

***Sygn. akt I ACa 859/15***

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 marca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Ewa Kaniok

Sędziowie: SA Marzena Konsek-Bitkowska

SO (del.) Przemysław Feliga (spr.)

Protokolant: Weronika Trojańska

po rozpoznaniu w dniu 31 marca 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. w K.

przeciwko (...) Sp. z o.o. w P.

o zapłatę z tytułu czynu nieuczciwej konkurencji

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 12 stycznia 2015 r., sygn. akt XXVI GC 286/13

1. oddała apelację;

2. zasądza od (...) Sp. z o.o. w P. na rzecz (...) Sp. z o.o. w K. kwotę 5400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Marzena Konsek-Bitkowska Ewa Kaniok Przemysław Feliga

Sygn. akt ***I ACa 859/15***

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 17 kwietnia 2013 r. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. wniosła o zasądzenie od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. kwoty 397.880,65 zł wraz z ustawowymi odsetkami za zwłokę:

- od kwoty 9.843,61 zł od dnia 22 kwietnia 2009 r. do dnia zapłaty;

- od kwoty 48.800 zł od dnia 27 maja 2009 r. do dnia zapłaty;

- od kwoty 48.800 zł od dnia 27 maja 2009 r. do dnia zapłaty;

- od kwoty 4.966,87 zł od dnia 27 maja 2009 r. do dnia zapłaty;

- od kwoty 122.000 zł od dnia 5 sierpnia 2009 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 12.776,42 zł od dnia 5 sierpnia 2009 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 48.800 zł od dnia 19 sierpnia 2009 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 48.800 zł od dnia 19 sierpnia 2009 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 10.323,34 zł od dnia 19 sierpnia 2009 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 4.539,14 zł od dnia 16 września 2009 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 8.116,41 zł od dnia 21 października 2009 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 2.440 zł od dnia 18 listopada 2009 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 5.860,12 zł od dnia 18 listopada 2009 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 3.660 zł od dnia 3 marca 2010 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 5.272,26 zł od dnia 3 marca 2010 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 5.919,94 zł od dnia 3 marca 2010 r. do dnia zapłaty;
- od kwoty 30.442,66 zł od dnia 3 marca 2010 r. do dnia zapłaty;

wraz z kosztami procesu (pозew wraz z uzasadnieniem k. 3-9)

Wyrokiem z dnia 12 stycznia 2015 r. (sygn. akt XXVI GC 286/13) Sąd Okręgowy w Warszawie XXVI Wydział Gospodarczy w pkt. I zasądził od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. na rzecz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. kwotę 397.880,65 zł wraz z odsetkami w wysokości ustawowej liczonymi od dnia 27 kwietnia 2012 r. do dnia zapłaty, pkt. II w pozostałej części powództwo oddalił, w pkt. III zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 27 152 zł tytułem zwrotu kosztów procesu w tym kwotę 7 200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, w pkt IV nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 280,62 zł tytułem zwrotu poniesionych wydatków sądowych.

(wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 stycznia 2015 r. wraz z uzasadnieniem k.1651, 1656-1670)

***Wyżej wymienione rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych i prawnych:***

(...) sp. z o.o. z siedzibą w K., zajmujący się m.in. przetwórstwem mleka i wyrobem serów, sprzedają hurtową i detaliczną żywności, napojów i wyrobów tytoniowych prowadził z pozwanym (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., prowadzącym sieć hipermarketów i supermarketów współpracę w zakresie zakupu towarów. W 2009 r. strony łączyły umowy o współpracy: umowa ramowa o współpracy zawarta w dniu 31 marca 2009 r. na okres 1 r., od 1 stycznia 2009 r. do 31 grudnia 2009 r. oraz umowy o współpracę zawarte między powodem, pozwanym, a także spółką (...) sp. z o.o. z siedzibą w (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. (partnerami pozwanego) – stanowiące integralną część umowy obowiązującej między powodem a pozwanym.

Zgodnie z umową ramową o współpracy powód sprzedawał swoje towary pozwanemu, a ten dokonywał dalszej odsprzedaży towarów konsumentom. Przedmiotem umowy było ustalenie warunków nabywania przez pozwanego oraz jego partnerów towarów od powoda, ustalenie zasad rozprowadzania tych towarów w należącej do pozwanego sieci sklepów oraz zakres i sposób współdziałania stron przy działaniach reklamowych i marketingowych pozwanego. Własność towarów przechodziła na pozwanego z chwilą podpisania przez uprawnionego przedstawiciela dokumentu

stwierdzającego przyjęcie towaru. Powód był zobowiązany dostarczać zamówione towary bezpośrednio do sklepów wskazanych przez pozwanego. Łącznie z umową o współpracy strony zawarły również: umowę o świadczenie usług marketingowych oraz porozumienie dotyczące dodatkowych usług marketingowych, tj. usług świadczonych przez pozwanego lub jego partnerów na zlecenie sprzedawcy mających na celu promocję marki towaru polegające na umieszczeniu ofert sprzedawcy w gazetkach reklamowych, przeznaczeniu dodatkowej powierzchni na sprzedaż towarów sprzedawcy itp.; umowę o świadczenie usług logistycznych, której przedmiotem było świadczenie na rzecz sprzedawcy usług logistycznych polegających na umożliwieniu zaopatrywania magazynu centralnego pozwanego zamiast dostarczania towarów do poszczególnych sklepów oraz zobowiązaniu pozwanego do dalszej dystrybucji towarów do poszczególnych sklepów; umowę o przekazywaniu faktur oraz innych danych w formie elektronicznej. Zgodnie z umową premia pieniężna przyznawana jest pozwanemu i jego partnerom w związku ze sprzedażą/zakupem towarów sprzedawcy. Wysokość premii pieniężnej uzależniona była od wysokości obrotów netto w ciągu r. rozliczeniowego, którym był jeden rok, tj. 4,60% w r. 2009 po przekroczeniu obrotu w wysokości 100.000 zł. Premia płatna była po zakończeniu każdego miesiąca. Na poczet wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług marketingowych ustalono budżet dla pozwanego i jego partnerów w wysokości 12% obrotów dla każdej sieci handlowej oddzielnie. Ponadto zgodnie z porozumieniem dotyczącym dodatkowych usług marketingowych za dodatkową usługę promocyjną na otwarcie jednego sklepu stawka wynosiła 0,3% od obrotu. Ze strony pozwanego odpowiedzialny za współpracę z powodem, w tym – za realizację bezpośrednich kontaktów był pracownik pozwanego (w niniejszej sprawie – R. S.), a ze strony powoda – ówczesny dyrektor działu sprzedaży (potem członek zarządu) S. R.. Pozwany wystawił powodowi: faktury VAT (k. 202-203, 208-286, 296-516, 524-660, 667-754, 759-799, 804-857, 864-986, 989, 1002-1421); faktury korygujące (k. 204-207, 990-1001), noty obciążeniowe (k. 287-295, 517-523, 661-666, 755-758, 800-803, 858-863, 987-988).

Warunki umowy nie podlegały negocjacji. Powód mógł jedynie przyjąć zaproponowaną umowę lub odmówić jej podpisania, przy czym Karta Etyki, stanowiąca załącznik do umowy, wprowadzała explicite w art. 2 Karty obowiązek podpisania umowy ze wszystkimi aneksami jako przesłankę wpisania dostawcy do katalogu, tzn. prowadzenia współpracy handlowej między stronami (Karta Etyki – k. 72-80). Pozwany nie realizował na rzecz powoda usług marketingowych. Powód dostarczał towary bezpośrednio do punktów sprzedaży. Towary pozwanego były umieszczone w gazetkach, lecz bez wskazania firmy, umieszczenia logo lub innego sposobu wskazania, że towary pochodzą od powoda. Powód nie miał wpływu na przeprowadzanie akcji marketingowych, nie był o nich informowany, nie otrzymywał również gotowych materiałów marketingowych, np. gazetek. O akcjach marketingowych decydował wyłącznie pozwany. W braku polepszenia opisanych warunków, strony zakończyły współpracę w 2010 r. Data zakończenia współpracy stron nie była w sprawie sporną i Sąd uznał ją za przyznaną na podstawie art. 230 k.p.c. Pismem z dnia 9 kwietnia 2012 r. powód wezwał pozwanego

do zapłaty kwoty 614.249,43 zł tytułem bezpodstawnie uzyskanych przez pozwanego korzyści, pobranych w formie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Ponadto powód zawezwał pozwanego do próby ugodowej, przy czym do zwania ugody nie doszło. Sąd oddalił wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomii na okoliczność tego, czy usługi świadczone przez pozwanego na rzecz powoda miały charakter ekwiwalentny wobec świadczenia powoda, w szczególności czy usługi były świadczone w interesie powoda i czy powód odnosił z tego tytułu korzyści, a także na okoliczność tego, czy premia pieniężna przysługująca pozwanemu stanowiła rabat retroaktywny, z tego względu, że postępowanie dowodowe wykazało, iż pozwany nie świadczył usług na rzecz powoda, tym samym dowód ten był zbędny (art. 227 k.p.c.). Niezależnie od powyższego dowód o abstrakcyjnym przedmiocie ustaleń nie może zastąpić udowodnienia konkretnych okoliczności, na które powołuje się pozwany. Sąd przyjął, że jest w stanie samodzielnie ustalić charakter premii. Natomiast korzyści powoda z tytułu świadczenia poszczególnych usług są kwestią subiektywną. Biegły mógłby czynić jedynie hipotetyczne ustalenia w tym zakresie. Charakter premii pieniężnej w niniejszym stanie faktycznym także nie budził wątpliwości.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie w przeważającej części.

Sąd uznał za bezzasadny zarzut przedawnienia roszczenia dochodzonego przez powoda, zgłoszony przez pozwanego w odpowiedzi na pozew. Roszczenie powoda wywodzi się z deliktu określonego w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., nie zaś z umowy sprzedaży, tym samym dla tego roszczenia nie znajdzie zastosowania dwuletni termin przedawnienia wskazywany przez pozwanego, a termin trzyletni – liczony od daty dopuszczenia się deliktu. Sąd podzielił opinię powoda, że bieg terminu przedawnienia został skutecznie przerwany poprzez zawezwanie pozwanego do próby ugodowej. Ponadto zdaniem Sądu nie można się było zgodzić z twierdzeniem, że wniosek złożony przez powoda w tym przedmiocie nie mógł przerwać biegu terminu przedawnienia. Należy bowiem wskazać, że powód wskazał we wniosku podstawę prawną i faktyczną roszczenia, przedstawiając przebieg współpracy stron, wskazując, z jakich tytułów pozwany dokonywał potrąceń z należnościami powoda, podając kwotę potrąceń. W związku z powyższym oraz zważywszy, że powód przedstawił swoje roszczenie również w wezwaniu do zapłaty wystosowanym do pozwanego, Sąd uznał, że zostało ono w dostateczny sposób sprecyzowane.

