



Sygn. akt V CSK 33/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 grudnia 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Krzysztof Strzelczyk (przewodniczący)

SSN Barbara Myszka (sprawozdawca)

SSN Anna Owczarek

Protokolant Izabella Janke

w sprawie z powództwa M. K.

przeciwko S. R. D. sp. z o.o. w W.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 5 grudnia 2013 r.,

skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 22 sierpnia 2012 r.

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu
Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 26 kwietnia 2012 r. Sąd Okręgowy w W. oddalił powództwo M. K. skierowane przeciwko S. R. D. sp. z o.o. w W. o zasądzenie kwoty 139 033,53 zł z odsetkami tytułem utraconej prowizji od umów sprzedaży mieszkań, zawartych przez pozwaną z naruszeniem łączącej strony umowy pośrednictwa.

Sąd ustalił, że w dniu 5 września 2006 r. powód, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „P. N.”, zawarł z pozwaną umowę pośrednictwa w sprzedaży lokali mieszkalnych na zasadach wyłącznego przedstawicielstwa. Pozwana powierzyła powodowi świadczenie usług pośrednictwa w sprzedaży lokali w realizowanej przez nią inwestycji, w ramach której w okresie od października 2006 r. do III kwartału 2008 r. zamierzała wybudować przy ulicach H. i G. w W. budynki z lokalami mieszkalnymi o powierzchni użytkowej około 23 000 m². Umową objęte zostały również usługi komplementarne, w tym doradztwo w zakresie optymalizacji podziału powierzchni budynku na lokale mieszkalne i określaniu cennika sprzedaży lokali, obsługa kontrahentów w zakresie kredytowania zakupu lokalu, informowanie pozwanej o tendencjach rynkowych mających wpływ na zmianę cen oraz doradztwo w zakresie spraw mających wpływ na uzyskanie przez pozwaną założonego zysku z realizacji inwestycji. Powód zobowiązał się do wykonywania czynności organizacyjno - marketingowych, zmierzających do pozyskania nabywców lokali. Do jego obowiązków należało m.in. uczestnictwo w targach nieruchomości, obsługa biura sprzedaży, prezentowanie lokali do sprzedaży, prowadzenie negocjacji z nabywcami, przygotowanie projektów umów oraz uczestnictwo w procedurze wydawania lokali nabywcom. Pozwana udzieliła powodowi wyłączności przy realizacji powierzonych usług, w związku z czym - bez względu na sposób nawiązania kontaktu z kontrahentem - sprzedaż lokali była możliwa jedynie za pośrednictwem powoda. Tytułem wynagrodzenia pozwana zobowiązała się płacić powodowi po sprzedaży każdego lokalu 1,90 % ceny sprzedaży. W § 13 strony postanowiły, że umowa zostaje zawarta na okres do zakończenia sprzedaży wszystkich lokali, nie dłużej jednak niż do upływu sześciu miesięcy, licząc od daty uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynków w poszczególnych etapach inwestycji, że umowa może zostać rozwiązana przez pozwaną w formie pisemnej z terminem trzymiesięcznym w przypadku rażącego

niewywiązania się przez powoda z obowiązków związanych z realizacją planu sprzedaży, oraz że umowa może również zostać rozwiązana przez każdą ze stron ze skutkiem natychmiastowym w przypadku rażących uchybień w wykonywaniu obowiązków wynikających z umowy. W aneksie z dnia 1 lipca 2007 r. wynagrodzenie powoda zostało obniżone z 1,90 % do 1,70 % ceny sprzedaży lokalu.

