

Sygn. akt V ACa 710/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 maja 2018 r.

**Sąd Apelacyjny w Warszawie V Wydział Cywilny w składzie następującym:**

Przewodniczący: SSA Ewa Kaniok (spr.)

Sędziowie: SA Edyta Jefimko

SA Marta Szerel

Protokolant: sekr. sądowy Dorota Jędrak

po rozpoznaniu w dniu 22 maja 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w K.

przeciwko Skarbowi Państwa - Ministrowi Finansów

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 4 września 2015 r., sygn. akt I C 514/13

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. na rzecz Skarbu Państwa – Prokuratorii Generalnej RP kwotę 5400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego oraz kwotę 12500 (dwanaście tysięcy pięćset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania zażaleniowego przed Sądem Najwyższym;**

**III. nakazuje pobrać od (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Apelacyjnego w Warszawie kwotę 20000 (dwadzieścia tysięcy) złotych tytułem nieuiszczonej opłaty od zażalenia do Sądu Najwyższego oraz kwotę 4.699,89 zł (cztery tysiące sześćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych osiemdziesiąt dziewięć groszy) tytułem zwrotu wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa.**

Edyta Jefimko Ewa Kaniok Marta Szerel

**Sygn. akt V ACa 710/17**

## UZASADNIENIE

W pozwie złożonym w dniu 8 maja 2013 roku (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. wniosła o zasądzenie od Skarbu Państwa reprezentowanego przez Ministra Skarbu Państwa kwoty 35 000 000 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia złożenia pozwu do dnia zapłaty i kosztami procesu.

W uzasadnieniu pozwu wskazała, iż prowadzi działalność od 2006 roku jako niepubliczny operator pocztowy. Podstawą prawną jego żądania jest art. 417 § 1 w zw. z art. 417<sup>1</sup> kodeksu cywilnego. Wnosi o zasądzenie odszkodowania z tytułu szkody wyrządzonej przez wydanie aktu normatywnego - ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54, poz. 535 ze zm., dalej), która w zakresie zwolnienia z podatku od towarów i usług (dalej VAT) wszystkich usług pocztowych świadczonych przez operatora publicznego (P. (...)) była niezgodna z przepisami dyrektyw unijnych regulujących opodatkowanie podatkiem VAT, tj. art. 43 ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT w zw. z poz. 2 załącznika nr 4 do ustawy o VAT (do dnia 1 stycznia 2011 r.) oraz art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT (do dnia 1 kwietnia 2013 r.) były niezgodne z art. 13 część A ust. 1 lit a VI Dyrektywy Rady z dnia 17 maja 1977 roku w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku, Dz. U. L 145 (do dnia 1 stycznia 2007 r.) oraz art. 132 ust. 1 lit. a Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r., w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, Dz. U. L 347.

Powstania szkody powód upatrywał w związku ze zwolnieniem usług świadczonych przez P. (...) z VAT. Podczas gdy zgodnie z prawem Unii Europejskiej zwolnienie z VAT mogło dotyczyć wyłącznie tzw. usług powszechnych, których cena nie podlega indywidualnym negocjacom. Powód w przeciwieństwie do P. (...) zobowiązany był od swoich usług świadczonych niepowszechnie (indywidualnie negocjowanych) odprowadzać podatek VAT w związku z czym był mniej konkurencyjny na rynku podmiotów które za podstawę wyboru oferty brały cenę brutto, a nie cenę netto. Łączna szkoda za okres od 1 stycznia 2010 roku do 31 grudnia 2012 roku została określona przez powoda na 35 000 000 złotych.

Skarb Państwa wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania.

**Wyrokiem z dnia 4 września 2015 roku Sąd Okręgowy w Warszawie** w punkcie pierwszym oddalił powództwo; w punkcie drugim zasądził od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 7 200 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że Spółka (...) w K. prowadzi działalność jako niepubliczny operator pocztowy nieprzerwanie od 2006 roku. Przedmiotem działalności spółki są usługi przyjmowania, sortowania, przemieszczania oraz doręczania przesyłek listowych. Głównymi klientami spółki są duże przedsiębiorstwa prowadzące korespondencję handlową (nadawcy masowi), z którymi I. indywidualnie negocjuje warunki współpracy, w tym warunki cenowe.

Przepis art. 43 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (j.t. Dz. U. 2011, nr 177, poz. 1054 ze zm.), o treści obowiązującej przed dniem 1 stycznia 2011 roku, stanowił, że od podatku VAT zwalnia się usługi świadczone przez pocztę państwową. Następnie od dnia 1 stycznia 2011 roku do dnia 31 marca 2013 roku art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o podatku od towarów i usług stanowił, że od podatku VAT zwalnia się usługi pocztowe oraz dostawę towarów ściśle z tymi usługami związaną – realizowane przez operatora obowiązanego do świadczenia powszechnych usług pocztowych.

Z treści przepisów Unii Europejskiej tj. art. 13 część A ust. 1 lit a VI Dyrektywy Rady z dnia 17 maja 1977 roku w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku ( Dz. U. L 145 str. 1 do dnia 1 stycznia 2007 r.) oraz art. 132 ust. 1 lit. a Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r., w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. U. L 347, str. 1) wynika, że zwolnienie usług pocztowych z podatku VAT powinno dotyczyć wyłącznie usług powszechnych świadczonych przez operatora publicznego ( dowód: wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 23 kwietnia 2009 roku w sprawie TNT Post UK Ltd przeciwko The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs o sygn. C – 357/07 k. 79 – 84).

Do dnia 31 marca 2013 roku P. (...) korzystała ze zwolnienia od podatku VAT zarówno w zakresie świadczonych usług pocztowych o charakterze powszechnym, jak również innych usług pocztowych, w tym świadczonych na rzecz nadawców masowych (np. banki, ubezpieczyciele). Powodowało to, że spółka (...) w celu pozyskania

dużych podmiotów z sektora finansowego oraz organów administracji publicznej, dla których jednym z elementów warunkujących wybór usługi pocztowej była cena brutto, w trakcie negocjacji proponowała rozwiązania, które miały na celu obniżenie oferowanej ceny brutto. Jednym z takich rozwiązań było uiszczanie opłat za przesyłkę pocztową za pomocą znaczków, co skutkowało zwolnieniem takich usług od podatku VAT, jednak wiązało się z dodatkowymi kosztami polegającymi na konieczności naklejania znaczków na przesyłki.