Według Sądu zgodnie z treścią artykułu 15 ust. 1 pkt. 4 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Przyczyną wprowadzenia tego przepisu (na podstawie ustawy z dnia 5 lipca 2002 r., o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. Nr 126, poz. 1071) była konstatacja, że sklepy wielkopowierzchniowe pobierają od dostawców szczególnie 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 (Skoczny T., Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 2006). Powstawały zatem sytuacje, w których w razie sprzedaży towarów, świadczenia pieniężne spełniał nie tylko kupujący, ale także sprzedawca (Nowińska E., M. du Vall, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Lexis Nexis, Warszawa 2008). 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 (Nowińska E., M. du Vall, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Lexis Nexis, Warszawa 2008).

Sąd zaznaczył, iż 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 kupującym 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. Różnorodność dodatkowych opłat stosowanych przez sklepy wielkopowierzchniowe jest znaczna. Przy kwalifikowaniu ich w oparciu o regulację przedmiotowego deliktu należy wziąć pod uwagę dwa elementy: utrudnienie przedsiębiorcy dostępu do rynku i nieuczciwy charakter takiego utrudnienia. 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, czy narzucanie sprzedawcy wielu postaci rabatów (w ramach dostawy tego samego towaru do sieci). 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). Zważyć należy, że 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.

Sąd Okręgowy uznał, że 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 mające na celu 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 zawarcia 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. Wskazać należy, iż wydanie przez pozwanego gazetki nie wpłynęło na popyt towarów powoda, jako że były one prezentowane pośród licznych innych produktów, logo powoda nie zostało umieszczone przy dostarczonym przez niego towarze, a jedynym rzeczywiście dobrze widocznym oznaczeniem było logo pozwanego. Z zeznań świadka R. S. – ówczesnego dyrektora działu sprzedaży powoda odpowiedzialnego za negocjowanie umów handlowych z pozwanym – wynika, że o wyborze asortymentu promowanego w gazetkach decydował wyłącznie pozwany, z powodem nie ustalano podejmowania działań marketingowych, ani nie informowano, że określony towar ukazywał się w gazetkach. Działania marketingowe dotyczyły jedynie towarów, które – w momencie ich reklamowania i oferowania do sprzedaży – były własnością pozwanego, a nie powoda, co potwierdza również treść umów zawartych przez strony. To pozwany winien wykazać, iż wykonywał realne usługi, za które pobierał wynagrodzenie oraz że usługi te świadczone były na rzecz powoda, a nie celem realizacji własnego interesu ekonomicznego, a przede wszystkim, że związanie się przez sprzedawcę umową o świadczenie tych usług nie warunkowało zawarcia umowy sprzedaży. Pozwany temu obowiązkowi procesowemu nie sprostał. Identycznie należy ocenić opłatę pobraną przez pozwanego tytułem dodatkowej usługi. Usługa ta według zeznań świadka S. R. polegała na wystawieniu produktu, dodatkowej ekspozycji, a więc de facto za standardowe czynności, które pozwany podejmuje, aby sprzedawać posiadane przez siebie towary finalnym odbiorcom (konsumentom) w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Tym samym jest oczywiste, że tego rodzaju opłata narusza art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. Według Sądu postępowanie dowodowe wykazało, że wyrażenie przez powoda zgody na obciążenie dodatkowymi opłatami było warunkiem zawarcia umowy i kontynuowania współpracy, co uzasadnia konstatację, iż opłaty zostały mu jednostronnie narzucone. Tezę taką uzasadniają przede wszystkim zeznania świadka S. R., który jednoznacznie zeznał, że otrzymana przez powoda od pozwanego umowa jest nienegocjowalna, w związku z czym powód mógł jedynie ją przyjąć lub odrzucić i zrezygnować z prowadzenia stosunków handlowych z pozwanym (nagranie). Powyższe przesądza o tym, iż powód zmuszony był zaakceptować narzucone przez pozwanego warunki współpracy.

Zdaniem Sądu, by ocenić charakter konkretnej premii, należy jednak ocenić konkretną umowę, w tym procent premii oraz próg, po przekroczeniu którego jest ona naliczana. Osiągane pomiędzy stronami obroty roczne wynosiły około 3 mln zł. W tej sytuacji uznać należy, że próg 100.000 zł, po przekroczeniu którego naliczano już premię pieniężną jest w ocenie Sądu symboliczny, gdyż przekroczenie tego progu nastąpiło już prawdopodobnie w pierwszym miesiącu współpracy stron. Widać więc wyraźnie, że w tym przypadku premia dotyczyła faktu ponoszenia określonych kosztów przez sieć i rozłożenia ryzyka sprzedaży. Tymczasem to rolą pozwanego pozostaje, aby przy uwzględnieniu swojej marży, kalkulować ceny na takim poziomie, który nie będzie naruszał art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Jest to

zwykle ryzyko gospodarcze, którym kontrahent nie może być obciążony. W niniejszej sytuacji - opłata stanowiąca premię pieniężną pobieraną przez pozwanego od powoda z tytułu zrealizowania określonego poziomu obrotów netto w ciągu roku, stanowi w istocie dodatkową opłatę za przyjęcie towarów do sprzedaży. W tym kontekście należy podzielić pogląd SA we Wrocławiu (wyrok z dnia 12 maja 2009 r., I ACa 304/09) wskazujący, iż "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". Bez znaczenia pozostaje w związku z tym okoliczność, czy sprzedając towary pozwanemu powód kalkulował tę okoliczność, w tym sensie, że wliczał dodatkowe opłaty do cen oferowanych pozwanemu towarów. Zarzut ten stanowi właśnie typową sytuację związaną z utrudnianiem dostępu do rynku, gdyż takie "wliczanie" wpływa na wysokość cen towarów oferowanych przez powoda, a w konsekwencji - jego sytuację rynkową. Gdyby bowiem nie było dodatkowych opłat, powód mógłby zaoferować niższe ceny, co powinno przełożyć się na niższe ceny dla odbiorców końcowych w sklepach pozwanego, a w konsekwencji na zwiększony obrót i zysk. Ponadto – przedłożone przez powoda na wniosek pozwanego faktury wystawione w analogicznym okresie na rzecz innych podmiotów, nie potwierdziły stawianego przez pozwanego zarzutu. Co również istotne, w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. mowa jest o pobieraniu innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Implikuje to wniosek, że jeżeli strony (sprzedawca i podmiot prowadzący sklep) ustalą cenę sprzedaży towarów do sklepu, a więc z punktu widzenia właściciela sklepu - cenę zakupu, to w tym momencie po stronie kupującego urzeczywistnia się zakaz, o jakim mowa w powołanym przepisie. Strony w ramach zasad kontraktowania ustalają ceny towarów sprzedawanych - w tym przypadku - do sieci pozwanego, i jeżeli po tym fakcie od sprzedającego pobierane są dodatkowe opłaty, sprzeczne z treścią wskazanego przepisu, to po jego stronie powstaje zubożenie, a po stronie kupującego dochodzi do pobrania korzyści bez podstawy prawnej, a więc spełnione zostają przesłanki przewidziane w art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. W praktyce gospodarczej nie zachodzą sytuacje, gdy w umowie dana opłata określana jest jako opłata „półkowa”, a więc kupujący wprost uzależnia przyjęcie towaru do sprzedaży od uiszczenia na jego rzecz dodatkowych opłat jeszcze przed zawarciem umowy. Strony nigdy nie zastrzegają wprost w umowach opłat należnych za dopuszczenie towaru do sprzedaży, gdyż byłoby to sprzeczne a limine z powołanym przepisem u.z.n.k. Pomijając tak oczywistą sytuację, to właśnie ustalenie ceny jest tu datą stanowiącą wyznacznik czasowy dla możliwości naliczenia dodatkowej opłaty. Do ustalonej ze sprzedającym ceny kupujący może doliczyć jedynie swoją marżę i zaoferować klientom towar po tak określonej cenie. Jeżeli sieć (w tym przypadku pozwany) nabywa od sprzedającego (w tym przypadku powoda) towar po określonej cenie, w ramach swobody zawierania umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), to nie sposób uznać, że może pobrać od sprzedającego niedozwolone opłaty, nawet jeżeli świadomie uiścił za kupowany towar cenę zawierającą w jakimś stopniu te opłaty.

Sąd Okręgowy podkreślił, iż istnienie rozbudowanego orzecznictwa na bazie art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., jak i wiedza o stosowaniu przez duże sieci handlowe praktyk nieuczciwej konkurencji nie powinna prowadzić do automatyzmu w orzekaniu. Do każdej sprawy należy podejść indywidualnie, bo nie każda opłata, która jest ustalona w umowie jest opłatą za dopuszczenie towarów do sprzedaży, czyli tzw. opłatą półkową. Każdą taką umowę należy analizować w sposób indywidualny i przez pryzmat wszystkich postanowień tejże umowy, przez pryzmat osiągalnych obrotów oraz ogólnej relacji stron. Dokonując takiej indywidualnej analizy umów zawartych pomiędzy stronami, Sąd w niniejszej sprawie ustalił, że zarówno opłaty za usługi dodatkowe (świadczone de facto dla popytu na towar pozwanego i nieekwiwalentne), jak i premia pieniężna, naliczana po przekroczeniu symbolicznego progu, który był osiągany już w pierwszym miesiącu współpracy, wszystkie dochodzone przez powoda kwoty zostały pobrane przez pozwanego z naruszeniem przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy powództwo uwzględnił co do kwoty głównej w całości, o czym orzekł na mocy art. 18 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

O odsetkach ustawowych Sąd orzekł na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 455 k.c. Na podstawie ostatniego z powołanych przepisów, jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Świadczenie stało się bowiem wymagalne, a pozwany dowiedział się, że powód uważa je za nienależne dopiero w momencie

otrzymania wezwania do zapłaty. W niniejszej sprawie wezwanie do zapłaty zostało doręczone pozwanemu w dniu 26 kwietnia 2012 r.. W związku z powyższym Sąd dokonał naliczenia odsetek od dnia następnego, tj. 27 kwietnia 2012 r. do dnia zapłaty. O kosztach procesu Sąd orzekł w oparciu o art. 98 § 1 k.p.c., obciążając kosztami w całości stronę pozwaną. Przy czym koszty nieuwzględnione to kwota 11 zł tytułem opłaty pocztowej od wezwania do zapłaty oraz kwota 40 zł tytułem zwrotu opłaty od wniosku o zawezwanie do próby ugodowej, które nie zostały wykazane (brak dowodu opłaty). Uwzględniając zatem wysokość poniesionych przez powoda kosztów procesu oraz wynik postępowania, Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 27.152 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, na które złożyły się opłata od pozwu – 19.895 zł, zwrot kosztów zastępstwa procesowego – kwota 7.200 zł oraz 17 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

(uzasadnienie k. 1656 – 1670)

W dniu 3 marca 2015 r., pozwany złożył apelację od powyższego wyroku zaskarżając go w części określonej w pkt. I, III i IV. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1.obrazę prawa procesowego, które miało istotny wpływ na wynik postępowania: tj.:

- 1) art. 231 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie;
- 2) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów;
- 3) art. 227 k.p.c. oraz art. 217 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie.

