

LARS LEUSCHNER*

KONTROLA OGÓLNYCH WARUNKÓW UMÓW W OBROCIĘ MIĘDZY PRZEDSIĘBIORCAMI — DYSKUSJA O REFORMIE**

Okoliczność, że nawet znaczące umowy pomiędzy przedsiębiorcami są narażone na niebezpieczeństwo poddania ich kontroli na gruncie przepisów o ogólnych warunkach umów, wywołała głośne wołanie do ustawodawcy. Niniejsze opracowanie analizuje obecny stan dyskusji w sprawie reformy i opowiada się za tym, aby rozciągnąć zakres zastosowania przepisów § 305 i n. BGB konsekwentnie na problem kosztów transakcyjnych wywołany wykorzystywaniem uprzednio przygotowanych warunków umów.

I. PRZEDSTAWIENIE PROBLEMU I STAN DYSKUSJI

Wciąż szeroko rozpowszechnione przekonanie, że kontrola treści wzorca na podstawie przepisów § 305 i n. BGB ma w obrocie pomiędzy przedsiębiorcami ograniczone znaczenie, nie odpowiada w żaden sposób rzeczywistości. Zgodnie z orzecznictwem sądów wyższych instancji, wręcz przeciwnie, jest tak, że zdecydowana większość umów zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami wykazuje cechy

* *Profesor Uniwersytetu w Osnabrück.*

** Tekst ukazał się pierwotnie w numerze 18 czasopisma „Juristenzeitung” (JZ) z 2010 r. Redakcja „Transformacji Prawa Prywatnego” składa serdeczne podziękowania wydawnictwu za zgodę na opublikowanie niniejszego artykułu. W niniejszym przekładzie zachowano oryginalny sposób redakcji przypisów.

ogólnych warunków umów (OWU)¹. Przyczynę tego stanowi okoliczność, że przedsiębiorcy w czasach elektronicznego przetwarzania danych, przy przygotowaniu do zawarcia umowy, w praktyce nigdy nie rezygnują z zastosowania opracowanych przez siebie lub przywołanych w inny sposób wzorców lub części umów². Wprowadzone w ten sposób podczas negocjacji nad umową postanowienia kontraktowe spełniają z reguły przesłanki ogólnych warunków umów zawarte w przepisie § 305 ust. 1 zd. 1 BGB. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Federalny Sąd Najwyższy, centralna przesłanka w postaci zamiaru wielokrotnego wykorzystania nie musi dotyczyć osoby wykorzystującej wzorzec. W zupełności wystarczy, jeśli klauzula została uprzednio sformułowana przez osobę trzecią (adwokata, zrzeczenie itp.) na potrzeby wielu umów³, albo gdy jest typowa dla danej branży⁴. Również okoliczność, że w obrocie między przedsiębiorcami często mają miejsce intensywne negocjacje, nie prowadzi do tego, że treść umowy w całości uzyskuje charakter postanowień indywidualnie uzgodnionych (§ 305 ust. 1 zd. 3 BGB). Związane jest to z tym, że w swojej utrwalonej linii orzeczniczej Federalny Trybunał Sprawiedliwości stoi na stanowisku, że przesłanka „indywidualnego uzgodnienia” jest spełniona tylko wtedy, gdy podmiot posługujący się wzorcem umownym umożliwił faktyczną dyskusję na temat postanowień wzorca, które odbiegają od przepisów ustawowych⁵. Istotną wskazówkę w tym zakresie stanowi dokonanie zmiany uprzednio przygotowanych sformułowań⁶. Z uwagi na to, że negocjowanie poszczególnych zapisów nie powinno być rozszerzane na pozostałe postanowienia umowy⁷, co do zasady należy przyjąć, że wszystkie klauzule umowne, które w niezmienionym brzmieniu zostały wprowadzone do końcowego tekstu umowy, podlegają kontroli treści na podstawie przepisów § 307 i n. BGB⁸.

¹ Problemowi nie zaradza orzeczenie Federalnego Sądu Najwyższego (NJW 2010, s. 1131, 1132 i n.), zgodnie z którym nie dochodzi do „przedłożenia” w rozumieniu przepisu § 305 ust. 1 zd. 1 BGB, jeśli do wprowadzenia opracowanych uprzednio postanowień do umowy dochodzi w wyniku „wolnego wyboru” osoby, której zostaje przedłożona propozycja ich użycia przez drugą stronę (por. również ocenę Abelsa, BB 2010, s. 918, 919; odmienne stanowisko: Kaufhold, ZIP 2010, s. 631 i n.; R. Koch, BB 2010, s. 1810; von Westphalen, ZIP 2010, s. 110 i n.; zob. również przyp. 92). Orzeczenie dotyczy takich przypadków, w których treść umowy zostaje ostatecznie ujęta za pomocą formularza, a wzorzec nie służy jedynie jako podstawa prowadzonych następnie negocjacji. W innym przypadku stałoby ono w jawnej sprzeczności z wymaganiami, że na gruncie przepisu § 305 ust. 1 zd. 3 BGB kontroli podlega każda pojedyncza klauzula z punktu widzenia możliwości jej kształtowania przez drugą stronę (zob. odniesienia zawarte w przyp. 7). Wyraźna „nadinterpretacja” tego orzeczenia przez Kaufholda, ZIP 2010, s. 631, 633, którego zdaniem na gruncie tego wyroku dla uniknięcia kontroli treści jest wystarczające, jeśli strona wprowadzająca warunek wykazuje ogólną gotowość do prowadzenia negocjacji, z której druga strona nie skorzystała w odniesieniu do danej klauzuli.

² W sprawie funkcji oraz znaczenia przygotowanych uprzednio postanowień przy umowach o znacznej wartości zob. Lischek/Mahnken, ZIP 2007, s. 158 i n.

³ Ostatnio Federalny Sąd Najwyższy, NJW 2010, s. 1131 z dalszymi odwołaniami.

⁴ Federalny Sąd Najwyższy, ZIP 2005, s. 1604.

⁵ Zamiast wielu Federalny Sąd Najwyższy, NJW 2005, s. 2543, 2544.

⁶ Zamiast wielu BGHZ 153, s. 311, 321. Sąd podkreśla wprawdzie zawsze, że „uzgodnienie” może nastąpić również bez wprowadzania zmian w tekście, w rzeczywistości możliwość taka nie odgrywa żadnej roli (zob. analizę Leuschnera, AcP 207 [2007], s. 491, 519 i n.).

⁷ Zamiast wielu BGHZ 93, s. 252, 254 i n.; 97, s. 212, 215; więcej Pfeiffer, w: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl., 2009, § 305 nb 41.

⁸ Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, s. 2658, 2660.

Konsekwencje powyższego założenia są bardzo istotne. Pomimo tego, że zgodnie z przepisem § 310 ust. 1 zd. 1 BGB postanowienia dotyczące niedozwolonych klauzul umownych zawarte w przepisach § 308 oraz § 309 BGB nie mają zastosowania w obrocie pomiędzy przedsiębiorcami, a przepis § 310 ust. 1 zd. 2, druga połowa zdania BGB nakazuje podmiotom stosującym prawo uwzględnić w odpowiedni sposób zwyczaje obowiązujące w obrocie handlowym, Federalny Sąd Najwyższy dokonuje oceny umów pomiędzy przedsiębiorcami, ostatecznie opierając się na tych samych surowych kryteriach, które mają zastosowanie również w stosunku do umów konsumenckich⁹. Oznacza to, że ostatecznie dopuszczalne są jedynie nieznaczne odstępstwa od przepisów dyspozytywnych. Z trudem można ocenić, jakie są tego konsekwencje dla powszechnie stosowanych w praktyce umów kredytowych, fuzji i przejęć, o budowę obiektów przemysłowych itp., które typowo w szerokim zakresie odbiegają od przepisów prawa dyspozytywnego. Najbardziej widoczna jest przy tym problematyka, że kwotowe ograniczenia odpowiedzialności, które mają istotne znaczenie dla obliczenia oraz przewidywalności ryzyka dla przedsiębiorcy, nie wytrzymują kontroli wzorca umowy¹⁰.

Przedstawione zagadnienie wywołało w ostatnich latach wiele krytyki¹¹. Zarzut brzmi, że wykładnia przez sądy wyższych instancji przepisów § 305 i n. BGB w sposób nieprawidłowy nie uwzględnia, że obrót pomiędzy przedsiębiorcami, z uwagi na interesy stron, potrzebę ich ochrony oraz doświadczenie handlowe różni się w sposób zasadniczy od obrotu poza przedsiębiorcami¹². Mówi się o odejściu od zasady autonomii prywatnej w obrocie pomiędzy przedsiębiorcami¹³. Coraz częściej słyszy się informacje, że niemieccy przedsiębiorcy próbują przejść na liberalne zagraniczne systemy prawne¹⁴. Konkretnie krytyka sformułowana jest dwutorowo: z jednej strony wskazuje się, że wymóg przesłanki indywidualnego uzgodnienia został potraktowany w sposób przesadzony oraz że nie odpowiada przyjętemu zwykłe w obrocie między przedsiębiorcami prze-

⁹ Por. analizy von Dauner-Lieb/Axer, ZIP 2010, s. 309, 310 i n.; Lenkatis/Löwisch, ZIP 2009, s. 441, 442 i n.; Berger, ZIP 2006, s. 2149, 2151 i n., każda z nich z dalszymi odniesieniami.

¹⁰ W tej kwestii ostatnio Kessel/Stomps, BB 2009, s. 2666. Propozycja von Westphalen, ZIP 2007, s. 149, 158 oraz BB 2010, s. 195, 201, aby w celu uniknięcia kontroli ogólnych warunków umów klauzula przewidująca ograniczenie odpowiedzialności była początkowo przedstawiona blankietowo, a następnie konkretna kwota, co do której odpowiedzialność miałaby być ograniczona, miałaby stanowić przedmiot negocjacji, nie przekonuje, ponieważ zgodnie z logiką Federalnego Trybunału Sprawiedliwości nie jest wystarczające, jeśli do dyspozycji zostanie przedstawiony jedynie sposób ograniczenia odpowiedzialności, a nie samo ograniczenie jako takie.

¹¹ Acker/Bopp, BauR 2009, s. 1040; Berger, ZIP 2006, s. 2149; tenże/Kleine, BB 2007, s. 2137; tenże, NJW 2010, s. 465; Brachert/Dietzel, ZGS 2005, s. 441; Dauner-Lieb/Axer, ZIP 2010, s. 309; Kessel/Jüttner, BB 2008, s. 1350; Kessel/Stomps, BB 2009, s. 2666; Lischek/Mahnken, ZIP 2007, s. 158; Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, s. 2658; Pfeiffer, ZGS 2004, s. 401.

¹² Berger, ZIP 2006, s. 2149, 2151; tenże, NJW 2010, s. 465, 468; Lenkatis/Löwisch, ZIP 2009, s. 441, 443.

¹³ Takі ma tytuł opracowanie Bergera, ZIP 2006, s. 2149.

