kary umownej w sposób nadmierny obciążony jest ryzykiem niewykonania umowy, co jest sprzeczne z rozwiązaniem pożądanym i optymalnym, jakie wynika z zasady dzielenia ryzyka w społeczeństwie²⁰. W tym właśnie świetle należy postrzegać przywołaną wyżej argumentację włoskiego Sądu Najwyższego, zgodnie z którą możliwość miarkowania kar umownych z urzędu leży nie tylko w interesie dłużnika, lecz także całego systemu prawnego.

3. OKREŚLENIE PRZESŁANKI UMOŻLIWIAJĄCEJ MIARKOWANIE WYGÓROWANEJ KARY UMOWNEJ

Odrębnej analizy wymaga kwestia właściwego określenia zasadniczej przesłanki, od której zależy możliwość miarkowania kary umownej. Ustawodawca polski posługuje się bowiem określeniem, które dla dłużnika nie jest do końca korzystne, ponieważ wymaga, aby kara umowna była wygórowana „rażąco” (art. 484 § 2 k.c.). Jest to dość dobrze ugruntowane w polskiej tradycji określenie wyznaczające poziom naruszenia reguł sprawiedliwości kontraktowej, po którego przekroczeniu ustawodawca udziela podmiotowi pokrzywdzonemu szczególnej ochrony. Określenie to występuje nie tylko w art. 484 § 2 k.c., lecz pojawia się także przy regulacji instytucji wyzysku (rażąca dysproporcja wartości świadczeń stron, art. 388 k.c.), przy definiowaniu niedozwolonych klauzul umownych (rażące naruszenie interesów konsumenta, art. 385¹ k.c.), stanowi jeden z warunków zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* (rażąca strata, art. 357¹ k.c.), a także jest wprowadzane przez doktrynę w trakcie formułowania warunków, jakie muszą być spełnione, aby ze względu na naruszenie sprawiedliwości kontraktowej umowa mogła być uznana za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.). Nasuwa się jednak pytanie, czy to tradycyjnie używane określenie w sposób optymalny wyznacza poziom naruszenia sprawiedliwości kontraktowej, od którego rozpoczynają się ustawowa kontrola i eliminacja niesprawiedliwych postanowień umownych.

Wydaje się, że tak skonstruowane kryterium nie znajduje potwierdzenia w odpowiednich regulacjach obcych i dyrektywach europejskich. Najbardziej jaskrawe-

²⁰ Por. T.-Y. Chun: *On the Social Optimality of Liquidated Damage Clauses. An Economic Analysis*, The Journal of Law, Economics and Organization 1992, Vol. 8, s. 281 i n.; D.A. Farber: *Contract Law and Modern Economic Theory*, Northwestern University Law Review 1983–1984, Vol. 78, s. 335; Z. Gordon: *Kary umowne w bieżącej praktyce zamówień publicznych*, Prawo Zamówień Publicznych 2014, nr 1, s. 140–141.

go przykładu dostarcza tutaj regulacja klauzul abuzywnych. Zgodnie z określeniem polskiego ustawodawcy są nimi takie nieuzgodnione indywidualnie z konsumentem postanowienia umowne, które kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (art. 385¹ § 1 k.c.). Tymczasem w będącej wzorem dla ustawodawcy polskiego dyrektywie Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich²¹ ustawodawca europejski posłużył się w art. 3 ust. 1 pojęciem znacznej nierównowagi (*significant imbalance*) praw i obowiązków wynikających z umowy, a jest to przecież określenie łagodniejsze w zestawieniu ze sformułowaniem „naruszenie rażące”. Podobnym, łagodniejszym zwrotem operuje DCFR, który w art. II.–9:403 definiuje nieuczciwe postanowienia umowne jako takie, które w znaczący sposób działają na niekorzyść konsumenta (*significantly disadvantages the consumer*). Wymienione różnice powodują w rezultacie, że aby można było uznać dane postanowienie umowne za niedozwolone, naruszenie równowagi między prawami i obowiązkami konsumenta oraz przedsiębiorcy musi być w prawie polskim większe niż w prawie europejskim, bo aż rażące; nie wystarczy więc, że nierównowaga jest istotna. Można natomiast zauważyć, że określenie „rażący” pojawia się w DCFR przy definiowaniu nieuczciwych postanowień umownych w relacjach między przedsiębiorcami; tutaj rzeczywiście dana klauzula musi rażąco odbiegać od dobrych praktyk rynkowych (*grossly deviates from good commercial practice*, art. II.–9:405), aby mogła być uznana za niedozwoloną. Porównanie to prowadzi do wniosku, że ten standard ochronny, który DCFR proponuje dla relacji dwustronnie profesjonalnych, ustawodawca polski przyjął dla stosunków konsumenckich.

Podobne wnioski nasuwają się w odniesieniu do określenia poziomu wygórowania kary umownej, który musi zostać osiągnięty, aby kara mogła podlegać sądowej redukcji. Co prawda DCFR posługuje się określeniem „rażąco wysokiej” (*grossly excessive*) kary umownej (art. III.–3:712 (2)), zdając się nie odbiegać od tego rozwiązania, które przyjął prawodawca polski, ale odmienne wnioski co do poprawności sformułowania tej przesłanki można wysnuć, porównując ją z analogicznymi rozwiązaniami prawa niemieckiego, szwajcarskiego, francuskiego, włoskiego i holenderskiego. I tak § 343 niemieckiego kodeksu cywilnego pozwala na obniżenie kary umownej, gdy jest ona nieproporcjonalnie wysoka (*unverhältnismässig hoch*); art. 163 szwajcarskiego prawa zobowiązań dopuszcza miarkowanie kary umownej nadmiernie wysokiej (*übermässig hoch*); art. 1231-5 francuskiego kodeksu cywilnego przewiduje, że obniżenie kary umownej jest możliwe, gdy kara jest wyraźnie nadmierna²²; tak też stanowi art. 1382 kodeksu cywilnego włoskiego²³;

²¹ Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. (Dz. Urz. WE L z 21.04.1993 r.).

²² *Manifestly excessive* w tłumaczeniu na angielski, por. http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf; podobnie przed reformą, zob. B. Nicholas: *The French Law of Contract*, op. cit., s. 236.

²³ *Manifestly excessive*, por. F.P. Patti: *Penalty Clauses in Italian Law*, op. cit., s. 317.

zaś według art. 6:94 holenderskiego kodeksu cywilnego sąd może obniżyć karę umowną, gdy jest oczywiste, że wymaga tego słuszność (*if it is evident that equity so requires*)²⁴. Na tym tle z łatwością można dostrzec, że ustawodawca polski przewiduje rozwiązanie dla dłużnika najbardziej niekorzystne, ponieważ dopuszcza redukcję kary umownej dopiero wtedy, gdy jest ona wygórowana „rażąco”. Z wymienionych powodów, biorąc pod uwagę wskazane regulacje obce, należy postulować posłużenie się przez przyszłego polskiego ustawodawcę określeniem łagodniejszym. Uważam zatem, że *de lege ferenda* sąd powinien otrzymać kompetencję do obniżenia zastrzeżonej przez strony kary umownej, gdy jest ona „wygórowana” lub „nadmiernie wysoka”.