Pismem z dnia 16 listopada 2009 r. pozwana, powołując się na ważne przyczyny związane z załamaniem się rynku finansowego i mieszkaniowego, wypowiedziała powodowi umowę pośrednictwa ze skutkiem natychmiastowym. Twierdziła, że z powodu trudności z uzyskaniem finansowania zrealizowane zostały tylko dwa budynki objęte etapem I inwestycji Ogrody G., natomiast realizacja etapu II została odroczone. Zaproponowała powodowi podpisanie porozumienia umożliwiającego przedłużenie współpracy w zakresie sprzedaży mieszkań z etapu I do końca 2009 r., z uwagi na upływ sześciomiesięcznego okresu od dnia uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Powód pismem z dnia 9 grudnia 2009 r. poinformował pozwaną, że z braku podstaw do rozwiązania umowy oświadczenie o wypowiedzeniu nie wywołuje skutków prawnych, w związku z czym strony powinny nadal wypełniać swoje obowiązki.

W piśmie z dnia 23 grudnia 2009 r. pozwana podtrzymała swoje stanowisko, a w kolejnym piśmie z dnia 8 lutego 2010 r. zaproponowała powodowi wynagrodzenie w kwocie 46 960,52 zł za czynności wykonane w okresie od dnia 3 grudnia 2009 r., poinformowała go o zamknięciu z dniem 19 lutego 2010 r. bazy klientów Ogrodów G. i zażądała jej przekazania w terminie do dnia 26 lutego 2010 r. Ze względu na to, że powód w dalszym ciągu kwestionował skuteczność wypowiedzenia, pozwana w piśmie z dnia 24 lutego 2010 r. zakazała mu wykorzystywania materiałów informacyjno – reklamowych i zażądała zwrotu klucza do biura sprzedaży mieszkań, a z dniem 1 marca 2010 r. zatrudniła dotychczasowych pracowników powoda na stanowiskach specjalistów do spraw nieruchomości. Osoby te wykonywały pracę na rzecz pozwanej w dotychczasowym biurze sprzedaży mieszkań.

Pismem z dnia 16 lutego 2010 r. powód wezwał pozwaną do zapłaty prowizji od sprzedanych przez nią lokali mieszkalnych w kwocie 139 033,59 zł, a pismem z dnia 3 marca 2010 r. do dalszego wykonywania umowy z dnia 5 września 2006 r. W odpowiedzi pozwana stwierdziła, że umowa ta uległa rozwiązaniu.

Sąd Okręgowy przyjął, że do umowy zawartej przez strony mają zastosowanie art. 179 - 183 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (jedn. tekst: Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 ze zm. - dalej: „u.g.n.”) oraz że umowa ta stanowi nowy typ umowy nazwanej, lecz nie została wyczerpująco uregulowana w powołanych przepisach, w związku z czym w sprawach nieuregulowanych będą miały do niej zastosowanie przepisy umów podobnych, zawarte w kodeksie cywilnym. Umowa pośrednictwa, podobnie jak umowa zlecenia i umowa agencyjna, opiera się na stosunku wzajemnego zaufania stron, a taki jej charakter sprawia, że może być 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. Z postanowień zawartej przez strony umowy wynika, że pozwana mogła ją wypowiedzieć w razie rażącego naruszenia przez powoda obowiązków związanych z realizacją planu sprzedaży lub rażących uchybień w wykonywaniu obowiązków umownych albo - co wynika z art. 746 § 3 k.c. - z ważnych powodów. Pozwana nie wykazała, by wystąpiły ważne powody uzasadniające wypowiedzenie umowy. Powołanie się na zmiany w zakresie terminów i trybu realizowania inwestycji związane z załamaniem się rynku finansowego nie może być uznane za wystarczające, pozwana jest bowiem profesjonalistą i powinna ocenić ryzyko działalności, tym bardziej że spadek koniunktury nie jest zjawiskiem nadzwyczajnym, którego nie można przewidzieć przy kalkulacji zysku. Skutki ewentualnego załamania się rynku mieszkaniowego odczuwał zresztą w pierwszej kolejności powód, który otrzymywał wynagrodzenie tylko za dokonane czynności faktyczne, a obniżenie ceny sprzedaży lokali powodowało obniżenie jego prowizji. Pomimo niewykazania przez pozwaną ważnych powodów wypowiedzenia, roszczenie powoda – stwierdził Sąd Okręgowy – nie może być uwzględnione, ponieważ powód nie udowodnił wysokości poniesionej szkody. W umowie strony nie określiły sankcji za naruszenie

