

*Sygn. akt I ACa 2062/16*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 marca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Roman Dziczek (sprawozdawca)

Sędziowie: SA Marzanna Góral

SA Przemysław Kurzawa

Protokolant: sekretarz sądowy Marta Puszkarska

po rozpoznaniu w dniu 6 marca 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G.

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

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 6 czerwca 2014 r., sygn. akt XXVI GC 67/12

**1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie drugim w części w ten sposób, że zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. dalsze odsetki ustawowe:**

-.

- **od kwoty 10 047 728, 53 zł (dziesięć milionów czterdzieści siedem tysięcy siedemset dwadzieścia osiem złotych pięćdziesiąt trzy grosze) od dnia 15 czerwca 2007 r. do dnia 11 grudnia 2009 r.;**
- **od kwoty 4 380 109,88 zł (cztery miliony trzysta osiemdziesiąt tysięcy sto dziewięć złotych osiemdziesiąt osiem groszy) od dnia 6 lutego 2008 r. do dnia 11 grudnia 2009 r.;**

**2. oddala apelację pozwanego w całości;**

**3. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. kwotę 52 700 zł (pięćdziesiąt dwa tysiące siedemset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego;**

**4. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. kwotę 5 400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

Przemysław Kurzawa Roman Dziczek Marzanna Góral

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 14 stycznia 2010 r. powód – Zakład (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwoty 15 410 732,38 zł wraz z ustawowymi odsetkami szczegółowo wskazanymi w pozwie oraz kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa procesowego. W uzasadnieniu wskazano, że powoda i poprzednika prawnego pozwanego, tj. (...) sp. z o.o. łączyły generalne umowy o współpracy, na podstawie których powód dostarczał poprzednikowi prawnemu pozwanego do jego placówek swoje produkty. Warunkiem podjęcia współpracy była zgoda powoda na pobieranie przez (...) sp. z o.o. dodatkowych opłat, tj. tytułem: usług marketingowych, usług logistycznych, bonusu otwarciowego, bonusu retrospektywnego, bonusu wzrostowego, usługi (...), zapewnienia odpowiedniej jakości wyrobów. Zdaniem powoda usługi te nie były wykonywane, a opłaty z nimi związane naruszały przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 nr 153 poz. 1503, dalej „u.z.n.k.”).

Nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 24 lutego 2010 r. Sąd Okręgowy Warszawa – Praga w Warszawie uwzględnił powództwo.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej: (...)) zaskarżył wydany nakaz w całości i wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Uzasadniając swoje stanowisko pozwany zaprzeczył, iż (...) popełnił czyn nieuczciwej konkurencji poprzez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Podważał także stanowisko powoda, że (...) sp. z o.o. nie wykonywał usług, za które pobierał od powoda dodatkowe opłaty.

Wyrokiem z dnia 6 czerwca 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.:

a) kwotę 15.410.732,38 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 12 grudnia 2009r. do dnia zapłaty;

b) kwotę 111.077,21 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

oraz oddalił powództwo w pozostałym zakresie.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 2 stycznia 2001 r. Zakład (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. zawarł z (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w K. (dalej - (...)) umowę o współpracy, która regulowała zasady współpracy w zakresie zakupów, dostawy, fakturowania i płatności za towary oraz usług marketingowych świadczonych przez (...) na rzecz dostawcy (powoda). W załączniku nr (...) (...) stanowiącym integralną część umowy zdefiniowano usługi, które miały być świadczone na rzecz powoda na podstawie powyższej umowy. Zgodnie z § 8 „(...) (dalej (...)), (...) zobowiązał się do świadczenia na rzecz powoda usług marketingowych, a powód jako dostawca zobowiązał się do zapłaty za wykonane usługi w ustalonych terminach. Usługi świadczone na podstawie tego postanowienia miały obejmować: usługi marketingowe zmierzające do zwiększenia ilości sprzedaży artykułów powoda i osiągnięcia pewnego poziomu sprzedaży tych produktów, usługi marketingowe związane z wprowadzeniem do sprzedaży artykułów powoda w nowootwieranych sklepach (...), usługi marketingowe związane z wprowadzeniem nowych artykułów powoda do sprzedaży w istniejącej sieci sklepów (...), inne usługi niż wymienione powyżej, ale związane z celami w nich określonymi.

Wynagrodzenie za usługi promocyjne zmierzające do promocji logo/marki w okresie od dnia 1 września 2003 r. do dnia 31 sierpnia 2004 r. zostało ustalone na kwotę 11 100 zł.

W dniu 1 stycznia 2004 r. zawarto umowę promocyjną, której przedmiotem było określenie zasad współpracy stron w ramach świadczenia przez (...) usług promocyjnych na rzecz powoda, tj. organizowania akcji promocyjnych w sklepach sieci należących do (...) oraz gazetkach promocyjnych w okresie od początku stycznia do końca grudnia 2004 r. Działania (...) miały m.in. polegać na przygotowaniu i opublikowaniu modułów promujących znak towarowy, nazwę lub logo powoda w gazetkach promocyjnych, opatrzeniu standardowych regałów ekspozycyjnych oznaczeniem marki, logo znaku towarowego lub nazwy powoda w miejscu uzgodnionym w postaci plaketek lub wywieszek w ilości minimum 1 sztuki na sklep, przygotowaniu odrębnych miejsc ekspozycyjnych i ich oprawy, przygotowanie indywidualnych reklamówek dźwiękowych i ich emisję w wewnętrznym radiowęźle przynajmniej raz w okresie każdych kolejnych 180 dni w godzinach otwarcia sklepu, umożliwieniu zorganizowania przez powoda na terenie sklepu pokazów reklamowych (degustacji) promujących markę, logo, znak towarowy lub nazwę dostawcy. Wynagrodzenie za powyższe usługi miało być płatne wraz z wynagrodzeniem za promocję gazetkową, które ustalono na 6 % całkowitego obrotu netto towarami. Wynagrodzenie miało być płatne miesięcznie.

Niezależnie od powyższych usług (...) miał świadczyć na rzecz powoda odrębnie płatne akcje promocyjne, również w nowootwieranych sklepach, za których świadczenie wynagrodzenie ustalono na kwotę 1 100 zł (§ 3 i § 4 porozumienia).

W warunkach handlowych obowiązujących od 1 stycznia 2004 r. przewidziano również bonus retrospektywny płatny miesięcznie w wysokości 5% od obrotu i półrocznie w wysokości 0,9 % od obrotu.

Dnia 1 stycznia 2005 r. powód i (...) zawarli umowę dotyczącą podstawowych warunków sprzedaży i dostawcy produktów, której celem było uregulowanie zasad i warunków zawierania indywidualnych umów sprzedaży pomiędzy stronami, na mocy których powód miał sprzedawać i dostarczać (...) swoje produkty. W załączniku nr (...) do tej umowy pt. Klauzula szczególna ustalono również warunki dostawy przez powoda towarów do centrum dystrybucyjnych (...).

Dnia 1 stycznia 2005 r. została również zawarta umowa o premiach i współpracy przy promocjach, która regulowała warunki współpracy powoda z (...) w zakresie premii i opłat promocyjnych, promocji logo, marek, znaków towarowych lub firmy powoda, usług marketingowych, premii pieniężnych. W umowie tej przewidziano przyznawanie (...) przez powoda stałej premii w wysokości 5,8 % od obrotu w kwartale (pkt III 3.2 ppkt a) umowy) oraz premii logistycznej w wysokości 7 % rocznego obrotu netto towarami zakupionymi przez (...) od powoda i dostarczonymi przez niego do centrum dystrybucji (...) (pkt (...) ppkt c) umowy). Powód nie mógł dostarczać towarów bezpośrednio do poszczególnych sklepów należących do (...).

Na podstawie pkt IV § 1 ust. 4.1 (...) zobowiązał się zaś do świadczenia analogicznych usług promocyjnych przewidzianych we wcześniej obowiązującej umowie promocyjnej, wzrosło jedynie wynagrodzenie za ich świadczenie – do 7% całkowitego obrotu netto towarami powoda i zmienił się sposób ich rozliczenia, z miesięcznego na kwartalny.

(...) miał także świadczyć na rzecz powoda dodatkowo płatne usługi promocyjne w nowootwieranych i modernizowanych sklepach należących do jego sieci, za których świadczenie przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 1 100 zł za każdą markę danego produktu w danym sklepie - (...), H. ( IV § 2 ust. 4.3. i 4.5. ppkt a).

Na podstawie pkt V ust. 5.2 (...) mógł również żądać od powoda rozpoczęcia przesyłania danych przy użyciu systemu (...) udostępnianego przez podmiot trzeci w porozumieniu z (...). Korzystanie przez powoda z tego systemu uprawniało (...) do żądania rocznego ryczałtu w wysokości 7 000 zł.

Stosownie do pkt V ust. 5.3 z kolei w wypadku przeprowadzenia audytu procesu produkcyjnego lub badań jakości produktów przez (...), powód był zobowiązany do zwrotu kosztów poniesionych w tym zakresie przez (...) w zryczałtowanej wysokości 0,2% szacowanego rocznego obrotu, nie mniej jednak niż 2 500 zł netto.

Na podstawie pkt VI ust. 6.1. wszystkie płatności wynikające z powyższej umowy były wymagalne i należne w terminie 14 dni od daty wystawienia faktury. Należności wymagalne lub niewymagalne (...) mogłyby być rozliczane przez (...) z wymagalnymi lub niewymagalnymi należnościami powoda.

W dniu 1 stycznia 2005 r. powód i (...) zawarli porozumienie, na podstawie którego powód zobowiązał się do zapłaty na rzecz (...) bonusu w wysokości 0,85% od wartości obrotów netto towarów zakupionych przez (...) od powoda, naliczanego w rocznym okresie rozliczeniowym.

Bonus ten miał być płatny w terminie 14 dni od daty wystawienia faktury przez (...).

Analogiczne usługi promocyjne (...) świadczył na rzecz powoda w dalszych okresach współpracy, w szczególności od 2006 r. na podstawie aneksu do umowy o premiach i współpracy przy promocjach z dnia 1 stycznia 2006 r. Zmianie uległo jedynie wynagrodzenie za ich świadczenie; stała premia wzrosła do 6% od obrotu, wprowadzono również budżet promocyjny w wysokości 8% na dany rok kalendarzowy.

Zapłata za usługi świadczone przez (...) miała następować w ciągu 14 dni od dnia wystawienia przez niego faktury VAT. Formą rozliczenia należności (...) z tytułu rozliczenia usług było potrącenie wierzytelności poprzednika prawnego pozwanego wobec powoda z wierzytelnościami powoda wobec (...) (§ 9 pkt 14 (...)).