4. MIARKOWANIE W RAZIE CZĘŚCIOWEGO WYKONANIA ZOBOWIĄZANIA

Część ustawodawstw obcych i akty modelowe formułują tylko jedną przesłankę miarkowania kary umownej w postaci jej nadmiernego (wyrażnego) wygórowania, inne natomiast, podobnie jak obowiązująca regulacja polska, przewidują *expressis verbis* jeszcze drugą sytuację, w której sąd może obniżyć zastrzeżoną przez strony karę umowną. Jest nią mianowicie przypadek, gdy zobowiązanie zabezpieczone karą umowną zostało częściowo wykonane. Wydaje się, że wyraźne wyeksponowanie tej przesłanki nie jest niezbędne, ponieważ ta sytuacja może być uznana za szczególną postać wygórowania kary umownej; jeśli jednak ustawodawca decyduje się na jej wprowadzenie, także ona musi być sformułowana w sposób nienasuważący wątpliwości.

Nie można tego, niestety, powiedzieć o obowiązującym rozwiązaniu polskim. Z niewiadomych powodów powyższa przesłanka sformułowana jest na gruncie obowiązującego prawa polskiego w wersji szczególnie niekorzystnej dla dłużnika, a przy tym w sposób odbiegający od wszystkich znanych porządków obcych. W myśl bowiem art. 484 § 2 *in principio* k.c. dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało „w znacznej części” wykonane, co w myśl najczęściej przyjmowanej interpretacji oznacza, że interes, jaki miał wierzyciel w wykonaniu zobowiązania, musi zostać zaspokojony w części zbliżającej się do jego pełnego zaspokojenia²⁵. Tymczasem prawodawstwa obce przewidujące tego rodzaju przesłankę dopuszczają obniżenie zastrzeżonej kary po prostu wtedy, gdy zobowiązanie zostało „częściowo” wykonane. Stanowił tak kodeks zobowiązań (art. 85 § 1),

²⁴ Zob. H.N. Schelhaas: *The UK Supreme Court Cases on Penalty Clause Cases from a Dutch Perspective*, *European Review of Private Law* 2017, nr 1, s. 210.

²⁵ Tak np. W. Borysiak: *Miarkowanie kary umownej* (w:) *Prawo i państwo. Księga jubileuszowa 200-lecia Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej*, pod red. L. Boska, Warszawa 2017, s. 459.

a obecnie regulację taką zawiera art. 1231-5 kodeksu cywilnego francuskiego²⁶ oraz art. 1382 kodeksu cywilnego włoskiego²⁷. Podane przykłady przemawiają jednoznacznie za potrzebą złagodzenia omawianej przesłanki miarkowania kary umownej poprzez rezygnację z formuły „wykonania zobowiązania w znacznej części” i przyjęcie *de lege ferenda*, że zmniejszenie przez sąd kary umownej jest dopuszczalne w razie „częściowego” wykonania zobowiązania.

Dodatkowo należy zauważyć, że omawiane kryterium w tej postaci, w jakiej występuje obecnie w treści art. 484 § 2 k.c., jest zazwyczaj interpretowane w sposób nasuwający istotne wątpliwości. Jak bowiem wspomniano wyżej, wykonanie zobowiązania w znacznej części rozumiane jest zazwyczaj przez pryzmat stopnia zaspokojenia interesu wierzyciela. Co więcej, niektórzy autorzy posuwają się jeszcze dalej, pisząc w tym kontekście nie tyle o interesie, ile wprost o korzyści wierzyciela²⁸. Bardziej obszerna krytyka pojęcia interesu wierzyciela jako kryterium miarkowania kary umownej zostanie przedstawiona niżej, jednak już w tym miejscu należy zauważyć, że określanie obowiązków dłużnika ciążyących na nim w ramach stosunku zobowiązaniowego przez pryzmat interesu wierzyciela jest mocno wątpliwe z teoretycznego punktu widzenia, choćby dlatego, że interes wierzyciela jest zjawiskiem zmiennym w czasie, często nieznanym dłużnikowi i trudnym do obiektywnego ustalenia²⁹.

5. KRYTERIA MIARKOWANIA

Kwestią szczególnie często w literaturze polskiej dyskutowaną jest zagadnienie kryteriów miarkowania wygórowanej kary umownej. W wymienionych na wstępie tego opracowania projektach przyszłego uregulowania kary umownej na gruncie polskim można zaobserwować tendencję polegającą na wyraźnym wyeksponowaniu kryterium w postaci naruszonego interesu wierzyciela. Dokładniej rzecz ujmując, możliwość zmniejszenia kary umownej powstawać ma wówczas, gdy zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana w stosunku do stopnia naruszenia interesu wierzyciela (art. 26 § 2 projektu krakowskiego) albo w stosunku do rozmiaru naruszenia interesu wierzyciela lub powstałej szkody (art. 231 § 3 akademickiego projektu kodeksu cywilnego).

Nie wydaje się, aby można było uznać powyższą tendencję za właściwą, o czym mogą świadczyć nie do końca pozytywne rezultaty, do jakich doprowadziło stosowanie podobnego kryterium na gruncie ustawodawstw obcych. P. Giliker, komen-

²⁶ Por. M. Cannarsa: *French Case Note...*, *op. cit.*, s. 219.

²⁷ Por. F.P. Patti: *Penalty Clauses in Italian Law*, *op. cit.*, s. 317.

²⁸ Tak np. P. Zakrzewski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, pod red. M. Frasa, M. Habdas, Warszawa 2018, s. 937.

²⁹ Tak P. Machnikowski (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *op. cit.*, s. 149.

tując wyrok w sprawie *ParkingEye Ltd v. Beavis*, w którym sąd angielski posłużył się właśnie kryterium interesu wierzyciela w celu ustalenia, czy uzgodniona przez strony suma nie wykracza poza akceptowalny poziom ochrony interesu wierzyciela w ramach doktryny *penalty*, skrytykowała osiągnięty rezultat jako nieodpowiadający standardom ochrony konsumentów³⁰. Z kolei F.P. Patti w komentarzu do powyższego wyroku podkreśla, że mimo iż prawo włoskie formalnie jako kryterium miarkowania przewiduje interes wierzyciela, w orzecznictwie dominuje tendencja do traktowania szkody wierzyciela jako kryterium decydującego³¹.

W mojej ocenie pojęciu interesu wierzyciela jako kryterium miarkowania wygórowanej kary umownej należy postawić co najmniej trzy zarzuty. Po pierwsze, jest ono zdecydowanie nieostre, by nie powiedzieć mgliste, zwłaszcza w porównaniu z alternatywnym kryterium, jakim jest szkoda wierzyciela. Po drugie, jest to kryterium ukierunkowane jednostronnie na sytuację wierzyciela, całkowicie pomijające relewancję różnych okoliczności mogących przemawiać za obniżeniem kary umownej leżących po stronie dłużnika³². Po trzecie, w świetle występujących w literaturze polskiej tendencji, których osobiście nie podzielam, a które zmierzają do przyjęcia, że istotą kary umownej jest zabezpieczenie subiektywnie rozumianego interesu wierzyciela, jaki ma on w wykonaniu zobowiązania³³, istnieje niebezpieczeństwo, że tak pojmowane kryterium miarkowania kary umownej także nabrałoby cech subiektywnych, zależnych wyłącznie od punktu widzenia czy nawet odczuć wierzyciela.

