

Sygn. akt I ACa 754/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Barbara Górczanowska (spr.)
Sędziowie:	SSA Maria Kus-Trybek SSA Zbigniew Ducki
Protokolant:	st. prot. sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 29 maja 2013 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa B. B.

przeciwko (...) S., (...) spółce jawnej w C., S. C., A. S. (1), K. Z.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Gospodarczego w Krakowie

z dnia 7 lutego 2012 r. sygn. akt IX GC 138/10

1. **zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu treść:**

„I. oddala powództwo;

II. zasądza od powoda solidarnie na rzecz pozwanych kwotę 21.600 zł (dwadzieścia jeden tysięcy sześćset złotych) tytułem kosztów procesu;

III. nakazuje pobrać od powoda B. B. na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 814,45 zł (osiemset czternaście złotych 45/100) tytułem nieuiszczonych kosztów procesu.”;

2. **oddala apelację powoda;**

3. **zasądza od powoda solidarnie na rzecz pozwanych kwotę 20.672 zł (dwadzieścia tysięcy sześćset siedemdziesiąt dwa złote) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;**

4. **nie obciąża stron kosztami opinii biegłego w postępowaniu apelacyjnym.**

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 6 czerwca 2013 r.

Powód B. B. domagał się zasądzenia od pozwanych solidarnie (...) S., (...) spółki jawnej w C., oraz jej wspólników: S. C., A. S. (1), K. Z., kwoty 300.000 zł z odsetkami i kosztami procesu, tytułem odszkodowania za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na wprowadzaniu na rynek makaronu w opakowaniach podobnych do opakowań stosowanych przez powoda dla „Makaronu (...), po cenie niższej od ceny makaronów powoda, pomimo prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 2006 r. zakazującego pozwanej Spółce takiego czynu, tj. na podstawie art.18 ust.1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art.415 k.c. i art. 361 k.c. Dochodzoną szkodę powoda stanowi zysk, który powód osiągnąłby ze sprzedaży swoich produktów w latach 2007 i 2008, gdyby pozwani nie wprowadzili na rynek makaronów w opakowaniach naśladujących opakowania powoda, przy czym zyska ten wyliczył na kwotę co najmniej 664.521,72 zł, stanowiącą iloczyn zysku powoda osiągnięty w tych latach ze sprzedaży 1 kg „makaronu (...) oraz ilości makaronu wprowadzonego do obrotu przez pozwanych w zakazanych opakowaniach w tym czasie.

W odpowiedzi na pozew pozwani (...)S., (...) spółka jawna w C., S. C., A. S. (1), K. Z. wnieśli o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na ich rzecz solidarnie kosztów postępowania zaprzeczając by stosowali opakowania posiadające cechy opisane w wyroku z 2006 r. oraz zarzucając, że powód nie udowodnił zaistnienia przesłanek swojego roszczenia, to jest nie wykazał, że poniósł szkodę w wyniku działań pozwanych, a odwołując się do obrotów realizowanych przez pozwaną spółkę, de facto żąda wydania przez pozwaną osiągniętych przez nią „korzyści”, o co wystąpił już wobec pozwanych przed Sądem Okręgowym w Bielsku-Białej. Powód nie wykazał, że doszło do naruszenia jego praw, jak również istnienia związku przyczynowego pomiędzy realizowanymi przez niego obrotami a działalnością pozwanych. Pozwani podnieśli nadto zarzut przedawnienia roszczenia za okres od 1 stycznia 2007r. do 21 lutego 2007r. jest przedawnione z uwagi na trzyletni okres przedawnienia roszczeń z tytułu czynów nieuczciwej konkurencji oraz na datę wytoczenia powództwa, tj. 22 lutego 2010 roku.

Wyrokiem z dnia 7 lutego 2012r. Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział IX Sąd Gospodarczy zasądził solidarnie od pozwanych (...) S., (...) spółki jawnej w C., S. C., A. S. (1), K. Z. na rzecz powoda B. B. kwotę 197 436 zł 39 gr wraz z ustawowymi odsetkami od 19 lutego 2010r. do dnia zapłaty, zaś w pozostałym zakresie powództwo oddalił i zasądził solidarnie od pozwanych (...) S., (...) spółki jawnej w C., S. C., A. S. (1), K. Z. na rzecz powoda kwotę 21 685 zł tytułem zwrotu kosztów procesu. Sąd nakazał ściągnąć od pozwanych (...) S., (...) spółki jawnej w C., S. C., A. S. (1), K. Z. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 814 zł 45 gr tytułem nieuiszczonych kosztów procesu.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne i motywy wskazane w uzasadnieniu:

Prawomocnym wyrokiem z dnia 22 czerwca 2006r. Sąd Okręgowy w Krakowie zakazał (...)S., (...) spółce jawnej w K. wprowadzania do obrotu makaronów w opisanych w wyroku opakowaniach, pomimo którego pozwana Spółka do końca 2008r. wprowadzała produkowany przez siebie makaron w opisanych opakowaniach, osiągając zysk ze sprzedaży makaronu w opakowaniach naruszających prawa strony powodowej od 19 lutego 2007r. do końca 2008r. w wysokości 197.436,93 zł.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie dokumentów przedłożonych do akt sprawy, zeznań świadków i opinii biegłego. Kwestionowany przez pozwanych fakt wprowadzania do obrotu przez pozwaną Spółkę w latach 2007 i 2008, makaronu w opakowaniach naruszających prawa strony powodowej pomimo prawomocnego wyroku SO w Krakowie zakazującego tego procederu, Sąd ustalił na podstawie zeznań świadków M. B., G. G., R. S. (1), J. R., K. M., L. Z. i T. P., które to zeznania ocenił jako wiarygodne, zwłaszcza w świetle zeznań D. K. (1), dystrybutora makaronów pozwanej Spółki, który w procesie wytoczonym mu przez powoda o zakazanie czynów nieuczciwej konkurencji przed Sądem Okręgowym w Częstochowie zeznał, iż makaron w opracowanym przez niego nowym opakowaniu był sprzedawany od listopada 2008r., odmiennie niż zeznał w niniejszym procesie, co podważa z kolei jego wiarygodność. Nadto pozwani wskazali w odpowiedzi na pozew, że po czerwcu 2006r. wycofali się ze stosowania zabronionych opakowań, gdy tymczasem pozwana Spółka jeszcze w sierpniu 2006r. w apelacji od ww. wyroku twierdziła, że wyrok jest wadliwy i nie wskazywała, aby zaprzestała stosowania ww. opakowań. Rezultatem

powyższego było ustalenie, że pozwana Spółka wprowadzała makaron do obrotu w opakowaniach zakazanych wyrokiem SO w Krakowie do końca 2008 roku. W szczególności nawet gdyby istotnie w połowie listopada 2008r. strona pozwana rozpoczęła wprowadzanie makaronu już w innych opakowaniach, tak jak wskazał D. K. w innym procesie, to przecież nie jest możliwe, aby wszystkie wyprodukowane i sprzedawane w zabronionych opakowaniach makarony zostały sprzedane dokładnie w dniu rozpoczęcia sprzedaży makaronów w nowych opakowaniach. Tym samym przez pewien czas makaron pozwanej Spółki funkcjonował na rynku niejako równolegle – to jest zarówno w opakowaniu kwestionowanym przez powoda, jak i w nowym, aż do naturalnego wyeliminowania dotychczasowych opakowań w wyniku jego sprzedania i zastępowania go w sklepach makaronem w nowej szacie graficznej.

