

Sebastian Kowalski

Zastrzeżenie kary umownej w umowie przedwstępnej

I. Wprowadzenie

Podmioty prawa cywilnego, uczestnicy gospodarki wolnorynkowej, dla ochrony swych interesów korzystają w powszechnym obrocie gospodarczym z różnego rodzaju instytucji prawnych, zabezpieczających zawarcie oraz wykonanie w przyszłości określonej umowy. Istotne znaczenie w tym kontekście mają, zwłaszcza w obrocie nieruchomościami, umowy przedwstępne zawierające zastrzeżenie kary umownej na wypadek ich niewykonania. Zdarza się często, że strony zastrzegają karę umowną w bardzo dużej wysokości, niemal równej przyszłej cenie nieruchomości, a to dla takiego wzmocnienia związania stron, aby było wręcz nieprawdopodobnym wycofanie się strony z umowy sprzedaży, gdyż pociągnęłoby to za sobą utratę znacznej kwoty pieniężnej. Taka sytuacja zawsze budziła w doktrynie spory. Z jednej strony wskazywano na obejście przepisów dotyczących granicy odszkodowania z art. 390 § 1 k.c., z drugiej zaś na zasadę swobody umów¹. Kwestia ta była poniekąd przedmiotem badania Sądu Najwyższego, który zawarł w orzeczeniu z dnia 17.05.2000 r. tezę, że zawarcie przyszłej umowy (przrzeczonej) jest

¹ Za pierwszym poglądem opowiada się Z. Radwański, [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, Warszawa 1988, s. 417, za drugim Cz. Źółtańska, [w:] *Kodeks cywilny. Zobowiązania. Komentarz*, t. I, Warszawa 1996, s. 131; A. Kondracka, *Pojęcie i charakter prawny umowy przedwstępnej*, MP 1999, nr 3, s. 15.

świadczeniem, a skoro do tego świadczenia nie doszło, to do takiej sytuacji w pełni mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego o karze umownej².

II. Umowa przedwstępna w systemie prawa cywilnego

W umowie przedwstępnej jedna lub obie strony zobowiązują się do zawarcia w przyszłości oznaczonej umowy, którą ustawodawca w art. 389 k.c. określa mianem umowy przyrzeczonej. Zgodnie z art. 389 k.c., umowa przedwstępna jest ważna, jeżeli:

1) określa składniki przedmiotowo istotne umowy przyrzeczonej oraz wszystkie postanowienia mające takie znaczenie dla stron, że bez porozumienia co do nich umowa przyrzeczona nie zostałaby zawarta³,

2) ustala termin, w ciągu którego umowa przyrzeczona ma być zawarta, a nadto

3) zawiera zobowiązanie, a zatem przynajmniej jedna ze stron (wierzyciel) musi być uprawniona do żądania spełnienia świadczenia (złożenia oznaczonego w umowie oświadczenia woli) przez drugą stronę (dłużnika).

Dla porządku tylko przypomnieć należy, że spełnione być winny także ogólne przesłanki ważności umów cywilnoprawnych (np. zdolność stron do składania oświadczeń woli czy np. zgodność umowy z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, z zasadami współżycia społecznego). Specyficzną cechą umowy przedwstępnej jest przedmiot świadczenia – dłużnik zobowiązuje się złożyć określone oświadczenie woli (art. 389 k.c.).

Nie byłoby celowym powtarzanie rzeczy znanych, dlatego pragnę zwrócić uwagę na dwie kwestie: stosunku umowy przedwstępnej do umowy przyrzeczonej i roszczenia odszkodowawczego, o którym mowa w art. 390 § 1 k.c., ograniczonego do naprawienia szkody w zakresie ujemnego interesu umownego.

² Cytuję za A. Wyszomirską, *Kara umowna*, GP 2000, nr 41, s. 5: wyrok SN z dnia 17.05.2000 r. I CKN 276/00.

³ Szerzej E. Drozd, *Umowa przedwstępna a umowa przyrzeczona*, NP 1973, nr 11, s. 1561-1566.

III. Umowa przedwstępna a umowa przyrzeczona

Umowę przedwstępną należy wyraźnie odróżnić od umowy definitywnej; umowa przedwstępna zawsze zobowiązuje do zawarcia w przyszłości umowy przyrzeczonej, a dopiero umowa definitywna (przyrzeczona) wyznacza powinne zachowanie stron, realizujące zamierzony przez nie cel gospodarczy. J. Gwiazdomorski, porównując umowę przedwstępną z umową zobowiązującą do przeniesienia własności, pisał, że „umowa przedwstępna jest aktem w pewnym znaczeniu niesamoistnym, pomocniczym, jest środkiem wiodącym do celu, jest przygotowaniem umowy głównej”, z kolei „umowa sprzedaży jest aktem samoistnym, głównym, niezależnym, a akty tradycji przedsięwzięte na jej podstawie są jej epilogami i stanowią jej wykonanie”⁴.

Jakkolwiek należy odróżnić świadczenie z umowy przedwstępnej od świadczenia z umowy przyrzeczonej, to jednak dopuszczalne jest zobowiązanie się już w umowie przedwstępnej do spełnienia takiego świadczenia, które zasadniczo jest elementem składającym się na wykonanie umowy definitywnej⁵. W orzecznictwie Sądu Najwyższego został wyrażony pogląd, że kontrahenci umowy przedwstępnej mogą postanowić o niezwłocznym przeniesieniu posiadania rzeczy. Jeżeli w wykonaniu umowy przedwstępnej nastąpiło wydanie nieruchomości, a do zawarcia umowy przyrzeczonej bez winy stron nie doszło, to odpowiedzialność niedosłego nabywcy za korzystanie z nieruchomości oceniać należy według skutków wynikających z umowy przedwstępnej, a nie według zasad bezumownego użytkowania, a więc strony powinny zwrócić to, co sobie w wykonaniu umowy przedwstępnej świadczyły⁶. Podkreślono, że porozumienie stron co do przeniesienia posiadania nieruchomości wykracza poza ramy wyznaczone art. 389 k.c., ale jest ono wiążące dla stron tak, jak każda inna umowa, która nie narusza ustawy ani zasad współżycia

⁴ J. G w i a z d o m o r s k i, *Umowa przedwstępna w kodeksie zobowiązań*, Kraków 1936, t. XXX, s. 440.

⁵ Zob. E. G n i e w e k, *Z problematyki umów przedwstępnych*, NP 1970, nr 7-8, s. 1052-1053.

⁶ Orzeczenie SN z dnia 12 stycznia 1960 r. I Co 40/59, OSN 1960, poz. 90; orzeczenie SN z dnia 30 czerwca 1965 r. I Cr 154/65, OSN 1966, poz. 117; cyt. za E. G n i e w k i e m *Z problematyki...*, s. 1052-1053; inaczej: S. B r e y e r, *Przeniesienie własności nieruchomości*, Warszawa 1975, s. 121.

społecznego i dlatego też z takiego porozumienia wypływa dla przyszłego nabywcy, roszczenie o niezwłoczne wydanie przedmiotu przyrzeczonej umowy⁷.

Stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy czyni zadość potrzebom praktyki. Najczęściej strony już w momencie zawierania umowy przedwstępnej mają na uwadze pożądane dla nich skutki wykonania umowy przyrzeczonej, której niezwłoczne zawarcie jest niemożliwe lub niedogodne.

