

***Sygn. akt I ACa 1879/15***

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 listopada 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Ewa Kaniok

Sędziowie: SA Roman Dziczek (spr.)

SA Marzanna Góral

Protokolant: sekretarz sądowy Marta Puskarska

po rozpoznaniu w dniu 22 listopada 2016 r. w Warszawie na rozprawie

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

przeciwko (...) spółce akcyjnej z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 24 czerwca 2015 r., sygn. akt XVI GC 990/13

**I. oddala apelację,**

**II. zasądza od (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. kwotę 5400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Marzanna Góral Ewa Kaniok Roman Dziczek

Sygn. akt I ACa 1879/15

## UZASADNIENIE

Powód - (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. wniósł w dniu 5 lipca 2013 r. pozew przeciwko pozwanemu (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w W. o zapłatę kwoty 737 025,36 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 12 maja 2010 r. do dnia zapłaty, a także zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 14 400 zł. W uzasadnieniu pozwu wskazał, że powód na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k żąda zwrotu korzyści bezpodstawnie uzyskanych przez pozwanego w wyniku popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Strony łączyły umowy generalne o współpracy, w wykonaniu których powód dostarczał i sprzedawał pozwanemu towary: mydło marki (...) – przeznaczone do dalszej odsprzedaży w sklepach wielkopowierzchniowych sieci M. Powyższe umowy obligowały powoda do uiszczania na rzecz pozwanego szeregu dodatkowych opłat, przybierających w szczególności postać usług: (...), usług merchandisingowych, czy też premii pieniężnych. Jak podkreślono, wskazywane opłaty zostały powodowej spółce jednostronnie narzucone w toku negocjacji umów oraz późniejszej współpracy, zaś ona sama nie odnosiła żadnych korzyści z ich tytułu, poza udostępnieniem towaru do sprzedaży. Umowy nie precyzowały zakresu ani częstotliwości wykonywania przez

pozwanego ekwiwalentnych świadczeń, zaś wysokość obciążeń z ich tytułu była ukształtowana wyłącznie w odniesieniu do wartości całkowitego obrotu zrealizowanego przez strony.

W odpowiedzi na pozew z dnia 28 października 2013 r. pozwany (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Wskazał, że zawarte przez strony umowy o współpracy nie były umowami sprzedaży, lecz nienazwanymi umowami łączącymi cechy sprzedaży oraz świadczenia usług, dozwolonymi w myśl zasady swobodnego kształtowania stosunku prawnego wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> k.c. Działania pozwanego nie zostały powodowej spółce narzucone ani nie utrudniały jej dostępu do rynku. Wszystkie usługi, za które pozwany pobierał opłaty, były faktycznie wykonywane, natomiast powód w ich wyniku uzyskiwał korzyść polegającą m.in. na podtrzymaniu wizerunku jego marki, czy też zwiększonej rozpoznawalności dostarczanych towarów. Odnosząc się do opłat pobranych z tytułu premii pieniężnych wskazano, że nie stanowiły one wynagrodzenia za jakąkolwiek usługę, lecz miały one charakter rabatu modyfikującego cenę sprzedaży. Pozwany zwrócił ponadto uwagę, że poniesiona przez powoda szkoda nie może obejmować naliczonego mu podatku VAT, o ile został on odliczony w ramach prawnie sformalizowanych i urzędowo potwierdzonych czynności, nadto należności netto z tytułu spornych opłat mogły przez niego zostać zaliczone do kosztów uzyskania przychodu i pomniejszać jego zobowiązanie z tytułu podatku dochodowego. Równocześnie podniósł, że pozwana spółka nie jest już wzbogacona z kwot uzyskanych od powoda w części, która została rozliczona przez nią jako należny podatek od towarów i usług oraz podatek dochodowy od osób prawnych.

Wyrokiem z dnia 24 czerwca 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od pozwanego (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. kwotę 464 479,94 złotych wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 12 maja 2010 roku do dnia zapłaty; oddalił powództwo w pozostałej części oraz ustalił, że koszty postępowania ponosi powód w 37 % oraz pozwany w 63 %, szczegółowe ich rozliczenie pozostawiając referendarzowi sądowemu.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny: Powód zajmuje się prowadzeniem działalności gospodarczej w zakresie dystrybucji artykułów higieny osobistej m.in. mydła marki (...). Strony współpracowały ze sobą w ten sposób, że powód sprzedawał pozwanemu towary w celu ich dalszej odsprzedaży konsumentom w sklepach należących do sieci (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W..

W dniu 13 listopada 2006 r. strony zawarły umowę o współpracy handlowej nr (...) wraz z aneksami i załącznikami, której przedmiotem była regulacja zasad szeroko rozumianej współpracy handlowej w zakresie dostaw towarów realizowanych przez powoda (tj. dostawcę) do placówek handlowych lub magazynów pozwanego (tj. zamawiającego) oraz usług świadczonych przez pozwanego w związku z obrotem tymi towarami. W załączniku(...) do ww. umowy o współpracy handlowej, zatytułowanym „Informacje ogólne” oraz w aneksie nr (...) z dnia 14 stycznia 2008 r. zawarto definicje pojęć użytych w tej umowie:

