

KRZYSZTOF ZAGROBELNY

Uniwersytet Wrocławski

WYBRANE PROBLEMY ZGODY INWESTORA
NA ZAWARCIE UMOWY O PODWYKONAWSTWO
(ART. 647 (1) § 2 K.C.)

1. UWAGI WSTĘPNE

Od początku obowiązywania w Kodeksie cywilnym przepisu art. 647 (1) pojawiły się trudności z jego interpretacją. Poza samą nieoczywistą aksjologią wprowadzonego rozwiązania¹ wątpliwości dotyczyły wielu kwestii szczegółowych, mających znaczenie przy stosowaniu w praktyce art. 647 (1) k.c. Można się tego było spodziewać, ponieważ nic nie usprawiedliwiałoby optymizmu autorów tej niekonwencjonalnej instytucji prawnej², wprowadzanej przecież *ad hoc*, a skonstruowanej w sposób naruszający zasady prawidłowej legislacji. Redakcja rozbudowanego przepisu obejmującego pięć jednostek redakcyjnych okazała się wyjątkowo niestaranna, stwarzając przy tym rozliczne trudności interpretacyjne. Nie dziwi więc, że piśmiennictwo poświęcone tej regulacji jest niezmiernie bogate³, podobnie rzecz ma się z judykaturą⁴. Sąd Najwyższy wielokrotnie wypowiadał się w sprawie wykładni art. 647 (1) k.c. i należy dostrzegać, że judykaty te mają nie małe znaczenie w wyjaśnianiu wątpliwości, których źródłem jest powołany przepis. Jak wiadomo, znaczenie orzeczeń sądowych, zwłaszcza zaś Sądu Najwyższego, jest nie do przecenienia, nawet w tych nierzadkich przecież sytuacjach, gdy zawarty w uzasadnieniu wywód nie w pełni przekonuje, a czasem wręcz jest nie

¹ Skłoniło to R. Szostaka (*O potrzebie uchylenia art. 647(1) KC*, PPH 2008, nr 6) do zgłoszenia wniosku zasygnalizowanego w tytule opracowania.

² Zob. A. Brzozowski, *Solidarna odpowiedzialność inwestora i wykonawcy (generalnego wykonawcy) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom w świetle art. 647(1) k.c.*, [w:] *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci prof. Adama Szpunara*, red. M. Pyziak-Szafnicka, Kraków 2004, s. 309 i n.

³ Zob. przykładowo, J. Strzępka [w:] *System prawa handlowego*, t. 5, red. S. Włodyka, Warszawa 2011, s. 1100–1102 oraz tam powołani autorzy.

⁴ Zob. przykładowo wyr. SN z 17.02.2011 r., V CSK 293/10, wyr. SN z 5.09.2012 r., IV CSK 91/12, wyr. SN z 27.06.2013 r., III CSK 298/12.

do zaakceptowania, to i tak wpływa na kształt orzecznictwa sądów powszechnych. Antycypując ustalenia zawarte w dalszej części opracowania, trudno podzielić opinię wyrażoną przez Sąd Najwyższy w jednym z ostatnich wyroków, w którym na tle art. 647 (1) k.c. skonstatowano, że „Przywołany przepis był już wielokrotnie przedmiotem wypowiedzi Sądu Najwyższego. Aktualnie można przyjąć, że jego wykładnia ukształtowała się i nie budzi większych kontrowersji”⁵. Zwłaszcza że za stwierdzeniem tym nie stoi przekonująca argumentacja. W tej sytuacji niestety wypada się zgodzić z poglądem M. Podreckiej, która nie dostrzegła wypracowania w judykaturze takich standardów ochrony inwestorów, które gwarantowałyby pewność stosowania prawa a wskutek tego stwarzałyby minimalizację ryzyka wynikającego z solidarnej odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom⁶.

2. O KONSTRUKCJI ZGODY

Wśród rozlicznych wątpliwości pojawiających się przy wykładni art. 647 (1) k.c. warto zwrócić uwagę na kwestię konstrukcji, w tym przesłanek skuteczności zgody inwestora na zawarcie umowy podwykonawczej, czyli umowy o roboty budowlane, zawartej przez wykonawcę z podwykonawcą⁷. Można odnieść wrażenie, że zagadnienie to mające kluczowe znaczenie w konstrukcji solidarnej odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy w dalszym ciągu wymaga dyskusji. Już na wstępie należy podkreślić, że nie obejmuje to charakteru prawnego zgody inwestora. Wbrew bowiem literze przepisu, *communis opinio* ostatecznie zaakceptowało traktowanie wspomnianej zgody nie jako przesłanki ważności umowy podwykonawczej (co, kierując się wykładnią językową, *prima facie* było usprawiedliwione), ale jako warunek powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora⁸. Jednak nawet rozstrzygnięcie tej kluczowej kwestii nie rozwiązało dalszych problemów interpretacyjnych, jakie pojawiają się na tle wspomnianego przepisu. Liczne dalsze zagadnienia wymagają pogłębionej analizy, niezależnie od tego, że judykatura SN zdaje się sugerować coś przeciwnego.

Należy zauważyć, że po okresie rozbieżnych orzeczeń poświęconych warunkom skuteczności zgody inwestora, które w różny sposób odpowiadały na pytanie o konieczność przedstawienia inwestorowi dokumentów wymienionych

⁵ Wyr. SN z 6.02.2015 r., II CSK 327/14.

⁶ M. Podrecka, *Uwagi o solidarnej odpowiedzialności inwestora (art. 647 (1) k.c., PS 2012, nr 9, s. 84.*

⁷ Także umowy podwykonawcy z dalszym podwykonawcą.

⁸ Zob. w szczególności B. Kostecki, *Uwagi na temat wykładni przepisu art. 647 (1) Kodeksu cywilnego*, PUG 2004, s. 19 i n., oraz *idem*, *Zgoda inwestora na zawarcie umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą (komentarz do uchwały SN z 29.04.2008 r., III CZP 6/08)*, R.Pr. 2011, nr 5–6.

w art. 647 (1) § 2 k.c., ostatnio zapadłe wyroki prezentują już konsekwentnie jedno stanowisko⁹. Wskazuje się w nich, że w orzecznictwie zwyciężył pogląd o dualizmie wymagań skuteczności wspomnianej zgody. Czego innego wymaga się od wykonawcy zabiegającego o zgodę inwestora w trybie powołanego przepisu, czyli o tzw. zgodę bierną, a czego innego w przypadku zgody czynnej, którą inwestor wyraża przez złożenie oświadczenia woli¹⁰.

