



Sygn. akt I CSK 395/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 marca 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Grzegorz Misiurek (przewodniczący)
SSN Roman Trzaskowski (sprawozdawca)
SSN Bogumiła Ustjanicz

Protokolant Ewa Krentzel

w sprawie z powództwa T. spółki z o.o. w [...]
przeciwko T. S. spółce z o.o. w [...]
o zapłatę,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 29 marca 2017 r.,
skargi kasacyjnej strony pozwanej
od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]
z dnia 20 stycznia 2016 r., sygn. akt I ACa .../15,

- 1. Oddala skargę kasacyjną.**
- 2. Zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej
10 800 zł (dziesięć tysięcy osiemset zł) tytułem zwrotu
kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Pozwem wniesionym w dniu 5 grudnia 2012 r. T. sp. z o.o. domagała się zasądzenia od T.S. sp. z o.o. kwoty 21 338 485 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 1 stycznia 2010 r. tytułem odszkodowania za niewykonanie zobowiązania wynikającego z umowy zawartej w dniu 31 grudnia 1999 r. między powódką, pozwanym i P. sp. z o.o., w brzmieniu zmienionym aneksem z dnia 26 września 2000 r.

Zgodnie z § 1 tej umowy uregulowano w niej „warunki współpracy” dotyczącej dwóch obszarów: produkcji i emisji w T. programów „L.” oraz zakupu czasu antenowego dla emisji ogłoszeń i reklam T.S. na antenie T..

Spór między stronami i roszczenie powódki wiąże się z drugim obszarem współpracy. W tej kwestii strony ustaliły w umowie, że „T. będzie (...) emitowała płatne ogłoszenia wyników losowań gier, transmitowanych w programie T., o czasie emisyjnym i w paśmie (w porze) uzgodnionymi z T.S.” oraz że „Płatne ogłoszenia wyników losowań będą zakupywane przez T.S. w Biurze Reklamy T. - P., zgodnie z zasadami zakupu reklam Biura Reklamy T. - P. według aktualnych cen stosowanych przez P. Sp. z o.o.” (§ 9 pkt 1 umowy).

Pozwany zobowiązał się do „zakupu za pośrednictwem P. lub upoważnionej przez T. Agencji czasu antenowego dla emisji ogłoszeń - wyników losowań, Reklam w programie T. w okresie obowiązywania niniejszej umowy” (§ 9 pkt 2 *in principio* umowy); zobowiązał się też, „że dla wszystkich gier liczbowych i loterii pieniężnych T.S. (...) będzie traktował T. jako strategicznego partnera w kampaniach telewizyjnych” (§ 10 zd. 1 umowy w brzmieniu nadanym aneksem z dnia 26 września 2009 r.). W związku z tym pozwany zobowiązał się - niewykonanie tego zobowiązania jest źródłem roszczenia odszkodowawczego powódki - do „wydatków na kampanie telewizyjne w rozmiarze nie mniejszym niż 75% wydatków dla T. i nie większym niż 25% dla pozostałych stacji o charakterze uzupełniającym; jednocześnie wydatki T.S. na kampanie telewizyjne w programach T. będą nie mniejsze niż:

(a) w 2000 r. - wydatki na reklamę i ogłoszenia wyników w roku 1999.

(b) w każdym kolejnym roku – wydatki na reklamę i ogłoszenia wyników w roku 1999, powiększone proporcjonalnie do wzrostu przychodów osiągniętych przez T. S. w poprzednim roku obrotowym” (§ 10 zd. 2 umowy w brzmieniu nadanym aneksem z dnia 26 września 2009 r.).

Z kolei P. sp. z o.o. zobowiązała się do „zabezpieczenia czasu emisyjnego na zakupywane przez T.S. ogłoszenia - wyników losowań gier w tym samym, uzgodnionym przez strony, paśmie reklamowym (w danej ramówce sezonowej)” (§ 9 ust. 2 *in fine* umowy).

Ponadto w umowie „strony ustaliły”, że na zakup ogłoszeń i reklam „P. udzieli T.S. 15% rabatu plus ewentualne dodatkowe rabaty typu: sezonowego, za przedpłaty itp.” (§ 9 pkt 3); postanowiono też, że należności za emisje reklam będą obliczane każdorazowo przy składaniu zleceń, zgodnie z aktualnym dla danego okresu cennikiem P. sp. z o.o. i z uwzględnieniem odpowiednich rabatów (§ 9 pkt 4), uregulowano kolejność naliczania rabatów (§ 9 pkt 5) oraz czas i sposób uiszczania należności na konto P. sp. z o.o. (§ 9 pkt 6).

W § 11 pkt 2 umowy zastrzeżono, że „W razie zerwania umowy przez którąkolwiek ze stron lub zaprzestania jej wykonywania, w okresie obowiązywania umowy, strona która zerwie umowę lub zaprzestanie jej wykonywania, zobowiązana będzie do zapłaty pozostałym stronom umowy, kar umownych w wysokości po 5.000.000, zł dla każdej z pozostałych stron umowy (za wycofanie losowań z programu T.).

Ponadto w razie zerwania umowy lub zaprzestania jej wykonania przez T.S., T.S. zapłaci T. odszkodowanie w wysokości budżetu reklamowego przeznaczonego dla T. według § 10 za okres pozostały do wygaśnięcia umowy zgodnie z § 11 pkt 1”.

Umowa została zawarta do dnia 2 marca 2004 r., pod pewnymi warunkami podlegała przedłużeniu do końca 2009 r., po czym mogła być przedłużana na dalsze okresy pięcioletnie (§ 11 pkt 1).

Współpraca między stronami trwała do dnia 31 grudnia 2009 r., kiedy to - wskutek wypowiedzenia przez stronę pozwaną - dobiegł kresu czas związania umową.

Współpraca ta w zakresie emisji reklam i ogłoszeń była realizowana w ten sposób, że pozwany lub jego agencja reklamowa kontaktował się z biurem reklamy powódki, uzgadniając z nim budżet, termin i przedmiot emisji; na tej podstawie biuro przygotowywało zlecenie określające przedmiot i termin emisji oraz należne za nią wynagrodzenie (uwzględniające upusty) i przesyłało je pocztą elektroniczną do pozwanego, gdzie było ono drukowane i podpisywane przez dwóch członków zarządu pozwanego, a następnie przesyłane faksem do biura; faktury za emisję wystawiało biuro. Co do zasady biuro realizowało w pełni zlecenia pozwanego, wyjątki dotyczyły tylko doraźnych, zlecanych z dnia na dzień kampanii kumulacyjnych.