IV. Szkada w granicach ujemnego interesu umownego

Nie budzi wątpliwości, że w przypadku roszczenia odszkodowawczego kreowanego przez art. 390 § 1 k.c., wskutek niewykonania przez dłużnika umowy przedwstępnej, mamy do czynienia ze szczególnym rodzajem szkody – szkodą w granicach ujemnego interesu umownego; *verba legis*: „strona może żądać naprawienia szkody, którą poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy przyrzeczonej”.

Charakterystyczne jest tu sformułowanie, jakiego użył R. Longchamps de Bériér: „Ujemny interes różni się zasadniczo od dodatniego, tj. od odszkodowania, które się należy w razie niedopełnienia umowy, wtedy bowiem należy dać wszystko to, co by strona miała, gdyby umowa została wykonana, gdy tymczasem tu należy dać to, co by miała, gdyby się nie wdawała w umowę”⁸.

Na gruncie kodeksu cywilnego, pisząc o ujemnym interesie umownym, podkreśla się, że idzie o różne przypadki powstania szkody wskutek niezawarcia umowy z jakichkolwiek powodów⁹ czy też niedojścia umowy do skutku (w przeciwieństwie do niewykonania)¹⁰, wskazuje się też jednak, że normy kodeksu ograniczające roszczenie odszkodowawcze do granic ujemnego interesu umownego dotyczą umów ważnie zawartych, lecz nienależycie wykonanych (art. 566 § 1, 574 k.c.), umów zawartych względnie nieważnych (art. 39, 103 § 3 k.c.), nieważnych (art. 387 §

⁷ Uzasadnienie do uchwały SN z dnia 12 stycznia 1960 r. I Co 40/59, OSN 1960, poz. 90.

⁸ Cytuje za W. C z a c h ó r s k i m, *Odpowiedzialność odszkodowawcza w ramach tzw. ujemnego interesu umowy*, RPEiS 1968, nr 3, s. 26.

⁹ Tak A. S z p u n a r, *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 54.

¹⁰ Tak J. G w i a z d o m o r s k i, *Umowa przedwstępna...*, s. 460.

2), czy umów niezawartych (art. 390 § 1, 736 k.c.)¹¹, wreszcie nie podlega dyskusji, że odszkodowanie w granicach ujemnego interesu umownego może być wynikiem realizacji roszczenia na podstawie art. 415 k.c.¹²

Ujemny interes umowny jest sposobem ustalenia rozmiaru szkody, który co do zasady charakteryzuje nieosiągnięcie przez stronę (wierzyciela) ściśle określonego skutku: niezawarcie oznaczonej umowy (tu: umowy przyrzeczonej). Rozmiar szkody powstałej z niedojścia umowy do skutku jest zasadniczo inny – mniejszy od rozmiaru szkody powstającej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, dlatego zasadnym jest mówić o ograniczeniu szkody do granic ujemnego interesu umowy przyrzeczonej.

Ujemnemu interesowi umownemu nie należy przeciwstawiać dodatniego interesu umownego, niejako „graficznie” interpretując słowa R. Longchamps de Bérrier, że „...należy dać wszystko to, co by strona miała, gdyby umowa została wykonana...” i przeciwstawiając: szkodę wynikłą wskutek niezawarcia umowy, szkodzie wynikłej wskutek niewykonania umowy. Nie bez przyczyny powiedziano „...wszystko to, co by strona miała...”¹³, a więc nie powinno być żadnych wątpliwości, że wierzyciel, wobec którego dłużnik nie wykonał umowy traci nie tylko to, co wynika z faktu, że umowa nie została wykonana, ale i to, że w ogóle wdawał się w umowę z nielojalnym kontrahentem. Reasumując, należy wyraźnie podkreślić, że szkoda w granicach dodatniego interesu umownego zawsze wchłania w siebie szkodę w granicach ujemnego interesu umownego, nie może być bowiem wykonana umowa, która nie została zawarta, dlatego też panuje zgodność co do tego, że szkoda w granicach ujemnego interesu umownego nie może przekraczać szkody w granicach dodatniego interesu umownego¹³.

¹¹ Por. J. Tropaczyńska, *Umowa o negocjacje zawarta w formie listu intencyjnego a odpowiedzialność z tytułu culpa in contrahendo*, PPH 1996, nr 2, s. 29.

¹² Tak A. Burzak, *Umowa o pośrednictwo*, cz. II, PPH 1992, nr 3, s. 8 i nast.

¹³ Tak np. J. Strępska, *Umowy przedwstępne w obrocie społecznym*, Warszawa 1978, s. 45; T. Dybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, s. 245. Sprawa jest bezsporna w doktrynie niemieckiej, gdyż kodeks cywilny niemiecki wyraźnie zastrzega, że odszkodowanie w ramach naprawienia szkody w granicach ujemnego interesu umownego nie może być ustalone na wyższym poziomie niż w ramach „Erfüllungsinteresse”, tj. gdyby czynność prawna była ważna, a świadczenie z niej wynikające wykonane.

V. Ujemny interes umowy przedwstępnej, a ujemny interes umowy przyrzeczonej

Celem podkreślenia różnicy między wskazanymi granicami szkody warto posłużyć się przykładem. W modelowym układzie zachowań stron, które dążą np. do sprzedaży nieruchomości, możemy wyróżnić negocjacje, zawarcie umowy przedwstępnej, wykonanie umowy przedwstępnej, zawarcie umowy przyrzeczonej, wykonanie umowy przyrzeczonej.

W pierwszej fazie A i B toczą negocjacje, których celem jest, według zamiaru stron, zawarcie umowy sprzedaży nieruchomości. Inicjatorem negocjacji jest B, który podjął się realizacji inwestycji – przygotowania odpowiedniego terenu i wybudowania określonego obiektu na zlecenie C. A jest właścicielem nieruchomości, którą kupić chce B. B dla sprawnej realizacji przedsięwzięcia wynajął lokal, w którym prowadzone są negocjacje i poniósł inne koszty bezpośrednio z nimi związane na kwotę łączną 4.000 zł.

Jednakże na tym etapie strony nie dojrzały do zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości, zawarto natomiast umowę przedwstępną, zobowiązując się zawrzeć w określonym terminie umowę definitywną.

B zabezpieczywszy sobie zawarcie umowy sprzedaży nieruchomości, na której miał zrealizować zleconą budowę, zaczął zawierać umowy z podmiotami mającymi prowadzić określone prace, m.in. umówił się z przedsiębiorcą D o wykonanie fundamentów pod część obiektu, dając mu tytułem zadatku kwotę 20.000 zł.

W oznaczonym terminie zawarcia umowy przyrzeczonej B oczekiwał A w umówionym miejscu, ponosząc koszty stawiennictwa notariusza, radcy prawnego, wynajęcia lokalu itp. na kwotę 2.000 zł. Jednocześnie, oczekując w przyszłości współpracy z A dotyczącej kupna innych nieruchomości i pragnąc nawiązać z nim lepsze stosunki, zorganizował drobny poczęstunek, na który miał zamiar zaprosić A po zawarciu umowy sprzedaży nieruchomości (umowy przyrzeczonej), ponosząc koszty w wysokości 500 zł. Jednakże do zawarcia umowy nie dochodzi – A powiadamia telefonicznie B, że wycofuje się z umowy, która i tak nie ma znaczenia, gdyż wczoraj sprzedał określoną nieruchomość E.