Ustawą z dnia 7 grudnia 2012 roku o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 35) zmieniony został przepis art. 43 ust. 1 pkt 17 ustawy o VAT z dniem 1 kwietnia 2013 roku, w ten sposób, że od podatku VAT zwolnione są powszechne usługi pocztowe świadczone przez operatora obowiązującego do świadczenia takich usług, oraz dostawę towarów ściśle z tymi usługami związaną (dowód: ustawa z dnia 7 grudnia 2012 roku o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2013 r., poz. 35).

Zdaniem Sądu Okręgowego właściwym podmiotem do reprezentacji Skarbu Państwa w sprawie o odszkodowanie za szkodę wyrządzoną bezprawiem legislacyjnym jest Minister Skarbu Państwa zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 1997 roku o działach administracji rządowej (tekst jednolity Dz. U. z 2015, poz. 812 z późn. zm.). Ponadto za przyjęciem, że w niniejszej sprawie właściwym statio fisci Skarbu Państwa jest Minister Skarbu Państwa przemawia treść art. 1060 § 1<sup>1</sup> k.p.c. z którego wynika, że w sprawach o naprawienie szkody wyrządzonej bezprawiem legislacyjnym wierzyciel, wskazując na tytuł egzekucyjny, wzywa do spełnienia świadczenia bezpośrednio ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa.

W zakresie określenia rozmiaru szkody i związku przyczynowego pomiędzy brakiem dostosowania prawa krajowego do norm prawa unijnego, a szkodą zastosowanie znajdują przepisy art. 361 – 363 k.c. Powyższe determinuje również zakres faktów, które obowiązuje udowodnić strona domagająca się odszkodowania z tego tytułu.

Zgodnie z art. 417<sup>1</sup> § 1 k.c. jeżeli szkoda została wyrządzona przez wydanie aktu normatywnego, jej naprawienia można żądać po stwierdzeniu we właściwym postępowaniu niezgodności tego aktu z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą.

Przesłankami odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa z tytułu bezprawia legislacyjnego są: - wyrządzenie szkody przez akt normatywny, - istnienie związku przyczynowego między szkodą a konkretnym aktem normatywnym; - stwierdzenie we właściwym postępowaniu niezgodności aktu normatywnego z Konstytucją, umową międzynarodową lub ustawą (bezprawność normatywna).

Sąd I instancji miał na uwadze, że podstawę odpowiedzialności Skarbu Państwa stanowi również naruszenie prawa Unii Europejskiej przez ustawodawcę polskiego bądź przez ustanowienie normy prawnej niezgodnej z tym prawem, bądź przez wadliwą implementację tzw. dyrektyw.

Jedną z przesłanek odpowiedzialności Skarbu Państwa, które powinien udowodnić powód zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. w niniejszym postępowaniu jest powstanie szkody oraz wysokość szkody.

Artykuł 361 § 2 k.c. wskazuje na zakres szkody podlegającej naprawieniu, nie będąc źródłem jurydycznej definicji samego pojęcia „szkoda” (zobacz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 2007 r., V CSK 423/06, LEX nr 277311). Uszczerbek w majątku może polegać na:

- a) zmniejszeniu się aktywów majątku przez ubytek, utratę, zniszczenie poszczególnych składników, lub ich uszkodzenie lub obniżenie wartości,
- b) zwiększeniu pasywów – powstanie nowych zobowiązań lub zwiększenie się już istniejących,
- c) udaremnieniu powiększeniu się majątku – odpadnięcie korzyści, które poszkodowany mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

Z przepisu tego 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 rzeczywista (*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. Utracone korzyści (*lucrum cessans*) obejmują zaś tę część majątku poszkodowanego, o którą się jego aktywa nie powiększyły lub pasywa nie zmniejszyły, a skutek ten nastąpiłby, gdyby nie owe zdarzenie sprawcze, za które odpowiedzialność została przypisana oznaczonemu podmiotowi (np. utrata zarobków). Z istoty swej szkoda w postaci utraconych korzyści ma zawsze charakter hipotetyczny i do końca nieweryfikowalny. Nie można bowiem mieć z reguły pewności, czy dana korzyść została osiągnięta przez poszkodowanego, gdyby nie zdarzenie szkodzące. Szkoda taka musi być przez poszkodowanego wykazana z tak dużym prawdopodobieństwem, aby uzasadniała w świetle doświadczenia życiowego przyjęcie, że utrata korzyści rzeczywiście nastąpiła. Orzecznictwo Sądu Najwyższego w odniesieniu do zagadnienia szkody w postaci *lucrum cessans* zawiera pewne wytyczne dla strony, na której spoczywa obowiązek udowodnienia jej wystąpienia. W wyroku z dnia 18 października 2000 roku, sygn. akt V CKN 111/00 Sąd Najwyższy przyjął, że przepis art. 361 § 2 k.c. w części dotyczącej utraconych korzyści wymaga przyjęcia hipotetycznego przebiegu zdarzeń i ustalenia wysokiego prawdopodobieństwa utraty korzyści. Ustawodawca nie wskazał bliższych kryteriów budowania tych hipotez, pozostawiając je wiedzy i doświadczeniu życiowemu składu orzekającego, stosowanym odpowiednio do okoliczności sprawy. Takie odwołanie się do rozsądnej oceny zawarł również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 stycznia 2005 roku V CK 426/04 wskazując, że wykazanie szkody w postaci *lucrum cessans* z natury rzeczy ma charakter hipotetyczny. Nie sprzeciwia się to przyjęciu, że szkoda rzeczywiście powstała, jeżeli zostanie udowodnione tak duże prawdopodobieństwo osiągnięcia korzyści majątkowej przez poszkodowanego, że rozsądnie rzecz oceniając można stwierdzić, iż poszkodowany na pewno uzyskałby korzyść, gdyby nie wystąpiło zdarzenie, w związku, z którym ten skutek był niemożliwy.

