



Maciej Kochanowski<sup>a)</sup>

 <https://orcid.org/0000-0003-3425-1417>

## Utracony zysk w myśl przepisów Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (CISG)

**Abstract:** The contribution focuses on the lost profits according to the CISG Convention (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods). The notion of lost profits and its extent according to Art. 74 CISG are presented. Moreover, aspects of calculation of lost profits, as well as limitations of the compensation for the lost profits are discussed. The author compares the notion of lost profits under CISG with the notion of lost profits under Polish private law. The author expresses his standpoint according to which the notion of lost profits under Polish law and under the CISG is quite similar, but by no means identical. The extent of the lost profits in two cases is different, as well as manners of its calculation. Therefore, caution is needed to avoid home-ward trend and invoking Polish scholarship and jurisprudence as a guideline for solving the issues connected with interpretation of lost profits according to the CISG should be avoided.

**Keywords:** CISG — International Sale of Goods — liability for damages — lost profits — loss of profit — *lucrum cessans*

---

<sup>a)</sup> Mgr, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów z 1980 r.<sup>1</sup> [dalej: CISG lub Konwencja] zawiera jednolite przepisy regulujące prywatnoprawne aspekty międzynarodowej sprzedaży towarów. Gdy powstawał niniejszy artykuł, CISG została ratyfikowana przez ponad 90 państw<sup>2</sup>. Konwencja obowiązuje w Polsce od 1996 r., jej tekst — oryginalna wersja w języku angielskim (jedna z sześciu wersji oficjalnych) wraz z polskim tłumaczeniem — opublikowany został w „Dzienniku Ustaw” rok później.

Konwencja stanowi integralną część porządku prawnego państwa, w którym została ratyfikowana, a więc także część polskiego porządku prawnego. Mimo to ma charakter autonomiczny: zgodnie z art. 7 CISG, przy interpretacji konwencji należy uwzględniać jej międzynarodowy charakter oraz potrzebę dążenia do jej jednolitego stosowania i poszanowania dobrej wiary w handlu międzynarodowym. Dotyczy to także rozumienia pojęć znanych polskiej cywilistyce, jak np. *lucrum cessans*<sup>3</sup>.

W niniejszym artykule podjęto próbę zdefiniowania utraconego zysku w myśl art. 74 CISG, z uwzględnieniem światowej literatury i orzecznictwa, określenia, jak utracony zysk należy obliczać oraz jakie są ograniczenia odszkodowania za utracony zysk. Autor dokonał także syntetycznego porównania *lucrum cessans* w myśl przepisów CISG z *lucrum cessans* w myśl przepisów kodeksu cywilnego<sup>4</sup>.

## 1. Definicja i zakres utraconego zysku w myśl przepisów CISG

### 1.1. Definicja utraconego zysku

Zgodnie z art. 74 CISG, odszkodowanie za naruszenie umowy przez jedną stronę obejmuje sumę równą stracie, w tym utratę zysku poniesioną przez drugą stronę w rezultacie naruszenia. Z przepisu tego wynika, że odszkodowanie należne jest tylko za te niekorzystne konsekwencje majątkowe związane z naruszeniem umowy, które można za-

<sup>1</sup> Dz.U. 1997, nr 45, poz. 286.

<sup>2</sup> [https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg/status](https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status).

<sup>3</sup> Por. B. Zeller, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 78.

<sup>4</sup> Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny, Dz.U. 1964, nr 16, poz. 93 z późn. zm.

klasyfikować jako stratę (*damnum emergens*) albo utracony zysk (*lucrum cessans*).

CISG nie zawiera definicji legalnej utraconego zysku. Pomocna w określeniu jego zakresu jest przede wszystkim zasada pełnej kompensacji szkody<sup>5</sup>, zgodnie z którą odszkodowanie ma przywrócić stan strony poszkodowanej do takiego, w jakim znajdowałaby się ona, gdyby umowa została prawidłowo wykonana<sup>6</sup>. Granice pełnej kompensacji wyznacza przede wszystkim art. 74 zd. 2 oraz art. 77<sup>7</sup>.

Stratą (*damnum emergens*) jest zmniejszenie środków majątkowych (*diminution of the assets*)<sup>8</sup>, rozumiane jako obniżenie wartości majątku, utrata własności albo powstanie nowych długów<sup>9</sup>. Utracony zysk (*lucrum cessans*) w myśl przepisów CISG jest przysporzeniem majątkowym (względnie zwiększeniem środków majątkowych — ang. *increase in the assets*), którego strona nie uzyskuje na skutek naruszenia kontraktu<sup>10</sup>. Jest to więc taki zysk, którego wypracowanie zostaje uniemożliwione przez naruszenie umowy<sup>11</sup>. Obliczenie utraconego zysku polega na porównaniu przysporzenia, które strona uzyskiwałaby w związku z wykonaniem umowy, z przysporzeniem faktycznie uzyskanym w związku z naruszeniem umowy (o ile jakiegokolwiek nastąpiło)<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> Uznawana za ogólną zasadę, na której opiera się CISG w myśl art. 7 ust. 2 CISG — C. Andersen, *General Principles of the CISG — Generally Impenetrable?*, in: *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, eds. C. Andersen, U. Schroeter, Wildy, Simmonds & Hill, London, 2008, s. 28—29, <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/andersen6.html>.

<sup>6</sup> S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's Calculations on Lost Profits under Article 74 of the CISG*, „Loyola University Chicago International Law Review” 2007, vol. 4, no. 2, s. 216; I. Schwenzer, in: *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, eds. P. Schlechtriem, I. Schwenzer, U.G. Schroeter, C.H. Beck, München, 2019, s. 1243.

<sup>7</sup> J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG advisory council opinion no. 6: Calculation of Damages under CISG Article 74*, 2006, pkt 1.1, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>.

<sup>8</sup> S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's...*, s. 216.

<sup>9</sup> D. Saidov, *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, „Pace International Law Review” 2002, 14, no. 2, s. 317. Na przykład konieczność opłacenia kary umownej na rzecz osób trzecich — Orzeczenie Landgericht Kassel (Niemcy), 1. Kammer für Handelssachen, 21.09.1995, 11 O 4261/94, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/192.htm>.

<sup>10</sup> Zob. S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's...*, s. 216.

<sup>11</sup> Zob. J. Gotanda, *Recovering Lost Profits in International Disputes*, „Georgetown Journal of International Law” 2004, no. 36, s. 61; J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.

<sup>12</sup> J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.1.

Uwzględnić należy przysporzenie po odliczeniu kosztów jego uzyskania<sup>13</sup>. Obliczając wysokość szkody, uwzględnić należy także koszty, których strona poszkodowana nie musiała ponieść w związku z tym, że umowa nie została wykonana; innymi słowy, uwzględnić należy koszty „zaoszczędzone” w związku z naruszeniem umowy. Zatem jeśli w wyniku niewykonania umowy strona mogła zaniechać otwarcia akredytywy, to koszty, które zdołała ona w ten sposób zminimalizować, należy uwzględnić przy przyznawaniu odszkodowania<sup>14</sup>.

Utrata zysku najczęściej jest spowodowana niemożnością prowadzenia działalności<sup>15</sup> (niem. *Betriebsausfall*), utratą klienteli<sup>16</sup>

<sup>13</sup> J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.1.

<sup>14</sup> Orzeczenie Landgericht Kassel (Niemcy), 1. Kammer für Handelssachen, 21.09.1995, 11 O 4261/94, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/192.htm>: „Erfahrungsgemäß sind mit der Abwicklung eines Geschäfts der vorliegenden Art vielmehr weitere, zu einer Minderung des Ertrags führende Aufwendungen verbunden, die vorliegend erspart würden. So hatte die Klägerin unstreitig die geschuldete Untersuchung bereitgestellter Masten durch Inspektoren der E. auf eigene Kosten zu veranlassen, was, nach ihren Angaben jeweils USD 1.000. erforderte. Weiterhin hatte sie bei Durchführung des Vertrags mehrere Akkreditive zu eröffnen, was in aller Regel nicht unbeträchtliche — jetzt ersparte — Bankgebühren auslöst. Schließlich hatte sie die selbst zu zahlenden Beträge zumindest zeitweilig vorzufinanzieren, was üblicherweise gleichfalls zu korrespondierenden Belastungen führt”. J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.14.

<sup>15</sup> Zob. Orzeczenie Zivilgericht Basel-Stadt (Szwajcaria), 8.11.2006, P 2004 152, <http://cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/1731.pdf>.

<sup>16</sup> Orzeczenie Handelsgericht des Kantons Zürich (Szwajcaria), 10.02.1998, HG 970238.1, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=488>: „Hintergrund der Auseinandersetzung ist die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe mehrmals Kunstbücher resp. Kunstkataloge nicht rechtzeitig an Vernissagen oder Präsentationen geliefert, wodurch sie das Vertrauen äusserst wichtiger privater Kunstförderer verloren habe und hieraus grosser Schaden entstanden sei”. „Wohl ist der durch die Beklagte angetönte sogenannte »good will — Schaden« nach Wiener Kaufrecht durchaus ersetzbar (Caemmerer/Schlechtriem, a.a. O., N 20 und 43 zu Art. 74), doch auch dieser ist konkret darzulegen und zu substantiieren. Ein Zusammenhang zwischen den Bindungskosten und einem »good will Schaden« oder entgangenem Gewinn ist jedoch weder durch die Beklagte geltend gemacht worden, noch sonstwie erkennbar”.

Orzeczenie Audiencia provincial de Madrid (Hiszpania), 10.03.2010, 759/2008, <https://docplayer.es/5548241-Audiencia-provincial-de-madrid-10-marzo-2009-fuente-aranzadi-westlaw.html>: „Simplemente porque conociendo Vinos y Bodegas, S.A. la adición de ácido benzoico al vino suministrado, y conociendo como comerciante del sector la impropiedad de añadir esa sustancia al vino, resultaba del todo previsible la imposibilidad de su comercialización a terceros, y el consiguiente alcance de la pérdida a sufrir por Rexim, que no tenía la condición de consumidor final sino de comerciante, en cuya condición orientaba la adquisición a la reventa a terceros, con la consiguiente obtención de un beneficio derivado del margen comercial aplicado sobre el precio de esa reventa. La defectuosa calidad del vino destinado por Rexim a la comercialización a terceros, evidencia la previsible causación de un lucro cesante”.

albo związana jest z niemożnością sprzedaży (odsprzedaży) towaru<sup>17</sup>.

## 1.2. Naruszenie dóbr niemajątkowych a szkoda majątkowa

Ze względu na zakres regulacji przepisów CISG<sup>18</sup> nie jest możliwe dochodzenie na ich podstawie odszkodowania za szkodę niemajątkową (zadośćuczynienia)<sup>19</sup>, które może być jednak dochodzone na podstawie wewnętrznego prawa właściwego wyznaczonego przez normy kolizyjne. Szkodę niemajątkową należy odróżnić od szkody majątkowej związanej z naruszeniem dóbr osobistych (względnie dóbr niemajątkowych), która może zostać uwzględniona w odszkodowaniu określonym

---

Orzeczenie wydane na podstawie ULIS: Orzeczenie Bundesgerichtshof (Niemcy), 24.10.1979, VIII ZR 210/78, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=24.10.1979&Aktenzeichen=VIII%20ZR%20210/78>: „Abgesehen von einem Minderwert von 11.167,78 DM sei ihm – dem Beklagten – ein Schaden von insgesamt 430.400 DM dadurch entstanden, daß: vier Großabnehmer aufgrund der mangelhaften Lieferung die Geschäftsbeziehungen mit ihm gelöst hätten, wodurch ihm auf vier Jahre berechnet ein sonst sicherer Verdienst von 288.000 DM entgangen sei”.

ULIS (Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods z 1964 r., <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>) to „poprzednik” Konwencji wiedeńskiej, będący dla niej wzorcem; wiele przepisów ULIS zostało przejętych do CISG jedynie z niewielkimi zmianami. ULIS, podobnie jak CISG, nie wywodzi się z konkretnego systemu prawnego i również musi być interpretowany w sposób „neutralny”, aby zachować autonomiczność jego przepisów. Możliwe jest posiłkowe odwoływanie się do doktryny i orzecznictwa interpretujących ULIS, w celu lepszego zrozumienia przepisów CISG; por. J. Honnold, *Documentary history of the uniform law for international sales: the studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*, Kluwer 1989, 6.

<sup>17</sup> Zob. Orzeczenie, 30.10.2006, T-22/05, Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce (Serbia), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061030sb.html>.

<sup>18</sup> Artykuł 5 CISG: „Niniejsza konwencja nie ma zastosowania do odpowiedzialności sprzedającego za śmierć lub utratę zdrowia jakiegokolwiek osoby, spowodowaną przez towary”.

<sup>19</sup> J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 7.1; Orzeczenie Multi-Member Court of First Instance of Athens (GRECJA), 01.01.2009, 4505/2009, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=2228>; J. Klatka, G. Żmij, w: *Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów: komentarz*, red. M. Pazdan, Zakamycze, Kraków, 2001, s. 606—607; N. Tepeš, *Non-material Damages Arising out of the Breach of Contract and Interpretation of Art. 74 CISG*, in: *Liber amicorum Gašo Knežević*, eds. T. Varady et al., Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2016, s. 686; P. Schlechtriem, *Non-Material Damages — Recovery Under the CISG?*, „Pace International Law Review” 2007, no. 1, s. 89 i n.

na podstawie przepisów CISG<sup>20</sup>. W myśl przepisów CISG dobra niemajątkowe nie mają samoistnej wartości, ale ich naruszenie ma znaczenie o tyle, o ile wiązało się z naruszeniem potencjału zarobkowego strony poszkodowanej<sup>21</sup>.