Wskazany kasus ma służyć teoretycznemu wykazaniu granic pomiedzy szkodą w zakresie ujemnego interesu umów: przedwstępnej i przyrzeczonej. I tak, B poniósł szkodę w granicach:

1) ujemnego interesu umowy przedwstępnej w kwocie 4.000 zł, tj. kosztów negocjacji, które doprowadziły do zawarcia umowy przedwstępnej;

2) dodatniego interesu umowy przedwstępnej w kwocie 6.000 zł, tj. kosztów negocjacji, które doprowadziły do zawarcia umowy przedwstępnej (4.000 zł), powiększonych o koszty związane z zawarciem umowy przyrzeczonej, wynikające z umowy przedwstępnej (2.000 zł);

3) ujemnego interesu umowy przyrzeczonej w kwocie 6.500 zł, tj. kosztów negocjacji, które doprowadziły do zawarcia umowy przedwstępnej (4.000 zł.), kosztów związanych z zawarciem umowy przyrzeczonej wynikających z umowy przedwstępnej (2.000 zł.) oraz kosztów związanych z zawarciem umowy przyrzeczonej wynikających z pewnych zwyczajów, ustalonych w określonej grupie społecznej (500 zł);

4) dodatniego interesu umowy przyrzeczonej w kwocie 26.500 zł, tj. kosztów, które poniósł, licząc na zawarcie umowy przyrzeczonej (6.500 zł.) oraz kosztów, które poniósł przez to, że liczył, iż zawarta umowa przyrzeczona zostanie wykonana.

W tym miejscu należy podkreślić, że realizując roszczenie odszkodowawcze zapewnione w przepisie art. 390 § 1 k.c. B mógłby żądać od A naprawienia szkody w granicach ujemnego interesu umowy przyrzeczonej, a więc co najwyżej do wysokości 6.500 zł, podczas gdy licząc na lojalność swego kontrahenta stracił co najmniej 26.500 zł.

VI. Rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika z umowy przedwstępnej

Przykładowy kazus uzasadnia celowość odpowiedzi na pytanie o możliwość umownego rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika z umowy przedwstępnej. Innymi słowy, czy można zastrzec, że dłużnik, który nie wykona umowy przedwstępnej, będzie obowiązany do naprawienia szkody, którą wierzyciel poniósł, licząc na zawarcie i wykonanie umowy przyrzeczonej?

Sąd Najwyższy w czasie obowiązywania kodeksu zobowiązań wypowiedział się, że art. 62 k.z. nie ogranicza roszczenia odszkodowawczego wierzyciela z umowy przedwstępnej do granic ujemnego interesu umownego¹⁴. Choć trudno obronić tezę, że to orzeczenie było odzwier-

¹⁴ Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 30.09.1960 r. 3Cr 203/60, OSPiKA 1961, poz. 133.

cedzeniem poglądów doktryny, to jednak można wysnuć wniosek, że nawet w okresie obowiązywania kodeksu zobowiązań, gdzie mniej niż dziś wypowydano się za samodzielnością umowy przedwstępnej jako umowy zobowiązaniowej, a raczej widziano ją tylko jako pewien etap ze względu na charakterystyczne *facere*, brano pod uwagę możliwość rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika nie wykonującego umowy przedwstępnej. Chociaż na gruncie kodeksu cywilnego nie ulega wątpliwości, że ustawodawca ograniczył odpowiedzialność dłużnika do granic ujemnego interesu umowy przyrzeczonej, to jednak, uznając za argumenty zasadę swobody umów i samodzielność umowy przedwstępnej jako umowy zobowiązaniowej, należy się przychylić do możliwości umownego rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika nie zawierającego umowy przyrzeczonej, z tym zastrzeżeniem, iż ewentualne postanowienia umowy powinny być szczególnie badane pod kątem zasad współzycia społecznego oraz możliwości obejścia ustawy przez strony umowy przedwstępnej¹⁵.

W tym miejscu należy odpowiedzieć na pytanie, czy dopuszczenie takiej możliwości nie stoi w sprzeczności z istotą umowy przedwstępnej

Pierwszą wątpliwością, jaka się nasuwa, jest możliwość rozciągnięcia skutków zawarcia umowy przedwstępnej na skutki tożsame umowie przyrzeczonej w zakresie roszczenia odszkodowawczego, gdy tymczasem umowa przedwstępna dopiero zobowiązuje do zawarcia umowy przyrzeczonej. W stosunku zobowiązaniowym roszczenie o naprawienie szkody powstałej wskutek niewykonania zobowiązania jest tożsame ze zmianą roszczenia głównego wierzyciela i powoduje zmianę pierwotnego świadczenia na wynagrodzenie szkody¹⁶. Mając na uwadze wskazane zasady, pozwoliłem sobie wyraźnie zaznaczyć, że strony mogą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika uchylającego się od zawarcia umowy przyrzeczonej do naprawienia szkody, którą wierzyciel poniósł, **licząc na zawarcie i wykonanie umowy przyrzeczonej**. Należy bowiem dostrzegać zasadniczą różnicę pomiędzy naprawieniem szkody wynikłej z niewykonania umowy przyrzeczonej, a wynikłej wskutek tego, że uprawniony liczył na zawarcie i wykonanie umowy przyrzeczonej. Owo „liczenie” na zawarcie

¹⁵ Zob.np. orzeczenie SA w Krakowie z dnia 18.12.1990 r. OSA 1991, poz. 20.

¹⁶ A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 1964, s. 23.

i wykonanie umowy przyrzeczonej ma swoje źródło w postanowieniach umowy przedwstępnej; wskazano wcześniej, że umowa przedwstępna zawiera m.in. składniki przedmiotowo istotne umowy przyrzeczonej oraz wszystkie postanowienia mające takie znaczenie dla stron, że bez porozumienia co do nich umowa przyrzeczona nie zostałaby zawarta. I tak np., jeżeli B umówił się z A, że ten w umowie przedwstępnej zawrze z nim umowę sprzedaży nieruchomości w dniu 01.10.2001 r., wydając mu jednocześnie w tym dniu wskazaną nieruchomość, to wydaje się uzasadnione twierdzenie, iż B może już w chwili zawarcia umowy przedwstępnej liczyć na wykonanie umowy przyrzeczonej we wskazanym zakresie, a zatem przy rozszerzeniu odpowiedzialności dłużnika żądać naprawienia szkody spowodowanej niewydaniem mu nieruchomości. Sytuacja będzie inna, jeżeli w umowie przedwstępnej strony zobowiązały się jedynie zawrzeć umowę sprzedaży nieruchomości, o ile bowiem z mocy art. 155 § 1 k.c. umowa taka ma podwójny skutek i zasadniczo spowoduje przeniesienie własności, to jednak przeniesienie własności nieruchomości nie jest tożsame jej wydaniu; *eo ipso* wierzyciel nie może na podstawie umowy przedwstępnej liczyć na wykonanie umowy przyrzeczonej w zakresie wydania mu nieruchomości.