W okresie obowiązywania umowy biurem reklamy powódki była pierwotnie strona umowy, spółka P.; następnie pismem z dnia 22 stycznia 2004 r. powódka poinformowała pozwanego, że od dnia 1 stycznia 2004 r. podmiotem upoważnionym przez T. do sprzedaży czasu antenowego jest PM sp. z o.o., działająca następnie pod firmą P. M. sp. z o.o.

W czasie trwania współpracy uzgodnione w umowie minimalne kwoty rocznych wydatków pozwanego na ogłoszenia i reklamy w T., zostały zrealizowane tylko parokrotnie. W pozostałych latach, w tym w 2008 r., nie zostały one zrealizowane w pełni.

Po wypowiedzeniu umowy strony prowadziły negocjacje co do dalszej współpracy i rozliczenia niewydatkowanych kwot, jednak nie zakończyły się one powodzeniem. Powódka - wspólnie z P. sp. z o.o. - dwukrotnie wzywała pozwanego do próby ugodowej, domagając się zapłaty tych kwot; pierwsze wezwanie miało miejsce w dniu 29 grudnia 2008 r. i obejmowało roszczenia za lata 2000-2007, a drugie nastąpiło w dniu 30 grudnia 2010 r. i dotyczyło roszczeń za lata 1999-2008 na kwotę 20 896 901 zł.

Kwota żądana pozwem odpowiadała wyliczonej przez powódkę różnicy między ogólną kwotą wydatków, które zgodnie z umową pozwany miał ponieść na ogłoszenia i reklamy w T., a ogólną kwotą wydatków faktycznie poniesionych.

Wyrokiem z dnia 30 grudnia 2014 r. Sąd Okręgowy w [...] oddalił powództwo, uznając, że umowa zawarta przez strony miała charakter ramowy, zobowiązywała

bowiem pozwanego do zawierania umów wykonawczych zlecenia emisji ogłoszeń lub reklam, nie dookreślając jednak wystarczająco jego świadczenia (ceny, terminu i przedmiotu jednostkowych emisji), co wykluczało jego przymusową realizację. W ocenie Sądu pierwszej instancji powództwo nie zasługiwałoby na uwzględnienie także wówczas, gdyby przyjąć, że strony zawarły inną niż ramowa umowę nienazwaną, ponieważ powód nie wykazał przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej: nie wykazał wysokości szkody, jej istnienia oraz związku przyczynowego. Na podstawie złożonych przez powoda dokumentów nie było możliwe ustalenie wartości niewykorzystanego przez powódkę czasu reklamowego, a także „kwoty bazowej” wskazanej w § 10 zd. 2 umowy, odpowiadającej wydatkom pozwanego na reklamę i ogłoszenia wyników w 1999 r.

Uwzględniając w części apelację powódki, Sąd Apelacyjny w [...] zasądził na jej rzecz kwotę 5 531 165 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 17 lutego 2011 r. Uznał, że wprowadzie zawarta przez strony umowa w chwili jej zawarcia nie określała - jeżeli chodzi o emisję reklam i ogłoszeń - świadczenia możliwego do wykonania *in natura* w drodze egzekucji lub wykonania zastępczego, jednakże nie oznacza to, iż była to umowa ramowa nierodząca odpowiedzialności odszkodowawczej za niewykonanie zobowiązań ujętych w jej postanowieniach. W ocenie Sądu strony zawarły umowę definitywną podlegającą przepisom o umowie o świadczenie usług, umowa ta bowiem obejmowała definitywne zobowiązanie powódki do emisji reklam (w oparciu o cenniki, po otrzymaniu zlecenia za pośrednictwem biura reklamy) oraz zobowiązanie pozwanego do zlecenia emisji w ramach czasu antenowego o globalnej wartości określonej na poszczególne lata.

Sąd dostrzegł, że do konkretyzacji poszczególnych świadczeń potrzebne były zlecenia, jednakże uznał, iż dotyczyły one jedynie kwestii technicznych, ponieważ podstawy do ustalenia wynagrodzenia za realizację zlecenia zostały wiążąco określone już w umowie i ten sposób ustalania wynagrodzenia był w praktyce respektowany. Konkretyzacja została pozostawiona samemu pozwanemu, który miał prawo decydować o przedmiocie konkretnej reklamy (ogłoszenia), jej czasie i paśmie emisji; będące korelatem tego prawa zobowiązanie pozwanego do emisji reklam w czasie wskazanym przez pozwanego było -

ze względu na specyfikę dotyczącą ogłoszeń wyników losowań, w tym tzw. kumulacji - zobowiązaniem starannego działania.

Sąd Apelacyjny wskazał zarazem, że nawet, gdyby przyjąć, że zawarta przez strony umowa była umową ramową, to i tak mogłaby uzasadniać żądanie odszkodowania na podstawie art. 471 k.c. za niewykonanie zobowiązania zlecenia emisji reklam o wartości określonej stosownie do postanowień § 10 umowy.

W ocenie Sądu, pozwany mógł się uwolnić od odpowiedzialności odszkodowawczej tylko przez wykazanie, że niezrealizowanie założonych w umowie wydatków nastąpiło z przyczyn leżących po stronie powódki, jednak nie sprostął temu ciężarowi.

W związku z tym Sąd drugiej instancji uznał, że szkodą powódki jest wynagrodzenie, którego nie uzyskała wobec niezrealizowania w pełni przez pozwanego zobowiązania do emisji płatnych reklam i ogłoszeń, a jej wysokość odpowiada różnicy między wartością wydatków zagwarantowaną przez pozwanego w § 10 zd. 2 umowy, a wydatkami faktycznie poniesionymi. Ewentualna możliwość sprzedaży przez powódkę niewykorzystanego czasu antenowego innym podmiotom winna być rozpatrywana jedynie w kategoriach *compensatio lucri cum damno*, a ciężar wykazania, że powód „sprzedał” innym podmiotom czas antenowy, spoczywał na pozwanym, który w tym zakresie nie wykazał żadnej inicjatywy dowodowej.

Zdaniem Sądu, dla określenia szkody powódki nie ma także znaczenia pośrednictwo biura reklamy, ponieważ miało ono charakter czysto techniczny; biuro działało we własnym imieniu, ale na rachunek powoda. W rezultacie Sąd przyjął domniemanie faktyczne, że niedokonanie zleceń o zagwarantowanej w umowie wysokości pociągało za sobą szkodę w majątku powódki w postaci utraconych dochodów z emisji reklam i ogłoszeń.