¹⁴ Hobeck, SchiedsVZ 2005, s. 112; Brachert/Dietzel, ZGS 2005, s. 441; Lischek/Mahnken, ZIP 2007, s. 158, 163; Kessel/Stomps, BB 2009, s. 2666; Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, s. 2658, 2662; Lenkatis/Löwisch, ZIP 2009, s. 441, 442, 447.

biegowi negocjacji¹⁵. Z drugiej strony, krytyka zwraca się przeciwko temu, że orzecznictwo nie poświęca wiele uwagi przyjętemu w § 310 ust. 1 BGB rozróżnieniu na umowy w obrocie między przedsiębiorcami oraz w obrocie poza przedsiębiorcami¹⁶.

O ile przez długi czas starania zwolenników reformy były nakierowane na dokonanie zmiany linii orzeczniczej, od niedawna pojawia się coraz więcej głosów za dokonaniem zmian w ustawie¹⁷. Inicjatorem odpowiednich starań jest „Inicjatywa w sprawie rozwoju prawa ogólnych warunków umów” (niem. *Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts*), w której reprezentowane są główne organizacje niemieckiej gospodarki¹⁸. Pośrednie wsparcie zwolennicy reformy otrzymują ze strony inicjatywy „Law Made in Germany”, w ramach której wielokrotnie wyrażane były obawy, że kontrola ogólnych warunków umów w obecnej postaci może wyrządzić niemieckiemu porządkowi prawnemu w ramach międzynarodowej konkurencji szkodę¹⁹.

Twierdzenie, że zwolennicy reformy mogą liczyć na nieograniczone poparcie wszystkich przedstawicieli przedsiębiorców, nie odpowiadałoby jednak prawdzie. Przedstawiciele takich branż jak budowlana lub poddostawcy, które działają w warunkach wysokiej konkurencji, nie pozostawiają w ramach odpowiednich spotkań dyskusyjnych wątpliwości, że nie mają żadnego interesu w zmianie istniejącego *status quo*. Również z kręgów działających międzynarodowo koncernów można czasami usłyszeć, że przy zawieraniu z sieciami handlowymi umów o dużej wielkości zamówień niechętnie zrezygnowałyby one z ochrony przewidzianej przez kontrolę ogólnych warunków umów. Prominentnym rzecznikiem przeciwników reformy jest Friedrich Graf von Westphalen, który w wielu opracowaniach ostro neguje potrzebę reformy²⁰. Zgodnie z jego stanowiskiem Federalny Sąd Najwyższy podczas kontroli ogólnych warunków umów stosowanych przez przedsiębiorców jest na właściwej drodze, aby zapewnić pożądane wyważenie pomiędzy „swobodą kształtowania stosunku umownego z jednej strony a ochroną słabszej strony stosunku umownego przed narzuceniem regulacji przez drugą stronę”²¹.

¹⁵ Między innymi Acker/Bopp, *BauR* 2009, s. 1040, 1044 i n.; Berger, *ZIP* 2006, s. 2149, 2152 i n.; Lischek/Mahnken, *ZIP* 2007, s. 158, 160 i n.; krytycznie również Grüneberg w: Palandt, *BGB*, 69. Aufl., 2010, § 305 nb 22.

¹⁶ Zob. odwołania w przyp. 9.

¹⁷ Konkretnie propozycje zmian u Bergera, *NJW* 2010, s. 465, 467, 469; Müller/Griebeler/Pfeil, *BB* 2009, s. 2658, 2662 (zob. niżej IV.2). Za potrzebą zmiany również Dauner-Lieb/Axer, *ZIP* 2010, s. 309, 314; Abels, *BB* 2010, s. 918 i n.; wcześniej już Brachert/Dietzel, *ZGS* 2005, s. 441; Pfeiffer, *ZGS* 2004, s. 401.

¹⁸ www.agb-recht-initiative.de.

¹⁹ Acker/Bopp, *BauR* 2009, s. 1040; Hochbaum, *Edytorial*, *NJW* 2008, z. 51; Steinberger, *BB* 2009, z. 35, pierwsza strona, M1.

²⁰ Von Westphalen, *ZIP* 2007, s. 149; tenże, *NJW* 2009, s. 2977; tenże, *BB* 2010, s. 195; tenże, *ZIP* 2010, s. 110. Przeciwko potrzebie reformy również Kaufhold, *ZIP* 2010, s. 631, 633, 632.

²¹ Von Westphalen, *NJW* 2009, s. 2977, 2982.

Dokonując przeglądu dotychczasowej dyskusji w przedmiocie reformy, zwraca uwagę, że charakteryzuje ją daleko idąca szczegółowa znajomość potrzeb obrotu handlowego pomiędzy przedsiębiorcami, jednakże podstawy teoretyczne § 305 i n. BGB prawie w ogóle nie są poruszane²². W szczególności analiza celów ochrony kontroli ogólnych warunków umów, która jako podstawa dyskusji jest nieunikniona, ma miejsce co najwyżej w załączku. Jest to niepożądane, ponieważ istnieją odpowiednie opracowania przygotowawcze²³. Przeciwnikom reformy nie utrudnia się w ten sposób szczególnie obrony ich stanowiska.

II. CEL OCHRONY OGÓLNYCH WARUNKÓW UMÓW JAKO ODPOWIEDNIE DETERMINANTY

W przedmiocie celu kontroli ochrony ogólnych warunków umów po ponad trzydziestu latach od jej wprowadzenia brak jest wciąż zgodności. Na cele niniejszego opracowania zakres poglądów można zasadniczo ograniczyć do trzech koncepcji dotyczących celów ochrony, które jednakże często występują również w formach mieszanych²⁴.

1. OCHRONA SWOBODY KSZTAŁTOWANIA TREŚCI UMOWY JAKO CEL SAMODZIELNY

W nawiązaniu do sformułowania zwykle stosowanego przez Federalny Sąd Najwyższy, zgodnie z którym przepisy § 305 i n. BGB mają na celu zapobieżenie jednostronnemu nadużyciu swobody kształtowania stosunku umownego przez jedną ze stron²⁵, za cel kontroli ogólnych warunków umów uznaje się ochronę swobody kształtowania stosunku umownego²⁶. Ze szczególną konsekwencją powtarza to sformułowanie F. Graf von Westphalen²⁷: nie jest wystarczające zapewnienie drugiej stronie swobody zawarcia umowy w znaczeniu „take it or leave it”, tylko istnieje obowiązek przyznania jej „równorzędnej oraz równoważnej swobody kształtowania

²² Wyjątek przewidują Dauner–Lieb/Axer, ZIP 2010, s. 309; ogólnie również Kessel/Stomps, BB 2009, s. 2666, 2673 i n.

²³ Fastrich, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, 1992, s. 79 i n.; Canaris, AcP 200 (2000), s. 273, 320 i n.; Wackerbarth, AcP 200 (2000), s. 45 i n.; Leuschner, AcP 207 (2007), s. 491 i n.

²⁴ Dalej idący podział prezentuje Hellwege, *Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre*, 2010, s. 540 i n., z dalszymi odwołaniami.

²⁵ Ostatnio Federalny Sąd Najwyższy, NJW 2010, s. 1131, 1132 pkt 12.

²⁶ Między innymi Grüneberg w: Palandt (przyp. 15), wstęp do § 305 nb 8; Stoffels, *AGB–Recht*, 2. Aufl., 2009, nb 89; von Westphalen, ZIP 2007, s. 148, 151; tenże, NJW 2009, s. 2977, 2981; tenże, BB 2010, s. 195, 199.

²⁷ Zob. odwołania w przyp. 26.

stosunku umownego²⁸. Wymaganie swobody **kształtowania** stosunku umownego nie powinno zgodnie z tym zapatrywaniem odgrywać roli tylko w przypadkach skrajnych, w których na skutek szczególnych okoliczności doszło do zaburzenia swobody **zawierania** umowy, ale stanowić ogólną przesłankę dla akceptowania przez państwo odstępstw od przepisów dyspozytywnych bez dokonywania kontroli treści²⁹. Konsekwentnie, F. Graf von Westphalen odmawia jakiegokolwiek znaczenia okoliczności posiadania przez podmiot stosujący wzorzec przewagi ekonomicznej³⁰. Tym samym ochrona swobody kształtowania stosunku umownego zostaje w ten sposób podniesiona do celu samego w sobie.

Jeżeli F. Graf von Westphalen rezygnuje z przedstawienia uzasadnienia dla swojej tezy, a zamiast tego wprowadza ją twierdzeniem, że nie ma „żadnych wątpliwości”³¹, to należy odpowiedzieć na te twierdzenia w następujący sposób: istnieją nie tylko wątpliwości co do poprawności jego tezy, ale teza ta stoi w jawnej sprzeczności z ustaleniami osób, które zajmowały się bliżej związkami pomiędzy swobodą umów a kontrolą treści. W tym względzie obowiązuje zgoda, że brak możliwości kształtowania wewnętrznej treści co do zasady kompensowany jest przez istnienie (negatywnej) swobody zawierania umów, a kontrola treści wchodzi w grę tylko, gdy swoboda zawierania umów została naruszona na skutek szczególnych okoliczności³². Słusznie wskazuje Claus–Wilhelm Canaris w tym kontekście na to, że współczesna gospodarka „nie jest bazarem, na którym targuje się o cenę i warunki, ale opiera się ona na stałych i ustandaryzowanych warunkach”. Nie jest to „stan niepożądany, ale wręcz przeciwnie — oczywista przesłanka efektywnego gospodarowania”³³. Nawet jeśli to stwierdzenie nie odnosi się w pierwszej kolejności do obrotu pomiędzy przedsiębiorcami, to ma ono swoje uzasadnienie również do niego. Dla celu w postaci efektywnego wykorzystania zasobów byłoby w znacznym stopniu szkodliwe, jeśli określone odstępstwa od przepisów dyspozytywnych, których zasadność w danej branży może być nawet sporna, każdorazowo wymagałyby uzyskania legitymacji w drodze (pseudo)negocjacji, włączając w to ich obszerne udokumentowanie³⁴.

²⁸ Von Westphalen, ZIP 2007, s. 148, 151.

²⁹ Swoboda zawarcia umowy została określona przez Westphalen, ZGS 2006, s. 8, jako „swoboda uzupełniająca” (niem. *Restfreiheit*).

³⁰ Von Westphalen, ZIP 2007, s. 148, 156 i n.; tenże, BB 2010, s. 195, 201. W ZGS 2006, 81, I. kolumna, von Westphalen wskazuje jednakże, że użycie ogólnych warunków umów stanowi przejaw przewagi gospodarczej podmiotu je stosującego (zob. również uwagi w pkt 2).

³¹ Von Westphalen, ZIP 2007, s. 148, 151.

³² Canaris, AcP 200 (2000), s. 273, 323 i n.; Coester–Waltjen, AcP 199 (1990), s. 1, 20 i n.; Drexler, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, s. 332 i n.; Fastrich (przyp. 23), s. 80; Leuschner, AcP 207 (2007), s. 491, 498; Wackerbarth, AcP 200 (2000), s. 45, 64 i n.; Zöllner, AcP 176 (1976), s. 221, 235 i n.; tenże, AcP 196 (1996), s. 1, 31 i n.; co do rezultatu również Bunte, NJW 1987, s. 921, 923; Frey, ZIP 1993, s. 572, 573; Fuchs, w: Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB–Recht*, 10. Aufl., 2006, przed § 307 nb 32. Zob. również Federalny Trybunał Konstytucyjny, NJW 2005, s. 1036, 1038 (zob. również uwagi w pkt III.2).