Sąd Okręgowy nie zgodził się ze stanowiskiem pozwanych, że powód nie wykazał przesłanek uzasadniających uwzględnienie powództwa, to jest związku przyczynowego i renomy swojego znaku. Za kwestię podstawową Sąd uznał udzielenie powodowi ochrony wyrokiem z 2006r., a zatem naruszenie postanowień ww. wyroku uzasadnia dochodzenie roszczenia przez powoda. Dla Sądu Okręgowego było oczywiste, że sprzedaż makaronu w inkryminowanych opakowaniach wyrządziła powodowi szkodę. Sąd nie zaakceptował też argumentu pozwanych, że makarony stron sprzedawane są przez innych sprzedawców. Przy tego typu towarze, nawet gdyby przyjąć, że istotnie nie występuje sytuacja, że makarony stron są sprzedawane przez tych samych sprzedawców to i tak mielibyśmy do czynienia z relacją konkurencji, ze względu na charakter towaru – to jest jednego z podstawowych produktów żywnościowych.

W zakresie wysokości szkody powstałej w wyniku wprowadzania na rynek przez pozwaną Spółkę makaronu w opakowaniach naruszających prawa powoda i wprowadzających klientów w błąd Sąd Okręgowy przyjął za podstawę kwotę zysku przez nią osiągniętego ze sprzedaży makaronu swojskiego w spornym okresie, przy uwzględnieniu dodatkowej okoliczności, która miała znaczenie dla wyliczenia ww. kwoty. Sąd oparł się w tym zakresie na wyliczeniach biegłej sądowej z zakresu rachunkowości E. S., dokonując jej modyfikacji w zakresie nie wymagającym wiedzy specjalistycznej. Biegła podała, iż udział procentowy sprzedaży przez pozwaną Spółkę makaronu w spornym opakowaniu w 2007r. wynosił 93,40% całej produkcji a w 2008r. 95,62% całej produkcji, co według Sądu pierwszej instancji wskazuje, iż produkcja makaronu (...)w zabronionym opakowaniu była podstawowym źródłem dochodu Spółki. Biegła sądowa podała, iż Spółka osiągnęła z tego tytułu zysk brutto w 2007r. w kwocie 93.165,16 zł, natomiast w odniesieniu do 2008r. biegła obliczyła jej zysk w dwóch wariantach w zależności od tego, czy uwzględniła wartość zakupionej przez Spółkę maszyny do produkcji makaronu - 117.025,99 zł w razie przyjęcia, iż koszt zakupu maszyny do produkcji nie powinien być wliczony do kosztów działalności. W sumie za dwa lata (2007-2008) strona pozwana osiągnęła zysk z tytułu sprzedaży makaronu w spornych opakowaniach w kwocie 210.191,15 zł.

Odnosząc się do przytaczanych przez powoda opinii biegłej L. Ś. sporządzonej na potrzeby procesu toczącego się przed SO w Bielsku Białej i opinii spółki z o.o. Centrum (...) sporządzonej na potrzeby procesu toczącego się przed SO w Częstochowie, Sąd wskazał, że nie są one dowodami z opinii biegłego sądowego, gdyż ten przymiot w niniejszej sprawie ma tylko opinia biegłej E. Ż.-S.. Sąd nie brał pod uwagę treści opinii spółki z o.o. (...), gdyż nie badał czy i na ile ww. spółka z o.o. może być uznana za instytut w rozumieniu przepisów Kodeksu Postępowania Cywilnego.

W rozważaniach prawnych Sąd Okręgowy wskazał, że jest związany wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie, na mocy którego zakazano pozwanej Spółce stosowania inkryminowanych opakowań. Stanął na stanowisku, iż w sytuacji, w której dochodzi do wydania wyroku zakazującego określonego czynu nieuczciwej konkurencji, to w kolejnej sprawie, w której powód wywodzi swoje roszczenia z faktu, iż pozwany nie przestrzega zakazu wynikającego z wyroku zakazującego podejmowania działań wypełniających znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, sąd rozstrzygający taki (kolejny) spór nie może poddawać ponownej analizie wcześniejszego wyroku zakazującego stosowania czynów nieuczciwej konkurencji. Sąd zatem całkowicie pomógł te argumenty pozwanych, które dotyczyły kwestionowanie tego rozstrzygnięcia, gdyż ponowna ocena, czy sprzedaż przez pozwaną Spółkę makaronów w opakowaniach o określonych wzorach spełnia dyspozycję czynu nieuczciwej konkurencji stanowiłoby naruszenie res iudicata. Sąd zwrócił jedynie uwagę, że z jednej strony pozwani podkreślali, iż dostosowali się do postanowień wyroku z 2006r. i zaprzestali sprzedaży makaronów w inkryminowanych opakowaniach, a z drugiej strony pozwani dążyli do wykazania, iż wyrok z 2006r. był nietrafny – co w obliczu faktu, iż rzekomo niezwłocznie dostosowali się do jego postanowień wywołuje

wątpliwości. Sąd jednakże rozróżniał kwestię związania Sądu orzekającego treścią wyroku z 2006r. od ustalenia, czy wykorzystywane w 2007 i 2008r. opakowania były właśnie tymi, które zostały zakazane, czy też innymi. Sąd Okręgowy ustalił, że pozwana Spółka dopiero w połowie listopada 2008r. zaczęła sprzedawać produkt w nowych opakowaniach i że naruszanie postanowień wyroku z 2006r. trwało do końca 2008r., czyli do wyprzedania istniejących zapasów makaronu w inkryminowanych opakowaniach. Zaś co do wysokości utraconych zysków, to Sąd pierwszej instancji odwołał się do opinii biegłego. Zwrócił przy tym uwagę na niekonsekwencję powoda, który w pozwie opiera przedstawił przez siebie wyliczenie na wykonane na potrzeby postępowania przed Sądem Okręgowym w Bielsku Białej opinii biegłej L. Ś., którą w tamtym postępowaniu zdecydowanie zwalczał..

