

*Sygn. akt I ACa 1059/12*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 5 marca 2013 r.**

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

**Przewodniczący – Sędzia SA – Roman Dzięczek**

**Sędzia SA – Bogdan Świerczakowski (spr.)**

**Sędzia SO del. – Joanna Zaporowska**

**Protokolant – st. sekr. sąd. Ewelina Walczuk**

po rozpoznaniu w dniu 19 lutego 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w G.

przeciwko (...) S.A. z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 8 marca 2012 r. sygn. akt XVI GC 419/10

1. oddała apelację,

2. zasądza od pozwanego (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w G. kwotę 5400 (pięć tysięcy czterysta) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I ACa 1059/12

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 8 marca 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. kwotę 1.203.118,01 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 17 kwietnia 2009 r. do dnia zapłaty (pkt I), oddalił powództwo w pozostałej części (pkt II) i zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 67.873 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt III).

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło na podstawie następujących ustaleń faktycznych i oceny prawnej.

W dniu 21 października 2004 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. (obecnie (...) sp. z o.o. z siedzibą w G.) zawarł z (...) S.A. (dalej:(...), (...) - sp. z o.o. i spółka” Sp.k. oraz (...) sp. z o.o., reprezentowanymi przez (...) sp. z o.o. i spółka” Sp.k., umowę regulującą zasady szeroko rozumianej współpracy handlowej w zakresie dostaw towarów realizowanych przez dostawcę do placówek handlowych zamawiających oraz usług świadczonych przez zamawiającego w związku z obrotem tymi towarami. Powód sprzedawał pozwanemu mrożone artykuły spożywcze w postaci ryb, owoców morza i gotowych dań mrożonych.

W dniu 16 lutego 2005 r. w załączniku nr(...)określono wysokość premii pieniężnych na asortyment dostawcy - miesięcznej na rzecz każdego z zamawiających w wysokości 3 % obrotu i rocznej na rzecz wszystkich zamawiających na 1,5 % od łącznego obrotu z zamawiającymi, a niezależnie od tych premii w aneksie nr (...) dostawca przyznał zamawiającemu premię pieniężną na wskazany towar, sprzedawany w określonym okresie.

Dnia 18 listopada 2005 r. strony związały się kolejnymi załącznikami do ww. umowy. W załączniku nr(...) określono „warunki handlowe”, w tym rabat podstawowy w wysokości 12 % ceny zakupu. Załącznik nr(...) stanowiło zamówienie wykonania usług, w tym usługi w ramach budżetu promocyjnego o wartości 3 % obrotu, usługi reklamowej 4 % obrotu, usługi konsultacji handlowych 1.000 zł za usługę, usługi MIS 2,5 % obrotu, usługa CRM1 6.000 zł i 2.000 zł za usługę oraz usługi CRM2 6.000 zł za usługę. Załącznik nr (...) określał wysokość premii pieniężnych miesięcznej i rocznej na asortyment dostawcy, na tożsamym poziomie jak załącznik z 16 lutego 2005 r. Niezależnie od tych premii, w aneksie nr (...) z dnia 1 lipca 2005 r. oraz w aneksie nr (...) z dnia 10 czerwca 2006 i z dnia 30 czerwca 2006 r. dostawca przyznał zamawiającemu premię pieniężną na wymieniony towar.

Załącznik do ww. umowy stanowiły warunki logistyczne i wynagrodzenie za usługi transportowe. Powód dostarczać miał sprzedawany towar do miejsc wskazanych przez dostawcę usług (...) Sp. z o.o. i Spółka” Sp. k. (dalej: (...)), który od 26 czerwca 2006 r. świadczyć miał na rzecz powoda usługi logistyczne i transportowe. Wynagrodzenie za świadczenie tych usług określono na 4,2 % obrotu.

W dniu 5 października 2006 r. powód związał się z pozwanym umową o świadczenie usług, w której uregulowano zasady świadczenia usług i przyznawania przez powoda premii pieniężnych z tytułu osiągniętych założeń. Zdefiniowano premię pieniężną miesięczną i roczną, usługę CRM 1 (opracowanie projektu koncepcji dostosowania asortymentu pochodzącego od zamawiającego, a nabywanego przez pozwanego do wymagań nowego rynku lokalnego), usługę CRM 2 (opracowanie projektu koncepcji dostosowania asortymentu do odmiennych wymagań rynku), usługę informacji marketingowej MIS (analiza sprzedaży poszczególnych towarów lub grup towarów zamawiającego z podziałem na dowolne okresy i regiony oraz przedstawienie trendów w sprzedaży tych towarów), usługę konsultacji handlowych (konsultacje w zakresie ceny, opakowania, jakości, pozycjonowania na rynku, planów sprzedaży, projektów marketingowych i innych elementów istotnych dla handlu towarami zamawiającego), usługi reklamowe (działania zmierzające do kreowania wizerunku marki i/lub aktualnego postrzegania firmy dostawcy, np. reklama w gazetce, ich drukowanie i dystrybucja) oraz usługi w ramach budżetu promocyjnego (np. udostępnianie powierzchni do ekspozycji plakatów i innych materiałów przekazywanych przez dostawcę, udostępnianie powierzchni celem przeprowadzenia degustacji, promocji, prezentacji, dystrybucja materiałów reklamowych dostarczonych przez dostawcę, umieszczenie informacji o produkcie dostawcy na stałym nośniku reklamy, wyeksponowanie logo/marki dostawcy). Załącznik nr(...) do umowy o świadczenie usług stanowiło zamówienie wykonania usług, na które składały się usługi identyczne jak w ww. załączniku nr(...) z dnia 18 listopada 2005 r., o tożsamej wartości tych usług, natomiast załącznik nr(...) do tej umowy posiadał identyczną treść jak załącznik nr(...) z dnia 18 listopada 2005 r.

W dniu 5 marca 2007 r. strony zawarły kolejną umowę o współpracę handlową nr (...), która zastąpiła wszelkie dotychczasowe umowy i porozumienia stron, z wyjątkiem m.in. umowy o warunkach logistycznych i wynagrodzeniu za usługi transportowe oraz załączników w tym przedmiocie. W załączniku nr (...) do przedmiotowej umowy wprowadzono definicje pojęć użytych w umowie, w tym definicje różnych rabatów, w załączniku nr(...) uregulowano warunki zamówień i dostaw, natomiast w załączniku nr (...) uregulowano warunki handlowe i płatności. W tym samym dniu strony zawarły również nowe oświadczenie usług nr (...), w której uregulowały zasady świadczenia usług przez pozwanego na rzecz powoda i zasady przyznawania przez powoda premii pieniężnych z tytułu osiągniętych założeń. W umowie zdefiniowano premię pieniężną (wynagrodzenie należne pozwanemu za wszystkie działania zmierzające do zwiększania satysfakcji konsumenta, a w konsekwencji do efektywnej sprzedaży towarów pochodzących od dostawcy) oraz usługi w ramach budżetu promocyjnego, reklamowe, konsultacji handlowych, informacji marketingowej MIS, CRM 1 i CRM 2. W dniu 5 marca 2007 r. strony podpisały również porozumienie o warunkach handlowych na 2007 rok, stanowiące załącznik nr(...)do ww. umowy o współpracę handlową, w którym określono wartość zamawianych usług reklamowych na 4,5 % obrotu, premii pieniężnej 1 na 2,5 % obrotu, usługi CMR 1 na 8.000

zł i 3.000 zł za każdą usługę, usługi CRM 2 na 8.000 zł za usługę, rabatu podstawowego na 12 % obrotu, usług w ramach budżetu promocyjnego na 5 % obrotu, usługi MIS na 1,5 % obrotu, premii pieniężnej okresowej na 3 % obrotu oraz usług konsultacji handlowej na 1.000 zł za usługę. W załączniku nr(...) do umowy o świadczenie usług strony uregulowały zasady przyznawania premii pieniężnej, uzależniając ją od obrotu osiągniętego u danego zamawiającego. Od dnia 1 stycznia 2008 r. strony wiązały załącznik nr (...) do ww. umowy o świadczenie usług w postaci porozumienia dotyczącego usługi (...), polegającej na uzyskaniu przez dostawcę dostępu do portalu (...) w którym udostępniony był system umożliwiający generowanie on-line raportów dotyczących artykułów dostawcy przeznaczonych dla danego zamawiającego. Równocześnie od dnia 1 stycznia 2008 r. strony związały się aneksem do ww. umowy o świadczenie usług, w którym usługi w ramach budżetu promocyjnego zamieniono na usługę zarządzania budżetem marketingowym (zarządzanie portfelem działań promocyjnych i reklamowych powoda poprzez decyzje o doborze odpowiednich środków marketingowych w celu wspierania promocji i reklamy zleceniodawcy w punktach sprzedaży zleceniodawcy) oraz zdefiniowano usługę (...).

