

Sygn. akt I ACa 121/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 października 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Barbara Trębska

Sędziowie: SA Beata Kozłowska (spr.)

SO (del.) Anna Szymańska – Grodzka

Protokolant: referent – stażysta Weronika Kotusiewicz

po rozpoznaniu w dniu 16 października 2015 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. przeciwko Skarbowi Państwa reprezentowanemu przez Ministra Spraw Zagranicznych

o ochronę praw autorskich

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 5 listopada 2014 r. sygn. akt I C 1147/11

1. oddala apelację;

2. zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. na rzecz Skarbu Państwa – Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 2970 (dwa tysiące dziewięćset siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

SSO (del.) Anna Szymańska – Grodzka SSA Barbara Trębska SSA Beata Kozłowska

Sygn. akt I ACa 121/15

UZASADNIENIE

Powód (...) sp. z o.o. w W. na podstawie art. 79 pkt 3a oraz art. 79 pkt 1 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wniósł o zasądzenie od Skarbu Państwa – Ministra Spraw Zagranicznych kwoty 52 266 zł tytułem odszkodowania za naruszenie praw autorskich oraz za czyn nieuczciwej konkurencji. Powód domagał się też nakazania pozwanemu złożenia oświadczenia: „Minister Spraw Zagranicznych przeprasza spółkę (...) sp. z o.o. za bezprawne wykorzystanie w postępowaniu przetargowym na ubezpieczenie majątku i odpowiedzialności cywilnej (...) (Przetarg nieograniczony znak (...) (...) z dnia 4 października 2010 r. klauzul brokerskich oraz definicji ryzyk opracowanych i stanowiących własność (...) sp. z o.o.”. Oświadczenie to winno zostać opublikowane staraniem i na koszt pozwanego w dzienniku (...) dwukrotnie, tj. po raz pierwszy w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się wyroku, a następnie w terminie nie krótszym niż 15 dni i nie dłuższym niż 30 dni od daty pierwszej publikacji na stronach C3, C4 lub C5 dziennika czcionką Times New Roman nie mniejszą niż 12 pkt, w ramce o wymiarach co najmniej 10 na 15 cm. Na wypadek niewykonania powyższego przez pozwanego powódka domagała się upoważnienia

jej do opublikowania na koszt pozwanego powyższego oświadczenia w sposób i w brzmieniu podanym powyżej. Powód wskazał też, iż w zakresie kwoty 17 422 zł roszczenie znajduje podstawę w art. 18 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Pozwany Skarb Państwa reprezentowany przez Ministra Spraw Zagranicznych wniósł o oddalenie powództwa w całości, kwestionując roszczenie co do zasady i wysokości, zakwestionował istnienie utworu, a także możliwość uznania pozwanego za przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wyrokiem z dnia 5 listopada 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo, a rozstrzygnięcie o kosztach postępowania pozostawił referendarzowi sądowemu, ustalając, że powód przegrał spór w całości.

Swe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych i następujących ocenach prawnych:

Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na kompleksowe ubezpieczenie dla (...) sp. z o.o.: zadanie nr (...): ubezpieczenie majątku, odpowiedzialności cywilnej i ubezpieczenie komunikacyjne, zadanie 2: ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej członków zarządu, prokurentów oraz członków rady nadzorczej, opracowała komisja przetargowa: A. D., N. S., M. M. (1), D. W..

Pismem z dnia 15 grudnia 2009 r. (...) sp. z o.o. w W. udzieliło (...) sp. z o.o. w W. pełnomocnictwa do występowania w imieniu spółki wobec zakładów ubezpieczeń w celu doprowadzenia do zawarcia oraz zarządzania u wykonywania umów ubezpieczenia majątku spółki, odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej i posiadanego mienia oraz odpowiedzialności cywilnej członków zarządu spółki. Pełnomocnictwo obejmowało w szczególności prowadzenie negocjacji z zakładami ubezpieczeń zmierzające do przygotowania stosownych ofert ubezpieczeniowych oraz pośredniczenie przy zawieraniu ubezpieczeń w oparciu o udostępnione przez spółkę materiały i informacje.

Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia dla tej spółki opracowywała K. B. i D. W..

W dniu 10 lipca 2009 r. została opracowana specyfikacja istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na ubezpieczenie od pożaru i innych zdarzeń losowych budynków (...), w tym mienia wraz z ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej.

W dniu 4 października 2010 r. została opracowana specyfikacja istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego do 125 000 euro na ubezpieczenie majątku i odpowiedzialności cywilnej (...). Pod specyfikacją widniał podpis K. C. - likwidatora.

W piśmie z dnia 10 grudnia 2010 r. skierowanym do Ministerstwa Spraw Zagranicznych (...) sp. z o.o. wskazała, iż doszło do powielenia przez (...) opracowanych przez powódkę SIWZ w organizowanym przez pozwanego przetargu. Uznając to za czyn nieuczciwej konkurencji oraz naruszenie praw autorskich wystąpiła z żądaniem zapłaty kwoty 52 265 zł jako trzykrotności prowizji brokerskiej.

K. C. – likwidator, odpisał na powyższe pismo w imieniu (...) wskazując, iż SIWZ została sporządzona na podstawie ogólnodostępnych jak też własnych materiałów zamawiającego. Większość klauzul występujących w SIWZ powódki jest powszechna na rynku ubezpieczeniowym, natomiast układ tej SIWZ jest charakterystyczny dla powódki.

W praktyce gospodarczej po 2010 r. powszechnie wykorzystywane w obrocie są definicje ryzyk i klauzule ubezpieczeniowe identyczne ze stosowanymi przez powódkę. W dniu 10 października 2012 r. na portalu (...) zamieszczono wzór SIWZ zawierający definicje ryzyk i klauzule ubezpieczeniowe identyczne ze stosowanymi przez powódkę, z zaznaczeniem, że prawa autorskie do treści portalu należą do Wydawnictwa (...). Najwcześniej stworzonym dokumentem zawierającym definicje ryzyk i klauzule ubezpieczeniowe, których ochrony domaga się

powódka, jest opis przedmiotu zamówienia Wojskowej Agencji Mieszkaniowej. Dokument ten został utworzony przez R. Z. – starszego specjalistę ds. zamówień publicznych Zespołu (...), remontów i Zamówień Publicznych Oddziału (...) w W..

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że powyższy stan faktyczny ustalił w oparciu o zeznania świadków K. G. i A. M.. Jedynie częściowo były przydatne do ustalenia stanu faktycznego. Zeznania J. K., w ocenie Sądu Okręgowego, nie miały jakiegokolwiek znaczenia dla ustalenia stanu faktycznego. Sąd uznał, iż materiał przedstawiony przez biegłego P. U. nie może stanowić opinii w sprawie z uwagi na braki, jakimi obarczona była praca biegłego. Przedstawiony dokument, z uwagi na szczątkowość opracowania, brak uzasadnienia wniosków tam zawartych, nie mógł stanowić dowodu w sprawie i być wiarygodnym źródłem wiadomości specjalnych. Sąd Okręgowy w pełni oparł się natomiast na pisemnej opinii Instytutu (...) i opinii pisemnej uzupełniającej, jak i ustnych wyjaśnieniach opinii, złożonych poprzez członka zespołu ekspertów instytutu (biegłego sądowego). Opinia ta w sposób drobiazgowy i przekonujący wyjaśniła wszelkie kwestie związane z twórczym charakterem definicji i klauzul zawartych w SIWZ. Instytut wskazał, iż zawarte w opracowanych przez powódkę SIWZ klauzule: ubezpieczającego, regresowa, przeniesienia praw i obowiązków z umowy ubezpieczenia, remontowa, zmian w miejscu szkody, leeway, rzeczoznawców, akcji ratunkowej, szybkiej likwidacji szkód, transportu rzeczy po szkodzie, składowania rzeczy po szkodzie, pracy w godzinach nadliczbowych, jurysdykcji, odtworzenia dokumentacji, dodatkowej sumy ubezpieczenia, odstąpienia od odtworzenia mienia, interpretacji, sprzętu przenośnego, kradzieży zwykłej, przeoczenia, informacyjna, warunków i taryf, sprzętu zakupionego przed rozpoczęciem eksploatacji, ubezpieczenia sprzętu elektronicznego w trakcie transportu, mienia wyłączonego z eksploatacji, okresu odpowiedzialności, przeniesienia miejsca ubezpieczenia, restytucji mienia, przypalenia i osmolenia w miejscu szkody nie mają charakteru indywidualnego i twórczego.

Klauzule: terminu zgłoszenia szkody, stempla bankowego, usunięcia pozostałości po szkodzie, prolongaty, wartości księgowej brutto, włączenia rażącego niedbalstwa ubezpieczającego w ubezpieczeniu mienia, poszukiwania wycieków z instalacji wodno-kanalizacyjnej, posiadają taki charakter. Opracowany przez powódkę układ opisu przedmiotu zamówienia nie posiada charakteru indywidualnego i twórczego.

Świadek R. Z. wskazał na D. W., jako opracowującą specyfikację warunków zamówienia dla Wojskowej Agencji Mieszkaniowej w W. od strony merytorycznej.

Sąd Okręgowy uznał, że powództwo podlegało oddaleniu w całości.

Sąd Okręgowy wskazał, iż w części, w której żądanie zostało oparte na przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej jako "u.z.n.k."), nie mogło ono zostać uwzględnione, gdyż pozwany Skarb Państwa nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 2 tej ustawy. W świetle art. 2 u.z.n.k. za przedsiębiorcę uważa się osoby fizyczne i prawne, jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności gospodarczej. Skarb Państwa, Minister Spraw Zagranicznych, nie może być w kręgu podmiotów wskazanych w powołanej normie prawnej, a szczególności w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Powództwo oparte na tej podstawie prawnej, w tej części podlegało oddaleniu w całości a limine.

