

Sygn. akt I ACa 693/16

28 października 2016 r. (k. 594)

sprostowano oczywistą omyłkę pisarską wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie.

17 listopada 2016 r.

Kierownik sekretariatu

I Wydziału Cywilnego

Sądu Apelacyjnego w Szczecinie

mgr Sylwia Kędziorek

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 października 2016 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Dariusz Rystał
Sędziowie:	SA Jezierska SO del. Dorota Gamrat- Kubeczak (spr.)
Protokolant:	sekr. sądowy Emilia Startek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2015 roku w Szczecinie

sprawy z powództwa J. S.

przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

o zapłatę

na skutek apelacji wniesionej przez powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie

z dnia 20 maja 2016 roku, sygn. akt VI GC 37/14

1. **oddala apelację;**

2. zasądza od powoda J. S. na rzecz pozwanej przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 5400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

SSA Danuta Jezierska SSA Dariusz Ryszał SSO del. Dorota Gamrat-Kubeczak

Sygn. akt I ACa 693/16

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 20 maja 2016 roku Sąd Okręgowy w Koszalinie VI Wydział Gospodarczy (sygn. akt VI GC 37/14) oddalił powództwo J. S. przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (pkt I), pozostawił rozstrzygnięcie o kosztach postępowania referendarzowi sądowemu, ustalając jednocześnie, iż koszty procesu ponowi w całości powód (pkt II).

Sąd Okręgowy orzekł w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:

W dniu 26.05.2009 r. (...) spółka z o.o. w K. (obecnie (...), uprzednio (...) spółka z o.o. w K.) zawarła z powodem, jako najemcą, umowę najmu lokalu użytkowego położonego w budynku w Centrum (...) w K.. Lokal miał być wykorzystywany do prowadzenia w nim sklepu fotograficznego, w którym miała się odbywać sprzedaż sprzętu fotograficznego oraz miały być świadczone usługi fotograficzne i poligraficzne.

Zgodnie z § 5.1.2 umowy "Najemca otrzymuje wyłączność na parterze Centrum na prowadzenie usług fotograficznych i małej poligrafii". Taki sam zapis obowiązywał również we wcześniejszej umowie stron zawartej w dniu 14.03.2002r. Zapis wprowadzono do umowy na żądanie powoda jednak nie miał on wpływu na wysokość czynszu najmu. Takich zapisów nie zawierały umowy, które z pozwany zawierał z innymi najemcami lokali użytkowych (...). Już po zawarciu z powodem umowy z dnia 26.05.2016r. pozwany wynajął na parterze Centrum (...) lokal supermarketowi (...), który świadczy w nim m.in. usługi fotograficzne i poligraficzne. Otwarcie sklepu miało miejsce w dniu 4.12.2009r. Sklep ten oferował, poza podstawową działalnością, usługi wywoływania zdjęć, przy czym ceny tych usług były niższe, aniżeli ceny w punkcie powoda. Po otwarciu sklepu (...) sprzedaż w segmencie sprzedaży zdjęć w punkcie prowadzonym przez powoda w 2010 i 2011 r. znacząco spadła. W dniu 27.11.2009r. otwarto w K. drugie duże centrum handlowe (...) (obecnie (...)) co spowodowało zmniejszenie się liczby klientów odwiedzających E. i spadek obrotów u wszystkich najemców lokali użytkowych w Galerii (...). W centrum tym sklep (...) oferował m.in. usługi wywoływania zdjęć. Od roku 2009 nastąpiły narastające zmiany w technologii wykonywania zdjęć tj. rozpowszechniło się korzystanie z urządzeń telefonicznych wykonujących zdjęcia cyfrowe. Spowodowało to zmianę nawyków części konsumentów, którzy zaprzestali zlecenia usług wywoływania zdjęć przechowując je na nośnikach cyfrowych. Powód miał kłopoty finansowe, zalegał pozwanemu z zapłatą należności czynszowych. Na spadek obrotów ze sprzedaży zdjęć w punkcie prowadzonym przez powoda nie miały wpływu: zmiany technologii wykonywania zdjęć z tradycyjnej na cyfrową, otwarcie w K. drugiego centrum handlowego, trudności finansowe powoda, ani też rozmiary ewentualnych akcji promocyjnych powoda. Na podstawie materiałów - zestawień i wydruków z kasy fiskalnej przedstawionych przez powoda nie jest możliwym ustalenie wysokości utraconych przez niego korzyści. Uznając, iż wyłączną przyczyną spadku sprzedaży było naruszenie przez pozwanego zasady wyłączności, powód wezwał pozwanego do zapłaty odszkodowania w wysokości 200.000 zł. Pozwany odmówił dobrowolnego zaspokojenia roszczeń powoda. Spółka (...) wytoczyła J. S. powództwo o zapłatę kwoty 18.934,87 zł tytułem zaległych należności czynszowych. Wyrokiem z dnia 31.12.2013r. w sprawie VGC 281\13 Sąd Rejonowy w Koszalinie oddalił powództwo uwzględniając podniesiony przez J. S. zarzut potrącenia przysługujących mu wierzytelności z tytułu utraconych korzyści wynikających z naruszenia przez wynajmującego § 5 umowy. Na skutek apelacji (...) Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 25.06.2014r. w sprawie VI Ga 21\14 zmienił zaskarżony wyrok Sądu Rejonowego i zasądził od pozwanego dochodzoną kwotę. Sąd Okręgowy uznał iż pozwany nie wykazał, iż przysługuje mu wierzytelność przedstawiona do potrącenia.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy ocenił powództwo jako niezasadne.

Jako trafny ocenił postawiony przez pozwanego zarzut nieważności zapisu § 5 ust 1.2. umowy najmu z dnia 26,05.2009 r. z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - z uwagi na jego cel. Sąd stwierdził, że rynkiem właściwym w rozumieniu art. 6 uokk jest Galeria (...) w K.. Umowa stron przewidywała dla powoda wyłączność prowadzenia działalności w zakresie wywoływania zdjęć na parterze Galerii (...). Wynajmowany przez powoda lokal znajdował się bezpośrednio przy holu wejściowym (...) - praktycznie na wprost głównego wejścia do tego budynku, naprzeciw otwartej ściany wejść do dużego sklepu spożywczego (...). Na parterze tegoż budynku zlokalizowane są sklepy z różnorodnych branż, punkty operatorów sieci komórkowej, zatem klient nie zawsze ma potrzebę udania się w celu dokonania zakupów na I piętro tego budynku. Zastrzeżenie dla powoda wyłączności prowadzenia w na tym obszarze działalności w zakresie wywoływania zdjęć miało na celu zapewnienie mu uprzywilejowanej pozycji w stosunku do ewentualnych konkurentów, co w świetle założeń ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów konkurencję przedsiębiorców ogranicza i godzi tym samym w interesy konsumentów. Powyższe rozważania dotyczące lokalizacji (...), jej otoczenia gospodarczego i elementów faktycznych opisujących rynek geograficzny Sąd oparł na własnych spostrzeżeniach poczynionych, jako mieszkaniec K. i konsument. Stan ten znany jest stronom i uznany być musi za fakty znane powszechnie i jako takie nie wymagające dowodu zgodnie z dyspozycją art.228 kpc. Wobec stwierdzenia, iż zapis, na który powołuje się powód jest zakazany przez ustawę, zapis ten uznać należy za nieważny w świetle art.6 uokk i art.58 kc i jako taki nie mógł stanowić podstawy wysuwania przez powoda roszczeń wobec pozwanego. Sąd dodał, że sporne porozumienie mogło zostać zakwalifikowane, jako zakazane przez art.6 ust.1 pkt 6 ugkk. zgodnie z którym polega ono na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Takiej ocenie nie stoi na przeszkodzie treść art.7 uokk, zgodnie z którym: Zakazu, o którym mowa w art.6 ust.1, nie stosuje się do porozumień zawieranych między: 1) konkurentami - jeżeli ich łączny udział w rynku właściwym, którego dotyczy porozumienie, nie przekracza 5%; 2) przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami - jeżeli udział żadnego z nich w rynku właściwym, którego dotyczy porozumienie, nie przekracza 10%. 2. Zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, nie stosuje się również, w przypadku gdy udziały w rynku właściwym określone w ust. 1 nie zostały przekroczone o więcej niż dwa punkty procentowe w okresie dwóch kolejnych lat kalendarzowych w czasie trwania porozumienia. 3. Przepisów ust. 1 i 2 nie stosuje się do przypadków określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-3 i 7. Sąd stwierdził, że sytuacja mająca miejsce w sprawie dotyczy ust.1 pkt 2 ww. przepisu. Przy przyjęciu, że rynek właściwy obejmuje obszar Galerii (...), powód miałby, jako jedyny zakład świadczący usługi fotograficzne na tym rynku, a pozwany jako jedyny dysponent lokali użytkowych w udział przekraczający 10 %.

Niezależnie od powyższego powództwo podlegało oddaleniu z uwagi na niewykazanie przez powoda wysokości szkody. Sąd stwierdził, że niewątpliwie w roku 2010 i 2011 wystąpił w punkcie powoda spadek obrotów globalnie, a także w zakresie usług wywoływania zdjęć, w którym to zakresie powód domaga się od pozwanego rekompensaty. Opinia biegłego sądowego wykazała, że żadna ze wskazywanych przez pozwanego okoliczności nie miała istotnego wpływu na obrotu, jakie uzyskiwał i mógł uzyskać powód w punkcie prowadzonym w Galerii (...). Jednocześnie Sąd wyjaśnił, iż zakresem tego zlecenia nie były objęte tzw. zdjęcia natychmiastowe, bowiem powództwo opierało się na spadku zleceń wykonania odbitek wykonywanych w sposób tradycyjny. Pełnomocnik powoda żądał w piśmie k-218 zobowiązania sklepu (...) do podania danych dotyczących liczby zdjęć przez niego wywoływanych, przy czym wyraźnie zastrzegł, iż dane te nie mają obejmować tzw. zdjęć natychmiastowych. Przy czym strona powodowa wyraźnie rozróżniając zdjęcia natychmiastowe (drukowane) od zdjęć „wywoływanych” (tak pismo k- 317), powołuje się m.in. w tymże piśmie na szkodę wyrządzoną powodowi w zakresie zdjęć wywoływanych. Nadto, powód, zeznając w charakterze strony wyraźnie wskazał, iż w punkcie w Galerii (...) usługa w zakresie zdjęć natychmiastowych miała marginalne znaczenie (zeznania powoda k-304), a o ewentualnych stratach w zakresie tego typu zdjęć powód dowiedział się dopiero z informacji sklepu (...) wskazującej znaczną liczbę wykonywanych przez ten sklep zdjęć natychmiastowych.