2.obrazę prawa materialnego, tj.:

- 1) art. 536 § 1 k.c. w zw. z art. 60 k.c. i art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez ich niezastosowanie;
- 2) art. 499 k.c. poprzez jego niezastosowanie;
- 3) art. 6 k.c. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 4, art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. oraz art. 3 ust. 1 u.z.n.k. poprzez jego niezastosowanie;
- 4) art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. poprzez jego błędną wykładnię i w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie;
- 5) art. 3 ust. 1 u.z.n.k. poprzez jego niezastosowanie.

Wskazując na powyższe zarzuty:

1) na podstawie art. 380 k.p.c. pozwany wniósł o rozpoznanie przez Sąd drugiej instancji postanowienia Sądu pierwszej instancji z dnia 14 października 2014 r. oddalającego wniosek pozwanego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomii na okoliczność tego, czy usługi świadczone przez pozwanego na rzecz powoda miały charakter ekwiwalentny wobec świadczenia powoda, w szczególności czy usługi były świadczone w interesie powoda i czy powód odnosił z tego tytułu korzyści, a także na okoliczność tego, czy premia pieniężna przysługująca pozwanemu stanowiła rabat retroaktywny (posprzedażny);

2) na podstawie art. 368 § 1 pkt 5 k.p.c. pozwany wniósł o:

- a) zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości;
- b) zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu za I i II instancję,

w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł.

Ewentualnie pozwany wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w części określonej w pkt I, III i IV oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania wobec nierozpoznania przez sąd I instancji istoty sprawy, pozostawiając sądowi I instancji rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego, w tym o kosztach zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz opłacie skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł.

(apelacja pozwanego od wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie, k.1676-1689)

W odpowiedzi na apelację z dnia 13 kwietnia 2015 r. powód wniósł o oddalenie apelacji pozwanego oraz zasądzenie od pozwanego kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za obie instancje.

(odpowiedź na apelację k. 1709-1710)

**Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelacja jest bezzasadna.

Sąd Apelacyjny uzupełnia ustalenia faktyczne sądu pierwszej instancji w następującym zakresie:

Pozwany wystawił na rzecz powoda następujące noty obciążeniowe tytułem premii pieniężnej:

1. notę obciążeniową nr (...) w dniu 6 kwietnia 2009 r. na kwotę 9.843,61 zł tytułem premii pieniężnej;
2. notę obciążeniową nr (...) w dniu 4 maja 2009 r. na kwotę 4.966,87 zł tytułem premii pieniężnej;
3. notę obciążeniową nr (...) w dniu 6 lipca 2009 r. na kwotę 12.776,42 zł tytułem premii pieniężnej;
4. notę obciążeniową nr (...) w dniu 3 sierpnia 2009 r. na kwotę 10.323,34 zł tytułem premii pieniężnej;
5. notę obciążeniową nr (...) na kwotę 4.539,14 zł tytułem premii pieniężnej;
6. notę obciążeniową nr (...) na kwotę 8.116,41 zł tytułem premii pieniężnej;
7. notę obciążeniową nr (...) w dniu 2 listopada 2009 r. na kwotę 5.860,12 zł tytułem premii pieniężnej;
8. notę obciążeniową nr (...) w dniu 1 grudnia 2009 r. na kwotę 5.272,26 zł tytułem premii pieniężnej;
9. notę obciążeniową nr (...) w dniu 4 stycznia 2010 r. na kwotę 5.919,94 zł tytułem premii pieniężnej;

(nota obciążeniowa nr (...) z dnia 6 kwietnia 2009 r. k. 196, nota obciążeniowa nr (...) z dnia 4 maja 2009 r. k.287, nota obciążeniowa nr (...) z dnia 6 lipca 2009 r. k. 517, nota obciążeniowa nr (...) z dnia 3 sierpnia 2009 r. k. 661, nota obciążeniowa nr (...) k. 755, nota obciążeniowa nr (...) k. 800, nota obciążeniowa nr (...) z dnia 2 listopada 2009 r. k. 858, nota obciążeniowa nr (...) z dnia 1 grudnia 2009 r. k. 987, nota obciążeniowa nr (...) z dnia 4 stycznia 2010 r. k. 988)

Pozwany wystawił na rzecz powoda następujące faktury VAT tytułem usług marketingowych:

1. fakturę VAT nr (...) w dniu 27 kwietnia 2009 r. na kwotę 48.800,00 zł tytułem usług marketingowych;
2. fakturę VAT nr (...) w dniu 27 kwietnia 2009 r. na kwotę 48.800,00 zł tytułem usług marketingowych;
3. fakturę VAT nr (...) w dniu 27 lipca 2009 r. na kwotę 48.800,00 zł tytułem usług marketingowych;
4. fakturę VAT nr (...) na kwotę 48.800,00 zł tytułem usług marketingowych;
5. fakturę VAT nr (...) na kwotę 30.442,66 zł tytułem usług marketingowych;



(Faktura VAT nr (...) z dnia 27 kwietnia 2009 r. k. 282, Faktura VAT nr (...) z dnia 27 kwietnia 2009 r. k. 285, Faktura VAT nr (...) z dnia 27 lipca 2009 r. k. 656, Faktura VAT nr (...) k. 659, Faktura VAT nr (...) k. 989)

Pozwany wystawił na rzecz powoda następujące faktury VAT tytułem usług dodatkowych (marketingowych):

1. fakturę VAT nr (...) w dniu 29 czerwca 2009 r. na kwotę 122.000,00 zł tytułem usług dodatkowych;
2. fakturę VAT nr (...) w dniu 24 listopada 2009 r. na kwotę 3.660,00 zł tytułem dodatkowych usług promocyjnych;

(Faktura VAT nr (...) z dnia 29 czerwca 2009 r. k. 516, Faktura VAT nr (...) z dnia 24 listopada 2009 r. k. 986)

Pozwany wystawił na rzecz powoda następującą fakturę VAT tytułem (...):

1. Fakturę VAT nr (...) w dniu 26 października 2009 r. na kwotę 2.440,00 zł tytułem (...);

(Faktura VAT nr (...) z dnia 26 października 2009 r. k. 857)

Pozwany wystawił powodowi fakturę VAT korygującą nr (...) w dniu 28 października 2010 r. na kwotę - 23.480,12 zł tytułem usług marketingowych.

(faktura VAT nr (...) z dnia 28 października 2010 r. k. 990)

(...) sp. z o.o. przesyłał w wiadomości elektronicznej z dnia 21 kwietnia 2009 r., z dnia 26 maja 2009 r., z dnia 4 sierpnia 2009 r., z dnia 18 sierpnia 2009 r., z dnia 15 września 2009 r., z dnia 20 października 2009 r., z dnia 17 listopada 2009 r. oraz z dnia 2 marca 2010 r. do (...) sp. z o.o. rozliczenia obejmujące wyżej wymienione faktury, a następnie wskazywał, że niniejszym przelew stanowi oświadczenie o potrąceniu wymagane art. 499 k.c. i potwierdza, iż w/w należności zostały skompensowane z należnościami (...) sp. z o.o. zgodnie z podaną specyfikacją.

(rozliczenie z dnia 21 kwietnia 2009 r. k. 197- 199, rozliczenie z dnia 26 maja 2009 r. k. 288-293, rozliczenie z dnia 4 sierpnia 2009 r. k. 518-522, rozliczenie z dnia 18 sierpnia 2009 r. k. 662-665, rozliczenie z dnia 15 września 2009 r. k. 756-758, rozliczenie z dnia 20 października 2009 r. k. 801-803, rozliczenie z dnia 17 listopada 2009 r. k. 859-862, rozliczenie z dnia 2 marca 2010 r. k. 991-1000, faktury VAT k. 202-287, 296-517, 524-661, 667-755, 759-800, 804-858, 864-990, 1002-1421)

W pozostałym zakresie Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne ustalenia faktyczne oraz rozważania prawne sądu pierwszej instancji.

