

Sygn. akt: I ACa 985/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 stycznia 2013r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Tomasz Szabelski (spr.)
Sędziowie:	SA Bożena Błaszczyk SA Anna Beniak
Protokolant:	st.sekr.sądowy Grażyna Michalska

po rozpoznaniu w dniu 9 stycznia 2013 r. w Łodzi

na rozprawie

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

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

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 5 czerwca 2012r. sygn. akt X GC 445/11

1. oddala apelację;

2. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwotę 1.800 (jeden tysiąc osiemset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt I ACa 985/12

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 5 czerwca 2012r. w sprawie z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M. przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w B. o zapłatę, Sąd Okręgowy w Łodzi zasądził od strony pozwanej na rzecz powodowej spółki kwotę 32.938,78 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 29 lipca 2011r. do dnia zapłaty oraz kwotę 3.148,50 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu i oddalił powództwo w pozostałym zakresie.

Powyższy wyrok zapadł na podstawie poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych, które Sąd II instancji co do zasady podzielił i przyjął za własne, a z których wynika, że powódka prowadzi działalność gospodarczą w zakresie importu i handlu hurtowego artykułami gospodarstwa domowego.

W dniu 5 lutego 2008r. w W. zawarta została pomiędzy powódką a (...) spółką z o.o., działającą w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz m. in. (...) spółki z o.o. w B. umowa o współpracy. Przedmiotem tej umowy było określenie warunków współpracy handlowej w zakresie sprzedaży produktów oferowanych przez dostawcę (spółkę (...)) oraz ramowych warunków wykonywania przez (...) spółkę z o.o. usług reklamowych i marketingowych zleczanych szczegółowo przez dostawcę na podstawie umowy o świadczenie usług promocyjnych i reklamowych.

Zgodnie z zawartą umową powód, jako dostawca, miał dostarczać do sklepów pozwanego towary według składanych przez pozwaną zamówień. Zgodnie z zapisem § 6 umowy własność towaru oraz ryzyko związane z transportem przechodziły na sklep po rozładowaniu całości dostawy i przyjęciu dostawy.

W przedmiotowej umowie przewidziano szereg opłat i rabatów naliczanych przez odbiorcę produktów, w tym m. in. „ rabat retrospektywny” - upust w stosunku do ceny zakupu netto zależny od osiągniętego obrotu towarami dostarczonymi przez dostawcę rozliczany miesięcznie, kwartalnie lub rocznie, wyliczany na podstawie ceny zakupu.

W umowie przewidziano również szereg usług reklamowo - promocyjnych wykonywanych przez odbiorcę, w tym:

- promocję marki - odpłatną usługę polegającą na działaniach marketingowych obejmujących reklamę produktów dostarczanych przez dostawcę z możliwością korzystania z jego materiałów reklamowych, obejmującą “promocję marki/gamy”; “promocję marki/nowość”;
- reklamę (udział w katalogu) - odpłatną usługę polegającą na zamieszczaniu produktów dostarczanych przez dostawcę w wydawnictwie promocyjno - reklamowym sieci lub danego sklepu;
- wydarzenie (udział w katalogu lub promocja marki) - usługę polegającą na zamieszczaniu produktów dostarczanych przez dostawcę w specjalnym tematycznym wydawnictwie promocyjno - reklamowym lub ofertowym sieci lub danego sklepu w okresie tematycznie odpowiednim dla wybranej gamy produktów;

- promocję marki/katalog - odpłatną usługę polegającą na działaniach marketingowych sklepu obejmująca reklamę produktów dostarczanych przez dostawcę z możliwością wykorzystania jego materiałów reklamowych w okresie obowiązywania wydawnictwa promocyjno - reklamowego sieci lub danego sklepu zawierającego reklamę produktów dostarczanych przez dostawcę;

- produkt na billboardzie - odpłatną usługę polegającą na ekspozycji produktów dostarczanych przez dostawcę na billboardzie itp.

W § 22 umowy zawarto postanowienie, że usługa (...) stanowi należność (...) spółki z o.o.

Wartość usługi (...) określana była procentowo w odniesieniu do kwoty stanowiącej wartość obrotu produktami dostawcy przez całą sieć.

