

***Sygn. akt I ACa 1994/15***

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 grudnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Dorota Markiewicz (spr.)

Sędziowie: SA Barbara Trębska

SO (del.) Agnieszka Wachowicz – Mazur

Protokolant: Katarzyna Juć

po rozpoznaniu w dniu 7 grudnia 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) z siedzibą w P.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt XXVI GC 11/12

1. ***oddala apelację;***

2. ***zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w likwidacji z siedzibą w P. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. kwotę 5 400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.***

Agnieszka Wachowicz – Mazur Dorota Markiewicz Barbara Trębska

***Sygn. akt I ACa 1994/15***

## UZASADNIENIE

Powód (...) sp. z o.o. z siedzibą w Ł. (obecnie (...) sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w P.) wniósł o zasądzenie od (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. kwoty 500.000 zł tytułem częściowego odszkodowania z tytułu szkody majątkowej poniesionej przez powódkę w okresie od 1 lipca 2007 r. do 31 października 2007 r., będącej w bezpośrednim związku przyczynowo-skutkowym z czynami nieuczciwej konkurencji dokonanymi przez pozwanego, a także o zobowiązanie pozwanej do zaprzestania czynów nieuczciwej konkurencji polegających na rzeczowo nieuzasadnionym, zróżnicowanym traktowaniu nabywców tych samych dóbr oraz dokonywaniu działań mających na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy oraz jednocześnie stwarzających warunki umożliwiające

podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Uzasadniając powyższe twierdzenia powód podniósł, że w okresie do 31 października 2007 r. był jednym z trzech autoryzowanych dystrybutorów produktów pozwanego – surowców do produkcji wyrobów z tworzyw sztucznych. Powód wskazał, że trzech dystrybutorzy – powód, (...) S.A. oraz (...) sp. z o.o. działali na terenie całego kraju i konkurowali między sobą oraz, że od ok. maja 2006 r. (...) S.A. oferuje te same produkty w cenie niższej niż możliwa do zaoferowania przez powoda; na początku grudnia 2006 r. powód uzyskał dostęp do harmonogramu cen pozwanego dla (...) S.A., z którego wynikało, że pozwany sprzedawał temu podmiotowi produkty w cenach niższych niż powodowi. Powód domagał się od pozwanego zaprzestania tego rodzaju praktyk, wskutek czego pozwany nie zawarł kolejnej umowy dystrybucyjnej i współpraca handlowa między stronami zakończyła się w dniu 31 października 2007 r.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów postępowania, podnosząc że działania pozwanego nie utrudniały dostępu powodowi do rynku, a ponadto iż w ogólności nieprawdą jest, iż powód uzyskiwał w 2006 r. i 2007 r. od pozwanego mniej korzystne warunki cenowe niż (...) S.A.

Pismem z dnia 4 czerwca 2011 r. powód rozszerzył powództwo o kwotę roszczenia głównego 900.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 20 marca 2008 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 202.986,30 zł tytułem skapitalizowanych odsetek od kwoty 500.000 zł od dnia 20 marca 2008 r. do dnia 3 czerwca 2011 r. wraz z odsetkami od tej kwoty od 4 czerwca 2011 r. do dnia zapłaty, opierając się na dotychczasowej podstawie faktycznej.

**Wyrokiem z dnia 13 marca 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie** oddalił powództwo w całości; ustalił, iż pozwany wygrał sprawę w 100% i obciążył w całości kosztami procesu powoda, pozostawiając szczegółowe ich wyliczenie referendarzowi sądowemu.

Sąd Okręgowy ustalił, że strony do końca października 2007 r. współpracowały w zakresie obrotu surowcami – tworzywami sztucznymi. W szczególności między stronami obowiązywała umowa handlowa z dnia 27 marca 2006 r. określająca szczegółowe zasady współpracy w zakresie sprzedaży ww. towarów.

Do końca października 2007 r. pozwany, będący jedynym krajowym producentem ww. surowców, posiadał na terenie Polski trzech dystrybutorów – powoda, (...) S.A. i (...) sp. z o.o., zaś od listopada 2007 r. jedynie dwóch – (...) S.A. oraz (...) sp. z o.o.

Sąd ustalił, że w latach 2006-2007 pozwany stosował wobec dystrybutorów ceny zróżnicowane z uwagi na konieczność konkurowania z podmiotami zewnętrznymi, tj. importerami analogicznych produktów zagranicznych. Rabaty były przyznawane w miarę potrzeby w konkretnych przypadkach poszczególnym dystrybutorom, dotyczyły różnych towarów i okresów.

Dystrybutorzy, w tym powód, czynili zapasy w celu odsprzedaży towarów na korzystniejszych warunkach cenowych.

Powód po zakończeniu współpracy z pozwanym importował i sprzedawał surowce producentów zagranicznych.

W okresie od 27 marca 2006 r. do 31 października 2007 r., niezależnie od wahań cen dla poszczególnych w konkretnych miesiącach, powód faktycznie nabył od pozwanego surowce w cenach sumarycznie niższych niż (...) S.A., zaoszczędzając w ten sposób kwotę 251.903,08 zł.