wyłączności pośrednictwa powoda, w związku z czym powód może domagać się jedynie odszkodowania na podstawie art. 471 w związku z art. 361 k.c. Przedstawienie wyliczenia utraconej prowizji nie odzwierciedla natomiast rzeczywistej wysokości szkody, ponieważ powód nie uwzględnił w nim kosztów działalności, takich jak wynagrodzenie pracowników, składki na ubezpieczenie społeczne czy podatki.

Po rozpoznaniu sprawy na skutek apelacji powoda, Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok i zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 139 033,53 zł z odsetkami oraz orzekł o kosztach procesu poniesionych w obu instancjach. Sąd Apelacyjny zaaprobował ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji i uznał je za własne, dokonał natomiast odmiennej oceny prawnej, podkreślając, że powód nie dochodził odszkodowania, lecz zapłaty wynagrodzenia wynikającego z łączącej strony umowy pośrednictwa. Istotne znaczenie miała zatem kwestia skuteczności dokonanego przez pozwaną wypowiedzenia. Umowa stron – stwierdził Sąd Apelacyjny – została zawarta na czas określony, nie można bowiem podzielać zapłaty pozwaną, jakoby wskazany w umowie termin końcowy nie był zdarzeniem pewnym, skoro budynki z lokalami, których dotyczy sporna prowizja, zostały wybudowane, podobnie jak pozostałe budynki z tego etapu inwestycji, i skoro nie ma żadnych wątpliwości co do uzyskania pozwolenia na ich użytkowanie. Brak w tej sytuacji podstaw do zastosowania art. 365¹ k.c., zachodzą natomiast podstawy by przyjąć, że zgodnym zamiarem stron była realizacja umowy do upływu terminu końcowego, co zapewniało powodowi zwrot nakładów i uzyskanie pełnego wynagrodzenia również za usługi komplementarne. Pozwana – jak trafnie ocenił Sąd pierwszej instancji - nie wykazała ważnych powodów, o których mowa w art. 746 § 3 k.c. Do umowy pośrednictwa nie mają zresztą odpowiedniego zastosowania przepisy dotyczące innych umów, w tym umowy zlecenia, strony mogą natomiast ograniczyć w umowie możliwość wypowiedzenia bez ważnych powodów. Konsekwencją uznania wypowiedzenia umowy za bezskuteczne jest konieczność uwzględnienia powództwa. Sprzedaż lokali mieszkalnych z pominięciem powoda jako pośrednika nie pozbawiała powoda prawa do wynagrodzenia, ponieważ zgodnie z umową pozwana powinna zapłacić powodowi

wynagrodzenie prowizyjne za każdy sprzedany lokal mieszkalny, bez względu na sposób nawiązania kontaktu z nabywcą lokalu.