Z wymienionych powodów, a więc z uwagi na niejasność pojęcia interesu wierzyciela w zestawieniu z pojęciem szkody, oraz ze względu na jednostronność tego kryterium uważam, że wzorem dla przyszłej regulacji polskiej w tym zakresie powinno być unormowanie tej kwestii zawarte w art. III.–3:712 (2) DCFR. Zgodnie z tym postanowieniem zastrzeżona przez strony suma może być przez sąd zredukowana do rozsądnej wysokości, jeśli jest wygórowana w relacji do szkody będącej skutkiem naruszenia zobowiązania i innych okoliczności.

Uważam, że prawidłowe stosowanie prawa sędziowskiego, za jakie zasadnie uchodzi miarkowanie kary umownej, wymaga wzięcia pod uwagę całokształtu okoliczności dotyczących danej relacji umownej. W literaturze polskiej, oprócz

³⁰ P. Giliker: *Case Note England and Wales, UKSC 4 November 2015, Cavendish Square Holdings BV v. Makdessi; ParkingEye Ltd v. Beavis*, *European Review of Private Law* 2017, nr 1, s. 178. Zob. też polski komentarz do tych orzeczeń E. Bagińska, P. Ślufińska: *A Polish Perspective on Liquidated Damages and the Fairness of Contract. Comment on Cavendish Square Holdings BV v. Makdessi and ParkingEye Ltd v. Beavis*, *European Review of Private Law* 2017, nr 1, s. 255 i n.

³¹ F.P. Patti: *The New English Law on Penalty Clauses. An Italian Perspective*, *European Review of Private Law* 2017, nr 1, s. 236 i n.

³² Przyznają to zresztą twórcy projektu krakowskiego, deklarując, że jest to zabieg celowy, który wyklucza branie pod uwagę przy miarkowaniu kary umownej okoliczności leżących po stronie dłużnika, takich np. jak niski stopień jego winy. Zob. A. Rachwał (w:) *Wykonanie i skutki naruszenia zobowiązań. Projekt z uzasadnieniem pod kierunkiem J. Pisulińskiego i F. Zolla*, pod red. M. Pecyny, Kraków 2009, s. 500.

³³ Tak np. J. Jastrzębski: *Kara umowna*, *op. cit.*, s. 153; W. Borysiak: *Miarkowanie kary umownej*, *op. cit.*, s. 466.

szkody wierzyciela, wymienia się tutaj także niski stopień winy dłużnika, zakres i czas trwania naruszenia obowiązków przez dłużnika, rodzaj naruszonych powinności kontraktowych³⁴. Z kolei za piśmiennictwem obcym do okoliczności, które mogą być wzięte pod uwagę przy miarkowaniu kary umownej, należy również zaliczyć wzajemną relację ekonomiczną (siłę przetargową) obu stron oraz związany z tym kryterium status dłużnika, a więc fakt, że jest on na przykład konsumentem, niedoświadczonym, drobnym przedsiębiorcą albo też, przeciwnie — dużym profesjonalistą dysponującym odpowiednim zapleczem prawnym i ekonomicznym³⁵. Należy się również zgodzić z postulatem brania w tym zakresie pod uwagę korzyści osiągniętych przez dłużnika wskutek naruszenia umowy, niestanowiących jednak ściśle rozumianej szkody wierzyciela³⁶.

6. MOŻLIWOŚĆ PODWYŻSZENIA ZANIŻONEJ KARY UMOWNEJ

Na tle zdecydowanej większości ustawodawstw możliwość sądowej ingerencji w wysokość zastrzeżonej przez strony kary umownej dotyczy jedynie wygórowanych kar umownych, ponieważ kary umowne o funkcji czysto odszkodowawczej, których wysokość jest w przybliżeniu równa rozmiarowi poniesionej przez wierzyciela szkody, *ex definitione* nie potrzebują tego rodzaju kontroli. W przypadku tego drugiego rodzaju kar umownych może natomiast powstać problem ograniczenia odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika w sytuacji, w której kara umowna jest wyraźnie niższa od poniesionej przez wierzyciela szkody. Zdecydowana większość systemów prawnych nie zawiera w odniesieniu do tej kwestii wyraźnych postanowień; wyjątek stanowi prawo francuskie, które przyznaje sądowi kompetencję do podwyższenia kary umownej śmiesznie niskiej (*derisory*, art. 1231-5 francuskiego kodeksu cywilnego)³⁷. Tego rodzaju kary umowne mogą być bowiem instrumentem nadmiernego ograniczania odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika w sytuacji, w której ten ostatni posiada wyraźną przewagę kontraktową.

Powyższy problem został też dostrzeżony w literaturze polskiej, jednak głównie w odniesieniu do zaniżonych kar umownych, które mogą być zastrzeżone w relacjach konsumenckich na korzyść przedsiębiorcy, stanowiąc istotne ograniczenie jego odpowiedzialności kontraktowej³⁸. Należy zgodzić się, że w tej sytuacji

³⁴ Por. np. P. Drapała (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *op. cit.*, s. 1164; W. Borysiak: *Miarkowanie kary umownej*, *op. cit.*, s. 470 i n.

³⁵ Zob. P. Hachem: *Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation. Rethinking Penalty and Liquidated Damages Clauses*, Eleven International Publishing 2011, s. 131–132.

³⁶ *Ibidem*, s. 183.

³⁷ Por. M. Cannarsa: *French Case Note...*, *op. cit.*, s. 219.

³⁸ Por. F. Zoll (w:) *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. A. Olejniczaka, Warszawa 2018, s. 1226; W. Borysiak (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IIIA, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2017, s. 1115.

zastosowanie znajdują art. 385³ pkt 1 i 2 k.c. Z oczywistych powodów wspomniana regulacja nie może natomiast znaleźć zastosowania w obrocie pozakonsumenckim i dlatego w tych przypadkach stworzenie *de lege ferenda* możliwości podwyższenia przez sąd istotnie zaniżonej kary umownej byłoby instrumentem pożądanym, ponieważ stwarzałoby możliwość przywrócenia równowagi kontraktowej i byłoby narzędziem lepiej dostosowanym do instytucji kary umownej niż konieczność uznania klauzuli kary umownej za niedozwolone postanowienie umowne; jest tak także dlatego, że to ostatnie wymaga spełnienia pewnych dodatkowych przesłanek, które nie występują przy sądowej ingerencji w wysokość zastrzeżonej przez strony sumy. Z wymienionych powodów sądzę, że patrząc perspektywicznie, przyznanie sądowi polskiemu kompetencji do podwyższenia istotnie zaniżonej kary umownej byłoby rozwiązaniem pożądanym.