Reasumując tę część rozważań, należy wyraźnie zaznaczyć, że umowne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika uchylającego się od zawarcia umowy przyrzeczonej może sięgać naprawienia szkody poniesionej przez wierzyciela, który w świetle treści umowy przedwstępnej mógł liczyć na zawarcie i wykonanie umowy przyrzeczonej, co nie jest tożsame z rozszerzeniem odpowiedzialności dłużnika na naprawienie szkody w granicach dodatniego interesu umowy przyrzeczonej.

Wszelako może pojawić się pytanie, czy w konkretnym przypadku zawarcie umowy przedwstępnej z rozszerzoną odpowiedzialnością dłużnika nie spowoduje, że wierzyciel będzie zachowywał się tak, jakby zawarł już umowę przyrzeczoną.

Można by jednak odpowiedzieć pytaniem: a czy byłoby niewłaściwym z punktu widzenia zasad prawa cywilnego takie zachowanie wierzyciela? Wydaje się ignorancją nie dostrzegać, że zasadniczo kontrahenci, licząc na wzajemną lojalność, oceniają skutki zawarcia umowy przedwstępnej według wykonania umowy przyrzeczonej, zwłaszcza w zakresie tego, co mogą zyskać, a co stracić przez zawarcie i wykonanie umowy przyrze-

czonej. Częstokroć już w momencie zawarcia umowy przedwstępnej sprzedaży nieruchomości czują się właścicielami danego gruntu i nie tylko planują z tym związane określone działania, ale też je podejmują. Z punktu widzenia obrotu gospodarczego takie zachowanie jest nie tylko prawidłowe, ale i pożądane. Ponadto, dostrzec należy, że w chwili zawarcia umowy przedwstępnej strony już potrafią wyliczyć straty, jakie poniosą nie tylko wskutek niezawarcia umowy przyrzeczonej, ale też wskutek jej zawarcia bez natychmiastowego, przynajmniej częściowego wykonania.

Wydaje się, że nie ma powodu, by stronom zabronić jak najlepszego zabezpieczenia swoich interesów, skoro zachowały się lojalnie wobec siebie – rozszerzyły odpowiedzialność dłużnika wyraźnym postanowieniem umowy i zachowały się lojalnie wobec prawa, nie złamały żadnego ustawowego zakazu, zaś to, na co wierzyciel może liczyć w chwili zawarcia umowy przyrzeczonej jest w umowie przedwstępnej wyraźnie wskazane. Należy jednak podkreślić, że strony, rozszerzając odpowiedzialność odszkodowawczą dłużnika ponad granice wyznaczone w art. 390 § 1 k.c., zabezpieczają swoje interesy tylko w takim stopniu, w jakim nie narusza to bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (np. co do formy czynności prawnej) i w jakim zakres rozszerzenia te da się wyraźnie ustalić na podstawie treści umowy przedwstępnej¹⁷.

VII. Kara umowna a roszczenie odszkodowawcze

Skutkiem poniesienia szkody spowodowanej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przez dłużnika jest z reguły powstanie po stronie wierzyciela roszczenia odszkodowawczego. Można jednak zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego (np. złożenia oświadczenia woli) nastąpi przez zapłatę kary umownej. Kara umowna jest więc alternatywą dla roszczenia odszkodowawczego, jej zastrzeżenie ma zawsze na celu wzmocnienie pozycji wierzyciela, przy czym należy mieć na uwadze, że tylko gdy tak zastrzeżono w umowie, wierzyciel może

¹⁷ Innymi słowy, na podstawie umowy przedwstępnej można ustalić, w jakiej części, z chwilą zawarcia umowy przyrzeczonej, wierzyciel może liczyć na wykonanie umowy przyrzeczonej.

żądać naprawienia szkody przekraczającej sumę kary umownej (art. 484 § 1 zd. 2 k.c.).

Wzmocnienie pozycji wierzyciela idzie na pewno w dwóch kierunkach: po pierwsze, dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej (art. 483 § 2 k.c.), po drugie, w razie niewykonania zobowiązania (lub nienależytego wykonania) kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 zd. 1 k.c.), co oznacza, że wierzyciel jest zwolniony z obowiązku dowodzenia przed sądem faktu poniesienia szkody, otrzyma zaś sumę zastrzeżoną bez względu na to, czy przewyższa ona wysokość poniesionej szkody. Takie uprawnienia dają mocną pozycję wierzycielowi w procesie cywilnym oraz możliwość stosunkowo szybkiego uzyskania sumy składającej się na karę umowną.

Zagadnienie stosunku kary umownej do szkody jest zagadnieniem podstawowym dla określenia charakteru i funkcji kary umownej. Spornym jest, czy dłużnik może zgłosić zarzut braku szkody i w ten sposób żądać oddalenia powództwa wierzyciela¹⁸. Wydaje się, że trafne jest stanowisko dające możliwość podniesienia przez dłużnika skutecznego zarzutu. Stosownie do literalnego brzmienia przepisu art. 483 k.c. „...można zastrzec, że naprawienie szkody... nastąpi przez...”, a więc w wypadku braku szkody żądanie zapłaty kary umownej jest nieskuteczne¹⁹. Ponadto, gdyby przyjąć, że kara umowna należy się również wówczas, gdy wierzyciel żadnej szkody nie poniósł, to taka kara umowna nie spełniałaby w ogóle funkcji kompensacyjnej, która dla tej instytucji – alternatywy dla odszkodowania na zasadach ogólnych – ma znaczenie podstawowe²⁰.

¹⁸ Za takim poglądem: M. P i e k a r s k i, [w:] *Komentarz...*, t. II, 1972, s. 1186; T. W i s n i e w s k i, [w:] *Komentarz...*, 1996, s. 449; J. D ą b r o w a, [w:] *System...*, t. III, cz. 1, s. 831; wyrok SN z dnia 14.07.1976 r., OSN 1977, z. 4, poz. 76, a także Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 18.12.1990 r., OSA 1991, z. 4, p. 20; przeciwnie: W. P o p i o ł e k, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 1997, s. 1170; A. R e m b i e l i Ń s k i, [w:] *Kodeks cywilny z komentarzem*, pod red. A. Winiarza, t. I, s. 498-499; SN z dnia 07.02.1975 r., OSN 1976, z. 2, poz. 34; SN z dnia 20.05.1980 r., OSN 1980, z. 12, poz. 243.

¹⁹ O ile dłużnik podniesie odpowiedni zarzut.

²⁰ Zob. J. K u f e l, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 07.02.1975 r.*, OSP 1977, nr 2.

