

O potrzebie podniesienia umowy pośrednictwa do rangi umów nazwanych

Dynamiczny rozwój polskiego rynku towarów i usług sprawia, że lawinowo rośnie ilość oferowanych (nie tylko przez przedsiębiorców) dóbr, występujących w różnych gatunkach i odmianach. Z drugiej strony, relatywnie lepsza sytuacja materialna społeczeństwa sprawia, że wzrasta też liczba tych, którzy chcieliby nabyć te towary lub skorzystać ze wspomnianych usług. Jednak zarówno podmioty, które je oferują, jak i potencjalni nabywcy nie zawsze potrafią lub chcą na własną rękę odszukać kontrahenta potencjalnie gotowego do dokonania transakcji. W tych warunkach obserwować można stały wzrost znaczenia różnych form **pośrednictwa**, rozumianego jako działalność prowadząca się do kojarzenia ze sobą sprzedawców bądź usługodawców z osobami poszukującymi określonych świadczeń.

Trzeba od razu zaznaczyć, że pośrednictwo ma – zarówno w języku potocznym, jak i prawniczym – dwa znaczenia. **W ujęciu szerokim** zalicza się do niego także przypadki, gdy pośrednik nie poprzestaje na poszukiwaniu dla swego klienta odpowiedniego kontrahenta, lecz nadto **czynnie uczestniczy w samym procesie zawierania umowy** – bądź jako pełnomocnik zamawiającego, bądź jako zastępca pośredni. Przy takim podejściu do zagadnienia nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby do kategorii pośrednictwa

zaliczyć usługi świadczone w ramach umowy zlecenia, agencji czy komisji. Z kolei **ujęcie wąskie** dotyczy wyłącznie sytuacji, w których rola pośrednika ogranicza się **do skojarzenia ze sobą dwóch podmiotów** oraz (ewentualnie) świadczenia im pomocy przy zawieraniu umowy, jednak **bez czynnego uczestniczenia w samym akcie finalizowania transakcji** (bez składania jakichkolwiek własnych oświadczeń woli). Dalsze uwagi zawarte w niniejszym opracowaniu dotyczą **jedynie pośrednictwa w ujęciu wąskim**, określanego dalej jako **pośrednictwo sensu stricto** czy też **czyste pośrednictwo**.

Rozważania poświęcone tak zakreślonej problematyce należy rozpocząć od zastrzeżenia dotyczącego zakresu problematyki omawianej w opracowaniu. Otóż pośrednictwo w ścisłym tego słowa znaczeniu klasyfikowane jest przede wszystkim w oparciu o kryterium **przedmiotowego zakresu działalności pośrednika**. Wystarczy wspomnieć o pośrednictwie w obrocie nieruchomościami, papierami wartościowymi, usługami ubezpieczeniowymi czy turystycznymi. Niektóre z tych rodzajów czystego pośrednictwa zostały uregulowane w pozakodeksowych przepisach szczególnych, wobec czego leżącą u podłoża tego typu stosunku cywilnoprawnego czynność prawną należy kwalifikować **jako umowę nazwaną**¹. Z uwagi na zakres niniejszego opracowania

¹ Tylko tytułem przykładu należy tu wspomnieć o pośrednictwie w obrocie nieruchomościami, uregulowanym w art. 179 i nast. ustawy z dnia 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2004 r., Nr 261, poz. 2603 ze zm.) czy też pośrednictwie z ustawy z dnia 22.05.2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz. U. Nr 124, poz. 1154).

przypadki zostaną uwzględnione w dalszych rozważaniach tylko w takim zakresie, w jakim będzie to pomocne do analizy zasadniczej materii, stanowiącej przedmiot naszej uwagi (nienazwanych umów o świadczenie usług polegających na pośredniczeniu).