- **„premia pieniężna 1, 2”** była wynagrodzeniem należnym zamawiającemu za wszelkie działania zmierzające do zwiększenia satysfakcji konsumenta, a w konsekwencji do efektywnej sprzedaży towarów dostawcy, mierzone w oparciu o nabycie przez zamawiającego określonej łącznej wartości towarów w określonym czasie, rozliczane na zasadach określonych w załączniku nr(...) do umowy oraz załączniku nr(...) do umowy (pkt 1.8 informacji ogólnych)
- **„premia pieniężna okresowa”** była wynagrodzeniem należnym zamawiającemu za wszelkie działania zmierzające do zwiększenia satysfakcji konsumenta wykonywane przez zamawiającego, a w konsekwencji do efektywnej sprzedaży towarów dostawcy, mierzone w oparciu o nabycie określonej wartości towarów w danym okresie i rozliczane na zasadach określonych w załączniku nr(...) do umowy (pkt 1.9 informacji ogólnych)
- **usługi w ramach budżetu promocyjnego** były świadczeniami zamawiającego na rzecz dostawcy, mogącymi obejmować udostępnianie powierzchni w placówkach handlowych zamawiającego do ekspozycji plakatów lub innych materiałów przekazywanych przez dostawcę, umożliwianie przeprowadzenia przez dostawcę promocji

towarów w formie prezentacji, degustacji, animacji, umieszczanie dodatkowej wkładki o produktach dostawcy w wydawanej przez zamawiającego gazetce, umieszczanie informacji o produkcie dostawcy na stałym nośniku reklamy lub w tematycznym katalogu wydawanym przez zamawiającego, dystrybucję dostarczanych przez dostawcę materiałów reklamowych, wyeksponowanie logo/marki dostawcy, przy czym zakres i sposób wykonania usługi miał być każdorazowo ustalany pomiędzy zamawiającym i dostawcą (pkt 1.10 informacji ogólnych)

- **usługi reklamowe** były świadczeniami zamawiającego na rzecz dostawcy, obejmującymi szeroki wachlarz działań zmierzających do kreowania wizerunku marki lub aktualnego postrzegania firmy dostawcy, jak również do określania poszczególnych stadiów w budowaniu nowego wizerunku firmy/marki dostawcy. Usługi mogły obejmować plan promocji gazetkowych i innych, reklamę w gazetce, drukowanie informacyjnych gazetek wydawanych przez zamawiającego z produktami/markami dostawcy, dystrybucję tych gazetek, bądź inne formy reklamujące produkt lub markę dostawcy. Zakres i sposób wykonania usługi miał być każdorazowo ustalany pomiędzy zamawiającym i dostawcą. (pkt 1.11 informacji ogólnych)
- **usługi konsultacji handlowych** polegały na konsultacjach w zakresie ceny, opakowania, jakości, pozycjonowania na rynku, planów sprzedaży, projektów marketingowych i innych elementów istotnych dla handlu towarami dostawcy. Zakres i sposób wykonania usługi miał być każdorazowo ustalany pomiędzy zamawiającym i dostawcą. (pkt 1.12 informacji ogólnych)
- **usługa „zarządzania budżetem marketingowym”** polegała na zarządzaniu portfelem działań promocyjnych i reklamowych powoda poprzez decyzje o doborze odpowiednich środków marketingowych w celu wspierania promocji i reklamy powoda w punktach sprzedaży pozwanego oraz stosowaniu tych środków, w szczególności poprzez udostępnianie powierzchni w placówkach handlowych do ekspozycji materiałów, przeprowadzanie promocji towarów, umieszczenie dodatkowej wkładki o produktach w gazetce, na stałym nośniku reklamy lub w tematycznym katalogu, dystrybucję dostarczonych materiałów reklamowych, wyeksponowanie logo towaru pozwanego, przygotowanie, drukowanie i dystrybucję gazetek reklamowych zawierających produkty powoda (pkt 1.11 informacji ogólnych w brzmieniu nadanym aneksem nr (...))
- **usługa „zarządzania relacjami z klientem (...) 1 i 2** polegała na opracowaniu i późniejszej aktualizacji projektu koncepcji dostosowania asortymentu powoda do wymagań nowego lokalnego rynku na bazie identyfikacji podstawowych grup klientów oraz czynników najsilniej kształtujących świadomość klientów (pkt 1.14 i 1.15 informacji ogólnych),

Tytułem opłaty za świadczone usługi powód miał uiszczać na rzecz pozwanego kwoty: za usługę (...) (a) i (b) – odpowiednio 10 000 zł i 6 000 zł, za usługę konsultacji handlowych – kwotę 1000 zł, za usługi reklamowe – 4 % wartości miesięcznego obrotu handlowego, za usługi w ramach budżetu promocyjnego – 8 % wartości obrotu handlowego.

Z tytułu premii pieniężnej okresowej powód był zobowiązany uiszczać na rzecz pozwanego kwotę odpowiadającą 4 % wartości miesięcznego obrotu handlowego, natomiast po przekroczeniu progu obrotu w wysokości 3 000 000 zł także premię pieniężną 2 w kwocie odpowiadającej 2,5 % wartości rocznego obrotu handlowego.

Aneksem nr (...) z dnia 14 lutego 2007 r. powód zobowiązał się do uiszczania na rzecz pozwanego dodatkowej premii pieniężnej za sprzedaż niektórych artykułów (mydło (...)A.) w wysokości 3 % wartości miesięcznego obrotu handlowego.

Zgodnie ze zmodyfikowaną treścią załącznika nr(...) do umowy, od dnia 1 stycznia 2008 r. powód miał uiszczać na rzecz pozwanego: za usługę (...) (a) i (b) – odpowiednio 10 000 zł i 6 000 zł, za usługę zarządzanie budżetem marketingowym – 12 % wartości rocznego obrotu handlowego, za usługę konsultacji handlowych – kwotę 1000 zł, premię pieniężną okresową w wysokości 5,3 % wartości miesięcznego obrotu, zaś po przekroczeniu progu obrotu

w wysokości 2 300 000 zł, także premię pieniężną 2 w kwocie odpowiadającej 2,8 % wartości rocznego obrotu handlowego.

Strony kontynuowały współpracę, podpisując w dniu 25 lutego 2009 r. kolejną umowę handlową nr (...). Stosownie do postanowień zmodyfikowanego załącznika nr(...) od 1 stycznia 2009 r. powód był zobowiązany uiszczać na rzecz pozwanego: za usługę (...) (a) i (b) – odpowiednio 10 000 zł i 6 000 zł, za usługę zarządzanie budżetem marketingowym – 12 % wartości rocznego obrotu handlowego, za usługę konsultacji handlowych – kwotę 1000 zł, premię pieniężną okresową w wysokości 6,3 % wartości miesięcznego obrotu, zaś po przekroczeniu progu obrotu w wysokości 2 300 000 zł także premię pieniężną 2 w kwocie odpowiadającej 3,2 % wartości rocznego obrotu handlowego.