Odnosząc się do dochodzonych przez powoda utraconych korzyści, Sąd Okręgowy stwierdził, iż oznacza to ustalenie finansowych konsekwencji stanu faktycznego, który nigdy nie wystąpił. Potwierdza to nawet stanowisko powoda, który wskazywał, że dochodzona przez niego kwota to jedynie szacunkowe wyliczenie szkody w tej postaci. Zdaniem Sądu Okręgowego nie jest możliwe wskazanie z absolutną pewnością, że wyliczona kwota odpowiada tej kwocie, którą uzyskałby powód, gdyby ustalony przez Sąd przebieg zdarzeń wystąpił w rzeczywistości. Dlatego też jako punkt wyjścia dla wyliczenia szkody Sąd pierwszej instancji wziął pod uwagę zysk osiągnięty przez pozwaną Spółkę, co w ocenie Sądu pozwala uzyskać rzeczywistą kwotę zysku uzyskaną przez konkretnego przedsiębiorcę wskutek sprzedaży makaronu w zabronionych opakowaniach. Jednakże ww. kwotę zysku wyliczoną przez biegłą Sąd zweryfikował pomniejszając go o koszt zakupionej przez pozwaną Spółkę w 2008r. maszyny produkcyjnej, która w zasadniczy sposób zmniejszyła jej zysk – wręcz zniwelowała go do zera. Zdaniem Sądu Okręgowego wartości tej maszyny nie można uwzględnić jako uzasadnionego elementu obniżającego wartość zysku z tej przyczyny, iż powód jest przedsiębiorcą, który od lat prowadzi działalność gospodarczą w dziedzinie produkcji makaronów i dla niego taka inwestycja nie była konieczna. W rezultacie Sąd przyjął jako punkt wyjścia dla ustalenia wartości utraconych korzyści kwotę zysku wypracowanego przez pozwaną Spółkę i wskazaną w opinii biegłej, ale bez uwzględnienia w kosztach prowadzonej działalności wartości maszyny produkcyjnej zakupionej w 2008r. Są to kwoty: 93.165,16 zł za 2007r. oraz 117.025,99 zł za 2008r. – w sumie 210.191,15 zł, którą Sąd uznał za równowartość utraconych przez powoda korzyści za lata 2007 i 2008.

Odnosząc się do zarzutu powoda, że jego utracone zyski nie powinny być wyliczone jako równowartość zysku uzyskanego przez pozwaną Spółkę, lecz jako iloczyn ilości sprzedanego przez tę Spółkę makaronu i średniego zysku ze sprzedaży 1 kg makaronu uzyskanego przez powoda, Sąd Okręgowy stwierdził, że wprawdzie jest w niej dużo racji, gdyż rentowność przedsiębiorstwa powoda jest zdecydowanie wyższa, aniżeli rentowność przedsiębiorstwa pozwanej Spółki, jednakże ostatecznie Sąd nie uznał za stosowne przyjąć jako wartość utraconego zysku zaproponowanego przez powoda modelu. Sąd wskazał, że taki sposób wyliczenia wartości utraconych korzyści oparty jest na założeniu, że gdyby pozwani nie sprzedawali makaronu w zabronionych opakowaniach, to sprzedaż makaronu powoda zwiększyłaby się o ilość makaronu faktycznie sprzedanego przez pozwaną Spółkę, a taki wniosek należy uznać za wadliwy. Zakłada bowiem przejęcie przez powoda całej puli makaronu sprzedanego przez pozwaną Spółkę, gdy tymczasem nie można zakładać, że pozwana Spółka w ogóle w tym czasie nie produkowałaby makaronu. W rezultacie logiczne jest, że dla części rzeczywistych klientów pozwanej Spółki, którzy kupili w 2007 i 2008 makaron w zabronionych opakowaniach, elementem ważnym była cena. Klienci tacy mając do wyboru makaron powoda i pozwanej Spółki (w innych opakowaniach, to jest nie objętych zakazem wyroku z 2006r.) kupiliby makaron pozwanej Spółki – ze względu na jego niższą cenę. Z tej przyczyny Sąd Okręgowy odrzucił konstrukcję powoda, aby jego utracone korzyści wyliczyć jako iloczyn ilości makaronu sprzedanego przez pozwaną Spółkę i średniego zysku powoda osiąganego ze sprzedaży makaronu. Za najbardziej wiarygodny – to jest najbardziej zbliżony do możliwego, rzeczywistego przebiegu zdarzeń - punkt odniesienia pozwalający na ustalenie wartości utraconych korzyści powoda Sąd Okręgowy uznał przyjęcie zysku pozwanej Spółki wraz z zastosowaną przez Sąd modyfikacją polegającą na nie zaliczeniu do kosztów prowadzonej działalności jednorazowego kosztu zakupu maszyny produkcyjnej.

Odnosząc się do zarzutu częściowego przedawnienia roszczenia, Sąd Okręgowy uznał go za uzasadniony. Sąd przyjął trzyletni okres przedawnienia roszczenia z tytułu czynu nieuczciwej konkurencji i daty poszczególnych dni sprzedaży makaronu w zabronionych opakowaniach jako początku biegu terminu przedawnienia. Zasadność przyjęcia takiego stanowiska zdaniem Sądu potwierdza nawet argumentacja powoda, który twierdził, że dowiedział się o sprzedaży

makaronu z opinii biegłej L. Ś. wykonywanej na zlecenie Sądu Okręgowego w Bielsku Białej. Sąd to stanowisko zakwestionował wyrażając wątpliwość, że powód, który wnosi powództwo o zakazanie czynów nieuczciwej konkurencji nie kontroluje, czy korzystny dla niego wyrok jest realizowany. Również okoliczność, że biegła L. Ś. wykonywała opinię na zlecenie Sądu Okręgowego w Bielsku Białej nie było dziełem przypadku, tylko konsekwencją twierdzenia powoda, iż pozwani nie respektują postanowień wyroku z 2006r. Wyraził też stanowisko, iż gdyby miał oceniać wiarygodność pozostałych twierdzeń powoda przez pryzmat wiarygodności jego wyjaśnień dotyczących braku jego wiedzy o sprzedaży makaronu w zabronionych opakowaniach w 2007r. to Sąd musiałby wówczas w całości przyjąć twierdzenia powoda jako niewiarygodne i w rezultacie oddalić powództwo.

