

EWA ROTT-PIETRZYK*, MATEUSZ GROCHOWSKI**

PROWIZJA AGENTA W CZASIE TRWANIA UMOWY
(IMPERATYWNY CZY DYSPOZYTYWNY
CHARAKTER REGULACJI
I WYNIKAJĄCE Z TEGO KONSEKWENCJE)***

1. WPROWADZENIE

Zakres dyspozytywności przepisów o prowizji agenta w czasie trwania umowy agencyjnej wywołuje pewne wątpliwości w praktyce, przekładające się także na rozbieżne wypowiedzi w doktrynie¹. Wątpliwości te dotyczą przede wszystkim charakteru norm regulujących prowizję od umów zawartych w czasie trwania umowy agencyjnej z klientami pozyskanymi uprzednio przez agenta zwykłego dla umów tego samego rodzaju (art. 761 § 1 *in fine* k.c.). W obrocie gospodarczym ten rodzaj prowizji określany jest mianem prowizji od tzw. interesów pośrednich, w przeciwieństwie do prowizji od umów, do których zawarcia doszło w wyniku bezpośred-

* Ewa Rott-Pietrzyk, Katedra Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

** Mateusz Grochowski, Yale Law School, Instytut Nauk Prawnych PAN, Uniwersytet Wrocławski (staż podoktorski), dwukrotny stypendysta Narodowego Centrum Nauki i Fundacji na rzecz Nauki Polskiej.

*** Tekst został oparty częściowo na wynikach badań nad problematyką dyspozytywności norm prawnych w prawie umów, prowadzonych przez Mateusza Grochowskiego w ramach grantu Narodowego Centrum Nauki nr 2016/20/S/HS5/00458.

¹ Różnicy zdań można dopatrzeć się w szczególności między J. Jeziorą, przyjmującym także w ostatnim wydaniu (ósmym) (*Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2017, s. 1474) stanowisko sformułowane w odniesieniu do art. 761 § 1 k.c. mogące przemawiać za tym, że normy objęte tym przepisem mają dyspozytywny charakter, a P. Mikłaszewiczem (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IIIB, *Zobowiązania. Część szczegółowa. Ustawa o terminach zapłaty*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2016, s. 798, 814 i n., a także E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa handlowego*, t. V, *Prawo umów handlowych*, pod red. M. Steca, Warszawa 2017, s. 579–582. Ostatni wymienieni autorzy opowiadają się wyraźnie za imperatywnym charakterem tej regulacji.

niej działalności agenta (art. 761 § 1 *ab initio* k.c.), określanej jako prowizja od tzw. interesów bezpośrednich. Z podziałem tym wiążą się wątpliwości odnoszące się do zakresu dyspozytywności przepisów o prowizji od umów zawartych w czasie trwania umowy agencyjnej. Wątpliwości, jakie zrodziły się do tej pory w omawianym zakresie, dotyczą w szczególności odpowiedzi na pytanie, czy agent może zostać pozbawiony prowizji od tzw. interesów pośrednich, gdy z przysporzonym przez niego klientem zawierane są kolejne umowy tego samego rodzaju. Wątpliwości te nie odnoszą się do prowizji od interesów bezpośrednich. W doktrynie nie kwestionuje się poglądu, że nie można agenta pozbawić prowizji od umów zawartych w czasie trwania umowy agencyjnej z jego udziałem (tj. za „skuteczne” pośrednictwo bądź zawarcie umowy w imieniu dającego zlecenie)².

Udzielenie odpowiedzi na pytanie dotyczące prowizji od umów zawartych z klientami pozyskanymi przez agenta uprzednio dla umów tego samego rodzaju zależy od oceny charakteru przepisu stanowiącego podstawę uprawnienia do tejże prowizji (tj. art. 761 § 1 *in fine* k.c.); innymi słowy od zakresu dyspozytywności wynikającej z niego normy. Rozważenie charakteru art. 761 § 1 k.c. determinującego zakres swobody stron jest szczególnie istotne z uwagi na to, że regulacja ta stanowi implementację przepisów dyrektywy 86/653³ (art. 7 ust. 1) i składa się na standard ochronny agenta wprowadzony tą dyrektywą we wszystkich państwach członkowskich UE. Przyjęcie przez sądy polskie metodologii wykładni i stosowania prawa w tym zakresie niezgodnej z pożądanym *effet utile* może prowadzić do niewłaściwej implementacji dyrektywy.

Pytanie o dyspozytywność art. 761 § 1 k.c. w zakresie prowizji od interesów pośrednich wynika przede wszystkim z problemów pojawiających się w praktyce w zakresie umownego ustalania zasad prowizyjnego wynagradzania agenta. Nie budzi zasadniczo wątpliwości prawo agenta do prowizji od umów, które zostały zawarte z udziałem agenta, tj. z tytułu umów, przy których agent pośredniczył bądź które zawarł w imieniu dającego zlecenie (mając do tego stosowne umocowanie). Prowizja od interesów pośrednich jest z kolei prowizją powiązaną ze zbudowaną już przez agenta bazą klientów. Istota wynagrodzenia prowizyjnego, o którym mowa w art. 761 § 1 *in fine* k.c., sprowadza się do tego, że agent — na podstawie tej regulacji — nabywa prawo do prowizji od kolejnych umów (tego samego rodzaju) z klientami, których przysporzył (zdobył dla) dającemu zlecenie. Z uwagi na to, że prowizja ta nie jest powiązana w tym znaczeniu (bezpośrednio) z udziałem agenta przy zawarciu umowy, jest w praktyce kontraktowej postrzegana inaczej. W prak-

² Zob. np. P. Mikłaszewicz (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IIIB, *Zobowiązania*, *op. cit.*, s. 798, 814 i n.; K. Topolewski: *Cywilnoprawne skutki niewykonania umowy agencyjnej*, Lublin 2007, s. 235, 236; E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa handlowego*, *op. cit.*, t. V, pod red. M. Steca, s. 579–582, oraz jak się wydaje, K. Włodarska: *Umowa agencyjna*, Warszawa 2008, s. 55.

³ Dyrektywa Rady 86/653/EWG z dnia 18 grudnia 1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek (Dz. Urz. UE L 382 z 31 grudnia 1986 r., s. 17–21).

tyte tej wytworzyło się bowiem przekonanie, że prowizja z tego tytułu — z uwagi na to, że agent przy zawarciu tych umów bezpośrednio nie pośredniczy albo ich nie zawiera — jest prowizją dodatkową, której agenta można umownie pozbawić. Dla oceny zakresu swobody stron przy kształtowaniu treści i celu umowy agencyjnej rozstrzygający jest charakter przepisu stanowiącego podstawę prowizji, co do której zrodziły się w praktyce i doktrynie wątpliwości. Choć przepisy o umowie agencyjnej są zasadniczo precyzyjne w określeniu dyspozytywnego lub kogentnego charakteru wynikających z nich norm, na tle art. 761 § 1 k.c. kwestia zakresu swobody w kształtowaniu wynagrodzenia agenta wymaga nieco więcej uwagi.

Problem ten może zostać rozwiązany na trzy sposoby⁴. Po pierwsze, można twierdzić, że normy prawne wynikające z tego przepisu mają charakter dyspozytywny, pozostawiając stronom swobodę decyzji co do stosowania normy prawnej w ich relacji lub zastąpienia jej indywidualnie ustalonym postanowieniem (które wyłączałoby prowizję agenta w całości bądź w części bądź też zastępowało ją inną postacią wynagrodzenia). Swoboda ta byłaby możliwa do realizowania w granicach określonych w art. 353¹ k.c. Po drugie, rozwiązanie wprowadzone w art. 761 § 1 k.c. można uważać za w pełni imperatywne. W konsekwencji, jakiejkolwiek umowne modyfikacje jego treści byłyby z góry wyłączone. Po trzecie, można także twierdzić, że przepis ten wprowadza normę o charakterze semidyspozytywnym (semiimperatywnym)⁵, określając minimalny poziom uprawnień przyznanych agentowi. Pozwala zatem na modyfikację ustawowej regulacji wyłącznie przez utrzymanie tego standardu lub jego podwyższenie⁶.

W ramach dalszych uwag zostanie podjęta próba odpowiedzi na pytanie o zakres swobody stron w kształtowaniu prowizji z tytułu interesów pośrednich, należnej agentowi zwykłego w czasie trwania umowy. Analiza charakteru prawnego przepisu uprawniającego agenta do prowizji od interesów pośrednich stanowi

⁴ Nie oznacza to, by zakres możliwych „stadiów” w relacji dyspozytywność — kogentność normy prawnej ograniczał się tylko do trzech opisywanych niżej możliwości. Dyspozytywność normy prawnej może być stopniowalna w znacznie bardziej złożonych układach niż jedynie „prosta” semidyspozytywność w opisanym niżej znaczeniu (por. także m.in. F. Möslin: *Dispositives Vertragsrecht. Zwecke, Strukturen und Methoden*, Tübingen 2011, s. 161–264; J. Cziupka: *Dispositives Vertragsrecht. Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster*, Tübingen 2010, s. 226–230).

⁵ W polskiej literaturze zaproponowano także bardziej szczegółową taksonomię, rozróżniającą normy względnie dyspozytywne i względnie imperatywne — przez to ostatnie pojęcie rozumiejąc normy dyspozytywne, w których wypadku umowna modyfikacja jest możliwa o tyle, o ile nie prowadzi ona do naruszenia interesów chronionych przez daną normę — tak R. Trzaskowski: *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ k.c.*, Kraków 2005, s. 237; I. Kucharczyk, J. Zębała: *Pojęcie i zastosowanie norm względnie imperatywnych*, *Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego* 2013, t. XII, nr 3–4, s. 20–27 oraz *passim*.

⁶ W konsekwencji, istotą przepisów semiimperatywnych jest jednokierunkowe związanie, które może zmodyfikować *inter partes* treść normy prawnej wyłącznie w określonych granicach — zwykle (jak ma to miejsce w art. 761 § 1 k.c.) na korzyść jednego z kontrahentów, którego ustawodawca obejmuje ochroną. Szerzej o konstrukcji norm semidyspozytywnych por. m.in. L. Kähler: *Begriff und Rechtsfertigung abdingbaren Rechts*, Tübingen 2012, s. 81–96; G. Wagner: *Mandatory Contract Law: Functions and Principles in the Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights*, *Erasmus University Law Review* 2010, nr 1, s. 48; P. Machnikowski (w.): *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2012, s. 473; M. Piotrowski: *Normy prawne imperatywne i dyspozytywne*, Warszawa-Poznań 1990, s. 32–34.

zatem punkt centralny tego opracowania. Poza jego zakresem pozostają bardziej szczegółowe typy prowizji przewidziane w ustawowym modelu umowy agencyjnej, tj. prowizji: należnej agentowi wyłącznemu (art. 761 § 2 k.c.) oraz prowizji z tytułu umów zawartych po zakończeniu umowy agencyjnej (art. 761¹ k.c.). W pierwszym przypadku kogentny charakter normy określającej wynagrodzenie agenta nie wywołuje wątpliwości w literaturze⁷. W drugim, interesy stron umowy mają swoisty charakter, co częściowo modyfikuje funkcjonalne tło regulacji (choć niektóre z przedstawionych niżej argumentów są adekwatne także w tym zakresie).

2. WYNAGRODZENIE PROWIZYJNE — MIEJSCE I ZNACZENIE W STOSUNKU AGENCYJNYM

Uprawnienie agenta do wynagrodzenia jest zasadniczym uprawnieniem składającym się na jego prawo podmiotowe określane przez treść stosunku wewnętrznego między agentem a dającym zlecenie, mającym swoje źródło w umowie agencyjnej (art. 758–764⁹ k.c.). Uprawnienie do wynagrodzenia stanowi element konieczny, konstrukcyjny umowy agencyjnej (art. 758 k.c.). Poszczególne składniki umowy i sposób ich określenia podlega jednak, w założeniu, kształtowaniu *in concreto* przez strony. Otwiera to pytanie o szczegółowy zakres dyspozytywności norm określających wynagrodzenie agenta, w tym art. 761 § 1 k.c. Umowa stron podlega tu ocenie typologicznej w konfrontacji z jej normatywnym wzorcem z perspektywy kryteriów ograniczających określonych ustawą (art. 353¹ k.c.).