Od dnia 1 stycznia 2008 r. strony wiązało również porozumienie o warunkach handlowych na 2008 rok (nowy załącznik nr (...) do ww. umowy o współpracę), w którym na takim samym poziomie określono wartość premii pieniężnej 1, usług CRM 1 i CRM 2 oraz rabatu podstawowego, natomiast do 3,5 % od obrotu zwiększono wartość premii pieniężnej okresowej oraz do 1.100 zł wynagrodzenia za usługę konsultacji handlowej. Dodatkowo określono wartość zarządzania budżetem marketingowym na 8 % obrotu oraz usługi (...) na 3,5 % obrotu .

Niezależnie od powyższych umów strony w dniach: 8, 21 i 27 sierpnia 2007 r., 4 i 13 września 2007 r., 19 i 30 października 2007 r. oraz 5 i 6 listopada 2007 r. zawierały odrębne umowy o świadczenie przez (...) usług promocyjnych polegających na zamieszczaniu przez (...) informacji o marce wraz z towarem powoda w specjalnie wyekspozowanym miejscu, tj. na końcówce lady chłodniczej na terenie konkretnej hali(...). W umowach tych strony każdorazowo określały kwotowe wynagrodzenie przysługujące(...) za wykonanie usługi. W dniu 6 lipca 2007 r. strony zawarły również kontrakt na prowadzenie akcji promocyjnej na określonej powierzchni na terenie Hali (...) w O., za określonym kwotowo wynagrodzeniem. Powód korzystał również z tzw. X-tra promotion - cyklu wydawniczego(...), ukazującego się z okazji rocznicy firmy. Za udział w tej promocji pobierana była jednostkowa opłata.

(...) S.A. jest częścią międzynarodowego koncernu handlowego M. (...) i w ramach grupy występuje jako kupiec strategiczny. Podstawą działalności pozwanego jest zakup i odsprzedaż produktu, a dodatkowo świadczenie usług. W ocenianym okresie ww. grupa posiadała określony globalny budżet obrotów do wypracowania w ramach określonej kategorii produktów (np. dla dostawców ryb i owoców morza). Budżet ten rozkładany był pomiędzy kupców strategicznych (jak np. pozwany) i w stosunku do każdego kupca wyrażał się określoną kwotą, którą w danym roku kupiec miał zrealizować, tzn. „zebrać” od swoich dostawców. W konsekwencji każdy kupiec miał określony budżet obrotów do wypracowania w ramach danej kategorii produktów. Kupiec decydował o rozłożeniu tego budżetu na poszczególnych dostawców i o takim określeniu warunków handlowych z konkretnym dostawcą, aby budżet został zrealizowany. Na warunki handlowe istotne dla realizacji budżetu składała się wartość usług, z których dostawca korzystał oraz wysokość premii i rabatów, których udzielał - im większa ich ilość, tym większa część budżetu obrotów była realizowana. Ustalane przez kupca strategicznego i sprecyzowane dla danego dostawcy warunki handlowe przedstawiane były następnie przez kupca do (...) Sp. z o.o. i spółka” Sp.k, której reprezentanci ostatecznie podpisywali kontrakt z danym dostawcą.

Podpisanie pierwszej umowy stron poprzedzało kilka spotkań, ale zapisy umowy nie były negocjowane. Dokument umowy, już podpisany przez reprezentantów (...) Sp. z o.o. i spółka” Sp.k., działających w imieniu pozwanego, został dostarczony reprezentantowi powoda J. K. przez W. W. - reprezentanta kupca (pозwanego), który w świetle postanowień umowy odpowiedzialny był za sprawy handlowe.

Spotkanie, na którym doszło do podpisania umowy odbyło się w siedzibie (...) i trwało 15 minut. Przedstawiciel powoda miał kontakt z osobami, które podpisały umowę w imieniu pozwanego, lecz jedynie z W. W., który dostarczył mu umowę. Przedstawiciel kupca poinformował powoda, iż warunki przewidziane w umowie są standardowe i dotyczą dostawców z danej grupy asortymentowej. Powód próbował negocjować ogólne warunki umowy, jednak



Usługi promocyjne realizowane były z listy asortymentowej danego dostawcy, przy czym to pozwany wybierał asortyment i termin promocji, informował o tym dostawcę, który miał dostarczyć określoną ilość danego asortymentu. Jeżeli w danym momencie dostawca nie mógł zrealizować zamówienia, (...) nakładało na niego kary za brak realizacji dostawy. Były prowadzone reklamacje produktów powoda z udziałem hostess, jednak powód nie posiadał o nich wiedzy. Powód podejmował próbę ustalenia dogodnych dla niego terminów promocji, jednak okresy te były narzucane przez pozwanego i często odbywały się w okresach martwych (nie przedświątecznych). Powód nie miał również wpływu na to w jakim miejscu zostanie zamieszczona jego reklama, ani w jakim miejscu w bonecie znajdzie się jego produkt.

Usługa reklamowa polegała na zamieszczaniu produktów dostarczanych do pozwanego w ogólnopolskich obiektach(...). Dany dział sklepu pozwanego posiadał do dyspozycji jedną lub dwie strony gazetki, którą pracownicy pozwanego dzielili pomiędzy różnych dostawców i na różny asortyment. Decyzje w zakresie umieszczenia towarów w gazetkach i ich pozycjonowania podejmował pozwany - jego pracownicy wybierali produkt z oferty dostawcy, informowali go o tym, po czym ten akceptował produkt do promocji, albo wskazywał inny produkt. Najczęściej w gazetkach zamieszczany był produkty najtańsze, po to, aby zwielowokrotnie sprzedaż, aczkolwiek towary konfekcjonowane także były w gazetkach zamieszczane. Ostateczny wybór towaru zamieszczanego w gazetce należał do pozwanego - w przypadku działu rybnego decyzję podejmował manager W. W.. Na zdjęciu w gazetce umieszczany był produkt, jego opis, waga i cena, a także logo dostawcy. Kilka produktów powoda było promowanych w gazetkach pozwanego oraz korzystało z publikacji w (...). Publikacje zdjęć towarów pochodzących od powoda w gazetkach promocyjnych(...)były poprzedzane informacją wysyłaną do powoda z prośbą o potwierdzenie udziału w promocji gazetowej Oferta (...) i zadeklarowanie 100% realizacji zamówień promocyjnych oraz promocyjnej ceny zakupu. Z promocją wiązała się konieczność obniżenia ceny w stosunku do ceny ustalonej już po upuście o dalszy rabat promocyjny, co dawało cenę promocyjną do fakturowania. Wysokość rabatu na okres promocji ustalana była przez pracowników pozwanego. W sytuacji braku możliwości zrealizowania zamówienia powód informował o tym pozwanego, a za brak realizacji otrzymywał kary. W 2006 r. towar powoda brał udział w promocji gazetowej (...) 14 razy, w 2007 r. - 20 razy i w 2008r. - 3 razy, natomiast w 2007 i 2008 r. jednokrotnie wystawiony był na końcówce bonety mrożonkowej. W 2007 r. zdjęcia towarów zakupionych od powoda, opatrzone jego logo, zostały zamieszczone w gazetkach promocyjnych wydawanych przez (...) na okres od 18-31.07.2006 r., 26.09-9.10.2006 r., 24.10-6.11.2006 r., 7.11-20.11.2006 r., 21.11-4.12.2006 r., 5-18.12.2006 r., 19.12.2006 r. -1.01.2007 r., 2-15.01.2007 r., 10- 23.04.2007 r., 31.07-13.08.2007 r., 28.08-10.09.2007 r., 11.09-24.09.2007 r., 23.10-5.11.2007 r., 18- 31.12.2007 r., 1-14.01.2008 r., przy czym w niektórych przypadkach gazetki promocyjne na ten sam okres wydawane były odrębnie dla kilku hal (...)

