

Sygn. akt XXIII Ga 1707/20

POSTANOWIENIE

Dnia 9 czerwca 2022 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

| | |
|-----------------|-----------------------|
| Przewodniczący: | Sędzia Aneta Łazarska |
|-----------------|-----------------------|

po rozpoznaniu w dniu 9 czerwca 2022 r. w Warszawie

na posiedzeniu niejawnym

sprawy z powództwa H. M.

przeciwko (...) spółce akcyjnej w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie

z dnia 23 lipca 2020 r., sygn. akt XV GC 2970/19

postanawia:

w oparciu o art. 390 § 1 k.p.c. przedstawić Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia następujące zagadnienie prawne:

czy przepisy kodeksu cywilnego definiujące prowizję agencyjną z tytułu umów zawartych w czasie trwania umowy agencyjnej (art. 758¹ § 1 w zw. z art. 758¹ § 2 k.c.) mają charakter bezwzględnie wiążący?

Sędzia Aneta Łazarska

Sygn. akt XXIII Ga 1707/20

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 31 grudnia 2018 r. powódka H. M. wniosła o zasądzenie od pozwanego (...) spółki akcyjnej w W. kwoty 1.949,20 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w transakcjach handlowych od dnia 16 lipca 2018 roku do dnia zapłaty oraz kosztami procesu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu powódka wskazała, że w ramach prowadzonej działalności gospodarczej w dniu 3 sierpnia 2015 roku zawarła z (...) umowę o współpracy nr (...) w ramach której zobowiązała się do wykonywania czynności agencyjnych związanych z pośrednictwem w zawieraniu umów ubezpieczenia oferowanych przez pozwanego oraz obsługą i wykonywaniem umów ubezpieczenia.

Umowa o współpracy została rozwiązana za porozumieniem stron z dniem 30 listopada 2015r. Powódka domaga się zapłaty należnej prowizji podstawowej za osobiste pozyskanie klientów i pośredniczenie w zawarciu 4 umów na rzecz

pozwanego, tj.: polisy nr (...) z dnia 17 sierpnia 2015 r., polisy nr (...) z dnia 27 sierpnia 2015 r., polisy nr (...) z dnia 27 sierpnia 2015r. oraz polisy nr (...) z dnia 28 sierpnia 2015r.

W dniu 16 stycznia 2019 r. nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym sygn. akt XVI GNC 374/19 referendarz sądowy w Sądzie Rejonowym dla m.st. Warszawy w Warszawie uwzględnił powództwo w całości.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego oraz opłaty od pełnomocnictwa.

Pozwany podniósł, że powódce nie należało się wynagrodzenie prowizyjne za okres od grudnia 2015 r. do sierpnia 2016 r. z tytułu wykonywania umów zawartych przez powódkę, ponieważ zgodnie z umową zawartą między stronami prowizja za utrzymywanie umowy należała się powódce wyłącznie w okresie trwania umowy agencyjnej. Powódka zgodnie z umową otrzymała prowizję za zawarcie umów ubezpieczenia w sierpniu 2015 r. i ich utrzymanie we wrześniu, październiku i listopadzie 2015 r.

Wyrokiem z dnia 23 lipca 2020 r., o sygn. akt XV GC 2970/19 Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie w pkt I oddalił powództwo, w pkt II zasądził od powódki na rzecz pozwanego kwotę 917 zł tytułem kosztów procesu.

Sąd wskazał, że powództwo podlegało oddaleniu. Podkreślił, że powódka swoje roszczenie wywodziła z zapłaty wynagrodzenia za utrzymanie zawartych umów (prowizji podstawowej za utrzymanie umów) w okresie od grudnia 2015 r. do sierpnia 2016r.

Łącząca strony umowa o współpracę z dnia 3 sierpnia 2015 r. stanowiła umowę agencyjną w myśl art. 758 § 1 k.c., w której to jeśli sposób wynagrodzenia nie został określony to podstawową formą wynagrodzenia agenta jest prowizja.