W świetle regulacji ustawowej objętej art. 758¹ § 1 k.c. regułą jest wynagrodzenie prowizyjne. Ustawodawca w ten sposób oddał też istotę sposobu wynagradzania agenta, która sprowadza się do wynagrodzenia wynikowego, tj. zależącego od wartości i liczby transakcji. Agent jest bowiem wynagradzany za określony wynik (rezultat), tj. zawarcie umowy z klientem⁸. Ten sposób wynagradzania wyznacza także charakterystyczny element normatywnego wzorca umowy agencyjnej (determinujący charakter prawny tej umowy). Sposób wynagradzania agenta różni się od ustawowych propozycji dla stron zawierających umowy innego typu, w szczególności umowę zlecenia (art. 734 k.c.), w której spełniający świadczenie charakterystyczne (zleceniobiorca) jest wynagradzany za podejmowane czynności objęte umową. W umowie zlecenia regułą jest zatem — zgodnie z art. 735 § 2 k.c. — wynagrodzenie odpowiadające wykonanej pracy (jeżeli nie ma obowiązującej taryfy, a nie umówiono się o wysokość wynagrodzenia)⁹.

⁷ Zob. piśmiennictwo wymienione w przyp. 2.

⁸ Stwierdzenie to jest aktualne zarówno w stanie prawnym przed implementacją dyrektywy, jak i po wejściu w życie implementowanych przepisów 9 grudnia 2000 r. Por. M. Gersdorf: *Zlecenie i agencja w nowych uregulowaniach prawnych*, Warszawa 1995, s. 24.

⁹ Różnice między sposobem wynagradzania agenta i zleceniobiorcy pokazał wyraźnie SN w wyroku z dnia 19 października 1999 r., II KKN 530/98, OSNC 2000, nr 7–8, poz. 118. Analiza tych różnic skłoniła SN do zasto-

W praktyce obrotu to właśnie prowizja stanowi najbardziej typowy i najczęstszy sposób wynagradzania agentów¹⁰. Normatywny wzorzec umowy agencyjnej pokrywa się więc w tym zakresie z praktyką ich wynagradzania. Na typowy charakter tego świadczenia w stosunku agencyjnym wskazuje także art. 758¹ § 1 k.c., zgodnie z którym o ile strony nie przewidzą innej formy wynagrodzenia (np. stałego czy ryczałtowego)¹¹, agentowi jest należna prowizja. Przepis ma więc *expressis verbis* dyspozytywny charakter, służąc przede wszystkim wypełnieniu luki¹² w treści umowy, na wypadek braku określenia w niej sposobu wynagrodzenia agenta. Równocześnie — co istotne z perspektywy dalszych uwag — zgodnie z art. 761⁶ k.c., przepisy art. 761–761⁵ k.c. stosuje się w razie, gdy prowizja stanowi całość bądź część wynagrodzenia, chyba że strony uzgodniły stosowanie tych przepisów do innego rodzaju wynagrodzenia.

Warto dodać, że choć strony mogą wprowadzić do umowy inny rodzaj wynagrodzenia, postanowienia o prowizji należy badać zarówno w ramach metody typologicznej wyznaczonej przez normatywny wzorzec umowy agencyjnej (i innych umów podobnych), jak i w świetle art. 353¹ k.c. (w zw. z art. 58 k.c.). W tym ostatnim przypadku treść postanowień umowy jest badana jako przesłanka ich ważności, która może ewentualnie pociągać za sobą nieważność całej umowy. Natomiast ocena typologiczna postanowień umownych (tj. ich konfrontacja z ustawowym modelem agencji) może na przykład przemawiać za zmianą kwalifikacji umowy i uznaniem, że rodzi ona inny stosunek prawny niż stosunek agencji. Jeśli strony umówią się wyłącznie bądź w przeważającym zakresie o wynagrodzenie stałe za wykonaną pracę — chcąc na przykład uniknąć zastosowania standardu ochronnego agenta (przy założeniu, że przepisy art. 761 § 1 k.c. się w nim mieszczą) — należałoby rozważyć, czy umowa nadal powinna być kwalifikowana jako umowa agencyjna, czy też inna umowa (np. jako umowa zlecenia czy umowa o pracę¹³). W konsekwencji, uprzedzając częściowo dalsze uwagi, należałoby stwierdzić, że

sowania *per analogiam* do umowy o pośrednictwo jednorazowe przepisów o wynagrodzeniu agenta (art. 761 k.c. w poprzednim brzmieniu), a nie zleceniobiorcy na podstawie art. 750 w zw. z 735 § 2 k.c.

¹⁰ Zob. odnośnie do przykładów klauzul normujących prowizję K. Włodarska: *Umowa...*, *op. cit.*, s. 49 i n.; por. też M. Grochowski: *Umowa agencyjna w orzecznictwie sądów powszechnych*, Prawo w Działaniu 2014, t. 20, s. 352 i n.

¹¹ Bliżej co do sposobów wynagradzania agenta zob. I. Mycko-Katner: *Umowa agencyjna*, Warszawa 2012, s. 206–208; D. Bucior: *Odpłatność usług agenta jako cecha konstytutywna umowy agencyjnej* (w:) *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, pod red. T. Mróz i M. Steca, Warszawa 2012, s. 414 i n.; K. Włodarska: *Umowa...*, *op. cit.*, s. 49; por. także co do sposobu wynagradzania agenta w ujęciu prawnoporównawczym K. Topolewski: *Cywilnoprawne...*, *op. cit.*, s. 230 i n.

¹² O wypełnianiu luk w treści umowy jako jednej z podstawowych funkcji norm dyspozytywnych por. m.in. I. Ayres, R. Gertner: *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, Yale Law Journal 1989, nr 1, s. 91–95; N. Kornet: *Contract Interpretation and Gap Filling: Comparative and Theoretical Perspectives*, Antwerp 2006, *passim*.

¹³ W praktyce postępowania o ustalenie istnienia stosunku pracy na gruncie umowy agencyjnej pozostają jednak relatywnie rzadkie — por. P. Grzebyk: *Analiza orzecznictwa sądowego w sprawach o ustalenie istnienia stosunku pracy. Zatrudnienie pracownicze a zatrudnienie cywilnoprawne*, Warszawa 2015, s. 42, 51 (opracowanie dostępne na stronie: <https://www.iws.org.pl/analizy-i-raporty/raporty>).

nie występuje w tym zakresie niedające się usunąć zagrożenie, że — przy założeniu imperatywnego lub semiimperatywnego charakteru przepisów o wynagrodzeniu prowizyjnym — dający zlecenie, chcąc uniknąć stosowania przepisów ochronnych, będą narzucać¹⁴ zawieranie umów o wynagrodzenie stałe i korzystać z „dobrodrojeństwa” art. 761⁶ k.c.

3. ROZRÓŻNIANIE NORM DYSPOZYTYWNYCH I KOGENTNYCH A ART. 761 § 1 K.C.

Określenie charakteru prawnego przepisów prawa i ich kwalifikacja jako przepisów względnie wiążących, bezwzględnie wiążących bądź semiimperatywnych ma zasadnicze znaczenie w kontekście oceny granic swobody stron przy kształtowaniu treści i celu umowy (art. 353¹ k.c.), zarówno w drodze wyraźnych postanowień umownych, jak i działania *per facta concludentia* (tj. w ramach interpretacji zachowania się stron po zawarciu umowy)¹⁵.

Z formalnego punktu widzenia wybór między kwalifikowaniem określonej normy¹⁶ jako dyspozytywnej, kogennej lub semiimperatywnej podlega tym samym regułom co wykładnia jakiegokolwiek innego przepisu prawa¹⁷. Jej punkt wyjścia stanowi przede wszystkim językowe brzmienie przepisu, które za pomocą różnych określeń (jak ma to miejsce np. w omawianym wyżej art. 758¹ § 1 k.c.) może wyrażać ukształtowanie jego treści jako dla stron opcjonalnej¹⁸. W art. 761 § 1 k.c. brak jednak wyraźnych wskazówek tego rodzaju, dlatego konieczne staje się odczytanie

¹⁴ Szerzej o dysfunkcyjności norm dyspozytywnych w warunkach przewagi negocjacyjnej jednego z kontrahentów por. m.in. O. Bar-Gill, O. Ben-Shahar: *Optimal Defaults in Consumer Markets*, Journal of Legal Studies 2016, nr S2, s. 137–141; A.-L. Sibony, A. Alemanno: *The Emergence of Behavioural Policy-Making: A European Perspective* (w:) *Nudge and the Law. A European Perspective*, eds. A.-L. Sibony, A. Alemanno, Oxford 2015, s. 15.

¹⁵ Przykładem przepisów bezwzględnie wiążących normujących prowizję agenta są przepisy odnoszące się do kontroli należnej agentowi prowizji (art. 761⁵ § 3 i 4 k.c.).

¹⁶ W ramach dalszych uwag pojęcia dyspozytywności, imperatywności i semiimperatywności są odnoszone do normy prawnej. Warto jednak zauważyć, że nie jest to jedyna konwencja pojęciowa przyjmowana w polskiej literaturze, w której pojęcia te bywają wiązane także z przepisem prawnym lub innymi określeniami — zob. szerzej J. Nowacki: *Ius cogens — ius dispositivum* (w:) *Studia z teorii prawa* (zbiór prac J. Nowackiego), Kraków 2003, s. 465–467.

¹⁷ Por. m.in. M. Piotrowski: *Normy...*, *op. cit.*, s. 95 i n.

¹⁸ Nie oznacza to oczywiście, by wykładnia językowa była jedynym typem argumentu, jaki powinien zostać wykorzystany do ustalenia treści norm prawnych w sytuacji tego rodzaju. Zgodnie z regułą *omnia sunt interpretanda* mająca bez wątpienia zastosowanie w prawie prywatnym (por. m.in. Z. Radwański, M. Zieliński (w:) *System prawa prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. M. Safjana, Warszawa 2012, s. 511), nawet w razie wprowadzenia w treści przepisu jednoznacznego sformułowania wskazującego na charakter zawartej w nim normy, konieczna jest interpretacja przepisu z wykorzystaniem innych metod — przede wszystkim systemowej i funkcjonalnej. Jest to szczególnie istotne w sytuacjach, w których (jak ma to miejsce w wypadku przepisów o umowie agencyjnej) regulacje prawa polskiego posiadają bezpośrednie tło w prawie unijnym, które określa podstawowy i pierwszoplanowy wzorec dla ich interpretacji.

go z użyciem dalszych metod wykładni, odsyłających do kontekstu regulacji — przede wszystkim jej kontekstu systemowego¹⁹ oraz funkcji²⁰ normy.

Należy podkreślić, że w ostatnich dwóch zakresach (kontekst systemowy i funkcja regulacji) odpowiedź na pytanie o sposób interpretacji art. 761 § 1 k.c. ma dodatkowy wymiar, który wykracza poza tradycyjny zespół problemów w kwalifikacji norm dyspozytywnych i kogentnych. Przepisy o umowie agencyjnej są bezpośrednio zakorzenione w unijnej regulacji agencji handlowej, wprowadzonej w dyrektywie 86/653. Ustanawia ona minimalny poziom ochrony agenta, który powinien zostać uwzględniony przez państwa członkowskie zarówno na płaszczyźnie legislacyjnej (poprzez implementację), jak i interpretacyjnej (w odniesieniu do implementowanych przepisów dyrektywy).

W konsekwencji, ukształtowanie przepisów implementujących na poziomie krajowym jako dyspozytywnych, kogentnych lub semidyspozytywnych (zarówno na etapie tworzenia prawa, jak i jego wykładni) wymaga wzięcia pod uwagę treści i celu regulacji unijnej. Z perspektywy multicentrycznej²¹ struktury przepisów o umowie agencyjnej wszystkie przepisy krajowe pozostają zbliżone do koncepcji semidyspozytywności w tym znaczeniu, że wykluczają one uchylanie — w drodze indywidualnych umów — standardu wprowadzonego w dyrektywie 86/653. Efekt ten dotyczy przy tym wszystkich przepisów implementujących, niezależnie od tego, czy z perspektywy dogmatycznej struktury prawa krajowego byłyby one kwalifikowane jako dyspozytywne, kogentne czy semidyspozytywne. Powinny one podlegać wykładni prounijnej²² w sposób, który pozwoliłby na możliwie pełną realizację standardu wprowadzonego w dyrektywie²³.