W toku sporządzania opinii uzupełniającej, obejmującej weryfikację wysokości zgłaszanego przez powoda roszczenia, biegły zgłosił Sądowi potrzebę uzyskania od powoda dodatkowych dokumentów, niezbędnych do wydania opinii w tym zakresie (pismo biegłego k-413). Sąd nie zobowiązał powoda do złożenia wskazywanych przez biegłego dokumentów z uwagi na dyspozycje art. 6 k.c. oraz 232 k.p.c. Sąd dodał, że sprawa ma charakter gospodarczy, a powód był reprezentowany przez zawodowego pełnomocnika. Dodatkowo obowiązku tego winien być świadomy z poprzedniej toczącej się z udziałem stron sprawy, a także z treści pierwszej opinii wydanej w sprawie, w której biegły zgłosił

wątpliwości, czy możliwe będzie ustalenie wysokości utraconych przez powoda korzyści na podstawie zaoficerowanych przez niego dowodów. Z tych przyczyn Sąd nie dopuścił z urzędu dowodu ze wskazywanych przez biegłego materiałów zawierających dane finansowe dotyczące działalności powoda oraz oddalił wnioski o uzupełnienie opinii biegłego z uwzględnieniem dodatkowych materiałów jak i ponowiony na rozprawie w dniu 17.05.2016r. wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego księgowego, dla której podstawą miałyby być dodatkowo dokumenty wyspecyfikowane w powoływanym piśmie biegłego B.. Składając wnioski o dowód z opinii biegłego powód nie złożył jednocześnie wniosku o dopuszczenie dowodu z tych dokumentów, ani ich nie złożył.

Bazując na opinii biegłego sądowego sąd stwierdził, że ustalenie wysokości utraconego przez powoda zysku, nie jest możliwe na podstawie złożonych przez niego dowodów, gdyż utracone korzyści nie są różnicą pomiędzy wielkością przychodów z określonych okresów, a tylko tym, czego przedsiębiorca nie uzyskał po potrąceniu wszelkich kosztów i obciążeń obligacyjnych. Utracone korzyści są zatem najbliższe zyskowi, którego przedsiębiorca w danym okresie nie osiągnął. Ta wielkość- dochody-wyliczona być może jedynie przez odjęcie od przychodów (wpływów z działalności) ponoszonych na tę działalność kosztów. W opinii ustnej biegły wskazał wpływ kosztów stałych i zmiennych na wyliczenie dochodu, który utracił powód. Wskazał też na brak materiałów, które pozwoliłyby ustalić średnią kosztochłonność z osobna dla punktów usługowych prowadzonych jednocześnie w D. i K.. Jednoznacznie stwierdził, iż brak jest dokumentów, na podstawie których możliwym byłoby ustalenie: o jaka wielkość kosztów pomniejszyć należy przychody powoda dla ustalenia straty netto powoda. Biegły zaprezentował w opinii szereg wariantów hipotetycznych, możliwych do rozważenia, jednak wskazał również, iż brak jest dostatecznych podstaw do dokonania wyboru wariantu najbardziej prawdopodobnego.

Sąd nie znalazł również samodzielnie podstaw do dokonania wyboru któregośkolwiek z zaprezentowanych przez biegłego wariantów wyliczenia wysokości utraconych przez powoda korzyści.

Apelację od powyższego wyroku złożył powód zaskarżając go w części oddalającej powództwo co do kwoty 112,193,96 złotych, wnosząc o jego zmianę poprzez zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kwoty 112.193,96 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 23 kwietnia 2012r. do dnia 31 grudnia 2015r. oraz ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty, ewentualnie jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono naruszenie:

- a. art. 233 §1 k.p.c. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów oraz sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego materiału dowodowego i w rezultacie uznanie, że powód nie udowodnił wysokości żądania;
- b. art. 233 § 1 w zw. z art.328 § 2 oraz art.217 § 1, art. 227 i art. 228 § 1 k.p.c. przez nieuzasadnione oddalenie wniosków dowodowych powoda, które zmierzały do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy i w konsekwencji oparcie rozstrzygnięcia na niepełnym materiale dowodowym;
- c. prawa materialnego, poprzez zaprzeczenie istnienia przepisu art. 1 ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz błędne zrozumienie treści i znaczenia art. 6 ust. 1 oraz art. 4 ust. 9 w związku z art. 7 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy;
- d. art. 361 § 2 k.c.- poprzez jego błędne zrozumienie.

Uzasadnienie apelacji zawierało rozwinięcie powyżej przedstawionych zarzutów.

W ocenie apelującego procedujący w sprawie sędzia naruszył zasady bezstronności. Podjęte przez niego czynności determinowane były decyzją podjętą w sprawie VI Ga 21/14, na co wskazują:

1). gołosłowna teza, że „Od roku 2009 nastąpiły narastające zmiany w technologii wykonywania zdjęć tj. rozpowszechniło się korzystanie z urządzeń telefonicznych wykonujących zdjęcia cyfrowe. Spowodowało to zmianę nawyków części konsumentów, którzy zaprzestali zlecenia usług wywoływania zdjęć przechowując je na nośnikach cyfrowych. Zdaniem apelującego pozostaje ona sprzeczna z materiałem dowodowym, a w szczególności z informacją

spółki (...), z której wynika że tylko w jednym jej punkcie - prowadzonym właśnie w Galerii (...) - w roku 2010 zostało wywołanych 932.275 zdjęć (tzw. natychmiastowych), a w roku 2011 (sic!) 1.276.923 (vide : karta 266) oraz opinią biegłego.

2). wielokrotna próba doręczenia pozwanej opinii uzupełniającej biegłego z dnia 4 listopada 20015r. zakończona niezrozumiałą notatką służbową z dnia 13 kwietnia 2016r.

3). uznanie, iż będący podstawą żądania powoda § 5 ust 1.2 umowy najmu jest nieważny, pomimo przesądzenia jego ważności w sprawie VI Ga 21/14.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. apelujący podniósł, że polegał on na:

a) dowolnym ustaleniu, że od roku 2009 nastąpiły narastające zmiany w technologii wykonywania zdjęć tj. rozpowszechniło się korzystanie z urządzeń telefonicznych wykonujących zdjęcia cyfrowe, co spowodowało zmianę nawyków części konsumentów, którzy zaprzestali zlecenia usług wywoływania zdjęć przechowując je na nośnikach cyfrowych.

b) przyjęciu, że zakresem zlecenia sporządzenia opinii przez biegłego nie były zdjęcia natychmiastowe a powództwo opierało się na spadku zleceń wykonania odbitek wykonywanych w sposób tradycyjny, gdy tymczasem z żadnego zapisu pozwu nie można wywieść takiej konkluzji Sądu. Powód w pozwie wskazał wprost, że "w roku 2008 osiągnął zysk sprzedaży zdjęć w kwocie 203.194,00 zł (...) Po otwarciu sklepu (...) sprzedaż w newralgicznym dla powoda segmencie tj. sprzedaży gwałtownie i drastycznie spadła (bo prawie o 50%). W piśmie procesowym z dnia listopada 2014r. powód zgłosił zastrzeżenia do wyłączenia spod tezy dowodowej tzw. zdjęć natychmiastowych.

c) przyjęciu, że pełnomocnik powoda żądał w piśmie (k-218) zobowiązania sklepu (...) do podania danych dotyczących liczby zdjęć przez niego wywołanych, przy czym wyraźnie zastrzegł, iż dane te nie mają obejmować tzw. zdjęć natychmiastowych, w sytuacji gdy w piśmie procesowym z dnia 6 sierpnia 2014r. (k.218) pełnomocnik powoda zdecydowanie wnosił o zwrócenie się - w trybie art 248 § 1 kpc — do (...) spółki z o.o. w Ł. o :przedłożenie dokumentu (ewentualnie informacji) obrazującego ilość zdjęć wykonanych w latach 2010-2011 w lokalu w Galerii (...) w K., z podziałem na następujące kategorie: zdjęcia drukowane na miejscu (tzw. zdjęcia natychmiastowe), zdjęcia do dalszej obróbki zleczone do wykonania w laboratorium (...), z podziałem na ich formach,"

d) ustalenie, że sam powód zeznając w charakterze strony wyraźnie wskazał, iż w punkcie w Galerii (...) usługa w zakresie zdjęć natychmiastowych miała marginalne znaczenie (k-304), a o ewentualnych stratach w zakresie tego typu zdjęć powód dowiedział się dopiero z informacji sklepu (...) wskazującej znaczną liczbę wykonywanych przez ten sklep zdjęć natychmiastowych, w sytuacji gdy w swoich zeznaniach powód wyraźnie wskazał, że podobnie jak sklep (...) stosował dwie metody wywoływania zdjęć (tradycyjną i natychmiastową). Z uwagi na to, że miał możliwość wykonywania (bardzo szybko) odbitek na miejscu to ta właśnie metoda była jego podstawową metodą wywoływania zdjęć. Klienci mając do wyboru te dwie metody wybierali drugą zdecydowanie lepszą, a niewiele droższą, a na jej realizację czekali niedługo. Kiedy jednak pojawiła się możliwość drukowania tzw. zdjęć natychmiastowych w (...), których cena była diametralnie tańsza od ceny odbitek powoda to decydowali się na ich wydrukowanie. Zostało to potwierdzone zeznaniami świadków : J. F., F. S. i M. G. (słuchanych na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2014r.);

e) przyjęcie, że uzupełniająca opinia biegłego była w całości przez powoda kwestionowana, w sytuacji gdy w piśmie procesowym z dnia 25 styczeń 2016r., powód ustosunkowującego się do opinii uzupełniającej biegłego nie tylko jej nie zanegował, ale wskazał, że przyjmując wyliczone przez biegłego koszty z lat 2010 i 2011 na poziomie - odpowiednio - 20,27 % i 12,60 % utracone korzyści powoda za te lata wynosiłyby 150.432,57 zł tj.: 73,484,06 zł za rok 2010 (199.691,75 zł - 107.525,61 zł = 92.166,14 zł; 92.166,14 zł - 20,27 % = 73.484,06zł) oraz 76,948,51 zł za rok 2011 (199.691,75 zł - 111.649,97 zł = 88.041,78 zł; 88.041,78 zł -12,60 % = 76.948,51 zł)";

f) przyjęcie, że z opinii uzupełniającej biegłego i jego ustnych wyjaśnień wynika, że "Na podstawie materiałów - zestawień i wydruków z kasy fiskalnej przedstawionych przez powoda nie jest możliwym ustalenia wysokości

utraconych przez niego korzyści”, w sytuacji gdy biegły omawiając (na rozprawie) dokumenty, które byłyby mu niezbędne do szczegółowej weryfikacji wysokości szkody, wskazanej przez powoda z tytułu utraconych korzyści, dodał jednocześnie, że "korekta nie byłaby zbyt wielka bo dotyczyłaby materiałów ledwie eksploatacyjnych" (vide : zapis nagrania posiedzenia z dnia 17 maja 2016r. godz.00.24.50 - 00.25.00), a kosztocłonność w opinii uzupełniającej „ustalona została na podstawie danych zaprezentowanych w aktach sprawy, których nie podważam dla tego poziomu analitycznego." (vide : zapis nagrania posiedzenia z dnia 17 maja 2016r. godz.00.25.45 - 00.25.50). Apelujący dodał, że brak tych dokumentów nie przeszkodził biegłemu w sporządzeniu - na podstawie własnych obliczeń zawartych w tabelach nr 5-8 - (pięciu) wariantów utraconych. Sąd I instancji w ogóle nie przeanalizował tych wariantów, poprzestając na stwierdzeniu, że "...nie znalazł również samodzielnie podstaw do dokonania wyboru któregośkolwiek z zaprezentowanych przez biegłego wariantów wyliczenia wysokości utraconych przez powoda korzyści, zwłaszcza, iż opinia biegłego tym zakresie była w całości przez powoda kwestionowana."