Przy ustalaniu stanu faktycznego sprawy Sąd Okręgowy posłużył się opinią biegłego P. K., nie uwzględnił natomiast opinii biegłego L. G., albowiem biegły ten dokonał w niej jedynie wrywkowej analizy transakcji dokonywanych między stronami oraz między pozwanym, a (...) S.A., podczas gdy biegły P. K. poddał całościowej analizie wszystkie dostępne stronom dokumenty.

W ocenie Sądu Okręgowego powództwo było niezasadne.

Na wstępie Sąd zauważył, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów lub działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Zasadniczym znamieniem tego czynu nieuczciwej konkurencji jest zatem zamiar sprawcy, który swym czynem (mogącym przyjąć którąś z przykładowych postaci wymienionych w poszczególnych punktach tego przepisu) zamierza wywołać skutek w postaci utrudniania przedsiębiorcom dostępu do rynku. Wbrew twierdzeniom pozwanego, bez znaczenia pozostaje czy skutek ten faktycznie nastąpił i czy też w ogóle mógł nastąpić, albowiem wystąpienie tych okoliczności nie jest niezbędne dla przypisania sprawcy winy.

Na aprobatę wedle Sądu nie zasługiwał pogląd, zgodnie z którym zachowania opisane w poszczególnych punktach art. 15 ust. 1 u.z.n.k. z mocy ustawy stanowią utrudnianie dostępu do rynku. W ocenie Sądu ze sformułowania przepisu („w szczególności przez”, a nie np. „w szczególności polegające na” – por. art. 3 ust. 2 i art. 15 ust. 2 u.z.n.k.) wynika, że przedmiotowy katalog zawiera jedynie przykładowe środki mogące prowadzić do utrudniania dostępu do rynku, która to przesłanka musi podlegać każdorazowej ocenie bez względu na stwierdzenie zachowań określonych w poszczególnych punktach.

Przechodząc do kwestii dyskryminacji cenowej, Sąd Okręgowy stwierdził, że bezsporne jest, iż pozwany stosował wobec dystrybutorów ceny w niewielkim stopniu zróżnicowane, które w odniesieniu do różnych okresów i produktów podlegały wahaniom na korzyść różnych dystrybutorów. Ceny te, co do zasady były ustalane na dany miesiąc z góry, na podstawie deklaracji dystrybutorów co do szacowanego zapotrzebowania.

Sąd I instancji odrzucił pogląd, zgodnie z którym przedsiębiorca działający na rynku ma obowiązek traktować kontrahentów w sposób identyczny. Za zupełnie kuriozalną w realiach gospodarki rynkowej należałoby zdaniem Sądu uznać sytuację, w której wskutek wynegocjowania przez jeden z podmiotów zaopatrujących się u jednego dostawcy korzystniejszych warunków handlowych, po stronie dostawcy powstaje obowiązek wyrównania warunków handlowych wobec pozostałych kontrahentów do tego korzystniejszego poziomu.

Za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. można zatem uznać nie każde rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów, ale tylko takie, które ma na celu utrudnienie dostępu do rynku. Zdaniem Sądu zamiar sprawcy nie podlega dowodzeniu wprost, ale jednak musi wynikać z ujawnionych okoliczności sprawy. W niniejszej sprawie takiego zamiaru stwierdzić nie sposób.

Sąd Okręgowy wskazał, że z zestawień obrotów między pozwanym a dystrybutorami, dokonanych przez biegłego, wynika w sposób niewątpliwy, że działania pozwanego polegające na różnicowaniu cen nie miały na celu utrudnienia powodowi dostępu do rynku. Przede wszystkim świadczy o tym bezsporny między stronami fakt, że w całym rozważanym okresie (...) sp. z o.o. nabywał produkty pozwanego po cenach nie bardziej korzystnych, niż zarówno powód, jak i (...) S.A. Zupełnie sprzeczne z zasadami rozumowania byłoby stwierdzenie, że pozwany zmierzał do wyeliminowania powoda z rynku stosując dyskryminację cenową w sytuacji, gdy równolegle sprzedawał towary na mniej korzystnych warunkach cenowych podmiotowi, którego na rynku bezsprzecznie zamierzał pozostawić.

Nawet gdyby jednak stwierdzić, że opisane wyżej działanie pozwanego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, zdaniem Sądu w sprawie nie wykazano żadnej szkody, która z tego wynikała. Odnosząc się w tym miejscu do ostatecznej opinii biegłego, za trafny Sąd Okręgowy przyjął wariant 2 w ujęciu 20-miesięcznym.

W ocenie Sądu I instancji nie jest właściwe uwzględnienie w cenach zakupu skonta za płatność z góry (które zostało uwzględnione w cenach fakturowych), ani jakiegokolwiek wskaźnika inflacyjnego. Za zupełnie kuriozalne należy uznać interpretację spornej opłaty za płatność z góry w wysokości dokonanej przez obie strony. Wedle Sądu stanowi ona opłatę uiszczaną przez pozwanego na rzecz powoda za korzystanie z jego kapitału przez dodatkowy okres 45 dni.