¹⁹ Por. szerzej F. Möslin: *Dispositives...*, *op. cit.*, s. 177–179.

²⁰ Por. szerzej I. Schwander: *Was macht einen Rechtssatz zwingend oder dispositiv (w:) Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer*, Hrsg. H. Honsell et al., Basel–Genf–München 2004, s. 406–410; F. Möslin: *Dispositives...*, *op. cit.*, s. 179 i n.; M. Piotrowski: *Normy...*, *op. cit.*, s. 101–111.

²¹ Por. szerzej niżej, przyp. 23.

²² Na temat samego pojęcia wykładni prounijnej (lub prowspólnotowej) i jej charakteru zob. m.in.: S. Biernat: *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem Wspólnot Europejskich (w:) Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, pod red. C. Mika, Toruń 1998, s. 127; C. Mik: *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, Warszawa 2000, s. 578; A. Wróbel: *Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE. Zarys problemu (w:) Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne*, pod red. L. Gardockiego, J. Godynia, M. Hudzika, L.K. Paprzyckiego, Warszawa 2008, s. 51–70; K. Kowalik-Bańczyk: *Prowspólnotowa wykładnia prawa polskiego*, Europejski Przegląd Sądowy 2005, nr 3, s. 16–18; M. Koszowski: *Wykładnia prowspólnotowa w ujęciu teoretycznoprawnym*, Przegląd Legislacyjny 2009, nr 3, s. 70–72.

²³ Por. także E. Łętowska: *Dialog i metody. Interpretacja w multicentrycznym systemie prawa*, cz. I, Europejski Przegląd Sądowy 2008, nr 11, s. 6, która wyraźnie stwierdza, że wykładnia prawa obejmuje nie tylko wyjaśnianie prawa oraz współbudowanie systemu prawa (*Rechtsfindung*), lecz także obowiązek osiągnięcia celu, któremu te interpretacyjne zabiegi mają służyć (*effet utile*); por. też M. Gutowski: *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017, s. 295, 296. Zob. również wyrok TSUE z dnia 17 maja 2017 r., sprawa C-48/16, *ERGO Poist'ovňa, a.s. p. Alžběcie Barlikovej*, ECLI:EU:C:2017:377, w którym Trybunał przyjął, że „w sytuacji, gdy przepisy prawa krajowego opierają się na tych samych rozwiązaniach, jak te, które przyjęto w prawie Unii, zwłaszcza po to, by uniknąć dyskryminacji, podmiotów zagranicznych lub ewentualnego zakłócenia konkurencji, istnieje niewątpliwie interes w tym, by celem uniknięcia potencjalnych rozbieżności interpretacyjnych przepisy lub pojęcia przejęte

Warto także zwrócić uwagę, że w literaturze odnoszącej się do prawa umów obligacyjnych formułowany jest pogląd o konieczności domniemania, że wszystkie normy tego działu prawa prywatnego powinny być z zasady traktowane jako dyspozytywne, o ile nie można wskazać szczególnych argumentów za przypisaniem im charakteru kogentnego²⁴. Reguła ta nie działa jednak oczywiście w sposób automatyczny i wymaga weryfikacji w drodze pełnej wykładni danego przepisu prawnego, z uwzględnieniem wszystkich metod wykładni w systemie prawa, mającym cechy multicentryczne.

W przypadku art. 761 § 1 k.c. kluczowe znaczenie ma argumentacja systemowa i funkcjonalna. Posługiwanie się tymi metodami w celu określenia zakresu opcjonalności normy prawnej wymaga poszukiwania zwykle dość rozproszonych — i częściowo ukrytych — przesłanek, które pozwolą na rekonstrukcję charakteru, jaki przewidział dla niej ustawodawca. Zawodne jest przy tym stosowanie interpretacji *a contrario*, sprowadzającej się do prostego przeciwieństwa, opartego na założeniu, zgodnie z którym jeśli ustawodawca niektórym przepisom nadał charakter bezwzględnie wiążący bądź semiimperatywny, a w stosunku do innych tego nie uczynił, oznacza to, że w odniesieniu do tych drugich należy przyjmować ich dyspozytywny charakter²⁵. Wykładnia *a contrario* może wydawać się szczególnie prostym i pewnym sposobem identyfikacji norm dyspozytywnych w obrębie ograniczonych i stosunkowo zamkniętych zespołów regulacji — jak na przykład przepisy normujące poszczególne typy umów, w tym o umowę agencyjną. Można byłoby twierdzić, że skoro ustawodawca niektórym przepisom w tych ramach nadał charakter *expressis verbis* kogentny lub semiimperatywny, wszystkie pozostałe normy należy uważać za dyspozytywne. Podążając tym tropem rozumowania, art. 761 § 1 k.c. można byłoby uważać za regulację dyspozytywną. Poprzestanie na tym założeniu jest jednak oczywiście niewystarczające i prowadzi do błędnych konkluzji. Aksjologiczne, funkcjonalne i systemowe tło tego przepisu jest znacznie bardziej złożone. Wymaga zatem głębszej i zindywidualizowanej analizy, uwzględniającej właściwości przepisów o umowie agencyjnej i niepoprzestającej jedynie na ogólnych założeniach odnoszących się do wykładni przepisów normujących umowy obligacyjne.

z prawa Unii były interpretowane w sposób jednolity, bez względu na okoliczności, w jakich mają być stosowane” (pkt 29).

²⁴ Pogląd ten przyjmuje m.in. K. Mularski: *Wykonanie zastępcze — ius cogens czy ius dispositivum*, Monitor Prawniczy 2006, nr 14, s. 760; por. także J. Napierała: *Kontrola klauzul odpowiedzialności odszkodowawczej w obrocie gospodarczym*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1991, z. 3, s. 49; o kwestii tej por. także P. Machnikowski (w:) *System prawa prywatnego*, op. cit., t. 5, s. 473, który wyklucza automatyzm w kwalifikowaniu norm prawa umów jako dyspozytywnych, jeśli ustawodawca nie wskazał wprost na ich imperatywny lub semiimperatywny charakter, generalnie dopuszczając jednak powołanie się na typowość norm dyspozytywnych dla prawa zobowiązań jako jeden z argumentów interpretacyjnych.

²⁵ Przy prawidłowym stosowaniu wnioskowania *a contrario* należy wziąć pod uwagę, że należy ono do wnioskowań aksjologicznych. Przy rozważaniu zasadności tego rodzaju rozumowania nie są obojętne wartości chronione przez ustawodawcę w ramach danej regulacji. Rozumowanie to nie sprowadza się więc do rozumowania czysto logicznego. Wnioskowanie *a contrario* zakłada, że zastosowanie do sytuacji nienormowanych wyrażnie przepisem prawa przepisu regulującego sytuację podobną nie znajduje uzasadnienia wedle intencji ustawodawcy.

4. CHARAKTER ART. 761 § 1 K.C. W UJĘCIU DOKTRYNALNYM

W dotychczasowych wypowiedziach doktryny zdaje się przeważać stanowisko, zgodnie z którym przepisy o prowizji należnej agentowi z tytułu umów zawartych w czasie umowy agencyjnej mają charakter imperatywny lub semiimperatywny. Niektórzy autorzy wyraźnie wskazują na ten charakter wprost²⁶, inni formułują natomiast to stanowisko *implicite* — twierdząc, że prowizja jest elementem koniecznym do zawarcia ważnej umowy agencyjnej, która ze swojej istoty rodzi stosunek odpłatny²⁷. Drugie z tych stanowisk zakłada więc jednoznacznie, że agent nie może zostać pozbawiony wynagrodzenia w sposób, który prowadziłby do przekształcenia stosunku prawnego agencji — w całości lub w części — w umowę nieodpłatną²⁸. W konsekwencji, prowizja powinna być należna nawet wówczas, gdy postanowienia umowy nie odnoszą się wprost do kwestii wynagrodzenia²⁹.

Niektóre z formułowanych w doktrynie wypowiedzi nie wskazują wyraźnie na imperatywny (lub semiimperatywny) charakter art. 761 § 1 k.c.³⁰ Kontekst, w jakim wypowiedziano te poglądy, nie prowadzi jednak do oczywistego wniosku, by ich autorzy uznawali ten przepis za dyspozytywny — a w konsekwencji, by dopuszczali możliwość umownego pozbawienia agenta prawa do prowizji w ramach interesów pośrednich³¹.

W pierwsze z tych stanowisk wpisuje się pogląd różnicujący uprawnienia agenta do prowizji na trzy grupy (tj. prowizji agenta zwykłego w czasie trwania umowy, prowizji agenta wyłącznego i prowizji agenta po ustaniu umowy agencyjnej) i — w odniesieniu do kluczowej dla tego opracowania kwestii — sprowadzający

²⁶ Zob. P. Mikłaszewicz (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 798, 814 i n.; I. Mycko-Katner: *Umowa...*, *op. cit.*, s. 205; K. Włodarska: *Umowa...*, *op. cit.*, s. 55; E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, pod red. S. Włodyki, Warszawa 2014, s. 474, 502; *eadem* (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, pod red. J. Rajskiego, wyd. 3, Warszawa 2011, s. 625; por. też K. Topolewski: *Cywilnoprawne...*, *op. cit.*, s. 235.

²⁷ Tak np. K. Kopaczyńska-Pieczniak (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, *Zobowiązania: część szczegółowa*, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2010, s. 687, 717, 719; J. Widło (w:) *Kodeksowe umowy handlowe*, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2014, s. 444; por. też D. Bucior: *Odpłatność...*, *op. cit.*, s. 406.

²⁸ Por. polemikę D. Buciora: *Odpłatność...*, *op. cit.*, s. 411, z K. Topolewskim: *Cywilnoprawne...*, *op. cit.*, s. 239, 240, odnośnie do odpłatności usług agenta.

²⁹ Tak J. Napierała (w:) *Umowy w obrocie gospodarczym*, pod red. A. Kocha, J. Napierały, wyd. 3, Warszawa 2013, s. 144.

³⁰ J. Jezioro (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, 2017, s. 1466, 1474 i w wydaniach poprzednich, pod red. E. Gniewka; por. także T. Wiśniewski: *Umowa agencyjna według Kodeksu cywilnego*, Warszawa 2001, s. 55, 59.

³¹ W doktrynie nie różnicuje się zresztą charakteru prawnego obu norm objętych art. 761 § 1 k.c. odnoszących się do interesów pośrednich i bezpośrednich i wynikających stąd konsekwencji. Wypowiadający się autorzy przyjmują taki bądź inny charakter prawny w odniesieniu do art. 761 § 1 k.c. *in corpore*; por. jednak ostatnio E. Rott-Pietrzyk: *Dopuszczalność pozbawienia agenta prowizji od umów zawartych z pozyskanymi uprzednio klientami* (w:) *Prawo prywatne wobec wyzwań współczesności. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Ogiegle*, pod red. M. Frasa, P. Ślęzaka, Warszawa 2017, s. 399 i n.; *eadem* (w:) *System prawa handlowego*, *op. cit.*, t. 5, pod red. S. Włodyki, s. 580 i n.

się do tego, że „przepisy w tym zakresie nie mają charakteru bezwzględnie obowiązującego, dlatego też strony mogą umówić się inaczej”³². Dalsze uwagi formułowane w ramach tego poglądu pozwalają jednak sądzić, że to od woli stron zależy, czy zastrzegą one klauzulę o prowizji wyłącznej (tj. czy ustanowią agenta agentem wyłącznym), czy też zastrzegą prowizję od umów zawartych po ustaniu umowy agencyjnej, czy też zmieniają regulację ustawową, w kierunku korzystniejszym dla agenta (co jest dopuszczalne w przypadku przepisów semiimperatywnych, innymi słowy wiążących tylko jednokierunkowo)³³. Równocześnie, w innym fragmencie wypowiedzi autor tego stanowiska stwierdza wprost, że strony mogą wynagrodzenie o innym charakterze poddać reżimowi wynagrodzenia prowizyjnego, w takim zaś przypadku „przepisy drobiazgowo normujące treść umowy w odniesieniu do problematyki prowizji, zawierające w zasadzie regulację o charakterze bezwzględnie obowiązującym, będą do tego wynagrodzenia miały pełne zastosowanie”. W konsekwencji, trudno twierdzić, by wypowiedź ta przemawiała za dyspozytywnym charakterem art. 761 § 1 k.c. Swoboda stron, na którą zwraca uwagę autor tej koncepcji, rozciąga się na szczegółowe decyzje co do sposobu ukształtowania wynagrodzenia prowizyjnego, przede wszystkim w czterech głównych obszarach tj.: (1) czy agent jest agentem z prawem wyłączności z konsekwencjami określonymi w art. 761 § 2 k.c. czy też agentem zwykłym (z konsekwencjami określonymi w art. 761 § 1 k.c.); (2) czy agent ma otrzymać prowizję *del credere* (w razie zastrzeżenia zobowiązania o tym charakterze); (3) czy agent jest wynagradzany w postaci prowizyjnej, czy też przysługuje mu wynagrodzenie w innej postaci (np. ryczałtowej); (4) bądź czy jest uprawniony do otrzymania wynagrodzenia o charakterze mieszanym (wynikowym — prowizyjnym, a także stałym). Samo prawo do uzyskania prowizji określone przesłankami ustawowymi określonymi w art. 761 § 1 k.c. nie może jednak zostać wykluczone przez strony.