Jednakże pozostawała druga z podstaw żądania, dotycząca naruszenia praw powodowej spółki z tytułu wykorzystania utworu. Kluczowe dla dalszego postępowania znaczenie miała okoliczność, czy przedstawione przez powodową spółkę w specyfikacji istotnych warunków zamówienia klauzule brokerskie i definicje ryzyk mogą być uznane za przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze. Pewne wytyczne co do możliwości takiej kwalifikacji poczynił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 lutego 2009 r. III CSK 337/08, wskazując, że w pewnych okolicznościach SIWZ może być uznana za utwór. Należało zatem zbadać, czy SIWZ przedstawione przez powódkę spełniają wymóg oryginalności, tzn. że tak zostały ukształtowane zawarte tam postanowienia, iż odróżniają w sposób znaczący od istniejących i wykorzystywanych w praktyce rynku ubezpieczeniowego. O tym, że większość klauzul powódki jest powszechna na rynku ubezpieczeniowym zeznali świadkowie K. G. i A. M., zaznaczając jednakże, że układ SIWZ jest charakterystyczny dla powódki. W celu zbadania tej kwestii w sposób nie budzący wątpliwości Sąd dopuścił dowód z opinii instytutu,

który wskazał, iż większość zawartych w SIWZ powódki klauzul nie ma charakteru twórczego i indywidualnego. Część definicji – osiem i część klauzul – siedem, została zakwalifikowana jako posiadająca taki charakter, jednakże instytut dokonał zastrzeżenia, iż są one powszechnie stosowane w obrocie. Sąd Okręgowy uznał za zasadne zastrzeżenia strony pozwanej zgłoszone w piśmie z dnia 4 września 2013 r., że wskazane w opinii definicje i klauzule, które wg opinii mają indywidualny i twórczy charakter, nie występowały w specyfikacji (...).

Sąd Okręgowy nie uznał też, aby klauzula stempla bankowego miała indywidualny i twórczy charakter, gdyż stanowi ona powielenie powszechnie spotykanego zapisu umownego o dacie spełnienia zobowiązania pieniężnego, a w tym wypadku o dacie zapłacenia składki.

Podobne uwagi Sąd Okręgowy odniósł do klauzuli prolongaty - możliwości odstąpienia od umowy, klauzuli wartości ubezpieczeniowej. Klauzula rażącego niedbalstwa jest zaś, zdaniem Sądu Okręgowego, niczym innym, jak odwołaniem do art. 827 k.c.

Przede wszystkim Sąd Okręgowy uznał, iż przywołane przez powódkę klauzule i definicje nie spełniają kryterium statystycznej jednorazowości, o którym również wspomniał Sąd Najwyższy w powoływanym przez stronę powodową orzeczeniu V CSK 337/08 z 27 lutego 2009 r. W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Najwyższy wskazał, iż koncepcja tzw. statystycznej jednorazowości zakłada badanie, czy takie samo lub bardzo podobne dzieło powstało już wcześniej oraz czy jest statystycznie prawdopodobne sporządzenie w przyszłości takiego samego dzieła przez inną osobę. Odpowiedź przecząca uzasadnia tezę o istnieniu cechy indywidualności dzieła. W rozpoznawanej sprawie odpowiedź jest jednoznacznie pozytywna, wobec nie budzących wątpliwości wniosków opinii zawartych w jej ustaleniach dodatkowych. Instytut wskazał wręcz na powszechność występowania definicji i klauzul wskazywanych przez powódkę w obrocie ubezpieczeniowym. Stąd też Sąd uznał, iż przedstawiona przez powodową spółkę specyfikacja nie stanowi utworu w rozumieniu art. 1 pkt 1 ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych i z tego powodu powództwo oddalił.

Sąd Okręgowy wskazał, iż nie można też tracić z pola uwagi, iż pismem z dnia 29 lutego 2012 r. pozwany wniósł o zobowiązanie pozwanej spółki do przedstawienia umów zawartych przez nią, a wskazanych w uzasadnieniu pozwu, na okoliczność zakresu obowiązków spółki wynikających z zawartych umów, za realizację których strony przewidziały wynagrodzenie oraz na okoliczność braku przeniesienia autorskich praw majątkowych na rzecz spółki bądź wyrażenia zgody na korzystanie z jakiegokolwiek utworu w rozumieniu ustawy i prawie autorskim. Zasadnie strona pozwana wskazała, iż nawet gdyby przyjąć, iż klauzule brokerskie oraz definicje ryzyk stanowią utwór w rozumieniu ustawy, to w razie wykorzystania ich przez spółkę na potrzeby realizacji wspomnianych umów, spółka powinna wykazać kwestię przeniesienia praw majątkowych do utworu, bądź udzielenia zgody na korzystanie z utworu przez osoby, które te specyfikację sporządziły. Brak inicjatywy powodowej spółki w tym zakresie Sąd Okręgowy uznał za przyznanie, iż w istocie brak było takich porozumień. Konsekwencją powyższego, jest konstatacja, iż o ile specyfikacje warunków zamówienia mogłyby zostać uznane za utwory, to spółce nie przysługuje legitymacja czynna do dochodzenia praw z tych utworów przysługujących ich autorowi. Uzasadniając swoje roszczenie powoda spółka wskazała na poprzednio sporządzoną przez nią SIWZ przy przetargu realizowanym przez (...) sp. z o.o. Tymczasem, przedłożona specyfikacja została sporządzona nie przez powodową spółkę, lecz przez komisję przetargową, co wynika z pierwszej strony dokumentu. Jak zeznała D. W., SIWZ dla tej spółki opracowała ona przy udziale K. B., a zatem nie powodowa spółka, ani pracownik spółki. K. B. w owym czasie była prezesem powodowej spółki, a D. W. pełnomocnikiem.

Ostatnim argumentem przemawiającym za nieuwzględnieniem powództwa był, zdaniem Sądu Okręgowego, brak jakiegokolwiek powiązania przeprowadzonych dowodów na okoliczność wysokości żądania ze wskazaną podstawą tego żądania. Powódka zgłosiła żądanie zapłaty, wskazując na treść art. 79 prawa autorskiego, domagając się zasądzenia kwoty 52 266 zł tytułem odszkodowania. Uzasadniła to żądanie, odwołując się do wynagrodzenia równego wysokości prowizji wynoszącej 20 % składki zapłaconej przy zawarciu umowy ubezpieczenia. Powódka wyliczyła, iż składka ubezpieczeniowa, którą pozwany uzgodnił w niniejszej sprawie, wyniosła 87 109,53 zł, zatem prowizja powoda wyniosłaby 17 422 zł. Tymczasem z przepisu art. 79 Prawa autorskiego wynika uprawnienie do domagania się odszkodowania w wysokości nie trzykrotności prowizji ubezpieczeniowej, lecz wynagrodzenia, jakie otrzymałby

autor utworu, gdyby naruszający prawa autora zawarł z autorem umowę o korzystanie z utworu. Tymczasem, żaden z wniosków dowodowych nie zmierzał do wykazania tej wielkości.

Apelację od tego wyroku wniósł powód, zaskarżając go w całości powód zarzucając

I. naruszenie prawa materialnego:

1. art. 1 ust. 1 Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych poprzez dokonanie niewłaściwej wykładni pojęcia „utworu”, w szczególności poprzez nieuwzględnienie:

i. że w przypadku specyfikacji istotnych warunków zamówienia ((...)), kryterium decydującym o tym, czy mamy do czynienia z utworem może być sama forma SIWZ (tj. układ i dobór definicji i klauzul, nadanie im śródtytułów, określona forma graficzna)]

ii. że dla stwierdzenia, iż mamy do czynienia z utworem, wystarczające jest, aby jego poszczególne elementy posiadały charakter indywidualny i twórczy,

a w konsekwencji nierozpoznanie istoty sprawy,

2. art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b) ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych poprzez błędne przyjęcie, że podstawy do obliczenia wynagrodzenia powoda nie mogła stanowić prowizja, jaką powód uzyskałby, gdyby świadczył usługi brokerskie na rzecz pozwanego;

3. art. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez przyjęcie, że Skarb Państwa - Minister Spraw Zagranicznych nie może być uznany za przedsiębiorcę w rozumieniu powołanego przepisu;

II. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy:

1. art. 217§ 1 w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy a w rezultacie przyjęcie, że: (i) stworzona przez Powoda SIWZ nie spełnia wymogów oryginalności i nie może być uznana za utwór w rozumieniu Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, (ii) Powód nie wykazał, że posiada autorskie prawa majątkowe do SIWZ;

2. art. 217 § 1 w zw. z art. 230 k.p.c., poprzez przyjęcie, że strona powodowa nie wykazała inicjatywy dowodowej w zakresie dowiedzenia, że posiada autorskie prawa majątkowe do SIWZ, a tym samym, że przyznała, iż nie było żadnych porozumień, na mocy których prawa autorskie do SIWZ zostałyby przeniesione na powoda,

3. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz wyciągnięcie z niego nieprawidłowych wniosków polegających na przyjęciu, że stworzona przez powoda SIWZ nie spełnia wymogów oryginalności, a w konsekwencji nie może być uznana za utwór, a także poprzez wyprowadzenie wniosków sprzecznych z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie (w szczególności z opinią biegłych) i w konsekwencji przyjęcie, że:

i. poszczególne klauzule stosowane przez powoda, uznane przez biegłych za indywidualne i twórcze nie mają takiego charakteru;

ii. zastrzeżenie biegłych, że w obrocie powszechnie stosowane są klauzule i definicje identyczne z tymi, jakie Powód zawarł w opisie przedmiotu zamówienia, odnosi się do wszystkich definicji i klauzul Powoda (również tych, które uprzednio uznane zostały przez biegłych za oryginalne i twórcze), a w konsekwencji, że klauzule i definicje Powoda nie spełniają kryterium statystycznej jednorazowości;

(...). definicje i klauzule uznane przez biegłych za oryginalne i twórcze nie występowały w specyfikacji przygotowanej przez Pozwanego;

4. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku w sposób nie pozwalający na jego kontrolę instancyjną, w szczególności poprzez pominięcie przyczyn uznania, że Skarb Państwa - Minister Spraw Zagranicznych nie może być uznany za przedsiębiorcę w rozumieniu u.z.n.k., przyczyn oddalenia wniosków dowodowych strony powodowej, wewnętrzne sprzeczności w uzasadnieniu wyroku, brak odniesienia się do zarzutów strony powodowej w przedmiocie opinii biegłych;

5. art. 132 § 1 k.p.c. w zw. z art. 380 k.p.c. w zw. z art. 398 k.p.c. poprzez wydanie zarządzenia o zwrocie pisma procesowego Powoda z dnia 23 kwietnia 2012 r., zawierającego adres świadka P. M..