Ponieważ powód nie kwestionował opinii uzupełniającej (o czym wcześniej), a pozwana również nie zgłosiła do niej żadnych zastrzeżeń, to Sąd nie mógł uchylić się od merytorycznej jej oceny. Faktyczny udział kosztów sprzedaży na poziomie 65,97 % w roku 2008; 37,74% w roku 2009; 20,27 % w roku 2010 i 12,60 % w roku 2011 , biegły ustalił na podstawie marż podanych w wydrukach z systemu fiskalnego WF-Mag. Skoro wynika z nich wyraźnie jaką marżę osiągnął powód w danym w roku (kalendarzowym) to łatwo obliczyć jakie były jego koszty sprzedaży. W konsekwencji biegły mógł wyliczyć koszty sprzedaży we wszystkich latach objętych sporem. Strona pozwana nigdy nie zakwestionowała waloru dowodowego przedłożonych wydruków (co więcej w odpowiedzi na pozew wprost je uznała, dokonując na ich bazie własnych wyliczeń). Nie uczyniła tego nawet wówczas, gdy powód powołał się na ten fakt w piśmie procesowym z dnia 25 stycznia 2016r. Nadto, biegły słuchany na ostatniej rozprawie stwierdził, że "Problemy te są z brakiem danych, a nie ich wiarygodnością. (...) Nie neguję twierdzeń powoda, po prostu nie jest możliwym ich weryfikacja bez szczegółowych danych. (...) Ja nie podważam, raz jeszcze mówię, wiarygodności zestawień sporządzonych przez pana Siusia, ale chciałbym do tego jednak mimo wszystko Wysoki Sądzie dojść sam. (...) Nie wykluczam, że doszedłbym do tego samego, co pan S. " (vide : zapis nagrania posiedzenia z dnia 17 maja 2016r. godz.00.55.00 - 00.58.00), Oznacza to, że ani biegły ani pozwana nie zakwestionowali danych wskazanych w wydrukach k.31 i 32, a obrazujących marżę i w konsekwencji koszty. Jeśli zatem, koszty sprzedaży w roku 2009 zamykały się u powoda na poziomie 37,74% to wg. biegłego utracone korzyści powoda wynosiły 111193,96 zł (57.380,85zł + 54.813,10 zł = 111193,96 zł), a zostały wyliczone następująco: rok 2010 : 124.324,21 zł (dochód z roku 2009) - 66.943,36zł (dochód z roku 2010) 57.380,85 zł oraz rok 2011 : 124.324,21 zł (dochód z roku 2009) - 69.511,11 (dochód z roku 2011) = 54.813,10 zł.

Zdaniem apelującego, powyższy wariant jest jak najbardziej uzasadniony przy wyliczaniu utraconych przez niego korzyści, gdyż wszystkie jego koszty (osobowe- pracownicze i inne, np. wynajmu, mediów itp.) w latach 2010-2011 pozostały na tym samym poziomie, a jedynie przychody spadły. Przy czym Sąd I instancji nie podważył wiarygodności zeznań powoda, że koszty w tym punkcie kształtowały się na tym samym (stałym) poziomie. Skoro zatem biegły (wielokrotnie) podkreślał, że gdyby te koszty były stałe to wskazana przez powoda wartość utraconych korzyści byłaby prawidłowa, to w konsekwencji brak jest podstaw do odrzucenia tego wariantu utraconych przez powoda korzyści.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 233 § 1 w zw. z art.328 § 2 oraz art.217 § 1, art. 227 i art. 228 § 1 k.p.c., apelujący podniósł, iż sąd niezasadnie oddalił wnioski dowodowe powoda, które zmierzały do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, co w konsekwencji skutkowało oparciem rozstrzygnięcia na niepełnym materiale dowodowym. W załączniku do protokołu rozprawy z dnia 17 maja 2016r. powód przypomniał, że w dacie zobowiązania go przez Sąd do przedłożenia "dokumentacji finansowo - księgowej" (co miało miejsce na rozprawie z dnia 12 sierpnia 2014r.) pełnomocnik powoda miał wątpliwości jakie to powinny być dokumenty i dlatego poprosił Sąd o "sprecyzowanie co to znaczy dokumentacja finansowo-księgowa." Przebieg posiedzenia wskazuje, że ogólnikowość zobowiązania Sądu była niezrozumiała również dla powoda. Dlatego Sąd wyjaśnił (doprecyzował), iż chodzi, o dokumenty dotyczące punktu w Galerii (...) (vide : zapis nagrania posiedzenia z dnia 12 sierpnia 2014r. godz.02.41.10 - 02.42.00). Stąd też zarówno powód jak i jego pełnomocnik zrozumieli, iż jest on zobowiązany do przedłożenia tylko dokumentów dotyczących tego punktu. I takie dokumenty przedłożyli. Dla tego punktu nie były bowiem prowadzone

żadne inne dokumenty "finansowo-księgowo" poza przedłożonymi przy piśmie z dnia 28 sierpnia 2014r. Nie bez znaczenia dla oceny tego zarzutu są również następujące spostrzeżenia biegłego "Gdyby Sąd mnie pytał, przepraszam, że sam pozwolę sobie mówić, o utracone przychody to dokumentacja jest właściwa, kompletna" (vide : zapis nagrania posiedzenia z dnia 17 maja 2016r. godz.00.59.52 - 01.00.03) i dalej "W żadnym miejscu nie podważam wiarygodności przychodu .ff (godz.01.19.17 - 01.19.20).

Ponieważ powód pod pojęciem utraconych korzyści rozumiał (i nadal rozumie) właśnie utratę przychodu, to uniemożliwienie powodowi dostarczenia biegłemu żądanych przez niego dokumentów, a w konsekwencji uniemożliwienie biegłemu "przeprowadzenie szczegółowych i kompletnych szacunków" utraconych korzyści rozumianych jako utrata zysków jest ewidentnym naruszeniem zasad postępowania cywilnego. Nie dopuszczając dowodu z uzupełniającej opinii biegłego (ewentualnie z opinii biegłego zakresu księgowości i rachunkowości) na tę okoliczność Sąd uchylił się od ustalenia przesłanki faktycznej twierdzonej przez powoda i oceny istotnej kwestii mającej wpływ na rozstrzygnięcie sprawy.

Jednocześnie apelujący wskazał, iż Sąd powołał biegłego na inną okoliczność niż wnioskowana przez pozwanego i z całkiem innej specjalizacji. Uczynił to pomimo tego, iż pozwana również była reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika a zmiana postanowienia dowodowego nie miała charakteru jedynie kosmetycznego, skoro z góry wyłączało ono z postępowania tzw. zdjęcia natychmiastowe.

Zdaniem apelującego z żadnego przepisu prawa nie wynika natomiast, aby biegły przy wydawaniu opinii był ograniczony jedynie do materiału zgromadzonego w sprawie. To przecież tylko on jako profesjonalista posiada wiedzę jakie dokumenty są mu niezbędne do wydania opinii. Poza tym pominiawszy niefortunne zawężenie przez Sąd żądanych dokumentów, sporządzony przez biegłego wykaz dokumentów niezbędnych do weryfikacji kwoty odszkodowania zawiera również inne dokumenty aniżeli dokumenty finansowo- księgowo. Zatem, nawet Sąd nie wiedział jakie dokumenty będą niezbędne biegłemu do wydania opinii. Odmawianie więc prawa do takiej niewiedzy powodowi jest nieuprawnione.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 1 ust. 3 oraz art. 6 ust. 1 , art. 4 ust. 9 oraz 7 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, apelujący podniósł, iż jedynymi organami uprawnionymi do oceny czy dane porozumienie narusza przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest Prezes UOKiK oraz Sąd Okręgowy w Warszawie - sąd ochrony konkurencji i konsumentów (art. 1 ust.3 uokik). Sąd orzekający w niniejszej sprawie nie ma takich uprawnień. Niezależnie od powyższego, podniósł iż zawiązanie porozumienia ograniczającego konkurencję oznacza, że jego uczestnicy stają się wspólnotą celu lub skutku, który chcieliby osiągnąć. W okolicznościach niniejszej sprawy trudno przypisać pozwanej, iż jej celem (wspólnym - jakoby - z powodem) było wyeliminowanie z rynku konkurentów powoda. Poza tym zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie zgodnie przyjmuje się, że nie jest dopuszczalna taka interpretacja prawa antymonopolowego, która pozwalałaby na przyjęcie, iż jakiegokolwiek potencjalne zagrożenie konkurencji wynikające z łączącego strony porozumienia jest naruszeniem prawa. Ustawodawca zezwala bowiem na uznanie antykonkurencyjnego porozumienia za zgodne z prawem z uwagi na znikomy stopień jego negatywnego oddziaływania na rynek. Dlatego nawet w przypadku stwierdzenia, że doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami oraz ustalenia, że jego obiektywnym celem (przedmiotem) lub skutkiem było ograniczenie konkurencji, konieczne jest także określenie, czy nie podlega ono wyłączeniu spod zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję. Wyjątki tego typu mogą mieć swoją podstawę w: tzw. zasadzie de minimis z uwagi na niewielki udział w rynku przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu (tzw. porozumienia bagatelne); spełnieniu przesłanek tzw. wyłączenia grupowego wynikającego z przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. 2011 r., nr 81, poz. 441 ze. zm.); spełnieniu przesłanek tzw. wyłączenia indywidualnego z art. 8 ust. 1 uokik.