W skardze kasacyjnej od wyroku Sądu Apelacyjnego pozwana, powołując się na obie podstawy określone w art. 398³ § 1 k.p.c., wniosła o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania ewentualnie uchylenie i oddalenie apelacji, zasądzenie kosztów procesu oraz orzeczenie na podstawie art. 415 w związku z art. 398¹⁶ k.p.c. o obowiązku zwrotu spełnionego świadczenia. W ramach pierwszej podstawy wskazała na naruszenie art. 89 i 116 § 2 k.c. przez przyjęcie, że umowa pośrednictwa została zawarta na czas oznaczony, podczas gdy strony uzależniły ustanie łączącego je stosunku prawnego od warunku, co powinno prowadzić do zakwalifikowania umowy jako zawartej na czas nieoznaczony, i art. 65 k.c. przez dokonanie wykładni umowy z pominięciem jej celu i okoliczności, w jakich została zawarta, podczas gdy zgodna wola stron obejmowała związanie umową jedynie na zakładany przez strony okres realizacji inwestycji, tj. do końca III kwartału 2008 r., a w razie nie podzielenia tych zarzutów – naruszenie art. 746 § 1 i 3 w związku z art. 750 k.c. przez przyjęcie, że nie wystąpiły ważne powody wypowiedzenia umowy pośrednictwa, a ponadto - przy założeniu, że ważne powody nie istniały - art. 746 § 1 w związku z art. 750 k.c. przez przyjęcie, że umowa nadal obowiązuje i powód jest uprawniony do wynagrodzenia, a nie do odszkodowania przewidzianego w art. 746 § 3 k.c., a w razie nie podzielenia także tych zarzutów – naruszenie art. 764² § 1 k.c. przez niedokonanie oceny skuteczności wypowiedzenia umowy w świetle przesłanki zaistnienia nadzwyczajnych okoliczności, stanowiącej podstawę wypowiedzenia umowy agencyjnej zawartej nawet na czas oznaczony, art. 764² § 2 i art. 761 § 1 k.c. przez przyjęcie, że w razie wypowiedzenia umowy terminowej pomimo niezastnienia nadzwyczajnych okoliczności umowa nadal wiąże strony, w związku z czym agentowi należy się wynagrodzenie, a nie odszkodowanie, i art. 764¹ § 1 k.c. przez przyjęcie, że umowa pośrednictwa jest umową zawartą na czas oznaczony, podczas gdy umowa ta nie ma charakteru umowy terminowej i skuteczność jej wypowiedzenia powinna być oceniana w zakresie długości okresu wypowiedzenia na podstawie art. 746¹ § 1 k.c. W ramach drugiej podstawy skarżąca podniosła

zarzut obrazy art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. przez niewyjaśnienie podstawy prawnej zaskarżonego wyroku.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Wypełniający podstawę kasacyjną z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. zarzut naruszenia art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. przez niewyjaśnienie podstawy prawnej zaskarżonego wyroku nie może odnieść zamierzonego skutku. Skarżąca ma rację podnosząc, że wyjaśnienie podstawy prawnej powinno polegać na przytoczeniu przepisów prawa, wskazaniu przyjętego sposobu ich wykładni i wyjaśnieniu, dlaczego sąd zastosował określony przepis lub przepisy i jaki miało to wpływ na rozstrzygnięcie sprawy (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 1997 r., III CKN 80/97, OSNC 1997, nr 12, poz. 206, z dnia 27 stycznia 1999 r., II UKN 437/98, OSNP 2000, nr 6, poz. 245 i z dnia 28 czerwca 2001 r., I PKN 498/00, OSNP 2003, nr 9, poz. 222 i z dnia 8 grudnia 2005 r., II CK 317/05, nie publ.). Trafnie też zauważa, że Sąd Apelacyjny nie w pełni zadośćuczynił temu wymaganiu. Trzeba jednak przypomnieć, że, zgodnie z utrwalonym orzecnictwem, uchybienie wymaganiom określonym w art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. może być ocenione jako mogące mieć wpływ na wynik sprawy tylko wyjątkowo, gdy braki w uzasadnieniu są tak znaczące, że uniemożliwiają kontrolę kasacyjną zaskarżonego orzeczenia (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2000 r., I CKN 272/00, nie publ., z dnia 25 października 2000 r., IV CKN 142/00, nie publ., z dnia 7 lutego 2001 r., V CKN 606/00, nie publ., z dnia 28 lipca 2004 r., III CK 302/03, nie publ. i z dnia 18 lutego 2005 r., V CK 469/04, „Izba Cywilna” 2005, nr 12, s. 59 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2013 r., III CSK 293/12, OSNC 2012, nr 12, poz. 148). W niniejszej sprawie natomiast – pomimo pewnych braków w zakresie wyjaśnienia podstawy prawnej - sfera motywacyjna zaskarżonego wyroku została ujawniona w stopniu pozwalającym na poddanie go kontroli kasacyjnej.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia art. 65 k.c. przez arbitralną kwalifikację umowy zawartej przez strony jako umowy na czas oznaczony, trzeba zgodzić się ze skarżącą, że Sąd Apelacyjny dokonał takiej kwalifikacji na podstawie samego tylko sformułowania § 13 umowy. Wyprowadzony wniosek wsparł przy tym