Określając stosunek kary umownej do roszczenia odszkodowawczego, podkreśla się, że kara umowna uregulowana w art. 483 k.c. nie ma obligatoryjnie charakteru kary wyłącznej, gdzie wierzyciel może żądać kary umownej w oznaczonej wysokości, a dłużnik nie może żądać zmniejszenia kary²¹. Po pierwsze, stronom zezwolono umówić się, że wierzyciel może żądać odszkodowania przenoszącego wysokość kary umownej (art. 484 § 1 k.c.), po drugie, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane albo jeżeli kara umowna jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 k.c.)²². Zasadą jest jednak, że kara umowna należy się wierzycielowi w wysokości zastrzeżonej w umowie, a wyjątki od tej zasady są wyraźnie przewidziane w ustawie i postuluje się, zwłaszcza w odniesieniu do miarkowania kary umownej, dużą ostrożność²³. Niewątpliwie, w braku innego uregulowania w umowie wysokość zastrzeżonej kary umownej stanowi górną granicę roszczeń wierzyciela z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika. Chociaż dłużnik może skutecznie żądać obniżenia (i tylko obniżenia) kary umownej z przyczyn wskazanych w art. 484 § 2 k.c., to jednak możliwość ta jest wysoce ograniczona. Jeżeli chodzi o dopuszczalność zmniejszenia kary umownej z powodu wykonania przez dłużnika zobowiązania w znacznej części, to trzeba pamiętać, że kara umowna zastępuje odszkodowanie, a nie zastępuje świadczenia. Z tego powodu, jeśli została ona zastrzeżona wyraźnie za określone naruszenie zobowiązania, np. za zwłokę dłużnika w spełnieniu całości świadczenia, to w zasadzie jej zmniejszenie nie będzie uzasadnione, choćby dłużnik faktycznie wykonał w znacznej części zobowiązanie²⁴. Z natury rzeczy miarkowanie z powodu wykonania w znacznej części zobowiązania nie ma zastosowania do świadczenia niepodzielnego – praktycznie uwaga ta odnosi się także do świadczenia

²¹ Zob.: J. S z w a j a, *Kara umowna a roszczenie odszkodowawcze*, PiP 1965, nr 8-9; J. Dąbrowa, *System...*, t. III, cz. 1, s. 831.

²² Szerzej J. S z w a j a, *Kara umowna wg kodeksu cywilnego*, Warszawa 1967, s. 297 i nast.

²³ Por. J. Dąbrowa, *System...*, t. III, cz. 1, s. 833; Z. R a d w a ń s k i, [w:] *System...*, t. III, cz. 1, s. 417.

²⁴ J. Dąbrowa, *System...*, t. III, cz. 1, s. 833.

z umowy przedwstępnej²⁵. Podobnie zmniejszenie kary umownej z powodu jej nadmiernego wygórowania nie daje dłużnikowi wielkich możliwości obrony przed jej zapłatą. Warto jednak zauważyć, że ustawa nie kreuje *expressis verbis* kryterium, według którego owo rażące wygórowanie należy oceniać. Celowym jest zastanowić się, czy na podstawie wykładni przepisów 483-484 k.c. nie można znaleźć kryterium decydującego o uznaniu kary umownej za wygórowaną.

Sąd Najwyższy wskazał początkowo, że stopień winy dłużnika nie może pozostawać bez wpływu na rozmiar kary umownej²⁶, z czasem jednak zaczął w orzecznictwie panować pogląd, iż kara umowna jest wygórowana, jeśli prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela²⁷. J. Szwaia wysunął tezę, że decydujący powinien być stosunek wysokości kary umownej do wysokości odszkodowania, które należałoby się wierzycielowi na zasadach ogólnych²⁸. Biorąc pod uwagę obecne uregulowanie kary umownej, za trafny należy uznać pogląd J. Szwai, że kara umowna jest funkcjonalnie związana z odszkodowaniem, jest jego alternatywą, służy naprawieniu szkody doznanej wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika. Skoro ustawodawca nie daje wprost kryterium oceny rażącego wygórowania kary, należy przez wykładnię funkcjonalną porównać naprawienie szkody umowne (kara umowna) z naprawieniem szkody ustawowym (roszczenie odszkodowawcze).

Nie może się dziś ostać pogląd, że określenie „rażące wygórowanie kary umownej” należy wiązać ze stopniem winy dłużnika przy niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu kary umownej. Wskazuje się wprawdzie, że kara umowna jest świadczeniem ubocznym i dzieli losy zobowiązania głównego, a zatem dłużnik może być zobowiązany do zapłaty kary umownej tylko wtedy, gdy w ogóle odpowiada za niewykonanie lub nienależyte

²⁵ *Ibidem*, s. 833; teoretycznie można sobie wyobrazić umowę przedwstępną, w której dłużnik zobowiązał się do złożenia kilku oświadczeń woli, co może nadać jego świadczeniu charakter świadczenia podzielnego, jednak tego typu przypadki są rzadkie.

²⁶ Wyrok SN z dnia 09.11.1965 r., OSPiKA 1967/97.

²⁷ Wyrok SN z dnia 17.03.1988 r., niepubl.; zob. też uzasadnienie do wyroku SN z dnia 16.07.1998 r., OSNC 1999, poz. 32.

²⁸ J. Szwai, *Kara umowna...*, 1967, s. 144 i nast.

wykonanie zobowiązania, jednakże odpowiedzialności nie można utożsamiać z winą²⁹.

Reasumując, z jednej strony wierzyciel może żądać kary umownej bez dowodzenia powstania szkody, ale dłużnik może skutecznie postawić zarzut braku szkody i w ten sposób uwolnić się od obowiązku zapłaty kary umownej, z drugiej strony wierzyciel może dochodzić kary umownej w wysokości zastrzeżonej w umowie bez względu na wysokość poniesionej szkody, ale dłużnik może skutecznie żądać zmniejszenia kary umownej, jeśli wykaże, że zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane albo jeżeli kara umowna jest rażąco wygórowana. Silne powiązanie kary umownej z instytucją naprawienia szkody implikuje skutki prawne, zwłaszcza w zakresie zarzutu dłużnika o bezzasadności żądania kary umownej, skoro wierzyciel nie poniósł szkody oraz możliwości miarkowania kary umownej.

VIII. Odszkodowanie z art. 390 § 1 k.c. a zastrzeżenie kary umownej

Mając na uwadze dotychczasowe rozważania, nie budzi wątpliwości że rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika z umowy przedwstępnej, ponad granice wyznaczone przepisem art. 390 § 1 k.c., może nastąpić przez zastrzeżenie kary umownej.

Pojawia się jednak kwestia oceny sytuacji, gdy strony zastrzegły w umowie przedwstępnej karę umowną przekraczającą granice ujemnego interesu umowy przyrzeczonej, nie zastrzegając wyraźnie, że rozszerzają granice odpowiedzialności dłużnika. Jakkolwiek kara umowna jest alternatywą dla odszkodowania przewidzianego przez ustawodawcę, to jednak wydaje się, że w swej modelowej postaci w danym przypadku jest alternatywą dla konkretnego rozwiązania odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika, a więc w przypadku art. 390 § 1 k.c. dla odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika w granicach ujemnego interesu umowy przyrzeczonej, jeżeli strony nie postanowiły inaczej. Nie może ujść uwadze, że zasadą jest, iż umowę przedwstępną zawiera się po to,

²⁹ Por. J. Dąbrowa, *System...*, t. III, cz. 1, s. 828. Choć najczęściej wina jest przesłanką odpowiedzialności w zobowiązaniach *ex contractu*, to jednak same strony mogą inaczej ukształtować tę przesłankę odpowiedzialności, a niekiedy robi to sam ustawodawca (np. art. 846 § 1 k.c.)

aby w jej wykonaniu zawrzeć, a nie wykonać umowę przyrzeczoną. Wyraźne wskazanie w umowie, że karę umowną zastrzeżono tytułem naprawienia szkody, jaką poniósł wierzyciel, licząc na zawarcie i wykonanie umowy przyrzeczonej, nie tylko ułatwia sprawę sądowi rozstrzygającemu spór, ale też stanowi wyraźne uzasadnienie dalszych roszczeń wierzyciela, który już przy zawarciu umowy przedwstępnej dał wyraz temu, jak ważne jest dla niego wykonanie tej umowy w sposób w niej wskazany.