Gdyby nawet przyjąć zatem za Sądem I instancji, iż analizowany zapis umowy był porozumieniem antykonkurencyjnym , to w świetle art. 7 ust. 1 pkt 2 uokik należy go i tak uznać za zgodny z prawem z uwagi na znikomy stopień jego negatywnego oddziaływania na rynek. Takie uznanie jest możliwe zawsze, gdy udział w rynku posiadany

przez któregośkolwiek z przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10 %. Udział ten odnosi się zatem do każdego uczestnika porozumienia (tu powoda i pozwanej) „Rynek właściwy to rynek wyznaczony według kryterium geograficznego (terytorialnego), jako obszar zbytu, na którym panują homogeniczne, tożsame lub podobne warunki konkurencji na ustalonym rynku produktowym.” (vide: Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2011 r.; VI ACa 1071/2010) Nie ulega natomiast wątpliwości, iż w przypadku usług fotograficznych (rynek produktowy) za rynek taki należy uznać obszar całego miasta K., a nie jak to przyjął Sąd I instancji tylko teren (obszar) Galerii (...). Takie zawężenie rynku stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 pkt.2 w zw. z art. 4 pkt 9 ustawy antymonopolowej poprzez błędne określenie rynku właściwego zarówno pod względem produktowym jak i geograficznym. Ponieważ udział powoda w branży usług fotograficznych na terenie K. nigdy nie przekraczał 10 % to zawartego z pozwaną porozumienia w zakresie udzielonej mu wyłączności nie można uznać za zakazane w rozumieniu art.6 ust.1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 361 § 2 k.c. apelujący podniósł, że przez utracone korzyści, o których mowa w art. 361 § 2 k.c. należy jednak rozumieć wszystko to, co weszłoby do majątku poszkodowanego, gdyby zdarzenie wyrządzające szkodę nie nastąpiło. A więc niewątpliwie przychód a nie zysk. Gdyby więc pod tym pojęciem rozumieć przychód to powód niewątpliwie udowodnił swoje żądanie. W tym miejscu należy przypomnieć, iż nawet biegły powołany w niniejszej sprawie specjalizujący się w szacowaniu utraconych korzyści przedsiębiorstw nie potrafił wskazać czy utracone korzyści w rozumieniu analizowanego przepisu są tożsame z zyskiem w rozumieniu księgowym.

Skoro zapis § 5 ust. 1.2 umowy nie jest sprzeczny z prawem, to podstawę ustalenia utraconych przez powoda korzyści może stanowić opinia uzupełniająca z jej wariantem drugim (tj. kosztami na poziomie 37,74%). Ponieważ utracone korzyści wg .biegłego wyniosły wówczas 112.193,96 zł, to powód ogranicza swoją apelację do zaskarżenia oddalenia powództwa co do tej kwoty.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd I instancji przeprowadził postępowanie dowodowe w zakresie wystarczającym dla poczynienia ustaleń faktycznych mających wpływ na zastosowanie przepisów prawa materialnego. Zgromadzone w sprawie dowody poddał wszechstronnej, wnikliwej ocenie, odpowiadającej wymogom stawianym przez przepis art. 233 § 1 k.p.c. i na ich podstawie poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne w sprawie. Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny podzielił przeprowadzoną przez Sąd Okręgowy ocenę zgromadzonych w sprawie dowodów, tym samym akceptując poczynione w oparciu o tę ocenę ustalenia faktyczne i uznając je za własne, bez ich ponownego przytaczania (postanowienie Sądu Najwyższego z 26.04.2007 r., II CSK 18/07).

Ostatecznie prawidłowa okazała się również ocena prawna powództwa, skutkująca w swej konkluzji jego oddaleniem, z tym jednak zastrzeżeniem, że Sąd Apelacyjny odmiennie aniżeli, uczynił to Sąd Okręgowy ocenił kwestię ważności § 5 ust. 1.2 zawartej pomiędzy stronami umowy z dnia 26 maja 2009 roku, uznając iż jej zapisy nie były sprzeczne z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów, a co za tym idzie w sposób wiążący określono nim prawa i obowiązki stron. Zasadniczym powodem oddalenia powództwa, a także apelacji było zatem niewykazanie przez powoda szkody w postaci lukrum cesans. Podniesione w tym zakresie zarzuty apelacji, stanowią w istocie gołosłowną polemikę z prawidłowymi wskazaniem i rozważaniem Sądu I instancji.

Zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r., o ochronie konkurencji i konsumentów porozumienia antykonkurencyjne są w całości lub w odpowiedniej części nieważne. Mamy w tym wypadku do czynienia z nieważnością ex tunc, następującą z mocy prawa. W praktyce porozumienia takie, pomimo swej bezwzględnej nieważności, mogą być oczywiście realizowane przez strony (i w wielu wypadkach tak właśnie się dzieje). Nie zmienia

to jednak faktu, iż nie wywołują one skutków prawnych ani między stronami, ani w stosunku do osób trzecich. Z praktycznego punktu widzenia oznacza to przede wszystkim brak możliwości sądowego dochodzenia roszczeń opartych na postanowieniach nielegalnego porozumienia.

Podstawę prawną żądania pozwu stanowił przepis art. 471 k.c. Powód łączył obowiązek odszkodowawczy pozwanego z faktem wynajęcia przezeń na parterze budynku Centrum (...) w K., lokalu usługowego firmie (...), który również prowadziła usługi fotograficzne oraz poligraficzne. Miało to miejsce w czasie kiedy strony łączyła umowa najmu z dnia 26 maja 2009 roku w § 5 ust. 1.2, której zastrzeżono, iż najemca (powód) otrzymuje wyłączność na parterze Centrum na prowadzenie usług fotograficznych i małej poligrafii. Powód wywodził, że e ten sposób pozwany naraził go na szkodę w postaci utraconych korzyści. Z racji tego, że warunkiem odpowiedzialności kontraktowej jest ważność stosunku zobowiązaniowego, w pierwszej kolejności, Sąd Apelacyjny uczynił przedmiotem swoich rozważań kwestię ważności cytowanego powyżej zapisu umownego, w kontekście tego czy ze względu na cel bądź skutek ma ono charakter postanowienia antykonkurencyjnego.

Nietrafny okazał się przy tym zarzut naruszenia art. 1 ust.3 cytowanej uokk, w ramach którego apelujący podniósł, iż jedynymi organami uprawnionymi do przeprowadzenia tego rodzaju oceny są Prezes UOKiK oraz Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Tego poglądu skład orzekający w niniejszej sprawie nie podziela, przychyłając się do stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w wyroku z dnia 22 lutego 1994 r., I CRN 238/93 oraz w postanowieniu z dnia 2 marca 2006 roku, I CSK 83/05.

W pierwszym z przywołanych judykatów Sąd Najwyższy wskazał, iż „Niezależnie od trybu stwierdzenia i orzekania o konsekwencjach praktyk monopolistycznych, przewidzianego w ustawie z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (jedn. tekst: Dz. U. z 1991 r. Nr 89, poz. 403), stwierdzenie, że umowa jest wyrazem takiej praktyki, a w konsekwencji - nieważna w całości lub w części (art. 8 ust. 2 tej ustawy lub art. 58 § 1 i 3 k.c.), może nastąpić w sprawie między stronami tej umowy, jako przesłanka rozstrzygnięcia o wynikającym z niej roszczeniu”.

Pogląd ten został powtórzony i potrzymany w postanowieniu z dnia 2 marca 2006 roku, wydanym na kanwie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, którą to ustawą uchylono wcześniej obowiązujący akt normatywny (o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym). Zgodnie z tezą tego orzeczenia: „ w sytuacji, gdy postępowanie przed prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie zostało wszczęte lub postępowanie wszczęte nie zakończyło się wydaniem decyzji, o których stanowią art. 9 i 10 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 z późn. zm.) sąd władny jest dokonać samodzielnych ustaleń odnośnie do stosowania praktyk ograniczających konkurencję przy zawieraniu umowy, jako przesłanki stwierdzenia jej nieważności”. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na następujące argumenty: Po pierwsze, model ochrony przed praktykami ograniczającymi konkurencję oparty został na ustawowym zakazie tego rodzaju praktyk, co oznacza, że czynności prawne będące następstwem takich bezprawnych zachowań są nieważne z mocy samego prawa. Po drugie, jeżeli ochroną przed praktykami ograniczającymi konkurencję oparto na modelu ustawowego zakazu, to decyzja prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ma charakter deklaratoryjny i w sferze prawa cywilnego nie tworzy nowego stanu prawnego. Tym samym brak formalnych przeszkód uniemożliwiających sądowi dokonywania samodzielnych ustaleń w przedmiocie zawarcia umowy z zastosowaniem praktyk ograniczających konkurencję. Po trzecie, inny jest przedmiot ochrony Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w postępowaniu administracyjnym, a inny w postępowaniu sądowym. Pierwszy dotyczy interesu publicznoprawnego, drugi - praw podmiotowych stron.

Sąd Apelacyjny powyżej zaprezentowane stanowisko uznaje za słuszne. Stwarza ono bowiem możliwość nieograniczonego formalnie dochodzenia roszczeń o charakterze cywilnoprawnym. Niedopuszczalna wydaje się sytuacja, aby sądy powszechne orzekając w sprawach o stwierdzenie nieważności umowy, tudzież odszkodowania w związku z naruszeniem prawa konkurencji, były zobligowane do wcześniejszego uzyskania decyzji organu antymonopolowego w określonym stanie faktycznym, który jest przedmiotem postępowania cywilnego. Organ

antymonopolowy nie jest zobligowany do wszczęcia postępowania i wydania orzeczenia jedynie na użytek postępowania przed sądem powszechnym. Zauważyć też należy, że może on nigdy nie podjąć postępowania dotyczącego stanu faktycznego będącego przedmiotem sporu cywilnoprawnego. Jakkolwiek zatem, uprzednie wydanie przez Prezesa UOKiK decyzji stwierdzającej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję w określonym stanie faktycznym niewątpliwie stanowi ułatwienie dla orzekania w sprawach cywilnoprawnych, tym niemniej nie może stanowić okoliczności koniecznej do wydania rozstrzygnięć przez sądy powszechne.

W związku z powyższym należy zauważyć, iż podstawową zasadą prawa prywatnego, odnoszącą się do wszystkich rodzajów umów, jest zasada swobody umów, zgodnie z którą strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego (art. 353¹ k.c.). Z brzmienia powołanego przepisu wynika, iż zasada w nim ustanowiona nie ma charakteru bezwzględnego, a jej ograniczeniem jest wymóg zgodności treści lub celu umowy m.in. z ustawą. W omawianym przypadku ustawą tą jest oczywiście ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, której art. 6 z pewnością stanowi ograniczenie wspomnianej swobody.

Zgodnie z powołanym przepisem zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Z powyższego wynika, że zakazem tym objęte są po pierwsze - porozumienia, których celem jest zakłócenie konkurencji, nawet gdy faktycznie nie doprowadziły do wystąpienia takiego skutku na rynku właściwym, a po drugie - porozumienia, których celem nie jest ograniczenie konkurencji, lecz które faktycznie skutek taki wywołały lub mogą wywołać w niedalekiej przyszłości.