Sąd Okręgowy stwierdził, że powodowa spółka w niniejszym postępowaniu dochodziła od Skarbu Państwa naprawienia szkody w postaci utraconych korzyści w związku ze zwolnieniem P. (...) z podatku VAT, co zdaniem powoda spowodowało, że spółka (...) nie była w stanie uzyskać odpowiedniego dostępu do rynku podmiotów z sektora finansowego i sektora administracji publicznej, dla których decydującym kryterium wyboru oferty na świadczenie usług pocztowych była cena brutto.

Sąd I instancji doszedł do przekonania, że spółka (...) nie wykazała z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, iż w związku z krajowymi regulacjami dotyczącymi zwolnienia usług świadczonych przez P. (...) z podatku VAT, nie osiągnęła większego rynku w zakresie usług pocztowych świadczonych podmiotom z sektora finansowego (banki, ubezpieczyciele) oraz podmiotom z sektora administracji publicznej.

Jak wynika z akt sprawy strona powodowa przyjęła, że jedynym kryterium wyboru operatora przez podmioty świadczące usługi finansowe oraz organy administracji publicznej jest cena brutto. W oparciu o powyższe założenie oszacowała wysokość hipotetycznej szkody. W ocenie Sądu założenie to stanowiło zbyt duże uproszczenie. Przy wyborze każdej oferty cena stanowi jeden z elementów wpływających na jej wybór nie zaś wyłączny. Tak też jest i w przypadku wyboru ofert podmiotów świadczących usługi pocztowe. W sytuacji kiedy oszacowanie szkody sprowadza się wyłącznie do ceny (w odniesieniu do usług finansowych) analizie powinny zostać poddane pozostałe kryteria i ocena ich znaczenia dla wyboru oferty. Rację ma w swojej opinii biegła A. M., która wskazuje, iż w przypadku usług pocztowych nie bez znaczenia pozostają inne czynniki determinujące wybór danej oferty, takie jak: czas dotarcia przesyłki do klientów, dostępność i liczba placówek pocztowych oraz ich rozmieszczenie a także liczba zgłoszonych reklamacji. Nie bez znaczenia dla oceny istotności pozostałych czynników poza cenowych pozostają kryteria dostępności do placówek pocztowych i ich rozmieszczenie. W przypadku P. (...) jest ona jako operator publiczny zobowiązana do utrzymania dostępności do powszechnych usług pocztowych. Zdaniem biegłej A. M. analiza wyżej wymienionych czynników pozwoliłaby ocenić czy jedynym czynnikiem decydującym o wyborze usług powodowej spółki jest faktycznie cena, gdyż w przypadku instytucji innych niż administracja rządowa oprócz ceny elementarne znaczenie odgrywa jakość usług, szybkość i kompleksowość usługi. Biegła wskazała, że byłoby możliwe

dokonanie analizy w oparciu o stosowną dokumentację, jednak strona powodowa we właściwym czasie nie złożyła takiej dokumentacji.

W ocenie Sądu na podstawie przeprowadzonych w sprawie dowodów nie ma podstaw do przyjęcia, że powodowa spółka osiągnęłaby wyższy udział w rynku podmiotów z sektora finansowego lub z sektora administracji rządowej w sytuacji gdyby regulacje w zakresie zwolnienia usług pocztowych od podatku VAT były w okresie od 1 stycznia 2010 roku do 31 grudnia 2012 roku, takiej jak po 1 kwietnia 2013 roku. Szczególnie, że powodowa spółka w tamtym czasie nie była jedynym podmiotem świadczącym usługi pocztowe, który mógłby konkurować z P. (...) albowiem były również inne podmioty konkurencyjne. Ponadto udział powoda w rynku usług dla podmiotów, dla których ważna jest cena netto, a więc regulacje podatku VAT nie miały znaczenia, zmniejszył się w 2012 roku w porównaniu z 2011 rokiem z 6,7% do 4,9%, a w rynku usług dla podmiotów dla których ważna jest cena brutto udział powodowej spółki zwiększył się w 2012 roku w porównaniu z 2011 rokiem z 1,2% do 2,2% pomimo zdaniem powoda niekorzystnych regulacji VAT. Po analizie przeprowadzonego materiału dowodowego, kierując się doświadczeniem życiowym i zasadami logicznego rozumowania, Sąd doszedł do przekonania, że brak jest podstaw do ustalenia, iż gdyby nie regulacje w zakresie zwolnienia P. (...) z VAT, to podmioty które w okresie od 1 stycznia 2010 roku do 31 grudnia 2012 roku wybrały usługi świadczone przez P. (...), wybrałyby właśnie usługi świadczone przez spółkę (...).

Tym samym w ocenie Sądu Okręgowego powodowa spółka nie udowodniła, że oceniając rozsądnie okoliczności sprawy można stwierdzić, że spółka (...) na pewno powiększyłaby swoje aktywa lub zmniejszyła swoje pasywa poprzez zwiększenie swojego udziału na rynku usług pocztowych, gdyby nie zwolnienie usług pocztowych P. (...) z podatku VAT.

W ocenie Sądu należało odróżnić szkodę w postaci *lucrum cessans* od szkody ewentualnej, przez którą należy rozumieć utratę szansy uzyskania pewnej korzyści majątkowej. Różnica wyraża się w tym, że w przypadku utraconych korzyści hipoteza ich utraty graniczy z pewnością, a w przypadku szkody ewentualnej prawdopodobieństwo utraty korzyści jest zdecydowanie mniejsze. Przyjmuje się jednak zasadnie, że szkoda ewentualna nie podlega naprawieniu na podstawie przepisów prawa cywilnego (patrz wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 11 czerwca 2008 roku, V CSK 8/08, 27 stycznia 2011 roku, II PK 173/10, 10 kwietnia 1997 roku, II CKN 92/97).

Sąd I instancji doszedł ostatecznie do przekonania, że w niniejszym postępowaniu po stronie powodowej mamy do czynienia ze szkodą ewentualną.