Powyższe umowy wraz z załącznikami sporządzone zostały według wzoru (...), do którego pismem odręcznym wpisywano dane sprzedawcy zawierającego umowę oraz wartości konkretnych usług. Negocjacje warunków współpracy ograniczały się do przedstawienia oczekiwań (...) dotyczących wysokości zobowiązań powoda wynikających ze współpracy. Powód mógł jedynie przyjąć te propozycje i umowę podpisać, w przypadku odmowy przyjęcia umowa nie zostałaby podpisana.

**Wykonanie usług promocyjnych polegało głównie na zamieszczaniu towarów nabytych przez (...) od powoda w wydawanych przez niego gazetkach, w których produkty powoda były prezentowane obok konkurencyjnych produktów. W niektórych przypadkach obok produktów nabytych od powoda oprócz ceny, umieszczano słowa „J. B.”, (...) lub logo powoda (przykładowe gazetki koperta k. 768 i 775). O tym jakie produkty zostaną umieszczone w gazetkach decydował (...) (zeznania świadka D. O. k. 1138). Warunkiem umieszczenia zdjęć produktów w gazecie było obniżenie ceny na ten produkt przez powoda na okres dwóch lub trzech tygodni, mimo że promocja gazetkowa trwała jeden tydzień (zeznania świadka J. C. k. 1143, zeznania J. B. (2) 01:33:51).**

Rozliczenie należności wynikających z wystawianych przez (...) faktur odbywało się przez ich potrącenie przez (...) z wierzytelnościami, które powód posiadał w stosunku do niego z tytułu sprzedaży towarów. Pozostałą część należności z tytułu ceny za zakupiony towar (...) przelewał na rachunek bankowy powoda. W wyniku dokonanych kompensat (...) zatrzymał z tytułu powyższych faktur łącznie kwotę 15 410 732,38 zł.

W listopadzie 2008 r. (...) sp. z o.o. w W. dokonało przejęcia (...) sp. z o.o. w W. i od tej daty pozwana spółka funkcjonowała w obrocie pod nazwą (...) sp. z o.o. w W..

Pismem datowanym na dzień 19 listopada 2009 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty dochodzonej w niniejszym postępowaniu w terminie 14 dni o doręczenia wezwania. Pismo zostało wysłane pozwanej w dniu 20 listopada 2009 r.

Sąd oddalił wniosek pozwanego zawarty w sprzeciwie, o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu psychologii reklamy, marketingu i ekonomii uznając, że postępowanie dowodowe wykazało, iż (...) nie świadczył na rzecz powoda usług, które mogłyby być przedmiotem oceny przez biegłego; tym samym dowód ten był zbędny (art. 227 k.p.c.). Niezależnie od tego, dowód o abstrakcyjnym przedmiocie ustaleń nie może zastąpić udowodnienia konkretnych okoliczności, na które powołuje się pozwany.

Sąd oddalił także wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu marketingu i reklamy zawarty w jego piśmie z dnia 2 czerwca 2014 r., ponieważ był spóźniony (art. 479<sup>12</sup> § 2 k.p.c.).

Sąd oddalił wreszcie wniosek pozwanego wskazany w pkt VI sprzeciwu od nakazu zapłaty uznając okoliczności, które miałyby być wykazane za pośrednictwem tego wniosku, za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia rozpoznawanej sprawy (art. 227 k.p.c.). Z tych samych przyczyn Sąd pierwszej instancji oddalił wnioski pozwanego o dopuszczenie dowodu z zeznań M. W. i J. D. jako świadków. Pomiął również dowód z zeznań przedstawiciela pozwanego R. M. (2), ponieważ nie stawiał się on na rozprawę, na której miał być przesłuchany w charakterze strony.

W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że powództwo w znacznej części zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie Sądu pierwszej instancji, umowy opisane wyżej należało zakwalifikować jako ramowe umowy sprzedaży, ponieważ na ich podstawie powód miał obowiązek sprzedać i dostarczyć poprzednikowi prawnemu pozwanego towary określone w poszczególnych zamówieniach, za które ten ostatni miał zapłacić cenę (przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2006 r., II CK 378/2005, Wokanda 2006/6).

Wskazał, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503, ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Celem tego przepisu jest wyeliminowanie sytuacji, w której zawarcie umowy sprzedaży zależy od dodatkowego świadczenia pieniężnego po stronie sprzedawcy. Nie oznacza to, że **między sprzedawcą a kupującym niedopuszczalne jest nawiązywanie relacji umownych, w których po stronie sprzedawcy istnieje obowiązek świadczenia pieniężnego, jednak pod warunkiem, że ekwiwalentem tego świadczenia jest świadczenie kupującego, inne niż sprzedaż towaru zakupionego od sprzedawcy. Przedsiębiorca nabywający towar do dalszej odsprzedaży musi spełniać 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 uznanie określonego świadczenia jako świadczenia niedopuszczalnego w świetle omawianej regulacji, spoczywa na przedsiębiorcy, który twierdzi, że omawiane unormowanie nie ma zastosowania** (vide: E. Nowińska, M. du Vall w: Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Lexis Nexis, Warszawa 2008, s. 195).

Zdaniem Sądu Okręgowego pozwany nie wykazał, że taka sytuacja miała miejsce w sprawie w odniesieniu do działalności podejmowanej przez jego poprzednika prawnego.

Przede wszystkim, w ocenie tego Sądu, powód nie miał realnego wpływu na treść zarówno samych umów, jak i dodatkowych porozumień zawieranych w dalszych latach współpracy. Umowy te były przedstawiane powodowi w formie gotowych szablonów przygotowanych przez (...), zawierających z góry sformułowane warunki współpracy, a wśród nich także opłaty za świadczenie przez poprzednika prawnego pozwanego spornych usług. Okoliczność tę potwierdziły w szczególności zeznania świadka R. G., z których wynika, że coroczne spotkania negocjacyjne ograniczały się w rzeczywistości do przedstawienia oczekiwań finansowych A. i obowiązku ich akceptacji przez powoda (k. 904). Natomiast zgłoszeni przez pozwanego świadkowie, mający dowiedzieć, że powód miał możliwość negocjowania umowy albo nie pamiętali, co konkretnie było przedmiotem negocjacji z powodem albo ich zeznania były na tyle ogólnikowe i nie mogły skutecznie podważyć wniosków wynikających z analizy dowodów przedstawionych przez powoda. Podkreślił, że świadkowie ci nie tylko nie potrafili wskazać żadnych ustępstw poczynionych na rzecz powoda w toku negocjacji, ale zeznali również, że celem spotkań organizowanych z dostawcą było przede wszystkim ustalenie lepszych warunków współpracy (wyższych opłat) dla A.. Możliwości realnego wpływu na postanowienia umowy przeczyły w całości szczegółowe zeznania świadków: J. C. (osoby, która w imieniu A. negocjowała przedmiotowe umowy) i R. G., którzy wskazywali, że warunkiem nawiązania i kontynuowania współpracy handlowej była zgoda na świadczenie przez powoda usług dodatkowych i pobieranie za nie opłat, a spotkania negocjacyjne ograniczały się do rozmów na temat wysokości opłat za sporne usługi (a nie samych zasad ich wykonywania), które powód musiał zaakceptować. Świadek J. C. zeznał, że warunki handlowe sporządzał dział prawn **y A., pozostawiając**

**rubryki lub miejsca wolne do edycji celem wpisania konkretnych wartości przez kupca. Fizycznie te wartości wpisywała jego asystentka, na podstawie danych, które jej podyktował (k. 1141-1142). Potwierdził on także bezwarunkowość obciążeń dostawcy zawartych w umowach. Zeznał, że budżet to określona kwota ustalana na dany rok przez zarząd firmy. Nie było możliwości by firma nie podpisała warunków bez bonusów czy obciążeń. (...) nie akceptował sytuacji, gdyby przychody miały być niższe niż zakładane w budżecie.** Podkreślił, że nie mógłby zgodzić się na propozycję klienta, która prowadziłaby do obniżenia bonusów przyznawanych (...) (k. 1142).

O braku możliwości realnego wpływu na postanowienia umów zawartych między stronami w okresie objętym pozwem świadczyły też dokumenty, zawierające te umowy. Były one gotowym szablonem przygotowanym przez poprzednika prawnego pozwanego, zawierającym z góry sformułowane warunki współpracy, do którego wpisywano odrębnie wysokość opłat należnych (...) za świadczenie przez niego spornych usług.

W ocenie Sądu Okręgowego, ręczne wypełnianie pustych pól wzorca umowy nie było dowodem możliwości negocjowania postanowień umowy przez powoda. Wręcz przeciwnie, dowodziło, że do wyboru powoda pozostawiona została jedynie kwestia wysokości opłat za poszczególne usługi, a nie określenie zasad ich wykonywania. Przesądzało to, że powód zmuszony był zaakceptować narzucone przez (...) warunki współpracy.

Sąd odwołał się też do treści umów złożonych przez powoda; uznał, że charakteryzuje je duża lakoniczność odnośnie świadczeń A., za które pobierane były opłaty. Nie było to wynagrodzenie za konkretne czynności, zależne od zakresu, ilości, czasu trwania usługi, ale liczone jako procent od osiągniętego obrotu, co wprost wskazuje na charakter tych opłat jako dotyczących dopuszczenia towarów do sprzedaży. Postanowienia umowne bardzo skrótowo formułowały przedmiot samej usługi, co ograniczało możliwość skonkretyzowania obowiązków pozwanej.

Ogólnikowość postanowień umownych sprawiała, że powód nie miał realnej szansy decydowania o przedmiocie usługi i jej rozmiarze, kontrolowania jej wykonania czy sposobu rozliczenia.

Sąd pierwszej instancji zwrócił uwagę, że żaden ze świadków zgłoszonych przez pozwanego nie wskazał postanowień, które zostały wprowadzone do umowy na wyraźne życzenie powoda. Biorąc pod uwagę charakter poszczególnych postanowień wprowadzonych do umów zawartych przez strony oraz wielość i ilość opłat, do których pobierania był uprawniony poprzednik prawny pozwanego, Sąd uznał, że takie postanowienia, nie były swobodnie negocjowane. Powód co najwyżej godził się na te postanowienia z konieczności i obawy, by (...) nie zrezygnował ze współpracy z nim. Nie przyjął, aby nawet wielkość opłat zastrzeżonych na rzecz pozwanego była przedmiotem rzeczywistych negocjacji, w sytuacji, gdy były one ustalane z roku na rok wyższym poziomem, co potwierdził świadek J. C. (k. 1143).

