



Sygn. akt I CSK 712/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 listopada 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Barbara Myszka (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Grzegorz Misiurek

SSN Agnieszka Piotrowska

Protokolant Justyna Kosińska

w sprawie z powództwa "P. " Spółki z o.o. Spółki
Komandytowo-Akcyjnej z siedzibą w W., poprzednio:
M. Spółki z o.o. w W.
przeciwko Bankowi [...]
o zapłatę,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 8 listopada 2013 r.,
skarg kasacyjnych strony powodowej i strony pozwanej
od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]
z dnia 9 sierpnia 2012 r.,

- 1. oddala skargę kasacyjną strony powodowej,**
- 2. uchyla zaskarżony wyrok w części zmieniającej wyrok Sądu I instancji (pkt I.1) oraz w części orzekającej o kosztach procesu (pkt I. 3, 4 i 5 oraz pkt III, IV i V) i w tym zakresie przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania,**

pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie
o kosztach postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

M.. sp. z o.o. (obecnie: „P.” sp. z o.o.), po ostatecznym sprecyzowaniu żądań pozwu, wniosła o zasądzenie od pozwanego Banku [...] kwoty 8 600 386,84 zł z odsetkami, w tym:

- 1 000 000 zł tytułem odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy agencyjnej,
- 2 258 350 zł tytułem odszkodowania za dezorganizację przedsiębiorstwa spółki,
- 4 034 857,62 zł tytułem świadczenia wyrównawczego,
- 1 200 000 zł tytułem odszkodowania za powstrzymanie się od działalności konkurencyjnej i
- 107 179,22 zł z tytułu prowizji.

Pozwany w odpowiedzi na pozew wytoczył powództwo wzajemne o zasądzenie od powodowej Spółki kwoty 417 940 zł z odsetkami tytułem kary umownej za ujawnienie osobie trzeciej informacji poufnych.

Wyrokiem z dnia 3 czerwca 2005 r. Sąd Okręgowy - Sąd Gospodarczy w W. zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 1 019 630,50 zł z odsetkami, w tym kwotę 1 013 844 zł tytułem sumy pieniężnej za ograniczenie działalności konkurencyjnej (art. 764⁶ § 3 k.c.) w okresie od dnia 1 czerwca do 1 września 2002 r. oraz kwotę 5 786,50 zł z tytułu prowizji, natomiast w pozostałej części powództwo główne i w całości powództwo wzajemne oddalił.

Po rozpoznaniu sprawy na skutek apelacji obu stron, Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 9 sierpnia 2006 r. uchylił zaskarżony wyrok w części zasądzającej kwotę 5 786,50 zł z odsetkami i w tym zakresie postępowanie umorzył, uchylił zaskarżony wyrok w części oddalającej powództwo o odszkodowanie w kwocie 3 258 350 zł oraz o świadczenie wyrównawcze w kwocie 4 034 857,62 zł i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, zmienił zaskarżony wyrok w części zasądzającej kwotę 1 013 844 zł z odsetkami w ten sposób, że powództwo o zasądzenie tej kwoty oddalił, zmienił zaskarżony

wyrok w części oddalającej powództwo główne o zapłatę kwoty 75 283 zł i kwotę tę zasądził od pozwanego na rzecz powódki wraz z odsetkami od dnia 24 grudnia 2002 r. do dnia zapłaty, natomiast w pozostałej części obie apelacje oddalił.

Po rozpoznaniu skarg kasacyjnych obu stron, Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2007 r. uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego w części oddalającej powództwo o zasądzenie kwoty 1 013 844 zł z odsetkami i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, natomiast skargę kasacyjną pozwanego oddalił.

Z kolei Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 27 listopada 2007 r. uchylił wyrok z dnia 3 czerwca 2005 r. w części zasądzającej kwotę 1 013 844 zł z odsetkami i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy, Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 24 marca 2010 r. zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 5 730 811 zł z ustawowymi odsetkami: od kwoty 3 258 350 zł od dnia 24 grudnia 2002 r., od kwoty 2 000 000 zł od dnia 26 czerwca 2002 r., od kwoty 157 487 zł od dnia 3 czerwca 2002 r., od kwoty 157 487 zł od dnia 3 lipca 2002 r. i od kwoty 157 487 zł od dnia 3 sierpnia 2002 r., natomiast dalej idące powództwo oddalił.

Ustalił, że w dniu 1 czerwca 1999 r. C. Poland S.A. (obecnie: Bank [...]) zawarł z powodową Spółką umowę agencyjną, w której Spółka ta, nazywana dalej również Agencją, zobowiązała się do świadczenia na rzecz Banku, na zasadzie wyłączności, usług pośrednictwa finansowego, polegającego na rekrutacji, zatrudnianiu, zarządzaniu oraz kontroli przedstawicieli handlowych i sprzedaży przez nich kart kredytowych oraz innych produktów bankowych oferowanych przez Bank, na terenie województwa [...]. Strony ustaliły, że przedstawiciele handlowi będą zatrudniani na warunkach uzgodnionych z Bankiem, ich wynagrodzenie oraz premia będą wynikały z systemu wynagrodzeń zatwierdzonego przez Bank, a Agencji będzie wypłacana prowizja uzależniona od ilości zaakceptowanych przez Bank wniosków o wydanie produktów, na zasadach bliżej określonych w załączniku do umowy. Umowa została zawarta na okres 1 roku od daty podpisania, ustalono jednak, że zostanie ona automatycznie przedłużona na rok następny, o ile żadna ze

stron do ostatniego dnia lutego każdego roku nie oświadczy pisemnie drugiej stronie woli rozwiązania umowy. Strony miały też prawo rozwiązania umowy za uprzednim trzymiesięcznym wypowiedzeniem.

Pismem z dnia 26 września 2001 r. Bank wypowiedział umowę agencyjną, ale - po wymianie korespondencji między stronami - w piśmie z dnia 25 października 2001 r. oświadczył, że dokonane wypowiedzenie uznaje za bezskuteczne.

W dniu 21 października 2001 r. odbyło się spotkanie, w czasie którego przedstawiciele Banku poinformowali pracowników Agencji o zamiarze zakończenia współpracy, dając im do zrozumienia, że do czerwca 2002 r. Agencja zostanie rozwiązana. Jednocześnie zapewnili, że pracownicy Agencji znajdą zatrudnienie w Banku lub w innych jego agencjach. W Agencji zapanowała atmosfera niepewności, a jej pracownicy zaczęli poszukiwać nowych miejsc pracy. Część z nich znalazła pracę w agencji R., której pozwany przedstawił listę pracowników do zatrudnienia.

W piśmie z dnia 8 lutego 2002 r. pozwany oświadczył powódce, że nie przedłuży umowy agencyjnej na kolejny rok, w związku z czym umowa wygaśnie z dniem 1 czerwca 2002 r., a w piśmie z dnia 22 lutego 2002 r. zwolnił Agencję z obowiązku powstrzymania się z działalnością konkurencyjną. Jednocześnie nie wyraził zgody na zatrudnienie przez Agencję w tym okresie nowych pracowników.

W związku z wykonywaniem umowy Agencja – według opinii biegłej B. N. - otrzymała wynagrodzenie w kwocie 12 178 209,58 zł. Według opinii biegłego B. M., wartość korzyści osiągniętych przez Bank z tytułu zakazu działalności konkurencyjnej w okresie od 1 czerwca do 31 sierpnia 2002 r. wyrażała się kwotą 6 699 417 zł, a utracone z tego powodu możliwości zarobkowe Agencji - kwotą 1 174 932,13 zł. Z kolei wartość przedsiębiorstwa powódki – według stanu na dzień 2 stycznia 2002 r. - lokowała się w przedziale 2 187 168,62 zł - 4 452 027,39 zł, w którym dolna krawędź została wyznaczona metodą likwidacyjną, a górna metodą skorygowanych aktywów netto, natomiast według stanu na dzień 30 listopada 2002 r. – w przedziale 2 005 311,99 zł - 2 267 106,52 zł, w zależności od przyjętej

metody. Kwoty te obejmowały m.in. wartość roszczeń w stosunku do pozwanego z tytułu świadczeń wyrównawczego i karencyjnego, oszacowaną przez biegłego na 2 605 229,90 zł.

Sąd Okręgowy pominął wnioski dowodowe zgłoszone przez pozwanego w piśmie z dnia 13 maja 2008 r., uznając je za spóźnione (art. 479¹⁴ § 1 k.p.c.) i nie uwzględnił wniosku o zasięgnięcie opinii instytutu naukowego, ponieważ pozwany nie skonkretyzował danych, które miały być przedmiotem tej opinii, a poza tym uznał dotychczasowe opinie biegłych za wystarczające do rozstrzygnięcia. Pozostałe wnioski dowodowe pominął z tej przyczyny, że zostały zgłoszone po upływie terminów wskazanych w art. 479¹² § 1 i art. 479¹⁴ § 1 k.p.c.

Dokonując oceny zasadności roszczenia o odszkodowanie, Sąd Okręgowy przyjął, że podstawę prawną tego roszczenia stanowi art. 3 ust. 1 i art. 18 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211 ze zm., jedn. tekst: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm. - dalej: „u.z.n.k.”), ponieważ działanie pozwanego towarzyszące decyzji o nieprzedłużaniu umowy agencyjnej wykraczało poza granice dopuszczalne na gruncie zasady swobody umów. Przedstawiciele Banku zakomunikowali tę decyzję pracownikom Agencji w sposób, wskazujący na pozbawienie jej perspektyw prowadzenia dalszej działalności, wzbudzili w nich poczucie zagrożenia i jednocześnie zapewnili o perspektywie pracy w Banku lub w związanych z nim agencjach o takim samym profilu działalności. Nie ograniczyli się przy tym do jednego spotkania z pracownikami, prowadzili z nimi też rozmowy indywidualne. W listopadzie 2001 r. część pracowników Agencji złożyła wypowiedzenia. Skutki tych działań pogarszała polityka pozwanego, który nie akceptował zatrudniania przez Agencję nowych pracowników, doprowadzając do wyhamowania jej działalności operacyjnej. Przyczynianie się do odpływu kadry w powiązaniu z brakiem zgody na zatrudnianie nowych pracowników było sprzeczne z dobrymi obyczajami, gdyż godziło w prawidłowe funkcjonowanie Agencji. Działanie takie wypełnia określone w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, w związku z czym powódka może domagać się odszkodowania za spadek wartości jej przedsiębiorstwa. Spośród zastosowanych przez biegłego metod wyceny należy przyjąć metodę określającą wartość przy założeniu prowadzenia przez powódkę dalszej

działalności operacyjnej, gdyby bowiem Agencja – pomimo nieprzedłużenia umowy z pozwanym – mogła nadal dysponować swoim zespołem pracowników, kontynuowałaby swoją działalność. Kierując się opinią biegłego, który określił wartość przedsiębiorstwa na dzień 2 stycznia 2002 r. w przedziale 2 187 168,62 zł - 4 452 027,39 zł, Sąd zasądził odszkodowanie w żądanej kwocie 3 258 350 zł.