Strony nie kwestionowały samej okoliczności zawarcia powyższej umowy wraz z załącznikami i aneksami ani treści jej postanowień. Niespornym jest też, iż na podstawie wykonywanej umowy powód dostarczał i sprzedawał pozwanemu towar, który następnie pozwany sprzedawał dalszym odbiorcom.

Przedstawiciel powoda uczestniczył w negocjacjach postanowień powołanej wyżej umowy, nie miał jednak realnego wpływu na ich treść. Powodowej spółce przedstawiano przygotowany przez pozwanego wzorzec umowy, przy czym akceptacja opłacania dodatkowego wynagrodzenia z tytułu usług oraz premii pieniężnych była warunkiem podjęcia i kontynuowania współpracy, pod rygorem wstrzymania dalszych zamówień. W kolejnych latach współpracy wysokość obciążeń dodatkowymi opłatami wzrastała. (korespondencja email k. 104-109; zeznania świadka M. M. k. 774-776; zeznania świadka A. S. k. 808-812; zeznania świadka D. D. k. 850-853; zeznania świadka M. K. k. 777-779)

W trakcie współpracy stron pozwany przeprowadzał promocje z udziałem towarów dostarczanych przez powoda oraz wydawał gazetki reklamowe. W gazetkach reklamowych wydawanych przez pozwanego w latach 2007 r. – 2009 r. były zamieszczane fotografie dostarczanych przez powoda towarów wraz z oznaczeniem logo dystrybuowanych przez niego marek. Powód miał wpływ na wybór towaru będącego przedmiotem promocji, jednak ostateczna decyzja o jej przeprowadzeniu i dalszym kształcie publikacji należała do pozwanego. Pozwany sporządzał także protokoły konsultacji handlowych (...), w których wskazywał m.in. kategorię jakościową asortymentu powoda (marka średniej jakości), udział tego asortymentu w sprzedaży kategorii (14%) oraz jego otoczenie konkurencyjne.

Pozwany obciążał powoda fakturami, które opiewały na należności z tytułu ww. usług zdefiniowanych w umowach o współpracy handlowej wraz z załącznikami oraz w aneksie nr (...). Zapłata tych należności następowała w ten sposób, że pozwany pobierał je z należnych powodowi płatności z tytułu ceny za sprzedaż towaru (potrącenie wzajemnych należności), a pozostała po pobraniu suma była wpłacana przez pozwanego na rachunek bankowy powoda.

Łączny koszt poniesionych przez powoda opłat wyniósł **899 170,89 zł brutto (737 025,36 zł netto)**. Na powyższą kwotę składały się następujące należności:

- kwota **78 080 zł brutto (64 000 zł netto)** z tytułu **usługi zarządzania relacjami z klientem** (faktury VAT k. 116, 117, 148, 149, 190, 199, 250, 268; specyfikacje płatności k. 118, 150, 192, 200, 254, 272)
- kwota **341 831,91 zł brutto (280 190,10 zł netto)** z tytułu **usługi zarządzania budżetem marketingowym** (faktury VAT k. 181, 191, 206, 217, 224, 232, 243, 252, 259, 276, 293, 301, 310, 317, 323, 329, 333, 339, 342, 348, 353, 357, 363; specyfikacje płatności k. 183, 192, 209, 218, 227, 235, 244, 254, 262, 278, 294, 304, 312, 320, 325, 330, 340, 344, 349, 354, 359, 364)
- kwota **1 094,05 zł brutto (896,76 zł netto)** z tytułu **usług merchandisingowych** (faktury VAT k. 110, 122, 127; specyfikacje płatności k. 113, 124, 129)
- kwota **54 359,41 zł brutto (44 556,90 zł netto)** z tytułu **usług reklamowych** (faktury VAT k. 111, 123, 128, 132, 138, 143, 156, 163, 171; specyfikacje płatności k. 113, 124, 129, 134, 139, 144, 158, 166, 174)

- kwota **91 300,14 zł brutto (74 836,18 zł netto)** z tytułu **usług promocyjnych** (faktury VAT k. 165, 170, 284; specyfikacje płatności k. 166, 174, 285)
- kwota **332 505,38 zł brutto (272 545,42 zł netto)** z tytułu **premię pieniężną 2 i premii pieniężnej okresowej** (faktury VAT k. 112, 121, 126, 133, 137, 142, 157, 164, 172, 173, 180, 182, 188, 189, 207, 208, 215, 216, 225, 226, 233, 234, 241, 242, 251, 253, 260, 261, 275, 277, 291, 292, 302, 311, 318, 319, 324, 327, 334, 338, 343, 347, 352, 358, 361; specyfikacje płatności k. 113, 124, 129, 134, 139, 144, 158, 166, 174, 183, 192, 209, 218, 227, 235, 244, 254, 262, 278, 294, 304, 312, 320, 325, 330, 335, 340, 344, 349, 354, 359)

Pismem z dnia 30 kwietnia 2010 r. powód wezwał pozwanego M.C. Polska do zwrotu nienależnie pobranych opłat w łącznej wysokości 931 027,82 zł w terminie 7 dni od dnia doręczenia wezwania.

W tym samym dniu powód złożył do Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie wniosek o zawezwanie M. C. Polska do próby ugodowej w sprawie o zapłatę kwoty 931 027,82 zł. Odpis wniosku w powyższej sprawie został pozwanemu doręczony w dniu 20 lipca 2010 r. Na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2010 r. przewodniczący stwierdził, że do zawarcia ugody nie doszło, zaś sprawa została zakreślona jako zakończona.

W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że powództwo jest usprawiedliwione w części.

Powód dochodził roszczenia o zwrot bezprawnie uzyskanych korzyści z tytułu dokonania przez pozwanego czynu nieuczciwej konkurencji, przy czym przedmiotem żądania były wyłącznie wartości netto pobranych przez pozwaną spółkę kwot w łącznej wysokości 737 025,36 zł.