³³ Canaris, AcP 200 (2000), s. 273, 323.

³⁴ Von Westphalen, BB 2010, s. 195, 202; tenże, ZIP 2007, s. 149, 158.

Na pierwszy rzut oka można odnieść wrażenie, że silne podkreślenie swobody kształtowania umów przez F. Graf von Westphalena stanowi wyraz przypisania wysokiej wartości swobodzie umów. W rzeczywistości ma miejsce sytuacja przeciwna. Gdy zachwala on zalety prawa dyspozytywnego (które zasługuje w sposób bardzo ograniczony na takie określenie, mając na uwadze obecny sposób dokonywania kontroli ogólnych warunków umów) oraz gdy twierdzi, że przewidziane w nich standardy z uwagi na ich „legitymację uzasadnioną względami demokratycznymi [...] są przynajmniej tak wysoko uplasowane, jak zawsze wychwalana preferencja dla swobody kształtowania umów”³⁵, staje się jasne, że jego twierdzenia oparte są ostatecznie na głębokim braku zaufania dla modelu umów³⁶. Przesadzone wymagania dla momentu samookreślenia okazują się w końcu pretekstem, aby zastąpić w pełnym wymiarze postanowienia umowne przez regulację ustawową. Bardziej odpowiednio brzmi przekaz, że ustawodawca wie lepiej od stron, co jest dla nich dobre³⁷.

Takiemu rozumieniu należy się stanowczo sprzeciwić. Wprawdzie liberalny model wolnościowy, który przyświecał BGB, został zasadnie ograniczony w celu uwzględnienia różnorodnych uwarunkowań gospodarczych oraz intelektualnych³⁸. Nie łączy się jednak z tym odwrócenie zasady reguła–wyjątek, zgodnie z którą to swoboda umów, a nie jej ograniczenia, wymaga uzasadnienia. Dla deficytu obecnej dyskusji jest charakterystyczne, że F. Graf von Westphalen jak dotąd w celu poparcia swojego stanowiska mógł odwołać się bez żadnego sprzeciwu na ustawę zasadniczą³⁹. W rzeczywistości jego twierdzenia stoją w zasadniczej sprzeczności z wymogami konstytucyjnymi⁴⁰.

2. OCHRONA PRZED KONSEKWENCJAMI PODLEGŁOŚCI GOSPODARCZEJ

Twierdzenie, które w ostatnim czasie uchodziło za odrzucone⁴¹, jakoby celem przepisów § 305 i n. BGB było przynajmniej również zrekompensowanie konsekwencji przewagi gospodarczej, w aktualnej debacie przeżywa renesans⁴². W szcze-

³⁵ W kwestii odpowiednich obowiązków dokumentacyjnych von Westphalen, NJW 2009, s. 2977, 2982.

³⁶ Podobne zdanie von Dauner–Lieb/Axer, ZIP 2010, s. 309, przyp. 4.

³⁷ Szerokie ograniczenie autonomii prywatnej w obrocie pomiędzy przedsiębiorcami nie może zostać uzasadnione również potrzebą ochrony „finalnego dystrybutora”, na którego przypadają wszystkie obowiązki wynikające z prawa ochrony konsumentów (tak tendencyjnie jednak von Westphalen, ZGS 2006, s. 81). Większość umów pomiędzy przedsiębiorcami nie stanowi łańcucha dostaw, który kończy się na osobie konsumenta (umowy kredytowe, M&A, o budowę instalacji przemysłowych itp.). Problem łańcucha dostaw jest dostatecznie zaadresowany w przepisach § 478 i 479.

³⁸ Zob. opisy w Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., 2004, § 2 nb 37 i n.; Schön, w: *Festschrift für Canaris*, 2007, s. 1191 i n.

³⁹ Von Westphalen, NJW 2009, s. 2977, 2981 i n.; tenże, BB 2010, s. 195, 199; tenże, ZIP 2010, 110 i n.

⁴⁰ Więcej w pkt III.

⁴¹ Zob. Leuschner, AcP 207 (2007), s. 491, 494.

⁴² W sprawie przebiegu dyskusji Ulmer, w: Ulmer/Brandner/Hensen (przyp. 32), wprowadzenie nb 47 i n.

gólności zwolennicy reformy przy wielu okazjach dają do zrozumienia, że zgodnie z ich stanowiskiem przy zbliżonej równowadze sił odpada potrzeba dokonywania kontroli treści⁴³. Odpowiedź, czy tak jest, ma zasadnicze znaczenie w ramach obecnej debaty⁴⁴.

Kwestia gospodarczej nierównowagi sił jest o tyle istotna, o ile pod względem faktycznym nie można mieć wątpliwości, że przepisy § 305 i n. BGB, mając na uwadze ich obecne stosowanie, przyznają ochronę przed nierównowagą gospodarczą właśnie w obrocie pomiędzy przedsiębiorcami. Jeżeli ktoś nie ma wystarczającej pozycji negocjacyjnej, aby przy zawieraniu umowy przeforsować swoje oczekiwania, może w szerokim zakresie polegać na tym, że umówiona treść będzie narażona na podleganie kontroli treści, jeżeli będzie znacząco odbiegała od postanowień prawa dyspozytywnego⁴⁵. Niepożądane byłoby wystawianie tej ochrony na ryzyko w drodze negocjacji, jeśli na koniec możliwe byłoby osiągnięcie porozumienia, które byłoby gorsze od tego, co bez żadnego wysiłku zapewniają już przepisy § 307 i n. BGB. Z uwagi na to relacja podległości gospodarczej wbrew niektórym twierdzeniom⁴⁶ bynajmniej nie jest wyjątkiem, konsekwentnie starania w przedmiocie przeprowadzenia reformy natrafiają na opór beneficjentów obecnego stanu prawnego.

Po dokonaniu bliższej analizy okazuje się szybko, że ochrona przed skutkami podległości gospodarczej nie może stanowić celu ochrony kontroli ogólnych warunków umów. Powodem do wątpliwości odnośnie do takiego rozumienia przedmiotu ochrony jest to, że podległość gospodarcza wyraża się w pierwszej kolejności w ukształtowaniu ceny, która co do zasady nie stanowi przedmiotu kontroli co do treści (§ 307 ust. 3 zd. 1 BGB). Przeciwno temu można zarzucić, że neutralizacja konsekwencji podległości gospodarczej na poziomie postanowień ubocznych jest zawsze lepsza niż odmówienie jakiegokolwiek ochrony, a ograniczone zastosowanie jest spowodowane tym, że odnośnie do stosunku ekwiwalentności brakuje miernika sprawiedliwości, który byłby porównywalny z prawem dyspozytywnym. Rozstrzygająco przeciwko znaczeniu podporządkowania gospodarczego w ramach przepisów § 305 i n. BGB przemawia jednak to, że brak jest szczególnego związku pomiędzy zastosowaniem ogólnych warunków umów a sytuacją podporządkowania gospodarczego⁴⁷: jeżeli dany partner handlowy jest w zasadniczy sposób uzależniony gospodarczo, wówczas takie podporządkowanie znajdzie taki sam wyraz w umowie negocjowanej punkt po punkcie, jak ma to miejsce przy zastosowaniu ogólnych warunków umów. Ograniczenie kontroli treści do ogólnych wa-

⁴³ Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, s. 2658, 2661; Berger, NJW 2010, s. 465, 470; tenże, w: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl., 2009, § 307 nb 36; por. również Kieninger, w: *MünchKommBGB*, t. 2, 5. Aufl., 2007, § 307 nb 73.

⁴⁴ Dauner-Lieb/Axer, ZIP 2010, s. 309, 314.

⁴⁵ Kessel/Jüttner, BB 2008, s. 1350, 1351.

⁴⁶ Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, s. 2658, 2661; Berger, NJW 2010, s. 465, 468.

⁴⁷ Już Leuschner, AcP 207 (2007), s. 491, 495.

runków umów jest zatem nie do pogodzenia z aspektem podporządkowania gospodarczego⁴⁸.

Konieczność przeprowadzania kontroli ogólnych warunków umów w kontekście aspektu podległości gospodarczej mogłaby o tyle uzyskać uzasadnienie, o ile wykorzystanie ogólnych warunków umów stanowi odpowiednią wskazówkę na istnienie przewagi po stronie podmiotu je stosującego⁴⁹. Właśnie spojrzenie na obrót pomiędzy przedsiębiorcami pokazuje jednak, że takie założenie nie odpowiadałoby rzeczywistości. Mając na uwadze, że wszyscy przedsiębiorcy przy kształtowaniu treści umów posługują się uprzednio sformułowanymi postanowieniami lub co najmniej fragmentami tekstu, ich wykorzystanie nie pozwala na wyciągnięcie wniosków co do podporządkowania gospodarczego. Można sobie wyobrazić odwołanie do braku indywidualnego negocjowania w rozumieniu § 305 ust. 1 zd. 3 BGB⁵⁰. Jest to spowodowane tym, jak można twierdzić, że ktoś, kto ma przewagę gospodarczą, nie będzie w ogóle wdawał się w dyskusje. Nie jest to jednak również przekonujące⁵¹. Trafność takiego postępowania byłaby bowiem niewielka. Już okoliczność, że strony są świadome, iż są „obserwowane”, ma wpływ na ich postępowanie i wpływa ujemnie na skuteczność tej wskazówki. Równie dobrze można by nawiązać do tego, jak dany przedsiębiorca postępuje ze swoimi klientami. Odpowiednie założenia byłyby warte uwagi tylko wtedy, gdyby nie było bardziej odpowiednich punktów odniesienia pozwalających na ustalenie sytuacji, w jakich ma miejsce nierównowaga gospodarcza. Sytuacja taka nie ma jednak miejsca. Dużo większe znaczenie niż sposób zawarcia umowy ma treść stosunku umownego. Jeśli jest ona w znaczący sposób krzywdząca dla jednej ze stron (naruszenia przepisów § 307 i n. BGB z całą pewnością nie są wystarczające)⁵², wówczas można potraktować to jako

⁴⁸ Ogólnie również Stoffels (przyp. 26), nb 88; Fuchs, w: Ulmer/Brandner/Hensen (przyp. 32), wprowadzenie przed § 307 nb 27.

⁴⁹ Wyraźnie w tym kierunku Larenz/Wolf (przyp. 38), § 2 nb 29 i n.; w sposób ogólny von Westphalen, ZGS 2006, s. 81, I. kolumna; z pewnymi modyfikacjami również Hellwege (przyp. 24), s. 566 i n. (zob. również przyp. 50, 52). Wyobrażenia takie podkreśla skoncentrowanie uwagi na umowach konsumenckich oraz przyjęcie założenia, że konsumenci są w typowej sytuacji gospodarczo podlegli przedsiębiorcom; wprost np. Acker/Bopp, BauR 2009, s. 1040, 1042. Nie odpowiada to rzeczywistości, ponieważ przedsiębiorcy często wystawieni są na silną presję konkurencji oraz zależy im bardziej na zawarciu umowy niż konsumentowi; tak słusznie Canaris, w: *Festschrift für Lerche*, 1993, s. 873, 882.

⁵⁰ W tym znaczeniu Hellwege (przyp. 24), s. 570 i n., który odwołuje się wprawdzie do przesłanki „udostępnienia”, w której jednak widzi jedynie pojęcie uzupełniające wobec przesłanki „indywidualnego uzgodnienia”.