W szczególności sklasyfikowanie określonego porozumienia jako mającego antykonkurencyjny cel (co zarazem należy badać w pierwszej kolejności) zwalnia z wymogu udowodnienia antykonkurencyjnego skutku tego porozumienia (nie ma więc potrzeby analizy skutków jego stosowania oraz wykazania, że wywołało ono negatywne dla konkurencji skutki na rynku). Należy w tym zakresie podzielić stanowisko prezentowane przez większość autorów, zgodnie z którym dla stwierdzenia nielegalności porozumienia nie jest wystarczające wykazanie, że mieści się ono w katalogu (tj. zawiera ograniczenia konkurencji wskazane w komentowanym przepisie). W każdym przypadku należy zbadać, jaki jest cel (przedmiot) lub skutek porozumienia i dopiero takie badanie może przesądzić o jego negatywnej ocenie.

Analiza, czy mamy do czynienia z antykonkurencyjnym postanowieniem przebiega w kilku etapach.

Po pierwsze, należy ustalić czy zawarto porozumienie w rozumieniu art. 4 pkt 5 uokk.

Po drugie, czy porozumienie ze względu na swój cel lub skutek narusza zakaz wyrażony w art. 6 uokk. Jeżeli, wynik tej analizy jest pozytywny, konieczne jest zbadanie czy możliwe jest wyłączenie porozumienia spod zakazu na podstawie art. 7 (wyłączenie z uwagi na ograniczony negatywny wpływ porozumienia na konkurencję) lub art. 8 ustawy (wyłączenie porozumienia spod zakazu ze względu na prokonkurencyjne skutki, które przeważają nad skutkami negatywnymi dla konkurencji).

Uwzględniając powyższe, wskazać należy iż przez porozumienie w rozumieniu definicji zawartej w ustawie (art. 4 pkt 5) należy rozumieć zarówno umowę zawartą pomiędzy przedsiębiorcami, jak też jakiegokolwiek inne porozumienie zapadłe pomiędzy nimi.

Porozumienia zakazane ze względu na cel niejako automatycznie (per se) naruszają art. 6 ustawy. Ów cel oznacza obiektywny cel porozumienia - przedmiot porozumienia. Ograniczenia konkurencji ze względu na cel należy interpretować w sposób zawężający i zalicza się do nich tylko niektóre najpoważniejsze naruszenia (wyrok CB/Komisja, C- 67/13 P). Powszechnie przyjmuje się za takowe postanowienia, których przedmiotem (celem) jest ustalenie cen, warunków sprzedaży towarów i usług, podział rynków bądź klientów, ograniczenie produkcji. Kiedy przedmiot porozumienia nie może być jednoznacznie uznany za antykonkurencyjny, dopiero zbadanie jego rzeczywistego potencjalnego wpływu na rynek pozwala przesądzić, czy jest sprzeczne z prawem.

W przypadku porozumień zakazanych ze względu na skutek, ich sprzeczności z prawem nie można wywieść z samego brzmienia postanowienia, konieczne jest przeprowadzenie oceny jego wpływu na konkurencję, co jest możliwe tylko po przeprowadzeniu analizy ekonomicznej, określającej wpływ porozumienia na konkurencję na rynku. Analizie należy poddać stronę podmiotową porozumienia (określić strony, ich pozycję, liczbę podmiotów funkcjonujących na rynku, które nie były jego stronami) jak i przedmiotową (stopień ingerencji w konkurencję pomiędzy przedsiębiorcami). Dopiero takie kompleksowe badanie może pozwolić na formułowanie jednoznacznych wniosków. Co więcej, ów negatywny wpływ musi być odczuwalny (nie może być bagatelny).

Dla przeprowadzenia oceny antykonkurencyjności porozumienia konieczne jest zdefiniowane (każdorazowo) rynku właściwego dla danego porozumienia. Rynkiem tym jest rynek, na którym może wystąpić lub występuje skutek porozumienia (tj. rynek, na którym następuje lub może nastąpić wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji).

Postanowienia zawarte w umowach najmu, ograniczające wynajmującemu pośrednio lub bezpośrednio, możliwość dysponowania powierzchnią handlową na rzecz innych najemców, było przedmiotem analizy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 26 listopada 2015 roku, C-345/14. Zagadnieniem wiodącym, jakie rozpatrywane było w powołanym orzeczeniu, było ustalenie, czy klauzula pozwalająca najemcy (który wynajmuje od danego centrum handlowego powierzchnię) na sprzeciwienie się wynajmowi przez innych najemców (konkurentów tego najemcy) znajdujących się w tym samym centrum powierzchni handlowych, może być uznana za ograniczenie konkurencji ze względu na cel.

Trybunał stwierdził, że „Artykuł 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w taki sposób, że okoliczność, iż umowa dzierżawy znajdującego się w centrum handlowym lokalu wielkopowierzchniowego zawiera postanowienie uprawniające najemcę do sprzeciwienia się wynajmowi znajdujących się w tym centrum powierzchni handlowych innym najemcom, nie skutkuje sama w sobie tym, że celem tej umowy jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu tego postanowienia”.

W tym zakresie, bazując na wcześniej wydanych orzeczeniach, Trybunał powtórzył że kryterium prawne mające istotne znaczenie dla ustalenia tego, czy ograniczenie konkurencji „ze względu na cel” związane jest ze stwierdzeniem, iż takie porozumienie cechuje się samo w sobie, z punktu widzenia konkurencji, stopniem szkodliwości wystarczającym do tego, aby można było uznać, że nie ma konieczności badania jego skutków. W konkluzji stwierdził, że tego rodzaju umowy (wertykalne) nie zaliczają się do porozumień, w odniesieniu do których przyjęto, iż można je uznać za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania konkurencji z uwagi na sam ich charakter. Nie można zdaniem Trybunału wskazać stopnia szkodliwości dla konkurencji wystarczającego do tego, aby można było uznać te porozumienia za mające znamiona ograniczenia konkurencji ze względu na cel, choć mogą być uznane za takowe ze względu na skutek. W takim jednak wypadku, co podkreślił Trybunał, wymagana jest pogłębiona analiza kontekstu ekonomicznego, gospodarczego oraz prawnego w jaki wpisuje się zawarta umowa najmu i, w którym wraz z innymi podobnymi porozumieniami może mieć wpływ na konkurencję. Wiąże się to z:

Po pierwsze, oceną dostępności do rynku konkurentów najemcy na obszarze oddziaływania danej umowy najmu (czy potencjalny konkurent ma rzeczywiste, konkretne możliwości wejścia w obszar oddziaływania handlowego objętych tymi umowami centrów, w szczególności poprzez zajęcie przestrzeni handlowych w znajdujących się na tym obszarze innych centrach handlowych czy innych przestrzeniach handlowych poza tymi obszarami, czy najemca zawarł inne tego rodzaju porozumienia).

Po drugie, oceną jak duża i swobodna jest konkurencja na rynku właściwym dla badanej umowy. W tym względzie należy dysponować nie tylko wiedzą o liczbie i wielkości obecnych na rynku podmiotów gospodarczych, o stopniu koncentracji tego rynku, o przywiązaniu klientów do istniejących na nim marek oraz funkcjonujących na nim modelach konsumpcji.

I po trzecie, jeżeli po przeprowadzeniu analizy kontekstu ekonomicznego i prawnego porozumienia (zgodnie z ww. wytycznymi) stwierdzone zostanie, że dostęp do rynku właściwego został utrudniony ze względu na obowiązywanie na nim szeregu umów zawierających podobne ograniczenia, wówczas należy ocenić czy konkretna, analizowana umowa najmu przyczyniła się do ewentualnego wprowadzenia barier na tym rynku, przy czym zakazane są tylko umowy, które przyczyniają się do tego w sposób znaczący.

Uwzględniając poczynione powyżej uwagi, kwestionowanego postanowienia nie należy kwalifikować jako takiego, które ma (per se) antykonkurencyjny cel w rozumieniu przepisu art. 6 ust. 1 uokk, ponieważ nie zalicza się do porozumień w odniesieniu do których przyjęto, iż można je uznać za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania konkurencji z uwagi na sam jego charakter. Wyrażone w tym zakresie stanowisko Sądu Okręgowego, zakładające taki charakter postanowienia, jest w ocenie Sądu II instancji wadliwe. Porozumienie takie może co najwyżej zostać ocenione jako takie, które ma antykonkurencyjny skutek.

Materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie nie dawał jednakże podstaw do sformułowania tego rodzaju wniosku.

Oceniana klauzula uprawniająca najemcę do sprzeciwienia się wynajmowi innych powierzchni tego centrum na rzecz konkurentów miała na celu ograniczenie rywalizacji ze strony tych drugich podmiotów wyłącznie w obrębie danego piętra w centrum handlowym, które jest lokalem wielopowierzchniowym. Potencjalni konkurenci powoda w ramach przedmiotowego porozumienia nie zostali pozbawieni możliwości wejścia w obszar danego centrum handlowego, który liczył w sumie trzy kondygnacje. Istniała realna możliwość powstania punktów konkurencyjnych na innej kondygnacyjnie powierzchni handlowej przedmiotowego centrum handlowego. Tego rodzaju zapisów nie zawierały pozostałe umowy jakie pozwany zawierał z pozostałymi najemcami lokali użytkowych (vide: protokół rozprawy z dnia 26.09.2014 r., zeznania: B. J., J. S. (3)). Nie zawierał ich także powód w innych sąsiadujących centrach handlowych bądź w odniesieniu do powierzchni poza tymi centrami. Poza przedmiotowym punktem usytuowanym w K., posiadał jeszcze jeden punkt w D., a zatem poza rynkiem geograficznym do dokonania przedmiotowej oceny. Działalność powodowa była jednoosobową działalnością gospodarczą, z jednym punktem (w K.), a zatem jego pozycja na rynku w porównaniu ze sklepem sieciowym (...) - była obiektywnie rzecz ujmując słabsza. Trybunał Sprawiedliwości w przywołanym powyżej orzeczeniu bardzo trafnie zauważa, że „oczywiście zakazane są tylko umowy, które przyczyniają się do tworzenia barier dostępu do rynku w znaczący sposób”. Nie sposób nie dostrzec, że w szeroko ujmowanym interesie wynajmującego jest, aby działalność najemcy, któremu wynajmuje powierzchnię handlową miała charakter rentowny. Jeśli rentowność okaże się niska, mogą pojawić się problemy z terminową zapłatą czynszu najmu, ewentualnie wynajęta powierzchnia (lokal) z czasem może zostać zwolniona. Z tego też względu, wynajmującemu nie zależy na tworzeniu konkurencji tzw. „drzwi - w drzwi”, zwłaszcza w przypadku podmiotów, które oferują zakup towarów lub usług nie mających charakteru tzw. „pierwszej potrzeby” konsumenta, takich jak fotografia. Jednocześnie na takim rozlokowaniu przedsiębiorców prowadzących działalność konkurencyjną w ramach danej powierzchni handlowej zależy także najemcy, aby odpowiednia liczba klientów przypadła na punkt usługowy zapewniając mu rentowne działanie. Tym też kierował się powód, na co wskazuje treść złożonych przez niego zeznań na rozprawie dniu 7 listopada 2014 roku (“Przed podpisaniem umowy z (...) domagałem się zastrzeżenia wyłączności na lokalizację zakładów świadczących usługi fotograficzne”).