W praktyce odszkodowanie za szkodę majątkową związaną z naruszeniem dóbr niemajątkowych dochodzone na podstawie przepisów CISG wiąże się z utratą reputacji. Reputacja to opinia profesjonalistów albo konsumentów na temat danego podmiotu, oparta na cechach uwiarygodnionych w trakcie jego dotychczasowej działalności<sup>22</sup>. Utrata reputacji jest często ściśle związana z utratą przyszłych — częściowo jeszcze

<sup>20</sup> Por. J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 7 i n.

<sup>21</sup> I. Schwenzer, P. Hachem, *The Scope of the CISG Provisions on Damages*, in: *Contract damages: domestic and international perspectives*, eds. D. Saidov, R. Cunnington, Hart Pub, Oxford, Portland, 2008, s. 100.

Odmienne D. Saidov, *Damages: The Need for Uniformity*, „Journal of Law and Commerce” 2005—2006, 25, s. 397—399. Przytoczony autor wskazuje, że reputacja jest szczególną, wyróżniającą się wśród innych dóbr niemajątkowych wartością dla przedsiębiorcy — dobra reputacja umożliwia, albo przynajmniej ułatwia, prowadzenie działalności gospodarczej. Autor proponuje uznanie reputacji za aktywa przedsiębiorstwa. Utrata albo pogorszenie reputacji jest dla przedsiębiorcy bardzo szkodliwe, nawet jeśli trudno wykazać w danej sytuacji natychmiastowe obniżenie zysku, który przedsiębiorca potrafi wypracować; efekt ten może być rozłożony w czasie, co uzasadnia zasądzenie odszkodowania również za samą utratę reputacji. Wydaje się jednak, że to stanowisko (a raczej praktyczne wnioski z niego płynące) niewiele różni się od popieranego przeze mnie stanowiska. Wszak autor sugeruje, że utrata reputacji przekłada się po prostu na utracony zysk, który jest jednak częściowo niemożliwy do obliczenia w momencie orzekania. Jest to więc raczej postulat, aby utracony zysk związany z utratą reputacji kalkulować w sposób wnikliwy i uwzględniać również przyszłe straty. Co więcej, gdyby za utratę reputacji i za utracony zysk oddzielnie przyznawać odszkodowanie, bardzo prawdopodobne byłoby dwukrotne zasądzenie odszkodowania za tę samą szkodę; por. J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 7.4; Orzeczenie Landgericht Darmstadt, 9.05.2000, 10 O 72/00, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/000509g1german.html>.

<sup>22</sup> Szerzej na ten temat D. Saidov, *Damages...*, s. 397—399; w orzecznictwie wskazano też, że szkoda związana z „pogorszeniem reputacji określonego towaru” może zostać uwzględniona przy określaniu odszkodowania — Orzeczenie arbitrażowe Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (Rosja), 24.01.2000, Arbitration proceeding 54/1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html> [tłumaczenie D. Saidov]: „The rules stipulated by Article 74 of the Vienna Convention 1980, are fully applicable to the claim for loss of profit caused by the sale of the second instalment of the goods under lower prices due to infliction of damage upon the reputation of the goods in the market as a result of the non-conforming quality of the same goods in the first instalment”. „Even if he had proved that reputation of the goods had been, in fact, seriously damaged as a consequence of the discovered defects, which led to the impossibility of the sale of the goods within a short period of time, he would have been entitled to claim compensation of loss only in such a part which was actually brought about by the seller's breach of the contract”.

nieokreślonych — zysków<sup>23</sup>. W wielu przypadkach ze względu na utratę reputacji niemożliwe staje się zawarcie transakcji z taką samą liczbą kontrahentów, dochodzi więc do utraty zysku<sup>24</sup>. Odszkodowanie może objąć taką szkodę, jednak musi ona zostać skonkretyzowana<sup>25</sup> — wykazane musi zostać to, że utrata reputacji skutkowałą utratą zysku<sup>26</sup>.

Aby określić zakres utraconego w ten sposób zysku, konieczna jest ocena, w jakim stopniu działanie kontrahenta zaszkodziło reputacji strony poszkodowanej, a także jak duża liczba klientów zrezygnowała z tego powodu z nabywania towarów od strony poszkodowanej. Może to być wykazane np. na podstawie porównania złożonych wcześniej u strony poszkodowanej zamówień czy też na podstawie informacji na temat zapotrzebowania na określony produkt<sup>27</sup>. Czasami konsekwencje utraty reputacji oszacować można również na podstawie otrzymanych przez klientów reklamacji produktów<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> S. Eiselen, *Unresolved damages issues of the CISG: a comparative analysis*, „Comparative and International Law Journal of Southern Africa” 2005, 38, no. 1, s. 37—38; J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 7.3.

<sup>24</sup> Por. D. Saidov, *Methods...*, s. 329 i n.: „As mentioned above, loss or injury to reputation can lead to pecuniary loss in the form of loss of profit. This can be called *material manifestation of non-material loss*”; P. Schlechtriem, *Non-Material Damages — Recovery Under the CISG?*, „Pace International Law Review” 2007, no. 1, s. 94—95.

<sup>25</sup> Orzeczenie Handelsgericht Zurich (Szwajcaria), 10.02.1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html>.

<sup>26</sup> J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 7.1; por. D. Saidov, *Damages...*, s. 397.

<sup>27</sup> Zob. Orzeczenie Audiencia provincial de Madrid (Hiszpania), 10.03.2010, 759/2008, <https://docplayer.es/5548241-Audiencia-provincial-de-madrid-10-marzo-2009-fuente-aranzadi-westlaw.html>. W niniejszej sprawie sprzedawca został pozwany o utracony zysk, który kupujący uzyskałby przez odsprzedaż nabytego wina. Wino to zawierało jednak substancję uniemożliwiającą jego odsprzedaż na konkretnym rynku. Sąd uznał, że doświadczenie i wiedza sprzedawcy wystarczyły, by przewidzieć taką szkodę: „Simplemente porque conociendo Vinos y Bodegas, S.A. la adición de ácido benzoico al vino suministrado, y conociendo como comerciante del sector la improcedencia de añadir esa sustancia al vino, resultaba del todo previsible la imposibilidad de su comercialización a terceros, y el consiguiente alcance de la pérdida a sufrir por Rexim, que no tenía la condición de consumidor final sino de comerciante, en cuya condición orientaba la adquisición a la reventa a terceros, con la consiguiente obtención de un beneficio derivado del margen comercial aplicado sobre el precio de esa reventa. La defectuosa calidad del vino destinado por Rexim a la comercialización a terceros, evidencia la previsible causación de un lucro cesante”.

<sup>28</sup> Por. Orzeczenie Tampere Court of First Instance (Finlandia), 17.01.1997, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970117f5.html> [tłumaczenie J. Vanto]: „The non-conforming goods have caused significant damage to [buyer]’s business activities, because many of the retail clients have quit their purchases and the profit margin of the company has been in a steady decline. For example, a major client, RM Oy, has single-handedly returned a total of 19,103 cans of mushrooms. The goodwill of [buyer] as a supplier of quality canned food has suffered. Consequently, the re-establishment of that go-

Za niezasadne należy uznać stanowisko, że odmówić można zasądzenia odszkodowania obejmującego utracony zysk związany z utratą reputacji, jeśli strona dochodząca odszkodowania nie może określić jego dokładnej wysokości<sup>29</sup>. Takie stanowisko jest niedopuszczalne przede wszystkim ze względu na to, że wiązałoby się z nałożeniem na powoda nieadekwatnego ciężaru dowodowego<sup>30</sup>. Jednakże niewystarczające jest ogólne wskazanie, że na skutek naruszenia umowy doszło do utraty klientów<sup>31</sup> — konieczne jest przynajmniej umożliwienie przez stronę naruszającą przeprowadzenia stosownej kalkulacji.

---

odwill requires additional effort and marketing”. „Witnesses statements are credible and they establish that [buyer] has lost several clients. The reason has been that the goods have not been of the promised high quality. The Spanish party has breached the contract as far as quality is concerned. The evidence insofar as the decrease in quality is concerned was discussed above in connection with price reduction. [Buyer] has suffered loss as a result of losing clients. Furthermore, regaining the reputation and credibility and creation of new customer networks has required extra effort and expenses”. „The loss caused to [buyer] has been foreseeable at the time of the conclusion of the contract, as required by article 74 of the CISG. [Buyer] had concluded the exclusive import contract because it was assured about the quality of the products delivered by the [seller]. The [seller] knew that the products had been accepted to the Finnish market because of their quality and that their competitiveness was dependent on their quality. Consequently, the business activities of [buyer] rested on the shoulders of Diamante products. Because trading between the Spanish Company and [buyer] was extensive and increasing, the Spanish party could have foreseen the economic consequences that a breach of contract would cause to [buyer]. On these grounds the court holds that [buyer] is entitled to the damages it has claimed”.

<sup>29</sup> Częściowo odmienne stanowisko Orzeczenie Landgericht Darmstadt, 9.05.2000, 10 O 72/00, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/000509g1german.html>: „Ein Durchschlagen des behaupteten Imageverlustes in zu realisierende Absätze hat die Beklagte nicht dargelegt. Dementsprechend »sieht sie sich auch ausser Stande, den aus dem Imageschaden resultierenden Vermögensschaden exakt zu beziffern«. Es mag sein, dass die weitere Marktentwicklung, wenn mangelhafte Ware auf den Markt kommt und vermarktet wird, nicht dem entspricht, was ansonsten zu erwarten gewesen wäre, allerdings ist hierbei ein Mindestmass an substantiellem Vortrag zu erwarten, den die Beklagte nicht erbracht hat, was zutreffenderweise die Klägerin gerügt hat”. „Sie kann nicht zum Einen Umsatzeinbussen geltend machen, die über die Frage des dann tatsächlich hieraus resultierenden Schadens (Gewinneinbusse) als Vermögensschaden liquidierbar wären und zusätzlich versuchen, »Imageverluste« in DM umzusetzen”.

<sup>30</sup> J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 7.3.

<sup>31</sup> Orzeczenie Landgericht Darmstadt, 9.05.2000, 10 O 72/00, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/000509g1german.html>: „Die pauschale Behauptung, Abnehmer seien zu Konkurrenten abgewandert, ist nicht konkret genug, um hierauf eine Beweisaufnahme (Beweis Zeugnis Frandoise Adler-Schmuck) stützen zu können. Gerade der Umstand, dass Einzelhändler abgewandert wären, müsste sich anhand der Geschäftsunterlagen problemlos dokumentieren lassen”.



### 1.3. Zysk już utracony a zysk przyszły

Zasądzając odszkodowanie, uwzględniać należy utracony zysk nie tylko do momentu wydania wyroku, lecz także zysk przyszły (ang. *future lost profit*)<sup>32</sup>. Nieuwzględnianie zysku przyszłego oznaczałoby, że poszkodowany musiałby poczekać z wystąpieniem z powództwem do momentu, w którym zysk przyszły „zamieni się” w zysk „już utracony”. Uwzględniając zarówno aspekty procesowe, jak i przedawnienie roszczeń, w niektórych systemach prawnych mogłoby to uniemożliwić albo znacznie utrudnić dochodzenie odszkodowania za część szkody<sup>33</sup>.

Wyznaczanie jednoznacznej granicy czasowej, do której należy uwzględniać utracony zysk, nie jest też konieczne z tego względu, że ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej do szkody przewidywalnej (art. 74 zd. 2 CISG) i ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej o sumę, o jaką szkoda powinna być zmniejszona przez podjęcie rozsądnych kroków przez stronę poszkodowaną (art. 77 CISG), stanowią dostateczne ograniczenie odszkodowania za zbyt odległy czasowo utracony zysk<sup>34</sup>.

### 1.4. Utracony zysk a utracona szansa (szkoda ewentualna)

Z zasady pełnej kompensacji szkody wynika, że nienależne jest odszkodowanie, które stawiałoby poszkodowanego w lepszej sytuacji, niż gdyby umowa została wykonana; niedopuszczalna jest więc sytuacja, w której poszkodowany wzbogaca się na odszkodowaniu<sup>35</sup>. Trudność w określeniu *lucrum cessans* polega m.in. na określeniu jednoznacznej granicy pomiędzy utraconym zyskiem a spekulacją na temat możliwego do uzyskania zysku<sup>36</sup>. Z tego względu kontrowersyjna jest możliwość zasądzenia odszkodowania za utraconą szansę względnie za szko-

<sup>32</sup> S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's...*, s. 216; J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.19; D. Saidov, *The law of damages in international sales: the CISG and other international instruments*, Hart Pub, Oxford, Portland, 2008, s. 76. Częściowo odmienne stanowisko J. Klatka, G. Żmij, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 605.

<sup>33</sup> D. Saidov, *The law...*, s. 76.

<sup>34</sup> Zob. J. Klatka, G. Żmij, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 606; F. Enderlein, D. Maskow, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: Commentary*, Oceana, New York, 1992, s. 298—299.

<sup>35</sup> J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 9.