Oplata ta wynosiła 1,5% za przyspieszenie płatności o tenże okres 45 dni, zatem ok. 12,2% w skali roku, czego w ocenie Sądu nie sposób uznać za wysokość nadmiernie wygórowaną. Nawet gdyby jednak uznać tę opłatę za nadmiernie wygórowaną, nie mogłoby to świadczyć o szkodzie po stronie powodowej, albowiem nieekwiwalentność świadczeń zachodziłaby na niekorzyść pozwanego.

Skoro zatem oplata ta stanowiła ekwiwalent świadczenia powoda niestanowiącego przedmiotowo istotnego elementu umowy sprzedaży, nie należy ani uznawać samej tej opłaty za czynnik cenotwórczy, ani brać pod uwagę przy rozważaniu cen okoliczności, iż zapłata następowała czasami z góry, a czasami w 45-dniowym terminie płatności.

Przechodząc do rozważań odnośnie miarodajnego okresu, tytułem wstępu Sąd Okręgowy przypomniał, że w toku sprawy rozważano propozycje polegające na grupowaniu różnic w traktowaniu powoda i (...) S.A. w ujęciu miesięcznym, 10-miesięcznym oraz 20-miesięcznym (tj. całości przedmiotowego okresu). Na wstępie Sąd odrzucił ujęcie 10-miesięczne, albowiem w toku sprawy nie ujawniły się w zasadzie żadne argumenty, które za takim ujęciem by przemawiały.

Ujęcie miesięczne zostało zasugerowane przez biegłego jako właściwe, albowiem ceny poszczególnych surowców były z reguły ustalane na konkretny miesiąc. Metoda ta pozwala zatem na ustalenie, o ile konkretny dystrybutor zapłaciłby mniej, gdyby w każdym miesiącu, w którym kupował dany surowiec po cenie wyższej niż drugi dystrybutor, kupował go po cenie niższej. Następnie straty obliczone w ten sposób dla każdego surowca i miesiąca zostały zsumowane według dystrybutorów.

Alternatywne podejście 20-miesięczne polega na prostym zsumowaniu ilości danego surowca oraz cen zapłaconych za niego przez poszczególnych dystrybutorów i następnie pomnożeniu uzyskanej w ten sposób różnicy w średniej cenie za dany surowiec przez wolumen zakupu pokrzywdzonego dystrybutora.

W tym miejscu Sąd zaznaczył, że różnica pomiędzy ujęciem miesięcznym, a ujęciem całościowym ma diametralne znaczenie dla sprawy, albowiem w ujęciu miesięcznym różnice w cenach wynoszą 377.322,60 zł na korzyść (...) S.A., zaś przy ujęciu całościowym 251.903,08 zł na korzyść powoda.

Różnica ta wynika z przyjęcia odmiennej strategii zakupowej przez powoda oraz (...) S.A. Ze zbiorczych danych przedstawionych przez biegłego wynika, że w rozważanym okresie miesięczny wolumen zakupów poszczególnych surowców przez (...) S.A. wykazywał znacznie mniejsze wahania, niż tenże sam wolumen zakupów powoda. Innymi słowy, korzystna sytuacja na rynku powodowała, że powód kupował więcej, zaś w stosunku do (...) S.A. wpływ sytuacji rynkowej na wolumen zakupów był słabiej zaznaczony.

W ocenie Sądu Okręgowego, sam fakt stosowania długoterminowych strategii zakupowych przez poszczególnych dystrybutorów czyni niemiarodajnym ujęcie miesięczne. Skoro bowiem dystrybutorzy czynili zapasy na okres dłuższy niż jeden miesiąc, nie można przyjąć że sam fakt, iż w danym miesiącu dany dystrybutor nie miał możliwości nabycia surowca w równie korzystnej cenie jak inny dystrybutor o zaistnieniu szkody – dystrybutor mógł bowiem faktycznie nabyć surowiec potrzebny do dalszej odsprzedaży np. w miesiącu poprzednim lub następnym, po cenie korzystniejszej niż jego konkurent w miesiącu danym. Z tych właśnie względów należy uznać za właściwe ujęcie rozważanego okresu jako całości.

Sąd I instancji podkreślił, że na aprobatę nie może zasługiwać manipulowanie danymi finansowymi celem odnalezienia dyskryminacji cenowej (czy też szerzej – czynu nieuczciwej konkurencji) i szkody tą rzekomą dyskryminacją wywołanej. Celem przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest bowiem zapobieganie i kompensacja faktycznych szkód wynikających z nieuczciwych praktyk rynkowych, a nie eskalacja konfliktów między podmiotami gospodarczymi poprzez dostarczanie uczestnikom obrotu argumentów do szantażowania kontrahentów.