Usługa zarządzania budżetem marketingowym polegała na promowaniu danej firmy lub artykułów na stronach internetowych (...) oraz na oferowaniu usług promocyjnych dostawcom. Powód nie wiedział jednak czego usługa ta dotyczyła i w jego odczuciu nie miała żadnych korzyści dla spółki.

Usługa MIS polegała na dostarczaniu dostawcy informacji o sprzedaży jego towaru w danych halach(...) oraz ilości zapasów. Informacje te były przekazywane ustnie J. K. przez managera W. W.. Została zastąpiona przez usługę (...), polegającą na umożliwieniu dostawcy dostępu do portalu internetowego, na którym mógł uzyskać informację o sprzedaży jego asortymentu w wybranym terminie i w poszczególnych sklepach. Usługa ta nie miała żadnej korzyści dla spółki, albowiem wiedzę tych samych informacjach powód posiadał z wystawionych przez siebie faktur.

Usługa CRM związana była z prowadzonym przez pozwanego badaniem konkretnego rynku, na którym pozwany zamierzał otworzyć nową halę. Badanie dotyczyło asortymentu i obecności dostawcy na danym rynku, a w oparciu o jego wyniki pozwany dostosowywał asortyment do wymogów rynku i klientów oraz sporządzał odpowiedni dokument dla dostawcy. Także ta usługa na wymiernej korzyści dla spółki.

Usługa konsultacji handlowych była zbliżona do CRM, jednak opracowywana była na poziomie konkretnego artykułu. Polegała na pozycjonowaniu artykułów w danym obszarze Polski i miała określać zachowania zakupowe na danym

obszarze. Pozwany badał czy dany towar będzie odpowiedni do wymagań runku i klienta pod kątem składu, wielkości, wyglądu opakowania oraz poziomu cenowego.

Usługa wynajmu powierzchni miała dotyczyć wynajmowania powierzchni w hali (...) celem przeprowadzenia promocji, degustacji lub animacji. Powód najmu powierzchni od(...) nie zamawiał.

W pierwszych latach współpracy powód dostarczał towar do hal (...) korzystając z własnego transportu, jednak później wprowadzona została usługa transportowa świadczona przez spółkę logistyczną z Grupy M. - (...). Wówczas to powód zobowiązany był dostarczać sprzedawanemu towar do magazynu (...), skąd świadczący usługę przewoził towar do hal (...) Powód miał możliwość korzystania z własnych samochodów i z zewnętrznych firm transportowych celem bezpośredniego dostarczenia towaru do poszczególnych hal (...) co było dla niego bardziej opłacalne. W drodze powrotnej po dostarczeniu towaru pojazd mógł bowiem dokonać przewozu na rzecz innego podmiotu, dzięki czemu zarabiał sam na sobie.

Premia pieniężna stanowiła rabat potransakcyjny liczony od całości obrotu na koniec miesiąca lub roku. Premie mieściły się w zakresie budżetu, który miał zrealizować kupiec strategiczny na rzecz grupy.

Wykonywanie usług należało do(...), które nie żądało od powoda dostarczenia własnych materiałów promocyjnych. Ich cena ustalana była indywidualnie jako konkretny procent od obrotu miesięcznego lub rocznego.(...) partycypowało w kosztach realizacji usług, albowiem miało interes aby produkty pokazywać w gazetkach.

W trakcie kilkuletniej współpracy powód nie kwestionował ważności umów łączących strony oraz warunków wykonywania usług przez pozwanego. Nie zgłaszał również reklamacji odnośnie jakości usług i pobieranych za nie opłat. Powodowa spółka w spornym okresie była małą firmą, której zależało na rozwoju i dotarciu do klienta bezpośredniego. Nie była liderem na rynku ryb mrożonych. Celem powoda było posiadania stabilnego odbiorcy, który zagwarantuje mu obrót i dzięki temu spółka będzie mogła zwiększać linie kredytowe w bankach. W trakcie współpracy stron powód wziął udział w przetargu na najlepiej sprzedające się artykuły, jednak nie realizował umów, do realizacji których z mocy przetargu był zobowiązany. Z uwagi na to pozwany stosował wobec powoda wysokie kary pieniężne, co ostatecznie doprowadziło do rozwiązania umowy przez powoda.

W dniu 10 kwietnia 2009 r. (...) sp. z o.o. wezwał (...) S.A. do zapłaty kwoty 1.209.547,08 zł tytułem zwrotu zapłaty za tzw. „opłaty za dopuszczenie towaru do sprzedaży” w terminie 3 dni pod rygorem skierowania sprawy na drogę sądową. Wezwanie to pozostało bez odpowiedzi.

W dniu 17 kwietnia 2009 r. (...) Sp. z o.o. skierował do Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy w Warszawie wniosek o zawiązanie (...) S.A. do ugodowej w sprawie o zapłatę kwoty 1.203.118,01 zł wraz z odsetkami z tytułu bezpodstawnie uzyskanych przez przeciwnika wzywającego korzyści wynikających z popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Na posiedzenie pojednawcze uczestnik się nie stawił.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że z uwagi na prekluzję dowodową (art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c.), oddalił wnioski pozwanego zgłoszone w piśmie procesowym z dnia 21 kwietnia 2011 r. (k. 932).

Oceniając roszczenie Sąd przede wszystkim wskazał na treść art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (j.t. Dz. U. z 2003r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) i przyczynę jego wprowadzenia w 2002 r., jakim była konstatacja, że sklepy wielkopowierzchniowe pobierają od dostawców szczególne opłaty, w tym zwłaszcza za samo wejście do sieci, za reklamę i promocję towarów, za miejsce ekspozycji towarów oraz za wprowadzenie towaru do sieci informatycznej. Powstawały zatem sytuacje, w których w razie sprzedaży towarów, świadczenia pieniężne spełniał nie tylko kupujący, ale także sprzedawca (tak E. Nowińska, M. du Vall w: Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Lexis Nexis, Warszawa 2008, s. 193). Celem tego przepisu jest wyeliminowanie sytuacji, w której zawarcie umowy sprzedaży zależy od dodatkowego świadczenia pieniężnego po stronie sprzedawcy. Nie oznacza to, że pomiędzy sprzedawcą a kupującym niedopuszczalne jest nawiązywanie relacji umownych, w których po stronie sprzedawcy istnieje obowiązek świadczenia pieniężnego, jednakże pod warunkiem,

że ekwiwalentem tego świadczenia jest świadczenie kupującego, inne niż sprzedaż towaru zakupionego od sprzedawcy. Mianowicie, gdy przedsiębiorca nabywający towar do dalszej odsprzedaży spełnia na rzecz zbywcy świadczenia niezwiązane z realizacją własnego interesu dotyczącego przedmiotu umowy i niezwiązane ze standardową sprzedażą towarów finalnym odbiorcom, np. na życzenie dostawcy umieszcza w sklepie reklamy o treści przez niego określonej lub z nim uzgodnionej, albo dokonuje szczególnej akcji promocyjnej. Ciężar udowodnienia okoliczności, które miałyby wyłączyć kwalifikację określonego świadczenia jako świadczenia niedopuszczalnego w świetle omawianej regulacji, spoczywa na przedsiębiorcy, który twierdzi, że omawiane unormowanie nie ma zastosowania (tak E. Nowińska, M. du Vall w: Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Lexis Nexis, Warszawa 2008, s. 195).