<sup>36</sup> Zob. S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's...*, s. 220—223.

dę ewentualną (ang. *loss of chance* albo *loss of opportunity*<sup>37</sup>). Ze szkodą ewentualną mamy do czynienia w sytuacji, gdy uzyskanie zysku wiązało się — przynajmniej częściowo — z wystąpieniem niepewnego zdarzenia. Szkada ewentualna może być np. związana z utratą szansy na otrzymanie zamówień od klientów<sup>38</sup>. W przypadku utraty szansy na wypracowanie zysku dłużnik nie tyle przyczynia się do utraty zysku, ile raczej uniemożliwia podjęcie starania o ten zysk<sup>39</sup>.

Udaremnienie szansy na niepewny zysk nie prowadzi — w myśl CISG — co do zasady do powstania odpowiedzialności odszkodowawczej<sup>40</sup>. Co więcej, ze względu na ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej do szkody przewidywalnej (art. 74 zd. 2 CISG) zasądzenie odszkodowania za szkodę związaną z utraconą szansą byłoby w wielu przypadkach niezasadne. Można bowiem argumentować, że o ile wątpliwa była możliwość wypracowania zysku nawet w przypadku prawidłowego wykonania umowy, o tyle tym bardziej za nieprzewidywalne uznać należy utracenie potencjalnego zysku z uwagi na naruszenie umowy<sup>41</sup>.

Dochodzenie odszkodowania za utraconą szansę jest jednak w wyjątkowych przypadkach dopuszczalne. Szkada ewentualna powinna być uwzględniona w odszkodowaniu w sytuacji, gdy strona zawiera umowę wyłącznie w związku z chęcią podjęcia próby wypracowania zysku w związku z prognozowanym zdarzeniem (a więc w celu „uzyskania szansy”) i gdy cel ten był wiadomy (względnie powinien być wiadomy) dłużnikowi<sup>42</sup>. Sama szansa na wypracowanie zysku może mieć w takiej sytuacji wartość ekonomiczną<sup>43</sup>. W tego typu umowach umożliwie-

<sup>37</sup> S. Eiselen, *Unresolved...*, s. 32—33.

<sup>38</sup> Orzeczenie Handelsgericht Zürich (Szwajcaria), 10.02.1999, HG 970238.1, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html>. Sąd rozstrzygnął spór, w którym kupujący zlecił sprzedającemu dostarczenie katalogów o dziełach sztuki. Działalność kupującego polegała głównie na dystrybucji katalogów do klientów. Kupujący zaznaczył, że sprzedawca musi dostarczyć katalogi przed konkretną wystawą. W wyniku 3-godzinnego opóźnienia organizator wystawy wykreślił kupującego z listy dostawców katalogów i uniemożliwił mu w ten sposób otrzymywanie zamówień na katalogi.

<sup>39</sup> Zob. J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.15: „What separates a loss of chance from the general category of loss of profits is the existence of some contingency or unknown fortuitous event between the promisor’s performance and the promisee’s realization of gain. In this circumstance, a breach by the promisor prevents the promisee’s chance of profit from coming to fruition”.

<sup>40</sup> Orzeczenie Handelsgericht Zurich (Szwajcaria), 10.02.1999, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=488>: „Keinen ersatzfähigen Schaden begründet jedoch im allgemeinen die Vereitelung einer blossen Gewinnchance”; por. częściowo odmiennie stanowisko D. Saidov, *Damages...*, s. 402; D. Saidov, *The law...*, s. 72—73.

<sup>41</sup> Częściowo odmiennie S. Eiselen, *Unresolved...*, s. 41—42.

<sup>42</sup> J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 9.

<sup>43</sup> I. Schwenzer, in: *Kommentar...*, s. 1252; D. Saidov, *The law...*, s. 71.

nie kontrahentowi skorzystania z szansy wypracowania zysku może być uznane za domniemane świadczenie<sup>44</sup>; taka szkoda jest też przewidywalna ze względu na znany stronom cel umowy. W takiej sytuacji, aby uzyskać odszkodowanie obejmujące szkodę ewentualną, strona poszkodowana musi wykazać, że szansa na uzyskanie zysku była dostatecznie „realna”<sup>45</sup>.

## 2. Kalkulacja wysokości utraconego zysku

### 2.1. Wprowadzenie

Kalkulacja utraconego zysku jest w większości przypadków bardziej skomplikowana niż kalkulacja *damnum emergens*<sup>46</sup>; dokładne obliczenie wysokości utraconego zysku nie we wszystkich przypadkach jest wykonalne<sup>47</sup>. Kalkulacja ta wiąże się z analizą hipotetycznego stanu faktycznego, który wystąpiłby, gdyby umowa została wykonana<sup>48</sup>. Rzetelna kalkulacja utraconego zysku często wymaga: dokładnej analizy możliwości zawarcia przez poszkodowanego dodatkowych umów, rentowności przedsiębiorstwa, warunków ekonomicznych, cen na danym rynku, preferencji konsumentów<sup>49</sup>. W wielu sytuacjach nawet najdokładniej wykonana kalkulacja umożliwi jedynie wskazanie przybliżonej kwoty<sup>50</sup>. W praktyce sąd albo trybunał arbitrażowy często zasądza kwotę uśrednioną, uzyskaną w wyniku porównania kalkulacji pozwanego z kalkulacją powoda<sup>51</sup>.

<sup>44</sup> J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.16.

<sup>45</sup> Szersze uwagi na ten temat zob. D. Saidov, *The law...*, s. 73–74. W niektórych aktach międzynarodowych możliwość dochodzenia odszkodowania za szkodę ewentualną jest przewidziana wprost: art. 7.4.3 (UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS), <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>: „(1) Compensation is due only for harm, including future harm, that is established with a reasonable degree of certainty. (2) **Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence**”.

<sup>46</sup> D. Schwartz, *The Recovery of Lost Profits under Article 74 of The U.N. Convention on the International Sale of Goods*, „Nordic Journal of Commercial Law” 2006, no. 1, s. 4; J. Gotanda, *Recovering...*, s. 61.

<sup>47</sup> J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.13.

<sup>48</sup> D. Schwartz, *The Recovery...*, s. 4.

<sup>49</sup> J. Gotanda, *Recovering...*, s. 62; D. Schwartz, *The Recovery...*, s. 5.

<sup>50</sup> J. Gotanda, *Recovering...*, s. 62.

<sup>51</sup> J. Gotanda, *Recovering...*, s. 61–62.

## 2.2. Kalkulacja na podstawie art. 75 i 76 CISG

### Abstrakcyjna oraz konkretna kalkulacja utraconego zysku

Utrata zysku często jest efektem niedojścia do skutku przyrzeczonej transakcji. W takich sytuacjach kalkulacja utraconego zysku na ogół jest przeprowadzana na podstawie art. 75 i art. 76 CISG, a więc z zastosowaniem metody abstrakcyjnej albo konkretnej<sup>52</sup>. Warunkiem zastosowania obu przepisów jest skuteczne odstąpienie od umowy. Cenę z umowy należy ustalić na podstawie art. 55 CISG.

Artykuł 76 CISG traktuje o abstrakcyjnej kalkulacji szkody. Strona może dochodzić wyrównania szkody obejmującej zysk, który określony zostanie zgodnie z art. 76 CISG, przez obliczenie różnicy pomiędzy ceną ustaloną w umowie a ceną bieżącą (ceną rynkową) miejsca, do którego towary miały zostać dostarczone, w momencie odstąpienia od umowy. Ceną bieżącą jest cena przyjęta w miejscu, w którym dostawa towarów powinna być dokonana, a jeżeli nie ma tam ceny bieżącej — cena przyjęta w innym miejscu, które można uznać za rozsądny, zastępczy punkt odniesienia, biorąc odpowiednio pod uwagę różnice w kosztach przewozu towarów. Niemożność jednoznacznego ustalenia ceny rynkowej nie oznacza jednak, że niezasadne jest przyznanie odszkodowania — w takich sytuacjach bywa, że wyliczenie utraconego zysku przeprowadza się na podstawie art. 74 CISG, biorąc pod uwagę całokształt sprawy<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Szersze uwagi na temat kalkulacji zgodnie z art. 75 i 76 CISG J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG Advisory Council: Opinion No. 8 Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76, Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan, on 15 November 2008*. 2008, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op8.html>.

<sup>53</sup> Orzeczenie China International Economic and Trade Arbitration Commission [CIETAC] (Chiny), 10.2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071000c1.html> [tłumaczenie Fan Yao, Edycja Meihua Xu]: „According to Article 76 of CISG, [Seller] can recover the difference between the price fixed by the present contract and the current price at the time of avoidance. However, [Seller] did not provide evidence to show the market price of the five sets of DVD-R devices at the time when the contract was avoided on 12 April 2006. According to Article 74 of CISG, [Seller] can also obtain the loss of profit of the present contract. [Seller] submits that, calculated by the costs of [Seller], if these five sets of DVD-R devices were sold at the contract price, the contract profit would be 25% of 4,135,000.00, the total contract price of the five sets of devices, namely 1,033,750.00. However, after listening to the opinions of the parties sufficiently, and examining the evidence provided by the parties, the Tribunal holds that the 25% profit rate submitted by [Seller] is too high, and should be adjusted. The Arbitral Tribunal believes that it is reasonable to calculate the profit in rate of 6% of the total contract price, 4,135,000.00. That is to say, if [Seller] sold the five sets of DVD-R devices at the contract price, the profit it expected to obtain is 248,100.00. [Buyer] should compensate [Seller] the loss of profit in this amount”.

Kalkulacja zysku jest ułatwiona wtedy, gdy strona dochodzi zysku, który miała zamiar wypracować przez wykonanie transakcji, jeśli umowa zastępcza została już zawarta<sup>54</sup>. Dotyczy to zarówno sytuacji, w której sprzedawca musiał zastępczo sprzedać towar innemu podmiotowi za niższą cenę, albo sytuacji, w której kupujący, który miał zamiar odsprzedać nabyty towar podmiotowi trzeciemu, musiał nabyć go drożej na drodze transakcji zastępczej w celu odsprzedaży podmiotowi trzeciemu. Zgodnie z art. 75 CISG, w razie rozwiązania umowy i jeżeli kupujący w rozsądny sposób, i w rozsądnym terminie po rozwiązaniu nabył zastępczo towary albo sprzedający towary odsprzedał, strona żądająca odszkodowania może otrzymać różnicę między ceną z umowy a ceną z transakcji zastępczej. Wyliczając szkodę na podstawie art. 75 CISG — w przeciwieństwie do kalkulacji zgodnie z art. 76 CISG — nie jest konieczne odwołanie się do trudniejszej do ustalenia ceny rynkowej danego miejsca w danym czasie, a jedynie porównanie dwóch konkretnych i jednoznacznie ustalonych cen z dwóch umów. Kalkulacja zgodnie z art. 75 CISG zasadniczo nie sprawia problemów w praktyce orzeczniczej<sup>55</sup>. Jeśli możliwa jest kalkulacja szkody zarówno na podstawie art. 75 CISG, jak i art. 76 CISG, to szkodę należy obliczyć na podstawie art. 75 CISG<sup>56</sup>. Utracony zysk może też zostać wyliczony przez porównanie ceny z umowy z pierwotnej transakcji z ceną z umowy zastępczej (analogicznie do art. 75 CISG), nawet jeśli nie doszło do odstąpienia od umowy<sup>57</sup> — w takiej sytuacji podstawą roszczenia będzie art. 74 CISG.

<sup>54</sup> Por. S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's...*, s. 218. I tak np. jeśli strony uzgodniły cenę 690 euro za tonę i w związku z niewykonaniem umowy sprzedawca zmuszony był sprzedać towar za 430 euro za tonę, to szkoda wynosić będzie 230 euro za tonę; zob. Orzeczenie Oberlandesgericht Wien, 27.02.2017, 1 R 207/16t, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/2814.pdf>.

<sup>55</sup> Na przykład Orzeczenie Supreme Court of Queensland (*Downs Investments v. Perwaja Steel*), (Australia), 17.11.2000, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001117a2.html>: „The loss of profit incurred by [seller] as a consequence of this sale under Article 75 involves simply subtracting from the contract price for 25,100 tonnes at US \$164.00 per ton, the price recovered under the Pernas contract of \$143.50 per ton — i.e. \$20.50 per ton which amounts to US \$514,550”. Zob. również UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods UNCITRAL*, 2016, [https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG\\_Digest\\_2016.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf), s. 347.

<sup>56</sup> Artykuł 76 ust. 1 CISG: „Jeżeli umowa jest rozwiązana i istnieje bieżąca cena towarów, strona żądająca odszkodowania może, o ile nie dokonała zakupu zastępczego lub odsprzedaży, zgodnie z art. 75, otrzymać różnicę między ceną ustaloną w umowie a ceną bieżącą z chwili rozwiązania oraz jakiegokolwiek inne odszkodowanie należne na podstawie art. 74”; zob. Orzeczenie z 21.03.1996, Hamburg Arbitration proceeding (Chinese goods case), <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>.