⁵¹ Takie podejście byłoby możliwe tylko w razie odniesienia się do przebiegu negocjacji w ogólności, a nie jak stanowi przepis § 305 ust. 1 zd. 3 BGB („o ile”) do poszczególnych postanowień umowy. Na podstawie pojedynczych klauzul nie da się ocenić, czy strona w rzeczywistości jest podległa gospodarczo.

⁵² Tak właśnie Hellwege (przyp. 24), s. 575, według którego brak indywidualnego uzgodnienia powiązany z naruszeniem przepisów § 307 i n. BGB uzasadnia wniosek o istnieniu przewagi gospodarczej po stronie podmiotu stosującego wzorzec. Gdyby stanowisko to było poprawne, wówczas przykładowo okoliczność, że przedsiębiorca budowlany, który podczas negocjacji wprowadza typowe dla danej branży kwotowe ograniczenie odpowiedzialności i nie jest gotowy na przedłożenie go do dyspozycji, wskazywałaby na istnienie po jego stronie przewagi gospodarczej. Nie odpowiadałoby to jednak rzeczywistości. To, że Hellwege postuluje wyjęcie obrotu pomiędzy przedsiębiorcami spod zakresu zastosowania indywidualnej ochrony w zakresie treści (*op. cit.*, s. 578 i n.), nie powoduje, że jego teza staje się bardziej przekonująca, ponieważ takie ograniczenie nie daje się usprawiedliwić

wskazówkę, że doszło do naruszenia równowagi negocjacyjnej. Ewentualnie można sobie wyobrazić nawiązanie do udziałów w rynku, na wzór prawa antymonopolowego⁵³.

3. KONTROLA OGÓLNYCH WARUNKÓW UMÓW JAKO ODPOWIEŹ NA PROBLEM KOSZTÓW TRANSAKCYJNYCH

Kontrola treści ograniczona do ogólnych warunków umów daje się samodzielnie wytłumaczyć jako reakcja na wywołany ich zastosowaniem problem kosztów transakcyjnych⁵⁴. Osoba, która ma do czynienia z przygotowanymi uprzednio postanowieniami umownymi, jest w słabszej pozycji w stosunku do drugiej strony, niezależnie od istnienia stanu nierównowagi intelektualnej lub gospodarczej, ponieważ nie jest w stanie dokonać *ad hoc* oceny ich treści i znaczenia⁵⁵. Słusznie mówi się w takich sytuacjach o istnieniu **podległości sytuacyjnej**⁵⁶. Podległość sytuacyjna nie stanowi jednak sama w sobie jeszcze problemu. W odróżnieniu od podległości osobistej daje się ona bowiem przewyciężyć⁵⁷. Ma to również zastosowanie do osoby nieobeznanej w prawie, będącej kontrahentem podmiotu posługującego się wzorcem, która może zasięgnąć profesjonalnej porady. Ogólne warunki umów stają się problemem dopiero wtedy, gdy nakład czasu i ewentualnie środków finansowych konieczny do przewyciężenia podległości sytuacyjnej, który obok analizy postanowień umownych obejmuje również przeforsowanie zmian⁵⁸, w wielu przypadkach pozostaje w rażącej dysproporcji do korzyści ekonomicznych, które kontrahent podmiotu posługującego się wzorcem odniósłby na skutek zawarcia umowy (zaporowe koszty transakcyjne)⁵⁹.

w oparciu o przyjęte przez niego założenie, że kontrola ogólnych warunków umów służy wyrównaniu domniemych stanów nierówności (w tym zakresie zob. również przyp. 97).

⁵³ W sprawie możliwego kształtu kontroli treści nawiązującego do stanów nierównowagi gospodarczej zob. niżej pkt IV.3.b.

⁵⁴ Wyczerpująco w tym przedmiocie Leuschner, AcP 207 (2007), s. 491, 494 i n.

⁵⁵ Coester, w: Staudinger, BGB, § 305–310, Neubearb. 2006, § 307 nb 3; Dauner–Lieb/Axer, ZIP 2010, s. 309, 313; Stoffels (przyp. 26), nb 83. W kwestii tych związków już Dauner–Lieb, *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher*, 1983.

⁵⁶ Lieb, AcP 178 (1978), s. 196, 201; zob. również Fastrich (przyp. 23), s. 91; Coester, w: Staudinger (przyp. 55), § 307 nb 3.

⁵⁷ Odnośnie do kategorii podległości sytuacyjnej oraz podległości osobistej Leuschner, AcP 207 (2007), s. 491, 496 i n.

⁵⁸ Stanowi to wyjaśnienie, dlaczego również postanowienia składające się z jednego zdania podlegają kontroli ogólnych warunków umów; Leuschner, AcP 207 (2007), s. 491, 497 i n.; nieuwzględnione przez Hellwege (przyp. 24), s. 570 i n., którego krytyka odnośnie do ekonomicznego uzasadnienia kontroli ogólnych warunków umów (również) nie ma uzasadnienia. Problem kosztów transakcyjnych jest w pierwszej kolejności, ale nie wyłącznie, problemem dotyczącym informacji (zob. również R. Koch, BB 2010, s. 1810, 1812).

⁵⁹ Basedow, w: *MünchKommBGB* (przyp. 43), wstęp do § 305 nb 5; Dauner–Lieb/Axer, ZIP 2010, s. 309, 314; Fuchs, w: Ulmer/Brandner/Hensen (przyp. 32), Vor. § 307 nb 33 i n.; Kieninger, w: *MünchKommBGB* (przyp. 43), § 307 nb 39; Koller, w: *Festschrift für Steindorff*, 1990, s. 667, 669 i n.; zob. także Kötz, Gutachten, 50. DJT, 1974,

Przyczynę tego nieporozumienia, które w skrócie można określić jako **relacje koszty transakcyjne — wartość kontraktu**, stanowi idąca typowo w parze z użyciem ogólnych warunków umów **asymetria kosztów transakcyjnych**: z uwagi na to, że osoba stosująca ogólne warunki umów przygotowuje je na potrzeby wielu umów, przypadające na nią koszty transakcyjne związane z jedną umową są niższe niż koszty związane z ich analizą powstałe po stronie jego kontrahenta. To z kolei prowadzi z reguły do tego, że ogólne warunki umów z punktu widzenia kontrahenta podmiotu posługującego się wzorcem osiągają nieproporcjonalny stopień skomplikowania. Do asymetrii kosztów transakcyjnych dochodzi jednak już wówczas, jeśli podmiot je stosujący jedynie w pojedynczych przypadkach sięga po warunki umów opracowane przez osoby trzecie, jeżeli na skutek odpowiedniej rekomendacji względnie autorstwa wie, że mają one na celu ochronę jego interesów. Wiedza ta zaoszczędza mu analizę wzorca umownego oraz stanowi znaczącą korzyść wobec jego kontrahenta, który w celu ochrony swoich interesów nie może zrezygnować z dokonania odpowiedniej analizy.

Przedstawiony problem kosztów transakcyjnych stanowiący ostatecznie uzasadnienie dla kontroli treści został już wyczerpująco opisany gdzie indziej⁶⁰. W tym miejscu wystarczające musi być stwierdzenie, że możliwe jest uzasadnienie zarówno dla indywidualnej, jak i ponadindywidualnej kontroli ogólnych warunków umów⁶¹. Pierwsza z nich odnosi się do potrzeby ochrony kontrahenta podmiotu stosującego wzorzec i opiera się na założeniu, że nie jest on w stanie w typowym przypadku poprzez „ucieczkę w odmowę zawarcia umowy” odpowiednio zareagować na problem kosztów transakcyjnych. Uzasadnienie dla kontroli ponadindywidualnej opiera się z drugiej strony na analizie następstw ekonomicznych, które związane byłyby z kosztami transakcyjnymi bez kontroli treści. W dużym uproszczeniu polegają one na tym, że akceptacja dla ogólnych warunków umów byłaby w znaczący sposób ograniczona, a wysoka akceptacja stanowi przesłankę tego, aby ogólne warunki umów mogły wykazywać wynikające z nich korzyści z jednej strony w stosunku do postanowień indywidualnych (funkcja

s. A 34. Por. również Leyens/Schäfer, AcP 201 (2010), s. IV.1.c (w druku), którzy to autorzy w odróżnieniu od poglądu przedstawionego w niniejszym opracowaniu odnoszą koszty transakcyjne nie do interesu ekonomicznego kontrahenta podmiotu stosującego wzorzec w zawarciu umowy (wartość umowy), ale do wysokości ryzyk związanych z zawarciem umowy. Nie jest to przekonywujące, ponieważ ta druga wartość daje się ocenić dopiero na podstawie analizy ogólnych warunków umów (bez kontroli treści ogólne warunki umów mogłyby przecież przewidywać nieograniczone ryzyka), i tym samym nie mogą odgrywać roli przy podejmowaniu decyzji, czy taka analiza jest opłacalna. W hipotetycznym świecie, w którym nie ma kontroli treści, *homo oeconomicus* stoi zatem przed wyborem, gdzie może albo zawrzeć umowę, dokonując analizy ogólnych warunków umów, albo odstąpić od zawarcia umowy, a nie przed alternatywą zawarcie umowy wraz z dokonaniem analizy ogólnych warunków umów albo zawarcie umowy bez analizy ogólnych warunków umów.

⁶⁰ Leuschner, AcP 207 (2007), s. 491, 497 i n., s. 502 i n.

⁶¹ Tak ogólnie również Hellwege (przyt. 24), s. 563 i n., którego zasadnicza teza brzmi jednak, że koncepcja ochrony indywidualnej i ponadindywidualnej wymagają różnorodnego ukształtowania zakresu zastosowania kontroli treści. Z uwagi na to, że podstawę dla ochrony ponadindywidualnej widzi on w nieprawidłowym działaniu rynku, którego przyczyną uznaje on wprost za nieistotne (s. 583), jego teza pozbawiona jest weryfikowalnych podstaw.

racjonalizacyjna)⁶², jak również z drugiej strony wobec przepisów prawa dyspozytywnego (odciążenie ustawodawcy)⁶³.

W przedstawionym związku rozstrzygające jest, że uzasadnienie dla istnienia negatywnej relacji koszty transakcyjne — wartość kontraktu, zarówno w odniesieniu do interesów kontrahenta podmiotu stosującego wzorzec, jak i ekonomiczne, przyjmuje jako założenie: jeżeli nakład pracy związany z analizą ogólnych warunków umów nie pozostaje w dysproporcji z przedmiotem umowy, wówczas kontrahent osoby stosującej wzorzec nie wymaga ochrony co do ich treści, gdyż należy uznać, że powinien on samodzielnie ponosić odpowiedzialność za przezwyciężenie deficytu informacyjnego po swojej stronie⁶⁴. Podobnie w tego typu sytuacjach nie należy obawiać się, że przymuszenie do działania w sposób odpowiedzialny w jakikolwiek sposób znacząco wpłynie na akceptację ogólnych warunków umów. Ten aspekt mógłby zostać pominięty tylko wtedy, gdyby uzasadnione było pominięcie nietypowych przypadków z pozytywną relacją koszty transakcyjne — wartość kontraktu w ramach podejścia stypizowanego. Spoglądając na obrót pomiędzy przedsiębiorcami, jest jednak oczywiste, że w ten sposób przekroczone zostałyby granice dozwolonej typizacji. Wprawdzie również przedsiębiorcy zawierają umowy, które odnoszą się do „spraw codziennych”, przy których dochodzi do powstania dysproporcji (adwokat zwraca się o przyłączenie telefonu, malarz dokonuje zakupu pędzli itd.). Istotny element obrotu pomiędzy przedsiębiorcami stanowi jednak zawieranie umów o znacznym wolumenie, w odniesieniu do których niezależnie od skomplikowania warunków umownych nie ma wątpliwości, że relacja koszty transakcyjne — wartość kontraktu jest dodatnia. W takich przypadkach kontrola treści oparta na zastosowaniu ogólnych warunków umów nie ma żadnego uzasadnienia⁶⁵.

