



Sygn. akt II CSK 58/18

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 5 marca 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Henryk Pietrkowski (przewodniczący)

SSN Anna Kozłowska

SSN Roman Trzaskowski (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa L. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej z siedzibą w J.

przeciwko E. Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym

w Izbie Cywilnej w dniu 5 marca 2019 r.,

skargi kasacyjnej strony pozwanej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 10 sierpnia 2017 r., sygn. akt I ACa (...),

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu w (...) do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.**

## UZASADNIENIE

Powód – L. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w J. domagał się zasądzenia od pozwanego E. Sp. z o.o. w Ł. (dalej – „E.”) kwoty 200.000 zł z odsetkami ustawowymi z tytułu zapłaty części kary umownej za naruszenie przez E. umownego zakazu konkurencji.

W sprawie ustalono m.in., że w dniu 8 grudnia 2010 r. L. Sp. z o.o. w J. (poprzednik prawny powoda, dalej w odniesieniu do obu – „L.”) kupił od E., za cenę 9.298.840,00 zł brutto, prawo użytkowania wieczystego nieruchomości przy ul. E. w Ł. (działki nr 38/38, 38/35 i 38/37) wraz z własnością budynku handlowego wybudowanego przez pozwanego w 2010 r., przeznaczonego na prowadzenie sklepu L. (dalej – „Umowa”).

W § 6 ust. 1 Umowy E. zobowiązał się, że nie sprzeda działek 38/34 i 38/36, których jest użytkownikiem wieczystym, ani innych działek gruntu, których jest lub będzie właścicielem bądź wieczystym użytkownikiem, leżących w promieniu 5 km od granic nieruchomości będącej przedmiotem Umowy - na cele wzniesienia bądź prowadzenia obiektów branży spożywczej o charakterze dyskontu, marketu bądź hipermarketu. W § 6 ust. 2 Umowy zobowiązanie E. zostało rozszerzone na wszelkie inne rozporządzenia (w tym „obciążanie” prawami obligacyjnymi) ww. nieruchomości, w szczególności takie jak oddanie w użytkowanie, dzierżawę, najem, oraz zamianę, darowiznę oraz wniesienie tych praw w postaci aportu do spółki. Sprzedający zobowiązał się też (§ 6 ust. 3) – w odniesieniu do działek, których jest lub będzie właścicielem bądź wieczystym użytkownikiem, leżących w promieniu 5 km od granic kupowanej przez L. nieruchomości - do niewznoszenia i nieprowadzenia oraz do niepowierzenia osobom trzecim do wzniesienia bądź prowadzenia obiektów branży spożywczej o charakterze dyskontu, supermarketu bądź hipermarketu. W myśl § 6 ust. 4 wszystkie te zobowiązania miały wiązać E. przez okres 10 lat od dnia zawarcia Umowy. W § 6 ust. 5 Umowy postanowiono, że w przypadku każdorazowego naruszenia któregośkolwiek z tych zobowiązań (dalej – „zakaz konkurencji”) E. będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz L. kary umownej w wysokości 1.000.000 zł

w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania do uiszczenia tej sumy. Zastrzeżono, że stosownie do art. 484 § 1 k.c. kupujący ma prawo do odszkodowania uzupełniającego, przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.

Zawarcie Umowy było poprzedzone zawarciem w dniu 20 stycznia 2009 r. przedwstępnej umowy sprzedaży, która także zawierała postanowienia o zakazie konkurencji i karze umownej.

Zapis o zakazie konkurencji jest stosowany standardowo przez L. i jego zastrzeżenie było normalną praktyką w innych umowach między stronami. Został wprowadzony w tym celu, aby uczestniczący w procesie inwestycyjnym kontrahent powoda nie zrealizował w zakładanym obszarze oddziaływania sklepu L. konkurencyjnego działania inwestycyjnego. E. miał świadomość zastrzeżenia zakazu konkurencji, a w toku negocjacji Umowy nie była poruszana kwestia wynagrodzenia dla pozwanego z tego tytułu.

Działalność E. polega na pozyskiwaniu nieruchomości dla innych podmiotów, nabywaniu nieruchomości na własne cele, budowie obiektów przeznaczonych na wynajem i na zarządzaniu nieruchomościami. Współpraca z powodem i jego poprzednikiem prawnym dotyczyła pięciu nieruchomości, w tym nieruchomości przy ul. E. w Ł. Zadaniem pozwanego było nabycie nieruchomości, uporządkowanie stanu prawnego, dokonanie podziału geodezyjnego, uzyskanie pozwolenia budowlanego i wybudowanie obiektu pod działalność powoda, a następnie sprzedaż nieruchomości powodowi wraz z naniesieniami.

