

Sygn. akt VI A Ca 1009/10

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 sierpnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie Wydział VI Cywilny

w składzie:

Przewodniczący : SSA Ewa Klimowicz-Przygódzka (spr.)

Sędziowie: SA Marzena Miąskiewicz

SO (del) Beata Waś

Protokolant: st. sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska

po rozpoznaniu w dniu 3 sierpnia 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą we W.

przeciwko Bankowi (...) S.A. z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 marca 2010 r., sygn.
akt XX GC 74/08:

I zmienia zaskarżony wyrok nadając mu następującą treść:

1. zasądza od pozwanego Banku (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz powoda (...) Sp. z o.o. we W. kwotę 6 354 116 zł i 11 gr (sześć milionów trzysta pięćdziesiąt cztery tysiące sto szesnaście złotych i jedenaście groszy) wraz z ustawowymi odsetkami od kwot:

a) 1 846 797 zł i 49 gr od dnia 24 grudnia 2002 r,

b) 4 034 857 zł i 62 gr od dnia 27 czerwca 2002 r,

c) 157 487 zł od dnia 1 lipca 2002 r.,

d) 157 487 zł od dnia 1 sierpnia 2002 r.,

e) 157 487 zł od dnia 1 września 2002 r.

- do dnia zapłaty,

2. oddala powództwo w pozostałym zakresie,

3. zasądza od pozwanego Banku (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz powoda (...) Sp. z o.o. we W. kwotę 52 721 zł i 74 gr (pięćdziesiąt dwa tysiące siedemset dwadzieścia jeden złotych i siedemdziesiąt cztery grosze) tytułem zwrotu kosztów procesu,

4. nakazuje pobrać od pozwanego Banku (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz Skarbu Państwa : Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 150 000 zł (sto pięćdziesiąt tysięcy złotych) oraz na rzecz Sądu Apelacyjnego w Warszawie kwotę 38 019 zł (trzydzieści osiem tysięcy dziewiętnaście złotych) tytułem pokrycia części opłat sądowych, od uiszczenia których powód był zwolniony,

5. nakazuje ściągnąć z roszczeń zasądzonych na rzecz powoda (...) Sp. z o.o. we W. na rzecz Skarbu Państwa: Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 50 000 zł (pięćdziesiąt tysięcy złotych) i na rzecz Sądu Apelacyjnego w Warszawie kwotę 12 673 zł (dwanaście tysięcy sześćset siedemdziesiąt trzy złote) tytułem pokrycia części opłat sądowych,

II oddala obie apelacje w pozostałym zakresie,

III zasądza od pozwanego Banku (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz powoda (...) Sp. z o.o. we W. kwotę 4671 zł i 08 gr (cztery tysiące sześćset siedemdziesiąt jeden złoty i osiem groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego,

IV nakazuje pobrać od pozwanego Banku (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz Skarbu Państwa: Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 75 000 zł (siedemdziesiąt pięć tysięcy złotych) oraz na rzecz Sądu Apelacyjnego w Warszawie kwotę 29 255 zł i 65 gr (dwadzieścia dziewięć tysięcy dwieście pięćdziesiąt pięć złotych i sześćdziesiąt pięć groszy) tytułem pokrycia części kosztów sądowych, od uiszczenia których powód w postępowaniu apelacyjnym był zwolniony,

V nakazuje ściągnąć z roszczeń zasądzonych na rzecz powoda (...) Sp. z o.o. we W. na rzecz Skarbu Państwa: Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 25 000 zł (dwadzieścia pięć tysięcy złotych) i na rzecz Sądu Apelacyjnego w Warszawie kwotę 7 776 zł i 82 gr (siedem tysięcy siedemset siedemdziesiąt sześć złotych i osiemdziesiąt dwa grosze) tytułem pokrycia części kosztów sądowych związanych z postępowaniem apelacyjnym.

VI ACa 1009/10

UZASADNIENIE

Spółka z o.o. (...) z siedzibą we W. w pozwie z dnia 29 V 2002 r. domagała się zasądzenia od Banku (...) S.A. w W. kwoty 1 mln zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 500 000 zł od dnia 23 I 2002 r. i od pozostałej kwoty 500 000 zł od dnia 24 V 2002 r. tytułem odszkodowania za szkodę wyrządzoną sprzecznymi z prawem, dobrymi obyczajami kupieckimi i zawartą w dniu 1 VI 1999 r. umową agencyjną działaniami pozwanego zmierzającymi do likwidacji powodowej agencji i przejścia jej pracowników bezpośrednio przez pozwanego lub osoby działające na jego rzecz.

W piśmie procesowym z dnia 24 XII 2002 r. powódka rozszerzyła powództwo w sposób następujący:

- dochodziła odszkodowania w wysokości 3.258.350 zł wraz z ustawowymi odsetkami:

- od kwoty 500.000 zł od dnia 23 stycznia 2002 r. do dnia zapłaty,

- od kwoty 500.000 zł od dnia 24 maja 2002 r. do dnia zapłaty,

- od kwoty 2.258.350 zł od dnia 24 grudnia 2002 r. do dnia zapłaty z tytułu szkody wywołanej zachowaniem pozwanego polegającym na ingerencji w integralność zespołu pracowniczego agencji oraz niewypłaceniu należnych spółce świadczeń karencyjnych i wyrównawczych,

- wniosła o zasądzenie od pozwanego kwoty 4.034.857,62 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 12 czerwca 2002 r. do dnia zapłaty tytułem świadczenia wyrównawczego, o jakim mowa w art. 764³ § 1 k.c.,

- o zasądzenie od pozwanego kwoty 1.200.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami:

- od kwoty 400.000 zł od dnia 03 czerwca 2002 r. do dnia zapłaty,
 - od kwoty 400.000 zł od dnia 03 lipca 2002 r. do dnia zapłaty,
 - od kwoty 400,000 zł od 03 sierpnia 2002 r. do dnia zapłaty, tytułem świadczenia karencyjnego z art. 764⁶ § 1 k.c.,
- domagała się kwoty 107. 179,22 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 24 XII 2002 r. tytułem prowizji za świadczenie usług agencyjnych na rzecz pozwanego.

Pozwany bank w odpowiedzi na pozew wnosił o oddalenie powództwa, a nadto wytoczył powództwo wzajemne o zasądzenie od pozwanego wzajemnego kwoty 417.940 zł. wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 08 VIII 2002 r. do dnia zapłaty tytułem wynikającej z umowy agencyjnej kary umownej za udostępnienie danych dotyczących banku, jego produktów, bazy klientów osobie trzeciej tj. notariuszowi.

Wyrokiem z dnia 3 VI 2005 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od pozwanego banku na rzecz powodowej spółki tytułem świadczenia karencyjnego:

- 337.948 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 VII 2002 r. do dnia zapłaty,
- 337.948 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 VIII 2002 r. do dnia zapłaty,
- 337.948 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 IX 2002 r. do dnia zapłaty,

a nadto kwotę 5786,50 zł z odsetkami od dnia 24 XII 2002 r. tytułem niezapłaconej prowizji, w pozostałym zakresie powództwo główne oddalił, oddalił także w całości powództwo wzajemne (k 2112).

Na skutek apelacji obu stron niniejszy Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 9 VIII 2006 r. w pkt 1. uchylił powyższy wyrok w części zasądzającej kwotę 5.786,50 zł z odsetkami i w tym zakresie umorzył postępowanie w sprawie, w punkcie 2. uchylił zaskarżony wyrok w części oddalającej powództwo o zapłatę odszkodowania w kwocie 3.258.350 zł i o zapłatę w świadczenia wyrównawczego w kwocie 4.034.857,62 zł oraz rozstrzygającej o kosztach procesu i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, w punkcie 3. zmienił zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w części zasądzającej tytułem świadczenia karencyjnego łącznie kwotę 1.013.844 (3 x 337.948 zł) wraz z ustawowymi odsetkami, oddalając powyższe roszczenie strony powodowej w całości, w pkt 4. zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 75.283 zł z odsetkami od 24 XII 2002 r. do dnia zapłaty tytułem prowizji , w pkt 5 oddalił w pozostałym zakresie obie apelacje.

W części w jakiej wyrok Sądu Okręgowego został uchylony i sprawę przekazano do ponownego rozpoznania sąd odwoławczy m.in. podnosił, iż: wynagrodzenie o jakim mowa w art. 764³§ 2 k.c. w niniejszym przypadku nie obejmuje tylko prowizji ale także opłaty agencyjne stałe oraz pokrycie kosztów wykonywania świadczeń zleconych; w odniesieniu do żądania odszkodowawczego zastosowania nie znajduje art. 12 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zatem zasadność powyższego żądania należy zbadać z punktu widzenia przepisu art. 3 ust 1 tej ustawy lub art. 760 k.c. oraz 354 i 471 k.c. (k 2676).

Na skutek skarg kasacyjnych obu stron Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 27 IV 2007 r. uchylił zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego w pkt trzecim (zmieniającym wyrok SO poprzez oddalenie roszczenia karencyjnego) i w tym zakresie przekazał sprawę sądowi II instancji do ponownego rozpoznania. Oddalił skargę kasacyjną strony pozwanej w całości .

W uzasadnieniu powyższego orzeczenia zostało m.in. podniesione, iż Sąd Apelacyjny niezasadnie przyjął, że powódka nie wykazała przesłanek swojego roszczenia karencyjnego, gdyż w piśmie z dnia 24 XII 2002 r., w którym rozszerzyła żądanie pozwu złożyła szereg wniosków dowodowych, w tym wносиła o dopuszczenie dowodu z dokumentów dotyczących współpracy stron, z przesłuchania stron i opinii biegłego z zakresu finansów przedsiębiorstw. W

szczególności zdaniem Sądu Najwyższego biorąc pod uwagę, że ocena skutków wprowadzenia zakazu działalności konkurencyjnej w tym zakresie ma niewątpliwie charakter także hipotetyczny, nie można było uznać za zasadne stanowiska sądu II instancji, że bezprzedmiotowy był zgłoszony dowód z opinii biegłego. Odnosnie wysokości należnego agentowi świadczenia w przypadku gdy nie wynika ona z uzgodnień stron, Sąd Najwyższy wyraził stanowisko, że przy dokonywaniu oceny w tym zakresie nie jest wyłączone odpowiednie stosowanie art. 322 k.p.c., co również powinno być uwzględnione przy ocenie powinności ciężących na agencie w zakresie wykazania podstawy faktycznej powództwa (k 2816).

Kolejnym wyrokiem z dnia 27 XI 2007 r. Sąd Apelacyjny uchylił wyrok Sądu Okręgowego z dnia 3 VI 2005 r. w części zasądzającej tytułem roszczenia karencyjnego kwotę 3 x po 337.948 zł wraz z ustawowymi odsetkami i w tym zakresie również przekazał sprawę do ponownego rozpoznania sądowi I instancji, zalecając temu sądowi dokonanie oceny przydatności dla rozstrzygnięcia sprawy wniosków dowodowych zwartych w piśmie procesowym pozwanego banku z dnia 14 XI 2007 r. .

Ostatecznie zatem do rozstrzygnięcia pozostawały następujące roszczenia powódki:

- o zasądzenie odszkodowania w wysokości 3.258.350 zł wraz z ustawowymi odsetkami j.w.,
- o zasądzenie świadczenia wyrównawczego w wysokości 4.034.857,62 zł wraz z odsetkami j.w.,
- o zasądzenie świadczenia karencyjnego w kwocie 1 013 844 zł. z odsetkami od kwoty 337 948 zł od dnia 1 VII 2002 r., od kwoty 337 984 zł od dnia 1 VIII 2002 r. i od kwoty 337 948 zł od dnia 1 IX 2002 r.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 24 III 2010 r. Sąd Okręgowy w Warszawie, po ponownym rozpoznaniu sprawy zasądził od pozwanego na rzecz powódki:

- kwotę 3 258 350 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 24 XII 2002 r. tytułem odszkodowania,
- kwotę 2 000 000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 26 VI 2002 r. tytułem świadczenia wyrównawczego,
- kwotę łącznie 472 461 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 157 487 od dnia 3 VI 2002 , od kwoty 157 487 od dnia 3 VII 2002, od kwoty 157 487 od dnia 3 VIII 2002 tytułem świadczenia karencyjnego,

w pozostałym zakresie powództwo oddalił i zasądził od pozwanego na rzecz powódki zwrot kosztów procesu w wysokości 28 369,35 zł oraz nakazał pobrać od pozwanego banku na rzecz Skarbu Państwa kwotę 101 680,45 zł tytułem opłat sądowych od uiszczenia których strona powodowa została w niniejszej sprawie zwolniona (k 4387).

Rozstrzygnięcie powyższe wynikało z następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych:

W dniu 1 VI 1999 r. pomiędzy poprzednikiem prawnym pozwanego tj. (...) S.A. a powódką zawarta została umowa agencyjna na podstawie której agencja na zasadzie wyłączności zobowiązała się do świadczenia na terenie województwa (...) na rzecz banku usług pośrednictwa finansowego tj. sprzedaży oferowanych przez bank produktów bankowych - m.in. kart kredytowych. Według postanowień tej umowy powódka miała zatrudniać pracowników na warunkach uzgodnionych z pozwanym, który zresztą zatwierdzał system wynagrodzeń tych pracowników. Za swoje usługi agencja miała otrzymywać prowizję, która została uzależniona od ilości zaakceptowanych przez bank wniosków o wydanie produktów. Umowę zawarta została na czas określony tj. 1 roku, z możliwością jej automatycznego przedłużenia na następny okres, o ile żadna ze stron do ostatniego dnia lutego każdego roku nie oświadczy pisemnie drugiej stronie woli rozwiązania umowy. Przewidziano także możliwość wypowiedzenia umowy z zachowaniem trzymiesięcznego terminu wypowiedzenia.

Z tej ostatniej możliwości bank skorzystał informując powódkę pismem z dnia 26 IX 2001 r. o wypowiedzeniu umowy. Następnie jednak pismem z dnia 25 X 2001 r. pozwany oświadczył, iż uznaje dokonane wypowiedzenie za bezskuteczne.

Zgodnie z ustaleniami sądu I instancji w dniu 21 X 2001 r. na terenie agencji odbyło się spotkanie z jej pracownikami, w którym ze strony banku udział wzięli : A. K., M. C. i G. K. (1). Przedstawiciele banku przedstawili wówczas pracownikom powoda wizję zakończenia wzajemnej współpracy , dając do zrozumienia, iż agencja zostanie rozwiązana do czerwca 2002 r. Zapewniano jednocześnie pracowników powodowej spółki, iż będą oni mogli znaleźć zatrudnienie u pozwanego lub w jego innych agencjach. Tym samym mimo cofnięcia wypowiedzenia umowy, w agencji zapanowała atmosfera niepewności, pracownicy nie byli pewni swej przyszłości zawodowej, dlatego też zaczęli szukać pracy u innego pracodawcy. Znaczna ich część została z inicjatywy pozwanego banku zatrudniona w agencji (...).

W dniu 8 II 2002 r. bank skorzystał z postanowienia umowy i złożył powodowej spółce pisemne oświadczenie, iż nie przedłuża umowy agencyjnej na kolejny rok. Kolejnym zaś pismem z 22 II 2002 r. pozwany zwolnił powódkę z zastrzeżonego w umowie z dnia 1 VI 1999 r. obowiązku powstrzymania się od działalności konkurencyjnej. Nie wyrażał jednak w tym okresie zgody na zatrudnianie nowych pracowników przez (...).

Opierając się na opinii biegłej sądowej B. Z. sąd I instancji ustalił, że tytułem wynagrodzenia za wykonanie umowy agencyjnej powódka otrzymała od pozwanego banku wynagrodzenie w wysokości 12.178.209,58 zł.

W celu z kolei ustalenia korzyści jakie odniósł pozwany bank w skutek obowiązywania klauzuli zakazu konkurencji wobec powoda jak również przybliżonej wartości możliwości zarobkowych, które utraciła powodowa spółka oraz ustalenia wartości powodowego przedsiębiorstwa w datach 1 I 2002 i 1 XII 2002 Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu finansów i rachunkowości przedsiębiorstw. Biegły B. M. (1) ustalił, że wartość korzyści osiągniętych przez Bank (...) w okresie czerwiec 2002 r. - sierpień 2002 r. z tytułu zakazu konkurencji wynosiła 6.699.417 zł. , natomiast możliwości zarobkowe (...) Sp. z o.o. utracone z powodu obowiązywania zakazu konkurencji, wyniosły 1.174.932,13 zł.. Wartość przedsiębiorstwa powódki oszacowana została w przedziale 2.005.311,99 zł (wyliczona metodą likwidacji) - 2.267.106,52 zł (według metody skorygowanych aktywów netto).

Jeżeli chodzi o ocenę materiału dowodowego sprawy to za wiarygodne sąd I instancji uznał zeznania przesłuchanych w sprawie świadków strony powodowej i jej prezesa zarządu . Podkreślał, że zeznania świadków były wzajemnie spójne i znajdowały odzwierciedlenie w złożonych dokumentach.

Odnośnie zeznań świadka J. P. sąd uznał, że zasadniczo nie wniosły one niczego istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy.

Za spóźnione zostały uznane wnioski dowodowe pozwanego zgłoszone w piśmie procesowym z dnia 13 V 2008 r. . Oddalony został również wniosek tej strony o dopuszczenie dowodu z opinii instytutu naukowego i konfrontacji biegłego B. M. z autorami prywatnych ekspertyz. Sąd podnosił, iż w sprawie niniejszej zostały sporządzone przez biegłych sądowych opinie, które aczkolwiek nie doskonałe , to były jednak przydatne i wystarczające do wydania orzeczenia. Ponadto sąd podnosił, że bank nie przedstawił dokładnych danych, które mogłyby być przedmiotem dodatkowej opinii oraz , że częściowo uwzględnił zarzuty stawiane przez niego opinii biegłego M., a tym samym nie widział potrzeby dopuszczenia dowodu z kolejnej opinii. Odnośnie kwestionowanej ekspertyzy biegłego sądowego B. M. sąd I instancji podnosił, że została ona oparta na przyjętych przez biegłego założeniach, które jednak pozwalają na wykorzystanie jej w tym procesie. Stał na stanowisku, iż w niniejszej sprawie pewne założenia z gruntu musiały być hipotetyczne, gdyż jest to wpisane w charakter przepisów regulujących kwestię wynagrodzenia i innych świadczeń po zakończeniu umowy agencji. Tym też sąd I instancji argumentował bezcelowość mnożenia kolejnych opinii, które także oparte musiałyby zostać na hipotetycznych założeniach.

Roszczenie odszkodowawcze.

Oceniając w świetle powyższego stanu faktycznego roszczenie odszkodowawcze powodowej spółki Sąd Okręgowy przyjął zgodnie z wyrażonym przez Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 9 VIII 2006 stanowiskiem, że jego podstawą prawną nie może być art. 12 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003.153 1503) . Uznał natomiast zasadność powyższego roszczenia w świetle art. 3 ust. 1 w/w ustawy.

Zdaniem Sądu Okręgowego co do zasady - nie można było pozwanemu bankowi czynić zarzutu, iż nie przedłużył łączącej go z powódką umowy agencyjnej, nawet w kontekście eksponowanych przez agencję zapewnień banku o chęci nawiązania długotrwałej współpracy. Tym niemniej jednak w ocenie tego sądu zachowanie pozwanego banku przy podejmowaniu powyższej decyzji przekroczyło działanie dopuszczalne na gruncie zasady swobody umów. Decyzja pozwanego o nieprzedłużeniu umowy została bowiem przekazana przez przedstawicieli banku (w tym M. C. - prokurenta) pracownikom powódki, w sposób, który wskazywał na pozbawienie jej dalszych, jakichkolwiek perspektyw prowadzenia działalności gospodarczej po zakończeniu współpracy z pozwanym. Wzbudziło to u tychże pracowników poczucie zagrożenia co do własnych perspektyw zawodowych. Zapewniano ich jednocześnie o możliwości znalezienia zatrudnienia u pozwanego lub podmiotów z nim związanych takich jak Agencja (...). Sąd Okręgowy wskazywał w tym względzie na zeznania świadków: G. Z. (1), P. P. (1), M. S. (1), K. W. (1), A. S. (1) oraz na wyjaśnienia M. S. (2). Ten ostatni zeznał, iż w listopadzie 2001 r. wypowiedzenia złożyli pracownicy (...), którzy mieli przejść do Agencji (...) oraz, że G. K. (1), namawiał pracowników (...) na przechodzenie do Agencji (...). W ocenie sądu I instancji bank, chcąc nakłonić pracowników powódki do zmiany pracodawcy winien był czynić to poprzez zaproponowanie im konkurencyjnych wobec dotychczasowych warunków pracy, płacy, rozwoju zawodowego itp., a nie wpływać na ich decyzje poprzez obniżanie wartości dotychczasowego pracodawcy, wskazując na rychłe zakończenie jego działalności i brak perspektyw. Działanie takie dodatkowo uwypuklał fakt, że pozwany był jedynym wówczas kontrahentem powodowej spółki, który zapewniał jej rynkową egzystencję.

Ponadto sąd I instancji zwracał uwagę również na ówczesną politykę banku polegającą na braku akceptacji zatrudnienia przez powódkę nowych pracowników, co prowadziło do wyhamowania działalności operacyjnej (...).

Reasumując w ocenie Sądu Okręgowego prowadzona przez stronę pozwaną w ostatnim okresie współpracy polityka polegająca na: przekazywaniu przez swoich przedstawicieli pracownikom powódki informacji wskazujących na brak perspektyw działania powodowej spółki, zaplanowanej jej likwidacji, na przyczynianiu się do odpływu kadry pracowniczej w powiązaniu z rysowaniem perspektywy rychłego zakończenia działalności spółki, braku zgody na zatrudnianie nowych pracowników - naruszała zasady uczciwej konkurencji, była sprzeczna z zasadami dobrych obyczajów i uczciwości kupieckiej. Sąd podkreślał, że prawidłowa konkurencja rynkowa nie może polegać na dążeniu do osłabienia przeciwnika poprzez działania destabilizujące jego funkcjonowanie, takie właśnie jak przekazywanie jego pracownikom informacji o likwidacji zakładu pracy, niepewności jego dalszego bytu i składaniem jednocześnie propozycji znalezienia zatrudnienia u siebie. Sąd podkreślał, że największym „kapitałem” powodowej spółki byli ludzie, wykwalifikowani agenci. Pozwany tym samym, przyczyniając się do rozbitcia zespołu pracowników powódki, nie dał jej szansy na zaistnienie na rynku po rozwiązaniu z nim umowy agencyjnej.

Sąd podnosił, iż przyjęcie, że pozwany naruszył dobre obyczaje było tym bardziej uzasadnione, że jako jeden z największych banków na rynku, z odpowiednią renomą wyznacza on standardy zachowań dla innych uczestników obrotu gospodarczego. Jego polityka wobec agencji w świetle zasad uczciwości kupieckiej była nie do zaakceptowania, poza tym naruszała interes powódki poprzez przyczynienie się do destabilizacji jej sytuacji związanej z obszarem zatrudnienia, co łącznie wypełniało znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 uznk.

Pomiędzy tymże czynem nieuczciwej konkurencji a poniesioną przez powódkę szkodą przedstawianą jako spadek wartości przedsiębiorstwa w ocenie Sądu Okręgowego istniał związek przyczynowy. Działalność agencji opierała się bowiem na zespole doświadczonych pracowników, stopniowe zatem ich odchodzenie, będące wynikiem działań pozwanego stało się bezpośrednią przyczyną braku możliwości dalszego funkcjonowania spółki.

Jeżeli chodzi o ustalenie wysokości tejże szkody, to sąd I instancji w tym względzie oparł się na opinii biegłego sądowego B. M. (1), który wartość przedsiębiorstwa powodowej spółki w swej opinii (k. 3884, t. XX) określił na dzień 2 I 2002 r. w przedziale 2.187 168,62 zł - 4.452.027.39 zł (korekta k. 4147, t. XXI), w zależności od przyjętej metody wyceny (likwidacyjnej lub skorygowanych aktywów netto), zaś wartość przedsiębiorstwa na dzień 30 XI 2002 r. ustalił w przedziale 2.005.311,99 zł - 2.267.106,52 zł. Sąd Okręgowy przyjął, że metodą właściwszą ustalenia wartości przedsiębiorstwa dla potrzeb określenia wysokości odszkodowania będzie metoda skorygowanych aktywów netto, która określa wartość spółki przy założeniu prowadzenia przez nią dalszej działalności operacyjnej. Gdyby zaś powód,

mimo wypowiedzenia umowy przez pozwanego, mógł nadal dysponować swoim zespołem sprzedawców, prowadziłby taką działalność. Tym samym jako górną granicę szacunkowej wartości przedsiębiorstwa przyjął kwotę 3.865.052,50 zł., a tym samym uznał, że roszczenie powódki zasądzenia odszkodowania w wysokości mniejszej gdyż opiewającej na kwotę 3.258.350 zł zasługuje w całości na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy nie podzielił przy tym zastrzeżeń pozwanego dotyczących uwzględnienia przy obliczaniu wartości przedsiębiorstwa powódki zasobów ludzkich, podnosząc, że jest to główny kapitał przedsiębiorstw, których działalność opiera się na wiedzy, doświadczeniu i umiejętnościach pracowników. Sąd poza tym uznał za zasadną metodę jaką biegły zastosował przy obliczaniu wartości tychże zasobów ludzkich, polegającą na przyjęciu przybliżonych niezbędnych kosztów do ponownego odtworzenia zespołu pracowniczego.

Ponadto sąd I instancji w oparciu o zeznania świadków K. W. (2) i P. P. (1) oraz wyjaśnienia M. S. (2) przyjął, iż na skutek działań nieuczciwej konkurencji banku strona powodowa poniosła także szkodę w postaci utraty możliwości przychodów z tytułu współpracy z Bankiem (...). Na podstawie w/w dowodów oraz bliżej nieokreślonych dowodów z dokumentów Sąd Okręgowy ustalił, że rozmowy powódki z Bankiem (...) odnośnie nawiązania współpracy w zakresie świadczenia analogicznych do świadczonych na rzecz pozwanego usług były zaawansowane i do ich finalizacji nie doszło z uwagi na odpływ z powodowej spółki kadry sprzedawców. Pomimo powyższych ustaleń zdaniem Sądu Okręgowego brak było podstaw do ustalenia wysokości poniesionej z tego tytułu przez powódkę szkody, w szczególności gdy załączone projekty umowy nie określały przyszłej prowizji agencji.

Świadczenie wyrównawcze.

Sąd Okręgowy uznał za zasadne roszczenie strony powodowej dotyczące zapłaty świadczenia wyrównawczego, przyjmując, że w niniejszej sprawie spełnione zostały wszystkie przesłanki określone w art. 764³ § 1 k.c.. Za bezsporny został uznany przez ten sąd fakt, iż powodowa agencja pozyskała na rzecz pozwanego banku nowych klientów (okoliczność przyznana także przez pozwanego k. 3049, t XVI).

Jeżeli chodzi natomiast o kwestię czerpania przez bank po zakończeniu współpracy stron znacznych korzyści z umów z klientami to w ocenie sądu I instancji nie należało ich porównywać z globalnymi przychodami pozwanego z uwagi na obszar działalności agencji. Tą "znaczną korzyść" należało zdaniem sądu oceniać raczej w kontekście liczby utrzymanych przez bank klientów, którzy zostali pozyskani przez agencję.

Badając przesłankę „znacznych korzyści” banku pod tym kątem Sąd Okręgowy miał na względzie w jego ocenie powszechnie znaną okoliczność, że jeżeli chodzi o umowy dotyczące kart kredytowych, to nie są one zawierane na okres 1 roku -2 lat tylko na dłuższy czas, co oznacza, że pozwany uzyskiwał dochody ze sprzedaży za pośrednictwem powódki tego rodzaju produktów długo po wygaśnięciu umowy agencyjnej. Potwierdzeniem powyższego wniosku w ocenie sądu I instancji był oszacowany na poziomie średnim 8,5% przez biegłego B. M., wskaźnik migracji klientów, a więc klientów którzy zrezygnowali z produktów banku w postaci kart kredytowych. Powyższy wskaźnik migracji zdaniem Sądu Okręgowego stanowił dowód na okoliczność czerpania przez pozwanego bank, po wygaśnięciu umowy agencyjnej znacznych korzyści z klientów pozyskanych przez powódkę.

Oceniając natomiast zasadność roszczenia strony powodowej z punktu widzenia zasad słuszności Sąd Okręgowy uznał, że za obniżeniem jego wysokości przemawiał fakt, iż:

- powódka uzyskała już całą należną jej od banku prowizję, a umowa nie przewidywała jakiegokolwiek innego przyszłego wynagrodzenia z tytułu umów zawartych z pozyskanymi klientami,
- powódka miała, świadomość terminowości zawartej umowy, nawet mimo ewentualnych, początkowych zapewnień pozwanego o długoterminowej współpracy,
- powódce przyznano świadczenie karencyjne,

- to pozwany prowadził i finansował kampanie reklamowe swego produktu, jak również że to pozwany jest bankiem o uznanej, światowej, renomie, co ułatwiało pracownikom agencji pozyskanie klienta dla sprzedawanych przez nią produktów pozwanego.

Z drugiej jednak strony Sąd Okręgowy wziął również pod uwagę takie okoliczności jak:

- świadczenie przez powódkę usług wyłącznie we współpracy z pozwanym i na jego rzecz,
- związanie powódki przez znaczny okres trwania umowy zakazem konkurencji,
- wyróżniającą się na tle działalności innych agencji współpracujących z pozwanym , działalność powódki,

które to okoliczności w jego ocenie przemawiały za uwzględnieniem roszczenia .