Jak już wspomniano, mimo początkowych wahań piśmiennictwa w sprawie oceny charakteru prawnego zgody inwestora na zawarcie umowy podwykonawczej, ostatecznie zwyciężył pogląd, że nie jest to zgoda wymieniona w art. 63 k.c. W myśl tego założenia udzielenie jej przez inwestora nie decyduje zatem o tym, że umowa wykonawcy z podwykonawcą staje się ważna, a do tej chwili stanowi ona *negotium claudicans*. Według obecnie dominującego stanowiska zgoda ta jest przesłanką powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora, o której mowa w § 5 art. 647 (1) k.c. Warto przy tym zauważyć, że analizując konstrukcję prawną wspomnianej zgody w piśmiennictwie prawniczym, jako pewnik przyjmuje się, że jest ona czynnością prawną¹¹. Także orzecznictwo sądowe zakłada taki charakter zgody inwestora, o czym świadczą rozważania o przesłankach jej skuteczności w kontekście art. 60 k.c.¹² W formule przeciwstawiania zgodzie domniemanej z art. 647 (1) § 2 k.c. zgody czynnej, która może wystąpić w dwóch odmianach, tj. jako zgoda czynna wyrażona wprost i jako zgoda czynna wyrażona *per facta concludentia* (co w rozważaniach Sądu Najwyższego jest często powtarzającym się elementem), *implicite* mieści się założenie o zgodzie jako czynności prawnej. Jasne jest bowiem, że tylko wtedy, gdy zachowanie inwestora aprobowane zawarciem umowy podwykonawczej zaliczymy do kategorii czynności prawnych, sensowne będzie poszukiwanie, w oparciu o art. 60 k.c., różnych jej postaci.

Wymaga wyraźnego podkreślenia, że przyjęta w piśmiennictwie prawniczym i judykaturze konstrukcja zgody inwestora jako czynności prawnej, która jest przesłanką solidarnej odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, prowadzi do pewnych komplikacji konstrukcyjnych. Treść analizowanego przepisu sugeruje, iż zgoda inwestora odnosi się do zawarcia umowy podwykonawczej. Natomiast zgoda z art. 63 k.c. (odrzucona jednak na tle art. 647 (1) § 2 k.c.) stanowi element decydujący o istnieniu lub nieistnieniu czynności prawnej. Jest ona bowiem elementem składowym, bez którego dana czynność prawna nie powstanie. Na taki sens i charakter zgody wskazuje art. 63 k.c. W związku z rezygnacją ze wspomnianej konstrukcji zgody na tle stosunku

⁹ Wyrok SN z 24.01.2014 r., V CSK 124/13 i wyr. z 16.04.2014 r., V CSK 296/13.

¹⁰ W piśmiennictwie prawniczym tak też B. Lackoroński [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, wersja elektroniczna 2015 r., uwagi do art. 647 (1) k.c., teza 11.

¹¹ M. Gutowski, Głosa do uchw. (7) SN z 29.04.2008 r., III CZP 6/08, OSP 2009, nr 9, poz. 90, s. 623.

¹² Podstawowe znaczenie ma tu zwłaszcza uchwała SN powołana w poprzednim przypisie.

wywodzącego się z umowy o roboty budowlane, zgodę inwestora z art. 647 (1) § 2 k.c. trzeba rozumieć inaczej.

3. TREŚĆ ZGODY A JEJ SKUTKI

Jak wiadomo, ustawa konstruuje czynność prawną po to, by podmiotom uczestniczącym w obrocie dać możliwość wywołania skutków prawnych, których one oczekują¹³. Przekonuje o tym treść art. 56 k.c., który wśród skutków czynności prawnej w pierwszej kolejności wymienia skutki w niej wyrażone. Co prawda przepis ten nie wskazuje wprost na skutki z oświadczenia woli, ale uwzględniając jego dalszą część, nie można mieć wątpliwości, że o nie właśnie tu chodzi. Dopiero później należy brać pod uwagę, oprócz wspomnianych skutków objętych oświadczeniem woli, skutki dalsze, czyli takie, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego, z ustalonych zwyczajów, a ponadto już na mocy art. 384 k.c. także ujęte w treści postanowień wzorcowych. Zatem na podstawie treści art. 56 k.c. i art. 384 k.c. można powiedzieć, że warunkiem dokonania czynności prawnej i rozważania skutków poddających się ocenie według wskazanych elementów jest to, aby osnowę treści stosunku stworzonego czynnością prawną tworzyła treść oświadczenia woli. Jak bowiem wskazuje Z. Radwański, czynność prawna stanowi regulację stosunków cywilnoprawnych przez podmioty prawa cywilnego w sposób i przy spełnieniu przesłanek prawem przewidzianych, przy czym istotnym sensem oświadczenia woli jest regulacja stosunku cywilnoprawnego¹⁴.

Należy zauważyć, że w przypadku zgody inwestora na zawarcie umowy w konstrukcji tu przyjętej jej treść oraz skutki, do jakich ona prowadzi, nie pozostają z sobą w tak prostej i klarownej relacji. Można wręcz założyć, że przyjęta na tle art. 647 (1) k.c. koncepcja zgody z trudem daje się zmieścić w konstrukcji czynności prawnej. Dałoby się nawet sformułować opinię, że bez wyraźnego umocowania w przepisie ustawy, czynność prawna wyrażenia zgody przez inwestora nie uruchamia opisanego w art. 56 k.c. mechanizmu. Łączy się to z treścią zgody inwestora. Jest ona bowiem potrzebna, *verba legis*: „Do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą”. Trzeba mieć na względzie, że w przepisie art. 647 (1) § 2 k.c. pominięto kwestię, czy zgodą należy objąć powstanie solidarnej odpowiedzialności inwestora za zapłatę przez wykonawcę wynagrodzenia podwykonawcy. Może to rodzić wątpliwość, czy mimo to w ramach przyjętej koncepcji zgody w jej treści należy uwzględnić ten element. W przypadku zgody milczącej (domniemanej) sprawa jest stosunkowo prosta, ponieważ, jak

¹³ Zob. szerzej, Z. Radwański [w:] *System prawa prywatnego*, t. 2, Warszawa 2002, red. Z. Radwański, s. 32.