III. WYMAGANIA KONSTITUCYJNE

W dotychczasowej dyskusji nie przywiązywano odpowiednio należytej wagi do wymagań konstytucyjnych dla kontroli ogólnych warunków umów. Ich analiza pokazuje, że umiejscowiona w ustawie zasadniczej zasada swobody umów w żaden

⁶² Grüneberg, w: Palandt (przyp. 15), Überb. v. § 305 nb 4; Basedow, w: *MünchKommBGB* (przyp. 43), Vorb. zu § 305 nb 2; Pfeiffer, w: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (przyp. 7), wprowadzenie nb 1; por. również druk Budestagu nr 7/3919, s. 9.

⁶³ W przedmiocie związku pomiędzy kontrolą ogólnych warunków umów a prawem dyspozytywnym Bachmann, *Private Ordnung*, 2006, s. 120 i n.; Leuschner, AcP 207 (2007), s. 491, 497 i n., s. 503 i n.

⁶⁴ Jeśli w wyniku tego kontrola ogólnych warunków umów co do zasady zostanie ograniczona tylko do mniej znaczących dla stron umów, wbrew stanowisku Hellwege (przyp. 24), s. 559 i n., nie stanowi to sprzeczności, tylko jest prawidłowe.

⁶⁵ Przekonywająco Kessel/Stomps, BB 2009, s. 2666, 2674; Kötz, JuS 2003, s. 209, 211. Uznaje to również Hellwege (przyp. 24), który jednakże (między innymi) wyciąga wniosek, że obecne próby ekonomicznego wytłumaczenia kontroli ogólnych warunków umów nie są przekonujące (s. 562).

sposób nie stanowi legitymacji dla obecnej praktyki⁶⁶, lecz przeciwnie — stanowi argument za potrzebą przeprowadzenia reformy.

1. PRYMAT FORMALNEJ SWOBODY UMÓW

Jak wiadomo, zasada swobody umów obejmuje dwa różne wymiary, które korzystają z ochrony ustawy zasadniczej⁶⁷. **Formalna swoboda umów** oznacza kompetencję podmiotów prawa prywatnego do wywołania skutków prawnych na skutek złożenia zgodnych oświadczeń woli. Z uwagi na to, że taka kompetencja zakłada współdziałanie ze strony państwa poprzez egzekwowanie tego, co zostało umówione, w przypadku formalnej swobody umów chodzi o wolność normatywną⁶⁸. **Materiałna swoboda umów** opisuje z drugiej strony faktyczną swobodę wyboru. Ma ona gwarantować, że jednostka będzie związana tylko takimi oświadczeniami, które stanowią wyraz jej własnego, a nie narzuconego, wyboru. Z uwagi na to, że przy zawieraniu umowy uczestniczą dwa podmioty, którym przysługują prawa konstytucyjne, obydwa wymiary swobody umów pozostają w kolizji: podczas gdy w razie sporu osoba, która odnosi korzyść z danego postanowienia, powołuje się na jego obowiązywanie, a tym samym na formalną swobodę umów, to druga strona z powołaniem się na materiałną swobodę umów twierdzi, że dane postanowienie nie stanowi wyrazu autonomicznego wyboru i tym samym nie powinno zostać uznane przez państwo.

Problematyka kontroli treści stawia w centrum pytanie, w jaki sposób należy rozwiązać w sposób zgodny z ustawą zasadniczą opisany konflikt pomiędzy formalną i materiałną swobodą umów. Z uwagi na to, że zasada swobody umów nie znalazła bezpośredniego odzwierciedlenia w ustawie zasadniczej, można na to pytanie odpowiedzieć tylko na podstawie całości wymagań konstytucyjnych⁶⁹. Odpowiedź jest przy tym jednoznaczna: gwarancja ogólnej wolności działania, wolności zawodu, własności prywatnej, prawa do dziedziczenia, wolności związkowej oraz swobody testowania wskazują na istnienie zasadniczego wyboru politycznoprawnego, zgodnie z którym państwo nie narzuca swoim obywatelom ani obowiązku realizacji określonych celów, ani środków do ich realizacji⁷⁰. Mając na uwadze, że przy zawarciu oraz swobodnym określeniu treści umowy chodzi o jeden z najważniejszych instrumentów, jakie państwo może postawić swoim obywatelom do realizacji ich

⁶⁶ Odnośnie do poglądów przeciwnych zob. odwołania w przyp. 39.

⁶⁷ W tej kwestii przykładowo Canaris, AcP 200 (2000), s. 273, 277 i n.; Cornils, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, 2005, s. 202 i n.

⁶⁸ Höfling, *Vertragsfreiheit*, 1990, s. 21.

⁶⁹ Swoboda umów jako element autonomii prywatnej jest przeważnie wywodzona z art. 2 ust. 1 ustawy zasadniczej; szczegółowo w przedmiocie umocowania swobody umów w ustawie zasadniczej Höfling (przyp. 68), s. 6 i n.

⁷⁰ W tej kwestii Canaris, w: *Festschrift für Lerche*, 1993, s. 873, 878 i n.

celów, implikuje to również wybór dla dominującej pozycji formalnej swobody umów, która nakazuje uznawanie zawartych umów co do zasady niezależnie od ich treści⁷¹. Ograniczenia tej zasady nie są wykluczone, a dla realizacji materialnej swobody umów wręcz nakazane na gruncie przepisów konstytucyjnych. Zawsze wymagają one jednak uzasadnienia. Niezgodne z tym byłoby wprowadzenie ogólnego zakazu korekcyjnego z powołaniem się na ogólnikowe odniesienie do możliwego braku warunków dla realnej swobody umów. Przeciwno idealizacji prawa dyspozycyjnego należy szczególnie przywołać słowa C.–W. Canarisa: „Nawet jeśli wiemy lub zdaje nam się, że wiemy, co jest sprawiedliwe, to nie wynika z tego bynajmniej jeszcze legitymacja do narzucania innym osobom konsekwencji naszych poglądów przy użyciu przymusu państwowego”⁷².

Odpowiada temu również co do zasady stanowisko Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Pomimo że orzecznictwo Trybunału jest zdominowane przez aspekt materialnej swobody umów, sąd ten nigdy nie postawił znaku zapytania nad prymatem formalnej swobody umów. W sposób zasadniczy Trybunał wypowiedział się w sprawie dotyczącej agentów handlowych (niem. *Handelsvertreterentscheidung*), że w przypadku autonomii prywatnej chodzi o „element strukturalny wolnościowego porządku społecznego” (niem. *Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung*), który pozwala stronom umowy na ułożenie ich stosunku prawnego na własną odpowiedzialność, a państwo zobowiązuje do tego, aby tak zawarte uregulowania co do zasady respektować⁷³. Niezbędne zdaniem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego ograniczenia formalnej swobody umów konieczne dla ochrony przed narzuceniem wyboru sąd ten zawsze ograniczał do pojedynczych przypadków nierówności „strukturalnej”, takich jak gospodarcza podległość agenta handlowego wobec przedsiębiorcy⁷⁴ względnie pracownika wobec pracodawcy⁷⁵ lub podległość emocjonalna poręczyciela spokrewnionego z dłużnikiem głównym wobec banku^{76, 77}. Założenie, że całkowicie niezależnie od istnienia takich stanów nierówności narzucona oraz obejmująca wszystkie obszary kontrola treści na podstawie § 305 i n. BGB byłaby (w pełni) zdeterminowana konstytucyjnie, nie może się ostać⁷⁸. Właśnie twierdzenie, że

⁷¹ Por. Cornils (przyp. 67), s. 202 i n., według którego również zwolennicy materialnego rozumienia swobody umów nie posuwają się aż tak daleko, aby zrezygnować z tego „wspólnego punktu wyjścia”.

⁷² Canaris, w: *Festschrift für Lerche*, 1993, s. 873, 884.

⁷³ BVerfGE 81, s. 242, 254 = JZ 1990, s. 691 z głosem Wiedemanna.

⁷⁴ BVerfGE 81, s. 242, 256 f.

⁷⁵ BVerfG NJW 2007, s. 286, 287 i n. (Arbeit–auf–Abruf). Zob. również poniżej pkt 2.

⁷⁶ BVerfGE 89, s. 214, 234 i n. (Bürgschaft I) = JZ 1994, s. 408 z głosem Wiedemanna; BVerfG NJW 1994, s. 2749, 2750 (Bürgschaft II); NJW 1996, s. 2021 (Bürgschaft III).

⁷⁷ W przedmiocie wzmiankowanego w niektórych orzeczeniach Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z zakresu prawa ubezpieczeń (BVerfGE 114, 73; NJW 2006, 1783; VersR 2006, 961) znaczenia stanów nierównowagi informacyjnej zob. Leuschner, AcP 207 (2007), s. 491, 509 i n.

⁷⁸ Tak jednak tendencyjnie Stoffels (przyp. 20), nb 80; aprobująco Grünberger, JURA 2009, s. 249, 250; słusznie krytycznie Wackerbarth, AcP 200 (2000), s. 45, 50 i n.; Fuchs, w: Ulmer/Brandner/Hensen (przyp. 32), Vor. § 307 nb 31.

zgodne z ustawą zasadniczą jest danie stronom faktycznej swobody kształtowania umowy⁷⁹, nie znajduje oparcia w orzecznictwie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego⁸⁰.

2. ORZECZENIA FEDERALNEGO TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO W PRZEDMIOCIE KONTROLI OGÓLNYCH WARUNKÓW UMÓW

Szczególnie interesujące są dwa niedawne orzeczenia, w których Federalny Trybunał Konstytucyjny po raz pierwszy zastosował opisane zasady bezpośrednio w odniesieniu do ogólnych warunków umów.

W wyroku dotyczącym wynagrodzenia lekarzy stomatologów (niem. *Zahn-arthonorarentscheidung*)⁸¹ z 2004 r. sąd orzekł, że co do zasady nie rodzi wątpliwości konstytucyjnych przyjęcie przez Federalny Trybunał Sprawiedliwości nieważności postanowień dotyczących wynagrodzenia przewidzianych w ogólnych warunkach umów, a które odbiegają od zasad przyjętych w rozporządzeniu w sprawie wynagrodzenia lekarzy stomatologów, z uwagi na naruszenie przepisu § 9 ust. 2 zd. 1 ustawy o ogólnych warunkach umów (obecnie § 307 ust. 2 zd. 1 BGB); zdaniem Trybunału Sprawiedliwości takie postanowienia mogą zostać uzgodnione tylko indywidualnie⁸². Kwalifikacja odmiennych postanowień w przedmiocie wynagrodzenia jako ogólnych warunków umów jest jednak uzasadniona tylko w takim zakresie, w jakim jest to konieczne dla ochrony pacjentów. Za zbyt daleko idące należy uznać wymaganie, aby dla uznania postanowienia za indywidualnie uzgodnione cena została przedstawiona jako „podlegająca negocjacji”. Podobnie nie jest uzasadnione nałożenie na lekarza ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że postanowienie zostało indywidualnie uzgodnione. Zaskarżone orzeczenie narusza z tej przyczyny podstawowe prawa obywatelskie lekarzy stomatologów⁸³.