Jeżeli chodzi o wysokość świadczenia wyrównawczego, to sąd I instancji powoływał się na związanie stanowiskiem Sądu Apelacyjnego wyrażonym w wyroku uchylającym z dnia 9 VIII 2006 r. , zgodnie z którym przez wynagrodzenie agenta w rozumieniu art. 764³ § 1 k.p.c. należy rozumieć prowizje oraz inne elementy takie jak opłaty agencyjne stałe oraz pokrycie kosztów. Górną zaś granicę tego świadczenia ma stanowić średnie roczne wynagrodzenie uzyskane przez powódkę w okresie 3 lat trwania umowy agencyjnej. Zgodnie z opinią biegłej sądowej N. Z. średnie roczne wynagrodzenie obliczone w powyższy sposób wyniosło 4.059.404 zł. i była to górna granica świadczenia wyrównawczego żadanego przez powódkę.

Sąd Okręgowy przyjął, iż wobec braku matematycznego modelu na dokonanie wyliczenia wysokości świadczenia wyrównawczego kwestia ta winna być pozostawiona sądowi, analogicznie do sytuacji przewidzianej w art. 322 k.p.c. W tym względzie powołał się na głosę do wyroku SN z 8 11 2005 I CK 207/05 autorstwa K. Szczepankowskiej-Kozłowskiej. Ustosunkowując się do stanowisk stron podnosił, iż przy obliczaniu wysokości świadczenia wyrównawczego nie można na grunt polskiego porządku prawnego przenosić wprost praktyki sądów niemieckich, gdyż oba uregulowania różnią się, zaś orzecznictwo niemieckie nie jest jednolite. Także modelowy sposób obliczania świadczenia wyrównawczego zawarty w raporcie Komisji Europejskiej w sprawie zastosowania art. 17 Dyrektywy Rady EWG zdaniem Sądu Okręgowego nie mógł znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie , gdyż przewidziany jest on dla sytuacji, gdy agent tracił prowizję, należną mu w kolejnych latach od umów zawartych z pozyskanymi przez niego klientami , a więc nie nadawał się do zastosowania wprost w niniejszej sprawie.

Reasumując Sąd Okręgowy mając na uwadze całokształt okoliczności sprawy , zebrany materiał dowodowy uznał, że powództwo w zakresie żadania zapłaty świadczenia wyrównawczego należało uwzględnić w wysokości 2.000.000 zł.

III Roszczenie karencyjne.

Na wstępie tej części swojego uzasadnienia Sąd Okręgowy zaznaczył, iż zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Apelacyjny w niniejszej sprawie, nie było podstaw do uznania, iż zawarty w umowie agencyjnej z dnia 1 VI 1999 r. zapis dotyczący ograniczenia działalności konkurencyjnej powódki , jest zapisem nieważnym, co podnosiła strona pozwana. Nie uwzględnił także wniosków dowodowych pozwanego o przesłuchanie świadków na okoliczność ustalenia zgodnego zamiaru stron i celu zapisu dotyczącego powyższej klauzuli konkurencyjności, który to cel zdaniem banku polegał na wyłączeniu w umowie z dnia 1 VI 1999 r. uprawnień agenta do uzyskania świadczenia karencyjnego. Sąd Okręgowy podnosił, że po pierwsze zapis umowny jest w tym zakresie jasny i nie wymaga interpretacji na podstawie art. 65 § 2 k.c.. Po drugie, że oczywistym jest dla niego, iż strony nie wprowadziły do umowy stosownej regulacji, która uwzględniałaby zmienione w trakcie jej trwania przepisy kodeksy cywilnego. Poza tym podnosił, iż pozwany mógł uniknąć konieczności wypłaty świadczenia karencyjnego gdyby wcześniej zwolnił powódkę z zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, czego jednak nie uczynił.

Bezspornym zatem w ocenie Sądu Okręgowego było, że na skutek cofnięcia przez pozwanego pismem z dnia 27 II 2002 r. istniejącego w umowie, ważnego zapisu o zakazie konkurencji powód obowiązany był do powstrzymywania się od tego rodzaju działalności przez okres czerwiec, lipiec i sierpień 2002r.

Jeżeli chodzi natomiast o wysokość należnego powódce świadczenia za powstrzymywanie się od działań konkurencyjnych za w/w 3 miesiące, to sąd I instancji miał na uwadze wyrażone w niniejszej sprawie w wyroku z dnia 27 IV 2007 r. stanowisko Sądu Najwyższego, iż powódka dochodząc powyższego świadczenia nie musiała wykazywać faktycznych możliwości utraconych wskutek obowiązywania zakazu konkurencji. Zgodnie natomiast z postanowieniami art.764⁶ § 1 i 2 k.c. (powinni być §4 w/w art.) żądana rekompensata powinna być odnosić się do korzyści osiągniętych przez dającego zlecenie na skutek ograniczenia działalności konkurencyjnej oraz utraconych z tego tytułu możliwości zarobkowych agenta.

W celu ustalenia powyższych wielkości Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego, aczkolwiek podnosił, iż zdawał sobie sprawę, że przedstawione przez biegłego wyliczenia siłą rzeczy musiały mieć jedynie szacunkowy i hipotetyczny charakter, gdyż dokładne wyliczenie możliwości zarobkowych powódki w okresie obowiązywania zakazu konkurencji, jak też korzyści uzyskanych w tym okresie przez pozwanego bank, było niemożliwe, tym bardziej, że biegły nie dysponował danymi wyjściowymi, które pozwalałyby na dokładne wyliczenia. Z opinii biegłego M. wynikało, że szacunkowa wartość korzyści pozwanego banku w okresie czerwiec – sierpień 2002r. wynosiła 6.699.417 zł., wartość zaś utraconych przez powoda możliwości zarobkowych - 1.174.932,13 zł. Przy czym Sąd Okręgowy uznał za słuszny zarzut strony pozwanej, że biegły B. M. wadliwie wyliczył korzyści banku i utracone możliwości powoda w ujęciu „przychodu”, nie uwzględniając kosztów ich uzyskania, podczas gdy utracone możliwości agenta z art. 764⁶ § 1 i 2 k.c. winny obejmować dochody możliwe do uzyskania przy podjęciu pracy dla innego przedsiębiorcy, tak też jeżeli chodzi o korzyści banku. Tym niemniej jednak wykorzystując podane przez biegłego wyliczenia dotyczące potencjalnych korzyści banku, możliwości zarobkowych powódki w okresie karencyjnym oraz informacje o rentowności przedsiębiorstwa tego typu jak powodowej spółki (5-10%) Sąd Okręgowy w oparciu o art. 322 k.p.c., dokonał miarkowania wysokości należnego powódce świadczenia karencyjnego. Uznał, iż zasadną z powyższego tytułu będzie kwota stanowiąca 6 % sumy wyliczonych przez biegłego korzyści pozwanego banku w ujęciu przychodowym w kwocie 6.699.417 zł oraz utraconych możliwości zarobkowych powoda w kwocie 1.174.932,13 zł,

$[6\% \times (6.699.417 + 1.174.932,13)]$, co dało mu kwotę 472.461 zł. tj. po 157.487 zł. za każdy miesiąc, w którym jego zdaniem powódka powinna była w dalszym ciągu powstrzymać się od działań konkurencyjnych.

IV Koszty procesu:

Jeżeli chodzi o rozstrzygnięcie dotyczące kosztów procesu, to z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynikało, że sąd I instancji na podstawie art. 100 k.p.c. dokonał ich stosunkowego rozdzielania, w wyniku czego pozwany został zobowiązany do zwrotu stronie powodowej kwoty 28.369,35 zł jak i do uiszczenia na rzecz Skarbu Państwa w takim samym stosunku w jakim powódka wygrała postępowanie, kosztów sądowych od których była ona zwolniona.

Przy czym do powyższych wyliczeń zostały przyjęte następujące koszty poniesione przez strony:

koszty powoda: wpis - 51.600,-zł; opłata od pełnomocnictwa - 15,- zł; koszt opinii biegłego 6.237,- zł, stawiennictwo świadka - 280,- zł; opinia biegłego 24.219,65,- zł; stawiennictwo biegłego - 212.92 zł; opinia uzupełniająca - 5.056,- zł; wynagrodzenie pełnomocnika: 106.200,- zł (I instancja 28.800,- zł, II mst 21.600,- zł, post. kasacyjne 21.600, ponowne postępowanie przed sądem II inst. 5.400,- zł, ponowne postępowanie I instancyjne 28.800). Łączne - 142.221.42 zł.

Koszty pozwanego: 13,000- zł (I wyrok SO); opłata skarbową od pełnomocnictwa - 15,- zł, koszt opinii biegłego 5.051,60,-zł; ponowna opinia -6.315,68 zł; opłata w post. kasacyjnym 24.662,- zł; wpis od apelacji - 52.581,50 zł, koszty pełnomocnika 106.200,- zł - łącznie 207.825,78 zł.

Wyrok powyższy został zaskarżony przez obie strony. Powodową w zakresie oddalającym jej roszczenia dalej idące i w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach procesu. Pozwaną w części uwzględniającej powództwo.

Powodowa agencja w swojej apelacji podniosła następujące zarzuty:

- naruszenia art. 217 § 2 k.p.c. w związku z art. 227 oraz 236 i 224 k.p.c. poprzez nierozpoznanie wniosków dowodowych zmierzających do wyjaśnienia istotnych dla sprawy okoliczności faktycznych, a w szczególności dowodu z dokumentów: Raportu GUS „Działalność Przedsiębiorstw (...) w 2008 roku”, pisma Głównego Inspektora Nadzoru Bankowego z dnia 15 III 2002 roku, Komunikatów Giełdowych (...), Publikacji Pentor (...) oraz (...), dowodów wskazanych w pismach z dnia 19 III 2008 roku oraz 12 I 2009 roku, a także dowodu z opinii biegłego na okoliczność przesłanek świadczenia wyrównawczego, a w konsekwencji naruszenia art. 386 § 6 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie postępowania dowodowego w nakazanym przez Sąd Apelacyjny zakresie,

- naruszenia art. 233 § 1 w związku z art. 227 k.p.c. m.in. poprzez brak ustaleń w kwestii przesłanek świadczenia wyrównawczego wskazanych w pozwie i opiniach dr P. (w ślad za Raportem (...) z 1996 r.), „względów słuszność” przemawiających za wypłatą świadczenia wyrównawczego, a w szczególności w kwestii wysokości utraconego przez powoda na skutek rozwiązania umowy agencyjnej wynagrodzenia stałego, otrzymywanego za pozyskanie nowych klientów dla pozwanego, a także poprzez brak ustaleń w kwestii wpływu zakazu działalności konkurencyjnej na możliwość prowadzenia przez specjalistyczne przedsiębiorstwo powoda jakiegokolwiek działalności zarobkowej, a nadto w kwestii wysokości świadczenia karencyjnego „odpowiedniej” z uwagi na cel świadczenia jakim jest zapewnienie agentowi możliwości funkcjonowania w niepogorszonym stanie w okresie ograniczania działalności konkurencyjnej, a w konsekwencji naruszenia art. 386 § 6 k.p.c. ,

- naruszenia art. 233 § 1 w związku z art. 227 k.p.c. poprzez zaniechanie wszechstronnej oceny materiału dowodowego, brak odniesienia się w szczególności do opinii biegłych, zeznań świadków oraz dokumentów załączonych przez powódkę, a w konsekwencji dowolne ustalenia dotyczące przesłanek świadczenia wyrównawczego oraz świadczenia karencyjnego m. in. w kwestii wpływu marki pozwanego banku na działalność sprzedażową agencji, utraconych możliwości zarobkowych powoda i korzyści pozwanego banku, rentowności możliwej do uzyskania przez powoda przy podjęciu działalności na rzecz podmiotów konkurencyjnych, „korzyści netto” pozwanego banku w związku z zakazem działalności konkurencyjnej powoda,

- sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią materiału dowodowego, a także z oceną prawną zawartą w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 9 VIII 2006 roku, polegających na przyjęciu, że „istniejące pomiędzy stronami regulacje (...) nie przewidywały żadnego innego wynagrodzenia poza wypłaconą prowizją”, a w konsekwencji naruszenia art. 386 § 6 k.c. jak i art. 328 § 2 k.p.c.,

- naruszenia art. 233 § 1 w związku z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez dowolną ocenę opinii biegłego prof. B. M., w szczególności poprzez nieuzasadnioną dyskwalifikację wywodów biegłego co do wielkości utraconych przez powoda możliwości zarobkowych oraz korzyści pozwanego związanych z zakazem działalności konkurencyjnej po zakończeniu umowy agencyjnej, a w konsekwencji dowolne ustalenia w kwestii przesłanek świadczenia wyrównawczego,

- niewłaściwego zastosowania art. 322 k.p.c. poprzez nie odniesienie się przy szacowaniu wysokości należnych powodowi świadczeń do całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego,

- naruszenie art. 98 § 1 związku z art. 100, 102 oraz art. 108 § 1 i 2 k.p.c. oraz § 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych, poprzez nie rozliczenie kosztów postępowania wywołanych powództwem wzajemnym, a także nieuwzględnienie przy ustalaniu stosunku w jakim strona powodowa wygrała proces roszczenia prowizyjnego zasądzonego wyrokiem Sądu Apelacyjnego z dnia 9 VIII 2006 r, a ponadto poprzez nieuzasadnione obniżenie wynagrodzenia należnego pełnomocnikowi powoda w stosunku do żądania powoda oraz nakładu pracy i stopnia skomplikowania sprawy,

- naruszenia art. 764³ § 1 i 2 k.c. w związku z art. 17 Dyrektywy Rady nr 86/653 z dnia 18 XII 1986 roku w sprawie harmonizacji praw państw członkowskich dotyczących niezależnych agentów handlowych, w szczególności: a) poprzez przyjęcie, iż wysokość wynagrodzenia wyrównawczego zależy od terminu na jaki umowa została zawarta, b) poprzez przyjęcie, iż przez „utracone prowizje”, o których mowa w powołanym przepisie należy rozumieć wyłącznie prowizje w wąskim rozumieniu, a nie także każdy inny rodzaj wynagrodzenia za pozyskaną klientelę ,

- naruszenia art. 764⁷ w związku z 7646 § 3 i 4 k.c., w szczególności poprzez takie rozumienie pojęcia „odpowiednia suma pieniężna za ograniczenie działalności konkurencyjnej”, które abstrahuje od celu świadczenia karencyjnego, jakim jest zapewnienie agentowi możliwości funkcjonowania w okresie karencji w stanie nie pogorszonym, a ponadto poprzez przyjęcie, że korzyści zleceniodawcy i utracone możliwości zarobkowe agenta są równoznaczne z pojęciem dochodu ,

- naruszenia art. 6 k.c. – poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy pozwany nie udowodnił przesłanek słuszności przemawiających za obniżeniem świadczenia wyrównawczego (w szczególności siły przyciągania marki na rynku polskim w okresie 1999 - 2002) , a także przesłanek, które w ocenie Sądu Okręgowego miałyby przemawiać na rzecz obniżenia rozmiaru świadczenia karencyjnego, a w szczególności kosztów uzyskania przez bank korzyści wynikających z zakazu działalności konkurencyjnej powoda,

- obrazy art. 455 w związku z art. 481 § 1 k.c., a w konsekwencji błędne rozstrzygnięcie w kwestii należnych powodowi odsetek za opóźnienie w zapłacie polegające na zasądzeniu tych odsetek nie od daty wezwania pozwanego do zapłaty odszkodowania oraz świadczenia wyrównawczego.

Tym samym strona powodowa wnosiła o zmianę wyroku w zaskarżone części i zasądzenie od pozwanego na swoją rzecz kwot dochodzonych pozwem, to jest:

- 4.034.857,62 PLN wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 12 VI 2002 r. do dnia zapłaty z tytułu świadczenia wyrównawczego ,

- 3.258.350,00 PLN wraz z odsetkami ustawowymi:

- w stosunku do kwoty 500.000,00 PLN od dnia 23 I 2002 roku do dnia zapłaty;

- w stosunku do kwoty 500.000,00 PLN od dnia 24 V 2002 roku do dnia zapłaty;

- w stosunku do kwoty 2.258.350,00 PLN od dnia 23 XII 2002 roku do dnia zapłaty tytułem odszkodowania za szkodę wyrządzoną powodowej agencji,

- kwoty 1.013.844,00 PLN wraz z odsetkami ustawowymi:

- od dnia 3 VI 2002 r. do dnia zapłaty w stosunku do kwoty 337.948,00 PLN,

- od dnia 3 VII 2002 r. do dnia zapłaty w stosunku do kwoty 337.948,00 PLN,

- od dnia 3 VIII 2002 r. do dnia zapłaty w stosunku do kwoty 337.948,00 PLN - tytułem należnego powodowi świadczenia karencyjnego

oraz kosztów postępowania , z uwzględnieniem kosztów związanych z powództwem wzajemnym ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w części, oddalającej roszczenie powoda i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, z pozostawieniem rozstrzygnięcia o kosztach instancji odwoławczej.

Pozwany bank z kolei rozstrzygnięciu sądu I instancji zarzucał :

- nierozpoznanie istoty sprawy (art. 386 § 4 k.p.c.) , brak ustaleń faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia , sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, błędną ocenę materiału dowodowego (art. 233 § 1 k.p.c.):

(a) poprzez zaniechanie ustalenia przesłanek wszystkich dochodzonych roszczeń, (b) poprzez całkowite pominięcie przy ustalaniu stanu faktycznego sprawy treści zawartej pomiędzy stronami umowy agencyjnej, istotnej m.in. z punktu widzenia oceny ważności klauzuli konkurencyjności,

(c) wadliwe, sprzeczne z materiałem dowodowym ustalenie, że w spotkaniu, które miało miejsce w siedzibie powodowej agencji w dniu 21 X 2001 roku brały rzekomo udział osoby uprawnione do reprezentacji banku,

(d) poprzez naruszenie zasad logicznego rozumowania albowiem pomimo braku jakichkolwiek dowodów na okoliczność: rzeczywistej liczby pracowników, którzy rzekomo wypowiedzieli umowy o pracę z powódką, dat rozwiązania poszczególnych umów o pracę, przyczyn rozwiązania umów o pracę w odniesieniu do poszczególnych osób, oraz iż były one rzeczywiście pracownikami agencji , liczby osób, które znalazły zatrudnienie w banku, oraz daty ich ewentualnego zatrudnienia przez pozwanego , Sąd Okręgowy błędnie przyjął, iż to zachowanie pozwanego spowodowało „stopniowe odchodzenie pracowników od powódki, co było bezpośrednią przyczyną braku możliwości dalszego jej funkcjonowania w obrocie” oraz, że „powód, pomimo wypowiedzenia umowy przez pozwanego, prowadziłby dalej swoją działalność” „, gdyby mógł dysponować swoim zespołem sprzedawców” ,

(e) poprzez naruszenie wymogu wszechstronnej oceny dowodów skutkującej ustaleniem, iż rzekomo stopniowe odchodzenie pracowników było bezpośrednią przyczyną braku możliwości dalszego funkcjonowania powódki w obrocie, z całkowitym pominięciem innych obiektywnych okoliczności, które miały bezpośredni wpływ na możliwości dalszego funkcjonowania agencji, w tym: zamkniętego i ograniczonego rynku ewentualnych odbiorców usług pośrednictwa świadczonych przez powódkę , braku w przedmiotowym okresie istotnej konkurencji dla pozwanego , braku w okresie od czerwca do sierpnia 2002 roku na rynku (...) jakiegokolwiek popytu na usługi powodowej agencji,

(f) poprzez pominięcie treści umowy agencyjnej, w której strony uregulowały zasady dotyczące kwestii wzajemnego zatrudniania pracowników przewidując w tym postanowieniu jednostronny zakaz zatrudniania pracowników banku przez powódkę, a nie odwrotnie,

(g) poprzez wadliwe i sprzeczne z zasadami logicznego rozumowania ustalenie wysokości poszczególnych zasądzonych na rzecz powódki kwot odszkodowania, świadczenia wyrównawczego i świadczenia karencyjnego,

(h) poprzez wadliwe ustalenie, że w okresie czerwca do sierpnia 2002 roku na rynku (...) istniał popyt na usługi pośrednictwa finansowego świadczone przez powodową agencję,

(i) poprzez wadliwe ustalenie jakoby pozwany bank podejmował działania „wymierzone w prawidłowe funkcjonowanie powoda na rynku” i „rysowanie perspektywy rychłego zakończenia współpracy” oraz „brak zgody na zatrudnianie nowych pracowników” ,

(j) poprzez naruszenie zasad logicznego rozumowania i całkowicie niezrozumiałe utożsamienie wysokości szkody powódki z wyliczoną przez biegłego B. M. tzw. „górną granicą szacunkowej wartości przedsiębiorstwa w kwocie 3.865.052,50 zł na dzień 2 I 2002 r., co skutkowało zasądzeniem odszkodowania w pełnej żądanej wysokości, w tym zasądzenia dwukrotnie kwot z tytułu świadczenia wyrównawczego i karencyjnego,

(k) poprzez naruszenie zasad logicznego rozumowania , skutkujące błędnym ustaleniem , iż „Bank niewątpliwie uzyskiwał dochody z produktów sprzedanych za pośrednictwem powoda długo po wygaśnięciu umowy agencji” w oparciu o przesłankę, iż „wiadomym jest, że jeżeli chodzi o produkt, jakim jest karta kredytowa, że okres umowy klienta z bankiem nie ogranicza się do roku lub dwóch”, która to przesłanka odnosi się wyłącznie do samych tylko kart kredytowych i jako taka nie może stanowić podstawy do dokonywania logicznie prawidłowych wniosków w

zakresie oceny długości trwania umów dotyczących innych produktów oferowanych przez powoda na podstawie umowy agencyjnej,

(l) poprzez ustalenia, iż „Bank czerpał po wygaśnięciu umowy znaczne korzyści z klientów pozyskanych przez powoda” w oparciu o oszacowany przez biegłego wskaźnik migracji, odnoszący się wyłącznie do klientów którzy zrezygnowali z kart kredytowych,

(m) poprzez pominięcie przy ocenie zasadności i wysokości świadczenia wyrównawczego okoliczności, iż działalność gospodarcza powódki była w 100% finansowana przez pozwanego oraz że powódka w związku z tym nie ponosiła w ogóle ryzyka gospodarczego, co w powiązaniu z innymi względami słuszności, w tym w szczególności możliwością czerpania przez agencję korzyści ze światowej renomy pozwanego banku, powinno prowadzić do oceny, iż świadczenie wyrównawcze powódce nie należy się lub należy się w istotnie niższej wysokości;

(n) poprzez wadliwe, gdyż bezpodstawne ustalenie, że okresy umów pomiędzy bankiem a klientami dotyczące kart kredytowych „nie ograniczają się do roku lub dwóch”,

- obraży art. 32 ust. 1 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 232 k.p.c. i art. 232 k.p.c. poprzez dopuszczenie z urzędu dowodu z opinii biegłego B. M. na okoliczności nie wnioskowane przez żadną ze stron oraz sformułowanie tez dowodowych w sposób jednostronny i jednoznacznie korzystny tylko dla strony powodowej,

- naruszenia art. 286, art. 217 § 2 i art. 227 k.p.c. poprzez bezzasadne oddalenie wniosku pozwanego o dopuszczenie dowodów z opinii instytutu naukowego lub zespołu biegłych na okoliczność weryfikacji opinii biegłego B. M. pod kątem jej poprawności metodologicznej, z uwzględnieniem zarzutów sformułowanych w tym zakresie w opiniach prywatnych uznanych autorytetów naukowych,

- naruszenia art. 272 w zw. z art. 289 k.p.c., a także art. 217 § 2 i art. 227 k.p.c. poprzez bezzasadne oddalenie wniosku pozwanego o dopuszczenie dowodu z konfrontacji biegłego B. M. (1) z Prof. dr hab. G. Ś. oraz dr. hab. prof. D. Z. tj. z autorami ekspertyz dyskwalifikujących opinię ww. biegłego sądowego, pomimo przekonania Sądu Okręgowego o „niedoskonałości” ww. opinii biegłego,

- obraży art. 278 § 1 k.p.c. poprzez wykorzystanie opinii biegłego M. do wykreowania przez Sąd Okręgowy stanu faktycznego sprawy (np., że istniał popyt na usługi powoda w okresie VI-VIII 2002 roku i powód utracił możliwości zarobkowe z powodu istnienia klauzuli konkurencyjności), podczas gdy opinia biegłego nie może służyć do ustalania stanu faktycznego sprawy, a jedynie do przedstawienia sądowi wiedzy specjalistycznej biegłego,

- obraży art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez niedopuszczalną zbiorczą i ogólnikową ocenę dużej grupy świadków,

- naruszenia art. 217 § 2 k.p.c. oraz art. 227 k.p.c. polegające na bezzasadnym oddaleniu wniosków pozwanego o dopuszczenie dowodów z zeznań J. P. (2) i M. C. na okoliczność zgodnego zamiaru stron umowy agencyjnej w zakresie wyłączenia uprawnienia agenta do uzyskania dodatkowego wynagrodzenia z tytułu zawarcia w umowie agencyjnej postanowień o zakazie konkurencji,

- naruszenia art. 217 § 2 k.p.c. poprzez bezzasadne oddalenie wniosków pozwanego o dopuszczenie dowodów z zeznań świadków na okoliczność sposobu dokonywania rozliczeń pomiędzy powodem a pozwanym,

- naruszenia art. 479 § 1 oraz art. 227 k.p.c. polegającego na bezzasadnym oddaleniu wniosków pozwanego o dopuszczenie dowodów z zeznań świadków na okoliczność rzekomego prowadzenia rozmów pomiędzy (...) S.A. a powódką, dotyczących ewentualnej współpracy, stopnia zaawansowania tych rozmów, zakresu współpracy oraz przyczyn nie zawarcia umowy, pomimo wykazania przez bank, iż zostały one zgłoszone w wymaganym przez k.p.c. terminie,

- naruszenia art. 479 § 1 k.p.c. poprzez bezzasadne dopuszczeniu sprekludowanych dowodów w postaci rzekomych projektów umów pomiędzy Bankiem (...) S.A. a powodem oraz rzekomej korespondencji pomiędzy przedstawicielami (...) Bankiem (...) S.A., co skutkowało poczynieniem ustaleń w zakresie istnienia „możliwości zarobkowych” po stronie powoda w okresie od czerwca do sierpnia 2002 roku i utratą tych rzekomych zarobków wywołaną niepodjęciem współpracy z (...) S.A. z powodu istnienia w umowie agencyjnej klauzuli konkurencyjności,
- obraży art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. poprzez nie wskazanie w uzasadnieniu wyroku dowodów na podstawie których sąd I instancji dokonał swoich ustaleń faktycznych i nie wyjaśnienie przyczyn dla których nie dał wiary dowodom wskazanym, pominięcie podstaw faktycznych rozstrzygnięcia w przedmiocie wysokości kwoty odszkodowania i wysokości świadczenia wyrównawczego oraz ograniczenie się w tym ostatnim zakresie do zastosowania „analogicznie” art. 322 k.p.c. ,
- naruszenia art. 158 §1 pkt 2 k.p.c. poprzez prowadzenie protokołu z rozprawy w dniu 13 I 2010 roku, na której miało miejsce przesłuchanie biegłego B. M., w sposób nieodzwierciedlający prawidłowo jej przebiegu, w tym odmowa nagrywania przez sąd lub pełnomocników procesowych pozwanego zeznań biegłego, które dyskwalifikowały przedstawioną opinię,
- obraży art. 160 zd. 2 k.p.c. poprzez nierozpoznanie odwołania pozwanego banku od zarządzenia Przewodniczącego, w przedmiocie odmowy sprostowania protokołu rozprawy z dnia 13 I 2010 roku, co skutkowało tym, iż przy rozstrzygnięciu sprawy Sąd oparł się na protokole rozprawy, którego treść nie odzwierciedla prawidłowo jej przebiegu,
- naruszenia art. 232 k.p.c. i art. 6 k.c. poprzez całkowite nieudowodnienie przez powodową agencję zarówno przesłanek dochodzonych roszczeń, jak i ewentualnie ich wysokości,
- naruszenia art. 6 k.c. oraz art. 278 § 1 k.p.c. poprzez błędne przyjęcie za udowodnione, iż bank odniósł korzyści z obowiązywania zakazu konkurencji a powód utracił możliwości zarobkowe wskutek obowiązywania tego zakazu,
- obraży art. 3 ustawy z dnia 16 IV 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („u.z.n.k.”) oraz art. 3 u.z.n.k. w zw. z art. 38 k.c. poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy zebrany materiał dowodowy nie dawał podstaw do przyjęcia, iż działania pozwanego banku wobec powoda były zawinione, bezprawne lub „sprzeczne z dobrymi obyczajami”,
- naruszenia art. 361 § 1 i § 2 k.c. w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. poprzez ich błędne zastosowanie, pomimo, iż zebrany w sprawie materiał dowodowy nie dawał podstaw do; (a) przyjęcia, że po stronie powoda wystąpiła szkoda rozumiana jako „spadek wartości przedsiębiorstwa”, (b) wyliczenia wysokości tak rozumianej szkody; oraz (c) że pomiędzy zdarzeniami wskazanymi przez Sąd jako sprzeczne z dobrymi obyczajami a szkodą polegającą na „spadku wartości przedsiębiorstwa powoda” istniał adekwatny związek przyczynowy;
- obraży art. 764³ § 1 k.c. w zw. art. 2 ust 2 i ust. 3 - ustawy zmieniającej kodeks cywilny z dnia 26 VII 2000 roku (Dz. U. Nr 74, póź. 857) poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że powodowi przysługuje świadczenie wyrównawcze pomimo, iż zebrany w sprawie materiał dowodowy nie dawał żadnych podstaw do przyjęcia, że Bank czerpał nadal znaczne korzyści z umów z klientami, zawartych przez powoda oraz pomimo ustalenia, iż: (i) powód nie utracił żadnych prowizji od zawartych przez siebie umów, (ii) powód miał świadomość terminowości współpracy z bankiem, a więc daty wygaśnięcia umowy agencyjnej (iii) pozwany prowadził i finansował kampanie reklamowe produktów oferowanych przez powoda w ramach umowy, (iv) klient czerpał korzyści z renomy banku, która umożliwiała powodce łatwe pozyskiwanie klientów oraz (v) działalność agencji była w 100 % finansowana przez pozwanego bank i agencja nie ponosiła w związku z tym żadnego ryzyka gospodarczego w trakcie trwania umowy,
- naruszenia art. 764³ § 2 k.c. poprzez jego błędną interpretację polegającą na uznaniu, iż tzw. górna granica świadczenia wyrównawczego, o której mowa w tym przepisie, stanowi wstępną podstawę wyliczenia wysokości świadczenia wyrównawczego, co doprowadziło w przedmiotowej sprawie do wyliczenia wysokości tego świadczenia w całkowicie wadliwy sposób,

- obrazy art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez ich błędną interpretację i niezastosowanie w niniejszej sprawie, co skutkowało odmową wykładni pkt. 7.6. umowy agencyjnej w oparciu o dyrektywy wynikające z ww. przepisów w zakresie istnienia zgodnego zamiaru stron odnośnie do wyłączenia prawa powódki do uzyskania dodatkowego wynagrodzenia z tytułu zobowiązania do niepodjęcia działalności konkurencyjnej,

- naruszenia art. 58 § 1 k.c., 764⁶ § 1 zd. 2 k.c. oraz art. 2 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 26 lipca 2000 roku o zmianie ustawy - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 74, póź. 857) poprzez ich błędną interpretację i niezastosowanie oraz art. 764⁶ § 3 k.c. poprzez błędne zastosowanie - polegające na uznaniu, iż pkt. 7.6 umowy agencyjnej był postanowieniem ważnym i wiążącym dla stron po dacie 9 XII 2001 roku, pomimo że ww. postanowienie umowne nie spełniało wymogów określonych w ww. znowelizowanym przepisie k.c., tj. nie określało grupy klientów, do których odnosić się miał zakaz konkurencji, ani nie określało obszaru geograficznego, którym ograniczenie konkurencji miałyby obowiązywać,

- naruszenia 764⁶ § 1 i § 4 k.c. oraz art. 764⁶ § 1 i § 4 k.c. w zw. z art. 2 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 26 lipca 2000 roku o zmianie ustawy - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 74, póź. 857) poprzez błędną wykładnię tych przepisów, polegającą na przyjęciu, że powodowi należy się tzw. świadczenie karencyjne podczas, gdy z przepisów tych wynika, że powodowi nie należy się świadczenie karencyjne w żadnej wysokości, albowiem: (i) powód nie utracił z powodu tej klauzuli żadnych możliwości zarobkowych, (ii) nie utracił, ani nie mógł utracić żadnych korzyści z powodu istnienia tej klauzuli, gdyż na jego usługi na terenie (...) nie było żadnego popytu (iii) klauzula ograniczająca konkurencyjność była od samego początku (ex tunc) nieważna, (iv) została odwołana w sposób wyraźny pismami banku z dnia 22 i 27 II 2002 roku, a nadto (v) strona pozwana nigdy nie zawarłaby przed datą nowelizacji k.c. takiej klauzuli konkurencyjności, gdyby wiedziała, że zmuszona będzie płacić świadczenie karencyjne na zasadach wprowadzonych wraz z nowelizacją k.c.

