



Sygn. akt V CK 295/05

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 grudnia 2005 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Lech Walentynowicz (przewodniczący)

SSN Stanisław Dąbrowski

SSN Irena Gromska-Szuster (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa L. M.

przeciwko P.(...) Sp. z o.o. w W.

o zapłatę, po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 20 grudnia 2005 r., kasacji strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 2 grudnia 2004 r., sygn. akt I ACa (...),

oddala kasację i zasądza od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset) tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

Uzasadnienie

Powód prowadzący działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa obrotu nieruchomościami wnosił o zasądzenie od strony pozwanej kwoty 384 060 zł z ustawowymi odsetkami i kosztami procesu tytułem określonej w umowie pośrednictwa rekompensaty przewidzianej na wypadek wypowiedzenia umowy przez drugą stronę.

Strona pozwana wносиła o oddalenie powództwa zarzucając, że wypowiedziała umowę z przyczyn obciążających powoda, wobec czego nie przysługuje mu

rekompensata będąca w rzeczywistości karą umowną. Zarzuciła także niedopuszczalność zastrzeżenia kary umownej w umowie stron oraz jej rażąco wygórowaną wysokość.

Wyrokiem z dnia 24 maja 2004 r. Sąd Okręgowy w W. zasądził od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 288 025 zł z ustawowymi odsetkami, oddalił powództwo w pozostałej części i orzekł o kosztach procesu. Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 2 grudnia 2004 r. oddalił apelacje wniesione przez obie strony.

Sądy ustaliły, że w dniu 22 stycznia 2002 r. strony zawarły umowę na wyłączność pośrednictwa sprzedaży zabudowanej wieżowcem nieruchomości należącej do pozwanej spółki, która zleciła powodowi znalezienie nabywców tej nieruchomości za cenę wskazaną w umowie pośrednictwa, z możliwością jej negocjacji. Powód zobowiązał się do wykonania określonych w załączniku do umowy czynności organizacyjno- marketingowych w celu znalezienia kontrahenta a w przypadku, gdyby strona pozwana z takim kontrahentem zawarła umowę sprzedaży nieruchomości, miał otrzymać od niej wynagrodzenie prowizyjne w wysokości 1% ceny wskazanej w akcie notarialnym. Umowa pośrednictwa została zawarta na czas nieokreślony, strona pozwana zobowiązała się w czasie jej trwania nie zlecać sprzedaży innym pośrednikom. Strony przewidziały możliwość wypowiedzenia umowy w każdym czasie za zgodą kontrahenta albo z zachowaniem 3 - miesięcznego terminu wypowiedzenia, z tym, że zastrzegły, iż w razie rozwiązania umowy przez zamawiającego przed upływem roku od jej zawarcia, pośrednikowi przysługuje rekompensata za poniesione koszty i podjęte starania w wysokości 0,8% należnego mu wynagrodzenia liczonego od określonej w umowie ceny ofertowej nieruchomości, w razie rozwiązania umowy przez zamawiającego w okresie między 12 a 24 miesiącem rekompensata wynosi 0,4%, a przy rozwiązaniu umowy w dalszych okresach jest odpowiednio niższa.

Sąd pierwszej instancji ustalił, iż powód wykonał wszystkie przewidziane w umowie czynności organizacyjno - marketingowe, poza obowiązkiem zamieszczenia oferty w czasopiśmie „L.(...)”, rozdawanym na pokładach samolotów i w recepcjach luksusowych hoteli. Sąd drugiej instancji dodatkowo ustalił, iż powód nie wykonał także obowiązku zamieszczenia oferty w wydaniu grudniowym 2002 r. i styczniowym 2003 r. miesięcznika „P.(...)”. Sądy ustaliły, że w czasie trwania umowy pozwana spółka nie zgłaszała żadnych zastrzeżeń, co do sposobu jej wykonywania. Dopiero w dniu 31 stycznia 2003 r., w piśmie wypowiadającym umowę pośrednictwa ze skutkiem na dzień 30 kwietnia 2003 r. zarzuciła, że powód nie wykonał przewidzianych w załączniku do

umowy następujących czynności: nie wprowadził oferty do sieci F.(...), do czasopisma „I.(...)”, do dodatku „N.(...)” w „R.(...)” oraz do innych wortalu internetowych poza wortalu firmy powoda. W związku z tym strona pozwana odmówiła zapłaty przewidzianej w umowie rekompensaty. Te same zarzuty w zakresie niewykonania umowy, podniosła w odpowiedzi na pozew.