W dniu 5 kwietnia 2012 r. pozwany wynajął J. S.A. lokal w budynku na nieruchomości przy ul. D. w Ł., położonej w odległości 4,2 km od nieruchomości przy ul. E. W lokalu tym został urządzony dyskont spożywczy „B.”.

Z dniem 1 września 2015 r. w wyniku podziału L. Sp. z o.o. przez wydzielenie (art. 529 § 1 pkt 4 k.s.h.) prawo użytkowania wieczystego nieruchomości przy ul. E. w Ł. oraz prawa i obowiązki wynikające z Umowy przeszły na spółkę wydzieloną - L. Sp. z o.o. Z dniem 1 lutego 2016 r. spółka wydzielona została przekształcona w spółkę komandytową pod firmą L. spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, której przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształconej.

Pismem z dnia 21 listopada 2014 r., doręczonym w dniu 27 listopada 2014 r., L. wezwał E. do zapłaty - w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania - kwoty 1.000.000 zł z tytułu kary umownej za naruszenie zakazu konkurencji, jednakże pozwany odmówił.

Wyrokiem z dnia 19 października 2016 r. Sąd Okręgowy w Ł. uwzględnił powództwo w całości, zasądając od E. na rzecz L. kwotę 200.000 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 5 grudnia 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, a wyrokiem z dnia 10 sierpnia 2017 r. Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację E.

Sądy obu instancji były zgodne, że na mocy art. 531 § 1 i art. 553 § 1 k.s.h. powodowi przysługują w prawa i obowiązki wynikające z Umowy, w tym roszczenie o zapłatę kary umownej przewidzianej w jej § 6. Zgodnie przyjęły również – wbrew zarzutowi E. – że uzgodniony w § 6 zakaz konkurencji nie wykracza poza określone w art. 353<sup>1</sup> k.c. granice swobody umów i jest ważny. Zakazy konkurencji bowiem mogą być zastrzegane nie tylko w umowach obligacyjnych o charakterze trwałym, ale także w umowie sprzedaży, zwłaszcza jeżeli – jak w Umowie – ich przedmiot ma związek z przedmiotem (celem) umowy. Między przedsiębiorcami dopuszczalne jest też zawarcie w umowie klauzuli konkurencyjnej bez ekwiwalentu (niesymetrycznej). Umowa obiektywnie niekorzystna dla jednej ze stron może być uznana za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego tylko wtedy, gdy taki jej kształt był wynikiem wykorzystania silniejszej pozycji kontrahenta przez narzucenie słabszej stronie treści rażąco dla niej niekorzystnej. *In casu* pozwany zawarł Umowę w sposób dobrowolny, nie był stroną słabszą i miał świadomość wprowadzenia do Umowy zakazu konkurencji pod rygorem zapłaty kary umownej. Nic nie wskazuje na to, by takie ukształtowanie Umowy było wynikiem nieetycznego i niedozwolonego wykorzystania przez powoda dominującej pozycji kontraktowej. Sąd Apelacyjny zwrócił ponadto uwagę, że strony sporu od wielu lat pozostają w stosunkach gospodarczych, a w ramach tej współpracy E. zajmuje się nabywaniem nieruchomości we własnym imieniu, ale na potrzeby powoda i w celu

ich dalszej odsprzedaży powodowi w celu prowadzenia sklepów sieci L.. W umowach zawartych przez strony przed 2010 r., a dotyczących innych nieruchomości, zastrzegano zbliżone postanowienia do § 6 Umowy, i taka praktyka świadczy o tym, że E. znała i akceptowała także te zapisy umów, za pomocą których L. starał się zabezpieczyć swoje interesy. Może świadczyć także o tym, że E. pozytywnie – z punktu widzenia swoich interesów – oceniała poprzednio zawarte umowy i dalsza współpraca na zbliżonych warunkach była dla niej korzystna.

Sąd odwoławczy nie znalazł też żadnych podstaw do przyjęcia, że zakaz konkurencji narusza art. 57 § 2 k.c.