Pozwany standaryzując formularze umów, również w zakresie obowiązku uiszczania poszczególnych opłat, przesądził o obowiązku ich uiszczania przez powoda. Odwołał się do zeznań świadka J. C., który potwierdził, że każdego roku miał obowiązek osiągnąć określony budżet oraz że wszyscy płacili bonusy takie jak regulowała z nimi umowa (k. 1142).

Sąd uznał, że za przyjęciem, iż poprzednik prawny pozwanego dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. przemawiała także okoliczność, że brak było jakiegokolwiek ekwiwalentności między świadczeniami stron, która to ekwiwalentność jest wymagana w przypadku, gdy kontrahenci zawierają umowę o charakterze wzajemnym, szczególnie gdy jeden z podmiotów dysponuje zdecydowanie większą siłą rynkową, niż drugi.

W odniesieniu do usług promocyjnych zwrócił uwagę, że spośród wskazanych w (...) i późniejszych umowach: promocyjnej, o premiach i współpracy przy promocjach potencjalnych działań promocyjnych i marketingowych, które (...) miał świadczyć na rzecz powoda w wykonaniu tych usług, pozwany udowodnił jedynie, że jego poprzednik zamieszczał zdjęcia produktów dostarczanych przez powoda w wydawanych w związku z przeprowadzanymi promocjami gazetkach.

Pozwany w żaden sposób nie wykazał, aby dostarczane przez powoda towary były umieszczane w korzystniejszych z punktu widzenia sprzedaży miejscach prowadzonych przez (...) sklepów, a tym bardziej, kiedy i w jakim rozmiarze czynności takie miałyby być dokonane, co powód kwestionował.

Odnosząc się do swobody umów przewidzianej w art. 353<sup>1</sup> k.c., np. umowy o odpłatne usługi promocyjno-reklamowe, uznał, że warunkiem dopuszczalności jest rzeczywiste świadczenie takich usług, uzasadniające pobieranie wynagrodzenia w wysokości ekwiwalentnej do wykonanej pracy.

W ocenie Sądu Okręgowego pozwany wykazał jedynie to, że poszczególne produkty spośród towarów dostarczanych (...) przez powoda były umieszczane, wraz z produktami innych jego dostawców, w gazetkach reklamowych mających zachęcić konsumentów do dokonania zakupów towarów z oferty sklepów należących do sieci (...). Złożone do akt gazetki obrazują charakter usług, na które w myśl umowy powód musiał przeznaczać określoną, istotną kwotę liczoną procentowo od wartości obrotów jego towarami. Takie ustalenie wynagrodzenia za omawiane usługi świadczyło o oderwaniu wartości ekonomicznej czynności związanych z wydaniem gazetki i powiązaniu wynagrodzenia za te czynności z wielkością obrotów wszystkimi towarami nabytymi od powoda w danym okresie. Podkreślił, że bonus promocyjny był niezależny od ilości reklam w gazetkach, należało się 7% od obrotu netto w przypadku zamieszczenia już tylko jednej reklamy (k. 1142).

Zwrócił też uwagę, że mimo istnienia budżetu promocyjnego, to powód miał dodatkowo obowiązek obniżenia ceny towaru opublikowanego w gazetce.

Tak zeznał J. B. (2), a także potwierdził świadek J. C., który przyznał, że pomimo iż okres promocji gazetkowej trwał tydzień, dostawcy byli zobowiązani do dostarczania towaru po niższej cenie przez okres dwóch – trzech tygodni (k. 1143).

W ocenie Sądu zamieszczanie pojedynczych produktów pochodzących od powoda w gazetkach, stanowiło w istocie prezentację oferty handlowej poprzednika prawnego pozwanego, nie zaś reklamę i promocję marki powoda. Towary przedstawiane w gazetkach, niezależnie od źródła ich pochodzenia, po zawarciu przez strony umowy sprzedaży stanowiły bowiem własność A., który tym samym reklamował własny towar, przerzucając poprzez opłaty promocyjne koszty takiej reklamy na swego dostawcę. Nie uznał za działalność promocyjno-reklamową prowadzoną na rzecz powoda samego faktu umieszczenia części nazwy jego firmy w postaci słów „J. B.” lub (...), ewentualnie w niektórych przypadkach jego logo, pod fotografią pochodzącego od niego produktu, w gazetce reklamowej wydawanej, jako prezentacja asortymentu sprzedawanego w sklepach sieci (...) i opatrzonej, jako podstawowym logo sklepów należących do tej sieci. Umieszczenie części nazwy powoda stanowiło element opisu podstawowych danych dotyczących produktu oferowanego przez poprzednika prawnego pozwanego do sprzedaży. Jeśli występował popyt na tak reklamowany towar, to mogło się to przekładać wprawdzie na wielkość zamówienia go u powoda. Jednak takiej zależności w procesie nie wykazano; podobnie - rozmiar obrotów i zysków, ale samego poprzednika prawnego pozwanego, prowadzącego własną działalność i własną strategię marketingową, a jej wyrazem było przewidziane w umowie prawo wyboru przez stronę pozwaną produktu, którego zdjęcie miało podlegać publikacji w gazetce.

Zdaniem Sądu, to poprzednik prawny pozwanego, kierując się własnymi potrzebami handlowymi, decydował o kształcie i treści materiału reklamowego, co potwierdzają zeznania świadka D. O. (k. 1138). Dodał, że umieszczane w gazetkach zdjęcia towarów zakupionych przez poprzednika prawnego pozwanego w większości przypadków zamieszczane były w bezpośrednim zestawieniu ze zdjęciami podobnych artykułów pochodzących od innych dostawców. Towary te nie były w żaden sposób pozycjonowane czy wyróżniane, lecz istota publikacji zawierała się w zaprezentowaniu produktów w ofercie poprzednika prawnego pozwanego i ich atrakcyjnej ceny.

Podkreślił, że z załączonych gazetek wynika, iż to właśnie cena poszczególnych produktów była elementem najbardziej wyróżnionym przy opisie poszczególnych produktów. To do niej niejednokrotnie nawiązywały zawarte tam slogany np. (...), (...), (...), (...).

Uwzględniając zatem treść tych gazetek Sąd Okręgowy stwierdził, że działania poprzednika prawnego pozwanego sprowadzały się do poinformowania końcowych odbiorców o tym, że określony towar może zostać nabyty w atrakcyjnej cenie. Informacja o dostawcy jako producencie promowanego towaru umieszczana była tylko w celu poinformowania odbiorców o pochodzeniu tego towaru, nie miała natomiast walorów reklamowych, jeżeli uwzględni się okoliczność, że przedmiotowe gazetki nie zawierały jakiegokolwiek treści, która zachęcałaby konsumentów do nabywania produktów dostawcy, a nie innych producentów, z uwagi na ich określone walory, co stanowi istotę przekazu reklamowego.

Natomiast wskazanie w niektórych przypadkach logo powoda bez dodatkowych informacji, wśród zdjęć produktów z analogicznego asortymentu, nie stanowiło reklamy mającej na celu budowanie świadomości marki dostawcy, a jedynie zaprezentowanie własnej oferty poprzez wystarczająco jasne zidentyfikowanie produktu objętego promocją. W postępowaniu nie przedstawiono dowodów na to, iż powód mógł występować z inicjatywą odnoszącą się np. do sposobu i terminów promocji jego przedsiębiorstwa oraz oferowanych przez niego towarów, że składał jakieś propozycje działań, które mogły mu być przydatne w działalności handlowej. W konsekwencji tego uznał, że brak podstaw do ustalenia, że w zamian za poniesione opłaty powód otrzymywał od poprzednika prawnego pozwanego ekwiwalentne świadczenie, inne niż sprzedaż towaru.

Standardowa sprzedaż towaru odbiorcy nie stanowi świadczenia na rzecz dostawcy. Dotyczy ona towaru stanowiącego własność odbiorcy i związana jest wyłącznie z realizacją własnego interesu odbiorcy, który dzięki prowadzonej akcji uzyskiwał dodatkową korzyść polegającą na nabyciu od powoda towarów za obniżoną cenę.

Za bez znaczenia uznał Sąd pierwszej instancji okoliczności, że powód potwierdzał udział w akcji reklamowej, albowiem dobrowolność udziału w tych akcjach, polegających na dostarczeniu towaru za obniżoną cenę, nie uzasadnia obciążenia powoda jakąkolwiek opłatą dodatkową. Umieszczenie zdjęć produktów objętych promocją w gazetkach miało na celu wsparcie promocji i uzyskanie jak najwyższych wyników sprzedaży poprzednika prawnego pozwanego poprzez zwiększenie zainteresowania klientów promowanymi artykułami, sprzedawanymi po obniżonych cenach.

Przemawiał za takim stanowiskiem m.in. sposób określenia wynagrodzenia za te usługi, które było pobierane jako procent od obrotu, w oderwaniu od realnej wartości tych usług.

W konsekwencji tego stwierdził, iż (...) nie wykonywał na rzecz powoda usługi, która nie byłaby związana z realizacją własnego interesu kupującego, co uzasadnia uznanie przedmiotowej opłaty jako opłaty wyczerpującej znamiona opłat styfizowanych w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.

Brak ekwiwalentności dotyczył także – zdaniem Sądu Okręgowego - różnego rodzaju bonusów od sprzedaży określonych w umowach zawartych przez strony, z zastosowaniem których powód nie uzyskiwał żadnych korzyści. W istocie ich jedynym celem było składanie dalszych zamówień towarów u powoda, co tym bardziej świadczy o tym, iż zarówno rabat, jak i premia miały charakter innej niż marża handlowa opłaty.

Naliczenia i potrącenia bonusu potransakcyjnego oraz premii stałej dokonywał po sprzedaży (...), a zatem był to w istocie swoisty bonus dla niego za sprzedanie jego własnych towarów.

Okoliczności, iż marża handlowa nie obejmuje rabatu czy premii udzielanej po transakcji dowodzi także definicja rzeczony marży zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), zgodnie z którą marża handlowa jest to różnica między ceną płaconą przez kupującego a ceną uprzednio zapłaconą przez przedsiębiorcę, wynikającą z kosztów i zysku przedsiębiorcy. Przywołana definicja marży handlowej przewiduje zatem jedynie zastosowanie rabatu (premier) przedsprzedażowego (wówczas zysk nabywcy będzie większy, albowiem różnica pomiędzy ceną zapłaconą przez kupującego, a ceną zapłaconą przez przedsiębiorcę będzie większa).



W takim pojęciu marży handlowej nie mieści się zaś bonus potransakcyjny i premia stała, co w sposób definitywny prowadzi do wniosku, iż obie te opłaty mają walor opłaty innej niż marża handlowa (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. akt I ACa 856/12).