Wobec powyższych uwag nasuwa się wniosek, że karę umowną na wypadek niewykonania przez dłużnika umowy przedwstępnej, w wysokości przekraczającej granice ujemnego interesu umowy przyrzeczonej, można zastrzec skutecznie tylko wtedy, gdy strony wpierw rozszerzą odpowiedzialność odszkodowawczą dłużnika z umowy przedwstępnej, w razie uchylania się przez niego od zawarcia umowy przyrzeczonej³⁰.

Oczywiście w konkretnym przypadku w procesie strona może przeprowadzić dowód, że strony rozszerzyły odpowiedzialność dłużnika mimo braku odpowiedniej klauzuli, wszakże w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu (art. 65 § 2 k.c.). Wykazanie prawdziwości takich twierdzeń będzie bardzo trudne, a ewentualny dowód może być dodatkowo ograniczony rygiorem *ad probationem* lub *ad solemnitatem*, zastrzeżonym chociażby w samej umowie przedwstępnej na zasadzie art. 76 k.c.

Pozostaje pytanie, jakie są skutki prawne zastrzeżenia kary umownej przekraczającej ujemny interes umowy przyrzeczonej, podczas gdy strony nie rozszerzyły odpowiedzialności dłużnika ponad granice określone w przepisie art. 390 § 1 k.c. W doktrynie pojawiły się próby rozwiązania tego problemu. Wysunięto tezę, że zbyt wysoka kara umowna umożliwia uznanie zastrzeżenia za obejście prawa lub jego niezgodność z zasadami współżycia społecznego, a dalej uznanie nieważności zastrzeżenia kary umownej³¹; ważny postulat wysunął J. Gwiazdomorski, który wskazał,

³⁰ Odpowiedni zapis w umowie przedwstępnej mógłby brzmieć: „Strony zastrzegają, że dłużnik uchylający się od zawarcia umowy przyrzeczonej zapłaci wierzycielowi na jego żądanie karę umowną w wysokości 40.000 zł tytułem naprawienia szkody, jaką tamten poniósł, licząc na zawarcie i wykonanie umowy przyrzeczonej”.

³¹ F. Błażucha, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, 1972, s. 930; Z. Radwański, [w:] *System...*, t. III, cz. 1, s. 417.

że aby mówić o skuteczności zastrzeżenia umownego trzeba wprawdzie zbadać, czy zastrzeżenie nie dotyczy umowy przyrzeczonej³². Wreszcie dominujący jest ostatnio pogląd, że należy uznać skuteczność zastrzeżenia kary umownej w umowie przedwstępnej bez względu na jej wysokość na zasadzie art. 353¹ k.c., z ewentualną możliwością miarkowania kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c.³³ Celowym jest rozważenie argumentów przemawiających za kolejnymi propozycjami.

Niewątpliwie kontrowersyjny jest pogląd, że kara umowna przekraczająca granice wyznaczone w art. 390 § 1 k.c. prowadzi do naruszenia zasad współżycia społecznego lub obejścia prawa. Wskazuje się, że zasady współżycia społecznego z punktu widzenia art. 58 § 2 k.c. są instrumentem zapobiegającym pojawieniu się w poszczególnych sytuacjach konsekwencji prawnych, które byłyby niezgodne z ocenami moralnymi i prowadziłyby tym samym do naruszenia spójności aksjologicznej porządku prawnego³⁴. Ochrony w postaci zasad współżycia społecznego poszukuje się najczęściej w stosunku zobowiązaniowym dla strony słabszej (ekonomicznie, prawnie), która z przyczyn powodujących tę słabszą pozycję zobowiązała się względem strony silnej (potentat ekonomiczny, monopolista) do takiego świadczenia, którego wykonanie spowoduje bardzo ciężkie dla niej skutki³⁵. Taką sytuację można sobie wyobrazić, gdy chodzi o umowę przedwstępną z zastrzeżeniem kary umownej, ale wskazany stan faktyczny na pewno nie jest regułą. Z kolei czynnością w celu obejścia ustawy jest czynność prawna, której treść nie narusza wprawdzie bezpośrednio żadnego zakazu ustawowego, ale która zostaje przedsięwzięta w celu osiągnięcia skutku zakazanego przez prawo³⁶. Dla poparcia tego poglądu chce się podnieść argument, że przy zastrzeżeniu bardzo wysokiej kary umownej, np. w umowie przedwstępnej sprzedaży nieruchomości, wiązanie między stronami powoduje, o ile dłużnik jest wypłacalny, że taka umowa jest zasadniczo korzystniejsza nawet od umowy przedwstępnej

³² Zob.: J. G w i a z d o m o r s k i, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 10.10.1961 r.*, 3Co 28/61, OSPiKA 1963, poz. 107.

³³ Por. Cz. Ż u ł a w s k a, [w:] *Komentarz...*, s. 131; A. K o n d r a c k a, *Pojęcie i charakter prawny...*, s. 15.

³⁴ Z. R a d w a Ń s k i, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1996, s. 49.

³⁵ Zob. np. wyrok SN z dnia 14.12.1973 r., OSP 1974, poz. 161.

³⁶ A. W o l t e r, *Prawo cywilne – zarys części ogólnej*, Warszawa 1996, s. 293.

zawartej w formie aktu notarialnego, gwarantującej roszczenie o zawarcie umowy, a nie tylko o odszkodowanie. Wierzyciel oszczędza na kosztach sporządzenia aktu notarialnego, a i dochodzenie kary umownej w sądzie może być łatwiejsze niż otrzymanie zastępczego oświadczenia woli. Rzeczywiście, strony mogą działać w konkretnym przypadku w celu obejścia ustawy, w praktyce jednak wierzyciel, zastrzegając wysoką karę umowną, ma na celu zdyscyplinowanie dłużnika, a nie nadmierne umocnienie swej pozycji w razie naprawienia szkody; zasadą jest bowiem, że umowy zawiera się po to, by je wykonywać, a nie po to, by się wzbogacać na roszczeniach o charakterze odszkodowawczym.

Bodaj najsilniejszym argumentem przeciw przyjęciu rozwiązania, że ilekroć kara umowna jest wygórowana, a nie wyłączono wcześniej ograniczenia odszkodowania do ujemnego interesu umowy przyrzeczonej, zachodzi przesłanka do stwierdzenia nieważności czynności prawnej brak jest ostrego kryterium dla określenia, kiedy może dojść do obejścia ustawy lub pogwałcenia zasad współżycia społecznego. Przekazanie tak dużej władzy organowi rozstrzygającemu spór spowodowałoby odsunięcie na dalszy plan woli stron, zasad swobody umów, bezpieczeństwa i pewności obrotu, które właśnie w prawie zobowiązań mają zasadnicze znaczenie. Dlatego też, moim zdaniem, należy uznać, że zastrzeżenie kary umownej w umowie przedwstępnej podlega badaniu, tak jak każda czynność prawna, według ogólnych zasad przewidzianych dla czynności prawnych, przy czym nie można przychylić się do poglądu, że zastrzeżenie kary umownej w wygórowanej wysokości stanowi bezpośrednią i wystarczającą przesłankę do korzystania z klauzul zasad współżycia społecznego i działania w celu obejścia ustawy.