Oceniając zasadność roszczenia o świadczenie wyrównawcze Sąd Okręgowy uznał, że określone w art. 764³ § 1 k.c. przesłanki tego roszczenia zostały spełnione, ponieważ Agencja pozyskała na rzecz Banku nowych klientów. Pozwany wprawdzie zaprzeczał, by czerpał nadal znaczne korzyści z umów z tymi klientami, jednak „znacznosc” tę należy oceniać w kontekście liczby utrzymanych klientów spośród grupy klientów pozyskanych przez Agencję. Po zakończeniu współpracy pozwany uzyskiwał natomiast dochody z produktów sprzedanych przez Agencję, o czym świadczy wskaźnik migracji klientów, którzy zrezygnowali z kart kredytowych. Pozwany nie przedstawił, na żądanie Sądu, danych pozwalających na ścisłe określenie wskaźnika migracji, w związku z czym Sąd oparł się na opinii biegłego i przyjął, że wskaźnik ten wynosi średnio 8,5%, a to oznacza, że przesłanka „znaczących korzyści” została spełniona. Nawiązując do ostatniej przesłanki z art. 764³ § 1 k.c., Sąd podkreślił, że Agencja uzyskała całą należną jej prowizję i miała świadomość terminowości zawartej umowy, wpisanej w ryzyko gospodarcze każdego uczestnika obrotu. Z drugiej zaś strony zauważył, że powódka była zaangażowana wyłącznie we współpracę z pozwanym i związana zakazem konkurencji, a przy tym była wyróżniającą się Agencją spośród działających na rzecz pozwanego na terenie kraju. Względy słuszności przemawiają więc za przyznaniem świadczenia wyrównawczego. Określając jego wysokość Sąd zastosował art. 322 k.p.c., uwzględnił, że wynagrodzenie Agencji wynosiło 12 178 209,58 zł, czyli średnio 4 059 404 zł rocznie, i doszedł do wniosku, że żądanie jest uzasadnione do kwoty 2 000 000 zł.

Oceniając zasadność żądania kwoty 1 200 000 zł, Sąd Okręgowy podkreślił, że w umowie strony ograniczyły działalność konkurencyjną Agencji, że odnośne postanowienie umowy nie budzi wątpliwości oraz że strony nie wprowadziły regulacji uwzględniającej zmienione w czasie trwania umowy przepisy kodeksu cywilnego o umowie agencyjnej. W tej sytuacji w sprawie ma

zastosowanie art. 764⁶ k.c., z tym że żądanie Agencji odnosi się tylko do trzech miesięcy: czerwca, lipca i sierpnia 2002 r. Wobec braku możliwości precyzyjnego określenia odpowiedniej sumy pieniężnej należnej na podstawie art. 764⁶ § 1 i 2 k.c. Sąd Okręgowy – biorąc pod uwagę wskazaną przez biegłego B. M. przeciętną rentowność przedsiębiorstw zajmujących się zbliżoną działalnością (5 – 10 %), wartość korzyści osiąganych przez pozwanego oraz wartość utraconych możliwości zarobkowych Agencji i - stosując art. 322 k.p.c. - uznał za odpowiednią kwotę 472 261 zł (*tj.* 6 699 417 zł + 1 174 932,13 zł = 7 874 349, 13 zł; 6 % = 472 461 zł), czyli po 157 487 zł za miesiące czerwiec, lipiec i sierpień 2002 r.

Na skutek apelacji obu stron, Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 9 sierpnia 2012 r. zmienił wyrok Sądu Okręgowego w ten sposób, że zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 6 354 116,11 zł z ustawowymi odsetkami: od kwoty 1 846 797,49 zł od dnia 24 grudnia 2002 r., od kwoty 4 034 857,62 zł od dnia 27 czerwca 2002 r., od kwoty 157 487 zł od dnia 1 lipca 2002 r., od kwoty 157 487 zł od dnia 1 sierpnia 2002 r. i od kwoty 157 487 zł od dnia 1 września 2002 r., a w pozostałej części powództwo oddalił, zmienił zawarte w zaskarżonym wyroku orzeczenie o kosztach procesu, natomiast w pozostałym zakresie obie apelacje oddalił.

W odniesieniu do uwzględnionego zaskarżonym wyrokiem żądania zasądzenia kwoty 3 258 350 zł Sąd Apelacyjny zauważył, że powódka pierwotnie domagała się odszkodowania w kwocie 1 000 000 zł, twierdząc, że szkodę w tej wysokości poniosła w wyniku działań pozwanego, polegających na opracowaniu planu restrukturyzacji dystrybucji, przewidującego likwidację Agencji i przejęcie jej pracowników, nieuzasadnionym wypowiedzeniu umowy we wrześniu 2001 r., namawianiu pracowników do odejścia z Agencji i zorganizowaniu przejścia najbardziej efektywnych osób do Agencji R. przy jednoczesnym blokowaniu odbudowy osłabionych struktur kadrowych oraz na odmowie lojalnej współpracy z Agencją w sprawach bieżących. Szkoda powódki sprowadzała się, jej zdaniem, do różnicy między wartością przedsiębiorstwa, mierzoną jego siłą sprzedażową na dzień wniesienia pozwu, czyli na 29 maja 2002 r. a tą, jaką przedstawiałoby przedsiębiorstwo, gdyby Bank nie podejmował opisanych działań. W dniu 24 grudnia 2002 r. powódka rozszerzyła powództwo do kwoty 3 258 350 zł

i powołała się na dodatkowe okoliczności, zaistniałe już po zakończeniu współpracy. Wskazana przez powódkę wysokość szkody miała wówczas odpowiadać wartości całego przedsiębiorstwa, które według twierdzeń powódki zostało faktycznie zlikwidowane nie tylko z powodu interwencji pozwanego w integralność zespołu pracowniczego, lecz także z powodu niewypłacenia świadczenia wyrównawczego i karencyjnego oraz pełnej prowizji. Wszystko to bowiem doprowadziło do braku środków na wynagrodzenia dla pracowników, konieczności redukcji załogi, zwolnień grupowych, a w końcu do faktycznej likwidacji przedsiębiorstwa. Sąd pierwszej instancji nie uwzględnił tych okoliczności i – co więcej – ustalił wysokość odszkodowania w kwocie odpowiadającej wartości przedsiębiorstwa powódki na dzień 1 stycznia 2002 r., która obejmowała także 50 % wartości dochodzonego świadczenia wyrównawczego i karencyjnego. Przypisując pozwanemu czyn nieuczciwej konkurencji, nie ustalił natomiast, jaka część kadry pracowniczej odeszła z Agencji na skutek bezprawnych działań pozwanego. Poza tym - wbrew stanowisku Sądu pierwszej instancji - po zakończeniu współpracy stron z dniem 1 czerwca 2002 r. powódka nie musiała powstrzymać się od działalności konkurencyjnej przez kolejne trzy miesiące, gdyż okres sześciomiesięczny, o którym mowa w art. 764⁷ k.c., dotyczy obowiązku wypłacania świadczenia karencyjnego, a nie obowiązku powstrzymywania się od działań konkurencyjnych. Odwołanie ograniczenia działalności konkurencyjnej wywiera natomiast skutek natychmiastowy.

Powódka nie była konsekwentna – podkreślił Sąd Apelacyjny - w podawaniu liczby pracowników, którzy odeszli z Agencji w wyniku destrukcyjnych działań pozwanego. Z dowodów z dokumentów wynika natomiast, że w okresie od dnia 24 września 2001 r. do 1 czerwca 2002 r. odeszło około 12 – 14 osób, w tym co najmniej 2 do pozwanego Banku i 6 do Agencji R. Odejście takiej liczby pracowników nie mogło doprowadzić do zakończenia działalności powodowej Spółki, dlatego trzeba przyjąć, że szkoda wyrażająca się utratą całej wartości przedsiębiorstwa mogła być rezultatem tylko dalszych okoliczności, jakie nastąpiły po zakończeniu współpracy stron. W tym okresie szkodzące działania pozwanego polegały m.in. na odmowie zapłaty części prowizji oraz świadczenia wyrównawczego i karencyjnego, a przez to na pozbawieniu powódki środków na

prorowadzenie bieżącej działalności. Nie ma dowodów pozwalających na ustalenie ilu pracowników odeszło w wyniku agitacyjnej działalności pozwanego po dniu 1 czerwca 2002 r., można jedynie ogólnie stwierdzić, że efekt tej działalności w powiązaniu z odmową zapłaty na rzecz Agencji należnych jej świadczeń był duży. Między opisanymi działaniami pozwanego a szkodą powódki, polegającą na utracie wartości przedsiębiorstwa, istniał związek przyczynowy, o którym mowa w art. 361 § 1 k.c.

Odpowiedzialność pozwanego za utratę wartości przedsiębiorstwa powódki należało - zdaniem Sądu Apelacyjnego - rozpoznać na podstawie art. 471 w związku z art. 760 i art. 354 § 2 k.c., nie zaś na podstawie art. 3 u.z.n.k., ponieważ szkoda ta została spowodowana nienależytym wykonywaniem przez Bank umowy agencyjnej, polegającym na naruszeniu obowiązku lojalności i współpracy, obowiązku zapłaty pełnej prowizji oraz świadczeń wyrównawczego i karencyjnego. Tylko w odniesieniu do działań pozwanego polegających na odciąganiu pracowników podstawą odpowiedzialności może być art. 3 i art. 18 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, brak wystarczających podstaw do przyjęcia, że po dniu 1 czerwca 2002 r. powódka nie mogłaby funkcjonować na rynku, nawet gdyby otrzymała od pozwanego należne jej środki finansowe. Wniosek taki wynika również z opinii biegłego B. M., który – odnosząc się do twierdzeń pozwanego o braku w 2002 r. konkurencji na rynku kart płatniczych na obszarze [...] – stwierdził, że wejście na ten rynek konkurentów pozwanego było jedynie kwestią czasu, a zwolnienie powódki z zakazu konkurencji mogło tylko ten proces przyspieszyć. Przemawiają za tym również twierdzenia pozwanego, według których w czerwcu 2003 r. jego udział w rynku kart kredytowych wynosił już tylko 46,7%, a nie - jak w 1999 r. - 100%. O możliwości podjęcia przez powódkę działalności gospodarczej na nowo, po zakończeniu współpracy z pozwanym, świadczyły też prowadzone przez nią rozmowy z Bankiem [...].