Poza postaciami takiego pośrednictwa *sensu stricto*, które ma swą prawną regulację, na rynku spotykamy także całą gamę pośrednictwa bazującego wyłącznie na umowach, które – ze względu na brak odnoszących się do nich przepisów – muszą być klasyfikowane jako **umowy nienazwane**. Generalnie chodzi tu zarówno o pośrednictwo *sensu stricto* w nabywaniu i sprzedaży wszelkiego rodzaju rzeczy ruchomych (np. używanych samochodów wyszukiwanych dla klienta za granicą), jak i takie pośrednictwo w zakresie usług, które nie jest uregulowane ustawowo (np. w zakresie kojarzenia ze sobą osób w celach matrymonialnych). Szczególnie istotne miejsce zajmują tu różnego rodzaju portale internetowe (np. Allegro czy Otomoto). W sumie, jak można przypuszczać, z pomocą interesujących nas obecnie pośredników dochodzi rocznie do zawarcia milionów umów o niebagatelnej – nawet w skali całej gospodarki – wartości. Społeczne znaczenie zjawiska nie ulega zatem wątpliwości. W ślad za tym pojawia się jednak pytanie, jakiemu reżimowi prawnemu podlegają interesujące nas umowy nienazwane.

Trzeba jednak zaznaczyć, że agent ubezpieczeniowy może działać zarówno w charakterze pełnomocnika, jak i w roli pośrednika w wąskim tego słowa znaczeniu.

Pozornie z odpowiedzią nie powinno być kłopotu, a to ze względu na brzmienie art. 750 k.c. Przepis ten głosi, że „do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu”. Skoro zaś nieuregulowane prawnie formy pośrednictwa z pewnością polegają na świadczeniu usług, to mogłoby się wydawać, że problemu nie ma. Jeżeli jednak uważniej przyjrzymy się zagadnieniu, powstaną poważne wątpliwości, czy jest to poprawne podejście do zagadnienia. I to nie dlatego, że „odpowiednie stosowanie” przepisów często sprawia trudności, prowadząc w konsekwencji do niejednołitości orzecznictwa i sporów teoretycznych, ale przede wszystkim dlatego, iż ze względu na swą specyfikę **czyste pośrednictwo nie bardzo przystaje do umowy zlecenia**. Aby konkluzję tę bliżej uzasadnić, trzeba najpierw poświęcić pośrednictwu *sensu stricto* kilka bardziej szczegółowych uwag, biorąc za punkt odniesienia unormowanie przewidziane w kodeksie zobowiązań z 1933 r. Taki zabieg ułatwi wychwycenie cech charakterystycznych dla umów mających za swój przedmiot usługę pośredniczenia, co umożliwi z kolei ich porównanie z właściwościami przypisywanymi umowie zlecenia, a w konsekwencji udzielenie odpowiedzi na pytanie, w jakiej mierze odwołanie się do przepisów o zleceniu może rozwiązać interesujący nas problem.

W kodeksie zobowiązań umowa pośrednictwa została uregulowana w art. 517–522. Istotę instytucji określał pierwszy z tych przepisów o następującym brzmieniu: „Kto przyrzeka drugiemu wynagrodzenie za następczenie sposobności do zawarcia umowy z inną osobą, albo za pośredniczenie przy zawarciu takiej umowy,

obowiązany jest zapłacić wynagrodzenie tylko wtedy, gdy umowa zostanie zawarta wskutek zabiegów pośrednika”.

Jak wynika z przytoczonej definicji, w ujęciu przewidzianym w kodeksie zobowiązań pośrednik mógł działać w dwóch sferach:

- 1) nastroczać sposobność do zawarcia umowy z osobą trzecią lub
- 2) pośredniczyć przy zawarciu umowy z tą osobą.