W ocenie sądu przepisy regulujące mechanizm ustalania wynagrodzenia agenta mają charakter dyspozytywny, co oznaczało, że strony umowy agencyjnej mogły kształtować sposób wynagradzania w sposób odmienny niż wynikający z art. 758¹ k.c. Innymi słowy, w świetle przepisu art. 758¹ § 2 k.c. w razie zawarcia umowy agencyjnej, prowizją jest tylko takie wynagrodzenie, którego wysokość zależy od liczby lub wartości zawartych umów i tylko do takiego wynagrodzenia mają zastosowanie przepisy kodeksu dotyczące prowizji, natomiast jeżeli strony nazwą wynagrodzenie prowizją, lecz inaczej ustalą jego wysokość, nie będą do tego wynagrodzenia miały zastosowania z mocy ustawy przepisy odnoszące się do prowizji. Wynagrodzenie za usługi pośrednictwa przy zawieraniu umów, to jest za wykonywanie obowiązków opisanych w § 2 ust. 1 umowy oraz obsługę i wykonywanie tych umów, to jest za wykonywanie obowiązków opisanych w § 3 ust. 1 umowy, składało się z dwóch części, pierwszej, mającej charakter typowej prowizji z art. 758¹ § 2 k.c. należnej za pośredniczenie przy zawarciu umowy ubezpieczenia uzależnionej od liczby oraz wartości zawartych umów (§ 2 pkt 7 lit. a załącznika do umowy) oraz drugiej części należnej za utrzymanie i obsługę umowy ubezpieczenia do dwunastego miesiąca (włącznie) jej obowiązywania (§ 2 pkt 7 lit. b załącznika do umowy).

W ocenie sądu drugi typ wynagrodzenia nie stanowił typowej prowizji, gdyż nie należał się za zawarcie umowy ubezpieczenia. Było to wynagrodzenie na utrzymanie zawartej już umowy i jej bieżącą obsługę w zakresie czynności faktycznych określonych w § 3 umowy agencyjnej. Powódka dochodziła w niniejszej sprawie drugiego rodzaju wynagrodzenia za utrzymanie i obsługę umów ubezpieczenia w miesiącach od grudnia 2015 r. do lipca 2016 r., które to zgodnie z § 3 ust. 4 załącznika do umowy z dnia 3 sierpnia 2015 r. należne było nie dłużej niż do wygaśnięcia lub rozwiązania Umowy. Oznaczało to, iż druga część „prowizji podstawowej” należnej za utrzymanie umowy ubezpieczenia należała się tylko i wyłącznie do chwili rozwiązania lub wygaśnięcia umowy agencyjnej. W ocenie sądu nie sposób było się zgodzić z argumentacją powódki, aby przyjęte w umowie rozwiązanie przyznawania części wynagrodzenia należnego za utrzymanie w mocy umowy ubezpieczenia tylko w okresie obowiązywania umowy agencyjnej było sprzeczne z art.758¹ k.c. lub art. 761³ § 2 k.c. (dotyczącego nabywania prawa do prowizji w miarę wykonywania umowy). Jednocześnie sąd przyjął, że przyjęte przez strony rozwiązanie ustalania wysokości wynagrodzenia należnego za utrzymanie umowy ubezpieczenia (§ 2 pkt 7 lit b w zw. z § 3 ust. 4 załącznika do umowy)

nie przekraczało granic swobody umów z art. 353¹ k.c., nie było sprzeczne z właściwością umowy agencyjnej, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Tym samym w świetle treści § 2 pkt 7 lit b w zw. z § 3 ust. 4 załącznika do umowy, od miesiąca grudnia 2015 r. powódce nie należało się wynagrodzenie za utrzymanie umów ubezpieczenia nr.: (...), (...), (...) i (...), co skutkowało oddaleniem powództwa w całości. O kosztach procesu sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c., zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, obciążając nimi powódkę jako stronę przegrywającą.

Apelację od powyższego wyroku wywiodła powódka, zaskarżając go w całości. Przedmiotowemu wyrokowi zarzuciła naruszenie art. 58 § 1 k.c. oraz art. 65 k.c. polegające na sprzeczności umownej definicji prowizji podstawowej z ustawą, zasadami współżycia społecznego, mające na celu obejście ustawy jako czynności nieważnej oraz na braku ustaleń woli stron w zawarciu umowy i załącznikach jak i oparciu się na jej dosłownym brzmieniu. Powódka wskazała, że 758¹ § 2 k.c. zawiera definicję legalną prowizji i ma on charakter imperatywny.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Sąd Okręgowy przy rozpoznawaniu apelacji uznał, iż ma do czynienia z zagadnieniem prawnym budzącym poważne wątpliwości, co do dopuszczalności modyfikacji przez strony w ramach umowy definicji prowizji, którą definiuje art. 758¹ § 1 i 2 k.c. Przez umowę agencyjną zgodnie z art. 758 § 1 k.c. przyjmujący zlecenie (agent) zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, do stałego pośredniczenia, za wynagrodzeniem, przy zawieraniu z klientami umów na rzecz dającego zlecenie przedsiębiorcy albo do zawierania ich w jego imieniu. Agent ma więc prawo do wynagrodzenia w ramach zawartej umowy.