Orzeczenie w sprawie pracy na wezwanie (niem. *Arbeit-auf-Abruf-Entscheidung*)⁸⁴ z roku 2006 odnosiło się do wyroku Federalnego Trybunału Pracy, w którym sąd ten uznał postanowienia zawarte w opracowanej uprzednio umowie o pracę, zgodnie z którymi pracodawca wedle własnego uznania mógł zrezygnować ze znaczącej części świadczeń pracowniczych, za niezgodne z § 307 BGB.

⁷⁹ Zob. odwołania w przyp. 39.

⁸⁰ Zob. również przyp. 85.

⁸¹ Federalny Trybunał Konstytucyjny NJW 2005, s. 1036.

⁸² BGHZ 115, s. 391, 394 i n. = JZ 1992, s. 373 z glosą Laufs/Reilinga.

⁸³ Nawet jeśli sąd opiera się na chronionej przez art. 12 ust. 1 ustawy zasadniczej swobodzie wykonywania zawodu, w rzeczywistości chodzi o formalną swobodę umów, podlegającą ochronie jako element częściowy swobody wykonywania zawodu; wyraźnie Federalny Trybunał Konstytucyjny, NJW 2007, s. 286.

⁸⁴ Federalny Trybunał Konstytucyjny, NJW 2007, s. 286.

W swoim orzeczeniu Federalny Trybunał Konstytucyjny, z powołaniem się na orzeczenie w sprawie agentów handlowych, uznał, że zgodne oświadczenia woli co do zasady wskazują na właściwe wyważenie interesów, które państwo powinno respektować. W sprawie będącej przedmiotem orzeczenia ingerencja w formalną swobodę umów jest jednak dlatego uzasadniona i pożądana, ponieważ pracownicy z reguły nierównomiernie silniej polegają na stosunku pracy niż pracodawca na pojedynczych pracownikach, co prowadzi do powstania stanu strukturalnej nierównowagi.

Obydwa orzeczenia konsekwentnie implementują dyrektywy konstytucyjne oraz podkreślają, że w przypadku kontroli treści chodzi o wymagające uzasadnienia ograniczenia formalnej swobody umów. Analiza tych orzeczeń pokazuje, że typowe dla ogólnych warunków umów jednostronne wykorzystanie swobody kształtowania umowy nie wystarcza jako uzasadnienie: szczególnie wyraźne jest to w orzeczeniu w sprawie wynagrodzenia lekarzy stomatologów⁸⁵. Uzasadnienie tego orzeczenia nie pozostawia wątpliwości, że Federalny Trybunał Konstytucyjny uznaje pacjentów za wymagających ochrony tylko w takim zakresie, w jakim konieczne jest ich poinformowanie o wyższej cenie przed zawarciem umowy⁸⁶. W rzeczy samej sąd odnosi się tylko w takim zakresie do przedstawionej wcześniej podległości informacyjnej. Wskazując w ramach dalszych wywodów, że w celu zaspokojenia tej potrzeby ochrony nie jest konieczne, aby lekarz przedstawiał do dyspozycji wykaz stawek oraz wskazywał pacjentowi, że „może dokonać »zakupu« usług u innego dostawcy”⁸⁷, zwraca się nie tylko przeciwko uzasadnianiu kontroli ogólnych warunków umów za pomocą jednostronnego wykorzystania swobody kształtowania umowy, ale w rzeczy samej uznaje za niekonstytucyjne stałe orzecznictwo Federalnego Trybunału Sprawiedliwości dotyczące przesłanki indywidualnego uzgodnienia zawartej w przepisie § 305 ust. 1 zd. 3 BGB⁸⁸. Również w orzeczeniu w sprawie pracy na wezwanie Trybunał nie odniósł się do jednostronnego wykorzystania swobody kształtowania umowy, ale uzasadnił nieważność postanowień będących przedmiotem sporu oraz związaną z tym ingerencję w swobodę umów nierównomiernym stosunkiem sił pomiędzy pracodawcą a pracownikiem. Okoliczność, że na gruncie

⁸⁵ Z tej przyczyny niesłusznie von Westphalen, NJW 2009, s. 2977, 2981, przyp. 93, powołuje się na to orzeczenie na poparcie swojego stanowiska. Za trafną należy uznać przeciwną ocenę Schlossera, w: Staudinger (przyp. 55), § 305 nb 36a, zgodnie z którym orzeczenie czyni konieczne „przeorientowanie” sposobu wykładni przepisu § 305 ust. 1 zd. 3 BGB.

⁸⁶ Federalny Trybunał Konstytucyjny, NJW 2005, s. 1036, 1037.

⁸⁷ Federalny Trybunał Konstytucyjny, NJW 2005, s. 1036, 1038.

⁸⁸ Przeciwno takiemu uogólnieniu nie można podnieść, że wypowiedzi dotyczące sposobu ukształtowania ceny nie mogą być odnoszone do postanowień ubocznych. Wprawdzie jest poprawne, że porównanie postanowień ubocznych jest trudniejsze niż porównanie ceny i tym samym zwykle przekracza możliwości przeciętnej osoby (zob. Canaris, AcP 200 [2000], s. 273, 323 i n.). Praktyka zawierania umów wysokiej wartości pokazuje jednak, że przy odpowiednim nakładzie włożonym w przeprowadzenie analizy również postanowienia uboczne mogą zostać ocenione i na tej podstawie porównane ze sobą. Problem ten sprowadza się zatem znowu do relacji koszty transakcyjne — wartość kontraktu.

powyższych rozważań odpada nam nierównowaga gospodarcza jako przedmiot ochrony kontroli ogólnych warunków umów z uwagi na ich specyfikę, nie pozostaje z tym w sprzeczności. Jest to związane z tym, że przedmiotem orzeczenia nie była kwestia konstytucyjności przepisów § 305 i n. BGB, ale pytanie, czy stwierdzona przez Federalny Trybunał Pracy w konkretnym przypadku nieważność była uzasadniona. Pod tym względem nie można również zakwestionować, że cechy szczególne ogólnych warunków umów nie odgrywały żadnej roli w uzasadnieniu Federalnego Trybunału Sprawiedliwości. Wychodząc poza okoliczności faktyczne konkretnego przypadku, wynika z tego wyraźnie, że rozstrzygnięcie nie mogłoby być inne, jeśli w przypadku spornych postanowień chodziłoby o postanowienia ustalone indywidualnie.

3. PODSUMOWANIE

Podsumowując, należy stwierdzić, że ograniczenia formalnej swobody umów są możliwe oraz w pewnym stopniu również pożądane z punktu widzenia ustawy zasadniczej, zawsze wymagają jednak uzasadnienia. Rozważania wykazały, że jako uzasadnienie kontroli treści przewidzianej w przepisach § 305 i n. BGB nie wchodzi w grę zarówno jednostronne wykorzystanie swobody kształtowania umowy, jak i istnienie stanu nierównowagi gospodarczej. Pierwsza okoliczność usprawiedliwiająca nie znajduje uzasadnienia, ponieważ brak swobody kształtowania treści umowy jest kompensowany przez swobodę zawarcia umowy i z tej przyczyny nie wiąże się z tym narzucenie treści. Druga okoliczność usprawiedliwiająca nie znajduje uzasadnienia, ponieważ bez względu na zasadniczą przydatność stanów nierównowagi gospodarczej do uzasadniania ingerencji w swobodę umów nie ma ona żadnego związku ze stosowaniem ogólnych warunków umów. Również wtedy, gdyby na skutek dokonania odpowiedniej korekty zakres zastosowania przepisów § 305 i n. BGB został ograniczony do stanów nierówności gospodarczej, pozostawałoby to w sprzeczności z nakazem równego traktowania takich samych stanów faktycznych (art. 3 ust. 1 ustawy zasadniczej), ponieważ wynikający z tego zakres ochrony nie obejmowałby również postanowień indywidualnie uzgodnionych.

Przepisy § 305 i n. BGB znajdują uzasadnienie tylko na gruncie opisanego wcześniej problemu kosztów transakcyjnych. Również w tym względzie należy mieć na uwadze, że uzasadnienie sięga tylko tak daleko jak sam problem kosztów transakcyjnych. Jeżeli kontrola treści nie jest pożądana, mając na uwadze zasadność nakładów koniecznych do przeprowadzenia analizy ogólnych warunków umów (dotąd relacja koszty transakcyjne — wartość kontraktu), wówczas nie ma ona legitymacji konstytucyjnej.

IV. POTRZEBA REFORMY

1. SŁABOŚĆ KRYTERIUM INDYWIDUALNEGO UZGODNIENIA

Wobec zarysowanego na wstępie szerokiego zastosowania zawartego w przepisie § 305 ust. 1 zd. 1 BGB pojęcia ogólnych warunków umów do wzorców względnie fragmentów tekstów dla ukształtowania kontroli ogólnych warunków umów w sposób odpowiadający celowi ochrony znaczenie ma norma korygująca zawarta w przepisie § 305 ust. 1 zd. 3 BGB. Jej główna przesłanka indywidualnego uzgodnienia wpisuje się na pierwszy rzut oka bezproblemowo w koncepcję celu ochrony odwołującą się do problemu kosztów transakcyjnych. Jest to związane z tym, że jeśli dana klauzula została indywidualnie uzgodniona, świadczy to o tym, że kontrahent podmiotu stosującego wzorzec nie tylko dowiedział się o niej, ale również zrozumiał jej znaczenie. Tym samym przepis § 305 ust. 1 zd. 3 BGB konsekwentnie wyłącza stosowne postanowienia umowne spod zakresu kontroli treści.

Przy bliższym spojrzeniu okazuje się jednak, że z przesłanką indywidualnego uzgodnienia jako środkiem skierowania zakresu zastosowania kontroli treści na związany szczególnie z ogólnymi warunkami umów problem kosztów transakcyjnych związane są dwie znaczące słabości: z jednej strony nie uwzględnia ona, że podległość informacyjna kontrahenta podmiotu stosującego wzorzec może zostać przewyższona nie tylko przez dwustronną czynność indywidualnego uzgodnienia, lecz także przez jednostronną analizę postanowień umownych. Z drugiej strony zasadniczy problem stanowi odwołanie się do tego, czy kontrahent podmiotu stosującego wzorzec przewyższył deficyt informacyjny, a nie do tego, czy powinien był go przewyżczyć. Rezygnacja z takiego elementu normatywnego skutkuje istotnym ryzykiem niewłaściwego ukierunkowania zachowania oraz w szczególności odbiera kontrahentowi podmiotu stosującego wzorzec również przy istnieniu dodatniej relacji koszty transakcyjne — wartość kontraktu wszelkie zachęty do odpowiedzialnego względu na ochronę własnych interesów⁸⁹.