W przedwojennej literaturze przedmiotu usiłowano rozgraniczyć oba te zakresy działania, choć nie tyle poprzez wskazanie wyraźnego kryterium, ile raczej z pomocą odpowiednio dobranych przykładów. I tak, na ogół panowała zgodność, że przejawem **nastroczania sposobności do zawarcia umowy** są takie poczynania pośrednika, jak poszukiwanie ewentualnego kontrahenta i ułatwianie mu kontaktu z klientem przyrzekającym wynagrodzenie (np. poprzez zorganizowanie spotkania obu osób zamierzających zawrzeć umowę), udzielanie obu tym podmiotom informacji o potencjalnym partnerze umownym etc. Natomiast **pośredniczenie** (druga sfera) polegało na czynnym włączeniu się pośrednika w proces **przygotowywania** ostatecznej wersji projektu umowy. Jego udział mógł się sprowadzać np. do udzielania stronom pomocy w trakcie negocjacji (zwłaszcza poprzez nakłanianie ich do wzajemnych ustępstw lub pomoc przy redagowaniu projektu umowy), a także przekazywania potencjalnemu kontrahentowi oferty tego, kto przyrzekł pośrednikowi wynagrodzenie

i odbieranie od tegoż kontrahenta jego odpowiedzi na tę ofertę². Niezależnie jednak od tego, o jaką sferę w danym przypadku chodziło, **aktu zawarcia umowy zawsze dopełniały samodzielnie skojarzone ze sobą strony, zaś pośrednik w procesie dokonywania tej czynności prawnej bezpośrednio nie uczestniczył.**

Wynagrodzenie za wykonaną usługę należało się pośrednikowi tylko wtedy, gdy dzięki jego zabiegom **doszło do zawarcia umowy** między skojarzonymi przezeń podmiotami (art. 517 k.z. *in fine*). Gdy wysokość tego wynagrodzenia nie została określona przez strony, należało się ono w wysokości przyjętej zwyczajowo (art. 518 k.z.).

Zasadniczo pośrednik nie mógł domagać się zwrotu poniesionych wydatków, chyba że umowa takie uprawnienie mu zapewniała (art. 520 k.z.).

Wreszcie, zgodnie z art. 521 k.z., pośrednik tracił prawo do wynagrodzenia oraz do przewidzianego w umowie zwrotu wydatków, gdy pośredniczył także na korzyść drugiej strony (mimo zakazu zawartego w umowie) lub działał w sposób naruszający wymagania dobrej wiary i zwyczaje uczciwego obrotu (art. 521 k.z.).

Na tym tle w doktrynie międzywojennej panowała na ogół zgodność, że umowa pośrednictwa jest czynnością prawną:

² Zob. R. Longchamps, *Zobowiązania*, Łódź 1948, s. 574. Podobnie L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część szczegółowa*, Łódź 1948, s. 497.

- a) **jednostronnie zobowiązującą**, gdyż zawarcie porozumienia z przyrzekającym wynagrodzenie do niczego pośrednika nie zobowiązuje (nie musiał on nawet podejmować starań zmierzających do znalezienia dla swego klienta odpowiedniego kontrahenta), oraz
- b) **mającą cechy umowy rezultatu**, skoro pośrednik mógł żądać wynagrodzenia dopiero wówczas, gdy dzięki jego zabiegom doszło do zawarcia umowy.³

Wydaje się, że na ogół **podobny** kształt przybierają również współcześnie zawierane umowy nienazwane dotyczące pośrednictwa *sensu stricto*. Dlatego warto wskazać na podobieństwa i różnice **między nimi a umową zlecenia**, aby odpowiedzieć na pytanie, czy wykorzystanie w rozważanym zakresie rozwiązania przewidzianego w art. 750 k.c. jest zabiegiem prowadzącym do pożądaných rezultatów. Jest to tym bardziej potrzebne, gdy się zważy, że w nowszej literaturze dominuje pogląd o potrzebie stosowania w interesującym nas zakresie właśnie powołanego przed chwilą przepisu⁴.

³ Por. J. Namitkiewicz, *Komentarz dla praktyki*, t. II, Łódź 1949, s. 339 i nast. oraz L. Domański, *op. cit.*, s. 496.