7. BEZWZGLĘDNA NIEWAŻNOŚĆ WYGÓROWANYCH KAR UMOWNYCH O CHARAKTERZE ABUZYWNYM

Nie wydaje się, by omawiana w tym miejscu kwestia wymagała rozstrzygnięcia na poziomie ustawy, jednak sądzę, że warto zwrócić na nią uwagę, gdyż w sposób pośredni powinna być uwzględniona przy tworzeniu przyszłych przepisów dotyczących kary umownej. Problem dotyczy określenia relacji, jaka zachodzi między przepisem o miarkowaniu kary umownej (art. 484 § 2 k.c.) oraz postanowieniem przewidującym nieważność czynności prawnej sprzecznej z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.). Należy zgodzić się z opinią, w myśl której samo wygórowanie, choćby nawet rażące, zastrzeżonej przez strony kary umownej nie uprawnia do stwierdzenia, że umowa jest w tym zakresie sprzeczna z zasadami współżycia społecznego³⁹. Ażeby można było przyjąć taki skutek, konieczne jest zaistnienie pewnych dalszych okoliczności świadczących o naruszeniu sprawiedliwości kontraktowej, w tym zwłaszcza faktu, że zamieszczenie w umowie wygórowanej stawki kary umownej było rezultatem nie w pełni swobodnej decyzji dłużnika, na przykład jego przymusowej sytuacji ekonomicznej lub prawnej, a wierzyciel w sposób świadomy wykorzystał swoją przewagę kontraktową⁴⁰. W razie zaistnienia tego rodzaju dodatkowych okoliczności wygórowane kary umowne powinny być uznawane za nieważne *ex lege*, i w tym sensie nie ma potrzeby stosowania do nich zabiegu miarkowania. W obrocie konsumenckim wniosek taki wynika z art. 385³ pkt 17 w zw. z art. 385¹ § 1 k.c.

³⁹ Tak J. Jastrzębski: *Kara umowna, op. cit.*, s. 210 i n.

⁴⁰ Por. Z. Radwański (w:) *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2008, s. 245; P. Machnikowski: *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 300 i n.; *idem* (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *op. cit.*, s. 545.

Można jednak zaryzykować tezę, że polskie orzecznictwo dość rzadko korzysta z tego instrumentu, jakim jest stwierdzenie, że abuzywna klauzula kary umownej jest bezwzględnie nieważna z uwagi na jej sprzeczność z zasadami współżycia społecznego. Mimo że w literaturze sformułowano opinię, którą zasadniczo należy podzielić, a w myśl której sytuacje, gdy wygórowane kary umowne są rezultatem nadużycia przewagi kontraktowej, stanowią przypadki typowe⁴¹, orzecznictwo nie dostarcza zbyt wielu przykładów zastosowania do wygórowanej kary umownej o charakterze abuzywnym sankcji wynikającej obecnie z art. 58 § 2 k.c.⁴² Osobiście sędzę, że powinno się to zmienić, a sądy powinny częściej sięgać do art. 58 § 2 k.c. w celu stwierdzenia nieważności abuzywnych kar umownych (nie potrzeba do tego, oczywiście, żadnej zmiany stanu prawnego). Wydaje się przy tym, że należy odrzucić dopuszczalność zastosowania w tej sytuacji tzw. redukcji utrzymującej skuteczność, która miałaby tu polegać na obniżeniu wygórowanej abuzywnej kary umownej do poziomu, w którym nie będzie już ona sprzeczna z zasadami współżycia społecznego⁴³. Do zastosowania takiego zabiegu w ramach art. 58 § 2 k.c. nie ma wystarczających podstaw, a Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej odrzucił w relacjach konsumenckich możliwość zastąpienia stwierdzenia bezskuteczności niedozwolonej klauzuli kary umownej jej miarkowaniem⁴⁴.

8. OBNIŻENIE KARY UMOWNEJ ZE WZGLĘDU NA PRZYCZYNIENIE SIĘ WIERZycIELA DO POWSTANIA SZKODY

Pomimo tego, że w literaturze polskiej sformułowano postulaty *de lege ferenda* zmierzające do wprowadzenia przepisu *expressis verbis* dopuszczającego obniżenie przez sąd zastrzeżonej przez strony kary umownej ze względu na przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody⁴⁵, nie sędzę, aby rozstrzygnięcie tego problemu za pomocą specjalnego przepisu ustawy było potrzebne⁴⁶. Zdaję sobie sprawę ze sporności tej kwestii we współczesnej polskiej literaturze i orzecznictwie sądowym, lecz mimo to uważam, że możliwość obniżenia kary umownej na podstawie

⁴¹ Tak R. Trzaskowski: *Skutki sprzeczności...*, *op. cit.*, s. 675.

⁴² W.J. Katner zdaje się nawet w ogóle wykluczać taką możliwość; zob. W.J. Katner (w:) *System prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, pod red. M. Steca, Warszawa 2017, s. 435.

⁴³ Podobnie J. Jastrzębski: *Kara umowna*, *op. cit.*, s. 215; R. Trzaskowski: *Skutki sprzeczności...*, *op. cit.*, s. 675.

⁴⁴ Wyrok TSUE z dnia 30 maja 2013 r., C-488/11, *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito v. Jahani BV*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?qid=1542187246471&uri=CELEX:62011CJ0488>.

⁴⁵ Zob. Z. Gawlik: *Miarkowanie wysokości odszkodowania*, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 1988, nr 5–6, s. 176; W. Borysiak: *Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody a kara umowna*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2008, nr 8, s. 37.

⁴⁶ Podobnie J. Jastrzębski: *Glosa do wyroku SN z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03*, *Przegląd Sądowy* 2007, nr 4, s. 139.

ogólnego przepisu o przyczynieniu się poszkodowanego do powstania lub zwiększenia szkody (obecnie jest to art. 362 k.c.) wynika z ogólnych reguł prawa zobowiązań⁴⁷ i nie ma potrzeby jej wyraźnego deklarowania na poziomie ustawowym.

Nie podzielam stanowiska odmiennego, bronionego przez część przedstawicieli doktryny i zaprezentowanego w najnowszym orzecznictwie sądowym, w myśl którego przepis o przyczynieniu się nie może stanowić samodzielnej podstawy obniżenia zastrzeżonej kary umownej, gdyż okoliczność tę należy uwzględniać w ramach miarkowania kary w oparciu o przesłankę rażącego wygórowania⁴⁸. Nietrudno bowiem zauważyć, że mogą wystąpić takie sytuacje, w których wierzyciel przyczynił się do naruszenia zobowiązania i do wynikającej z tego naruszenia szkody, lecz mimo to kary umownej nie da się uznać za rażąco wygórowaną⁴⁹, bo na przykład była ustalona w wysokości zbliżonej do faktycznie zaistniałej szkody. Z krytykowanego tu poglądu wynikałoby, że w przypadkach, w których mimo przyczynienia się wierzyciela do powstania szkody kara umowna nie jest rażąco wygórowana, jej obniżenie przez sąd jest niedopuszczalne, co trudno zaakceptować ze względów aksjologicznych; oznaczałoby to bowiem pośrednie dozwoleństwo na utrudnianie przez wierzyciela procesu wykonania umowy zawierającej klauzulę kary umownej bez żadnych negatywnych dla niego konsekwencji.

Z wymienionych powodów należy uznać, że art. 362 k.c. stanowi samodzielną podstawę obniżenia ustalonej przez strony kary umownej, mającą zastosowanie wówczas, gdy wierzyciel przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody wynikającej z naruszenia zobowiązania. Za trafnością bronionego tutaj stanowiska przemawia także fakt, że możliwość obniżenia zastrzeżonej kary umownej z uwagi na przyczynienie się wierzyciela do naruszenia zobowiązania przyjmowana jest także w ustawodawstwach obcych, i to właśnie jako możliwość wynikająca z ogólnych reguł prawa zobowiązań, bez wyraźnego przesądzenia tego na poziomie ustawy⁵⁰.