Rozlokowanie punktów na kilku poziomach centrum handlowego jest w końcu korzystne dla potencjalnych klientów. Z doświadczenia życiowego wynika, że równomierne rozmieszczenie punktów, świadczących tego samego rodzaju usługi czyni je bardziej dostępnymi dla klientów.

Porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami mające na celu organizację współpracy partnerów gospodarczych są bowiem wyrazem konstytucyjnie przyznanej wolności gospodarczej wyrażającej się przede wszystkim w swobodzie podejmowania, prowadzenia i zakończenia działalności gospodarczej. Wolność w zakresie wyboru kontrahenta, treści wzajemnej współpracy oraz formy prowadzonej działalności to również istotne składniki powyższej zasady.

Ustawodawca musi zatem ograniczać ingerencję państwa w tak rozumianą wolność działalności gospodarczej do przypadków naruszeń rzeczywiście i odczuwalnie ograniczających konkurencję. Takowa w sprawie nie wystąpiła.

Reasumując, omawianego porozumienia stron nie można zakwalifikować jako antykonkurencyjnego ze względu na cel w rozumieniu przepisu art. 6 ust. 1 uokk, nie sposób uznać go za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania konkurencji z uwagi na sam jego charakter. Zatem nie wywołuje ono skutku w postaci nieważności. Zaprezentowany przez pozwaną materiał dowodowy nie pozwolił także na wniosek o antykonkurencyjnym skutku tego porozumienia, a wskazać należy, że to pozwana podniosła zarzut nieważności tej części umowy.

Dalej Sąd Apelacyjny wskazuje niezależnie od powyższego wniosku, że omawiane porozumienie stron podlegałoby wyłączeniu na podstawie art. 7 ust 1 pkt 2 uokk, zawierającego katalog porozumień wyłączonych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję.

Przepis art. 7 ustawy w brzmieniu obowiązującym w dniu zawarcia kwestionowanego porozumienia stanowił:

„ 1. Zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, nie stosuje się do porozumień zawieranych między:

- 1) konkurentami, których łączny udział w rynku w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5 %;
- 2) przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami, jeżeli udział w rynku posiadany przez któregokolwiek z nich w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10 %.

2. Przepisów ust. 1 nie stosuje się do przypadków określonych w art. 6 ust. 1 pkt 1-3 i 7”.

Przepis ten został zmieniony ustawą z dnia z dnia 10 czerwca 2014 r. (Dz.U 2014.945), z dniem 18 stycznia 2015r., co pozostaje jednak bez znaczenia dla oceny ważności kwestionowanego porozumienia.

Przedmiotowe wyłączenie związane jest z obowiązującą w prawie antymonopolowym zasadą de minimis non curat lex i zasadza się na przekonaniu, iż porozumienie przedsiębiorców o stosunkowo niskim udziale rynkowym nie zagraża konkurencji w stopniu uzasadniającym ingerencję organu antymonopolowego (R. Whish, Competition Law, 2009, s. 137). W badanej sprawie, porozumienie zostało zawarte pomiędzy podmiotami nie będącymi konkurentami (wertykalne). Określony w przepisie art. 7 ust. 1 pkt 2 próg nie dotyczy udziału sumarycznego przedsiębiorców uczestniczących w porozumieniu. Przepis ten przyznawał wyłączenie spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję na podstawie indywidualnych udziałów uczestniczących w nich przedsiębiorców. Wystarczy zatem, by indywidualny udział w rynku właściwym któregokolwiek z przedsiębiorców biorących udział w tego typu porozumieniu nie przekroczył 10%, aby porozumienie to nie podlegało zakazowi określonego przepisem art. 6 ustawy. Rozwiązanie takie podyktowane było przekonaniem o mniejszym wpływie na konkurencję rynkową porozumień wertykalnych (stanowiących najczęstszy przykład porozumień pomiędzy podmiotami niebędącymi konkurentami), niż ma to miejsce w przypadku porozumień horyzontalnych (pomiędzy konkurentami).

Ustawa nie precyzuje, jakie rynki mają być uwzględnione przy obliczaniu wielkości udziałów rynkowych na potrzeby zastosowania reguły de minimis. Należy w tym kontekście przypomnieć, że art. 6 ustawy zakazuje porozumień, które ograniczają konkurencję na rynku właściwym. Przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Rynkiem właściwym jest zatem rynek, na którym ujawniają się skutki porozumienia (na którym następuje ograniczenie konkurencji). Rynek właściwy należy wyznaczyć pod względem przedmiotowym (rynek właściwy produktowo) oraz geograficznym (rynek właściwy terytorialnie). Rynek taki musi być zdefiniowany zgodnie z regułami prawa konkurencji, tj. w aspekcie usługi najmu, której dotyczy umowa, oraz obszaru, gdzie ta usługa jest oferowana do

sprzedaży. Tego rodzaju rynkiem może być np. rynek wynajmu powierzchni handlowej w centrach handlowych w danym mieście.

We wskazanym przykładzie rynkiem właściwym będzie rynek wynajmu powierzchni handlowych w mieście K., tej materii bowiem dotyczyło porozumienie stron. Wobec nieuczestniczenia przez powoda w tym rynku jako wynajmujący nie może być wątpliwości, że przepis art. 7 wyłącza badane porozumienie spod zakazu art. 6 uokk. Rozpatrując rynek właściwy w kontekście usług świadczonych przez powoda, to wskazać należy, że udział powoda w tym rynku (z uwagi na liczbę podmiotów świadczących tego rodzaju usługi w mieście K.) jest nieznaczny, z zatem niższy niż progi de minimis.

Przechodząc do rozważań odnoszących się do kwestii odpowiedzialności pozwanego, wskazać należy, iż po myśli 471 k.c. „dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi”.

Odpowiedzialność dłużnika została ukształtowana na zasadzie winy i uzależniona jest od wystąpienia przesłanek odpowiedzialności, tj. szkody, którą poniósł wierzyciel, niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania na skutek okoliczności, za które dłużnik z mocy umowy lub ustawy ponosi odpowiedzialność, oraz związku przyczynowego między faktem nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania a szkodą. Ciężar dowodu w tym zakresie, zgodnie z art. 6 k.c., spoczywa na wierzycielu i skorelowany jest z nim procesowy obowiązek przedstawienia dowodów na ich poparcie.

Spełnienie przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej wskazanych w cytowanym wyżej przepisie nie przesądza o powstaniu po stronie wierzyciela roszczenia o naprawienie szkody. Ustawodawca wymaga ponadto, aby niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Z konstrukcji powołanego przepisu wynika jednak, że wierzyciel zwolniony jest z obowiązku wykazania tych okoliczności, ponieważ zostały one objęte domniemaniem prawnym. Dłużnik może zwolnić się z odpowiedzialności za szkodę (ekskulpacja), jeśli obali niniejsze domniemanie, wykazując, że uchybienie zobowiązania nastąpiło z powodu okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi, bądź że przy wykonywaniu zobowiązania dołożył należytej staranności (art. 472), a więc że nie doprowadził do szkody w sposób zawiniony.

W niniejszej sprawie powód wykazał fakt istnienia umowy łączącej strony na mocy, której powód otrzymał wyłączność na parterze Galerii (...) w K. na prowadzenie sprzedaży sprzętu fotograficznego oraz świadczenia usług z zakresu fotografii i poligrafii, jej nienależyte niewykonanie przez pozwanego, polegające na wynajęciu, wbrew obowiązkowi wynikającemu z umowy pomieszczenia na parterze budynku podmiotowi, który także świadczy usługi fotograficzne. Pozwany przy tym nie zdołał obalić domniemania, że ten stan rzeczy był wynikiem okoliczności, za które nie odpowiada. Na spadek sprzedaży usług fotograficznych w punkcie powoda nie miała wpływu żadna z podanych przez pozwanego okoliczności w postaci m.in. kondycji ekonomicznej – finansowej firmy powoda, otwarcia nowej galerii handlowej (...), zmiana technologii wykonywania zdjęć z tradycyjnej na cyfrową ani rozmiary ewentualnych akcji promocyjnych powoda (vide: opinia biegłego sądowego z dnia 24.04.2014 r. k. 324- 360 oraz opinia uzupełniająca z 4.11.2015 r., k. 420-447).

Obowiązek udowodnienia wysokości szkody obciążał, zgodnie z art. 6 k.c. powoda, któremu jednak nie sprostał, a zasadność tej oceny stanowiła oś apelacji.

Wobec postawienia w apelacji zarówno zarzutów naruszenia prawa materialnego, jak i procesowego zauważyć trzeba, że prawidłowość zastosowania lub wykładni prawa materialnego może być właściwie oceniona jedynie na kanwie niewadliwie, zgodnie z prawem procesowym ustalonej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. Wymaga to, zatem rozpoznania w pierwszym rzędzie zarzutów naruszenia prawa procesowego.

Nadmienić należy, że istnieje swoista gradacja zarzutów procesowych. Otóż, w pierwszej kolejności, mogą pojawić się zarzuty związane z gromadzeniem materiału dowodowego. Po drugie, jeżeli materiał dowodowy został prawidłowo zebrany, dochodzi do jego oceny. Zatem, może tu dojść do naruszenia zasady swobodnej oceny zebranego materiału

dowodowego, co też apelujący zarzucił, stwierdzając że sąd dokonał błędnej oceny zebranych dowodów, jak też uchybił obowiązkowi wszechstronnego ich rozważenia. Po trzecie, zarówno przy błędnej ocenie materiału dowodowego, jak też przy prawidłowej ocenie, Sąd orzekający czyni ustalenia faktyczne i wówczas mogą pojawić się błędy w tych ustaleniach, polegające na sprzeczności poczynionych ustaleń z treścią zebranego materiału dowodowego, ocenionego w granicach określonych treścią art. 233 § 1 k.p.c. Apelujący taki zarzut również wyartykułował.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do tej kategorii zarzutów, które dotyczyły kwestii gromadzenia materiału dowodowego. Apelujący podniósł, że niezasadnie uniemożliwiono mu dostarczenie biegłemu żądanych przez niego dokumentów oraz oddalono jego wnioski dowodowe (opinii uzupełniającej, ewentualnie opinii biegłego z zakresu księgowości i rachunkowości), które zmierzały do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, co w konsekwencji skutkowało oparciem rozstrzygnięcia na niepełnym materiale dowodowym. Wbrew twierdzeniu apelującego, nie doszło w niniejszej sprawie do naruszeń w tym względzie.