W każdym przypadku pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży dochodzi do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Z brzmienia przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. wynika bowiem, że nie jest potrzebne dodatkowe wykazywanie czy w następstwie pobrania dodatkowych opłat miało miejsce utrudnienie dostępu do rynku, sam ustawodawca zakwalifikował takie działanie, jako utrudniające dostęp do rynku. Bez znaczenia jest czy sprzedawca mógł zbyć te towary innym kupującemu, oraz czy zbycie towarów przedsiębiorcy pobierającemu takie opłaty jest mniej czy bardziej opłacalne ekonomicznie dla sprzedającego, niż zbycie innemu przedsiębiorcy. Pojęcie „marża handlowa”, o której mowa w tym przepisie nie jest jasne. Strony negocjują ceny sprzedaży i w tym kontekście marżę kupującego jest różnica pomiędzy uzyskaną przez kupującego ceną odsprzedaży a ceną zakupu. Ustawodawca nie ingeruje w wysokość ustalanych marż czy cen, z omawianej regulacji wynika jedynie, że na tych uzgodnieniach winny zakończyć się finansowe rozliczenia stron. Istotne jest to, że nie jest dopuszczalne pobieranie opłat za jakiegokolwiek świadczenia związane ze standardową sprzedażą towarów ostatecznemu odbiorcy. Po dokonaniu sprzedaży kupujący nie spełnia już żadnych świadczeń na rzecz pierwotnego sprzedawcy. Ogół podejmowanych wówczas przez niego działań promocyjno-marketingowych dotyczących odsprzedawanych towarów, służy korzystnemu zbyciu ich przez kupującego finalnemu odbiorcy.

O utrudnianiu dostępu do rynku świadczyć może m. in. praktyka zawierania umów marketingowych towarzyszących umowie sprzedaży towarów do sieci (z każdym dostawcą towarów), zachwianie odpowiedniej, rzeczowej i finansowej relacji porozumień marketingowych (ich częstotliwości i okresów) do sprzedawanej do sieci masy towarowej (zjawisko tzw. nadmarketingu), narzucanie sprzedawcy wielu postaci rabatów (w ramach dostawy tego samego towaru do sieci), tworzenia niejasnych z punktu widzenia umowy głównej (sprzedaży/dostawy) tzw. budżetów promocyjnych o charakterze tzw. kredytu handlowego, czy zawieranie umów o promocję towaru renomowanego. Element nieuczciwości w działaniu kupującego pojawia się m. in. wówczas, gdy opłaty marketingowe ponoszone przez dostawcę do sieci są niewspółmiernie większym obciążeniem finansowym dla dostawcy niż koszty stworzenia przez niego samodzielnej akcji marketingowej, tj. bez powiązania jej z umową główną (sprzedaży/dostawy do sieci). Przewidziany w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. delikt pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży może przybrać postać zawieranych obok umowy sprzedaży tego towaru do dużej sieci handlowej, tzw. porozumień marketingowo promocyjnych (wyrok SN z dnia 12.06.2008 r., III CSK 23/08, OSNC - ZD 2009/1/14). Ten czyn nieuczciwej konkurencji polega więc na dokonaniu czynności prawnej, zawarciu umowy o dodatkowe opłaty, kwalifikowane w sposób wyżej opisany.

Przedmiotowe usługi sprecyzowane zostały w odrębnych umowach stron, jednak z uwagi na przedmiot umowy o współpracę i uzależnienie wysokości wynagrodzenia od wielkości obrotu nabywanymi towarami, umowy te były ze sobą nierozzerwalnie związane.

Pozwany przyznał, że opłaty objęte wymienionymi fakturami zostały przez powoda zapłacone, nie kwestionując tym samym dokonania potrąceń z własnymi należnościami wobec powoda z tytułu ceny za zakupiony towar. Tym samym bezspornym był fakt zatrzymania (pobrania) przez pozwanego kwot, na jakie opiewały dołączone do pozwu faktury (art. 229 k.p.c.). Pobranie tych kwot z ceny sprzedanego towaru oznacza, że pozwany uzyskał towar o wartości wyższej niż dokonana zapłata. Jest to korzyść o której mowa w art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k., w postaci nieotrzymania przez powoda zapłaty ceny za sprzedany towar w pełnej wysokości (por. postanowienie SN z dnia 16.10.2009 r., I CSK 230/09).

Należy co do zasady zgodzić się z pozwanym, iż podmioty zajmujące się profesjonalnie i na dużą skalę dystrybucją towarów, mogą świadczyć na rzecz mniejszych podmiotów usługi mające na celu zwiększenie efektywności sprzedaży ich towarów, czy też poprawienie wizerunku innego podmiotu poprzez promowanie jego marki i firmy. Niemniej jednak, samo świadczenie usług na rzecz sprzedawcy za dodatkową opłatą nie może stanowić przesłanki warunkującej zawarcie umowy sprzedaży, a usługi świadczone przez kupującego muszą być realne i ekwiwalentne do pobieranego za nie wynagrodzenia. Co więcej, konieczne jest aby sprzedawca czerpał ze świadczonych przez kupującego usług wymierne korzyści oraz by ich świadczenie nie było związane z realizacją własnego interesu kupującego dotyczącego przedmiotu umowy oraz ze standardową odsprzedażą towarów finalnemu odbiorcy. To pozwany winien wykazać, że wykonywał realne usługi, za które pobierał wynagrodzenie, iż usługi te świadczone były na rzecz powoda, a nie celem realizacji własnego interesu ekonomicznego, i były ekwiwalentne w stosunku do pobieranego za nie wynagrodzenia, a przede wszystkim, że związanie się przez sprzedawcę umową o świadczenie tych usług nie warunkowało zawarcia umowy sprzedaży. Pozwany temu obowiązkowi procesowemu nie sprostał.

Wyrażenie przez powoda zgody na obciążenie przedmiotowymi opłatami było warunkiem zawarcia umowy i kontynuowania współpracy, co uzasadnia konstatację, iż opłaty zostały mu jednostronnie narzucone. Tezę taką uzasadniają przede wszystkim zeznania współnika powoda J. K. słuchanego w charakterze strony, który jednoznacznie zeznał, iż umowa nigdy nie była negocjowana, a on sam po otrzymaniu do podpisania umowy uprzedniej podpisanej przez osoby reprezentujące dążył do zmiany jej warunków, lecz przedstawiciel powoda W. W. dał mu do zrozumienia, że zaoferowane warunki są ostateczne i odmowa ich zaakceptowania może pozbawić powoda możliwości dostarczania towarów do pozwanego. Okoliczność tę potwierdziły zeznania słuchanych w sprawie świadków, w tym B. J., która choć podpisała umowę w imieniu pozwanego zeznała, iż nie brała udziału w jej negocjacjach, oraz świadka W. W., który również przyznał, iż negocjacji nie prowadził. Tym samym uzasadnione jest twierdzenie, iż powód zmuszony był zaakceptować narzucone przez pozwanego warunki współpracy. Sądowi ponadto z urzędu znana jest powszechność praktyki zawierania przez(...) umów, na podstawie których dostawcy są obciążani tego rodzaju opłatami. Umowa zawarta z powodem należy do umów zawieranych standardowo, zaś okoliczność nie podlegania negocjacjom, wykazana na podstawie zeznań ww. osób uzasadnia ustalenie, iż pozwany opłaty jednostronnie narzucił powodowi. Sąd podkreślił nadto, że usługi, które na rzecz powoda świadczyć miał pozwany, określone zostały w umowie w sposób bardzo ogólny lub w ogóle nie zostały zdefiniowane, a wynagrodzenie za nie odniesione zostało do wysokości obrotu towarami powoda. Strony umowy nie uzgodniły również w jakim wymiarze usługi te mają być świadczone oraz ile działań reklamowych i promocyjnych pozwany zobowiązany był wykonać na rzecz powoda w konkretnym okresie, co uniemożliwiało określenie zakresu uprawnień i ewentualnych roszczeń przysługujących usługobiorcy. Zakres ten nie mógł również wynikać z potwierdzenia wykonania usług czy promocji, albowiem te - prócz potwierdzeń zamieszczenia oferty towarów pochodzących od powoda w gazetkach(...) - nie zostały w procesie przedstawione.