⁴ Zob. zwłaszcza L. Ogiegło, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2001, s. 574; *idem*, *Odpowiedzialność kontraktowa pośrednika*, [w:] *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*, red. A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar, Kraków 1994, s. 249 i nast. oraz powołaną tam dalszą literaturę przedmiotu. Zob. również M. Kufel, *Umowa agencyjna*, Warszawa–Poznań 1977, s. 53 oraz M. Romanowski, *Umowa o pośrednictwo w obrocie giełdowym (zlecenie maklerskie)*, Warszawa 2000, s. 53.

Nie trzeba pogłębionej analizy, aby dojść do wniosku, że umowy nienazwane mające za przedmiot pośrednictwo z jednej strony oraz umowa zlecenia z drugiej wykazują niewiele cech wspólnych. Podobieństwa polegają zasadniczo na tym, że:

- a) oba rodzaje czynności prawnych dotyczą świadczenia usług oraz
- b) żadna ze stron umowy nie musi być przedsiębiorcą (nie są to ani umowy profesjonalne, ani semiprofesjonalne).

Natomiast różnice między porównywanymi rodzajami umów są liczne i do tego mają znacznie większy ciężar gatunkowy.

Po pierwsze, umowa zlecenia jest klasyczną **umową staranności**, gdyż zleceniobiorca zobowiązuje się jedynie dołożyć **odpowiednich starań**, aby doprowadzić do dokonania czynności prawnej. To, czy na pośredniku w ogóle ciąży obowiązek poszukiwania odpowiedniego kontrahenta, jest (zwłaszcza w obliczu zapatrywania dominującego w literaturze międzywojennej) kwestią wymagającą dopiero rozważenia.

Po drugie, przyjmującemu zlecenie **należy się wynagrodzenie za same starania**, nawet gdyby nie doprowadziły one do dokonania czynności prawnej, o którą chodziło zleceniodawcy. W przeciwieństwie do tego pośrednik (o ile umowa nie stanowi inaczej) może domagać się wynagrodzenia tylko wtedy, gdy dzięki jego poczynaniom **skojarzone przez niego strony zawrą prawnie doniosłe porozumienie**. Inaczej mówiąc, o ile umowa

Podobnie Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 23.11.1993 r., ACr 672/93, OSA 1994, nr 94, poz. 8.

zlecenia jest klasyczną umową należytej staranności, o tyle umowy o pośrednictwo *sensu stricto* kwalifikować należy raczej jako **umowy rezultatu**, choć w bardzo specyficznym tego słowa znaczeniu, o czym dalej.

Po trzecie, w tych przypadkach, w których w ramach umowy zlecenia dochodzi do dokonania czynności prawnej, **dzieje się tak zawsze dzięki złożeniu przez zleceniobiorcę własnego oświadczenia woli** (to on zawiera umowę jako pełnomocnik lub jako zastępca pośredni). Tymczasem pośrednik (w wąskim znaczeniu tego słowa) **nigdy nie zawiera umowy z kontrahentem** wyszukany dla swego klienta, lecz co najwyżej służy stronom pomocą w osiągnięciu przez nie ostatecznego porozumienia.

Wreszcie, po czwarte, przyjmujący zlecenie ma prawo domagania się – od zleceniodawcy – **zwrotu poniesionych wydatków**, podczas gdy przy pośrednictwie roszczenie o zwrot takich wydatków przysługuje pośrednikowi dopiero wtedy, gdy przewiduje to wyraźnie umowa.

W tych warunkach nasuwa się pytanie, czy odpowiednie stosowanie do nienazwanych umów o pośrednictwo *sensu stricto* przepisów dotyczących zlecenia ma w ogóle sens. Nie jestem o tym przekonany, choć przyznaję, że istnieją również takie przepisy o umowie zlecenia, których odpowiednie zastosowanie do pośrednictwa nie budzi sprzeciwu⁵.