Ponadto w ocenie Sądu strona powodowa nie udowodniła wysokości szkody albowiem nie potrafiła we właściwym czasie wystąpić z inicjatywą dowodową, składając już po dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego spóźnione dowody z dokumentów.

Z opinii biegłej A. M., jak również z jej wyjaśnień złożonych na rozprawie wynika, że w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w aktach sprawy w dacie wydania postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego tj. 18 czerwca 2014 roku nie było możliwe wykonanie opinii na okoliczność ustalenia wysokości szkody, która miała zostać poniesiona przez powodową spółkę.

Zdaniem Sądu I instancji powód reprezentowany od początku procesu przez profesjonalnych pełnomocników powinien przedstawić we właściwym czasie stosowne dokumenty, w tym dane finansowe spółki, w szczególności strukturę przychodów oraz kosztów jego działalności, które to dokumenty umożliwiłyby biegłemu sądowemu oszacowanie wysokości szkody. Jednak powód pomimo profesjonalnej reprezentacji nie wykazał stosownej inicjatywy dowodowej.

Mając na uwadze treść przepisów art. 217 § 2 k.p.c. i art. 207 § 6 k.p.c. Sąd jest zobowiązany do oddalenia spóźnionych wniosków dowodowych.

Zdaniem Sądu Okręgowego strona powodowa nie uprawdopodobniła, że spóźnione złożenie wniosków dowodowych przez powodową spółkę nie było zawinione.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy oddalił powództwo.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 11 § 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 roku o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. 2013, poz. 461 j.t. ze zm.).

**Apelację od powyższego wyroku wniósł powód** zaskarżając go w całości i zarzucił:

A. nierozpoznanie przez Sąd 1 instancji istoty sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c. z uwagi na zaniechanie przez Sąd I instancji zbadania materialnej podstawy żądania, tj. wystąpienia i rozmiaru szkody po stronie Powoda, jak również merytorycznych twierdzeń Powoda, które to zaniechanie było wynikiem bezpodstawnego przyjęcia, że zasada koncentracji materiału dowodowego i prekluzji dowodowej uniemożliwia przeprowadzenie kluczowego dla rozpoznania istoty sprawy dowodu z opinii biegłego o specjalności wyceny i analiz przedsiębiorstw, na okoliczność określenia wysokości szkody poniesionej przez Powoda, na podstawie, wskazanych przez biegłego, niezbędnych do tego dokumentów i danych, co umożliwiłoby biegłemu wykorzystanie wiadomości specjalnych, wymaganych dla prawidłowego przeprowadzenia dowodu a nie jedynie „iluzorycznie”, tj. oddalając uprzednio wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu m.in. z finansowych dokumentów źródłowych (złożonych przy piśmie Powoda z dnia 2 lipca 2014 r. oraz przy piśmie z dnia 4 lutego 2015 r.).

B. naruszenie przepisów postępowania:

1. art. 217 § 2 w zw. z art. 207 § 6 oraz w zw. z art. 227 k.p.c. i 162 k.p.c. poprzez bezzasadne oddalenie przez Sąd I instancji wniosku dowodowego Powoda o dopuszczenie dowodu z dokumentów złożonych przy piśmie Powoda z dnia 2 lipca 2014 r. oraz przy piśmie z dnia 4 lutego 2015 r. - z naruszeniem celu przepisów o prekluzji dowodowej i koncentracji materiału dowodowego - prowadzące do wydania przez biegłego opinii o braku możliwości sporządzenia merytorycznej opinii w sytuacji, kiedy dopuszczenie tych dowodów było możliwe, nie spowodowałyby zwłoki w rozpoznaniu sprawy i służyłoby rozpoznaniu istoty sprawy,

2. art. 278 § 1 k.p.c. poprzez przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w sposób zaprzeczający celowi tego środka dowodowego w postępowaniu cywilnym, tj. polegający na uniemożliwieniu biegłemu określenia niezbędnego materiału źródłowego na potrzeby sporządzenia opinii biegłego, a w to miejsce arbitralne zawężenie przez Sąd I instancji zakresu materiału źródłowego, na podstawie którego biegły miał sporządzić opinię, co skutkowało przeprowadzeniem przez Sąd 1 instancji bezużytecznego dla rozpoznania sprawy dowodu z opinii biegłego;

3. art. 278 w zw. z art. 286 k.p.c. przez odmowę zmiany przez Sąd I instancji tezy dowodowej zawartej w postanowieniu dowodowym z dnia 18 czerwca 2014 r. o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, kiedy to zaistniała potrzeba zmiany tezy dowodowej wobec wskazania przez biegłego, że sporządzenie kalkulacji szkody jest możliwe wyłącznie w oparciu o pełną dokumentację źródłową, która to dokumentacja znajdowała się już w aktach sprawy, co spowodowało brak możliwości wykorzystania przez biegłego jego wiadomości specjalnych w odniesieniu do materiału zgromadzonego w aktach sprawy;

4. art. 278 § 1 w związku z art. 286, art. 217 § 1 k.p.c. i art. 162 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie szczególnego charakteru dowodu z opinii biegłego i oddalenie zarówno wniosku Powoda o przeprowadzenie opinii uzupełniającej zgodnie z zakreśloną na nowo tezą dowodową, jak też wniosku Powoda o przeprowadzenie dowodu z dokumentów złożonych przy piśmie Powoda z dnia 2 lipca 2014 r. oraz przy piśmie z dnia 4 lutego 2015 r., mimo że biegły jednoznacznie wskazał, że dokumenty te umożliwiłyby sformułowanie opinii przydatnej procesowo.