Mając powyższe na względzie pozwany bank wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Odnośnie rozstrzygnięcia w przedmiocie roszczenia odszkodowawczego:

Na wstępie niezależnie od zarzutów apelacyjnych stwierdzić należy, że sąd I instancji nie rozważył powyższego roszczenia w kontekście całej podstawy faktycznej powództwa wskazywanej przez stronę powodową.

Należy bowiem mieć na uwadze, że powódka pierwotnie w pozwie domagała się zasądzenia od strony pozwanej odszkodowania za szkodę wywołaną w jej ocenie następującymi działaniami pozwanego:

- opracowaniem w tajemnicy planu restrukturyzacji dystrybucji przewidującego m.in. likwidację powódki i przejście jej pracowników,

-nieuzasadnionym wypowiedzeniem we wrześniu 2001 r. umowy agencyjnej,

-namawianiu pracowników spółki do rozwiązania umowy o pracę i zorganizowaniu przejścia grupy najbardziej efektywnych pracowników do Agencji (...) przy jednoczesnym blokowaniu odbudowy osłabionych struktur kadrowych powodowej spółki i odmowie efektywnej i lojalnej współpracy z nią w sprawach bieżących (k 5).

Określana wówczas przez powódkę szkoda nie polegała na utracie całej wartości jej przedsiębiorstwa tylko na różnicy wartości przedsiębiorstwa mierzonej jego „siłą sprzedażową” (możliwością pozyskania nowych klientów) na dzień wniesienia pozwu tj. 29 V 2002 r. , a wartością przedsiębiorstwa w sytuacji gdyby bank nie podejmował zarzucanych mu działań. Miarą zaś „siły sprzedaży” przejętych przez pozwanego pracowników miałyby być przeciętne wyniki ich pracy za ostatnie 6 miesięcy (k 16). Postawiona wówczas biegłemu sądowemu teza dowodowa brzmiała: na okoliczność

poniesienia szkody odpowiadającej zmniejszeniu wartości przedsiębiorstwa powoda na skutek spadku zatrudnienia oraz zmniejszenia siły sprzedażowej.

Z powyższego wynika, że powodowa spółka dochodziła naprawienia szkody powstałej jeszcze w trakcie trwania umowy agencyjnej, a polegającej na spadku wartości przedsiębiorstwa, spowodowanym działaniami pozwanego, które doprowadziły do odejścia ze spółki pracowników, a tym samym do obniżenia w ten sposób jej siły sprzedażowej.

Po wniesieniu pozwu tj. z dniem 1 VI 2002 r. wygasła przedłużona na kolejny rok umowa agencyjna. Po upływie pół roku od tej daty, bo w dniu 24 XII 2002 r. strona powodowa rozszerzyła swoje powództwo odszkodowawcze do kwoty 3 258 350 zł opierając je dodatkowo na nowej podstawie faktycznej, wynikającej z okoliczności zaistniałych dopiero po zakończeniu współpracy stron. Wysokość szkody, której powódka domagała się naprawienia odpowiadała już wartości całego jej przedsiębiorstwa (wyliczonego jako średnia wyceny dokonanej metodą dochodową i odtworzeniową), które w jej ocenie zostało zlikwidowane na skutek nie tylko ingerencji banku w integralność zespołu pracowników agencji ale także na skutek nie wypłacenia na jej rzecz przez bank świadczenia wyrównawczego i karencyjnego oraz pełnej prowizji (k 465, 472). W uzasadnieniu tego rozszerzonego powództwa zostało podniesione, że na skutek odmowy wypłacenia przez pozwanego pomimo stosownych wezwań, świadczenia karencyjnego i wyrównawczego sytuacja finansowa spółki, która nie posiadała kapitałów rezerwowych umożliwiających finansowanie przedsiębiorstwa w okresie podejmowania współpracy z nowymi zleceniodawcami uległa gwałtownemu pogorszeniu. Powódka nie posiadała środków finansowych na wypłacenie swoim pracownikom pensji, wobec czego w dalszej kolejności zmuszona była dokonywać redukcji załogi, wprowadzić zwolnienia grupowe, co oznaczało faktyczną likwidację przedsiębiorstwa (k 472).

Z powyższego wynika, że szkoda odpowiadająca wartości przedsiębiorstwa powodowej spółki, której wyrównania domagała się, wynikała z niełojalnego zachowania się pozwanego wobec niej, polegającego nie tylko na odciąganiu pracowników do banku lub powiązanych z nim podmiotów (w czasie trwania umowy i po jej zakończeniu) i braku wyrażenia zgody na zatrudnianie nowych przedstawicieli (w okresie obowiązywania umowy agencyjnej), ale także na odmowie wypłaty prowizji w pełnej należnej wysokości, wypłaty świadczenia wyrównawczego i karencyjnego po zakończeniu współpracy stron, co doprowadziło ostatecznie do faktycznej likwidacji przedsiębiorstwa spółki. Likwidacja ta nie była zatem wyłącznie wynikiem odpływu kadry pracowniczej powódki w okresie trwania umowy agencyjnej, który wywołały nieuczciwe działania pozwanego, ale także wynikiem okoliczności zaistniałych po jej zakończeniu polegających m.in. na odmowie przekazania powódce przez bank należnych jej środków pieniężnych.

Sąd Okręgowy w swoim uzasadnieniu w żaden sposób nie nawiązał do tej rozszerzonej podstawy faktycznej roszczenia, uzasadniając wysokość przyznanego powódce odszkodowania okolicznościami, które miały miejsce przed wniesieniem powództwa w niniejszej sprawie, a które w ocenie samej poszkodowanej nie skutkowały szkodą odpowiadającą całej wartości jej przedsiębiorstwa, tylko spadkiem jego wartości mierzonym siłą sprzedażową czyli innymi słowy przeciętnymi wynikami pracy przejętych przez pozwanego (czy też współpracujące z nim agencje) pracowników powódki.

Spowodowało to, zgodnie z tym co zarzucał w apelacji pozwany, że pomiędzy zachowaniem przypisanym bankowi, naruszającym dobre obyczaje kupieckie a szkodą odpowiadającą spadkowi wartości przedsiębiorstwa powódki na koniec listopad 2002 r., nie zachodził normalny w rozumieniu art. 361§ 1 k.c. związek przyczynowo skutkowy. Co więcej sąd I instancji w sposób całkowicie niezrozumiały i nielogiczny jako wartość zasądzonego odszkodowania przyjął wartość przedsiębiorstwa powódki wyliczoną przez biegłego na dzień 1 I 2002 r. (i to przed korektą opinii), nie obrazującą żadnego spadku wartości przedsiębiorstwa. Już chociażby z tego względu zaskarżone orzeczenie nie mogło w tym zakresie się ostać, nie wspominając już o zasądzeniu w tym odszkodowaniu 50 % wartości dochodzonego świadczenia wyrównawczego i karencyjnego (wyliczenia biegłego k 4164, 4167, 4169).

Za słuszne ponadto należało uznać zarzuty apelacyjne strony pozwanej, że przy przypisywaniu jej przez Sąd Okręgowy czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na podejmowaniu w ostatnim okresie współpracy z agencją działań mających na celu destabilizację jej kadry pracowniczej, niezbędnym było poczynienie ustaleń jaka w tym czasie

część kadry pracowniczej powódki odeszła wskutek tychże bezprawnych działań pozwanego (ale nie tylko do (...) i powiązanych z nim podmiotów), co stanowiło wyznacznik osłabienia siły sprzedażowej przedsiębiorstwa powódki i co dawałoby również obraz kondycji agencji w momencie zakończenia przez nią współpracy z pozwanym , ocenianej pod kątem możliwości nawiązania przez nią współpracy z innym bankiem czy instytucją finansową. Wbrew bowiem stanowisku wyrażonemu w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia po zakończeniu współpracy stron z dniem 1 VI 2002 r. powodowa spółka nie musiała się powstrzymywać od podejmowania działań konkurencyjnych wobec banku przez kolejne 3 miesiące. Okres 6 miesięczny o jakim mowa jest w art. 764⁷ k.c. dotyczy tylko obowiązku zleceniodawcy wypłacania świadczenia karencyjnego, a nie obowiązku zleceniobiorcy powstrzymywania się od podejmowania działań konkurencyjnych. W tym ostatnim przypadku odwołanie ograniczenia działalności konkurencyjnej wywiera skutek natychmiastowy.

W pozwie z dnia 29 V 2002 r. strona powodowa podnosiła, iż na skutek destrukcyjnych działań przedstawicieli pozwanego banku jeszcze w trakcie trwania umowy agencyjnej odeszło wielu jej pracowników, przy czym nie była konsekwentna co do konkretnej ich liczby . W uzasadnieniu pozwu raz bowiem wskazywała, że w okresie od IX 2001 do V 2002 ze spółki odeszło 22 pracowników (k 9) , innym razem, że 30 -stu (k 14).

Z dokumentów dołączonych do pozwu wynikało natomiast , że po mającym miejsce w dniu 21 X 2001 r. zebraniu zorganizowanym na terenie agencji przez pozwanego bank, na którym zostały przekazane pracownikom powódki informacje o zakończeniu współpracy stron tj. w okresie XI-XII 2001 zwolniło się 12 pracowników agencji, w tym 6 osób z (...) , które przeszły do Agencji (...). Wynika to z pisma powódki skierowanego do banku z dnia 23 I 2002 r. (k 148) zawierającego prośbę o wyrażenie zgody na zatrudnienie 12 pracowników nowych w miejsce tych, którzy zwolnili się w XI i XII 2001 r. jak i z pisma z dnia 15 I 2002 r. , w którym powódka domagała się od pozwanego zapłaty odszkodowania w wysokości 500 000 zł w związku z wyrażeniem przez bank zgodny na zatrudnienie pracowników (...) –u przez Agencję (...) (k 141-147). . Następnie na k 176 akt znajdowało się pismo powódki do pozwanego informujące o wypowiedzeniu umowy przez jeszcze jednego pracownika (M. M.). Świadek M. S. (1) zeznał , że także i on odszedł z powodowej agencji przed zakończeniem współpracy stron (k 3301).

W informacji dodatkowej do bilansu powodowej spółki sporządzonego na dzień 12 VI 2002 r. (k 295) podane zostało, iż w dniu 1 IX 2001 r. agencja zatrudniała 72 pracowników, zaś na dzień 12 VI 2002 pracowników 56. Jeżeli weźmie się pod uwagę, iż w pierwszych dniach czerwca 2002 r. z agencji odeszło kolejnych czterech pracowników (w tym trzech do Agencji (...) i jedna do Agencji (...),o czym poniżej), to oznacza to, że stan zatrudnienia z okresu poprzedzającego niezasadne wypowiedzenie umowy agencyjnej przez pozwanego, w porównaniu z dniem wygaśnięcia umowy zmniejszył się co najwyżej o 12 osób.

Podsumowując powyższy materiał dowodowy stwierdzić należy, że w okresie od 24 IX 2001 do dnia 1 VI 2002 r. z agencji odeszło od 12 do 14 osób, w tym co najmniej dwie do Banku (...) (3116-3129 – umowy o pracę złożone przez Bank - B. K., A. K.), 6 do Agencji (...) (pracownicy (...) – zeznania A. S. k 3308) .

W tym miejscu podkreślenia wymaga , że dowodu na ilość pracowników, którzy opuścili powodową agencję w w/ w okresie nie stanowiły wykazy pracowników przedstawione przez stronę powodową na k 184 , 210, 1822 gdyż część z nich nie stanowiła nawet dokumentu w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania cywilnego wobec braku jakiegokolwiek na nich podpisu , poza tym były to w dalszym ciągu tylko twierdzenia strony postępowania. Dowodu na spadek poziomu zatrudnienia nie mogły również stanowić listy płac dołączone do opinii biegłej B. Z. gdyż nie było jakichkolwiek przeszkód aby powódka przedmiotowe dokumenty dołączyła do pozwu czy też pisma rozszerzającego powództwo , czego jednak nie uczyniła narażając się na prekluzję dowodowa wynikającą z art. 479¹² § 1 k.p.c. . Z zeznań świadków przesłuchanych w sprawie, zawnioskowanych w pozwie wynikało natomiast tylko tyle, że po wypowiedzeniu umowy przez bank we wrześniu 2001 r. z agencji zaczęli odchodzić zarówno menagerowie jak i przedstawiciele, ile osób odeszło do dnia 1 VI 2002 r. na podstawie tych zeznań nie sposób było ustalić. Dodatkowo wynikało z tych dowodów , że na początku czerwca 2002 r. z agencji odeszło 4 kolejnych pracowników - 3 pracowników telemarketingu do Agencji (...) i M. K. , który został zwerbowany przez G. K. do Agencji (...) (K. W. k 3312, P. P. k 98) .

Ustalenia faktyczne oparte na nie sprekludowanym materiale dowodowym sprawy były zatem takie, że do końca maja 2002 r. z agencji odeszło 12-14 osób, w tym co najmniej 6 do Agencji (...), 2 do pozwanego banku, a na początku czerwca kolejnych 4 pracowników do agencji powiązanych z pozwanym. (W ocenie Sądu Apelacyjnego opuszczenie powodowej agencji przez wszystkich w/w pracowników było wynikiem niełojalnego zachowania się strony pozwanej o czym będzie mowa poniżej).

Oczywistym jest, że odejście takiej ilości pracowników, nawet najbardziej wyszkolonych i efektywnych nie mogło doprowadzić do zakończenia działalności powodowej spółki, a tym samym do powstania szkody odpowiadającej równowartości jej przedsiębiorstwa, czego zresztą, co już podniesiono, nie twierdziła nawet sama powódka.

Szkoda „finalna” wyrażająca się utratą całej wartości przedsiębiorstwa powódki mogła być zatem rezultatem tylko dalszych okoliczności jakie nastąpiły po zakończeniu współpracy stron. W tym zaś okresie czyny przypisywane przez stronę powodową pozwanemu miałyby polegać nie tylko na odciąganiu w dalszym ciągu pracowników agencji do banku i podmiotów z nim powiązanych, ale także na odmowie wypłaty części prowizji, świadczenia wyrównawczego i karencyjnego, co pozbawiło powódkę środków na prowadzenie bieżącej działalności, w szczególności środków na wypłatę wynagrodzeń pracowniczych, a co z kolei skutkowało zwolnieniami grupowymi pracowników i niemożnością podjęcia nowej działalności.

W ocenie Sądu Apelacyjnego brak było w niniejszej sprawie dowodów wskazujących ilu dokładnie pracowników powodowej agencji odeszło z niej po dniu 1 VI 2002 r. w wyniku „starań” podejmowanych przez G. K. i innych przedstawicieli banku, ilu z uwagi na trudną sytuację finansową w jakiej znalazła się agencja na skutek odmowy zapłaty przez bank należnych jej świadczeń, ilu zostało zwolnionych z pracy w ramach zwolnień grupowych, a ilu jeszcze z innych powodów. Dowodem na pierwszą z w/w okoliczność nie mogła być kserokopia faksu Agencji (...) złożona do akt w dniu 15 XI 2004 r. (k 1795), gdyż strona powodowa nie wyjaśniła w żaden sposób dlaczego listy tej nie była w stanie przedstawić w terminie wynikającym z art. 479¹² § 1 k.p.c. Z zeznań świadka K. W. wynikało, że do Agencji (...) mogło przejść 20 osób (k 3312), z zeznań świadka P. P., że „znakomita część”, a na pewno co najmniej 5 osób z jego grupy, z którymi rozpoczęto rozmowy już przed czerwcem 2002 r. (k 3297). Do Agencji (...) przeszła także, ale dopiero w XII 2002 G. Z. (k 3292). Dodatkowo w oparciu o wyjaśnienia prezesa zarządu powodowej spółki M. S. (2) należało przyjąć, że za namową G. K. do w/w agencji w czasie bliżej nieokreślonym odszedł M. T. oraz po rozmowie z przedstawicielami pozwanego banku w W. - D. B. oraz B. K., w krótkim okresie po zakończeniu współpracy stron (k 3812,3809).

Na pewno w XII 2002 r., a więc już po zwolnieniach grupowych pracowników powódki, w Agencji (...) większość jej kadry pracowniczej stanowili byli pracownicy powodowej spółki (tak G. Z. k 3292). Brak było jednak w niniejszej sprawie dowodów, z których wynikałoby ile konkretnie osób poza M. T., D. B., B. K., 5 osobami z grupy świadka P. P. odeszło do pozwanego banku lub jego nowej agencji, zwerbowanych przez przedstawicieli pozwanego, a ilu do jeszcze innych podmiotów wobec niknących perspektyw agencji na znalezienie nowego kontrahenta, jej trudności finansowych, których efektem końcowym było zresztą zwalnianie pracowników. Sama świadek G. Z. (1) zeznała, że odeszła z agencji w VIII 2002 r. bo „nie mogłam czekać w nieskończoność” k 3295. W świetle jednak powyższych dowodów oraz zasad doświadczenia życiowego i logiki należało przyjąć, iż efekt działalności agitacyjnej przedstawicieli banku i Agencji (...), skierowanej na pozyskanie pracowników powódki, w powiązaniu z odmową zapłaty na rzecz agencji należnych jej świadczeń musiał być duży.

Szkoda, której wyrównania strona powodowa domagała się w niniejszej sprawie została bowiem spowodowana nie tylko działaniem pozwanego godzącym w integralność zespołu pracowniczego agencji, brakiem współpracy przy wykonywaniu umowy ale także i odmową wypłaty przez niego po zakończeniu współpracy stron świadczeń: wyrównawczego, karencyjnego oraz zaległej prowizji.

W ocenie Sądu Apelacyjnego pomiędzy takimi przypisywanymi pozwanemu działaniami a szkodą ujmowaną jako utrata wartości przedsiębiorstwa powódki istniał normalny związek przyczynowo skutkowy w rozumieniu art. 361§ 1 k.c.. Odpowiedzialność banku z powyższego tytułu należało raczej jednak rozpoznawać w kategorii odpowiedzialności

kontraktowej tj. w oparciu o art. 471 k.c. w zw. z art. 760 k.c. oraz 354 § 2 k.c., a nie tak jak przyjął sąd I instancji w oparciu o art. 3 ustawy z dnia 16 IV 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003.153.1503 ze zm.) gdyż wywołanie szkody spowodowane zostało nienależytym wykonywaniem przez bank umowy agencyjnej, polegającym na naruszeniu obowiązku lojalności, obowiązku współpracy przy wykonywaniu zobowiązania , obowiązku zapłaty pełnego wynagrodzenia za wyświadczoną usługę oraz odmowie wypłaty ustawowo zagwarantowanego świadczenia wyrównawczego i karencyjnego. Taką podstawę powództwa wskazywała zresztą alternatywnie sama powódka (k 481) jak i Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 9 VIII 2006. Jedynie w odniesieniu do działań przedstawicieli pozwanej polegających na odciąganiu pracowników powodowej spółki po zakończeniu współpracy stron i odpowiedzialności z tego tytułu pozwanej banku zastosowanie znajdował wskazywany przez Sąd Okręgowy art. 3 w zw. z art. 18 ust 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż powyższe działania w istocie sprzeczne były z klauzulą dobrych obyczajów, polegającą najogólniej rzecz ujmując na przyzwoitym zachowaniu się wobec innych uczestników obrotu gospodarczego.

Artykuł 760 k.c. stanowi, że strony umowy agencyjnej obowiązane są do zachowania wobec siebie lojalności. Oznacza to, że przy realizacji umowy dający zlecenie ma obowiązek uwzględniać interes agenta , powinien współdziałać przy wykonywaniu zobowiązania w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu, zasadom współzycia społecznego ustalonym zwyczajom, przede wszystkim jednak powinien wykonywać podstawowe ciężące na nim obowiązki takie jak zapłata wynagrodzenia jak i również spełnienie świadczenia wyrównawczego i karencyjnego po rozwiązaniu stosunku agencji (Komentarz do kodeksu cywilnego . Księga trzecia zobowiązania , tom II pod red.G. Bienka i innych do art. 760, str. 434, wydanie z 2007 r.).

W świetle prawidłowo poczynionych przez sąd I instancji ustaleń faktycznych nie ulega wątpliwości, że po dniu 26 IX 2001 r. przy realizacji umowy agencyjnej bank w ogóle nie uwzględniał interesu powodowej spółki gdyż odciągał z niej najlepszych pracowników jak i nie wyrażał akceptu na zatrudnianie w ich miejsce nowych (kanał sprzedaży (...)). Wbrew zarzutom apelacyjnym strony pozwanej sąd I instancji wskazał dowody na których się oparł dokonując powyższych ustaleń i prawidłowo je ocenił. Chodzi oczywiście o zeznania byłych pracowników powódki: K. W., G. Z., P. P. a także wyjaśnienia w charakterze strony M. S. jak i zeznania A. S.. Wypowiedzi w/w osób były zgodne wzajemnie się uzupełniające . Wspólnie z korespondencją stron dołączoną do pozwu i pisma rozszerzającego powództwo układały się w logiczną całość. Nie sposób było wbrew zarzutowi apelacyjnemu odmówić w tym zakresie wiarygodności zeznaniom świadka K. W., tylko na tej podstawie, że niewątpliwie pozostawała ona w konflikcie z przedstawicielem banku G. K., skoro jej zeznania znajdowały całkowite potwierdzenie w wypowiedziach pozostałych przesłuchanych osób. Z zeznań przesłuchanych świadków jak i korespondencji dołączonej do pozwu oraz pisma rozszerzającego powództwo wynikało zaś , że przejście pracowników najbardziej efektywnego kanału sprzedaży (...) do Agencji (...) nastąpiło nie tylko za zgodą banku, ale wręcz z jego inicjatywy. W tym zakresie A. S. „ właściciel” Agencji (...) otrzymał propozycję tzw. „nie do odrzucenia” , dostał od pozwanej listę pracowników , których miał zatrudnić (k 3308) . Kolejny pracownik A. S. przyznała, że dostała ofertę pracy w pozwanej banku (jej pismo z k 122). Wszyscy świadkowie opowiadali o propozycjach przejścia do banku lub Agencji (...) jakie pracownikom powódki składał G. K. (1) (który był w agencji reprezentantem banku) . Z dokumentów dołączonych do pozwu i rozszerzonego powództwa wynika , że w/w próbował nawet poza plecami kierownictwa powodowej spółki zorganizować spotkanie z jej pracownikami (k 505-508). Propozycję taką otrzymali zresztą sami świadkowie G. Z. i K. W.. Świadczyli także o nie wyrażaniu przez bank zgody na zatrudnianie nowych osób, co znajdowało potwierdzenie, w piśmie strony pozwanej z dnia 22 II 2002 r. informującym o braku celowości odbudowywania kanały sprzedaży (...) w związku z kończącą się w dniu 1 VI 2002 r. współpracą stron (k 172).

Dodać przy tym należy, że z treści korespondencji pomiędzy stronami dołączonej do pozwu wynikało, że prezes powodowej spółki wielokrotnie apelował bezskutecznie do pozwanej o nie przejmowanie jego pracowników przez bank lub inne agencje z nim powiązane (k 111, 116, 147). Świadczyli, że na spotkaniu zorganizowanym przez pozwanej poza wiedzą prezesa zarządu powodowej spółki w październiku 2001 r. , przedstawiciele banku informowali najpierw menagerów, a potem pracowników agencji o możliwości podjęcia przez nich zatrudnienia po zakończeniu współpracy stron w banku lub pozostałych agencjach . Przy czym przedstawiali to w ten sposób, że

zakończenie współpracy stron łączyć się będzie z likwidacją agencji (świadek m. S., P. P., G. Z.). Świadek M. S. (który odszedł przed zakończeniem współpracy stron do innego podmiotu) zeznał wprost „ głównym powodem mojego odejścia była informacja, którą powziąłem na spotkaniu z przedstawicielami banku. Wtedy zrozumiałem, że agencja będzie zlikwidowana” (k 3302). Dodać należy, że jak wynikało z zeznań wszystkich świadków bank przejmował ludzi tworząc własną agencję na bazie kadry pracowniczej powódki. Świadek P. P. zeznał, iż pracownicy powódki wiedzieli, że znajdują pracę w innej agencji (...), którą tworzył G. K. (k 3298).

Przyznać rację należy Sądowi Okręgowemu, iż nie sposób czynić stronie pozwanej zarzutu z powodu podjęcia decyzji o zakończeniu współpracy z powódką , gdyż wpisane to było w ryzyko prowadzonej przez agencję działalności gospodarczej, która podpisując umowę z dnia 1 VI 1999 r. zgodziła się na zawarcie jej na czas określony. Co więcej zdaniem Sądu Apelacyjnego nie można również czynić zarzutu pozwanemu, że taką informację przekazał pracownikom powódki. Jako jednak nielojalne wobec agencji należało uznać zachowanie banku polegające na przedstawianiu jej pracownikom sytuacji polegającej na zakończeniu nie tylko współpracy ale i działalności powódki przy jednoczesnym gwarantowaniu tymże pracownikom możliwości znalezienia pracy we własnych czy powiązanych strukturach. Takie zachowanie połączone z odmową zatrudniania nowych pracowników, stwarzaniu przez bank problemów w finansowaniu działalności agencji, z działalnością agitacyjną jaką na terenie agencji prowadził G. K. mogło mieć istotny wpływ i we wskazanych powyżej konkretnych przypadkach (12 -14 osób , które odeszły do 1 VI 2002 r., 4 i 8 dalszych, które odeszły w niedługim czasie po zakończeniu współpracy stron) w ocenie Sądu Apelacyjnego miało na decyzje pracowników opuszczenia dotychczasowego miejsca zatrudnienia , jako miejsca niepewnego, nie mającego żadnych perspektyw. Przypomnieć dodatkowo należy, że w październiku 2001 r. kiedy przedstawiciele banku przekazywali pracownikom agencji informacje o zakończeniu współpracy stron z początkiem czerwca 2002 r. , nadal obowiązywała zawarta w umowie z dnia 1 VI 1999 r. klauzula zakazu konkurencji ustanowiona na okres 12 miesięcy, uniemożliwiająca praktycznie powódce prowadzenia jakiegokolwiek działalności zarobkowej po dniu 1 VI 2002 r. Jak już wspomniano w okresie kiedy wiadomym było, że współpraca stron zakończy się z końcem maja 2002 r. bank przestał również współpracować z agencją przy dalszym wykonywaniu nadal przecież jeszcze obowiązującej umowy, czego wyrazem jest chociażby fakt odmowy zapłaty prowizji w wysokości ponad 75 tys. złotych, zasądzonej wyrokiem Sądu Apelacyjnego z dnia 9 VIII 2006 r. czy też korespondencja stron z k 203,223, 227, 252, 508, 509. Dla przykładu można podać kwestię wypłacenia nagród pracownikom, które zostały im przyznane przez G. K. tj. przedstawiciela pozwanego, a na pokrycie których bank nie przekazywał powódce środków pieniężnych (k 125-127).