Sądy zgadzały się także co do tego, że w sprawie nie zachodziły podstawy do miarkowania kary umownej. Sąd Apelacyjny miał przede wszystkim na względzie, że wysokość dochodzonego przez powoda roszczenia stanowiła jedynie piątą część wysokości kary umownej przewidzianej w Umowie, i ocenił, iż takie żądanie z istoty swej trudno uznać za rażąco wygórowane, jeżeli założyć, że wysokość kary umownej w chwili jej zastrzegania wynikała ze swobodnej kalkulacji stron. Wyraził pogląd, że art. 484 § 2 k.c. odnosi się do kary umownej w jej pełnej wysokości, a w sytuacji, w której wierzyciel dochodzi jedynie części kary, jej miarkowanie mogłoby się przełożyć na treść rozstrzygnięcia jedynie wtedy, gdyby ta część przewyższała wysokość świadczenia ustalonego w ramach sędziowskiego uznania przy wykorzystaniu kryteriów z art. 484 § 2 k.c., co w rozpatrywanej sprawie nie miało miejsca. W okolicznościach sprawy za istotne uznał także to, że naruszenie zakazu konkurencji ma charakter ciągły, trwa ponad 5 lat, czyli więcej niż połowę okresu obowiązywania zakazu konkurencji, i wiąże się z uzyskiwaniem przez E. określonych korzyści majątkowych w postaci czynszu najmu. W rezultacie nie można przyjąć, że zobowiązanie z zakazu konkurencji zostało w znacznej części wykonane.

Sąd odwoławczy zwrócił też uwagę, że kara umowna zastrzeżona w § 6 ust. 5 Umowy miała przede wszystkim charakter prewencyjny, stymulując E. do określonego zachowania, jak również – zgodnie z istotą kary umownej w ogólności - miała rekompensować wierzycielowi ogół negatywnych skutków, jakie towarzyszą niewykonaniu zobowiązania, w tym takich, które nie przekładają się na uszczerbek

majątkowy. Wobec tego nawet brak szkody w rozumieniu art. 361 § 2 k.c. nie przemawia za takim miarkowaniem kary umownej, które minimalizowałoby to świadczenie do rozmiarów symbolicznych.

Skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) wywiódł pozwany, zaskarżając go w całości i zarzucając naruszenie prawa materialnego, tj. art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 484 § 2 k.c. Wniósł o jego uchylenie i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Naruszenia art. 353<sup>1</sup> k.c. skarżący dopatrywał się w przyjęciu, że przedmiotowy zakaz konkurencji mieści się w granicach swobody umów i nie pozostaje w sprzeczności ani z naturą stosunku prawnego ani z zasadami współżycia społecznego. Przeciwną tezę, prowadzącą do wniosku o nieważności zakazu, uzasadnił przede wszystkim tym, że zakaz wiąże strony w sposób długotrwały i ciągły, co jest sprzeczne z naturą umowy sprzedaży, zobowiązującej do świadczeń jednorazowych i nie kreującej między stronami długotrwałej relacji (z wyjątkiem reżimów rękojmi i gwarancji). Wskazał ponadto, że skoro w orzecznictwie uznano za niedopuszczalny zakaz konkurencji mający obowiązywać po zakończeniu stosunku prawnego o charakterze ciągłym, to tym bardziej niedopuszczalne jest jego zastrzeżenie na 10 lat po spełnieniu świadczeń głównych przewidzianych w umowie sprzedaży nieruchomości.

Zdaniem pozwanego, nawet gdyby przyjąć, że omawiane postanowienie nie jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego, należy je uznać – w świetle „kazuistycznego” rozważenia wszelkich okoliczności, takich jak zakres zakazu, siła jego oddziaływania na dłużnika, charakter zachowań, od których ma się on powstrzymać, czas trwania zakazu, możliwość poniesienia ewentualnej szkody przez wierzyciela i jej wysokość, brak ekwiwalentności zobowiązań - za niezgodne z zasadami współżycia społecznego. Ogranicza ono bowiem w nadmiernie szerokim (zasadniczym) stopniu możliwość wykonywania przez E. prawa własności (użytkowania wieczystego) innych nieruchomości oraz prowadzenia działalności gospodarczej. Zakaz obejmował większość obszaru Ł., a tym samym uniemożliwiał prawidłowe prowadzenie działalności gospodarczej na terenie, na którym co do

zasady E. prowadzi działalność gospodarczą. Został zastrzeżony na czas po ustaniu Umowy, aż na 10 lat, co dla przedsiębiorcy jest okresem wyjątkowo długim, bez ekwiwalentu – wbrew zasadzie ekwiwalentności umów wzajemnych - i opatrzony wysoką karą umowną (1 mln. zł za każdorazowe, jakiegokolwiek naruszenie). W ocenie skarżącego, nieekwiwalentność świadczeń była przy tym rażąca, co wynika z czasu i obszaru obowiązywania zakazu konkurencji, wysokości kary umownej oraz jej zastrzeżenia w przypadku dopuszczenia się któregokolwiek z naruszeń. Zaś przesłanka wykorzystania silniejszej pozycji kontraktowej jest wprawdzie istotna, lecz nie jest konieczna. Okoliczności, że tego typu postanowienia odpowiadały długotrwałej praktyce stron, a pozwany był świadomy zastrzeżenia zakazu, nie mają żadnego znaczenia dla stwierdzenia naruszenia zasady swobody umów.