5. art. 217 § 1 w zw. z art. 227 oraz w zw. z art. 245 k.p.c. przez oddalenie przez Sąd I instancji wniosku dowodowego Powoda o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z Raportu jako dowodu z dokumentu prywatnego potwierdzającego wysokość szkody poniesionej przez Powoda, z uwagi na okoliczność, że Raport został zakwestionowany przez Pozwanego i wobec tego - w ocenie Sądu I instancji - nie mógł stanowić dowodu w sprawie,

kiedy to dokument prywatny jest samodzielnym środkiem dowodowym i tak jak każdy inny dowód może stanowić podstawę ustaleń faktycznych i wyrokowania, a jego pominięcie przez Sąd I instancji w niniejszej sprawie skutkowało uznaniem, że Powód nie poniósł szkody;

6. art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie przez Sąd I instancji granic swobodnej oceny dowodów wyrażającej się w odmowie dania wiarygodności i mocy dowodowej zeznaniom świadków w zakresie dotyczącym wyników finansowych (strat) Powoda w związku z korzystaniem przez P. (...) ze zwolnienia z podatku VAT oraz przyczyn niezawierania umów z Powodem przez podmioty wskazane w zeznaniach świadków z uwagi na uznanie przez Sąd 1 instancji, że:

a) zeznania świadków w powyższym zakresie stanowią jedynie ich subiektywną ocenę oraz ich przypuszczenia, kiedy to zeznania tych samych świadków w zakresie w jakim zostały uwzględnione przy ustalaniu stanu faktycznego sprawy przez Sąd I instancji są w ocenie tego Sądu wiarygodne albowiem są spójne, logiczne i wzajemnie się potwierdzają, przy czym Sąd 1 instancji nie wskazał, co miałyby być powodem różnej oceny zeznań tych samych świadków;

b) zeznania świadków nie znalazły potwierdzenia w innych dowodach dopuszczonych w sprawie, kiedy to zeznania świadków znajdują potwierdzenie w dowodach z dokumentów złożonych wraz z pozwem, dotyczących w szczególności przetargów zorganizowanych przez Miejskie Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. Bank (...) S.A. Bank (...) S.A.;

7. art. 233 § 1 k.p.c. przez oparcie zaskarżonego wyroku na błędnej tezie zaczerpniętej z opinii biegłego i wprowadzenie z materiału dowodowego wniosku, że:

a) Powód przyjął, iż jedynym kryterium wyboru operatora przez podmioty świadczące usługi finansowe oraz organy administracji publicznej jest cena brutto, w sytuacji gdy taki wniosek jest sprzeczny ze stanem faktycznym ustalonym przez Sąd I instancji, który wskazał, że cena brutto jest jednym z elementów (a nie jedynym elementem) warunkujących wybór usługi przez podmioty z sektora finansowego oraz organy administracji publicznej, oraz kiedy taki wniosek nie znajduje potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym.

b) Powód w swojej kalkulacji szkody pominął elementy poza cenowe, takie jak czas dotarcia przesyłki do klienta, dostępność i liczba placówek pocztowych oraz ich rozmieszczenie a także liczba zgłoszonych reklamacji, kiedy to elementy te zostały uwzględnione w kalkulacji szkody Powoda przedstawionej w Raporcie, ponieważ były wzięte pod uwagę przy obliczaniu udziału Powoda w rynku podmiotów VAT;

c) dla oszacowania szkody Powoda konieczna jest analiza rozmieszczenia i dostępności placówek pocztowych, kiedy to niniejsza sprawa dotyczy umownych usług pocztowych, tj. usług wysyłki przesyłek listowych nadawanych przez nadawców masowych, a nie powszechnych usług pocztowych, co oznacza, że analiza rozmieszczenia i dostępności placówek pocztowych nie ma żadnego wpływu na niniejszą sprawę;

8. art. 233 § 1 k.p.c. przez oparcie zaskarżonego wyroku na tezie nieznajdującej potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym i twierdzeniach Powoda, że gdyby regulacje w zakresie zwolnienia P. (...) z VAT były zgodne z dyrektywą, to Powód świadczyłby usługi dla wszystkich podmiotów, które w okresie od 1 stycznia 2010r. do 31 grudnia 2012 r. wybrały usługi świadczone przez P. (...), na co wskazywać miałyby - w ocenie Sądu 1 instancji - okoliczności, że:

a) Powód w tamtym czasie nie był jedynym podmiotem świadczącym usługi pocztowe, który mógłby konkurować z P. (...), albowiem były również inne podmioty konkurencyjne, kiedy to okoliczność ta została uwzględniona w kalkulacji szkody Powoda przedstawionej w Raporcie,

b) zmniejszył się udział Powoda w rynku usług dla podmiotów, dla których ważna jest cena netto w 2012 r. w porównaniu z 2011 r. z 6,7% do 4,9%, natomiast w rynku, dla podmiotów, dla których ważna jest cena brutto udział Powoda zwiększył się w 2012 r. w porównaniu z 2011 r. z 1,2 % do 2,2% pomimo niekorzystnych regulacji VAT, co w rzeczywistości tylko potwierdza, że przy kalkulacji szkody Powoda wzięto pod uwagę inne kryteria wyboru oferty niż kryterium ceny,

co w konsekwencji prowadzi do uznania, że wskazana teza Sądu I instancji jest błędna, ponieważ Powód wielokrotnie podkreślał, że przy prawidłowej implementacji przepisów unijnych do ustawy o VAT nie uzyskałby 100% udziału w rynku podmiotów non-VAT, ale jedynie taki sam bądź porównywalny udział w rynku podmiotów non-VAT jaki uzyskał w rynku podmiotów VAT;

9. art. 233 § 1 k.p.c. przez błędną ocenę materiału dowodowego nieznajdującą potwierdzenia w tym materiale dowodowym skutkującą uznaniem, że Powód nie poniósł szkody w postaci utraconych korzyści, kiedy z zeznań świadków wynika, że:

a) z powodu ograniczonych możliwości skutecznego konkurowania na rynku podmiotów non-VAT Powód poniósł szkodę, która spowodowana była mniejszym udziałem w rynku podmiotów non-VAT niż na analogicznym rynku podmiotów VAT oraz obniżoną marżą Powoda u tych klientów, spowodowaną chociażby koniecznością ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z fizycznym naklejaniem znaczków, co nie było konieczne przy konkurowaniu w świadczeniu usług na rynku podmiotów VAT,

b) Powód podejmował konkretne, intensywne działania mające na celu pozyskanie klientów z sektora podmiotów non-VAT, tj. głównie banków, towarzystw ubezpieczeniowych, czy podmiotów z sektora publiczno-administracyjnego, a tym samym zeznania świadków potwierdzają, że szkoda Powoda nie jest tzw. szkodą ewentualną - Powód aktywnie brał bowiem udział w przetargach, w których jednakże z uwagi na wynikające z wadliwej regulacji uprzywilejowanie podatkowe, bądź utrudnienia związane z ofertą Powoda opartą na znakach opłaty pocztowej, dokonywano wyboru oferty P. (...);