Zasadą mającą kardynalne znaczenie na gruncie postępowania cywilnego (procesu) jest zasada kontrydiktoryjności, która ogólnie rzecz ujmując wyraża się tym, że dysponentami postępowania sądowego są strony, zaś Sąd nie ponosi odpowiedzialności za rezultat postępowania dowodowego.

O tym, co strona powinna udowodnić w konkretnym procesie decydują przede wszystkim przedmiot sporu, prawo materialne, regulujące określone stosunki prawne oraz prawo procesowe normujące zasady postępowania dowodowego (wyrok SN z dnia 10 lipca 2014r., I CSK 560/13). Stosownie do treści art.232 k.p.c. strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (por. wyr. SN z dnia 7 maja 2008r.r., II PK 307/07).

W badanej sprawie, ustalenie wysokości szkody w postaci utraconych korzyści wymagało co nie jest sporne, wiadomości specjalnych (art. 278 § 1 k.p.c.), a więc przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. Rzecz jednak w tym, że to rzeczą strony, było zaoferowanie takiego materiału dowodowego w oparciu, o który biegły mógłby zweryfikować wysokość dochodzonej przez powoda szkody. Specyfika dowodu z opinii biegłego polega na tym, że biegły zapoznaje się przedstawionym mu materiałem (w tym przypadku dokumentami), a następnie dokonuje jego oceny. Nie jest rolą biegłego poszukiwanie materiału niezbędnego do wydania opinii, gdyż jest to zadanie strony zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 6 k.c. oraz art. 232 k.p.c. W orzeczeniu z dnia 17.12.1996 roku, sygn. akt I CKU 45/96 Sąd Najwyższy wyraził pogląd, który Sąd Apelacyjny w całości akceptuje, że rzeczą sądu nie jest zarządzanie dochodzeń mających na celu uzupełnienie i wyjaśnienie twierdzeń stron oraz wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie, ani też sąd nie jest zobowiązany do przeprowadzania z urzędu dowodów zmierzających do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 232 k.p.c.). W doktrynie i praktyce podkreśla się, że sąd powinien korzystać z przewidzianego w art. 232 zd. 2 k.p.c. uprawnienia powściągliwie i z umiarem, pamiętając, że taka inicjatywa należy przede wszystkim do samych stron i że cały rozpoznawany spór jest ich sprawą, a nie sądu. Działanie sądu z urzędu może prowadzić do naruszenia prawa do bezstronnego sądu i odpowiadającego mu obowiązku przestrzegania zasady równego traktowania stron (vide wyrok Sądu Najwyższego z 12.12.2000 r., V CKN 175/00). Zasada kontrydiktoryjności winna być całkowicie zachowana zwłaszcza wówczas, gdy strona powodowa - jak w niniejszej sprawie korzystała z pomocy profesjonalnego pełnomocnika, a co za tym idzie nie sposób było uznać ją za stronę nieporadną. Pokreślić przy tym należy, że spór niniejszy prowadzony był pomiędzy przedsiębiorcami, zawodowymi uczestnikami obrotu gospodarczego, którzy w sposób oczywisty posiadają, wyższą niż przeciętna wiedzę o regułach tego rynku. Nie można zatem zaakceptować twierdzeń powoda, że nie wiedział on jaką dokumentację należy przedłożyć, aby możliwym była weryfikacja wyliczonej przez niego szkody.

Wskazać należy, że biegły sądowy M. B., już w pierwszej opinii wydanej w sprawie, zwrócił uwagę na konieczność przedłożenia dokumentów obrazujących wysokość kosztów (wytworzenia, sprzedaży, ogólnego zarządu) poniesionych w ramach działalności prowadzonej przez powoda, podnosząc iż przedstawione w aktach wartości liczbowe ich nie zawierają. Biegły wskazał, że wykazywane przez powoda utracone korzyści nie są pomniejszone o odpowiedniki kosztów sprzedaży i kosztów ogólnego zarządu. Przedmiotowa opinia została doręczona pełnomocnikowi powoda w dniu 30 kwietnia 2015 roku (k. 365, t. I). Powód wskazał wprost, że wnioski opinii biegłego w omawianym zakresie są

nieuprawnione, gdyż biegły nie miał wglądu w dokumentację finansową powoda. Na tym etapie niesporne już zatem było, że przedstawiona przez powoda dokumentacja nie zawiera wystarczających danych pozwalających na wykazanie tezy powoda o utraconych korzyściach.

Postanowieniem z dnia 8 lipca 2015 r. Sąd Okręgowy dopuścił dowód z uzupełniającej opinii biegłego M. B., której przedmiotem miała być między innymi weryfikacja wysokości szkody powoda. Pomimo takiej tezy dowodowej, przy jednoczesnym wcześniejszym wskazaniu przez biegłego o brakach w przedstawionych przez powoda dokumentach, która to okoliczność została wprost przyznana przez powoda w piśmie z dnia 30 kwietnia 2014r., („biegły nie miał wglądu w dokumentację finansową”) - powód na tym etapie jej nie złożył. Biegły sporządzając opinię uzupełniającą zwrócił się do Sądu o zobowiązanie powoda do przedstawienia brakujących i wyszczególnionych przezeń dokumentów. Sąd wniosku tego nie uwzględnił, a decyzję Sądu I instancji, w świetle poczynionych powyżej uwag należy ocenić ze wszech miar jako prawidłową. Sąd w oparciu o art. 248 k.p.c. może zarządzić okazanie biegłemu akt sprawy i przedmiotu oględzin oraz zarządzić, aby brał udział w postępowaniu dowodowym. Wymienione w tym przepisie czynności procesowe nie obejmują jednak przedstawienia materiału dowodowego przez stronę na wniosek biegłego, co wielokrotnie było już podkreślane w orzecznictwie. To rzeczą strony, (zwłaszcza w sytuacji gdy na taką konieczność zwrócono uwagę wcześniej) było przedłożenie takich dokumentów, które były niezbędne do weryfikacji przez biegłego wysokości zgłoszonej szkody. Tego rodzaju dokumentów powód nie przedłożył, także po wydaniu drugiej opinii przez biegłego sądowego, i co nader istotne, nie uczynił tego w ogóle. Nawet gdyby w ramach dążenia do ustalenia prawdy materialnej wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego został przez Sąd Okręgowy uwzględniony, to i tak biegły nie dysponowałby materiałem dowodowym, który pozwoliłby mu na sporządzenie opinii.

Niezasadny okazał się zarzut powołania biegłego innej specjalizacji i na inną okoliczność niż wnioskowana przez pozwanego. Odpierając ten zarzut wskazać należy, iż na karcie 310 akt sprawy (tom II) znajduje się notatka sędziego, z której wynika, że wśród dostępnych list biegłych sądowych nie ma biegłego o specjalności „badanie rynku usług fotograficznych”. Stąd, decyzja o powołaniu biegłego o specjalności zbliżonej do tej, o którą wnosił pozwany jest naturalną konsekwencją ustalenia, braku biegłego o specjalności wskazanej we wniosku. Uważna analiza treści tezy ostatecznie przedstawionej biegłemu do sporządzenia opinii, z tezą objętą wnioskiem dowodowym strony pozwanej prowadzi do wniosku, że dokonana przez sędziego modyfikacja sprowadzała się wyłącznie do doprecyzowania i usystematyzowania wiadomości, które na użytek przedmiotowej sprawy miałyby przedstawić biegły. Zresztą sam powód poza ogólnym zarzutem zmiany tezy dowodowej, nie wskazał w istocie na czym konkretnie te merytoryczne zmiany miałyby polegać. Odnosząc się z kolei do wyłączenia spod tezy dowodowej kwestii zdjęć natychmiastowych, to ostatecznie tego rodzaju decyzja pozostała bez znaczenia dla wyniku sprawy, albowiem został on zdeterminowany niewykazaniem przez powoda szkody, w wyniku nie przedstawienia materiału dowodowego, który umożliwiłby jej weryfikację - o czym będzie mowa poniżej.

Sąd Apelacyjny zwraca przy tym uwagę, że w specjalności biegłego sporządzającego opinię mieściła się także wiedza z zakresu księgowości i rachunkowości. Biegły sądowy M. B. jest bowiem specjalistą z zakresu analiz i oceny prawidłowości funkcjonowania podmiotów gospodarczych, szacowania utraconych korzyści przedsiębiorstw, wyceny wartości podmiotów gospodarczych metodami dochodowymi, oceny przyszłej i bieżącej zdolności kredytowej podmiotów gospodarczych, analizy efektywności ekonomicznej przedsiębiorstw inwestycyjnych, wpisanym na listę biegłych sądowych prowadzoną przez Prezesa Sądu Okręgowego w Poznaniu. Tak szeroka specjalność biegłego świadczy o jego wszechstronnej wiedzy z zakresu ekonomii, jak i zasad funkcjonowania przedsiębiorstw, w tym struktury jego dochodów.

Przechodząc do tej części rozważań wskazać należy, iż nietrafny okazał się zarzut naruszenia art. 361 § 2 k.c., w ramach którego skarżący zarzucił błędne rozumienie przez Sąd Okręgowy pojęcia utraconych korzyści. Według apelującego pojęcie to należy rozumieć jako to wszystko co weszłoby do majątku poszkodowanego, gdyby zdarzenie wyrządzające szkodę nie nastąpiło - co jego zdaniem należy utożsamić z przychodem, nie zaś z zyskiem.

Z przepisu art. 361 § 2 k.c. wynika, że szkoda polega albo na stracie, którą poniósł poszkodowany (*damnum emergens*), albo pozbawieniu poszkodowanego korzyści, które mógłby uzyskać, gdyby mu szkody nie wyrządzono (*lucrum cessans*).

Strata (*damnum emergens*) to każde pogorszenie się sytuacji majątkowej (zmniejszenie aktywów lub zwiększenie pasywów) poszkodowanego, w wyniku czego poszkodowany staje się uboższy, niż był przed doznaniem szkody. Z kolei szkoda związana z utraconymi korzyściami (*lucrum cessans*) polega na tym, że majątek poszkodowanego nie wzrósł tak, jakby się stało, gdyby nie nastąpiło zdarzenie, z którym połączona jest czyjaś odpowiedzialność. Ujmując rzecz obrazowo wskazuje się, że wskutek doznania tego rodzaju uszczerbku poszkodowany nie staje się bogatszy o to, czego bez wyrządzenia mu szkody mógł oczekiwać w przyszłości (wyrok SN z dnia 18 stycznia 2002 r., I CKN 132/01, LEX nr 53144). Innymi słowy polega ona na udaremnieniu zwiększenia się majątku, które mogłoby nastąpić, gdyby nie zdarzenie wywołujące szkodę (np. nieosiągnięcie oczekiwanego zysku).