Z zeznań świadków i wyjaśnień strony powodowej wynikało, że działalność agitacyjna G. K. była kontynuowana po zakończeniu współpracy stron.

Ilu jednak dokładnie pracowników odeszło z powodowej agencji po dniu 1 VI 2002 r. (oprócz w/w 3 z działu telemarketingu, M. K. i dalszych 8 osób) za namową wyżej wymienionego czy też innych przedstawicieli banku nie sposób było dokładnie ustalić. Tym niemniej jednak w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego, a także zeznań przesłuchanych w sprawie osób stwierdzić należy, że do podjęcia tego rodzaju decyzji większość z nich skłoniła nie tylko działalność agitacyjna strony pozwanej ale także sytuacja finansowa w jakiej znalazła się agencja na skutek odmowy banku zapłaty na jej rzecz należnych świadczeń. Nie posiadając środków finansowych i wystarczającego czasu na znalezienie nowego partnera biznesowego powodowa spółka nie była w stanie utrzymać swojej kadry pracowniczej.

Wbrew stanowisku strony pozwanej brak było jak już wspomniano wystarczających podstaw do uznania , że po dniu 1 VI 2002 r. spółka powodowa wobec zwolnienia jej z zakazu konkurencji nie mogłaby funkcjonować na rynku w szczególności gdyby otrzymała od pozwanego należne jej środki finansowe pozwalające na przetrwanie okresu przeznaczanego na poszukiwanie nowego partnera biznesowego. Taki wniosek wynika z opinii biegłego B. M., z zeznań świadka M. R. (1) oraz pracowników powódki. Biegły ustosunkowując się zresztą do zarzutów strony pozwanej dotyczących braku jakiegokolwiek konkurencji na rynku kart płatniczych obszaru (...) w 2002 r. stwierdził, że wejście na w/w rynek produktowy i geograficzny konkurentów pozwanego było tylko kwestią czasu, a zwolnienie powódki z zakazu konkurencji mogło tylko ten proces przyspieszyć (k 4103). Będąc z kolei przesłuchiwany przez sąd dodał, że „ wypłata świadczeń w chwili zakończenia współpracy mogłaby pomóc spółce w zawarciu umowy z innym bankiem. Środki te pozwoliłyby utrzymać personel do czasu zawarcia nowego kontraktu (k 4282)”. Powyższa

ocena biegłego, wynikająca z jego wiedzy specjalnej, doświadczenia zawodowego została prawidłowo wykorzystana przez sąd I instancji do wyciągnięcia wniosków na temat możliwości podjęcia przez powódkę dalszej działalności. Wbrew zarzutowi pozwanego powyższe twierdzenia biegłego nie sposób oceniać w kategorii faktów, tylko wniosków wynikających z posiadanej przez biegłego wiedzy specjalnej. Z kolei z zeznań M. R. (1) prezesa zarządu spółki (...) z siedziba w G., która współpracowała z pozwanym na tych samych zasadach co powodowa agencja tylko na innym obszarze kraju wynikało, że w owym czasie podstawowym kanałem sprzedaży kart kredytowych były agencje, świadek w kilka miesięcy po rozpoczęciu działalności otrzymywał propozycje pracy dla innych banków. Współpracy jednak nie podjął z uwagi na zakaz konkurencji. (k 3671).

O możliwości podjęcia przez powódkę działalności gospodarczej na nowo, po zakończeniu współpracy z pozwanym świadczyły także prowadzone przez nią rozmowy z bankiem (...), o których zeznawali świadkowie P. P. (k 3299), G. Z. (k 3295) i inni pracownicy agencji.

Wbrew zatem twierdzeniom apelacji pozwanego o braku popytu na rynku (...) na usługi wykonywane przez powódkę, nie można było wykluczyć, że powódka w sytuacji utrzymania swojej kadry pracowniczej podjęłaby ponownie działalność gospodarczą na rynku usług pośrednictwa finansowego. Nie można także uwzględnić zarzutu apelacyjnego tej strony postępowania, że przy rozstrzygnięciu sprawy nie został wzięty pod uwagę fakt, iż w omawianym okresie nie było istotnej konkurencji dla pozwanego w zakresie produktów objętych współpracą stron, co musiało zwiększyć trudność powoda w znalezieniu kontrahenta, który zastąpiłby pozwany bank. Jak wynika z przywołanej wypowiedzi biegłego B. M. wejście innego podmiotu na ten sam co powoda rynek produktowy było kwestią czasu. Potwierdzają to same twierdzenia strony pozwanej zawarte w odpowiedzi na rozszerzone powództwo, z których wynikało, że na datę złożenia tej odpowiedzi tj. czerwiec 2003 r. udział pozwanego banku w rynku kart kredytowych wynosił już „tylko” 46,7 % (k 1304), a nie jak w roku 1999 -100 %. Karty kredytowe stanowiły zaś przeważającą część produktów banku sprzedawanych za pośrednictwem powodowej agencji. Problem niniejszego przypadku polega jednak na tym, co słusznie zaakcentował sąd I instancji, że pozwany bank nie dał nawet szansy powódce na zaistnienie na rynku po wygaśnięciu łączącej strony umowy agencyjnej, roztaczając przed jej pracownikami perspektywę zakończenia przez agencję działalności i namawiając ich jednocześnie do przechodzenia do nowo tworzonej agencji, odmawiając przyjmowania w miejsce zwolnionych nowych pracowników, stwarzając kłopoty we wzajemnej współpracy stron przy realizowaniu umowy, odmawiając powódce należnych jej środków pieniężnych po zakończeniu umowy, które wystarczyłyby na utrzymanie agencji jeszcze przez okres co najmniej roku (suma świadczenia wyrównawczego, karencyjnego i zaległej prowizji podzielona przez miesięczny przychód powódki pomniejszony o zaoszczędzone koszty z tytułu rzeczywistego niewykonywania działalności, o których będzie mowa w dalszej części uzasadnienia) tj. wystarczający na znalezienia nowego partnera biznesowego. Tego rodzaju działania pozwanego spowodowały, że z agencji zaczęli odchodzić pracownicy, a ci, którzy zostali z nią do końca musieli zostać zwolnieni z powodu braku środków pieniężnych na pokrycie ich wynagrodzeń. Jak wynika z bilansu powodowej spółki sporządzonego na dzień 30 XI 2002 r. stan zatrudnienia wynosił wówczas 4 osoby (k 660). Spółka de facto uległa likwidacji. Uzasadniało to przyznanie powódce odszkodowania za szkodę odpowiadającą utracie wartości jej przedsiębiorstwa.

Ustosunkowując się do zarzutów apelacyjnych dotyczących stanu faktycznego sprawy jaki legł u podstaw rozstrzygnięcia sądu I instancji o odszkodowaniu stwierdzić należy co następuje:

Strona pozwana w apelacji zarzucała sądowi I instancji, iż nie uwzględnił zapisów umowy łączącej strony, z których wynikał zakaz zatrudnienia ale przez agencję pracowników banku, a nie odwrotnie oraz podnosiła, że nie było przeszkód aby powódka zatrudniała nowe osoby, ale na własny koszt. Z zarzutami tymi nie sposób się zgodzić. Brak w umowie zakazu zatrudniania przez bank pracowników agencji nie oznaczał bowiem możliwości ich przejmowania w sposób naruszający zasady współzycia społecznego czy też jak przyjął to sąd I instancji dobre obyczaje kupieckie. Cytując uzasadnienie tego sądu podnieść należy, że „bank chcąc nakłonić pracowników (...) do zmiany pracodawcy powinien czynić to poprzez zaproponowanie im konkurencyjnych wobec dotychczasowych warunków pracy, płacy, rozwoju itp. Nie wpływać zaś na decyzję pracowników „obniżając wartość dotychczasowego pracodawcy w ich oczach, wskazując na rychłe zakończenie jego funkcjonowania na rynku i brak perspektyw.” Dla uwypuklenia istoty nielojalnego zachowania pozwanego dodać należy, że sąd I instancji nie czynił bankowi zarzutów dotyczących

przejmowania pracowników agencji przed atmosferą wywołaną wypowiedzeniem umowy z dnia 24 IX 2001 r., które przecież także miały miejsce. Wówczas jednak przejście tych osób do banku podyktowane było tylko perspektywą znalezienia przez nich lepszej pracy, a nie perspektywą utraty pracy dotychczasowej.

Jeżeli chodzi natomiast o wskazywaną w apelacji możliwość zatrudniania przez powodową spółkę pracowników na własny koszt, to rozumowaniu takiemu należy przypisać brak logiki wobec faktu, iż jak wynika z umowy agencyjnej (§ 1 pkt 1.3) w okresie jej obowiązywania agencja miała powstrzymać się od wykonywania innych działań niż określone w umowie, a wynagrodzenie za wykonywanie działań określonych w umowie płacił jej pozwany bank (§ 5). Powstaje w związku z tym pytanie o celowość zatrudniania przez powódkę nowych pracowników, którzy jako pracownicy nie zaakceptowani przez pozwanego nie mogliby świadczyć jakiegokolwiek pracy, jak i o źródła finansowania ich zarobków. Nieprawdą jest także, że powódka mogła podjąć z dniem 1 III 2002 r. działalność konkurencyjną. W piśmie strony pozwanej skierowanym do agencji z dnia 22 II 2002 r. (k 171) mowa jest bowiem o możliwości podjęcia działalności dla innych instytucji bankowych po zakończeniu współpracy z bankiem tj. po 1 VI 2002 r.. Kolejnym zaś pismem z dnia 27 II 2002 r. (k 175) bank odwołał zakaz konkurencji powołując się na art. 764⁷ k.c. oraz art. 7 ust 6 umowy, co oznacza, iż odwołanie dotyczyło zakazu, który miał obowiązywać po zakończeniu umowy agencyjnej – art. 764⁷ w zw. z art. 764⁶ § 1 k.c.. Jeszcze raz przypomnieć należy, iż nie zostały „odwołane” postanowienia § 1.3 ani §4.4 umowy z dnia 1 VI 1999 r..

Nie można było również zgodzić się z pozwanym, iż przypisywane mu przez sąd I instancji, jak i tym samym niniejszy Sąd Apelacyjny działania sprzeczne z zasadą lojalności kontraktowej nie były w świetle przepisu art. 38 k.c. jego działaniami (zarzut naruszenia art. 3 ustawy o z.n.k. w zw. z art. 38 k.c.). Bank odpowiada za działania swoich pracowników czy też innych osób za pomocą których swoje zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza (art. 474 k.c.). Nie ulega zaś najmniejszej wątpliwości, że umowę agencji zawartą z powodową spółką bank wykonywał m.in. za pośrednictwem G. K. (1), który zresztą przebywał w siedzibie agencji, pośredniczył pomiędzy nią a kierownictwem banku, że decyzje w sprawie realizacji umowy, jej zakończenia podejmował dyrektor A. K. również obecny na spotkaniu z pracownikami zorganizowanym w X 2001 r.. Za działania G. K. i innych pracowników banku godzące w integralność zespołu pracowniczego powódki, kontynuowane po zakończeniu współpracy stron, pozwany odpowiada zaś na zasadzie art. 430 k.c. w zw. z art. 3 u.z.n.k..

Odnosnie z kolei zarzutu bezzasadnego pominięcia przez sąd I instancji wniosków dowodowych w postaci zeznań świadków zgłoszonych na okoliczność rozmów powodowej agencji z bankiem (...), stopnia zaawansowania tych rozmów, z punktu widzenia możliwości podjęcia współpracy, to stwierdzić należy, że dowody te były sprekludowane. Potrzeba i możliwość ich powołania istniały już w momencie składania przez pozwanego odpowiedzi na rozszerzone powództwo, w którym mowa była o tym, że bezpośrednim skutkiem dezorganizacji przedsiębiorstwa powodowej spółki na skutek działań pozwanego, było zawieszenie rozmów z (...), które wobec braku środków finansowych i kadr stały się bezprzedmiotowe (k 473).

Rację natomiast należy przyznać pozwanemu, że sąd I instancji niezasadnie oparł swoje ustalenia faktyczne na dowodzie w postaci projektów umów jakie miały być zawarte pomiędzy powódką a (...) oraz korespondencji pomiędzy tymi podmiotami. Dowody powyższe zostały złożone do akt dopiero w dniu 13 I 2009 r. (k 3756), a strona powodowa podnosiła, że możliwość ich przedstawienia zaistniała dopiero w tym momencie z uwagi na zwolnienie agencji z tajemnicy negocjacji, które nastąpiło zwyczajowo dopiero po 5 latach licząc od końca roku 2003. Po pierwsze Sądowi Apelacyjnemu nie są znane takie zwyczaje, z których wynikałaby konieczność utrzymywania w tajemnicy ustaleń negocjacji przez okres kolejnych 5 lat od ich zakończenia. Po drugie jak wynikało z wyjaśnień M. S. (2) wszelkie negocjacje pomiędzy powodową spółką a (...) zakończyły się we wrześniu 2002 r., „potem bank już się nie kontaktował” (k 3816). Stwierdzić zatem należy, że złożenie w/w dokumentów nastąpiło z uchybieniem terminowi wynikającemu z art. 479¹² §1 k.p.c. w brzmieniu zarówno obowiązującym do dnia 20 III 2007 r. jak i nadanemu temu przepisowi ustawą z 16 XI 2006 r. (Dz.U. 2006.235.1699). Dlatego też powyższe dowody nie stanowiły podstawy ustaleń faktycznych Sądu Apelacyjnego, nie były brane pod uwagę przy ustalaniu okoliczności istnienia popytu na usługi świadczone przez agencję w roku 2002 na terenie (...), ani przy ustalaniu wysokości należnego powódce

odszkodowania. Z zeznań przesłuchanych w sprawie świadków, byłych pracowników Agencji P. P. k 3299, G. Z. k 3295 wynikało, że były prowadzone rozmowy z (...), tym niemniej jednak świadkowie nie wiedzieli na jakim znajdowały się one etapie i dlaczego nie doprowadziły do zawarcia umowy. Przyczyny obciążające pozwanego za w/w stan rzeczy podawała natomiast świadek K. W. (k 3311) oraz prezes zarządu powódki. Zdaniem Sądu Apelacyjnego wypowiedzi jednak tych dwóch ostatnich osób nie były zgodne. Zdaniem K. W. (1) do zawarcia umowy nie doszło, bo jeden z dyrektorów (...) zapytał nas o podbieranie nam kadry przez Bank (...). Obawiał się, że nie damy rady zrealizować umowy z uwagi na braki kadrowe." Z wyjaśnień natomiast M. S. (2) wynikało, że zaproszony przez (...) wysłuchał przedstawionej mu oferty, której jednak nie mógł przyjąć, gdyż nie był w stanie jej zrealizować z uwagi na przejście pracowników agencji przez pozwanego bank (k 3815). Poza tym jakie były przyczyny fiaska rozmów podjętych z (...) i jak realna była szansa zawarcia z nim umowy nie sposób zdaniem Sądu Apelacyjnego było ustalić jedynie w oparciu o twierdzenia tylko jednej strony tych rozmów, tym bardziej, że z wypowiedzi świadka wynikało, że to bank wycofał się z negocjacji, z wyjaśnień zaś prezesa zarządu powódki, że to on musiał przyznać, że nie będzie w stanie wykonać przedstawionej mu oferty. Tym niemniej jednak zdaniem Sądu Apelacyjnego za udowodniony zeznaniami świadków i wyjaśnieniami strony powodowej należało przyjąć fakt prowadzenia rozmów pomiędzy agencją a (...), co uwiarygodniało możliwość podjęcia przez powódkę działalności gospodarczej na nowo, po zakończeniu współpracy z pozwanym.

Jeżeli chodzi natomiast o wysokość poniesionej przez powódkę szkody z tytułu nielojalnego, sprzecznego z dobrymi obyczajami zachowania się pozwanego zarówno w okresie obowiązywania umowy jak i po jej zakończeniu, to stwierdzić należy, iż odpowiadała ona różnicy wartości przedsiębiorstwa spółki wyliczonej przez biegłego B. M. na dzień 1 I 2002 r., kiedy jeszcze przedsiębiorstwo to funkcjonowało w miarę normalnie oraz zatrudniało około 70 pracowników i na dzień 30 XI 2002 r. kiedy de facto przestało już istnieć o czym świadczy bilans spółki sporządzony na ten dzień oraz jego załączniki (k 655, 659, 660). Oczywiście do wartości przedsiębiorstwa powodowej spółki zgodnie z zarzutami apelacyjnymi pozwanego nie można było wliczać 50% wartości świadczenia wyrównawczego i karencyjnego, gdyż stanowiłoby to podwójne (w 50%) zasądzenie tego samego świadczenia na rzecz powódki. Z opinii biegłego B. M. (k 3894) oraz jej uzupełnienia (k 4162) wynikało, że wartość przedsiębiorstwa na dzień 1 I 2002 r. wyliczona metodą skorygowanych aktywów netto wynosiła (bez wartości dochodzonych świadczeń karencyjnego i wyrównawczego) 1 846 797,49 zł zaś na dzień 30 XI 2002 r. zero, spółka posiadała dodatkowo jeszcze długi w wysokości – 338 123,40 zł. (2267106,52 - 2 605 229,90) Różnica w wartości przedsiębiorstwa powodowej agencji w w/w datach wynosiła zatem 1 846 797,49 zł. Przy przyjęciu z kolei metody likwidacyjnej różnica ta została wyliczona na kwotę 181 856,70 zł. Sąd Okręgowy prawidłowo uznał, że w okolicznościach niniejszej sprawy metodą właściwszą dla ustalenia utraty wartości przedsiębiorstwa powódki będzie metoda skorygowanych aktywów netto, która określa wartość spółki przy założeniu prowadzenia przez nią dalszej działalności. Kontynuowania zaś właśnie tej działalności pozbawiły powódkę wyżej ustalone nielojalne zachowania pozwanego mające miejsce zarówno w trakcie jak i po zakończeniu umowy stron. Sąd Okręgowy słusznie także przyjął, że wartość przedsiębiorstwa powodowej spółki stanowiły głównie jej „zasoby ludzkie”, wartość których biegły ustalił metodą „odtworzeniową” tj. według przybliżonego kosztu niezbędnego do ponownego odtworzenia kadry pracowniczej. Biorąc pod uwagę przedmiot działalności spółki to właśnie zespół wyszkolonych, wykwalifikowanych, doświadczonych pracowników stanowił jej największą wartość, jej kapitał. Rozbieżność stanowisk w tym względzie biegłego sądowego ze stanowiskiem wyrażonym w opinii prywatnej prof. G. Ś. jest sporem teoretycznym z zakresu rachunkowości, finansów przedsiębiorstw, którego rozwiązanie nie należało do sądu rozstrzygającego niniejszą sprawę. Przypomnieć bowiem należy, że sąd ocenia opinię biegłego stosując takie kryteria jak poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania sformułowanego w niej stanowiska oraz stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, a także zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej (SN z 15 XI 2002 r. V CKN 1354/00). Stosując powyższe kryteria uznać należało opinię biegłego B. M. w zakresie dokonanej przez niego wyceny przedsiębiorstwa powodowej spółki za dowód podlegający uwzględnieniu. Wyjaśnienia biegłego, że metodyka wyceny przedsiębiorstwa uwzględnia możliwość wyceny tzw. aktywów niematerialnych, które z punktu widzenia zasad rachunkowości rzeczywiście nie stanowią składników majątkowych przedsiębiorstwa, ale w sposób bezsporny konstytuują jego wartość (k 4107) uznać należało za logiczne i przekonujące. Wystarczy bowiem odwołać się do wiedzy powszechnej aby uznać, że

znaczącą wartością wielu przedsiębiorstw stanowią właśnie dobra niematerialne takie jak kontakty handlowe czy know-how prowadzenia działalności, które przecież nie są wykazywane w bilansach przedsiębiorstw.

Nie było również zadaniem sądu w niniejszej sprawie rozstrzygnięcie „sporu” pomiędzy biegłym B. M. a dr. P. P. (4) dotyczącego najwłaściwszej metodologii wyceny przedsiębiorstwa powódki. Strona powodowa powołując się na opinię poza sądową tego ostatniego autora twierdziła, że w niniejszym przypadku zastosowanie powinna znaleźć metoda dochodowa wyceny. Sąd Apelacyjny uznaje natomiast za przekonujące wyjaśnienia biegłego sądowego B. M., iż z uwagi na deficyt jaki spółka osiągała w latach 2000-2002 sposób wyceny przedsiębiorstwa metodą dochodową nie był jedynie właściwy. Ustosunkowując się do dokonanej tą metodą wyceny przedsiębiorstwa powódki przez dr. P. P. biegły sądowy podnosił, że „wycena ta oparta jest na wykreowaniu solidnej nadwyżki gotówki w okresie prognozy, podczas gdy dane historyczne pokazują stratę. A zatem linia trendu prognozowanej nadwyżki (dodatniej) odchyła się w tej wycenie bardzo znacząco od linii trendu nadwyżki historycznej (ujemnej). Okoliczność powyższa nakazuje uznać, że sporządzona prognoza nie stanowi wiarygodnej podstawy dla wyceny dochodowej” (k 4107).

W końcu podnieść również należy, że strona powodowa po wydaniu przez biegłego M. opinii nie zgłosiła dowodu o dokonanie wyceny przedsiębiorstwa metodą dochodową ograniczając się do popierania opinii pozasądowej dr. P. P.. Opinia ta jednak nie stanowiła dowodu w sprawie, na którym można byłoby oprzeć rozstrzygnięcie. Jak wyraził to Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 I 2010 r. I CSK 199/09 „Jeżeli strona dołącza do pisma procesowego ekspertyzę pozasądową i powołuje się na jej twierdzenia i wnioski, ekspertyzę tę należy traktować jako część argumentacji faktycznej i prawnej przytaczanej przez stronę. Gdy strona składa ekspertyzę z intencją uznania jej przez sąd za dowód w sprawie, wówczas istnieją podstawy do przypisania jej także znaczenia dowodu z dokumentu prywatnego (art. 245 k.p.c.). Pozasądowa opinia rzeczoznawcy jako dokument prywatny stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd, nie korzysta natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń.”

Dowodami mającymi potwierdzić wysokość utraconych przez spółkę dochodów nie mogły być także zeznania świadka K. W. jak i wyjaśnienia M. S., którzy twierdzili, że w negocjacjach z (...) zaproponowana została prowizja w wysokości 105 dolarów za jedną kartę kredytową. Jak już podniesiono w oparciu jedynie o w/w dowody osobowe nie sposób było ustalić jak realna była szansa zawarcia umowy z (...). Z wyjaśnień prezesa zarządu powodowej spółki wynikało, że (...) oczekiwał, iż w ciągu 2 miesięcy agencja sprzeda 10 000 kart kredytowych (k 3815). Przypomnieć natomiast należy, iż najlepszy wynik jaki osiągnęła powódka w sprzedaży wynosił 1771 wszystkich produktów miesięcznie (dane z opinii biegłej S. P.), a nie 5000 i to tylko samych kart.

Odnosnie z kolei uwag strony powodowej, iż przy zasądzeniu odszkodowania sąd I instancji nie wziął pod uwagę strat poniesionych przez agencję przed 1 I 2002 r. to podnieść należy, iż po pierwsze powódka wysokości tych strat nie wykazała, wnosząc co prawda w piśmie rozszerzającym powództwo o dopuszczenie na powyższą okoliczność dowodu z opinii biegłego, tym niemniej jednak po wydaniu opinii przez B. M. dowodu tego nie popierała (podobnie przed Sądem Apelacyjnym).

Po drugie należało mieć na uwadze sposób w jaki strona powodowa określała szkodę, której wyrównania domagała tj. jako równowartość swojego przedsiębiorstwa (k 472). Biegły B. M. szkodę taką oszacował biorąc pod uwagę średni poziom zatrudnienia pracowników w powodowej Agencji tj. 70 osób, a więc poziom zaniżony jedynie o 2 osoby w porównaniu z liczbą pracowników jaką posiadała spółka w dniu 1 IX 2001 r., co wynika ze wspomnianych już dodatkowych informacji do jej bilansu sporządzonego na dzień 16 VI 2002 r. (k 295).

Przy ustalaniu wartości przedsiębiorstwa strony powodowej Sąd Apelacyjny nie brał także pod uwagę twierdzeń zawartych w załączniku do opinii sporządzonej przez (...) (k 4992), gdyż dowód powyższy został dopuszczony na inne niż wycena przedsiębiorstwa agencji okoliczności (postanowienie z 24 XI 2010 r. k 4797). Autorzy opinii wyszli poza zakres zleconego im zadania dokonując oceny opinii B. M. . Dodać tylko na marginesie należy, iż ich rozważania na temat braku zasadności wliczenia do majątku spółki tzw. zasobów ludzkich z uwagi na poniesione przez bank nakłady na pracowników agencji pozbawione były logiki. Niezależnie bowiem od wkładu pozwanego banku w

podnoszenie kwalifikacji kadry pracowniczej powódki, na dzień 31 V 2002 r. tj. na datę zakończenia współpracy stron to agencja dysponowałaby tak wyszkolonymi pracownikami, dzięki którym w dalszym ciągu mogłaby świadczyć usługi pośrednictwa finansowego na rzecz już innego podmiotu.

Mając wszystkie powyższe okoliczności na uwadze należało uznać, że wysokość należnego powodowej spółce odszkodowania stanowiła wyliczona w oparciu o opinię biegłego sądowego wartości utraconego przedsiębiorstwa powódki, która wynosiła 1 846 797,49 zł. W związku z powyższym Sąd Apelacyjny dokonał zmiany zaskarżonego orzeczenia poprzez zmniejszenie zasądzonego przez sąd I instancji na rzecz powódki odszkodowania do w/w kwoty. Nie było natomiast podstaw do zmiany tej części orzeczenia w zakresie dotyczącym zasądzenia odsetek ustawowych od kwoty odszkodowania, które przyznane zostały przez Sąd Okręgowy od dnia 24 XII 2002 r. Powódka domagała się odsetek ustawowych od kwoty 500 000 zł. od dnia 23 I 2002 r., od dalszej kwoty 500 000 zł od dnia 24 V 2002 r. i od pozostałej wysokości odszkodowania od dnia 23 XII 2002 r. Żądanie to przy szkodzie odpowiadającej różnicy wartości przedsiębiorstwa wyliczonej na dzień 1 I 2002 i 30 XI 2002 było niezasadne. Nie wiadomym bowiem jest czy a jeżeli tak to jakiej wysokości szkoda istniała już po stronie powodowej w dniu 23 I 2002 r. czy też 24 V 2002 r. Nie było ponadto dowodu na to, że w okresie od 30 XI 2002 r. do daty wniesienia pisma rozszerzającego powództwo powódka wzywała stronę pozwaną do zapłaty odszkodowania za spowodowanie całkowitej utraty wartości przedsiębiorstwa.

Roszczenie karencyjne:

Na wstępie stwierdzić należy, że wbrew zarzutowi apelacyjnemu strony pozwanej dotyczącemu naruszenia art. 58 §1 k.c. w zw. z art. 764⁶ §1 k.c., zawarta w umowie agencyjnej z dnia 1 VI 1999 r. klauzula zakazu konkurencji była ważnym postanowieniem umownym, spełniającym wymogi określone w ostatnim z przywołanych przepisów. Nie można było jednak podzielić stanowisku Sądu Okręgowego, iż w tym zakresie wiążąca była ocena prawna wyrażona w wyroku niniejszego Sądu Apelacyjnego z dnia 9 VIII 2006 r., ponieważ w tej części wyrok Sądu Okręgowego z dnia 3 VI 2005 r. nie został uchylony i sprawa nie została przekazana do ponownego rozpoznania, tak jak wymaga tego art. 386 § 6 k.p.c.. Roszczenie karencyjne stało się przedmiotem ponownych rozważań sądu I instancji na skutek wyroku Sądu Apelacyjnego, ale z dnia 27 XI 2007 r., który żadnych wskazówek w tym zakresie nie zawierał. Tym niemniej jednak Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie uznaje ocenę prawną ważności postanowień § 7 pkt 7.6 umowy agencyjnej wyrażoną w uzasadnieniu wyroku z dnia 9 VIII 2006 r. za własną. Powtórzyć zatem należy, że wprawdzie w wyżej wymienionym postanowieniu umownym nie zostało wprowadzone wprost zastrzeżenie, że zakaz świadczenia usług związanych ze sprzedażą bezpośrednią produktów finansowych dotyczy terenu województwa (...), jednakże powołana klauzula jest integralną częścią tej umowy, a w §1 pkt 1.1. został określony teren, którego dotyczą zobowiązania agencji. Wbrew stanowisku zaprezentowanemu w apelacji ważnie zawarta klauzula zakazu konkurencji nie musiała wyraźnie określać obszaru geograficznego, na którym byłemu agentowi nie wolno było prowadzić działalności konkurencyjnej, takich wymogów przepis art. 764⁶ § 1 k.c. nie stawia. Przepis mówi, że ograniczenie jest ważne jeżeli dotyczy m.in. obszaru geograficznego, objętego działalnością agenta. A, że takie ograniczenie w niniejszym przypadku było, dało się wyprowadzić z całokształtu treści umowy. Dodać tym samym należy, że obszar, którego dotyczyła klauzula konkurencyjności wbrew zarzutowi apelacyjnemu nie był obszarem szerszym od terytorium działania agenta, które wykazywało zresztą jak wynika z zeznań świadków P. P., K. W. pewne odstępstwa od postanowień umownych, ale niewątpliwie dokonane za zgodą pozwanego banku, o czym mówił prezes powodowej spółki w swoim przesłuchaniu (k 3722).