C. naruszenie przepisów prawa materialnego:

1. art. 6 w zw. z 361 § 2 k.c. w zw. z art. 417 i 417<sup>1</sup> k.c. przez jego błędną wykładnię, tj. uznanie, że dla wykazania szkody w postaci utraconych korzyści konieczne jest udowodnienie przez Powoda, że na pewno powiększyły swoje aktywa albo zmniejszyły swoje pasywa przez zwiększenie swojego udziału na rynku usług pocztowych, gdyby nie zwolnienie usług pocztowych P. (...) z podatku VAT, kiedy dla wykazania szkody w postaci utraconych korzyści wystarczające jest wykazanie wysokiego prawdopodobieństwa (a nie bezwzględnej pewności) wystąpienia utraconych korzyści;

W konkluzji skarżący wniósł o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania; ewentualnie zmianę wyroku przez zasądzenie od pozwanego kwoty 35.000.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia złożenia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztami procesu. Nadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów szczegółowo wymienionych w treści pisma na okoliczności tam wskazane.

**Pozwany** wniósł o oddalenie apelacji oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego wedle norm przepisanych.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

apelacja podlega oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Do części zarzutów apelacji Sąd Apelacyjny odniósł się w uzasadnieniu wyroku z 2 marca 2017r. stwierdzając, że pomimo, iż dowody załączone przez powódkę do pisma z 2.07.2014r. były spóźnione, to ich dopuszczenie nie spowodowałoby zwłoki w postępowaniu.

Ponieważ Sąd Najwyższy uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego z 2.03.2017r. nie podzielając stanowiska, że istota sprawy nie została rozpoznana, Sąd Apelacyjny uzupełnił postępowanie dowodowe przez dopuszczenie dowodu z dokumentów złożonych przez powódkę przy piśmie z 2 lipca 2014r. i z 4 lutego 2015r. na okoliczność szkody poniesionej przez powódkę, oraz dowodu z opinii biegłej sądowej A. M. o specjalności wycena i analiza przedsiębiorstw na okoliczność wyliczenia szkody w postaci utraconych przez powódkę korzyści za okres od 1.01.2010r. do 31.12.2012r.



Biegła sporządziła opinię pisemną oraz złożyła obszernie wyjaśnienia ustne. Żadna ze stron nie wniosła o uzupełnienie opinii i nie żądała dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego. Sąd Apelacyjny uznał, że opinia sporządzona przez A. M. jest fachowa rzetelna i wyczerpująca.

Z opinii biegłej wynika, że powódka dostarczyła dokumenty, które trudno zweryfikować, nie są to dane źródłowe pochodzące z systemu księgowego powódki, lecz opracowanie tych danych sporządzone w (...) w postaci tabel. Powódka nie dostarczyła ponadto danych dotyczących infrastruktury, poziomu zatrudnienia, rozmieszczenia placówek, opinii klientów. Na podstawie danych załączonych do akt nie można było stwierdzić jednoznacznie, jakie koszty ponoszone przez powódkę można przypisać do rynku podmiotów VAT i non VAT. Nie złożono wydruku z ksiąg rachunkowych, z kont nr (...) i (...), które zawierają ewidencję kosztów w ujęciu rodzajowym. Powódka ponosi koszty stałe i zmienne, stałe związane są m. innymi z utrzymaniem infrastruktury, zmienne z usługami obcymi i liczbą zatrudnionych pracowników. Z danych przedstawionych przez powódkę nie wynikało czy był przyjęty oraz jaki współczynnik dla określenia wysokości kosztów jej działalności na rynku podmiotów VAT i na rynku podmiotów non VAT i co stanowiło podstawę dla przyjęcia określonego współczynnika podziału kosztów. Biegła nie mogła dokonać analizy kosztów operacyjnych, które są niezbędne aby wygenerować określony przychód ze sprzedaży, zaś spółka przyjęła do analizy dane, które w ocenie biegłej nie korespondują z danymi wynikającymi z rachunku zysków i strat za lata 2010-2011 ( opinia pisemna k.1328). Nie zostały także przedstawione dokumenty wskazujące jak kształtował się dotychczas poziom inwestycji w spółce, zatem biegła nie mogła zweryfikować założenia przyjętego przez analityka sporządzającego raport załączony do pozwu. Poziom inwestycji przekłada się na zysk. Wpłynąłby na finalną wartość szkody. Powodowa spółka kalkulując szkodę uwzględniła wskaźnik nakładów inwestycyjnych do przychodów ze sprzedaży dla spółek porównywalnych, nie podała jednak o jakie spółki chodzi i w jaki sposób pozyskała informacje ( k.1330 opinia). W oparciu o dane załączone przez spółkę biegła nie miała możliwości zweryfikowania wysokości amortyzacji w odniesieniu do utraconych przychodów, nie miała także możliwości uwzględnienia zmian w kapitale obrotowym ( opinia pisemna k.1330)

Dla oszacowania szkody poniesionej przez powódkę biegła zastosowała metodę ustalenia wolnych przepływów pieniężnych ( k.1316 i ustnie k.1446). W metodzie tej zastosowanie ma algorytm: przychód - dodatkowe koszty operacyjne - podatek dochodowy + dodatkowa amortyzacja + dodatkowe zmiany w kapitale obrotowym, wskazany na stronie 16 opinii (k.1330). W ocenie biegłej wartość hipotetycznie utraconych środków stanowiła w latach 2010-2012 kwotę 6.879.054 zł. Biegła zastrzegła przy tym, że dane przekazane przez spółkę w wersji elektronicznej budziły wątpliwości. Są to dane pochodzące z rachunkowości zarządczej a więc opracowane na potrzeby wewnętrzne przedsiębiorstwa, wtórne w stosunku do danych księgowych w rozumieniu ustawy o rachunkowości i zweryfikowanie ich rzetelności nie było możliwe. W ocenie biegłej bardziej wiarygodne byłyby dane uzyskane z rachunkowości finansowej np. wydruki z systemu księgowego, umowy itp. W wielu plikach były wykonywane dodatkowe analizy, których wiarygodności i autorstwa nie można zweryfikować ( k.1331). W oparciu o załączoną dokumentację nie można precyzyjnie ustalić kosztów operacyjnych w odniesieniu do konkretnych przychodów stanowiących podstawę szkody ( k.1331 i opinia ustna k.1445).