Sądy obu instancji stwierdziły, że strony łączyła umowa pośrednictwa w obrocie nieruchomościami uregulowana w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, należąca do kategorii umów o świadczenie usług, do której zgodnie z art. 750 k.c. stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu, w tym także art. 746 k.c. Dokonując wykładni zawartych w umowie oświadczeń woli stron w zakresie warunków i skutków wypowiedzenia umowy Sądy uznały, że strony dopuszczając możliwość wypowiedzenia umowy w każdym czasie i bez powodu, jednocześnie ustaliły, że takie wypowiedzenie przez zlecającego będzie stanowiło podstawę do wypłaty rekompensaty na rzecz pośrednika, która stanowi karę umowną zastrzeżoną na wypadek wypowiedzenia przez zamawiającego umowy pośrednictwa bez ważnego powodu. Rekompensata taka nie przysługiwała, jeżeli zlecający wypowiedziałby umowę z ważnych powodów, obciążających pośrednika. Takie postanowienia umowy nie naruszają, zdaniem Sądów, przepisu art. 746 § 3 k.c. ani zasady swobody umów przewidzianej w art. 353¹ k.c., co pozbawia skuteczności podniesiony przez stronę pozwaną zarzut nieważności umowy pośrednictwa w tym zakresie.

Oceniając, z punktu widzenia przewidzianego w umowie prawa do rekompensaty, wskazane przez stronę pozwaną przyczyny wypowiedzenia umowy pośrednictwa, Sąd Apelacyjny stwierdził, że niewykonanie przez powoda jedynie obowiązku zamieszczenia oferty w czasopiśmie „L.(...)” oraz w numerze grudniowym i styczniowym miesięcznika „P.(...)”, nie może być uznane za niewłaściwe wykonanie przez niego umowy, stanowiące ważny powód jej wypowiedzenia przez stronę pozwaną. Dlatego powodowi należy się przewidziana w umowie rekompensata. Oceniając wysokość zastrzeżonej rekompensaty, mającej charakter kary umownej, Sądy obu instancji uznały, że w sprawie istnieje podstawa jedynie do miarkowania kary wobec jej rażącego zawyżenia. Stwierdziły, że w świetle art. 484 § 2 k.c. uzasadnione jest obniżenie rekompensaty o ¼, to jest do kwoty 288 025 zł, która została zasądzona.

W kasacji opartej na obu podstawach wskazanych w art. 393¹ k.p.c. strona pozwana w ramach pierwszej podstawy zarzuciła błędną wykładnię art. 746 § 3 k.c. oraz niezastosowanie art. 58 § 3 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w wyniku uznania, że ustalenie w

umowie pośrednictwa obowiązku zapłaty rekompensaty za jej wypowiedzenie z ważnego powodu, nie stanowi niedopuszczalnego zrzeczenia się z góry uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów, błędną wykładnię art. 746 § 1 k.c., art. 354 k.c., art. 355 § 2 k.c. i art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 750 k.c. i art. 180 ust. 4 oraz art. 181 ust.1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (j.t: Dz. U. z 2000 r. Nr 46, poz. 543 ze zm.) przez uznanie, że nie każde, a jedynie rażące naruszenie obowiązków umownych przez pośrednika w umowie pośrednictwa na wyłączność, może stanowić ważny powód do wypowiedzenia umowy i tym samym dopuszczenie obowiązku zapłaty kary umownej w razie wypowiedzenia umowy zlecenia, niewłaściwe zastosowanie art. 483 § 1 k.c. w zw. z § 6 umowy stron, zamiast art. 746 § 1 k.c. w wyniku uznania, że dopuszczalne jest zastrzeżenie kary umownej za wypowiedzenie umowy, błędną wykładnię art. 484 § 2 k.c. przez przyjęcie, że niemożliwe jest miarkowanie kary umownej zastrzeżonej na wypadek wypowiedzenia umowy. W ramach drugiej podstawy skarżąca zarzuciła naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i nie uwzględnienie przy miarkowaniu kary umownej dodatkowych okoliczności dotyczących niewykonania umowy przez powoda, ustalonych przez Sąd Apelacyjny i mających wpływ na miarkowanie kary umownej, które powinny prowadzić do jej dalszego obniżenia przez Sąd drugiej instancji.