Rozpatrując argumentację pozwanego, należy przede wszystkim zakwestionować pogląd, że zastrzeżenie zakazu podejmowania działalności czy działań o charakterze konkurencyjnym (zakazu konkurencji) jest dopuszczalne tylko w umowach o charakterze ciągłym, a uczynienie tego w umowie ze świadczeniem jednorazowym, takiej jak umowa sprzedaży, jest równoznaczne z naruszeniem właściwości (natury) stosunku prawnego.

Pogląd ten jest zbyt schematyczny i nie uwzględnia, że także w przypadku umowy zobowiązującej do świadczeń jednorazowych może powstać - z perspektywy zaangażowanych w umowę indywidualnych interesów - usprawiedliwiona potrzeba ochrony przed działaniami, które mają bezpośrednio charakter konkurencyjny albo stymulują działania konkurencyjne innych podmiotów. Dowodzi tego choćby art. 550 k.c., a potwierdza także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2012 r., V CSK 215/11 (nie publ.), w którym dopuszczono zastrzeżenie zakazu konkurencji w umowie o dzieło.

Potrzeba taka może ujawnić się np. w razie zbycia przedsiębiorstwa albo jego zorganizowanej części czy też zbycia udziałów w spółce, w celu ochrony przed konkurencją ze strony renomowanego zbywcy i zagwarantowania nabywcy uzyskania pełnej wartości przenoszonych aktywów (por. pkt 18 i n. Komunikatu Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych

dla dokonania koncentracji (2005/C 56/03), Dz. Urz. UE C 56 z 5 marca 2005 r., s. 24, dalej – „Komunikat KE”), w razie wejścia na rynek, pociągającego za sobą wysokie koszty początkowe (ochrona przed dodatkową konkurencją ze strony podmiotów, które takich kosztów nie muszą już ponosić) czy też konieczności udostępnienia kontrahentowi niejawnych i istotnych informacji (*know-how*), które mogłyby zostać wykorzystane w ramach działalności konkurencyjnej. Jest jasne, że w tego rodzaju sytuacjach określona transakcja jednorazowa może być – w ogóle albo ze względu na uzgodnioną treść (np. wysokość ceny) - sensowna ekonomicznie tylko w razie zastrzeżenia dodatkowo zakazu prowadzenia działalności konkurencyjnej.

W tym kontekście należy odnotować, że *in casu* zakaz konkurencji nie został zastrzeżony w okazjonalnej umowie sprzedaży, lecz umowie, która została zawarta w wykonaniu umowy przedwstępnej przewidującej wybudowanie przez E. budynku przystosowanego do prowadzenia dyskontu L., a więc wieńczącej poważne przedsięwzięcie inwestycyjne.

Nie budzi też obecnie wątpliwości, że samoistną przesłanką skuteczności zakazu konkurencji nie jest każdorazowo uzgodnienie odrębnego wynagrodzenia (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2012 r., V CSK 215/11, nie publ. i z dnia 19 listopada 2015 r., IV CSK 804/14, OSNC-ZD 2017, z. B, por. 32). Wystarczającego argumentu w tym względzie dostarcza obowiązujący od dnia 9 grudnia 2000 r. art. 764<sup>6</sup> § 1 i 3 k.c., z którego wynika, że nawet w umowie agencji – mimo szczególnej ochrony agenta traktowanego jako słabsza strona umowy (por. art. 760<sup>2</sup> § 4, art. 761<sup>3</sup> § 3 zd. 2, art. 761<sup>4</sup> zd. 2, art. 761<sup>5</sup> § 1 zd. 3 i § 2 zd. 2 k.c. oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2018 r., I CSK 478/17, nie publ.) - kontrahenci mogą ograniczyć działalność agenta mającą charakter konkurencyjny na okres po rozwiązaniu umowy agencyjnej, zastrzegając, iż dający zlecenie nie będzie obowiązany do wypłacania agentowi sumy pieniężnej z tego tytułu. Tym bardziej takie ukształtowanie zakazu konkurencji jawi się jako dopuszczalne w relacji między równorzędnymi, działającymi swobodnie przedsiębiorcami (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2013 r., V CSK 30/13, nie publ.). W rezultacie nie ma też co do zasady przeszkód, by korzyści i uszczerbki związane z w pełni autonomicznym uzgodnieniem zakazu konkurencji



zostały – co szczególnie prawdopodobne właśnie w przypadku transakcji jednorazowych - uwzględnione już w wysokości świadczeń głównych.