Ponadto w umowie zawarto postanowienia, że sklepy mogą realizować na rzecz dostawcy odpłatne usługi marketingowe. Rodzaj, czas trwania i należność sklepu z tytułu świadczenia każdej z usług marketingowej określał załącznik do umowy. Dostawca miał prawo kontroli wykonywania przez sklep usługi i jej jakości. Brak uwag w okresie świadczenia usługi oznaczał prawidłowe jej wykonanie.

Należność z tytułu wykonywanych przez sklep usług marketingowych określana była również procentowo w stosunku do obrotu produktami dostarczonymi przez dostawcę za dany, wskazany przez sklep okres i płatna na podstawie faktury VAT w terminie 14 dni po wykonaniu usługi. Jednocześnie dostawca upoważnił sklep do wystawienia z tego tytułu faktur bez podpisu dostawcy.

W § 24 umowy strony przewidziały upoważnienie dla sklepów do potrącania ewentualnych należności sklepu wynikających z różnych tytułów wobec dostawcy w tym usług marketingowych z wierzytelnościami dostawcy wynikającymi z dostawy towarów.

W załączniku do umowy określona została wysokość rabatów przysługujących odbiorcy towarów, tj. rabat podstawowy na 18 %, promocyjny na min 6 % oraz rabaty retrospektywne w wysokości od 3 % do 1 % rocznie w zależności od wysokości obrotu.

Ponadto w załączniku do umowy określono, że dostawca przeznaczona m.in. 8 % od obrotu rozliczane kwartalnie lub półrocznie od wartości całości obrotów netto. Ostateczne rozliczenie nastąpić miało na podstawie zrealizowanego obrotu w danym roku na usługi reklamowe związane z dostawcą i reklamą jego marki i jego produktów według listy zamieszczonej w załączniku.

Należności za usługi reklamowo promocyjne stanowiły określony w załączniku % od obrotu towarami dostawcy.

W czasie trwania umowy ramowej strony zawierały umowy o wykonanie określonych akcji promocyjnych np. w dniu 28 grudnia 2007r. zawarta została umowa o promocję w katalogu ogólnopolskim D. I.. Z umowy tej wynika, że katalog miał być dystrybuowany w okresie od 29 stycznia 2008r. do 10 lutego 2008r. i dotyczyć towarów dostarczanych przez powoda do sklepów pozwanego w okresie od 15 stycznia 2008r. do 10 lutego 2008r.

W dniu 18 marca 2008r. strony zawarły umowę dotyczącą katalogu (...). Data katalogu obejmowała okres od 8 kwietnia 2008r. do 20 kwietnia 2008r. i dotyczyła dostaw towarów powoda w okresie od 25 marca 2008r. do 20 kwietnia 2008r.

W dniu 5 maja 2008r. zawarta została umowa dotycząca katalogu sieci D. - wyjazd na wakacje. Katalog obowiązywał w okresie od 10 czerwca do 22 czerwca 2008r. i obejmował dostawy towarów powoda w okresie od 27 maja 2008r. do 29 czerwca 2008r.

W dniu 26 maja 2008r. strony zawarły umowę dotyczącą katalogu (...)/REMONT, w której okres ukazania się katalogu to 24 czerwca 2008 - 6 lipca 2008r., w odniesieniu do towarów dostarczanych przez powoda w okresie od 10 czerwca do 13 lipca 2008r.

Z tytułu należności za usługi promocyjne oraz rabaty retrospektywne strona pozwana wystawiła dla strony powodowej faktury na łączną kwotę 32.938, 78 złotych.

Należności wynikające z wystawionych przez pozwanego faktur z tytułu opłat za usługi promocyjne i rabaty retrospektywne rozliczane były poprzez dokonanie potrącenia wynikających z nich kwot z należnościami wynikającymi z tytułu dostaw towarów do sklepów pozwanego przez powoda.

Powód nie miał możliwości decydowania o tym, jakie produkty i kiedy zamieszczone będą w katalogach reklamowych i promocyjnych.

O wyborze produktu do katalogu i miejscu produktu w katalogu decydował L. (odbiorca towarów powoda).

W katalogu reklamowo - promocyjnym towary powoda umieszczane były obok produktów innych firm, w tym firm konkurencyjnych.