<sup>57</sup> Orzeczenie Xiamen Intermediate People's Court of Fujian (*Lian Zhong v. Xiamen Trade*), 31.12.1992, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/921231c1.html>; UNITED

### 2.3. Stosunek popytu i podaży — *lost volume sales*

Czasami zasadne jest zasądzenie odszkodowania przekraczającego wartość utraconego zysku związanego ze sprzedażą towaru wyliczonego na podstawie art. 75 albo art. 76 CISG. W określonych sytuacjach sprzedawca może dochodzić odszkodowania obejmującego całkowitą marżę, którą spodziewał się uzyskać w ramach danej transakcji, niezależnie od tego, czy sprzedał towar w ramach transakcji zastępczej innemu podmiotowi. Pod pojęciem „marża” należy rozumieć zysk wyliczony przez porównanie kosztów produkcji i ceny sprzedaży towaru względnie przez porównanie ceny nabycia towaru i ceny jego odsprzedaży. Jeśli strona może wyprodukować towar (bądź go nabyć) za 3 zł, a sprzedaje go kontrahentowi za 10 zł, jednak w związku z naruszeniem umowy musiała sprzedać towar innemu podmiotowi za 8 zł, a ceną rynkową określonego miejsca jest 9 zł, to marżą będzie 7 zł (10—3), zyskiem wyliczonym na podstawie art. 75 CISG będzie 2 zł (10—8), natomiast zyskiem wyliczonym na podstawie art. 76 CISG będzie 1 zł (10—9). W niektórych przypadkach, gdy towar stanowi np. odpad produkcyjny, utraconym zyskiem będzie cena zawarta w umowie; brak bowiem kosztów jego produkcji<sup>58</sup>.

NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods UNCITRAL*, 2016, [https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG\\_Digest\\_2016.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf), s. 347; E. Muñoz, D.O. Ament-Guemez, *Calculation of Damages on the basis of the Breaching Party's Profits under the CISG*, „Journal of International Commercial Law” 2017, 8, no. 2, s. 213; S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's...*, s. 223; P. Schlechtriem, *Damages, avoidance of the contract and performance interest under the CISG*, in: *Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag*, eds. A.S. Geōrgiadēs, M. Stathopoulos, C.H. Beck, München—Athen—Bern, 2006, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem21.html#1>: „One way, in my opinion and according to the prevailing view of legal writers, could be the difference between the contract price and the price of a cover transaction even without prior avoidance of the contract: Art 75 CISG should not be regarded as an exclusive basis for this method of calculating damages. The buyer who has received non-conforming goods, where the non-conformity does not amount to a fundamental breach entitling him to avoid the contract, must be allowed to make a cover purchase in order to continue his production and/or perform his contracts with his clients. Despite the absence of avoidance and, therefore, the inapplicability of Art 75 CISG, the buyer must be allowed to calculate his damages on the basis of the costs of the cover transaction”; Orzeczenie Federal District Court [New York] (*Delchi Carrier v. Rotorex*), 9.09.1994, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html>; odmiennie Wyr. SN — Izba Cywilna z 27.01.2006, III CSK 103/05, Lex nr 191255, z glosą częściowo krytyczną Ł. Żarnowiec, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2006 r., III CSK 103/05*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 11—12.

<sup>58</sup> Por. Orzeczenie Oberlandesgericht Wien, 27.02.2017, 1 R 207/16t, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/2814.pdf>.

Aby dochodzić odszkodowania obejmującego zysk wyższy niż określony na podstawie kalkulacji zgodnie z art. 75 czy art. 76 CISG, sprzedawca musi wykazać, że na skutek naruszenia umowy faktycznie utracił możliwość wypracowania zysku<sup>59</sup>, a więc że zysk z określonej transakcji nie może być — chociażby częściowo — wypracowany przez zawarcie innej, zastępczej transakcji<sup>60</sup>. Kluczowy w przypadku dochodzenia odszkodowania za utracony zysk przekraczający kwotę wyliczoną na podstawie art. 75 albo art. 76 CISG jest stosunek popytu do podaży towaru. Jeśli sprzedawca ma ograniczoną ilość danego towaru, na który stosunkowo łatwo znaleźć nabywcę, to nie będzie mógł dochodzić całości zysku (marży), którego spodziewał się z umowy. Zysk ten ma możliwość wypracować, zawierając inną transakcję (może wtedy ewentualnie dochodzić różnicy na podstawie art. 75 albo art. 76 CISG). W takiej sytuacji nie dochodzi do utraty zysku, a jedynie do opóźnienia w jego wypracowaniu<sup>61</sup>.

Z kolei w sytuacji, gdy możliwości produkcyjne albo ilość posiadanego towaru znacznie przewyższają popyt, dla każdej niewykonanej transakcji możliwe będzie dochodzenie utraconej marży zgodnie z art. 74 CISG<sup>62</sup>. Sprzedawca, zawierając dodatkową umowę sprzedaży tego samego towaru, mimo wszystko traci zysk. Drugą umowę mógłby zawrzeć niezależnie od pierwszej, ponieważ ilość posiadanego przez niego towaru znacznie przekracza liczbę potencjalnych nabywców. Jeśli nie została wykonana pierwotna umowa, to zmniejszyła się całkowita liczba zawartych przez sprzedawcę transakcji<sup>63</sup>, co zgodnie z art. 74 CISG uzasadnia dochodzenie marży od strony naruszającej umowę.

W angielskojęzycznej literaturze odszkodowanie obliczone w ten sposób nazywane jest *compensation for lost volume sales*<sup>64</sup>. W doktrynie<sup>65</sup>

<sup>59</sup> B. Zeller, *Damages...*, s. 126; I. Schwenzer, P. Hachem, *The Scope...*, s. 97.

<sup>60</sup> J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.20. Por. Orzeczenie SN, V CSK 441/06, 28.02.2007. Legalis nr 174416: „Transakcja zastępcza nie ma miejsca, jeżeli strona stale handluje towarem stanowiącym przedmiot rozwiązanej umowy i przyporządkowanie zawarcia konkretnej transakcji z rozwiązanej umowy do transakcji zastępowalnej nie jest z tego powodu możliwe. Skoro więc powódka zajmuje się stale zakupem i sprzedażą koksu, w zasadzie nie wchodziło w rachubę zawarcie takiej transakcji”.

<sup>61</sup> J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 3.20; J. Klatka, G. Żmij, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 605—606.

<sup>62</sup> J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt. 3.20—3.22.

<sup>63</sup> D. Saidov, *Methods...*, s. 318.

<sup>64</sup> W doktrynie amerykańskiej odnoszącej się do *lost volume sales* zaproponowano przesłanki, których spełnienie należy badać w celu zasądzenia odszkodowania za *lost volume sales*. D. Saidov, *Methods...*, s. 323.

<sup>65</sup> Szerszy opis tego stanowiska w pracach innych autorów: D. Saidov, *The law...*, s. 68—70; D. Saidov, *Methods...*, s. 319—326.

i orzecznictwie<sup>66</sup> znaleźć można stanowiska przychylne zasądzeniu odszkodowania obejmującego wyliczony w ten sposób utracony zysk, co jest moim zdaniem właściwym kierunkiem interpretacyjnym, zgodnym z zasadą pełnej kompensacji szkody. Nietrafne jest natomiast stanowisko, że taka interpretacja pozwala na zasądzenie zbyt wysokich odszkodowań — ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej o sumę, o jaką szkoda powinna być zmniejszona przez podjęcie rozsądnych kroków przez stronę poszkodowaną (art. 77 CISG), oraz ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej do szkody przewidywalnej stanowią bowiem dostateczne ograniczenie odszkodowania za szkody zbyt wysokie w tym zakresie.

## 2.4. Alternatywny sposób kalkulacji utraconego zysku wzorowany na *disgorgement of profits*

W niektórych przypadkach „tradycyjne” metody kalkulacji nie umożliwiają obliczenia utraconego zysku. Z tego też względu zasadna jest dyskusja na temat alternatywnej, pomocniczej metody kalkulacji wzorowanej na *disgorgement of profits* (względnie *gain-based damages*). *Disgorgement of profits* (metoda szczególnie popularna w systemach prawnych *Common law*<sup>67</sup>) polega na przyznaniu od dłużnika części zysku wypracowanego przez niego w związku z naruszeniem umowy. Chodzi więc o za-

<sup>66</sup> Orzeczenie Oberster Gerichtshof (Austria), 28.04.2000, 1 Ob 292/99v, [http://www.cisg.at/1\\_29299v.htm](http://www.cisg.at/1_29299v.htm). Sąd przyznał rację argumentom sprzedawcy, że szkoda powstałaby również w przypadku odsprzedaży towaru: „Durch die Nichtabnahme der bestellten Schmuckstücke entgingen dem Kläger Einnahmen aus dem Geschäft in Höhe von DM 21.314,75 als Differenz zwischen dem Abgabepreis an Einzelhändler und seinen Herstellungskosten des Klägers. Dieser Schaden erwächst dem Kläger auch dann, wenn die von der Erstbeklagten bestellten Waren an einen anderen Einzelhändler verkauft werden, weil das Folgegeschäft unabhängig vom Auftrag der Erstbeklagten zustande gekommen wäre”. „Abgesehen davon, dass dem Verfahren kein Hinweis auf den Abschluss derartiger konkreter Deckungsgeschäfte zu entnehmen ist, schlägt der Einwand der Schadensminderung (Art 77 UN-K) nicht durch, soweit dem Gläubiger bei Durchführung des Deckungsgeschäfts ein anderes, gleichartiges Geschäft mit demselben Gewinn wie das Erstgeschäft entgangen wäre. In diesem Fall kann der Verkäufer sein Vertragsinteresse im Sinne des Grundsatzes der Totalreparation nach der (Gewinn-)Spanne zwischen seinen Selbstkosten, d.h. den Anschaffungs- oder Herstellungskosten, und dem Vertragspreis berechnen (*Schlechtriem* aaO Rz 12 zu Art 75; *Karolus*, UN-Kaufrecht, 220)”. Orzeczenie Handelsgericht Aargau (Szwajcaria), 26.08.1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970926s1.html>.

<sup>67</sup> Porównanie *disgorgement of profits* w innych systemach prawnych E. Hondius, A. Janssen, *Chapter 26, Disgorgement of Profits. Gain-based Remedies Throughout the World*, in: *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world*, eds. E. Hondius, A. Janssen, Springer, New York, 2015, s. 471—505.



sądzenie na rzecz wierzyciela od dłużnika części zysków, które dłużnik uzyskał wyłącznie dzięki naruszeniu umowy, albo których wypracowanie stało się możliwe na skutek naruszenia umowy. Możliwe jest to np. wtedy, gdy strona zawarła umowę tylko w celu uzyskania od kontrahenta konkretnej informacji rynkowej, względnie informacji na temat określonych towarów czy technologii, aby umożliwić sobie w ten sposób wypracowanie zysku. Metoda ta ma nie tylko ułatwić kalkulację odszkodowania, lecz w niektórych sytuacjach stanowi pewną sankcję za naruszenie umowy — możliwe jest zatem, że odszkodowanie wyliczone w ten sposób przekroczy wartość faktycznie doznanej szkody<sup>68</sup>.

W myśl przepisów CISG *disgorgement of profits* nie jest dopuszczalne<sup>69</sup>. Uważam jednak, że w szczególnych sytuacjach wzorowanie się do pewnego stopnia na tym mechanizmie jest zasadne<sup>70</sup>. Chodzi tu wyłącznie o uwzględnianie zysku wypracowanego przez stronę naruszającą umowę w celu obliczenia, jaki zysk strona poszkodowana mogłaby osiągnąć<sup>71</sup>. Ma to umożliwić kalkulację zysku w sytuacji, gdy jego obliczenie w inny sposób jest niemożliwe, oraz gdy można przyjąć, że zysk wypracowany przez dłużnika koresponduje z zyskiem utraconym przez wierzyciela<sup>72</sup>. Zastosowanie tej metody ma więc być pewnym „ułatwieniem dowodowym” dla strony poszkodowanej. Kalkulacja utraconego tym samym zysku nie jest natomiast zasadna w przypadku, gdy odszkodowanie może być wyliczone w inny, bardziej dokładny sposób, ani też w sytuacji, gdy wiadomo, że obliczone w ten sposób odszkodowanie przekraczałoby wysokość faktycznie doznanej szkody. Uwzględnianie zysku wypracowanego przez stronę naruszającą kontrakt ma jedynie prowadzić do uzyskania pełnej kompensacji<sup>73</sup> i często jest jedyną możliwą (ze względu na ograniczoną wiedzę na te-

<sup>68</sup> Zob. J. Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Bloomsbury Publishing, London, 2002, s. 82.

<sup>69</sup> E. Muñoz, D.O. Ament-Guemez, *Calculation of Damages on the basis of the Breaching Party's Profits under the CISG*, „Journal of International Commercial Law” 2017, 8, no. 2, s. 206.

<sup>70</sup> Szczególnie zasadne będzie to w sytuacji, gdy sprzedawca nie wykona umowy z kupującym i nie dostarczy określonych towarów, a sprzeda je bezpośrednio podmiotowi, który nabywał wcześniej określony towar od kupującego. Wtedy nie tylko pozbawi kupującego zysku, który kupujący by wypracował, lecz prawdopodobnie również przyszłych zysków, jako że dla owego nabywcy w przyszłości również korzystniejsze może się okazać kupno towaru bez pośredników; zob. E. Muñoz, D.O. Ament-Guemez, *Calculation...*, s. 209.

<sup>71</sup> E. Muñoz, D.O. Ament-Guemez, *Calculation...*, s. 215; F. Eicher, *Pacta Sunt Servanda: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG*, „London School of Economics Law Review” 2018, s. 41—42.