Rozpoznając kasację, zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 22 grudnia 2004 r. zmianie ustawy- kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy- prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U z 2005 r. Nr 13, poz. 98), w oparciu o przepisy kodeksu postępowania cywilnego w brzmieniu i numeracji obowiązujących przed wejściem w życie powyższej ustawy - Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Pozbawiony skuteczności jest zarzut oparty na drugiej podstawie kasacyjnej. Przepis art. 233 § 1 k.p.c. jest wyrazem zasady swobodnej oceny dowodów, odnoszącej się do wyboru określonych środków dowodowych i do sposobu ich przeprowadzenia. Wskazuje zasady, którymi powinien się kierować sąd przy ocenie dowodów. Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia tego przepisu wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego przy ocenie konkretnego dowodu. Nie stanowi oceny dowodów nie uwzględnienie określonych okoliczności przy miarkowaniu kary umownej. Zarzut taki można postawić skutecznie jedynie w ramach pierwszej podstawy kasacyjnej, jako odpowiednio sformułowany zarzut naruszenia art. 484 § 2 k.c., a nie jako zarzut naruszenia art. 233 § 2 k.p.c. Z tych

przyczyn wskazaną w kasacji podstawę naruszenia przepisów postępowania trzeba uznać za nieuzasadnioną, co sprawia, że przy ocenie zarzutów naruszenia prawa materialnego Sąd Najwyższy jest związany ustaloną podstawą faktyczną zaskarżonego wyroku. Związany jest zatem między innymi ustaleniami co do zakresu obowiązków umownych stron i ich wykonania przez każdą z nich.

Z uwagi na brak w kasacji zarzutu naruszenia art. 65 k.c., Sąd Najwyższy jest także związany dokonaną przez Sądy obu instancji wykładnią oświadczeń woli stron umowy pośrednictwa z dnia 22 stycznia 2002 r., w szczególności przyjętą wykładnią postanowień umowy dotyczących możliwości jej wypowiedzenia i oceną, że zgodnie z wolą stron, mogły one wypowiedzieć umowę w każdym czasie a pośrednikowi przysługiwała określona w umowie rekompensata jedynie w razie wypowiedzenia przez zlecającego umowy bez ważnych przyczyn leżących po stronie pośrednika. Kwestionowanie takiej wykładni woli stron przy pomocy zarzutów naruszenia art. 746 § 3 oraz art. 58 § 3 k.c. jest nieskuteczne.

Przechodząc do oceny pierwszej podstawy kasacyjnej na wstępie należy stwierdzić, że łącząca strony umowa pośrednictwa w obrocie nieruchomościami jest obecnie umową nazwaną i uregulowaną w przepisach art. 179-183 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (j.t: Dz. U. z 2000 r. Nr 261, poz. 2603 ze zm.). Biorąc pod uwagę zagwarantowaną w art. 353¹ k.c. zasadę swobody umów można stanąć na stanowisku, że strony umowy pośrednictwa mogą swobodnie ułożyć swoje stosunki umowne, jedynie przy uwzględnieniu zasad wskazanych przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami a jeżeli przepisy te nie regulują określonych kwestii, to obowiązująca zasada swobody umów pozwala na dowolne ich uregulowanie w umowie, w zgodzie jedynie z jej celem i właściwościami oraz bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa i zasadami współżycia społecznego. Oznaczałoby to, że do umowy pośrednictwa nie mają nawet odpowiedniego zastosowania przepisy dotyczące innych umów, w tym umowy zlecenia. Taką wykładnię wskazanych przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami uzasadniałoby także to, że ustawodawca, w zakresie, w jakim chciał, by do umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami miały zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego, wyraźnie to stwierdził wskazując w art. 180 ust. 3 a, że do umowy pośrednictwa zawartej z zastrzeżeniem wyłączności na rzecz pośrednika lub przedsiębiorcy stosuje się odpowiednio art. 550 k.c. W innych zakresach nie odwołał się do przepisów kodeksu cywilnego, choć nie wszystkie kwestie dotyczące umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami zostały uregulowane w przepisach