¹⁴ *Ibidem*, s. 33.

wiadomo, milczenie samo w sobie nie zawiera żadnej treści. Tylko więc wskutek zastosowania zdania drugiego *in fine* § 2 art. 647 (1) k.c. fakt przedstawienia inwestorowi wymaganych dokumentów i upływ czasu powodują, że zakłada się istnienie jego zgody. Natomiast inaczej rzecz ma się z oświadczeniem woli występującym w postaci określonego zachowania się, czyli działania podmiotu udzielającego zgody. Warto zauważyć, że w piśmiennictwie prawniczym podniesiono wątpliwość, czy treścią zgodą inwestora ma być samo zawarcie umowy podwykonawczej, zawarcie umowy o określonej treści, czy też, być może, jej treścią ma być oświadczenie o przyjęciu solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy¹⁵. Pozostawiając na uboczu, która z przedstawionych propozycji najlepiej realizowałaby funkcję ochronną w stosunku do inwestora, to kierując się brzmieniem przepisu, trzeba odrzucić ostatni z przedstawianych wariantów. Chcąc zachować spójność konstrukcji, według której zgoda inwestora prowadzi do powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora, trzeba jednak zakładać, że w treści obowiązkowej części zgody nie mieści się oświadczenie o przyjęciu odpowiedzialności za dług wykonawcy wobec podwykonawcy¹⁶. Wnioskowanie to jest tym bardziej uzasadnione, że w przeciwnym przypadku, gdyby wbrew powołanemu przepisowi treść zgody musiała obejmować akceptację powstania solidarnej odpowiedzialności z § 5 art. 647 (1) k.c., to trudno by było wyjaśnić sens wprowadzenia takiego rozwiązania. Jak bowiem wiadomo, zarówno w doktrynie, jak i judykaturze zgodnie przyjmowano, że powstanie solidarnej odpowiedzialności inwestora za wynagrodzenie podwykonawcy mocą oświadczenia woli było przecież możliwe jeszcze przed wprowadzeniem do Kodeksu cywilnego powołanego przepisu¹⁷. Wystarczyło skorzystać z istniejącego rozwiązania, tj. umownego przystąpienia do długu, do czego nie była potrzebna nowelizacja Kodeksu cywilnego. Skutek wspomnianej czynności byłby taki sam, jak określony w § 5 art. 647 (1) k.c. Przystępując do długu, inwestor jako dłużnik solidarny z wykonawcą odpowiadałaby za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Wszystko to razem sprawia, że *de lege lata* konieczną treścią oświadczenia woli inwestora jest wyłącznie wyrażenie zgody na to, ażeby wykonawca i podwykonawca zawarli umowę o roboty budowlane. Wobec tego nie jest tu potrzebne oświadczenie inwestora, że wyraża zgodę na powstanie skutku z art. 647 (1) § 5 k.c. Wspomniany skutek powstaje nie dlatego, że został objęty oświadczeniem woli inwestora, ale wyłącznie z tego powodu, że wyraźny przepis ustawy łączy go z wyrażeniem zgody na zawarcie umowy podwykonawczej. Dzieje się tak, mimo że — jak słusznie

¹⁵ M. Jamka, K. Orzechowski, *Zgoda inwestora na umowę generalnego wykonawcy z podwykonawcą*, MoP 2009, nr 17, s. 936.

¹⁶ Podobnie M. Podrecka, *op. cit.*, s. 88, odmiennie, wbrew literze art. 647 (1) § 2 k.c.; A. Marcinkiewicz, *Przesłanki odpowiedzialności solidarnej inwestora wobec podwykonawcy*, Radca Prawny. Zeszyty Naukowe 2014, nr 1, s. 85, 89.

¹⁷ K. Zagrobelny, *Odpowiedzialność inwestora z umowy o roboty budowlane*, Warszawa 2013, s. 225.

wskazuje M. Gutowski — przeciętny uczestnik obrotu nie ma świadomości skutku wyrażenia zgody na zawarcie wspomnianej umowy¹⁸. Oczekiwanie od inwestora oświadczenia o przyjęciu obowiązku zapłaty podwykonawcy należnego mu wynagrodzenia niewymienione w art. 647 (1) § 2 k.c., w sposób być może słuszny, znacznie zawęziłoby zakres stosowania § 5 wspomnianego przepisu, a być może nawet doprowadziłoby do tego, że byłby to przepis martwy. Wymaga więc podkreślenia, że także inwestor nieświadomy działania art. 647 (1) k.c. może stać się dłużnikiem solidarnym podwykonawcy. Uzasadnia to przyjęte wyżej założenie, że zgoda inwestora będąca czynnością prawną nie wywołuje, wbrew temu, co dałoby się wyczytać z art. 56 k.c., skutku w niej wyrażonego.

4. O FORMIE ZGODY

W zasadzie w judykaturze i piśmiennictwie dominuje przekonanie o tym, że czynna zgoda inwestora może być wyrażona w dowolnej formie¹⁹. Podstawę, w oparciu o którą formułowany jest taki wniosek, stanowić ma przepis art. 60 k.c.; ta właśnie norma najczęściej jest wskazywana jako uzasadnienie zgody czynnej. Nietrudno dostrzec, że przyjęte założenie kłóci się z jedną z funkcji, jakie przypisuje się akceptacji przez inwestora umowy podwykonawczej. W konstrukcji zgody inwestora trzeba bowiem zmieścić także ten jej element, który ma służyć ochronie inwestora²⁰. Wspomniana niespójność wyraża się w tym, że w sytuacji, gdy jednym z warunków powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora jest konieczność zawarcia umowy podwykonawczej w formie pisemnej (art. 647 (1) § 4 k.c.), przy czym, co w tym przypadku istotne, zastrzeżonej *ad solemnitatem*, to już forma samej zgody byłaby dowolna. Brak wymagania formy szczególnej zgody otwiera także możliwość jej wyrażenia *per facta concludentia*. Może nieco zaskakiwać brak symetrii co do wymagań formalnych oświadczeń woli, które łącznie składają się na konstrukcję solidarnej odpowiedzialności inwestora. Warto na marginesie zasygnalizować, że w tym przypadku odrzucona na tle art. 647 (1) k.c. koncepcja zgody z art. 63 k.c. zdaje się lepiej przystawać do omawianego aspektu konstrukcji, a to dlatego, że § 2 powołanego przepisu rozstrzyga wiążąco o jej formie. Przyjęcie zgody inwestora w formule art. 63 k.c. musiałoby prowadzić do wniosku, że jej wyrażenie wymaga formy pisemnej *ad solemnitatem*. Byłoby to rozwiązanie nie dość, że dobrze ważące interesy inwestora i podwykonawcy, to dodatkowo wpisujące się w dostrzegalną w kodeksie tendencję. Polega ona na tym, że rozwiąże

¹⁸ M. Gutowski, Glosa do uchw. (7) SN z 29.04.2008 r., III CZP 6/08, OSP 2009, nr 9, poz. 90, s. 625.