Drugi z istotnych dla prowadzonych rozważań poglądów wymaga przede wszystkim zwrócenia uwagi na jego kontekst. Autor tego stanowiska formułuje je w odniesieniu do art. 758¹ k.c.³⁴, pisząc o „dyspozytywnym charakterze uregulowania wynagrodzenia w postaci prowizji w art. 758¹ k.c.”, następnie zaś stwierdzając, że przepis ten „ma charakter względnie wiążący (*ius dispositivum*); prowizja należy się agentowi, jeśli w umowie nie określony został odmienny sposób wynagrodzenia (§ 1)”. W tym zatem znaczeniu przepis ma oczywiście charakter dyspozytywny. Niemniej wynika z tego tylko to, że rodzaj wynagrodzenia (tj. wynagrodzenie prowizyjne, ryczałtowe bądź inne) zależy od stron, które mogą kształtować w tym zakresie stosunek umowny wedle swej woli (art. 353¹ k.c.). Jak się wydaje, także w ujęciu tego autora swoboda stron obejmuje więc wyłącznie określenie, jakiego

³² T. Wiśniewski: *Umowa...*, *op. cit.*, s. 59.

³³ Autor ten bowiem wcześniej w cytowanej publikacji stwierdza, że „unormowanie to ma charakter *iuris cogens*” (*ibidem*, s. 55).

³⁴ Tamże, pkt 1 nb 1 (w różnych wydaniach cytowanego komentarza).

rodzaju wynagrodzenie otrzyma agent. Nie odnosi się ona natomiast do swobody rozważania przez strony tego, czy agent jest uprawniony do otrzymania wynagrodzenia (bez względu na jego rodzaj), czy też można go tego wynagrodzenia pozbawić. W świetle wypowiedzi autora ukształtowanie przez strony treści umowy w ten sposób, że agent nie jest uprawniony do wynagrodzenia (niezależnie od rodzaju) przez jego wyłączenie (w ogóle albo co do np. określonych transakcji), mimo zaistnienia przesłanek jego nabycia określonych w art. 761 § 1 w zw. z 761³⁵ k.c., jest sprzeczne z ustawą. Takie odczytanie tego stanowiska wzmacnia dodatkowo bardziej ogólna wypowiedź, zgodnie z którą cechą regulacji o umowie agencyjnej jest „dominacja norm bezwzględnie wiążących oraz semiimperatywnych”³⁵.

W dalszej części swojej wypowiedzi autor wskazuje na „dyspozytywny charakter zasad nabycia prawa do prowizji w przypadku agencji zwykłej”, czyniąc jednocześnie uwagę w odniesieniu do agencji wyłącznej, w odniesieniu do której dodaje, że w tym przypadku ustawodawca przewidział „dodatkowe uprawnienie prowizyjne zastrzeżone regulacją bezwzględnie wiążącą”. W tym też kontekście trzeba rozważać pogląd o dyspozytywności norm regulujących stosunek agencji. Należy, jak się wydaje, pogląd ten rozumieć tak, że regulacja agenta wyłącznego jest o tyle bardziej korzystna od regulacji dotyczącej agenta zwykłego, że agenta wyłącznego nie można pozbawić prowizji od umów zawartych bez jego udziału z klientem należącym do przyznanego mu w ramach wyłączności zakresu (geograficznego, przedmiotowego itd.), bezpośrednio przez dającego zlecenie bądź innego agenta³⁶. W nawiązaniu do tego poglądu warto także zauważyć, że elementem wspólnym dla agenta wyłącznego i agenta zwykłego (uprawnionego do prowizji od umów zawartych z klientami pozyskanymi przez niego poprzednio dla umów tego samego rodzaju) jest właśnie prowizja bez bezpośredniego „udziału agenta”. Okoliczność, że agenta wyłącznego nie można pozbawić prowizji od umów zawartych bez jego udziału w zakresie jego wyłączności (art. 761 § 2 k.c.), nie przemawia za tym, że w stosunku do agenta zwykłego można go pozbawić prowizji od umów zawartych bez jego udziału polegającego na aktywnym bezpośrednim działaniu, tj. z klientem ze stworzonej przez niego tzw. bazy klientów (art. 761 § 1 *in fine* k.c.). Udział agenta przy zawarciu umowy nie jest w tym ostatnim przypadku bezpośredni. Sprowadza się on do uprzednich działań, dzięki którym pozyskano danego klienta. Innymi słowy, umowy zawarte „bez udziału agenta” wyłącznego dotyczą umów z przyznanego mu okręgu geograficznego bądź grupy klientów; w przypadku agenta zwykłego chodzi natomiast o umowy zawarte z poprzednio pozyskanymi klientami „dla umów tego samego rodzaju”. Z nałożenia na siebie obu zakresów, tj. zakresu określonego z jednej strony w art. 761 § 2 k.c. i art. 761 § 1 *in fine* k.c. z drugiej, wynika wniosek, że zakres pierwszy (określony dla agenta wyłącznego)

³⁵ J. Jezioro (w:) *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 1464.

³⁶ Bliżej E. Rott-Pietrzyk: *Agent handlowy — regulacje polskie i europejskie*, Warszawa 2006, s. 342 i n.

może być *in concreto* szerszy. Oznacza to, że agenta wyłącznego, uprawnionego do prowizji w szerszym zakresie niż agent zwykły (w obu sytuacjach normowanych art. 761 § 1 k.c.), nie można pozbawić prawa do prowizji w odniesieniu do tegoż właśnie szerszego zakresu (tj. prowizji od umów zawartych bez jakiegokolwiek udziału tego typu agenta). Nie należy jednak na tej podstawie wnioskować, że w węższym zakresie agent mógłby być — bez naruszenia standardu ochronnego przewidzianego w dyrektywie 86/653 — prawa do prowizji pozbawiony. Jeśli ustawodawca unijny, a w konsekwencji implementacji — ustawodawca krajowy chroni agenta w szerszym zakresie, trudno przyjąć, że czyni wyłom w standardzie ochronnym w zakresie węższym.

5. CHARAKTER PRZEPISÓW O PROWIZJI AGENTA W ŚWIECIE STANDARDÓW EUROPEJSKICH (WYKŁADNIA PROUNIJNA)

Jak już wspomniano, wyjściowym punktem odniesienia dla ustalenia charakteru art. 761 § 1 k.c. i wynikającego stąd zakresu opcjonalności są przepisy dyrektywy 86/653³⁷. Regulacja prawa polskiego transponuje wprost art. 7 tego aktu. Udzielenie odpowiedzi na pytanie o zakres jego opcjonalności wymaga jednak wzięcia pod uwagę całej treści aktu unijnego oraz utrwalonego sposobu jego rozumienia, między innymi w orzecznictwie TSUE. Chociaż Trybunał najczęściej wypowiedział się w odniesieniu do jednej z instytucji składającej się na standard ochronny agenta (tj. świadczenia wyrównawczego), wiele jego wypowiedzi dotyczyło ogólnej istoty standardu ochronnego ustanowionego dla agenta, jego *ratio legis* oraz koniecznego kierunku wykładni implementowanych przepisów dyrektywy 86/653.

Zasadniczym celem dyrektywy 86/653 jest ochrona agenta (przedsiębiorcy) jako strony modelowo słabszej w stosunku do dającego zlecenie³⁸. Takie zadanie tego aktu było wielokrotnie i konsekwentnie podkreślane w orzecznictwie TSUE³⁹. Jak w szczególności zauważył Trybunał, normy prawne ustanowione w dyrektywie 86/653 mają charakter imperatywny i służą zapewnieniu agentom minimalnego poziomu ochrony⁴⁰.

³⁷ Obowiązek wykładni prounijnej dotyczy, rzecz jasna, wszystkich rodzajów prowizji przewidzianych w art. 761 k.c., tj.: prowizji od tzw. interesów bezpośrednich (§ 1 *ab initio*) i pośrednich (§ 1 *in fine*), a także prowizji agenta wyłącznego (§ 2).

³⁸ Zob. bliżej E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski: *Struktura umów o pośrednictwo handlowe (wnioski prawno-porównawcze i propozycje legislacyjne)*, Studia Prawa Prywatnego 2018, nr 1, s. 17.

³⁹ Zob. wyroki TSUE: *Bellone*, C-215/97, EU:C:1998:189, pkt 13; *Ingmar*, C-381/98, EU:C:2000:605, pkt 20, 21; *Honyvem Informazioni Commerciali*, C-465/04, EU:C:2006:199, pkt 19, 22; *Chevassus-Marche*, C-19/07, EU:C:2008:23, pkt 22; *Semen*, C-348/07, EU:C:2009:195, pkt 14.

⁴⁰ Zob. np. opinię Rzecznika Generalnego M. Szpunara z 10 września 2015 r. w sprawie C-315/14 *Marchon Germany GmbH v. Yvonne Karaszkiewicz*, ECLI:EU:C:2015:571, którą TSUE podzielił w wyroku z dnia 7 kwietnia 2016 r., ECLI:EU:C:2016:211.

W przypadku przepisów prawa polskiego stanowiących implementację przepisów dyrektywy 86/653, poza innymi tradycyjnymi narzędziami służącymi interpretacji, konieczne jest zatem uwzględnienie wykładni prounijnej, pozwalającej na osiągnięcie celu, założeń i systemu ochronnego stworzonego przez tę dyrektywę⁴¹. Wiele normowanych nią instytucji należy uznać wprost za instrumenty chroniące agenta jako słabszą stronę stosunku prawnego⁴². Rangę przepisów chroniących agenta podkreślono wielokrotnie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, w szczególności przez uznanie ich, ze względu na ich imperatywny i ochronny charakter, za przepisy wymuszające swoje zastosowanie⁴³. Wykładnia prounijna zakłada interpretację przepisów krajowych stanowiących implementację dyrektyw zgodnie z celami i założeniami poszczególnych dyrektyw, a także z uwzględnieniem orzecznictwa TSUE⁴⁴. W świetle dyrektywy 86/653 przepisy o prowizji agenta (art. 7–12), wraz z przepisem odnoszącym się do kontroli prowizji (art. 12), mają charakter imperatywny (zob. art. 12 ust. 3). Jednocześnie w dyrektywie 86/653 zamieszczono postanowienie, z którego wynika, że ochrona agenta w krajach członkowskich w zakresie instrumentów kontrolnych dotyczących prowizji może być dalej idąca. W zakresie analizowanego uprawnienia agenta ochrona przepisami krajowymi odpowiada rozwiązaniom przyjętym w dyrektywie 86/653.

Dodatkowego argumentu na rzecz imperatywnego charakteru przepisów dyrektywy 86/653/EWG o wynagrodzeniu agenta dostarcza europejski akt prawa modelowego, tj. Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles — ACQP)⁴⁵. Zasady Acquis ujmują w postaci systemu prawo prywatne UE unormowane fragmentarycznie w dyrektywach i rozporządzeniach UE⁴⁶. Mając na względzie istotę i cel dyrektywy 86/653 (cel ogólny) oraz *ratio legis* poszczególnych jej przepisów (cel szczegółowy), w art. 7:H-02 (1) ACQP (zatytułowanym wprost:

⁴¹ Odnosnie do celu i systemu dyrektywy zob. wyroki w sprawach: *Honyvem Informazioni Commerciali*, C-465/04, EU:C:2006:199, pkt 17; *Semen*, C-348/07, EU:C:2009:195, pkt 13.