J. Gwiazdomorski uważa, że przy zastrzeżeniu kary umownej należy badać zamiar stron, gdyż w większości przypadków strony starają się skutki umowy przedwstępnej możliwie upodobnić do skutków umowy przyrzeczonej, przy czym strony niekoniecznie działają w celu obejścia ustawy, ale raczej nie rozróżniają dość jasno umowy przedwstępnej od umowy przyrzeczonej³⁷ i dlatego w razie zamieszczenia w umowie przedwstępnej kary umownej przede wszystkim należy zbadać, czy umowa o karę umowną stanowić ma według rzeczywistej woli stron dodatkowe

³⁷ J. Gwiazdomorski, *op. cit.*

zastrzeżenie do umowy przedwstępnej, czy też do umowy przyrzeczonej³⁸. Niewątpliwie może być tak, że strony zastrzegły karę umowną dla wykonania umowy przyrzeczonej, taki dowód w sądzie można prowadzić, ale abstrahując od trudności dowodowych w tym względzie, pozostajemy bez odpowiedzi na pytanie, co w przypadku, gdy w istocie, według rzeczywistej woli stron, karę umowną zastrzeżono dla umowy przedwstępnej³⁹.

Jeżeliby wczytać się w tezę z orzeczenia SN z dnia 17.05.2000 r., że zawarcie przyszłej umowy (przyrzeczonej) jest świadczeniem, a skoro do tego świadczenia nie doszło, to do takiej sytuacji w pełni mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego o karze umownej⁴⁰, to widać, że jest tu wskazówka dla obrony dłużnika przed wygórowaną karą umowną, chodzi mianowicie o ewentualne zastosowanie instytucji miarkowania z art. 484 § 2 k.c. Takie wyjście z jednej strony daje możliwość ochrony charakteru prawnego instytucji umowy przedwstępnej, a z drugiej chroni wolę stron i daje możliwość ochrony interesu wierzyciela. Problem w tym, by określić stosunkowo precyzyjnie pojęcie rażąco wygórowanej kary umownej

Przyjmując trafność poglądu, że wygórowaną karę umowną zastrzeżoną dla wykonania umowy przedwstępnej można miarkować, należy wskazać, że uwagi dotyczące badania zastrzeżenia kary umownej pod kątem jej zgodności z zasadami współżycia społecznego lub ewentualnego działania stron *in fraudem legis* pozostają aktualne, gdyż ważność klauzuli zastrzegającej karę umowną jest *conditio sine qua non* korzystania z instytucji miarkowania. Z kolei, jak się okaże dalej, istotnym jest też z punktu widzenia kryterium oceny rażącego wygórowania ustalenie, której z umów – przedwstępnej czy przyrzeczonej – dotyczy zastrzeżenie kary umownej.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Należy mieć na uwadze, że kara umowna zastrzeżona w umowie przedwstępnej na wypadek niewykonania umowy przyrzeczonej nie ma dla wierzyciela większego znaczenia, jeśli dłużnik uchyla się od zawarcia umowy przyrzeczonej, gdyż jako świadczenie uboczne taka kara umowna nie wywoła żadnego skutku, skoro umowa definitywna nie zostanie w ogóle zawarta.

⁴⁰ Wyrok SN z dnia 17.05.2000 r. I CKN 276/2000; takie wyjście stosowały już wcześniej sądy; zob. np. orzeczenie Sądu Wojewódzkiego w Toruniu z dnia 12.07.1996 r., *Orzecznictwo sądowe – przedwstępna umowa sprzedaży nieruchomości*, PPH 1999, nr 11, s. 49.

IX. Próba określenia rażąco wygórowanej kary umownej zastrzeżonej dla wykonania umowy przedwstępnej

Dla określenia warunków korzystania z instytucji miarkowania zasadnicze znaczenie ma wskazanie, kiedy możemy mówić, że kara umowna w umowie przedwstępnej jest rażąco wygórowana. Z pewnością inaczej należy ocenić rażące wygórowanie kary umownej zastrzeżonej dla wykonania umowy przedwstępnej, w której strony zastrzegły, że dłużnik uchylający się od wykonania umowy przedwstępnej będzie zobowiązany do naprawienia szkody, jaką wierzyciel poniósł, licząc na zawarcie i wykonanie umowy przyrzeczonej, a inaczej rażące wygórowanie kary umownej, zastrzeżonej dla wykonania umowy przedwstępnej, w której strony pozostały przy uregulowaniu z art. 390 § 1 k.c., przy czym kryterium oceny musi być jednolite, wszakże mamy do czynienia z tą samą instytucją.

Owo kryterium, według którego oznaczono by rażąco wygórowaną karę umowną, nie wskazane w przepisach kodeksu cywilnego, trudno jednoznacznie wskazać w orzecznictwie. Niewątpliwie słuszna jest teza orzeczenia SN z dnia 17.03.1988 r., że kara umowna jako rażąco wygórowana winna ulec zmniejszeniu w takim stopniu, by nie prowadziła do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, tracąc charakter surogatu odszkodowania⁴¹. Nie daje ona jednak odpowiedzi na pytanie, co decyduje o tym, że kara umowna jest rażąco wygórowana. Z kolei, z punktu widzenia niewykonanej umowy przedwstępnej niewielkie znaczenie ma teza wyroku SA w Krakowie z dnia 18.12.1990 r., że zasadne jest miarkowanie kary umownej stosownie do stopnia, w jakim cel uprawnienia został osiągnięty⁴². Wskazano wcześniej na pogląd J.Szwai, że decydujący powinien być stosunek wysokości kary umownej do odszkodowania, jakie należałoby się na zasadach ogólnych⁴³.

Skoro kara umowna jest alternatywą dla odszkodowania na zasadach ogólnych, to można zaryzykować tezę, że wysokość kary umownej jest alternatywą dla wysokości odszkodowania na zasadach ogólnych, przy czym kara umowna należy się bez względu na wysokość poniesionej

⁴¹ Niepublikowane.

⁴² OSA 1991, poz. 20.