<sup>72</sup> Por. I. Schwenzer, P. Hachem, *The Scope...*, s. 101.

<sup>73</sup> E. Muñoz, D.O. Ament-Guemez, *Calculation...*, s. 216; N. Schmidt-Ahrendts, *Disgorgement of Profits under the CISG*, in: *State of play: the 3rd Annual MAA Schlechtriem*

mat stanu faktycznego i sytuacji na rynku) metodą jej urzeczywistnienia. Tak przeprowadzona kalkulacja jest także zgodna z zasadą dobrej wiary<sup>74</sup>.

Praktyka orzecznicza dostarcza przykładów stanów faktycznych, w których taka kalkulacja utraconego zysku byłaby zasadna. Warto przytoczyć orzeczenie Cour d'appel Grenoble<sup>75</sup>, które rozstrzygnęło spór pomiędzy francuskim dostawcą a nabywcą z USA. Nabywca zobowiązał się do odsprzedaży towaru nabytego od dostawcy jedynie w krajach Ameryki Południowej i Afryki, dostawca miał bowiem wielu klientów w innych państwach, a więc odsprzedaż towarów przez nabywcę w innych krajach (i tym samym stworzenie konkurencyjnej możliwości nabycia danego towaru) mogłaby być dla dostawcy niekorzystna. Dostawca wielokrotnie żądał dowodów na prowadzenie odsprzedaży tylko we wskazanych krajach<sup>76</sup>, ostatecznie zaś stwierdził, że nabywca odsprzedaje towary w Hiszpanii. Nabywca pozwał dostawcę w związku z odmową wykonania dalszych dostaw; dostawca odmowę dalszych dostaw tłumaczył naruszeniem postanowień umownych w zakresie odsprzedawania towaru w innych krajach. Pozwany (dostawca) wystąpił z roszczeniem o kompensację utraconego zysku w ramach odpowiedzi na pozew. Mimo ustalenia naruszenia umowy przez nabywcę i stwierdzenia powstania szkody w związku z naruszeniem umowy po stronie dostawcy, sporne było, w jaki sposób sąd powinien wyliczyć odszkodowanie i jakie szkody winny być w nim uwzględnione. W takiej sytuacji zasadne byłoby zastosowanie opisanego wyżej mechanizmu wzorowanego na *disgorgement of profits*<sup>77</sup>, a więc obliczenia utraconego zysku na podstawie zysku wypracowanego przez nabywcę w związku z naruszeniem umowy. Wypracowane przez nabywcę zyski korespondowały bowiem w znacznej mierze z zyskami, które utracił dostawca. W opisanym stanie faktycznym niemożliwe byłoby jednoznaczne wyliczenie szkody dostawcy w inny sposób, co potwierdza również częściowo stanowisko sądu<sup>78</sup>.

---

*CISG conference, 14 April 2011, Vienna: conference in honour of Peter Schlechtriem, 1933—2007*, eds. I. Schwenzer, L. Spagnolo, Eleven International Publishing, Haga, 2012, s. 102.

<sup>74</sup> E. Muñoz, D.O. Ament-Gomez, *Calculation...*, s. 205.

<sup>75</sup> Orzeczenie Cour d'appel Grenoble (Francja), 22.02.1995, 93/3275, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950222f1.html>.

<sup>76</sup> Orzeczenie Cour d'appel Grenoble (Francja), 22.02.1995, 93/3275, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950222f1.html>: „Que l'insistance mise par BRI PRODUCTION pour connaître l'identité du client final démontrait à la société PAN AFRICAN que les affirmations qu'elle avait elle-même formulées dans plusieurs correspondances (télécopies du 27 mai 1991, des 6 et 11 juin 1991) de revendre à des destinataires d'Afrique et d'Amérique du Sud devaient être conformes à la réalité”.

<sup>77</sup> D. Saidov, *The law...*, s. 35.

<sup>78</sup> W orzeczeniu sąd zasądził na rzecz pozwanego (dostawcy) odszkodowanie w związku z nadużyciem prawa procesowego przez powoda (fr. *l'abus de procédure*). W ni-

W innej sprawie rozstrzygniętej przed Stockholm Chamber of Commerce<sup>79</sup> w trakcie procesu wykazano, że jedynym celem zawarcia umowy sprzedaży przez jedną ze stron było uzyskanie informacji na temat technologii tworzenia danego towaru. W umowie zawarto klauzulę poufności (ang. *confidentiality clause*). Sprzedawca argumentował, że kupujący użył informacji przekazanych w trakcie zawierania umowy w celu produkcji urządzeń opartej na tej samej technologii. Trybunał wskazał, że kompleksowa kalkulacja utraconego zysku w sprawie nie była możliwa ze względu na stopień jej skomplikowania, jednakże — biorąc m.in. pod uwagę czas, który strona naruszająca potrzebowałaby do niezależnego opracowania wskazanej technologii<sup>80</sup> — za zasadne uznał zasądzenie kwoty stanowiącej zysk kupującego wypracowany w ciągu 24 miesięcy<sup>81</sup>.

---

niejszej sprawie sąd zastosował więc również nietypowy sposób kalkulacji należnego odszkodowania w celu urzeczywistnienia pełnej kompensacji; por. E. Muñoz, D.O. Ament-Guemez, *Calculation...*, s. 210.

<sup>79</sup> Orzeczenie Arbitrażowe Stockholm Chamber of Commerce, 5.04.2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070405s5.html>.

<sup>80</sup> Orzeczenie Arbitrażowe Stockholm Chamber of Commerce, 5.04.2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070405s5.html>: „So what [Buyer] got by reason of the misuse of confidential information was a head-start or a springboard. The question is how long do I think it would have taken [Buyer] to develop this technology. From what I have learned about this technology during the course of this interesting and challenging case I cannot believe that [Buyer]’s technical people would have taken any more than 24 months to develop the necessary technology. The period of time, namely 10 years, posited by [Seller], upon which their counterclaim is based is both extravagant and unrealistic”.

<sup>81</sup> Orzeczenie Arbitrażowe Stockholm Chamber of Commerce, 5.04.2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070405s5.html>: „In those circumstances I must limit the damages to that 24 month period. It would not be a correct exercise of my discretion to grant an injunction because that 24 month period has long since passed. Having considered all the facts of this case I think it fair to take only 24 months period commencing from 1 January 2004 The appropriate enquiry is -- what profits have [Buyer] earned during that 24 month period? I have some sympathy with [Seller] on damages because I doubt whether full disclosure has been made but I have to do the best I can using the material placed before me. [Seller] elected to proceed despite its misgivings on production. I cannot believe any useful purpose would be served by putting off the damages issue and requiring [Buyer] to produce any further documentation which goes to damages. As I say, I must do the best on the information before me”. „I intend to take only a 24 month period which will be from the beginning of 2004 to the end of 2005. One approach may be to take the 2004 and 2005 sales figures from Ex 35. They appear to comprise approximately 83% of the total. However, 2005 was the only full year for which I have figures. The figures for 2004 only cover a 9 month period and 2006 only a 7 month period. It seems to me that a fairer way of looking at this matter is to take the total sales disclosed by Ex 35 and work out a monthly average and then multiply that by 24 months. \$756,130 divided by 28 = \$27,004 x 24 = US \$648,111”.

### 3. Ograniczenia odpowiedzialności odszkodowawczej za utracony zysk

#### 3.1. Wprowadzenie

Nawet jeśli strona naruszeniem umowy spowodowała utratę zysku i brak jest przesłanek do zwolnienia od odpowiedzialności ze względu na wystąpienie przeszkody niezależnej (art. 79 CISG<sup>82</sup>), to nie oznacza to jeszcze, że stronie przysługuje odszkodowanie obejmujące w całości utracony zysk. Pełna kompensacja szkody w myśl CISG nie ma bowiem charakteru absolutnego — art. 74 zd. 2, art. 77 przewidują przypadki, w których zasadne jest ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej. W tej części artykułu podejmę próbę odpowiedzi na pytanie, jak ograniczenia te wpływać mogą na odszkodowanie obejmujące utracony zysk.

#### 3.2. Przewidywalność utraconego zysku

Zgodnie z art. 74 zd. 2 CISG, odszkodowanie nie może przewyższać straty, którą strona naruszająca przewidywała lub powinna była przewidywać w chwili zawarcia umowy, w świetle okoliczności, które znała lub powinna była znać, jako możliwy rezultat naruszenia umowy. Odszkodowanie przyznane za utracony zysk ograniczone jest więc przez obiektywną („powinna była przewidywać”) oraz subiektywną przewidywalność („przewidywała”) szkody<sup>83</sup>. Przewidywalność szkody odnosi się do szkody wyliczonej na podstawie art. 74, 75 i 76 CISG<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Szerzej na ten temat np. M. Jagielska, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 674; A.M. Garro [Sprawozdawca], *CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*, Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>.

<sup>83</sup> Szerzej na ten temat np. D. Saidov, *Methods...*, s. 333—342; L. Vékás, *The Foreseeability Doctrine in Contractual Damage Cases*, „Acta Juridica Hungarica” 2002, 43, no. 1—2, s. 145—174; F. Faust, *Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß Art. 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG)*, Mohr, Tübingen, 1996.

<sup>84</sup> H. Schönle, T. Koller, in: *Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, eds. H. Honnells, Ch. Brunner, Berlin, 2008, s. 1032, 1048—1049; Orzeczenie SN (Polska), V CSK 63/08, 9.10.2008, Legalis nr 174414; Orzeczenie Trybunału Arbitrażowego (Chiny) CIETAC, 7.08.1993, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940919c1.html> [tłumaczenie Zheng Xie, Edy-

Przewidywalna powinna być zarówno „natura” szkody, jak i jej wysokość<sup>85</sup>.

Utrata zysku związanego ze sprzedażą (względnie odsprzedażą) towaru występuje często w praktyce. W takich przypadkach przewidywalność jest rzadziej kwestionowana — rozsądny profesjonalista bierze co do zasady pod uwagę, że kontrahent zamierza w ten sposób wypracować zysk<sup>86</sup>. Przewidywalność szkody jest częściej kwestionowana w innych sytuacjach, jak np. w przypadku utraty zysku związanego z niemożnością prowadzenia działalności albo z utratą reputacji<sup>87</sup>.

Badając obiektywną przewidywalność wysokości utraconego zysku, sąd musi kierować się tym, jaki zysk powinien być dla strony przewidywalny jako „zysk normalny dla takiego rodzaju działalności handlowej”<sup>88</sup>. Szczególna wiedza strony może jednak prowadzić do tego, że za subiektywnie przewidywalny (faktycznie przewidywany) uznany zosta-

---

cja Meihua Xu]: „About the first point, the Arbitration Tribunal holds that if [Buyer] claims the difference between the contract price and the market price, the market price shall be the price at the time and place of delivery. Such price shall be the price of the goods at the Russian port between June and July 1993. The domestic price at that time is not comparable. Because [Buyer] cannot prove the reasonable market price, the Arbitration Tribunal does not support [Buyer]’s third claim.

About the second point, [Buyer] has not provided the facts and the legal basis to prove the loss of profits, RMB 20 million. Under ordinary circumstances, loss of profits shall be foreseen or ought to be foreseen by the parties when signing the contract, but [Buyer] has not proved this. Thus, the Arbitration Tribunal cannot support [Buyer]’s claim for the loss of profits, RMB 20 million”. Odmiennie stanowisko F. Faust, *Die Vorhersehbarkeit...*, s. 25—26; J. Klatka, G. Žmij, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 637, 648.

<sup>85</sup> I. Schwenzer, in: *Kommentar...*, s. 1257.

<sup>86</sup> Zob. np. Orzeczenie Handelsgericht Zurich (Szwajcaria), 10.02.1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html>.

<sup>87</sup> Zob. Orzeczenie Multi-Member Court of First Instance of Athens (GRECJA), 1.01.2009, 4505/2009, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=2228>: „based on the theory of foreseeability which applies to this contract, the Seller could not, based on the criteria referred to in the main thought, foresee the damage claimed by the Buyer to its business reputation and credibility (subjective foreseeability), neither it was obliged to have foreseen it (objective foreseeability) as potential consequence of the contractual breach, throughout the contract”.

<sup>88</sup> Orzeczenie Handelsgericht Zurich (Szwajcaria), 10.02.1999, HG 970238.1 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html>; Orzeczenie Oberster Gerichtshof, (Austria), 28.04.2000, 1 Ob 292/99v, [http://www.cisg.at/1\\_29299v.htm](http://www.cisg.at/1_29299v.htm): „Der Schadenersatzanspruch wird nach dem zweiten Satz dieser Bestimmung lediglich durch seine Voraussehbarkeit für die vertragsbrüchige Partei begrenzt. Zu dieser Haftungsbeschränkung wird gelehrt, dass entgangener Gewinn — die übliche Handelsspanne des Verkäufers — bei Nichtabnahme der Ware durch den Käufer als Schaden des Verkäufers voraussehbar ist (Staudinger, KommzBGB, Wiener UN-Kaufrecht Rz 43 zu Art 74 mzwN). Dem ist im Lichte der oben dargestellten Lehre und Rechtsprechung beizupflichten”.

nie zysk przekraczający wyznaczoną w ten sposób granicę<sup>89</sup>. O subiektywnej przewidywalności utraconego zysku może np. świadczyć fakt, że kontrahent przesłał drugiej stronie umowy prognozę odsprzedaży towarów, co należy uznać za dostateczne przekazanie informacji na temat potencjalnego ryzyka związanego z naruszeniem umowy<sup>90</sup>. Przekazanie stosownych informacji uzasadnia stwierdzenie, że strona naruszająca umowę przewidziała zagrożenie utraty zysku, jednakże nie zwalnia to jeszcze strony poszkodowanej z obowiązku wykazania, że prognozowane umowy zostałyby faktycznie zawarte, i że wypracowany zostałby określony zysk<sup>91</sup>.