⁴² Bliżej E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa prywatnego*, t. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, pod red. M. Pazdana, Warszawa 2015, s. 193.

⁴³ Zob. sprawa C-381/98, *Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc.*, ECR 2000, s. I-9305; wyrok TSUE z dnia 17 października 2013 r. w sprawie C 184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV v. Navigation Maritime Bulgare*, ECLI:EU:C:2013:663.

⁴⁴ Na temat istoty wykładni prounijnej zob. np. A. Madeja: *Wykładnia prounijna w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego (1997–2005)*, *Studia Iuridica Toruniensia* 2011, t. VIII, s. 142 i n.; K. Oplustil: *O potrzebie proeuropejskiej wykładni polskiego prawa spółek*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2010, nr 9, s. 4 i n.; E. Rott-Pietrzyk: *Czy DCFR ma znaczenie przy wykładni prounijnej przepisów o umowie agencyjnej (w:) Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, pod red. J. Kruczałak-Jankowskiej, Warszawa 2013, s. 374 i n.; *eadem* (w:) *System prawa prywatnego*, t. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, pod red. M. Pazdana, Warszawa 2014, s. 255.

⁴⁵ Zob. *Reaserch Group on the Existing EC Private Law, Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Service*, Sellier 2009, s. 36.

⁴⁶ Odnosnie do celu, znaczenia, funkcji i metody tworzenia Acquis Principles zob. E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa handlowego*, t. 9, *Międzynarodowe prawo handlowe*, pod red. W. Popiołka, Warszawa 2013, s. 79 i n.

Mandatory nature) jako zasadę wskazano kogentny⁴⁷ charakter przepisów o umowie agencyjnej⁴⁸. Rozwiązanie to może zostać przełamane na poziomie przepisów szczegółowych, jeśli zostałyby one ukształtowane jako dyspozytywne. W przypadku wynagrodzenia prowizyjnego (art. 7:H-06) nie ma to jednak miejsca. Reguły zawarte w ACQP mają charakter *soft law*. W tym znaczeniu nie mają one więc charakteru wiążącego. Należy jednak podkreślić, że zostały one stworzone jako próba syntezy i „wyjęcia przed nawias” najistotniejszych rozwiązań i zasad zawartych w prawie prywatnym UE. W konsekwencji, mogą one stanowić bezpośrednią wskazówkę co do „ducha” i ogólnego celu przepisów prawa unijnego i — w konsekwencji — implementujących je regulacji krajowych. W dalszym rezultacie ACQP może także stanowić wskazówkę co do sposobu rozgraniczenia między regulacjami semi- i w pełni dyspozytywnymi oraz bezwzględnie wiążącymi na poziomie systemów państw członkowskich.

Prawo unijne — zarówno *per se*, jak i za pośrednictwem akademickiej syntezy objętej ACQP — wyraźnie przemawia zatem za ograniczeniem zakresu dyspozytywności przepisów regulujących umowę agencyjną. Umowa agencyjna stanowi z tego punktu widzenia wyjątek wśród ustawowych typów umów obligacyjnych, w odniesieniu do których przyjmowana jest w najszerszym zakresie swoboda stron w zakresie kształtowania treści i celu wynikających z nich stosunków prawnych. Równocześnie, regulacja tej umowy stanowi jeden ze stosunkowo nielicznych wyjątków, w których prawo umów obejmuje jeden z podmiotów w relacji *business-to-business* (zakładając, że agent pozostaje typowo stroną znacząco słabszą ekonomicznie niż dający zlecenie).

6. ELEMENTY KOSENTNE I DYSPOZYTYWNE W REGULACJI WYNAGRODZENIA PROWIZYJNEGO

Ogólne wnioski wynikające z regulacji unijnej nie dają jednak jeszcze jednoznacznej odpowiedzi co do relacji między dyspozytywnymi i kogentnymi elementami w strukturze art. 761 § 1 k.c. Dotyczy to zwłaszcza pytania o możliwość swobodnego kształtowania przez strony prowizji agenta w odniesieniu do umów zawartych z klientami pozyskanymi przez agenta poprzednio dla umów tego samego rodzaju (interesów pośrednich). Z uwagi na to, że polska regulacja nie określa *expressis verbis* swojego charakteru, konieczne jest sięgnięcie do jej warstwy systemowej i funkcjonalnej. Na tym tle trudno zidentyfikować wyraźne przyczyny, które przemawiałyby za uznaniem omawianego przepisu za dyspozytywny. Prze-

⁴⁷ „Contract terms which are prejudicial to the commercial agent and which deviate from the rules in this part are not binding on the commercial agent”.

⁴⁸ Rozwiązanie to zostało odniesione do wszystkich przepisów regulujących tę umowę, z wyjątkiem normy dotyczącej świadczenia wyrównawczego, zamieszczonej w art. 7:H-02 (2) ACQP.

konujących argumentów nie dostarczają zarówno treść i kontekst tego przepisu, jak i dyskusja prowadzona dotychczas w doktrynie i orzecznictwie⁴⁹.

Po pierwsze, nie ulega wątpliwości, że przepis ten ma charakter ochronny, służąc zagwarantowaniu prawa agenta do wynagrodzenia za usługi wykonane w interesie dającego zlecenie. *Lege non distinguente*, cel ten należy odnosić zarówno do czynności agenta, które mieszczą się w ramach interesów bezpośrednich, jak i pośrednich, w przyjętym wyżej rozumieniu. Obok samego brzmienia przepisu, za rozróżnieniem charakteru i skutków prowizji z obu tytułów nie przemawia także cel art. 761 § 1 k.c. (który wskazuje na konieczność jednolitego traktowania prowizji z tytułu interesów pośrednich i bezpośrednich). Za koniecznością różnicowania obu prowizji nie przemawia również ekonomiczna istota umowy agencyjnej. Sprowadza się ona do realizacji celów gospodarczych zleciennodawcy przez zwiększenie wolumenu umów zawieranych w ramach jego działalności gospodarczej (z udziałem pośrednika), a także zbudowanie bazy klientów nabywających produkty bądź usługi dającego zlecenie. Ten drugi element ma wartość ekonomiczną wpływającą na wartość jego przedsiębiorstwa⁵⁰.

Po drugie, nie sposób byłoby pogodzić istoty stałego pośrednictwa, którego cechą jest tworzenie bazy klientów dla dającego zlecenie (z której tenże odnosi korzyści zarówno w czasie trwania umowy agencyjnej, jak i po jej zakończeniu) ze zgodą na dopuszczalność wyłączenia przez strony prowizji związanej z okolicznością stanowiącą o fundamencie instytucji stałego pośrednictwa (budowania bazy klientów świadczącej o wartości przedsiębiorstwa dającego zlecenie). Dyspozytywność art. 761 § 1 *in fine* k.c. prowadziła by właśnie do naruszenia istoty i natury instytucji pośrednictwa objętego umową agencyjną. Dopuszczalność wyłączenia przez strony prowizji od umów zawartych z klientami pozyskanymi dla umów tego samego rodzaju powodowałaby, że agent otrzymywałby wyłącznie prowizję z tytułu pierwszej umowy zawartej z danym klientem. Otrzymywałby wówczas wyłącznie wynagrodzenie za swój udział przy zawarciu umowy, innymi słowy za wykonywane czynności (aktywne bezpośrednie działanie). Wynagradzanie za dokonywane czynności, tj. wykonaną pracę, jest charakterystyczne dla umowy innego typu — umowy zlecenia, w której zleceniobiorca jest wynagradzany właśnie za „wykonaną pracę” (art. 735 § 2 k.c.). Jeśli zatem umowa zostanie zakwalifikowana jako umowa agencyjna, to wyłączenie prowizji, o której mowa w art. 761 § 1 *in fine* k.c., jest niedopuszczalne z uwagi na imperatywny charakter § 1 *in corpore*, który wynika z logiki konstrukcji przepisów o wynagrodzeniu agenta. Nie sposób zatem

⁴⁹ Jeśli za przyznający przepisom art. 761 § 1 k.c. charakter dyspozytywny w odniesieniu do pełnego zakresu tej regulacji uznać pogląd J. Jeziory, to z pewnością nie towarzyszy temu pogładowi uzasadnienie heurystyczne mocne.

⁵⁰ Zob. bliżej P. Tomczyk: *Modele wyceny klienta a podejścia do wyceny przedsiębiorstwa*, Handel Wewnętrzny 2012, nr 9–10, s. 182–183; P. Zaborek, T. Tomczyk, P. Doligalski: *Does customer analysis affect firm performance? Quantitative evidence from the Polish insurance market*, Journal of Business Research 2016, nr 69, s. 3655–3657.

przyjąć, że dyspozytywny charakter tego przepisu jest zgodny z intencją ustawodawcy unijnego czy krajowego (zakładając, że ten chce realizować *effet utile* dyrektywy 86/653), jeśli konsekwencją takiej kwalifikacji miałyby być sprzeczność z istotą stałego pośrednictwa, które jest elementem konstrukcyjnym umowy agencyjnej determinującym jej naturę (właściwość). Pojawiałaby się wtedy niespójność natury stosunku agencyjnego, odmiennej od umów zbliżonych (w szczególności zlecenia), z jednym z przepisów, kształtujących normatywny wzorzec umowy, z której stosunek ten wynika. Również zatem z punktu widzenia prawidłowej legislacji i zasad odczytywania intencji ustawodawcy, dyspozytywność art. 761 § 1 *in fine* k.c. jest nie do zaakceptowania. Należy zauważyć, że ustawodawca unijny (więc trzeba przyjąć, że także krajowy) uznał tworzenie bazy klientów (z której dający zlecenie czerpie korzyści) za tak istotny element standardu ochronnego agenta, że uposażył go z tego tytułu także po zakończeniu umowy agencyjnej (w ramach świadczenia wyrównawczego). Nie sposób zatem przyjąć, że jego intencją jest dopuszczalność pozbawienia agenta prowizji z tego tytułu w czasie trwania umowy agencyjnej. Wnioskowanie *a maiori ad minus* znajduje tu zastosowanie. Uzasadniony wobec tego jest wniosek, że liczne wypowiedzi TSUE odnoszące się do wykładni prawa na korzyść agenta, dotyczące świadczenia wyrównawczego (rozumianego jako swoisty ekwiwalent za zbudowanie bazy klienteli), odnieść należy tym bardziej do wynagrodzenia prowizyjnego z tytułu umów zawartych z klientelą przysporzoną przez agenta w przypadku zawierania przez tych klientów umów tego samego rodzaju. Z uwagi więc na to, że budowanie bazy klientów należy do istoty pośrednictwa stałego, należy obie wymienione regulacje postrzegać w sposób spójny (przemawiają za tym wykładnie systemowa, funkcjonalna i prounijna).

Po trzecie, przy przyjmowaniu zasad interpretacji norm objętych art. 761 § 1 k.c. i określaniu ich charakteru prawnego powinna zostać zachowana spójność całej konstrukcji wynagrodzenia prowizyjnego⁵¹. Identycznie zatem należy ujmować skutki wystąpienia przesłanek nabycia prawa do prowizji w odniesieniu do interesów bezpośrednich oraz pośrednich. Spójność aksjologiczna całej konstrukcji wymaga również wiązania identycznego charakteru prawnego z obiema normami art. 761 § 1 k.c. Wspólnym mianownikiem jest tu zawarcie umowy z klientem w czasie trwania umowy agencyjnej. Od chwili zawarcia umowy z klientem w okolicznościach określonych w art. 761 k.c. rozpoczyna się działanie ustawowego modelu ochronnego wprowadzonego dyrektywą 86/653 dla agenta. W tym zakresie nie ma podstaw do różnicowania swobody stron odnośnie do kształtowania prowizji, o której mowa w art. 761 § 1 *ab initio* oraz *in fine*. Z obiema prowizjami (od interesów bezpośred-

⁵¹ Na tę spójność zwraca również uwagę w swej opinii rzecznik generalny M. Szpunar, przedstawionej 12 stycznia 2017 r. w sprawie *ERGO Poist'ovňa, a.s. v. Alžběcie Barlikovej* (pkt 30), ECLI: ECLI:EU:C:2017:15, odnosząc się do prowizji agenta, tj. z jednej strony do art. 11 ust. 1, a z drugiej do art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 1 dyrektywy 86/653. Pogląd przyjęty przez rzecznika w tej sprawie został następnie podzielony przez TSUE w wyroku z dnia 17 maja 2017 r., ECLI:EU:C:2017:377.

nich i pośrednich) objętymi art. 761 § 1 k.c. należy wiązać identyczny charakter wpływający w takim samym zakresie na swobodę stron przy ich kształtowaniu.