Za klasyczną opłatę za przyjęcie towaru do sprzedaży przez poprzednika prawnego pozwanego uznał Sąd opłaty za wprowadzanie artykułów do nowo uruchamianych sklepów oraz za wprowadzanie artykułów do sieci istniejących sklepów. Był to bowiem warunek nabycia towarów od powoda, tym samym powód musiał spełnić świadczenie, aby sprzedany przez niego towar został przyjęty przez (...) do sprzedaży, co stanowi wypełnienie dyspozycji art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.

Odnosząc się do bonusu za usługi logistyczne Sąd pierwszej instancji wskazał przede wszystkim, że umowy stron przewidywały wyraźnie, iż o miejscu dostawy towarów zamówionych u sprzedawcy (powoda) decyduje (...) (pkt I.1 umowy k. 615). Wynagrodzenie za świadczone usługi ustalono w wysokości zależnej od obrotu towarami nabytymi od sprzedawcy (7%), bez względu na ilość dostaw towaru powoda faktycznie wykonanych do poszczególnych sklepów poprzednika prawnego pozwanego. Wbrew twierdzeniom pozwanego, uzależnienie wysokości opłat jedynie od wartości obrotu towarami nabywanymi od danego sprzedawcy, a nie od rzeczywistych kosztów i zakresu usługi dla dostawcy nie musi być korzystne. Im bowiem sprzedawany towar był droższy, tym droższa była usługa, niezależnie od rzeczywistej jej wartości. Pozwany nie tylko nie wykazał faktycznego wykonania usług logistycznych na rzecz powoda, nie wskazując choćby sklepów, do których towar powoda przewożony był przez przewoźnika, ale również nie przedstawił żadnej kalkulacji pobranych opłat logistycznych, uniemożliwiając Sądowi ocenę, czy na ich wysokość wpływ miały rzeczywiste koszty poniesione przez (...). Wskazał także, że w ramach łączącej strony umowy podstawowej, wydanie rzeczy sprzedanej oraz jej odebranie przez kupującego miało ten skutek, iż własność towaru przechodziła na kupującego (art. 155 § 2 k.c.). Chwila odbioru decydowała również o przejściu na kupującego zarówno korzyści, jak i ciężarów, jakie są związane z rzeczą, a także o przejściu niebezpieczeństwa przypadkowej utraty rzeczy (art. 548 k.c.).

Przepis art. 547 § 2 k.c. ma zastosowanie wówczas, gdy brak jest stosownych klauzul umownych lub przepisów szczególnych; przewiduje zasadę, iż jeżeli rzecz ma być przesłana do miejsca, które nie jest miejscem spełnienia świadczenia, koszty przesłania ponosi kupujący. A contrario, obciążenie sprzedawcy kosztami przesłania rzeczy uzasadnionym jest jedynie wówczas, gdy rzecz jest przesłana do miejsca, które jest miejscem spełnienia świadczenia.

Według postanowień umów, to (...) miał wskazywać miejsce spełnienia świadczenia, a więc od niego zależało, gdzie następował odbiór zakupionego towaru.

Jak ustalono na podstawie zebranych dowodów, powód miał dostarczać zakupione przez (...) towary m.in. do centrum dystrybucyjnego poprzednika prawnego pozwanego w B., a więc miejscem spełnienia świadczenia był ten magazyn. Powód wywiązywał się z umowy i dostarczał towary do tego magazynu. W związku z tym nie mógł być obciążany jakimikolwiek kosztami związanymi z towarem po jego wydaniu kupującemu, w tym kosztami związanymi z rozwożeniem towarów do sklepów poprzednika prawnego pozwanego, które nie były miejscem spełnienia świadczenia. Wszelkie więc usługi logistyczne (...) wykonywał dla własnych potrzeb, nie zaś w interesie sprzedającego, a tym bardziej na jego rzecz (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 września 2013 r., sygn. akt I ACa 420/13). Dodał, iż z zeznań J. B. (2) i świadka R. G. wynika, że bonus logistyczny pojawił się po uruchomieniu magazynów centralnych. Jednocześnie osoby te potwierdziły, że z wprowadzeniem tej opłaty, nie było możliwości dostarczania produktów przez powoda bezpośrednio do poszczególnych sklepów, mimo iż powód miał takie możliwości i wcześniej to czynił.

Pozwany nie udowodnił także wykonania pozostałych usług, za które jego poprzednik pobierał od powoda wynagrodzenie, w tym usługi badania jakości wyrobów dostarczanych przez powoda, czy usługi (...). (...) prowadząc własny system informatyczny, który musiał spełniać wymogi księgowości oraz być na bieżąco uaktualniany obciążał powoda kosztem aktualizacji danych w tych systemach informatycznych, wymagając jednocześnie od niego dostarczania faktur w formie papierowej. W ocenie Sądu, jest to opłata dodatkowa będąca naruszeniem zasad

uczciwej konkurencji, przenosiła bowiem na drugą stronę umowy koszty własnych zadań związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej. Natomiast co do opłaty z tytułu zapewnienia odpowiedniej jakości wyrobów, to pozwany nie wykazał, aby podejmował w związku z nią jakiegokolwiek czynności, co powód kwestionował. Świadek J. C. nie wiedział na czym polegała ta usługa, nie wiedział czy (...) prowadził jakieś badania produktów nabytych od powoda, nie widział też wyników takich badań. Tym samym uznać należy, że była to opłata za fikcyjne usługi.

Całokształt okoliczności sprawy nakazywał – zdaniem Sądu - przyjęcie, iż usługi, bonusy i premie będące przedmiotem umów o współpracy i zawieranych w dalszych okresach współpracy, w istocie służyły ukryciu procederu w postaci pobierania przez (...) dodatkowych opłat związanych z samym faktem umożliwienia powodowi dostarczania towarów.

O iluzorycznym charakterze usług rzekomo wykonywanych na podstawie powołanej umowy świadczył w ocenie Sądu także fakt, iż podstawą do obliczenia wynagrodzenia za ich wykonywanie była wysokość obrotów osiągniętych w okresie obowiązywania umowy, co przy założeniu, że wolumen obrotu nie ma przełożenia na trudność i koszty związane ze świadczeniem spornych usług sugeruje, iż(...) w ramach zawartej umowy zależało przede wszystkim na proporcjonalnym do dostaw zmniejszeniu cen jednostkowych dostarczanych towarów.

Skoro zatem zostało ustalone, że opłaty naliczane przez poprzednika prawnego pozwanego miały charakter opłat dodatkowych za przyjęcie towarów do sprzedaży, to wynikało z tego domniemanie, że utrudniał on w ten sposób powodowi dostęp do rynku. Powód nie musiał już wykazywać tej przesłanki, a ciężar dowodu przeciwnego zgodnie z art. 6 k.c., spoczywał na pozwanym. Pozwany powyższego domniemanie nie zdołał obalić.

Nie mogły zostać uznane za wystarczające same tylko twierdzenia pozwanego, że nie utrudniał on powodowi dostępu do rynku. Należy dodać, że utrudnianie dostępu do rynku nie może być utożsamiane z wykluczeniem działania na rynku, lecz z pogorszeniem sytuacji takiego przedsiębiorcy w porównaniu z innymi przedsiębiorcami, którzy takich opłat nie ponoszą (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30 maja 2012 r., I ACA 1074/11, niepubl.). Z uwagi na to, że wszystkie sporne opłaty zostały zakwalifikowane jako inne niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży (art. 15 ust. 1 pkt. 4 u.z.n.k. w zw. z art. 18 ust. 1 pkt. 5 u.z.n.k.), to należało zasądzić od pozwanego na rzecz powoda ich zwrot w kwocie 15 410 732,38 zł.

W zakresie roszczenia o zapłatę odsetek Sąd orzekł na podstawie art. 455 k.c. w zw. z art. 481 § 1 k.c. i oddalił powództwo w zakresie roszczenia o zasądzenie odsetek od dnia ich żądania do dnia 11 grudnia 2009 roku; powód nie udowodnił bowiem, że przed wezwaniem do zapłaty z dnia 19 listopada 2009 r., wzywał pozwanego do zwrotu nienależnie pobranych należności, tj. że od dat wskazanych w pozwie jako termin początkowy naliczania odsetek pozwany pozostawał w opóźnieniu w rozumieniu art. 481 § 1 k.c.

O kosztach procesu Sąd orzekł w oparciu o art. 100 zd. 2 k.p.c. obciążając nimi w całości pozwanego, ponieważ powód uległ tylko co do nieznacznej części swego żądania. Na kwotę tę składała się uiszczona przez powoda opłata od pozwu w kwocie 100 000 zł, poniesiona opłata od udzielenia pełnomocnictwa 17 zł oraz koszty zastępstwa procesowego w kwocie 7 200 zł ustalone w oparciu o § 6 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.2013.490) a także koszty dojazdu do Sądu pełnomocnika powoda w kwocie 3.860,21 zł.

Z tym rozstrzygnięciem nie zgodziły się obie strony, zaskarżając go w części.

Pozwany zaskarżył wyrok w zakresie, w jakim Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 15.410.732,38 zł wraz z ustawowymi odsetkami (punkt 1a sentencji), oraz w zakresie, w jakim Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 111.077,21 zł tytułem kosztów procesu (punkt 1b sentencji). Wyrokowi zarzucił:

1.naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na wynik sprawy, a to:

a) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny wiarygodności, mocy oraz treści dowodów zgromadzonych w sprawie z przekroczeniem granic swobodnej oceny dowodów, naruszeniem zasady wszechstronności oraz w sposób sprzeczny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, co doprowadziło do poczynienia przez Sąd Okręgowy błędnych ustaleń faktycznych, tj. nieuzasadnione uznanie za wiarygodne wyłącznie zeznań świadków zgłoszonych przez powoda w oderwaniu od innych dowodów, oraz nieuzasadnioną odmowę dania wiary zeznaniom innych świadków, a także uznanie, że zeznania świadków zgłoszonych przez pozwanego nie wnosiły niczego istotnego, jak również błędne uznanie, iż kilkudziesięciokrotna w okresie współpracy stron specjalna ekspozycja towarów, nazwy, znaków towarowych powódki w gazetkach promocyjnych nie stanowi realnej usługi oraz, że fakt ogólnego sprecyzowania zakresu świadczeń pozwanej wyklucza przyjęcie, iż opłaty miały charakter realny, a także, iż pozwany prowadził własny system informatyczny i przenosił na powoda koszty własnych zadań i że pozwany narzucił powodowi opłatę za usługi logistyczne;

b) art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez uznanie za zbędne i nieprzeprowadzenie przez Sąd Okręgowy dowodów mających wykazać okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, co miało wpływ na wynik postępowania, w szczególności poprzez oddalenie wniosków dowodowych pozwanego dotyczących przesłuchania w charakterze strony członka zarządu pozwanego oraz wniosków dotyczących dowodów z zeznań świadków M. W. i J. D., a także wniosku z opinii biegłego z zakresu psychologii i reklamy oraz wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji finansowej powoda;

c) art. 503 § 1 k.p.c. i art. 479<sup>12</sup> k.p.c. przez oddalenie wniosku pozwanego z opinii biegłego z zakresu marketingu i reklamy ze stwierdzeniem, iż był on spóźniony;

2. naruszenie prawa materialnego w zakresie, w jakim Sąd prawidłowo określił stan faktyczny ustalając, iż strony łączyły stosowne umowy, aneksy i warunki handlowe, a to art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów polegające na błędnej ocenie charakteru prawnego umowy łączącej strony, jako umowy sprzedaży, gdy strony łączyła nienazwana umowa dystrybucyjna.