¹⁹ Zob. w szczególności uchwałę (7) SN z 29.04.2008 r., III CZP 6/08, OSP 2009, nr 6, poz. 67.

²⁰ Niesłusznie bagatelizuje ten aspekt omawianej konstrukcji G. Wolak, *W kwestii sposobu (formy) wyrażenia przez inwestora zgody na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą (art. 647 (1) § 2 k.c.)*, MoP 2009, nr 34, s. 136.

w wyrażeniu zgody mogącej wpływać na interes osoby, która jej udziela, osiąga się przez wymóg zachowania określonej prawem formy. Zachowanie szczególnej formy może być elementem *ius deliberandi*. Wystarczy odwołać się do zgody wierzyciela na przejęcie długu (art. 522 k.c.) lub zgody dłużnika na wstąpienie osoby trzeciej w prawa zaspokojonego wierzyciela (art. 518 § 1 pkt 3 k.c.).

Warto zauważyć, że w piśmiennictwie prawniczym podjęto próbę zmierzającą do osiągnięcia podobnego rezultatu, tj. uzależnienia skuteczności zgody inwestora od zachowania formy pisemnej. Konieczne jest tu jednak rozstrzygnięcie, czy oświadczenie woli inwestora wyrażające zgodę na zawarcie umowy podwykonawczej jest czynnością prawną samodzielną, odrębną od umowy podwykonawczej, czy też stanowi ona jej składnik jako bardziej złożonej czynności²¹. Przyjęcie drugiego rozwiązania zakładającego traktowanie oświadczenia woli inwestora jako elementu jednej czynności, w ramach której dochodzi do zawarcia umowy podwykonawczej, otwiera bowiem możliwość dowodzenia, że zgoda inwestora *ad solemnitatem* wymaga formy pisemnej. Przemawia za nim dominujące w naszym piśmiennictwie przeświadczenie, według którego wymaganie zachowania określonej formy obejmuje nie tylko istotne postanowienia, zwłaszcza *essentia lia negotii*, lecz także wszystkie postanowienia składające się na oświadczenie woli²². Kierując się takimi przesłankami M. Gutowski wyraził pogląd, że forma pisemna *ad solemnitatem* zgody inwestora nie wynika z konieczności zachowania formy pochodnej z art. 63 k.c., ale jest skutkiem obowiązku objęcia wszelkich oświadczeń woli danej (tu złożonej) czynności prawnej formą szczególną²³. Stanowisko to na tle art. 647 (1) k.c. nie zostało przyjęte przez orzecznictwo, również w piśmiennictwie wypowiedzany jest pogląd o niezależności zgody inwestora od umowy podwykonawczej²⁴. Nie pozwala to, aby *de lege lata* ochronę inwestora wzmacniała pisemna forma jego zgody. W sytuacji, gdy sama umowa podwykonawcza jednak formy takiej wymaga, stanowi to kolejny przykład niespójności w analizowanej regulacji.

5. O WARUNKACH SKUTECZNOŚCI ZGODY

Zaniechanie poprawnej regulacji zgody inwestora prowadzi do dalej idących wątpliwości. Nie da się bowiem nie dostrzegać, że od czasu wejścia w życie przepisu art. 647 (1) k.c. pojawiła się lawina sporów o wynagrodzenie podwykonawców, w których pozywani o zapłatę są inwestorzy. Z reguły nie budzą wątpliwości te przypadki, gdy mamy do czynienia z tzw. zgodą milczącą inwestora, o której

²¹ Zob. M. Gutowski, *op. cit.*, s. 623.

²² Zamiast wielu zob. K. Gołębiowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2014, s. 360–361.

²³ M. Gutowski, *op. cit.*, s. 624.

²⁴ Zob. K. Zagrobelny, *op. cit.*, s. 241.

mowa w art. 647 (1) § 2 zd. 2 k.c. Natomiast trudno uznać za zakończoną dyskusję o przesłankach zgody czynnej. W szczególności warto skupić się na wyjaśnieniu, czy doręczenie inwestorowi umowy lub jej projektu oraz części dokumentacji obejmującej zakres umowy podwykonawczej mają znaczenie dla skutku z § 5 art. 647 (1) k.c. Różnicę w podejściu do zagadnienia widać już na przykładzie założeń aksjologicznych, jakie miałyby realizować analizowana regulacja. Z jednej bowiem strony zakłada się, że wystarczającym elementem chroniącym interes inwestora jest jego roztropność, wskutek czego nie ma potrzeby, aby wspomagały go dodatkowe wymagania, od których uzależniono by skuteczność jego zgody²⁵. Przeciwstawne stanowisko zakłada, że w sytuacji gdy dla ochrony roszczenia podwykonawcy posłużono się konstrukcją nadzwyczajną, łamiącą podstawy prawa obligacyjnego, konieczną równowagę można osiągnąć tylko wtedy, gdy również inwestorowi zaoferuje się określone środki ochronne²⁶. Nie jest przy tym możliwe, aby podniesiony problem rozwiązać, odwołując się wyłącznie do *ratio legis* art. 647 (1) k.c., dlatego też należy sięgnąć po dalsze argumenty. Opowiadając się za drugim rozwiązaniem, warto na wstępie przyznać rację przeciwnikom tego zapatrywania, którzy zwracają uwagę na to, że zdanie 2 § 2 art. 647 (1) k.c. zawierające wymóg „przedstawienia” inwestorowi umowy lub jej projektu oraz części dokumentacji obejmującej zakres umowy podwykonawczej odnosi się wprost do zgody domniemanej²⁷. Milczenie inwestora w powyższych okolicznościach, gdy wykonawca, występując o zgodę na zawarcie umowy podwykonawczej, przedstawił wspomniane dokumenty, pozwala uważać, że inwestor wyraził zgodę. Nieskorzystanie ze wspomnianego trybu otwiera możliwość wyrażenia przez inwestora zgody w sposób określony w art. 60 k.c. Wskazuje na to zdanie pierwsze analizowanego przepisu, które wymaga zgody inwestora na zawarcie umowy podwykonawczej. Poszukując więc relacji pomiędzy obiema częściami przepisu, w istocie rzeczy trzeba odpowiedzieć na pytanie, czy niezależnie od nie najlepszej jego redakcji przepis ten zawiera regułę ogólną, wyrażoną w zdaniu pierwszym, oraz szczególną normę na wypadek milczenia inwestora (zdanie drugie). Czy też, być może, jego konstrukcja jest nieco inna, taka mianowicie, że uzależniając powstanie solidarnej odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy od jego zgody, wprowadza szczególne jej przesłanki bez względu na to, w jakim trybie inwestor udzielił zgody. Należałoby je stosować nie tylko do zgody

²⁵ Zob. powoływany już wyrok SN z 24.01.2014 r., V CSK 124/13. Warto zauważyć, że G. Wolak (*op. cit.*, s. 136) w analizowanym przepisie dostrzega funkcję ochronną wobec wykonawców, a nie wobec inwestora, natomiast inwestora chronić ma to, że jeśli nie wyrazi zgody na umowę podwykonawczą, to nie będzie ponosił solidarnej odpowiedzialności za wynagrodzenie podwykonawcy.