Sąd Apelacyjny trafnie dostrzegł również, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem samo rażąco niekorzystne dla jednej ze stron ukształtowanie treści umowy nie jest wystarczającą przesłanką uznania jej za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego, a o sprzeczności takiej, uzasadniającej zastosowanie (co do zasady) art. 58 § 2 k.c., można mówić dopiero wtedy, gdy było to wynikiem nadużycia – choćby tylko w wyniku niedbalstwa - silniejszej pozycji kontraktowej przez drugą stronę (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07, nie publ., z dnia 14 stycznia 2010 r., IV CSK 432/09, OSP 2011, z. 3, poz. 30, z dnia 26 maja 2011 r., II CSK 528/10, nie publ., z dnia 2 marca 2012 r., II CSK 351/11, nie publ., z dnia 23 maja 2013 r., IV CSK 658/12, nie publ., z dnia 19 września 2013 r., I CSK 651/12, OSNC 2014, nr 7-8, poz. 76, z dnia 19 listopada 2015 r., IV CSK 804/14, OSNC-ZD 2017, nr B, poz. 32, z dnia 31 marca 2016 r., IV CSK 372/15, nie publ., z dnia 14 września 2016 r., III CSK 339/15, nie publ., z dnia 15 września 2015 r., I CSK 611/15, nie publ., z dnia 15 lutego 2018 r., I CSK 339/17, nie publ., z dnia 15 czerwca 2018 r., I CSK 491/17, nie publ. oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015 r., III CZP 73/15, OSNC 2016, nr 12, poz. 135). Z poczynionych w sprawie ustaleń, które w postępowaniu kasacyjnym nie mogą być – i nie są - bezpośrednio kwestionowane, wynika zaś, że *in casu* zastrzeżenie zakazu konkurencji nie było wynikiem nadużycia przewagi kontraktowej przez L.

W ramach oceny dopuszczalności klauzuli Sąd odwoławczy zasadnie uwzględnił również fakt, że Umowa, w której zawarto zakaz konkurencji, była kolejną zawartą przez strony, co może mieć znaczenie zarówno w kontekście oceny korzyści czerpanych przez strony ze współpracy kontraktowej, jak i oczekiwań co do wzajemnej lojalności kontrahentów.

Mimo to, ocena ta nie może zostać uznana za w pełni prawidłową. Przede wszystkim dlatego, że pomija, iż objęte zasadą swobody umów umowy obligacyjne, których należyte wykonanie opatrzone jest sankcją majątkową w postaci odpowiedzialności odszkodowawczej, nie mogą być instrumentem unicestwienia

albo nadmiernego - w aspekcie czasowym lub przedmiotowym - ograniczenia wolności lub uzależnienia podmiotów prawa cywilnego. Zakresem wynikającej stąd ochrony jest objęta także swoboda podejmowania działań o charakterze gospodarczym, stanowiących częstokroć rację bytu osoby prawnej. Tak jak niedopuszczalna byłaby próba obligacyjnego skrępowania wolności osoby fizycznej zmierzająca do nadania jej – choćby tylko w sferze obligacyjnej - *quasi*-niewolniczego statusu, tak też niedopuszczalne jest krępowanie swobody gospodarczej przedsiębiorcy w takim stopniu, że traci on w całości albo istotnej części swą niezależność (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 2004 r., II CK 354/03, OSNC 2005, nr 5, poz. 91, z dnia 24 czerwca 2014 r., I CSK 431/13, nie publ. i z dnia 16 września 2016 r., IV CSK 751/15, nie publ.) lub zagrożone są podstawy jego ekonomicznej egzystencji (tzw. umowy kneblujące, dławiące). Nie ma praktycznego znaczenia, czy tego rodzaju ograniczenia wywiedzie się z zasad współżycia społecznego czy też – co pozwala oderwać się od wskazań natury moralnej - z natury (właściwości) stosunku obligacyjnego jako takiego (tzw. natura ogólna zobowiązania), a najistotniejsze jest to, że są one aktualne także wtedy, gdy umowa jest wyrazem w pełni swobodnej decyzji obu stron (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2018 r., III CZP 93/17, OSNC 2018, nr 10, poz. 98). Okoliczność, czy zgoda na tego rodzaju ograniczenie została udzielona w sposób w pełni autonomiczny, może mieć pewne znaczenie, jednakże sama przez się nie przesądza o jej dopuszczalności.