Na wstępie należy wskazać, że w apelacji nie sprecyzowano dokładnie, w jakim zakresie i na jakich podstawach skarżone są żądania uwzględnione w wyroku z tytułu niezgodnych z prawem opłat innych niż marża handlowa, lecz tendencyjnie powołano argumentację prawną nie konkretyzując żądań, do których się odnosi. W tym kontekście istotne jest stanowisko apelującego na rozprawie apelacyjnej. Pozwany podjął próbę rozszerzenia zarzutów apelacyjnych także do opłat z tytułu umowy o świadczenie usług logistycznych. Jednakże na pytania sędziego sprawozdawcy dotyczące zakresu zaskarżenia wyroku w tym przedmiocie (wskazanie konkretnych faktur, do których apelujący odnosi swoją argumentację) oraz po zwróceniu uwagi, że przedmiot procesu nie obejmował tychże roszczeń, co potwierdził powód na rozprawie, pozwany nie był w stanie zająć stanowiska. W związku z tym sąd drugiej instancji pominął wszystkie zarzuty apelacji, które dotyczą opłat z tytułu umowy o świadczenie usług logistycznych, gdyż nie dotyczyły ich roszczenie procesowe, co odzwierciedla uzupełniony stan faktyczny.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia przepisów prawa procesowego Sąd Apelacyjny wyjaśnia, co następuje:

Po pierwsze, zdaniem Sądu Apelacyjnego zarzut niewłaściwego zastosowania art. 231 k.p.c. przez sąd pierwszej instancji jest bezzasadny. Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie zastosował tego przepisu, tj. nie ustalił faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, które wyprowadził z innych ustalonych faktów. Skoro sąd nie

zastosował tego przepisu, to nie mógł go naruszyć przez niewłaściwe zastosowanie. Jak wynika zaś z uzasadnienia zarzutu apelacji (k. 1677 – 1678) apelujący podnosząc zarzut niewłaściwego zastosowania art. 231 k.p.c. przytacza argumentację prawną, która służyłaby uzasadnieniu zarzutu procesowego przekroczenia granic swobodnej oceny materiału dowodowego z art. 233 § 1 k.p.c. oraz zarzutu naruszenia prawa materialnego w zakresie art. 499 k.c. Niezależnie od powyższego należy wyjaśnić, iż sąd pierwszej instancji nie dokonał ustaleń faktycznych w uzasadnieniu wyroku, na które powołuje się pozwany. Tymczasem prawidłowo postawiony zarzut niewłaściwego zastosowania art. 231 k.p.c. wymaga wykazania, iż sąd zastosował ten przepis, a następnie wskazania faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, które sąd ustalił posiłkując się jego treścią, a w dalszej kolejności wykazania, że na podstawie faktów, które sąd wziął pod rozwagę i wyprowadził istotne fakty dla rozstrzygnięcia sprawy, tychże faktów ustalić nie można. Natomiast apelujący takich rozważań w uzasadnieniu zarzutu apelacji w ogóle nie przeprowadza.

Po drugie, według Sądu Apelacyjnego zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przez sąd pierwszej instancji jest w części trafny, jednakże naruszenie tego przepisu nie miało wpływu na rozstrzygnięcie sprawy co do istoty.

W pierwszej kolejności za słuszne należy uznać stanowisko apelującego, iż sąd pierwszej instancji bezzasadnie przyjął, iż wiarygodne są zeznania świadka R. S. w zakresie potrażeń dokonywanych przez pozwanego na podstawie umów wraz z załącznikami. Nieprawidłowość wyводу Sądu Okręgowego w tej części polega na tym, iż świadek nie zeznał takiej okoliczności, a powołano się na nią dokonując oceny wiarygodności zeznań świadków. Nie może jednak umknąć uwadze Sądu Apelacyjnego to, iż z załącznika nr(...) do umowy o współpracy (ogólne warunki współpracy), który reguluje pomiędzy stronami rozliczenia finansowe, wprost ujęto, że kwota stanowiąca różnicę pomiędzy premią pieniężną a wynagrodzeniem wynikającym z faktury zostanie w następnym miesiącu pomniejszona lub powiększona o powstałą różnicę (art. 1 ust. 20 k. 52). Jak wynika z ustaleń faktycznych poczynionych przez sąd drugiej instancji, wykonywanie przedmiotowej umowy w powołanym zakresie znajduje potwierdzenie w wiadomościach elektronicznych pochodzących od pozwanego, w których wymienione były rozliczenia obejmujące faktury, a następnie wskazywano, że niniejszy przelew stanowi oświadczenie o potrąceniu wymagane art. 499 k.c. i potwierdza, iż w/w należności zostały skompensowane z należnościami (...) sp. z o.o. zgodnie z podaną specyfikacją.

W dalszej części należy wskazać, iż apelujący bezzasadnie zarzuca sądowi pierwszej instancji naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez uznanie, że pozwana pobierała inne niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży. Ponownie trzeba wskazać, iż sąd nie ustalił takiego faktu w części ustaleń faktycznych uzasadnienia wyroku, natomiast w rozważaniach prawnych dokonał odpowiedniej kwalifikacji prawnej opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży i uznał, iż pozwany pobierał opłaty inne aniżeli marża handlowa.

Odnosząc się do poszczególnych fragmentów zeznań świadków przytaczanych w apelacji należy zauważyć, że został zniekształcony ich kontekst. Pozwany zarzuca, iż sąd pierwszej instancji przyjął, że pozwany nie realizował na rzecz powoda usług marketingowych, podczas gdy z zeznań świadka S. R. wynika wniosek odmienny. Należy zauważyć, iż świadek ten zeznał, że usługi marketingowe były świadczone, ale zaznaczył, że były „gazetki”, natomiast z innymi formami marketingu było różnie, tj. nie we wszystkich sklepach usługi te funkcjonowały (np. ekspozycja na końcówkach regału”). Świadek również wskazał, jak podał apelujący, że była jedna akcja marketingowa w radio produktu powoda. Kwestie te zostały jednak szeroko omówione przez sąd pierwszej instancji. Dlatego ich przytaczanie w tym miejscu jest zbędne.

Istotne jest to, że na podstawie materiału procesowego zebranego w sprawie nie sposób ustalić, które konkretnie faktury dotyczą usług marketingowych, do których odwołał się świadek S. R.. Jeżeli apelujący twierdzi, że usługa marketingowa była wykonywana powinien wyraźnie wskazać, które z opłat wymienionych w fakturach odpowiadały świadczonym usługom i ich rodzajowi. Dopiero wówczas możliwa byłaby kontrola zakresu usług marketingowych, które zostały wykonane. Tymczasem na podstawie gazetki załączony do akt sprawy oraz zeznań świadków nie można ustalić, które z opłat odnosiły się konkretnie do usług marketingowych obejmujących tę formę promocji. Potwierdzają ten wniosek, zeznania świadka S. R., który opisał problemy, jakie ujawniły się w związku z wystawianiem przez

pozwanego faktur oraz w jaki sposób dekodowano usługi wymieniane na fakturach, zaznaczając, iż nie sprawdzano każdorazowo, czy te usługi były rzeczywiście świadczone.

Co się tyczy zarzutu potwierdzenia przez świadka S. R., iż usługi marketingowe były świadczone, należy podkreślić, iż świadek nie potwierdził wykonywania takich usług. Świadek po okazaniu mu gazetek wskazał jedynie, które z produktów w gazecie były dostarczane przez powoda. Oczywistym jest, że świadek, który jest pracownikiem powoda, potrafił zdekodować te produkty. Inaczej jednak zeznał świadek R. S., który jest pracownikiem pozwanej. Po okazaniu mu gazetek reklamowych, świadek nie potrafił wskazać ani nazwy powoda, ani logo powoda, ani powoda jako dostawcy, nie potrafił wyjaśnić, skąd można uzyskać wiedzę, że to jest produkt M., (świadek złożył oświadczenie, że produkt G. kupił od powoda), wskazał, że nie ma sloganu reklamowego, natomiast dodał, że jest nazwa A., logo tej firmy, czas trwania promocji, oraz lista placówek objętych promocją. W związku z tymi zeznaniami należy wskazać, że wbrew twierdzeniom apelacji kwestia identyfikacji produktów powoda w gazetkach reklamowych nie jest czytelna dla innych podmiotów aniżeli pracownik powoda, który zeznawał na rozprawie.

Nie można zgodzić się z zarzutem apelacji, iż usługi marketingowe - jeżeli nawet były świadczone - to na zasadzie dobrowolności. Świadek S. R. podkreślił, że nie było możliwości nie korzystania z usług marketingowych, dlatego gdyż zgodnie z umową konieczne było wypracowanie określonego poziomu obrotu, natomiast pozwany zapewniał, że usługi te przyczynią się do jego wzrostu. Świadek wyjaśnił także mechanizm naliczania opłat za usługi marketingowe i wskazał na ścisłe powiązania pomiędzy uzyskaniem rabatu retrospektywnego a usługą marketingową, przykładowo, tj. uzyskanie obrotu handlowego na poziomie 100 000 zł uprawniało powoda do bonusu w wysokości 5000 zł i dopiero po przekroczeniu tego progu mógł skorzystać z usługi marketingowej, za którą musiał zapłacić.

W apelacji wskazano także, że świadek S. R. zeznał, iż były świadczone usługi marketingowe (w kontekście audycji radiowej) i podał, że „siłą rzeczy te akcje powodowały jakiś wzrost obrotowy”. W apelacji nie dostrzeżono jednak, że świadek zeznał również, iż usługi te nie zawsze miały zamierzony sukces, a nadto wiązały się z koniecznością obniżenia ceny za produkt. Warunkiem udziału produktu w gazetkach było obniżenie ceny do takiego poziomu, aby był on najniższy spośród tych dostawców produktów, którzy chcieli wziąć udział w tym przedsięwzięciu. Dlatego akcja promocyjna nie wiązała się z korelacją normalnej ceny. Dodatkowo zaś za taką akcją marketingową trzeba było zapłacić.

Odnosnie do usługi (...), należy zaznaczyć, że świadek S. R. zeznał fakt, o którym wskazał apelujący w uzasadnieniu apelacji, jednakże pominięto dalsze zeznania tegoż świadka. S. R. wyjaśnił bowiem, że opłata za tę usługę wynosiła 1 - 2 %, była to duża kwota, nie było to opłacalne, zwłaszcza, że pomiędzy A. i M. była jeszcze jedna spółka, tj. A. i wymiana dokumentów finansowych przechodziła przez te trzy firmy. Jak podkreślił świadek S. R. - dla M. usługa (...) była bez znaczenia.

W związku z powyższym Sąd Apelacyjny uznał, iż sąd pierwszej instancji, z zastrzeżeniami jak powyżej, wyprowadził prawidłowe fakty w ustaleniach faktycznych i dokonał właściwej ich kwalifikacji w rozważaniach prawnych.