²⁶ K. Zagrobelny, *op. cit.*, s. 232–233.

²⁷ Zob. przykładowo wyrok SN z 5.09.2012 r., IV CSK 91/12 czy też z 27.06.2013 r., III CSK 298/12.

bierniej, lecz także czynnej, w tym drugim wypadku wyrażonej zarówno wprost, jak i *per facta concludentia*.

Trudno zaprzeczyć, że przyjmowane w judykaturze²⁸ i piśmiennictwie²⁹ stanowisko, według którego jedynie przy zgodzie milczącej istnieje obowiązek przedstawienia inwestorowi wymaganych dokumentów, *prima facie* znajduje swoje wsparcie w literalnym brzmieniu § 2 art. 647 (1) k.c. Jednakże należy wskazać, że jeżeli ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie w stosunku zobowiązaniowym z umowy o roboty budowlane odpowiedzialności za cudzy dług, bez uregulowania zasad wzajemnych rozliczeń między dłużnikami solidarnymi, to tak niefrasobliwy ustawodawca mógłby również wprowadzić różne przesłanki skuteczności zgody inwestora. Nie siląc się przy tym na zachowanie wewnętrznej spójności rozwiązania. Jednak dotychczasowe piśmiennictwo nie pozostawia wątpliwości, że sama treść przepisu art. 647 (1) k.c. nie jest wystarczająca do wyjaśnienia w pełni mechanizmu zgody inwestora. Opisując go, należy mieć na uwadze, że w tym zakresie działają zasady ogólne, i być może one będą tu pomocne przy odpowiedzi na formułowane pytanie. Warto więc podkreślić, że jeżeli nawet zgodę czynną inwestora wywodzimy z treści § 2 art. 647 (1) k.c., to już co do sposobu jej wyrażenia powołujemy się na art. 60 k.c. Zachowanie dystynkcji między zdaniem 1 i zdaniem 2 § 2 art. 647 k.c., czego przejawem jest przyjęcie zasadniczo innych wymagań skuteczności zgody czynnej i zgody domniemanej, wymaga równie konsekwentnego spojrzenia na dalsze pojawiające się zagadnienia.

Należy przypomnieć, że semantycznie zgoda inwestora na zawarcie umowy podwykonawczej musi poprzedzać jej zawarcie. *Prima facie* omawiany przepis w zdaniu pierwszym nie wprowadza tu odstępstwa od zasad ogólnych. Kodeks cywilny odróżnia zgodę innej osoby na dokonanie czynności prawnej od potwierdzenia umowy (zob. art. 17–19 k.c., podobnie art. 37 k.r.i.o.), przy czym niektóre czynności prawne (jednostronne) nie mogą być potwierdzone. Z kolei art. 63 § 1 k.c. wyróżnia zgodę osoby trzeciej do dokonania czynności prawnej, którą można wyrazić przed złożeniem oświadczeń statuujących tę czynność prawną, albo później, czyli po złożeniu oświadczeń przez osoby dokonujące czynności prawnej. Zgodnie ze zdaniem drugim ostatnio powołanego przepisu zgoda wyrażona po złożeniu oświadczenia ma moc wsteczną od jego daty. Raczej nie ulega wątpliwości, że skutek retroaktywny takiej zgody nie byłby możliwy, gdyby nie został on wprowadzony mocą wyraźnego przepisu. Należy dodać, że nawet zakładając możliwość wyrażenia zgody (a właściwie potwierdzenia) już po dokonaniu czynności, to jej skuteczność musiałaby być oceniana odmiennie. Bez wyraźnego przepisu czynność prawna uzależniona od wyrażenia zgody przez osobę trzecią mogłaby powstać dopiero z chwilą, kiedy doszło do wyrażenia zgody. Wtedy też wywołałaby skutek prawny w niej wyrażony.

²⁸ Uchwała SN z 29.04.2008 r., III CZP 6/08, OSNC 2008, nr 11, poz. 121.

²⁹ M. Gutowski, *op. cit.*, s. 625.

Uwzględniając to, co wyżej powiedziano, należy przypomnieć, że dominujący pogląd piśmiennictwa³⁰ i judykatury³¹ dopuszcza możliwości wyrażenia zgody przez inwestora po zawarciu umowy podwykonawczej. W celu uniknięcia nieporozumień od razu należy wskazać, że stanowiska tego nie da się skutecznie kwestionować w odniesieniu do zgody milczącej (domniemanej). Co prawda art. 647 (1) § 2 zdanie drugie k.c. nie formułuje wprost wspomnianej reguły, ale już z jego treści da się ją wyprowadzić. W myśl bowiem powołanego przepisu inwestor może zgodzić się na umowę podwykonawczą w terminie czternastu dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu. Posłużenie się terminem umowa i projekt wskazuje na to, że są to dwa różne pojęcia charakteryzujące etapy powstawania stosunku obligacyjnego. Przedstawienie projektu znamionuje stan, w którym strony nie złożyły jeszcze wiążących je oświadczeń woli, przy czym dokonały już istotnych z ich punktów widzenia ustaleń. Minimalną treść projektu stanowią uzgodnienia elementów przedmiotowo istotnych umowy nazwanej lub istotnych, gdy strony korzystają z *innominati contractus*. Natomiast inaczej jest wtedy, gdy przedstawiają umowę. Użycie tego sformułowania oznacza, że doszło już do jej zawarcia. Niezbyt stanowczo, ale wystarczająco jasno art. 647 (1) § 2 zdanie drugie k.c. wskazuje na to, że solidarna odpowiedzialność inwestora powstanie nie tylko w przypadku, gdy wykonawca zamierza zawrzeć umowę z podwykonawcą, ale również wtedy, gdy zgodą domniemaną objęta będzie umowa już wcześniej zawarta. Należy zauważyć, że wspomniane wyżej odrzucenie przez judykaturę³² i znaczną część piśmiennictwa³³ możliwości sięgania do art. 647 (1) § 2 zdanie drugie, gdy idzie o wskazane w nim dokumenty, których przedstawienie inwestorowi miałyby być warunkiem skuteczności jego zgody, wynikało z traktowania zdania drugiego tego przepisu w sposób szczególny. Zapatrywanie to zakłada, że reguła wyrażona w zdaniu drugim mogła mieć zastosowanie wyłącznie do milczącej zgody inwestora. Jeżeli tak, to pojawia się wątpliwość, czy istnieją ważne powody, które w odniesieniu do sekwencji oświadczeń woli składanych przez inwestora (jego zgoda) oraz wykonawcę i podwykonawcę (umowa podwykonawcza), tym razem zdanie pierwsze art. 647 (1) § 2 k.c., pozwoliłyby interpretować łącznie z jego zdaniem drugim. Dzięki temu można by wówczas mówić o zgodzie inwestora w postaci potwierdzenia. Niestety, piśmiennictwo prawnicze ich nie przedstawia. W orzecznictwie sądowym rzecz ma się podobnie, ponieważ trudno wskazać szersze rozważania tłumaczące wskazaną niespójność w traktowaniu zgody czynnej i zgody domniemanej. Najprostszym rozwiązaniem byłoby jednak traktowanie obu części art. 647 (1) § 2 k.c. jako przydatnych do wyjaśnienia konstrukcji zgody inwestora. Jednak wówczas trzeba by dopuścić możliwość, żeby skuteczność zgody inwe-