Określając wysokość należnego odszkodowania, Sąd zaakceptował wyliczenia powoda co do kwoty bazowej oraz wydatków faktycznie poniesionych przez pozwanego w poszczególnych latach. Podzielając w tym względzie pogląd Sądu Okręgowego, uznał, że przedstawione przez powoda dowody w postaci zleceń emisji reklam i ogłoszeń oraz wydruków komputerowych takich

zleceń, faktur VAT, bankowych potwierdzeń wpłat i zestawień sprzedaży oraz wydruków komputerowych z systemu księgowego „Pr.” spółki pełniącej rolę biura reklam powoda, mogą być podstawą poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych co do wartości faktycznie zakupionego przez pozwanego czasu antenowego w poszczególnych latach realizacji umowy. Stwierdził, że nawet jeżeli przyjąć, iż kopie faktur, wydruki komputerowe zleceń czy też wydruki komputerowe z systemu księgowego „Pr.” nie są dowodami bezpośrednio świadczącymi o wartości faktycznie zakupionego przez pozwanego czasu antenowego w poszczególnych latach realizacji umowy, to pozwalają na przyjęcie domniemania faktycznego, że faktycznie dokumenty o takiej treści zostały właśnie sporządzone. Obalenie tego domniemania należało do pozwanego, jako podmiotu, który powinien dysponować oryginałami faktur i zleceń, co jednak nie nastąpiło. Wzrost przychodów, o którym mowa w § 10 zd. 2 umowy, istotny dla określenia poziomu należnych wydatków na ogłoszenia i reklamy za kolejne lata, Sąd ustalił na podstawie rachunków zysków i strat pozwanego.

Zasądzona kwota odpowiadała nieprzedawnionemu roszczeniu powódki za rok 2008 r. W pozostałym zakresie - wobec zarzutu przedawnienia - Sąd uznał roszczenia powoda za przedawnione.

Stosownie do sprostowania na rozprawie przed Sądem Najwyższym w dniu 29 marca 2017 r. skargi kasacyjnej, pozwany zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w części uwzględniającej apelację powódki oraz rozstrzygającą o kosztach, zarzucając mu naruszenie prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie:

- art. 353 w związku z art. 353¹ k.c. poprzez nieprawidłową wykładnię umowy przez przyjęcie, że umowa ta miała charakter definitywnej umowy rezultatu, nakładającej na pozwanego obowiązek zawarcia umów realizacyjnych o określonej wartości, mimo iż pozwany nie był uprawniony do składania jednostronnych oświadczeń prawokształtujących przyszłe akty wykonawcze z umowy ramowej w związku z tym umowa ta nie mogła mieć charakteru rezultatu, ponieważ umowy realizacyjne miały być zawierane w trybie negocjacji z zastrzeżonym przed powoda podmiotem trzecim, według cenników tego podmiotu i z zastosowaniem udzielonych przez ten podmiot rabatów i upustów;

- art. 353 w związku z § 10 i § 9 umowy poprzez przyjęcie, że wierzyciel miał prawo w warunkach tzw. umowy ramowej niepodlegającej wykonaniu *in natura* lub wykonaniu zastępczemu, żądania od dłużnika osiągnięcia wskazywanego przez sąd rezultatu w postaci zawarcia umów realizacyjnych o określonej wartości, mimo jednoczesnego przyjęcia przez sąd, iż dług pozwanego polegał na obowiązku kontraktowania, a więc co najwyżej na obowiązku starannego działania, w rozumieniu całego § 10 w związku z § 9 umowy, a nie tylko jego części odnoszącej się do wartości pieniężnych, czego konsekwencją było nieuprawnione przyjęcie przez sąd, że obowiązek kontraktowania tj. współdziałania przy zawieraniu umów realizacyjnych jest jednocześnie obowiązkiem rezultatu;

- art. 353 w związku z art. 353¹ w związku z art. 471 k.c. poprzez nieprawidłową wykładnię umowy, czego konsekwencją było błędne przyjęcie, że w warunkach tzw. umowy ramowej niepodlegającej wykonaniu *in natura* lub wykonaniu zastępczemu, zobowiązanie dłużnika polegające na obowiązku kontraktowania może być jednocześnie zobowiązaniem rezultatu rozumianym jako zawarcie umów realizacyjnych i błędne przyjęcie, że dłużnik ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą z umowy ramowej w granicach tzw. pozytywnego interesu umowy rozumianego jako wartość niezawartych umów realizacyjnych;

- art. 353¹ k.c. w związku z § 10 umowy poprzez pominięcie istotnej części regulacji przyjętej przez strony w § 10 umowy, a dotyczącej proporcji rozkładu wydatków pozwanego na kampanie telewizyjne w T. i innych stacjach telewizyjnych, co skutkowało dokonaniem oceny obowiązku pozwanego wyłącznie w części dotyczącej wartości pieniężnej niezrealizowanych umów realizacyjnych;

- art. 353¹ k.c. w związku z § 9 umowy w związku z art. 471 k.c. poprzez niewłaściwą ocenę roli i funkcji podmiotu trzeciego, określonego w § 9 umowy, czego konsekwencją było pominięcie przez sąd, że wskazywany obowiązek kontraktowania dotyczył wyłącznie tego podmiotu, a więc obowiązek zapłaty dotyczył także podmiotu trzeciego;

- art. 393 k.c. i błędną ocenę roli i funkcji podmiotu trzeciego, na rzecz którego zastrzeżono obowiązek świadczenia nie tylko w zakresie obowiązku

współdziałania przy zawieraniu umów realizacyjnych, ale przede wszystkim zawierania z tym podmiotem umów wykonawczych, których podstawą były cenniki i rabaty czy upusty przyznawane dłużnikowi przez ten podmiot; czego dalszą konsekwencją było pominięcie oceny skutków zastrzeżenia przez wierzyciela świadczenia na rzecz podmiotu trzeciego w kontekście art. 471 k.c.;

- art. 6 w związku z art. 361 i 363 k.c. i przyjęcie, że powód udowodnił dochodzone roszczenia odszkodowawcze, mimo zastrzeżenia świadczenia (rozumianego jako obowiązek kontraktowania na zasadzie określonej w § 9 umowy) na rzecz podmiotu trzeciego, a w szczególności, iż powód udowodnił istnienie szkody w rozmiarze przyjętym w zaskarżonym wyroku oraz związek przyczynowy, a to wszystko w warunkach niewłaściwego zastosowania art. 393 § 1 k.c. oraz w warunkach niewłaściwego zastosowania art. 245 k.p.c. poprzez orzekanie na podstawie dokumentu nieistniejącego w aktach sprawy;

- art. 361 w związku z art. 471 k.c. poprzez przyjęcie, że w warunkach tzw. umowy ramowej niepodlegającej wykonaniu *in natura* lub wykonaniu zastępczemu granice odpowiedzialności odszkodowawczej polegają na pozytywnym interesie umowy rozumianym jako wartość niezawartych umów wykonawczych, choć obowiązek dłużnika polegał - co najwyżej - na obowiązku starannego działania, a nie rezultatu, a dodatkowo na rzecz zastrzeżonego przez wierzyciela podmiotu trzeciego (§ 9 umowy).