argumentem, że określony w ten sposób termin końcowy był zdarzeniem pewnym, „...skoro budynki z lokalami, których dotyczy sporna prowizja, bezspornie zostały wybudowane, podobnie jak pozostałe budynki z tego etapu inwestycji, i skoro nie ma żadnych wątpliwości co do uzyskania pozwolenia na ich użytkowanie...”.

Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie przyjmuje się, że termin końcowy umowy zawartej na czas oznaczony nie musi być określony konkretną datą, można go również określić zdarzeniem, którego nadejście przewidują umawiające się strony; jednakże tylko takie zdarzenie można traktować jako termin ustania kreowanego stosunku prawnego, którego nastąpienie w przyszłości jest - w ramach rozsądnych ludzkich oczekiwań - oczywiście pewne. Pewność co do nadejścia zdarzenia przyszłego, nieodzowna przy zastrzeżeniu terminu, stanowi element odróżniający w stosunku do warunku rozwiązującego (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 1963 r., III CR 161/63, OSNCP 1964, nr 7-8, poz. 152, z dnia 30 sierpnia 1990 r., IV CR 236/90, OSNCP 1991, nr 10-12, poz. 125 i z dnia 16 kwietnia 2003 r., II CKN 6/01, OSNC 2004, nr 7-8, poz. 114).

W § 13 umowy strony postanowiły, że „...umowa niniejsza zostaje zawarta na okres do zakończenia sprzedaży wszystkich lokali, nie dłużej jednak niż do upływu sześciu miesięcy, licząc od daty uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynków w poszczególnych etapach inwestycji...”. Przytoczone postanowienie – wbrew odmiennemu stanowisku Sądu Apelacyjnego - nie pozwalało na jednoznaczną ocenę końcowego terminu obowiązywania umowy. Już w piśmie z dnia 16 listopada 2009 r., wypowiedającym umowę pośrednictwa, pozwana twierdziła, że zrealizowała jedynie dwa budynki objęte I etapem inwestycji, a realizację etapu II rozpocznie w nieznanym jeszcze terminie. Stan faktyczny stanowiący podstawę zaskarżonego wyroku nie zawierał przy tym ustaleń dotyczących planowanej i faktycznej realizacji poszczególnych etapów inwestycji.

Ustalenie treści oświadczenia woli należy do ustaleń faktycznych, a jego wykładnia – do kwestii prawnych. Dla dokonania oceny prawnej miarodajny jest prawnie wiążący sens złożonych przez strony oświadczeń woli, a nie ich dosłowne powtórzenie. Rację ma więc skarżąca podnosząc, że dopiero po ustaleniu w drodze

wykładni wiążącego znaczenia sformułowania § 13 umowy możliwa była jej prawidłowa kwalifikacja jako umowy na czas oznaczony lub nieoznaczony.

Zgodnie z przyjętą w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95 (OSNC 1995, nr 12, poz. 168) i późniejszych orzeczeniach Sądu Najwyższego (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 825/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 81, z dnia 3 września 1998 r., I CKN 815/97, OSNC 1999, nr 2, poz. 38, z dnia 20 maja 2004 r., II CK 354/03, OSNC 2005, nr 5, poz. 91 i z dnia 4 października 2006 r., II CSK 117/06, nie publ.) kombinowaną metodą wykładni, priorytetową regułą interpretacyjną oświadczeń woli składanych innej osobie jest rzeczywista wola stron, a podstawę prawną do jej stosowania stanowi art. 65 § 2 k.c., zgodnie z którym w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Jeżeli okaże się, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli, za wiążące należy uznać znaczenie ustalone według kryteriów obiektywnych. Dokonując wykładni umowy nie można ograniczać się do analizy jednego tylko – znaczeniowo niejasnego – jej postanowienia, konieczne jest uwzględnienie całego kontekstu faktycznego. W procesie wykładni oświadczeń woli wyrażonych w dokumencie trzeba więc uwzględnić tekst całego dokumentu oraz związki treściowe występujące między zawartymi w nim postanowieniami.