Federalny Trybunał Sprawiedliwości nie tylko zaniedbał poprawienia związanego z tym niekorzystnego stanu, ale wręcz znacząco zaostrzył go poprzez surowe wymagania dla przyjęcia istnienia indywidualnego uzgodnienia. Formułując wymaganie, aby podmiot stosujący wzorzec przedkładał rzeczywiście do dyspozycji treść istotnych postanowień ogólnych warunków umów odbiegających od przepisów ustawy, w rzeczy samej rozbudował przepisy § 305 i n. BGB do obszernego instrumentu kontrolnego wypierającego aksjologię § 138 BGB oraz nadał w daleko idącym zakresie charakter bezwzględnie obowiązujący przepisom uznanym przez ustawodawcę za prawo dyspozytywne. Charakterystyczne założenie dla

⁸⁹ Pominęte przez R. Kocha, BB 2010, s. 1810, 1812, który uznaje za pożądane odwołanie się do konkretnych okoliczności związanych z zawarciem umowy.

orzecznictwa Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, że kontrola co do treści jest uzasadniona również w przypadkach, gdy kontrahent podmiotu stosującego wzorzec na skutek odpowiednich wyjaśnień w sposób wystarczający został poinformowany o treści ogólnych warunków umów, byłoby usprawiedliwione tylko wtedy, gdyby ochrona swobody kształtowania treści umowy względnie kompensacja stanu nierównowagi gospodarczej stanowiły odpowiednie uzasadnienie dla kontroli ogólnych warunków umów. Jak widzieliśmy, żadne z tych uzasadnień nie jest jednak odpowiednie.

Dochodzi do tego okoliczność, że sposób wykładni przez sądy wyższych instancji przesłanki indywidualnego uzgodnienia wykazuje znaczące deficyty z punktu widzenia pewności prawa. Jeżeli Federalny Trybunał Sprawiedliwości przypisuje znaczenie okoliczności **poważnego** postawienia do dyspozycji względnie lustrzanie **samodzielnego podjęcia** decyzji przez kontrahenta podmiotu stosującego wzorzec, to czyni rozgraniczenie pomiędzy ogólnymi warunkami umów oraz postanowieniami indywidualnie uzgodnionymi w końcu zależnym od kryterium subiektywnego. Zwykle w przypadku kryteriów subiektywnych powstaje taka trudność, że ich istnienie nie daje się nigdy stwierdzić z całą pewnością, a jedynie można je domniemywać na podstawie przesłanek⁹⁰. Stworzona w ten sposób niepewność zostaje następnie spotęgowana przez to, że okoliczności zawarcia umowy użyte przez Federalny Trybunał Sprawiedliwości jako punkty odniesienia mogą podlegać w wysokiej mierze manipulacji. Już rzekomo jednoznaczne wskazanie dokonania zmiany w tekście kryje w sobie, jak wiadomo, problem, że mając na względzie okoliczności, zmiana została sprowokowana przez podmiot posługujący się wzorcem oraz że nie był on w rzeczywistości nigdy gotowy zrezygnować z ostatecznie uzgodnionego odstępstwa od przepisów prawa dyspozytywnego⁹¹. Związana z tym znacząca niepewność prawna przekłada się na wszystkie zawarte umowy oraz nie gwarantuje również wielomilionowym umowom żadnego „bezpiecznego portu”⁹².

2. DOTYCHCZASOWE PROPOZYCJE ZMIAN

W literaturze zostały przedstawione różne propozycje skorygowania rozszerzenia zakresu zastosowania kontroli treści wywołanego dotychczasową wykładnią

⁹⁰ Proponowane w tym kontekście uwzględnienie „rozwiązań pakietowych” względnie „uwzględnienia w cenie” (Acker/Bopp, BauR 2009, s. 1040, 1045; Berger, NJW 2010, s. 465, 468; Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, s. 2658, 2660 i n.) musi zostać odrzucone, ponieważ odnosi się ono do dokonania oceny stosunku ekwiwalentności, dla którego ustawa nie zawiera żadnego kryterium oceny.

⁹¹ Charakterystyczne przy tym „stwierdzenie rezygnacyjne” (Schwerdtner, NJW 1990, s. 369, 370) dokonane przez Wyższy Sąd Krajowy w Szlezwiku, NJW 1990, s. 394, że trzeba się pogodzić z tego typu trudnościami rozgraniczeniowymi. Niepewność co do prawa podkreślają również Kessel/Jüttner, BB 2008, s. 1350, 1351.

⁹² Nie można zgodzić się z oceną von Westphalen, ZIP 2010, s. 110, 113, 115, że odwołanie się do „wolnego wyboru” klienta w orzeczeniu Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, NJW 2010, s. 1131, ma „wyraźniej zarysowane granice” w stosunku do dotychczasowego orzecznictwa oraz odbierze „krytykom wiatr z żagli”.

przesłanki indywidualnego uzgodnienia⁹³. Konkretnie propozycje zmian ustawowych zostały sformułowane przez Klausa Petera Bergera oraz przez Wenera Müllera, Carstena Griebelera i Julię Pfeil.

Propozycja K.P. Bergera zmierza do tego, aby wprowadzić do przepisu § 305 ust. 1 BGB postanowienie, zgodnie z którym w obrocie między przedsiębiorcami postanowienia umowy uznaje się za uzgodnione indywidualnie, jeżeli strony umowy prowadziły odnośnie do tych postanowień „negocjacje w zakresie odpowiadającym przedmiotowi umowy oraz okolicznościom ich zawarcia”⁹⁴. Celem wyjaśnienia wskazuje on, że przedmiot ochrony prawa ogólnych warunków umów, którym jest zapobieżenie jednostronnemu nadużyciu swobody kształtowania umowy przez podmiot stosujący wzorzec, musi również mieć zastosowanie w obrocie pomiędzy przedsiębiorcami. Większe doświadczenie w prowadzeniu działalności gospodarczej po stronie przedsiębiorców usprawiedliwia jednakże to, aby po stronie kontrahenta podmiotu stosującego wzorzec konieczne wymogi minimalne swobody kształtowania treści w celu ochrony własnych interesów były niższe niż w obrocie poza przedsiębiorcami. Jego propozycja umożliwia uwzględnienie wszystkich okoliczności towarzyszących zawarciu danej umowy, jak na przykład doświadczenie kontrahenta podmiotu stosującego wzorzec oraz znaczenie zawartej umowy dla stron. W ten sposób możliwe byłoby uwzględnienie okoliczności, że bardzo często w ramach rozwiązań pakietowych określone niekorzystne postanowienia są kompensowane przez korzyści w innym miejscu lub są uwzględniane w cenie.

W. Müller, C. Griebeler oraz J. Pfeil co do zasady nie odbiegają znacząco od stanowiska K.P. Bergera, wybierają jednak do implementacji inną drogę⁹⁵. W miejsce kryterium abstrakcyjno-ogólnego proponują uzupełnienie przepisu § 305 ust. 1 BGB o katalog zawierający wskazówki, w przypadku których spełnienie jednej z nich prowadziłoby do powstania wruszalnego domniemania, że wszystkie postanowienia umowy zostały wynegocjowane. Jako wskazówki proponują oni okres prowadzenia negocjacji przekraczający dwa miesiące, przynajmniej jednokrotne opatrzenie komentarzem warunków umów przez kontrahenta podmiotu stosującego wzorzec, wartość umowy przynajmniej na poziomie jednego miliona euro, doradztwo prawne ze strony adwokata na rzecz kontrahenta podmiotu stosującego wzorzec, jak również okoliczność, że kontrahent podmiotu stosującego wzorzec przeforsował chociaż jedną zmianę w zaproponowanym tekście. Autorzy nie odnoszą się wprost do celu ochrony, jaki miałyby leżeć u podstaw ich propozycji, jednakże ich uwagi wprowadzające zawierają wyraźne wskazania na to, że w ich ocenie kontrola ogólnych warunków umów ma na celu kompensację stanu przewagi gospodarczej.

Wydaje się wątpliwe, aby zarysowane propozycje były w stanie oprzeć kontrolę ogólnych warunków umów w obrocie pomiędzy przedsiębiorcami na lepszych

⁹³ Zob. odwołania w przyp. 15.

⁹⁴ Berger, NJW 2010, s. 465, 467 i n.

⁹⁵ Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, s. 2658, 2661 i n.

podstawach⁹⁶. W kwestiach zasadniczych należy wyrazić krytykę, że W. Müller, C. Griebeler oraz J. Pfeil nie odnieśli się nawet w niewielkim stopniu do opracowanego w literaturze sposobu rozumienia celu ochrony kontroli ogólnych warunków umów. Jednakże nawet jeśli zaakceptuje się (przedstawioną ogólnie) koncepcję autorów w zakresie celu ochrony, to ich propozycje okazują się niespójne. W przypadku odwoływania się do ochrony swobody kształtowania umowy względnie kompensacji stanów nierównowagi gospodarczej nie da się wyjaśnić, dlaczego większe doświadczenie w prowadzeniu działalności gospodarczej po stronie przedsiębiorców, doradztwo ze strony zawodowego pełnomocnika lub wysoka wartość umowy miałyby wyłączyć konieczność przeprowadzania kontroli treści. Zarówno znaczne doświadczenie w prowadzeniu działalności gospodarczej, równie dużo porad ze strony prawnika, jak i wysoka wartość umowy nie dają wiele, jeżeli druga strona nie jest gotowa odstąpić od zapisów jakichkolwiek postanowień umownych⁹⁷. W szczególności odwołanie do wartości umowy nie da się wytłumaczyć inaczej niż tak, że autorzy intuicyjnie dokonują pomieszania swojej własnej koncepcji dotyczącej celu ochrony z koncepcją ochrony odwołującej się do specyficznego dla ogólnych warunków umów problemu kosztów transakcyjnych⁹⁸.

Obstawianie przy przesłance indywidualnego uzgodnienia oraz związana z tym rezygnacja z elementu normatywnego prowadzą do tego, że związane z tym niewłaściwe bodźce nie tylko nie zostają wyeliminowane, ale wręcz wzmocnione. Propozycja W. Müllera, C. Griebelera oraz J. Pfeila uwidacznia to w sposób szczególnie wyraźny. Na kryterium pojedynczej zmiany w tekście wskazuje się jedynie pomocniczo. Jeżeli podmiot stosujący wzorzec może w ten sposób spowodować, że nie będzie objęty zakresem zastosowania przepisów § 307 i n. BGB, wówczas zawsze będzie wprowadzał do pierwotnego tekstu postanowienie umowne, które jest nie do zaakceptowania, aby następnie w tym zakresie pójść na ustępstwo⁹⁹. Z drugiej strony kontrahent podmiotu stosującego wzorzec miałby powód do tego, aby nie przyjmować zaoferowanego „prezentu”, to znaczy aby zaakceptować klauzulę, która zasadniczo byłaby nie do zaakceptowania. Jest oczywiste, że w ten sposób nie może dojść do merytorycznego określenia zakresu przedmiotowego kontroli ogólnych warunków umów.

⁹⁶ Zob. również krytykę von Westphalen, BB 2010, s. 195, 197 i n.