9. MIARKOWANIE NIETYPOWYCH KAR UMOWNYCH

Pojęcie i zakres nietypowych kar umownych mają charakter konwencjonalny⁵¹. Generalnie chodzi tu o różnego rodzaju umowne zastrzeżenia przewidujące dla dłużni-

⁴⁷ Możliwość taką dopuszczają W. Borysiak: *Przyczynienie się wierzyciela...*, *op. cit.*, s. 34; J. Jastrzębski: *Glosa do wyroku SN z 8 lipca 2004 r...*, *op. cit.*, s. 136 i n.; F. Zoll (w): *System prawa prywatnego*, t. 6, *op. cit.*, s. 1224.

⁴⁸ Tak SN w wyroku z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03, a w literaturze J. Dąbrowa: *Glosa do wyroku SN z dnia 23 stycznia 1974 r., II CR 788/73*, OSPiKA 1975, z. 2, poz. 36; 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. 45 i n.; P. Drapała: *Glosa do wyroku SN z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03*, OSP 2005, z. 7–8, poz. 97. Tak też w uzasadnieniu projektu krakowskiego A. Rachwał (w:) *Wykonanie i skutki naruszenia zobowiązań...*, *op. cit.*, s. 502.

⁴⁹ Tak J. Jastrzębski: *Glosa do wyroku SN z dnia 8 lipca 2004 r...*, s. 139.

⁵⁰ Por. P. Hachem: *Agreed Sums...*, *op. cit.*, s. 144.

⁵¹ Termin „nietypowe kary umowne” wprowadził do naszej literatury J. Jastrzębski: *Nietypowe kary umowne — swoboda sankcji kontraktowych i ochrona dłużnika*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2014, nr 6, s. 11 i n.

ka jakąś dolegliwość w razie naruszenia przez niego zobowiązania, inną jednak niż obowiązek zapłaty z góry określonej sumy pieniężnej i inną niż obowiązek zapłaty odsetek za opóźnienie. Może tu chodzić na przykład o klauzule przepadku rzeczy lub praw (*forfeiture clauses*); zmniejszenie należnego dłużnikowi wynagrodzenia w razie zwłoki lub innych naruszeń postanowień umownych (*adjustment clauses*); natychmiastową wymagalność rat przyszłych wraz z odsetkami od tych przyszłych rat (*acceleration clauses*)⁵². W literaturze polskiej wypowiedziano pogląd, w myśl którego do nietypowych kar umownych nie należy stosować w drodze analogii przepisów o miarkowaniu⁵³, co oznacza, że jedynymi instrumentami kontroli ich prawidłowości są ogólne przepisy o ochronie sprawiedliwości kontraktowej (art. 58 k.c.). W literaturze obcej stanowiska są znacznie bardziej zróżnicowane, ale zasadniczo należy odnotować dość wyraźną tendencję dopuszczającą analogiczne stosowanie do takich klauzul przepisów o miarkowaniu kar umownych, a w systemach *common law* — doktryny *penalty*⁵⁴. Dotyczy to zwłaszcza takich klauzul zastrzegających sankcję natychmiastowej wymagalności przyszłych rat, którym towarzyszy jakaś dodatkowa dolegliwość dla dłużnika, najczęściej polegająca na tym, że oprócz samych rat ma on dodatkowo zapłacić odsetki za ten czas, w którym nie będzie już korzystał z pożyczonej sumy⁵⁵.

Sądzę, że kwestia ta, podobnie jak analizowana poprzednio, nie musi być przesądzana w przyszłości poprzez wyraźne rozstrzygnięcie ustawy, jednak ze względu na to, że problemy w tym zakresie będą ze względu na rozwój polskiej praktyki kontraktowej prawdopodobnie narastać, warto rozważyć wprowadzenie *de lege ferenda* przepisu przyznającego sądom wyraźną kompetencję miarkowania także nietypowych kar umownych⁵⁶. Uważam, że rezultaty znacznie lepsze z aksjologicznego i praktycznego punktu widzenia można osiągnąć, dopuszczając mechanizm miarkowania również nietypowych kar umownych, aniżeli wykluczając go. Za jeden z istotnych argumentów w tym zakresie należy uznać konsekwencje, do jakich doprowadziło na gruncie prawa niemieckiego wyłączenie miarkowania kar umownych w stosunkach dwustronnie profesjonalnych⁵⁷. Okazało się bowiem, że nie mogąc stosować mechanizmu miarkowania, sądy niemieckie w wypadkach skrajnych uznają bezwzględnie nieważność całej klauzuli zastrzegającej rażąco wygórowaną karę umowną w relacjach między przedsiębiorcami, a większość przedstawicieli doktryny niemieckiej popiera tę tendencję⁵⁸.

⁵² Por. P. Hachem: *Agreed Sums...*, *op. cit.*, s. 149 i n.; R. Halson: *Liquidated Damages and Penalty Clauses*, Oxford 2018, s. 162 i n.; J. Jastrzębski: *Nietypowe kary umowne...*, *op. cit.*, s. 13 i n.

⁵³ J. Jastrzębski: *Nietypowe kary umowne...*, *op. cit.*, s. 15 i n.; P. Drapała (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *op. cit.*, s. 1159. Odmienne P. Zakrzewski, który dopuszcza miarkowanie w odniesieniu do niektórych atypowych kar umownych; zob. P. Zakrzewski (w:) *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 922–923.

⁵⁴ Por. P. Hachem: *Agreed Sums...*, *op. cit.*, s. 149 i n. Zob. też R. Halson: *Liquidated Damages...*, *op. cit.*, s. 155 i n.

⁵⁵ Zob. R. Zimmermann: *Agreed Payment...*, *op. cit.*, s. 377.

⁵⁶ Podobnie J. Jastrzębski: *Nietypowe kary umowne...*, *op. cit.*, s. 22.

⁵⁷ Zakaz miarkowania wynika z art. 348 niemieckiego kodeksu handlowego.

⁵⁸ Zob. F. Faust: *Contractual Penalties in German Law*, *European Review of Private Law* 2015, nr 3, s. 294.

Wymienione zjawisko uprawnia do postawienia tezy, w myśl której eliminacja dopuszczalności miarkowania kar umownych i podobnych do nich instrumentów przewidzianych w umowie nie gwarantuje wcale usunięcia samego problemu wygórowanych, nadmiernych sankcji kontraktowych stosowanych wobec dłużnika, lecz powoduje, że problemy te muszą być rozstrzygane za pomocą innych, mniej dostosowanych do tego narzędzi, jakimi są ogólne przepisy o sprzeczności treści czynności prawnej z zasadami współżycia społecznego (dobrymi obyczajami)⁵⁹. Efekt uzyskiwany w ten sposób jest jednak paradoksalny: wyłączenie miarkowania, mające w zamierzeniu umocnić zakres swobody kontraktowej, zmusza do sięgania do mocniejszych narzędzi ochrony dłużnika, w tym do konieczności uznawania całej klauzuli umownej za bezwzględnie nieważną.