Po trzecie, zdaniem Sądu Apelacyjnego zarzut naruszenia art. 227 k.p.c., art. 217 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. przez niewłaściwe zastosowanie i oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego przez sąd pierwszej instancji nie zasługuje na uwzględnienie. Niezależnie bowiem od tego, czy postępowanie dowodowe wykazało, czy też nie wykazało, że pozwany świadczył usługi na rzecz powoda, wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego podlegał oddaleniu jako bezzasadny również z innych przyczyn aniżeli wskazane przez sąd pierwszej instancji. Kwestie ekwiwalentności świadczeń stron zobowiązania umownego oraz tego, czy premia pieniężna przysługująca pozwanej stanowiła rabat posprzedażowy należą do zagadnień prawnych, a nie do wiadomości specjalnych, o których mowa w art. 278 k.p.c. Natomiast ustalenia, jakie miałyby poczynić biegły sądowy odnośnie do tego, czy usługi były świadczone w interesie powódki oraz czy powódka odnosiła z tego tytułu korzyści, wymagało uprzedniego zgromadzenia materiału dowodowego, w oparciu o który biegły sądowy mógłby wydać opinię posiłkując się wiadomościami specjalnymi. Tymczasem w aktach sprawy brak jest materiału dowodowego, na podstawie którego biegły sądowy mógłby wydać przedmiotową opinię. Należy zaznaczyć, iż zasięgnięcie wiadomości specjalnych

od biegłego sądowego nie może służyć poszukiwaniu materiału dowodowego, który mógłby stanowić podstawę do sporządzenia opinii przez biegłych sądowych. Przedmiotowy dowód przeprowadza się na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego przed sądem. Mając na względzie przedmiotową argumentację Sąd Apelacyjny postanowieniem z dnia 31 marca 2016 r. oddalił wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczności wskazane w apelacji, uznając, iż dowód ten nie służy stwierdzeniu faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy w rozumieniu art. 277 k.p.c.

Przechodząc do oceny zarzutów naruszenia prawa materialnego Sąd Apelacyjny wyjaśnia co następuje:

Po pierwsze, zarzut naruszenia prawa materialnego, tj. art. 536 § 1 k.c. w zw. z art. 60 k.c. i art. 65 § 1 i 2 k.c. przez ich niezastosowanie jest niezasadny.

Według apelującego sąd pierwszej instancji naruszył wyżej wymienione przepisy uznając, że uzgodniona premia pieniężna stanowi opłatę za przyjęcie towaru do sprzedaży określoną w art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U z. 2003 r., nr 153, poz. 1503, ze zm. dalej jako: „u.z.n.k.”), gdyż błędnie przyjął, że nie mogło dojść do ustalenia podstaw obliczenia ceny za sprzedawany towar w kolejnych transakcjach. Dlatego uzgodnione premie pieniężne miały charakter rabatu (upustu, bonusu, rabatu posprzedazowego). Przedmiotowy wniosek apelujący upatruje w stwierdzeniu zawartym w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, zgodnie z którym „rolą pozwanego pozostaje, aby przy uwzględnieniu swojej marży kalkulować ceny na takim poziomie, który nie będzie naruszał art. 15 ust. 1 pkt. 1 u.z.n.k. Jest to zwykle ryzyko gospodarcze, którym kontrahent nie może być obciążony.” W dalszej części apelujący uzasadnia swój pogląd wspierając go wypowiedzią SN zawartą w wyroku SN z dnia 20 lutego 2014 r. ( I CSK 236/13). W orzeczeniu tym wskazano, że praktyka gospodarcza ukształtowała zasady oferowania towarów na korzystniejszych zasadach w wypadku, gdy transakcja przybiera większe rozmiary, co stanowi refleks ekonomicznych reguł dotyczących opłacalności produkcji i handlu w mniejszej i większej skali. Konstrukcyjnie upust cenowy i premia pieniężna, stanowiące określone w kolejnych wersjach umowy o usłudze wzmożonej aktywności skutki osiągnięcia oznaczonego poziomu obrotów, odpowiadały pojęciu tzw. rabatu posprzedazowego i prowadziły do obniżenia przez powoda ceny dostarczanych towarów. Sposób ich oznaczenia i rozliczania tych świadczeń, w tym ich kwalifikacja dokonywana na podstawie przepisów podatkowych, nie zawsze musi odpowiadać ściśle konstrukcjom cywilnoprawnym, jakkolwiek pożądana byłaby jednolitość stosowania tożsamyh pojęć w różnych gałęziach prawa. SN powołał się przy tym na uchwałę 7 sędziów NSA z dnia 25 czerwca 2012 r. (I FPS 2/12, ONSAiWSA 2013, nr 6, poz. 85), w której przyjęto, że wypłata kontrahentowi bonusu warunkowego (premię pieniężnej) z tytułu osiągnięcia określonej wielkości sprzedaży lub terminowości regulowania należności stanowi rabat w rozumieniu art. 29 ust. 4 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. W uzasadnieniu NSA dokonał przeglądu prezentowanych stanowisk i wskazał na rozbieżności co do oceny charakteru premii pieniężnych i rabatów zasadzające się na uznawaniu premii za wynagrodzenie za określone usługi, zaś rabatów za korektę ceny sprzedaży, co pociągało za sobą istotne implikacje w zakresie opodatkowania podatkiem od towarów i usług. Odbiciem zmieniających się poglądów organów podatkowych była transformacja stosowanego przez strony nazewnictwa mimo braku merytorycznych zmian w zakresie skutków finansowych, jakie łączyły z osiągnięciem określonego poziomu obrotów. NSA w uzasadnieniu tej uchwały wskazał, że premia pieniężna za dany okres, w ujęciu ekonomicznym, sprowadza się w istocie do zwrotu nabywcy przez sprzedawcę części uiszczanego wcześniej wynagrodzenia z tytułu dokonanych z nabywcą transakcji, w następstwie czego zmniejszeniu ulega wcześniej określona globalna wartość tej transakcji. Przy tym decydująca dla oceny charakteru określonego świadczenia powinna być nie nazwa, lecz treść tego świadczenia dokonana na podstawie obiektywnej analizy całokształtu okoliczności faktycznych. Nazwanie zatem przez strony umowy danego świadczenia premią nie wyłącza możliwości uznania go za rabat. Zdaniem SN argumentacja przywołana przez NSA w powyższej uchwale powinna znaleźć zastosowanie także przy analizie dokonywanej w ramach oceny, czy w świetle art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. zastrzeżony w umowie stron upust (premia pieniężna) stanowił rabat czy też odrębną opłatę innego rodzaju. Charakter ekonomiczny przyjętego rozwiązania wskazuje na to, że ma ono cechy rabatu rzutuującego na wielkość marży handlowej, nie można więc a priori uznać, że potrącenie przez pozwanego należności za tzw. wzmożoną aktywność stanowi opłatę niedopuszczalną w rozumieniu tego przepisu. Marże handlowe nie są bowiem

objęte jego zakresem. Sąd Apelacyjny wskazuje, że w analizowanym wyroku powołano się także na zbliżone stanowisko SN wyrażone w wyroku z dnia 6 czerwca 2014 r. (III CSK 228/13, niepubl.) podnosząc, że co do zasady, zbywanie większej ilości towaru po niższej cenie nie stanowi działań wskazujących na naruszenie konkurencji. Decydująca dla oceny charakteru określonego świadczenia powinna być nie nazwa, ale jego treść dokonana na podstawie obiektywnej analizy całokształtu okoliczności faktycznych. Charakter ekonomiczny przyjętego przez strony rozwiązania wskazuje na to, że ma ono cechy rabatu obniżającego cenę pierwotnej transakcji i jednocześnie rzutującego na wysokość marży handlowej. Nie można więc uznać, że należności z tytułu bonusów od obrotów miesięcznych stanowią, co do zasady, inną niż marża handlowa opłatę w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., których pobranie przez potrącenie z wierzytelności powoda stanowi utrudnienie dostępu do rynku.

W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy wyżej wymienione poglądy prawne nie mogą się ostać.

Po pierwsze, jak słusznie argumentował SA w Krakowie w wyroku z dnia 20 lutego 2009 r. (I ACa 65/09, niepubl.), gdyby nawet przyjąć, że przedmiotowa opłata w postaci premii pieniężnej dotyczyła „rabatu posprzedażowego”, to tym bardziej należy go potraktować jako niedozwoloną opłatę za przyjęcie towaru do sprzedaży. Nazwa zastosowanej opłaty nie ma znaczenia i nie pozbawia jej charakteru opłaty za wprowadzenie towaru do sklepów pozwanego. Taki „rabat posprzedażowy” nie ma odniesienia do ceny konkretnego towaru, lecz stanowi dodatkową opłatę związaną z przyjęciem towaru do sprzedaży. Słusznie w tym wyroku wskazano, że tak naprawdę tego typu opłata (bez względu na jej nazwę) nie odnosi się do ceny, gdyż liczona jest od obrotu (w niniejszej sprawie: 4, 6 % w stosunku do rocznych obrotów netto przy przyjęciu, że obrót netto A. i Partnerów na poziomie 1 wyniesie od 100 000 zł, k. 88). Gdyby można było mówić o upuście (pomijając wszystkie inne okoliczności), to odnosić go można jedynie do konkretnej ceny konkretnego towaru. Z 2.2.1. Umowy o świadczenie usług marketingowych wynika wprost, że premia pieniężna będzie przyznawana A. i jego Partnerom w związku ze sprzedażą towarów sprzedawcy (k. 86). Nadto w art. 3 te same umowy wyraźnie wskazano, że strony postanawiają, że z tytułu zrealizowania określonego poziomu obrotów sprzedawca przyznaje A. i jego Partnerom premię pieniężną (k. 88). Już z porównania tych postanowień umownych wynika, że w niniejszej sprawie obniżka nie dotyczyła korekty ceny towarów, ale opłaty za obrót, czyli za to, że pozwany przyjmował towar powoda do sprzedaży. Charakterowi tej opłaty jako upustu czy też rabatu posprzedażowego (a na taki charakter wskazywała strona pozwana) przeczy więc sposób jej wyliczenia, który nie polegał na upuście (rabacie posprzedażowym) w odniesieniu do kwot fakturowych wystawianych przez powoda, ale określenie jej jako procentu od obrotu, czyli w zupełnym oderwaniu od ceny. Akcentowanie przez apelującego, iż strony określiły w umowie próg obrotów, po osiągnięciu którego będzie możliwe naliczanie premii pieniężnej, nie może być decydujące dla rozstrzygnięcia sprawy. Jak słusznie wskazał sąd pierwszej instancji, osiągnięte pomiędzy stronami obroty roczne wynosiły około 3 mln zł, a zatem ustalony próg 100 000 zł, po przekroczeniu którego naliczano premię pieniężną jest symboliczny. Przekroczenie tego progu nastąpiło bowiem już prawdopodobnie w pierwszym miesiącu współpracy. Dlatego zauważalne jest że premia dotyczyła faktu ponoszenia określonych kosztów przez sieć i rozłożenia ryzyka sprzedaży. W związku z tym należy stwierdzić, iż na podstawie obiektywnej analizy materiału procesowego, w oparciu o który ustalono stan faktyczny sprawy, nie można uznać, że charakter ekonomiczny przyjętego przez strony rozwiązania dotyczącego premii pieniężnej wskazuje na to, że ma ono cechy rabatu obniżającego cenę pierwotnej transakcji i jednocześnie rzutującego na wysokość marży handlowej.