art. 179-183 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Nie została tam uregulowana między innymi kwestia dopuszczalności i przyczyn rozwiązania takiej umowy oraz skutku jej rozwiązania dla prawa pośrednika do wynagrodzenia. Trudno uznać, by ustawodawca w tym zakresie dopuścił całkowitą swobodę stron, a w każdym razie, by dopuścił taką swobodę, która mogłaby naruszać wskazaną w art. 353¹ k.c. zasadę, że treść stosunku prawnego nie może być sprzeczna z jego właściwościami. W sprawach nieuregulowanych w przepisach art. 179-183 u.g.n strony wprawdzie mogą ułożyć swoje stosunki swobodnie, jednak z zastrzeżeniem, by regulacja ta nie naruszała właściwości umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, jako umowy cywilnoprawnej o określonych cechach. W tym zakresie trzeba odwołać się do umów najbardziej zbliżonych do umowy pośrednictwa i unormowanych w kodeksie cywilnym a zatem stosować odpowiednio przepisy regulujące te umowy. Z uwagi jednak na zasadę swobody umów, odpowiednie stosowanie przepisów normujących inne stosunki prawne, dotyczyć może jedynie przepisów bezwzględnie obowiązujących, jeżeli ich regulacja ma na celu ochronę takich zasad czy cech danego stosunku cywilnoprawnego, które występują także w umowie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami i także w tym stosunku zasługują na ochronę.

Rozważając cechy umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami określone w przepisach art. 180-183 u.g.n., należy zgodzić się z przeważającym w doktrynie stanowiskiem, że tak uregulowana umowa pośrednictwa jest najbardziej zbliżona nie do umowy zlecenia, jak przyjęły Sądy obu instancji, lecz do umowy agencyjnej. Wskazał na to także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 listopada 2004r. I CK 270/04 (nie publ.) podkreślając, że pośrednictwo polega na wykonywaniu czynności faktycznych a nie prawnych, pośrednik działa samodzielnie i nie ma obowiązku stosowania się do zaleceń zlecającego, bezpośrednim celem działań pośrednika nie jest wywołanie określonego skutku prawnego, lecz stworzenie warunków, w których zawarcie głównej umowy będzie możliwe ale już z udziałem tylko samych zainteresowanych i pośrednik nabywa prawo do wynagrodzenia tylko wtedy, gdy stworzone przez niego warunki doprowadziły zainteresowanych do zawarcia takiej umowy, a zatem całe ryzyko gospodarcze spoczywa na pośredniku. Na takie cechy umowy pośrednictwa, skłaniające do przyjęcia, iż mają do niej odpowiednie zastosowanie przepisy dotyczące umowy agencyjnej a nie przepisy dotyczące umowy zlecenia, wskazał też Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 października 1999 r. II CKN 530/98 (OSNC 2000/5/88). Ze stanowiskiem tym należy się zgodzić, choć trzeba też wskazać, że Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 czerwca 2003

r. I CKN 414/01 (OSNC 2004/9/139), oceniając umowę pośrednictwa w obrocie nieruchomościami zawartą przed wejściem w życie ustawy o gospodarce nieruchomościami stwierdził, że jest to umowa o świadczenie usług, do której w braku przepisów szczególnych stosuje się przepisy o zleceniu.

Jeżeli uznać, że do umowy stron w kwestiach w niej nieuregulowanych, w tym do możliwości jej rozwiązania, stosuje się odpowiednio przepisy o umowie agencyjnej, a nie przepisy o umowie zlecenia, to kasacyjne zarzuty naruszenia art. 746 § 1 i § 3 k.c. trzeba wprost uznać za nieskuteczne. Także merytoryczna ich ocena, zarówno z punktu widzenia zasad wypowiedzania umowy zlecenia jak i umowy agencyjnej, stosowanych odpowiednio do umowy pośrednictwa, prowadzi do stwierdzenia ich bezzasadności. Umowa pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, podobnie jak umowa zlecenia oraz umowa agencyjna, opiera się na stosunku wzajemnego zaufania stron i taki jej charakter sprawia, że należy przyjąć, iż może być ona wypowiedziana przez każdą ze stron nawet bez powodu oraz że strony nie mogą w umowie z góry zrzec się uprawnienia do jej wypowiedzenia z ważnych powodów, o czym w odniesieniu do umowy zlecenia stanowi art. 746 § 3 k.c. Zrzeczenie takie zawarte w umowie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami byłoby sprzeczne z właściwością (naturą) tej umowy (art. 353¹ k.c.), co prowadziłoby do jej nieważności (art. 58 k.c.). Jednak wbrew stanowisku skarżącej, strony kwestionowanej umowy pośrednictwa, nie zawarły w niej takiego postanowienia. Jak bowiem ustaliły Sądy obu instancji, a czego skutecznie nie podważono w kasacji, strony uzgodniły dopuszczalność wypowiedzenia umowy przez każdą z nich, w każdym czasie i bez ważnych powodów a wprowadzając rekompensatę dla pośrednika za wypowiedzenie umowy przez zlecającego, ograniczyły prawo do rekompensaty jedynie do sytuacji, gdy wypowiedzenie nastąpiło bez ważnych powodów obciążających pośrednika. W żadnym wypadku tak wyłożonego postanowienia umowy nie można uznać za umowne wyłączenie dopuszczalności wypowiedzenia umowy pośrednictwa z ważnych powodów. Przeciwnie, strony uznając, że w razie wypowiedzenia umowy przez zamawiającego z ważnych powodów, pośrednikowi nie przysługuje rekompensata, wzmocniły umowne prawo wypowiedzenia umowy z ważnych powodów.