Podnosząc powyższe pozwany wniosł o zmianę zaskarżonego wyroku oraz oddalenie powództwa w całości, a także zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje; względnie – w razie uznania, że nie doszło do rozpoznania istoty sprawy – o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo (punkt 2 sentencji), tj. co do żądanych przez powoda odsetek ustawowych od kwot i za okresy od dat początkowych wskazanych w pozwie. Wyrokowi zarzucono:

1. błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 455 k.c. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 i art. 18 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez uznanie, że w niniejszej sprawie wezwanie dłużnika do spełnienia świadczenia ma charakter kształtujący i decyduje o dacie wymagalności dochodzonego świadczenia i o dacie, z jaką dłużnik popada w opóźnienie ze spełnieniem świadczenia, od której wierzyciel może żądać odsetek, podczas gdy w przypadku dochodzonego przez powoda zwrotu innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towarów do sprzedaży termin jego spełnienia przez dłużnika wynika z właściwości zobowiązania, co w konsekwencji powoduje, że datą wymagalności świadczenia, a więc datą od której pozwany popadł w opóźnienie i od której należą się odsetki, jest data dokonania przez pozwanego potrąceń z wierzytelnościami powoda; ewentualnie, w razie nieuznania tego zarzutu:

2. przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów wskutek naruszenia przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie oceny dowodów w sposób niewszechstronny, gdyż z pominięciem dopuszczonych dowodów z dokumentów, tj. zawiadzeń do próby ugodowej z 28 lutego 2007 r. i 6 listopada 2007 r. oraz wniosku pozwanego z 14 czerwca 2007 r. i protokołu posiedzenia Sądu Rejonowego z 5 lutego 2008 r., z których wynika, że powód wzywał pozwanego do zwrotu nienależnie pobranych kwot przed wezwaniem do zapłaty z dnia 19 listopada 2009 r.;

3. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału i naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez nieustalenie przez Sąd faktu wzywania pozwanego do zapłaty poprzez wystąpienie powoda z zawezwaniami do prób ugodowych z 28 lutego 2007 r. i 6 listopada 2007 r., mimo że okoliczności te wynikają z zebranych dowodów;

4. niewyjaśnienie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia i naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. przez niewskazanie, dlaczego w zakresie ustalenia terminu wezwania do zapłaty pozwanego przez powoda oparto się wyłącznie na wezwaniu z 19 listopada 2009 r., a pominięto zupełnie kwestie wiarygodności i mocy dowodowej dokumentów zgłoszonych w pozwie, a dotyczących prób ugodowych;

5. błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 455 k.c. w zw. z art. 185 § 1 k.p.c. przez uznanie, że powód nie może żądać odsetek od dnia doręczenia pozwanemu wniosku o zawezwanie do próby ugodowej.

Podnosząc powyższe powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i dodatkowe zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda ustawowych odsetek od kwot i dat początkowych podanych w apelacji, do dnia 11 grudnia 2009 r.; ewentualnie, dodatkowe zasądzenie odsetek ustawowych od kwoty 10.047.728,53 zł od dnia 15 czerwca 2007 r. do dnia 11 grudnia 2009 r. oraz od kwoty 4.380.108,88 zł od dnia 6 lutego 2008 r. do dnia 11 grudnia 2009 r., a także kosztów postępowania apelacyjnego.

Po raz pierwszy orzekając w sprawie Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 12 marca 2015 r. zmienił zaskarżony wyrok w punkcie drugim w części w ten sposób, że zasądził od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. dalsze odsetki ustawowe:

- od kwoty 10.047.728,53 zł (dziesięć milionów czterdzieści siedem tysięcy siedemset dwadzieścia osiem złotych pięćdziesiąt trzy grosze) od dnia 15 czerwca 2007 r. do dnia 11 grudnia 2009r.;

- od kwoty 4.380.109,88 zł (cztery miliony trzysta osiemdziesiąt tysięcy sto dziewięć złotych osiemdziesiąt osiem groszy) od dnia 6 lutego 2008 r. do dnia 11 grudnia 2009 r. (pkt 1); w punkcie 2. oddalił apelację powoda w pozostałej części i apelację pozwanego w całości oraz w punkcie 3. Zasądził od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. kwotę 52.700 zł (pięćdziesiąt dwa tysiące siedemset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Na skutek skargi kasacyjnej pozwanego opartej na pierwszej podstawie kasacyjnej, Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 14 października 2016 r. uchylił wyrok Sądu drugiej instancji w punkcie pierwszym, drugim, w części oddalającej apelację pozwanego oraz w punkcie trzecim i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy uznał za usprawiedliwioną skargę kasacyjną w zakresie zarzutu odnoszącego się do wadliwej subsumpcji na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. i ostatecznie uwzględnił powództwo na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k., mimo braku dostatecznych ustaleń faktycznych uzasadniających zastosowanie tych przepisów.

W szczególności Sąd ten wskazał, że Sąd Apelacyjny dzieląc ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji oraz uznając, że nastąpił delikt nieuczciwej konkurencji, nie wskazał konkretnych ustaleń faktycznych w przedmiocie skali zakresu i wartości usług, mających być wykonanych przez stronę pozwaną na rzecz strony powodowej, jako świadczeń niepieniężnych, do których pozwana była zobowiązana, z mocy porozumień i umów promocyjnych łączących ją z powodem, oraz na ustalenia dotyczące usług, które zostały rzeczywiście wykonane przez pozwanego na rzecz powoda.

Uznał, że Sąd drugiej instancji dokonał jedynie oceny, że żadnych ekwiwalentnych usług pozwany na rzecz powoda nie świadczył, gdy tymczasem stwierdzenie takie, bez odniesienia się do materiału dowodowego, nie dają się obecnie zweryfikować, a w każdym razie obalić tezę, że materiał dowodowy pozwala wysnuć tezę przeciwną.

To oderwanie postawionej tezy od materiału dowodowego, nie pozwalające na jej przekonywające sformułowanie i zweryfikowanie, legło u podstaw uwzględnienia skargi kasacyjnej.

Jednocześnie Sąd Najwyższy uznał, że delikt nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. jest egzemplifikacją utrudniania dostępu do rynku. Zarazem nakazał ocenić, czy usługi z „umów promocyjnych” mają charakter ekwiwalentny, albowiem nie każda opłata inna niż marża handlowa jest opłatą za przyjęcie towaru do sprzedaży. Odwołał się do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 16 października 2014 r.

Sąd Najwyższy przywołał też uchwałę z dnia 18 listopada 2015 r. (III CZP 73/15) dotyczącą kwalifikacji premii pieniężnych jako rabatów posprzedazowych.

Sąd Apelacyjny ponownie rozpoznając sprawę w granicach wyznaczonych przez Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Apelacja pozwanego jest niezasadna w całości, zaś apelacja powoda w części podlegającej ponownemu rozpoznaniu, była usprawiedliwiona.

Sąd pierwszej instancji dokonał poprawnych i rzeczowych ustaleń faktycznych i trafnie stwierdził, że pozwany dopuścił się zarzucanych mu czynów nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji tego, że usprawiedliwione jest żądanie powoda, oparte na art. 18 ust. 1 pkt 5 tej ustawy, zwrotu bezpodstawnie uzyskanych korzyści.

Nie doszło do wskazanych w apelacji pozwanego naruszeń przepisów prawa procesowego ani materialnego.

Wbrew zarzutom pozwanego, ustalenia poczynione przez Sąd Okręgowy są konsekwentne oraz spójne. Zostały oparte na zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym w postaci dokumentów oraz zeznań świadków i przesłuchania strony powodowej.

Ustalenia te, zarówno faktyczne jak i prawne, za wyjątkiem kwestii daty opóźnienia pozwanego w spełnieniu świadczenia, Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne.

Sąd pierwszej instancji wyprowadził z zebranego materiału dowodowego wnioski logicznie i prawidłowe, zgodnie z prawem procesowym, w szczególności z art. 233 § 1 k.p.c., w sposób bezstronny i racjonalny rozważając materiał dowodowy jako całość. Jak wskazuje doktryna i orzecznictwo, skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez sąd art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej, niż przyjął sąd, wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena Sądu (tak T. Ereciński (w:) Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego, Część pierwsza, Postępowanie rozpoznawcze, t. 1, „Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis”, Warszawa 2004, s. 496; por. też orz. Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 1998 r., II CKN 4/98, niepubl.).

Sąd drugiej instancji stwierdził, iż pozwany nie wykazał, aby Sąd Okręgowy – stosownie do powołanych argumentów – dopuścił się naruszenia prawa procesowego i dokonał nieprawidłowej oceny dowodów.