Sąd przywołał treść art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. i wskazał, że przepis dotyczy wszelkich dodatkowych opłat oprócz marż i cen, które zawsze stanowią przedmiot negocjacji między stronami; w szczególności opłaty za samo wejście do sieci, za reklamę i promocję towarów, za miejsce ekspozycji towarów, czy chociażby za wprowadzenie towaru do sieci informatycznej.

Stwierdził, że nie jest dopuszczalne pobieranie od przedsiębiorcy opłat za jakiegokolwiek świadczenia związane ze sprzedażą towarów ostatecznym odbiorcom, bowiem kupujący nie spełnia już w tym momencie żadnych świadczeń na rzecz sprzedawcy, a wszelkie prowadzone działania promocyjno – marketingowe mają w rzeczywistości na celu korzystne sprzedanie przez kupującego własnego towaru. „Nie jest dozwolona sytuacja, w której sprzedawca, zbywając swój towar, zamiast w zamian otrzymać cenę, jest zobowiązany dokonać świadczeń pieniężnych na rzecz kupującego za jego działanie związane ze zbyciem.” [Ewa Nowińska, Michał du Vall, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Lexis Nexis, Warszawa 2008, s. 194 – 195].

Wg Sądu pierwszej instancji, do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji dochodzi w każdym przypadku pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Nadto, z brzmienia przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. wynika, że nie jest potrzebne dodatkowe wykazywanie, czy w następstwie pobrania dodatkowych opłat miało miejsce utrudnienie dostępu do rynku; kwalifikacja takiego działania jako utrudniającego dostęp do rynku została dokonana przez samego ustawodawcę, zaś powyższe stanowisko znalazło szeroką akceptację w orzecznictwie (tak m.in.: wyrok SN z dnia 26 stycznia 2006 r., sygn. akt II CK 378/05). Celem wymienionego przepisu jest bowiem zapewnienie ochrony przedsiębiorcom dostarczającym towary do dużych sieci handlowych przed jednostronnym narzucaniem przez te sieci mniejszym przedsiębiorcom innych opłat niż marża handlowa, które mogą destabilizować sytuację mniejszych podmiotów na rynku.

Za istotne uznał Sąd Okręgowy ustalenie, czy powód swobodnie zdecydował się na świadczenie tych usług przez pozwanego, tj. czy mógł z nich zrezygnować bez utraty zamówień ze strony pozwanego oraz ściśle związany z tym fakt wpływu powoda na warunki umowy w tym zakresie. W ocenie Sądu wszystkie postanowienia dotyczące świadczonych przez pozwanego usług i związanych z nimi opłat zostały powodowi narzucone. Powód mógł wprawdzie uczestniczyć w negocjowaniu wysokości obciążających go opłat, lecz nie był to realny wpływ na postanowienia umowy. Gdyby jakiegokolwiek negocjacje były faktycznie między stronami możliwe, oczywistym jest, że powód dążyłby do likwidacji

opłat lub przynajmniej ustalenia ich na jak najniższym poziomie, tymczasem jak wynika z zeznań świadka M. M. (k. 774-776) wysokość opłat w kolejnych latach współpracy wzrastała. Co istotne, jak zeznał uczestniczący w negocjacjach umowy świadek M. M., przyjęcie powyższych opłat było warunkiem, od którego pozwany uzależniał kontynuację współpracy stron. Powodowej spółce przedstawiano przygotowany przez pozwanego wzorzec umowy, przy czym akceptacja opłacania dodatkowego wynagrodzenia z tytułu usług oraz premii pieniężnych była warunkiem podjęcia i kontynuowania współpracy, pod rygorem wstrzymania dalszych zamówień.

Sąd podkreślił, że kwestionowane przez powodową spółkę usługi określone zostały w umowie w sposób bardzo ogólny, zaś wynagrodzenie za nie określone – poza usługami (...) – zostało odniesione do wysokości zrealizowanego między stronami obrotu. W umowach strony nie uzgodniły wymiaru poszczególnych usług oraz konkretnych działań reklamowych czy promocyjnych w danym okresie; co w znacznym stopniu utrudniało określenie zakresu uprawnień i ewentualnych roszczeń przysługujących usługobiorcy.

Powyższe skutkowało przyjęciem przez Sąd Okręgowy, że przewidziane w umowie o współpracy dodatkowe opłaty były jednostronnie narzucone przez pozwanego i bez ich ponoszenia nie byłaby możliwa współpraca handlowa stron.

Pozwany wykorzystywał swoją silniejszą pozycję na rynku, aby narzucać warunki współpracy mniejszemu podmiotowi, jakim była powodowa spółka. W rezultacie tego nie można twierdzić, iż strony prowadziły negocjacje co do treści łączących je umów, a powód w sposób dobrowolny przyjął takie warunki współpracy, w wyniku czego nie zachodziłyby podstawy do zarzucania pozwanemu dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zasadności obciążania dostawcy przez odbiorcę opłatami za usługi promocyjne, reklamowe i merchandisingowe, zarządzania budżetem marketingowym, zarządzania relacjami z klientem, a także premiami pieniężnymi obliczonym w odniesieniu do wskazanego w umowie poziomu obrotu, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że pozwany pobierał od powoda opłaty za świadczenia związane ze sprzedażą towarów, jednak jedynie w odniesieniu do wymienionych powyżej opłat z tytułu usług promocyjnych, reklamowych, merchandisingowych, zarządzania budżetem marketingowym oraz zarządzania relacjami z klientem.

Fakt obciążenia powoda przez pozwanego fakturami z tytułu wskazanych powyżej usług był okolicznością bezsporną. Bezsporne było również to, że powód obciążał pozwanego fakturami z tytułu sprzedaży towarów. Rozliczenie z tytułu wzajemnie wystawionych faktur odbywało się poprzez pomniejszenie zapłaty ceny sprzedaży o wartość obciążeń z tytułu spornych usług, co wynikało z przedstawionych przez powoda specyfikacji płatności pochodzących od agenta płatności (...). Opisany sposób rozliczenia został przewidziany w punkcie 23. załącznika (...) do umowy o współpracy, zgodnie z którym, formą rozliczenia należności zamawiającego z tytułu realizacji umowy było potrącanie wierzytelności zamawiającego wobec dostawcy z wierzytelnościami dostawcy wobec zamawiającego.