Wysokość szkody poniesionej przez powódkę na skutek nielojalnego, sprzecznego z dobrymi obyczajami zachowania pozwanego zarówno w czasie obowiązywania umowy, jak i po jej zakończeniu odpowiada, w ocenie Sądu

Apelacyjnego, obliczonej przez biegłego B. M. różnicy wartości przedsiębiorstwa powodowej Spółki w dniu 1 stycznia 2002 r., kiedy zatrudniało ono około 70 pracowników i w dniu 30 listopada 2002 r., kiedy *de facto* przestało istnieć. Do wartości przedsiębiorstwa nie można jednak wliczać wartości roszczeń o świadczenia wyrównawcze i karencyjne, gdyż prowadziłoby to do podwójnego zasądzenia na rzecz powódki tego samego świadczenia. Po dokonaniu tej korekty wartość przedsiębiorstwa, obliczona metodą skorygowanych aktywów netto, według stanu na dzień 1 stycznia 2002 r. wynosiła 1 846 797,49 zł (*tj.* 4 452 027,39 zł – 2 605 229,90 zł), a w dniu 30 listopada 2002 r. – zero; powódka miała jeszcze dług w kwocie 338 123,40 zł. Różnica wartości wyraża się zatem kwotą 1 846 797,40 zł i do tej kwoty roszczenie o odszkodowanie podlegało uwzględnieniu.

Dokonując oceny prawnej roszczenia karencyjnego, Sąd Apelacyjny stwierdził, że aprobuje stanowisko Sądu pierwszej instancji, uznające klauzulę zakazu konkurencji zawartą w § 7.6 umowy za ważne postanowienie umowne. Pozwany, chcąc uniknąć obowiązku wypłaty świadczenia karencyjnego, mógł wcześniej cofnąć zakaz konkurencji albo w terminie wskazanym w art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 26 lipca 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 74, poz. 857 - dalej: „ustawa nowelizująca”) doprowadzić do zmiany umowy agencyjnej. Ustalenie przez Sąd pierwszej instancji wysokości należnego z tego tytułu świadczenia nastąpiło jednak niezgodnie z przesłankami określonymi w art. 764⁶ § 4 k.c. Ustalając tę wysokość trzeba brać pod uwagę, że świadczenie karencyjne ma wprawdzie charakter świadczenia kompensacyjnego, lecz sposób określania jego wysokości odbiera mu charakter typowego odszkodowania. *Ratio legis* nałożenia na dającego zlecenie obowiązku wypłacenia świadczenia karencyjnego polega na tym, że dający zlecenie odnosi korzyści z powodu nieprowadzenia przez agenta działalności konkurencyjnej na określonym rynku lub w odniesieniu do określonej grupy klientów w zakresie określonych usług lub towarów. Dla agenta natomiast ograniczenie to jest szczególnie dotkliwe, jeżeli jest on – jak w niniejszej sprawie - podmiotem wyspecjalizowanym w zakresie prowadzonej działalności.

Art. 764⁶ k.c. jest wyrazem implementacji art. 20 dyrektywy Rady nr 86/653/EWG z dnia 18 grudnia 1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw

państw członkowskich odnoszących się do przedstawicieli działających na własny rachunek (Dz. Urz. WE 1986 L 382/17 – dalej: „dyrektywa Rady nr 86/653/EWG”), który nie określa wysokości świadczenia karencyjnego, pozostawiając tę kwestię regulacji państw członkowskich. Zgodnie z art. 764⁶ § 4 k.c., w braku odmiennych postanowień umowy, agentowi należy się suma w wysokości odpowiedniej do korzyści osiągniętych przez dającego zlecenie na skutek ograniczenia działalności konkurencyjnej oraz utraconych z tego powodu możliwości zarobkowych agenta. W niniejszej sprawie, pomimo cofnięcia klauzuli zakazu konkurencji w piśmie z dnia 22 lutego 2002 r., okres, jaki pozostał do zakończenia współpracy stron był niewystarczający na nawiązanie przez Agencję współpracy z nową instytucją finansową. W konsekwencji, z powodu klauzuli zakazu konkurencji i późnego jego cofnięcia powódka poniosła uszczerbek majątkowy, polegający na utracie korzyści w miesiącach czerwcu, lipcu i sierpniu 2002 r. oraz na stracie spowodowanej koniecznością pokrycia kosztów związanych z utrzymaniem przedsiębiorstwa.

Sąd Apelacyjny uznał opinię biegłego B. M. za nieprzydatną do ustalenia wysokości świadczenia karencyjnego i w związku z tym uwzględnił wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii instytutu naukowego na okoliczność utraconych możliwości zarobkowych powódki w ujęciu przychodowym, pomniejszonych o koszty zaoszczędzone z powodu zaniechania prowadzenia działalności konkurencyjnej oraz na okoliczność korzyści odniesionych przez pozwanego. Ze względu na to, że Katedra Finansów i Rachunkowości Uniwersytetu [...] nie przedstawiła takiego wyliczenia Sąd zasięgnął opinii biegłej S. P., która również nie podołała nałożonemu na nią obowiązkowi. W tej sytuacji Sąd Apelacyjny uznał za niecelowe powoływanie kolejnych biegłych i określił wysokość przysługującego powódce świadczenia na podstawie art. 322 k.p.c., posiłkując się częściowo wyliczeniami biegłej S. P. oraz całokształtem okoliczności sprawy. Przyjął, że utracone przez Agencję możliwości zarobkowe w miesiącach czerwcu, lipcu i sierpniu 2002 r. wyrażały się kwotą 473 046,50 zł, która odpowiadała również korzyściom uzyskanym w tym czasie przez pozwanego.

Obowiązek zapłaty świadczenia wyrównawczego, został wprowadzony w wyniku implementacji art. 17 dyrektywy Rady nr 86/653/EWG, w związku z czym przy wykładni art. 764³ k.c. - zdaniem Sądu Apelacyjnego - należy uwzględnić

orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Pomocne w tym względzie może być sprawozdanie Komisji Wspólnot Europejskich z dnia 23 lipca 1996 r. w sprawie stosowania art. 17 powołanej dyrektywy oraz orzecznictwo sądów niemieckich, gdyż przepis ten nawiązuje do regulacji zawartej w § 89 b niemieckiego kodeksu handlowego. Nie można zatem zaaprobować stanowiska Sądu pierwszej instancji, który odrzucił sposób obliczania świadczenia przyjęty w sprawozdaniu Komisji Wspólnot Europejskich z dnia 23 lipca 1996 r., a poza tym za punkt wyjścia do ustalenia wysokości świadczenia wyrównawczego błędnie przyjął górną granicę tego świadczenia przewidzianą w art. 764³ § 2 k.c. Granica ta bowiem nie stanowi podstawy do przeprowadzania obliczeń, lecz górny próg, do którego ustalona suma musi być zredukowana. Prawidłowo natomiast Sąd pierwszej instancji ocenił, że Agencja pozyskała dla pozwanego nowych klientów oraz że „znacznosc korzyści”, o której mowa w art. 764³ § 1 k.c. nie może być oceniana w odniesieniu do ogólnych dochodów Banku.

Ustalając wysokość świadczenia wyrównawczego, Sąd Apelacyjny wykorzystał dane zawarte w opinii biegłej S. P., uznał bowiem, że wątpliwości co do kompetencji biegłej, które zrodziły się po jej wysłuchaniu przed Sądem, nie podważały danych i wyliczeń zawartych w opinii złożonej na piśmie. Uwzględniając te dane, Sąd ustalił wysokość świadczenia wyrównawczego według wzoru rekomendowanego w sprawozdaniu Komisji Wspólnot Europejskich z dnia 23 lipca 1996 r. Ustalona zgodnie z tym wzorem i przy wykorzystaniu wyliczeń biegłej S. P. wysokość świadczenia wyrównawczego wynosi 10 026 396,26 zł, z tym że kwota ta podlega dalszej korekcie z punktu widzenia zasad słuszności, o których mowa w art. 17 dyrektywy Rady nr 86/653/EWG oraz w zdaniu drugim art. 764³ § 1 k.c. Względy słuszności przemawiają z jednej strony za podwyższeniem tak ustalonej kwoty o 40 %, z drugiej natomiast za jej obniżeniem o 20 %. Podwyższenie powinno nastąpić o 10 % z powodu braku zatrudnienia przedstawiciela handlowego po zakończeniu współpracy stron, 20 % ze względu na dominującą rolę powódki w zorganizowaniu i prowadzeniu na rynku [...] systemu sprzedaży produktów pozwanego i dalsze 10 % z powodu zakazu prowadzenia działalności konkurencyjnej. Obniżenie było natomiast uzasadnione z tej przyczyny, że powódka czerpała także wymierne korzyści ze współpracy z pozwanym, miała

bowiem dostęp do *know-how* prowadzenia działalności bankowej, korzystała ze szkoleń organizowanych przez Bank, dzięki czemu zdobywała wiedzę i doświadczenie, które mogły ułatwić jej podjęcie współpracy z innym podmiotem. W konsekwencji, po dokonaniu korekty ze względów słuszności wysokość świadczenia wyrównawczego wyraża się kwotą 12 031 675 zł, która wielokrotnie przewyższa określoną w art. 764³ § 2 k.c. górną granicę tego świadczenia, średnie roczne wynagrodzenie wynosiło bowiem 4 067 488,30 zł. W tej sytuacji Sąd Apelacyjny uwzględnił w całości żadaną przez powódkę z tego tytułu kwotę 4 034 857,62 zł.