Dokonując wykładni postanowienia § 13 umowy pośrednictwa Sąd Apelacyjny – jak trafnie zauważa skarżąca – pominął postanowienie § 1, z którego wynikało, że w chwili zawarcia umowy pozwana nie dysponowała jeszcze pozwoleniem na budowę, że zamierzała wybudować na oznaczonym gruncie budynki z lokalami mieszkalnymi przeznaczonymi do sprzedaży o łącznej powierzchni użytkowej około 23 000 m² oraz że planowany termin rozpoczęcia inwestycji określiła na październik 2006 r., a zakończenia na III kwartał 2008 r. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika o jakie etapy inwestycji chodziło stronom w § 13, kiedy i w jakim zakresie inwestycja została zrealizowana ani kiedy uzyskano pozwolenie na użytkowanie poszczególnych budynków. W tej sytuacji nie wiadomo, na jakiej podstawie Sąd Apelacyjny przyjął, że termin obowiązywania umowy został określony w sposób „...dostatecznie jasny i pewny...”, a przede

wszystkim jaki to był termin. Podniesiony przez skarżącą zarzut naruszenia art. 65 k.c. trzeba więc uznać za trafny, a rozważanie zarzutu obrazy art. 89 i art. 116 § 2 k.c. za przedwczesne.

Kolejny zarzut, dotyczący naruszenia art. 746 w związku z art. 750 k.c., został podniesiony przez skarżącą ze względu na niejednoznaczną podstawę prawną rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego, a także na wypadek uznania, że do umowy tej - zgodnie z odesłaniem zawartym w art. 750 k.c. - stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu.

Odnosząc się do tego zarzutu trzeba zgodzić się z poglądem Sądu Apelacyjnego, że art. 746 k.c. nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie. Charakter prawny umowy o pośrednictwo w obrocie w nieruchomościach, przewidzianej w art. 179 - 183 u.g.n., nie jest postrzegany jednoznacznie, niemniej istnieje zgoda co do tego, że w powołanych przepisach umowa ta nie została uregulowana w sposób wyczerpujący. Oznacza to, że w sprawach nieuregulowanych trzeba stosować do niej odpowiednio przepisy normujące podobne umowy nazwane. Zgodnie z art. 180 u.g.n., pośrednictwo w obrocie nieruchomościach polega na zawodowym wykonywaniu czynności zmierzających do zawarcia przez inne osoby umów nabycia lub zbycia nieruchomości, własnościowego spółdzielczego prawa do lokalu lub domu jednorodzinnego, prawa najmu lub dzierżawy nieruchomości, a przez umowę pośrednictwa pośrednik zobowiązuje się do dokonywania dla zamawiającego czynności zmierzających do zawarcia tych umów, natomiast zamawiający do zapłaty wynagrodzenia. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przeważa pogląd, podzielany również przez skład orzekający, że umowa o pośrednictwo określająca w taki sposób prawa i obowiązki stron jest najbardziej zbliżona do umowy agencyjnej uregulowanej w art. 758 – 764⁹ k.c., chodzi w niej bowiem o dokonywanie czynności faktycznych, a nie prawnych, jak ma to miejsce w umowie zlecenia, a poza tym pośrednik działa samodzielnie i nie ma obowiązku stosowania się do zaleceń zlecającego, bezpośrednim celem jego działań nie jest wywołanie określonego skutku prawnego, lecz stworzenie warunków, w których zawarcie umowy jest możliwe z udziałem samych zainteresowanych, a prawo do wynagrodzenia nabywa tylko wtedy, gdy stworzone przez niego warunki doprowadzą do zawarcia umowy (zob. wyroki Sądu