Zgodnie zatem z art. 764⁶ § 1 k.c. w umowie agencyjnej z dnia 1 VI 1999 r. określone zostały geograficzne i przedmiotowe ramy zakazu konkurencji.

Należy także podzielić wyrażony w wyroku z dnia 9 VIII 2006 r. pogląd, iż brak było podstaw do przyjęcia, że umową agencyjną z dnia 1 VI 1999 r. strony wyłączyły obowiązek dającego zlecenie zapłaty na rzecz powódki świadczenia karencyjnego. Po pierwsze brak jest takiego zapisu umownego na co zwracał uwagę także sąd I instancji. Po drugie zapisu takiego nie mogło być skoro na dzień zawierania przedmiotowej umowy nie istniał w ogóle tego rodzaju obowiązek dającego zlecenie, który do kodeksu cywilnego został wprowadzony dopiero nowelą z dnia 26 VII 2000

r. (Dz.U. 2000.74.857). Sam pozwany w swojej apelacji pisze, że „strony po prostu nie przewidywały w jej treści obowiązku dokonania takiego świadczenia lub nawet jakiegokolwiek innego świadczenia pieniężnego za obowiążanie klauzuli konkurencyjności”. Tym samym nie sposób było przyjąć, iż wyłączenie tego nieznanego wówczas jeszcze obowiązku objęte zostało zamiarem stron, tak jak próbowała wykazać strona pozwana dowodem z zeznań świadków zgłoszonych dopiero w dniu 14 XI 2007 r. , a więc dowodem sprekludowanym, czego nie może zmienić fakt, że w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 XI 2007 r. Sąd Apelacyjny nakazał rozważyć czy dowody powyższe nie będą przydatne w sprawie. Sąd odwoławczy nie oceniał bowiem wówczas powyższych wniosków dowodowych pod kątem terminowości ich wniesienia (art. 479¹⁴§ 2 k.p.c.). Dodać w tym miejscu również należy, że strona pozwana mogła uniknąć obowiązku wypłaty świadczenia karencyjnego gdyby wcześniej cofnęła zawarty w umowie z dnia 1 VI 1999 r. zakaz konkurencji jak również w sytuacji gdyby w okresie rocznym o jakim mowa jest w art. 2 ust 3 ustawy nowelizującej kodeks cywilny z dnia 26 VII 2000 r. (Dz.U. 00.74.857) tj. do 9 XII 2001 r. spowodowała zmianę umowy agencyjnej poprzez wyłączenie obowiązku świadczenia karencyjnego o jakim mowa w § 3 art. 764⁶ k.c., skoro w istocie jak twierdzi taki był zamiar obu stron . Powyższy roczny okres wejścia w życie nowych postanowień regulujących kodeksową umowę agencyjną odnoszący się do umów zawartych pomiędzy profesjonalistami został przez ustawodawcę wprowadzony właśnie w celu podjęcia przez zlecających negocjacji z agentami, w kwestii takiej zmiany warunków istniejącej umowy agencyjnej, aby uwzględnić zwiększone ryzyko zlecających, wynikające z ewentualności świadczenia karencyjnego, na wypadek rozwiązania umowy. Pozwany jako profesjonalnie działający podmiot, dający zlecenie agentowi, poinformowany został zawczasu o swojej zmienionej sytuacji prawnej, mógł zatem podjąć w tym zakresie stosowne negocjacje zmierzające do dostosowania istniejącego stosunku prawnego do zmienionych zasad wprowadzonych nowelizacją kodeksu cywilnego z 26 VII 2000 r.. W szczególności pozwany bank mógł nie przedłużyć zawartej do dnia 1 VI 2001 r. umowy łączącej strony znając już treść uchwalonych w dniu 26 VII 2000 r. przepisów prawnych i ewentualnie w jej miejsce zawrzeć nową umowę dostosowaną w swojej treści do zmian kodeksowych.

Nie sposób również podzielić stanowiska pozwanego, że ustalone przez strony umowy wynagrodzenie zostało tak skalkulowane , aby uwzględnić negatywne konsekwencje , jakie wynikały dla agenta z faktu zaciągnięcia zobowiązania o zakazie konkurencji. Przypomnieć bowiem należy, że jak wynikało z wycień biegłych sądowych występujących w niniejszej sprawie działalność prowadzona przez spółkę w latach 2000-2002 miała charakter deficytowy. Jej prowizja odpowiadała 1-1,6 % ponoszonych w związku z działalnością agencyjną kosztów (stosunek wynagrodzenia stałego płaconego przez bank do wysokości płaconej prowizji) i wyniosła za 3 lata współpracy ogółem 197 283 zł tj. 65 904 zł średniorocznie (dane wskazane przez bank k 1297 plus kwota 75 283 zł. zasądzona przez SA w wyroku z 9 VIII 2006) . Pokrywana z niej była także dalsza część wydatków związanych z działalnością spółki , takich chociażby jak prowizje przedstawicieli handlowych (koszty nie objęte zał. nr 4 do umowy). Jeżeli można byłoby zatem mówić o otrzymaniu już przez agenta substratu wynagrodzenia za powstrzymanie się od działalności konkurencyjnej to tylko i wyłącznie za okres trwania umowy, kiedy pozwany bank w formie wynagrodzenia pokrywał koszty działalności spółki, ponosząc przy tym ryzyko gospodarcze jej działalności, spółka zaś zobowiązała się świadczyć usługi tylko na jego rzecz.

Przechodząc tym samym do oceny rozstrzygnięcia sądu I instancji pod kątem zasadności ustalenia wysokości świadczenia karencyjnego to stwierdzić należy, że było ono całkowicie niezrozumiałe i niezgodne z przesłankami określonymi w art. 764⁶ § 4 k.c.

Przede wszystkim zacząć należy od tego, że świadczenie karencyjne jak wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego wydanego w niniejszej sprawie ma charakter świadczenia kompensacyjnego, mającego stanowić rekompensatę finansową agenta za wprowadzenie zakazu działalności konkurencyjnej. Jak podają autorzy komentarza do Kodeksu cywilnego . Księga trzecia. Zobowiązania pod red. G. Bieńka i innych. Tom II (str. 507) zastosowany w kodeksie sposób określenia wysokości świadczenia karencyjnego odbiera jednak sumie o jakiej mowa w tym przepisie charakter typowego odszkodowania. Z czym należy się zgodzić, gdyż sposób ten nie gwarantuje agentowi pokrycia w całości poniesionej przez niego szkody (w sytuacji gdy utracone możliwości zarobkowe agenta , będą przewyższały wysokość korzyści uzyskanych przez bank).W Systemie prawa prywatnego. Prawo Zobowiązań. Część

szczegółowa. Tom VII pod red. J. Rajskiego zostało stwierdzone wprost, że odpowiedzialność dającego zlecenie z tytułu klauzuli zakazu konkurencji nie ma charakteru odpowiedzialności odszkodowawczej.

Ratio legis nałożonego na dającego zlecenie obowiązku wypłacenia agentowi świadczenia karencyjnego polega na tym, że „dający zlecenie odnosi korzyści z powodu nieprowadzenia działalności konkurencyjnej na określonym rynku lub w odniesieniu do określonej grupy klientów, w zakresie określonych usług lub towarów. Dla agenta ograniczenie to jest natomiast szczególnie dotkliwe w sytuacji, gdy jest on podmiotem wyspecjalizowanym na rynku w zakresie prowadzonej działalności (tak jak w niniejszym przypadku). Wówczas agent o ile nie podejmie decyzji o zmianie zakresu swojej działalności, z czym związane są wydatki, jest zmuszony do jej zaprzestania na czas obowiązywania klauzuli. To z kolei jest dla niego wymiernym w pieniądzu uszczerbkiem”. (System Prawa Handlowego, Tom 5 Prawo Umów Handlowych pod. Red. S. Władyki, z 2006 r., s. 574).

Jak wynika z kolei z dołączonego do apelacji powoda fragmentu komentarza do § 90 a niemieckiego kodeksu handlowego oraz Orzecznictwa Niemieckiego Federalnego Sądu Najwyższego w niemieckim systemie prawnym do którego nawiązuje uregulowanie zawarte w art. 764⁶ k.c., świadczenie karencyjne ujmowane jest w ogóle jako wynagrodzenie za uzgodnione powstrzymywanie się od konkurencji, a rekompensata za karencję według tego prawa ma zabezpieczać pokrycie kosztów utrzymania agenta w okresie obarczenia go ograniczeniem konkurencji, niezależnie od tego czy agent był gotowy i zdolny do prowadzenia takiej działalności (k 4579). Przy czym w ocenie sądu odwoławczego nie można było na grunt prawa polskiego wprost przenosić rozwiązań przyjętych w systemie prawa niemieckiego, gdyż art. 20 Dyrektywy Rady 86/653/EWG z 18 XII 1986 r. w sprawie koordynacji Państw Członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek, którego wyrazem implementacji do prawa polskiego jest właśnie art. 764⁶ k.c., w ogóle nie określa kwestii wysokości świadczenia karencyjnego, pozostawiając to zagadnienie regulacji samych państw członkowskich. Wskazuje na to jego pkt 4 mówiący o tym, że „niniejszy artykuł nie ma wpływu na przepisy prawa krajowego, które nakładają dalsze ograniczenia w zakresie ważności lub stosowności klauzul zakazu konkurencji lub umożliwiają sądom zmniejszenie zobowiązań stron wynikających z takiego porozumienia”.

Przepis art. 764⁶ §4 k.c. stanowi, że w przypadku kiedy wysokość sumy pieniężnej nie została przez strony określona w umowie agencyjnej, agentowi należy się suma odpowiednia do korzyści osiągniętych przez dającego zlecenie na skutek ograniczenia działalności konkurencyjnej oraz utraconych z tego powodu możliwości zarobkowych agenta. Sąd Okręgowy potraktował dosłownie brzmienie powyższego przepisu i dokonał zsumowania wyliczonych przez biegłego B. M. korzyści w ujęciu przychodowym jakie pozwany bank osiągnął według opinii tego autora na skutek powstrzymywania się powódki od działań konkurencyjnych z utraconymi możliwościami zarobkowymi agenta, a następnie pomnożył tak uzyskaną kwotę przez wskaźnik rentowności właściwy w jego ocenie dla przedsiębiorstw prowadzących działalność pośrednictwa finansowego. Użyte w powyższym przepisie określenie „suma pieniężna” oznacza natomiast nie innego jak kwotę pieniężną (a nie wynik działania matematycznego dodawania), która powinna odpowiadać z jednej strony korzyściom osiągniętym przez dającego zlecenie na skutek ograniczenia działalności konkurencyjnej, a z drugiej strony utraconym z tego powodu możliwościom zarobkowym agenta. Są to dwa samodzielne kryteria wyznaczające wysokość świadczenia karencyjnego. Ciężar dowodu tych okoliczności spoczywa na agencie (art. 6 k.c.). Rację należy o tyle tylko przyznać sądowi I instancji, że ściśle ustalenie wysokości należnej agentowi „sumy pieniężnej” było niemożliwe, z uwagi na hipotetyczny charakter zarówno wysokości utraconych możliwości zarobkowych powódki, jak i korzyści pozwanego osiągniętych na skutek wprowadzenia ograniczenia konkurencji.

Jak słusznie podają jednak komentatorzy (przywoływany już System Prawa Handlowego str. 576, E. Rott-Pietrzyk „Umowa agencyjna po nowelizacji, Zakamycze 2001, str.242,) „Agent powinien wykazać, jakie mogłyby być jego dochody przy podjęciu działalności na rzecz innego przedsiębiorcy, gdyby nie ograniczenie działalności konkurencyjnej. Pomocne byłoby tu wskazanie, jaką prowizję otrzymują inni agenci prowadzący działalność konkurencyjną. Jeżeli taka działalność nie jest prowadzona, należałoby wykazać wysokość tej prowizji przy działalności o porównywalnym charakterze. Jeśli zaś idzie o korzyści dającego zlecenie, należałoby wykazać jakiego

rzędu liczbę klientów odebrałby mu agent prowadzący działalność konkurencyjną i jak wpłynęłoby to na zmniejszenie jego dochodów. Należałoby też uwzględnić pozycję dającego zlecenie na rynku.”

Odnosnie utraconych możliwości zarobkowych powódki związanych z zawartą w umowie z dnia 1 VI 1999 r. klauzulą zakazu konkurencji, to przede wszystkim zaznaczyć należy, że pomimo cofnięcia przedmiotowej klauzuli przez pozwanego w dniu 22 II 2002 r. okres 3 miesięczny jaki pozostał do zakończenia współpracy stron był okresem niewystarczającym na nawiązanie przez agencję współpracy z nowym bankiem czy też instytucją finansową, co wynika z samego uregulowania art. 674⁷ k.c., w którym ustawodawca w przypadku odwołania ograniczenia działalności konkurencyjnej zwolnił dającego zlecenie od obowiązku wypłaty świadczenia karencyjnego, ale dopiero po upływie 6 miesięcy od momentu takiego odwołania. Poza tym był to również niewystarczający okres na zmianę zakresu działalności spółki, z którą zresztą wiązałyby się wydatki, na pokrycie których powódka nie posiadała środków finansowych.

Na skutek zatem zawartej w umowie z dnia 1 VI 1999 r. klauzuli zakazu konkurencji, mającej obowiązywać po zakończeniu współpracy stron oraz stosunkowo „późnego” cofnięcia przez pozwanego bank tego zakazu, powodowa agencja poniosła realny uszczerbek majątkowy spowodowany zaniechaniem wykonywania jakiegokolwiek rodzaju działalności przez okres czerwiec, lipiec i sierpień 2002 r., który polegał nie tylko na utraconych korzyściach (zysku z kolejnej umowy lub umów pośrednictwa) ale także na stracie spowodowanej koniecznością pokrycia kosztów związanych z utrzymaniem w dalszym ciągu swojego przedsiębiorstwa. Ustalenie istnienia tego uszczerbku, który w ocenie Sądu Apelacyjnego odpowiadał pojęciu utraconych możliwości zarobkowych o jakich mowa jest w art. 764⁶ § 4 k.c., nie było jednak uzależnione od wykazania rzeczywistej możliwości prowadzenia działalności konkurencyjnej przez powódkę w tym okresie co wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego wydanego w niniejszej sprawie. O tym zaś, że taka możliwość w ogóle istniała świadczą zaś poczynione już przy omawianiu rozstrzygnięcia dotyczącego roszczenia odszkodowawczego ustalenia i rozważania Sądu Apelacyjnego. Na dzień zakończenia współpracy stron agencja liczyła nadal około 60 pracowników, przy pomocy których mogłyby wykonywać usługi pośrednictwa finansowego na rzecz innego podmiotu. O możliwości zaś znalezienia takiego nowego kontrahenta świadczyły wspomniane w poprzedniej części uzasadnienia dowody w postaci zeznań wszystkich przesłuchanych w sprawie świadków będących pracownikami powódki, z których wynikało, że prowadzone były rozmowy z (...) (niezależnie od stopnia zaawansowania tych rozmów), wyjaśnienia biegłego B. M. mówiące, że wejście na rynek kart kredytowych innych podmiotów niż (...) było tylko kwestią czasu, jak i zeznania właściciela innej agencji zajmującej się tym samym rodzajem działalności na rzecz pozwanego co powódka, ale w innym rejonie Polski- M. R. (1), mówiące o istnieniu ze strony innych banków zainteresowaniu sprzedażą swoich produktów w formie tzw. outsourcingu, ranking kart kredytowych sporządzony na IV 2002 r. w którym karty (...) zajęły ostatnią pozycję. Potwierdzeniem powyższej okoliczności była także informacja podana przez sam bank w odpowiedzi na rozszerzone powództwo z dnia 17 VI 2003 r., z której wynikało, iż w tym czasie udział Banku (...) w rynku kart kredytowych wynosił 46.9 %, co oznacza, iż w porównaniu z ostatnim okresem obowiązywania umowy stron, spadł w znacznym stopniu (z 78 % k 742, 75% k 748). Zaznaczenia w tym miejscu wymaga, iż nie zasługiwały tym samym na uwzględnienie zarzuty strony pozwanej stawiane w powyższym zakresie biegłemu B. M., skoro twierdzenia biegłego znajdowały potwierdzenie w pozostałym materiale dowodowym sprawy, układały się z w/w dowodami w logiczną całość.

Nie można było natomiast podzielić stanowiska sądu I instancji, że określenie owych utraconych możliwości zarobkowych agenta należało ustalić w formie dochodowej a nie przychodowej. Skoro ideą świadczenia karencyjnego jest także uzyskanie przez przyjmującego zlecenie rekompensaty finansowej za uszczerbek wywołany powstrzymaniem się od działalności konkurencyjnej, to przy określeniu wysokości tego świadczenia nie można ograniczać się tylko do rentowności agenta, który w sytuacji pozbawienia go możliwości podjęcia dalszej działalności obowiązany jest przecież tak jak w niniejszym przypadku ponosić w dalszym ciągu koszty wynagrodzeń pracowniczych, utrzymania biura itp. Co najwyżej należałoby odjąć od tych utraconych możliwości zarobkowych powódki koszty jakie zaoszczędziłaby ona na skutek faktycznego zaprzestania prowadzenia działalności konkurencyjnej, związane z utrzymaniem biura, samochodów, kadry pracowniczej. Można byłoby mówić przykładowo o zaoszczędzonych kosztach w postaci prowizji dla przedstawicieli handlowych, wydatków na benzynę,

czy też mniejszych rachunków telefonicznych. To, iż utracone możliwości zarobkowe agenta należy ujmować w ujęciu przychodowym, a nie w kategorii zysku wynika wprost z brzmienia art. 764⁶ § 4 k.c. , w którym mowa jest o „utraconych możliwościach zarobkowych agenta”, a nie o jego „utraconych korzyściach”. Potwierdzeniem powyższej interpretacji (wbrew zresztą stanowisku pozwanego k 5451) jest także proponowany w doktrynie (tak w cytowanych już publikacjach : System Prawa Prywatnego, System Prawa Handlowego, Umowa agencyjna po nowelizacji) sposób wyliczania utraconych możliwości agenta , według którego zaleca się przyjęcie do porównania prowizji (a nie dochodu) jaką otrzymują inni agenci prowadzący działalność konkurencyjną. Pozwany reprezentujący odmienny pogląd niezasadnie powoływał się nadto na uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego wydanego w niniejszej sprawie, gdyż w zacytowanym przez niego fragmencie tego uzasadnienia (k 5451) przywołane zostało stanowisko Sądu Apelacyjnego. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 IV 2007 interpretacją użytego w art. 764⁶ § 4 k.c. pojęcia „ utracone możliwości zarobkowe agenta” w ogóle się nie zajmował.

Zarzut apelacyjny strony powodowej naruszenia przez sąd I instancji w powyższym zakresie w/w przepisu , poprzez jego błędną wykładnię uznać należało tym samym za zasadny.

Biegły sądowy B. M. uznał, że utracone przez stronę powodową możliwości zarobkowe odpowiadały 70 % przychodu jaki agencja osiągała w okresie swojej normalnej aktywności, nie dokonując jakichkolwiek rozważań na temat tego jakie wynagrodzenie otrzymywali inni agenci prowadzący taką działalność konkurencyjną lub działalność o porównywalnym charakterze . Należy bowiem mieć na uwadze, że sytuacja na (...) rynku świadczenia usług pośrednictwa finansowego uległa po dniu 1 VI 2002 r. istotnej zmianie, a mianowicie pojawiła się konkurencyjna Agencja (...), co oznacza, że przychody powodowej spółki mogłyby być mniejsze nie tylko z tytułu konieczności pozyskania przez jej przedstawicieli handlowych wiedzy na temat nowych produktów jak przyjmował biegły, ale także z tytułu działalności konkurencyjnej tej nowej agencji. Z drugiej jednak strony biegły nie uwzględnił okoliczności, iż przyjęte przez niego, do wyliczenia korzyści utraconych przez powodowa spółkę , warunki finansowe z umowy z 1 VI 1999 r., były mało korzystne dla powódki, z punktu widzenia osiąganych przez nią dochodów , o czym mowa już była powyżej. Wątpliwym założeniem było, iż powódka zdecydowałaby się na zawarcie umowy agencyjnej z nowym podmiotem, na takich samych warunkach jakie obowiązywały ją podczas współpracy z pozwanym, uzgodnionych zresztą 3 lata wcześniej, kiedy agencja budowała dopiero swoją kadrę pracowniczą i nie miała żadnego doświadczenia na rynku pośrednictwa finansowego. Dodać jeszcze należy, iż wyliczając wysokość utraconych przez agencję możliwości zarobkowych biegły zgodnie z przyjętymi przez siebie założeniami ustalił, iż w okresie od czerwca do sierpnia 2002 r. sprzedałaby ona 2528 produktów (k 3910). Utracony zaś przychód agenta błędnie obliczył od ilości 3030 produktów sprzedanych (k 3911).

Sąd Apelacyjny nie podziela również stanowiska biegłego B. M. , iż korzyści pozwanego uzyskane na skutek ograniczenia działalności konkurencyjnej agencji należało przedstawić w wyliczeniu przychodowym. Biegły na poparcie swojego stanowiska odwoływał się do ogólnego rozumienia pojęcia „korzyści” , interpretował przepisy ustawy o rachunkowości, przedstawił wywód obrazujący skutki uzależnienia wysokości świadczenia karencyjnego od korzyści banku w ujęciu dochodowym, błędnie przyjmując, iż chodzi o zysk uzyskany przez pozwanego ze sprzedaży kart płatniczych za pośrednictwem powódki (drugi akapit od góry , str. 4101). Nie kwestionując wiedzy specjalnej biegłego z zakresu finansów i rachunkowości przedsiębiorstw podkreślić należy, iż interpretacja przepisów prawnych z zakresu prawa cywilnego w niniejszej sprawie należała jednak do sądu, a nie do biegłego.

Interpretacji takiej dokonał Sąd Apelacyjny odwołując się do utrwalonej już wykładni pojęcia „korzyści” , wypracowanej w orzecznictwie na tle innych zawartych w kodeksie cywilnym przepisów. Oprócz art. 764⁶ § 4 k.c. pojęcie „korzyści” w kodeksie cywilnym można znaleźć jeszcze chociażby w art. 764³ § 1 czy też 361§2 . Z orzecznictwa Sądu Najwyższego dotyczącego w/w przepisów wynika zaś w sposób jednoznaczny, iż przez pojęcie „korzyści” rozumieć należy przychód pomniejszony o koszty jego uzyskania , czyli tzw. czysty zysk – patrz SN w wyroku z dnia 8 XI 2005 r. I CK 207/05, z 29 IX 2011 r. IV CSK 650/10 , z 27 I 2012 I CSK 211/11 czy z 16 IV 2008 r. V CSK 515/07. Nie

ma jakichkolwiek powodów aby na użytek wyliczenia wysokości świadczenia karencyjnego pojęcie to interpretować odmiennie.

Stwierdzić ponadto należy, że opinia biegłego B. M. nie mogła stanowić podstawy ustalenia wysokości korzyści osiągniętych przez dającego zlecenie nie tylko dlatego, że zostały one przedstawione w ujęciu przychodowym, ale przede wszystkim z tego względu, że wyliczone przez biegłego korzyści były wynikiem nie tyle ograniczenia działalności konkurencyjnej powódki, co wynikiem „przejęcia jej pracowników” przez bank i jego nową agencję (k 3903). Wynika to z przyjętych przez biegłego założeń (dwa scenariusze k 3900 – 3901) zgodnie z którymi biegły wyliczył różnicę pomiędzy wielkością sprzedanych przez bank i jego agendy produktów w okresie VI-VIII 2002 w przypadku gdy do tej sprzedaży wykorzystywani są wykwalifikowani, przejęci pracownicy powodowej agencji (i wówczas poziom sprzedaży produktów odpowiada 70 % średniej sprzedaży miesięcznej osiągananej przez powódkę w okresie „normalnej” współpracy z pozwanym) i gdy bank zmuszony byłby organizować działalność na objętym przez spółkę obszarze rynku od podstaw (osiągając wówczas poziom od 15 do 45 % sprzedaży powódki k 3902- 3903). Dyskwalifikowało to przydatność w tym zakresie opinii biegłego B. M. do poczynienia ustaleń faktycznych sprawy.

Z powyższych względów zdaniem Sądu Apelacyjnego należało uwzględnić wniosek dowodowy strony pozwanej o dopuszczenie dowodu z opinii instytutu naukowego w celu wyliczenia utraconych możliwości zarobkowych powódki za okres VI, VII i VIII 2002 r. w ujęciu przychodowym pomniejszonych jednak o koszty zaoszczędzone przez nią na skutek faktycznego zaniechania prowadzenia działalności konkurencyjnej oraz wyliczenia korzyści odniesionych przez bank w ujęciu dochodowym wskutek ograniczenia działalności konkurencyjnej agencji, których podstawą byłoby ustalenie jakiego rzędu liczbę klientów odebrałaby mu agencja gdyby podjęła działalność konkurencyjną i jak wpłynęłoby to na zmniejszenie jego dochodów. (...) takiego wyliczenia jednak nie przedstawiała. W związku z czym, mając na uwadze trudności w wytypowaniu kolejnego instytutu naukowego, który nie byłby narażony na zarzut stronniczości jednej lub drugiej strony postępowania, Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego, dokładnie określając w swoim postanowieniu dowodowy zasady wyliczania wysokości świadczenia karencyjnego (postanowienie z dnia 24 XI 2004 r.). Biegła S. P. (2) także nie podołała nałożonemu na nią w tym zakresie obowiązki. W szczególności nie ustaliła jakie korzyści osiągnąłby pozwany bank z tytułu ograniczenia działalności konkurencyjnej powódki za wskazane 3 miesiące, co sama przyznała (str. 48 opinii). Biegła wyliczyła jedynie wysokość strat jakie w omawianym okresie poniósł pozwany bank na skutek „naturalnej” migracji klientów, a więc jak sama stwierdziła takich, którzy przestaliby i tak korzystać z usług Banku (...), bez względu na fakt kontynuowania działalności przez powodową agencję (ograniczając zresztą te straty do utraconych korzyści za jeden rok, co także było założeniem błędnym). Nie ulega natomiast wątpliwości, iż ilość klientów, które „odebrałaby” pozwanemu bankowi agencja powodowa, gdyby w okresie VI-VIII 2002 r. kontynuowała swoją działalność, byłaby znacznie wyższa od liczby wynikającej z przyjętego przez biegłą współczynnika migracji, z uwagi na posiadane przez nią doświadczenie i rozeznanie na (...) rynku świadczenia usług pośrednictwa finansowego.

Agencja odebrałaby pozwanemu część potencjalnych, „nowych” klientów jak i klientów „starych” uprzednio przez siebie pozyskanych, przywiązanych nie tylko do banku, z którego usług korzystali do tej pory, ale i do agenta, który pośredniczył w nabywaniu przez nich produktów bankowych.

Dopiero w odpowiedzi na zarzuty strony powodowej biegła ustaliła, iż w okresie VI – VIII 2002 r. agencja byłaby w stanie odebrać pozwanemu połowę ilości klientów pozyskiwanych przez nią w analogicznym okresie lat ubiegłych, co nie zostało jednak w głębszy sposób uzasadnione (k 5445).

Biegła nie poczyniła także jakichkolwiek ustaleń na temat (...) rynku usług pośrednictwa finansowego w roku 2002, co pozwoliłoby jej określić ewentualne utracone zarobki powodowej agencji za okres wspomnianych 3 miesięcy tego roku. W sposób uproszczony podobnie jak biegły B. M. przyjęła założenie, iż (...) kontynuowałaby swoją działalność na takich samych warunkach jakie obowiązywały w okresie współpracy stron (opinia uzupełniająca k 5424), nie uwzględniając o czym była już mowa, że były one dla niej mało korzystne z punktu widzenia osiąganych dochodów i dążyła ona do ich zmian, jak i nie uwzględniając wskazywanej przez Sąd Apelacyjny w postępowaniu dowodowym okoliczności pojawienia się konkurenta na tym samym rynku produktowym i geograficznym w postaci Agencji (...).

Przed wszystkim jednak po przesłuchaniu na rozprawie apelacyjnej w dniu 3 VIII 2012 r. biegłej S. P. Sąd Apelacyjny nabrał wątpliwości, co do jej kompetencji z zakresu bankowości i rachunkowości. Biegła nie była bowiem w stanie odpowiedzieć na proste pytania sądu jak i pełnomocników stron, niektóre jej odpowiedzi były wręcz nielogiczne, bądź dotyczyły całkiem innego zagadnienia niż tego, którego dotyczyło pytanie, co być może zostało spowodowane kłopotami zdrowotnymi biegłej.

Mając na uwadze brak efektywności do tej pory wydawanych opinii sądowych w zakresie prawidłowego wyliczenia wysokości przysługującego powódce świadczenia karencyjnego, w szczególności problemy jakie napotykają biegli w ustaleniu hipotetycznej wartości uzyskanych przez dającego zlecenie korzyści Sąd Apelacyjny za niecelowe uznał dopuszczanie kolejnych dowodów z opinii biegłych sądowych czy też instytutu naukowego, których przeprowadzenie jedynie przedłużyłoby rozpoznanie sprawy.