Po czwarte, w ramach omawianej relacji agent pozostaje bez wątpienia stroną słabszą pod względem ekonomicznym, co przekłada się na jego mniejszą siłę negocjacyjną⁵². W rezultacie, regulacje dyspozytywne zawarte w przepisach o umowie agencyjnej mogą w istocie rzeczy otwierać dającemu drogę zlecenie do *de facto* jednostronnego decydowania o ich utrzymaniu lub zastąpieniu innym postanowieniem umowy⁵³. W konsekwencji, w przypadku regulacji o celu ochronnym, opartych na założeniu o typowej słabości jednej ze stron umowy (także w relacjach B2B), z reguły lepiej sprawdzają się regulacje oparte na określonym stopniu kogenności. Jak już była mowa, założenie to *implicite* przyjmuje dyrektywa 86/653, a także (wprost) przepisy o umowie agencyjnej w ACQP. W rezultacie, ponieważ art. 7 dyrektywy ma cel wyrażnie ochronny, gwarantując agentowi prawo do prowizji, regulacja implementująca go w porządku krajowym powinna nie tylko powtarzać jego treść, lecz także zawierać instrumenty pozwalające na zrealizowanie jego celu; w tym przypadku zatem musi wykluczać możliwość *de facto* jednostronnego uchylenia przepisu przez silniejszego z kontrahentów (postanowieniami nienegocjowanymi indywidualnie). W ten sposób cel regulacji unijnej, która w swojej treści nie przesądza *expresiss verbis* w art. 7 dyrektywy 86/653 o dyspozytywnym lub kogennym charakterze, rzutuje na ograniczenie dyspozytywności w prawie krajowym (w ramach przedstawionego wyżej nakładania się na siebie dwóch płaszczyzn multi-centricznego porządku prawnego⁵⁴).

Po piąte, za wnioskiem o dyspozytywności art. 761 § 1 *in fine* k.c. nie wydaje się przemawiać także jakiejkolwiek ogólne założenie co do dyspozytywnego charakteru omawianych przepisów (jako przepisów normujących umowy obligacyjne). Jak już była mowa, rozumowanie z przeciwności może być w tym przypadku zawodne⁵⁵. Brak zamieszczenia w treści przepisu wyraźnego ograniczenia lub wyłączenia dyspozytywności nie musi oznaczać jeszcze, by przepis ten należało uznać w całości czy w części za dyspozytywny. Przeciwnie — wykładnie systemowa i celowościowa odnoszące się do obu norm objętych art. 761 § 1 k.c. przemawiają zdecydowanie za potrzebą ograniczenia dyspozytywności w sposób, który uniemożliwiałby wykorzystanie przez dającego zlecenie przewagi negocjacyjnej i umowne wyłączenie prawa do prowizji (w jakimkolwiek zakresie normowanym art. 761 k.c.).

Po szóste, za imperatywnym charakterem obu norm art. 761 § 1 k.c. może przemawiać szczególny argument, którym posłużył się TSUE (a który stanowi pochodną ogólnego założenia o ochronnym celu dyrektywy 86/653). Trybunał przyjął bowiem, że przepisy o umowie agencyjnej powinny być wykładane w sposób, który zapewni

⁵² Bliżej E. Rott-Pietrzyk, M. Grochowski: *Struktura...*, op. cit., s. 17.

⁵³ Por. także przyp. 14.

⁵⁴ Por. pkt 3.

⁵⁵ Por. przyp. 25.

rozstrzygnięcie wątpliwości interpretacyjnych w ramach standardu ochronnego na rzecz agenta⁵⁶. W konsekwencji, nawet jeśli za każdym z odmiennych poglądów co do odczytania charakteru art. 761 § 1 *in fine* k.c. przemawiałyby hipotetycznie argumenty o podobnej wadze (co jednak, jak była i jeszcze będzie mowa, nie ma miejsca), należałoby opowiedzieć się za rozwiązaniem działającym w możliwie szerokim zakresie *in favorem* agenta, a więc za imperatywnym charakterem tej regulacji.

W konsekwencji należy przyjąć, że o ile ustawowe przesłanki powstania uprawnienia do wynagrodzenia (prowizji) z tytułu umów zawartych w czasie trwania umowy agencyjnej się ziszcza (art. 761 § 1 k.c.), agent nabywa to prawo zgodnie z postanowieniami art. 761³ § 1 k.c. Nie jest natomiast dopuszczalne w drodze umowy uchylenie postanowień ustawowych bądź ich zmiana na niekorzyść agenta. Wszelkie postanowienia umowne sprzeczne z przepisami o należnej agentowi prowizji, które są dla niego mniej niekorzystne niż regulacja ustawowa, są z mocy art. 58 § 1 k.c. nieważne. Dotyczy to wyłączenia uprawnienia agenta do każdego rodzaju prowizji, o której mowa w art. 761 k.c.

Spoglądając całościowo na przepisy o prowizji agenta, należy stwierdzić, że w razie ziszczenia się przesłanek ustawowych do nabycia przez agenta zwykłego uprawnienia do prowizji (art. 761 § 1 k.c.), agent nabywa prowizję z chwilą określoną w art. 761³ § 1 i § 2 k.c., a roszczenie o prowizję staje się wymagalne z chwilą określoną w art. 761³ § 3 k.c. Jednocześnie z art. 761³ § 1 *in fine* oraz art. 761³ § 3 *in fine* k.c. — które należy rozpatrywać w związku z art. 761 k.c.⁵⁷ — wynika, że strony nie mogą umawiać się w sposób bardziej niekorzystny dla agenta niż określono w regulacji ustawowej. Oznacza to, że skoro odpłatność należy do elementów koniecznych umowy agencyjnej, a zajądą przesłanki do nabycia prowizji, to agentowi prowizja należy się zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 761³ k.c.⁵⁸ Nie jest

⁵⁶ Tak przyjmował TSUE w sprawach dotyczących świadczenia wyrównawczego. Kontekst takiego twierdzenia pozwala jednak na nadanie mu charakteru ogólnego. Por. wyroki z dnia 30 kwietnia 1998 r. w sprawie *Bellone* (C-215/97, EU:C:1998:189, pkt 13); z dnia 9 listopada 2000 r. w sprawie *Ingmar* (C-381/98, EU:C:2000:605, pkt 20, 21); z dnia 23 marca 2006 r. w sprawie *Honyvem Informazioni Commerciali* (C-465/04, EU:C:2006:199, pkt 19, 22); z dnia 17 stycznia 2008 r. w sprawie *Chevassus-Marche* (C-19/07, EU:C:2008:23, pkt 22); z dnia 26 marca 2009 r. w sprawie *Semen* (C-348/07, EU:C:2009:195, pkt 14). Kierunek ten podsumował ostatnio w swej opinii rzecznik generalny M. Szpunar, przedstawionej 12 stycznia 2017 r. w sprawie *ERGO Poist'ovňa, a.s. v. Alžběcie Barlikovej* (pkt 35), ECLI: ECLI:EU:C:2017:15, stwierdzając, że „Trybunał wielokrotnie wyjaśniał, że celem dyrektywy jest w szczególności zapewnienie przedstawicielom handlowym ochrony w stosunkach ze zleceniodawcami [...]”, powołując się na wymienione w niniejszym przypisie orzeczenia.

⁵⁷ Por. art. IV. E.–3:301 DCFR, który w ramach tej jednej jednostki redakcyjnej ujmuje jednocześnie przesłanki nabycia prawa do prowizji i chwilę wymagalności prowizji. Konstruuje w ten sposób jednolitą z systemowego punktu widzenia konstrukcję prowizji od umów zawartych w czasie trwania umowy agencyjnej. Wyraźnie przepisem imperatywnym został ujęty ostatni element tej konstrukcji prawnej, tj. ostateczna chwila nabycia prawa do prowizji (ust. 2). Konstrukcja ta pozostanie spójna i logiczna tylko wówczas, gdy przy spełnieniu przesłanek nabycia prawa do prowizji zarówno przez agenta zwykłego, jak i wyłącznego (ust. 1a) możliwa będzie ochrona agenta przez ustalenie ostatecznej chwili, w której dający zlecenie powinien spełnić obowiązek zapłaty prowizji (ust. 1b).

⁵⁸ Zob. np. E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, pod red. J. Rąskiego, wyd. 4, Warszawa 2017, s. 502; J. Jezioro (w:) *Kodeks..., op. cit.*, s. 1415 (i w wyd. 8 z 2017 r., s. 1476), który w tym miejscu wyraźnie stwierdza, że art. 761³ k.c. „chroni agenta, dotyczy to zarówno nabycia

dopuszczalna klauzula umowna zmieniająca te zasady na niekorzyść agenta (np. umówienie się na późniejszą — niż określona w art. 761³ § 1 — chwilę nabycia przez agenta prawa do prowizji, bądź późniejszą wymagalność roszczenia o prowizję, niż wynika to z § 3 tego artykułu). Tym bardziej nie można agenta pozbawić umownie prawa do prowizji.

W konsekwencji, nie jest możliwe umowne pozbawienie agenta prawa do prowizji, zastrzeżonej w art. 761 § 1 *ab initio* oraz *in fine* k.c. Równocześnie jednak należy zaznaczyć, że omawianą regulację należy traktować jako imperatywną, nie zaś semiimperatywną. Możliwość umówienia się o korzystniejsze dla agenta przesłanki wypłaty prowizji podstawowej (ujętej w § 1 *ab initio* i *in fine*) burzyłaby zasadniczą konstrukcję tego świadczenia (z uwzględnieniem całej odnoszącej się do niego regulacji) i spójność tej instytucji w umowie agencyjnej. Trudno zresztą byłoby uzasadnić sens umownego ukształtowania przesłanek, o których mowa w art. 761 § 1 *in fine* k.c., w sposób bardziej dla agenta korzystny, a niesprzeczny z kryteriami określonymi w art. 353¹ k.c. Strony, umawiając się na przykład, że agent zwykły nabywa prawo do prowizji z tytułu interesów pośrednich z uwzględnieniem wszystkich umów (nie tylko umów tego samego rodzaju), sytuowałyby go w pozycji lepszej niż agenta wyłącznego, który podlega najszerzej ochronie przepisem bezwzględnie wiążącym (art. 761 § 2 k.c.). Obok naruszenia konstrukcyjnej spójności przepisów odnoszących się do prowizji pozostawałoby to również w sprzeczności — mimo założenia o minimalnej ochronie agenta przewidzianej w dyrektywie 86/653 — z wartością, którą jest równowaga kontraktowa poprzez nadmierne uprzywilejowanie agenta. W konsekwencji, imperatywny art. 761 § 1 k.c. przyznaje agentowi prawo do wymienionych w nim rodzajów prowizji (i tylko do nich). Wszelkie dodatkowe postacie wynagrodzenia prowizyjnego muszą mieć natomiast oparcie w odrębnych przepisach (jak ma to np. miejsce w przypadku prowizji *del credere*).