W toku postępowania pozwany dążył do wykazania, iż nie dopuścił się deliktu stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy, bowiem w zamian za pobierane od powoda opłaty spełniał ekwiwalentne świadczenia.

Jednak w ocenie Sądu pierwszej instancji pozwany nie wykazał, że z jego strony występowało świadczenie ekwiwalentne w postaci wykonywania usług; pozwany nie udowodnił faktycznego wykonywania jakichkolwiek działań w tym zakresie.

Sąd zauważył, że pozwana spółka ograniczyła się jedynie do przedłożenia wydawanych powodowi potwierdzeń promocji towarów (potwierdzenia potwierdzenie k. 680-684), nie przedstawiła natomiast żadnych danych na temat tego, jakie konkretnie czynności były podejmowane w ramach tych usług, gdzie i ile razy miały one miejsce, jaka była ich rzeczywista wartość, a także czy powyższe przedsięwzięcia w swej treści reklamowały produkty i firmę powoda.

Dla przyjęcia, że w przedmiotowej sprawie miało miejsce świadczenie na rzecz powoda usług reklamowych, mające prowadzić do zwiększenia jego rozpoznawalności i uzasadniające pobór wynagrodzenia, nie pozwala także samo umieszczenie fotografii towarów powoda w wydawanych przez pozwanego gazetkach reklamowych (gazetki k. 415-667). Dostarczane przez powoda i sprzedawane przez pozwanego towary w chwili wystawienia ich w przestrzeni

handlowej sklepu stanowiły już własność pozwanego, w związku z czym to na nim spoczywało ryzyko gospodarcze związane z ich zakupem przez klientów finalnych i to w jego interesie ekonomicznym leżało zwiększenie obrotów oraz osiągnięcie zysku z prowadzonej działalności gospodarczej.

Sąd Okręgowy przywołał orzeczenie Sądu Okręgowego w Krakowie, który stwierdził, iż opłaty z tytułu promocji (marketingu) towarów pobierane przez właściciela sieci hipermarketów nie są w żaden sposób związane z promowaniem marki dostawcy czy jego towarów, ani też z czynnościami mającymi na celu informowanie innych podmiotów o walorach jakościowych produktów dostawcy, czy też o innych argumentach, których celem byłoby wyrobienie u potencjalnych nabywców przekonania, iż warto nabywać przede wszystkim produkty właśnie pod marką dostawcy, jeżeli usługi te są wykonywane przez właściciela sieci hipermarketów jedynie po to, by sprzedać własny już w tym momencie towar i osiągnąć w ten sposób zysk wynikający ze stosowanej marży handlowej (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 16 czerwca 2008 r., sygn. akt: IX GC 155/08, LEX nr 522335).

W tych okolicznościach faktycznych obarczanie powoda koniecznością ponoszenia opłat z tytułu działalności reklamowej należy zakwalifikować jako przerzucanie na dostawcę kosztów tej działalności, którą pozwany skądinąd musiałby przeprowadzić we własnym zakresie, niezależnie od zawarcia umów o świadczenie tej usługi z dostawcą.

O fikcyjnym charakterze powyższych usług promocyjnych w ocenie Sądu pierwszej instancji świadczył także fakt, iż wynagrodzenie za ich wykonywanie zostało ustalone jako odsetek wartości obrotu sieci handlowej, niezależnie od zakresu czy też czasu trwania tychże usług. Tak ściśle powiązane tych elementów, przy uwzględnieniu faktu, iż wolumen obrotu nie ma przełożenia na trudność i koszty związane z reklamą i promocją świadczyły o tym, iż pozwanemu w ramach zawartej umowy nie zależało na dodatkowym zarobku z tytułu świadczonych usług, lecz na proporcjonalnym do dostaw zmniejszeniu cen jednostkowych dostarczanych przedmiotów. W tej sytuacji brak było podstaw do przyjęcia, że w zamian za poniesione opłaty powód otrzymywał od pozwanego ekwiwalentne świadczenie, inne niż sprzedaż towaru.

Klasyczna sprzedaż towaru finalnemu odbiorcy nie stanowi świadczenia na rzecz dostawcy, dotyczy towaru stanowiącego własność odbiorcy i związana jest wyłącznie z realizacją własnego interesu odbiorcy.

Odnosząc się do oceny zasadności obciążenia powoda opłatami z tytułu usług zarządzania relacjami z klientem ((...)), w ocenie Sądu Okręgowego pozwany nie wykazał dostatecznie na czym polegało wykonywanie każdej ze świadczonych rzekomo usług, a także kiedy i w jakim wymiarze były realizowane. Nie wykazano, aby jakiegokolwiek raporty w ramach realizacji usługi (...) zostały dostarczone powodowej spółce oraz że uzyskanie tych danych leżało w jej ekonomicznym interesie.

Zgodnie z definicją zawartą w umowie o współpracy, usługa (...) miała polegać na opracowaniu i późniejszej aktualizacji projektu koncepcji dostosowania asortymentu powoda do wymagań nowego lokalnego rynku, na którym działa dany market pozwanego. Natomiast jakiegokolwiek organizowane przez powoda strategie sprzedaży i tak były uzależnione od jednostronnej akceptacji pozwanego, bowiem ostateczna decyzja odnośnie dokonywanych zamówień należała wyłącznie do zamawiającego.