Podnosząc te zarzuty powód wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania z uwagi na nierozpoznanie istoty sprawy, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie zgodnie z żądaniem pozwu i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania.

Pozwany Skarb Państwa – reprezentowany przez Ministra Spraw Zagranicznych - wniósł o oddalenie apelacji powoda.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda nie zasługuje na uwzględnienie, pomimo tego, iż części zarzutów apelacji nie sposób omówić racji.

Powód w swej apelacji podniósł zarówno zarzuty naruszenia prawa procesowego, jak i prawa materialnego. W pierwszej kolejności rozważania wymagają zarzuty naruszenia prawa procesowego.

Powód w ramach zarzutów naruszenia prawa procesowego wskazał na naruszenie przez Sąd Okręgowy art. 328 § 2 k.p.c. Zarzut ten uznać należy za zasadny. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku jest niepełne, poza tym zawiera sprzeczności nawet w zakresie ustaleń faktycznych. Jak trafnie wskazuje powód, uchybienia te są tego rodzaju, iż utrudniają prześledzenie toku rozumowania Sądu Okręgowego. O ile zakres i skala uchybień Sądu Okręgowego mogą wywoływać pytanie o rozpoznanie istoty sprawy, o tyle kryteria wskazywane w aktualnym orzecznictwie Sądu Najwyższego nie są w niniejszej sprawie spełnione, zatem brak jest podstaw do uznania, że nie została rozpoznana istota sporu i uchylenia w związku z tym zaskarżonego wyroku, jak tego domaga się powód.

Trafnie wskazuje powód, iż Sąd Okręgowy nie wyjaśnił w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, dlaczego nie uwzględnił części wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda. W ramach zarzutów naruszenia prawa procesowego powód zakwestionował oddalenie przez Sąd Okręgowy części wniosków dowodowych powoda, tj. wniosku o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka M. B. oraz dowodu z przesłuchania w charakterze strony K. B.. Pozwany w ramach tego zarzutu wskazał również na nieprzeprowadzenie dowodu z zeznań świadka P. W. - M. z uwagi na bezzasadny zwrot pisma powoda z dnia 23 kwietnia 2012 r.

Jeśli chodzi o nieprzeprowadzenie dowodu z zeznań świadka P. M., to jedynie domniemywać należy, iż nastąpiło to z powodu zwrotu pisma powoda z dnia 23 kwietnia 2012 r., w którym wskazany został adres tego świadka. Powód, reprezentowany przez zawodowego pełnomocnika, nie złożył jednak zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. wobec wydanego na rozprawie zarządzenia o zwrocie tego pisma. Zasadność tego zarządzenia nie podlega zatem kontroli w toku postępowania apelacyjnego. Jak bowiem wynika z ugruntowanego już stanowiska Sądu Najwyższego, celem regulacji z art. 162 k.p.c. jest pobudzenie inicjatywy stron w doprowadzeniu do szybkiego usunięcia dostrzeżonych przez nie naruszeń przepisów postępowania i umożliwienie sądowi niezwłocznego naprawienia błędu. Cel art. 162 k.p.c. byłby zatem trudny do osiągnięcia przy założeniu, że strona, która we właściwym czasie nie zgłosiła odpowiedniego zastrzeżenia, może powoływać się na rzekome uchybienia procesowe sądu pierwszej instancji dopiero po raz pierwszy w środku zaskarżenia. Strona nie może skutecznie zarzucać w apelacji uchybienia przez sąd przepisom postępowania, dotyczącego wydania postanowienia oddalającego wnioski o przeprowadzenie dowodów, jeżeli w trybie art. 162 k.p.c. nie zwróciła uwagi sądu na to uchybienie. Brak możliwości badania prawidłowości zarządzenia o zwrocie pisma, w którym powód wskazał adres świadka, przesądza o tym, że Sąd Okręgowy wobec braku skutecznego wskazania adresu miejsca zamieszkania tego świadka P. M. nie mógł przeprowadzić dowodu z zeznań tego świadka.

Jeśli natomiast chodzi o zeznania świadka M. B. to w ocenie Sądu Apelacyjnego, ta decyzja procesowa podlega kontroli instancyjnej wobec skutecznego złożenia zastrzeżenia przez pełnomocnika powoda w trybie art. 162 k.p.c. co do oddalenia tego wniosku dowodowego. Powód, zgłaszając ten wniosek, wskazał, iż dowód ten ma być przeprowadzony na okoliczność różnic występujących w stosowanych przez brokerów układach dokumentów oraz stawek wynagrodzeń stosowanych na rynku brokerskim. Jedynie na marginesie zauważyć należy, iż Sąd Okręgowy wezwał świadka, by następnie poinformować go o podjętej decyzji procesowej o oddaleniu wniosku o jego przesłuchanie. Jeśli chodzi o różne układy dokumentów stosowanych przez brokerów, to okoliczność tę można uznać za wykazaną, bowiem w toku niniejszego postępowania m.in. przedmiotem badania były różne dokumenty ubezpieczeniowe, powstałe przy udziale brokerów, co wynika m.in. z opinii instytutu sporządzonej w niniejszej sprawie. Co do zasady fakt występowania różnic w stosowanych przez brokerów układach dokumentów, można uznać za wykazany. Jeśli natomiast chodzi o stawki brokerskie, to co do zasady, zdaniem Sądu Apelacyjnego, powód miał prawo zgłoszenia takiego wniosku na okoliczność stosowanych w obrocie stawek brokerskich, jeśli ustalenia co do praktyki brokerskiej legły u podstaw wniosków przyjętych przez biegłych. O ile bowiem świadek ma zakomunikować swoje spostrzeżenia dotyczące okoliczności faktycznych, o tyle biegły ma poddać te okoliczności ocenie fachowej i może poddać tej ocenie również okoliczności czy spostrzeżenia wskazane przez świadków. Wniosek o przesłuchanie tego świadka nie był więc próbą, jak twierdzi pozwany, niedopuszczalnego zastąpienia opinii biegłych zeznaniami świadka.

Tym niemniej, słusznie uznał Sąd Okręgowy, iż samo wynagrodzenie brokerskie, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia w ramach analizy zarzutów naruszenia prawa materialnego, nie może być utożsamione z wynagrodzeniem należnym powodowi w oparciu o art. 79 Prawa autorskiego. Powód, poza odwołaniem się do wysokości prowizji brokerskiej (tzw. kurtażu), którą by otrzymał, gdyby pozwany skorzystał z jego usług, nie przedstawił żadnych dowodów pozwalających na nawet szacunkowe ustalenie należnego powodowi stosownego wynagrodzenia w rozumieniu wyżej wskazanego przepisu. Uznać więc należy, iż powyższe uchybienie pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Z kolei dowód z przesłuchania w charakterze strony K. B. został przez Sąd Okręgowy oddalony, pomimo tego, że powód już w pozwie wniósł o przesłuchanie tej osoby na okoliczność samodzielnego opracowania przez powoda klauzul brokerskich wykorzystanych przez pozwanego w dokumentacji przetargowej oraz faktu, iż powód wcześniej wykorzystywał i upubliczniał te klauzule w związku prowadzeniem przetargów dla innych klientów i gdyby powód uczestniczył przy zawarciu umowy, to jego wynagrodzenie wynosiłoby 20 % prowizji. Sam fakt, iż inny członek zarządu powodowej spółki został przesłuchany w charakterze strony, nie uzasadniał sam przez się oddalenia wniosku o przesłuchanie w charakterze strony drugiej osoby wchodzącej w skład zarządu, pomimo tego, iż z literalnego brzmienia art. 300§ 1 k.p.c. wynika, iż sąd decyduje, czy przesłuchać wszystkie osoby, wchodzące w skład organu zarządzającego, czy też tylko niektóre z nich, jeśli nie zostały wyjaśnione okoliczności wskazane we wniosku o przesłuchanie drugiego członka zarządu. Powód, zarzucając w swej apelacji bezzasadne oddalenie tego wniosku, wskazał, iż w ten sposób uniemożliwiono mu wykazanie, iż SIWZ, do którego prawa naruszył pozwany, został opracowany przez pracowników powoda i w związku z tym majątkowe prawa autorskie do utworu przeszły na powoda w trybie art. 12 Prawa autorskiego. Co prawda powód w pozwie nie twierdził, iż doszło do nabycia praw autorskich do utworu, którego naruszenie zarzuca pozwanemu, w trybie, o którym mowa w art. 12 Prawa autorskiego, co przesądza o tym, że pozwany tej okoliczności nie mógł skutecznie zaprzeczyć, brak jest tym samym możliwości uznania, iż jest to okoliczność bezsporna. Tym niemniej, skoro powód dość szeroko ujął tezę dowodową, wskazując, iż dowód z przesłuchania strony ma być przeprowadzony na okoliczność samodzielnego opracowania przez powoda klauzul brokerskich, można przyjąć, iż dowód ten posłużyłby również do wykazania, iż to pracownicy powoda dokonali opracowania utworu, którego ochrony dochodzi powód w niniejszym postępowaniu.