Warto dodać, że działania ochronnego przepisów imperatywnych o prowizji (jak zresztą wszystkich innych przepisów o umowie agencyjnej o tym charakterze, składającym się na standard ochronny agenta) można upatrywać także w sytuacji, w której strony nie wprowadziły w umowie postanowień objętych standardem ochronnym, na przykład odnoszących się do przedmiotu regulacji art. 761 § 1 *in fine* k.c. Przepis ten znajduje wówczas zastosowanie na podstawie art. 56 k.c. (tj. ustawowego uzupełnienia treści czynności prawnej). Wysokość prowizji jest w takich przypadkach obliczana na podstawie art. 758¹ § 3 k.c. W związku z uzupełnieniem treści umowy w ten sposób, dający zlecenie nie może podnosić w drodze zarzutu, że agentowi uprawnienia przyznane tą regulacją nie przysługują, ponieważ nie przewidziano ich w umowie. W razie braku postanowień umownych odnoszących

prawa do prowizji (tutaj ustawodawca wprowadza wyraźną granicę dla odmiennego porozumienia stron), jak i wymagalności roszczenia o zapłatę [...]”).

się do stanów faktycznych mieszczących się w zakresie hipotezy art. 761 § 1 *in fine* k.c. (normujących prowizję od interesów pośrednich), treść stosunku agencyjnego podlega uzupełnieniu na podstawie art. 56 w zw. z art. 761 § 1 *in fine* k.c. i art. 758¹ § 3 k.c. Innymi słowy, milczenie stron w tym zakresie nie oznacza w żadnym razie skutecznego pominięcia uprawnienia agenta, o którym mowa w art. 761 § 1 *in fine* k.c. Nie można również traktować jako wyłączenia postanowienia umownego, zgodnie z którym agentowi nie przysługuje żadne dodatkowe wynagrodzenie. Jak już argumentowano, prowizja z tytułu interesów pośrednich nie ma bowiem takiego charakteru. Mieści się w zakresie pojęcia prowizji podstawowej objętej art. 761 § 1 k.c.

7. ZAGADNIENIE WYŁĄCZENIA PRAWA DO PROWIZJI OD INTERESÓW POŚREDNICH W SPOSÓB DOROZUMIANY

Wniosek o imperatywnym charakterze art. 761 § 1 *in fine* k.c. wyklucza także dopuszczalność wyłączenia prawa agenta do prowizji w drodze konkludentnych zachowań stron mających miejsce *ex post*. O ile w wypadku regulacji dyspozytywnych późniejsze zdarzenia w relacji stron mogą prowadzić do przyjęcia (w ramach reguł wykładni z art. 65 k.c.), że w chwili zawarcia umowy postanowiły one zgodnie o zmianie lub uchyleniu działania normy prawnej, charakter kogentny z góry uniemożliwia taką interpretację faktów mających miejsce *inter partes*. W konsekwencji, na podstawie art. 761 § 1 *in fine* k.c. nie można przyjmować, by sam fakt braku wypłaty prowizji przy braku sprzeciwu agenta (lub inne sytuacje o podobnym charakterze)⁵⁹ świadczył o tym, że strony już *ex ante* zawarły porozumienie o uchyleniu uprawnienia, które przyznaje ten przepis. Innymi słowy, zarówno wyraźne postanowienia umowne, jak i działanie *per facta concludentia* nie mogą prowadzić do pogorszenia sytuacji prawnej agenta w stosunku do regulacji ustawowej.

Wniosek ten dotyczy zresztą zarówno prowizji od interesów bezpośrednich, jak i pośrednich — jak bowiem była mowa, imperatywny charakter art. 761 § 1 k.c. rozciąga się jednolicie na oba typy prowizji. Bez znaczenia z tej perspektywy pozostaje w szczególności okoliczność, że agent nie domagał się w czasie trwania umowy agencyjnej przekazania informacji o należnej mu prowizji zawierających dane o tzw. interesach pośrednich (tj. prowizji należnej od umów z klientami pozyskanymi przez agenta dla umów tego samego rodzaju), a także nie domagał się zapłaty prowizji z tego tytułu. Istotne jest przy tym, że zarówno samo uprawnienie do prowizji (art. 761 k.c.), jak i uprawnienia kontrolne agenta odnoszące się do należnej mu prowizji (art. 761⁵ k.c.), składające się na prawo podmiotowe agenta, mają tę właściwość, że

⁵⁹ Tytułem przykładu, gdy dający zlecenie nie składa agentowi oświadczenia o prowizji od umów, które zostały zawarte z klientami pozyskanymi poprzednio dla umów tego samego rodzaju (art. 761⁵ § 1 k.c.), a agent nie domaga się informacji pozwalających na kontrolę tej prowizji (art. 761⁵ § 2 k.c.).

nie musi on czynić z nich użytku. Prawo podmiotowe oznacza bowiem wyłącznie (i aż) sferę możliwości postępowania w sposób wynikający z umowy bądź z ustawy (na podstawie art. 56 k.c.), charakterystyczną dla danego stosunku prawnego (np. stosunku prawnego wynikającego z umowy agencyjnej), zupełnie zaś inną sprawą jest czynienie użytku z tej możliwości. Korzystania z uprawnień, o których mowa, nie sposób postrzegać jako obowiązku agenta. Z samym aktem niekorzystania przez niego z przysługującego mu prawa w czasie trwania umowy agencyjnej (a także po jej zakończeniu, ale dopóki określone prawa korzystają z ochrony) nie są związane żadne ujemne skutki, w szczególności wyłączenie tego prawa⁶⁰.

W razie nieczynienia ze swego prawa użytku agenta mogą spotkać jedynie dwie negatywne konsekwencje. Po pierwsze, negatywną konsekwencją w razie braku domagania się zapłaty prowizji jest upływ terminu przedawnienia (art. 118 k.c.) i przekształcenie się zobowiązania w zobowiązanie naturalne. Tylko w takim przypadku dający zlecenie — przez podniesienie zarzutu przedawnienia (art. 117 § 2 k.c.) — może uchylić się od zaspokojenia roszczenia o prowizję, do której agent nabył prawo po ziszczeniu się przesłanek ustawowych. W pozostałym zakresie w odniesieniu do prowizji, do której agent nabył prawo po spełnieniu ustawowych przesłanek, dający zlecenie nie może uchylić się od spełnienia świadczenia bez narażenia się na skutki wynikające z art. 471 i n. k.c. Po drugie, negatywną konsekwencją jest wygaśnięcie uprawnienia agenta w przypadku upływu terminu zawitego określonego w art. 761⁵ § 3 i § 4 k.c.

8. OKOLICZNOŚCI WYŁĄCZAJĄCE UPRAWNIENIE AGENTA DO PROWIZJI

Agent może zostać pozbawiony uprawnienia do prowizji tylko w sytuacji określonej w art. 761⁴ k.c., a więc gdy jest oczywiste, że umowa z klientem nie zostanie

⁶⁰ Przyjęcie zatem tezy, zgodnie z którą agent traci swoje uprawnienia w przedstawionych wyżej okolicznościach (*per facta concludentia* na podstawie wniosku wysnutego przez ocenę działania bądź zaniechania stron umowy agencyjnej po zawarciu umowy), jest nieuzasadnione. Z konstrukcji prawa podmiotowego nie sposób zatem wywieść, że niewykonywanie jednego z uprawnień składających się na prawo podmiotowe powoduje utratę tegoż uprawnienia (z wyjątkiem instytucji mieszczących się w zakresie pojęcia dawności, o czym będzie jeszcze mowa); podobnie — w omawianym kontekście prawnym — pozbawione podstaw jest twierdzenie, że na podstawie zachowania się każdej ze stron można wnioskować o ich intencjach, mających znaczenie dla interpretacji oświadczenia woli (art. 65 k.c.). W przypadku analizowanych regulacji nie sposób bowiem przyjąć na podstawie zachowania się stron, że ich intencją jest wyłączenie uprawnienia do jednego z rodzajów należnej agentowi prowizji (*per facta concludentia*). Ten tok rozumowania i kierunek wykładni może być natomiast uzasadniony wówczas, gdy dane uprawnienie jest normowane przepisami względnie wiążącymi. Rozważanie wyłączenia *per facta concludentia* jakiejś części wynagrodzenia agenta może być celowe wówczas, gdy agent nie jest wynagradzany w postaci prowizji. Na podstawie art. 761⁶ k.c. bowiem przepisy ochronne zamieszczone w art. 761–761⁵ k.c. stosuje się, gdy prowizja stanowi całość bądź część wynagrodzenia. W innym razie strony mają większą swobodę w kształtowaniu treści stosunku agencyjnego w zakresie wynagrodzenia (*expressis verbis* bądź *per facta concludentia*), chyba że postanowią w umowie o stosowaniu tych przepisów także do wynagrodzenia innego niż prowizyjne, do czego upoważnia je art. 761⁶ *in fine* k.c.

wykonana na skutek okoliczności, za które dający zlecenie nie ponosi odpowiedzialności⁶¹. Przepis ten należy kwalifikować jako semiimperatywny. W tym przypadku ustawodawca jednoznacznie jednak określił jego charakter w art. 761⁴ zd. 2 k.c. („Postanowienie umowy agencyjnej mniej korzystne dla agenta jest nieważne”). Uzasadnienie dla imperatywnego (bezwzględnie wiążącego czy też semiimperatywnego) charakteru tej normy jest podobne jak w odniesieniu do art. 761 § 1 k.c. Także w tym przypadku pierwszoplanową rolę odgrywa konieczność zagwarantowania uprawnień agenta w sytuacji typowej przewagi kontraktowej dającego zlecenie. W odniesieniu do stanów faktycznych regulowanych art. 761⁴ k.c. semidyspozytywność wyklucza przede wszystkim umowne⁶² rozszerzanie zakresu okoliczności, w których dającemu zlecenie przysługiwałaby możliwość odmowy wypłaty prowizji, co obniżałoby tym samym standard ochrony agenta, gwarantowany przepisami kodeksu cywilnego zgodnie z wymaganiami określonymi w dyrektywie 86/653.

W konsekwencji, art. 761 § 1 i art. 761⁴ k.c. można traktować jako dwie komplementarne regulacje, gwarantujące agentowi prawo do uzyskania prowizji⁶³. Pierwsza z nich deklaruje to prawo w sposób pozytywny, druga negatywny — określając wyczerpująco zakres sytuacji, w których agent może utracić prawo do wynagrodzenia w tej postaci. Oba przepisy ustanawiają więc łącznie spójny poziom ochrony, który z przedstawionych wyżej powodów został ukształtowany jako rozwiązanie imperatywne. Właściwość ta, wynikająca *expressis verbis* z art. 761⁴ zd. 2 k.c., stanowi więc pośredni, choć wyraźny, argument przemawiający imperatywnym charakterem art. 761 § 1 k.c. Tylko przy takiej interpretacji konstrukcja prowizji, składająca się na standard ochronny agenta, spełni swoją funkcję jako konstrukcja spójna. W przeciwnym razie konstrukcji prowizji — po pierwsze — brak przymiotu spójności. Po drugie, nie mając tego przymiotu, nie pozwala ona na realizację *effet utile* dyrektywy 86/653. Po trzecie, stoi w sprzeczności z ekonomicznymi racjami stosunku agencyjnego, determinującymi także jego naturę i poszczególnych objętych nim instytucji, stanowiącymi o gospodarczym sensie zawierania umów agencyjnych w obrocie.

9. UWAGI KOŃCOWE

Mając na względzie racje przemawiające za przyjęciem imperatywnego charakteru art. 761 § 1 *in fine* k.c., należy stwierdzić, że nie jest dopuszczalne pozbawienie agenta prawa do prowizji od umów zawartych z klientami pozyskanymi przez

⁶¹ Bliżej na ten temat I. Mycko-Katner: *Umowa...*, *op. cit.*, s. 226 i n.; K. Topolewski: *Cywilnoprawne...*, *op. cit.*, s. 237 i n.; E. Rott-Pietrzyk (w:) *System prawa handlowego*, *op. cit.*, t. 5, wyd. 4, s. 502 i n.

⁶² Tak jak w przypadku art. 761 § 1 k.c., także na podstawie tej regulacji wykluczone jest przy tym rozszerzanie wyjątków od obowiązku zapłaty prowizji zarówno wyraźnie, jak i *per facta concludentia* (np. przez samą odmowę wypłaty prowizji z powołaniem się przez zleceniodawcę na pozaustawową przesłankę, przy braku sprzeciwu agenta).