⁵ Idzie tu przede wszystkim o art. 735 k.c. (określający zasady ustalania wynagrodzenia zleceniobiorcy) oraz art. 740 k.c. w części dotyczącej obowiązku informowania klienta o przebiegu sprawy. Dyskusyjne może być natomiast, czy dopuszczalne będzie odpowiednie stosowanie art. 746 k.c. o możliwości

Jak starałem się wykazać, różnice między obiema instytucjami są na tyle ważne, że poszukiwanie dla umów pośrednictwa odpowiednich reguł prawnych w przepisach normujących zlecenie nie tylko niczego nie rozwiązuje, ale może nawet prowadzić do rozstrzygnięć błędnych, bo sprzecznych z samą istotą pośrednictwa. Z dotychczasowych ustaleń wynika bowiem, że w tym ostatnim przypadku mamy do czynienia z bardzo specyficzną konstrukcją prawną. Już sam fakt, że – według przeważającego w literaturze przedwojennej poglądu – umowa pośrednictwa **nie nakłada na pośrednika obowiązku podejmowania na rzecz swego klienta jakichkolwiek działań**, jest dla prawa zobowiązań czymś bardzo nietypowym. Umowa o pośredniczenie nie jest także klasyczną umową rezultatu. Wprawdzie wynagrodzenie pośrednika jest najczęściej uzależnione od zawarcia umowy przez skojarzone przez niego osoby, ale na to, czy tak się stanie, pośrednik (odmiennie aniżeli np. wykonawca dzieła) nie ma decydującego wpływu.

W obliczu wszystkich tych okoliczności trzeba uznać, że umowa pośrednictwa nie jest ani umową starannego działania, ani umową rezultatu w tradycyjnym wydaniu. W rzeczywistości idzie tu o niezwykle specyficzną, rzadko spotykaną konstrukcję, wymykającą się próbom jednoznacznej kwalifikacji.

wypowiedzenia zlecenia, ponieważ to szczególne rozwiązanie bazuje na założeniu o konieczności szczególnego stosunku zaufania między stronami zlecenia (moim zdaniem w przypadku pośrednictwa takie szczególne zaufanie nie jest już niezbędne, przede wszystkim z tej racji, że pośrednik – w odróżnieniu od przyjmującego zlecenie – nigdy sam nie zawiera umowy).

Jeżeli uznamy, że większość przepisów o umowie zlecenia nie może znaleźć odpowiedniego zastosowania do pośrednictwa w ścisłym znaczeniu, w rachubę wejdą dwa dalsze warianty:

- a) albo założymy, że – poza postanowieniami umowy – treść stosunku prawnego łączącego pośrednika z klientem wyznaczają wyłącznie przepisy części ogólnej prawa zobowiązań (w razie sporu sędzia powinien z nich wyprowadzić niezbędne normy prawne),
- b) albo przyjmiemy, że pewne znaczące i zasługujące na to zjawisko społeczne nie zostało uregulowane, a to oznacza istnienie luki w prawie i konieczność stosowania analogii.

Osobiście skłaniam się do przyjęcia drugiego stanowiska. Jak przed chwilą zaznaczono, stosunek łączący pośrednika z jego klientem ma wiele oryginalnych cech. Tymczasem przepisy części ogólnej prawa zobowiązań zostały dostosowane do przypadków typowych, w tym zwłaszcza umów dwustronnie zobowiązujących. W tych warunkach wyprowadzenie z nich sensownych norm na użytek interesującej nas instytucji wydaje się być jedynie pobożnym życzeniem. **Pozostaje zatem analogia legis.** Wtedy jednak nieuchronnie powstaje pytanie, do czego ma się ona odnosić.