Odniesienie do poszczególnych usług kwestionowanych przez powoda Sąd rozpoczął od omówienia zamieszczania produktów powoda w gazetkach promocyjnych sieci(...) Poza powołaniem się na 37 gazetek promocyjnych pozwany nie wykazał, aby przy okazji tych akcji podejmował jakiegokolwiek działania skierowane na promowanie marki dostawcy, podnoszenie wśród klientów świadomości tej marki, czy podkreślanie walorów jakościowych towarów dostarczonych przez powoda, do czego sprowadzała się definicja tych usług zamieszczona w umowie. W związku z tym należało uznać, że przedmiotowe akcje reklamowe polegały po prostu na sprzedaży produktów biorących w nich udział po niższych cenach finalnemu odbiorcy, z dodatkowym wsparciem tej sprzedaży poprzez umieszczenie zdjęć towarów w gazetkach promocyjnych. Gazetki te - wydawane pod marką (...) - w czasie, gdy trafiały do klientów pozwanego, promowały towar stanowiący już jego własność. Umieszczano w nich zdjęcia towarów zakupionych przez pozwanego od powoda, ze wskazaniem asortymentu i pochodzenia od (...) sp. z o.o., przy czym w bezpośrednim zestawieniu ze zdjęciami tych produktów pozwany pokazywał również zdjęcia podobnych artykułów pochodzących od innych dostawców o brak było jakichkolwiek elementów wskazujących na jakość towaru, podkreślenie walorów, zachęcenie do nabycia właśnie produktów pochodzących od powoda. Towary te nie były w żaden sposób pozycjonowane czy wyróżniane, lecz istota publikacji zawierała się w zaprezentowaniu produktów w ofercie pozwanego i ich atrakcyjnej cenie. Wskazanie logo powoda bez dodatkowych informacji, wśród zdjęć produktów z analogicznego asortymentu, nie stanowiło reklamy mającej na celu budowanie świadomości marki dostawcy, a jedynie zaprezentowanie własnej

oferty poprzez wystarczająco jasne zidentyfikowanie produktu objętego promocją. Co więcej, w postępowaniu nie zaoferowano dowodów na to, iż powód mógł występować z inicjatywą odnoszącą się np. do sposobu i terminów promocji jego przedsiębiorstwa oraz oferowanych przez niego towarów, że składał jakieś propozycje działań, które mogły mu być przydatne w działalności handlowej. W konsekwencji brak jest podstaw do ustalenia, że w zamian za poniesione opłaty powód otrzymywał od pozwanego ekwiwalentne świadczenie, inne niż sprzedaż towaru. Standardowa sprzedaż towaru odbiorcy nie stanowi świadczenia na rzecz dostawcy. Dotyczy ona towaru stanowiącego własność odbiorcy i związana jest wyłącznie z realizacją własnego interesu odbiorcy, który dzięki prowadzonej akcji uzyskiwał dodatkową korzyść polegającą na nabyciu od powoda towarów za obniżoną cenę. Bezprzedmiotowa dla opisanej kwalifikacji jest również okoliczność, że powód potwierdzał udział w akcji reklamowej, albowiem dobrowolność udziału w tych akcjach, polegających na dostarczeniu towaru za obniżoną cenę, nie uzasadnia obciążenia powoda jakąkolwiek opłatą dodatkową. Umieszczenie zdjęć produktów objętych promocją w gazetkach miało na celu wsparcie promocji i uzyskanie jak najwyższych wyników sprzedaży pozwanego poprzez zwiększenie zainteresowania klientów promowanymi artykułami, sprzedawanymi po obniżonych cenach. Działanie takie co do zasady stanowi działanie promocyjno-reklamowe, jednakże w przedmiotowym stanie faktycznym brak jest podstaw do ustalenia, że pozwany świadczył w ten sposób jakiegokolwiek usługi na rzecz powoda, realizując w ten sposób jego interes. Ponadto wynagrodzenie za usługi reklamowe było pobierane jako procent od obrotu (początkowo 4 %, a od 2007 r. - 4,5 %), w oderwaniu od realnej wartości tych usług. Pozwany nie wykazał również, aby było ono ekwiwalentem wartości ww. usługi. W konsekwencji stwierdzić należy, iż pozwany nie wykonywał na rzecz powoda usługi, która nie byłaby związana z realizacją własnego interesu kupującego, co uzasadnia uznanie przedmiotowej opłaty jako opłaty wyczerpującej znamiona opłat stypizowanych w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.

Usługi promocyjne i marketingowe nie zostały w umowie zdefiniowane, dlatego nie może dziwić brak wiedzy powoda co do tego na czym one polegały. Jak ustalono w postępowaniu, usługi promocyjne obejmować miały degustacje i animacje produktów nabywanych od powoda z udziałem hostess, natomiast postępowanie nie wykazało na czym polegać miały usługi marketingowe, czy w jaki sposób usługi te były faktycznie świadczone. W umowach stron nie określono podstaw naliczenia wynagrodzenia za te usługi - zarówno w formie kwotowej, jak i w formie procentu od obrotu, co uniemożliwiało dokonanie oceny prawidłowości wyliczenia wynagrodzenia. Sposób świadczenia usług promocyjnych zbliżony był jednak do sposobu wykonywania usług reklamowych i z tego powodu usługi te winny być podobnie ocenione. To pozwany wybierał promowany asortyment i ustalał termin jego promocji, a powód miał jedynie dostarczyć zamówioną ilość produktu. Powód nie miał wpływu na okresy prowadzonych promocji, miejsce ich prowadzenia, czy też na sposób promowania jego marki. Pozwany nie wykazał również, iż poprzez usługi promocyjne podejmował jakiegokolwiek działania skierowane na podkreślenie walorów jakościowych towarów powoda, promocję jego marki, a nie tylko zareklamowanie danego produktu stanowiącego w chwili promocji własność pozwanego, celem zwiększenia jego sprzedaży. Brak wykazania jakichkolwiek usług marketingowych, za które wystawione zostały faktury dołączone do pozwu, uniemożliwiało Sądowi weryfikację wykonania tych usług, a przede wszystkim świadczy o tym, iż usługi te nie były realnie wykonywane. Co więcej, opłaty za wyróżnienie danego asortymentu poprzez jego ekspozycję na półce, palecie, w ladzie chłodniczej czy przy kasach, stanowią klasyczne opłaty pobierane za to, że zakupiony towar został umieszczony w określonym miejscu sklepu i zaoferowany klientom.

Pozwany przedstawił odrębne umowy jednostkowe, w ramach których powód zlecał mu zamieszczenie informacji o jego marce wraz z produktem w specjalnie wyeksponowanym miejscu, za odrębnie kwotowo ustaloną opłatą. Niezależnie od tych jednostkowych umów, pozwany nadal pobierał stałą opłatę za świadczenie usług marketingowych. W konsekwencji więc, również w przypadku ww. usług, brak jest podstaw do ustalenia, że w zamian za poniesione opłaty powód otrzymywał od pozwanego ekwiwalentne świadczenie, inne niż standardowa sprzedaż towaru finalnemu odbiorcy. Co za tym idzie, Sąd zakwalifikował wynagrodzenia za przedmiotowe usługi jako inne niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towarów do sprzedaży.

Usługa zarządzania budżetem marketingowym polegać miała na zarządzaniu portfelem działań promocyjnych i reklamowych oraz oferowaniu usług promocyjnych dostawcom. Pozwany nie wykazał, iż ta była faktycznie wykonywana, czy też by powód z niej korzystał, podczas gdy wartość tej usługi określona została na 8% obrotu. Brak

możliwości dokonania przez powoda wyboru czy z usługi tej chce skorzystać, a więc jej narzucenie powodowi, przy braku wykazania ekwiwalentności świadczenia usługodawcy, nakazuje uznać również tę opłatę za niedozwoloną.

Pozwany nie udowodnił, by należały mu się opłaty za usługę MIS, tj. za pozyskiwanie generowanych przez system informatyczny informacji. Wysokie opłaty nie wynikały z rzeczywistych kosztów pozwanego ponoszonych celem jej wykonania. Przede wszystkim jednak, jak to już zaznaczono, uzyskiwanie ww. danych nie przynosiło spółce żadnych korzyści. Także w tym wypadku chodzi więc o inne niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towarów do sprzedaży.