O wyborze produktów do katalogu dostawca był informowany przez odbiorcę na piśmie. Jednocześnie odbiorca zastrzegł sobie prawo zwrotu towarów reklamowanych dostarczanych przez powoda, w przypadku, gdy się one nie sprzedadzą. Próby negocjacji wysokości opłat promocyjnych i marketingowych oraz rabatów lub rezygnacji z ich pobierania przez pozwanego podjęte ze strony dostawcy nie przyniosły rezultatu wobec braku zgody na to ze strony odbiorcy produktów oraz firmy (...). Odbiorca produktów powoda stał na stanowisku, że wzorzec umowy jest odgórnie ustalony przez Zarząd firmy i nie podlega negocjacjom.

Powód nie był informowany o innych formach promocji lub reklamy niż wydawane przez sklepy (...) katalogi reklamowo - promocyjne.

Powód nie miał możliwości zlecenia odbiorcy towarów innych akcji promocyjnych niż przewidziane w umowie.

Na podjęte próby negocjacji kwestii umieszczenia towaru powoda w sklepie przedstawiciele powoda otrzymywali od firmy (...) odpowiedź, że o ekspozycji towarów na sklepie decyduje sklep, gdyż towar jest jego własnością i to sklep decyduje o tym, jak ma on być sprzedawany.

Reklamowane towary stanowiły niewielki procent asortymentu towarów dostarczanych przez powoda do sklepów pozwanego.

Towar umieszczany w gazetkach promocyjnych był sprzedawany przez powoda L. po promocyjnej cenie, obniżonej o 5 %.

Obroty towarami z pozwanym po stronie powoda rosły, ale nie pociągało to za sobą wzrostu zysków firmy.

Zgodnie z postanowieniami umów promocyjnych w okresie obowiązywania promocji dostawca był zobowiązany do dostarczenia i zapewnienia ciągłości dostaw towarów wybranych do akcji promocyjnych.

Nie było żadnych ustaleń pomiędzy powodem a pozwanym, co do kształtu gazetek promocyjnych.

Dostawca towarów miał prawo wyboru, w których katalogach promocyjnych będzie brał udział.

Pracownik sklepu - przedstawiciel L. wybierał produkty do gazetki reklamowej z listy towarów nadesłanej przez powoda.

Projekt gazetki reklamowej przygotowywany był przez agencję reklamową na zlecenie firmy (...). Katalogi drukowane były przez firmę zewnętrzną. O szacie graficznej i kolorystyce katalogu decydowała firma zewnętrzna. Dostawca nie miał wpływu na to, gdzie katalogi się ukazują, ani na ilość sztuk rozprowadzanych katalogów. Dostawca nie decydował również o wielkości i miejscu zdjęcia, było ono standardowe.

Ryzyko niesprzedania towaru oraz koszty zwrotu ponosił pozwany.

Pozwany nie otrzymywał do wglądu katalogów promocyjnych przygotowywanych przez firmę (...).

Powód naliczył odsetki w kwocie 7.796,65 z złotych za okres od dnia następnego po dacie dokonania potrącenia przez pozwanego należności z każdej z wystawionych przez pozwanego faktur za usługi promocyjne i rabaty retrospektywne do dnia wytoczenia powództwa.

W dniu 22 lipca 2011r. powód wystosował do pozwanego wezwanie do zapłaty należności w kwocie 40.735,43 złote obejmującej należność główną z tytułu załączonych do pozwu faktur wystawionych za usługi promocyjne i rabaty retrospektywne oraz kwotę 7.796,65 złotych z tytułu skapitalizowanych odsetek od tej kwoty za okres od dnia dokonania potrącenia do dnia 28 lipca 2011r. Termin zapłaty wyznaczony został na dzień 28 lipca 2011r.

W świetle powyższych ustaleń Sąd Okręgowy w przeważającej części uwzględnił wytoczone powództwo i zasądził od pozwanej spółki na rzecz strony powodowej kwotę 32.938,78 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 29 lipca 2011r. do dnia zapłaty.