W ramach jednak swobody kontraktowej strony mogą w umowie określić sposób wynagrodzenia agenta. Zgodnie z art. 758¹ § 1 i 2 k.c. jeżeli sposób wynagrodzenia nie został w umowie określony, agentowi należy się prowizja. Prowizją jest wynagrodzenie, którego wysokość zależy od liczby lub wartości zawartych umów. Rozwiązania te stanowią implementację art. 6 ust. 1 i 2 dyrektywy 86/653/EWG 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 382 z 31.12.1986), zgodnie z którymi: „1. W razie braku odpowiedniej umowy między stronami oraz bez uszczerbku dla zastosowania obligatoryjnych przepisów Państw Członkowskich o poziomie wynagrodzenia przedstawicielowi handlowemu należy się wynagrodzenie przyjęte zwyczajowo w miejscu, w którym prowadzi on swoją działalność, odnośnie do pośredniczenia w obrocie towarów, będących przedmiotem umowy agencyjnej. W przypadku braku takiej zwyczajowej praktyki przedstawicielowi handlowemu należy się stosowne wynagrodzenie, z uwzględnieniem wszystkich elementów danej transakcji. 2. Każdą część wynagrodzenia, zmieniającą się w zależności od liczby lub wartości transakcji handlowych, uznaje się w rozumieniu niniejszej dyrektywy za prowizję. 3. Przepisy art. 7-12 nie mają zastosowania, jeżeli przedstawiciel handlowy nie jest wynagradzany w całości lub częściowo w formie prowizji.”. Dyrektywa 86/653/EWG wskazuje wynagrodzenie prowizyjne jako podstawową formę wynagrodzenia przedstawiciela za podejmowane przez niego czynności pośrednictwa.

Należy zaznaczyć, że termin "wynagrodzenie" jest kategorią bez wątpienia szerszą od "prowizji", nie każde bowiem wynagrodzenie agenta będzie prowizją. Ustalane w ramach konkretnej umowy wynagrodzenie agenta może być ustalone w systemie nieprowizyjnym. Takim nieprowizyjnym wynagrodzeniem agenta może być wynagrodzenie ryczałtowe (por. T. Wiśniewski, Umowa agencyjna według kodeksu cywilnego, Warszawa 2001, s. 56 i n.) oraz w różny sposób określane wynagrodzenia dodatkowe (por. Dziurzyński, Fenichel, Honzatko, Komentarz, t. II, 1936, s. 873; T. Wiśniewski, Umowa agencyjna, s. 58).

Natomiast prowizja pozostanie niewątpliwie podstawowym wynagrodzeniem agenta. Wskazuje na to przepis ustanawiający domniemanie, że jeżeli sposób wynagrodzenia nie został w umowie określony, agentowi należy się prowizja (zob. art. 758⁽¹⁾ § 1 k.c.). Przepisy kodeksu cywilnego przez prowizję rozumieją wynagrodzenie, którego wysokość zależy od liczby lub wartości zawartych umów (art. 758⁽¹⁾ § 2 k.c.). W literaturze przyjmuje się, że chodzi o wynagrodzenie ustalone procentowo w stosunku do wartości zawartych umów (por. A. Kędzierska-Cieślak, Komis.

Zagadnienia cywilnoprawne, Warszawa 1973, s. 59) lub nawet kwotowo w przypadku uzależnienia prowizji od liczby zawartych umów. Jest to wynagrodzenie o charakterze wynikowym, a więc wzrastające wraz ze wzrostem liczby lub wartości zawieranych umów (por. E. Rott-Pietrzyk, Umowa agencyjna w prawie polskim a standardy europejskie, KPP 1998, Nr 1, s. 61; T. Wiśniewski, Umowa agencyjna, s. 51 i n.). W rozumieniu dyrektywy 86/653 za prowizję uznaje się każdą część wynagrodzenia zmieniającego się wraz z liczbą lub wartością zawieranych transakcji (art. 6 ust. 2 dyrektywy 86/653, E. Rott-Pietrzyk, Umowa agencyjna w prawie polskim, s. 60 i n.). W przypadku braku umownej regulacji wysokości prowizji znajdują zastosowanie reguły z art. 758 § 3 k.c., czyli zwyczajowe ustalenie wysokości prowizji, a jeżeli takich ustalonych zwyczajów nie ma – ustalenie wysokości prowizji odpowiednio do okoliczności.