Pozwany w odpowiedzi na apelację wskazał, że od początku kwestionował legitymację czynną powoda, bo wskazywał, że w specyfikacji, na którą powołuje się powód, znajduje się zapis, że została ona opracowana przez komisję przetargową. W piśmie z dnia 4 września 2013 r. pozwany jedynie ogólnikowo podtrzymał zarzut braku legitymacji czynnej po stronie powoda. Z kolei powód w piśmie z dnia 27 września 2013 r. ograniczył się do zaprzeczenia twierdzeniu pozwanego, że to nie on opracował specyfikację i dla wykazania swych racji załączył jedynie

korrespondencję mailową pomiędzy (...) sp. z o.o. a swym pracownikiem, z której ma wynikać, iż powód pracował nad opisem przedmiotu zamówienia, i jedynie zastrzegł sobie prawo zgłaszania dalszych wniosków dowodowych (k. 1194). W piśmie tym jest wyraźne wskazanie, że chodzi o pracownika powoda. Z tego punktu widzenia oddalenie wniosku powoda było więc niezasadne. Zdaniem Sądu Apelacyjnego zgromadzony w sprawie materiał dowodowy daje jedynie podstawy do przyjęcia, iż istotny z punktu widzenia niniejszego sporu element (...) sp. z o.o., do którego prawa rości sobie powodowa spółka, tj. opis przedmiotu zamówienia, opracowały osoby działające z ramienia powoda - K. B. i D. W.. Podstawę do takich ustaleń dają zeznania świadka R. Z. oraz dowód z przesłuchania w charakterze strony D. W., jak również dowód z wydruku korespondencji mailowej prowadzonej pomiędzy R. Z. a D. W.. Okoliczność czy osoby, które z ramienia powoda opracowywały SIWZ były pracownikami powoda, nie została dostatecznie wyjaśniona.

Tym niemniej to uchybienie nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy z uwagi na to, iż SIWZ opracowany przez powoda, w ocenie Sądu Apelacyjnego, nie może być uznany za utwór w rozumieniu art. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Kwestia ta zostanie szerzej omówiona w dalszej części uzasadnienia.

Powód w swej apelacji zakwestionował również dalsze ustalenia faktyczne poczynione w niniejszej sprawie. Co do zasady zarzutem tym nie można odmówić racji.

Powód zarzucił, iż Sąd Okręgowy błędnie uznał, że klauzule i definicje, które w opinii instytutu zostały uznane za mające indywidualny i twórczy charakter, nie występują w SIWZ pozwanego i w tym zakresie Sąd Okręgowy odwołał się do stanowiska biegłych sporządzających opinię. W treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku faktycznie zostało zawarte takie stwierdzenie, pomimo tego, iż z uzupełniającej opinii instytutu, do której odwołał się Sąd Okręgowy, wynika, iż na skutek zarzutów pozwanego biegli jedynie w niewielkim zakresie skorygowali swe stanowisko. Biegli bowiem przyznali, iż w SIWZ, którym posłużył się pozwany, brak jest występujących w SIWZ, na którą powołuje się powód, definicji „nawisów śnieżnych i sopli lodu” oraz definicji „wandalizmu”. Przyznali również, iż brak jest klauzuli „poszukiwania wycieków z instalacji wodno-kanalizacyjnych”. Po tej korekcie, z opinii instytutu, wynika, że pozostała część definicji ujętych w SIWZ powoda, które w opinii Instytutu (...) przy Wyższej Szkole (...) w W. zostały uznane za posiadające twórczy i indywidualny charakter, występuje również w SIWZ pozwanego.

Są to następujące definicje: 1. szkód spowodowanych topnieniem, zaleganiem oraz ciężarem śniegu i lodu, nawisów śnieżnych, sopli lodu, 2. szkód wodociągowych, 3. pęknięcia mrozowego, 4. sadzy, 5. uderzenia pojazdu lądowego w ubezpieczone mienie.

Z kolei spośród ujętych w SIWZ powoda klauzul, o indywidualnym i twórczym charakterze można, zdaniem biegłych, mówić w przypadku: 1. klauzuli terminu zgłoszenia szkody, 2. klauzuli stempla bankowego 3. klauzuli usunięcia pozostałości po szkodzie, 4. klauzuli prolongaty, 5. klauzuli wartości księgowej netto, 6. klauzuli wyłączenia rażącego niedbalstwa.

Biegli stwierdzili, iż wyżej wskazane definicje i klauzule mają twórczy i indywidualny charakter. Co prawda biegli wskazali też, iż definicje i klauzule, co do których stwierdzali ich twórczy i indywidualny charakter, są powszechnie używane, ale to stwierdzenie dotyczyło okresu po 2010 r. i nawiązywało do publikacji z 2012 r. Tymczasem dla oceny roszczeń powoda ma znaczenie ocena indywidualnego i twórczego charakteru SIWZ powoda według stanu z 2009 r., bowiem to wtedy ukazał się SIWZ pozwanego.

Jeśli natomiast chodzi o układ opisu przedmiotu zamówienia, to zdaniem biegłych nie można mówić o jego twórczym i indywidualnym charakterze.

W tym stanie rzeczy znać należy, iż Sąd Okręgowy błędnie odczytał opinię biegłych i poczynił błędne ustalenia.

Tym niemniej, Sąd Okręgowy dokonał własnej oceny SIWZ powoda z punktu widzenia możliwości uznania go za utwór i doszedł do wniosku, iż definicje i klauzule ujęte w SIWZ powoda nie spełniają testu statystycznej jednorazowości. Sąd Okręgowy, co do zasady, jako podstawę swego wniosku wskazał również w tym zakresie na opinię instytutu, ale jak zostało to już wyżej wskazane i na co trafnie zwraca uwagę powód w swej apelacji, biegli sporządzający te opinie,

wbrew stanowisku Sądu Okręgowego, uznali, iż część z definicji i klauzul ujętych w SIWZ powoda, które ujęte zostały również w dokumencie SIWZ, którym posłużył się pozwany, ma indywidualny i twórczy charakter. Sąd Okręgowy odrębnie odniósł się do klauzuli stempla bankowego, klauzuli prolongaty i klauzuli rażącego niedbalstwa, wskazując, iż pierwsza z nich stanowi powielenie powszechnie spotykanego zapisu umownego o dacie spełnienia zobowiązania umownego, druga to zapis o możliwości odstąpienia od umowy, a trzecia jest odwołaniem się do treści art. 827 k.c. Z tego powodu odmówił uznania ich za posiadające twórczy i indywidualny charakter.

Przed analizą prawidłowości stanowiska Sądu Okręgowego o braku twórczego i indywidualnego charakteru SIWZ, do którego majątkowe prawa autorskie rości sobie powód, trzeba przede wszystkim wskazać, iż o tym czy dane dzieło, będące przejawem działalności, może być uznane za utwór, koniecznym jest przesądzenie, iż ma ono twórczy charakter i indywidualny. Co do zasady opinia biegłego w tym zakresie ma jedynie pomocniczy charakter. Oznacza to, iż nawet jeśli wnioski biegłych są tego rodzaju, iż ich zdaniem, pewne elementy dzieła mają charakter twórczy i indywidualny, sąd ma prawo dokonania w tym zakresie samodzielnej oceny. Jeśli chodzi o opinię sporządzoną w niniejszej sprawie przez Instytut (...) przy Wyższej Szkole (...) w W., to faktycznie wnioski z tej opinii są odmienne od oceny ostatecznie przyjętej przez Sąd Okręgowy.

Z metodologii badań, jaką przyjęli biegli, można wywieść, iż swe wnioski oparli przede wszystkim na zbadaniu, w oparciu o dane dostępne w Internecie, a uzyskane, jak przyznali biegli, za pomocą wyszukiwarki google, czy poszczególne klauzule i definicje z SIWZ powoda były już przed 2009 r. używane przez inne podmioty. To głównie w oparciu o te przesłanki biegli uznali, iż część definicji i klauzul ma indywidualny i twórczy charakter, gdyż nie występowała w innych dokumentach, w tym dokumentach ubezpieczeniowych. Same wnioski biegłych nie zostały szerzej uzasadnione. Tym niemniej, praca wykonana przez biegłych i ich ustalenia mają o tyle istotne znaczenie, że pozwalają na przeprowadzenie analizy posiadania przez klauzule i definicje, na które powołuje się powód, cechy indywidualnego charakteru w oparciu o test przeciętnej jednorazowości, wskazywany przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 lutego 2009 r. V CSK 337/08, jako właściwy dla oceny indywidualnego charakteru dzieła. Test ten zakłada badanie m.in., czy takie samo lub bardzo podobne dzieło powstało już wcześniej, bądź też jest wysoce prawdopodobnym, iż w przyszłości takie same definicje i klauzule zostałyby użyte. Test ten nie został jednak przeprowadzony przez biegłych w niniejszej sprawie w pełnym zakresie, gdyż prawidłowo odczytany test opiera się na założeniu, iż przedmiotem badania winno być nie tylko to, czy takie dzieło powstało już w przeszłości lecz również to, czy jest statystycznie prawdopodobne sporządzenie w przyszłości takiego samego dzieła przez inną osobę. Tego drugiego etapu analizy w opinii Instytutu sporządzonej w niniejszej sprawie brak. Biegli za punkt wyjścia przyjęli wytyczne płynące z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2009 r. V CSK 337/08. Do tego wyroku odwoływały się obie strony, wywodząc jednak z niego nieco odmienne wnioski. Sąd Najwyższy w tym orzeczeniu nie przesądził jednoznacznie, iż SIWZ jest utworem w rozumieniu art. 1 Prawa Autorskiego, a jedynie nie wykluczył takiej możliwości. Nakazał jedynie ponowne zbadanie tej kwestii w oparciu o przesłanki z art. 1 Prawa Autorskiego.