Reguły te mają znaczenie także dla oceny dopuszczalności zakazów konkurencji. O tym, czy wynikające z nich skrępowanie swobody dłużnika jest nadmierne (wywołuje skutek dławiący) i z tego względu niedopuszczalne, decyduje całościowa ocena, w ramach której należy uwzględnić z jednej strony zakres dotychczasowej i potencjalnej działalności dłużnika, a z drugiej - zakres przedmiotowo-podmiotowy, geograficzny i czasowy zakazu, surowość towarzyszącej jego naruszeniu sankcji oraz ewentualne dodatkowe korzyści czerpane przez dłużnika.

Istotne znaczenie przy ocenie nadmierności zakazu może mieć także jego proporcjonalność, a więc to, czy służy on ochronie usprawiedliwionych potrzeb, czy

jego zasięg nie wykracza poza to, co konieczne w celu tej ochrony, i zarazem pozostaje w rozsądnej proporcji do obciążeń dłużnika.

Znaczna część tych czynników pozostała poza zakresem zainteresowania Sądów orzekających w sprawie. Dotyczy to w szczególności zakresu geograficznego dotychczasowej działalności E., gdyż poczynione w sprawie ustalenia nie wykraczały poza stwierdzenie, że działalność ta polega na pozyskiwaniu nieruchomości dla innych podmiotów, nabywaniu nieruchomości na własne cele, budowie obiektów przeznaczonych na wynajem i na zarządzaniu nieruchomościami. Szczątkowy charakter mają także ustalenia i rozważania co do wagi i zakresu interesów, których ochronie zakaz konkurencji miał służyć (zapobieżenie podjęciu przez E. „w zakładanym obszarze oddziaływania sklepu L.” konkurencyjnego działania inwestycyjnego), w konfrontacji z zakresem tego zakazu i jego uciążliwością dla pozwanego. Równocześnie szereg elementów przemawia przeciwko dopuszczalności zastrzeżenia zakazu konkurencji w kształcie uzgodnionym przez strony. Przede wszystkim okres, na jaki został zastrzeżony, jawi się jako zbyt długi, zwłaszcza że stron nie wiązało żadne porozumienie ramowe, która stwarzałoby wyraźną perspektywę równoważenia uszczerbków E. korzyściami wynikającymi z przyszłej współpracy z L. (zakaz konkurencji w stosunku do agenta może być zastrzeżony na okres nie dłuższy niż 2 lata od rozwiązania umowy – por. art. 764<sup>6</sup> § 4 k.c., por. też pkt 20 Komunikatu KE oraz art. 5 ust. 1 lit. a rozporządzenia Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych, Dz. Urz. UE L 102 z 23 kwietnia 2010 r., s. 1). W braku takiej umowy można mówić jedynie o nadziei na uzyskanie jakichkolwiek korzyści. *Prima facie* zbyt daleko idący – z punktu widzenia potrzeb związanych z ochroną konkretnej, zrealizowanej we współpracy z E. inwestycji (zbytu oferowanych tam produktów) - jest także zakres geograficzny obowiązywania zakazu, mający odpowiadać zakładanemu obszarowi oddziaływania sklepu L., a pokrywający znaczną część Ł. Bardzo surowa jest także sankcja, zastrzeżona na wypadek „każdorazowego” naruszenia zakazu.

Okoliczność, że Sąd Apelacyjny nie uwzględnił tych kwestii, istotnych dla oceny nadmierności przedmiotowego zakazu konkurencji, nie pozwala odeprzeć zarzutu naruszenia art. 353<sup>1</sup> k.c.

Nie pozwala też wykluczyć, że w istocie ów zakaz służył nie tyle ochronie konkretnej inwestycji, ile ukierunkowany był na znacznie dalej idące - w aspekcie geograficznym i czasowym - utrudnienie dostępu do rynku konkurencyjnym sieciom prowadzącym obiekty w branży spożywczej o charakterze dyskontu, marketu bądź hipermarketu. Cel ten trudno byłoby uznać za usprawiedliwiony i uzasadniający tak daleko idące ograniczenie swobody E. (proporcjonalny). Ponadto takie porozumienie mogłoby podlegać – czego w sprawie w ogóle nie roztrząsano - ocenie co do jego dopuszczalności i skuteczności także pod kątem zgodności z interesem publicznoprawnym chronionym w ramach art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (ówcześnie Dz. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331 ze zm.), co nie wymaga uprzedniego wydania przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję (por. *mutatis mutandis* uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 lipca 2008 r., III CZP 52/08, OSNC 2009, nr 7-8, poz. 107 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 2016 r., V CSK 662/15, nie publ., z dnia 19 października 2016 r., V CSK 93/16, nie publ. i z dnia 2 lutego 2018 r., II CSK 498/17, nie publ.; por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 2012 r., V CSK 9/12, nie publ.).