Pozwany zarzucił również naruszenie prawa materialnego przez niezastosowanie art. 362 k.c. poprzez zaniechanie oceny skutków bezczynności powoda i podmiotu trzeciego, o którym mowa w § 9 umowy, w zakresie współdziałania stron przy zawieraniu umów realizacyjnych, mimo ustalenia, że powód podniósł kwestię niewykonanych „budżetów” dopiero po 8 latach wykonywania długoterminowej umowy ramowej tj. po jej wypowiedzeniu przez pozwanego.

W ramach drugiej podstawy kasacyjnej skarżący zarzucił naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, tj. naruszenie art. 382 w związku z art. 328 oraz 231 k.p.c. w ten sposób, że w warunkach merytorycznego sądzenia sprawy i przyjęcia dalej idących ustaleń

faktycznych odnoszących się do zakresu odpowiedzialności pozwanego i przyjętego rozmiaru szkody, Sąd Apelacyjny:

- wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 328 k.p.c. nie wskazał dowodów, na których oparł w sprawie swoje ustalenia faktyczne w zakresie wartości (kwota bazowa rozumiana jako wydatki pozwanego w 1999 r. oraz wartość sprzedaży pozwanego) służących sądowi do wyliczenia wartości szkody, czego konsekwencją jest niemożliwość ustalenia i oceny, na jakiej podstawie dowodowej sąd przyjął zaskarżone orzeczenie, co stanowi istotne naruszenie przepisów postępowania mogące mieć wpływ na wynik rozstrzygnięcia;

- wbrew regułom art. 231 k.p.c. przyjął domniemanie faktyczne, co do charakteru stosunku prawnego łączącego wierzyciela i podmiot trzeci, o którym mowa w § 9 Umowy, wyłącznie na podstawie spornej umowy, której cel i przedmiot nie uprawniał do dokonywania oceny prawnej stosunku prawnego tych podmiotów, ponieważ umowa ta (bez odrębnego zbadania stosunku prawnego łączącego wierzyciela i podmiot trzeci) nie pozwalała przyjąć w trybie domniemań faktycznych, że całe świadczenie pieniężne pozwanego świadczone na rzecz zastrzeżonego przez wierzyciela podmiotu trzeciego finalnie należne byłoby w całości powodowi, co stanowiło podstawę przyjęcia przez Sąd, iż szkoda powoda stanowi całą wartość niezrealizowanych umów realizacyjnych; naruszenie to ma bezpośredni i istotny wpływ na wynik rozstrzygnięcia.

Pozwany zarzucił także naruszenie art. 382 w związku z art. 245 k.p.c. w ten sposób, że w warunkach merytorycznego sądenia sprawy Sąd Apelacyjny orzekał na podstawie nieistniejącego w aktach sprawy dowodu z dokumentu prywatnego w rozumieniu art. 245 k.p.c. w postaci „wykazu sporządzonego przez firmę N.”, a który to dokument w świetle oceny prawnej Sądu miał decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia w sprawie.

W konsekwencji skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] oraz o przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania przy uwzględnieniu kosztów postępowania kasacyjnego ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy oraz o zwrocie

spełnionego przez pozwanego świadczenia z uwzględnieniem kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego zarzut naruszenia art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. może być skutecznym zarzutem kasacyjnym tylko wyjątkowo, gdy treść uzasadnienia orzeczenia zaskarżonego skargą kasacyjną nie pozwala na określenie ustaleń faktycznych i ocen prawnych, które legły u podstaw rozstrzygnięcia, co uniemożliwia dokonanie kontroli kasacyjnej (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2014 r., I CSK 735/13, nie publ., z dnia 16 grudnia 2015 r., IV CSK 149/15, nie publ., z dnia 17 grudnia 2015 r., I CSK 1028/14, nie publ., z dnia 15 kwietnia 2016 r., I CSK 278/15, nie publ. i tam przywoływane dalsze orzeczenia). Sytuacja taka nie występuje w niniejszej sprawie. Wprawdzie uzasadnienie zaskarżonego wyroku jest rzeczywiście - co do wskazanych kwestii - bardzo zwięzłe, jednakże nie uniemożliwia kontroli kasacyjnej. Wynika z niego wyraźnie, że wartość sprzedaży pozwanego Sąd drugiej instancji ustalił na podstawie rachunków zysków i strat (s. 40). Z kolei przyjęta przez Sąd (s. 40 uzasadnienia) „kwota bazowa” 25 215 570,87 zł (bez VAT) odpowiadająca wydatkom pozwanego na reklamę i ogłoszenia wyników w roku 1999 r. (§ 10 zd. 2 umowy) została ustalona stosownie do wyliczeń przedstawionych w pozwie i w załączniku nr 1 (k. 5, 15), na podstawie przedstawionych przez powódkę dowodów i wynikających z nich domniemań faktycznych (s. 21 uzasadnienia). Uznając te dowody za wiarygodne, Sąd Apelacyjny stwierdził wprawdzie *explicite* jedynie, że mogą być podstawą ustaleń faktycznych co do wartości faktycznie zakupionego przez pozwanego czasu antenowego w poszczególnych latach „realizacji umowy”, ale nie ma żadnych podstaw, by uznać, iż inaczej oceniał wartość tych dowodów w odniesieniu do ustalenia wartości wydatków poniesionych przez pozwanego na reklamę i ogłoszenia wyników w 1999 r. Należy uwzględnić, że przywołane przez Sąd - i uznane za wiarygodne - dowody m.in. w postaci bankowych potwierdzeń wpłat pozwanego, zleceń i faktur wystawionych w związku z emisją reklam oraz wydruków komputerowych z systemu księgowego „Pr.” obejmowały także rok 1999

(por. m.in. k. 15-17, 150, 5547, 5565, 5560 i n., 5668-5671) i potwierdzają ustalenie Sądu co do wysokości „kwoty bazowej”.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego (zob. wyroki: z dnia 11 stycznia 2007 r., II CSK 400/06, niepubl., z dnia 13 sierpnia 2008 r., I CSK 83/08, niepubl., z dnia 6 listopada 2013 r., IV CSK 119/13, niepubl., z dnia 9 stycznia 2014 r., V CSK 87/13, niepubl., z dnia 5 lutego 2014 r., V CSK 140/13, niepubl., z dnia 9 października 2014 r., I CSK 544/14, niepubl.) zarzut naruszenia art. 231 k.p.c. w ogóle nie może być podstawą skargi kasacyjnej, ponieważ jako dotyczący ustalenia faktów objęty jest wyłączeniem przewidzianym w art. 398³ § 3 k.p.c. Przesądza to o bezzasadności zarzutu naruszenia art. 382 w związku z art. 231 k.p.c.