Konsekwencją uwzględnienia zarzutu przedawnienia było obniżenie wartości zysku za 2007r. o kwotę 12.754,76 zł. Sąd wyliczył wartość zysku za styczeń i luty 2007r. w ten sposób, iż kwota zysku w wysokości 93.165,16 zł za cały 2007r. daje średnio zysk za jeden miesiąc w kwocie 7.763,76 zł. Sąd przyjął, iż w zakresie stycznia 2007r. przedawnione jest roszczenie w kwocie 7.763,76 zł. Natomiast w odniesieniu do lutego 2007 roku tutaj Sąd wyliczył średnią arytmetyczną zysku za 1 dzień - $7.763,76 : 28 \text{ dni} = 277,27 \text{ zł} \times 18 \text{ dni}$ – co dało kwotę 4.991 zł i w tym zakresie uznał roszczenie za okres od 1 lutego do 18 lutego 2007r. za przedawnione. Sąd miał świadomość, iż sprzedaż jakiegokolwiek produktu nie wygląda w rzeczywistości w ten sposób, że w każdy kolejny dzień uzyskuje się taką samą wartość sprzedaży, chociaż z drugiej strony akurat makaron nie jest przykładem sezonowego produktu, którego poziom sprzedaży zasadniczo różni się w zależności od pory roku. Po wtóre, Sąd uśredniając wyniki sprzedaży miał również na uwadze i to, że wylicza wartość utraconych korzyści, czyli finansowych konsekwencji niewystąpienia w rzeczywistości określonego zdarzenia. W takiej sytuacji uśrednienie wyników sprzedaży nie jest nadużyciem.

Sąd Okręgowy odniósł się także do zarzutu pozwanych co do wytaczania przez powoda szeregu sporów sądowych. Sąd nie ocenił tej okoliczności negatywnie, stwierdzając, że pomiędzy poszczególnymi sprawami wytoczonymi przez powoda nie występują relacje *litis pendentia* lub *res iudicata*. Sąd wskazał jednak na występujący pomiędzy nimi związek, istotny dla niniejszego postępowania w postaci jednego elementu, a mianowicie kwoty zasądzone na rzecz powoda muszą być brane pod uwagę w kolejnych wyrokach. Na przykład – równoległe do niniejszej sprawy toczył się spór pomiędzy stronami przed Sądem Okręgowym w Bielsku Białej o wydanie przez pozwaną Spółkę uzyskanych korzyści, więc gdyby przed dniem zamknięcia rozprawy w niniejszej sprawie Sąd orzekający został poinformowany o zapadłym prawomocnym wyroku zasądzającym jakąkolwiek kwotę na rzecz powoda, to musiałby uwzględnić ww. kwotę we wzajemnych rozliczeniach pomiędzy stronami, obniżając zasądzoną kwotę utraconych korzyści o kwotę zasądzoną w tamtej sprawie. Jeżeli bowiem na rzecz powoda w związku ze sprzedażą makaronów w zabronionych opakowaniach została zasądzona jakakolwiek kwota, przy czym nieistotny jest tutaj zarówno tytuł prawny, jak i nawet podmiot zobowiązany do zapłaty, to nie można w sposób uzasadniony podtrzymywać twierdzenia, że powód nadal w powyższym zakresie utracił oczekiwane korzyści. Jednakże do dnia zamknięcia rozprawy żadna ze stron nie poinformowała tutaj Sąd o fakcie wydania w innych sporach pomiędzy nimi, czy też pomiędzy powodem i osobami trzecimi prawomocnego wyroku, wobec czego nie było podstaw do obniżenia kwoty utraconych korzyści w takim zakresie.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił zarzutu pozwanych braku legitymacji biernej po stronie pozwanych współników gdyż ponoszą oni odpowiedzialność za zobowiązania spółki jawnej na podstawie art.22 § 2 k.s.h. Natomiast inną kwestią jest możliwość prowadzenia egzekucji na podstawie ww. wyroku równocześnie przeciwko pozwanej spółce jawnej i pozwany współnikom, ale powyższa kwestia rozwiązywana jest na poziomie postępowania o nadanie klauzuli wykonalności – art.31 § 1 i 2 k.s.h.

Podsumowując, Sąd Okręgowy w punkcie I wyroku na podstawie art.18 ust.1 pkt 4 ustawy o z.n.k. w związku z art.415 k.c. i art.361 § k.c. zasądził od pozwanych na rzecz powoda solidarnie kwotę 197.436,39 zł tytułem utraconych korzyści w związku ze sprzedażą przez pozwaną Spółkę makaronów w zabronionych opakowaniach w okresie od 19 lutego 2007r. do 31 grudnia 2008r. O odsetkach Sąd orzekł na podstawie art.481 § 1 i 2 k.c. zgodnie z żądaniem pozwu od dnia wniesienia pozwu. W punkcie II Sąd oddalił powództwo w pozostałym zakresie, uznając, iż utracone korzyści w

związku ze sprzedażą makaronu w opisany sposób nie przekraczają kwoty 210.191,15 zł, a roszczenie w zakresie kwoty 12.754,76 zł za okres od 1 stycznia 2007r. do 18 lutego 2007r. jest przedawnione.

O kosztach Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art.100 k.p.c. przyjmując jako punkt odniesienia do rozstrzygnięcia relację 1/3 do 2/3 uznając, że powód wygrał sprawę w 2/3, a pozwani w 1/3. Tytułem zwrotu kosztów opłaty od pozwu Sąd zasądził od pozwanych na rzecz powoda kwotę 9.872 zł stanowiącą równowartość opłaty od kwoty uwzględnionego roszczenia. Koszt opinii biegłego wynoszący 5.814,45 zł Sąd podzielił pomiędzy powoda (1.938,15 zł) a pozwanych (3.876,30 zł). Mając na uwadze, że powód wpłacił na poczet opinii biegłego zaliczkę w kwocie 5.000 zł, to należało uznać, iż do kwoty 1.938,15 zł zaliczka obciąża powoda, a w pozostałym zakresie (3.061,85 zł) zaliczka obciąża pozwanych, wobec czego Sąd uwzględnił kwotę 3061,85 zł jako koszty, które pozwani winni zwrócić powodowi. Jednocześnie z uwagi na przyjęte powyżej proporcje wyniku sporu Sąd obciążył pozwanych kwotą 814,45 zł kosztami opinii biegłego pokrytymi ze środków Skarbu Państwa. Z żądania powoda zwrotu kosztów przejazdu w wysokości 2.326,80 zł Sąd uwzględnił kwotę 1.551,20 zł. Co do kosztów wynagrodzenia pełnomocnika to Sąd przyjął jako punkt odniesienia kwotę 21.600 zł, czyli trzykrotność stawki minimalnej mając na uwadze nakład pracy pełnomocników stron i stopień skomplikowania sprawy. 2/3 z ww. kwoty należna powodowi to suma 14.400 zł, a 1/3 ww. kwoty należna pozwany to 7.200 zł, w wyniku czego Sąd zasądził od pozwanych na rzecz powoda kwotę 7.200 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniosły obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w zakresie, w jakim Sąd Okręgowy oddalił powództwo co do kwoty 102.563,61 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 19 lutego 2010 r. do dnia zapłaty oraz w zakresie, w jakim nie zasądził od pozwanych na rzecz powoda żądanych kosztów procesu. Zaskarżonemu wyrokowi powód zarzucił:

I. naruszenie prawa materialnego, tj.:

1) art. 18 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. zwalczania nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211 ze zm.) w związku z art. 415 k.c. oraz art. 361k.c. § 1 i 2 k.c. - poprzez wadliwą wykładnię na skutek przyjęcia, że szkoda w postaci utraconych korzyści powoda w następstwie bezprawnych czynów nieuczciwej konkurencji pozwanych, odpowiada kwocie zysku osiągniętego z tych czynów przez pozwaną Spółkę, a nie kwocie utraconego zysku przez powoda;

2) art. 20 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. zwalczaniu nieuczciwe konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211 ze zm.) w związku z art. 442/1 i k.c. oraz art. 120 k.c. - poprzez wadliwą wykładnię na skutek przyjęcia „...dla poszczególnych dni sprzedaży makaronu w zabronionych opakowaniach jako początku biegu terminu przedawnienia”, chociaż pozwani produkowali i wprowadzali do obrotu makarony w tych opakowaniach systematycznie bez przerwy w całym okresie objętym pozwem tj. od 1 stycznia 2007 r. do 31 grudnia 2008r., był to więc jeden ciągły czyn nieuczciwej konkurencji a zatem dopiero z dniem jego ustania rozpoczął się bieg 3-letniego terminu przedawnienia roszczeń majątkowych powoda, który to termin - na dzień wniesienia pozwu - jeszcze nie upłynął;

II naruszenie przepisów postępowania, tj.:

1) art. 328 § 2 k.p.c. - poprzez wadliwe określenie podstawy faktycznej powództwa na skutek pominięcia w ustaleniach części materiału dowodowego istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy oraz niepodanie w uzasadnieniu wyroku przyczyn dla których odmówił wiarygodności niektórym dowodom, dotyczy to w szczególności:

a) wyliczenia utraconych korzyści powoda na skutek dokonywania przez pozwanych bezprawnych czynów nieuczciwej konkurencji, zawartych w opinii uzupełniającej z dnia 29 czerwca 2011 r. biegłej E. S. określonych w kwocie 799.144,13 zł oraz jej ustalenia dokonanego na podstawie dokumentacji powoda, że posiadał wolne moce produkcyjne, środki finansowe oraz sieć dystrybucyjną, które pozwalały na ulokowanie na rynku w latach 2007-2008 co najmniej takiej ilości makaronu „(...)”, jaką wprowadzili pozwani;

b) zeznań świadków R. S. (1), M. B., G. G., T. P., J. R., K. M., L. Z., z których wynika, że zakazane opakowanie makaronu „(...)”, w którym pozwani wprowadzali do obrotu makaron swej produkcji do tego stopnia naśladowało opakowanie powoda, że wprowadzało w błąd co do pochodzenia towaru nie tylko konsumentów, ale także sprzedawców, w konsekwencji często ten makaron, sprzedawany nadto po niższej cenie, był nabywany przez konsumentów w błędnym przekonaniu, że nabyli renomowany makaron powoda po korzystniejszej cenie;

c) zeznań ww. świadków, z których wynika, że gdyby pozwani nie stosowali bezprawnych czynów nieuczciwej konkurencji, powód mógłby ulokować na rynku dodatkowo ok. 20% dotychczasowej ilości sprzedawanego makaronu „(...)”, czyli co najmniej taką ilość, jaką wprowadzili na rynek pozwani w zakazanych opakowaniach;

d) braku ustaleń co do istnienia normalnego związku przyczynowego, pomiędzy wprowadzaniem konsumentów w błąd co do pochodzenia towaru a stosowanymi przez pozwanych praktykami nieuczciwej konkurencji, czego konsekwencją było nabywanie przez konsumentów ich produktu, a utratą przychodu, a także zysku przez powoda, którego makaron „(...)” - w wyniku tych praktyk - pozostawał na sklepowej półce;

2) art. 233 k.p.c., poprzez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów m.in. na skutek wadliwego przyjęcia, że:

a) korzyści utracone przez powoda na skutek wprowadzania do obrotu przez pozwanych makaronu w opakowaniach naruszających prawa powoda i wprowadzających klientów w błąd, odpowiadają kwocie zysku osiągniętego z tych praktyk przez pozwaną Spółkę, a nie kwocie hipotetycznego zysku utraconego przez powoda, którego rentowność sprzedaży była wyższa;

b) gdyby pozwani nie wprowadzali na rynek makaronu „(...)” w zakazanych opakowaniach, to produkowałiby oraz zbywali inny, makaron po niższej cenie, a zatem powód nie mógłby wtedy zbyć całej puli makaronu „(...)” sprzedanego przez pozwaną Spółkę, które to ustalenia nie mają żadnego oparcia w materiale dowodowym sprawy, a wręcz przeciwnie są z nim sprzeczne [W szczególności z dowodami wymienionymi w pkt III], a ponadto niespójne, zważywszy że według ustaleń Sądu sprzedaż innego tańszego makaronu przez pozwaną Spółkę miała tendencję malejącą - w roku 2007 - 6,60%, zaś w roku 2008 tylko 4,32% całej produkcji (s. 6 uzasadnienia);

3) art. 100 k.p.c. w związku z art. 98 i 99 k.p.c. - poprzez nieuwzględnienie w zasądzonych od pozwanych na rzecz powoda stosunkowych kosztach procesu, należnych mu kosztów zastępstwa w kwocie 3.600,00 zł w postępowaniu przed Sądem Apelacyjnym w Krakowie (sygn. akt: V ACz 676/10) z zażalenia pozwanych na postanowienie Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 19 marca 2010 r. o zabezpieczeniu powództwa, które to zażalenie zostało oddalone postanowieniem Sądu Apelacyjnego z dnia 1 czerwca 2010 r.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, powód wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części poprzez zasądzenie dodatkowo solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kwoty 102.563 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 19 lutego 2010 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie dodatkowo solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kwoty 25.915,81 zł tytułem zwrotu kosztów procesu za I instancję; a nadto o zasądzenie solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych. Ewentualnie powód wnosił o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Krakowie do ponownego rozpoznania oraz rozstrzygnięcia o kosztach procesu za obie instancje.