Dokonując oceny zasadności zgłoszonego powództwa, tj. de facto dopuszczalności i zgodności z prawem praktyk polegających na pobieraniu przez odbiorców towarów od ich dostawców opłat za rzekome usługi marketingowe i promocyjne na rzecz dostawców, Sąd Okręgowy oparł się na ugruntowanym, bogatym i przytoczonym orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, z których jednoznacznie wynika, iż pobieranie zryczałtowanych opłat za świadczone rzekomo na rzecz dostawców towarów usługi promocyjne stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w

rozumieniu art. 15 ust. 1 cytowanej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. delikt pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży (pod pretekstem wynagrodzenia za rzekomo świadczone na rzecz dostawców usługi reklamowo-promocyjne).

Sąd Okręgowy uznał działania strony pozwanej za czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż pozwana pobierała od powódki należności z tytułu ustalonych procentowo od obrotu opłat za wykonanie rzekomych usług promocyjno-reklamowych, w oderwaniu od faktycznej wielkości kosztów ponoszonych przez pozwaną w związku z podejmowanymi akcjami wydawania

i dystrybucji gazetek promocyjnych i innych działań reklamowych proporcjonalnie do uwzględniania w nich udziału towarów dostarczonych przez powódkę. Zwłaszcza, że jak wyjaśnił Sąd powołane akcje promocyjno-reklamowe – pomijając okoliczności braku na nie wpływu ze strony powódki jako zainteresowanej – dotyczyły towarów stanowiących już własność pozwanej – od chwili odbioru dostawy – a nie powódki, a zatem były to działania pozorne, obliczone głównie na zwiększenie intensywności zbytu posiadanych na składzie towarów, a tym samym zwiększenie zysków, a nie na promocję i reklamę dostawców i ich asortymentu. W opisany sposób strona pozwana przerzucała na dostawców koszty reklamy własnych już produktów, które powinny być wkalkulowane w cenach sprzedaży tych towarów, ponoszone przez klientów indywidualnych, a nie dostawców. Tym bardziej, że w tym kontekście bez znaczenia pozostawała kwestia możliwości oferowania klientom towarów w atrakcyjnych cenach detalicznych, gdyż odbywało się to kosztem zysków dostawców. Poza tym, jak podniósł Sąd Okręgowy, pozwana spółka dodatkowo stosowała rabaty retrospektywne, tj. w istocie premie dla siebie w proporcji do wielkości obrotu towarami dostarczonymi przez powódkę, a stanowiącymi już przecież – od chwili przyjęcia dostawy – własność pozwanej.

Nadto, co zdaniem Sądu istotne, strona powodowa w istocie nie miała żadnego wpływu na treść zawartych z pozwaną postanowień dotyczących przedmiotowych działań promocyjno-reklamowych, a jednocześnie od ich akceptacji było uzależnione nawiązanie współpracy powódki

z pozwaną – niezbędnej z punktu widzenia powódki, jako producenta i dostawcy hurtowego, do funkcjonowania w obrocie, tj. dostarczenia swoich wyrobów do punktów sprzedaży detalicznej.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy uznał, że zastrzeżone w przedmiotowej umowie łączącej strony, opłaty z tytułu usług promocyjnych i handlowych oraz upusty retrospektywne, stanowiły w rzeczywistości ukryte pod tymi określeniami opłaty pobierane przez pozwaną za sam fakt zawarcia z powódką umowy o współpracy, a zatem za dostęp powódki do sieci handlowej pozwanej.

Sąd I instancji oddalił natomiast przedmiotowe powództwo w zakresie żądania zasądzenia odsetek naliczonych od nienależnie pobranych opłat za okres od ich potrącenia z wierzytelnościami powódki do dnia wytoczenia niniejszego powództwa, z uwagi na to, że w przypadku domagania się zwrotu nienależnego świadczenia o charakterze bezterminowym, o opóźnieniu dłużnika można mówić dopiero od bezskutecznego wezwania go do spełnienia tego świadczenia, co in casu nastąpiło dopiero po upływie wyznaczonego w wezwaniu z dnia 22 lipca 2011r. terminu.

W przedmiocie kosztów procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 kpc, tj. w myśl zasady stosunkowego rozdzielenia tych kosztów.