Sąd Okręgowy wskazał, że w tym kontekście na szczególną uwagę zasługiwała znaczna rozbieżność między stanowiskiem strony powodowej wyrażanym w pismach procesowych a zeznaniami likwidatora powoda K. J. (w spornym okresie pełniącego funkcję prezesa zarządu powoda). Tenże przyznał, iż cena była ustalana w ten sposób,

że pozwany przesyłał swoją propozycję i następnie wskutek stanowiska powoda dokonywał korekty, więc nie sposób stwierdzić że ceny były przez pozwanego narzucane.

Ponadto przyznał, że powód (w przeciwieństwie do (...) S.A.) gromadził zapasy surowców przed przewidywanymi podwyżkami cen rynkowych i z tego właśnie powodu długookresowo uzyskiwał korzystniejsze ceny. Sąd podkreślił, że prawdziwość tego stwierdzenia nie budzi wątpliwości z punktu widzenia materiału zebranego w sprawie, ale uwadze powoda uchodzi, że fakt ten niweczy sens całej budowanej przez niego argumentacji – skoro bowiem bezsporne jest, iż powód faktycznie kupował surowce taniej, znaczenia pozbawiony zostaje fakt, że w konkretnych okresach ceny jednostkowe były niższe dla jego konkurenta.

Co więcej – sama regularność odbiorów surowca przez (...) S.A. uzasadnia stosowanie wobec niej korzystniejszych warunków współpracy. Argument ten nie został bezpośrednio podniesiony przez pozwanego, jednakże pozostaje on w ścisłym związku z budowaniem przewagi konkurencyjnej nad importerami – skoro bowiem powód już posiada zapasy surowców nabytych po niższej cenie, niecelowe byłoby udzielenie mu rabatu celem zachowania rentowności względem importerów.

Sąd Okręgowy odniósł się do zdawkowo podnoszonej przez powoda kwestii kwalifikacji działań pozwanego jako czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. Zgodnie z twierdzeniami powoda pozwany podejmował działania mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy oraz jednocześnie stwarzające warunki umożliwiające podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

W ocenie Sądu zarzut ten nie przystawał w żaden sposób do stanu faktycznego sprawy. Działanie, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. polega na wykorzystywaniu przez przedsiębiorcę (pозwanego) swojej pozycji w stosunkach handlowych z kontrahentami celem wymuszenia na tych kontrahentach podjęcia współpracy z określonymi przedsiębiorcami ( (...) S.A. i (...) sp. z o.o.) bezpośrednio lub poprzez umożliwienie tym określonym przedsiębiorcom wymuszenia takiej współpracy.

Konieczne zatem do zaistnienia takiego czynu nieuczciwej konkurencji jest istnienie bezpośrednich stosunków handlowych między sprawcą a jego klientem, w których pozycja sprawcy jest na tyle silna, że umożliwia narzucenie temu klientowi stosunków handlowych z trzecim przedsiębiorcą.

Co do zasady nie jest wykluczone wystąpienie tego czynu w stosunkach między producentem, hurtownikiem a końcowym odbiorcą, ale w przypadku gdy sprawcą jest producent musiałoby ono polegać na narzuceniu hurtownikowi odsprzedaży towarów konkretnym końcowym odbiorcom, co ograniczałoby dostęp do rynku innym końcowym odbiorcom.

Nie może ono co do zasady polegać na narzuceniu końcowym odbiorcom określonego hurtownika, przede wszystkim z tego względu, iż końcowy odbiorca nie jest klientem producenta. Producent nie spełnia na rzecz końcowego odbiorcy żadnego świadczenia, którego spełnienie mógłby uzależnić od nawiązania stosunków handlowych z konkretnym hurtownikiem.

W ocenie Sądu brak jest czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k., w sytuacji, w której jeden z hurtowników traci klientów w skutek utraty przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi hurtownikami również z tego powodu, iż brak jest wtedy elementu przymusu po stronie finalnych odbiorców – zasadniczą bowiem przesłanką wystąpienia tego czynu nieuczciwej konkurencji jest przymusowe położenie uczestnika obrotu, wskutek którego musi on podjąć decyzję narzuconą przez sprawcę, zamiast takiej która właśnie byłaby gospodarczo uzasadniona.

Kosztami postępowania obciążono powoda w całości na podstawie art. 98 § 1 k.p.c.

**Apelację od powyższego wyroku złożył powód, zaskarżając go w części** tj. w zakresie oddalającym powództwo co do kwoty 377.322,60 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 24 lutego 2012 r. do dnia zapłaty i zarzucił naruszenie:

a) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie przez Sąd dowolnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, z przekroczeniem granic swobodnej oceny dowodów poprzez bezzasadne przyjęcie, że ustalone w trakcie postępowania działanie pozwanej (...) sp. z o.o. polegające na długotrwałym różnicowaniu cen będących przedmiotem obrotu pomiędzy tymi podmiotami towarów (polietylenów - półproduktu tworzyw sztucznych) na niekorzyść powódki:

- nie stanowiło deliktu w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- a pozwana nie miała zamiaru w opisany powyższej sposób utrudniać powódce dostępu do rynku; Sąd pierwszej instancji doszedł do opisanej powyżej oceny pomimo tego, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje na zaplanowane i konsekwentnie prowadzone przez pozwaną (...) sp. z o.o. działania mające na celu pogorszenie oferty rynkowej powódki a następnie jej eliminację z rynku - co w rzeczywistości nastąpiło;

b) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez poczynienie przez Sąd samodzielnych ustaleń w sferze wymagającej wiadomości specjalnych i zastrzeżonej do wyłącznej kompetencji biegłego, a nadto sprzecznych z wnioskami opinii biegłego, którą Sąd uznał za spójną, wiarygodną, którą uczynił podstawą rozstrzygnięcia. Uchybienie to miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie, z następujących przyczyn:

- wbrew treści opinii biegłego Sąd uznał, że dla oceny występującej pomiędzy stronami relacji handlowych właściwym jest obliczenie rzeczywistych cen jakie powódka zapłaciła w całym okresie współpracy, a nie - jak wyraźnie rekomendował biegły - w rozbiciu na okresy miesięczne, stało się tak pomimo tego, że z opinii biegłego jasno wynikało, że ceny ustalane były na poszczególne miesiące i ten okres porównawczy jest miarodajny a nie obliczenie za czas współpracy. Sąd pierwszej instancji co prawda dostrzegł, że w relacjach pozwana a jej dystrybutorzy obowiązywała zasada premiowania przedpłat ale nie wyciągnął z tego prawidłowych wniosków. Uznał bowiem, że realizowanie przez powódkę przedpłat i uzyskiwanie przez nią ustalonego skonta z tego tytułu jest bez znaczenia dla oceny uzyskiwanych przez nią poziomów cen. Sąd jednak nie dostrzegł, że konkurent powódki (...) S.A. przez wiele miesięcy w bardzo ważnej grupie asortymentowej polietylenów skonto takie uzyskiwała bez konieczności realizowania ekonomicznego wysiłku w postaci dokonania przedpłaty - co stawiało ją w radykalnie lepszej pozycji rynkowej.
- Sąd opierając się na wskazanym powyżej rozumowaniu uznał, że powódka nie wykazała poniesienia jakiegokolwiek szkody, która to okoliczność przesądzała o kwocie należnego powódce odszkodowania - choć szkodę tę biegły w opinii precyzyjnie wyliczył i uzasadnił.

c) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez dokonanie przez Sąd ustaleń faktycznych w oparciu o nieprzeprowadzone dowody a to treść zeznań likwidatora powódki K. J., które to uchybienie miało istotny wpływ na wynik sprawy, doprowadziło bowiem do uznania przez Sąd, że zachowanie pozwanej nie zawierało znamion czynu nieuczciwej konkurencji, która to okoliczność przesądzała o zasadzie odpowiedzialności pozwanej; Sąd pierwszej instancji dowód z przesłuchania stron - ograniczony do strony powodowej na ostatniej rozprawie oddalił, uznając, że jest on zbędny do rozstrzygnięcia sprawy. W tym stanie rzeczy powoływanie się na zeznania strony - likwidatora powódki złożone jedynie informacyjnie stanowi naruszenie prawa procesowego a nadto z przyczyn wskazanych powyżej miało poważny wpływ na treść rozstrzygnięcia;

d) art. 15 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że sformułowanie w brzmieniu „w szczególności przez” (art. 15 ust. 1) oznacza, że katalog zachowań stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji zawiera jedynie przykładowe środki mogące prowadzić do utrudniania dostępu do rynku, które muszą podlegać każdorazowej ocenie, bez względu na

stwierdzenie istnienia zachowań wymienionych w poszczególnych punktach art. 15 ust. 1. Naruszenie to miało istotny wpływ na wynik sprawy bowiem taka wykładnia powołanych przepisów doprowadziła Sąd I instancji do wniosku, że nie jest wystarczające udowodnienie przez powódkę rzeczowo nieuzasadnionego zróżnicowania w traktowaniu niektórych klientów przez pozwaną, ale konieczne jest także wykazanie, że działanie to było zamierzone i miało na celu utrudnienie dostępu do rynku. W konsekwencji skutkowało to bezzasadnym przyjęciem, że powódka nie udowodniła, że zachowanie pozwanej zawierało znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, która to okoliczność przesądzała o zasadzie odpowiedzialności pozwanej.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części poprzez zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kwoty 377.322,60 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 24 lutego 2012 r. do dnia zapłaty tytułem szkody majątkowej poniesionej przez powódkę w związku z czynami nieuczciwej konkurencji pozwanej, oraz kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego we wnioskowanej wysokości, alternatywnie wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, z pozostawieniem temu sądowi rozstrzygnięcia w zakresie kosztów postępowania apelacyjnego. Nadto wniósł o dopuszczenie w postępowaniu apelacyjnym dowodu z przesłuchania stron - z ograniczeniem do strony powodowej, na okoliczność zasad organizacji przez pozwaną (...) sp. z o.o. rynku poliolefin w Polsce, zasad ustalania przez pozwaną (...) sp. z o.o. cen dla autoryzowanych dystrybutorów - w okresie będącym przedmiotem niniejszego postępowania a także faktu poniesienia przez powódkę w wyniku działań pozwanej szkody majątkowej w rozmiarze nie mniejszym aniżeli wskazany w opinii biegłego.