Artykuł 74 zd. 2 CISG to jedyny przepis CISG mający na celu ograniczenie odszkodowania za „nietypowe” oraz „ponadprzeciętnie wysokie” szkody. Z tego też względu nie zasługuje na aprobatę pogląd, że utracony zysk powinien być ograniczony również przez zastosowanie zasady rozsądku (ang. *Reasonableness*) — jednej z ogólnych zasad CISG. Mówi się np. o „rozsądnym rozszczeniu dotyczącym utraconego zysku”<sup>92</sup>. Stosowanie kryterium rozsądnosci do określania granicy odpowiedzialności odszkodowawczej nie znajduje oparcia w przepisach CISG; ponadto tworząc nową kategorię „rozsądnosci utraconego zysku”, zwiększa się niebezpieczeństwo wydawania arbitralnych orzeczeń. Oczywiście, może się zdarzyć, że utracony zysk uznany zostanie przez sąd równocześnie za przewidywalny i „rozsądny”, jednakże brak podstaw do zrównania ka-

---

<sup>89</sup> Zob. Orzeczenie Handelsgericht Zurich (Szwajcaria), 10.02.1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html>.

<sup>90</sup> Por. Orzeczenie Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 20.11.2012, Az. 5 U 129/11, <https://openjur.de/u/644064.html>.

<sup>91</sup> Por. Orzeczenie Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 20.11.2012, Az. 5 U 129/11, <https://openjur.de/u/644064.html>: „Damit sind konkrete Bestellungen im Anschluss an der Klägerin übermittelte Forecasts, die als solche keine Verbindlichkeit beanspruchen, sondern im Vorfeld von Bestellungen lediglich den Zweck haben, dem Geschäftspartner eine Vorstellung von der ungefähren Größenordnung der noch zu erteilenden Bestellung zu geben, nicht dargelegt”. „Eines dahingehenden ausdrücklichen gerichtlichen Hinweises (§ 139 ZPO) bedurfte es nicht, nachdem die Klägerin wiederholt und zutreffend schriftsätzlich dargelegt hat, die Beklagte könne sich für die vermeintlichen tatsächlichen Bestellungen ihres Kunden nicht auf zeitlich frühere unverbindliche Forecasts der Bestellmengen berufen”.

<sup>92</sup> Orzeczenie Trybunału Arbitrażowego (Chiny) CIETAC, 20.12.1993, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/931220c1.html> [tłumaczenie Zheng Xie, Edycja Meihua Xu]: „[Buyer] accepted [Seller]’s claim of US \$37,260.75 for expected profits. [Buyer]’s additional claims are not justifiable, so the Arbitration Tribunal holds that US \$37,260.75 is reasonable”; Orzeczenie Trybunału Arbitrażowego (Chiny) CIETAC, 7.08.1993, CIETAC Arbitration proceeding, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930807c1.html> [tłumaczenie Zheng Xie, Edycja Meihua Xu]: „The Arbitration Tribunal holds that [Seller]’s claim for the expected profits for 5,000 guns is reasonable and should be accepted”.

tegorii „rozsądności utraconego zysku” oraz przewidywalności utraconego zysku. Z tego względu zasadne jest stosowanie ograniczenia z art. 74 zd. 2 CISG, które limituje odpowiedzialność odszkodowawczą wedle konkretnie sformułowanych kryteriów<sup>93</sup>. Posiłkowanie się ogólnymi zasadami, na których opiera się Konwencja, możliwe jest w myśl art. 7 ust. 2 CISG tylko co do kwestii, które nie są wyraźnie rozstrzygnięte w jej przepisach — ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej za „nietypowe” oraz „ponadprzeciętnie wysokie” szkody jest natomiast wyraźnie rozstrzygnięte w art. 74 zd. 2 CISG.

W orzecznictwie można też spotkać kontrowersyjny — i moim zdaniem niesłuszny — pogląd, że jeśli wartość utraconego zysku przekracza całkowitą cenę towaru w danej umowie, to utracony zysk automatycznie należy uznać za nieprzewidywalny<sup>94</sup>. Proporcję utraconego zysku i ceny należy uwzględniać, badając przewidywalność szkody, brak jednak podstaw do uznania, że jeśli wartość utraconego zysku przekracza całkowitą cenę towaru, to powinno się automatycznie uznać, że uzyskanie takiego zysku było nieprzewidywalne. W szczególności wiedza strony na temat okoliczności może powodować, że nieproporcjonalna do ceny towaru szkoda „stanie się” dla strony naruszającej przewidywalna<sup>95</sup>.

Niezasadne jest również pomocnicze odwołanie się do prawa krajowego właściwego dla umowy (statut pomocniczy) w celu określenia granicy możliwego do zasądzenia utraconego zysku. Miało to miejsce m.in. w orzeczeniu Oberlandesgericht Karlsruhe, w którym odwołując się do § 252 zd. 2 BGB<sup>96</sup> błędnie wskazano, że niezasadne jest zasądzenie zysku przekraczającego zysk wynikający „z naturalnego biegu rzeczy” albo przekraczającego zysk, „którego ze względu na stopień prawdopodobieństwa nie można było oczekiwać”<sup>97</sup>. Oberlandesgericht Karlsruhe bezza-

<sup>93</sup> Por. S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's...*, s. 225—226.

<sup>94</sup> Por. Orzeczenie Trybunału Arbitrażowego (Chiny) CIETAC, 11.08.1994, CISG/1994/09, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940811c1.html> [tłumaczenie Zheng Xie, Edycja Meihua Xu]: „[Buyer]’s claims exceed the total contract price, which [Seller] could not foresee when signing the contract. If the price for the goods delivered, but not paid, is added, the amount for damages is much higher. Thus, the Arbitration Tribunal does not honor [Buyer]’s claim”.

<sup>95</sup> Zob. S. Singh, B. Zeller, *CIETAC's...*, s. 227—228.

<sup>96</sup> Bürgerliches Gesetzbuch, BGBl. I S. 42, ber. S. 2909, ber. 2003 IS. 738, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html#BJNR001950896BJNG000102377>.

<sup>97</sup> Orzeczenie Oberlandesgericht Karlsruhe, 15.02.2016, 1 U 192/14, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=2740>: „Dem Kläger kommt damit zum einen das für die haftungsausfüllende Kausalität greifende erleichterte Beweismaß (§ 287 ZPO) zugute. Zum anderen gilt ein Gewinn — bereits — dann als entgangen, wenn er dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (§ 252 Satz 2 BGB)”.

sadnie powołał się na granice kompensacji *lucrum cessans* wynikające z BGB, zamiast odwołać się do przewidywalności szkody w myśl art. 74 zd. 2 CISG.

### 3.3. Powinność minimalizacji szkody

Odszkodowanie może być ograniczone, jeśli strona poszkodowana nie dołoży starań, aby zmniejszyć wysokość utraconego zysku<sup>98</sup>. Zgodnie z art. 77 CISG, strona powołująca się na naruszenie umowy powinna przedsięwziąć środki, które są rozsądne w danych okolicznościach, aby ograniczyć stratę, w tym utratę zysku, spowodowaną naruszeniem umowy. Jeśli tego nie uczyni, strona naruszająca może żądać obniżenia odszkodowania o sumę, o jaką szkoda powinna być zmniejszona. Przepis ten ma zachęcać strony do kooperacji nawet w przypadku naruszenia umowy oraz zapobiegać bierności w sytuacji, gdy możliwa była minimalizacja wysokości szkody<sup>99</sup>. Strona zobowiązana jest jednak tylko do podjęcia kroków rozsądnych, a więc nie wszystkich możliwych — należy działać zgodnie z zasadą dobrej wiary, postanowieniami i celem zawartej umowy, wiążącymi praktykami oraz zwyczajami<sup>100</sup>. Rozsądnymi środkami w celu zapobieżenia utracie zysku są np. zapewnienie dodatkowego transportu towaru, zatrudnienie dodatkowego wykonawcy, wynajęcie magazynu, przekazanie stosownych dokumentów albo informacji<sup>101</sup>.

Szczególnie istotne w przypadku określania należnego odszkodowania za utracony zysk, zgodnie z art. 74 CISG w zw. z art. 77 CISG, jest zawarcie transakcji zastępczej<sup>102</sup>. Zawarcie transakcji zastępczej jest uzasadnione przede wszystkim wtedy, gdy należy się spodziewać znacznych zmian na rynku<sup>103</sup>. Zawierając transakcję zastępczą, wierzyciel po-

<sup>98</sup> Zob. np. Orzeczenie Trybunału Arbitrażowego (Chiny) CIETAC, 7.08.1993, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940919c1.html> [tłumaczenie Zheng Xie, Edycja Meihua Xu].

<sup>99</sup> Orzeczenie Tribunal Supremo (Hiszpania), 359/2014, 9.07.2014, <https://www.cisgspanish.com/wp-content/uploads/2015/01/STS-9-julio-2014.pdf>. „El deber de mitigar el daño — artículo 77 — responde a que se considera inadmisibile una actitud pasiva ante uno que razonablemente puede ser reducido. Su incumplimiento determina, en aplicación de las reglas de la causalidad, una disminución correlativa de la indemnización — esto es, en la medida en que debía haberse disminuido la pérdida”.

<sup>100</sup> J. Klatka, G. Żmij, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 655.

<sup>101</sup> D. Saidov, *Methods...*, s. 355.

<sup>102</sup> Orzeczenie Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade (Ukraina), 2005, no. 48, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050000u5.html>.

<sup>103</sup> Zob. J. Napierała, *Odpowiedzialność eksportera i importera za naruszenie umowy międzynarodowej sprzedaży towarów*, ABC, Warszawa, 1998, s. 175; Orzeczenie



winien uwzględniać interes dłużnika<sup>104</sup>. Jeśli strona utraciła część zysku ze względu na konieczność zawarcia transakcji, to będzie mogła dochodzić tej różnicy na podstawie art. 75. Jeśli jednak po naruszeniu umowy strona poszkodowana nie podejmie kroków w celu zawarcia transakcji zastępczej, w sytuacji, gdy zawarcie takiej transakcji zmniejszyłoby rozmiar szkody albo nawet zapobiec jej powstaniu, to odszkodowanie na podstawie art. 77 CISG zostanie odpowiednio zmniejszone. Traktowanie zawarcia transakcji zastępczej jako rozsądny środek w myśl art. 77 CISG jest konieczne, aby zapobiec sytuacji, w której poszkodowany *de facto* zyska kontrolę nad wysokością odszkodowania: jeśli poszkodowany zbyt długo zwlekać będzie z zawarciem transakcji zastępczej, to może zyskać faktyczną możliwość kontroli ceny, która uwzględniana będzie przy obliczaniu odszkodowania na podstawie art. 76 CISG. Poszkodowany może zaczekać aż korzystnie dla niego zmieni się cena rynkowa, aby potem zażądać odszkodowania wyliczonego przez porównanie ceny z transakcji pierwotnej z ceną bieżącą (rynkową) z momentu rozwiązania umowy na podstawie art. 76 CISG<sup>105</sup>.

Handelsgericht des Kantons Zürich (Szwajcaria), HG130167-O/U, 17.09.2014, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/2656.pdf>: „Ist der Verkäufer noch im Besitz der Ware und verweigert der Käufer die Annahme definitiv, ist der Verkäufer im Lichte der Schadensminderungspflicht gemäss Art. 77 CISG und des Grundsatzes von Treu und Glauben unter Umständen auch dann, wenn er nicht die Vertragsaufhebung erklärt und ihm mithin ein Erfüllungsanspruch nach Art. 62 CISG zustehen würde, zur Vornahme eines möglichen und zumutbaren Deckungsverkaufs verpflichtet, wodurch der Kaufpreisanspruch entsprechend reduziert wird [...]. So beispielsweise bei rasch verfallenden Preisen bzw. wenn sich Marktentwicklungen, die eindeutig zu Lasten der vertragsbrüchigen Partei gehen, klar abzeichnen”.

<sup>104</sup> Por. Orzeczenie SN (Hiszpania), 454/2000, 28.01.2000 (Internationale Jute Maatschappij v. Marín Palomares), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000128s4.html> [tłumaczenie Alexandro Osuna González, Edycja Patricia Rincón Martín]: „There is evidence on file proving that the seller made the sale of the sacks of jute on 6 October 1993 which, according to article 75, gave [seller] the legitimate right to demand the difference between the price of the substitute transaction and the agreed price in the avoided contract. [...] It was proved that [buyer] offered to purchase the 724,800 sacks of jute at a price of 70 pesetas per unit, a price which included the stamping of the [buyer's] anagram. Upon being informed by the seller of the existence of a substitute buyer who would pay US \$0.30 per new and printed unit, the rejection by the seller of [buyer's] offer to purchase the jute at 70 pesetas per unit is not justified based on [seller's] attempt to condition [buyer's] payment on the issuance of a letter of credit drawn on a prestigious Dutch bank to cover the purchase price that [buyer] offered. [...] Consequently, we cannot affirm that in rejecting [buyer's] offer to acquire the 724,800 sacks of jute at a price of 70 pesetas per unit, the [seller] had adopted »measures that are reasonable under the circumstances, in order to reduce the loss. Instead, the [seller] resold the sacks to a third party for a very inferior price after only a few days”.