Określając udział powódki w rynku nadawców masowych gdy idzie o podmioty VAT na 50 % i non VAT na 50 % biegła posłużyła się danymi przedstawionymi przez powódkę na nośniku elektronicznym, w których dokonano podziału klientów spółki na VAT i non VAT lecz nie miała możliwości zweryfikowania tych danych ( opinia pisemna k.1327). Powódka poza przychodami generowanymi przez podmioty VAT i non VAT wyszczególniła przychody niesklasyfikowane jako VAT i non VAT, których biegła nie mogła zweryfikować (k.1326 i ustnie k.1446) z uwagi na nie załączenie umów zawartych z tymi podmiotami. Do sumy przychodów od podmiotów VAT i non VAT biegła dodawała przychody nie sklasyfikowane, bo nie wiedziała co z nimi zrobić wobec niemożności ich weryfikacji (k.1446).

W ocenie Sadu Apelacyjnego, taki stan rzeczy determinuje kwalifikację wyliczeń zawartych w opinii biegłej jako strictly hipotetyczne, oparte o znaczną ilość dodatkowych założeń przyjętych w związku z brakiem stosownego materiału dowodowego a także o materiały przedłożone przez powódkę na nośniku elektronicznym nie poddające się weryfikacji ze względu na brak dokumentów źródłowych. Koncentracja materiału dowodowego niezbędnego dla wykazania

szkody doznanej przez powódkę wbrew zarzutom apelacji, nie nastąpiła, w związku z brakiem stosownej inicjatywy dowodowej po stronie powódki. Składając dane na nośniku elektronicznym powódka twierdziła, że są to dane źródłowe stanowiące podstawę raportu załączonego do pozwu, jednak twierdzenie to zostało zakwestionowane przez biegłą.

Należy podkreślić, że w opinii sporządzonej przed sądem I instancji biegła szczegółowo wskazała, jakie dane są niezbędne dla oszacowania doznanej przez powódkę szkody. Biegła wskazała, że brakuje:

1. danych statystycznych dotyczących liczby placówek pocztowych spółki i ich rozmieszczenia;
2. informacji dotyczących długości dotarcia przesyłek listowych do klienta;
3. informacji dotyczących wszystkich podmiotów, z którymi powódka zawierała umowy przed i po okresie objętym potencjalną szkodą;
4. danych finansowych dotyczących struktury przychodów i kosztów powódki,
5. liczby reklamacji złożonych na działalność powódki i innych podmiotów;
6. szczegółowych danych finansowych w szczególności dotyczących struktury przychodów oraz kosztów powódki ( k.803-804).

Pomimo jasnego stanowiska biegłej powódka nie przedstawiła szeregu danych niezbędnych do rzetelnego wyliczenia szkody w tym danych, o których mowa w punktach 1,3,4, 6 wskazanych wyżej). Gdy chodzi o dane dotyczące ilości placówek, to wprawdzie złożone zostało zestawienie ( k.841 i 842, ale nie wynika z niego czy placówki rozmieszczone były tylko w miastach czy również na obszarach wiejskich).

Na rozprawie apelacyjnej powódka nie wносиła o uzupełnienie opinii i nie oferowała dalszych dowodów, na których brak wskazała biegłą.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny uznał, że powódka nie udowodniła wysokości szkody. Nie przedstawiła danych dotyczących szeregu kryteriów mających znaczenie dla wyboru oferty takich chociażby jak rozmieszczenie placówek pocztowych, pozwalających na oszacowanie atrakcyjności jej oferty w stosunku do ofert konkurentów. Nie sposób ustalić czy i w jakim zakresie powódka zdolna była świadczyć usługi w obszarach wiejskich, jaką ilością pracowników dysponowała. Nie przedstawiła struktury przychodów i kosztów. Przyjęte przez biegłą założenie, że powódka osiągnęłaby udział w rynku podmiotów non VAT na takim samym poziomie jak w rynku podmiotów VAT stanowi hipotezę wymagającą weryfikacji pod kątem rzeczywistych możliwości takiego dodatkowego zajęcia rynku przez spółkę (...) w spornym okresie. P. (...) S.A. świadczyła usługi o charakterze powszechnym na rynku usług pocztowych w obszarach wiejskich i miejskich. Powódka świadczyła usługi przede wszystkim w obszarach miejskich. W zaoferowanym materiale dowodowym brakuje informacji istotnych dla oceny możliwości budowania przez powódkę przewagi konkurencyjnej zwłaszcza dotyczących infrastruktury, zasobów osobowych, logistyki. Powódka nie przedstawiła sądowi rzetelnego podziału swoich klientów na podmioty VAT i non VAT wyodrębniając grupę przychodów od podmiotów niesklasyfikowanych, przez co niemożliwe jest ustalenie jej rzeczywistego udziału w rynku poszczególnych podmiotów a tym samym ustalenie o ile zwiększyłaby swój udział na rynku usług pocztowych, gdyby nie zwolnienie usług pocztowych P. (...) z podatku VAT.

Wywody Sądu Okręgowego dotyczące szkody i wykładnia przepisów prawa są prawidłowe. Rację ma ten sąd, że z istoty swej szkoda w postaci utraconych korzyści ma zawsze charakter hipotetyczny i do końca nieweryfikowalny. Szkoda taka musi być przez poszkodowanego wykazana z tak dużym prawdopodobieństwem, aby uzasadniała w świetle doświadczenia życiowego przyjęcie, że utrata korzyści rzeczywiście nastąpiła. Na powódce spoczywał obowiązek udowodnienia wysokiego prawdopodobieństwa wystąpienia szkody i jej wysokości.