W oparciu o art. 322 k.p.c., do którego odsyłał również Sąd Najwyższy w wydanym w niniejszej sprawie orzeczeniu (jak i SN w wyroku z 29 IX 2011 r. IV CSK 650/10), dokonał samodzielnej oceny wysokości przysługującego powódce świadczenia karencyjnego, posilkując się częściowo wyliczeniami biegłej S. P. oraz mając na uwadze całokształt okoliczności sprawy. Podkreślenia wyraźnego wymaga (i dotyczy to także podstawy wyliczenia świadczenia wyrównawczego), iż mimo niedyspozycji biegłej S. P., jaką wykazała się na rozprawie przed Sądem Apelacyjnym, brak było podstaw do zakwestionowania przedstawionych w jej opinii podstawowej i opinii uzupełniającej danych liczbowych i wyliczeń matematycznych, które zostały oparte na materiale dowodowym sprawy, danych historycznych jak i na dokumentacji pozwanego Banku (...).

I tak:

- przychody agencji z okresu trwania całej współpracy stron zostały wyliczone na podstawie opinii biegłej B. Z. (k 1923), której rzetelność, prawidłowość nie budziła jakichkolwiek wątpliwości Sądu Apelacyjnego (a która dodatkowo była zbieżna z wnioskami biegłego S. K. (k 1391),

- przychód powódki za ostatni rok (konkretnie za okres od 1 V 2001- 30 IV 2002 tj. w miarę „normalnej” jeszcze współpracy stron) został wyliczony na podstawie zawartych w materiale dowodowym sprawy faktur,

- wyliczenie liczby klientów pozyskanych przez agencję w okresie trwania umowy pomiędzy stronami, biegła oparła na podstawie informacji zwrotnych kierowanych przez bank do agencji, znajdujących się w aktach sprawy;

- przy oszacowaniu korzyści banku uzyskanych po zakończeniu współpracy stron biegła korzystała z raportów kwartalnych Banku (...) S.A., struktury przychodów ze sprzedaży produktów bankowych Banku (...) S.A. w podziale na segmenty bankowości komercyjnej i inwestycyjnej, detalicznej oraz (...), faktur wystawionych przez powódkę.

Strona pozwana po otrzymaniu opinii podstawowej i uzupełniającej biegłej S. P. oświadczyła, iż co do zasady opinii tych nie kwestionuje. Odnośnie opinii podstawowej wyraziła stanowisko, że może ona stanowić podstawę do wyliczenia potencjalnego świadczenia wyrównawczego powoda (k 5348). W zakresie opinii uzupełniającej stwierdziła, że nie kwestionuje przyjętej przez biegłą metodologii wyliczeń (k 5447). Dopiero po ustnym przesłuchaniu biegłej, wobec powziętych wątpliwości co do jej kompetencji pełnomocnik banku oświadczył, iż nie kwestionuje opinii podstawowej w zakresie w jakim dotyczy wyliczeń matematycznych dotyczących przychodu jak i dochodu agenta, natomiast kwestionuje wszelkie wyliczenia dokonane w oparciu o założenia przyjęte przez biegłą i nie oparte na dokumentach księgowych, a nadto w całości opinię uzupełniającą.

Zwrócenia jednak uwagi wymaga, że zawarte w opinii podstawowej założenia biegłej, związane z ustaleniem wysokości wskaźnika migracji klientów banku, oparte zostały m.in. na danych przekazanych do wiadomości publicznej (Rzeczpospolita z 14 XI 2002 r.) przez Dyrektora zarządzającego do spraw kart kredytowych pozwanego banku – K. J. i były zdecydowanie bardziej korzystne dla pozwanego, niż przyjęte w opinii biegłego B. M., którą w tym zakresie pozwany nie kwestionował (k 3907). Podobnie jeżeli chodzi o przyjętą przez biegłą do wyliczeń wysokość stopy dyskontowej, która została oparta na danych dotyczących zrealizowanej stopy ROE Banku (...) (str. 38 opinii)

i która była zdecydowanie wyższa od niekwestionowanej przez bank stopy dyskontowej ustalonej przez biegłego B. M. (k 3906).

Strona powodowa oświadczyła, że w jej ocenie opinia podstawowa biegłej S. P. może stanowić podstawę orzekania w sprawie, gdyż nie sposób w niej doszukać się braku logiki, braku wiedzy specjalnej w zakresie przedmiotu opinii, a po przesłuchaniu biegłej nie dostrzega elementów, które by podważyły jej rzetelność. Zgodziła się też z wyliczeniami biegłej zawartymi w opinii uzupełniającej (k 5485).

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw aby do swoich ustaleń nie wykorzystać dokonanych przez biegłą wyliczeń matematycznych oraz informacji, opartych jeszcze raz należy podkreślić na dokumentacji zawartej w aktach sprawy oraz upublicznionych danych Banku (...).

Przyjął, iż niekorzystne dla powódki rozwiązanie polegające na dokonaniu wyliczeń utraconych przez nią w okresie VI – VIII 2002 r. możliwości zarobkowych, na podstawie warunków finansowych wynikających z umowy z dnia 1 VI 1999 r. równoważy fakt pojawienia się już w tym okresie zmian na (...) rynku usług pośrednictwa finansowego, polegających na prowadzeniu działalności konkurencyjnej przez nową agencję pozwanego banku tj. Agencję (...), która niewątpliwie odebrałaby część klienteli powódce. (Powódka zresztą na zakończenie rozprawy apelacyjnej nie kwestionowała takiego sposobu wyliczenia jej utraconych możliwości zarobkowych, przyjętego w opinii uzupełniającej S. P.). W dalszej kolejności sąd odwoławczy za zasadne za biegłym B. M. (k 3910) uznał ustalenie, iż w pierwszych miesiącach „rozruchowych” współpracy z nowym kontrahentem, z uwagi na konieczność zdobycia dogłębnej wiedzy o nowych produktach, działalność operacyjna powódki uległaby ograniczeniu do 70 % normalnej wydajności. Następnie tak otrzymany przychód za miesiące VI, VII i VIII 2002 r. pomniejszył o zaoszczędzone przez powodową spółkę koszty, na skutek faktycznego niewykonywania przez nią działalności konkurencyjnej.

Do wyliczenia utraconych możliwości zarobkowych agencji w okresie VI – VIII 2002 zostało przyjęte przeciętne wynagrodzenie otrzymywane przez agencję w analogicznym okresie lat poprzednich, które wyniosło 463 040 zł miesięcznie (dane str. 22 opinii S. P.).

Za niezasadne w tym względzie Sąd Apelacyjny uznał stanowisko pozwanego, iż średnia powyższa powinna zostać wyliczona w oparciu o dane historyczne z początkowego okresu trwania współpracy stron tj. z 1999 r. Nie można bowiem porównywać wyników osiągniętych przez powódkę w początkowym okresie jej działalności, kiedy nie posiadała ona jeszcze wykwalifikowanej kadry pracowniczej, doświadczenia ani rozeznania na rynku pośrednictwa finansowego. Fakt sprzedaży przez nią nowych produktów został zaś uwzględniony poprzez obniżenie wynagrodzenia o 70 %.

Należało jednak mieć na uwadze, iż przeciętny przychód agencji uzyskiwany przez nią w poprzednich latach, w miesiącach VI – VIII został wygenerowany przez większą liczbę pracowników niż ta, którą dysponowała powódka na zakończenie współpracy stron, a która według powyżej poczynionych ustaleń Sądu Apelacyjnego (zawartych w części odnoszącej się do roszczenia odszkodowawczego) wynosiła 60 osób. Opierając się na informacji podanej w załączniku do bilansu powodowej spółki, sporządzonego na dzień 12 VI 2002 r. (k 295, z którego wynikało, że w dniu 1 IX 2001 r., a tym samym należało uznać, iż w dniu 31 VIII 2001 r., spółka zatrudniała 72 pracowników) Sąd Apelacyjny ustalił spadek poziomu zatrudnienia w powodowej agencji na dzień 1 VI 2002 r. o 16,66 % (12 do 72). O taki też dodatkowo procent dalej obniżył możliwości zarobkowe powódki za okres VI- VIII 2002 r. Przy pomocy bowiem tylko takiej kadry pracowniczej tj. w liczbie 60 osób powódka mogłaby z dniem 1 VI 2002 r. rozpocząć świadczenie usług pośrednictwa finansowego na rzecz innego podmiotu. Dodać jeszcze należy, iż dla przyjęcia powyższego rozwiązania nie miała znaczenia okoliczność, iż do uszczuplenia zasobów kadrowych powódki doszło na skutek wyżej opisanego nielojalnego zachowania się strony pozwanej. Uszczerbek wywołany w majątku powódki z powyższego tytułu został bowiem już wyrównany w ramach przyznanego jej odszkodowania za szkodę spowodowaną m.in. ingerencją banku w integralność zespołu pracowniczego (wartość zasobów ludzkich).

Zgodnie z powyższymi założeniami utracone możliwości zarobkowe agencji za okres VI- VIII 2002 wyniosły zatem: 463 040 x 3 miesiące = 1 389 120 zł. z tego 70 % - 972 384 zł (podobny wynik uzyskałby biegły B. M. gdyby przeliczył

ustaloną przez siebie ilość sprzedanych produktów 2528 przez przychód jednostkowy 387,76 tj. 980 282 zł) minus 16,66 % , co dało kwotę 810 287,58 zł.

Mając na uwadze strukturę ponoszonych przez agencję wydatków, wynikającą z załącznika nr 4 do umowy agencyjnej (k 45) Sąd Apelacyjny uznał, iż wydatki które uległyby ograniczeniu na skutek rzeczywistego niewykonywania przez nią w tym czasie działalności operacyjnej, dotyczyłyby wynagrodzenia prowizyjnego przedstawicieli jak i kierowników, obsługi biurowej, administracyjnej, wniosków , eksploatacji biura (sprzętania, rachunków za dostawę prądu, wody), kosztów rozmów telefonicznych, zakupu materiałów biurowych, eksploatacji samochodów, kserokopiarki. Powódka obowiązana byłaby natomiast w dalszym ciągu regulować wynagrodzenie stałe wszystkich pracowników, koszty wynajmu biura , jego ubezpieczenia, ochrony, obsługi księgowo – finansowej i kadrowej, obsługi bankowej , ewentualnie leasingu samochodów, ich i ubezpieczenia. Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny uznał za zasadne obniżenie wyliczonych korzyści zarobkowych agencji z tytułu zaoszczędzonych kosztów o kwotę 337 241,08 zł. Należało bowiem mieć na uwadze, iż jak wynika z uznanych przez stronę powodową wyliczeń biegłej S. P., na skutek faktycznego powstrzymywania się od działalności operacyjnej agencja zaoszczędziłaby wydatki rzędu 399 820, 90 zł. (k 5431, 5432). Wobec jednak uznania, iż w okresie od VI do VIII 2002 r. stan zatrudnienia w powodowej spółce byłby o 16,6 % mniejszy od przeciętnego poziomu zatrudnienia , należało w przybliżeniu uznać, iż poczynione przez spółkę oszczędności na takich wydatkach jak prowizje wypłacane pracownikom i koszty zakupu materiałów biurowych , eksploatacyjnych, spożywczych byłyby o taki sam procent mniejsze, co dało w sumie kwotę 62 579,82 zł. (suma wynagrodzeń prowizyjnych wszystkich pracowników oraz narzutów na prowizję x 16,66 % , a także 16,66 % z 19 350 ,81 zł) . Pozostałe zaoszczędzone wydatki, niezależne od ilości zatrudnianych pracowników pozostawałyby bez zmian i wyniosły tym samym wspomnianą kwotę 337 241,08 zł (399 820,90 – 62 579,82) .

Pomimo zmiany przez stronę pozwaną stanowiska i zakwestionowania przez nią opinii uzupełniającej biegłej S. P. , Sąd Apelacyjny mając na uwadze pozostały zakres wydatków stałych powódki oraz mający się mieścić we wskazanym przychodzie zysk spółki , wyliczoną w powyższy sposób wysokość zaoszczędzonych kosztów agencji uznał za właściwą, tym bardziej, że odpowiadała ona aż 41,5 % ustalonego przychodu powódki. Ostatecznie zatem wartość utraconych możliwości zarobkowych agencji wyniosła 810 287,58 – 337 241,08 = 473 046,50 zł. .

Kwota powyższa w ocenie Sądu Apelacyjnego odpowiadała także wysokości korzyści jakie uzyskał bank na skutek ograniczenia działalności konkurencyjnej powódki, czyli drugiemu kryterium świadczenia karencyjnego o jakim mowa w art. 764⁶ § 4 k.c. , stanowiącego górną granicę wysokości tego świadczenia.

Do takiego wniosku doprowadziły Sąd Apelacyjny następujące rozważania.

Zgodnie z danymi zawartymi w opinii biegłej S. P. i przeprowadzonymi przez nią wyliczeniami, z 27 757 klientów przekazanych pozwanemu bankowi przez agencję w dniu 1 VI 2002 r. bank uzyskał w ciągu 5 następných lat dochód rzędu 8 828 428 zł, co oznacza, iż jeden klient przyniósł pozwanemu dochód 318,06 zł. . Wyliczona jednak przez biegłą S. P. kwota ogólnego dochodu banku w ocenie Sądu Apelacyjnego została zaniżona poprzez ograniczenie wyliczeń tylko do okresu 5 lat, pomimo , iż wobec przyjętego przez nią i tak wysokiego współczynnika migracji okres współpracy banku z tymi klientami (częścią z nich) zakończył się dopiero w roku 2010, a więc po 8 a nie 5 latach. Na koniec 2007 r. pozostało jeszcze 4439 klientów , którzy przynosili przecież dalsze korzyści bankowi, nie uwzględnione już w wyliczeniach biegłej (załącznik nr 1 oraz str. 34 opinii). Biegła E. K. z (...) potwierdziła , że w przypadku klientów pozyskanych w latach 1999-2002 czas czerpania korzyści przez bank mógł być dłuższy niż 5 lat (k 5234) .

Wyliczenie biegłej S. P. nie uwzględniało także korzyści banku uzyskiwanych z tzw. dosprzedaży produktów . Biegła E. K. w swoim wystąpieniu przed Sądem Apelacyjnym wyjaśniała , że również pozwany bank stosuje tzw. „ crosselling i upselling , które polegają na poszerzeniu udziału w rynku poprzez sprzedaż produktów wzajemnie ze sobą powiązanych . W przypadku sprzedaży kart kredytowych mamy z tym do czynienia. Sprzedaż karty kredytowej generuje bowiem możliwość sprzedaży kredytów na ogół konsumenckich , a także usług płatniczych , które związane są z rozliczaniem transakcji handlowych . Pośrednik przysparza korzyści odsuniętych w czasie jeśli założymy, że sprzedana karta jest aktywna. W latach 1999- 2002 , w okresie rodzenia się rynku kart kredytowych, w tym czasie

Bank (...) pozyskiwał najlepszych klientów z segmentu private . Klientów z dużym portfelem. Jest ich bardzo mało.” (k 5233).

Wypowiedź powyższa potwierdzała cały czas reprezentowane przez stronę powodową stanowisko, że przy obliczaniu dochodów uzyskiwanych przez bank (w okresie po zakończeniu współpracy stron) z bazy klientów pozyskanych dla niego przez powódkę, należało także uwzględnić dochody wynikające z powyższych praktyk bankowych.

Przy czym zaznaczenia wymaga, iż wobec wspomnianego przez biegłą rodzaju pozyskiwanej na rzecz pozwanego banku w latach 1999-2002 klienteli , elitarnego wręcz charakteru sprzedawanych wówczas kart kredytowych, na który powoływała się sama strona pozwana (k 3826-3827) , wśród kart kredytowych sprzedanych przez powódkę, procent wspomnianych przez biegłą tzw. kart aktywnych musiał być bardzo wysoki (podkreślenia wymaga, iż wskazywany przez biegłą procent kart „ żywych” (65 %), dotyczył obecnego okresu, w którym karty kredytowe są produktem powszechnego użytku - k 5232).

Zgodzić się ponadto należało ze stroną powodową, iż uwzględnione przy wyliczeniu biegłej S. P. koszty uzyskania dochodu pozwanego nie ograniczały się do kosztów bezpośrednich , tylko obejmowały całkowity koszt działalności banku w badanym okresie, w tym także koszty ogólne zarządu nie dotyczące obsługi produktów jakie powódka sprzedawała klientom pozyskanym dla pozwanego , co niewątpliwie zniekształcało obraz korzyści banku uzyskanych po zakończeniu współpracy stron, ale dzięki aktywności agencji.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny uznał, iż dochody uzyskiwane przez pozwanego w okresie po 1 VI 2002 r. z klientów pozyskanych na jego rzecz przez powodową agencję były zdecydowanie większe niż wynikałoby to z wyliczeń biegłej S. P.. Nie uznał jednak za niezbędne ich dokładnego wyliczenia.

Nawet bowiem gdyby uznać, że za okres kolejnych, następujących po 1 VI 2002 r. 5 lat dochód jaki uzyskał pozwany z jednego „przekazanego” mu przez agencję klienta wyniósł 318,06 zł , to oznacza to, że dochód odpowiadający wysokości utraconych przez agencję możliwościom zarobkowym tj. 473 046,50 zł , musiałoby wygenerować na rzecz pozwanego 1487 klientów. W ocenie Sądu Apelacyjnego taką zaś ilość klientów w okresie VI- VIII 2002 r. byłaby w stanie odebrać pozwanemu powodowa agencja.

W analogicznych 3 miesiącach roku 2000 i 2001 agencja pozyskiwała bowiem średnio 4 086 klientów (str. 19 opinii biegłej S. P.) . Z uwagi jednak jak to określił biegły B. M. na okres rozruchowy jej działalności spowodowany sprzedażą produktów nowego banku czy instytucji finansowej oraz z uwagi na mniejsze zasoby kadrowe , wydajność powódki za w/w 3 miesiące roku 2002 należało ocenić na : 4 086 minus 681 klientów (16.66 %) = 3405 x 70 % tj. 2383 klientów . Wśród tych klientów większą część niewątpliwie stanowiliby dotychczasowi klienci odebrani Bankowi (...) , z którymi przedstawiciele handlowi powódki mieli osobistą styczność i którym mogliby przedstawić konkurencyjną ofertę swojego nowego partnera handlowego. Agencja odebrałaby ponadto bankowi tzw. klientelę nową jako podmiot posiadający w owym okresie większe niż pozwany (jego nowe agencje) rozeznanie i większe doświadczenie na rynku usług pośrednictwa finansowego (...).

Sąd Apelacyjny podkreśla, iż powyższe wyliczenia służące określeniu przesłanek determinujących wysokość świadczenia karencyjnego mają charakter szacunkowy. Ścisłe bowiem wyliczenie wysokości utraconych możliwości zarobkowych agenta jak i liczby odebranych przez niego klientów bankowi, a tym samym korzyści dającego zlecenie nie jest możliwe z uwagi na hipotetyczny charakter tych okoliczności. Tym niemniej jednak tak jak nakazuje art. 322 k.p.c. Sąd Apelacyjny miał na uwadze całokształt okoliczności sprawy, starał się wykorzystać wszystkie możliwe , zawarte w aktach sprawy dane, które poszukiwane wartości by przybliżyły. W tych okolicznościach uznał, że kwota 473 046,50 zł tj. po 157 682,16 zł miesięcznie mieści się w granicach świadczenia karencyjnego, określonych w art. 564⁶§ 4 k.c. , w szczególności w jego górnej granicy, gdyż jak już zaznaczone zostało, korzyści osiągane przez pozwanego bank z klientów przekazanych mu przez agencję, po zakończeniu współpracy stron były wyższe od tych jakie wynikały z wyliczeń zawartych w załączniku nr 1 do opinii biegłej S. P., a tym samym liczba klientów których musiałaby odebrać bankowi

agencja w okresie VI – VIII 2002 r. aby zrównoważyć przesłankę utraconych możliwości zarobkowych powódki byłaby również niższa.

Mając na uwadze minimalną wręcz różnicę ustalonej w sposób powyższy wysokości świadczenia karencyjnego z kwotą zasądzoną wyrokiem Sądu Okręgowego (585 zł) oraz szacunkowy charakter dokonanych wyliczeń, Sąd Apelacyjny dokonał zmiany zaskarżonego orzeczenia w części rozstrzygającej o roszczeniu karencyjnym , jedynie w zakresie dotyczącym daty początkowej zasądzenia odsetek ustawowych od poszczególnych rat świadczenia. Odsetki powyższe sąd I instancji zasądził odpowiednio od 3 VI, 3 VII i 3 VII 2002 r. , strona powodowa żądała ich od dnia 1 VI, 1 VII i 1 VIII 2002 r. . Sąd Apelacyjny zasądził je natomiast od dnia 1 VII , 1 VIII i 1 IX 2002 r. gdyż tylko w takim zakresie sprawa została przekazana wyrokiem Sądu Apelacyjnego z dnia 27 XI 2007 r. do ponownego rozpoznania (k 2975).

Świadczenie wyrównawcze:

Obowiązek zapłaty świadczenia wyrównawczego został wprowadzony do kodeksu cywilnego ustawą nowelizującą z dnia 26 VII 2000 r. (Dz.U. 00.74.857) i był wynikiem implementacji do krajowego porządku prawnego art. 17 dyrektywa Rady EWG 86/653 z dnia 18 XII 1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek (Dz. U. UE L 382 z 31.12.1986, s. 17).

Oczywistym wobec powyższego jest, jak i wobec postanowień art. 91 ust 3 Konstytucji RP przyznającego prymat prawa wspólnotowego nad prawem krajowym, że wykładnia przepisu art. 764³ k.c. powinna być dokonana przez sąd I instancji z uwzględnieniem tych przepisów prawa wspólnotowego, przy interpretacji z kolei których należało uwzględnić dorobek Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Wydaje się, że pomocnym dla ustalenia tej prowsólnotowej wykładni art. 17 dyrektywy 86/653 mogło być Sprawozdanie Komisji Wspólnot Europejskich z dnia 23 VII 1996 r. w sprawie stosowania w/w artykułu jak i orzecznictwo sądów niemieckich, gdyż przepis powyższy oparty został na rozwiązaniu przewidzianym w § 89b niemieckiego kodeksu handlowego. Podobne stanowisko wyraził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 XI 2005 r. I CK 207/05 stwierdzając, że:

„Rozwiązanie zastosowane w dyrektywie przejęte zostało z prawa niemieckiego (§ 89b niemieckiego kodeksu handlowego), a wypracowana przez sądy tego państwa praktyka orzecznicza znajduje szerokie zastosowanie przy wykładni pojęcia "znacne 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” i dalej „Regulacja zawarta w art. 764³ k.c., przejmująca konstrukcję świadczenia wyrównawczego, jest niemal wiernym powtórzeniem art. 17 dyrektywy. Orzecznictwo sądów polskich nie wykształciło dotychczas kryteriów precyzujących pojęcie "znacne korzyści". W doktrynie podjęto natomiast próby wyjaśnienia tego pojęcia i przedstawiono rozstrzygnięcia sądów innych państw, w szczególności sądów niemieckich, które - jak wynika ze wskazanego wyżej raportu - nie może być pomijane przy wykładni przepisów krajowych” . Do wspomnianego Sprawozdania Komisji Europejskiej odsyła także ETS w swoim orzeczeniu z 26 III 2009 r. C-348/07 (pkt 22).

Nieco odmienne stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 I 2012 r. I CSK 211/11 , tym niemniej również i on nie wykluczył w konkretnych sprawach wykorzystania zaproponowanych w niemieckim porządku prawnym metod wyliczenia wysokości świadczenia wyrównawczego, pod warunkiem jednak, że metody te nie będą pozostawały w kolizji z zasadami dającymi się odtworzyć na podstawie przepisów kodeksu cywilnego.

Mając powyższe na uwadze zdaniem Sądu Apelacyjnego nie sposób było zgodzić się ze stanowiskiem sądu I instancji, iż nie można było wprost przenosić na grunt polskiego porządku prawnego praktyki sądów niemieckich ani z tym, że zastosowania w niniejszej sprawie nie znajdował modelowy sposób obliczania świadczenia wyrównawczego zawarty w sprawozdaniu KWE z 23 VII 1996 r. przewidziany nie tylko dla sytuacji gdy agent tracił prowizję należną mu w kolejnych latach od umów zawartych z pozyskanymi przez niego klientami o czym będzie mowa poniżej. Poza tym Sąd Okręgowy całkowicie błędnie jako punkt wyjścia do ustalenia wysokości należnego powódce świadczenia wyrównawczego przyjął jego górną granicę określoną w art. 764³§ 2 k.c. , podczas gdy ta górna granica świadczenia nie stanowi podstawy do przeprowadzenia obliczeń, lecz stanowi górny próg , do którego ustalona suma musi zostać

zredukowana. Ponadto dokonane przez sąd I instancji w oparciu o art. 322 k.p.c. miarkowanie wysokości świadczenia wyrównawczego i ustalenie jej na poziomie 2 mln zł nastąpiło w sposób całkowicie dowolny.

Z powyższych względów w szczególności w celu wyliczenia wysokości świadczenia wyrównawczego należnego powódce należało dopuścić dowód z opinii biegłego, o co wносиła strona powodowa w piśmie rozszerzającym powództwo, a następnie strona pozwana w swoim piśmie procesowym z dnia 6 IV 2009 r. (k 3863). W tym zakresie podniesione w obu apelacjach zarzuty naruszenia prawa procesowego były jak najbardziej zasadne.

Nie sposób było odmówić także racji pozwanemu, iż sąd I instancji dosyć pochopnie w oparciu o materiał dowodowy sprawy którym dysponował uznał, iż wykazane zostały w niniejszej sprawie wszystkie przesłanki świadczenia wyrównawczego o jakich mowa w art. 764³ § 1 k.c.

Zgodnie z powyższym przepisem powstanie prawa agenta do świadczenia wyrównawczego uzależnione jest od łącznego spełnienia następujących warunków 1) rozwiązania umowy agencyjnej; 2) pozyskania przez agenta w czasie trwania agencji nowych klientów lub doprowadzenie do istotnego wzrostu obrotów z dotychczasowymi klientami; 3) czerpanie przez dającego zlecenie nadal znacznych korzyści z umów z tymi klientami. Wykazanie istnienia powyższych przesłanek (zgodnie z art. 6 k.c. obciążające powoda) nie jest jednak równoznaczne z powstaniem po stronie agenta roszczenia o to świadczenie. Roszczenie to ma bowiem charakter warunkowy. Ostatnia przesłanka, a zarazem warunek wynikający ex lege, od którego zależy nabycie przez agenta roszczenia o świadczenie wyrównawcze, wyraża się w tym, że biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności (zwłaszcza utratę przez agenta prowizji od umów ze wskazanymi wyżej klientami), za powstaniem tego roszczenia przemawiają względy słuszności.

Bezspornym w niniejszej sprawie było, że stosunek umowny łączący strony zakończył się z dniem 1 VI 2002 r. Sąd Okręgowy prawidłowo ponadto ustalił, iż w czasie jego trwania powódka pozyskała na rzecz banku nowych klientów. Okoliczność ta w istocie została przyznana przez stronę pozwaną (k 3049), a dodatkowo wynikała także z dowodów przeprowadzonych w sprawie tj. z zeznań świadków :G. Z. (k 3292), K. W. (k 3310), M. R. (k 3671), a także wyjaśnień M. S. (k 3219). Z wypowiedzi w/w osób wynikało bowiem, że w okresie trwania umowy agencyjnej głównym kanałem sprzedaży produktów pozwanego banku, a przede wszystkim kart kredytowych były 4 agencje działające na terenie kraju, w tym (...) obejmująca swoją działalnością obszar (...). Po połączeniu (...) z Bankiem (...), (...) zaczął sprzedawać swoje produkty przez sieć placówek pozwanego, z tym, że w owym czasie na terenie działalności powódki takich Oddziałów Banku (...) było 1 lub 2 (we W.). Słusznie zatem podnosiła powodowa spółka, że to ona zorganizowała i prowadziła na (...)system sprzedaży produktów pozwanego banku, a zatem pozyskani na tym terenie nowi klienci banku w zdecydowanej większości byli klientami przekazanymi pozwanemu przez powódkę. Zarzut banku, iż strona powodowa nie przedstawiła wykazu tych klientów uznać należy za absurdalny wobec ich ilości sięgającej kilkudziesięciu tysięcy (według wyliczeń biegłej S. P. opartych na danych zawartych w informacjach zwrotnych kierowanych przez bank do agencji - 33 270 str. 18- 20 opinii). Przypomnieć także należało, że powodowa spółka w pozwie domagała się podania przez pozwanego danych z bankowego systemu obsługi klientów dotyczących ilości klientów płacących odsetki od kart kredytowych, ilości otworzonych przez bank kont osobistych oraz udzielonych kredytów dla klientów pozyskanych przez agencję. W odpowiedzi na co bank złożył jedynie zestawienie produktów bankowych sprzedanych za pośrednictwem powódki. Oceniając powyższe zachowanie banku w świetle art. 233§ 2 k.p.c. stwierdzić należy, iż nie może on teraz czynić zarzutu powódce, iż nie przedstawiła ona wykazu nowych klientów pozyskanych na jego rzecz, abstrahując od wspomnianej wcześniej istniejącej w tym względzie przeszkody natury technicznej.