⁶³ Podobnie widzi relację tych przepisów rzecznik generalny TSUE M. Szpunar.

agenta poprzednio dla umów tego samego rodzaju (prowizji od interesów pośrednich). Dotyczy to zarówno wyraźnych postanowień umownych, jak i działania stron *per facta concludentia*, z odwołaniem do zachowania się stron po zawarciu umowy. Prawo agenta do uzyskania prowizji, o którym mowa w tym przepisie, staje się tym samym z mocy prawa (art. 56 k.c.) elementem treści stosunku zobowiązaniowego — bez względu na to, czy (i w jakim zakresie) strony odwołały się do niego w treści umowy oraz czy agent podjął kroki związane z realizacją tego uprawnienia (np. występując z żądaniem, o którym mowa w art. 761⁵ § 2 k.c.).

Taki sposób odczytania art. 761 § 1 *in fine* k.c. wynika przede wszystkim z jego miejsca w formalnej strukturze regulacji umowy agencyjnej oraz jego znaczenia w ramach struktury funkcjonalnej. Istotne jest również, że w obu przypadkach przepis ten należy oceniać z perspektywy multicentryczności porządku prawnego, w ramach której obowiązują, są interpretowane i stosowane polskie przepisy o umowie agencyjnej. Umożliwiają one realizację zadań przewidzianych w dyrektywie 86/653 (zmierzającej przede wszystkim do stworzenia reżimu ochronnego agenta) oraz transpozycję do polskiego porządku prawnego instrumentów regulacji wprowadzonych przez prawodawcę unijnego. Prawo UE nie definiuje w tym przypadku wprost zakresu dyspozytywności przepisów krajowych mających na celu jego implementację. Ich kwalifikacja wynika jednak, pośrednio, z treści, założeń i celów samej dyrektywy — zmierzającej do efektywnej ochrony agenta, w tym do zapewnienia mu prawa do prowizji. W praktyce oznacza to nie tylko samo przyznanie agentowi możliwości uzyskania prowizji, lecz także stworzenie warunków, w których nie zostałby on jej pozbawiony w związku ze swoją typowo mniejszą siłą negocjacyjną w porównaniu z dającym zlecenie.

Mając to na uwadze, a także szczegółowe argumenty przedstawione wyżej, zasadne jest przyjęcie, że przepisy określające zasadnicze przesłanki nabycia prawa agenta do prowizji od umów zawartych w czasie trwania umowy agencyjnej mają charakter imperatywny (a ściślej bezwzględnie wiążący) ze wszystkimi tego konsekwencjami (art. 761 k.c., tj. w zakresie prowizji od interesów bezpośrednich, pośrednich oraz prowizji agenta wyłącznego). Natomiast przepisy określające chwilę nabycia roszczenia o prowizję i chwilę jego wymagalności można uważać za semiimperatywne, co oznacza, że strony nie mogą ustalać chwili nabycia prawa do prowizji i jej wymagalności na chwilę późniejszą, niż wynika to z art. 761³ k.c. Mogą się jednak umówić w sposób bardziej dla agenta korzystny, niż wynika to z regulacji ustawowej (np. że agent nabywa prawo do prowizji z chwilą zawarcia umowy z klientem).

BIBLIOGRAFIA

Ayres I., Gertner R.: *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, Yale Law Journal 1989, nr 1.

- Bar-Gill O., Ben-Shahar O.: *Optimal Defaults in Consumer Markets*, Journal of Legal Studies 2016, nr S2.
- Biernat S.: *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem Wspólnot Europejskich* (w:) *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, pod red. C. Mika, Toruń 1998.
- Bucior D.: *Odpłatność usług agenta jako cecha konstytutywna umowy agencyjnej* (w:) *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, pod red. T. Mróz i M. Steca, Warszawa 2012.
- Cziupka J.: *Dispositives Vertragsecht. Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster*, Tübingen 2010.
- Gersdorf M.: *Zlecenie i agencja w nowych uregulowaniach prawnych*, Warszawa 1995.
- Grochowski M.: *Umowa agencyjna w orzecznictwie sądów powszechnych*, Prawo w Działaniu 2014, t. 20.
- Grzebyk P.: *Analiza orzecznictwa sądowego w sprawach o ustalenie istnienia stosunku pracy. Zatrudnienie pracownicze a zatrudnienie cywilnoprawne*, Warszawa 2015 (opracowanie dostępne na stronie: <https://www.iws.org.pl/analizy-i-raporty/raporty>).
- Gutowski M.: *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017.
- Jezioro J. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, wyd. 8, Warszawa 2017 (i poprzednie wydania).
- Kähler L.: *Begriff und Rechtsfertigung abdingbaren Rechts*, Tübingen 2012.
- Kopaczyńska-Pieczniak K. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III, *Zobowiązania: część szczegółowa*, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2010.
- Kornet N.: *Contract Interpretation and Gap Filling: Comparative and Theoretical Perspectives*, Antwerp 2006.
- Koszowski M.: *Wykładnia prawspółnotowa w ujęciu teoretycznoprawnym*, Przegląd Legislacyjny 2009, nr 3.
- Kowalik-Bańczyk K.: *Prawspółnotowa wykładnia prawa polskiego*, Europejski Przegląd Sądowy 2005, nr 3.
- Kucharczyk I., Zębala J.: *Pojęcie i zastosowanie norm względnie imperatywnych*, Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego 2013, t. XII, nr 3–4.
- Łętowska E.: *Dialog i metody. Interpretacja w multicentrycznym systemie prawa*, cz. I, Europejski Przegląd Sądowy 2008, nr 11.
- Machnikowski P. (w:) *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań — część ogólna*, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2012.
- Madeja A.: *Wykładnia prounijna w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego (1997–2005)*, Studia Iuridica Toruniensia 2011, t. VIII.
- Mik C.: *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, Warszawa 2000.

- Mikłaszewicz P. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IIIB, *Zobowiązania. Część szczegółowa. Ustawa o terminach zapłaty*, pod red. K. Osajdy, Warszawa 2016.
- Möslein F.: *Dispositives Vertragsrecht. Zwecke, Strukturen und Methoden*, Tübingen 2011.
- Mularski K.: *Wykonanie zastępcze — ius cogens czy ius dispositivum*, *Monitor Prawniczy* 2006, nr 14.
- Mycko-Katner I.: *Umowa agencyjna*, Warszawa 2012.
- Napierała J. (w:) *Umowy w obrocie gospodarczym*, wyd. 3, pod red. A. Kocha, J. Napierały, Warszawa 2013.
- Napierała J.: *Kontrola klauzul odpowiedzialności odszkodowawczej w obrocie gospodarczym*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1991, z. 3.
- Nowacki J., *Ius cogens — ius dispositivum* (w:) *Studia z teorii prawa* (zbiór prac J. Nowackiego) Kraków 2003.
- Oplustil K.: *O potrzebie proeuropejskiej wykładni polskiego prawa spółek*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2010, nr 9.
- Piotrowski M.: *Normy prawne imperatywne i dyspozytywne*, Warszawa–Poznań 1990.
- Radwański Z., Zieliński M. (w:) *System prawa prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne — część ogólna*, pod red. M. Safjana, Warszawa 2012.
- Reaserch Group on the Existing EC Private Law, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Service*, Sellier 2009.
- Rott-Pietrzyk E.: *Agent handlowy — regulacje polskie i europejskie*, Warszawa 2006.
- Rott-Pietrzyk E. (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, pod red. J. Rajskego, wyd. 3, Warszawa 2011.
- Rott-Pietrzyk E.: *Czy DCFR ma znaczenie przy wykładni prounijnej przepisów o umowie agencyjnej* (w:) *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, pod red. J. Kruczałak-Jankowskiej, Warszawa 2013.
- Rott-Pietrzyk E. (w:) *System prawa handlowego*, t. 9, *Międzynarodowe prawo handlowe*, pod red. W. Popiołka, Warszawa 2013.
- Rott-Pietrzyk E. (w:) *System prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, pod red. S. Włodyki, Warszawa 2014.
- Rott-Pietrzyk E. (w:) *System prawa prywatnego*, t. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, pod red. M. Pazdana, Warszawa 2014.
- Rott-Pietrzyk E. (w:) *System prawa prywatnego*, t. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, pod red. M. Pazdana, Warszawa 2015.
- Rott-Pietrzyk E. (w:) *System prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, pod red. M. Steca, Warszawa 2017.
- Rott-Pietrzyk E. (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, pod red. J. Rajskego, wyd. 4, Warszawa 2017.

- Rott-Pietrzyk E.: *Dopuszczalność pozbawienia agenta prowizji od umów zawartych z pozyskanymi uprzednio klientami* (w:) *Prawo prywatne wobec wyzwań współczesności. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Ogiegle*, pod red. M. Frasa, P. Ślęzaka, Warszawa 2017.
- Rott-Pietrzyk E., Grochowski M.: *Struktura umów o pośrednictwo handlowe (wnioski prawnoporównawcze i propozycje legislacyjne)*, Studia Prawa Prywatnego 2018, nr 1.
- Schwander I.: *Was macht einen Rechtssatz zwingend oder dispositiv* (w:) *Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer*, Hrsg. H. Honsell et al., Basel–Genf–München 2004.
- Sibony A.-L., Alemanno A.: *The Emergence of Behavioural Policy-Making: A European Perspective* (w:) *Nudge and the Law. A European Perspective*, ed. A.-L. Sibony, A. Alemanno, Oxford 2015.
- Tomczyk P.: *Modele wyceny klienta a podejścia do wyceny przedsiębiorstwa*, Handel Wewnętrzny 2012, nr 9–10.
- Topolewski K.: *Cywilnoprawne skutki niewykonania umowy agencyjnej*, Lublin 2007.
- Trzaskowski R.: *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ k.c.*, Kraków 2005.
- Wagner G.: *Mandatory Contract Law: Functions and Principles in the Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights*, Erasmus University Law Review 2010, nr 1.
- Widło J. (w:) *Kodeksowe umowy handlowe*, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2014.
- Wiśniewski T.: *Umowa agencyjna według Kodeksu cywilnego*, Warszawa 2001.
- Włodarska K.: *Umowa agencyjna*, Warszawa 2008.
- Wróbel A.: *Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE. Zarys problemu* (w:) *Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne*, pod red. L. Gardockiego, J. Godynia, M. Hudzika, L.K. Paprzyckiego, Warszawa 2008.
- Zaborek P., Tomczyk T., Doligalski P.: *Does customer analysis affect firm performance? Quantitative evidence from the Polish insurance market*, Journal of Business Research 2016, nr 69.

Słowa kluczowe: umowa agencyjna, normy dyspozytywne, normy kogentne, prawo prywatne UE, ochrona słabszej strony umowy

EWA ROTT-PIETRZYK, MATEUSZ GROCHOWSKI

COMMISSION OF THE AGENT DURING
THE COURSE OF A CONTRACT
(A MANDATORY OR DEFAULT CHARACTER
OF THE RULE AND ITS CONSEQUENCES)

S u m m a r y

The text deals with Article 761 § 1 of the Polish Civil Code which is contained in the regulation of commercial agency contract. The provision awards an agent the right to claim commission for contracts concluded with clients as a result of his intermediation (both with new clients, as well as with the ones previously obtained by this agent). The provision does not indicate explicitly, whether the rule in question is mandatory or provides a certain degree of optionality (in entirety or with limitation to contract clauses that award additional benefits to a consumer). The text delves into this problem, focusing especially on the commission for contracts concluded with the previously obtained clients (the so-called “commission for indirect interest”). The text argues that the Article 761 § 1 *in fine* in this regard should be understood as a mandatory rule, which grants an agent an immutable right to commission. The right in question cannot be excluded both by straightforward contract clauses, as well as implicitly, by parties’ conduct after conclusion of a contract. This reading of Article 761 § 1 is in line with several various reasons that underpin this provision and the regulation of commercial agency in its entirety. In particular, the rules on commercial agency have strongly protective dimension, resting on the assumption that agent is a typically a weaker party, exposed to predominant bargaining power of the principal. As a result, the major part of these rules have a certain degree of immutability, establishing the standard of protection that cannot be altered contractually to the detriment of an agent. This general functional agenda has been clearly established in the EU 86/653 directive on commercial agency contracts. It provides the key point of reference for interpreting provisions such as Article 761 § 1 that transpose them into the Polish law. Therefore, the commission awarded by this rule should be considered to provide one of the components of the system of agent’s protection, which cannot be excluded or altered in contractual dealings.

Keywords: commercial agency contract, default rules, mandatory rules, EU private law, protection of a weaker party to a contract