W zakresie tzw. premii pieniężnych, w ocenie Sądu Okręgowego, wprowadzenie do umowy postanowienia zastrzegającego zapłatę premii pieniężnej okresowej oraz premii pieniężnej 2 w wysokości określonej z góry, a także brak powiązania opłat z ich tytułu z jakimkolwiek świadczeniem wzajemnym pozwanego pozwalało na uznanie, że w ten sposób strony skonstruowały mechanizm określania ceny sprzedaży, a co za tym idzie wysokości marży. Odwołując się stanowiska Sądu Apelacyjnego w Warszawie, iż w świetle zasady swobody umów, wynikającej z art. 353<sup>1</sup> k.c., podmioty, które zamierzają przez dany okres pozostawać w stałych stosunkach handlowych, mogą umówić się co do tego jak będzie kształtować się treść przyszłych szczegółowych umów zawieranych między nimi, w tym również mogą określić zasady kształtowania ceny w przyszłych umowach sprzedaży; nie jest tu wykluczone uzależnienie wysokości ceny jednostkowej towaru od ogólnej wielkości lub wartości obrotu pomiędzy stronami w danym przedziale czasowym (wyrok SA w Warszawie z dnia 24 lipca 2014 r., sygn. akt I ACa 536/14).

Stwierdził, że zastrzeżone w niniejszej sprawie premie pełniły funkcję kształtującą cenę sprzedaży na podstawie jednoznacznych kryteriów, z góry określonych przez strony w treści umowy handlowej i jej załączników. Takie postanowienia umowne są w świetle treści art. 353<sup>1</sup> k.c. dopuszczalne i nie oznaczają pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.

Ostatecznie Sąd uznał za czyny nieuczciwej konkurencji działania pozwanego polegające na pobieraniu od powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. opłat z tytułu usług promocyjnych, reklamowych, merchandisingowych, zarządzania budżetem marketingowym oraz zarządzania relacjami z klientem ( ...).

Zgodnie z art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści na zasadach ogólnych. Skutkiem działania pozwanego w postaci pobrania wynagrodzenia za powyższe usługi w łącznej wysokości netto 464 479,94 zł z przysługującego powodowi wynagrodzenia za dostarczone towary po stronie pozwanego nastąpiło przysporzenie w postaci zmniejszenia pasywów. Równocześnie zaś po stronie powoda nastąpiło zubożenie w postaci otrzymania wynagrodzenia mniejszego, niż było mu należne. Sama zaś czynność pobrania, została dokonana bez podstawy prawnej. Pozwanemu w istocie nie przysługiwała wierzytelność z tytułu świadczonych usług; ich istnienie było bowiem fikcją mającą za zadanie ukrycie poboru dodatkowych opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Pobranie powyższej kwoty stanowiło tym samym delikt z art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Za chybioną uznał Sąd argumentację pozwanego, zgodnie z którą nie jest on już wzbogacony w rozumieniu art. 409 k.c., bowiem od kwoty będącej przedmiotem roszczenia powoda uiszczył podatek od towarów i usług oraz podatek dochodowy od osób prawnych. Zauważył, że przedmiot żądania pozwu stanowiły wyłącznie wartości netto pobranych od powoda kwot, niepowiększone o podatek VAT. Co więcej, konsekwencją oceny działania pozwanego w postaci zatrzymania części należnego powodowi wynagrodzenia jako czynu nieuczciwej konkurencji jest przyjęcie, że wzbogacenie po stronie pozwanego zostało dokonane w całości bez podstawy prawnej i jako takie, podlega zwrotowi. Skoro zatem brak było podstaw po stronie pozwanego do wzbogacenia, nie mógł powstać po jego stronie obowiązek podatkowy, zaś ewentualna kwota uiszczona tytułem podatku dochodowego od osób prawnych nosi cechy nadpłaty podatku w rozumieniu art. 72 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja Podatkowa (Dz. U. z 1997 r., Nr 139, poz. 926 ze zm.) i podlega zwrotowi na rzecz pozwanego.

W zakresie roszczenia o zapłatę odsetek Sąd orzekł na podstawie art. 455 k.c. w zw. z art. 481 § 1 k.c., zasądzając je zgodnie z żądaniem pozwu od dnia 12 maja 2010 r., tj. od dnia następnego po upływie terminu do spełnienia świadczenia wskazanego w wezwaniu do zapłaty z dnia 30 kwietnia 2010 r.

Wobec przyjęcia, że pobranie od powoda opłat z tytułu premii pieniężnej 2 oraz premii pieniężnej okresowej w kwocie netto 272 545,42 zł nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji, roszczenie o zwrot powyższej należności podlegało oddaleniu.

O kosztach procesu rozstrzygnięto na podstawie art. 108 k.p.c., pozostawiając szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu, rozstrzygając jedynie o zasadach ich ponoszenia przez strony, przy uwzględnieniu okoliczności, że powód wygrał sprawę w 63 % zaś pozwany w 37 %.

Od wyroku tego w części uwzględniającej powództwo co do kwoty 399 583,18 zł wraz z odsetkami ustawowymi oraz w zakresie kosztów procesu apelację wniósł pozwany.

Zarzucił Sądowi pierwszej instancji:

- naruszenie przepisów postępowania: art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. oraz art. 245 k.p.c. i art. 258 k.p.c., a także art. 227 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1 k.p.c. oraz art. 278 § 1 k.p.c.;



- naruszenie prawa materialnego: art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. oraz art. 6 k.c. oraz pierwszego z nich samodzielnie, a także art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k., art. 405 k.c. i nast. oraz art. 353<sup>1</sup> k.c.

Wniósł w trybie art. 380 k.p.c. o zmianę postanowienia dowodowego dot. powołania biegłego sądowego oraz zmianę wyroku w zaskarżonej części i oddalenie powództwa w tej części ewentualnie jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania z pozostawieniem Sądowi pierwszej instancji rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja nie jest zasadna.

Nie doszło przede wszystkim do naruszenia przepisów postępowania podnoszonych w apelacji i do poczynienia w związku z tym wadliwych ustaleń faktycznych.

Sąd Okręgowy wskazał na jakich dowodach się oparł, omówił je oraz wskazał, dlaczego nie dał wiary innym dowodom. Przywołał dowody do których odwoływał się pozwany i ocenił je krytycznie co do samodzielnej treści „usług” i ich ekwiwalentności. Tym samym spełnił wymagania art. 233 § 1 i art. 328 k.p.c. Wyjaśnił także, dlaczego uznaje, że zbędne jest dopuszczanie dowodów z opinii biegłych sądowych.