Ustosunkowując się do zarzutów apelacyjnych pozwanego podnieść jeszcze należy, że wskazywane przez niego współdziałanie dającego zlecenie przy pozyskiwaniu klientów (abstrahując od tego, że nie zostało w sposób wystarczający udowodnione) nie wyłączało przyznania agentowi roszczenia wyrównawczego. Według raportu Komisji Wspólnot Europejskich oczekuje się jedynie aby agent odgrywał rolę czynną w pojawieniu się nowego klienta. W oparciu o zeznania świadka M. R. (1), będącego udziałowcem podobnej spółki jak powodowa, ale działającej na rzecz banku na innym obszarze kraju należało uznać, że warunek ten w odniesieniu do przedstawicieli handlowych zatrudnianych przez powódkę został spełniony. Z zeznań świadka wynikało bowiem, że w owym czasie nie było

powszechnej wiedzy o karcie kredytowej, był to produkt elitarny, jego sprzedaż wymagała większego wysiłku od sprzedawcy, był to produkt kierowany do najzamożniejszej grupy klientów, których pozyskać jest trudniej, gdyż są to klienci wymagający, dopytujący się o szczegóły (k 3670). Powyższe wskazuje, że sprzedaż kart kredytowych wymagała zaangażowania przedstawicieli handlowych, wnioskować należy również z powyższego, że takiego zaangażowania wymagała także sprzedaż nowego, nieznanego do tej pory na rynku produktu w postaci kredytu na telefon, który jak wynikało z zeznań G. Z. był produktem dobrym ale droгим (k 3296). O zaangażowaniu w sprzedaż produktów banku pracowników powodowej agencji świadczyły także zeznania świadka P. P. (1) (k 3297)

Przechodząc do kolejnej przesłanki świadczenia wyrównawczego jaką jest czerpanie przez dającego zlecenie znacznych korzyści z umów z nowymi klientami pozyskanymi przez agenta, to stwierdzić należy, że sąd I instancji prawidłowo uznał, że „znaczność” tychże korzyści nie może być oceniana w odniesieniu do ogólnych dochodów banku. Kwestię powyższą wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 XI 2005 r. stwierdzając, że pozyskanie określonej liczby klientów „także tworzy wartość przedsiębiorstwa, a zyski czerpane z umów zawartych z nimi dają wymierną, długoletnią korzyść, co nie może pozostać bez znaczenia przy ocenie, czy spełnione zostały przesłanki określone w art. 764³ k.c.”. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy stwierdził ponadto, że kryteria „znacznych korzyści” to m.in. „korzystanie przez dającego zlecenie ze zdobytej przez agenta klienteli, wyrobionych stosunków czy reputacji, na którą zapracował także agent (goodwill), prognozę przyszłych umów, oczekiwaną ich realność i spodziewaną wartość przedmiotu z chwili rozwiązania umowy. Pojęcie to rozumiane jest jako możliwość czerpania zysków z transakcji zawieranych ze stałymi klientami pozyskanymi przez agenta. i dalej: nie chodzi zatem o korzyści szczególne, wyższe od normalnych, jakie uzyskuje przedsiębiorca”. Z kolei w wyroku z dnia 11 IX 2011 r. IV CSK 650/11 Sąd Najwyższy wyraził nawet takie stanowisko, że przy wykazywaniu „znacznych korzyści” dającego zlecenie, o jakich mowa jest w art. 764³ § 1 k.c. nie chodzi o „wykazanie realnego, konkretnego zysku dającego zlecenie (określonych sum pieniężnych), wynikającego ze współpracy z klientami pozyskanymi przez byłego agenta, lecz o korzyść w znaczeniu ogólniejszym (opisowym), na którą może składać się wiele elementów. Kontynuacja współpracy kontraktowej z tymi klientami po rozwiązaniu umowy agencji może prowadzić do wielu wymiernych korzyści handlowych dla dającego zlecenie, niekoniecznie możliwych do wyrażenia w odpowiednich sumach bezpośredniego dochodu (np. ukształtowanie się stałej klienteli, pozycja rynkowa dającego zlecenie, prognozy rozwojowe jego przedsiębiorstwa w zakresie określonego typu usług). Oznacza to, że były agent w procesie o świadczenie wyrównawcze powinien wykazać te elementy, które komponują stan „znacznych korzyści” dającego zlecenie, osiągniętych dzięki aktywności agenta jako pośrednika, nie zaś konkretną wysokość tych korzyści.”.

Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie uznał, że strona pozwana w dalszym ciągu czerpie korzyści z klientów pozyskanych przez bank na podstawie podanego przez biegłego sądowego B. M. wskaźnika migracji klientów na rynku kart kredytowych oraz w oparciu o powszechnie znaną okoliczność, iż wiadomym jest, że w przypadku kart kredytowych umowy klienta z bankiem nie ograniczają się do okresu 1-2 lat tylko trwają dłużej. Strona pozwana w swojej apelacji kwestionowała powyższe ustalenia biegłego, podnosiła m.in. że nie stanowi notorium okres na jaki zawierane są umowy o kartę kredytową oraz, że podany przez biegłego wskaźnik migracji dotyczył przecież tylko klientów którzy zrezygnowali z jednego z kilku produktów bankowych sprzedawanych przez agenta, a zatem nie obrazuje on odpływu klientów nabywających inne produkty. Odnosząc się do powyższych zarzutów stwierdzić należy, iż w istocie same powyższe okoliczności nie mogły świadczyć o osiągnięciu przez dającego zlecenie w dalszym ciągu znacznych korzyści z umów zawartych z nowo pozyskanymi dla niego przez agencję klientami. Przede wszystkim podkreślić należy, że w przepisie art. 764³ § 1 k.c. nie chodzi o korzyści jakie czerpie bank z umów zawartych za pośrednictwem powódki jeszcze w czasie trwania umowy agencyjnej, ponieważ za tego rodzaju pośrednictwo otrzymała ona już wynagrodzenie, tylko o umowy zawierane po rozwiązaniu umowy agencyjnej przez dającego zlecenie bez udziału agenta, a więc takie, od których agentowi nie należy się prowizja na podstawie art. 761¹ k.c. Czerpanie korzyści należy odnieść do zawierania dalszych umów z tymi klientami i praw majątkowych wynikających z tych umów dla dającego zlecenie. Komentarz do kodeksu cywilnego pod red. K. Kopczyńskiej –Piecniak i innych (do art. 764³). Wymieniany już Komentarz do kodeksu cywilnego pod redakcją G. Bieńka mówi, że przy ustalaniu korzyści osiągniętych z umów z klientami pozyskanymi przez agenta za punkt wyjścia należy brać prognozę co do liczby nowych umów, oczekiwanej

ich realności i spodziewanej wartości przedmiotu z chwili rozwiązania umowy agencyjnej (str 493). Wynika to z ratio legis instytucji świadczenia wyrównawczego opierającej się na tym, że pomimo wygaśnięcia umowy agencyjnej dający zlecenie nadal uzyskuje realne profity z działalności byłego agenta , które mogą polegać na zawieraniu kontraktów z pozyskaną klientelą, wykorzystaniu renomy czy też powiązań wykształconych przez tegoż agenta. Jak to wyraził komentator w Systemie prawa prywatnego. Prawo Zobowiązań. pod red. J. Rajskiego . Część szczególna. Tom VII, str. 551: świadczenie wyrównawcze nie jest świadczeniem odszkodowawczym, nie należy w nim upatrywać także roszczenia o wynagrodzenie, „świadczenie wyrównawcze jest świadczeniem wzajemnym za stworzenie grupy klientów , których dający zlecenie będzie mógł wykorzystać po wygaśnięciu umowy agencyjnej”.

W celu ustalenia m.in. powyższej przesłanki świadczenia wyrównawczego strona powodowa w piśmie rozszerzającym powództwo wnosila o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego. Postanowienie dowodowe sądu I instancji z dnia 19 III 2009 r. tego wniosku dowodowego nie uwzględniało. Mowa jest w nim jedynie o wskaźniku migracji klientów, który może być pewnym wyznacznikiem korzyści odnoszonych przez bank, ale w oparciu o który korzyści te nie zostały przez Sąd Okręgowy w ogóle określone. Postępowania dowodowe w tym zakresie wymagało zatem uzupełnienia, tym bardziej, że taki wniosek dowodowy (z opinii instytutu naukowego) po wydaniu opinii przez biegłego M. zgłaszała strona pozwana wskazując w tezie dowodowej okoliczności istotne dla oceny przesłanek roszczenia o świadczenie wyrównawcze. Stwierdzić należy, iż powyższy wniosek dowodowy nie był spóźniony, gdyż potrzeba jego zgłoszenia na tym etapie postępowania została spowodowana „niedociągnięciami” opinii biegłego B. M.. Powołany przez Sąd Apelacyjny instytut naukowy w postaci (...) korzyści osiągniętych przez bank po zakończeniu współpracy stron, z pozyskanej dla niego przez agencję klienteli nie wyliczył. Dlatego też , mając na uwadze trudności z wytypowaniem uczelni lub instytutu, który mógłby w sprawie wydać opinię , z uwagi na stawiane przez obie strony zarzuty stronniczości, sąd odwoławczy zlecił wydanie opinii biegłemu sądowemu. Taką opinię pisemną wydała biegła S. P., której kompetencje, po ustnym wystąpieniu przed Sądem Apelacyjnym tak jak już była o tym mowa budziły wątpliwości . Tym niemniej jednak za niecelowe sąd odwoławczy uznał dopuszczenie dowodu z kolejnej opinii biegłego sądowego czy też instytutu naukowego, uznając, iż w oparciu o przedstawione przez biegłą S. P. dane i wyliczenia (z przyczyn powyżej wskazanych) można było poczynić niezbędne dla rozstrzygnięcia sprawy ustalenia .

Ustalenia te zaś były takie , że po zakończeniu łączącej strony umowy pozwany bank czerpał nadal korzyści z pozyskanych dla niego przez powódkę klientów (w liczbie wyjściowej jednak nie 33 270 osób , tylko z uwagi na stopień migracji klientów wynoszącej w 2002 r. już 27 757 - zał. nr 1 do opinii) , które wynosiły w ujęciu dochodowym co najmniej 8 828 428 , 85 zł, a jak wyjaśniano to już w części uzasadnienia poświęconej rozstrzygnięciu o roszczeniu karencyjnym należało przyjąć, iż były zdecydowanie wyższe.

Ponadto jak już też zostało podkreślone , pojęcia „znaczących korzyści” o jakich mowa jest w art. 764³ § 1 k.c. nie można było sprowadzać jedynie do wysokości „czystego zysku” banku uzyskanego z przekazanej mu przez agenta bazy klientów. Należało również mieć na uwadze tę okoliczność , iż to powodowa agencja wprowadzając jako pierwsza na rynek (...) produkty pozwanego i przez dłuższy czas sprzedając je jako jedyna, ukształtowała stałą klientelę banku na danym rynku geograficznym i produktowym, wyrobiła jego pozycję rynkową, reputację. Jak podkreślała to biegła E. K. pozyskani na rzecz pozwanego klienci należeli do najlepszych klientów z tzw. segmentu private , byli klientami z „dużymi portfelami”, których jest bardzo mało, a z których banki czerpią korzyści największe (k 5233). Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności należało uznać, iż po zakończeniu współpracy stron, korzyści jakie czerpał nadal pozwany bank z pozyskanych przez agencję na jego rzecz klientów były „znaczące”.

Jeżeli chodzi natomiast o wysokość świadczenia wyrównawczego to jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 XI 2005 r. w tym względzie odwołać się należało do „praktyki sądów niemieckich , które wysokość tę ustalają biorąc pod uwagę prowizję od umów zawartych z nowymi klientami uzyskaną w ciągu ostatnich 12 miesięcy , przewidywany okres uzyskiwania korzyści przez dającego zlecenie, wskaźnik migracji klientów, sumę prowizji utraconych w każdym roku po rozwiązaniu umowy i porównują z górną granicą świadczenia wyrównawczego o jakiej mowa w § 2 art. 764³ k.c. Bardzo podobne zasady wyliczania wysokości świadczenia wyrównawczego określiła także Komisja Europejska w swoim sprawozdaniu z 23 VII 1996 r. (odsyłając zresztą do dorobku sądów niemieckich), na które powoływał się

ETS w cytowanym już orzeczeniu z 26 III 2009 C 348-07 stwierdzając, że „Sprawozdanie to dostarcza szczegółowych informacji dotyczących faktycznego obliczania świadczenia wyrównawczego i jego celem jest ułatwienie dokonywania bardziej jednolitej wykładni tegoż art. 17 (dyrektywy)”.

Strony niniejszego postępowania były zresztą zgodne co do takiego sposobu wyliczenia wysokości świadczenia wyrównawczego, tym niemniej jednak istniał pomiędzy nimi spór co należy rozumieć pod pojęciem „provizji od nowych klientów lub klientów z którymi zintensyfikowano obroty za ostatnie 12 miesięcy trwania umowy agencyjnej”. Strona powodowa uważała, że powinno być to pełne wynagrodzenie brutto określone w umowie, obliczone jako wynagrodzenie stałe w układzie kalkulacyjnym plus prowizja, zdaniem zaś pozwanego banku powinien być to tylko zysk agenta, a nie ogólny jego przychód tj. łącznie z kosztami jego uzyskania, które były zresztą pokrywane przez bank. Sąd Okręgowy do powyższego sporu się w ogóle nie odniósł, błędnie wychodząc przy ustalaniu wysokości świadczenia wyrównawczego od wysokości średniego rocznego wynagrodzenia stanowiącego górną granicę świadczenia wyrównawczego, do którego w istocie zalicza się wszystkiego rodzaju świadczenia otrzymywane przez agenta od dającego zlecenie z tytułu realizacji umowy.

Ustosunkowując się do powyższej kwestii zwrócić należy uwagę, iż we wspomnianym sprawozdaniu Komisji Europejskiej mowa jest o ustalaniu wysokości świadczenia wyrównawczego przy wykorzystaniu wielkości prowizji brutto za okres ostatnich 12 miesięcy, ale również i o tym, że „Możliwe jest uwzględnienie wynagrodzenia ryczałtowego, o ile można je uznać za wynagrodzenie z tytułu pozyskania nowych klientów” (k 2016). Ideą zatem jest, aby do dokonania wyliczeń przyjmować wszelkiego rodzaju wynagrodzenie z tytułu pozyskania klienta w ujęciu brutto. Podobne stanowisko wyrażone zostało w wyroku Niemieckiego Federalnego Sądu Najwyższego z dnia 15 II 1965 r., na który powoływała się strona powodowa, a w którym stwierdzone zostało, że nie ma żadnych przeszkód aby do wyliczenia strat jakie poniósł agent na skutek zakończenia umowy nie wliczyć stałego wynagrodzenia otrzymywanego przez niego w czasie trwania umowy. „Jeżeli więc agent otrzymuje stałe wynagrodzenie, to zostaje ono przyznane regularnie w całości, lub w znacznej części za pośredniczenie oraz zawieranie kontraktów”. Takie samo stanowisko wyrażone zostało w wyroku z dnia 6 VIII 1997 r. VIII ZR 150/96 (k 4938).

Sąd Apelacyjny przychylił się do powyższego poglądu przyjmując, że podstawą obliczenia należnego powódce świadczenia wyrównawczego powinno być całe otrzymywane przez nią wynagrodzenie za wykonywane usługi pośrednictwa finansowego, a więc zarówno należności przekazywane przez bank agencji z tytułu prowizji jak i kosztów działalności spółki, w postaci wynagrodzenia jej pracowników jak i wydatków określonych w załączniku nr 4 do umowy. Rację należy przyznać stronie powodowej, iż całość wynagrodzenia wypłacana była jej z tytułu pozyskania nowych klientów. „Spółka zajmowała się bowiem wyłącznie bezpośrednią sprzedażą produktów banku, a więc wszystkie poniesione przez nią koszty były kosztami poniesionymi w związku z uzyskanym przychodem” – biegły B. M. (k 4280). Świadek J. P. zeznał, że administrowaniem klientami zajmował się bank (k 3665), a świadek M. R., prowadzący taką samą agencję jak powodowa, że bank płacił mu tylko za sprzedaż produktów (k 3672). Stanowisko strony pozwanej, iż do przyjęcia wyliczeń wysokości świadczenia wyrównawczego należy przyjąć zysk równy prowizji otrzymywanej przez agenta, do którego przychyliła się prof. E. K. z (...) (protokół z rozprawy z dnia 29 XI 2011 r.) opierało się na błędnym założeniu, iż świadczenie powyższe ma charakter świadczenia odszkodowawczego.

Odwołać się także należało do treści sprawozdania Komisji Wspólnot Europejskich, w której zawarte zostało stwierdzenie, że „Rzadko zdarza się, by uzyskiwano kwotę maksymalną (z art. 764³ § 2 k.c.), chyba, że dany przedstawiciel pozyskał wszystkich lub większość klientów” (k 2018), co akurat w okolicznościach niniejszej sprawy miało miejsce.

Ponadto Sąd Apelacyjny całkowicie przychylił się do poglądu wyrażonego w tej kwestii w prywatnej opinii prof. E. P. opracowanej na zlecenie powoda (k 5199).

Strona pozwana na poparcie swojego stanowiska odwoływała się także do licznych orzeczeń sądów apelacyjnych, które przyjmowały, że wysokość należnego agentowi świadczenia wyrównawczego powinna zostać obliczana po odjęciu kosztów jego działalności, których przecież już nie ponosi, czyli przedstawiać jedynie tzw. „czysty zysk”. Podobne

stanowisko wyraził także Sąd Najwyższy w przywoływanym już wyroku z dnia 27 I 2012 r. I CSK 211/11 stwierdzając, że „Rozwiązanie umowy agencyjnej oznacza jednak, że agent przestaje ponosić koszty związane z jej wykonywaniem. Nie otrzymuje 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 ograniczać wysokość kwoty świadczenia wyrównawczego obliczonego z odwołaniem się do utraconych przez agenta prowizji.”

Zdaniem niniejszego Sądu Apelacyjnego takie podejście do kwestii wysokości świadczenia wyrównawczego nie uwzględnia wspomnianego już założenia, że świadczenie to nie ma charakteru odszkodowawczego, tylko jego celem jest zagwarantowanie agentowi udziału w korzyściach jakie nadal dający zlecenie czerpie z pozyskanej dla niego bazy klientów . W wyroku z dnia 29 IX 2011 r. IV CSK 650/10 Sąd Najwyższy wprost stwierdził, że przy ustalaniu wysokości przedmiotowego świadczenia należy mieć na uwadze partycypacyjny cel roszczenia wyrównawczego tj. element udziału byłego agenta w korzyściach dającego zlecenie , uzyskanych w wyniku aktywności uprawnionego. Przy czym nie chodzi tu o „ekwiwalent” za wykonane prace , ale o ocenę udziału finansowego agenta w korzyściach uzyskiwanych przez jego partnera. Po drugie prezentowane przez sądy apelacyjne i Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 I 2012 r. rozwiązanie nie może mieć zastosowania w okolicznościach niniejszej sprawy z uwagi na przyjęty przez strony w umowie z dnia 1 VI 1999 r. sposób wynagradzania agenta mający charakter mieszany, polegający na regulowaniu przez pozwanego banku wynagrodzenia stałego w układzie kalkulacyjnym i niewielkiej w porównaniu z nim prowizji, gdyż stanowiącej jak już wskazywano około 1 – 1,6 % całego wynagrodzenia rocznego. Przypomnieć należy stanowisko niniejszego Sądu Apelacyjnego wyrażone w wyroku z dnia 9 VIII 2006 r. , iż uzgodniona przez strony w umowie z dnia 1 VI 1999 r. prowizja nie wyczerpywała wymogów jakim powinno odpowiadać wynagrodzenie agenta, tj. nie pokrywała nawet kosztów związanych z wykonywaniem zleconych czynności oraz godziwego zysku.

Orzeczenia reprezentujące odmienne stanowisko, zostały wydane natomiast w takich stanach faktycznych, w których rentowność działalności agenta wynosiła 30-50 % jego przychodu z tytułu prowizji. Działalność zaś powodowej spółki miała charakter deficytowy, co nie może w ocenie Sądu Apelacyjnego wpływać na rozmiar przysługującego jej świadczenia wyrównawczego , należnego przecież za stworzenie na rzecz dającego zlecenie bazy klientów i mającego zapewnić agentowi udział w korzyściach jakie klienci ci w dalszym ciągu przynoszą dającemu zlecenie już jednak bez udziału agenta (szerzej na powyższy temat będzie mowa poniżej).

Gdyby zresztą zastosować przyjęty w orzeczeniach sądów apelacyjnych i w w/w orzeczeniu Sądu Najwyższego sposób wyliczenia wysokości należnego powodowej spółce świadczenia wyrównawczego , to okazałoby się, że za pozyskaną w okresie 3 letniej współpracy stron ponad 33 tysięczną klientelę, przekazaną pozwanemu bankowi, powodowej spółce z uwagi na ponoszone przez nią straty z działalności operacyjnej nic by się nie należało , pomimo korzyści pozwanego uzyskiwanych z tychże klientów przez dalsze co najmniej 5 lat po zakończeniu trwania umowy agencyjnej , w wysokości jak już zaznaczono co najmniej 8 828 428,85 zł (str. 39 i 46 opinii). Także gdyby ewentualnie przyjąć założenie , iż otrzymana przez agencję za ostatni rok prowizja nie została przeznaczona na pokrycie kosztów jej działalności operacyjnej i stanowiła tzw. czysty zysk powódki , to wyliczone w oparciu o nie świadczenie wyrównawcze w wysokości maksymalnej 97 185 zł według wzoru KWE (wyliczenia biegłej . S. P. str. 39 opinii) stanowiłoby zaledwie 1,1 % ustalonych powyżej minimalnym korzyści banku, co wypaczałoby sens powyższego świadczenia i czego z przyczyn oczywistych w takiej sytuacji nie sposób byłoby zaakceptować.

Dodania jeszcze w tym miejscu wymaga, iż niezasadny był zarzut apelacyjny strony pozwanej dotyczący oddalenia przez sąd I instancji jej wniosku dowodowego o przesłuchanie świadków- pracowników pozwanego na okoliczność dokonywania sposobu rozliczeń pomiędzy stronami . Dowód powyższy został po raz pierwszy zgłoszony dopiero w piśmie procesowym z dnia 29 IV 2004 r. (k 1560), a zatem po terminie określonym w art. 479¹⁴ § 2 k.p.c.. W szczególności nie można było przyjąć, że potrzeba powołania tego dowodu powstała dopiero wówczas, gdyż spór pomiędzy stronami co do tego, co powinno stanowić podstawę wyliczenia ewentualnego świadczenia wyrównawczego banku istniał już od 2001 r. (po wypowiedzeniu umowy z 26 IX 2001 r.) i został uwidocznił także w odpowiedzi na

piśmo rozszerzające powództwo, w którym to pozwany jako podstawę naliczania powyższego świadczenia wskazywał tylko prowizję otrzymywaną przez agenta.

Jak już zaznaczone zostało w celu m.in. wyliczenia wysokości świadczenia wyrównawczego sposobem rekomendowanym przez Komisję Wspólnot Europejskich Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z opinii instytutu naukowego. Wydana w tym zakresie przez (...) opinia była nieprzydatna dla rozstrzygnięcia sprawy (aczkolwiek niektóre przekazane przez jej autorów wiadomości wymagające wiedzy specjalnej zostały przez Sąd Apelacyjny wykorzystane przy rozstrzyganiu niniejszej sprawy). Jej autorzy, pomijając w ogóle obligatoryjny pierwszy etap ustalania wysokości świadczenia wyrównawczego (kolejność zalecana przez KWE jak i sądy niemieckie k 3011 oraz przez komentatorów polskich – patrz T. Wiśniewski „Świadczenie wyrównawcze przysługujące agentowi” - PS nr 10 z 2001 r. str.49/50) przeszli od razu do etapu drugiego tj. oceny zasad słuszności i przyjęli, iż zasady powyższe przemawiają przeciwko przyznaniu powodce dochodzonego świadczenia , gdyż spółka ta z uwagi na osiąganie jedynie strat na swojej działalności , których wobec braku kapitału zapasowego i niski kapitał zakładowy nie mogła pokryć , była spółką nie mogącą działać na rynku , a więc przedsiębiorstwem nie mogącym być agentem, podmiotem rynkowym (k 4992).

Ustosunkowując się do powyższego stanowiska autorów opinii podnieść po pierwsze należy, iż nie uwzględnia ono okoliczności wynikającej z wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 VIII 2006 r. , iż ujemny wynik finansowy działalności powodki za lata 2000 i 2001 był częściowo spowodowany niewypłaceniem przez bank prowizji w pełnej należnej powodce wysokości (ustalenia biegłych co do stanu zadłużenia spółki oparte zostały na informacjach z rachunków zysków i strat , a jak podała biegła T. B. powodka nigdy nie dokonała korekty tych rachunków o kwotę 75 tys. zł z tytułu zaległych prowizji – k 5228) . Zgodnie z opinią (...) strata za lata 1999-2001 wyniosła 102 043, 62 zł., zaś zaległa prowizja zasądzona wyrokiem 75 283 zł. Wynik finansowy na 10 VII 2002 r. strata – 15 329,37 zł, nie uwzględniał zaś okoliczności nie wypłacenia spółce przez stronę pozwaną należnego świadczenia karencyjnego jak i innych nielojalnych działań banku opisanych w części uzasadnienia dotyczącej roszczenia odszkodowawczego.

Po drugie wyrażony przez autorki opinii pogląd o złej kondycji finansowej powodowej spółki, uzasadniającej jej upadłość , pomijał treść prawomocnego postanowienia Sądu Rejonowego (...) z dnia 30 maja 2003, którym oddalony został wniosek o ogłoszenie upadłości powodki z uwagi na brak ustawowych ku temu przesłanek (k 5042, 5046).

Po trzecie przedstawione w opinii instytutu wnioski zdaniem Sądu Apelacyjnego w żadnej mierze nie przemawiały za odmową przyznania stronie powodowej świadczenia wyrównawczego. Powodowa agencja pomimo złych wyników finansowych, przez okres 3 lat pozyskiwała bowiem na rzecz pozwanego banku klientów , których dominująca część stała się klientelą stałą , przynoszącą pozwanemu po zakończeniu współpracy stron znaczące korzyści. Kwestia kondycji finansowej agenta w żaden sposób nie powinna zatem rzutować na możliwości przyznania mu świadczenia wzajemnego za stworzenie grupy klientów , którą dający zlecenie będzie mógł wykorzystać po wygaśnięciu umowy agencyjnej.

Po czwarte autorki opinii uzasadniając swoje stanowisko powoływały się m.in. na treść sprawozdania KWE, w którym mowa jest o tym, że przy długim okresie rozruchu działalności agenta można odstąpić od proponowanych zasad wyliczania wysokości świadczenia wyrównawczego. Powyższe odnosi się jednak tylko do wyliczeń zawartych w I etapie metody rekomendowanej przez KWE, a nie do zasad słuszności (k 2016).

Uznając, iż opinia (...) nie wyjaśnia istoty rzeczy Sąd Apelacyjny mając na uwadze wniosek dowodowy strony powodowej zawarty jeszcze w piśmie rozszerzającym powództwo i powtórzony na rozprawie apelacyjnej (k 5235) dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego, któremu zlecił m.in. wyliczenie wysokości świadczenia wyrównawczego. Taką opinię pisemną wydała biegła S. P. , która to opinia do momentu przesłuchania biegłej przez sąd nie budziła jak już zaznaczono większych zastrzeżeń stron. Brak kompetencji jakim wykazała się biegła na rozprawie apelacyjnej w dniu 3 VIII 2012 r. nie podważał jednak jak już wspomniano, zawartych w jej opinii pisemnej danych liczbowych, znajdujących oparcie w materiale dowodowym sprawy i w informacjach upublicznionych, pochodzących od pozwanego Banku (...). Ustalone przez biegłą dane i dokonane przez nią wyliczenia, z przyczyn i w

zakresie omówionym powyżej, Sąd Apelacyjny wykorzystał do ustalenia wysokości należnego powódce świadczenia wyrównawczego według wzoru rekomendowanego w Raporcie KWE z 1996 r. (k 2014), uznając tym samym, iż dopuszczenie dowodu z kolejnej opinii biegłego sądowego czy też instytutu naukowego za bezcelowe, skutkujące jedynie przewlekłością rozpoznania sprawy.

Dokonane przez biegłą wyliczenia ze strony 37 i 38 jej opinii podstawowej nie zawierały żadnego błędu logicznego, rachunkowego, zostały dokonane zgodnie ze sposobem określonym przez KWE. Dane stanowiące podstawę tychże wyliczeń zostały częściowo przyznane przez obie strony (wynagrodzenie brutto agencji za ostatni rok), zastosowany wskaźnik migracji i wysokość stopy dyskontowej ostatecznie zostały uznane przez powódkę. Kwestionowanie zaś powyższych wielkości przez pozwanego z przyczyn powyżej podanych w części uzasadnienia odnoszącego się do świadczenia karencyjnego, uznać należało za niezasadne, zmierzające jedynie do przewlekania rozpoznania sprawy. 5 letni okres czerpania korzyści przez bank z pozyskanej przez agenta w ostatnim roku nowej klienteli wobec przywołanego już stanowiska biegłej E. K. (k 5234) i wniosków wynikających z przyjętego przez biegłą współczynnika migracji (o czym była także mowa powyżej), uznać należało za okres minimalny.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny przedstawione na str. 37-39 opinii biegłej S. P. wyliczenia ocenił jako prawidłowe i uznał je za własne, mając świadomość, pewnych ich niedociągnięć, jak chociażby związanych z brakiem zróżnicowania wskaźnika migracji klientów w zależności od rodzaju nabywanych przez nich produktów. Tym niemniej jednak opierając się na strukturze sprzedaży prowadzonej przez agencję, w której dominowały karty kredytowe (patrz k 173, czy też dane z opinii biegłej S. P. str. 19-20) jak i uwzględniając znaczną wysokość świadczenia wyrównawczego wyliczoną w ramach I Etapu obliczeń określonego w Raporcie KWE, uznał, iż powyższe uproszczenie nie rzutowałoby na wynik sprawy (i tak wyliczona wysokość świadczenia byłaby wyższa od górnej jego granicy).