Zasadnicza wątpliwość dotyczy jednak swobody kontraktowego zdefiniowania przez strony samej prowizji, to zaś wiąże się z zagadnieniem mocy wiążącej regulacji art. 758¹ § 2 k.c. W doktrynie panują trzy rozbieżne stanowiska co do charakteru przepisów dotyczących prowizji należnej agentowi na podstawie umowy agencyjnej.

Zgodnie z pierwszym stanowiskiem przepis art. 758¹ § 2 i 3 k.c. ma charakter względnie wiążący (iuris dispositivi). Prowizja należy się agentowi, jeśli w umowie nie został określony odmienny sposób wynagrodzenia (§ 1). Prowizja jest wynagrodzeniem agenta, którego wysokość zależy od liczby lub wartości zawartych umów (§ 2). Ponadto przepis określa sposób ustalenia wysokości prowizji. Jeśli nie została ona umownie określona, należy się w wysokości zwyczajowo przyjętej w stosunkach danego rodzaju (komentarz do art. 758¹ k.c. red. Gniewek 2021, wyd. 10/ Jezioro). Natomiast brak ustalenia przez strony zasad lub wysokości wynagrodzenia skutkuje zastosowaniem art. 758¹ § 2 i 3 k.c. Ustawodawca dokonał rozróżnienia pomiędzy prowizją, która jest formą wynagrodzenia należnego agentowi, jak również innymi postaciami wynagrodzenia. Normy wynikające z art. 758¹ § 2 i 3 k.c. mają charakter dyspozytywny i nie rozróżniają w zakresie ustalania wysokości wynagrodzenia pomiędzy agentem–pośrednikiem a agentem–pełnomocnikiem (komentarz Art. 758(1) KC T. III red. Gutowski 2022, wyd. 3/Górny).

Według T. W. prymat należy dać swobodzie kontraktowej. Choć bowiem prima vista wydaje się, że skoro występuje legalna definicja tego pojęcia, to odpowiedź powinna być negatywna, to jednak takie stanowisko nie jest trafne, przy rozpatrywaniu bowiem tej kwestii trzeba uwzględnić dyspozytywny charakter art. 758¹ § 1 k.c. Powiązanie tej okoliczności z wynikającą z art. 353¹ k.c. swobodą kontraktową musi prowadzić do przekonania, że dopuszczalne jest odstępianie przez strony od określonej w art. 758¹ § 2 k.c. zasady obliczania prowizji (T. Wiśniewski, Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom V. Zobowiązania. Część szczegółowa, wyd. II).

Brak jest jednoznacznych regulacji, czy agent ma prawo do dodatkowego/wyższego wynagrodzenia za wykonywanie innych obowiązków niż tylko pośredniczenie lub zawieranie umów na rzecz dającego zlecenie. Jeżeli w umowie określono wysokość wynagrodzenia, agent nie ma prawa żądać wynagrodzenia za dodatkowe czynności, ponieważ obowiązek ich wykonania wynika z norm o charakterze dyspozytywnym lub bezwzględnie obowiązujących, które wyznaczają poza treścią umowy prawa i obowiązki stron umowy agencyjnej (K. Topolewski, Cywilnoprawne skutki, s. 263). Żadna norma o charakterze dyspozytywnym albo bezwzględnie obowiązującym nie przyznaje agentowi dodatkowego wynagrodzenia za ich wykonanie.

Zgodnie z drugim stanowiskiem panującym w doktrynie przepisy art. 758¹ § 1 i 3 k.c. mają charakter dyspozytywny, co potwierdza ich jednoznaczne brzmienie: „jeżeli sposób wynagrodzenia nie został w umowie określony”, „jeżeli wysokość prowizji nie została w umowie określona”. Natomiast przepis art. 758¹ § 2 k.c., jako zawierający definicję ustawową, nie poddaje się kwalifikacji z punktu widzenia podziału przepisów na imperatywne i dyspozytywne.