Pozwani zaskarżyli wyrok Sądu Okręgowego w części, tj. co do pkt. I, III i IV sentencji wyroku. Zaskarżonemu wyrokowi pozwani zarzucili:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez:

a) błędną interpretację art. 18 ust. 1 pkt. 4 u.z.n.k. w związku z art. 415 K.c. i art. 361 K.c. poprzez przyjęcie, iż utraconymi korzyściami powoda w związku ze sprzedażą spornych makaronów jest uzyskany przez pozwaną Spółkę zysk ze sprzedaży tychże makaronów;

b) błędne zastosowanie normy art. 415 K.c. i art. 361 K.c. w związku z art. 18 ust. 1 pkt. 4 u.z.n.k. poprzez przyjęcie, iż zostały spełnione przesłanki odszkodowawcze w zakresie utraconych korzyści, a w szczególności, iż nastąpił adekwatny związek przyczynowy pomiędzy działaniem pozwanych, a szkodą oraz, iż po stronie powoda nastąpiła szkoda w postaci utraconych korzyści;

c) niezastosowanie normy art. 3 ust. 1 u.z.n.k. i art. 10 u.z.n.k. poprzez nie dokonanie analizy czynów pozwanych w aspekcie braku wykorzystywania renomy powoda oraz przyjęcie bez analizy prawnej i faktycznej (a priori) naruszenia praw powoda do przeciwstawnych opakowań, opakowaniami „makaronu (...)” pozwanej Spółki, wprowadzonymi przez niego do obrotu w latach 2007 - 2008;

d) niezastosowanie normy art. 6 K.c. i przyjęcie w oparciu o normę art. 415 K.c. i art. 361 K.c. w związku z art. 18 ust. 1 pkt. 4 u.z.n.k., iż powód udowodnił swoje roszczenie, dochodzone pozwem w niniejszej sprawie;

2. obrazę przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

a) art. 233 § 1 K.p.c. poprzez dowolną i wybiórczą ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, nie dokonanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz popełnienie błędów metodologicznych przy jego ocenie;

b) art. 233 § 1 K.p.c. i art. 328 § 2 K.p.c. poprzez nieuwzględnienie przedłożonych przez pozwanych dowodów w sprawie oraz brak ich oceny;

c) art. 233 § 1 K.p.c. i art. 328 § 2 K.p.c. poprzez brak podania przyczyn, dla których Sąd nie dał wiary dowodom przedstawionym przez stronę pozwaną, a w szczególności nie ustosunkowanie się przez Sąd do przywołanych przez pozwanych różnic w opakowaniach wprowadzonych przez pozwanych do obrotu w latach 2007-2008 oraz przyjęcia a priori, iż opakowania pozwanej Spółki wprowadzane do obrotu w spornym okresie wypełniają zakaz objęty sentencją wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie w sprawie sygn. akt: IX GC 22/06;

d) art. 289 K.p.c. w związku z art. 235 §1 K.p.c. poprzez przyjęcie dowodu z opinii uzupełniającej biegłej sądowej w sprawie bez przesłuchania biegłej na rozprawie odnośnie opinii uzupełniającej;

e) art. 271 § 1 K.p.c. i art. 235 § 1 K.p.c. poprzez przyjęcie jako dowodu w sprawie zeznań świadka D. K. złożonych w innej sprawie przed innym sądem.

Podnosząc powyższe zarzuty pozwani wnosili o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt. I, II i IV oraz oddalenie powództwa w całości, zasądzenie od powoda na rzecz pozwanych solidarnie kosztów postępowania w sprawie za I i II instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych; lub uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia przez Sąd I instancji, zasądzenie od powoda na rzecz pozwanych kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego za II instancję według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda nie znajduje uzasadnionych podstaw podczas gdy apelacja pozwanych jest zasadna, przy czym nie wszystkie podniesione w niej zarzuty i argumenty zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, że ustalenia Sądu Okręgowego tylko w części zasługują na aprobatę. Według wymogów z art. 233 § 1 k.p.c., sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie „wszechstronnego rozważenia zebranego materiału”, a zatem, jak podkreśla się w orzecznictwie, z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności (por. wyrok SN z dn. 17 listopada 1966 r., II CR 423/66, OSNPG 1967, nr 5–6, poz. 21; wyr. SN z dn. 24 marca 1999 r., I PKN 632/98, OSNAPiUS 2000, nr 10, poz. 382; post. SN z dn. 11 lipca 2002 r., IV CKN 1218/00, LEX nr 80266 post. SN z

dn. 18 lipca 2002 r., IV CKN 1256/00, LEX nr 80267). Jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadził wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, to taka ocena dowodów nie narusza zasady swobodnej oceny dowodów przewidzianej w art. 233 k.p.c., choćby dowiedzione zostało, że z tego samego materiału dałoby się wysnuć równie logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego wnioski odmienne. Tylko w przypadku wykazania, że brak jest powiązania, w świetle kryteriów wyżej wzmiankowanych, przyjętych wniosków z zebrany materiał dowodowy, możliwe jest skuteczne podważenie oceny dowodów dokonanej przez sąd.

W świetle powyższego Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do zakwestionowania ustalenia Sądu pierwszej instancji, że pozwana Spółka do końca 2008r. wprowadzała produkowany przez siebie makaron w opakowaniach naruszających prawa strony powodowej, opisanych w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 2006 r. Sąd pierwszej instancji przeprowadził dokładną analizę materiału dowodowego w tym zakresie i wskazał na te jego elementy, które pozwoliły na wyciągnięcie powyższego wniosku. Nie ma podstaw by kwestionować posiłkowanie się przy ocenie wiarygodności zeznań świadka D. K. (1) treścią jego wcześniejszych zeznań w innej sprawie sądowej. Wprawdzie takie zeznania, zgodnie z zasadą ustności, bezpośrednio i swobodnej oceny dowodów nie stanowią dowodu z zeznań świadka, lecz mogą być traktowane jako „inny środek dowodowy”, a to, jakie ma on znaczenie dowodowe sąd ocenia na podstawie art. 233 k.p.c. w kontekście całokształtu zebranego materiału dowodowego. Tak też uczynił Sąd pierwszej instancji, który jednakże zeznania świadków M. B., G. G., R. S. (1), J. R., K. M., L. Z. i T. P., uznał co do tej okoliczności za wiarygodne nie tylko w oparciu o zeznania świadka D. K. (1), składane w innym postępowaniu. Uznanie za wykazane, że pozwana Spółka posługiwała się w 2007 i 2008 roku opakowaniami makaronu zakazanymi przedmiotowym wyrokiem, czyniło bezprzedmiotowym ustosunkowywanie się przez Sąd Okręgowy do zarzutów podniesionych w apelacji pozwanych a dotyczących różnic w opakowaniach wprowadzonych przez pozwanych do obrotu w latach 2007-2008. Sąd Okręgowy ustalił bowiem, że oba opakowania były stosowane w tym czasie równolegle.