Po drugie, na podstawie premii pieniężnej powód nie mógł kalkulować ceny towaru, gdyż w chwili zawarcia umowy żadna ze stron nie знаła ostatecznej wielkości obrotu, która była uzależniona od poziomu sprzedaży i decyzji pozwanego co do kolejnych zamówień, a więc okoliczności, na które powód nie miał żadnego wpływu. Wręcz przeciwnie, miała na to wpływ strona pozwana, chociażby przez podejmowanie działań reklamowych w odniesieniu do produktów znajdujących się w sklepie. Pobieranie takiej opłaty post factum oznacza, że na dostawcę zostaje przerzucona finansowa odpowiedzialność za powodzenie lub niepowodzenie działalności gospodarczej sieci (sprzedaży). Szczególnie widoczny jest tu brak wzajemności świadczeń, skoro dopiero po jakimś czasie, a więc po obciążeniu powoda tą opłatą, dowiadywać się on miał, jaki był ostatecznie poziom cen towarów przez niego dostarczanych, gdyby uznać, że mieliśmy tu do czynienia z rabatem, który wpływał na cenę. Świadczy to jednoznacznie o tym, że powód nie odnosił z tytułu tej opłaty żadnych korzyści, a stanowiła ona jedynie dodatkowe, niezasadne

obciążenie finansowe. W odniesieniu do premii pieniężnych, zarówno w przypadku premii za osiągnięcie określonej wysokości obrotu, jak i premii za utrzymanie i rozwój sieci sprzedaży, trudno mówić o jakimkolwiek ekwiwalentnym świadczeniu ze strony pozwanego na rzecz powoda. Skoro więc premia pieniężna nie była przyznawana za konkretną usługę, ale była uzależniona od złożenia zamówienia na towary powoda, to zdaniem Sądu Apelacyjnego była to wprost inna opłata aniżeli marża.

Po trzecie, gdyby premie pieniężne liczone były jak rabat posprzedawczy od poszczególnych cen, to obniżałoby to wartość zrealizowanego obrotu, co powodowałoby, że niższe byłyby opłaty, przynajmniej o ich wartość. Jednakże taki mechanizm rozliczeń finansowych nie został udowodniony w niniejszym postępowaniu. Z treści łączących strony umów wynika, że premie pieniężne były naliczane post factum, czyli po zrealizowaniu określonego obrotu, od którego były naliczane. Oznacza to, że nie miały one wpływu na ceny, gdyż ich nie obniżały, a więc nie obniżały wartości obrotu. W konsekwencji wyższa była wysokość dodatkowych opłat, którymi był obciążany powód za możliwość handlu z pozwanym.

Po czwarte, jak wskazał SN w wyroku z dnia 8 listopada 2013 r. (I CSK 46/13, niepubl.), wydanym również na tle charakteru prawnego premii pieniężnej, dokładnie tożsamej z premią rozpatrywaną w sprawie I CSK 236/13 (ten sam pozwany podmiot), skoro obowiązek zapłaty premii pieniężnej przewidziany został w razie osiągnięcia jedynie określonego poziomu obrotów, a pozwana spółka nie podejmowała w istocie żadnych działań ukierunkowanych na zwiększenie obrotów z powodem, poza akcją promocyjno-marketingową, za co miała otrzymać odrębne wynagrodzenie, to okoliczność ta stanowi wystarczającą podstawę do uznania, iż ukształtowana w ten sposób premia pieniężna stanowi w istocie opłatę za utrudnianie przyjęcia towaru do sprzedaży. Analogicznie, jak w niniejszej sprawie, należy zauważyć, że bonus miał charakter roczny i był naliczany od obrotu 4, 6 %, wówczas gdy przekroczono poziom obrotów 100 000 zł netto. W zamian powód nie uzyskiwał nic, oprócz tego, że w ciągu roku kupowany był od niego towar. Innymi słowy, powód był obciążany dwukrotnie tylko za to, że mógł handlować z pozwanym.

Po piąte, skoro premia pieniężna (upust, bonus, rabat posprzedawczy) stanowi niedozwoloną opłatę, to obowiązkiem pozwanego będzie wystawienie stosownych korekt, co wpłynie na podstawę opodatkowania. I w tym zakresie należy podzielić stanowisko wyrażone w uchwale 7 sędziów NSA z dnia 25 czerwca 2012 r., gdyż faktycznie kwestia obciążenia lub nieobciążenia dostawcy opłatami wpływa na podstawę opodatkowania. Nie sposób jednak z samego tego faktu wyciągać wniosku, jak to uczynił SN w wyroku z dnia 20 lutego 2014 r., że jest to dozwolona opłata. Można stwierdzić, że uchwała 7 sędziów NSA wchodzi w grę w momencie, gdy sąd powszechny uzna daną opłatę za półkową, gdyż skutkiem tego będą obowiązki podatkowe, związane chociażby ze zmianą podstawy opodatkowania. Tak więc nie sposób zgodzić się z poglądem SN wyrażonym w powołanym wyroku z dnia 20 lutego 2014 r. i odwołującym się do niego wyroku z dnia 6 czerwca 2014 r., gdyż nie można uznać, aby interpretacja danej instytucji z punktu widzenia prawa podatkowego decydowała o jej charakterze cywilnoprawnym. Tymczasem SN dokonał zrównania pojęć prawa podatkowego i cywilnego, co nie znajduje żadnego uzasadnienia (tak też: uzasadnienie wyroku SA w Warszawie z dnia 29 września 2015 r., I ACa 82/15, zaakceptowane w literaturze: zob. T. Szanciło, Premie pieniężne i podobne opłaty jako przedmiot czynu nieuczciwej konkurencji – uwagi polemiczne, PS 2016, nr 4, s. 7 i n.).

Po drugie, według Sądu Apelacyjnego zarzut naruszenia art. 499 k.c. poprzez jego niezastosowanie jest niezasadny.

Rację ma apelujący, iż zgodnie z art. 499 k.c. potrącenia dokonuje się poprzez oświadczenie złożone drugiej stronie, co oznacza, że oświadczenie powinno być złożone zgodnie z zasadami reprezentacji obowiązującymi u pozwanej. Dlatego nie sposób uznać, iż pozwana złożyła oświadczenie o potrąceniu wysyłając email do powódki. Zatem jeżeli powódka nie otrzymała odpowiedniego oświadczenia o potrąceniu, to wówczas nie można uznać, iż taka czynność miała kiedykolwiek miejsce. Nie można bowiem uznać, że emaile wysyłane przez nieoznaczoną osobę bez odpowiedniego upoważnienia będą stanowiły skutecznie złożone oświadczenie woli.

Umyka uwadze apelującego, iż strony określiły wzajemne zasady rozliczeń w załącznikach do umowy o współpracy. W artyku 1 ust. 20 wskazano, że kwota stanowiąca różnicę pomiędzy premią pieniężną a wynagrodzeniem wynikającym z faktury zostanie w następnym miesiącu pomniejszona lub powiększona o powstałą różnicę (k. 52). Natomiast par.

7 ust. 3 umowy o przekazywanie faktur oraz innych danych w formie elektronicznej postanowiono, że w sprawach dotyczących rozliczeń finansowych nie uregulowanych w niniejszej umowie, zastosowanie mają przepisy „Umowy o ramowej współpracy” (k. 84). W taki sam sposób uregulowano tę kwestię w artykule 9 umowy o świadczenie usług marketingowych (k. 91).

W wyżej wymieniony sposób pozwana rozliczała wzajemne wierzytelności. Jak wynika z uzupełnionego stanu faktycznego, pozwana sama na każdym dokumencie przelewu informowała o dokonaniu potrącenia - kompensaty z należnościami powoda własnych należności m. in. z tytułu powyższych opłat oraz premii pieniężnej (rozliczenie z dnia 21 kwietnia 2009 r. k. 197-199, rozliczenie z dnia 26 maja 2009 r. k. 288-293, rozliczenie z dnia 4 sierpnia 2009 r. k. 518-522, rozliczenie z dnia 18 sierpnia 2009 r. k. 662-665, rozliczenie z dnia 15 września 2009 r. k. 756-758, rozliczenie z dnia 20 października 2009 r. k. 801-803, rozliczenie z dnia 17 listopada 2009 r. k. 859-862, rozliczenie z dnia 2 marca 2010 r. k. 991-1000), przy czym zapis o uzgodnieniu prawa kompensaty wzajemnych należności znajdował się z umowach stron. W świetle przedstawionych dowodów źródłowych w postaci faktur, not i dokumentów przelewu, nie budzi wątpliwości, że pozwana spółka zatrzymała wskazane w pozwie kwoty. Sama przyznawała to wprost w każdym dokumencie przelewu, a w procesie nie przedstawiła żadnych dowodów na okoliczność obecnych twierdzeń, jakoby do wskazanej niedopłaty nie doszło, mimo wyraźnej treści pochodzącej od niej samej dokumentacji. Gdy zaś mowa o potrąceniu w rozumieniu art. 498 i 499 k.c., to jest oczywiste, że do potrącenia wierzytelności w rozumieniu prawnym (a nie potocznym) nie doszło i to z tego względu, że pozwanemu nie służyły wierzytelności, które przedstawił do potrącenia. Zatrzymanie przez niego części ceny pod pretekstem poboru różnych opłat oraz tzw. premii pieniężnej stanowiło delikt a nie potrącenie w znaczeniu art. 498 k.c. Właśnie z tego względu pozwany jest obecnie zobowiązany zwrócić bezprawnie zatrzymane kwoty (analogicznie wyrok SA w Warszawie z dnia 14 stycznia 2015 r. I ACa 1029/14).

Należy więc wskazać, że powód przedstawiając szereg dokumentów udowodnił twierdzenie o istnieniu długu. Wykazał bowiem różnicę, jakiej nie dopłacił mu pozwany pod pretekstem kompensaty własnych należności. Obowiązek udowodnienia, że różnica ta jest obecnie mniejsza lub w ogóle nie istnieje, obciąża dłużnika (art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c.). Rozkład ciężaru dowodu przedstawia się bowiem tak, że wierzyciel wykazuje wierzytelność, a dłużnik wygaśnięcie długu przez spełnienie świadczenia lub skutek innych zdarzeń. Tymczasem pozwana spółka nie skonkretyzowała nawet, czy jej zdaniem którekolwiek z kwot składających się na dochodzone roszczenie zapłaciła i kiedy, nie wspominając już o przedstawieniu dowodów w postaci przelewów lub innych dokumentów, które potwierdzałyby jej stanowisko.