Wyrok Sądu Apelacyjnego został zaskarżony przez obie strony, powódka zaskarżyła go w części dotyczącej kwoty 1 411 552,51 zł z odsetkami, a pozwany w części uwzględniającej powództwo do kwoty 6 354 116,11 zł z odsetkami.

Powódka, powołując się na obie podstawy określone w art. 398³ § 1 k.p.c., wniosła o uchylenie tego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w odnośnym zakresie do ponownego rozpoznania ewentualnie orzeczenie co do istoty sprawy zgodnie z jej żądaniem. W ramach pierwszej podstawy wskazała na naruszenie art. 471 w związku z art. 760 k.c., art. 3 w związku z art. 18 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. i w związku z art. 361 k.c. oraz art. 55¹ i art. 54 k.c. przez ich niezastosowanie, mimo że według ustaleń Sądu Apelacyjnego Agencja poniosła szkodę w postaci utraconych możliwości zarobkowych. W ramach drugiej podstawy podniosła zarzut obrazy art. 385 w związku z art. 386 § 1 k.p.c. przez bezzasadne uwzględnienie apelacji pozwanego mimo nierozpoznania istoty roszczenia o odszkodowanie z tytułu nienależytego wykonania umowy, art. 217 § 2 w związku z art. 227 k.p.c. oraz art. 236 i art. 224 § 1 w związku z art. 382 i art. 391 § 1 k.p.c. przez nierozpoznanie wniosków dowodowych zmierzających do wyjaśnienia istotnych dla sprawy okoliczności faktycznych, a w szczególności raportu GUS pt. „Działalność przedsiębiorstw pośrednictwa kredytowego w 2008 r.”, pisma Głównego Inspektora Nadzoru Bankowego z dnia 15 marca 2002 r., publikacji Pentor „Najlepsze banki 2003; Nawet najlepsza reklama nie poprawi reputacji” oraz „Widzą gorzej”, korespondencji stron załączonej do pozwu i pisma rozszerzającego powództwo oraz dowodu z opinii biegłego z zakresu finansów przedsiębiorstw na okoliczność jak kształtowałyby się sytuacja ekonomiczna

Agencji przy założeniu lojalnego wykonywania umowy przez pozwanego, art. 479¹² k.p.c. przez bezzasadne uznanie za sprekludowane wniosków o dopuszczenie dowodu z dokumentacji dotyczącej rozmów prowadzonych między powódką a Bankiem [...] oraz z listy płac pracowników powódki, art. 328 § 2 w związku z art. 382 i art. 391 § 1 k.p.c. przez brak wyraźnego wypowiedzenia się co do podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, i art. 322 k.p.c. przez jego niezastosowanie do oszacowania wysokości szkody w części obejmującej utracone korzyści.

Pozwany, powołując się na obie podstawy określone w art. 398³ § 1 k.p.c., wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa ewentualnie przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania. W ramach pierwszej podstawy wskazał na naruszenie art. 764³ § 1 i 2 k.c. przez przyjęcie, że podstawę wyliczenia świadczenia wyrównawczego stanowi „...przychód...” agenta, obejmujący prowizję z tytułu sprzedaży produktów dającego zlecenie oraz zwrot kosztów działalności przedsiębiorstwa agenta, art. 758¹ § 2 k.c. przez jego niezastosowanie przy obliczaniu świadczenia wyrównawczego, co doprowadziło do wadliwego wyliczenia tego świadczenia, art. 760 w związku z art. 354 § 2 k.c. oraz art. 3 w związku z art. 18 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. przez przyjęcie, że pozwany naruszył obowiązek lojalności wobec powódki przez odmowę wypłaty świadczenia wyrównawczego i karencyjnego po zakończeniu współpracy stron, art. 361 w związku z art. 471 k.c. oraz art. 3 w związku z art. 18 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. przez przyjęcie, że istnieje adekwatny związek przyczynowy między ingerencją w integralność zespołu Agencji oraz niewypłaceniem świadczenia wyrównawczego, wynagrodzenia karencyjnego i prowizji, skutkujący złą sytuacją finansową przedsiębiorstwa powódki i niemożnością podjęcia przez nią działalności na rzecz innego podmiotu, a szkodą w postaci wartości przedsiębiorstwa według stanu na dzień 2 stycznia 2002 r., art. 764⁶ § 1 zd. drugie k.c. oraz art. 2 ust. 2 ustawy nowelizującej w związku z art. 58 § 1 k.c. przez przyjęcie, że dla ważności postanowienia umownego dotyczącego ograniczenia działalności konkurencyjnej po rozwiązaniu umowy agencyjnej nie jest konieczne wyraźne określenie w jej treści obszaru geograficznego, którego ma dotyczyć ten zakaz, i art. 65 k.c. przez odmowę wykładni pkt 7.6 umowy agencyjnej co do istnienia zgodnego zamiaru stron dotyczącego wyłączenia prawa powódki do uzyskania dodatkowego

wynagrodzenia z tytułu zobowiązania do niepodejmowania działalności konkurencyjnej. W ramach drugiej podstawy podniosła natomiast zarzut obrazy art. 278 § 1 i art. 286 w związku z art. 285 § 1 k.p.c. przez zażądanie ustnego wyjaśnienia opinii złożonej na piśmie przez biegłą S. P., która nie miała wymaganej wiedzy specjalnej z zakresu rachunkowości i nie była w stanie uzasadnić swojego stanowiska ani udzielić odpowiedzi na żadne z zadanych pytań.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Rozważania trzeba rozpocząć od stwierdzenia, że Sąd Najwyższy nie przekazał powiększonemu składowi tego Sądu sformułowanego przez powódkę zagadnienia prawnego, sprowadzającego się do rozstrzygnięcia kwestii, czy, w jakim zakresie i w jaki sposób - przy wyliczeniu świadczenia wyrównawczego, o którym mowa w art. 764³ k.c. - należy brać pod uwagę ponoszone przez agenta koszty działalności. O potrzebie skorzystania z możliwości przewidzianej w art. 398¹⁷ k.p.c. decydują bowiem poważne wątpliwości Sądu Najwyższego rozpoznającego skargę kasacyjną co do sposobu rozstrzygnięcia wyłaniających się zagadnień prawnych, a nie wątpliwości podnoszone przez stronę w związku z dokonaną przez nią analizą orzecznictwa. Podobnie kwestię tę reguluje art. 59 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (jedn. tekst: Dz. U. z 2013 r., poz. 499 – dalej: „ustawa o SN”), na podstawie którego Sąd Najwyższy może przedstawić zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia składowi siedmiu sędziów tego Sądu, jeżeli poweźmie poważne wątpliwości co do wykładni prawa. Według obu powołanych przepisów, przesłanką przedstawienia zagadnienia jest wyłonienie się zagadnienia prawnego budzącego poważne wątpliwości, a więc wykraczające poza poziom zwykłych wątpliwości prawnych, które powstają niemal w każdym procesie decyzyjnym. Sąd Najwyższy nie dopatrył się w niniejszej sprawie tej miary wątpliwości prawnych. Tak również oceniła je powódka w odpowiedzi na skargę kasacyjną pozwanego, podnosząc, że sposób wyliczenia świadczenia wyrównawczego znalazł już jasne i niebudzące wątpliwości wyjaśnienie w orzecznictwie. Następnie zmieniła swoje stanowisko i w piśmie z dnia 9 września 2013 r. wskazała na rozbieżności występujące w orzecznictwie. W art. 398¹⁷ k.p.c. chodzi jednak wyłącznie o poważne wątpliwości Sądu Najwyższego, które wyłaniają się przy rozpoznawaniu skargi kasacyjnej. Jeżeli

w orzecznictwie Sądu Najwyższego ujawnia się rozbieżności w wykładni prawa, z wnioskiem o ich rozstrzygnięcie przez Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów lub innym odpowiednim składzie mogą natomiast występować podmioty wskazane w art. 60 ustawy o SN.

Spośród podstaw przytoczonych w obu skargach kasacyjnych rozważenia w pierwszej kolejności wymagają zarzuty naruszenia przepisów postępowania podniesione w ramach podstawy określonej w art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. Przystępując do ich rozważenia trzeba przypomnieć, że strona powołująca się na podstawę z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. powinna wskazać, które przepisy postępowania zostały przez sąd drugiej instancji naruszone, na czym to naruszenie polegało oraz jaki mogło mieć wpływ na wynik sprawy. Podnoszone zarzuty powinny być przy tym przedstawione w taki sposób, aby Sąd Najwyższy, bez poszukiwań w pismach procesowych i aktach sprawy sądów niższych instancji, dysponował omówieniem wskazanej wadliwości postępowania. Ze względu na to, że samo naruszenie przepisów postępowania nie jest wystarczającą podstawą skargi kasacyjnej, skarżący powinien – poza wskazaniem na naruszenie konkretnych przepisów – wykazać, iż następstwa stwierdzonych wadliwości postępowania były tego rodzaju, że kształtowały lub współkształtowały treść kwestionowanego orzeczenia. W przeciwnym wypadku skarga kasacyjna wniesiona z powołaniem się na podstawę przewidzianą w art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. nie może odnieść zamierzonego skutku (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 1996 r., III CKN 14/96, OSP 1997, nr 3, poz. 65, z dnia 20 grudnia 1996 r., III CKN 21/96, OSNC 1997, nr 4, poz. 45 i z dnia 8 sierpnia 2008 r., V CSK 87/08, OSNC-ZD 2009, nr B, poz. 57 oraz postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 1997 r., II CKN 21/96, OSNC 1997, nr 5, poz. 61, z dnia 10 lutego 1997 r., I CKN 57/96, OSNC 1997, nr 6-7, poz. 82 i z dnia 11 marca 1997 r., III CKN 13/97, OSNC 1997, nr 8, poz. 114, a także orz. z dnia 29 stycznia 1937 r., III C 2047/36, Zb. Orz. 1938, nr 1, poz. 41).

Pierwszy z zarzutów podniesionych przez powódkę, dotyczący naruszenia art. 385 w związku z art. 386 § 1 k.p.c. przez bezzasadne uwzględnienie apelacji strony pozwanej pomimo nierozpoznania roszczenia o zapłatę odszkodowania w części obejmującej wartość utraconych pożytków, nie może odnieść zamierzonego skutku.