Sąd pierwszej instancji wskazał dowody, na których się oparł. Powołał też argumenty, ze wskazaniem konkretnych środków dowodowych, dlatego uznał, iż powód nie miał faktycznej możliwości negocjowania umów oraz, że usługi, za które powód był obciążany, nie były w rzeczywistości świadczone na jego rzecz. Wbrew twierdzeniom apelacji, z zeznań świadków przesłuchanych na wniosek pozwanego nie wynikają okoliczności przeciwne. Zeznania te są bardzo ogólne, a pozwany nie przedstawia konkretnych okoliczności, wynikających z tych zeznań, które pozostawałyby niekoherentne z ustaleniami Sądu Okręgowego. Powołana w apelacji świadka M. M. zeznała, że nie miała żadnych kontaktów o charakterze gospodarczym ze stronami, a pracowała w firmie również dostarczającej produkty poprzednikowi pozwanego. Stwierdziła ona, że w każdej z umów z pozwanym były zapisy dotyczące świadczeń marketingowych. Nie wskazywała jednak żadnych faktów dotyczących współpracy stron niniejszego postępowania, ale mówiła o swoich

doświadczeniach z pracy u innych dostawców towarów do (...), nie podając przy tym szczegółów ani dat czy okresów działalności (k. 1052-1053). Fakt, że strony rozmawiały na temat warunków na kolejne lata współpracy nie był przy tym sporny. Negocjowanie zaś, na które powołuje się pozwany, nie oznaczało, iż określone opłaty nie były przez (...) narzucone, ani by powód mógł bez nich nawiązać, czy kontynuować współpracę z (...). Okoliczności takie z pewnością z zeznań wskazanych świadków nie wynikają. Również pozostali powołani w apelacji świadkowie, wbrew stanowisku pozwanego, nie wnieśli niczego istotnego do wyjaśnienia sprawy. Mimo bowiem przesłuchania w sprawie wielu świadków, zgodnie z wnioskami w szczególności pozwanego, świadkowie ci nie posiadali dokładnej wiedzy na temat współpracy stron, w szczególności wykonywania przez (...) na rzecz powoda konkretnych usług czy promocji. W szczególności, świadek E. K. zeznała, że nie pamięta, na jakich zasadach (...) współpracował z powodem (k. 1105). Świadek ten wskazywał, że produkty powoda były w gazetkach (k. 1106), ale bliższych szczegółów nie pamiętał, zaś kwestia samej publikacji określonych gazetek nie była w sprawie sporna. Przy czym ani ten świadek, ani świadek A. K., nie miał do czynienia z podstawowym zakresem współpracy stron, tj. wędlinami, lecz z mrożonkami. Również świadek A. K. zeznawała jedynie ogólnie, odnośnie generalnie współpracy z dostawcami i nie podawała szczegółów dotyczących realizacji jakichkolwiek usług (...) na rzecz powoda. Zeznała przy tym, w szczególności, iż podczas jej pracy w (...) nie stosowano w stosunku do dostawców warunków netto-netto, a więc bez dodatkowych obciążeń (k. 1146). Powyższe potwierdził także świadek M. T., którego zeznania również nie odnosiły się w sposób konkretny do żadnych określonych warunków współpracy stron, w szczególności świadczenia przez pozwanego na rzecz powoda jakichś określonych usług w określonym czasie (k. 1148). Świadek J. P. jest zaś prawnikiem, który zajmował się procesem przejmowania (...) przez pozwanego, a jego wiedza o stosunkach stron wynika ze znajomości treści łączących ich umów (k. 1423).

Opłaty pobierane przez (...) były powodowi narzucone; to (...) przedstawiał powodowi wzór umowy do podpisu i mimo, że formalnie strony rozmawiały na temat obciążeń powoda, to nie było możliwości rezygnacji z opłat dodatkowych.

Jak trafnie stwierdził Sąd Najwyższy, wyczerpanie przesłanki z art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., samo w sobie przesądza, że ma miejsce utrudnianie dostępu do rynku i jest deliktem nieuczciwej konkurencji.

Niemniej, warunki w jakich doszło do wprowadzenia tych tzw. usług lub bonusów – w warunkach narzucenia, ma istotne znaczenie dla ich oceny; jakie było ich rzeczywiste znaczenie i w czym interesie zostały wprowadzone.

Zarazem, na co zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku uchylającym wcześniejszy wyrok Sądu Apelacyjnego, przy ocenie, czy zachodzi przypadek czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w przywołanym przepisie, istotne znaczenie ma ustalenie, czy przypadkiem nie ma miejsca autonomiczna usługa, ukształtowana po myśli art. 353<sup>1</sup> k.c., o charakterze wzajemnej, ekwiwalentnej, umowy.

Należy zatem nawiązać do wzajemnej relacji art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.

Już na wstępie zauważyć należy, 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 potwierdził Sąd Najwyższy w niniejszej sprawie.

Tzw. usługi promocyjne i marketingowe nie były innymi, autonomicznymi usługami. Nie dość tego, że były narzucone, to nie 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).

Trafnie 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/bonusami (o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia).

Trudno wyobrazić sobie sytuację sprzedaży towaru w jakimkolwiek sklepie bez jego ekspozycji. Nie można mówić też o promowaniu towarów dostawcy w gazetkach (publikacjach sprzedażowych), skoro jest to element stricte sprzedażowy, a pozwany tymi gazetkami zachęca do nabywania swoich towarów po korzystnych cenach.

Ekspozowanie 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 dodatkowe opłaty pozwany doprowadził do sytuacji, w której dokonując czynności związanych ze sprzedażą towarów będących jego własnością, kosztami wskazanych działań handlowych, których rzeczowo nigdy nie wycenił, 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, na co wskazywał powód, a „wynagrodzenie”, obliczane procentowo od sprzedaży, rosło. Było nadto całkowicie zależne od pozwanego.

Można uznać już w tym miejscu, że działania pozwanego należało ocenić 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.

Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy, jedyne działanie „promocyjne” pozwanego, to publikacja przez (...) gazetek, w których znajdowały się zdjęcia produktów powoda, czasami także ze wskazaniem w formie skróconej danych powoda. Przy czym, jak zauważył Sąd Okręgowy, nie szła za tym żadna konkretna usługa na rzecz powoda. Mało tego, powód musiał obniżyć ceny produktów zamieszczanych w gazetce na okres 2 tygodni, a nadto płacił wzrastający procent od całości obrotu.

Gazetki podkreślały, że jest to strefa najniższych cen, a pomieszczone tam były oferty różnych podmiotów. Co więcej, zdjęcia towarów powoda w gazetce znajdowały się zwykle w bezpośrednim towarzystwie zdjęć podobnych towarów pochodzących od innych dostawców. Opłata za te „usługi” w żaden sposób nie była powiązana z wartością usługi, ani z wartością wskazywanych tam towarów, których zdjęcie ukazywało się w gazetce.

Innymi słowy, ich forma oraz „cena” tej usługi, stanowiły dodatkową podstawę do obniżenia marży handlowej powoda, a powiększenia marży ekonomicznej pozwanego, pod „przykryciem” w postaci tzw. usługi promocyjnej lub marketingowej. Był to więc typowy delikt nieuczciwej konkurencji, czego ustawodawca zabronił.

Okoliczność zaś, że był to zakamuflowany delikt nieuczciwej konkurencji, wynikał przede wszystkim z tego, że pozwany podejmował typowe działania sprzedażowe i promocyjne w swoim interesie, w ramach sprzedaży klientowi końcowemu, aby zwiększyć ilość klientów i sprzedaż. Zmuszał przy tym powoda na okres „gazetkowej promocji” do obniżenia ceny zamieszczanych tam towarów.

Pytanie zasadnicze: w czym i na czym miała polegać korzyść powoda, którą notabene powinien wykazać pozwany, skoro twierdzi, że ta miała miejsce. Na pewno nie były nim upusty powoda wymuszane przez pozwanego, ani naliczany z dołu procent od sprzedaży ogółem wszystkich towarów w danym okresie, także obciążający powoda.

Czy szły za tym nowe zamówienia od powoda po uzgodnionej cenie? Pozwany tego nie wykazał.

Trudno uchwycić przy tak skonstruowanych „usługach”, formach ich realizacji i „cenie”, na czym miałyby polegać korzyść powoda. Czy na tym, że pozwany kupił dalszą partię towarów? Jeśli tak, takiemu dowodzeniu pozwany nie sprostał. A może na tym, że zwiększył zakupy? Tego także pozwany nie wykazał.

Można podejmować próby doszukiwania się ekwiwalentu w samym fakcie, że pozwany w ogóle nabywał towary od powoda. Gdyby tak było, byłby to wprost delikt nieuczciwej konkurencji, wynikający z art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.

Sąd Apelacyjny nie znajduje w przedłożonym materiale dowodowym żadnej autonomicznej usługi, o charakterze ekwiwalentnym. Była to tzw. „usługa”, która miała być dalszą marżą w znaczeniu ekonomicznym od uzgodnionej ceny nabywanych od powoda towarów, narzucona, ukryta pod nazwą usług promocyjnych. Nie była to autonomiczna usługa, o której mówi Trybunał Konstytucyjny w swym wyroku z 16 października 2014 r. Brak bowiem w konstrukcji tych „usług”, ekwiwalentnego świadczenia.

Sąd Najwyższy zdaje się przyjmować, że samo założenie w umowach stron, że będą wykonywane usługi marketingowo – promocyjne, kreuje usługę. Ale przecież Sąd pierwszej instancji opisał treść tych „usług” i nie znalazł tam żadnej wartości dla powoda, a pozwany nie wzruszył ustaleń faktycznych, albowiem sformułował przed Sądem Najwyższym zarzuty jedynie z pierwszej podstawy kasacyjnej.

Gwoli przypomnienia tych ustaleń Sądu Okręgowego, które Sąd Apelacyjny przyjmuje za podstawę własnych ustaleń:

„Złożone do akt gazetki obrazują charakter usług, na które w myśl umowy powód musiał przeznaczać określoną, istotną kwotę liczoną procentowo od wartości obrotów jego towarami.

Takie ustalenie wynagrodzenia za omawiane usługi świadczyło o oderwaniu wartości ekonomicznej czynności związanych z wydaniem gazetki i powiązaniu wynagrodzenia za te czynności z wielkością obrotów wszystkimi towarami nabytymi od powoda w danym okresie. Bonus promocyjny był niezależny od ilości reklam w gazetkach, należało się 7% od obrotu netto w przypadku zamieszczenia już tylko jednej reklamy (k. 1142).

Mimo istnienia budżetu promocyjnego, to powód miał dodatkowo obowiązek obniżenia ceny towaru opublikowanego w gazetce.

Zamieszczanie pojedynczych produktów pochodzących od powoda w gazetkach, stanowiło w istocie prezentację oferty handlowej poprzednika prawnego pozwanego, nie zaś reklamę i promocję marki powoda. Towary przedstawiane w gazetkach, niezależnie od źródła ich pochodzenia, po zawarciu przez strony umowy sprzedaży stanowiły bowiem własność A., który tym samym reklamował własny towar, przerzucając poprzez opłaty promocyjne koszty takiej reklamy na swego dostawcę.