³⁰ Zob. przykładowo M. Podrecka, *op. cit.*, s. 91.

³¹ Zob. przykładowo wyrok SN z 6.10.2010 r., II CSK/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 59.

³² Powoływana wyżej uchwała (7) SN z 29.04.2008 r., III CZP 6/08.

³³ M. Gutowski, *op. cit.*, s. 625.

stora zależała od tego, czy dostarczono mu umowę lub jej projekt oraz stosowną część dokumentacji. A jak już wspomniano, obecnie takiego wniosku judykatura nie aprobuje. Natomiast piśmiennictwo prawnicze, usiłując racjonalizować zgodę inwestora niebędącą zgodą w rozumieniu art. 63 k.c., przyjmuje, że nie ma ona mocy retroaktywnej i działa dopiero od chwili jej wyrażenia³⁴. Nie sposób przemilczeć, że takie założenie otwiera kolejny problem zawarty w pytaniu, czy w takim razie solidarną odpowiedzialnością inwestora objęta jest ta część wynagrodzenia podwykonawcy, która dotyczy robót wykonanych przed wyrażeniem zgody — a właściwie przed potwierdzeniem zawarcia umowy podwykonawczej³⁵.

Wskazując na niejasności interpretacyjne w orzecznictwie poświęconym konstrukcji zgody inwestora, nie sposób pominąć kwestii źródła wiedzy inwestora o treści umowy podwykonawczej i sposobu jej akceptowania. Bez względu na sposób podejścia do zagadnienia, zwłaszcza zaś ustalenia zakresu obowiązku przedstawienia inwestorowi umowy lub jej projektu (czy tylko w razie zgody milczącej, czy też także w razie wyrażenia przez inwestora zgody czynnej), to w piśmiennictwie dominuje słuszne przekonanie, że zgoda na jej zawarcie *implicite* zakłada konieczność znajomości co najmniej tych postanowień, które wyznaczają zakres odpowiedzialności solidarnej z art. 647 (1) § 5 k.c.³⁶ Jak bowiem słusznie podkreśla P. Drapała, wiedza inwestora o osobie podwykonawcy, zakresie powierzonych mu prac i wysokości należnego wynagrodzenia daje mu możliwość dokonanie racjonalnej oceny zatwierdzanej umowy, a w przypadku dorozumianego oświadczenia woli pozwala na jurydyczne powiązanie go z akceptacją granic odpowiedzialności³⁷. Jest to minimum ochrony, jakie w ramach omawianej konstrukcji należy zagwarantować inwestorowi, dlatego też szczególnie niepokój wzbudza często pojawiająca się i aprobowana przez judykaturę³⁸ oraz część piśmiennictwa³⁹ myśl o możliwości doszukiwania się konkludentnej zgody inwestora na umowę podwykonawczą w fakcie tolerowania przez niego wykonywania tych prac przez podwykonawcę. Jest to więc stan, w którym inwestorowi nie przedstawiono umowy podwykonawczej lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji, a ponadto gdy — odwołując się do tradycyjnego podziału⁴⁰ — inwestor nie złożył wyraźnego oświadczenia woli, w którym zgodził się na

³⁴ Zob. M. Podrecka, *op. cit.*, s. 95.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Moim zdaniem inwestorowi należy przedstawić alternatywnie w całości umowę podwykonawczą lub jej cały projekt, nie wystarczają tu żadne „wyciągi” z tych dokumentów.

³⁷ P. Drapała, Glosa do wyroku SN z 6.10.2010 r., II CSK 210/10, OSP 2012, nr 5, poz. 48, s. 316.

³⁸ Spośród wielu wystarczy powołać wyrok SN z 6.02.2015 r., II CSK 327/14.

³⁹ P. Brzeziński (*Dorozumiana zgoda inwestora na zawarcie umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą*, MoP 2014, nr 19, s. 1040), akceptując stanowisko o zgodzie czynnej dorozumianej także w przypadku, gdy inwestor miał możliwość zapoznania się z umową o podwykonawstwo, zwraca uwagę na niebagatelną z praktycznego punktu widzenia kwestię rozkładu ciężaru dowodu.

⁴⁰ Zob. Z. Radwański, *op. cit.*, s. 88.

zawarcie umowy o roboty budowlane przez wykonawcę i podwykonawcę. Rzeczą charakterystyczną jest to, że wspomnianej koncepcji zgody *per facta concludentia* nie towarzyszy szersza refleksja teoretyczna, próżno bowiem szukać pełniejszego jej uzasadnienia. Dlatego kontestując ten sposób wykładni art. 647 (1) k.c., warto przypomnieć, że wspomniany przepis nie wprowadza na grunt stosunku płynącego z umowy o roboty budowlane obowiązku osobistego świadczenia wykonawcy⁴¹, a inwestor musi godzić się z działaniem reguły wypowiedzianej w art. 356 § 1 k.c. W żadnym razie nie można zapomnieć, że działa tu podstawowa zasada prawa zobowiązań pozwalająca dłużnikowi na to, aby przy spełnieniu świadczenia posłużył się innymi osobami. Dopelnieniem wspomnianej reguły jest to, że w sferze odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania, wykonawca jako dłużnik inwestora ponosi wobec niego odpowiedzialność za pomocników, tak jakby to on sam działał (art. 474 k.c.).