Drugim, równie doniosłym argumentem przemawiającym za potrzebą dopuszczenia analogicznego stosowania przepisu o miarkowaniu do nietypowych kar umownych jest okoliczność, że znaczna część takich klauzul może być bez trudu przekształcona w klauzulę typowej kary umownej. Wszystko zależy zatem od takiej lub innej redakcji umowy, w tym zwłaszcza od tego, czy określona dolegliwość przewidziana dla dłużnika na wypadek naruszenia zobowiązania zostanie ujęta w umowie w ramach obowiązków pierwotnych (wysokości świadczenia głównego, np. zmniejszenia wynagrodzenia) czy obowiązków wtórnych (wyraźnej sankcji za naruszenie umowy). W rezultacie, wyłączenie miarkowania nietypowych kar umownych tworzy realne niebezpieczeństwo polegające na tym, że w celu uniknięcia ewentualnego miarkowania podmioty, zwłaszcza dysponujące odpowiednim doradztwem prawnym i przewagą kontraktową, będą świadomie dążyć do takiego zredagowania klauzuli umownej, aby nie mogła być ona uznana za karę umowną *sensu stricto*⁶⁰. Wyraźne dopuszczenie miarkowania także nietypowych kar umownych może zapobiec takim niekorzystnym zjawiskom, polegającym na sztucznym redagowaniu umowy po to, by uniknąć sądowej kontroli.

Z obu wymienionych wyżej powodów opowiadam się za potrzebą wprowadzenia *de lege ferenda* przepisu zezwalającego na stosowanie postanowień ustawy o miarkowaniu kary umownej także do nietypowych kar umownych, jak również — choć to temat na inne opracowanie — do zadatku⁶¹.

⁵⁹ Podobnie także J. Jastrzębski, który w końcowej części artykułu zdaje się skłaniać ku możliwości miarkowania; zob. J. Jastrzębski: *Nietypowe kary umowne...*, *op. cit.*, s. 21.

⁶⁰ Wykorzystuję tu argument sformułowany na gruncie *common law*, który został tam użyty w celu wskazania na wady rozwiązania polegającego na wykluczeniu stosowania *penalty doctrine* do nietypowych kar umownych; zob. R. Halson: *Liquidated Damages...*, *op. cit.*, s. 176; P. Giliker: *Case Note England and Wales...*, *op. cit.*, s. 176.

⁶¹ Tę ostatnią możliwość dopuszczającą *de facto* autorzy DCFR, traktując zadatek tak jak karę umowną; zob. przykład 2. w ramach komentarza do kary umownej, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, t. 1, s. 962. Tak też interpretują ten przykład: F.P. Patti: *Penalty Clauses in Italian Law*, *op. cit.*, s. 325, i R. Zimmermann: *Agreed Payment...*, *op. cit.*, s. 377. Ten sam przykład podano w komentarzu do art. 9:509 PECL, *Principles of European Contract Law. Part I. Performance, Non-performance and Remedies*, eds. O. Lando, H. Beale, Dordrecht 1995, s. 215.

10. MIARKOWANIE JAKO ZWYCZAJNY INSTRUMENT OCHRONY DŁUŻNIKA

W literaturze polskiej w wielu opracowaniach, być może bez większej refleksji, wyrażane jest przekonanie, w myśl którego przepisy o miarkowaniu kary umownej mają charakter wyjątkowy, nadzwyczajny i powinny być stosowane z dużą ostrożnością⁶². Nie do końca wiadomo, co kryje się pod tymi zastrzeżeniami, ale generalnie ujawniają one pewne zdystansowanie lub nawet podejrzliwość wobec instytucji miarkowania kar umownych. Wbrew tym wypowiedziom sądzę, że przepisy o miarkowaniu *de lege lata* są, a *de lege ferenda* nadal powinny być, normalnymi, zwyczajnymi przepisami rangi ustawowej, które wymagają stosowania zawsze wtedy, gdy przemawiają za tym opisane w nich przesłanki (oczywiście, uwzględniając sądową ich interpretację)⁶³. Nie widzę powodów, dla których przepisy o miarkowaniu miałyby być stosowane z większą ostrożnością niż na przykład przepisy o wyzysku, o wadach oświadczenia woli, czy też te, które są oparte na idei klauzuli *rebus sic stantibus*.

11. MIARKOWANIE DO ZERA

Nie wydaje się także, aby należało z góry wykluczać możliwość miarkowania kary umownej do tzw. symbolicznej złotówki, a nawet do zera⁶⁴. W systemach, w których szkoda nie stanowi przesłanki dochodzenia kary umownej⁶⁵, miarkowanie kary umownej do zera może być uzasadnione wówczas, gdy wierzyciel nie poniósł żadnej szkody, a jednocześnie z wykładni zamieszczonej w umowie klauzuli kary umownej wynika, że strony nie zamierzały nadawać karze umownej funkcji stymulującej ani represyjnej, lecz miała ona mieć charakter typowo kompensacyjny. Podobnie, choć zgadzam się z poglądem, że poziom, do jakiego sąd powinien obniżyć wysokość zastrzeżonej kary umownej, może być wyższy od poniesionej przez wierzyciela szkody, to jednak sądzę, że nie należy takiego założenia przyjmować *a priori* w odniesieniu do wszystkich przypadków. Jeżeli bowiem z interpretacji

⁶² Zob. np. W. Popiołek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2015, s. 97; P. Drapała (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *op. cit.*, s. 1162.

⁶³ Podobnie M. Lemkowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, pod red. M. Gutowskiego, Warszawa 2016, s. 107–108.

⁶⁴ Tak trafnie W. Borysiak: *Miarkowanie kary umownej*, *op. cit.*, s. 479; odmiennie J. Szwaja: *Kara umowna według kodeksu cywilnego*, Warszawa 1967, s. 149; W. Popiołek (w:) *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 97; P. Drapała (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *op. cit.*, s. 1166.

⁶⁵ Nie odnoszę się do tego problemu *de lege ferenda*, gdyż kwestia ta wykracza poza ściśle rozumiany temat niniejszego opracowania; zaznaczę jednak, że zgadzam się z rozstrzygnięciami przyjętymi w tym zakresie przez art. 26 § 1 projektu krakowskiego i art. 231 § 2 akademickiego projektu kodeksu cywilnego, zgodnie z którymi kara umowna nie należy się, jeżeli wierzyciel nie poniósł szkody.

konkretnej klauzuli kary umownej wynika, że stronom chodziło o karę umowną o charakterze typowo odszkodowawczym, nie należy jej na siłę narzucać funkcji stymulującej czy penalnej, uznając, że wysokość zamiarkowanej kary musi koniecz- nie przewyższać rozmiar doznanej przez wierzyciela szkody.

12. RETROAKTYWNY CHARAKTER ORZECZENIA SĄDOWEGO I JEGO WPŁYW NA POTRĄCENIE

Pomimo pewnych wątpliwości, w literaturze i orzecznictwie polskim wyklarował się pogląd, w myśl którego wyrok miarkujący wysokość kary umownej ma charakter konstytutywny, jednak działa ze skutkiem *ex tunc*, a mianowicie od chwili, w której roszczenie o zapłatę kary stało się wymagalne⁶⁶. Takie ustalenie ma dwa doniosłe skutki. Po pierwsze, pozwala ono uznać, że po potrąceniu wierzytelności o zapłatę kary umownej miarkowanie nadal jest możliwe, co oznacza, że zmniejszenie przez sąd wysokości należnej wierzycielowi kary umownej będzie musiało być uwzględnione przy ustalaniu ostatecznych skutków potrącenia, powodując zmniejszenie wysokości, w jakiej zostały umorzone obie wierzytelności, i to pomimo tego, że potrącenie zostało dokonane wcześniej niż miarkowanie⁶⁷. Po drugie, o czym niżej będzie szerzej mowa, retroaktywność wyroku miarkującego umożliwia akceptację stanowiska dopuszczającego miarkowanie także po zapłacie kary umownej.