⁴³ J. S z w a j a, *Kara umowna wg kodeksu cywilnego*, s. 144 i nast.

szkody (art. 484 § 1 k.c.), a więc dla roszczenia o zapłatę kary umownej jest bez znaczenia wysokość szkody, jaką wierzyciel poniósł faktycznie wskutek niewykonania zobowiązania. Pierwszorzędne znaczenie ma wola stron – ogranicza to czysto zastępczą funkcję kary umownej. Jednakże wola stron jest ograniczona możliwością zastrzegania jedynie takiej kary umownej, która nie jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 k.c.). Wydaje się, że można zaproponować klasyfikację, zgodnie z którą wysokość kary umownej do wysokości odszkodowania należnego *in concreto* może być:

1) odpowiednia – to taka, której wysokość odpowiada szkodzie faktycznie powstałej wskutek niewykonania umowy; zawiera ona element kompensacyjny i jest wręcz umownym odpowiednikiem odszkodowania na zasadach ogólnych;

2) wygórowana – to taka, której wysokość odpowiada tzw. szkodzie możliwej, tj. takiej, która mogłaby być w normalnym toku zdarzeń wyrządzona, jest jednak większa od szkody faktycznie wyrządzonej; zawiera ona w sobie element kompensacyjny i dopuszczony przez ustawodawcę element represyjny (różnica między szkodą faktyczną a możliwą);

3) rażąco wygórowana – przekraczająca granice kary umownej wygórowanej, gdyż zastrzegający ją *a priori* powiększa wysokość szkody możliwej o nieuzasadnione elementy, np. o szkodę, która w normalnym toku zdarzeń nie powstanie lub która będzie wynikać wprost z działań lub zaniechań samego zastrzegającego; generalnie – z punktu widzenia prawa cywilnego – wydaje się, że nieuzasadnione są te części sumy kary umownej, które nie mają charakteru odszkodowawczego, lecz wprost zmiierzają do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

Może budzić wątpliwości określenie „w normalnym toku zdarzeń”, chodzi tu o szkodę, która w danych, konkretnych okolicznościach w myśl przyjętych zasad wiedzy i nauki mogłaby zaistnieć, a której w razie niewykonania zobowiązania przez dłużnika wierzyciel mógłby się obawiać z uwzględnieniem zasad ustalonych w kodeksie cywilnym (wyliczalność szkody, *compensatio lucri cum damno* itd.).

Jeżeli chodzi o karę umowną zastrzeżoną w umowie przedwstępnej; w której nie rozszerzono odpowiedzialności dłużnika ponad granice wskazane w przepisie art. 390 § 1 k.c., to, kierując się wskazanymi zasadami, za karę odpowiednią należałoby przyjąć tę karę umowną, której wysokość odpowiada szkodzie faktycznie poniesionej przez wierzyciela

wskutek niezawarcia umowy przyrzeczonej, zaś karą wygórowaną byłaby ta, która odpowiadałaby szkodzie mogącej się pojawić wskutek niezawarcia umowy przyrzeczonej w normalnym toku zdarzeń. Tak zastrzeżone kary umowne nie podlegają miarkowaniu i wierzyciel może skutecznie dochodzić zasądzenia kary umownej w zastrzeżonej wysokości. Wreszcie kara umowna, zastrzeżona w wysokości przekraczającej granice możliwego *in concreto* ujemnego interesu umowy przyrzeczonej, będzie uznana za rażąco wygórowaną i podlega miarkowaniu do tych granic.

Wszystkie powyższe uwagi mają odpowiednie zastosowanie w sytuacji, gdy strony zastrzegły w umowie przedwstępnej, że dłużnik uchylający się od zawarcia umowy przyrzeczonej zapłaci wierzycielowi na jego żądanie karę umowną w określonej wysokości tytułem naprawienia szkody, jaką tamten poniósł, licząc na zawarcie i wykonanie umowy przyrzeczonej. Warto powrócić w tym miejscu do przypadku poddanego pod rozagę na samym początku, w którym to B zawarł umowę przedwstępną z nielejalnym A. Jeśliby w tej umowie skutecznie rozszerzono odpowiedzialność A w razie jego uchylenia się od zawarcia umowy przyrzeczonej i zastrzeżono w tym celu karę umowną w wysokości 26.500 zł., to B mógłby żądać naprawienia szkody poprzez zapłatę kary umownej w zastrzeżonej wysokości nawet wówczas, gdyby wskutek negocjacji z D otrzymał zwrot części zadatku. Gdyby zaś ową karę umowną zastrzeżono w wysokości 40.000 zł, to A mógłby postawić zarzut rażącego wygórowania kary umownej, a sąd powinien zmniejszyć roszczenie o zapłatę kary umownej do wysokości 26.500 zł.

Podsumowanie

Szereg postawionych w niniejszym opracowaniu tez wymaga zestawienia i uporządkowania podług tych najistotniejszych.

Punktem wyjścia dla podjęcia rozważań było wskazanie na występującą w obrocie gospodarczym praktykę zastrzegania w umowach przedwstępnych kar umownych w bardzo dużej wysokości, co w zestawieniu z ograniczeniem roszczenia odszkodowawczego z art. 390 § 1 k.c., obejmującego naprawienie szkody w granicach ujemnego interesu umowy przyrzeczonej, może budzić wątpliwości. Zasadniczą kwestią jest tu możliwość umownego rozszerzenia przez strony w umowie przedwstęp-

nej odpowiedzialności dłużnika uchylającego się od zawarcia umowy przyrzeczonej.

Jakkolwiek należy dać pierwszeństwo woli stron co do kreowania treści i zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej, to jednak ten postulat nie może niweczyć istoty umowy przedwstępnej, w której strony zobowiązują się do zawarcia w przyszłości umowy definitywnej; zasadniczo zaś nie zobowiązują się do wykonania tejże. Skoro jednak w umowie przedwstępnej należy zawrzeć istotne postanowienia umowy przyrzeczonej, a dopuszczono możliwość zobowiązania się już w tej umowie do spełnienia takiego świadczenia, które zasadniczo jest elementem składającym się na wykonanie umowy definitywnej, jeżeli nie powoduje to złamania zakazu ustawowego to, moim zdaniem, w zakresie tym istnieje możliwość umownego rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika do granic naprawienia szkody wyrządzonej wierzycielowi, który liczył na zawarcie i wykonanie umowy przyrzeczonej, z tym jednak zastrzeżeniem, że z umowy przedwstępnej w sposób nie budzący wątpliwości musi wynikać, w jakim zakresie zawarta w wykonaniu tej umowy umowa przyrzeczona ma być jednocześnie wykonana. Tylko bowiem w takim zakresie, w chwili zawarcia umowy przedwstępnej, wierzyciel może w ogóle liczyć na wykonanie umowy przyrzeczonej.

Nie ma przeszkód, aby roszczenie odszkodowawcze z umowy przedwstępnej zastąpić roszczeniem o zapłatę kary umownej. W sytuacji jednak, gdy strony zamierzają zastrzeżoną karą umowną objąć rozszerzoną odpowiedzialność dłużnika, muszą to wyraźnie w umowie przedwstępnej wskazać. Brak takiego zastrzeżenia rodzi domniemanie, że zastrzeżona kara umowna jest surogatem roszczenia odszkodowawczego, ograniczonego na podstawie art. 390 § 1 k.c. do naprawienia szkody w granicach ujemnego interesu umowy przyrzeczonej.

Wreszcie, rozważając skuteczność zastrzeżenia kary umownej przekraczającej wyraźnie granice ujemnego interesu umowy przyrzeczonej, bez jednoczesnego wskazania, że strony rozszerzają odpowiedzialność odszkodowawczą dłużnika z umowy przedwstępnej, opowiadam się za możliwością miarkowania kary umownej (oczywiście tylko w przypadku podniesionego zarzutu dłużnika), proponując rozwiązanie, którego podstawą jest odniesienie kary umownej do wysokości odszkodowania, jakie należałoby się, gdyby strony kary umownej nie zastrzegły.