Prima facie wydaje się, że powinny tu zostać wykorzystane postanowienia kodeksowe dotyczące umowy agencyjnej. Trzeba bowiem pamiętać, że agent może być bądź pełnomocnikiem dającego zlecenie, bądź też – co dla nas istotne – **pośrednikiem działającym na rzecz dającego zlecenie** (art. 758 k.c.). W tym ostatnim przypadku jego poczynania zbliżają się do działań

pośrednika działającego w oparciu o umowę nienazwaną. Ponadto, w sytuacji gdy agent działa jedynie w charakterze pośrednika, jego wynagrodzenie stanowi prowizja, co do swej wysokości uzależniona od liczby lub wartości **rzeczywiście zawartych** – dzięki jego staraniom – umów (art. 758¹ oraz art. 761 k.c.).

Oprócz tych podobieństw umowę agencji pośredniczej i pośrednictwo *sensu stricto* dzielą jednak dość istotne różnice, a to nakazuje zachowanie ostrożności w formułowaniu ostatecznych wniosków.

Po pierwsze, **agentem może być tylko przedsiębiorca**, co w przypadku pośrednika nie jest konieczne; trzeba jednak przyznać, że w praktyce także pośrednik najczęściej działa w oparciu o prowadzone przez siebie przedsiębiorstwo.

Po drugie, nie budzi wątpliwości, że agent **ma obowiązek dochowania należytej staranności** także w swych poczynaniach mających na celu odszukanie potencjalnych kontrahentów dla osoby, na rzecz której działa. Gdy idzie o pośrednika w ścisłym tego słowa znaczeniu, kwestia ta – jak już sygnalizowano – pozostaje zagadnieniem niejasnym.

Po trzecie, więź prawna łącząca agenta z dającym zlecenie **musi nosić znamiona względnej trwałości**, podczas gdy w przypadku pośrednika niebędącego agentem jest na ogół inaczej. Tymczasem *gros* przepisów o umowie agencji kształtuje prawa i obowiązki stron wyraźnie w nawiązaniu do owej stałości relacji na linii agent–dający zlecenie. Tym samym większość postanowień kodeksowych o agencji (zwłaszcza po nowelizacji kodeksu cywilnego z 2000 r.) nie bardzo nadaje się do tego, aby stosować je *per analogiam* do stosunku pośrednictwa.

Jak się okazuje, nawet gdy do umowy pośrednictwa zastosujemy niektóre przepisy o umowie agencji, będą to przepisy nieliczne, a i te uwzględniać trzeba będzie bardzo ostrożnie. Z przyczyn, o których była już mowa, nie wchodzi również w rachubę analogia odwołująca się do uregulowania dotyczącego umowy o dzieło, a tym bardziej umowy komisju. Czy w takim razie nie można by tu zastosować analogii do art. 179 i nast. ustawy o gospodarce nieruchomościami, regulujących pośrednictwo w obrocie nieruchomościami? Bliższa analiza wskazuje, że do tego celu nadają się tylko nieliczne z tych przepisów. Z oczywistych względów odpadają tu te, które normują zawodowy charakter funkcjonowania pośrednika w obrocie nieruchomościami, jego szczególny status prawny czy zakres działalności. Z podobnych względów trudno oczekiwać, aby sprawę rozwiązywała analogia do unormowania dotyczącego umowy agencyjnej czy brokerskiej, a tym bardziej analogia do regulacji mającej za swój przedmiot działalność maklerską w publicznym obrocie papierami wartościowymi.

Jeżeli z jednej strony odrzucimy możliwość powołania się na analogię z postanowień kodeksowych regulujących poszczególne umowy nazwane oraz z przepisów szczególnych o pośrednictwie w obrocie nieruchomościami i pośrednictwie ubezpieczeniowym, zaś z drugiej założymy, że pośredniczenie przy zawieraniu umów trudno uznać za zjawisko społecznie marginalne, to – w moim odczuciu – okaże się, że istnieje potrzeba umieszczenia w przyszłym kodeksie cywilnym osobnego tytułu poświęconego pośrednictwu w ścisłym tego słowa znaczeniu, a zatem wyłącznie takiemu pośrednictwu, w którego ramach pośrednik ogranicza się do