Argumentację przywołaną przez Sąd pierwszej instancji w kontekście czynionych ustaleń Sąd Apelacyjny w całości podziela i czyni te ustalenia podstawą swego rozstrzygnięcia. Tylko wykazanie oczywistej nielogiczności, oczywistej wewnętrznej sprzeczności bądź wadliwe odczytywanie związków przyczynowo – skutkowych w obrębie zdarzeń faktycznych, brew zasadom doświadczenia życiowego, pozwalałoby na uznanie, że taka ocena jest dowolna, a nie swobodna i w konsekwencji wymuszałaby korektę ustaleń faktycznych. To nie miało miejsca. Nie doszło też do naruszeń przepisów dotyczących postępowania dowodowego wskazanych w apelacji.

Sąd pierwszej instancji ustalił stan faktyczny w oparciu o przywołane w swym uzasadnieniu dowody z dokumentów, które w całości uznał za wiarygodne i korespondujące z pozostałym zebrany w sprawie materiałem dowodowym. Podstawą swych ustaleń uczynił także zeznania świadków M. M. (k. 774-776), D. D. (k. 850-853), M. K. (k. 777-779), B. D. (k. 776-777), P. P. (k. 807), A. M. (k. 808) oraz częściowo A. S. (k. 808-812). Uznał je za logiczne, spójne i zbieżne z przeprowadzonymi w toku postępowania dowodami z dokumentów.

Sąd Okręgowy nie dał wiary zeznaniom A. S. w zakresie, w jakim świadek utrzymywała, że powód zdecydował się na uiszczenie zakwestionowanych w pozwie opłat dobrowolnie i możliwa była współpraca stron bez obciążania dostawcy tymi opłatami, w oparciu wyłącznie o cenę zakupu towaru. Powyższe stwierdzenia pozostawały w sprzeczności z okolicznościami wynikającymi z zeznań świadków M. M. i D. D., którym Sąd dał wiarę w całości oraz z korespondencji e-mailowej stron wymienianej w toku corocznej renegotjacji postanowień umowy ( k. 104-109). Tę część zeznań świadka Sąd ocenił także mając na uwadze doświadczenie wynikające z rozpoznawania innych podobnych spraw oraz wynikającą z niego praktykę działania sieci handlowych takich jak M.

Taka ocena mieściła się w przyznanej przez ustawodawcę swobodnej ocenie sędziowskiej (art. 233 § 1 k.p.c.), a także zawierała dostateczne umotywowanie, po myśli art. 328 §2 k.p.c. Dotyczyło to także tej części ustaleń, które wskazywały na narzucenie tych opłat powódce.

Przedstawiciel powoda uczestniczył w negocjacjach postanowień powołanej przez Sąd pierwszej instancji umowy, nie miał jednak realnego wpływu na ich treść. Powodowej spółce przedstawiano przygotowany przez pozwanego wzorzec umowy, przy czym akceptacja opłacania dodatkowego wynagrodzenia z tytułu usług oraz premii pieniężnych była warunkiem podjęcia i kontynuowania współpracy, pod rygorem wstrzymania dalszych zamówień. W kolejnych latach współpracy wysokość obciążeń dodatkowymi opłatami wzrastała. Tymi dowodami była: korespondencja e-mail-owa k.

104-109; zeznania świadka M. M. k. 774-776; zeznania świadka A. S., k. 808-812; zeznania świadka D. D., k. 850-853; zeznania świadka M. K., k. 777-779.

Sąd pierwszej instancji pominął dowód z zeznań świadków W. K. (k. 859), K. G. (k. 860) oraz K. P. (k. 860) bowiem świadkowie ci nie posiadali wiedzy o okolicznościach istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Sąd oddalił także wniosek pozwanego o zobowiązanie powoda do złożenia ksiąg rachunkowych i podatkowych za lata 2007-2010, ewidencji zakupów prowadzonej przez powoda za lata 2007-2010, kopii deklaracji VAT obejmujących rozliczenie podatkowe z działalności gospodarczej powoda za poszczególne miesiące lat 2007-2010, kopii zeznań rocznych w zakresie podatku dochodowego za lata 2007-2010 uznając, że nie miały one istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie gdyż przedmiotem rozważań Sądu były stosunki handlowe łączące powoda z pozwanym, a nie relacje handlowe pomiędzy powodową spółką i jej kontrahentami.

Oddalił też wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z dziedziny rachunkowości i księgowości na okoliczność ustalenia rozmiaru szkody strony powodowej i wzbogacenia pozwanego oraz dowodu z opinii biegłego sądowego z dziedziny ekonomii i ekonomiki przedsiębiorstw na okoliczność m.in. powszechności praktyki udziału dostawcy w czynnościach marketingowych towarów sprzedanych do pośredników handlowych, sposobu realizacji tej praktyki, charakteru i celu usług pozwanego, ich użyteczności dla powoda, realnej wartości rynkowej, możliwości i celowości i zakresu gospodarczego wykorzystania przez powoda przedmiotu świadczenia przy usługach (...), faktycznego wykonania tych usług. W przekonaniu Sądu Okręgowego okoliczność czy ewentualne podejmowane przez pozwanego działania marketingowe miały wymierny efekt dla powoda stanowi element stanu faktycznego, który powinien zostać wykazany odpowiednimi środkami dowodowymi. Przedmiotem opinii biegłego nie mogą być okoliczności faktyczne, bowiem zgodnie z art. 278 k.p.c. celem przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego jest udzielenie sądowi wyjaśnień w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych. Kwestia osiągnięcia przez powoda korzyści z tytułu usług świadczonych przez stronę pozwaną na rzecz powodowej, czy tym bardziej rzeczywistego świadczenia jakichkolwiek usług jest elementem stanu faktycznego i nie mieści się w kategorii pojęcia „wiadomości specjalnych”. Rolą biegłego nie może być bowiem dokonywanie samodzielnych ustaleń faktycznych istotnych dla zastosowania określonej normy prawnej.