Taką analizę przesłanek z art. 1 Prawa Autorskiego trzeba przeprowadzić również w niniejszej sprawie.

Otóż, przesłanka twórczości jest spełniona wówczas, gdy istnieje subiektywnie nowy wytwór intelektu. Z twórczością mamy do czynienia zawsze, gdy w grę wchodzi wysiłek intelektualny, uwieńczony postaniem określonego rezultatu, jeżeli nie polega on na odtworzeniu istniejącego już wytworu. Przesłankę twórczości należy uznać za spełnioną, gdy w rzeczywistości pojawia się wytwór, będący efektem wysiłku intelektualnego, niezależnie od subiektywnego przekonania twórcy o jego nowości. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w sytuacji, gdy SIWZ powoda powstał w związku z działalnością powoda, jako brokera ubezpieczonego, stanowiąc odpowiedź na zapotrzebowanie jego klientów, w tym spółki (...), nie jest przy tym powieleniem innego SIWZ, uznać należy, iż przesłanka twórczego charakteru jest spełniona i na tym etapie analizy nie jest niezbędne przesądzanie czy jest to efekt wysiłku intelektualnego pracowników powoda, czy też osób mających inny status.

Tym niemniej, zdaniem Sądu Apelacyjnego zakres tego twórczego charakteru jest niewielki. Co do zasady, jeśli chodzi o projekty umów, a to takich dzieł zbliżony jest opis przedmiotu zamówienia, którego w istocie spór niniejszy dotyczy, traktowane są jako posiadające znikomą poziom twórczości, tak jak np. projekty aktów normatywnych

(por. Prawo Autorskie i prawa pokrewne. Komentarz pod red. J. Barty i R. Markiewicza, wydanie 5 str. 29). Są one odzwierciedleniem oczekiwań i potrzeb ubezpieczającego, są więc zapisem zdeterminowanym założonym celem. Zatem co do zasady poszczególne postanowienia opisu przedmiotu zamówienia stanowiące otworzenie oczekiwań i zdefiniowanie potrzeb zamawiającego jeśli stanowią przejaw działalności twórczej, to z pewnością o znikomym zakresie. W takim przypadku koniecznym jest wyważenie okoliczności uzasadniające przyznanie monopolu to tego efektu działalności twórczej i niebezpieczeństwa wynikające w przyszłości z przyznania tego monopolu.

Przesłanka indywidualnego charakteru opisu przedmiotu zamówienia - w tym dokładnie dokumencie, stanowiącym załącznik do SIWZ, powód upatruje cech mających przesądzać o istnieniu utworu - zdaniem Sądu Apelacyjnego nie może być wywiedziona z treści poszczególnych klauzul i definicji, gdyż te są wyrazem zidentyfikowania zakresu ubezpieczenia, jakim zainteresowany jest ubezpieczający. Zatem to wola i oczekiwania ubezpieczającego, nawet jeśli są ukształtowane przez sugestie powoda, jako brokera ubezpieczonego, wskazującego zakres ubezpieczenia najbardziej optymalny do potrzeb ubezpieczającego, nie jest wyrazem samodzielnych, indywidualnych twórczych możliwości osób definiujących przedmiot zamówienia. Jedynie zatem forma, czyli sposób, w jaki ujęte są uprzednio zidentyfikowane potrzeby ubezpieczającego, może przesądzać o indywidualnym charakterze dzieła. Tylko w takim zakresie opracowany przez powoda dokument może być, co do zasady, uznany za stanowiący emanację właściwości twórcy.

Przechodząc zatem co oceny warstwy formalnej opisu zamówienia, a w szczególności ujętych w nim definicji i klauzul, w ślad za ustaleniami biegłych wskazać należy, iż zdecydowana większość klauzul i definicji, na które powoływał się powód, w takiej samej formie funkcjonowała już w obrocie. Zatem nie mają one indywidualnego charakteru. Co prawda powód nie zgadzał się z ustaleniami biegłych, ale nie przedstawił żadnych dowodów, iż te klauzule i definicje, które jak ustalili biegli, były powszechnie znane i używane, zostały stworzone w ramach działalności powoda, czy też by były wynikiem tzw. twórczości równoległej, a to na powodzie spoczywał obowiązek wykazania tych okoliczności. Skoro zatem ze sporządzonej w niniejszej sprawie opinii instytutu wynika, iż część klauzul i definicji była już wcześniej wykorzystywana przez inne podmioty, a powód nie wykazał, by to jemu przysługiwały do nich majątkowe prawa autorskie, to z pewnością te klauzule nie spełniają postulat statystycznej jednorazowości.

Jeśli natomiast chodzi o te klauzule, które zdaniem biegłych wcześniej w obrocie nie występowały, to ich szczegółowa analiza również nie daje podstaw do przyjęcia, iż spełniają one postulat statystycznej jednorazowości. Opis przedmiotu zamówienia, bo na tej części SIWZ koncentruje się spór pomiędzy stronami, to w istocie oferta określająca postanowienia umowy, która w przyszłości ma być zawarta przez ogłaszającego przetarg, czyli w tym przypadku ubezpieczającego. Jest to więc projekt przyszłej umowy, stanowiący w swej treści, jak zostało to już wyżej wskazane, odzwierciedlenie potrzeb i oczekiwań ubezpieczającego. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, trafnie Sąd Okręgowy uznał, pomimo nieprzeprowadzenia bardziej szczegółowej analizy, iż nie spełniają one postulatu statystycznej jednorazowości, a więc nie mają indywidualnego charakteru. Nie można zatem mówić, by treść i forma opisu zamówienia przesądzała o tym, iż jest to utwór w rozumieniu art. 1 Prawa Autorskiego.

Tak, zdaniem Sądu Apelacyjnego, należy ocenić definicje i klauzule, co do których biegli stwierdzili ich twórczy i indywidualny charakter, tj. definicje:

1. szkód spowodowanych topnieniem, zaleganiem oraz ciężarem śniegu i lodu, nawisów śnieżnych, sopli lodu, 2. szkód wodociągowych, 3. pęknięcia mrozowego, 4. sadzy, 5. uderzenia pojazdu lądowego w ubezpieczone mienie

oraz klauzule:

1. terminu zgłoszenia szkody, 2. stempla bankowego, 3. usunięcia pozostałości po szkodziu, 4. prolongaty, 5. wartości księgowej netto, 6. wyłączenia rażącego niedbalstwa.

Prawdą jest, iż nie można przy ocenie, czy dane dzieło jest utworem w rozumieniu art. 1 Prawa autorskiego, abstrahować od rodzaju dzieła, ale nie można też automatycznie przyjmować, by przy dziele referencyjnym, o

charakterze informacyjnym, kryteria, od których zależy możliwość zakwalifikowania danego dzieła jako utworu w rozumieniu art. 1 Pr.Aut., mogły być bardziej liberalne niż przypadku innych dzieł.

Przechodząc zatem do szczegółowej analizy poszczególnych definicji i klauzul, wskazać należy, iż:

Definicja szkód spowodowanych topnieniem, zaleganiem oraz ciężarem śniegu i lodu, nawisów śnieżnych, sopli lodu ma następującą treść:

„Szkody spowodowane topnieniem, zaleganiem oraz ciężarem śniegu i lodu: niszczące oddziaływanie nagromadzonego śniegu lub lodu na elementy konstrukcji dachów lub elementy nośne budynków i budowli; Szkody powodowane przewróceniem się na skutek naporu śniegu lub lodu drzew lub innych sąsiadujących obiektów na ubezpieczone mienie.” Jak wynika z ustaleń ujętych w opinii instytutu pierwszy człon tej definicji był już używany przez (...), a więc w tym zakresie powiela już istniejącą definicję. W definicji powoda jest też mowa o szkodzie spowodowanej przewróceniem się na skutek naporu śniegu lub lodu drzew lub innych sąsiadujących obiektów na ubezpieczone mienie i ten zwrot występuje też w SIWZ pozwanego. Zdaniem Sądu Apelacyjnego ten ostatni człon to sprecyzowanie, czy raczej poszerzenie zakresu ubezpieczenia, a więc jest zapisem zdeterminowanym założonym celem, czyli określeniem zakresu odpowiedzialności ubezpieczyciela, a nie wyrazem indywidualnego procesu twórczego autora tej definicji. Definicja ta nie spełnia postulatu statystycznej jednorazowości, gdyż zdaniem Sądu Apelacyjnego wysoce prawdopodobnym jest, iż w przyszłości, w przypadku zamiaru takiego właśnie ujęcia zakresu ubezpieczenia przez inne osoby, kwestia ta zostanie ujęta w ten właśnie lub bardzo zbliżony sposób. Nie można natomiast upatrywać spełnienia postulatu statystycznej jednorazowości w sytuacji, nawet gdy porównywane teksty różnią się i nie są powtórzeniami, jeżeli istniejące różnice wynikają jedynie z możliwości wyboru w ramach określonych możliwości danego języka albo środków technicznych, nie niosąc za sobą żadnych dodatkowych wartości.