⁹⁷ Z tego powodu dlatego nieprzekonywająco również Hellwege (przyp. 24), s. 579, który proponuje wyłączyć obrót pomiędzy przedsiębiorcami z powołaniem na większe doświadczenie w prowadzeniu przez nich interesów spod zakresu zastosowania kontroli treści mającej charakter ochrony indywidualnej. Jego pogląd jest przy tym oparty na nieprzekonywającym założeniu, że podległość gospodarcza wpływa na zdolność racjonalnego działania (*op. cit.*, s. 567, 575, 590). W rzeczywistości obydwa aspekty nie mają ze sobą nic wspólnego.

⁹⁸ Trafnie krytycznie von Westphalen, BB 2010, s. 195, 198.

⁹⁹ OLG Schleswig, NJW 1990, s. 394; J. Becker, w: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., 2007, § 305 nb 35: „planowane przeciwdziałanie”. Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, s. 2658, 2660, wyrażają dezaprobatę, że obecny stan prawny przymusza strony do „sprzecznych z rozsądkiem manewrów taktycznych”.

3. WŁASNA PROPOZYCJA ZMIAN

A. REDUKCJA KONTROLI OGÓLNYCH WARUNKÓW UMÓW DO PROBLEMU KOSZTÓW TRANSAKCYJNYCH

Ukształtowanie przepisów § 305 i n. BGB w sposób przekonujący może udać się tylko wtedy, gdy **po pierwsze** dokona się konsekwentnie redukcji zakresu ich zastosowania tylko do opisanego powyżej szczególnego dla ogólnych warunków umów problemu kosztów transakcyjnych, oraz **po drugie** wprowadzi się element normatywny w miejsce nawiązania do konkretnej sytuacji związanej z zawarciem umowy.

Wprowadzenie tych założeń zakłada regulację, zgodnie z którą nie przeprowadza się kontroli treści w sytuacji, gdy nakład związany z dokładnym zapoznaniem się z postanowieniami umowy nie pozostaje w odpowiednim stosunku do wartości umowy. W ten sposób uczyniłoby się zadość obu przedstawionym wcześniej wytycznym. Przy bliższej analizie okazuje się jednak, że takie idealne rozwiązanie celowościowe, nawiązujące do relacji koszty transakcyjne — wartość umowy, wykazuje istotne słabości z punktu widzenia pewności prawa. Już dokładne oszacowanie kosztów transakcyjnych, które potencjalnie należałoby ponieść, stanowi problem nie tylko dla sędziów, lecz także dla stron, które zamierzają zawrzeć umowę w konkretnych okolicznościach¹⁰⁰. Jeszcze bardziej zasadniczej natury są zastrzeżenia związane z określeniem, jaka jest wartość umowy dla strony, której zostają przedstawione ogólne warunki umów. Znaczenie ma bowiem pod tym względem nie tylko stosunek ekwiwalentności, lecz także wiele czynników zewnętrznych, które same związane są z daną stroną umowy, a dla drugiej strony często nie są wcale zauważalne (np. możliwość dalszej odsprzedaży).

Jako rozwiązanie odpowiadające w równym stopniu nakazowi pewności prawa oraz wytycznym celowościowym nasuwa się nawiązanie w miejsce relacji koszty transakcyjne — wartość umowy do wartości umowy określonej na podstawie głównych obowiązków umownych wraz ze wskazaniem w ustawie konkretnej wartości, po przekroczeniu której umowy nie podlegałyby już kontroli co do ogólnych warunków umów¹⁰¹. Punktem odniesienia może być wskazana przez W. Müllera, C. Griebelera oraz J. Pfeil w ich katalogu kryteriów wartość jednego miliona euro¹⁰². Mając na względzie pewność prawa, rozwiązanie takie ma niewątpliwie tę zaletę,

¹⁰⁰ Hellwege (przyp. 24), s. 560.

¹⁰¹ Podobnie Leyens/Schäfer, AcP 201 (2010), IV.2.a (w druku). Krytyczna ocena von Westphalen, BB 2010, s. 195, 198, że określony próg kwotowy byłby antyspołeczny, ponieważ przyznawałby on zasadniczo ochronę przed kontrolą ogólnych warunków umów jedynie dużym przedsiębiorcom, da się wytłumaczyć jako stwierdzenie freudowskie, ponieważ opiera się ono na pomieszaniu ochrony za pomocą kontroli ogólnych warunków umów (przed silniejszą pozycją drugiej strony) z (postulowaną przez zwolenników reformy) ochroną przed kontrolą ogólnych warunków umów.

¹⁰² Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, s. 2658, 2662.

że wartość umowy w większości przypadków daje się bezproblemowo ustalić na podstawie umówionego wynagrodzenia. Odpowiednie części obrotu prawnego pomiędzy przedsiębiorcami zostaną w ten sposób z całą pewnością wyjęte spod zakresu zastosowania kontroli ogólnych warunków umów. Odwołanie się do wartości umowy jest uzasadnione celowościowo, ponieważ od określonej wartości umowy można co do zasady przyjąć, że relacja koszty transakcyjne — wartość umowy jest dodatnia. Wprawdzie wraz ze wzrostem wartości umowy z reguły rośnie również poziom skomplikowania postanowień umownych oraz w konsekwencji ulegają wzrostowi także związane z tym koszty transakcyjne. Podczas gdy wartość umowy wzrasta proporcjonalnie, to znaczy linearnie do wolumenu transakcji, to koszty transakcyjne w stosunku do wolumenu transakcji wzrastają od pewnego momentu (który w każdym razie został przekroczony przy wartości umowy na poziomie jednego miliona euro) z uwagi na zaspokojenie potrzeby unormowania umownego jedynie w nieznacznym wymiarze.

Otwartą kwestią pozostaje w tym miejscu, czy odpowiednia regulacja powinna zastąpić § 305 ust. 1 zd. 3 BGB i tym samym objąć równocześnie obrót pomiędzy przedsiębiorcami oraz obrót poza przedsiębiorcami¹⁰³. Z punktu widzenia celowościowego byłoby to w pełni uzasadnione, ponieważ przy zaistnieniu dodatniej relacji koszty transakcyjne — wartość umowy również od konsumentów można oczekiwać przewyższenia stanu podległości sytuacyjnej poprzez zasięgnięcie profesjonalnej porady¹⁰⁴. Możliwe oraz ze względów oportunistycznego wymagające wspomnienia byłoby również wprowadzenie odpowiedniego ograniczenia obok obecnego przepisu § 305 ust. 1 zd. 3 BGB oraz jego zawężenia tylko do obrotu pomiędzy przedsiębiorcami. Takie rozwiązanie miałyby tę zaletę, że rozwiązywałoby ono z góry kwestię zgodności z wymogami prawa europejskiego, które ograniczone jest do umów konsumenckich¹⁰⁵.

B. MOŻLIWE ALTERNATYWY W CELU OCHRONY PRZED PODLEGŁOŚCIĄ GOSPODARCZĄ

Ochrona, która zostaje przyznana po równo, nie dotyczy nie tylko niewłaściwych osób. W tym zakresie zostało pokazane na wstępie, że z obecnej praktyki kontroli ogólnych warunków umów korzystają również przedsiębiorcy podlegli gospodarczo, którzy w przeciwnym wypadku byłiby pokrzywdzeni przez nierówne postanowienia umowne. Czy oraz od jakiego poziomu podporządkowania taka ochrona jest pożądana, nie może być w tym miejscu przedmiotem bliższych rozważań. Przy pierwszym spojrzeniu wiele przemawia za tym, aby pozostawić proble-

¹⁰³ Por. również Leyens/Schäfer, AcP 201 (2010), IV.2.a (w druku).

¹⁰⁴ Zob. przykłady u Hellwege (przyp. 24), s. 558f.

¹⁰⁵ Dyrektywa 93/13/EWG z 5 kwietnia 1993 r., Dz. U. L 95/29 i n.

matykę podległości gospodarczej prawu antymonopolowemu, a na poziomie prawa umów przeciwdziałać tylko ekstremalnym przejawom fantazji. Środkiem do tego jest przepis § 138 BGB, którego zastosowanie do przypadków, w których dochodzi do nadużycia gospodarczej pozycji siły, zostało zaakceptowane¹⁰⁶.

Tym, którzy widzą to inaczej i nie chcą obniżenia obecnych standardów ochrony, należy wskazać, że kompensacja skutków podległości gospodarczej w zakresie postanowień ubocznych jest możliwa również za pomocą innych środków niż kontrola ogólnych warunków umów stosowana w sposób niezgodny z jej przeznaczeniem. Możliwe byłoby przykładowo uzupełnienie przepisu § 138 BGB o ustęp trzeci, zgodnie z którym w razie wystąpienia odpowiedniego przypadku nadużycia siły kontrola treści przewidziana w § 307 i n. BGB byłaby stosowana **odpowiednio**. W odniesieniu do obecnego stanu prawnego rozwiązanie takie miałyby dwie zasadnicze zalety: z jednej strony przyznawałoby ochronę tylko tym podmiotom, które na taką ochronę rzeczywiście zasługują. Z drugiej strony przeprowadzana w ten sposób kontrola treści obejmowałaby również postanowienia indywidualnie uzgodnione, których w równym stopniu dotyczy problem związany ze stanami nierównowagi.

V. PERSPEKTYWY

Należy się spodziewać, że niniejsza propozycja w klimacie politycznym, w którym jest koniunktura na rozszerzanie, a nie na ograniczenie, interwencji państwowej, spotka się ze sceptycyzmem. W szczególności w podmiotach, które korzystają z obecnego *status quo*, z całą pewnością obudzą się instynkty samozachowawcze. Pomimo to zastrzeżenia natury celowościowej, konstytucyjnej oraz związane z pewnością prawa powinny być wystarczające, aby w ramach obecnej dyskusji w sprawie reformy wyjść ponad „rozwiązanie ograniczenie inwazyjne”¹⁰⁷, które jedynie stanowi uzupełnienie obecnego niezadowolającego stanu i nie poprawia znacząco zarówno jakości prawa ogólnych warunków umów, jak i pozycji przedsiębiorców. Niniejsza propozycja powinna zatem dać do myślenia.

Thum. z jęz. niemieckiego
Michał Bobrzyński

¹⁰⁶ Armbrüster, w: *MünchKommBGB*, t. 1, 5. Aufl., 2006, § 138 nb 86 i n. z dalszymi odwołaniami. W rzeczy samej takie postępowanie odpowiadałoby przedstawionej wyżej możliwości wprowadzenia z klauzuli niedozwolonej wniosku co do istnienia stanu nierówności gospodarczej.

¹⁰⁷ Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, s. 2658, 2660 (jednakże odnosząc się do § 310 ust. 1 zd 2, 2. połowa zdania BGB).

LARS LEUSCHNER

CONTROL OF GENERAL TERMS AND CONDITIONS
IN BUSINESS-TO-BUSINESS TRANSACTIONS

S u m m a r y

The paper addresses the problem of the control of general terms and conditions in the business-to-business transactions. Pursuant to the jurisprudence of the German Federal Supreme Court, the provisions of §§ 305 and subs. BGB are applicable also to the transactions between entrepreneurs. The author advocates for the change of this approach. In this respect, the paper discusses the underlying protection goals underlying the control of general terms and conditions and the constitutional requirements and limitations concerning the freedom of contract. Finally, the paper reviews the existing reform proposals and formulates its own one, which is based on the transaction costs problem arising out of the use of general contractual templates.