<sup>105</sup> Orzeczenie Bundesgericht (Szwajcaria), 4A\_440/2009, 17.12.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091217s1.html>: „When the goods are not delivered, this rule compels

## 4. Zagadnienia dowodowe

Zagadnienia związane z rozkładem ciężaru dowodowego (w znaczeniu materialnym) należy badać na podstawie CISG; w tym celu należy się kierować ogólnymi zasadami CISG (art. 7 ust. 2 CISG)<sup>106</sup>. Roz-

---

the buyer to purchase replacement goods if it is reasonably possible". J. Napierała, *Odpowiedzialność...*, s. 176—178.

<sup>106</sup> Zob. F. Ferrari, *Burden of Proof under the CISG*, „Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)” 2000—2001, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari5.html>; U. Magnus, *General Principles of UN-Sales Law*, „*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*” 1995, 58, Nr. 3—4, <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html>: „The Convention itself provides explicitly for a specific distribution of the burden of proof in Art. 79(1) CISG: A party will only be exempt from its obligation to perform »if he proves« that there is a ground for exemption. In addition, the wording of several provisions allows one to conclude a specific distribution of the burden of proof. For example, use of the term »unless« (»à moins que« indicates that the burden of proof lies with the party asserting the »unless« exception. Finally, some provisions practically presuppose a certain distribution of the burden of proof: Only the party asserting a reasonable excuse for a defective notice pursuant to Art. 44 CISG can bear the burden of proof in that respect; similarly, the burden of proof for the contents of a declaration that was only partially or not at all received (in the context of Art. 26) has to be on the party who made the declaration”. I. Schwenzer, in: *Kommentar...*, s. 1263; Orzeczenie, Handelsgericht, HG930138 U/HG93, 9.09.1993, <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/930909s1.html> [tłumaczenie Stella Heyken, Edycja Mariel Dimsey]: „The question of the burden of proof must be considered, although not expressly, to be implicitly regulated under the CISG”; Orzeczenie Cantone del Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello (Szwajcaria), 12.97.00193, 15.01.1998; Orzeczenie Tribunale di Vigevano (Włochy), Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina S.p.A., 12.07.2000, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html> [tłumaczenie Francesco G. Mazzotta]: „Unlike those issues which, because they are not governed by the United Nations Convention, must be resolved according to the law determined by the private international law rules of the forum, the issue of the burden of proof must, like other issues governed by but not expressly settled in the Convention, be resolved under Article 7(2) in conformity with the general principles upon which the Convention is based”. „The Convention’s general principle on the burden of proof seems to be *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*: The burden of proof rests upon the one who affirms, not the one who denies. [...] Thus, for example, a party who claims that the Convention does not apply because the transaction is not international must prove the lack of internationality, and a party who claims that the Convention does not apply because its applicability has been [page 221] excluded as provided in Article 6 must prove the existence of the agreement to exclude”.

Odmienne Orzeczenie Bezirksgericht der Saane, T 171/95, 20.02.1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970220s1.html> [tłumaczenie Stefan Kuhm]: „The CISG does not contain any rules regarding the onus of proof. Therefore, one has to reconsider the private international law of the relevant jurisdiction of the lawsuit pursuant to Art. 7(2) (second part) CISG”. Orzeczenie Court of Arbitration of the International Chamber of

kład ciężaru dowodowego związany jest z tym, kogo obciążają negatywne skutki nieprzeprowadzenia dowodu na określoną okoliczność<sup>107</sup>. Kwestie związane z postępowaniem dowodowym odróżnić należy od kwestii związanych z rozkładem ciężaru dowodowego — te pierwsze rozstrzygane są zawsze na podstawie prawa wewnętrznego<sup>108</sup>.

Strona dochodząca odszkodowania powinna wykazać spełnienie przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej określonych w art. 74 zd. 1 CISG, a więc także to, że doszło do powstania szkody<sup>109</sup>. Strona dochodząca odszkodowania jest więc zobowiązana do wykazania, że utraciła zysk o przybliżonej wysokości. Niekonieczna jest jednak dokładna, „matematyczna” kalkulacja przeprowadzona przez poszkodowanego, konieczne jest jednak wykazanie z „rozsądnym stopniem pewności” (ang. *with reasonable degree of certainty*), że do utraty zysku doszło<sup>110</sup>. Dokładniejsza kal-

---

Commerce 7645 03.1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/957645i1.html#damag>: „Under general principles of law, applicable also under Austrian law, it is the procedural burden of the party claiming damages to specify and to prove, first, the existence as such of a damage, second, that the damage has been caused by the breach of contract of the other party, i.e., that there existed an adequate causal nexus between the breach of contract and the damage, and, third, the actual amount of damage suffered. Defendant [buyer] has not even alleged to have actually suffered a damage and has in no way substantiated any damage as it would have been his procedural duty had it wished to claim the compensation of damages actually suffered”.

<sup>107</sup> Por. P. Sobolewski, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa, 2020, art. 6 nb. 16.

<sup>108</sup> Sądy polskie na podstawie k.p.c. (Ustawa z 17.11.1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. 1964, nr 43, poz. 296 z późn. zm.) rozstrzygają następujące pytania: Jak prowadzić postępowanie dowodowe? (np. art. 242 k.p.c.); Kto może być świadkiem? (np. art. 259 k.p.c.); Na jakich zasadach przeprowadza się dowód z opinii biegłego? (np. art. 278 k.p.c.) itd.

<sup>109</sup> Orzeczenie Tribunale di Vigevano (Włochy), Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina S.p.A., 12.07.2000, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html> [tłumaczenie Francesco G. Mazzotta]: „There is no doubt that a party who seeks damages for breach by the other party must prove the breach, the damage and the causal nexus between the two, and it has to show that the damages are recoverable under Article 74 of the Convention”. D. Saidov, *Methods...*, s. 376. Sporna jest natomiast kwestia rozkładu ciężaru dowodowego w przypadku powołania się na przewidywalność szkody zgodnie z art. 74 zd. 2 CISG; por. M. Durbas, *Przewidywalność szkody jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej na gruncie Konwencji wiedeńskiej — glosa — V CSK 91/11*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 5, s. 261—262.

<sup>110</sup> E. Muñoz, D.O. Ament-Guemez, *Calculation...*, s. 203; J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 2. Częściowo odmiennie Orzeczenie Arbitrażowe ICC Court of Arbitration, 9187 — czerwiec 1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999187i1.html>: „Defendant generally contests Claimant’s damage calculation by stating that it is »entitled to strict and proper proof of all aspects of damages«. True, the party claiming damages must substantiate and strictly prove the existence and exact amount of its damage”. „Documentary evidence serves as strict evidence, if the documents do not contradict themselves and

kulacja przeprowadzona jest przez sąd albo trybunał arbitrażowy (często przy pomocy biegłych), strona musi jednak dostarczyć dostateczną liczbę dowodów, aby tę kalkulację umożliwić<sup>111</sup>. Wyższy standard dowodowy (np. istniejący w niektórych państwach wymóg udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że do utraty zysku doszło) nie byłby do pogodzenia z zasadą pełnej kompensacji szkody; szkodliwe dla jednolitej wykładni przepisów CISG jest także odwołanie się przez sędziego do wewnętrznych przepisów procesowych danego państwa w celu rozstrzygnięcia tej wątpliwości<sup>112</sup>.

Utrata zysku może być na przykład udowodniona przez przedstawienie zamówień na określony towar, których nie można było wykonać ze względu na naruszenie umowy<sup>113</sup>.

## 5. Utracony zysk a utracona korzyść

Kompleksowa analiza porównawcza utraconego zysku w myśl CISG i utraconych korzyści w myśl Kodeksu cywilnego (art. 361 § 2 k.c.) przekraczałyby ramy niniejszego artykułu. Przedstawione zostaną jednak syntetycznie najistotniejsze podobieństwa i różnice pomiędzy tymi dwoma kategoriami.

W Kodeksie cywilnym, podobnie jak w CISG, szkoda podzielona została na *damnum emergens* i *lucrum cessans*. Utracone korzyści stanowią ten składnik szkody, który polega na niepowiększeniu majątku poszkodowanego<sup>114</sup>. W doktrynie wskazuje się, że „są one odzwierciedleniem ekonomicznej wartości niedoszedłego zdarzenia, które — gdyby nastąpiło — spowodowałyby powiększenie aktywów, a więc doprowadziłyby do korzystnej modyfikacji sfery majątkowej poszkodowanego”<sup>115</sup>; pomie-

---

(at least) allow the Arbitral Tribunal to believe that the facts to be proven, i.e. existence and amount of a loss, are true. To the extent that Claimant's damage calculation is in compliance with these principles it will be admitted by the Arbitral Tribunal”.

<sup>111</sup> J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 2.9.

<sup>112</sup> J. Gotanda [Sprawozdawca], *CISG...*, pkt 2.5. Odmienne stanowisko: Orzeczenie Oberlandesgericht Karlsruhe, 15.02.2016, 1 U 192/14, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=2740>: „Die Darlegungs- und Beweislast für den entstandenen Schaden trägt der Gläubiger des Ersatzanspruches — hier der Kläger. Prozessual — und damit auch für die Frage des Beweismaßes — geltend die Regeln des nationalen Rechts”.

<sup>113</sup> Orzeczenie Audiencia Provincial de Barcelona, 755/95-C, 20.06.1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970620s4.html>.

<sup>114</sup> Wyr. SN z 21.06.2002, IV CKN 382/00, Legalis nr 53866.

<sup>115</sup> M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, C.H. Beck, Warszawa, 2014 [Dostęp: Legalis].

dzy przytoczonymi definicjami a przedstawioną definicją utraconego zysku w CISG trudno nie dostrzec podobieństw<sup>116</sup>. Zarówno utrata korzyści, jak i utrata zysku odnoszą się do sytuacji, w których na skutek naruszenia umowy (względnie wskutek niewykonania albo nienależytego jej wykonania) uniemożliwione zostaje uzyskanie określonego „powiększenia majątku”. Dochodzący odszkodowania musi udowodnić, że do utraty zysku względnie korzyści faktycznie by doszło<sup>117</sup>. Określając wysokość zarówno utraconych korzyści, jak i utraconego zysku, należy porównać sytuację hipotetyczną, w której strona poszkodowana uzyskałaby pewne przysporzenie, z sytuacją istniejącą, w której jego osiągnięcie nie jest już możliwe<sup>118</sup>.

Utracona korzyść ma jednak inny zakres niż utracony zysk w myśl CISG<sup>119</sup>. Utracona korzyść w myśl Kodeksu cywilnego nie obejmuje w żadnym wypadku szkody ewentualnej<sup>120</sup>, ani szkody przysz-

<sup>116</sup> Por. pkt 1.1 artykułu.

<sup>117</sup> M. Kaliński, *Szkoda...*: „Ciężar dowodu szkody, podobnie jak i pozostałych okoliczności uzasadniających powstanie odpowiedzialności (z wyjątkiem szczególnych domniemań, np. art. 429 k.c.), spoczywa na poszkodowanym jako powodzie (*actori incumbit probatio*)”.

<sup>118</sup> Por. J. Napierała, *Utracony zysk jako postać szkody w prawie niemieckim*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1991, z. 4, s. 72–73; *Lucrum cessans* wylicza się, opierając się na takich założeniach również w innych państwach. Por. także Wyr. SA w Rzeszowie z 25.10.2012, I ACa 248/12, Lex nr 1267390: „szkoda w postaci *lucrum cessans* (art. 361 § 2 k.c.), ze swej natury ma zawsze charakter hipotetyczny. Dlatego jej wyliczenie musi być oparte na przesłankach realnych, odpowiadających zasadom doświadczenia życiowego i wiedzy powszechnej”. Por. także I. Schwenzer, P. Hachem, *The Scope...*, s. 3 i n.

<sup>119</sup> Zob. M. Kaliński, *Szkoda...*: „W piśmiennictwie wyróżniono w tym zakresie [utraconych korzyści — M.K.] w szczególności: 1) utratę zarobków (*lucrum cessans sensu stricto*) z własnej działalności bądź gospodarczej (np. wskutek uniemożliwienia zdarzeniem szkodzącym przewozu osób przez taksówkarza) bądź też w ramach stosunku pracy; 2) utratę spodziewanego zysku z przyszłych transakcji (*lucrum speratum*). Jako przykład można wskazać korzyści ze zbycia przewożonych towarów, które byłyby osiągnięte w przypadku dostarczenia ich do miejsca przeznaczenia; 3) utratę pożytków i przychodów z rzeczy; 4) utratę możliwości korzystania z rzeczy”.