Strona pozwana zaskarżyła powyższy wyrok apelacją w części, tj. w zakresie punktu 1 wyroku, co do całej zasądzonej kwoty wraz z odsetkami, zarzucając sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz naruszenie przepisów postępowania tj. art. 227 kpc w zw. z art. 328 § 2 kpc i art. 233 § 1 kpc oraz art. 278 § 1 kpc poprzez:

1) dokonanie oceny dowodów w sposób niewszechstronny i nasuwający zastrzeżenia z punktu widzenia zasad logicznego rozumowania, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że:

a) katalogi promocyjne ukazywały się w okresie po dostawie do sklepów towarów przez pozwanego, zaś akcje promocyjno - reklamowe w postaci katalogów dotyczyły towarów handlowych stanowiących w momencie ich wprowadzenia własność pozwanego;

b) powód nie miał możliwości decydowania o tym, jakie produkty i kiedy zamieszczone będą w katalogach promocyjnych;

c) działania marketingowe realizowane przez pozwaną nie miały żadnego znaczenia ekonomicznego dla powoda;

d) reklamowane towary stanowiły niewielki procent asortymentu towarów dostarczanych przez powoda do „sklepów” pozwanego;

e) spółka (...) na rynku sklepów wielkopowierzchniowych działała jako podmiot dominujący, zaś wykorzystując pozycję monopolisty miała faktyczną możliwość narzucania dostawcom warunków umownych;

2) bezzasadne pominięcie dowodów z zeznań świadków M. K. (1) i M. P. oraz M. G. - Wiceprezesa Zarządu pozwanej spółki - w zakresie odnoszącym się do negocjacji prowadzonych między stronami, wpływu powoda na zakres i realizację usług promocyjnych oraz ekonomicznego znaczenia prowadzonych akcji promocyjnych dla dostawcy, w sytuacji gdy zeznania te prowadzą do odmiennych niż przyjęte przez Sąd Okręgowy wniosków i wskazują, że pozwany świadczył na rzecz powoda usługi zgodnie z umową, nie miały one charakteru pozornego, a zaproponowane zasady współpracy nie były jednostronnie narzucane powodowi, przy czym Sąd Okręgowy nie wskazał, czy i dlaczego odmówił tym dowodom wiarygodności i mocy dowodowej;

3) bezzasadne oddalenie wniosku dowodowego strony pozwanej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w sytuacji, gdy spór pomiędzy stronami sprowadzał się w istocie do oceny, czy prowadzone przez stronę pozwaną akcje promocyjne i marketingowe posiadały jakiegokolwiek znaczenie gospodarcze dla strony powodowej oraz czy z tego tytułu pozwany uprawniony był do pobierania opłat w postaci zastosowanych wobec powoda opłat za usługi promocyjne i reklamowe.

Nadto pozwana podniosła zarzut naruszenie prawa materialnego, tj.:

1) art. 15 ust. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na jego niewłaściwym zastosowaniu i przyjęciu, że pobieranie zgodnie z umową wynagrodzenia za świadczone przez pozwanego usługi oraz rabatów stanowiło pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, a tym samym jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy;

2) art. 18 ust. 1 pkt 5 cytowanej ustawy w zw. z art. 405 kc, polegający na jego niewłaściwym zastosowaniu i przyjęciu, że doszło do dokonania czynu nieuczciwej konkurencji przez pozwaną, a pobrane wynagrodzenie za usługi oraz dokonanie upustu od obrotów w ramach umówionego rabatu stanowi bezpodstawnie uzyskaną korzyść.

D. z ostrożności procesowej apelująca podniosła również zarzut potrącenia wierzytelności pozwanej spółki względem powoda (...) z tytułu kar umownych objętych notą księgową nr: (...)z dnia 02.07.2012r. w wysokości 33.658,99 zł z należnościami powoda objętymi żądaniem pozwu w niniejszej sprawie, zasądzonymi kwestionowanym wyrokiem do kwoty wierzytelności niższej, tj. 32 938,78 zł. W związku z tym zarzutem apelująca wniosła o dopuszczenie dowodu z szeregu szczegółowo powołanych w apelacji dokumentów, potwierdzających – w ocenie skarżącej – istnienie przedstawionej do potrącenia wierzytelność pozwanej łącznie na kwotę 33.658,99 zł z tytułu kar umownych za braki realizacji zamówień oraz za opóźnienia w dostawach.