Z kolei zarzut naruszenia art. 382 w związku z art. 245 k.p.c. jest nietrafny już z tego względu, że w rzeczywistości Sąd Apelacyjny wyraźnie uznał kwestionowany przez skarżącego dowód za pozbawiony znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (s. 20), ponieważ kwestia, czy powódka sprzedała - w całości lub w części - czas antenowy daremnie „zarezerwowany” dla pozwanego, mogła być podnoszona w ramach zarzutu *compensatio lucri cum damno* i w tym zakresie ciężar dowodu spoczywał na pozwanym, który nie zgłosił żadnych wniosków dowodowych (s. 21).

Pierwsza grupa sformułowanych przez pozwanego zarzutów naruszenia prawa materialnego dotyczy charakteru zawartej przez strony umowy, natury zobowiązania pozwanego oraz zakresu jego odpowiedzialności odszkodowawczej.

Zarzut naruszenia art. 361 w związku z art. 471 k.c. w części, w której skarżący przypisuje Sądowi Apelacyjnemu przyjęcie, że „w warunkach tzw. umowy ramowej” granice odpowiedzialności odszkodowawczej polegają na pozytywnym interesie umowy, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ uwagi Sądu dotyczące odpowiedzialności na gruncie umowy ramowej miały charakter jedynie poboczny; Sąd ten uznał, iż zawarta między stronami umowa miała charakter umowy definitywnej.

Zastrzeżenia wywołują również zarzuty dotyczące wykładni umowy, ponieważ materialnoprawną podstawą wykładni jest art. 65 k.c., a naruszenia tego

przepisu nie zarzucono. Przywołany przez pozwanego w tym kontekście art. 353 k.c. nie reguluje wykładni umowy, lecz definiuje pojęcie zobowiązania oraz wyraża zasadę, że zobowiązania - w tym także zobowiązania umowne o treści ustalonej na podstawie art. 65 i 56 k.c. - mają charakter prawnie wiążący między stronami i w związku z tym ich wykonanie może być wymuszone środkami prawnymi. Natomiast art. 353¹ k.c. reguluje granice swobody umów obligacyjnych i może mieć - w związku z zasadą *favor contractus* - jedynie pośrednie znaczenie dla wykładni umów.

Nie oznacza to jednak, że omawiane zarzuty w ogóle nie stwarzają podstaw do kontroli kasacyjnej, z ich uzasadnienia bowiem wynika, iż w istocie odnoszą się nie tyle do prawidłowości ustalenia woli stron, ile do poprawności jej kwalifikacji prawnej oraz wynikających z tego konsekwencji dla odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego. Chodzi tu zatem nie tylko o wykładnię umowy, lecz także o wykładnię przepisów części ogólnej oraz szczegółowej zobowiązań. Wprawdzie skarżący - kwestionując przyjętą przez Sąd Apelacyjny kwalifikację prawną umowy - nie zarzucił naruszenia art. 750 k.c. i innych przepisów dotyczących (odpowiednio) umowy o świadczenie usług, jednakże jest jasne, iż kwalifikację tę podważa, czego bezpośrednim wyrazem jest właśnie zarzut naruszenia art. 353 k.c. jako podstawowego przepisu, z którego wynika obowiązek spełnienia świadczeń uzgodnionych w umowie nienazwanej, w tym w umowie ramowej.

Zarzut naruszenia art. 353 k.c. należy zatem rozumieć jako zarzut wywiedzenia z przedmiotowej umowy konsekwencji prawnych, które nie mają podstawy w złożonych oświadczeniach woli. U podstaw tego zarzutu leży przeświadczenie pozwanego, że zawarta przez strony umowa była umową ramową i jako taka nie mogła zobowiązywać pozwanego do osiągnięcia rezultatu w postaci zawarcia umów o określonej wartości pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej obejmującej tzw. pozytywny interes umowy (zarzut naruszenia art. 361 w związku z art. 471 k.c.). Za taką kwalifikacją umowy przemawia - zdaniem skarżącego - w szczególności to, że nie regulowała ona wyczerpująco treści zleceń dotyczących emisji reklam lub ogłoszeń; do ich dookreślenia

niezbędne były negocjacje między stronami, a nie jednostronne oświadczenie woli pozwanego.

Ustosunkowując się do wskazanych zarzutów, należy przede wszystkim przypomnieć, że w prawie zobowiązań nie wyodrębniono dotychczas szczegółowej regulacji dotyczącej umowy ramowej. Unormowanie zawarte w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (obecnie tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w tym definicja umowy ramowej (art. 2 pkt 9a), ma charakter późniejszy względem zawarcia spornej umowy, a ponadto jego bezpośrednie znaczenie ogranicza się właśnie do prawa zamówień publicznych. Ograniczony zakres zastosowania ma także definicja zamieszczona w art. 2 pkt 31 ustawy z dnia 24 października 2011 r. o usługach płatniczych (jednolity tekst: Dz.U. z 2016 r., poz. 1572 ze zm.).

Oznacza to, że nie ma ogólnych przepisów cywilnoprawnych, które w sposób wiążący określałyby cechy charakterystyczne (konstytutywne) umowy ramowej i dookreślałyby - imperatywnie albo dyspozytywnie - jej reżim prawny. Trudno też mówić o w pełni wykształconym, jednolitym typie empirycznym umowy ramowej, który - mocą ustalonego zwyczaju (art. 56 k.c.) - w pełni substytuowałby ten brak. Z tego względu do wniosków mających wynikać z samego zakwalifikowania konkretnej umowy obligacyjnej jako ramowej należy podchodzić z ostrożnością; decydujące znaczenie dla określenia treści stosunku prawnego wynikającego z takiej umowy powinna mieć jej treść oceniana w świetle przepisów prawa zobowiązań. Dotyczy to także ustalenia, czy - i ewentualnie pod jakimi warunkami - mocą takiej umowy strony były zobowiązane do zawierania dalszych umów wykonawczych albo dokonywania innych aktów wykonawczych, zmierzających do zaspokojenia ich finalnych interesów oraz zakresu związanej z tym odpowiedzialności odszkodowawczej.