Ponadto skarżący wniósł o zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego w tym kosztów zastępstwa procesowego wg. norm przepisanych.

W odpowiedzi pozwany wniósł o oddalenie apelacji w całości; oddalenie wniosku o dopuszczenie w postępowaniu apelacyjnym dowodu z przesłuchania stron, z ograniczeniem do przesłuchania powoda, nadto wniósł o zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

### ***Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:***

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie. Ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy są prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne.

Zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie jest trafny. Nie jest sporne między stronami, że ceny stosowane przez pozwanego wobec jego dystrybutorów nie były jednolite, przy czym sam powód nie kwestionował w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, iż stosowane w stosunku do niego były niższe niż w przypadku trzeciego z dystrybutorów. Zeznania świadka T. S., odnoszące się do zmiany w toku trwania umowy ceny jednego rodzaju tworzywa, nie dowodzą, iż powyższa praktyka stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, jak również nie wyjaśniają, czym była spowodowana. Zatem wbrew pogładowi skarżącego nie stanowią dowodu na okoliczność dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji przez pozwanego. Przypomnieć trzeba, że powód nie zakwestionował ustaleń Sądu I instancji, iż czynił zakupy nieregularnie i ich wolumen cechował się dużymi wahaniami tak ilościowymi, jak i czasowymi. Powód nie zaprzeczył także twierdzeniom strony przeciwnej, iż faktycznie stanowił grupę zakupową nastawioną na zaopatrzenie swoich udziałowców, a zatem, że kupowane przez niego poliolefiny przechodziły przez dwa poziomy dystrybucji, co po pierwsze odróżniało go od pozostałych dystrybutorów, po drugie wpływało na poziom marży i konkurencyjności. Taką strukturę powoda potwierdziła zresztą świadek E. K. (k 693 – 694).

Twierdzenia apelującego, jakoby pozwany obiecywał powodowi szereg ustępstw cenowych, by zrekompensować zróżnicowanie cen w stosunku do spółki (...), nie znajdują potwierdzenia w zeznaniach byłego prezesa pozwanej spółki (...), który takim uzgodnieniom wprost zaprzeczył (k 696).

Dowody osobowe i z dokumentów potwierdzające, że pozwany różnicował ceny w stosunku do dystrybutorów, nie świadczą o zamiarze pozwanego utrudniania powodowi dostępu do rynku i popełnianiu przez niego czynów nieuczciwej konkurencji, o czym poniżej.

Teza powoda, że pozwany jest monopolistą na rynku, nie została wykazana. Niesporna jest natomiast okoliczność, że polietylen sprzedawali także ich importerzy.

Zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. nie zasługuje na akceptację. Po pierwsze dowód z opinii biegłego nie korzysta z prymatu co do mocy dowodowej w stosunku do innych dowodów, jak również wnioski opinii biegłego nie wiążą sądu w sposób arbitralny, lecz podlegają ocenie sądu na zasadach analogicznych dla innych dowodów. Sąd jako najwyższy biegły jest władny ocenić przydatność opinii biegłego dla rozstrzygnięcia oraz jej walor dowodowy. Kwalifikacje biegłego ograniczają się do podzielenia się z sądem wiadomościami specjalnymi, natomiast z pewnością nie obejmują uprawnień do rozstrzygnięcia o zasadności powództwa, a wydaje się, że takie oczekiwania ma strona powodowa. Sąd Okręgowy, wybierając jeden z wariantów opinii biegłego, nie poczynił więc ustaleń faktycznych sprzecznych z opinią biegłego.

Biegły sporządził opinię kilkuwariantową i okoliczność, że jego zdaniem określony wariant jest właściwy, nie przesądza o decyzji sądu, ponieważ to powinnością sądu, nie zaś biegłego, jest rozważenie, jaki wariant wyliczeń najlepiej oddaje specyfikę relacji umownej między stronami i rynku, którego ona dotyczy. Rzeczą biegłego było ustalenie czy i w jakim zakresie pozwany różnicował ceny w relacjach z powodem w stosunku do relacji ze spółką (...) w różnych przedziałach czasowych, nie zaś ocena, jaki z tych przedziałów jest najbardziej miarodajny dla oceny powództwa.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego argumenty Sądu Okręgowego przemawiające za przyjęciem do rozliczeń całego okresu współpracy między stronami są przekonujące. Towary pozwanego, które dystrybuował powód, mają długi termin przydatności do użytku, a ich nabywanie przez powoda było nacechowane znacznymi wahaniami ilości i okresów zakupu. Strona powodowa nie kwestionuje, że mając na względzie racjonalne prowadzenie działalności gospodarczej, czyniła zapasy towarów, kupując je niejednokrotnie po korzystniejszej cenie niż w miesiącach sąsiednich. Odwołanie się zatem do rozliczeń w okresach miesięcznych stanowi uproszczenie nieodziewierciedlające charakteru działalności gospodarczej powoda i cech nabywanych od pozwanego towarów. Wskazać zaś należy, że jednostkowe ceny dla dystrybutorów były uzależnione od wielu przesłanek, w tym np. wolumenu zakupów oraz że strona pozwana akcentowała okoliczność, iż wolumen ten w przypadku pozostałych dystrybutorów, w tym K., był stabilny, w przeciwieństwie do wolumenu zakupów powoda.