Po trzecie, według Sądu Apelacyjnego zarzut naruszenia art. 6 k.c. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 4, art. 18 ust. 1 pkt 5, u.z.n.k. oraz art. 3 ust. 1 u.z.n.k. przez jego niezastosowanie jest bezzasadny.

Apelujący zarzuca, iż sąd pierwszej instancji błędnie przyjął zasadę rozkładu ciężaru dowodowego przyjmując, iż to na pozwanym ciąży ciężar dowodowy, iż pozwana utrudniała powódce dostęp do rynku, a nadto, iż w zaskarżonym wyroku przyjęto, że pozwana wzbogaciła się kosztem powódki, jak również w jakim stopniu rzekome wzbogacenie nastąpiło, a także iż działanie pozwanej było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, iż doszło do naruszenia lub co najmniej do zagrożenia interesu powódki.

Przedmiotowy zarzut apelacyjny jest o tyle nietrafny, iż sąd pierwszej instancji nie wyraził poglądu, który pozwany sformułował.

Sąd Apelacyjny podziela wskazania zawarte przez TK w wyroku z dnia 16 października 2014 r. (SK 20/12), według którego za nieuzasadnione należy uznać stanowisko przyjmowane w orzeczeniach sądów powszechnych, że art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. stanowi podstawę domniemania utrudniania dostępu do rynku i przerzuca ciężar dowodu na pozwanego. Jak wskazano, przepis ten nie zawiera adresowanej do sądu powszechnego normy nakazującej uznać bez dowodu ten fakt za domniemywany. Natomiast ciężar dowodu, że zawarta przez strony umowa nie odpowiada art. 353<sup>1</sup> k.c., obciąża co do zasady stronę kwestionującą treść umowy. W uzasadnieniu przedmiotowego wyroku TK zauważono, że w polskim systemie prawnym przesłanka domniemania musi być wyraźnie wskazana w normie domniemania, tymczasem zaskarżony przepis nie daje żadnych językowych podstaw, by domniemywać utrudnianie

dostępu do rynku lub wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji. Art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. nie zawiera adresowanej do sądu powszechnego normy nakazującej uznać bez dowodu fakt domniemywany. Na gruncie analizowanego aktu normatywnego w jednym wypadku prawodawca wprost odstępuje od rozkładu ciężaru dowodu przewidzianego w art. 6 k.c. (art. 18a ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Wyjątek ten nie odnosi się jednak do czynu, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.

Wyżej wymieniony pogląd TK został zaakceptowany przez SN w wyroku z dnia 17 kwietnia 2015 r. (I CSK 136/14), który wskazał, że potraktowanie opłaty jako czynu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., wymaga wykazania, że taka opłata utrudniała powodowi dostęp do rynku. Jak zaznaczył SN, z treści art. 15 ust. 1 u.z.n.k. nie wynika domniemanie, że samo stwierdzenie, iż opłata ma inny charakter niż marża jest równoznaczne z utrudnianiem przedsiębiorcy dostępu do rynku. Ciężar dowodu w tym zakresie, zgodnie z art. 6 k.c., obciąża przedsiębiorcę, który powinien wykazać, że żądanie od niego określonej opłaty spowodowało utrudnienie mu dostępu do rynku, gdyż wpłynęło przykładowo na obniżenie konkurencyjności. Niewątpliwie bowiem pozwana jest przedsiębiorcą, który ma znaczący udział w rynku, na którym zbywa się towary produkowane przez powódkę, lecz sam ten fakt nie może przesądzać o tym, że w sposób zabroniony przez przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji narzuciła powodce warunki umowy, które były tylko korzystne dla niej i które w sposób niedozwolony kształtowały stosunek zobowiązaniowy pomiędzy nimi.

Sąd Apelacyjny podziela pogląd sądu pierwszej instancji, iż postępowanie dowodowe wykazało, że wyrażenie zgody przez powoda na obciążenie dodatkowymi opłatami było warunkiem zawarcia umowy i kontynuowania współpracy, co uzasadnia konstatację, iż opłaty zostały mu jednostronnie narzucone. Należy zauważyć, iż wbrew stanowisku apelującego, pogląd Sądu Okręgowego nie został oparty na domniemaniu prawnym czy też domniemaniu faktycznym, gdyż sąd ten wyjaśnił, iż stanowisko to uzasadniają przede wszystkim zeznania świadka S. R., który jednoznacznie zeznał, że otrzymana przez pozwanego umowa jest nienegocjowalna, w związku z czym powód mógł jedynie ją przyjąć lub odrzucić i zrezygnować ze stosunków handlowych z pozwanym. Dodać również trzeba, że z zeznań tego świadka wynika, że M. nie był monopolistą w danym segmencie rynku, ze względu na powiązania pomiędzy umowami nie można było zrezygnować np. ze świadczenia usług marketingowych, nie było negocjacji co do poszczególnych postanowień umowy, można było negocjować poziom obrotów, jednakże w praktyce i tak nigdy nie udało się wynegocjować korzystniejszych warunków. Świadek zeznał także, iż „wejście” do sklepu (...) było dla powoda ważne, gdyż M. był małą spółką, obroty w A. sięgały 40 %, natomiast utrzymanie produktów w sieci – ze względu na powiązania gospodarcze z innymi podmiotami było istotne dla dalszej produkcji. Nie było także łatwe „wyjście z umowy z A.”, gdyż konieczne było osiągnięcie określonego poziomu budżetu, które pozwoliłoby na dalszą produkcję. Stanowisko świadka S. R. wzmacnia treść umowy o współpracy w zakresie jej artykułu 4 („Poufność”), w którym zapisano, iż strony ustalają, że sprzedawca nie będzie dokonywać żadnych zmian w warunkach handlowych określonych w umowie pod rygorem natychmiastowego rozwiązania niniejszej umowy.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie ma także potrzeby „wyznaczać” rynku, gdyż jest nim, w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., rynek wykreowany pomiędzy stronami transakcji. W świetle tego przepisu bez znaczenia pozostaje okoliczność, czy sprzedawca mógł zbyć te towary innym kupującym, oraz czy zbycie towarów przedsiębiorcy pobierającemu takie opłaty jest mniej czy bardziej opłacalne ekonomicznie dla sprzedającego, niż zbycie innemu przedsiębiorcy. W apelacji wywodzono, że fakt współpracy powoda z innymi podmiotami prowadzącymi sklepy nie wpływał w żaden sposób na zakazany przez ustawę charakter opłat pobieranych przez inną sieć handlową – w tym wypadku pozwanego. Utrudnianie dostępu do rynku nie polega jednak na tym, że sprzedawca ma ewentualnie możliwość nawiązania współpracy z innym podmiotem. Należy jednak zauważyć, że utrudnianie to odnosi się do możliwości zawierania kontraktów z poszczególnymi podmiotami prowadzącymi sklepy, w tym sieci sklepów, co wpływa na dostęp do finalnego odbiorcy towarów lub usług, będących klientami tej sieci, stanowiących potencjalny rynek sprzedawcy (dostawcy). Stanowisko pozwanego sprowadzało się de facto do tego, że skoro zawarł umowę z powodem, to pozwolił mu na dotarcie do finalnych odbiorców, poszerzył jego rynki zbytu, co miałyby oznaczać, że brak jest spełnienia przesłanki utrudniania dostępu do rynku. Gdyby jednak faktycznie tak było, a więc zawarcie umowy z siecią handlową depenalizowałoby czyn nieuczciwej konkurencji, art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. nie miałby racji bytu,



gdyż w zasadzie zawarcie jakiegokolwiek umowy ze sprzedawcą na zakup jego produktów powodowałyby, że uzyskuje on dostęp do rynku. W konsekwencji w ocenie Sądu Apelacyjnego za chyby należało uznać zarzut pozwanego, że powód nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, iż działania pozwanego utrudniały mu dostęp do rynku poprzez utrudnianie rynkowej konfrontacji sprzedawanych przez powoda produktów i dotarcie do finalnego odbiorcy.

Po czwarte, według Sądu Apelacyjnego nie są zasadne zarzuty naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. poprzez jego błędną wykładnię i w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie oraz art. 3 ust. 1 u.z.n.k. poprzez jego niezastosowanie.

Odnosząc się do naruszenia art. 3 ust. 1 u.z.n.k. należy wskazać, iż rację ma apelujący, określając wzajemne relacje prawne dotyczące wymienionych wyżej przepisów w apelacji, jednakże przedstawiona argumentacja nie jest pełna. Właściwe ujęcie przedmiotowego zagadnienia wymaga uwzględnienia tego, że dla uznania danego działania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarcza spełnienie przesłanek określonych w rozdziale drugim ustawy, bez konieczności odwoływania się do klauzuli generalnej określonej w art. 3 ustawy. Tylko wówczas, gdy przepisy nie zawierają stypizowanych czynów w rozdziale drugim ustawy, uzasadnione jest sięgnięcie do klauzuli generalnej. Czym innym jest natomiast funkcja korygująca klauzuli, co w tej sprawie nie występuje, bowiem konstrukcja art. 15 ust. 1 u.z.n.k. zakłada naruszenie interesu drugiej strony poprzez utrudnienie dostępu do rynku. Owo utrudnianie dostępu należy postrzegać w sensie ekonomicznym jako podejmowanie działań umożliwiających innemu przedsiębiorcy rynkowej konfrontacji oferowanych towarów i usług w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji. Takie utrudnianie może mieć miejsce zarówno po zawarciu umowy między stronami jak i przed jej zawarciem przez próbę narzucenia, wymuszenia niekorzystnych postanowień umownych. Jest to w kontekście przepisu art. 3 u.z.n.k. szczególnym przypadkiem działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy. (por. wyrok SA w Krakowie z dnia 2 października 2012 r. I ACA 864/12, wyrok SA w Warszawie z dnia 16 grudnia 2014 r. I ACa 951/14). Dlatego należy przyjąć, że praktyka stosowana przez stronę pozwaną wobec strony powodowej stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji, była zgodna z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. także czynnością sprzeczną z dobrymi obyczajami. Nie sposób bowiem, na gruncie niniejszej sprawy stwierdzić, że działanie strony pozwanej nie narusza interesu strony powodowej, która zmuszona była uiszczać stronie pozwanej opłaty za usługi, które bezpośrednio przyczyniały się do zwiększenia obrotu i w konsekwencji zysku przede wszystkim strony pozwanej, a które nie miały bezpośredniego przełożenia przede wszystkim na zakres świadczonych jej usług, a także osiągniętych przez nią wyników finansowych. Należy zauważyć, że postępowanie przedsiębiorcy polegające na pobieraniu opłaty za przyjęcie towaru do sklepów celem sprzedaży jest sprzeczne z klauzulą dobrych obyczajów, która jest wystarczającą podstawą do zakwalifikowania postępowania przedsiębiorcy jako czynu nieuczciwej konkurencji (por. wyrok SN z dnia 9 stycznia 2008, II CK 4/07).