poszukiwania dla swego klienta potencjalnych kontrahentów, a w przypadku ich odnalezienia i skontaktowania ze sobą – co najwyżej służy pomocą w zredagowaniu projektu umowy czy też wyjaśnianiu potencjalnym kontrahentom prawnych i ekonomicznych aspektów zamierzonej transakcji. Innymi słowy, pożądanę wydaje się stworzenie nowej umowy nazwanej, stanowiącej odpowiednik tej, którą do czasu wejścia w życie kodeksu cywilnego regulowały art. 517–522 k.z.

Pozostaje do rozstrzygnięcia kwestia znacznie trudniejsza w postaci pytania o to, jaki kształt należałoby nadać nowemu unormowaniu.

Rzecz jasna, do jakiegoś stopnia wolno tu nawiązywać do brzmienia powołanych przed chwilą przepisów kodeksu zobowiązań. Należy to jednak czynić ostrożnie, i to nie tylko dlatego, że niektóre z nich brzmią dzisiaj nieco archaiczne, ale i dlatego, że w nowej regulacji kilka kwestii spornych pod rządem kodeksu zobowiązań musi zostać rozwiązanych w sposób pozwalający uniknąć zbędnych nieporozumień, a przy tym bardziej szczegółowo niż to miało miejsce we wspomnianym kodeksie.

Przede wszystkim należy wyraźnie przesądzić, czy w rozważanym przypadku źródłem stosunku cywilnoprawnego **ma być umowa, czy jednostronna czynność prawna**. Wbrew pierwszemu wrażeniu, przyjęcie tego ostatniego wariantu wcale nie jest pozbawione sensu⁶. W razie opowiedzenia się za takim

⁶ Najlepszym tego dowodem jest okoliczność, że w art. 517 kodeks zobowiązań wcale nie wspominał o umowie między pośrednikiem i klientem, lecz jedynie o przyrzeczeniu pośrednikowi nagrody. Co więcej, o ile

rozwiązaniem mielibyśmy do czynienia z konstrukcją zbliżoną do przyrzeczenia publicznego: osoba poszukująca kontrahenta przyrzekałaby pośrednikowi nagrodę w postaci pewnej sumy pieniężnej na wypadek, gdyby dzięki jego poczynaniom doszło do zawarcia umowy z podmiotem wskazanym jej przez pośrednika⁷. W konsekwencji jednak na pośredniku **nie ciążyłby obowiązek podjęcia jakichkolwiek działań**, skoro on – ze swej strony – do niczego się nie zobowiązywał. Innymi słowy pośrednik nie byłby tu w ogóle zobligowany (w znaczeniu prawnym) do poszukiwania kontrahenta dla tego, kto przyrzekł mu nagrodę w postaci wynagrodzenia. To prawda, że na gruncie stosunków obligacyjnych byłaby to sytuacja nietypowa. Jednakże przyjęcie takiego rozwiązania pozwoliłoby lepiej (aniżeli opowiedzenie się na rzecz umowy) chronić **interesy pośrednika**, który nigdy nie może mieć pewności, czy w końcu otrzyma wynagrodzenie, ponieważ nie ma decydującego wpływu na to, jaką decyzję podejmą ostatecznie skojarzone przez niego podmioty. Wolno też argumentować, że pośrednik, nawet jeżeli nie jest do tego zobligowany w sensie jurydycznym, we własnym interesie będzie z właściwą starannością poszukiwał kontrahentów dla swego klienta, gdyż to zwiększa jego szanse na otrzymanie wynagrodzenia.

większość działów kodeksu zobowiązań zawierała w swej nazwie słowo umowa (np. „Umowa sprzedaży” czy „Umowa o dzieło”, o tyle dział XI tytułu XI określono zwięźle jako „Pośrednictwo”. Można odnieść wrażenie, że przedwojenny ustawodawca nie zamierzał tej kwestii przesądzać, pozostawiając jej rozstrzygnięcie nauce prawa i orzecznictwu.