Jak już wyjaśniał Sąd Najwyższy, art. 385 k.p.c. jest adresowany do sądu drugiej instancji i przesądza o tym, w jaki sposób ma on rozstrzygnąć sprawę, jeżeli stwierdzi, że apelacja jest bezzasadna. O naruszeniu tego przepisu mogłaby być mowa wtedy, gdyby Sąd Apelacyjny stwierdził, że apelacja jest bezzasadna, a jej nie oddalił, czego skarżąca nie zarzuca. Sąd drugiej instancji nie narusza natomiast art. 385 k.p.c., jeżeli nie oddali apelacji, bo uzna, że jest ona uzasadniona (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 1997 r., I PKN 403/97, OSNAPiUS 1998, nr 20, poz. 602 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2000 r., I PKN 711/99, OSNAPiUS 2002, nr 1, poz. 13 i z dnia 7 lutego 2006 r., IV CK 400/05, nie publ.). Nie inaczej należy ocenić wskazany przez skarżącą art. 386 § 1 k.p.c., który stanowi, że w razie uwzględnienia apelacji sąd drugiej instancji zmienia zaskarżony wyrok i orzeka co do istoty sprawy. Przepis ten jest również adresowany do sądu drugiej instancji i przesądza o tym, w jaki sposób ma on rozstrzygnąć sprawę, jeżeli uwzględnia apelację, a nie zachodzą przesłanki do zastosowania § 2, 3 i 4 powołanego artykułu. Nie może być zatem mowy o naruszeniu art. 386 § 1 k.p.c., jeżeli sąd drugiej instancji uzna - co miało miejsce w niniejszej sprawie - że apelacja strony przeciwnej jest uzasadniona i ją uwzględni.

Kolejny zarzut dotyczy naruszenia art. 217 § 2 w związku z art. 227 oraz art. 236 i art. 224 § 1 oraz w związku z art. 382 i art. 391 § 1 oraz art. 386 § 6 k.p.c. przez nierozpoznanie wniosków dowodowych zmierzających do wyjaśnienia istotnych okoliczności faktycznych. Skarżąca łączy go z wnioskami zgłoszonymi w pismach: z dnia 24 grudnia 2009 r. o przeprowadzenie dowodu z raportu Głównego Urzędu Statystycznego pt. „Działalność przedsiębiorstw pośrednictwa kredytowego w 2008 roku”, z dnia 24 października 2007 r. o przeprowadzenie dowodu z pisma Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 15 marca 2002 r. zawierającego omówienie wyników ankiety dotyczącej zjawiska *outsourcingu* w polskim sektorze bankowym, z dnia 8 stycznia 2009 r. o przeprowadzenie dowodu z publikacji Pentor pt. „Najlepsze Banki 2003. Nawet najlepsza reklama nie poprawi reputacji” oraz „Widzą gorzej”, z dnia 24 grudnia 2002 r. o przeprowadzenie dowodu z dołączonej do tego pisma korespondencji stron, z dnia 22 października 2009 r. o przeprowadzenie dowodu z materiałów obrazujących rentowność przedsiębiorstw branży pośrednictwa finansowego, w tym artykułów prasowych, wyroków sądów oraz

wydruku sprawozdania finansowego spółki „D.” oraz z dnia 23 grudnia 2002 r. o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu finansów przedsiębiorstw na okoliczność, jak kształtowałyby się sytuacja ekonomiczna Agencji przy założeniu lojalnego wykonywania umowy przez stronę pozwaną.

Odnosząc się do tego zarzutu trzeba w pierwszej kolejności zauważyć, że został on sformułowany w sposób nieodpowiadający przytoczonym na wstępie wymaganiom, gdyż dopiero poszukiwania w aktach sprawy pozwoliły na ustalenie, że skarżące chodzi o wniosek zgłoszony w piśmie z dnia 23 grudnia 2009 r., znajdującym się w tomie XXI na k. 4181 i o raport znajdujący się na k. 4185 – 4206, że powołane przez skarżącą pismo z dnia 24 października 2007 r., znajdujące się w tomie XV na k. 2833 nie zawiera wniosku o przeprowadzenie dowodu z pisma Głównego Inspektora Nadzoru Bankowego z dnia 15 marca 2002 r., że wniosek taki został zgłoszony w piśmie z dnia 14 listopada 2008 r., znajdującym się w tomie XVII na k. 3402, lecz nie dołączono do niego wspomnianego pisma z dnia 15 marca 2002 r. oraz że skarżące chodzi o pisma: z dnia 8 stycznia 2009 r. znajdujące się w tomie XIX na k. 3692, z dnia 23 grudnia 2002 r. znajdujące się w tomie III na k. 462 oraz z dnia 22 października 2009 r. znajdujące się w tomie XXI na k. 4041. Wnioski te – wbrew odmiennym twierdzeniom skarżącej – zostały rozpoznane, rozpoznanie oznacza bowiem rozpatrzenie wniosku przez sąd i nie jest – co oczywiste – równoznaczne z jego uwzględnieniem (zob. uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2001 r., III CZP 49/00, której nadano moc zasady prawnej, OSNC 2001, nr 4, poz. 53). Sąd pierwszej instancji znaczną część materiałów przedstawionych przez powódkę w toku postępowania (zestawień, tabel, opinii prywatnych itp.) potraktował jako jej twierdzenia ewentualnie jako materiały mające ułatwić dojście do ustalenia stanu faktycznego, natomiast część wniosków dowodowych, które zostały zgłoszone po upływie terminu przewidzianego w art. 479¹² § 1 k.p.c., pominął (zob. tom XXIII k. 4414). W apelacji skarżąca podniosła, że Sąd pierwszej instancji naruszył art. 217 § 2 w związku z art. 227, art. 236 i art. 224 oraz art. 386 § 6 k.p.c. przez nierozpoznanie wniosków o przeprowadzenie dowodów z dokumentów. Na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2012 r. Sąd Apelacyjny postanowił „...oddalić wszystkie wnioski dowodowe...”, po czym udzielił głosu stronom (tom XXVIII k. 5485). Skarżąca, reprezentowana na rozprawie w tym dniu przez

profesjonalnego pełnomocnika, nie zgłosiła zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. Strona nie może natomiast skutecznie zarzucać ani w apelacji, ani w skardze kasacyjnej uchybienia przez sąd przepisom postępowania przez wydanie postanowienia oddalającego wnioski o przeprowadzenie dowodów, jeżeli w trybie art. 162 k.p.c. nie zwróciła na to uwagi sądu (zob. uchwały Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2005 r., III CZP 55/05, OSNC 2006, nr 9, poz. 144 i z dnia 27 czerwca 2008 r., III CZP 50/08, OSNC 2009, nr 7-8, poz. 103 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 20 sierpnia 2001 r., I PKN 580/00, OSNP 2003, nr 14, poz. 332, z dnia 10 grudnia 2005 r., III CK 90/04, OSP 2006, nr 6, poz. 69, z dnia 10 sierpnia 2006 r., V CSK 237/06, nie publ., z dnia 12 stycznia 2007 r., IV CSK 340/06, nie publ., z dnia 7 maja 2012 r., II PK 159/11, OSNP 2013, nr 3-4, poz. 32, z dnia 22 czerwca 2012 r., V CSK 282/11, nie publ., z dnia 19 grudnia 2012 r., II CNP 41/12, nie publ. i z dnia 17 kwietnia 2013 r., I CSK 447/12, nie publ.).

Nie może również odnieść zamierzonego skutku zarzut obrazy art. 479¹² § 1 k.p.c. przez pominięcie dowodów z dokumentacji dotyczącej przebiegu rozmów prowadzonych z Bankiem /.../ S.A. oraz z list płac dołączonych do opinii biegłej B. N. Sąd Apelacyjny uznał, że dowody te uległy prekluzji, powinny być bowiem dołączone najpóźniej do pisma rozszerzającego powództwo, tym bardziej że rozmowy z Bankiem [...] zakończyły się we wrześniu 2002 r. Skarżąca nie przytoczyła przekonujących argumentów, które mogłyby podważyć prawidłowość tej oceny. Co się natomiast tyczy zarzutu obrazy art. 386 § 6 k.p.c. przez „...nieprzeprowadzenie postępowania dowodowego w zakresie nakazanym w wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 9 sierpnia 2006 r...”, to trzeba przypomnieć, że w postępowaniu kasacyjnym Sąd Najwyższy nie jest związany wskazaniem co do dalszego postępowania wyrażonymi w uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji i w związku z tym konstatacja, że doszło do naruszenia art. 386 § 6 k.p.c. jest niewystarczająca do wykazania podstawy kasacyjnej określonej w art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.

Nieskuteczny jest też zarzut naruszenia art. 328 § 2 w związku z art. 382 i art. 391 § 1 k.p.c. przez brak wyraźnego wypowiedzenia się przez Sąd Apelacyjny co do podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w szczególności co do tego, w jakim zakresie Sąd ten uznał ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji za własne. Sąd

Apelacyjny w obszernym uzasadnieniu swojego wyroku dokonywał oceny poszczególnych roszczeń w wyodrębnionych rozdziałach tematycznych, w związku z czym ustalenia faktyczne tego Sądu częściowo przeplatają się z oceną prawną. Nie zostały one wyraźnie oddzielone od oceny prawnej, co niewątpliwie utrudnia analizę motywów podjętego rozstrzygnięcia, ale nie oznacza, że podstawa faktyczna wyroku nie została przedstawiona w sposób pozwalający na dokonanie kontroli kasacyjnej. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Sądu Najwyższego, uchybienie wymaganiom określonym w art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. może być oceniane jako mogące mieć wpływ na wynik sprawy tylko wyjątkowo, gdy braki w uzasadnieniu są tak istotne, że orzeczenie nie poddaje się kontroli kasacyjnej (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2000 r., I CKN 272/00, nie publ., z dnia 25 października 2000 r., IV CKN 142/00, nie publ., z dnia 7 lutego 2001 r., V CKN 606/00, nie publ., z dnia 28 lipca 2004 r., III CK 302/03, nie publ. i z dnia 18 lutego 2005 r., V CK 469/04, „Izba Cywilna” 2005, nr 12, s. 59 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2013 r., III CSK 293/12, OSNC 2012, nr 12, poz. 148). O takich brakach nie może być natomiast mowy w niniejszej sprawie.