Wedle trzeciego poglądu przepis art. 758¹ § 2 k.c. zawiera definicję legalną prowizji, która ma charakter imperatywny w tym sensie, że każde wynagrodzenie agenta uzależnione od liczby lub wartości zawieranych umów jest prowizją, a więc obligatoryjnie stosuje się do niego właściwe przepisy kodeksu cywilnego o prowizji. (Komentarz Art. 758¹ KC red. Załucki 2020, wyd. 2/Konert; Art. 758¹ KC T. II red. Pietrzykowski 2021, wyd. 10/Ogiegło)

Przyjmuje się, że strony nie mogą w umowie zdefiniować prowizji w inny sposób, gdyż kodeks cywilny zawiera jej definicję legalną. Strony mogą jedynie inaczej określić zasady wynagrodzenia. Nie będzie ono jednak wówczas prowizją. Jeśli wysokość wynagrodzenia (co najmniej jego część) nie jest uzależniona od liczby lub wartości zawieranych umów, nie mamy do czynienia z prowizją (komentarz Art. 758¹ k.c. red. Osajda/red. tomu Borysiak, K. Kopaczyńska- Piecziak Kidyba Andrzej (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna, wyd. II). Art. 758¹ § 2 k.c. wyjaśnia znaczenie terminu "prowizja". Jeżeli wysokość wynagrodzenia agenta zależy od liczby i wartości zawartych umów, mamy do czynienia z prowizją, ze wszystkimi płynącymi stąd konsekwencjami, tj. stosowaniem przepisów art. 761 § 1-art. 761⁵ k.c. i ograniczoną swobodą stron w sposobie jej regulacji (E. Rott-Pietrzyk Ewa, Komentarz do niektórych przepisów Kodeksu cywilnego, [w:] Umowa agencyjna po nowelizacji. Art. 758-764(9) k.c. Komentarz).

W przedmiotowej sprawie strony w umowie zdefiniowały prowizję w sposób odbiegający od definicji z art. 758¹ § 2 k.c. Wynagrodzenie w całości zostało określone jako prowizja składająca się z dwóch części. Zgodnie z definicją umowną prowizja podstawowa składa się z dwóch części: 1. z tytułu pośredniczenia przy zawieraniu umowy ubezpieczenia albo pozyskaniu klienta, z którym zostanie zawarta umowa ubezpieczenia 2. z tytułu utrzymania umowy ubezpieczenia w mocy do dwunastego miesiąca (włącznie) jej obowiązywania (§ 2 pkt 7 lit. a i b załącznika do umowy). Wskutek wypowiedzenia umowy agencyjnej przez powódkę z uwagi na stan zdrowia, mimo że pozyskała 4 klientów pozwany zredukował jej wynagrodzenie do 4 miesięcy, pozbawiając możliwości uzyskania prowizji za dalszy okres 8 miesięcy. Powódce wypłacono jedynie prowizję w wysokości 974,60 zł.

Spór w przedmiotowej sprawie sprowadzał się co do charakteru wiążącego normy art. 758¹ § 2 k. c. Jest bowiem jasne, że strony mogą również w umowie określić inny sposób wynagrodzenia w granicach swobody umów (art. 353¹ k.c.), uregulowania kontraktowe nie mogą jednak naruszać przepisów bezwzględnie obowiązujących. Zgodnie zaś z art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Pozwany na tej właśnie podstawie twierdził, że korzystając ze swobody kontraktowej odmiennie zdefiniował prowizję albowiem art. 758¹ § 2 k. c. ma charakter dyspozytywny.

Określenie charakteru prawnego przepisów prawa i ich kwalifikacja, jako przepisów względnie wiążących (*ius dispositivum*), bezwzględnie wiążących (*ius cogens*) 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). O imperatywnym bądź dyspozytywnym charakterze przepisu należy zasadniczo wnioskować na podstawie jego brzmienia ale też celu istoty, funkcji, jaką mają one lub zawarta w nich regulacja prawna pełnić.