Nie można także podzielić stanowiska skarżącej, iż niedopuszczalne było ograniczenie przez strony dopuszczalności wypowiedzenia umowy pośrednictwa bez ważnych powodów poprzez ustanowienie rekompensaty dla pośrednika za takie wypowiedzenie umowy przez zlecającego. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 września 2004 r. IV CK 640/03 (OSNC 2005/9/157), także w umowach opartych na

wzajemnym zaufaniu, takich jak umowa zlecenia, strony mogą wyłączyć lub ograniczyć dopuszczalność jej wypowiedzenia bez ważnych powodów. Uznać trzeba, że dopuszczalne to jest także w umowie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami zawartej na wyłączność na rzecz pośrednika. Taka umowa zawarta na czas nieokreślony korzystna jest dla obu stron, jednak korzyści te mogą zostać zniweczone przez możliwość wypowiedzenia umowy w każdej chwili i bez żadnego powodu. Szczególnie byłoby to niekorzystne dla pośrednika, który ponosiłby całkowite ryzyko finansowe takiego wypowiedzenia. Dlatego strony mogą umownie ograniczyć możliwość wypowiedzenia umowy pośrednictwa bez ważnych powodów.

Takim ograniczeniem może być ustalenie kary umownej za wypowiedzenie umowy bez ważnego powodu. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały siedmiu sędziów z dnia 6 listopada 2003 r. III CZP 61/03 (OSNC 2004/5/69) dopuszczalne jest zastrzeżenie kar umownych na wypadek skorzystania przez kontrahenta z uprawnienia kształtującego do wypowiedzenia umowy. Brak zatem podstaw do kwestionowania dopuszczalności takiego zastrzeżenia umownego w łączącej strony umowie pośrednictwa, a tym samym nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 483 § 1 k.c. Podkreślić też trzeba, że wobec braku zarzutu naruszenia art. 65 k.c., nie ma podstaw do podważenia dokonanej przez Sądy wykładni umowy w tej części, prowadzącej do przyjęcia, że umowna rekompensata stanowiła karę umowną, tym bardziej, że strona pozwana od początku procesu także prezentowała takie stanowisko.

Trafnie również Sądy obu instancji uznały, że w świetle umowy stron nie było ważnym powodem, uzasadniającym wypowiedzenie umowy przez zlecającego, nie wykonanie przez pośrednika obowiązku umownego zamieszczenia oferty w czasopiśmie „L(...)”. Był to jeden z bardzo wielu obowiązków umownych pośrednika, z pewnością nie najważniejszy ani nie decydujący o powodzeniu zabiegów zmierzających do znalezienia nabywcy nieruchomości. Czasopismo to, ze względu na swój bardzo ograniczony zasięg, nie było znaczącym środkiem marketingowym. W ciągu ponad rocznego okresu trwania umowy strona pozwana nie zwracała uwagi powoda na nie zamieszczenie oferty w tym czasopiśmie, choć zgodnie z art. 354 § 2 k.c. powinna była lojalnie współdziałać przy wykonywaniu umowy. Z tych względów nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 181 ust.1 ustawy o gospodarce nieruchomościami, bowiem Sądy słusznie uznały, że choć w tym zakresie umowa pośrednictwa nie została wykonana, to w świetle wszystkich jej postanowień i obowiązków pośrednika, nie mogło to być uznane za ważny powód do jej

wypowiedzenia przez zlecającego. Z tych samych przyczyn nie doszło też do zarzucanego naruszenia art. 483 § 1 k.c. w tym zakresie.