Natomiast okoliczność, iż dotychczas zakres ubezpieczenia nie był tak definiowany, nie przesądza sama przez się o indywidualnym charakterze tej definicji, skoro postulant przeciętnej jednorazowości zakłada badanie nie tylko wystąpienia takiego dzieła w przeszłości, ale również badanie prawdopodobieństwa jego powstania w przyszłości.

Kolejna definicja, która została uznana w opinii instytutu za mającą twórczy i indywidualny charakter to definicja szkód wodociągowych, o treści:

„Szkody wodociągowe tj. wydostanie się wody, pary, innej cieczy z instalacji wodno-kanalizacyjnej lub technologicznej, w tym cofnięcie się wody z sieci kanalizacyjnej i pozostawienie otwartych kranów i zaworów (w tym szkody w przyłączach wodnokanalizacyjnych, centralnego ogrzewania, gazowych, elektrycznych. Samoczynne uruchomienie się instalacji tryskowej lub gaśniczej znajdującej się w miejscu ubezpieczenia”. O twórczym i indywidualnym charakterze ma przesądzać fakt, iż u innych ubezpieczycieli nie znaleziono analogicznej definicji. Również w tym przypadku uznać należy, iż jest to w istocie sprecyzowanie zakresu odpowiedzialności ubezpieczyciela i jest wysoce prawdopodobnym, w ramach możliwości wyboru wyrazu tak zakreślonego zakresu odpowiedzialności ubezpieczyciela, jakie daje język polski, definicja tak zakreślonego zakresu ubezpieczenia, będzie w przyszłości wyrażona w taki sam sposób.

Kolejna definicja uznana w opinii instytutu za mająca indywidualny i twórczy charakter, to definicja pęknięcia mrozowego, o treści: Pękacie mrozowe – uszkodzenia instalacji wodno-kanalizacyjnych, grzewczych, klimatyzacyjnych, instalacji tryskaczowej i/lub gaśniczej, znajdujących się wewnątrz oraz na zewnątrz budynku spowodowane mrozem, o ile ułożone są w obrębie miejsca ubezpieczenia. U innych ubezpieczycieli mowa jest o pęknięciu instalacji tryskaczowej i gaśniczej, instalacji klimatyzacyjnych oraz wycieku, ale również w tym przypadku, zdaniem Sądu Apelacyjnego, biorąc pod uwagę sposób ujęcia tej definicji, będący odzwierciedleniem potrzeb czy oczekiwań ubezpieczającego, zachodzi w ramach możliwości wyrazu, jakie daje język polski, wysokie prawdopodobieństwo powtórzenia tej definicji.

Definicja sadzy ujęta w SIWZ powoda o brzmieniu „Czarny proszek złożony z kryształków grafitu powstały wskutek niepełnego spalania lub termicznego rozkładu związków węgla, który nagle wydostał się z palenisk, instalacji oraz urządzeń grzewczych znajdujących się w ubezpieczonym mieniu” jest w istocie zbieżna z definicjami używanymi przez

inne podmioty, została jedynie doprecyzowana o zwrot „z wyłączeniem ciągłego, powolnego oddziaływania sady na ubezpieczone mienie, a także szkody, które powstały w wyniku pożaru mienia znajdującego się w sąsiedztwie miejsca ubezpieczenia, a następnie dostały się do ubezpieczonego budynku przez znajdujące się w im otwory”. W ocenie Sądu Apelacyjnego dodanie tego zwrotu to nic innego jak sprecyzowanie, tj. w tym przypadku ograniczenie zakresu ubezpieczenia i jest wysoce prawdopodobnym powtórzenie w przyszłości tej definicji przy takim właśnie ograniczeniu zakresu ubezpieczenia.

Definicja uderzenia pojazdu lądowego – o treści: „Uderzenie pojazdu lądowego w ubezpieczone mienie – bezpośrednio uderzenie pojazdu mechanicznego lub przewożonego ładunku w ubezpieczone mienie”. Jest to nic innego jak wstępna część definicji użytej przez innego ubezpieczyciela, u innych ubezpieczycieli, np. A., jak wynika z opinii instytutu (k. 451) występują dodatkowe treści doprecyzowujące tę definicję mówiące o uderzeniu wózka widłowego lub innego pojazdu wolnobieżnego użytkowanego przez ubezpieczonego”, zatem porzucenie w dokumencie powoda na ogólnym ujęciu odpowiedzialności ubezpieczyciela i zastąpienie zwrotu „ubezpieczone rzeczy” zwrotem „ubezpieczone mienie”, jest po prostu użyciem innego środka wyrazu, ale trudno upatrywać w tym nowej wartości.

Jeśli natomiast chodzi o klauzule, które w świetle opinii instytutu mają mieć twórczy i indywidualny charakter, to również w tym przypadku ich analiza prowadzi do wniosku, iż z samego faktu, iż tekst z dokumentu SIWZ powoda różni się do tekstu poszczególnych klauzul występujących już w obrocie, nie można przesądzać o tym, iż definicje klauzul niosą za sobą dodatkowe wartości, lecz jest wyrazem użycia odmiennych językowych - technicznych środków wyrazu, bądź też odmiennego ukształtowania zakresu przyszłych praw i obowiązków stron.

Pierwsza z klauzul, która została uznana w opinii instytutu za posiadającą indywidualny i twórczy charakter to klauzula terminu zgłoszenia szkody o następującej treści:

„Z zachowaniem pozostałych, nie wymienionych niniejszą klauzulą postanowień OWU, przed którymi niniejsza klauzula ma pierwszeństwo zastosowania, ustala się, że termin zgłoszenia wypadku wynosi 7 dni roboczych, licząc od dnia następującego po dniu, w którym ubezpieczający dowiedział się o wystąpieniu szkody objętej ubezpieczeniem lub zgłoszeniu roszczenia objętego ubezpieczeniem, chyba że OWU lub umowa ubezpieczenia przewidują dłuższy termin”.

Zdaniem biegłych klauzula w takim kształcie nie występowała w dokumentach badanych przez biegłych. Tym niemniej, zauważyć należy, iż jest to zapis jedynie świadczący o tym, iż strony skorzystały z uprawnienia do określenia terminu zgłoszenia szkody, o której mowa w art. 818 § 1 k.c. Sposób ujęcia tego zapisu różni się do zapisów dotychczas używanych jedynie tym, iż sprecyzowane został sposób liczenia tego terminu, ale uczynione zostało to w sposób, o którym mowa w art. 111 § 2 k.c. Nie ma również, zdaniem Sądu Apelacyjnego, twórczego i indywidualnego charakteru wskazanie, iż za termin zgłoszenia szkody może być liczony do dnia, w którym ubezpieczający dowiedział się o wystąpieniu szkody objętej ubezpieczeniem lub zgłoszeniu roszczenia objętego ubezpieczeniem.

Jeśli chodzi o klauzulę stempla bankowego, o treści: „Za datę opłacenia składki za ubezpieczenie przyjmuje się datę obciążenia rachunku ubezpieczającego”, która została uznana w opinii instytutu za posiadającą twórczy i indywidualny charakter, to zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie występuje ona w dokumencie pozwanego. Niezależnie od powyższego, jest to klauzula ogólna i inni ubezpieczyciele również posługują się taką klauzulą, uzupełniając ją m.in. o warunek, by przelew został wykonany prawidłowo.

Jeśli chodzi o klauzulę usunięcia pozostałości po szkodzie występującą w dokumencie pozwanego, to zauważyć należy, iż ma ona inną treść niż klauzula użyta w SIWZ powoda. Po pierwsze, w definicji powoda mowa jest o usunięciu pozostałości po ubezpieczonym mieniu z posesji, a u pozwanego nie ma takiego ograniczenia. Poza tym definicja powoda zawiera wskazanie włączeń (np. kosztów usunięcia fundamentów), czego nie ma w definicji pozwanego. Zbieżność pomiędzy tymi definicjami ogranicza się deklaracji zwrotu kosztów usunięcia pozostałości, ale jak wynika z opinii biegłych, takie rozwiązania przewidziane są winnych dokumentach ubezpieczeniowych.

Klauzula prolongaty, w przypadku dokumentu powoda i pozwanego ma tę samą treść:

„Z zachowaniem pozostałych, nie wymienionych niniejszą klauzulą, postanowień OWU, przed którymi niniejsza klauzula ma pierwszeństwo zastosowania, ustala się, że w przypadku braku opłaty składki ubezpieczeniowej lub raty składki w terminie jej płatności Ubezpieczyciel nie może odstąpić od umowy ubezpieczenia ze skutkiem natychmiastowym. Odstąpienie jest możliwe pod warunkiem pisemnego, skutecznego wezwania Ubezpieczającego do zapłaty składki i nie otrzymania jej w terminie 14 dni, o ile do dnia wskazanego w piśmie nie nastąpiło obciążenie rachunku bankowego Ubezpieczającego.”. Z opinii biegłych wynika, że wstępna część tej klauzuli jest używana przez innych ubezpieczycieli z tą tylko różnicą, iż odwołanie następuje od innych postanowień umowy, a w tym przypadku mowa jest o odwołaniu do innych postanowień OWU. Samo wykluczenie prawa ubezpieczyciela do odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku nieopłacenia składki lub raty składki też jest rozwiązaniem stosowanym w innych umowach ubezpieczenia. Zapis ten wydaje się sprecyzowaniem kwestii uregulowanych w art. 814 k.c. i skorzystaniem z uprawnienia do określenia kwestii, o których mowa we art. 814 § 1 i § 3 k.c. Zapis ten określa więc zakres uprawnienia ubezpieczyciela do odstąpienia od umowy i precyzuje niezbędne do tego warunki. Sama forma wyrazu tych treści nie spełnia, zdaniem Sądu Apelacyjnego, postulatu statystycznej jednorazowości, a występujące różnice przy tak zakreślonej treści przyszłej umowy ubezpieczenia wynikają z możliwości wyboru w ramach możliwości, jakie daje język polski.