W istotnej w tym miejscu części umowa zawarta w dniu 31 grudnia 1999 r. miała cechę „ramowości” w tym sensie, że regulowała - zgodnie z brzmieniem § 1 *tiret* 2 - „warunki współpracy” dotyczące zakupu czasu antenowego dla emisji ogłoszeń i reklam pozwanego. „Zakupy” miały być dokonywane zgodnie z zasadami zakupu reklam biura reklam powoda (spółka P.) i obowiązującymi we

właściwym czasie cennikami (§ 9 pkt 1, 4); ponadto pozwanemu przyznano stały rabat, określono sposób jego naliczania w zestawieniu z rabatami okresowymi oraz sposób i czas uiszczania należności za poszczególne emisje (§ 9 pkt 3-6). „Warunki współpracy” przewidywały też „składanie” przez pozwanego „zleceń” emisyjnych (§ 9 pkt 4); zastrzeżono w nich również, że płatne ogłoszenia będą transmitowane o czasie emisyjnym i w paśmie (w porze) uzgodnionym przez powódkę z pozwanym (§ 9 pkt 1).

Umowa nie określała liczby ani czasu dokonania poszczególnych „zakupów” (zleceń emisyjnych). Nie określała też w pełni treści poszczególnych „zakupów” (zleceń emisyjnych), które miały być dokonywane przez pozwanego w biurze reklamy i realizowane przez powódkę, poprzestając na ogólnym określeniu ich przedmiotu („zakup” czasu antenowego na ogłoszenia wyników losowań i reklamy) oraz wiążącym wskazaniu podstaw do ustalenia wynagrodzenia za poszczególne emisje. Konkretyzacji w ramach poszczególnych zleceń wymagały: przedmiot, czas i pora emisji.

Sąd drugiej instancji nie wypowiedział się jednoznacznie co do tego, czy składanie poszczególnych zleceń wymagało dodatkowych uzgodnień, czy też - co kwestionuje skarżący - do złożenia zlecenia wystarczające było jednostronne oświadczenie woli pozwanego, niemniej stanowczo akcentował, że dookreślenie brakujących elementów zlecenia dotyczyło „kwestii technicznych” i było „prawem” oraz „decyzją” pozwanego.

Treść umowy z dnia 31 grudnia 1999 r. odwołująca się do pojęć charakterystycznych dla stosunków umownych (w § 9 pkt 1 mowa o „zakupywaniu” płatnych ogłoszeń, „zasadach zakupu” i „cenach” oraz „uzgodnieniach” dotyczących czasu i pasma emisji, w § 9 pkt 2 - o zobowiązaniu do „zakupu” i „uzgodnieniach” dotyczących pasma emisji), zasady przyjmowania reklam przez biura reklam powódki, do których odsyłał § 9 pkt 1 zd. 2 umowy, wskazujące na umowny charakter zleceń, jak również stosowany w praktyce „uzgodnieniowy” tryb zlecania emisji mogą świadczyć o dwustronnym charakterze składania zleceń.

Z punktu widzenia istoty niniejszego sporu kwestia ta ma jednak znaczenie drugorzędne. Odesłanie do właściwych czasowo cenników biura reklamy powódki,

precyzyjne uregulowanie udzielania rabatów oraz sposobu i czasu uiszczania należności za poszczególne emisje, świadczy niezbicie o tym, że intencją stron uzgadniających „warunki współpracy” było określenie - tak dalece jak to możliwe - kwestii proceduralnych i materialnych dotyczących składania zleceń. W ten sposób obszar dodatkowych, koniecznych konkretyzacji (jednostronnych albo dwustronnych) dotyczących poszczególnych emisji został ograniczony - jak trafnie wskazał Sąd Apelacyjny - do kwestii technicznych. Rozwiązanie takie nie miało służyć jedynie usprawnieniu przyszłego procesu składania i rozliczania zleceń, lecz także - a raczej przede wszystkim - ograniczeniu do minimum kręgu potencjalnych przyczyn, które mogłyby zakłócić proces składania, przyjmowania i realizacji zleceń. Było to kluczowe dlatego, że uzgodnione w umowie „warunki współpracy” w zakresie zakupu czasu antenowego dla emisji ogłoszeń i reklam pozwanego, nie ograniczały się do technicznoprawnego ukształtowania ram przyszłego procesu składania zleceń („zakupu” czasu antenowego) - co zakładałoby, że proces ten został nadal pozostawiony swobodnej decyzji stron - lecz obejmowały również stanowcze zobowiązania stron.

Z umowy wynika jednoznacznie, że powódka zobowiązała się do emitowania płatnych ogłoszeń i reklam pozwanego (§ 9 pkt 1), a jej biuro reklam (spółka P.) zobowiązało się do „zabezpieczenia czasu emisyjnego” na ogłoszenia uzgodnione między powódką a pozwanym (§ 9 pkt 2). Nie powinno budzić wątpliwości, że dorozumianym korelatem tych zobowiązań było zobowiązanie do uwzględniania (realizacji) - w granicach możliwości i należytej staranności - zleceń pozwanego. Oznacza to, że złożenie skonkretyzowanego zlecenia przez pozwanego aktualizowało – we wskazanych granicach - obowiązek jego uwzględnienia (akceptacji) i realizacji, niezależnie od tego, czy uzna się, że zlecenie miało charakter jednostronnego oświadczenia woli czy też wymagało akceptacji ze strony biura reklamy. Zobowiązanie do uwzględniania zleceń ciążyło pierwotnie na spółce P., natomiast po zmianie biura reklamy należy uznać, że powódka była gwarantem co do uwzględniania zleceń pozwanego przez podmiot wskazany w § 9 pkt 2 umowy (art. 391 k.c.).

Stanowcze zobowiązanie zaciągnął również pozwany, zobowiązując się do „zakupu” ogłoszeń (reklam) o minimalnej wartości określonej algorytmicznie dla

poszczególnych lat (§ 9 pkt 2, § 10 zd. 2). Treść § 10 zd. 2 umowy ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu i niemal całkowite jego pominięcie w wywodach skargi kasacyjnej - skądinąd znamienne - w znacznej mierze podważa walor przytoczonej tam argumentacji. Określone w § 10 zd. 2 zobowiązanie nie pozwala stwierdzić, że dokonywanie „zakupu” czasu antenowego pozostawione zostało swobodnej decyzji pozwanego. Wprawdzie składanie poszczególnych zleceń i związane z tym określenie przedmiotu, czasu i pory emisji pozostawione zostało jego inicjatywie i nie mogło być wymuszone egzekucyjnie czy też zrealizowane przez wykonanie zastępcze, jednakże swoboda pozwanego została w zasadniczy sposób ograniczona przez określenie w § 10 minimalnej, corocznej kwoty wydatków na ogłoszenia i reklamy. Paragraf 10 zd. 2 k.c. nie pozwala sprowadzić - jak chce skarżący - zobowiązania pozwanego do ogólnego obowiązku „negocjowania umów realizacyjnych” w dobrej wierze (por. art. 72 k.c.). Składanie poszczególnych zleceń „w dobrej wierze” było koniecznym środkiem do wykonania ściśle (w ostateczności kwotowo) określonego zobowiązania właściwego. W związku z tym nie można też przyjąć - co sugeruje skarżący - że pozwany naruszał swe zobowiązanie tylko wtedy, gdy odmawiał „podpisania umów realizacyjnych” albo całkowicie uchylał się od obowiązku kontraktowania. Ze względu na § 10 zd. 2 umowy pozwany winien był wykazać niezbędną inicjatywę w zakresie składania zleceń, a częściowe wykonanie zobowiązania do wydatkowania określonych kwot ma jedynie to znaczenie, że również niewykonanie zobowiązania było częściowe. Takie samo znaczenie ma stwierdzenie, że pozwany respektował określone wiążąco w § 10 zd. 1 umowy proporcje wydatków na kampanie telewizyjne.