Zarzut naruszenia art. 322 k.p.c. nie został poparty szerszą argumentacją, skarżąca wskazała bowiem jedynie na możliwość wykorzystania tego przepisu do ustalenia wysokości szkody, mającej podlegać naprawieniu na podstawie art. 471 w związku z art. 760 k.c., art. 3 w związku z art. 18 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. oraz art. 361, art. 55¹ i art. 54 k.c.

Przystępując do rozważenia zarzutu obrazy art. 278 § 1 oraz art. 286 w związku z art. 285 § 1 k.p.c., wypełniającego podstawę z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. powołaną przez pozwanego, trzeba zauważyć, że zarzut ten sprowadza się do wyrażenia wątpliwości, czy pisemna opinia biegłej S. P. rzeczywiście została przez nią sporządzona, ponieważ na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2012 r. S. P. wykazała brak wymaganej wiedzy z zakresu finansów oraz księgowości. Tak sformułowany zarzut dotyczy w istocie oceny mocy dowodowej pisemnej opinii biegłej S. P., którą Sąd Apelacyjny przyjął za podstawę swoich ustaleń. Trzeba w związku z tym przypomnieć, że sąd nie jest związany opinią biegłego i ocenia ją - zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c. - na podstawie właściwych dla jej przedmiotu kryteriów zgodności z zasadami logiki, wiedzy powszechnej i doświadczenia życiowego. W niniejszej

sprawie Sąd Apelacyjny dostrzegł niedyspozycję biegłej S. P. w dniu 3 sierpnia 2012 r., uznał jednak, że nie ma podstaw do zakwestionowania wyliczeń przedstawionych w jej pisemnej opinii podstawowej i uzupełniającej, tym bardziej że po otrzymaniu tych opinii pozwany nie zgłaszał do nich żadnych zastrzeżeń. W tej sytuacji zarzut skarżącego, zmierzający do zakwestionowania dokonanej przez Sąd Apelacyjny oceny pisemnych opinii biegłej S. P., nie może odnieść zamierzonego skutku, ponieważ – zgodnie z art. 398³ § 3 k.p.c. – podstawą skargi kasacyjnej nie mogą być zarzuty dotyczące oceny dowodów.

Rozważenie przytoczonych podstaw z art. 398³ § 1 pkt 1 k.p.c. trzeba rozpocząć od zarzutów podniesionych w skardze kasacyjnej pozwanego, ponieważ są one dalej idące.

Zarzut naruszenia art. 764³ § 1 i 2 oraz art. 758¹ § 2 k.c. dotyczy sposobu określenia wysokości świadczenia wyrównawczego przez przyjęcie za podstawę jego wyliczenia – zamiast dochodu uzyskiwanego przez Agencję z działalności ukierunkowanej na pozyskanie klientów - przychodu, obejmującego zarówno prowizję, jak i koszty działalności Agencji. Skarżący nie kwestionuje natomiast stanowiska Sądu Apelacyjnego co do spełnienia określonych w art. 764³ § 1 k.c. przesłanek nabycia przez Agencję roszczenia o świadczenie wyrównawcze.

Wprowadzając instytucję świadczenia wyrównawczego ustawodawca ograniczył się jedynie do wskazania, że świadczenie to nie może przekroczyć wysokości wynagrodzenia agenta za jeden rok, obliczonego na podstawie średniego rocznego wynagrodzenia uzyskanego w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli umowa agencyjna trwała krócej niż pięć lat – na podstawie średniej z całego okresu jej trwania (art. 764³ § 2 k.c.). Celem tego świadczenia – jak wynika z dyrektywy Rady nr 86/653/EWG – ma być pewnego rodzaju zrekompensowanie agentowi utraconego wynagrodzenia po rozwiązaniu umowy agencyjnej, podyktowane tym, że pomimo ustania stosunku agencyjnego dający zlecenie nadal czerpie korzyści z działalności byłego agenta.

W wyroku z dnia 8 listopada 2005 r., I CK 207/05 (OSNC 2006, nr 9, poz. 150), Sąd Najwyższy zauważył, że określenie wysokości tego świadczenia może nasuwać trudności. Uznał, że ponieważ rozwiązanie zastosowane w art. 17 dyrektywy Rady nr

86/653/EWG, a następnie w art. 764³ k.c. zostało przejęte z prawa niemieckiego, należy odwołać się do praktyki sądów niemieckich, które ustalają wysokość tego świadczenia, biorąc pod uwagę prowizję od umów zawartych z nowymi klientami uzyskaną w ciągu ostatnich 12 miesięcy, przewidywany okres uzyskiwania korzyści przez dającego zlecenie, procentowy wskaźnik migracji klientów, sumę prowizji utraconych w każdym roku po rozwiązaniu umowy i porównują z górną granicą, stanowiącą wysokość średniego rocznego wynagrodzenia agenta w okresie trwania umowy. Podkreślił, że wypracowana przez sądy tego państwa praktyka orzecznicza znajduje szerokie zastosowanie przy wykładni pojęcia „znaczne korzyści” przez instytucje wspólnotowe i polecana jest sądom innych państw członkowskich w przedstawionym przez Komisję w dniu 23 lipca 1996 r. raporcie dotyczącym stosowania art. 17 dyrektywy.

W wyroku z dnia 29 września 2011 r., IV CSK 650/10 (OSNC 2012, nr 4, poz. 51), Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że ustawodawca pozostawił sądowi swobodę polegającą na możliwości indywidualizacji ocen w tym zakresie, formułowanych na podstawie konkretnego stanu faktycznego. W każdym razie kryteria określania rozmiarów roszczenia wyrównawczego mogą wynikać z ogólnych reguł porządku prawnego i – przynajmniej pośrednio – z unormowania zawartego w art. 764³ – 764⁴ k.c. Istnieje przy tym możliwość zastosowania art. 322 k.p.c., gdyż roszczenie przewidziane w art. 764³ k.c. należy do kategorii roszczeń majątkowych, w których zakresie ściśle udowodnienie wysokości żądania może okazać się niemożliwe lub nader utrudnione. Należy także brać pod uwagę partycypacyjny cel roszczenia wyrównawczego byłego agenta; ustalenie wysokości omawianego roszczenia oznacza zatem poszukiwanie racjonalnych kryteriów takiej partycypacji, przy założeniu, że nie chodzi tu o ekwiwalent za wykonane prace, ale o ocenę udziału finansowego byłego agenta w korzyściach uzyskanych przez jego partnera. Poza tym w art. 764³ § 1 i 2 k.c. wspomina się wprost o prowizji (wynagrodzeniu) byłego agenta jako czynnikach wpływających na zakres roszczenia wyrównawczego, a utratę prowizji od umów wskazanych w art. 764³ § 1 k.c. traktuje się jako jedną z okoliczności przemawiających za przyznaniem świadczenia wyrównawczego.

Z kolei w wyroku z dnia 27 stycznia 2012 r., I CSK 211/11 (OSNC-ZD 2013, nr B, poz. 37), Sąd Najwyższy podkreślił, że zarówno przesłanki roszczenia

o świadczenie wyrównawcze, jak i wysokość tego świadczenia muszą być ustalane z odwołaniem się w pierwszej kolejności do przepisów kodeksu cywilnego o umowie agencyjnej. Wysokość świadczenia nie musi być obliczana zgodnie z praktyką sądów niemieckich, choć w konkretnych sprawach nie jest wykluczone wykorzystanie tych metod, jeżeli nie będą one pozostawały w kolizji z zasadami, które dają się odtworzyć na podstawie przepisów kodeksu cywilnego. Wysokość ta powinna być określana w nawiązaniu do przewidzianych w art. 764³ § 1 k.c. przesłanek roszczenia wyrównawczego, zwłaszcza do tych aspektów wchodzących w zakres przesłanek roszczenia, które pozwalają wyliczyć konkretną kwotę świadczenia. Dla wyliczenia tego ma znaczenie liczba umów zawartych i wznawianych z klientami pozyskanymi przez agenta w czasie trwania umowy agencyjnej, która z kolei wymaga skorygowania przy użyciu współczynnika migracji klientów. Przy uwzględnieniu tych danych można obliczyć wysokość prowizji, którą byłyby agent uzyskałby od umów zawartych przez dającego zlecenie z pozyskanymi przez niego klientami, a którą w związku z rozwiązaniem umowy utracił. Z chwilą rozwiązania umowy agencyjnej agent przestaje jednak ponosić koszty związane z jej wykonywaniem, nie otrzymuje wprawdzie prowizji od dającego zlecenie, ale i nie czyni wydatków w związku z wykonywaniem umowy stwarzającej podstawy do pobierania prowizji, a własną aktywność może ukierunkować na inny rodzaj działalności przynoszącej dochody. Koszty ponoszone przez agenta w okresie obowiązywania umowy agencyjnej muszą więc ograniczać wysokość świadczenia wyrównawczego obliczonego z odwołaniem się do utraconych przez agenta prowizji.

Na trudności w określeniu wysokości świadczenia wyrównawczego wskazuje się również w doktrynie, nie jest też jednolicie postrzegana kwestia przydatności przy jego obliczaniu metody wypracowanej w orzecznictwie sądów niemieckich i rekomendowanej w raporcie w sprawie zastosowania art. 17 dyrektywy Rady nr 86/653/EWG.

Podając ten problem nie można ograniczyć się jedynie do rozstrzygnięcia kwestii, czy przy posługiwaniu się metodą przedstawioną w raporcie w sprawie zastosowania art. 17 dyrektywy Rady nr 86/653/EWG, należy przyjmować do obliczeń przychód agenta, obejmujący prowizję z tytułu sprzedaży produktów dającego zlecenie oraz zwrot kosztów działalności przedsiębiorstwa agenta, czy tylko

dochód z jego działalności ukierunkowanej na pozyskanie klientów. Sposób ustalania wysokości omawianego świadczenia wymaga bowiem całościowego rozważenia z odwołaniem się do przesłanek określonych w art. 764³ k.c., z którego jest ono wywodzone. Metoda wypracowana w orzecznictwie sądów niemieckich i zalecana we wspomnianym raporcie może okazać się pomocna w niektórych sprawach, jednak wysokość świadczenia wyrównawczego powinna być ustalona przede wszystkim z uwzględnieniem konkretnego stanu faktycznego i jego specyfiki. Przy wyborze właściwej metody wymiaru tego świadczenia nie można przy tym abstrahować od przyjętego w umowie agencyjnej sposobu wynagrodzenia agenta.