Klauzula wartości księgowej brutto ma taką samą treść u powoda i pozwanego i określa zakres odpowiedzialności ubezpieczyciela, wykluczając prawo ubezpieczyciela do pomniejszenia odszkodowania o stopień technicznego zużycia mienia, które w przypadku klauzuli stosowanej przez powoda jedynie precyzuje, iż faktyczne zużycie to również odpisy amortyzacyjne. Powód dał temu wyraz, używając innych środków technicznych wyrazu, jakie daje język polski, ale również ta klauzula, zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie spełnia, postulatu statystycznej jednorazowości.

Ostania z klauzul, która w opinii instytutu została uznana za posiadającą indywidualny i twórczy charakter, to klauzula wyłączenia rażącego niedbalstwa. Klauzula używana przez powoda nie jest tożsama z klauzulą pozwanego (k. 476). Klauzula pozwanego o treści: „Z zachowaniem pozostałych, nie wymienionych niniejszą klauzulą, postanowień OWU, przed którymi niniejsza klauzula ma pierwszeństwo zastosowania, ustala się, że ubezpieczenie obejmuje szkody wyrządzone w wyniku dopuszczenia się rażącego niedbalstwa.” nie obejmuje dalszej części testu ujętego w definicji powoda „z zastrzeżeniem, że zakład jest wolny od odpowiedzialności za szkody powstałe wskutek rażącego niedbalstwa reprezentantów Ubezpieczającego” i dalszego zdefiniowania kogo uważa się za reprezentantów. Jest to zupełnie inny zapis. A samo objęcie szkód wyrządzonych w wyniku rażącego niedbalstwa, jak słusznie przyjął Sąd Okręgowy, jest zdefiniowaniem zakresu odpowiedzialności ubezpieczyciela stosownie do art. 827 k.c. Nie można również w tym przypadku mówić o cechach utworu, o których mowa w art. 1 prawa autorskiego

Jeśli natomiast chodzi o układ dokumentu, to Sąd Najwyższy w wyroku wydanym w sprawie III CSK 337/08 faktycznie wskazał, iż o tym, że dane dzieło jest utworem mogą decydować takie elementy, jak układ poszczególnych elementów, sposób formułowania myśli (słownictwo, składnia) oraz forma wyrazu przy założeniu obiektywnego charakteru twórczości jako efektu wysiłku intelektualnego. Przenosząc te uwagi na grunt niniejszej sprawy, zdaniem Sądu Apelacyjnego, zgodzić się należy z argumentami przedstawionymi w sporządzonej w niniejszej sprawie opinii instytutu, (k. 493 i nast.), iż strukturę dokumentu, tj. załącznika do (...), w układzie opisu szczegółowego poszczególnych rodzajów ubezpieczeń powoda cechuje niekonsekwencja. Układ ten ma charakter przypadkowy, nie ma charakteru systemowego, który mógłby charakteryzować określone rozwiązanie indywidualne. Biegli uczestniczący w sporządzeniu opinii przeanalizowali układy opisów zamówienia stosowanych przez inne podmioty i ustalili, iż kolejność elementów opisów zamówienia ma charakter powtarzalny. Biegli przyznali przy tym, iż w analizowanych dokumentach brak było dokumentu identycznego pod względem układu opisu powoda. Kolejność elementów zawartych w układzie opisu przedmiotu zamówienia powódki nie stanowi o indywidualnym i twórczym charakterze tego opisu, bowiem ta cecha nie wzbogaciła nowymi elementami dotychczasowego stanu rzeczy. Powód po złożeniu ustnych wyjaśnień przez osobę, która uczestniczyła w sporządzeniu opinii instytutu, nie zgłosił dalszych wniosków dowodowych, nie wnosił o powierzenie opinii innemu biegłemu. Co więcej, polemika zawarta w apelacji ogranicza się do powielenia argumentacji prezentowanej już na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego, ale nie podważa trafności spostrzeżeń i wniosków opinii. Fakt, iż osoby sporządzające

opinię nie znalazły dokumentu identycznego, sam przez się nie oznacza, że wnioski przedstawione przez biegłych o chaotyczności układu, przypadkowości występującej w tym opisie, są błędne i że nie można stwierdzić braku twórczego i indywidualnego charakteru opisu przedmiotu zamówienia z tego właśnie powodu. Sam natomiast element nowości nie jest wystarczającym do uznania, iż powstał w ten sposób utwór w rozumieniu art. 1 Prawa Autorskiego, bowiem ten nowy twór musi być przejawem twórczych możliwości i uzdolnień osób, które opis ten sporządziły. W przypadku opisu przedmiotu zamówienia takich elementów brak. Co prawda świadkowie zawnioskowani przez powoda wskazali, iż jest to układ charakterystyczny dla powoda, ale, zdaniem Sądu Apelacyjnego, zeznania tych świadków należy raczej odczytywać jako świadczące o posługiwaniu się przez powoda pewnym wzorem dokumentu, o pewnej praktyce, która ukształtowała się w działalności powoda, niekoniecznie świadczą jednak o tym, że układ opisu zamówienia nosi znamiona utworu w rozumieniu art. 1 Prawa autorskiego.

Trzeba przy tym zauważyć, iż układ i forma graficzna opisu przedmiotu zamówienia pozwanego różni się od układu opisu przedmiotu zamówienia, na który powołuje się powód, nie jest więc jego powieleniem. Świadczy o tym m.in. fakt, iż określenie przedmiotu ubezpieczenia wskazuje inny zakres ryzyk, które mają być objęte umową. Ubezpieczenie będące przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ pozwanego obejmuje jedynie 4 ryzyka, a SIWZ powoda 7. Ilość klauzul jest inna w każdym z tych dokumentów – u powoda są 34 klauzule, u pozwanego jedynie 31 klauzul. Kolejność poszczególnych klauzul jedynie w pewnym zakresie jest zbieżna z kolejnością klauzul w dokumencie pozwanego. Np. „klauzula odstąpienia od odtworzenia mienia” u pozwanego jest na poz. 17, a u powoda dopiero na poz. 25. U pozwanego występują też dodatkowe klauzule, których nie ma w dokumencie powoda, jak np. klauzula mienia będącego poza ewidencją, czy klauzula okolicznościowa. Jeśli natomiast chodzi o opis poszczególnych rodzajów ubezpieczenia, poza wskazywanymi przez biegłych niekonsekwencjami, to cechuje go swego rodzaju powtarzalność, która jest również właściwa dokumentom opracowanym przez inne podmioty. Z tych przyczyn należy uznać, iż nie zachodzi pomiędzy dokumentami powoda i pozwanego tak istotna zbieżność, by można mówić o tym, iż dokument pozwanego nie będący powieleniem dokumentu powoda, był odtworzeniem istniejącego już wytworu.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny uznaje, iż użycie przez pozwanego identycznych sformułowań, które są ujęte w SIWZ powoda, a nawet niewątpliwie pewne podobieństwo co do kolejności, w jakiej poszczególne elementy ujęte zostały w opisie przedmiotu zamówienia, nie doprowadziło do naruszenia jakichkolwiek majątkowych praw autorskich powoda, bo opis przedmiotu zamówienia z SIWZ powoda nie można uznać za utwór.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie można wykluczyć, by pozwany przy tworzeniu dokumentu SIWZ posłużył się SIWZ powoda, o czym jak trafnie wskazuje powód, świadczą również tożsame błędy stylistyczne, czy gramatyczne. Fakt ten, jak zostało to wyżej wyjaśnione, nie daje powodowi prawa domagania się ochrony prawno-autorskiej. Takie zachowanie pozwanego mogłoby dawać podstawy do analizy odpowiedzialności pozwanego na gruncie wskazywanych przez powoda przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyby istniały podstawy do uznania pozwanego za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 2 u.z.n.k. Jednakże, zdaniem Sądu Apelacyjnego, pomimo dość szerokiego ujmowania tego pojęcia na gruncie ww. ustawy, w świetle okoliczności niniejszej sprawy nie można takiego wniosku wyprowadzić, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego o niezasadności roszczenia powoda w kwocie 52 266 zł przesądzą również inne okoliczności. Po pierwsze, zauważyć należy, iż Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 23 czerwca 2015 r. sygn. akt SK 32/14 (Dz.U. z dnia 1 lipca 2015 r.), stwierdził, iż art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych w zakresie, w jakim uprawniony, którego autorskie prawa majątkowe zostały naruszone, może żądać od osoby, która naruszyła te prawa, naprawienia wyrządzonej szkody poprzez zapłatę sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej - w przypadku gdy naruszenie jest zawinione - trzykrotności stosownego wynagrodzenia, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z utworu, jest niezgodny z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 w związku z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Trybunał nie skorzystał z uprawnienia do odroczenia w czasie utraty mocy obowiązującej. Oznacza to, że powód nie może dochodzić trzykrotności stosownego wynagrodzenia wyżej wskazanego przepisu,

orzeczenie to wywołuje zatem skutki ex tunc. Oznacza to, że żądanie trzykrotności stosownego wynagrodzenia nie jest uzasadnione.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego powód nie przedstawił również dowodów, które pozwalałyby na ustalenie wysokości stosownego wynagrodzenia, o którym mowa w art. 79 Pr.Aut.