Ustalona zgodnie ze wzorem rekomendowanym przez KWE i w oparciu o wyliczenia biegłej S. P. wysokość świadczenia wyrównawczego wyniosła 10 026 396,26 zł (str. 38). Kwota powyższa podlegała jednak dalszej korekcie z punktu widzenia tzw. względów (zasad) słuszności, o jakich mowa jest w art. 17 dyrektywy unijnej EWG 86/653 z dnia 18 XII 1986 r. i w zdaniu drugim art. 764³ § 1 k.c. (II Etap obliczeń).

Wymieniony przepis kodeksu cywilnego stanowi, że roszczenie wyrównawcze przysługuje agentowi, jeżeli, biorąc po uwagę wszystkie okoliczności, a zwłaszcza utratę przez agenta prowizji przemawiają za tym względy słuszności. Przy czym jak się przyjmuje w literaturze przedmiotu (cytowany już System prawa prywatnego pod red. J. Rajskiego str. 551/552) sama utrata przez agenta prowizji od umów z klientami pozyskanymi przez niego dla dającego zlecenie, nie może być jedynym zdarzeniem, którego zaistnienie przemawiałoby za przyznaniem agentowi wyrównania z uwagi na zasady słuszności. „Za takim ujęciem przemawia zwrot „w szczególności”. Przy badaniu tego czy względy słuszności przemawiają za przyznaniem agentowi wyrównania należy mieć na uwadze szereg innych okoliczności, a mianowicie: prowadzenie przez agenta działalności dla innych podmiotów, staranność przy wykonywaniu umowy, wzrost obrotów dającego zlecenie, korzyści osiągnięte przez dającego zlecenie, istnienie klauzuli zawierającej zakaz konkurencji. Nie jest też pozbawione znaczenia, czy (i w jakim zakresie) wysiłki oraz aktywność agenta zostały już wynagrodzone w postaci prowizji i w innych świadczeniach spełnionych przez dającego zlecenie na jego rzecz w czasie trwania umowy agencyjnej. Dający zlecenie chcąc wykazać, że względy słuszności nie przemawiają za przyznaniem agentowi wyrównania albo przemawiają za jego obniżeniem, może podnieść, że np.: sam pokrywał koszty kampanii reklamowych w takim zakresie, iż pozwoliło to na osiągnięcie korzyści samemu agentowi, pokrywał wydatki związane z działalnością agenta w większym stopniu niż był do tego zobowiązany, lub że uczestniczył w kosztach inwestycji przedsiębiorstwa agenta, co przynosi agentowi korzyści także po wygaśnięciu agencji”.

Według zaś Sprawozdania Komisji Europejskiej należy przy ocenie względów słuszności brać pod uwagę takie okoliczności jak: fakt czy agent po zakończeniu współpracy jest angażowany przez innych zleceniodawców, winę agenta, poziom wynagrodzenia agenta, spadek obrotów zleceniodawcy, zakres korzyści zleceniodawcy, świadczenia społeczne i emerytalne pokrywane przez zleceniodawcę, ograniczenie swobody działania agenta wynikające z klauzuli konkurencyjności. Poza tym odmowa przyznania ze względów słuszności agentowi świadczenia wyrównawczego nie

jest wykluczona, ale musiałyby przemawiać za tym wyjątkowe okoliczności (patrz T. Wiśniewski we wspomnianej już publikacji, str. 57).

Przechodząc tym samym do zarzutów apelacyjnych obu stron, kwestionujących przesłanki jakie zdaniem Sądu Okręgowego przemawiały za przyznaniem i obniżeniem powódce świadczenia wyrównawczego, stwierdzić należy, iż po części były one zasadne. Przede wszystkim niektóre uwzględnione przez sąd I instancji w ramach zasad słuszności okoliczności nie znajdowały uzasadnienia w materiale dowodowym sprawy, część istotnych zaś okoliczności nie została w ogóle wzięta pod uwagę. Tym niemniej jednak nie można było uznać tak jak podnosiła to strona pozwana , że w niniejszym przypadku względy słuszności przemawiały przeciwko przyznaniu powódce świadczenia wyrównawczego.

W swojej apelacji bank podnosił, iż sąd I instancji nie wziął pod uwagę faktu, że po wygaśnięciu umowy powódka nie utraciła żadnych prowizji od umów z klientami, przy zawieraniu których uczestniczyła. Prawdziwość powyższej okoliczności nie budziła wątpliwości tym niemniej jednak nie miała znaczenia w sprawie, gdyż przy ustalaniu prawa do świadczenia wyrównawczego chodzi o utratę prowizji od umów jakie zostały zawarte przez bank z pozyskanymi przez agencję klientami już po zakończeniu współpracy stron tj. bez jej udziału. Wbrew kolejnemu zarzutowi pozwanego stwierdzić należy, iż sąd I instancji uwzględnił w swoich rozważaniach fakt finansowania przez bank kampanii reklamowych produktów oferowanych przez powódkę , co miałoby wpływać dodatkowo na wysokość sprzedaży tych produktów, a tym samym wysokość prowizji agencji. Inną rzeczą jednak jest, że prowadzenie tychże kampanii reklamowych, co słusznie podnosiła z kolei strona powodowa nie zostało wykazane. Jedynym dowodem wskazującym na prowadzenie jakiegokolwiek akcji reklamowej przez bank były zeznania świadka J. P. (3), z których wynikało tylko tyle, że w tym czasie była duża kampania reklamowa w różnych mediach prowadzona ze zwierzętami (k 3668). Wypowiedź powyższa zdaniem Sądu Apelacyjnego nie mogła stanowić wystarczającej podstawy do przyjęcia, iż z powyższego tytułu świadczenie wyrównawcze stronie powodowej nie należy się lub, że powinno zostać obniżone. Nie wiadomym bowiem nadal było co stanowiło przedmiot tychże reklam , jaki był ich zakres oraz jaki wpływ wywarły na zwiększenie popytu na produkty banku sprzedawane przez agencję.

Sąd Okręgowy wśród okoliczności przemawiających za obniżeniem należnego powódce świadczenia wyrównawczego wymienił tzw. siłę przyciągania marki. Wywodził, iż światowa renoma pozwanego banku ułatwiała agencji sprzedaż jego produktów. Ustalenie powyższe nie zostało jednak poparte żadnymi dowodami. Jaką dokładnie renomą na polskim rynku w latach 1999-2002 cieszył się (...) czy Bank (...) nie sposób było zresztą w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w sprawie ustalić. W szczególności nie była ta okoliczność powszechnie znana, która nie wymagała udowodnienia, podobnie jak nie jest okolicznością powszechnie znaną stopień wpływu marki danego produktu na jego popyt. Strona pozwana próbę wykazania powyższych okoliczności podjęła , ale za późno domagając się m.in. aby na temat renomy (...), atrakcyjności jego towarów i wpływu tych czynników na poziom sprzedawalności produktów bankowych przez agencję wypowiedział się instytut naukowy (k 3863) . W tym zakresie powyższy wniosek dowodowy uznać należało za sprekludowany. Za sprekludowany uznać jednak należało także dowód przedstawiony przez stronę powodową w dniu 12 I 2009 r. w postaci rankingu banków w 2003 r. (k 3730). Nie wykazane bowiem zostało dlaczego dowód powyższy nie mógł zostać przedstawiony przez powódkę wcześniej, w szczególności przy pierwszym piśmie procesowym wniesionym do sądu I instancji po przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania. Należy stwierdzić, że pismo to podlegało rygorom takim jak pozew , o których mowa w art. 479¹²§ 1 k.p.c. Według z kolei rankingu kart kredytowych załączonego przez powódkę do pisma rozszerzającego powództwo, karty kredytowe (...) znalazły się na ostatnich pozycjach (k 736) co jednak nie umniejszało okoliczności wynikającej z informacji podawanej w uzasadnieniu pozwu, iż były to karty wówczas najlepiej sprzedające się, skoro udział pozwanego banku w rynku kart kredytowych w Polsce wynosił wówczas 78%. Świadek M. R. zeznał , że pozwany bank w tym czasie miał dobrą renomę (k 3672) , podobnie jak świadek J. P. (3665). Autorka opinii instytutu naukowego prof. E. B. –K. w trakcie rozprawy apelacyjnej w dniu 29 XII 2011 r. podała, że z uwagi na wysoką renomę pozwanego banku, procent stałej pozyskanej przez powódkę klienteli był wysoki. Mając powyższy materiał dowodowy na uwadze w ocenie Sądu Apelacyjnego należało jednak uznać oddziaływanie renomy pozwanego banku na wysokość sprzedaży jego produktów

przez powodową agencję . Okoliczność powyższa nie mogła jednak w ocenie Sądu Apelacyjnego przemawiać za obniżeniem wysokości wyliczonego przez biegłą świadczenia wyrównawczego w ramach tzw. zasad słuszności.

Z drugiej bowiem strony należało mieć na uwadze, iż pomimo renomy banku , sprzedaż jego produktów w latach 1999-2002 wymagała większego wysiłku i zaangażowania ze strony przedstawicieli handlowych. W uzasadnieniu apelacji pozwany podkreślał, że w owym czasie był jednym z pierwszych banków w Polsce , które oferował nowatorskie produkty bankowe. Odwołać się jednak należało w tym miejscu do zeznań właściciela innej agencji współpracującej w owym czasie z bankiem, a mianowicie M. R. (1), który przyznał, że przy świadczeniu usług pośrednictwa finansowego liczyła się nie tylko umiejętność agenta ale także jakość sprzedawanych produktów. I jak dalej zeznał - w tym czasie nie było powszechnej wiedzy na temat kart kredytowych , był to produkt elitarny , jego sprzedaż wymagała większego wysiłku od sprzedawcy (k 3670). Tak jak już wspomniano okoliczność powyższa wynikała z samych twierdzeń strony pozwanej zawartych na k 3827 mówiących o tym, że jej produkty, w szczególności karty kredytowe były ekskluzywnym towarem, przeznaczonym dla określonej grupy osób o wysokich dochodach, co potwierdziła biegła (...) na rozprawie apelacyjnej (k 5233). Przyjąć tym samym należało, że w ogólnym bilansie, okoliczności przyciągania marki pozwanego banku i większego wysiłku jaki musiał włożyć agent w sprzedaż nowego elitarnego produktu, który dominował w strukturze sprzedażowej powodowej agencji, wzajemnie rekompensowały się.

W ocenie Sądu Apelacyjnego takiemu wzajemnemu zbilansowaniu podlegały także nie wzięte pod uwagę przez Sąd Okręgowy, a eksponowane w apelacji każdej ze stron, określone w umowie z 1 VI 1999 r. zasady wynagradzania agencji.

Słusznie strona pozwana podnosiła , iż wykonując usługi na rzecz banku powodowa spółka nie ponosiła żadnego ryzyka gospodarczego, gdyż niezależnie od osiągniętych przez nią wyników bank zawsze obowiązany był do pokrywania kosztów jej działalności. Przywołać należy jeszcze raz prof. E. K. , która na rozprawie apelacyjnej w dniu 29 XII 2011 r. podkreślała, iż fakt, że agencja miała zagwarantowany zwrot i wzrost kosztów działalności , był dla niej nad wyraz korzystny (k 5232) . Z drugiej jednak strony rację należało przyznać także powodowej spółce, iż wiążąca ją z pozwanym bankiem umowa agencyjna, nie zapewniała jej w istocie godziwego zysku . Przypomnieć tylko należy, iż wysokość należnej agencji prowizji, kształtowała się średnio na poziomie około 65 000 zł rocznie, co stanowiło jak już podkreślano ok. 1,6 % wypłacanego na jej rzecz wynagrodzenia i co skutkowało jej ujemnymi wynikami finansowymi. Nie można było tym samym przyjąć, iż wysiłki oraz aktywność agencji zostały już wynagrodzone w trakcie trwania umowy z pozwanym.

Podzielić ponadto należało zarzut apelacyjny powódki , iż w rozważaniach Sądu Okręgowego dotyczących względów słuszności zabrakło wskazywanej w raporcie KWE okoliczności braku zatrudnienia przedstawiciela handlowego po zakończeniu współpracy stron przez inny podmiot, co powinno skutkować podwyższeniem wyliczonej w ramach I Etapu wysokości świadczenia o ok. 10 % . Ponadto za podwyższeniem świadczenia wyrównawczego przemawiały uwzględnione już przez sąd I instancji okoliczności dotyczące:

- dominującej roli jaką odegrała powodowa spółka w zorganizowaniu i prowadzeniu na rynku (...) systemu sprzedaży produktów pozwanego,

- świadczenia przez nią usług tylko i wyłącznie na rzecz pozwanego, zgodnie z zawartą w umowie agencyjnej klauzulą wyłączności.

Jak określił to sąd I instancji w latach 1999-2002 praktycznie tylko powodowa agencja prowadziła na w/w rynku geograficznym sprzedaż produktów pozwanego. Prawie każdy ówczesny klient banku , z tego rejonu , został pozyskany przez przedstawicieli agencji. Wynik rocznej sprzedaży produktów osiągał poziom 14 – 15 tys. (k 173) i jak oceniła to biegła (...) była to duża sprzedaż . Poza tym pozyskana dla banku klientela była klientelą z segmentu private, tzn. byli to klienci majątni, z dużymi portfelami (k 5233) . Dlatego też w ocenie Sądu Apelacyjnego z powyższego tytułu należało podwyższyć wysokość należnego powódce świadczenia wyrównawczego o 20 % . Z uwagi natomiast na obowiązujący powódkę zakaz prowadzenia działalności konkurencyjnej na rzecz jakiegokolwiek innego podmiotu w okresie trwania

umowy , o kolejne 10 %. Okoliczność powyższa bowiem niewątpliwie utrudniła powódce szybkie znalezienie nowego partnera po zakończeniu współpracy z pozwanym bankiem.

Nie można było natomiast zgodzić się z powódką, iż na wysokość przyznanego jej świadczenia w ramach korekty z tytułu tzw. względów słuszności wpływ powinno mieć także nielojalne zachowanie się pozwanego banku przy zakańczaniu wzajemnej współpracy , o jakim mowa była w części dotyczącej roszczenia odszkodowawczego.

Tego typu okoliczność nie została ujęta w katalogu przesłanek rzutuujących na wysokość świadczenia wyrównawczego , określonych w Raporcie KWE i w wymienionych powyżej publikacjach , a ponadto została już powódce zrekompensowana w ramach przyznanego odszkodowania.

Łącznie zatem korekta wysokości wyliczonego w ramach I Etapu obliczeń świadczenia wyrównawczego powinna była wynosić in plus 40 %.

Sąd Apelacyjny podziela jednak także zarzuty pozwanego banku, iż wśród okoliczności mogących wpłynąć na obniżenie poziomu świadczenia wyrównawczego Sąd Okręgowy nie uwzględnił tej , iż oprócz zagwarantowanego umową zwrotu kosztów działalności, i jak już podkreślano niewielkiej prowizji , powodowa agencja czerpała także inne wymierne korzyści ze współpracy z bankiem . Mając dostęp do know-how prowadzenia działalności bankowej, korzystając ze szkoleń organizowanych przez bank oraz jego dokumentacji zawierającej procedury i wzory związane z tego rodzaju działalnością, zdobywała wiedzę, doświadczenie, które mogły ułatwić jej podjęcie współpracy z kolejnym podmiotem. Tworzyła w ten sposób wartość swojego przedsiębiorstwa. Na podstawie zawartej w dniu 1 VI 1999 r. umowy bank był obowiązany do prowadzenia szkoleń dla pracowników agencji, co też czynił w mniejszym lub większym stopniu, co przyznaje także powódka w swoim pozwie pisząc o nielicznych szkoleniach (k 6) . Organizowanie szkoleń przez bank, głównie produktowych potwierdzały także zeznania M. R. (1) (k 3672). Nie można było zatem zgodzić się ze stroną powodową, że wysokie kwalifikacje jej pracowników były wyłącznie wynikiem pracy zatrudnianych przez nią osób. Przytoczyć bowiem należy zeznania jednego z pracowników powódki P. P. (1), który przyznał, że sposób sprzedaży produktów banku nie był wynikiem jakiegoś know-how . „Nie było naszym autorskim pomysłem dzwonić do klienta. Natomiast prezentacja produktu i sprzedaż przez pryzmat korzyści to była nasza wiedza.” (k 3297) . Jak stwierdziła to prof. E. B. w swoim ustnym wystąpieniu przed Sądem Apelacyjnym „Sam fakt uczestniczenia przez agencję w rynku , współpraca z bankiem, także wpływało na to, że umowa była korzystna” (k 5232). W ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadniało to obniżenie wyliczonej przez biegłą S. P. wartości świadczenia wyrównawczego o ok. 20 %.

Miarkując wysokość należnego powódce świadczenia Sąd Apelacyjny miał na uwadze także wymienioną w Raporcie KWE przesłankę w postaci zakresu korzyści zleceniodawcy. Jak już wspomniano wyliczone przez biegłą S. P. dochody netto uzyskane przez bank z klienteli przekazanej mu przez agencję , nie stanowiły odpowiedniego miernika korzyści czerpanych przez pozwanego , po zakończeniu współpracy stron. Porównując ich wielkość z maksymalną wysokością świadczenia wyrównawczego przysługującego powódce 4 067 488 zł , można byłoby ustalić, iż udział powodowej agencji w korzyściach banku wynosi 46%, co byłoby jednak mylnym wnioskiem. Wskazane bowiem dochody netto pozwanego po pierwsze nie wyczerpywały wszystkich korzyści jakie uzyskał bank z klienteli przekazanej jej przez powódkę , o czym była już mowa powyżej , a po drugie w rzeczywistości były znacznie wyższe, z przyczyn także już wskazanych w części uzasadnienia dotyczącej świadczenia karencyjnego.

Dodać jeszcze należy , iż na ustalenie wysokości świadczenia wyrównawczego wpływu w ocenie Sądu Apelacyjnego nie miała podnoszona przez pozwanego okoliczność zawarcia umowy agencyjnej z powódką na czas określony ani także fakt zasądzenia na rzecz agencji świadczenia karencyjnego.

To, że łącząca strony umowa miała charakter terminowy i, że w związku z tym powódka winna była liczyć się z jej ukończeniem nie umniejsza okoliczności, iż w okresie 3 lat jej trwania agencja zdobyła dla pozwanego olbrzymią bazę klientów, którzy w dalszym ciągu przynosili bankowi wymierne korzyści. Tego rodzaju zresztą okoliczność,

mająca rzutować zdaniem pozwanego na rozmiar przyznawanego agentowi świadczenia , nie została wymieniona ani w raporcie KWE ani przez żadnego z komentatorów.

Zasądzone z kolei na rzecz agencji świadczenie karencyjne nie pozostaje w żadnym związku z okolicznością partycypacji powódki w dochodach jakie przynoszą bankowi pozyskani przez nią w okresie trwania umowy klienti. Świadczenie wyrównawcze przysługuje agentowi niezależnie od tego czy po zakończeniu współpracy stron obowiązany był on powstrzymać się od działalności konkurencyjnej czy też nie.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny po dokonaniu korekty wysokości świadczenia wyrównawczego z tytułu tzw. względów słuszności, ustalił jego wartość na kwotę 12 031 675 zł (120 % x 10 026 396, 26 zł), co wielokrotnie przewyższało określoną w § 2 art. 764³ k.c. górną granicę świadczenia wyrównawczego , obliczoną jako średnie roczne wynagrodzenie z okresu trwania umowy agencyjnej tj. kwotę 4 067 488,30 zł. (ustaloną przy uwzględnieniu faktur z czerwca i lipca 2002 r.. str. 21 i 22 opinii biegłej S. P.) .

Dlatego też wartość powyższego świadczenia została zredukowana do w/w górnej wartości granicznej, z tym, że wobec treści roszczenia powoda i treści orzeczenia Sądu Apelacyjnego z dnia 9 VIII 2006 r., na rzecz powódki zasądzona została kwota niższa tj. 4 034 857,62 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 27 VI 2002 r. Strona powodowa wezwała pozwanego bank do zapłaty w/w należności pismem z dnia 12 VI 2002 r. (k 558), tym niemniej jednak wobec braku dowodu jego doręczenia bankowi , należało uznać , iż dłużnik otrzymał wezwanie wierzyciela do spełnienia świadczenia o jakim mowa w art. 455 k.c. w dniu 26 VI 2002 r. (k 558), kiedy to wystosował do agencji pismo odmawiające jego spełnienia (k 562). Opóźnienie w spełnieniu świadczenia uprawniające zgodnie z art. 481§ 1 k.c. do naliczania odsetek ustawowych od należności głównej powstało zatem z dniem 27 VI 2002 r. . Za nie znajdujące oparcia w polskim porządku prawnym Sąd Apelacyjny uznał stanowisko zawarte w Raporcie KWE, iż wyrównanie należy się agentowi już nawet z końcem umowy zawartej na czas określony (k 2014).

Koszty procesu.

Za niezasadny uznać należało zarzut strony powodowej dotyczący pominięcia przez sąd I instancji w rozliczeniu kosztów procesu kosztów zastępstwa procesowego poniesionych przez nią w postępowaniu wywołanym powództwem wzajemnym banku.

Powództwo banku zostało bowiem prawomocnie rozstrzygnięte wyrokiem niniejszego Sądu Apelacyjnego z dnia 6 VIII 2006 r., który oddalił apelację pozwanego od wyroku Sądu Okręgowego z dnia 3 VI 2005 r. oddalającego w całości powództwo wzajemne. Sprawa w tym zakresie została zakończona w rozumieniu art. 108§ 1 k.p.c. Przedmiotem ponownego rozpoznania przez Sąd Okręgowy było tylko powództwo główne i tylko o kosztach z nim związanych mógł ten sąd orzekać.

Za zasadne natomiast należało uznać twierdzenia powódki dotyczące pominięcia przy określeniu stopnia wygrania sprawy, uwzględnionego wyrokiem Sądu Apelacyjnego z dnia 9 VIII 2006 r. roszczenia prowizyjnego agencji w kwocie 75 283 zł. i zbyt niskiego określenia kosztów zastępstwa procesowego jej pełnomocnika . Wobec jednak dokonanej przez Sąd Apelacyjny zmiany rozstrzygnięcia sądu I instancji należało ponownie dokonać stosunkowego rozliczenia kosztów poniesionych przez strony w ramach postępowania z powództwa głównego, na podstawie art. 100 k.p.c..

Ponieważ z dochodzonej ogółem przez powódkę kwoty 8 600 386,80 zł zasądzone zostało na jej rzecz łącznie 6 429 399,11 zł. , oznacza to, iż wygrała ona proces w około 75%, a pozwany w 25 %. W takiej też proporcji na podstawie art. 100 k.p.c. Sąd Apelacyjny dokonał rozliczenia poniesionych przez strony dotychczas w postępowaniu pierwszo instancyjnym, apelacyjnym i przed Sądem Najwyższym kosztów procesu, na które składały się:

Koszty powoda :

a) w pierwszej instancji : wydatki na opinię biegłego S. K. 6 237 zł, opinię biegłego B. M. 24 219,65 zł oraz koszty zastępstwa procesowego w maksymalnej 6 krotnej stawce wynikającej z rozporządzenia MS z dnia 28 IX 2002 r.

w sprawie opłaty za czynności radców prawnych oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. 2002.163.1349) w kwocie 43 200 zł z uwagi na nakład pracy pełnomocnika powoda, stopień przyczynienia się przez niego do rozstrzygnięcia sprawy, a także dwukrotny udział w postępowaniu pierwszo instancyjnym . Łącznie zatem 73 656,65 zł plus opłata od pełnomocnictwa 15 zł, co dało kwotę 73 671,65 zł.

b) za II instancję koszty wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej wysokości - 32 400 zł,

c) koszty postępowania kasacyjnego -5400 zł wynagrodzenie pełnomocnika, którego nakład pracy w porównaniu z I i II instancją nie był znaczny.

Tym samym suma poniesionych przez powódkę kosztów procesu wyniosła 111 471 ,65 zł.

Koszty pozwanego:

a) w pierwszej instancji – wydatki na opinię biegłej B. Z. w kwocie 5051,60 zł i 6315,68 zł , oraz wynagrodzenie adwokackie w poczwórnej wysokości z uwagi na nieprzeciętny nakład pracy pełnomocnika i podwójne postępowanie pierwszo instancyjne 28 800, opłata od pełnomocnictwa 15 zł, łącznie 40 182 ,28 zł,

b) w drugiej instancji - wpis od apelacji 52 582 zł (w części dotyczącej powództwa głównego) plus wynagrodzenie adwokata w stawce 4- krotnej 21 600 zł , łącznie zatem 74 182 zł,

c) koszty postępowania kasacyjnego: opłata od skargi kasacyjnej dotyczącej powództwa głównego 3 764 zł plus koszty zastępstwa procesowego 5400zł, w sumie 9164 zł.

Suma poniesionych przez stronę pozwaną kosztów procesu wyniosła tym samym 123 528, 28 zł.

Wyjaśnienia w tym miejscu wymaga, iż Sąd Apelacyjny nie uwzględnił wniosku pełnomocnika powódki o zasądzenie na rzecz tej strony kosztów zastępstwa procesowego za „pierwsze” i „drugie” postępowanie przed Sądem Okręgowym oraz za dwa postępowania apelacyjne. Jak wynika to bowiem z postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 10 II 2011 r. IV CZ 109/10 przedmiotem postępowania pierwszo instancyjnego za pierwszym jak i drugim razem była cały czas ta sama sprawa , to samo powództwo , Sąd Apelacyjny rozpoznawał zaś dwukrotnie tę sama apelację wniesioną od wyroku Sądu Okręgowego z dnia 3 VI 2005 r. , bez względu na fakt dwukrotnego orzekania przez te sądy.

Ostatecznie zatem rozliczenie kosztów procesu pomiędzy stronami wyglądało następująco:

Koszty należne powódce : $111\,471,65 \text{ razy } 75\% = 83\,603,74 \text{ zł}$

Koszty należne pozwanemu: $123\,528,28 \text{ razy } 25\% = 30\,882 \text{ zł}$

Po wzajemnym potrąceniu pozostała kwota 52 721 , 74 zł należna stronie powodowej.

Ponadto należało mieć na uwadze, iż na skutek zwolnienia powódki od kosztów sądowych pozostały nieopłacone koszty wpisów i opłat sądowych w wysokości łącznej 250 692 zł, w tym :

- wpis od pozwu 100 000 zł,

-wpis od apelacji powódki od wyroku SO z 3 VI 2005 r. – 100 000,

-opłata od skargi kasacyjnej 50 692 zł.

Opłatami powyższymi obciążone zostały obie strony w stopniu w jakim przegrały proces , na podstawie art. 113 ust 1 i 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych tj. powódka 62 673 zł i pozwany 188 019 zł.

Jeżeli chodzi z kolei o koszty niniejszego postępowania apelacyjnego to zostały one rozliczone w sposób następujący:

Powódka skarżyła rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w zakresie oddalenia jej roszczeń : karencyjnego i wyrównawczego na łączną kwotę 2 576 240 zł. Jej apelacja okazała się zasadna co do kwoty 2 034 857,62 zł., co oznacza , iż wygrała ona postępowanie apelacyjne z własnej apelacji w 79%. Poniesione przez nią koszty wyniosły 32 400 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, a tym samym należał się jej ich zwrot w kwocie 25 596 zł.

Pozwanemu zaś, który wygrał to postępowanie apelacyjne w 21 %, zwrot kwoty 4536 zł (21 % z 21 600 zł- koszty zastępstwa procesowego według 4 krotnej stawki). Po wzajemnej kompensacji kosztów pozostała kwota 21 060 zł należna powódce.

Pozwany skarżył wyrok Sądu Okręgowego w zakresie uwzględnionego powództwa co do kwoty 5 730 811 zł. Apelacja jego okazała się zasadna co do kwoty 1 411 555, 60 zł (odszkodowanie 3 258 350 zł – 1 846 797,49zł), co oznacza, iż wygrał tę część procesu w ok. 25 %. Poniesione przez niego koszty postępowania apelacyjnego wyniosły 162 755 zł (100 000 zł opłata od apelacji, 21 600 zł wynagrodzenie pełnomocnika, 41 155,68 zł wydatek na opinię instytutu naukowego) . Należna mu do zwrotu część tych kosztów wyniosła 40 688,92 zł (162 755 x 25 %).

Koszty powoda związane z rozpoznawaniem apelacji pozwanego wyniosły 32 400 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Ich 75 % stanowiło 24 300 zł.

Po wzajemnym potrąceniu należnych każdej ze stron kosztów postępowania wywołanych apelacją pozwanego , pozostała kwota 16 388,92 zł. – przysługująca do zwrotu bankowi .

Dokonując ostatecznego potrącenia kosztów całego postępowania apelacyjnego w wysokości 21 060 zł należnych powódce z kwotą 16 388,92 zł należną pozwanemu, Sąd Apelacyjny zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 4 671,08 zł.

Ponadto na podstawie art. 113 ust 1 i 2 u.k.s.c. obciążył obie strony opłatami i wydatkami od ponoszenia których powódka została uprzednio zwolniona tj. kwotą 100 000 zł stanowiącą opłatę od jej apelacji oraz 34 289,33 zł i 2743,15 zł wyłożonych tymczasowo przez Skarb Państwa na pokrycie kosztów opracowania opinii podstawowej i uzupełniającej przez biegłą S. P.. Pokrycie tych kosztów przez każdą ze stron nakazał w takiej proporcji w jakiej wygrały one postępowanie apelacyjne z apelacji powódki.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art. 386§ 1 oraz art. 385 k.p.c. orzeczono jak w sentencji.