Odrębną kwestią jest także skutek uznania zakazu konkurencji, realizującego poniekąd usprawiedliwione cele, za zbyt daleko idący. Jeżeli bowiem zastrzeżenie nadmiernego zakazu nie było wynikiem nadużycia silniejszej pozycji kontraktowej przez jedną ze stron, lecz autonomicznej decyzji równorzędnych kontrahentów, co do zasady nie ma przeszkód, by utrzymać skuteczność zakazu w maksymalnie dopuszczalnym kształcie (tzw. redukcja utrzymująca skuteczność) z odwołaniem do instytucji konwersji albo nieważności części postanowienia umowy (art. 58 § 3 k.c.). Można bowiem założyć – a założenie takie może wzmacniać klauzula salwatoryjna (por. *in casu* § 12 ust. 5 Umowy) – że gdyby strony wiedziały, że zakres zakazu jest niedopuszczalny, uzgodniłyby go w innym kształcie, maksymalnie uwzględniającym ich wolę. Tego rodzaju zabieg nie

jest obcy judykaturze, o czym świadczą orzeczenia dopuszczające np. ograniczenie zakresu nieważności sprzecznego z prawem, jednolitego zbycia całej nieruchomości przez uznanie za nieważne jedynie zbycia jej części (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 1977 r., IV CR 576/76, OSNCP 1977, nr 11, poz. 216 i z dnia 24 czerwca 2009 r., I CSK 534/08, nie publ.) czy też zbycia udziału w jej współwłasności (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 sierpnia 1991 r., III CZP 67/91, Biuletyn SN 1991, nr 8, s. 10, wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2001 r., I CKN 294/00, nie publ., z dnia 11 maja 2011 r., I CSK 473/10, nie publ.), jak również orzeczenia dopuszczające częściową nieważność (redukcję) wyrażonych liczbowo postanowień umowy określających rozmiar świadczenia (por. ogólnie uchwała Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2006 r., III CZP 7/06, OSNC 2007, nr 1, poz. 7, co do części ceny - wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 kwietnia 1964 r., I CR 340/63, OSNPG 1964, nr 11, poz. 79; co do części zryczałtowanego wynagrodzenia należnego jednej ze stron umowy - wyroki Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 1970 r., I CR 49/70, nie publ., z dnia 9 lipca 1974 r., I CR 352/74, nie publ., z dnia 16 września 1975 r., I CR 479/75, PUG 1976, nr 7, s. 214; co do części uzgodnionego świadczenia odszkodowawczego – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1981 r., IV CR 424/81, nie publ., co do stopy odsetek w zakresie, w jakim była nadmierna, z możliwością utrzymania jej skuteczności powyżej poziomu odsetek ustawowych – wyroki Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2003 r., II CKN 1097/00, OSNC 2004, nr 4, poz. 55, z dnia 13 stycznia 2005 r., V CK 444/04, nie publ., z dnia 5 czerwca 2007 r., I CSK 117/07, nie publ., z dnia 3 lipca 2008 r., IV CSK 81/08, nie publ. i z dnia 27 maja 2010 r., III CSK 230/09, nie publ.). Inną kwestią jest oczywiście niedopuszczalność stosowania tego zabiegu w odniesieniu do klauzul abuzywnych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2017 r., II CSK 803/16, OSNC 2018, nr 7-8, poz. 79) i towarzyszące mu poważne wątpliwości w innych przypadkach, w których kształt umowy jest wynikiem nadużycia silniejszej pozycji kontraktowej przez jedną ze stron.

W odniesieniu do w pełni swobodnie (dwustronnie) uzgodnionego zakazu konkurencji redukcja taka jest co do zasady dopuszczalna i może w szczególności przybrać postać ograniczenia zakresu czasowego lub geograficznego zakazu, eliminującego jego nadmierny charakter.

Zarzucane dodatkowo w skardze naruszenie art. 484 § 2 k.c. miało polegać na przyjęciu, że częściowe dochodzenie kary umownej eliminuje dopuszczalność jej miarkowania. Zdaniem skarżącego, możliwość miarkowania kary jest niezależna od tego, czy uprawniony domaga się zasądzenia całości czy jedynie części kary umownej, jak również od tego, czy zobowiązany osiągnął korzyść w związku z naruszeniem. Pozwany wywiódł ponadto – czemu przeczyć miał Sąd Apelacyjny – że podstawowe znaczenie w ramach miarkowania ma istnienie i rozmiar poniesionej przez wierzyciela szkody.