Pomimo tego, że problem czasowego zakresu oddziaływania wyroku miarkującego karę umowną jest istotny, nie wydaje się potrzebne jego wyraźne rozstrzygnięcie na poziomie ustawy, ponieważ tego rodzaju kwestie powinny pozostać domeną wykładni. Wracając natomiast do kwestii potrącenia, należy odnotować, że w literaturze wyrażono pogląd, zgodnie z którym *de lege ferenda* należałoby rozważyć dodanie do art. 505 k.c., określającego rodzaje wierzytelności, których potrącić nie można, także te obejmujące kary umowne⁶⁸. W celu wsparcia tego stanowiska podkreślono, że wierzyciel, który sam jest najczęściej zobowiązany do zapłaty dłużnikowi wynagrodzenia, dokonuje często potrącenia jako pierwszy, stawiając tym samym siebie w sytuacji uprzywilejowanej, ponieważ nawet wtedy, gdy kara umowna była sporna albo też wygórowana, dochodzi do odpowiedniego umorzenia wierzytelności dłużnika o należne mu wynagrodzenie⁶⁹.

⁶⁶ Uzasadnienie wyroku SN z dnia 21 listopada 2007 r., I CSK 270/07, Legalis; uzasadnienie wyroku SN z dnia 23 maja 2013 r., IV CSK 644/12, Legalis; M. Lemkowski (w:) *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 111; tak też chyba W. Borysiak: *Miarkowanie kary umownej...*, *op. cit.*, s. 475.

⁶⁷ Skutek taki akceptują: P. Drapała (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *op. cit.*, s. 1161; M. Lemkowski (w:) *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 111; W. Popiołek (w:) *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 98. Tak też wyrok SN z dnia 20 czerwca 2008 r., IV CSK 49/08, Legalis. Nie wypowiada się w tej sprawie w sposób jednoznaczny J. Jastrzębski: *Kara umowna*, *op. cit.*, s. 352.

⁶⁸ Tak M. Lemkowski (w:) *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 105.

⁶⁹ *Ibidem*.

Podzielając leżące u podłoża zreferowanego poglądu przeświadczenie, że możliwość potrącenia przez wierzyciela należnej mu kary umownej ze skierowaną przeciwko niemu wierzytelnością dłużnika o zapłatę wynagrodzenia może w pewnych sytuacjach stawiać dłużnika w trudnym położeniu, gdyż to on będzie zobowiązany dochodzić należnego mu roszczenia, nie sądzę, żeby istniały dostateczne racje przemawiające za wprowadzeniem proponowanego *de lege ferenda* rozwiązania polegającego na całkowitym zakazie potrącania kar umownych. Sądzę, że retroaktywne działanie orzeczenia miarkującego w sposób dostateczny chroni dłużnika przed skutkami potrącenia wygórowanej kary umownej. Ponadto, patrząc z czysto konstrukcyjnego punktu widzenia, należy zauważyć, że wymieniony postulat nie mieści się w zakresie wyjątków przewidzianych w art. 505 k.c. Jest tak dlatego, że przepis ten wylicza rodzaje wierzytelności, w przypadku których podmioty mające te wierzytelności mogą dokonać potrącenia, natomiast jest ono wyłączone w odniesieniu do drugiej strony, podczas gdy sformułowany postulat głosi, że to podmiot, któremu przysługuje wierzytelność o zapłatę kary umownej, miałby być pozbawiony tej możliwości. Mówiąc inaczej, art. 505 k.c. konstruuje listę wierzytelności chronionych, które mają być spełniane realnie, zaś wierzytelność o zapłatę kary umownej nie należy do tej kategorii, gdyż — w myśl tego poglądu — to nie ona miałaby być wierzytelnością chronioną, lecz taką miałaby być przysługująca dłużnikowi wierzytelność o zapłatę wynagrodzenia, i to już raczej ona powinna znaleźć się na tej liście.

13. DOPUSZCZALNOŚĆ MIARKOWANIA PO ZAPŁACIE KARY UMOWNEJ

W literaturze polskiej bywa wyrażany pogląd, w myśl którego po zapłacie przez dłużnika kary umownej jej miarkowanie jest niedopuszczalne⁷⁰. Pogląd ten sformułowany jest w oparciu o rozstrzygnięcie ustawodawcy niemieckiego, który *expressis verbis* wyłącza możliwość miarkowania po zapłacie kary (§ 343 niemieckiego kodeksu cywilnego). Osobiście sądzę, że należy przychylić się do stanowiska przeciwnego, zgodnie z którym wolno dopuścić taką możliwość, a to mianowicie wtedy, gdy dłużnik, płacąc karę umowną, zastrzegł zwrot części kary w zakresie, w jakim jest ona wygórowana i stanowi w związku z tym świadczenie nienależne (art. 411 pkt 1 k.c.)⁷¹. Wydaje się, że taka możliwość wynika też pośrednio ze wstecznego

⁷⁰ Tak np. J. Jastrzębski: *Kara umowna*, *op. cit.*, s. 350; M. Lemkowski (w:) *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 111.

⁷¹ Tak P. Drapała (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *op. cit.*, s. 1161; R. Szostak: *Miarkowanie kary umownej w zamówieniach publicznych* (w:) *Kierunki zmian w administracji publicznej*, pod red. W. Filla, M. Mędrali, A. Mitusia, Warszawa 2018, s. 80 i n. Wątpliwości w tym zakresie zgłasza W. Borysiak: *Miarkowanie kary umownej*, *op. cit.*, s. 477.

oddziaływania orzeczenia miarkującego karę umowną; jeśli bowiem orzeczenie sądu działa *ex tunc*, to zapłata kara umownej w zakresie, w jakim okazała się ona wygórowana, rzeczywiście stanowi świadczenie nienależne. Warto dodać, że podobne stanowisko wyrażane jest w literaturze obcej, na tle której przyjmuje się, iż jeśli zachowanie dłużnika płacącego karę umowną wskazuje na to, że nie zgadza się on z wysokością kary i że chce zachować prawo do żądania miarkowania, nie powinien on tracić takiej możliwości⁷².

14. PODSUMOWANIE

W niniejszym opracowaniu w odniesieniu do miarkowania kary umownej sformułowano następujące poglądy *de lege ferenda*: a) sąd cywilny powinien posiadać kompetencję do miarkowania kary umownej z urzędu (przy zachowaniu możliwości miarkowania na wniosek dłużnika); b) należy złagodzić obie przesłanki umożliwiające miarkowanie: zasadniczą przesłanką miarkowania zawyżonej kary umownej powinno być jej „wygórowanie” lub „nadmierna wysokość” (zamiast „rażącego wygórowania”), zaś dodatkową przesłankę należy ująć jako „częściowe” wykonanie zobowiązania (zamiast wykonania „w znacznej części”); c) kryterium miarkowania powinna stanowić szkoda poniesiona przez wierzyciela i inne okoliczności (nie zaś interes wierzyciela); d) sąd powinien uzyskać kompetencję do podwyższenia istotnie zaniżonej kary umownej; e) należy wprowadzić przepis pozwalający na odpowiednie stosowanie mechanizmu miarkowania do nietypowych kar umownych.