Najwyższego z dnia 28 października 1999 r., II CKN 530/98, OSNC 2000, nr 5, poz. 88, z dnia 23 listopada 2004 r., I CK 270/04, nie publ., z dnia 20 grudnia 2005 r., V CK 295/05, nie publ., z dnia 12 stycznia 2007 r., IV CSK 267/06, OSNC-ZD 2008, nr A, poz. 14; odmiennie: w wyroku z dnia 10 czerwca 2003 r., I CKN 414/01, OSNC 2004, nr 9, poz. 139).

W umowie z dnia 5 września 2006 r. strony w taki właśnie sposób określiły wzajemne prawa i obowiązki, a ponadto w § 16 postanowiły, że w sprawach w niej nieuregulowanych mają zastosowanie odnośne przepisy działu V ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami oraz stosowne przepisy kodeksu cywilnego. Dlatego też trzeba zgodzić się ze skarżącą, że do umowy tej miał odpowiednie zastosowanie art. 764² k.c. Według tego przepisu, umowa agencyjna, chociażby była zawarta na czas oznaczony, może być wypowiedziana bez zachowania terminów wypowiedzenia z powodu niewykonania obowiązków przez jedną ze stron w całości lub znacznej części, a także w przypadku zaistnienia nadzwyczajnych okoliczności. Przewidziane w art. 764² § 1 k.c. uprawnienie do wypowiedzenia umowy agencyjnej ze skutkiem natychmiastowym jest normą bezwzględnie obowiązującą, w związku z czym uprawnienia tego nie można w umowie z góry wyłączyć. Dla oceny skuteczności wypowiedzenia na podstawie art. 764² § 1 k.c. istotna jest okoliczność, czy powstały materialnoprawne przesłanki jego zastosowania. Bezpodstawne dokonanie wypowiedzenia nadzwyczajnego nie jest jednak dotknięte sankcją bezskuteczności, wypowiadający naraża się jedynie na odpowiedzialność odszkodowawczą na podstawie art. 471 k.c.

Skoro Sąd Apelacyjny – wychodząc z założenia, że do umowy pośrednictwa nie mają nawet odpowiedniego zastosowania przepisy dotyczące innych umów – nie rozważył sprawy pod kątem art. 764² k.c., to zarzut naruszenia tego przepisu należy uznać za uzasadniony.

Na koniec trzeba podkreślić, że nie można zaaprobować poglądu Sądu Apelacyjnego, iż Sąd pierwszej instancji dokonał błędnej kwalifikacji dochodzonego roszczenia, ponieważ powód nie dochodził odszkodowania tylko zapłaty wynagrodzenia wynikającego z umowy pośrednictwa i żądania tego nie zmienił na roszczenie odszkodowawcze. Pogląd ten jest zbyt kategoryczny, powód nie ma

bowiem obowiązku wskazania w pozwie podstawy prawnej dochodzonego żądania, natomiast w okolicznościach faktycznych przytoczonych w uzasadnieniu pozwu mieści się również roszczenie o odszkodowanie, obejmujące utraconą prowizję (*da mihi factum dabo tibi ius*; zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152, z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, nie publ., z dnia 5 września 2002 r., II CKN 829/00, nie publ., z dnia 24 maja 2007 r., V CSK 25/07, OSNC-ZD 2008, nr B, poz. 32, z dnia 21 kwietnia 2010 r., V CSK 345/09, nie publ. i z dnia 29 czerwca 2010 r., I PK 33/10, OSNP 2011, nr 23-24, poz. 293).

Z tych względów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁵ § 1 i art. 108 § 2 w związku z art. 398²¹ k.p.c. uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.