W tym stanie rzeczy racjonalne było przyjęcie wariantu opinii biegłego, w którym porównał ceny stosowane przez pozwanego wobec powoda i K. w całym okresie współpracy z powodem.

Zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. jest chybiony. Wbrew stanowisku skarżącego Sąd I instancji nie oparł się na informacyjnych wyjaśnieniach K. J., lecz na rozprawie w dniu 3 lutego 2010 r. dopuścił dowód z przesłuchania stron, zatem swoje wnioski poprzedził prawidłowo przeprowadzonym dowodem. K. J. zeznał: „Cena była nam proponowana na początku danego miesiąca. My odnosiliśmy się do tej ceny, przekazując informacje z rynku. Czasami była korygowana w górę lub w dół i obowiązywała na dany okres.” (k 785 – 786). Dlatego też prawidłowa jest konstatacja Sądu I instancji, iż powyższe zeznania przedstawiciela strony powodowej przemawiają przeciwko tezie o narzuceniu cen towarów, przeciwnie – wynika z nich, że były one przedmiotem uzgodnień między stronami umowy. W konsekwencji Sąd I instancji nie naruszył też normy art. 328 § 2 k.p.c., ponieważ odniósł się do przeprowadzonego dowodu i przytoczył wnioski wprost z niego płynące.

Nietrafnie też powód podniósł zarzut naruszenia art. 15 ust. 1 w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. Zgodnie z art. 3 ust. 2 i art. 15 u.z.n.k. szczególnym przypadkiem działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy może być utrudnianie dostępu do rynku. W wyroku z dnia 16 października 2014 r., SK 20/12, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że dla ustalenia popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. co do zasady niezbędnym jest udowodnienie przez powoda, że w wyniku poboru innej niż



marża opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży doszło do utrudniania mu dostępu do rynku. W ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zastosowano bowiem domniemania prawnego w tym zakresie. Znamię czynu nieuczciwej konkurencji w postaci utrudnienia dostępu do rynku jest niezależne od znamienia pobrania innej niż marża opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży, przy czym dopiero łączne udowodnienie tych okoliczności pozwala stwierdzić, iż doszło do czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowanego w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. Orzeczenie to – wobec konstrukcji przepisu art. 15 ust. 1 u.z.n.k. - zachowuje aktualność również w odniesieniu do innych, wymienionych przykładowo zachowań mogących stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Dla zaklasyfikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji na gruncie przepisu art. 15 ust. 1 u.z.n.k. konieczne zatem jest wystąpienie dwóch podstawowych przesłanek. Po pierwsze, musi wystąpić zachowanie wymienione w którymś z punktów art. 15 ust. 1 u.z.n.k. Po drugie, zachowanie to skutkować musi utrudnieniem dostępu do rynku przedsiębiorcy, który taką opłatę wnosi.

Generalna przesłanka przedmiotowa tego czynu została wyrażona terminem „utrudnianie”, którego ustawodawca nie zdefiniował. Sprzeczne z istotą i celem konkurencji jest dopiero takie „utrudnianie”, które polega na podejmowaniu działań, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji, tj. głównie ceny i jakości towarów i usług, w efekcie czego swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich działalności gospodarczej ulega ograniczeniu.

Ostatecznie więc znamię czynu nieuczciwej konkurencji w postaci utrudnienia dostępu do rynku jest niezależne od znamienia zachowań wymienionych w art. 15 ust. 1 u.z.n.k., przy czym dopiero łączne udowodnienie tych okoliczności pozwala stwierdzić, iż doszło do czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowanego w art. 15 ust. 1 u.z.n.k.

Przepis art. 15 ust. 1 u.z.n.k. nie kreuje zatem prawnego domniemania utrudnienia dostępu do rynku. Błędna jest interpretacja art. 15 ust. 1 u.z.n.k., w myśl której wykazanie zdarzenia w nim wskazanego zwalnia z udowodnienia, że powyższe utrudniało dostęp przedsiębiorcy do rynku.

Rację miał też Sąd Okręgowy, wskazując, że dla przyjęcia utrudniania dostępu do rynku niezbędne jest ustalenie świadomego działania podmiotu, który dopuszcza się zachowań mogących stanowić czyny nieuczciwej konkurencji. Wskazują na to sformułowania użyte przez ustawodawcę przy egzemplifikacji tych działań – „nakłanianie”, „rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie”, „działanie mające na celu wymuszenie lub stwarzanie warunków”. Z materiału dowodowego nie wynikają żadne racjonalne przyczyny, dla których pozwany miałby dyskryminować swojego kontrahenta, z którym prowadził wieloletnią współpracę. Wszak wystarczające byłoby po prostu niezawarcie kolejnej umowy, co zresztą ostatecznie nastąpiło.