W doktrynie słusznie wskazuje się, że przepis art. 758¹ § 1 i 3 k.c. mogą być uznane za mające charakter względnie obowiązujący (*iuris dispositivi*). Jeśli z brzmienia przepisu nie wynika *expressis verbis* jego kwalifikacja prawna, należy ją określić, przyjmując prawidłową metodologię jego wykładni, mając na względzie, że przepisy o umowie agencyjnej stanowią implementację standardu ochronnego ustanowionego dla agenta w dyrektywie 86/653/EWG. Regulacja prawa polskiego transponuje wprost art. 6 tego aktu.

Zasadniczym celem dyrektywy 86/653 jest ochrona agenta (przedsiębiorcy) jako strony modelowo słabszej w stosunku do dającego zlecenie. Takie zadanie tego aktu było wielokrotnie i konsekwentnie podkreślane w orzecznictwie TSUE. Jak w szczególności zauważył Trybunał, normy prawne ustanowione w dyrektywie 86/653 mają charakter imperatywny i służą zapewnieniu agentom minimalnego poziomu ochrony. Dyrektywa 86/653 (a w konsekwencji także przepisy prawa polskiego) posługują się bez wątpienia koncepcją opcjonalności w innym rozumieniu – pozwalając stronom umowy agencyjnej określić, czy zastrzegą one dla agenta prowizję czy inny rodzaj wynagrodzenia (np. wynagrodzenia ryczałtowego). (E. Rott- Pietrzak, M. Grochowski Wynagrodzenie agenta z tytułu interesów

pośrednich- granice dyspozytywności na tle pytania prejudycjalnego w sprawie Rigall, Monitor Prawniczy 2020, nr 23).

Na tym właśnie poziomie normy dotyczące wynagrodzenia agenta mają charakter dyspozytywny. Pozwalają bowiem stronom na wybór między rozwiązaniem zaproponowanym przez ustawodawcę i stworzoną samodzielnie formułą, która w danych okolicznościach może lepiej odpowiadać ich interesom oraz specyfice zawieranej umowy. Choć sam wybór jednego z rodzajów wynagrodzenia opiera się na mechanizmie *iuris dispositivi* (O mechanizmie *iuris dispositivi* w tym rozumieniu T. Wiśniewski, Umowa agencyjna według Kodeksu cywilnego, Warszawa 2001, s. 55, 59; J. Jezioro [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, Warszawa 2017, s. 1466–1467, 1474–1475.), nie oznacza to jeszcze, by dyspozytywny charakter miały poszczególne przepisy dotyczące wynagrodzenia prowizyjnego (Odmiennie D. Bucior [w:] Komentarz, T. IV, pod red. M. Habdas, M. Frasa, op. cit., s. 796.).

Za taką wykładnią przemawia przede wszystkim ochronny charakter samej dyrektywy 86/653. U jej podstaw leży założenie o przewadze negocjacyjnej dającego zlecenie w relacjach rynkowych z agentem. Sprawia ona, że mechanizm dyspozytywności może być wykorzystywany przeciwko agentowi, otwierając drogę do jednostronnego uchylania zastosowania normy przez dającego zlecenie – i kształtowania w ten sposób umowy w sposób korzystny wyłącznie dla siebie. Ze względu na ochronny charakter dyrektywy 86/653 (oraz art. 761 § 1 *in fine* k.c.), trudno uważać go tym samym za typową regulację prawa umów, do której w pełnym zakresie odnosiłaby się (klasycznie rozumiana) zasada swobody umów oraz reguła „preferencji” dla dyspozytywnego charakteru norm, biorąc pod uwagę wyrażoną w przepisie tym definicję legalną. (E. Rott- Pietrzak, M. Grochowski Wynagrodzenie agenta z tytułu interesów pośrednich- granice dyspozytywności na tle pytania prejudycjalnego w sprawie R.). Tego rodzaju wątpliwości zostały też wyrażone przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu pytania prejudycjalnego w odesłaniu prejudycjalnym Sądu Najwyższego z 17 września 2020r. w sprawie I CSK 483/18 wprowadzając na gruncie art. 761 § 1 *in fine* k.c. Wskazano jednak, że jednym z podstawowych celów dyrektywy 86/653/EWG jest ochrona przedstawicieli handlowych w relacjach z dającymi zlecenie. Cel ten jest deklarowany wprost w preambule tego aktu i był wielokrotnie potwierdzany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wskazywano w nim zwłaszcza, że przepisy o umowie agencyjnej powinny być wykładane w sposób, który umożliwiłby realizację ich ochronnego celu [tak m.in. orzeczenia Trybunału: z 23 marca 2005 r., C#465/04, H. C. S. przeciwko M. Z. (EU:C:2006:199), p. 19; z 17 października 2013 r., (...) ((...)) (...) przeciwko N. B., C#184/12 (EU:C:2013:663), p. 52 oraz z 3 grudnia 2015 r., C#338/14,(...) przeciwko (...) SA, dawniej(...) SA i (...) SA, dawniej (...) SA (EU:C:2015:795), p. 23].