Nie można uznać za działalność promocyjno-reklamową prowadzoną na rzecz powoda samego faktu umieszczenia części nazwy jego firmy w postaci słów „J. B.” lub (...), ewentualnie w niektórych przypadkach jego logo, pod fotografią pochodzącego od niego produktu, w gazetce reklamowej wydawanej, jako prezentacja asortymentu sprzedawanego w sklepach sieci (...) i opatrzonej, jako podstawowym logo sklepów należących do tej sieci. Umieszczenie części nazwy powoda stanowiło element opisu podstawowych danych dotyczących produktu oferowanego przez poprzednika prawnego pozwanego do sprzedaży. Jeśli występował popyt na tak reklamowany towar, to mogło się to przekładać wprawdzie na wielkość zamówienia go u powoda. Jednak takiej zależności w procesie nie wykazano; podobnie - rozmiar obrotów i zysków, ale samego poprzednika prawnego pozwanego, prowadzącego własną działalność i własną



strategię marketingową, a jej wyrazem było przewidziane w umowie prawo wyboru przez stronę pozwaną produktu, którego zdjęcie miało podlegać publikacji w gazecie.

Poprzednik prawny pozwanego, kierując się własnymi potrzebami handlowymi, decydował o kształcie i treści materiału reklamowego, co potwierdzają zeznania świadka D. O. (k. 1138). Umieszczane w gazetkach zdjęcia towarów zakupionych przez poprzednika prawnego pozwanego w większości przypadków zamieszczane były w bezpośrednim zestawieniu ze zdjęciami podobnych artykułów pochodzących od innych dostawców. Towary te nie były w żaden sposób pozycjonowane czy wyróżniane, lecz istota publikacji zawierała się w zaprezentowaniu produktów w ofercie poprzednika prawnego pozwanego i ich atrakcyjnej ceny.

Z załączonych gazetek wynika, iż to właśnie cena poszczególnych produktów była elementem najbardziej wyróżnionym przy opisie poszczególnych produktów. To do niej niejednokrotnie nawiązywały zawarte tam slogany np. (...), (...), (...), (...).”

Sąd Apelacyjny te ustalenia i oceny przyjmuje za własne, z uzupełnieniem, które przedstawił wyżej i które jeszcze zaprezentuje.

A zatem nie było żadnej usługi marketingowej świadczonej na rzecz powoda. Gazetki należy raczej traktować jako informację o ofercie handlowej sklepu wielkopowierzchniowego, nakierowaną na lepszą orientację indywidualnych klientów, a nie – usługę, zmierzającą do promocji określonego dostawcy i jego towarów.

Ocenę Sądu Okręgowego w powyższym zakresie należy całkowicie podzielić.

Podobnie, trafnie stwierdził Sąd pierwszej instancji, że w okolicznościach faktycznych sprawy, nie można uznać, aby na rzecz powoda świadczone były rzeczywiście usługi elektronicznej wymiany dokumentów (...), czy usługi logistyczne. Obciążenia z obu tych tytułów zostały powodowi narzucone i nie mógł on z nich zrezygnować. Działania z obu tych tytułów leżały nie w interesie powoda, lecz pozwanej i były nakierowane na ułatwienie jej własnej działalności.

Jeżeli na sprzedawcę, również w formie tzw. umów promocyjnych, zostają nałożone obowiązki dodatkowych świadczeń pieniężnych, należy domniemywać, że w ten sposób uiszczana jest w rzeczywistości zabroniona opłata za przyjęcie towaru do sprzedaży. Sprzedający (powód) korzysta w takim przypadku z ułatwienia dowodowego w wykazywaniu popełnienia przez kupującego czynu nieuczciwej konkurencji, o jakim mowa w powołanym przepisie. Wystarczające jest bowiem wykazanie przez niego, że – poza obowiązkiem wynikającym z typowej umowy sprzedaży – uiszczal na rzecz kupującego (pozwanego) dodatkowe należności w pieniądzu (tzw. dowód prima facie).

Pozwany nie wykazał, aby w zamian za pobierane opłaty, uzależnione wyłącznie od obrotu z powodem, a nie od ilości czy jakości wykonanych ewentualnie usług, dokonywał działań nakierowanych nie na jego interes, lecz interes powoda.

Sąd Okręgowy nie naruszył także przepisów art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c.

W szczególności, słusznie pominięto wnioski o dopuszczenie dowodu z przesłuchania w charakterze strony członka zarządu pozwanej – R. M. (2). Celem przesłuchania stron Sąd pierwszej instancji wyznaczył w dniu 2 grudnia 2013 r. termin rozprawy na dzień 9 maja 2014 r. (k. 1377). R. M. (2), podobnie jak prezesa zarządu powoda, wezwano na ten termin do osobistego stawiennictwa (k. 1379). Wezwanie zostało doręczone w grudniu 2013 r. (k. 1417). Pomiędzy wyznaczeniem terminu a wskazaną rozprawą, odbyła się jeszcze jedna rozprawa, dnia 24 marca 2014 r., na której, w obecności pełnomocnika pozwanego, ponowiono zarządzenie o wezwaniu przedstawicieli stron, celem przesłuchania, pod rygorem pominięcia dowodu z ich zeznań (k. 1394, 1398). R. M. (2) na terminie nie stawił się, składając pismo wyjaśniające, że w tym czasie ma konieczność wyjazdu zagranicznego (k. 1400). Nie zostało przy tym w żaden sposób wyjaśnione, na czym polega powyższa konieczność, a bilet został zakupiony w kwietniu 2014 r. a więc kilka miesięcy po wyznaczeniu terminu rozprawy i wezwaniu nań stron (k. 1401). W tej sytuacji nie można było uznać niestawiennictwa R. M. (2) na rozprawie za usprawiedliwione i prawidłowo, stosownie do art. 302 k.p.c., ograniczono przesłuchanie do strony, której przedstawiciel stawił się na rozprawie. Również oddalenie wniosków dotyczących

zeznań świadków M. W. i J. D. nastąpiło bez naruszenia prawa formalnego. Przede wszystkim, po wydaniu w powyższej kwestii postanowienia, strona pozwana nie zgłosiła zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c., co oznacza, że utraciła prawo powoływania się na ewentualne uchybienie w tym zakresie. Jednak przede wszystkim świadkowie ci słusznie zostali uznani za powołanych na okoliczności nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Jako pracownicy innych dostawców towarów dla pozwanego mieli bowiem zeznawać o okolicznościach dotyczących współpracy innych podmiotów z pozwanym (k. 712). Przedmiotem zaś niniejszej sprawy były stosunki łączące pozwanego z powodem, a nie – relacje gospodarcze stron z innymi podmiotami. Z tych samych względów nie podlegał dopuszczeniu dowód dotyczący dokumentacji finansowej powoda, dotyczącej innych kontrahentów, a także nakładów na własną działalność promocyjną i marketingową powoda, która nie była objęta sporem stron. Słusznie Sąd Okręgowy nie uwzględnił także wniosku pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu psychologii reklamy, marketingu i ekonomii. Wniosek w tym względzie został zgłoszony przez pozwanego na końcowym etapie procesu, po ponad czterech latach od wszczęcia postępowania sądowego. Zgodnie z art. 479<sup>14</sup> § 2 w zw. z art. 479<sup>14a</sup> k.p.c. (w brzmieniu obowiązującym w niniejszej sprawie), pozwany utracił prawo powołania takiego dowodu, a z żadnych okoliczności nie wynikało, aby jego powołanie nie było możliwe wcześniej lub potrzeba powołania wynikała później. Z tej samej przyczyny nie doszło do naruszenia art. 503 § 1 k.p.c. w zw. z art. 479<sup>12</sup> k.p.c., który dotyczy jedynie pozwu, a nie sprzeciwu od nakazu zapłaty. Wyraźne zaś zastosowanie prekluzji dowodowej do pozwanego także w postępowaniu upominawczym wynika z powołanego art. 479<sup>14a</sup> k.p.c. i znajdującego się w nim odwołania do reguły z art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c.

Dodać także trzeba, że modyfikacja wniosku dotyczącego biegłego na rozprawie apelacyjnej w dniu 6 marca 2017 r. także była spóźniona i nieprzydatna.

Spóźniona, albowiem Sąd Najwyższy nie zakwestionował ram dowodowych, a jedynie nakazał odnieść się – na bazie materiału zebranego w sprawie – do tego, czy istniały autonomiczne, ekwiwalentne usługi, które kompensowały pobierany opłaty za „usługi promocyjne i marketingowe”. Nadto nieprzydatne, albowiem pozwany nie wykazał, że „usługi” te zostały zastrzeżone choćby w części, w interesie powoda.

Nie zostały naruszone przez Sąd pierwszej instancji reguły wykładni oświadczeń woli (art. 65 k.c.). Wbrew twierdzeniom apelacji, charakter łączących strony stosunków nie wskazuje, aby łączyła je umowa dystrybucyjna, stanowiąca jeden z rodzajów umów pośrednictwa handlowego. Z pewnością pozwany nie był pośrednikiem w sprzedaży towarów powoda. Nabywał od powoda towary we własnym imieniu, w celu ich dalszej odsprzedaży. Nie było wyłączności w tym zakresie, a sprzedaż przez pozwanego zakupionych od powoda produktów nie była w żaden szczególny sposób uregulowana między stronami.

Podzielić należy także stanowisko Sądu Okręgowego dotyczące tzw. bonusów.

Mimo pewnych rozbieżności w orzecznictwie Sądu Najwyższego jakie pojawiły się w szczególności na tle subsumowania różnych postaci premii pieniężnych czy bonusów, jako rabatu posprzedażowego (por. uchwała SN z dnia 18 listopada 2015 r., III CZP 73/15) i wskazane tam judykaty), Sąd drugiej instancji w całości podziela stanowisko Sądu Okręgowego, że rabat posprzedażowy musi odnosić się do ceny nabywanego towaru i korygować ją; tym samym nie podziela wywodów Sądu Najwyższego z powołanej uchwały, który optując za pojęciem marży w znaczeniu ekonomicznym, oderwał pojęcie rabatu posprzedażowego od czynności sprzedaży w znaczeniu prawnym, stwarzając ponownie pole kreowania (mnożenia) quasi usług, aby zwiększyć marżę (w znaczeniu ekonomicznym), nabywcy.

Za takim stanowiskiem Sądu Apelacyjnego zdaje się opowiadać także Sąd Najwyższy, który zajmował się przedmiotową sprawą. Wskazał on, że decydujące znaczenie ma handlowy sens takich porozumień (dotyczących premii, bonusów – dop. S.A.); ocena, w czym interesie je zastrzeżono, sposób zastrzeżenia z uwzględnieniem swobody negocjacyjnej stron oraz ocena okoliczności kształtujących faktyczne relacje handlowe między przedsiębiorcami, w szczególności z uwzględnieniem zastrzeżenia pobierania większej ilości opłat za dostarczanie tego samego towaru (wyrok SN z dnia 20 listopada 2015 r., I CSK 719/13, nie publik.).