Co się tyczy naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k., należy wyjaśnić, że zarzut ten został sformułowany chaotycznie, co uniemożliwia jego szczegółową kontrolę. Należy zaznaczyć, iż sąd w pełni podziela poglądy prawne wyrażone w zakresie analizy tych przepisów przez sąd pierwszej instancji, co czyni zbędnym ich powtarzanie.

Odnosząc się do opłat za usługi marketingowe, istotne jest to, że nie sposób uznać, aby pozwany wykazał konkretne działania promocyjno-reklamowo-marketingowe, które miały na celu reklamę dostawcy w punktach sprzedaży zamawiającego. Także z treści faktur wystawianych przez pozwanego z tytułu budżetu marketingowego nie wynikało w żaden sposób, jakich usług one konkretnie dotyczyły. Pozwany nie wykazał, pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu, aby wykonał jakiegokolwiek usługi objęte spornymi fakturami. Ponadto, w każdej sytuacji istota umowy reklamy polega na tym, że zlecniodawca ma wpływ na to, w jaki sposób będzie prezentowany reklamowany produkt, a więc jak przebiegać będzie kampania reklamowa. Pozwany nie wykazał, aby powód miał wpływ chociażby na konkretny towar, jaki pojawi się w gazetce, w tym sensie, że gdyby chciał promować jakiś konkretny produkt, np. w sytuacji, gdy słabo się rotował (sprzedawał), to pojawiłby się on w akcji promocyjnej. Rola powoda sprowadzała się do potwierdzania tzw. promocji i zaoferowania najniższej ceny produktu promowanego. Dostawca nie miał żadnego wpływu na to, czy jego towar w gazetce promocyjnej się pojawi, jaki to będzie towar, w jakim miejscu gazetki zostanie zamieszczony oraz w jaki sposób będzie zaprezentowany. Wyłączna decyzja w każdym tym elemencie należała do A..

Pozwany nie wykazał również, że podejmował jakiegokolwiek inne działania reklamowe, stosował inne formy reklamy, stworzył plan promocji towarów powoda, czy umieszczał logo dostawcy lub reklamę jego produktów na własnej stronie internetowej. Tymczasem, zgodnie z umowami, usługa reklamowa obejmować miała wszechstronne działania promocyjne (reklama poza działem, reklama stop rayon, reklama w gazetkach reklamowych, reklama na billboardach, reklama radiowa), a nie ukazanie kilku zdjęć produktów powoda i to w odniesieniu tylko do niektórych produktów znajdujących się w ofercie powoda i jednej audycji radiowej. W konsekwencji nie sposób uznać, iż pozwany faktycznie podejmował jakiegokolwiek czynności mające na celu promocję powoda w jego marketach. Gdyby jednak nawet uznać, że promowanie niektórych produktów w gazetkach i wystawienie towaru w części regału, czy też jedna audycja radiowa, stanowi jakiś sposób wykonania umowy łączącej strony, to byłaby to tylko jedna czynność z szeregu, jakie miał podjąć pozwany, a więc byłoby to, co najwyżej, wykonanie umowy w części, której wartości nie sposób ustalić, z braku odpowiednich dowodów.

Nie można również mówić de facto o ewentualnym reklamowaniu towarów powoda, a to z tego względu, że pozwany kupował od powoda towary i sprzedawał je w swoich hipermarketach jako „swoje”. Promocja czy reklama towarów dostarczonych przez powoda byłaby zatem promowaniem własnych towarów pozwanego, a nie promocją przeprowadzaną na rzecz powoda. Nie sposób przyjąć, że akcje tego rodzaju były środkiem odpowiednim dla wspierania promocji i reklamy dostawcy w punktach sprzedaży zamawiającego, jeżeli towar, jaki ukazywany był w gazetkach, stanowił już własność pozwanego, a nie wiązały się z tym dodatkowe akcje nakierowane wyłącznie na powodową spółkę. Tak naprawdę pozwany, naliczając przedmiotową opłatę, obciążał powoda kosztami swojej działalności reklamowej, która nie była w żaden sposób nakierowana na powoda. W związku z tym powód finansował działalność gospodarczą pozwanego, w ramach opłaty marketingowej finansował wraz z innymi dostawcami gazetki reklamowe A., przynajmniej w znacznej części, a w gazetkach ukazywane były przecież produkty znajdujące się w ofercie sieci. Przedmiotowe postanowienia umowne nie charakteryzowały się więc ekwiwalentnością, tj. nie miały one na celu zwiększenia zysku obu stron, ale tylko jednej, czyli pozwanego, gdyż ewentualna zwiększona sprzedaż powoda nie uprawniała pozwanego, w świetle zapisów łączących stron umów do żądania dodatkowych świadczeń. Żadna przesłanka nie uprawniała pozwanego do narzucania powodowi partycypowania w tych kosztach, bo de facto do tego sprowadzała się przede wszystkim przedmiotowa opłata i to niezależnie od tego, czy jakiegokolwiek produkt powoda w ogóle w gazetce się znalazł.

Dokonując oceny spornych opłat, należy zauważyć, że opłaty powinny obejmować rzeczywisty koszt przygotowania gazetek, ich druku i kolportażu, czy też rzeczywistych kosztów zorganizowania akcji promocyjnej. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy wynagrodzenie za te usługi naliczane były jako procent od obrotu (reklama centralna) lub stała kwota (reklama okolicznościowa), w oderwaniu od realnej wartości usług i realnych kosztów wydawania gazetek czy organizacji akcji promocyjnych. Nie został przedstawiony przez pozwanego jakiegokolwiek dowód, że opłaty z tego tytułu miały w ogóle jakiegokolwiek odniesienie do kosztów reklam.

Co się tyczy premii pieniężnych, jako rabatu posprzedażowego, słusznie sąd pierwszej instancji wskazał, że istnieją sytuacje, w których premia pieniężna (warunkowanej od wysokości osiągniętego obrotu) nie sposób zaliczyć do opłat niedozwolonych w myśl przepisów u.z.n.k. Co do zasady, obniżanie ceny wraz ze zwiększeniem zamówienia (i obrotów), mogłoby być uznane za dopuszczalne, nie jest też uzależnione od ekwiwalentności, gdyż jest to inny charakter świadczenia. Aby ocenić charakter konkretnej premii, należy jednak ocenić konkretną umowę, w tym procent premii oraz próg, po przekroczeniu którego jest ona naliczana. Trafnie sąd pierwszej instancji wskazał, że osiągnięte pomiędzy stronami obroty roczne wynosiły około 3 mln zł. W tej sytuacji uznać należy, że próg 100.000 zł, po przekroczeniu którego naliczano już premię pieniężną jest w ocenie Sądu symboliczny, gdyż przekroczenie tego progu nastąpiło już prawdopodobnie w pierwszym miesiącu współpracy stron. Widać więc wyraźnie, że w tym przypadku premia dotyczyła faktu ponoszenia określonych kosztów przez sieć i rozłożenia ryzyka sprzedaży.

Należy także podzielić pogląd sądu pierwszej instancji, według którego opłata stanowiąca premię pieniężną pobieraną przez pozwanego od powoda z tytułu zrealizowania określonego poziomu obrotów netto w ciągu roku stanowi w istocie dodatkową opłatę za przyjęcie towarów do sprzedaży. W tym kontekście należy podzielić pogląd SA we Wrocławiu (wyrok z dnia 12 maja 2009 r., I ACa 304/09) wskazujący, iż "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". Bez znaczenia pozostaje w związku z tym okoliczność, czy sprzedając towary pozwanemu powód kalkulował tę okoliczność, w tym sensie, że wliczał dodatkowe opłaty do cen oferowanych pozwanemu towarów. Zarzut ten stanowi właśnie typową sytuację związaną z utrudnianiem dostępu do rynku, gdyż takie "wliczanie" wpływa na wysokość cen towarów oferowanych przez powoda, a w konsekwencji - jego sytuację rynkową. Gdyby bowiem nie było dodatkowych opłat, powód mógłby zaoferować niższe ceny, co powinno przełożyć się na niższe ceny dla odbiorców końcowych w sklepach pozwanego, a w konsekwencji na zwiększony obrót i zysk.

Odnosząc się do zarzutów, które zostały sformułowane na rozprawie apelacyjnej dotyczących opłat za usługi (...), należy zaznaczyć, iż świadek S. R. wyraźnie wskazał, że powód nie miał wpływu na treść umów zawartych pozwanym. Umowy te były ze sobą powiązane. Jak zeznał świadek, usługa (...) była bez znaczenia dla powoda. Sposób przekazywania faktur nie miał znaczenia. Usługa ta była droga. Zdaniem sądu drugiej instancji nie sposób dopatrzeć się w niej świadczeń obu stron, bowiem pobieranie opłat za umożliwienie powodowi przesyłania faktur w systemie elektronicznym, którego prekursorem na rynku był A. i który ułatwiał A. rozliczenie faktur, oznacza finansowanie jego działalności gospodarczej w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe Sąd uznał apelację za bezzasadną i na podstawie art. 385 k.p.c. ją oddalił.

O kosztach procesu Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 § 1 k.p.c., gdyż pozwany w całości przegrał postępowanie przed sądem drugiej instancji i zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 5400, 00 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego przez profesjonalnego pełnomocnika (§ 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2013 r., poz. 490), stosownie do § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015 r. poz. 1804).

SSA Marzena Konsek-Bitkowska SSA Ewa Kaniok SSO del. Przemysław Feliga