Nie ma także podstaw do kwestionowania przez powoda oceny zeznań świadków w zakresie, który dotyczył ustaleń Sądu Okręgowego odnoszących się do możliwości sprzedaży przez powoda takiej samej ilości makaronu, jaką wprowadzała na rynek pozwana Spółka. Powód twierdził bowiem, że gdyby pozwani nie stosowali bezprawnych czynów nieuczciwej konkurencji, powód mógłby ulokować na rynku dodatkowo ok. 20% dotychczasowej ilości sprzedawanego makaronu „(...)”, czyli co najmniej taką ilość, jaką wprowadzili na rynek pozwani w zakazanych opakowaniach. Na poparcie swoich twierdzeń powód wskazywał zeznania świadków oraz powoływał się na swoje możliwości produkcyjne. Sąd Okręgowy ustaleń zgodnych z twierdzeniami powoda nie poczynił uznając materiał dowodowy w tym zakresie za niewystarczający. Sąd Apelacyjny to stanowisko podziela. Jak trafnie podkreślił bowiem Sąd Okręgowy, stanowisko powoda zakłada, że powód sprzedałby taką samą ilość makaronu, jaką sprzedała powodowa Spółka, a więc przejęcie przez powoda całej puli makaronu sprzedanego przez pozwaną Spółkę, co nie jest uprawnione. Pozwana Spółka w tym okresie produkowałaby bowiem makaron, który znalazłby swoich klientów, nawet gdyby opakowania nie były podobne do opakowań powoda, choćby ze względu na niższą cenę. Nie można także wykluczyć, że dla części klientów makaron powoda nie jest znany, zatem nie kierowaliby się jego marką. Zeznania powołanych przez powoda świadków dotyczą jedynie tego, że opakowania stosowane przez pozwaną Spółkę były podobne do opakowań stosowanych przez powoda, co mogło wprowadzać klientów w błąd. Świadcowie zeznawali także, iż w hurtowni makarony obu producentów znajdowały się obok siebie, na tych samych półkach, co było mylące także dla sprzedawców. Z ich zeznań nie wynika jednak czy działanie pozwanej, które niewątpliwie było czynem nieuczciwej konkurencji, doprowadziło do powstania po stronie powoda do szkody w postaci utraconych korzyści, w szczególności czy wpłynęło to na obniżenie sprzedaży makaronu powoda. Nie można też na podstawie tych zeznań formułować zarzutu, że makaron „(...)” powoda - w wyniku działań p[ozwanej Spółki – „pozostawał na sklepowej półce”. Powód bowiem nie wykazał, ani nawet nie twierdził, że sprzedaż jego makaronu spadła po wprowadzeniu na rynek makaronu przez pozwaną.

W tych okolicznościach zakwestionowanie przez Sąd Okręgowy konstrukcji, by przy wyliczeniu utraconych korzyści uwzględnić ilość makaronu sprzedanego przez pozwaną Spółkę, nie budzi zastrzeżeń. Jednakże ze stanowiskiem Sądu, iż to, że sprzedaż przez pozwaną Spółkę makaronu w przedmiotowych opakowaniach wyrządziła powodowi szkodę jest oczywiste, z przyczyn przedstawionych wyżej, nie można się zgodzić. Fakt poniesienia przez osobę domagającą

się odszkodowania oraz jej wysokość, a także związek przyczynowy pomiędzy działaniem dłużnika a szkodą, musi wynikać z określonych dowodów, a tych Sąd Okręgowy nie wskazał. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, spośród wszystkich przesłanek dochodzenia odszkodowania, powód wykazał tylko jedną, a mianowicie popełnienie przez pozwaną Spółkę deliktu nieuczciwej konkurencji. Jednakże sam czyn nieuczciwej konkurencji, o ile może stanowić podstawę roszczenia o jego zakazanie, nie zawsze jest podstawą do żądania odszkodowania, a w każdym razie, wbrew stanowisku Sądu pierwszej instancji wcale nie musi to być oczywiste.

Przepis art. 361 § 2 k.c. rozróżnia dwie postaci szkody: szkodę rzeczywistą (*damnum emergens*) i utracone korzyści (*lucrum cessans*). Szkada rzeczywista odpowiada zmianie stanu majątkowego poszkodowanego, bądź poprzez zmniejszenie jego aktywów, bądź powiększenie pasywów. Utrata korzyści oznacza udaremnienie zwiększenia się majątku, które mogłoby nastąpić, gdyby nie zdarzenie wyrządzające szkodę (np. nieosiągnięcie oczekiwanego zysku). Natomiast szkoda ewentualna wyrażająca się w utracie szansy na uzyskanie korzyści majątkowej nie podlega naprawieniu. Tymczasem powód opierał swoje roszczenie na takiej ewentualnej szkodzie. Twierdził mianowicie, że gdyby nie czyn pozwanej Spółki, miałby szansę na sprzedanie większej ilości makaronu bo miał możliwości by więcej go wyprodukować. Nie wykazał jednak, że jego dochody w przedmiotowym okresie spadły bądź też by nie wzrosły w stopniu oczekiwanym, proporcjonalnie do okresu poprzedniego. Wręcz przeciwnie z materiału dowodowego wynika, że dochody powoda także w latach 2007 i 2008 utrzymały tendencję wzrostową. Nie wykazał też, że większą ilość makaronu wyprodukował lecz pozostał on w jego magazynie z powodu braku możliwości sprzedaży.

W wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., V CSK 19/08 (LEX nr 424433) Sąd Najwyższy stwierdził, że dochodząc naprawienia szkody w postaci *lucrum cessans*, poszkodowany przedsiębiorca powinien wykazać z dużym stopniem prawdopodobieństwa, że w oznaczonym okresie osiągnąłby określony zysk, którego został pozbawiony wskutek popełnionego deliktu. Powinien zatem wykazać, że utracona korzyść była realna (wysoce prawdopodobna) nie tylko obiektywnie, biorąc pod uwagę model starannego przedsiębiorcy, ale także, że była ona realna w konkretnej, indywidualnej sytuacji poszkodowanego. Dla zasądzenia odszkodowania należy więc ustalić, że istniała realna możliwość uzyskania przez poszkodowanego korzyści majątkowych (podobnie: A. Szpunar, „Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie”, 1998, s. 66). W konkretnej sprawie powód powinien więc wykazać nie tylko, że miał możliwość określoną ilość makaronu wyprodukować, ale że miał możliwości wprowadzenia tego makaronu na rynek. Tę możliwość można było wykazać przy pomocy takich wskaźników, jak chłonność rynku, popyt na produkty powoda oraz dotychczasowe kontrakty z kontrahentami. Nie muszą to być bowiem konkretne dowody dotyczące bezpośrednio powoda, ale takie dane, które pozwoliłyby na przyjęcie hipotetycznego przebiegu zdarzeń i ustalenia wysokiego prawdopodobieństwa utraty korzyści (wyrok SN z dnia 19 czerwca 2008 r., V CSK 18/08 - LEX nr 424431). Jak wyżej wskazano, z materiału dowodowego nie wynika, że powód wprowadziłby na rynek taką samą ilość makaronu, jaką sprzedała pozwana Spółka, co trafnie podkreślił Sąd Okręgowy, uznając sposób wyliczenia szkody przez powoda za nieprawidłowy.