W świetle zaferowanego materiału dowodowego nie sposób przyjąć, że powódka udowodniła wysokie prawdopodobieństwo utraty korzyści w kwocie wyliczonej przez biegłą A. M..

Wobec nie złożenia przez powódkę źródłowej dokumentacji finansowej niemożliwe jest zastosowanie art. 322 k.p.c., który stanowi, że jeżeli w sprawie o naprawienie szkody, sąd uzna, że ściśle udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione, może w wyroku zasądzić odpowiednią sumę według swej oceny, opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy. W judykaturze wypowiedziano pogląd, że z uprawnienia zawartego w art. 322 sąd może skorzystać dopiero wówczas, gdy po wyczerpaniu wszystkich dostępnych dowodów okaże się, że ściśle udowodnienie żądania jest niemożliwe lub nader utrudnione (wyrok SN z dnia 26 stycznia 1976 r., I CR 954/75, LEX nr 7795). Mając na uwadze kontrydiktoryjność w procesie cywilnym, sąd nie może przez zastosowanie art. 322 k.p.c. zwolnić powoda z ciężaru gromadzenia materiału procesowego i dowodzenia faktów. Zatem stosowanie art. 322 k.p.c. możliwe jest dopiero, jeżeli powód wyczerpał wszelkie możliwe środki dowodowe.

W sprawie niniejszej powódka nie wyczerpała dostępnych środków dowodowych z własnej winy. Miała bowiem obiektywną możliwość dostarczenia posiadanej przez siebie dokumentacji finansowej niezbędnej do wydania opinii, pozwalającej na określenie wysokości utraconych przez nią korzyści ale nie zrobiła tego. Nie może zatem oczekiwać, że sąd zasądzi na jej rzecz sumę opartą na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy. Materiały w postaci dokumentów załączonych do akt świadczące o tym, że powódka stawiała do przetargów ale ich nie wygrała, oraz że zmuszona była ograniczać swoją marżę, czy naklejać znaczki, co generowało dodatkowe koszty, mają charakter wyrwykowy. Powódka nie wskazała do ilu przetargów stanęła w spornym okresie, ile z nich wygrała a ile przegrała, jaki był koszt naklejania dodatkowych znaczków i o ile obniżyły się jej dochody z uwagi na ograniczenie marży w latach 2010 - 2012. Z kolei zeznania świadków mają charakter ogólnikowy i nie dostarczają wiedzy księgowej, a co za tym idzie nie pozwalają na dokonanie wyliczeń, które można byłoby uznać za określające wysokość utraconych korzyści z wysokim stopniem prawdopodobieństwa.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne poczynione przez sąd I instancji i mimo uzupełnienia materiału dowodowego nie znalazł podstaw do uwzględnienia powództwa ze względu na nieudowodnienie wysokości szkody.

Niewątpliwie zwolnienie z podatku od towarów i usług (VAT) wszystkich usług pocztowych świadczonych przez operatora publicznego (P. (...)) podczas gdy zgodnie z prawem Unii Europejskiej zwolnienie z VAT mogło dotyczyć wyłącznie tzw. usług powszechnych, których cena nie podlega indywidualnym negocjacjom, wpływało na to, że powódka była mniej konkurencyjna na rynku podmiotów, które za podstawę wyboru oferty brały cenę brutto, a nie cenę netto. Brak dostosowania prawa krajowego do norm prawa unijnego stanowił dla powódki utrudnienie w dostępie do rynku podmiotów z sektora finansowego i sektora administracji publicznej, dla których decydującym kryterium wyboru oferty na świadczenie usług pocztowych była cena brutto i mógł stanowić źródło szkody powódki w postaci utraty korzyści. Rację ma jednak sąd I instancji, że raport opracowany przez powódkę nie może być uznany za wystarczający dowód poniesienia szkody oraz jej wysokości. Raport ten stanowi dokument prywatny zatem jest jedynie dowodem na to, że osoby go sporządzające złożyły oświadczenia zawarte w tym dokumencie ( art. 245 k.p.c.), nie stanowi jednak dowodu na to, że oświadczenia te są zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Ponieważ strona pozwana kwestionowała tezy zawarte w raporcie, konieczne było ich udowodnienie za pośrednictwem dowodu z opinii biegłego sądowego. Powódka obowiązkowi temu nie podołała. Biegła nie podzieliła tez zawartych w raporcie gdy idzie o wysokość potencjalnej szkody, co wystarczająco podważa rzetelność raportu. Niestety ze względu na nie złożenie przez powódkę materiałów źródłowych wskazanych przez biegłą, opinia biegłej o wysokości szkody doznanej przez powódkę ma charakter jedynie teoretyczny. Niemożliwe jest w świetle zgromadzonych dowodów przyjęcie, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo iż szkoda w wysokości wyliczonej przez biegłą rzeczywiście powstała po stronie powódki. W tej sytuacji szkoda w takiej kwocie jaką wyliczyła biegła może być uznana jedynie za szkodę ewentualną. Powódka nie udowodniła, że gdyby przy składaniu ofert i udziale w przetargach na rynku usług pocztowych świadczonych na rzecz podmiotów non VAT mogła kalkulować ceny swoich usług na takich samych zasadach co P. (...), to miałaby taki sam udział w rynku podmiotów non VAT jaki miała w rynku podmiotów VAT. Na podstawie złożonych przez nią

dowodów nie sposób nawet ustalić jaki był rzeczywisty udział powódki w rynku podmiotów VAT i non VAT w spornym okresie albowiem powódka nie potrafi zaszeregować części swoich klientów do żadnej z wyżej wymienionej kategorii wyodrębniając grupę przychodów od podmiotów niesklasyfikowanych.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne poczynione przez sąd I instancji i oddalił apelację na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach procesu Sąd Apelacyjny orzekł zgodnie z wynikiem sporu w oparciu o art. 98 par. 1 i 3 k.p.c.

Edyta Jefimko Ewa Kaniok Marta Szerel