Analogiczną argumentację Sąd zastosował do zastrzeżonych w umowie usług CRM 1, CRM 2 i usług konsultacji handlowych.

Opłaty pobierane przez pozwanego za świadczenie usług wynajmu powierzchni i za przygotowanie projektu graficznego w ogóle nie były przewidziane umową. Usługa wynajmu powierzchni była opłatą niezależną od opłaty promocyjnej co więcej podobna usługa została zastrzeżona w umowie jako usługa w ramach budżetu promocyjnego. Pozwany nie wykazał by usługi te były faktycznie na rzecz powoda świadczone, nie przedstawił również żadnego z projektów graficznych, który miałby być sporządzony w ich wykonaniu. Tym samym nie sposób uznać, iż pobrane na ten cel opłaty stanowiły ekwiwalent jakichkolwiek usług wykonanych przez pozwanego, a przy tym, iż nie były związane z realizacją własnego interesu pozwanego polegającego na korzystnym zbyciu zakupionych od powoda towarów.

Już w umowie z dnia 21 października 2004 r. zastrzeżono, iż co do zasady dostawy towarów realizowane są przez dostawców (pkt 4.3), natomiast za cenę należy rozumieć cenę wraz z dostawą do placówki handlowej zamawiającego (pkt 5.9). Zastrzeżono też na rzecz zamawiających prawo do odbioru zamówionych towarów z rampy dostawcy, zgodnie z załącznikiem regulującym warunki logistyczne i wynagrodzenie za usługi transportowe; w takim przypadku transport do placówki zamawiającego wykonywany był usługowo (pkt 4.38). Tym samym nieprawdziwe było twierdzenie, iż dostawca miał pełną swobodę w wyborze sposobu dostarczania towaru do pozwanego. Załącznik w postaci warunków logistycznych i wynagrodzenia za usługi transportowe strony podpisały w terminie późniejszym i dopiero od dnia 26 czerwca 2006 r. powód był zobowiązany dostarczać zamawiany towar do miejsca wskazanego nie przez pozwanego, lecz przez dostawcę usług - spółkę (...) z Grupy M.. Wynagrodzenie za świadczone usługi ustalono w wysokości zależnej od obrotu towarami nabytymi od powoda (4,2 %). Uzależnienie wysokości opłat jedynie od wartości i obrotu towaru objętego dostawami, a nie od rzeczywistych kosztów i zakresu usługi nie mogło być dla powoda korzystne, im bowiem sprzedawany towar był droższy, tym droższa była usługa, niezależnie od rzeczywistej jej wartości. Pozwany nie przedstawił również żadnej kalkulacji pobranych opłat, uniemożliwiając Sądowi ocenę czy na ich wysokość wpływ miały rzeczywiste koszty poniesione przez pozwanego. Rozliczenie usług transportowych dołączone do sprzeciwu od nakazu zapłaty (k. 698-710) stanowi natomiast zwykły wydruk komputerowy, nie podpisany przez osobę, która go sporządziła, ani w żaden sposób nie wykazujący, jaka była rzeczywista wartość usług. W ramach łączącej strony umowy podstawowej, wydanie rzeczy sprzedanej oraz jej odebranie przez kupującego miało ten skutek, iż chwila odbioru decydowała o przejściu na kupującego zarówno korzyści, jak i ciężarów, jakie są związane z rzeczą, a także o przejściu niebezpieczeństwa (art. 548 k.c.). Przepis art. 547 § 2 k.c., mający zastosowanie wówczas, gdy brak jest stosownych klauzul umownych lub przepisów szczególnych, przewiduje zasadę, iż jeżeli rzecz ma być przesłana do miejsca, które nie jest miejscem spełnienia świadczenia, koszty przesłania ponosi kupujący. W konsekwencji obciążenie sprzedawcy kosztami przesłania rzeczy uzasadnionym jest jedynie wówczas, gdy rzecz jest przesłana do miejsca, które jest miejscem spełnienia świadczenia. Od dnia 26 czerwca 2006 r., w myśl załącznika „warunki logistyczne (...)”, miejscem spełnienia świadczenia było miejsce wskazane przez dostawcę usług, a więc główny magazyn (...) (potwierdził to również sam pozwany w sprzeciwie od nakazu zapłaty). Tym samym, sprzedawca nie może być obciążany jakimikolwiek kosztami związanymi z towarem po jego wydaniu kupującemu, w tym kosztami związanymi z rozwożeniem towarów do sklepów pozwanego, które nie było miejscem spełnienia świadczenia. W związku z tym ustalono, że wszelkie czynności opisane przez pozwanego, które składać się miały na świadczenie usług logistycznych, pozwany wykonywał dla własnych potrzeb, nie zaś w interesie sprzedającego, a tym bardziej na jego rzecz (por. Sąd Apelacyjny w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 17.10.2007 r., I ACa 918/07, niepubl. oraz w

wyroku z dnia 20.02.2009 r., I ACa 65/09, Lex 516544), co uzasadnia uznanie pobieranych z tego tytułu opłat za inne niż marża handlowa opłaty warunkujące przyjęcie towaru do sprzedaży.

Także zastrzeżenie na rzecz pozwanego premii pieniężnej stanowiło opłatę o jakiej mowa w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. Głównym argumentem przedstawionym przez pozwanego w sprzeciwie od nakazu zapłaty była okoliczność, iż udzielanie premii i rabatów jest prawnie dopuszczalne i stanowi wyraz swobody umów. Zauważyć jednak należy, iż premia ta została narzucona powodowi przez pozwanego i ustalona jako premia miesięczna uzależniona od obrotu z danym zamawiającym oraz roczna, zależna od obrotu z wszystkimi zamawiającymi. Wysokość premii w trakcie współpracy stron wzrastała - miesięcznej z 3 do 5 % obrotu i rocznej z 1,5 do 2,5 % obrotu. Premia ta zastrzeżona została na rzecz pozwanego również niezależnie od przyznanego mu przez powoda rabatu podstawowego w wysokości 12 %, od rabatów przyznawanych na konkretny towar sprzedawany w konkretnym okresie i od rabatów związanych z promowaniem towarów pochodzących od powoda w gazetkach promocyjnych. Należać się miała pozwanemu za wszystkie działania zmierzające do efektywnej sprzedaży towarów pochodzących od powoda (k. 105), a więc niezależnie od wynagrodzenia uzyskiwanego za świadczenie samych usług. Nawet więc przy założeniu, iż w wyniku stosowania takiej dodatkowej premii obie strony osiągały zysk - im bowiem większy upust, tym pozwany więcej u powoda zamawiał, to jednak nie można pominąć okoliczności, iż pozwany odsprzedawał towary zakupione od powoda finalnemu odbiorcy i w związku z tym uzyskiwał dodatkową marżę handlową. Tym samym na tak skonstruowanej transakcji to pozwany korzystał podwójnie. Co więcej, pozwany nie wykazał, aby w związku z uzyskaniem takiej dodatkowej premii świadczył na rzecz powoda jakieś dodatkowe usługi, czy w zamian za premię pieniężną przekazywał powodowi jakiś ekwiwalent.

Reasumując, Sąd Okręgowy wszystkie sporne opłaty zakwalifikował jako inne niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży (art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.). Wysokość tych opłat nie była negocjowana, a realna wartości usług leżała poza zakresem zainteresowania pozwanego, który dowolnie ją narzucał.

Rozstrzygnięcie oparto na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. O odsetkach Sąd orzekł na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 455 k.c., zasądzając je od dnia następnego po upływie terminu zapłaty wyznaczonego w wezwaniu wierzyciela z dnia 10 kwietnia 2009 r. Orzeczenie o kosztach zapadło na podstawie art. 100 zdanie drugie k.p.c., przy uwzględnieniu faktu, że powód uległ pozwanemu nieznacznie, tylko co do części odsetek.