Poza tym w opracowaniu przyjęto następujące tezy, nie uznając jednak za konieczne przesądzania tych kwestii na poziomie ustawy: a) wygórowane kary umowne o charakterze abuzywnym są nieważne *ex lege*; b) niezależnie od miarkowania istnieje możliwość obniżenia kary umownej ze względu na przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody; c) dopuszczalne jest miarkowanie kary umownej do zera; d) wyrok miarkujący karę umowną ma charakter retroaktywny, dlatego miarkowanie jest możliwe po dokonaniu potrącenia; e) miarkowanie jest w pewnych przypadkach dopuszczalne także po zapłacie kary umownej.

BIBLIOGRAFIA

Bagińska E., Ślufińska P.: *A Polish Perspective on Liquidated Damages and the Fairness of Contract. Comment on Cavendish Square Holdings BV v. Makdessi and ParkingEye Ltd v. Beavis*, European Review of Private Law 2017, nr 1.

⁷² P. Hachem: *Agreed Sums...*, *op. cit.*, s. 125.

- 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.
- Borysiak W.: *Przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody a kara umowna*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2008, nr 8.
- Borysiak W.: *Miarkowanie kary umownej* (w:) *Prawo i państwo. Księga jubileuszowa 200-lecia Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej*, pod red. L. Boska, Warszawa 2017.
- Borysiak W. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IIIA, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2017.
- Cannarsa M.: *French Case Note on the Penalty Clause Decisions of the UK Supreme Court*, *European Review of Private Law* 2017, nr 1.
- Chun T.-Y.: *On the Social Optimality of Liquidated Damage Clauses. An Economic Analysis*, *The Journal of Law, Economics and Organization* 1992, Vol. 8.
- Drapała P. (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2013.
- Farber D.A.: *Contract Law and Modern Economic Theory*, *Northwestern University Law Review* 1983–1984, Vol. 78.
- Faust F.: *Contractual Penalties in German Law*, *European Review of Private Law* 2015, nr 3.
- García I.M.: *Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law. A Puzzle to Be Solved by the Contracting Parties*, *European Journal of Legal Studies* 2012, nr 1.
- Gawlik Z.: *Miarkowanie wysokości odszkodowania*, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 1988, nr 5–6.
- Giliker P.: *Case Note England and Wales, UKSC 4 November 2015, Cavendish Square Holdings BV v. Makdessi; ParkingEye Ltd v. Beavis*, *European Review of Private Law* 2017, nr 1.
- Gordon Z.: *Kary umowne w bieżącej praktyce zamówień publicznych*, *Prawo Zamówień Publicznych* 2014, nr 1.
- Hachem P.: *Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation. Rethinking Penalty and Liquidated Damages Clauses*, Eleven International Publishing 2011.
- Halson R.: *Liquidated Damages and Penalty Clauses*, Oxford 2018.
- Jastrzębski J.: *Kara umowna*, Warszawa 2006.
- Jastrzębski J.: *O koncepcji kary umownej de lege ferenda*, *Studia Iuridica* 2007, t. XLVII.
- Jastrzębski J.: *Nietypowe kary umowne — swoboda sankcji kontraktowych i ochrona dłużnika*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2014, nr 6.
- Katner W.J. (w:) *System prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, pod red. M. Steca, Warszawa 2017.
- Lemkowski M. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, pod red. M. Gutowskiego, Warszawa 2016.

- Machnikowski P.: *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005.
- Machnikowski P. (w.): *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2013.
- Miller L.: *Penalty Clauses in England and France. Comparative Study*, International and Comparative Law Quarterly 2004, nr 1.
- Nicholas B.: *The French Law of Contract*, Oxford 1992.
- Pasa B.: *The European Law of Contractual Penalties*, European Review of Private Law 2015, nr 3.
- Patti F.P.: *Penalty Clauses in Italian Law*, European Review of Private Law 2015, nr 3.
- Patti F.P.: *The New English Law on Penalty Clauses. An Italian Perspective*, European Review of Private Law 2017, nr 1.
- Principles of European Contract Law. Part I. Performance, Non-performance and Remedies*, eds. O. Lando, H. Beale, Dordrecht 1995.
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, t. 1, eds. Ch. von Bar, E. Clive, New York 2010.
- Popiołek W. (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2015.
- Rachwał A. (w.): *Wykonanie i skutki naruszenia zobowiązań. Projekt z uzasadnieniem pod kierunkiem J. Pisulińskiego i F. Zolla*, pod red. M. Pecyny, Kraków 2009.
- Radwański Z. (w.): *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, Warszawa 2008.
- Schelhaas H.N.: *The UK Supreme Court Cases on Penalty Clause Cases from a Dutch Perspective*, European Review of Private Law 2017, nr 1.
- Szostak R.: *Miarkowanie kary umownej w zamówieniach publicznych (w:) Kierunki zmian w administracji publicznej*, pod red. W. Filla, M. Mędrali, A. Mitusia, Warszawa 2018.
- Szwaja J.: *Kara umowna według kodeksu cywilnego*, Warszawa 1967.
- Trzaskowski R.: *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*, Warszawa 2013.
- Wykonanie i skutki naruszenia zobowiązań. Projekt z uzasadnieniem pod kierunkiem J. Pisulińskiego i F. Zolla*, pod red. M. Pecyny, Kraków 2009.
- Zagrobelny K. (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2017.
- Zakrzewski P. (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, pod red. M. Frasa, M. Habdas, Warszawa 2018.
- Zimmermann R.: *Agreed Payment for Non-Performance in European Contract Law (w:) Studies in Canon Law and Common Law in Honor of R.H. Helmholz*, ed. T. Harris, Berkeley 2015.
- Zoll F. (w.): *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. A. Olejniczaka, Warszawa 2018.

Słowa kluczowe: kara umowna, miarkowanie kary umownej z urzędu, podwyższenie zaniżonej kary umownej.

MAGDALENA WILEJCZYK

MODERATING OF THE CONTRACTUAL PENALTY
DE LEGE FERENDA

S u m m a r y

In this study, the following *de lege ferenda* views were formulated in relations to the moderating of contractual penalties: a) the civil court should have the power to moderate the contractual penalty *ex officio* (with the option of moderating at the debtor's request); b) the first premise for moderating excessive contractual penalties should be its "excessiveness" or "excessive amount" (instead of "gross excessiveness"); c) the second condition should be "partial" performance of the obligation (instead of "significant part of performance"); d) the criterion for moderating should be the damage suffered by the creditor and other circumstances (not the creditor's interest); e) the court should be authorized to increase the significantly underestimated contractual penalty; f) provision should be made to allow the use of the appropriate application of regulations of moderating for atypical contractual penalties.

In addition, in the study the author discussed the following theses, but did not consider it necessary to prejudge these issues at the level of the act: a) excessive contractual penalties of an abusive nature are invalid *ex lege*; b) irrespective of the moderating, the contractual penalty may be reduced due to the creditor's contribution to the damage; c) moderation is the usual instrument to protect the debtor; d) it is permissible to moderate the contractual penalty to "zero"; e) the judgement moderating the contractual penalty is retroactive, therefore moderating is possible after set-off; f) in some cases, moderating is also permissible after the payment of a contractual penalty.

Keywords: contractual penalty, moderating the contractual penalty *ex officio*, increasing the underestimated contractual penalty.