Skonkretyzowany w § 10 umowy kształt zobowiązania pozwanego sprawia, że jego niewykonanie - w całości albo w części - może być podstawą odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie art. 471 k.c., obejmującej pozytywny interes umowy. W braku bowiem regulacji szczególnych (por. np. art. 390 § 1 zd. 1 k.c.) zakres odpowiedzialności odszkodowawczej za niewykonanie zobowiązania wyznacza art. 361 k.c., przypisując decydujące znaczenie przesłankom związku przyczynowego oraz szkody. W świetle zasad ogólnych ograniczenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej do szkody związanej z bezowocnym wdaniem się w proces

kontraktowania (tzw. negatywny interes umowy) jest konsekwencją braku stanowczych zobowiązań stron do spełnienia określonych świadczeń (umowa ostatecznie nie zostaje zawarta) albo niedookreślenia tych świadczeń; jeżeli bowiem strony zaciągnęły stanowcze zobowiązania co do zawarcia w przyszłości innej umowy (innych umów) albo dokonania czynności prawnej (czynności prawnych), ale nie określiły wystarczająco przyszłych świadczeń, nie da się ustalić wysokości szkody mającej wynikać z ich niezyskania. Treść § 10 umowy sprawia, że żadna z tych sytuacji nie występuje w niniejszej sprawie, art. 361 w związku z art. 471 k.c. nie stwarza zatem żadnych podstaw do ograniczenia odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego do ujemnego interesu umowy. Podstawy tej nie stwarzałby również art. 390 § 1 zd. 1 k.c., nawet gdyby uznać, że powinien on znaleźć zastosowanie wprost albo *per analogiam* (por. art. 390 § 2 k.c.).

Szttywne określenie minimalnej kwoty rocznych wydatków, do których zobowiązany był pozwany, a więc określenie konkretnego „rezultatu”, nie oznacza *per se* - podobnie jak np. sztywne określenie ceny w umowie sprzedaży - odstępstwa od zasady, że dłużnik odpowiada za niedochowanie należytej staranności (art. 472 k.c.) i w tym znaczeniu można stwierdzić, iż zobowiązanie pozwanego było zobowiązaniem „starannego działania”. Stanowisko Sądu drugiej instancji nie zawiera w tym względzie żadnych sprzeczności. W tym sensie zobowiązaniem „starannego działania” było również zobowiązanie powódki i spółki P. do uwzględniania (realizacji) zleceń pozwanego. Właśnie w tym kontekście ujawnia się waga dokonanych w umowie wiążących uzgodnień co do zasad dokonywania „zakupów” i wysokości wynagrodzenia za poszczególne emisje; ustalenia te w zasadniczy sposób ograniczyły potencjalne przyczyny, które mogłyby usprawiedliwiać niewywiązanie się przez strony z ich zobowiązań. W każdym razie Sąd drugiej instancji trafnie przyjął, że pozwany mógł się uwolnić od odpowiedzialności odszkodowawczej przez wykazanie, iż niezrealizowanie założonych w umowie wydatków nastąpiło z przyczyn, za które nie odpowiada, zwłaszcza leżących po stronie powódki lub jej biura reklamy (np. z powodu bezzasadnych odmów uwzględnienia zleceń pozwanego), czego jednak nie uczynił.

Z tych względów zarzuty naruszenia art. 353 w związku z art. 353¹ k.c., art. 353 k.c. w związku z § 10 w związku z § 9 Umowy, art. 353 w związku z art. 353¹

w związku z art. 471 k.c., art. 353¹ k.c. w związku z § 10 Umowy oraz art. 361 w związku z art. 471 k.c. należy uznać za bezzasadne.

U podstaw drugiej grupy zarzutów naruszenia prawa materialnego, leży ocena skarżącego, że ciążący na nim obowiązek dokonywania zleceń („kontraktowania”) i obowiązek zapłaty zostały zastrzeżone na rzecz podmiotu oznaczonego w § 9 pkt 1 zd. 2 i pkt 2 umowy (spółka P. lub inna agencja upoważniona przez powódkę) jako osoby trzeciej, co oznacza, iż niezrealizowane przez pozwanego wydatki nie mogą być traktowane w całości jako szkoda powódki. Czym innym bowiem jest szkoda wierzyciela, a czym innym szkoda osoby trzeciej, na rzecz której zastrzeżono świadczenie.

Pogląd skarżącego, że uzgodnione w umowie świadczenie pozwanego - w tym obowiązek rokrocznego wydatkowania określonych kwot - zostało zastrzeżone „na rzecz” spółki P. albo innego upoważnionego przez powódkę podmiotu, jako osoby trzeciej, jest jednak nietrafny już z tego powodu, iż spółka P. była stroną umowy z dnia 31 grudnia 1999 r. i zaciągnęła w niej własne zobowiązanie, wobec czego sięganie do art. 393 k.c. w celu uzasadnienia jej pozycji wierzycielskiej jest nieprawidłowe. To, czy - i ewentualnie w jakim zakresie - umowa nadała jej status wierzyciela należy oceniać nie na podstawie art. 393 k.c., przypisując decydujące znaczenie brakowi „odmiennego postanowienia”, lecz na podstawie zgodnej woli trzech stron wyrażonej w umowie. Z całą pewnością umowa ta nie przyznawała spółce P. roszczeń o składanie poszczególnych zleceń przez pozwanego, ponieważ roszczeń tego rodzaju w ogóle nie przewidywała. Nie ma również wystarczających podstaw, by uznać, że strony zamierzały przyznać spółce P. status wierzyciela (choćby wierzyciela solidarnego) w zakresie zobowiązania określonego w § 10 umowy. Treść § 10, w którym mowa o „wydatkach dla T.”, wskazuje, a § 11 pkt 2 umowy - w którym mowa o budżecie reklamowym „przeznaczonym dla T.” - potwierdza, że zobowiązanie przewidziane w § 10 miało na względzie interes powódki. Z kolei z § 9 pkt 2 umowy wynika jednoznacznie, że spółce P. przypisano jedynie pozycję „pośrednika” przy „zakupie” czasu antenowego. Roszczenie pośrednika o zapłatę przysługującą względem pozwanego mogło być - co najwyżej - wiązane z realizacją poszczególnych zleceń (§ 9 pkt 6 umowy przewidywał, że uiszczenie należności za emisje następować będzie na

rachunek bankowy spółki P.), a nie z ogólnym zobowiązaniem określonym w § 10 umowy.