Pozwany wniósł apelację, skarżąc wyrok w punkcie I, w części odpowiadającej kwocie roszczenia głównego 1.006.554,04 zł wraz z odsetkami ustawowymi zasądzonymi od tej kwoty w zaskarżonym wyroku, na którą składają się:

- kwota 668.285, 88 zł odpowiadająca wartości „netto” (tj. po rozliczeniu przez pozwaną podatku od towarów i usług oraz podatku dochodowego od osób prawnych należnego od pozwanej) wynagrodzenia za wykonanie usług reklamowych, promocyjnych, marketingowych, usług zarządzania budżetem marketingowym, usług transportowych oraz należności z tytułu premii pieniężnych;

- kwota 181.509,74 zł odpowiadająca podatkowi od towarów i usług należnemu od pozwanej w związku z otrzymaniem od powoda wynagrodzenia za wykonanie usług reklamowych, promocyjnych, marketingowych, usług zarządzania budżetem marketingowym, usług transportowych oraz należności z tytułu premii pieniężnych;

- kwota 156.758,42 zł odpowiadająca podatkowi dochodowemu od osób prawnych należnemu od pozwanej w związku z otrzymaniem od powoda wynagrodzenia za wykonanie usług reklamowych, promocyjnych, marketingowych, usług zarządzania budżetem marketingowym, usług transportowych oraz należności z tytułu premii pieniężnych. Zaskarżeniem objęto także punkt III, rozstrzygający o kosztach procesu.

Skarżący zarzucił, naruszenie prawa procesowego: art. 228 § 2 k.p.c. w zw. z art. 227 oraz art. 233 § 1 w zw. z art. 328 § 2 k.p.c.; art. 233 § 1 w zw. z art. 328 § 2 k.p.c.; art. 233 § 1 w zw. z art. 328 § 2 i art. 227 k.p.c.; art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c. (zdanie drugie) w zw. z art. 217 § 2, art. 227 i art. 232 (zdanie drugie) k.p.c. oraz prawa materialnego: art. 353 k.c. w

zw. z art. 536 § 1 k.c., art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.; art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. w zw. z art. 405 i nast. k.c. oraz w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c.; art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. w zw. z art. 405 oraz 409 k.c.

W związku z powyższym, wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części i oddalenie powództwa co do kwoty 1.006.554,04 zł wraz z odsetkami ustawowymi od tej kwoty, oraz o zasądzenie zwrotu kosztów procesu za obie instancje, ewentualnie o

uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania.

Apelacja zawiera nadto wniosek o rozpoznanie w trybie art. 380 k.p.c. postanowienia Sądu Okręgowego w Warszawie wydanego na rozprawie w dniu 22 września 2011 r. w przedmiocie oddalenia wniosku Makro o dopuszczenie dowodów wskazanych w piśmie z dnia 21 kwietnia 2011 r. i dopuszczenie w postępowaniu apelacyjnym dowodów:

- z ksiąg podatkowych strony pozwanej w zakresie podatku VAT oraz podatku dochodowego od osób prawnych dot. lat 2006-2008,

- z deklaracji podatkowych strony pozwanej w zakresie podatku VAT oraz podatku dochodowego od osób prawnych dot. okresów rozliczeniowych z lat 2006-2008,

na okoliczność wielkości wzbogacenia pozwanej z tytułu otrzymanych od strony powodowej wynagrodzeń - w zakresie VAT należnego wynikającego z faktur objętych powództwem oraz zakresie podatku dochodowego od osób prawnych należnego od kwot (netto) objętych powództwem;

- z opinii biegłego z dziedziny księgowości - w celu ustalenia rozmiaru wzbogacenia pozwanej wynikającego z faktu otrzymania przez nią zapłaty kwot wskazanych na fakturach załączonych do pozwu z uwzględnieniem okoliczności, iż pozwana VAT ujęty w ww. fakturach VAT rozliczyła jako podatek należny, a kwotę netto wynikającą z tych faktur uwzględniła w przychodach podlegających opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych.

Powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

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

Apelacja jest niezasadna.

Należy się zgodzić z pozwanym, że na fakt znany urzędowo sąd powinien zwrócić uwagę w trybie art. 228 § 2 k.p.c., przy czym powinny być wskazane konkretne źródła konstatacji - w tym wypadku dotyczącej powszechności praktyki zawierania przez pozwanego umów analogicznych do objętych przedmiotowym stanem faktycznym. Kwestionowanego, cytowanego w ramach pierwszego zarzutu i przytoczonego w apelacji stwierdzenia zatem Sąd drugiej instancji nie uwzględnia, nie podzielając jednak uwagi skarżącego, że miało ono istotne znaczenie dla wyniku sprawy. Sąd Okręgowy oparł rozstrzygnięcie na wyjątkowo skrupulatnych, kompletnych i wszechstronnych ustaleniach faktycznych, mających w każdym przypadku podstawy w ściśle przywołanych dowodach. Sąd Apelacyjny przyjmuje ustalenia te za własne, aprobując także ocenę prawną roszczenia, szczegółowo i trafnie odnoszącą się do poszczególnych podstaw żądania pozwu.

Pierwszy z zarzutów naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. skarżący uzasadnił odwołaniem się do pominiętych jego zdaniem, zeznań świadków: B. J. i W. K., które miałyby jego zdaniem przemawiać przeciwko ustaleniu, że powód nie mógł negocjować umów a warunki współpracy były mu narzucone. Nieprzypadkowo zarzut ten opiera się na cytatach zawierających wypowiedzi o charakterze ogólnym, nie dotyczącym powodowej spółki. Świadczenie ci nie mieli bowiem wiedzy na temat rzekomych negocjacji z powodem: „Podpisywałam kontakt z powodową spółką, ale bezpośrednio nie miałam kontaktu z tą spółką. Nie uczestniczyłam w negocjacjach umowy” (zeznania B. K.-J. -k.905), „Znam warunki współpracy pomiędzy (...) a firmą (...) (...). Nigdy nie brałam

udziału w negocjowaniu warunków handlowych z tą firmą.” (k.832). Sąd Okręgowy miał pełne podstawy by dać wiarę zeznaniom powoda, korespondującym z pozostałym materiałem dowodowym.

Niezasadne są również pozostałe zarzuty apelacji. Wskazane przez skarżącego cytaty z zeznań świadków: B. J., K. P. i W. W. mają wykazać, że były podejmowane działania reklamowo-promocyjne w interesie powoda. Mają one zasadniczo charakter ocenny, np. „nawet jeśli dostawca jest mało znany to przez nawiązanie współpracy z (...) pozyskuje odbiorców” (świadek W. W. - k.773). Sąd Okręgowy uwzględnił wszakże powództwo nie dlatego, że wykluczył możliwość osiągnięcia przez powoda jakichkolwiek korzyści wynikających z działań reklamowo-promocyjnych pozwanego, lecz ze względu na jednostronny, nieekwiwalentny i ograniczający dostęp do rynku charakter tych działań, co musi być traktowane na równi z ustaleniem, że nie były wykonywane usługi marketingowe i promocyjne. Obowiązkiem strony pozwanej było wykazanie, że każda wystawiona przez nią faktura posiadała ekwiwalent w postaci konkretnych usług na rzecz strony powodowej. Pozwany takich faktów nie dowiódł.

Zryczałtowane opłaty ze reklamę towarów stanowią w rzeczywistości wymuszoną partycypacją dostawcy w kosztach wydawania darmowych gazetek reklamowych. Ponoszenie tych kosztów nie jest wynikiem swobodnego uzgodnienia (o jakim stanowi art. 353<sup>1</sup> k.c.), o ekwiwalentnym charakterze, lecz skutkiem narzucenia dodatkowej opłaty za przyjęcie towarów do sprzedaży, innej niż marża handlowa. Jest skutkiem deliktu, który przybrał postać zawartego obok umowy sprzedaży towarów do dużej sieci handlowej, tzw. porozumienia marketingowo-promocyjnego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2008 r., III CSK 23/08, OSNC-ZD 2009/15/842).