Uznanie, że strony mogłyby zmienić definicję ustawową prowizji byłoby wątpliwe z perspektywy systemowej i funkcjonalnej. Ustawodawca wyraźnie bowiem zdefiniował prowizję podając definicję legalną.

Nie sposób bowiem przyjąć, że dyspozytywny charakter tego przepisu jest zgodny z intencją ustawodawcy unijnego czy krajowego, jeśli konsekwencją takiej kwalifikacji miałyby być sprzeczność z istotą stałego pośrednictwa, które jest elementem konstrukcyjnym umowy agencyjnej determinującym jej naturę (właściwość). Szczególnie, że jak wskazuje też przykład tej sprawy regulacje dyspozytywne zawarte w przepisach o umowie agencyjnej mogłyby w istocie rzeczy otwierać dającemu zlecenie drogę do *de facto* jednostronnego decydowania o ich utrzymaniu lub zastąpieniu innym mniej korzystanymi postanowieniem umowy, odmiennie definiując prowizję. W konsekwencji, w przypadku regulacji o celu ochronnym, opartych na założeniu o typowej słabości jednej ze stron umowy z reguły lepiej sprawdzają się regulacje *ius cogens*. Należałoby przyjąć, że przepisy o prowizji należnej agentowi (zwykłemu i wyłącznemu) z tytułu umów zawartych w czasie umowy agencyjnej mają charakter imperatywny, a konkretnie semiimperatywny bądź bezwzględnie wiążący, zważywszy też na wprowadzenie definicji legalnej pojęcia prowizji.

W konsekwencji wszelkie postanowienia umowne sprzeczne z definicją ustawą prowizji, które są dla niego mniej korzystne niż regulacja ustawowa, są z mocy art. 58 § 1 k.c. nieważne. Przyjęcie też imperatywnego (bezwzględnie wiążącego czy też semiimperatywnego) charakteru art. art.758¹ § 2 k.c. jest zatem uzasadnione, tym bardziej, że jak wskazuje się też w doktrynie agent nie może zostać pozbawiony całkowicie prowizji. Także w tym przypadku

pierwzoplanową rolę odgrywa konieczność zagwarantowania uprawnień agenta w sytuacji typowej przewagi kontraktowej dającego zlecenie.

Niemniej z drugiej strony można bronić stanowiska, że powiązanie zasad określenia prowizji z wynikającą z art. 353¹ k.c. swobodą kontraktową musi prowadzić do przekonania, że dopuszczalne jest odstąpienie przez strony od określonej w art. 758¹ § 2 k.c. zasady określenia prowizji, tym bardziej, że sama możliwość wyboru wynagrodzenia lub prowizji jest opcjonalna. Jak też wskazała też Rzecznik Generalny T. Ć. w opinii w sprawie C 64-21 skoro art. 6 ust. 3 dyrektywy 86/653 wyraźnie zezwala stronom na całkowite wyłączenie prowizji jako formy wynagrodzenia przedstawiciela handlowego, to dozwolone wydaje się również wyłączenie prowizji konkretnego rodzaju.

Biorąc pod uwagę przedstawione rozbieżności co do charakteru tych przepisów, jak również praktyczne znaczenie dla obrotu gospodarczego i kształtowania prawidłowej praktyki wzorców umów agencyjnych z tych wszystkich względów Sąd Okręgowy postanowił przedstawić zagadnienie prawne. Trzeba mieć na uwadze, że w praktyce obrotu gospodarczego większość tego typu umów jest zawierana w warunkach nierównowagi stron i zwykle z wykorzystaniem wzorców umów formułowanych jednostronnie przez dającego zlecenie lub klauzul modyfikacyjnych bez możliwości negocjowania przez agenta jej postanowień.

Sąd Okręgowy z mocy art. 390 § 1 k.p.c. postanowił przedstawić Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia wskazane wyżej zagadnienie prawne.

Sędzia Aneta Łazarska