Źródłem przychodu przedsiębiorstwa jest marża, co jest rzeczą oczywistą niewymagającą wiedzy specjalnej. Marża jest przeznaczana na pokrywanie kosztów przedsiębiorstwa, a pozostała część stanowi zysk przedsiębiorstwa. Jest rzeczą logiczną i zgodną z zasadami doświadczenia życiowego, że szkodę powoda w postaci „*lucrum cessans*” stanowił utracony zysk, a nie utracona marża. Błędnie zatem stanowi apelujący, że szkodą w postaci utraconych korzyści są utracone marże (zysk + koszty), ponieważ przy takim wyliczeniu *lucrum cessans* pomija się koszty prowadzenia działalności, które powód by poniósł. Skoro dla podmiotu gospodarczego, którego działalność polega na sprzedaży usług czy towarów, marża którą uzyskuje z w tej działalności jest jego przychodem i ma służyć pokryciu kosztów tej działalności - to *lucrum cessans* - jest różnicą uzyskanej marży i kosztów działalności.

Od szkody w postaci *lucrum cessans* należy odróżnić pojęcie szkody ewentualnej, przez którą należy rozumieć utratę szansy uzyskania pewnej korzyści majątkowej. Różnica wyraża się w tym, że w odniesieniu do *lucrum cessans* hipoteza utraty korzyści graniczy z pewnością, a w wypadku szkody ewentualnej prawdopodobieństwo utraty korzyści jest zdecydowanie mniejsze (tak Witold Czachórski w: W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska, Zobowiązania. Zarys wykładu, Warszawa 2001, s.100; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 sierpnia 2007 r., sygn. V CSK 174/07, LEX nr 442571). Przyjmuje się przy tym, że szkoda ewentualna nie podlega naprawieniu.

Mieć przy tym należy na uwadze, iż szkoda w postaci *lucrum cessans* ze swej natury zawsze ma charakter hipotetyczny. Ustawodawca nie wskazał przy tym bliższych kryteriów budowania hipotez w tym zakresie, pozostawiając je wiedzy i doświadczeniu życiowemu składu orzekającego, stosowanym odpowiednio do okoliczności sprawy (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2000 r., sygn. V CKN 111/00, LEX nr 52740). Dlatego też jej wykazanie musi być oparte na przesłankach realnych, odpowiednim zasadom doświadczenia życiowego oraz wiedzy powszechnej.

Utracone korzyści powinny być wyliczone w sposób, który przedstawił w swojej opinii biegły sądowy, czyli z uwzględnieniem kosztów.

Apelacja strony powodowej okazała się być chybiona w zakresie w jakim zarzuciła wadliwe ustalenie przez Sąd, że na podstawie materiału dowodowego przedłożonego przez powoda w postaci zestawień i wydruków z kasy fiskalnej nie było możliwe ustalenie wysokości utraconych korzyści. Weryfikacja wysokości szkody zgłoszonej przez powoda w postaci utraconych korzyści wymagała wiadomości specjalnych. Opiniujący w tym przedmiocie biegły w opinii z dnia 4 listopada 2015 roku, wskazał w sposób jednoznaczny na stronie 15 opinii, że „ weryfikacja wysokości szkody z tytułu utraconych korzyści w przypadku przedsiębiorstwa (...) nie jest możliwa w oparciu o dokumenty zawarte w aktach sprawy”. Biegły wyjaśnił, dlaczego w jego ocenie dokumenty zawarte w aktach sprawy są niekompletne i nie spełniają podstawowych standardów informacji na potrzeby określenia szkody (utraconych korzyści), wymieniając w aneksie do opinii takie, które są konieczne do przeprowadzenia kompletnych szacunków. Według biegłego, kalkulacja utraconych dochodów jest możliwa dopiero po uwzględnieniu kosztów, które pomniejszają przychód, co do których powód nie przedłożył dokumentów źródłowych. Koszty te przy tym winny uwzględnić także fakt, że powód prowadził dwa punkty sprzedażowe. Wnioski zaprezentowane w opinii pisemnej biegły podtrzymał w opinii ustnej (vide: protokół rozprawy z dnia 17.05.2016 r.) podnosząc, iż źródłem tego rodzaju informacji nie są wydruki z systemu WF-

MAG. Na podstawie tych wydruków można ustalić wartość sprzedaży i przychód oraz ewentualnie koszty zakupu materiałów odsprzedawanych w punkcie powoda, nie zaś koszty pomniejszające przychód. System ten nie rejestruje bowiem wszystkich kosztów, które muszą być ujęte przy rozliczaniu jak: kosztów wynagrodzeń pracowników, energii elektrycznej, czynszu za lokal. Nie daje odpowiedzi, czy koszt miały charakter stały czy zmienny i jaka była ich wysokość.

Opinia biegłego tak jak inne środki dowodowe: zeznania świadków, dowód z dokumentów i in., podlega swobodnej ocenie dowodów na podstawie art. 233 § 1 kpc, który stanowi, iż sąd ma obowiązek dokonać oceny wiarygodności i mocy dowodów według własnego przekonania, a zatem swobodnie, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego w toku postępowania materiału dowodowego. Mając na uwadze powyższe, sąd musi uwzględnić cały materiał dowodowy zebrany w roku postępowania poprzez dokonanie oceny czy biegły, opierając się na materiale dowodowym, w sposób logiczny przedstawił w opinii tok swojego rozumowania, prowadzący do sformułowania końcowych wniosków. Ponadto istnieją w stosunku do opinii biegłego szczególne kryteria oceny, a są to: poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania zawartego w niej stanowiska, a dodatkowo: zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej (tak stanowi Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15.11.2002 r. w sprawie o sygn. akt V CKN 1354/00).

Opinia biegłego była miarodajna dla poczynienia ustaleń w sprawie. Została sporządzona przez doświadczonego biegłego na podstawie dostępnych dokumentów. W sposób rzeczowy i jednoznaczny odpowiada za kwestie będące jej przedmiotem. Wnioski w niej zawarte zostały uzasadnione w sposób wyczerpujący oraz logiczny, stanowiący zwieńczenie przedstawionego w niej procesu rozumowania.

Biegły w opinii pisemnej na podstawie założeń przedstawionych przez powoda wskazał kilka możliwych wariantów wysokości szkody. Na ich podstawie apelujący zbudował koncepcję, że na podstawie przedłożonych przezeń dokumentów istniała możliwość wyliczenia wysokości szkody (utraconych korzyści). Przedstawione stanowisko jest jednak błędne. Powód zdaje się zupełnie nie dostrzegać, że biegły przedstawił wyłącznie symulacje, przy założeniu, że przedsiębiorstwo (...) uzyskało dodatnie wskaźniki rentowności sprzedaży. Biegły czyniąc to dodał, że „bez szczegółowych informacji jest to zaledwie hipoteza”, a rozpiętość wyników wskazuje, że weryfikacja podstawowych parametrów ekonomicznych przedsiębiorstwa jest nieodzowna. Konkluzja biegłego, że zaprezentowane obliczenia dotyczą sytuacji w której przedsiębiorstwo powoda uzyskuje dodatnie wskaźniki rentowności sprzedaży wydaje się być zdaniem Sądu Apelacyjnego kluczowa dla rozstrzygnięcia. Teza ta bowiem nie znalazła potwierdzenia i została nazwana przez biegłego ledwie hipotezą.

Odnosząc się do kwestii wyjaśnień biegłego złożonych na rozprawie w dniu 17 maja 2016 roku, to istotnie cytowane w apelacji wypowiedzi biegłego mogłyby wskazywać na to, że biegły potwierdza tezy stawiane przez powoda. Taki wniosek nie jest jednak uprawniony. Uważna i całościowa analiza wyjaśnień biegłego wskazuje na to, że przywołane wypowiedzi zostały wyrwane z kontekstu i na potrzeby apelacji została z nich utworzona kompilacja, która miała potwierdzać słuszność stanowiska apelującego. W rzeczywistości jednak biegły, jak wskazano powyżej podtrzymał w całości wnioski zawarte w opinii pisemnej, w tym w szczególności ten, że w oparciu o materiał źródłowy przedstawiony przez powoda nie było możliwym wyliczenie wysokości szkody - w postaci utraconych korzyści. Dla zobrazowania braku wymaganych danych biegły sporządził dodatkowe zestawienie, które przedłożył na rozprawie karta 516 akt.

Apelacja powoda okazała chybiona także w zakresie w jakim zarzuca naruszenie przez sędziego rozpoznającego sprawę zasadę bezstronności. Treść tego zarzutu wskazuje na to, że apelujący, ogólnie rzecz ujmując, jest niezadowolony ze sposobu procedowania sędziego w sprawie, wskazując, że podjęte przezeń decyzje były determinowane uprzednim orzekaniem przez sędziego w sprawie VI Ga 21/14. Względem osoby sędziego postawiono zarzut negatywnego nastawienia do powoda, faworyzowanie pozwanego (wielokrotne próby doręczenia opinii).

Samo niezadowolenie skarżącego z przebiegu postępowania, wydawanych w nim rozstrzygnięć, jak i jego subiektywna ocena zasadności i prawidłowości decyzji sędziego, nie mogą świadczyć w żaden sposób o negatywnym stosunku Sędziego do osoby apelującego. W tym miejscu wskazania wymaga, iż zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego

sposób prowadzenia postępowania w sprawie – choćby strona uważała go za niewłaściwy, decyzje podejmowane przez sędziego a nawet fakt, iż sędzia prezentowałby pogląd prawny niekorzystny dla strony – wniosku takiego (tj. o wyłączenie sędziego) nie uzasadnia. Kwestia prawidłowości podjętych przez sędziego rozstrzygnięć wina być (i aktualnie jest) przedmiotem konkretnych zarzutów apelacji (naruszenia przepisów postępowania, prawa materialnego). Ponadto, okoliczności świadczących o braku bezstronności Sędziego nie dopatrył się Sąd Apelacyjny rozpoznający zażalenie powoda w przedmiocie wniosku o wyłączenie sędziego (vide: postanowienie z dnia 30.12.2015 r., I ACz 914/15, k. 487-490).

Z podanych wyżej przyczyn apelacja podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c., o czym orzeczono w punkcie pierwszym sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł stosując zasadę odpowiedzialności za wynik sporu, tj. w oparciu o art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i zasądził od powoda na rzecz pozwanego tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego kwotę 5.400 zł na które złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika pozwanego ustalone na podstawie §2 pkt 6 w zw. z § 10 ust.1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

SSA Danuta Jezierska SSA Dariusz Ryszał SSO del. Dorota Gamrat-Kubeczak