Powód, jako podstawę ustalenia należnego mu w oparciu o art. 79 Pr.Aut. wynagrodzenia wskazał prowizję, w tym przypadku kurtaż, jaką otrzymałby, gdyby strony wiązała umowa. Zdaniem Sądu Apelacyjnego stanowisko powoda, utożsamiające wynagrodzenie należne powodowi, jako twórcy, z prowizją brokerską, jest błędne. Z ugruntowanego już orzecznictwa Sądu Najwyższego na gruncie art. 79 Pr.Aut. wynika, iż chodzi o wynagrodzenie, które byłoby należne twórcy tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z utworu. Nie chodzi zatem o wynagrodzenie za wykonanie usług brokerskich i to tzw. kurtaż, który jest wynagrodzeniem płaconym przez ubezpieczyciela, a nie ubezpieczającego i jest wynagrodzeniem za ulokowanie danego ubezpieczenia w danym zakładzie ubezpieczeń. Jeśli kurtaż odzwierciedla zakres usług brokerskich, to i tak, zdaniem Sądu Apelacyjnego, są one znacznie szersze niż wynagrodzenie za prawo do posługiwania się wypracowanymi warunkami ubezpieczenia. Jak wynika z ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym, broker jako pośrednik ubezpieczeniowy wykonuje czynności w imieniu lub na rzecz podmiotu poszukującego ochrony ubezpieczeniowej, zwane "czynnościami brokerskimi", polegające na zawieraniu lub doprowadzaniu do zawarcia umów ubezpieczenia, wykonywaniu czynności przygotowawczych do zawarcia umów ubezpieczenia oraz uczestniczeniu w zarządzaniu i wykonywaniu umów ubezpieczenia, także w sprawach o odszkodowanie, jak również na organizowaniu i nadzorowaniu czynności brokerskich (działalność brokerska).

Wynagrodzenie zatem, o którym mowa w art. 79 Pr.Aut., gdyby istniały podstawy do uznania warunków ubezpieczenia za utwór, to, jak słusznie zauważył pozwany, winno być zbliżone do wynagrodzenia za udzielenie licencji. Sam fakt, iż powód nie prowadzi działalności w zakresie odpłatnego udzielania licencji nie jest wystarczającym powodem do uznania, iż podstawą należnego mu wynagrodzenia winno całe wynagrodzenie, które pobiera za wykonane usługi brokerskie. Jedynie na marginesie zauważyć należy, iż sam powód przyznał, odnosząc się do zarzutu żądania pozwanego, aby wykazał, że przeniósł prawa do SIWZ na rzecz podmiotu, na potrzeby którego opracowana była specyfikacja, że udzielił (...) sp. z o.o. w W. licencji niewyłącznej. Oczywiście zgodzić się należy ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, wyrażonym w wyroku wydanym w sprawie V CSK 337/08, iż w tym przypadku wystarczający winien być dowód prima facie, ale powód, odwołując się li tylko do wysokości prowizji brokerskiej, w istocie nie dostarczył żadnych danych, które pozwoliłyby w oparciu o doświadczenie życiowe lub wiedzę i przekonanie sądu na ustalenie, że istnieje związek pomiędzy prowizją brokerską a wynagrodzeniem, jakie powód uzyskałby, gdyby pomiędzy stronami zawarta została umowa na korzystanie z SIWZ w takim zakresie, w jakim podlega on ochronie jako utwór, zwłaszcza wobec jednoznacznego stanowiska pozwanego kwestionującego możliwość przyjęcia za podstawę takiego ustalenia wysokość kurtażu.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 23 czerwca 2015 r. sygn. akt SK 32/14 wskazał na możliwość stosowania z uwagi na to, że wynagrodzenie to ma charakter odszkodowawczy, art. 322 k.c., a więc szacowania i w takim przypadku kwota wynagrodzenia brokera mogłaby stanowić jedynie punkt wyjścia dla tego typu szacunków, jeśli weźmie się pod uwagę, iż w ramach usług brokerskich powód udziela licencji niewyłącznej swym klientom, ale zauważyć należy, iż koniecznym do ustalenia relacji pomiędzy prowizją brokerską a należnym powodowi wynagrodzeniem byłoby porównanie zakresu poszczególnych czynności dokonywanych przez powoda w ramach umowy brokerskiej, ale powód w tym zakresie żadnych twierdzeń ani dowodów nie przedstawił.

Swe roszczenie w zakresie kwoty 17 422 zł powód oparł również na przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Sąd Okręgowy nader lakonicznie stwierdził, że pozwanego nie można uznać za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 2 u.z.n.k., dlatego powód nie może dochodzić roszczeń, o których mowa w tej ustawie. Stanowisko to, pomimo tego, że nie zostało prawidłowo wyjaśnione, jest trafne. Art. 2 u.z.n.k. stanowi, iż przedsiębiorcami, w rozumieniu

ustawy, są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności gospodarczej. Zatem niewątpliwie dla przesądzenia tej kwestii istotne znaczenie ma to czy pozwany Skarb Państwa, przeprowadzając przetarg na ubezpieczenie mienia, prowadzi w ten sposób działalność zawodową, bądź zarobkową. Powód argumentował, iż pozwany w istocie opracowując SIWZ i ustalając kwestie istotne z punktu widzenia postanowień przyszłej umowy, w istocie wykonywał działalność taką, jaka fatycznie prowadzi pozwany, czyli działalność brokerską. Stanowisko powoda nie jest trafne. Z pewnością opracowywanie SIWZ na potrzeby organizowanego przetargu, nawet jeżeli obejmuje ona opracowanie projektu umowy, nie jest wykonywaniem działalności brokerskiej. Broker ubezpieczeniowy w świetle ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym jako pośrednik ubezpieczeniowy wykonuje czynności w imieniu lub na rzecz podmiotu poszukującego ochrony ubezpieczeniowej, zwane „czynnościami brokerskimi”, polegające na zawieraniu lub doprowadzaniu do zawarcia umów ubezpieczenia, wykonywaniu czynności przygotowawczych do zawarcia umów ubezpieczenia oraz uczestniczeniu w zarządzaniu i wykonywaniu umów ubezpieczenia, także w sprawach o odszkodowanie, jak również na organizowaniu i nadzorowaniu czynności brokerskich (działalność brokerska). Broker ubezpieczeniowy, aby doprowadzić do zawarcia umowy ubezpieczenia w pierwszej kolejności, tj. w ramach wykonywania czynności przygotowawczych do zawarcia umów, winien ustalić zakres ochrony oczekiwanej przez ubezpieczającego. Pozwany, przygotowując projekt umowy dokonał sam określenia zakresu poszukiwanej ochrony, ale tak czynią również osoby, które same, bez pośrednictwa brokera, zawierają umowy ubezpieczenia. Nie oznacza to jednak, jak twierdzi powód, że pozwany wykonywał czynności brokerskie i by to przesądzało o tym, że pozwany Skarb Państwa należy uznać za przedsiębiorcę.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego co do zasady nie można wykluczyć, by Skarb Państwa uznany był za podmiot prowadzący działalność gospodarczą. Potwierdza to również dotychczasowe orzecznictwo Sądu Najwyższego. Oczywiście działalność gospodarcza nie musi być koniecznie nastawiona na zysk, wystarczy, aby spełniała przesłanki zawodowości, to jest miała charakter stały, ciągły i organizacyjny (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2013 r. I CSK 756/12).

Z kolei w wyroku z dnia 6 lipca 2011 r. I CSK 582/10 Sąd Najwyższy stwierdził, iż Skarb Państwa reprezentowany przez odpowiednie jednostki organizacyjne Lasów Państwowych, w tym Nadleśnictwa, prowadzi działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2 u.s.d.g., ale wniosek taki wynikał z faktu, iż wykonując główne zadania w zakresie działalności leśnej prowadzi on działalność zarobkową wytwórczą i handlową i środkami finansowymi osiągniętymi z tej działalności zarobkowej pokrywa wydatki związane ze swoją podstawową działalnością, którą jest ochrona i rozwój lasów.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w przypadku ubezpieczenia własnego mienia pozwany Skarb Państwa nie wykonuje działalności gospodarczej, bowiem nie zawiera umów ubezpieczenia i to własnego mienia, w sposób spełniający przesłanki zawodowości, to jest o charakterze stałym, ciągłym i zorganizowanym. Z pewnością sam fakt, iż tego typu umowy ubezpieczenia są zawierane cyklicznie, nie przesądza o tym, że Skarb Państwa prowadzi działalność w tym zakresie i to w sposób stały, czy ciągły. Nie jest to działalność zawodowa.

Z pewnością nie można mówić o tym, iż pozwany Skarb Państwa, opracowując SIWZ, prowadził zawodowo działalność brokerską.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego zawarcie umowy ubezpieczenia mienia nie może być uznane za działalność zarobkową. Z tego zatem powodu zarzuty apelacji, które kwestionujące stanowisko Sądu Okręgowego, iż pozwany nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 2 u.z.n.k., są niezasadne.

Dlatego też brak jest podstaw do uznania, że roszczenia powoda winny być analizowane również na gruncie przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. apelację powoda, jako bezzasadną, oddalił.

Powód jest stroną przegrywającą na etapie postępowania apelacyjnego, dlatego też w oparciu o art. 98 k.p.c. zasądził od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 2 970 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.