Nie sposób jednak przyznać racji Sądowi Okręgowemu, że szkodę powoda stanowi równowartość zysku osiągniętego przez pozwaną Spółkę. Wprawdzie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 października 2003 r., II CKN 578/99 (OSNC 2002, nr 6, poz. 83), zaakceptował taką metodę określenia szkody, dopuszczając istnienie związku przyczynowego pomiędzy czynem nieuczciwej konkurencji w postaci naśladownictwa opakowań a niezyskaniem przez poszkodowanego zysku odpowiadającego wartości zysku naruszydźciela osiągniętego wskutek popełnienia tego czynu, jednakże ten pogląd jest odosobniony i spotkał się z krytyką, m.in. glosa Ł. Żelechowskiego, (PPH 2003, nr 6, s. 52), R. Skubisz „Prawo znaków towarowych”, s. 181; J. Barta i R. Markiewicz „Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz”, red. J. Szwejca, 1994, s. 163. Sąd Apelacyjny w obecnym składzie przychylił się do tych głosów, które wskazują, iż zysk osiągnięty przez naruszydźciela jest „wynikiem wielu czynników (np. skali przedsiębiorstwa, sposobu jego prowadzenia, jakości oferowanych towarów i usług)”. Jakkolwiek zysk naruszydźciela służy określeniu skali naruszenia, co jest pomocne przy dowodzeniu wysokości szkody poniesionej przez pokrzywdzonego przedsiębiorcę, to nie pozostaje on automatycznie w adekwatnym związku przyczynowym ze szkodą wyrządzoną popełnionym czynem. Należy też zwrócić uwagę, że przepis art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. jedn.Dz.U.2003.153.1503). przewiduje wśród roszczeń

przysługujących pokrzywdzonemu przedsiębiorcy obok żądania naprawienia wyrządzonej szkody, także wydanie bezpodstawnie uzyskanych korzyści, na zasadach ogólnych. Nie można zatem utożsamiać zysku naruszcyciela ze szkodą w postaci *lucrum cessans*, gdyż to prowadziłoby do „rozmycia” granicy pomiędzy roszczeniem o naprawienie szkody a roszczeniem o zwrot bezpodstawnie uzyskanych korzyści. Dostrzega ten problem także Sąd Okręgowy, który zwrócił uwagę, że gdyby zapadł prawomocny wyrok zasądający jakąkolwiek kwotę na rzecz powoda z tytułu bezpodstawnie uzyskanych korzyści, to należałoby uwzględnić tę kwotę we wzajemnych rozliczeniach pomiędzy stronami, „obniżając zasądzoną kwotę utraconych korzyści o kwotę zasądzoną w tamtej sprawie”. Jest bowiem oczywiste, że łączna wysokość zasądzonego świadczenia z tytułu roszczenia o wydanie bezpodstawnie uzyskanych korzyści z roszczeniem o naprawienie szkody, nie może przekraczać uszczerbku poniesionego przez poszkodowanego, tj. nie może prowadzić do wzbogacenia poszkodowanego kosztem sprawcy czynu (J. Szwaja (w:) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. J. Szwaja, 2006, s. 873).

Na rozprawie apelacyjnej strony oświadczyły zgodnie, że wyrok Sądu Okręgowego w Bielsku Białej w sprawie o zasądzenie na rzecz powoda uzyskanych korzyści już zapadł i jest prawomocny, a strona pozwana zapłaciła powodowi zasądzoną tym wyrokiem kwotę. Wysokości tej kwoty jednak żadna ze stron nie ujawniła. Z tych chociażby względów, zaskarżony wyrok nie mógłby się ostać w przyjętej przez Sąd Okręgowy postaci. Nie można bowiem wykluczyć, że uszczerbek powoda, nawet jeśli wystąpił, nie przekracza korzyści osiągniętych przez pozwaną Spółkę i zasądzonych wymienionym wyrokiem.

Należy jeszcze wyjaśnić, że Sąd Apelacyjny usiłował zbadać omawiana wyżej kwestię, tj., jaki wpływ na możliwość zwiększenia sprzedaży makaronu przez powoda miały działania pozwanej Spółki, przy ewentualnym istnieniu innych czynników determinujących sprzedaż, jednakże opinia biegłej M. K. nie udzieliła odpowiedzi na to pytanie i w konsekwencji okazała się nieprzydatna. Odstępując od dalszego prowadzenia dowodu z opinii biegłego, Sąd Apelacyjny miał na uwadze, iż kwestia powyższa nie była objęta wnioskiem dowodowym powoda, który konsekwentnie domagał się odszkodowania wyliczonego w oparciu o ilość makaronu sprzedanego przez pozwaną Spółkę w spornym okresie i w tym kierunku formułował wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, nadto opinii tej żądał na okoliczność swoich możliwości produkcyjnych. Dowody te zostały przez Sąd pierwszej instancji przeprowadzone (m.in. zbadano zysk pozwanej Spółki) a powód nie podnosił zarzutu by nie wyczerpywały one jego tezy dowodowej. Badanie w wymienionej kwestii za pomocą opinii biegłego nie było możliwe także i z tych względów, że powód nie przedstawił materiału dowodowego na te okoliczności. Z tych względów dalsze działanie Sądu Apelacyjnego byłoby działaniem z urzędu, do czego nie ma żadnych podstaw. Dlatego też kosztami sporządzenia opinii przez biegłą M. O.-K. Sąd obciążył Skarb Państwa.

Z wyżej wymienionych względów Sąd Apelacyjny uznał, iż brak było podstaw do uwzględnienia powództwa i zasądzenia żadanego przez powoda odszkodowania, dlatego, w uwzględnieniu apelacji pozwanych, zmienił zaskarżony wyrok jak w sentencji, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. Apelację powoda Sąd oddalił na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach procesu za obie instancje Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. obciążając nimi w całości powoda. Na rzecz pozwanych Sąd zasądził koszty zastępstwa procesowego postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji w wysokości trzykrotnej stawki minimalnej określonej w § 6 pkt 7) rozporządzenia z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. nr 163 poz. 1348 z późn.zm.), mając na uwadze, że sprawa była skomplikowana pod względem prawnym i faktycznym a nakład pracy pełnomocnika był znaczny. Powód uiścił zaliczkę na biegłego w kwocie 5.000 zł, podczas gdy koszty opinii zleconych na jego wniosek przez Sąd pierwszej instancji wyniosły kwotę 5.814,45 zł. Zatem brakującą kwotę 814,45 zł nakazano pobrać od powoda, na podstawie art. 83 ust. 3 w zw. z art. 113 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U. z 2010 r. nr 90 poz. 594). O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 6) rozporządzenia z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. nr 163 poz. 1348 z późn.zm.). Na koszty te składała się opłata od apelacji – 9.872 zł oraz 10.800 zł kosztów zastępstwa procesowego, które obejmują koszty związane z apelacją pozwanych jak i apelacją powoda, która została

oddalona. Ustalając wysokość kosztów Sąd Apelacyjny kierował się nakładem pracy pełnomocnika pozwanych oraz jego wkładem w wyjaśnienie sprawy w postępowaniu apelacyjnym.