Mając na uwadze powyższe, należy przyjąć, że inwestor nie tylko nie ma prawa żądać osobistego spełnienia świadczenia wykonawcy, ale co więcej, nie ma też uprawnienia do tego, by akceptować⁴² (tolerować) lub sprzeciwiać się (nie tolerować) dokonaniu przez wykonawcę wyborowi podwykonawcy. Gdyby inwestor bowiem spróbował podjąć działania kontestujące czynności podwykonawcy, to tym samym jako wierzyciel naraziłby się na zarzut braku współdziałania z dłużnikiem (art. 354 § 2 k.c.). Nie trzeba więc szerzej dowodzić, że prowadziłoby to do co najmniej dwóch skutków: z jednej strony zwalniałoby wykonawcę jako dłużnika z odpowiedzialności za naruszenia zobowiązania, z drugiej zaś mogłoby dodatkowo spowodować powstanie odpowiedzialności wierzyciela za szkodę wyrządzoną dłużnikowi (art. 486 k.c.). Z przytoczonych powodów posługiwanie się wspomnianym domniemaniem faktycznym, które brak działania inwestora (niesprzeciwianie się wykonywaniu robót budowlanych przez podwykonawcę jest zaniechaniem) traktowałoby jako podstawę do wywodzenia wniosku o domniemaną zgodzie inwestora na umowę podwykonawczą, jest logicznie i konstrukcyjnie błędne⁴³. Należy pamiętać, że chodzi o zaniechanie w sytuacji, gdy Kodeks cywilny nie nakłada na inwestora obowiązku działania. Oczekiwanie, że inwestor miałby sposobność nie tolerować obecności podwykonawcy, łączy się nieuchronnie z założeniem, że musiałby tym samym naruszyć zobowiązanie. Zatem odmawiając zgody, w sposób czynny dorozumiany inwestor mógłby uczynić to tylko wtedy, gdyby zgodził się ponieść ujemne skutki swego zachowania. Oznaczałoby

⁴¹ Zob. K. Zagrobelny, *Osobisty charakter świadczenia wykonawcy według art. 647 k.c.*, [w:] *Księga dla naszych kolegów*, Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Seria: e-Monografie 36, Wrocław 2013, s. 469 i n.

⁴² Wielce mylące jest więc stanowisko, że inwestor, tolerując podwykonawcę, akceptuje posługiwanie się przez niego podwykonawcą, a tak nietrafnie A. Marcinkiewicz, *op. cit.*, s. 90. Stwarza ono niejako podwaliny stanowiska o zgodzie czynnej dorozumianej w warunkach, gdy inwestor miał możliwość poznać treść umowy podwykonawczej.

⁴³ Zob. uwagi M. Podreckiej, *op. cit.*, s. 95–98.

to jednocześnie, że w tym wypadku mamy do czynienia z konstrukcją swoistej zgody, można by rzec uwikłanej, której odmowa udzielenia w przeciwieństwie do zgody zwykłej, wynikającej z dyskrejonalnej decyzji uprawnionego, w tym wypadku wymaga poniesienia dodatkowych kosztów. Trzeba przy tym mieć na uwadze, że z perspektywy inwestora większość robót budowlanych ma charakter jawny, wykonywana jest w taki sposób, że ma on możliwość je zaobserwować. Wynika to także z zastosowania prawa publicznego regulującego proces budowlany⁴⁴, które zasadniczo wymaga prowadzenia stosownej dokumentacji (dzienniki budowy), dostępnej oczywiście również dla inwestora. Oznaczałoby to, że oprócz zgody domniemanej z art. 647 (1) § 2 zd. 2 k.c. trzeba by uwzględniać drugi rodzaj zgody domniemanej, przy czym w tym wypadku byłoby to domniemanie faktyczne. Mimo wszystkich niejasności związanych z wykładnią art. 647 (1) k.c. tego typu wnioski jest jednak nie do przyjęcia. Należy więc założyć, że posługiwanie się określeniem „tolerowanie przez inwestora podwykonawców” jest tylko mylącym i nieuprawnionym skrótem, który ma uzasadnić trudną czy wręcz niemożliwą do obrony tezę o braku działania jako działaniu zawierającym w sobie zgodę inwestora na zawarcie umowy podwykonawczej. Praktycznym skutkiem przyjęcia krytykowanego tu zapatrywania byłoby przyjęcie niewypowiedzianej w art. 647 (1) k.c. reguły, według której poza przypadkiem, gdy wykonawca wystąpi do inwestora o wyrażenia zgody milczącej, inwestor, chcąc chronić się przed powstaniem solidarnej z wykonawcą odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, zmuszony byłby w każdym przypadku pojawienia się nowego podwykonawcy zgłaszać sprzeciw wobec jego umowy z wykonawcą. Brak wyraźnego sprzeciwu z zasady dałoby się tłumaczyć jako zgodę inwestora *per facta concludentia*. Tego typu schizofrenicznej interpretacji nie da się jednak obronić.

6. ZGODA A ZNAJOMOŚĆ UMOWY PODWYKONAWCZEJ

Na tle prezentowanej w judykaturze wspomnianej konstrukcji zgody czynnej wyrażonej *per facta concludentia*, pojawia się kolejna, nie mniej doniosła wątpliwość. Chodzi o to, że zgody inwestora dopatruje się judykatura nie tylko w sytuacji, gdy zgadza się on na umowę podwykonawczą znając jej istotne postanowienia decydujące o zakresie solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, ale także wtedy, gdy miał możliwość zapoznania się z nimi⁴⁵. *Prima facie* taka konstrukcja nie przystaje do konstrukcji oświadczenia

⁴⁴ Przy tym nie jest to akceptacja niekiedy spotykanego stanowiska, według którego przepisy prawa budowlanego miałyby tłumaczyć treść stosunku zobowiązaniowego wynikającego z zawarcia umowy o roboty budowlane, a takie rozumowanie prezentuje A. Machowska w pracy *Należyte wykonanie zobowiązania w świetle przepisów KC i PrBud. Odbiór dzieła a odbiór obiektu w umowie o roboty budowlane*, MoP 2010, nr 14, np. s. 786.