Z tak przedstawionym stanowiskiem zgadza się w całości Sąd Apelacyjny i uznaje, że brak podstaw do uzupełniania materiału dowodowego w postaci opinii biegłego sądowego. Odmowa przeprowadzenia dowodów z opinii biegłego wynikała z uznania jego nieprzydatności, skoro Sąd uznał porozumienia dodatkowe za niemające cechy autonomicznego, ekwiwalentnego znaczenia i funkcji, jako odrębnych umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), nie mieszczących się klasycznej umowie sprzedaży. Gazetki promocyjne pozwanego stanowiły wyłącznie reklamę oferty pozwanej, a nie dostawcy. Można tylko dodać, że gazetki i dodatkowe ekspozycje mogą zwiększać obrót i jako takie mogą być (i były) wynagrodzone upustem posprzedażowym liczonym okresowo od obrotu, co w sprawie znalazło wyraz w premiach pieniężnych, których zwrotu Sąd pierwszej instancji nie zasądził uznając je za dopuszczalne kształtowanie ceny.

Taka ocena prawna Sądu Okręgowego w aspekcie istotnym w świetle uwag wcześniejszych oraz odniesiona co do całości rozważań, nie wzbudza zasadniczych zastrzeżeń Sądu drugiej instancji. Jest ona wnikliwa, obszerna i pogłębiona. Przywołuje dorobek piśmiennictwa, judykatury oraz oddaje motywy nowelizacji, która wprowadziła zapis art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia prawa materialnego należy nawiązać do wzajemnej relacji art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. Chodzi o to, że swoboda umów, jako zasada prawa zobowiązań, nie może wkraczać w treść umowy sprzedaży, jako umowy nazwanej, o ustawowo określonych wzajemnych świadczeniach. Takie wkroczenie jest kwalifikowane jako delikt nieuczciwej konkurencji, bez potrzeby doszukiwania się dodatkowych przesłanek; sam ten przepis – art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. – jest zadekretowaną przez ustawodawcę egzemplifikacją czynu nieuczciwej konkurencji, niezależnie od szerokiej możliwości tworzenia takich deliktów w świetle art. 3 u.z.n.k., których ustawodawca nie zdefiniował w ustawie. Stanowisko to, mimo pewnych wahań wywołanych treścią uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z października 2014 r., należy uznać za przeważające i oczywiste,

w świetle zapisów u.z.n.k., która poza ogólnym przepisem art. 3, w pozostałych przepisach, w tym w art. 15 wskazuje konkretne czyny nieuczciwej konkurencji.

Trafnie natomiast ocenił w świetle ustalonych faktów, że tzw. usługi promocyjne i marketingowe nie były innymi, autonomicznymi usługami. Nie dość, że były narzucone, to kryły się za nimi żadne ekwiwalentne świadczenia.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że pomiędzy sprzedawcą a kupującym dopuszczalne 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 (vide: E. Nowińska, M. duVall w: Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 195).

Zasadnie co do tzw. dodatkowych usługi skonstatował i ustalił Sąd pierwszej instancji, że zostały one narzucone powodowi aby zwiększyć marżę ekonomiczną pozwanego, poza tą, którą skalkulował sobie pozwany przy nabywaniu towarów od powoda i którą nadto zmodyfikował premiami. Trudno wyobrazić sobie sytuację sprzedaży towaru w jakimkolwiek sklepie bez jego ekspozycji, która może przybrać także formę degustacji. Nie można mówić też o promowaniu towarów dostawcy w gazetkach (publikacjach sprzedażowych), skoro pozwany nabył produkty na swoją własność. Ekspozycja towaru poprzez zamieszczanie jego zdjęć w gazetce promocyjnej i innych wydawnictwach nie jest czynnością marketingową związaną z promowaniem czy reklamowaniem marki powoda. Jest natomiast promowaniem towarów będących własnością pozwanego. To w interesie pozwanego leży bowiem jak najszybsze zbycie towarów, gdyż z tego tytułu osiąga zyski. Pobierając te opłaty pozwany doprowadził do sytuacji, w której dokonując czynności związanych ze sprzedażą towarów będących jego własnością, kosztami wskazanych działań handlowych obciążył powoda. Nadto, na co trafnie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy, brak było przełożenia tych działań na wzrost zamówień o wzrost sprzedaży jako takiej. Przeciwnie, zamówienia spadały, a „wynagrodzenie”, obliczane procentowo od sprzedaży, rosło. Były nadto całkowicie zależne od pozwanego.

Można uznać, że działania pozwanego jawią się jako sprzeczne z zasadami uczciwego obrotu kupieckiego. Pozwany bowiem korzystając z tego, że potencjalnie może zamówić od dostawcy dużą ilość towaru, przerzuca na niego koszty związane z utrzymaniem własnej działalności, w szczególności działań podejmowanych w celu promocji własnego towaru i zapewnienia mu zbytu, Pozwany poprzez sieć dodatkowych „usług” i „opłat” wikła nabywcę w proces sprzedaży finalnemu odbiorcy, a ceną tego w całości obciąża dostawcę.

Sąd drugiej instancji podziela także uwagi Sądu Okręgowego dotyczące vat-u. Niezależnie od tego, że powód dochodził należności „netto”, nie jest rzeczą Sądu cywilnego dokonywanie korekty zobowiązań podatkowych w związku z uznaniem określonych „usług” jako deliktów nieuczciwej konkurencji.

Również zarzut naruszenia art. 409 k.c. nie miał usprawiedliwionych podstaw. Duży przedsiębiorca handlowy musi się liczyć, że delikty nieuczciwej konkurencji będą obciążone obowiązkiem zwrotu uzyskanych korzyści.

W konsekwencji tych ustaleń i wskazanej oceny, którą Sąd Apelacyjny jedynie uzupełnił, apelacja pozwanego była w całości niezasadna.

Z tych względów, na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd drugiej instancji orzekł jak w sentencji.

O kosztach procesu w instancji odwoławczej orzeczono na podstawie art. 108 § 1 k.p.c.