Jak wynika z art. 758 § 1 k.c., oznaczenie wynagrodzenia agenta należy do *essentiale negotii* umowy agencyjnej, ale ustawodawca pozostawił stronom możliwość swobodnego ukształtowania modelu wynagrodzenia. Podstawowym modelem jest wynagrodzenie prowizyjne, strony mogą jednak ustalić w umowie wynagrodzenie ryczałtowe albo mieszane, zawierające elementy modelu prowizyjnego i ryczałtowego. Jeżeli strony przewidziały w umowie mieszany model wynagrodzenia agenta, skorzystanie z metody przyjmowanej w praktyce sądów niemieckich może nie prowadzić do osiągnięcia wyniku zgodnego z określonymi w art. 764³ § 1 k.c. przesłankami roszczenia wyrównawczego oraz celem tego świadczenia.

Z ustaleń stanowiących podstawę zaskarżonego wyroku wynika, że w umowie z dnia 1 czerwca 1999 r. pozwany zobowiązał się do wypłacania powódce prowizji uzależnionej od ilości zaakceptowanych przez niego wniosków o wydanie produktu oraz do pokrywania kosztów bieżącej działalności Agencji bliżej określonych w załączniku nr 4. Otrzymane przez powódkę w czasie obowiązywania umowy wynagrodzenie prowizyjne wynosiło przy tym tylko 1 – 1,6 % ponoszonych przez pozwanego kosztów działalności Agencji. Świadczenie wyrównawcze wyliczone przy zastosowaniu metody wypracowanej w orzecznictwie sądów niemieckich wynosiłoby – w zależności od przyjęcia za punkt wyjścia przychodu Agencji albo samej prowizji – odpowiednio kwotę 10 026 396,26 zł albo – 97 185,02 zł. Taki rezultat wyliczeń został przy tym osiągnięty przy uwzględnieniu, że powódka pozyskała dla pozwanego 33 270 nowych klientów oraz że pozwany nadal czerpał znaczne korzyści z umów z tymi klientami. Rażąca dysproporcja zachodząca między wynikami wyliczenia w zależności od przyjęcia za jego podstawę przychodu Agencji

albo otrzymywanej prowizji jest argumentem przeciwko stosowaniu metody przyjętej w zaskarżonym wyroku.

Roszczenie o zapłatę świadczenia wyrównawczego – jak zgodnie przyjmuje się w doktrynie - nie ma charakteru ani roszczenia odszkodowawczego, ani roszczenia o wydanie korzyści z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Jest podyktowane tym, że dający zlecenie pomimo zaprzestania działalności przez agenta w dalszym ciągu odnosi korzyści pozostające w związku z jego uprzednią aktywnością. Roszczenie to ma na celu ochronę interesów agenta przez umożliwienie mu udziału we wspomnianych korzyściach, a przez to pewnego rodzaju wyrównanie utraconego wynagrodzenia, ale nie może być jedynie środkiem pomocy na rzecz agenta po zaprzestaniu jego działalności. Rację ma pozwany podnosząc, że przyjęta przez Sąd Apelacyjny za punkt wyjścia do określenia świadczenia wyrównawczego kwota 10 026 396, 26 zł, którą Sąd ten w ostatecznym wyniku obniżył do górnego pułapu przewidzianego w art. 764³ § 2 k.c., wyraźnie odbiega od dochodu uzyskiwanego przez powódkę i powiększającego jej majątek w czasie wykonywania umowy. Trzeba również zgodzić się – co do zasady – z poglądem pozwanego, że koszty działalności przedsiębiorstwa agenta w czasie obowiązywania umowy wpływają na wymiar świadczenia wyrównawczego. Strony umowy agencyjnej mają swobodę w zakresie ustalenia rodzaju i wysokości wynagrodzenia agenta, jest jednak oczywiste, że stałe pośredniczenie przez agenta przy zawieraniu z klientami umów na rzecz dającego zlecenie łączy się z kosztami prowadzenia przedsiębiorstwa. Jak podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 stycznia 2012 r., I CSK 211/11, po rozwiązaniu umowy agent przestaje ponosić koszty związane z jej wykonywaniem, nie otrzymuje prowizji, ale i nie czyni wydatków w związku z wykonywaniem umowy stwarzającej podstawy do pobierania prowizji, a własną aktywność może ukierunkować na inny rodzaj działalności przynoszącej dochody. Oceny tej nie zmienia okoliczność, że koszty funkcjonowania przedsiębiorstwa agenta ponosił przedsiębiorca dający zlecenie oraz że w związku z tym strony ustaliły bardzo niską prowizję. Powoduje to jedynie konieczność określenia, jaka część ogólnych kosztów ponoszonych przez dającego zlecenie może być uznana za rzeczywistą korzyść agenta, czyli za jego dochód. Powinna być bowiem zachowana także pewnego rodzaju symetria między świadczeniem wyrównawczym a dochodem

uzyskiwanym przez agenta lub zwyczajowo przyjętym w stosunkach danego rodzaju w miejscu działalności prowadzonej przez agenta. Po rozwiązaniu umowy przedsiębiorca dający zlecenie czerpie wprawdzie korzyści związane z wcześniejszą aktywnością agenta, ale ponosi również koszty związane z ich uzyskaniem przez nowego partnera handlowego. Wszystko to prowadzi do wniosku, że w niniejszej sprawie przy określaniu wysokości świadczenia wyrównawczego należało zastosować art. 322 k.p.c. Skład orzekający Sądu Najwyższego podziela w tej kwestii stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2011 r., IV CSK 650/10, oraz argumentację przytoczoną w jego uzasadnieniu. Konkludując ten wątek rozważań, podniesiony przez pozwanego zarzut naruszenia art. 764³ k.c. trzeba uznać za uzasadniony.

Zarzuty naruszenia art. 760 w związku z art. 354 § 2 k.c. i art. 3 w związku z art. 18 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. oraz art. 361 w związku z art. 471 k.c. i art. 3 w związku z art. 18 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. dotyczą roszczenia odszkodowawczego, którego źródłem - w ocenie Sądu Apelacyjnego - było nienależyte wykonanie umowy przez pozwanego, polegające na naruszeniu obowiązków: lojalności i współpracy przy wykonywaniu zobowiązania, zapłaty pełnego wynagrodzenia za wykonaną usługę oraz spełnienia ustawowo zagwarantowanych świadczeń w postaci świadczenia wyrównawczego i karencyjnego, a ponadto podejmowanie po zakończeniu współpracy działań godzących w integralność zespołu pracowniczego, sprzecznych z dobrymi obyczajami w obrocie i stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji. Z ustaleń przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku wynika, że zasądzone nim odszkodowanie odpowiada wartości przedsiębiorstwa powódki, które *de facto* przestało istnieć z dniem 30 listopada 2002 r., że jego wartością były głównie „zasoby ludzkie” w postaci zespołu wykwalifikowanych i doświadczonych pracowników oraz że w dniu 1 stycznia 2002 r. powódka zatrudniała około 70 osób, w dniu zakończenia współpracy stron - około 60 osób, a w dniu 30 listopada 2002 r. - jedynie 4 osoby.

Rozstrzygając o roszczeniu odszkodowawczym Sąd Apelacyjny w sposób sumaryczny potraktował zachowania pozwanego, z którymi związał jego odpowiedzialność za szkodę, polegającą na utracie wartości przedsiębiorstwa powódki. Oddzielił jedynie działania uznane za czyn nieuczciwej konkurencji,

popelnione już po ustaniu stosunku agencyjnego, od pozostałych zachowań, uznanych za równoznaczne z naruszeniem obowiązku lojalności. Nie rozgraniczył natomiast obowiązków pozwanego ciążących na nim w czasie trwania umowy agencyjnej od tych, które aktualizowały się dopiero po jej rozwiązaniu.

Zgodnie z art. 760 k.c., każda ze stron obowiązana jest do zachowania lojalności wobec drugiej. Stosunek zobowiązaniowy wynikający z zawarcia umowy agencyjnej opiera się więc na zaufaniu i obowiązku szczególnego zachowania obu stron. W doktrynie – w odniesieniu do obowiązku lojalności dającego zlecenie wobec agenta – podkreśla się, że w powołanym przepisie chodzi przede wszystkim o ogólną powinność lojalnego współdziałania oraz że z tego punktu widzenia istotne znaczenie ma art. 354 k.c. Dający zlecenie powinien zatem współdziałać z agentem w taki sposób, by zobowiązanie mogło być wykonane zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno – gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Innymi słowy, dający zlecenie powinien uwzględniać interes agenta i współdziałać z nim w taki sposób, by umowa agencyjna mogła być wykonana zgodnie z kryteriami przyjętymi w art. 354 k.c.

Naruszenie więzi zobowiązaniowej przez dającego zlecenie, polegające na uchybieniu obowiązkowi tak rozumianej lojalnej współpracy, może uzasadniać jego odpowiedzialność na podstawie art. 471 k.c. za szkodę doznaną przez agenta, jeżeli między tym naruszeniem a szkodą zachodzi normalny związek przyczynowy (art. 361 k.c.).

Obowiązek spełnienia świadczenia wyrównawczego należy do obowiązków dającego zlecenie, trzeba jednak zauważyć, że obowiązek ten - jak wynika z art. 764³ § 1 k.c. - może powstać dopiero po rozwiązaniu umowy agencyjnej i jest on uwarunkowany spełnieniem dalszych przesłanek określonych w powołanym przepisie. Ustawodawca nie określił terminu, w którym świadczenie to powinno być spełnione. Z art. 764³ § 5 k.c. wynika jedynie, że możliwość dochodzenia świadczenia wyrównawczego zależy od zgłoszenia przez agenta odpowiedniego żądania wobec dającego zlecenie przed upływem roku od rozwiązania umowy. Nie zostały też wskazane w sposób jednoznaczny zasady wyliczenia świadczenia wyrównawczego,

w związku z czym określenie jego wysokości, powodujące konieczność odniesienia się do przesłanek roszczenia wyrównawczego, może być przedmiotem sporu między stronami, czego przykładem jest niniejsza sprawa. Z kolei odwołanie się w art. 764³ § 1 k.c. do względów słuszności prowadzi do wniosku, że wspomniane świadczenie nie ma charakteru powszechnego.