⁴⁵ Wyrok SN z 6.10.2010 r., II CSK 210/10 z glosą P. Drapały, OSP 2012, nr 5, poz. 48.

woli. Bez względu na to, jak będziemy tłumaczyć samo pojęcie oświadczenie woli⁴⁶, to na tle art. 647 (1) § 2 k.c. nie ulega wątpliwości, że zgoda inwestora stanowiąca przesłankę jego solidarnej odpowiedzialności ma dotyczyć zawarcia umowy podwykonawczej. W oparciu o treść art. 60 k.c. i bez dodatkowej regulacji prawnej nie jest możliwe przyjęcie, że inwestor zgodził się na zawarcie umowy, której nie znał, a której treść miał możliwość poznać. Taki mechanizm konstruowania treści stosunku zobowiązaniowego zastosowano, ale tylko w przypadku kwalifikowanego oświadczenia woli mającego własny reżim prawny, czyli wzorców umownych (art. 384 k.c.). Warunkiem ich inkorporacji nie jest bowiem zgoda adherenta na związanie się postanowieniami wzorcowymi, wiążą więc one strony poza konsensusem niezbędnym przy samej umowie. Warto zauważyć, że Kodeks cywilny zawiera normy, które uznają za spełniony warunek posiadania przez podmiot wiedzy o określonych okolicznościach, koniecznych ze względu na określony prawnie skutek. Wystarczy wskazać, że według art. 527 k.c. warunkiem uznania za bezskuteczną czynność prawną zdziałaną z pokrzywdzeniem wierzycieli jest wiedza osoby trzeciej o działaniu dłużnika ze świadomością pokrzywdzenia wierzycieli. Warunek ten uznaje się za spełniony także wtedy, gdy osoba ta przy zachowaniu należytej staranności o działaniu dłużnika mogła się dowiedzieć. Nie ulega jednak wątpliwości, że wspomniany przepis nie dotyczy treści samego oświadczenia, ale okoliczności, które temu oświadczeniu towarzyszą. Natomiast w art. 647 (1) k.c. trudno doszukać się wzmianki o doniosłości prawnej potencjalnej możliwości poznania przez inwestora umowy podwykonawczej. Wspomniany przepis takiej możliwości nie przewiduje i nie stwarza możliwości korekty w stosunku do obowiązujących zasad składania oświadczenia woli — wyrażania zgody inwestora na umowę podwykonawczą. Zdaniem P. Drapały⁴⁷ stanu faktycznego opisanego jako możliwość zapoznania się z treścią umowy podwykonawczej nie należy kwalifikować jako oświadczenia woli, ale wiązać z naruszoną powinnością inwestora. Jednocześnie autor nie znajduje podstaw do kreowania po jego stronie obowiązku uzyskiwania wiedzy o treści zawieranych umów podwykonawczych, a dalej idąc, także do wnioskowania, że naruszenie owego obowiązku mogłoby stanowić podstawę do przypisania inwestorowi intencji akceptacji solidarnej odpowiedzialności względem podwykonawcy⁴⁸. Podzielając przedstawiony punkt widzenia, należy skonstatować, że wewnętrznie sprzeczna koncepcja „możliwości zapoznania się” przez inwestora z treścią umowy podwykonawczej nie dość, że nie znajduje żadnego uzasadnienia w treści art. 647 (1) k.c. oraz przepisów

⁴⁶ Zob. Z. Radwański, *op. cit.*, s. 13 i n.

⁴⁷ P. Drapała, *op. cit.*, s. 316–317.

⁴⁸ Podobnie P. Brzeziński, *op. cit.*, s. 1041, którego zdaniem z orzecznictwa SN nie wynika wniosek o obowiązku zwrócenia się inwestora o udostępnienie mu umowy podwykonawczej, jak również nie jest możliwe założenie, że nieskorzystanie z takiego uprawnienia mogłoby prowadzić do obciążenia inwestora niekorzystnymi dla niego skutkami prawnymi, tj. obciążać go solidarną odpowiedzialnością za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy.

o oświadczeniach woli⁴⁹, to dodatkowo jest niesprawiedliwa. Prowadzi bowiem do obciążenia osoby trzeciej (inwestora) odpowiedzialnością za długi innych, bez wyraźnej podstawy prawnej oraz bez jego zgody na przyjęcie takiej odpowiedzialności. Tym bardziej dziwi fakt, że idea ta tak mocno zakorzeniła się w orzecznictwie Sądu Najwyższego.

SELECTED PROBLEMS OF EMPLOYER'S PERMISSION FOR SUBCONTRACTING IN A CONTRACT FOR CONSTRUCTION (ART. 647(1) CIVIL CODE)

Summary

Since the very effective date of Article 647 (1) of the Polish Civil Code, there have been difficulties in its interpretation. In addition to the non-obvious reasoning behind the introduced solution, doubts have arisen about a number of specific issues that are important while exercising Art. 647 (1) of the Civil Code in practice. This came as no surprise, since there was nothing that could justify the optimism of the authors of that unconventional legal institution, which was after all introduced ad hoc and thus formed in a way that violates the rules of proper legislation. Preparation of that extensive regulation including five sectioning levels has proven extremely careless, while at the same time resulting in numerous interpretation problems. Among the concerns arising out of the interpretation of Art. 647 (1) of the Civil Code, particular attention was given to the issue of its structure, including the enforceability of investor's consent to the conclusion of subcontracting agreement, i.e. construction works contract concluded by the contractor with the subcontractor. Furthermore, despite the initial indecision in literature as to the assessment of legal nature of the investor's consent to the conclusion of subcontracting agreement, the eventual opinion was that such consent is not mentioned in Article 63 of the Polish Civil Code. What was analysed was whether the subject of the investor's consent is to be the sole conclusion of the subcontracting agreement with a specific content, or a declaration about the assumption of joint and several liability for the payment of remuneration to the subcontractor, as well as the question of whether it must be made in writing, ad solemnitatem.

Reviewers also focused on the matter associated with the requirement of "providing" the investor with the agreement or its draft, together with that part of documentation that specifies the range of subcontracting agreement, whether it relates only to presumed or active consent. The study also signals a problem with the investor's implied consent to a subcontracting agreement assumed based on the fact that the investor tolerates the progressing construction works carried out by the subcontractor. More specifically, what raises concerns is a situation in which the investor has not seen the subcontracting agreement or its draft, along with the specified part of documentation, and in addition, a situation in which the investor, in terms of the traditional division, has not submitted an express declaration of will in which they agree to the conclusion of construction works contract between the contractor and subcontractor. The conclusion included a view that Article 647 (1) of the Polish Civil Code does not provide for such a possibility, and at the same time does not provide the basis to make adjustments in relation to the current rules on submitting declarations.

⁴⁹ Także zdaniem A. Marcinkiewicza (*op. cit.*, s. 88–89) przyjęta w judykaturze koncepcja zgody dorozumianej w sytuacji, gdy inwestor miał możliwość poznać istotne postanowienia umowy podwykonawczej, jest wadliwa. Możliwość posiadania wiedzy nie zastąpi bowiem elementu woli koniecznego przy oświadczeniu woli.