W analizowanym przypadku zarzut powoda sprowadzał się do twierdzeń o jego dyskryminacji przez pozwanego i faworyzacji kontrahenta.

Słusznie zauważył Sąd I instancji, że powód powyższych okoliczności nie wykazał. Jakkolwiek pozwany oferował mu polietyleny po cenach zbliżonych, lecz nie tożsamy z pozostałymi dystrybutorami, to racjonalnie uzasadnił to zróżnicowanie (charakterem produktów sprzedawanych powodowi i wahaniami zakupów przez pozwanego). Nadto opinia biegłego w wariacie przyjętym przez Sąd Okręgowy nie potwierdziła zarzutu skarżącego, że miało to wpływ na obniżenie konkurencyjności powoda na rynku. Sąd I instancji odrzucił zarówno uwzględnianie w cenie skonta, jak i przywoływanego przez pozwanego wskaźnika inflacyjnego. Argumentacja powoda odwołująca się do stosowania wobec niego przez pozwanego niższych cen w przypadku przedpłat oraz takich samych cen w stosunku do spółki (...) nie może odnieść zamierzonego skutku zarówno z tego względu, jak i z wyżej opisanych powodów niepozwalających na uznanie różnicowania cen za rzeczowo nieuzasadnione.

W powyższym kontekście istotne znaczenie ma przede wszystkim zdefiniowanie owego rynku. W ocenie Sądu Apelacyjnego zasadne jest szerokie ujęcie powyższego pojęcia, a zgodnie z którym pod pojęciem dostępu do rynku rozumie się swobodę wejścia na rynek, wyjścia z niego, a także możliwość oferowania na nim swoich towarów i usług.

Utrudnienie w dostępie do rynku należy więc poczytywać w kategoriach utrudnienia w prowadzeniu działalności gospodarczej (utrudnienia uczestnictwa w obrocie, tak: C. Banasiński, M. Bychowska, Utrudnianie dostępu do rynku poprzez pobieranie innych niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towarów do sprzedaży (art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.), PPH 2008, nr 4, s. 11). Przy czym rynek ten obejmuje już rynek subiektywnie ujmowany, a wykreowany poprzez strony transakcji (tak: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2011 r., I CSK 700/10, niepubl., D. Wolski, Wybrane zagadnienia na tle orzeczeń dotyczących opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 2, s. 35). W orzecznictwie wskazuje się jednocześnie, iż owe utrudnienie zachodzi zwłaszcza wówczas, gdy zachowanie wymienione w art. 15 ust. 1 u.z.n.k. wpłynęło na obniżenie konkurencyjności sprzedawanych towarów lub w sposób nieuzasadniony zwiększa zyski nabywcy kosztem obniżenia dochodów sprzedawcy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2015 r., I CSK 136/14, LEX nr 1710335). Taka sytuacja nie została wykazana.

Na sytuację gospodarczą powoda miało wpływ wiele czynników niezależnych od pozwanego – specyficzna, wyżej opisana struktura wymagająca uwzględnienia w marży dwóch poziomów dystrybucji (zamiast jednego jak w przypadku innych dystrybutorów), jak również odejście strategicznego udziałowca.

Wniosek o dopuszczenie w postępowaniu apelacyjnym dowodu z przesłuchania stron - z ograniczeniem do strony powodowej, na okoliczność zasad organizacji przez pozwaną (...) sp. z o.o. rynku poliolefin w Polsce, zasad ustalania przez pozwanego (...) sp. z o.o. cen dla autoryzowanych dystrybutorów - w okresie będącym przedmiotem niniejszego postępowania a także faktu poniesienia przez powoda w wyniku działań pozwanego szkody majątkowej w rozmiarze nie mniejszym aniżeli wskazany w opinii biegłego, zgłoszony w apelacji uznać należało za spóźniony w rozumieniu art. 381 k.p.c. Nie sposób bowiem zgodzić się z powodem, że potrzeba jego zgłoszenia powstała dopiero po zapoznaniu się przez nią z motywacją Sądu Okręgowego. Okoliczności wskazane w tezie dowodowej były od początku istotne dla rozstrzygnięcia, wręcz podstawowe, zatem należało je wykazywać od początku procesu, a powód miał taką możliwość, ponieważ dowód z przesłuchania stron został przeprowadzony przez Sąd I instancji.

Z tych względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku na mocy art. 385 k.p.c. i art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c. W skład kosztów postępowania apelacyjnego weszło wynagrodzenie pełnomocnika procesowego pozwanej obliczone zgodnie z § 6 pkt 7 w związku z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (5.400 zł).

Barbara Trębska Dorota Markiewicz Agnieszka Wachowicz-Mazur