Przy takiej regulacji samo nieotrzymanie przez agenta świadczenia wyrównawczego nie jest równoznaczne z naruszeniem obowiązku lojalności, skutkującym odpowiedzialnością odszkodowawczą przewidzianą w art. 471 k.c. Dający zlecenie ma natomiast obowiązek spełnienia tego świadczenia, jeżeli zachodzą przesłanki określone w art. 764³ § 1 k.c. Podobnie ma się rzecz, gdy chodzi o wypłacenie agentowi przez dającego zlecenie - na podstawie art. 764⁶ § 3 k.c. - sumy pieniężnej z tytułu ograniczenia działalności konkurencyjnej za okres po ustaniu stosunku agencyjnego. W braku odmiennych postanowień umowy agentowi przysługuje bowiem suma pieniężna odpowiadająca kryteriom wskazanym w art. 764⁶ § 4 k.c., która staje się wymagalna po rozwiązaniu umowy agencyjnej. W obu wypadkach chodzi o spełnienie świadczenia pieniężnego o niedookreślonej wysokości.

Jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może domagać się stosownych odsetek za czas opóźnienia (art. 481 k.c.). Poza tym wierzyciel, jeżeli wykaże, że doznał szkody przewyższającej sumę odsetek za opóźnienie, a dłużnik nie udowodni, że opóźnienie było następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi, może żądać naprawienia całej doznanej szkody (art. 476 k.c.). W takim wypadku odsetki za opóźnienie podlegają jednak zaliczeniu na poczet sumy odszkodowania (zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1958 r., II CR 460/57, OSN 1959, nr 2, poz. 53, wyrok SN z dnia 23 stycznia 1991 r., II CR 677/90, M. Prawn. 1996, nr 11 s. 429 oraz uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 6 września 1994 r., III CZP 105/94, OSNC 1995, nr 2, poz. 26).

W niniejszej sprawie powódka dochodzi spełnienia świadczenia wyrównawczego, którego wysokość nie została dotąd przez sąd ostatecznie ustalona. Sąd Apelacyjny - wiążąc odpowiedzialność za szkodę, polegającą na utracie w dniu 30 listopada 2002 r. wartości przedsiębiorstwa, między innymi z nieotrzymaniem świadczenia wyrównawczego - przyjął, że powinno ono być spełnione w kwocie 4 034 857,62 zł, której wysokość nasuwa uzasadnione

zastrzeżenia. Poza zakresem rozważań Sądu Apelacyjnego pozostały także konsekwencje opóźnienia pozwanego w spełnieniu niedookreślonych świadczeń pieniężnych. Wszystko to pociąga za sobą konieczność ponownego rozważenia poszczególnych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej.

Przechodząc do rozważenia zarzutu błędnej wykładni postanowień umowy agencyjnej dotyczących zakazu konkurencji oraz błędnej wykładni art. 764⁶ § 3 k.c. trzeba przypomnieć, że regulacja ograniczenia działalności konkurencyjnej agenta zawarta w art. 764⁶ – 764⁸ k.c. obowiązuje dopiero od wejścia w życie ustawy nowelizującej, czyli od dnia 9 grudnia 2000 r. Zgodnie z art. 764⁶ § 1 k.c., strony mogą, w formie pisemnej pod rygorem nieważności, ograniczyć działalność agenta mającą charakter konkurencyjny na okres po rozwiązaniu umowy agencyjnej. Ograniczenie może dotyczyć: grupy klientów, obszaru geograficznego objętego działalnością albo rodzaju towarów lub usług stanowiących przedmiot umowy agencyjnej. Ma ono przy tym charakter czasowy, gdyż nie może być zastrzeżone na okres dłuższy niż dwa lata od rozwiązania umowy. W umowie agencyjnej strony mogą uregulować zasady odpłatności i określić wysokość sumy pieniężnej za ograniczenie działalności konkurencyjnej oraz sposób i termin jej wypłacenia. W braku regulacji umownej w tym względzie agentowi przysługuje suma pieniężna odpowiadająca kryteriom wskazanym w art. 764⁶ § 3 k.c.

Zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy nowelizującej, do umów agencyjnych zawartych przed wejściem w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z zastrzeżeniem ust. 3. Z art. 2 ust. 3 wynika z kolei, że do umów agencyjnych zawartych przed wejściem w życie ustawy stosuje się przepisy tej ustawy po upływie roku od dnia jej wejścia w życie, jeżeli umowy te zostały zawarte pomiędzy osobami, o których mowa w art. 758 § 1 k.c. W niniejszej sprawie zatem - jak trafnie przyjął Sąd Apelacyjny – po dniu 9 grudnia 2001 r. do umowy zawartej przez strony miały już zastosowanie przepisy znowelizowane.

Podniesiony przez pozwanego zarzut obrazy art. 65 k.c. przez przyjęcie, że zamiarem stron zawierających umowę w dniu 1 czerwca 1999 r. nie było wyłączenie obowiązku wypłaty powódce rekompensaty za ograniczenie działalności konkurencyjnej po rozwiązaniu umowy, jest nieuzasadniony. W pełni trafna jest bowiem argumentacja Sądu Apelacyjnego wspierająca zajęte w tej kwestii

stanowisko. Zgodnie z regułami tłumaczenia oświadczeń woli określonymi w art. 65 k.c., wykładni postanowienia w § 7.6 umowy agencyjnej, w którym powódka zobowiązała się, że nie będzie oferowała osobom trzecim świadczenia usług związanych ze sprzedażą bezpośrednią produktów finansowych także w ciągu 12 miesięcy po rozwiązaniu umowy, nie można dokonywać w oderwaniu od pozostałych postanowień umowy. Podstawowa rola przypada wprawdzie dyrektywom językowym, niemniej konieczne jest również uwzględnienie kontekstu, w tym związków treściowych występujących między poszczególnymi postanowieniami umowy. Trafnie zatem Sąd Apelacyjny dokonał wykładni § 7.6 umowy w powiązaniu z jej § 1.1.1., w którym strony określiły obszar objęty działalnością agenta, stwierdzając, że jest nim teren województwa/.../. W konsekwencji, w wyniku wykładni umowy Sąd Apelacyjny ustalił, że strony wprowadziły do niej klauzulę zakazującą powódce działalności konkurencyjnej na terenie województwa/.../. Pozbawiony racji jest w tej sytuacji zarzut pozwanej, jakoby Sąd Apelacyjny uznał, że w świetle art. 764⁶ § 1 k.c. do ważności umownej klauzuli konkurencyjnej nie jest wymagane określenie obszaru geograficznego objętego działalnością agenta.

Uszło też uwagi pozwanego, że roszczenie wywodzone z art. 764⁶ § 3 k.c. było już przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 27 kwietnia 2007 r. uznał skargę kasacyjną powódki w części dotyczącej oddalonego wówczas roszczenia o zapłatę sumy pieniężnej przewidzianej w art. 764⁶ § 3 k.c. za uzasadnioną i wskazał na potrzebę ustalenia skutków wprowadzenia zakazu działalności konkurencyjnej.

Podsumowując dotychczasowe rozważania trzeba stwierdzić, że uznanie zasadności zarzutów odnośnie do wysokości świadczenia wyrównawczego oraz odpowiedzialności odszkodowawczej powoduje konieczność uwzględnienia skargi kasacyjnej pozwanego i częściowego uchylecia wyroku Sądu Apelacyjnego.

Powracając do skargi kasacyjnej powódki trzeba stwierdzić, że wywody wspierające podniesiony w niej zarzut naruszenia prawa materialnego koncentrują się wokół rozmiarów szkody i zmierzają do wykazania, że Sąd Apelacyjny, z naruszeniem art. 361 § 2 k.c., nie uwzględnił korzyści, które mogłaby ona osiągnąć, gdyby jej szkody nie wyrządzono. Analiza

tych wywodów prowadzi do wniosku, że mają one walor teoretyczny, ale w istocie zmierzają jedynie do zakwestionowania dokonanej przez Sąd Apelacyjny oceny zebranego materiału dowodowego, w szczególności opinii biegłych, i poczynionych w wyniku tej oceny ustaleń faktycznych. Ustalenia te były pochodną przyjętej metody wyceny, wartość przedsiębiorstwa można bowiem ustalać metodą majątkową lub dochodową. Pierwsza polega na dokonaniu wyceny rynkowej poszczególnych składników majątkowych, zsumowaniu ich wartości i pomniejszeniu o wartość zobowiązań, a druga - na traktowaniu przedsiębiorstwa jako generatora dochodów dla jego właściciela w określonym przedziale czasu. Sąd Apelacyjny, wskazał przyczyny eliminujące możliwość zastosowania dochodowej metody wyceny i na podstawie opinii biegłego B. M. ustalił utraconą wartość przedsiębiorstwa metodą odtworzeniową. Trzeba z kolei podkreślić, że metoda odtworzeniowa obejmuje dwa warianty: metodę skorygowanych aktywów netto, opartą na założeniu, że przedsiębiorstwo będzie w najbliższej przyszłości nadal funkcjonowało, oraz metodę likwidacyjną, opartą na założeniu, że przedsiębiorstwo w najbliższej przyszłości ulegnie likwidacji. W zależności od przyjętego wariantu różnica wartości była znaczna, wyrażała się bowiem kwotą 1 846 797,49 zł albo kwotą 181 856,70 zł. Sąd Apelacyjny – po dokonaniu oceny zebranego materiału - przyjął za podstawę ustaleń co do wysokości szkody wyliczenia biegłego B. M. przy zastosowaniu metody skorygowanych aktywów netto. Brak w tej sytuacji podstaw do dalszego powiększenia tej wartości o utracone korzyści, tym bardziej że uzasadnione okazały się zarzuty pozwanego dotyczące zakresu jego odpowiedzialności odszkodowawczej.

Z tych względów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. skargę kasacyjną powódki oddalił, a - w uwzględnieniu skargi kasacyjnej pozwanego - na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c. uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego w części zmieniającej wyrok Sądu pierwszej instancji (pkt I.1) oraz w części orzekającej o kosztach procesu (pkt I.3, 4 i 5 oraz pkt III, IV i V) i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania,

pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego (art. 108 § 2 w związku z art. 398²¹ k.p.c.).

jw