Aby więc odróżnić dozwolony rabat posprzedażowy od zakamuflowanej opłaty niedozwolonej, oprócz czynników powołanych w końcowej części uzasadnienia wskazanej uchwały, na kanwie sprawy niniejszej, należy podkreślić m.in., że dla kwalifikacji określonego zachowania polegającego na pobieraniu opłat dodatkowych, odrębnych od marży, pod jakimkolwiek tytułem, istotne będzie przede wszystkim, czy nie są kreowane sztucznie, jedynie w celu zwiększenia zysku przedsiębiorcy i czy mają uzasadnienie w realnie ponoszonych kosztach lub też czy dotyczą kosztów, jakie zgodnie ze zwyczajem i praktyką obrotu w danej branży powinny być pokrywane przez sprzedawcę z uzyskanej marży. (SN w wyroku uchylającym poprzedni wyrok SA).

Jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 lutego 2016 r. (I CSK 824/14), „jeżeli premia (ale także w realiach niniejszej sprawy – bonus, dop. SA) nie miałyby wiązać się z dodatkowymi świadczeniami kupującego, a miałyby dotyczyć zawartych w danym roku umów sprzedaży, to musiałyby zostać powiązana ze świadczeniem cen za sprzedane towary. Ceny byłyby w rezultacie niższe, niż pierwotnie zakładane w umowach sprzedaży i przewidywane oraz ustalane według reguł znajdujących się w art. 536 k.c.”

Takie stanowisko zajął Sąd pierwszej instancji i taki pogląd podziela Sąd drugiej instancji, a stanowisko Sądu Najwyższego wiążące w sprawie, nie sugeruje innej wykładni.

Powód w istocie wykazał, że tzw. bonusy, czy premie były kreowane sztucznie, jedynie w celu zwiększenia zysku przedsiębiorcy. Przeciwną tezę powinien wykazać pozwany, ale musiałyby wykazać rzeczywistą cenę sprzedażową klientom końcowym oraz wskazać – wykazać realnie ponoszone koszty, jakie zgodnie ze zwyczajem i praktyką obrotu w danej branży, były pokrywane przez sprzedawcę z uzyskanej marży.

Strona pozwana nie wykazała, że tzw. bonus przełożył się na korektę rabatu jako takiego, a tym samym marżę handlową w sensie ścisłym, co powinno odnosić się wskazania ceny sprzedawanych towarów.

A więc tzw. bonusy nie miały w realiach sprawy charakteru rabatu posprzedażowego.

Nie można też nie zauważyć, że pojęcie rabatu występowało w relacjach między stronami i zostało wyraźnie sformułowane przez pozwanego (poprzednika prawnego), jako profesjonalistę, w umowach z powodem, w opozycji do bonusu/premii.

Bonus – premia, były więc dodatkową korzyścią dla pozwanego. Jeśliby miał to być więc dodatkowy rabat posprzedażowy, musiałyby pozwany wykazać, że taki, „uczciwy kupiecko” rabat ma miejsce, na warunkach wskazanych przez Sąd Najwyższy.

Byłaby to premia za coś. Np. za zwiększone zamówienia, większą sprzedaż, w stosunku do przyjętej na początku, itd. Ale nie za sam obrót jako taki, bez względu na jego wielkość i – jak w sprawie – spadek. A dodać trzeba, że procent stały z czasem wzrastał, mimo, że obrót malał.

Innymi słowy, premia/bonus zostały zastrzeżone wyłącznie w interesie pozwanego, bez jakiegokolwiek benefitu dla powoda; zwiększał rzeczywistą marżę ekonomiczną pozwanego kosztem powoda; maksymalizował jego zysk.

Jeśli miałyby być inaczej, pozwany powinien wykazać, że bonusy, kumulowane z opłatami za tzw. usługi promocyjne, zmniejszały rzeczywistą cenę towarów odsprzedawanych, zwiększały obrót (sprzedaż powoda), a tym samym ogólnie zwiększały zysk powoda (jego skumulowaną marżę handlową).

Tymczasem kumulacja bonusów, premii logistycznej i premii reklamowej, to pakiet wyłącznie obliczony na wzrost marży ekonomicznej pozwanego, bez jakiegokolwiek korzyści dla powoda, poza samą możliwością sprzedaży w dużych ilościach. Efektywnie jego marża spadała, niezależnie od wyników sprzedaży, albowiem w żaden sposób pozwany nie wykazał, że taki wzrost miał miejsce i że przekładało się to na wzrost marży handlowej (zysku ze sprzedaży) powoda.

To nie powoda obciąża wykazywanie, że bonusy/premie są elementem rabatu posprzedażowego (art. 6 k.c.). Przecież cena zakupu i rabaty w sensie ścisłym zostały wynegocjowane i opisane w umowach przygotowanych przez pozwanego.

Jeśli ma dojść do zrównania bonusów/premii z dalszymi rabatami, ciężar takiego dowodzenia i wykazania, po myśli wskazań powyższych, obciążał pozwanego, czemu ten nie sprostał.

Z powyższych względów apelację pozwanego należało oddalić w całości.

Apelacja powoda w części nieoddalanej prawomocnie poprzednim wyrokiem Sądu Apelacyjnego, podlegała częściowemu uwzględnieniu.

Nietrafnie Sąd pierwszej instancji stwierdził, że powód nie udowodnił, aby przed listopadem 2009 r. wzywał pozwanego do zwrotu nienależnie pobranych należności. Usprawiedliwione były zarzuty apelacji powoda dotyczące naruszenia art. 455 k.c. w zw. z art. 481 § 1 k.c.

Wezwanie dłużnika przez wierzyciela do wykonania zobowiązania nie wymaga szczególnej formy i wystarczy, że wierzyciel, dokonując wezwania, wyrazi w sposób dostateczny swoją wolę, aby dłużnik świadczenie spełnił (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 1972 r., III CRN 2/72, Lex nr 7184). Termin spełnienia świadczenia nie musi być przy tym dokładnie oznaczony, gdyż wynika wprost z art. 455 k.c., tj. niezwłocznie po wezwaniu.

Rolę wezwania do spełnienia świadczenia można przypisać doręczeniu dłużnikowi odpisu pozwu, w którym zostaje dokładnie określone żądanie, a także innemu pismu procesowemu, które wskazuje takie żądanie (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2012 r., II PK 24/12, Lex nr 1232773). Warunki takiego wezwania spełnia także zawezwanie do próby ugodowej, jeżeli zawiera dokładnie określone żądanie, w szczególności dochodzoną kwotę pieniężną.

W niniejszej sprawie powód wystosował do pozwanego pismo z wezwaniem do zapłaty kwot objętych pozwem w listopadzie 2009 r. Jednak już wcześniej występował do sądu z zawezwaniem pozwanego do prób ugodowych, w zakresie całości roszczeń objętych niniejszym postępowaniem. Twierdzenia w tym względzie zawarte zostały już w pozwie (k. 28-29). Do pozwu załączono też odpisy wniosków o zawezwanie do próby ugodowej (k. 643 i 648), a także innych dokumentów dotyczących tych postępowań. Okoliczności tych, ani dokumentów pozwany nie kwestionował.

Z wniosków powoda o zawezwanie do próby ugodowej jednoznacznie wynikało, jakich roszczeń i z jakiego tytułu wezwania dotyczą.

Wnioskiem z dnia 28 lutego 2007 r. powód wezwał pozwanego do próby ugodowej, w szczególności w przedmiocie zapłaty kwot pobranych z tytułu innych niż marża opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży w okresie 2004-2007 r., z wyłączeniem „opłat logistycznych”, powołując się na przepisy art. 15 ust. 1 pkt 4 oraz art. 18 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wezwaniem tym objęto łącznie kwotę główną 10.440.946,53 zł (a ponadto też skapitalizowane odsetki), w tym 10.047.728,53 zł dochodzone w niniejszym postępowaniu (kwota 393.218 zł została objęta innymi pozwem) (k. 644, 634).

Pismem z dnia 14 czerwca 2007 r. pozwany odpowiedział na powyższy wniosek (k. 659).

Oznacza to, że wezwanie otrzymał wcześniej i do tej daty mógł świadczenie spełnić. Od dnia następnego, tj. 15 czerwca 2007 r. pozostawał więc, stosownie do art. 455 k.c., w opóźnieniu z płatnością. Odrębnym wnioskiem z dnia 6 listopada 2007 r. powód wezwał pozwanego do próby ugodowej w przedmiocie zapłaty kwot pobranych w okresie 2004-2007 r. z tytułu „opłat logistycznych”, znowu powołując się na odpowiednie przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wezwanie dotyczyło kwoty 4.380.109,88 zł (k. 648). Posiedzenie sądowe w przedmiocie tego wniosku, na które stawiał się pełnomocnik pozwanego, odbyło się 5 lutego 2008 r. (k. 680). Oznacza to, że pozwany wezwanie otrzymał stosownie wcześniej i do tej daty mógł świadczenie spełnić. Od dnia następnego, tj. 6 lutego 2008 r. pozostawał więc w opóźnieniu ze spełnieniem świadczenia, co implikuje obowiązek zapłaty odsetek ustawowych zgodnie z art. 481 § 1 k.c.

W związku z powyższym, zaskarżony wyrok podlegał zmianie poprzez zasądzenie dalszych odsetek ustawowych od kwot dochodzonych przez powoda w niniejszej sprawie oraz objętych zawezwaniami do prób ugodowych z 2007 r.,

za okres, odpowiednio od 15 czerwca 2007 r. i 6 lutego 2008 r., do daty poprzedzającej datę początkową odsetek uwzględnioną przez Sąd pierwszej instancji.

Zważywszy na powyższe, apelacja powoda skutkowałą częściową zmianą zaskarżonego wyroku stosownie do art. 386 § 1 k.p.c.

Zgodnie z art. 385 k.p.c. apelacja pozwanego podlegała oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania apelacyjnego postanowiono na podstawie art. 100 k.p.c.

Strony poniosły tożsame koszty instancji odwoławczej. Stwierdzono, że pozwany przegrał co do swego żądania w całości, ponosi więc całość swoich kosztów. Wobec zaś wygrania przez powoda odnośnie swojej apelacji w około połowie, powodowi należy się zwrot połowy poniesionych przez niego kosztów, tj. 50.000 zł tytułem połowy uiszczonych opłat od apelacji oraz 2.700 zł tytułem połowy poniesionych kosztów zastępstwa procesowego, ustalonych według stawki minimalnej, przewidzianej § 12 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 i art. 99 k.p.c., obciążając nimi (kosztami zastępstwa procesowego w stawce minimalnej) stronę pozwaną.

Marzanna Góral Roman Dzięczek Przemysław Kurzawa