Sądy nie naruszyły także art. 484 § 2 k.c. Trafnie Sąd Apelacyjny stwierdził, że w rozpoznawanej sprawie, ze względu na zastrzeżenie kary umownej na wypadek wypowiedzenia umowy bez ważnych powodów, niemożliwe było zastosowanie pierwszej, przewidzianej w powyższym przepisie przesłanki zmniejszenia kary umownej: wykonania zobowiązania w znacznej części. Jest oczywiste, że ta przesłanka wchodzi w grę tylko wówczas, gdy zobowiązanie niepieniężne dłużnika, za którego nienależyte wykonanie obciążono go karą umowną, jest zobowiązaniem podzielnym. Zobowiązanie do niewykonania prawa kształtującego wypowiedzenia umowy nie jest zobowiązaniem podzielnym i nie można go wykonać „w znacznej części”. Z tych względów prawidłowo Sądy obu instancji uznały, że w sprawie zachodziła tylko druga przesłanka do miarkowania kary umownej, w postaci jej rażącego wygórowania. Trafnie też jako kryterium oceny zawyżenia wskazały stosunek kary umownej do przewidywanego wynagrodzenia pośrednika a jako jeden z czynników mających wpływ na stopień jej obniżenia przyjęły nie wykonanie umownego obowiązku zamieszczenia oferty w czasopiśmie „L(...)”. Skoro bowiem kara umowna miała między innymi rekompensować powodowi poniesione koszty i stanowić rodzaj odszkodowania za zerwanie umowy, to na jej wysokość mogło mieć wpływ także i to, że powód nie poniósł kosztów wykonania wyżej wskazanego obowiązku umownego. Natomiast wbrew stanowisku skarżącej Sąd drugiej instancji nie miał podstaw do dalszego obniżenia kary umownej, mimo że stwierdził nie wykonanie jeszcze jednego obowiązku umownego. Sprawa bowiem rozpoznawana była według odrębnych przepisów dotyczących spraw gospodarczych, wobec czego przepis art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. zobowiązywał stronę pozwaną do zgłoszenia już w odpowiedzi na pozew wszystkich zarzutów i dowodów na ich poparcie, pod rygorem utraty prawa powoływania się na nie w toku dalszego postępowania, chyba że wykaże, iż ich powołanie w odpowiedzi na pozew nie było możliwe, albo że potrzeba powołania wynikała później. Stwierdzone dopiero przez Sąd Apelacyjny nie wykonanie przez powoda obowiązku zamieszczenia oferty w grudniowo-styczniowym wydaniu miesięcznika „P(...)” nie tylko nie zostało zarzucone przez stronę pozwaną w piśmie stanowiącym wypowiedzenie umowy pośrednictwa, lecz także nie zostało podniesione w odpowiedzi na pozew ani w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji. Zgłoszenie tego zarzutu dopiero w postępowaniu apelacyjnym było spóźnione nie tylko w świetle art. 479¹⁴ § 2 k.p.c., lecz również art. 381 k.p.c. Sąd Apelacyjny powinien

zatem zarzut ten pominąć, skoro strona pozwana nawet nie twierdziła, że nie mogła go powołać wcześniej albo że wcześniej nie było to potrzebne. Z tych przyczyn podniesiony w kasacji zarzut nie uwzględnienia przy miarkowaniu kary umownej ustalonej w postępowaniu apelacyjnym okoliczności nie wykonania przez powoda jeszcze jednego postanowienia umowy, poza tym, że nie oparty na właściwym przepisie, nie może być uznany za skuteczny także z wyżej wskazanych względów.

Biorąc wszystko to pod uwagę Sąd Najwyższy na podstawie art. 393¹² k.p.c. oddalił kasację jako niezasadnioną a na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 k.p.c. i art. 393¹⁹ k.p.c. zasądził na rzecz powoda od strony pozwanej zwrot kosztów postępowania kasacyjnego w zakresie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika powoda za obecność na rozprawie kasacyjnej. Powodowi nie przysługuje zwrot kosztów złożenia odpowiedzi na kasację, bowiem została ona wniesiona po upływie terminu wskazanego w art. 393⁶ k.p.c., wobec czego nie wywołuje skutków, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odpowiedzi na kasację.