O tym, że spółka P. nie miała wierzycielskiego interesu majątkowego w realizacji przez pozwanego tego zobowiązania świadczy także dobitnie treść § 11 pkt 2 zd. 2 umowy, w którym całość odszkodowania „w wysokości budżetu reklamowego przeznaczonego dla T. według § 10” przyznano – na wypadek zerwania umowy lub zaprzestania jej wykonywania przez T.S. – powódce.

Wniosku tego nie podważa zastrzeżenie w § 11 pkt 2 zd. 1 umowy - w razie zerwania umowy przez którąkolwiek ze stron lub zaprzestania jej wykonywania - kary umownej na rzecz „pozostałych stron umowy”, co, literalnie rzecz ujmując, przyznawało uprawnienie także spółce P.. Znaczenie tego zastrzeżenia może być dyskusyjne, zwłaszcza że – przynajmniej w świetle wykładni literalnej uściślenia zamieszczonego w końcowej części tego postanowienia („za wycofanie losowań z programu T.”) - zdaje się ono wiązać z nieistotnym w tym miejscu pierwszym obszarem współpracy uregulowanym umową, a więc obszarem w którym pośrednictwo spółki P. nie było już w ogóle przewidziane. Nawet jednak gdyby uznać, że § 11 pkt 2 zd. 1 umowy świadczy - w węższym albo szerszym zakresie - o tym, iż strony zmierzały do zabezpieczenia odrębnego interesu majątkowego spółki P., wiązałby się on ściśle ze statusem strony umowy. Tymczasem niniejszy spór kasacyjny dotyczy roszczeń powódki za rok 2008, kiedy to spółka P. nie pośredniczyła już przy składaniu zleceń, a zadania pośrednika realizował inny podmiot upoważniony przez powódkę zgodnie z § 9 pkt 2 zd. 1 umowy. Poczynione w sprawie ustalenia nie stwarzają podstaw, by uznać, że nowy pośrednik uzyskał status strony umowy, zgodnie bowiem z § 14 umowy do przeniesienia przez stronę praw i obowiązków na osobę trzecią niezbędna była uprzednia pisemna zgoda pozostałych stron.

Przytoczone argumenty uzasadniają stwierdzenie, że ani spółka P. ani - tym bardziej - kolejny podmiot działający w charakterze biura reklamy powódki i pośredniczący przy „zakupie” czasu antenowego nie był wierzycielem w zakresie zobowiązania pozwanego określonego w § 10 zd. 2 umowy. Zobowiązanie to miało na względzie wyłącznie interes powódki i dlatego tylko jej przysługiwał status wierzyciela oraz możliwość żądania odszkodowania za jego niewykonanie.

Sąd Apelacyjny przyjął, odwołując się do domniemania faktycznego, że szkodą powódki jest cała kwota odpowiadająca różnicy między wydatkami na „zakup” ogłoszeń lub reklam, które zgodnie z § 10 umowy pozwany miał ponieść w 2008 r., a wydatkami faktycznie poniesionymi. Wbrew zarzutom skarżącego należy uznać, że Sąd drugiej instancji miał wystarczające podstawy, by zająć takie stanowisko. Założenie, że pośrednik wydawał powódce wszystko, co uzyskał na jej rzecz, nie tylko odpowiada szczegółowym rozwiązaniom ustawowym (por. np. art. 740 zd. 2 k.c.), ale także uwzględnia, iż w okolicznościach sprawy pośrednikiem było biuro reklamy powódki. Trafność tego założenia potwierdza treść § 11 pkt 2 Umowy, z którego wynika, że wartość niezrealizowanych budżetów reklamowych była przez strony traktowana w całości jako szkoda powódki. Jeżeli zatem pozwany twierdził, że w związku z mniejszą wartością zleceń powódka zaoszczędziła wydatki na wynagrodzenie swego biura reklamy, co pomniejsza wysokość szkody, powinien był to udowodnić, korzystając np. z dobrodziejstwa art. 248 § 1 k.p.c. Tym bardziej, że w rachubę wchodziły różne systemy wynagradzania za stałe pośrednictwo, w tym także takie, które są niezależne od liczby i wartości transakcji (np. wynagrodzenie ryczałtowe).

Wobec powyższego również zarzuty naruszenia art. 353¹ k.c. w związku z § 9 umowy w związku z art. 471 k.c., art. 393 § 1 k.c. oraz art. 6 w związku z art. 361 i 363 k.c. okazały się bezzasadne.

Nietrafny jest także zarzut naruszenia prawa materialnego przez niezastosowanie art. 362 k.c., ponieważ pomija on, że składanie poszczególnych zleceń strony pozostawiły inicjatywie pozwanego, natomiast zobowiązanie powódki i jej biura reklamy dotyczyło jedynie uwzględniania i realizacji zleceń. Z ustaleń faktycznych wynika, że zobowiązania te były należycie wykonywane i jedynie wyjątkowo zdarzało się - z przyczyn obiektywnych związanych z naturą kampanii kumulacyjnych - iż przygotowane przez pozwanego „budżety” na poszczególne ogłoszenia lub reklamy nie były wydatkowane w pełni; nie dotyczyło to jednak 2008 r.

O przyczynieniu się do powstania szkody nie można też mówić w odniesieniu do „podniesienia kwestii niewykonanych budżetów” dopiero po

8 latach wykonywania umowy. Jest tak dlatego, że możliwość żądania wykonania zobowiązania - podobnie jak odszkodowania z tytułu częściowego niewykonania tego zobowiązania - była prawem, a nie obowiązkiem powódki. Poniosła ona zresztą dotkliwe konsekwencje swej bierności, dopuszczając do przedawnienia większej części swych roszczeń.

Z tych względów Sąd Najwyższy orzekł, jak na wstępie (art. 398¹⁴ k.p.c.), o kosztach postępowania kasacyjnego rozstrzygając na podstawie art. 98 § 1 i 3 w związku z art. 391 § 1 i 398²¹ k.p.c.

kc

jw