Pozwany od chwili wydania mu sprzedanych rzeczy pozostawał ich właścicielem i wszelkie akcje promocyjne towarów służyły zwiększaniu sprzedaży i umocnieniu jego pozycji na rynku. Towary sprzedane przez powoda, przedstawione w złożonych do akt sprawy, przykładowych gazetkach opatrzonych logo pozwanego, grupowane były tematycznie, pośród produktów innych firm przy czym jedyną wyeksponowaną cechą wszystkich produktów była niska cena obowiązująca w sklepach pozwanego.

Zamieszczenie logo dostawcy towaru nie zmienia faktu, że chodziło tylko o reklamę sprzedawcy (hipermarketu), który dokonywał wyboru produktów według własnego uznania, kierując się własnym celem ekonomicznym. Przywołane w uzasadnieniu apelacji zeznania świadków pozwanego mające dowodzić, że to powód decydował o zamieszczeniu swych produktów w gazetkach są ogólnikowe i nie przekonują. Sąd Okręgowy nie naruszył zasady swobodnej oceny dowodów opierając się na zeznaniu prezesa powodowej spółki, który zeznał: „Nie przypominam sobie aby gazetki były dostarczane do firmy. Nie mieliśmy wpływu na to co było zamieszczane w gazetkach” (k.1063). Należy też odnotować tę wypowiedź J. K., w której zakwestionował wzrost rentowności przy okazji wzrostu sprzedaży najtańszych towarów („no name”), pozbawionych logo producenta (k. 1063). Jeśli nawet, niejako przy okazji, wzrosła w związku z tym sprzedaż powoda, to nie dlatego, że dobrowolnie zawarł umowę o promocję, lecz z tej przyczyny, że pozwany na skutek własnych działań zwiększył sprzedaż danego produktu i w konsekwencji zwiększył swoje nań zapotrzebowanie. Zwiększenie podaży nie mogło się odbyć bez powiększenia zamówień u dostawcy. Fakt że pozwany osiągnął wzrost obrotów za pomocą materiałów reklamowych, nie powinien obciążać finansowo jego kontrahenta.

Sąd Okręgowy wyczerpująco, z odwołaniem się do przepisów prawa materialnego, także usługi transportowe zakwalifikował jako inne niż marża handlowa, opłaty warunkujące przyjęcie towaru do sprzedaży. Apelacja nie zawiera argumentów podważających trafny wywód zawarty na stronach 11 oraz 20-21 uzasadnienia wyroku.

Nie można się zgodzić z tezą skarżącego, jakoby premia pieniężna była mechanizmem regulowania ostatecznej ceny sprzedaży. Już analiza znaczenia pojęć: „marża handlowa” i „premia” prowadzi do wniosku, że marża nie jest premią. Marża handlowa została zdefiniowana w art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 5 lipca 2001r. o cenach (Dz.U.01.97.1050 ze zm.). Stanowi według tego przepisu „różnicę między ceną płaconą przez kupującego a ceną uprzednio zapłaconą przez przedsiębiorcę, wynikającą z kosztów i zysku przedsiębiorcy; marża handlowa może być wyrażona kwotowo lub w procentach”. Premia to np. bezpłatny dodatek, nagroda za coś (Uniwersalny Słownik Języka Polskiego pod red. Prof. Stanisława Dubisza, Warszawa 2003 tom 2, str. 549). Nie budzi więc wątpliwości odmienny charakter marży i premii.

Dodatkowe świadczenie prawidłowo zostało nazwane premią, ponieważ nie nawiązuje do cen konkretnych, nabywanych przez pozwanego towarów. Cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach). Tymczasem dostawca ma zapłacić ustalony procent rocznych obrotów, co nie ma związku z cenami konkretnych produktów. Nie chodzi też o upust od ceny sprzedaży, czyli pomniejszenie ceny, ale dodatkową opłatę, stanowiącą w istocie świadczenie bez ekwiwalentu, jeśli nie liczyć samego faktu zawarcia umowy z dostawcą i dokonywania zamówień na towary u strony powodowej, co w istocie oznacza pobieranie opłat za przyjęcie towarów do sprzedaży. Należy też podzielić następujący pogląd Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu (wyrok z dnia 12 maja 2009 r., I ACa 304/09) „Zakładając, że obie strony stosunku zobowiązaniowego osiągają we wzajemnych relacjach handlowych zysk proporcjonalny do wysokości obrotów, nakładanie tylko na jedną z nich obowiązku dodatkowego premiowania za rozwój tych relacji nie znajduje żadnego odpowiednika w świadczeniu drugiej strony”.

Omawiane postanowienia umowne muszą być zatem kwalifikowane jako typowe niedozwolone utrudnianie innemu przedsiębiorcy dostępu do rynku, zdefiniowane w tym przypadku w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. Artykuł 15 u.z.n.k. jest tak skonstruowany, że stany faktyczne objęte hipotezą norm zawartych w ustępie pierwszym, w tym w jego punkcie 4, zawsze powodują utrudnienie dostępu do rynku i dlatego nie jest konieczne dowodzenie, że w wyniku konkretnego zachowania nastąpiło utrudnienie dostępu do rynku (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2012 r., I CSK 147/12 i wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 lutego 2009 r., I ACa 1128/08).

Wbrew stanowisku skarżącego, Sąd miał podstawy by wnioski dowodowe zgłoszone dopiero w kwietniu 2011 r. uznać za sprekludowane w świetle art. 503 § 1 w zw. z art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c. (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2010 r., I CSK 542/09, Lex nr 661497). Stosunkowo obszerny sprzeciw od nakazu zapłaty (k.932-940), pośród licznych twierdzeń i dowodów nie zawiera jakiegokolwiek materiału odnoszącego się do problematyki poruszonej w piśmie z 21 kwietnia 2011 r. Odwołanie się na str. 11-12 pisma do kwestii podatkowych miało za przedmiot jedynie uzupełnienie argumentacji na temat braku pozorności w umownych relacjach stron. Pozwany wskazał na znaczenie zaksięgowania faktur bez zastrzeżeń (k.481-482). Nie tylko więc wnioski dowodowe ale i nowe twierdzenia zawarte w tym piśmie, dotyczące zakresu wzbogacenia pozwanego, były spóźnione, co zarazem przesądza o nieskuteczności ich ponowienia w postępowaniu apelacyjnym, przy zastosowaniu art. 380 k.p.c. i w konsekwencji także o braku podstaw do pomniejszenia zasądzonych kwot o równowartość jakichkolwiek obowiązków podatkowych pozwanego (zarzuty naruszenia prawa materialnego). Należy poza tym zauważyć, że granice wzbogacenia i zubożenia wyznaczają kwoty pobrane (potrącone) przez pozwanego w związku z wystawionymi fakturami. Zdaniem Sądu Apelacyjnego kwestie rozliczeń podatkowych strony pozwanej należą do sfery stosunków administracyjno-prawnych i nie powinny rzutować na sytuację prawną powoda, który wskutek zachowania pozwanego poniósł stratę w rozmiarze odpowiadającym niezapłaconym częściom należności za sprzedany towar, ujętym przez pozwanego pod różnymi postaciami, nawiązującymi w większości do postanowień umownych, jak to wykazano – naruszających art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.

Różnorodność podstaw na jakich pozwany wystawiał liczne faktury pomniejszające należną powodowi cenę nie może przesłaniać ich zasadniczego charakteru - jak to drobiazgowo wykazał Sąd Okręgowy - zbieżnego z deliktem powołanym dla uzasadnienia roszczenia. Jedynym realnym ekwiwalentem spornych opłat i to niegwarantowanym umową, było w istocie uzyskiwanie przez powoda dalszych zamówień, co w świetle art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. nie powinno się wiązać z nakładami finansowymi. Opisane w motywach zaskarżonego rozstrzygnięcia reguły postępowania stosowane przez „kupców strategicznych”, w tym pozwanego, uniemożliwiały powodowi sprzedaż towarów bez godzenia się na ponoszenie kosztów, opisywanych jednostronnie przez kupującego pod postacią rozmaitych usług i premii.

Z przedstawionych względów Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację, przy zastosowaniu art. 98 k.p.c. orzekając o kosztach zastępstwa radcy prawnego powoda w postępowaniu apelacyjnym (w stawce minimalnej).