Jednakże wbrew zastrzeżeniom pozwanego należy stwierdzić, że Sąd odwoławczy nie negował, iż rozmiar szkody ma istotne znaczenie dla miarkowania kary umownej, a wskazał jedynie – czego skarżący już nie podważa - że nawet jej brak nie może prowadzić do zredukowania kary do kwoty symbolicznej.

Za trafną należy zaś uznać ocenę tego Sądu, że katalog okoliczności istotny dla miarkowania ma charakter otwarty (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2006 r., V CSK 55/06, nie publ., z dnia 23 maja 2013 r., IV CSK 644/12, nie publ., z dnia 2 kwietnia 2014 r., IV CSK 416/13, nie publ. i z dnia 12 lutego 2015 r., IV CSK 276/14, nie publ.) co pozwala przypisać pewne znaczenie także korzyściom czerpanym przez dłużnika w wyniku niewykonania zobowiązania. Wprawdzie w orzecznictwie wskazuje się zwykle, że instytucja miarkowania kary umownej ma przeciwdziałać dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela czy też jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 r., IV CSK 416/13, z dnia 17 czerwca 2016 r., IV CSK 674/15, nie publ. i z dnia 26 października 2016 r., III CSK 312/15, nie publ., postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2018 r., IV CSK 621/17, nie publ.), jednakże nie można zapominać, że w założeniu miała ona służyć ochronie dłużnika przed nadmiernie dotkliwymi skutkami tej sankcji kontraktowej, związanymi z błędną oceną przyjętego przezeń ryzyka. Jest zaś jasne, że korzyści uzyskane wskutek naruszenia zobowiązania mogą zmniejszać albo wręcz eliminować dolegliwość kary umownej. Za koniecznością uwzględnienia tych korzyści przemawia także respektowana w judykaturze zabezpieczająca (prewencyjna) funkcja kary umownej, wyrażająca się w skłanianiu dłużnika do wykonania zobowiązania (por. uchwała

składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego – zasada prawna – z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69). Nie powinno wszak budzić wątpliwości, że pominięcie – przy miarkowaniu kary umownej - korzyści czerpanych przez dłużnika z naruszenia zobowiązania mogłoby znacząco osłabiać ten skutek prewencyjny.

Wbrew wywodom pozwanego należy też stwierdzić, że Sąd drugiej instancji nie kwestionował dopuszczalności miarkowania kary umownej z tego tylko powodu, iż powództwem objęto jej mniejszą część, a jedynie uznał, że w takim razie miarkowanie miałyby znaczenie dla treści rozstrzygnięcia tylko wtedy, gdyby dochodzona część przewyższała wysokość świadczenia ustalonego w ramach sędziowskiego uznania przy wykorzystaniu kryteriów z art. 484 § 2 k.c., co – w jego ocenie - nie miało *in casu* miejsca.

Skarżący ma jednak rację o tyle, o ile jego zarzut zasadza się na twierdzeniu, że dłużnik może mieć interes w żądaniu miarkowania kary umownej także wtedy, gdy wierzyciel dochodzi jej jedynie częściowo (zastrzegając jednak, że nie oznacza to zrzeczenia się pozostałej części – por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2003 r., III CKN 579/01, OSNC 2004, nr 10, poz. 167), a miarkowanie nie doprowadziłoby do jej obniżenia poniżej dochodzonej kwoty i tym samym do choćby częściowego oddalenia powództwa. Nie można bowiem zapominać, że konstytucyjne miarkowanie kary może zapobiec wystąpieniu przez wierzyciela w przyszłości z żądaniem zapłaty pozostałej części, w wysokości odpowiadającej – po doliczeniu kwoty uprzednio zasądzonej – pełnej karze zastrzeżonej w umowie. W tym właśnie wyraża się sens dopuszczanego w doktrynie, prewencyjnego wytoczenia przez dłużnika powództwa o ukształtowanie stosunku prawnego przez stosowną redukcję wysokości zastrzeżonej kary, zanim wierzyciel wystąpi z żądaniem jej zapłaty.

Ponadto podstawą całkowitego uwzględnienia żądania zapłaty części kary umownej nie powinna być jedynie prowizoryczna czy przybliżona ocena wchodzącego w rachubę zakresu miarkowana kary – prowadząca do wniosku, że nie skutkowałoby ono obniżeniem jej wysokości poniżej dochodzonej kwoty - lecz stanowcza decyzja sądu w tej kwestii.

Z tych względów, na podstawie art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c., Sąd Najwyższy orzekł,  
jak w sentencji.

aj