<sup>120</sup> Wyr. SN z 24.09.2007, V CSK 174/07, Lex nr 442571: „Od szkody w postaci *lucrum cessans* należy odróżnić pojawiające się w języku prawniczym pojęcie szkody ewentualnej, przez którą należy rozumieć utratę szansy uzyskania pewnej korzyści majątkowej (np. szansy wygrania na loterii). Różnica wyraża się w tym, że w wypadku *lucrum cessans* hipoteza utraty korzyści graniczy z pewnością, w wypadku szkody ewentualnej prawdopodobieństwo utraty korzyści jest zdecydowanie mniejsze. Przyjmuje się, że szkoda ewentualna nie podlega naprawieniu. W praktyce pojawiają się jednak sytuacje graniczne, które wymagają szczególnej wnikliwości”; Wyr. SN z 24.05.2012, II CSK 429/11, Lex nr 1243007: „Szkodę w postaci utraconych korzyści należy odróżnić od tzw. szkody ewentualnej, czyli takiej, której prawdopodobieństwo wystąpienia jest niewielkie i raczej hipotetyczne, wynikające z wyjątkowo sprzy-

łej<sup>121</sup>. Określając wysokość utraconych korzyści, brak podstaw do przeprowadzenia kalkulacji szkody z uwzględnieniem uzyskanych przez stronę naruszającą umowę korzyści (a więc analogicznie do mechanizmu wzorowanego na *disgorgement of profits*)<sup>122</sup>. Inne są także ograniczenia, którym podlega odszkodowanie obejmujące utracone korzyści w k.c. — nie ma mowy wprost o powinności minimalizacji szkody analogicznie do art. 77 CISG (art. 362 k.c. traktuje o nieprzyczynianiu się do zwiększenia szkody: jednakże zwiększenie rozmiaru szkody może nastąpić w związku z zaniechaniem strony poszkodowanej, zatem w konsekwencji różnica pomiędzy art. 77 CISG a art. 362 k.c. jest w praktyce niewielka<sup>123</sup>), utracona korzyść ograniczona jest przez kryterium adekwatnego

jających, a niezależnych od roszczonego sobie jej naprawienia (np. szansa wygrania w grze losowej). Do tej samej kategorii powinno się zaliczyć oczekiwania zysku, wynikające tylko z różnic kursowych, mających źródło poza danym stosunkiem zobowiązaniowym, a więc nie uważać ewentualnie poniesionych strat za podlegających naprawieniu na podstawie art. 361 § 2 k.c.”; Wyr. SN z 22.03.2019, IV CNP 43/17, Lex nr 2639461: „Szkoła w postaci *lucrum cessans* ma zawsze charakter hipotetyczny. W orzecznictwie nie budzi jednak wątpliwości, że o takiej szkodzie decyduje wysokość, graniczący z pewnością, stopień prawdopodobieństwa uzyskania określonych korzyści, gdyby nie wystąpiło zdarzenie będące przyczyną szkody”, co odróżnia podlegające obowiązkowi odszkodowawczemu szkody w postaci utraconych korzyści od tzw. szkody ewentualnej, polegającej jedynie na utracie możliwości uzyskania pewnych wpływów [...]. Innymi słowy, powództwo dotyczące utraconych korzyści może zostać uwzględnione wyłącznie wówczas, gdy poszkodowany wykaże, w stopniu graniczącym z pewnością, że gdyby nie wystąpiło zdarzenie, z którym związany jest obowiązek odszkodowawczy, uzyskałby on tę korzyść”. M. Kaliński, *Szkoda...*: „W piśmiennictwie polskim panuje zgodność co do tego, że uszczerbek określany jako szkoda ewentualna (najczęściej występująca jako utrata szansy bądź nadziei) nie jest objęty obowiązkiem odszkodowawczym”.

<sup>121</sup> Wyr. SN — Izba Cywilna z 12.02.2016, II CSK 172/15, Legalis nr 1461030: „Zakresem szkody wynikającym z art. 361 § 1 k.c. nie jest szkoda przyszła. Pojęciem szkody przyszłej należy określać te uszczerbki, których w chwili wyrokowania poszkodowany jeszcze nie doznał. Nie są one objęte obowiązkiem odszkodowawczym, gdyż obowiązek naprawienia szkody nie jest związany ze stanem zagrożenia, ale dopiero z zaistnieniem szkody”.

<sup>122</sup> *Disgorgement of profits* poniekąd przypomina przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu w k.c., jednakże w myśl dominującej linii orzeczniczej: „Zbieg roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia z roszczeniami z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wyłączony”. Por. Wyr. SN z 7.05.2009, IV CSK 523/08, Legalis nr 175678; Wyr. SN z 17.10.2019, IV CSK 304/18, Legalis nr 2281285.

<sup>123</sup> M. Kaliński, *Szkoda...*: „Na ogół — choć jest to wyłącznie konstatacja natury ilościowej — przyczynienie do powstania szkody polega na działaniu poszkodowanego, zaś do zwiększenia szkody — na jego zaniechaniu. W drugim przypadku stawiamy poszkodowanemu zarzut, że nie realizował aktywnego wzorca postępowania. Obowiązek ten można wysnuć z art. 354 § 2 k.c. (zwłaszcza zaś z zasad współżycia społecznego), skoro zaniechanie jego realizacji włącza się kausalnie w przebieg szkody, która obciąża dłużnika”.

związku przyczynowego (art. 361 k.c.), w odróżnieniu od ograniczenia do przewidywalnej szkody (art. 74 zd. 2 CISG).

Różnice wynikają nie tylko z innego sformułowania przepisów oraz związków pomiędzy poszczególnymi przepisami określonego aktu prawnego, lecz także z odmiennych kierunków interpretacyjnych art. 361 k.c. i art. 74 CISG. Na rozumienie art. 74 CISG wpływ ma doktryna i orzecznictwo pochodzące z wielu państw; z tego też względu wykładnia przepisów CISG staje się swoistą „areną” na styku różnych kultur prawnych. Wykładnia przepisów CISG warunkowana jest wieloma konkurencyjnymi poglądami na kwestie związane z odpowiedzialnością odszkodowawczą, co powinny również uwzględniać sądy polskie.

## 6. Podsumowanie

W porównaniu z krajowymi regulacjami konwencja CISG, ze względu na swój międzynarodowy charakter, stanowi swoisty „mikrokosmos”. Jednakże *lucrum cessans* nie jest kategorią nową i posługuje się nią wiele systemów prawnych. Pewnych „intuicji” odnośnie do rozumienia tej kategorii, które prawnik może mieć z uwagi na znajomość krajowych przepisów dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej, nie da się więc całkowicie wyzbycić; nie zawsze muszą być one „szkodliwe”. Pomocne może być przede wszystkim rozumienie podstawowych zagadnień związanych z odpowiedzialnością odszkodowawczą, jak np. rozumienie podstawowych funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej, które są na ogół podobne<sup>124</sup>. Chociażby pobieżne porównanie *lucrum cessans* w Kodeksie cywilnym i CISG pozwala jednak stwierdzić, że mimo znacznych podobieństw, nie są to kategorie identyczne. W związku z tym podmioty stosujące prawo są zobowiązane do przeprowadzenia procesu wykładni art. 74 CISG całkowicie niezależnie od wykładni przepisów polskiego kodeksu cywilnego<sup>125</sup>.

Szczególną ostrożność należy zachować w przypadku posiłkowania się w procesie wykładni art. 74 CISG doktryną i orzecznictwem traktującym o utraconych korzyściach w myśl Kodeksu cywilnego — dopusz-

<sup>124</sup> D. Saidov, *The law...*, s. 17—20.

<sup>125</sup> Por. J. Honnold, *On the road to unification of the law of sales*, „Forum international” 1984, no. 2, s. 11: „What is needed is a bit of hesitation, to consider whether the familiar domestic approach is typical of that of other legal systems — as a basis for considering whether the international rule may have made a choice or developed a nuanced intermediate position”.

czalne i niebudzące zastrzeżeń jest właściwie tylko odwołanie się porównawcze. Prawidłowe i znacznie „bezpieczniejsze” jest natomiast posiłkowanie się orzecznictwem i doktryną (w takim samym stopniu z Polski, jak i z zagranicy) traktującymi o utraconym zysku w myśl art. 74 CISG, co przyczynia się do utworzenia jednolitej wykładni przepisów CISG na skalę światową.

## Bibliografia

- Andersen C., *General Principles of the CISG — Generally Impenetrable?*, in: *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, eds. C. Andersen, U. Schroeter, Wildy, Simmonds & Hill, London, 2008.
- Durbas M., *Przewidywalność szkody jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej na gruncie Konwencji wiedeńskiej — glosa — V CSK 91/11*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 5.
- Edelman J., *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Bloomsbury Publishing, London, 2002.
- Eicher F., *Pacta Sunt Servanda: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG*, „London School of Economics Law Review” 2018.
- Eiselen S., *Unresolved damages issues of the CISG: a comparative analysis*, „Comparative and International Law Journal of Southern Africa” 2005, 38, no. 1.
- Enderlein F., Maskow D., *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: Commentary*, Oceana, New York, 1992.
- Faust F., *Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß Art. 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG)*, Mohr, Tübingen, 1996.
- Ferrari F., *Burdens of Proof under the CISG*, „Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)” 2000—2001, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari5.html> [Dostęp: 28.12.2020 r.].
- Garro O.M. [Sprawozdawca], *CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People’s Republic of China, on 12 October 2007*, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html> [Dostęp: 28.12.2020 r.].
- Gotanda J. [Sprawozdawca], *CISG ADVISORY COUNCIL OPINION NO. 6: Calculation of Damages under CISG Article 74, Adopted by the CISG-AC at its Spring 2006 meeting in Stockholm, Sweden, 2006*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html> [Dostęp: 28.12.2020 r.].



- Gotanda J. [Sprawozdawca], *CISG Advisory Council: Opinion No. 8 Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76, Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan, on 15 November 2008*, 2008, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op8.html> [Dostęp: 28.12.2020 r.].
- Gotanda J., *Recovering Lost Profits in International Disputes*, „Georgetown Journal of International Law” 2004, no. 36.
- Hondius E., Janssen A., *Chapter 26, Disgorgement of Profits. Gain-based Remedies Throughout the World*, in: *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world*, eds. E. Hondius, A. Janssen, Springer, New York, 2015.
- Honnold J., *On the road to unification of the law of sales*, „Forum international” 1984, no. 2.
- Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, C.H. Beck, Warszawa, 2014 [Dostęp: Legalis].
- Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, eds. H. Honsell, Ch. Brunner, Berlin, 2008.
- Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów: komentarz*, red. M. Pazdan, Zakamycze, Kraków, 2001.
- Magnus U., *General Principles of UN-Sales Law*, „Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 1995, 58, Nr. 3—4, <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html> [Dostęp: 28.12.2020 r.].
- Muñoz E., Ament-Guemez D.O., *Calculation of Damages on the basis of the Breaching Party's Profits under the CISG*, „Journal of International Commercial Law” 2017, 8, no. 2.
- Napierała J., *Odpowiedzialność eksportera i importera za naruszenie umowy międzynarodowej sprzedaży towarów*, ABC, Warszawa, 1998.
- Napierała J., *Utracony zysk jako postać szkody w prawie niemieckim*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1991, z. 4.
- Osajda K., *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa, 2020.
- Saidov D., *Damages: The Need for Uniformity*, „Journal of Law and Commerce” 2005—2006, no. 25.
- Saidov D., *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, „Pace International Law Review” 2002, 14, no. 2.
- Saidov D., *The law of damages in international sales: the CISG and other international instruments*, Hart Pub, Oxford, Portland, 2008.
- Schlechtriem P., *Damages, avoidance of the contract and performance interest under the CISG*, in: *Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag*, eds. A.S. Geōrgiadēs, M. Stathopoulos, C.H. Beck, München—Ate-ny—Bern, 2006, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem21.html#1> [Dostęp: 28.12.2020 r.].
- Schlechtriem P., *Non-Material Damages — Recovery Under the CISG?*, „Pace International Law Review” 2007, no. 1.

- Schlechtriem P., Schwenger I., Schroeter U., *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, Eleven International Publishing, München, 2019.
- Schmidt-Ahrendts N., *Disgorgement of Profits under the CISG*, in: *State of play: the 3rd Annual MAA Schlechtriem CISG conference, 14 April 2011, Vienna: conference in honour of Peter Schlechtriem, 1933—2007*, eds. I. Schwenger, L. Spagnolo, Eleven International Publishing, Haga, 2012.
- Schwartz D., *The Recovery of Lost Profits under Article 74 of The U.N. Convention on the International Sale of Goods*, „Nordic Journal of Commercial Law” 2006, no. 1.
- Schwenger I., Hachem P., *The Scope of the CISG Provisions on Damages*, in: *Contract damages: domestic and international perspectives*, eds. D. Saidov, R. Cunnington, Hart Pub, Oxford, Portland, 2008.
- Singh S., Zeller B., *CIETAC’s Calculations on Lost Profits under Article 74 of the CISG*, „Loyola University Chicago International Law Review” 2007, 4, no. 2.
- Tepes N., *Non-material Damages Arising out of the Breach of Contract and Interpretation of Art. 74 CISG*, in: *Liber amicorum Gašo Knežević*, eds. T. Varady et al., Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2016.
- UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods UNCITRAL*. 2016, [https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG\\_Digest\\_2016.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf) [Dostęp: 28.12.2020 r.].
- Vékás L., *The Foreseeability Doctrine in Contractual Damage Cases*, „Acta Juridica Hungarica” 2002, 43, no. 1—2.
- Zeller B., *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- Żarnowiec Ł., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2006 r., III CSK 103/05*, „Przeгляд Sądowy” 2008, nr 11—12.