⁷ Ponieważ jej oświadczenie miałoby jednego, konkretnego adresata, konstrukcję tę można by nawet określić jako przyrzeczenie prywatne.

Jeżeli bowiem nie będzie wykazywał odpowiedniej aktywności, jego działalność nie przyniesie mu dochodów.

A jednak, mimo wszystkich tych argumentów, nie ulega raczej wątpliwości, że **u podstaw stosunku pośrednictwa powinna leżeć umowa**. I to nie tylko dlatego, że takie rozwiązanie przyjął ustawodawca w przypadku agenta-pośrednika, pośrednictwa w obrocie nieruchomościami czy też pośrednictwa ubezpieczeniowego, ale przede wszystkim dlatego, że koncepcja jednostronnej czynności prawnej niesie z kolei ze sobą **duże (czytaj: nadmierne) ryzyko dla podmiotu pragnącego skorzystać z usługi pośrednictwa**. To prawda, że pośrednik, który poważnie traktuje swoje zadania i chce, aby jego działalność przynosiła mu zyski, zazwyczaj będzie z odpowiednią starannością poszukiwał odpowiednich kontrahentów dla swej klienteli. Czy jednak nie będzie postępował wybiórczo, traktując niektórych klientów (choćby z uwagi na wysokość spodziewanej prowizji) w lepszy sposób niż innych, wobec których jedynie zachowa pozory aktywnych poczynań lub w ogóle nie podejmie żadnych działań – tego nie można już wykluczyć. I pozostanie (w sensie cywilistycznym) bezkarny, gdyż możliwość postawienia mu zarzutu nienależytego wykonania ciążących na nim obowiązków nie wejdzie w ogóle w rachubę, skoro do niczego się wobec zamawiającego nie zobowiązywał.

Ponadto, jeżeli ustawodawca zdecyduje się na uregulowanie umowy o czyste pośrednictwo, nie powinna to być umowa semiprofesjonalna, ale instytucja umożliwiająca uzyskanie statusu pośrednika także przez osobę, która nie zamierza w tej roli

prowadzić działalności gospodarczej, ta zaś już wcale nie musi się kierować w swym postępowaniu kryteriami ekonomicznymi. Nie wolno też zapominać, że potencjalna klientela pośrednika (bardzo przecież zróżnicowana), składać się będzie w większości przypadków z konsumentów w rozumieniu art. 22¹ k.c., a zatem najczęściej z osób nie mających rozeznania w niuansach konstrukcji prawnych, a zarazem przyzwyczajonych do tego, że w relację prawną z inną osobą wchodzi w drodze porozumienia. W końcu zasada swobody **umów** pozwala ukształtować stosunek pośrednictwa w sposób najlepiej dostosowany do oczekiwań stron i istniejących warunków, zaś art. 385¹ i nast. k.c. – chroniące interesy konsumentów (a zatem większości osób korzystających z usługi pośrednictwa) – dotyczą **jedynie zobowiązań umownych**.

Przyjęcie koncepcji umowy pośrednictwa (w miejsce jednostronnej czynności) spowoduje, że na pośredniku będzie ciążył **obowiązek** poszukiwania (dla swego klienta) potencjalnych kontrahentów, i to przy zachowaniu odpowiedniej staranności (art. 355 k.c.). W przypadkach skrajnych (w razie udowodnienia pośrednikowi bierności lub podejmowania przez niego jedynie działań pozorowanych) druga strona mogłaby zatem na podstawie art. 471 k.c. domagać się naprawienia poniesionej szkody. W rachubę wchodziłoby wreszcie ewentualne zastrzeżenie (na rzecz klienta) kary umownej na wypadek nienależytego wykonania przez pośrednika ciężących na nim obowiązków.