Nadto w związku z zarzutem dotyczącym naruszenia przepisów postępowania, poprzez oddalenie wniosku pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, na podstawie przepisu art. 380 kpc w zw. z art. 162 kpc oraz art. 382 kpc, apelująca wniosła o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomii ze specjalizacją marketing/reklama, celem ustalenia, czy działania opisane w odpowiedzi na pozew, obejmujące publikację zdjęć towarów powoda w

wydawnictwach promocyjnych miały dla powoda obiektywne i wymierne znaczenie ekonomiczne w ujęciu rynkowym, a jeśli tak, to jaką przedstawiały wartość rynkową z punktu widzenia powoda, a nadto czy kwoty uiszczane przez powoda na rzecz pozwanej w okresie objętym pozwem (lata 2008-2011) były dla niego większym obciążeniem finansowym, niż koszty stworzenia samodzielnej akcji marketingowej, tj. bez powiązania jej z umową sprzedaży towarów na podstawie umowy zawartej z (...) spółką z o.o.

W konkluzji apelująca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i oddalenie wytoczonego powództwa także w tej części, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

W odpowiedzi na apelację strona powodowa wniosła o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest bezzasadna.

Podniesione w zgłoszonym środkiem odwoławczym zarzuty obraży zarówno prawa procesowego, jak i materialnego są chybione, gdyż kwestionując poprawność poczynionej przez Sąd I instancji oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, jak i dokonanych na jej podstawie ustaleń faktycznych, a następnie weryfikacji trafności wytoczonego powództwa, apelująca nie zdołała wykazać sprzeczności tej oceny i ustaleń z zasadami logicznego rozumowania oraz doświadczenia życiowego.

Zwłaszcza, że dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 kpc nie wystarcza stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego nie odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie Sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył Sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając (wyrok SA w Warszawie z 20.12.2006r., VI ACa 567/06, opubl. w LEX nr 558390). Postawienie zarzutu obraży art. 233 § 1 kpc nie może bowiem polegać na zaprezentowaniu ustalonego przez siebie, na podstawie własnej oceny dowodów stanu faktycznego. Skarżący może tylko wskazywać, posługując się wyłącznie argumentami jurydycznymi, że Sąd rażąco naruszył zasady logicznego rozumowania oraz doświadczenia życiowego i że uchybienie to mogło mieć wpływ na wynik sprawy (wyrok SN II

z 18.06.2004r., CK 369/03, opubl. w LEX nr 174131). Zaś uwzględnienie przez Sąd w ocenie materiału dowodowego powszechnych i obiektywnych zasad doświadczenia życiowego nie usprawiedliwia zarzutu przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów na tej tylko podstawie, że indywidualne i subiektywne doświadczenia strony są od tych zasad odmienne (wyrok SN z 5.08.1999r., II UKN 76/99, opubl. w OSNP 2000/19/732).

Tymczasem w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie ulega wątpliwości, że gdyby istotnie kwestionowane przez powódkę postanowienia umowne nie były niezbędne, narzucane wręcz przez pozwaną jako warunek nawiązania z powódką współpracy, to powodowa spółka nie dążyłaby do ich ujęcia w rzeczony umowie, jako niekorzystnych z punktu widzenia jej interesów. Nie sposób bowiem racjonalnie wyłumaczyć, po co powódka miałaby zabiegać o umniejszenie de facto jej potencjalnych zysków kosztem wydatków na rzekome usługi promocyjne – reklamowe świadczone przez pozwaną – na których ilość, rodzaj i kształt de facto nie miała realnego wpływu. Szczególnie, że gdyby ostatecznie chciała promować i reklamować swoje wyroby, to mogłaby to czynić bez udziału pozwanej, a w każdym razie w relacji zapewniającej jej realny wpływ na warunki świadczenia takich usług.

Niezależnie jednak od kwestii wpływu powódki na treść przedmiotowych postanowień łączącej strony umowy – co próbuje eksploatować apelująca – nie ulega wątpliwości – co celnie dostrzegł już Sąd I instancji (k. 560 – str. 13 uzasadnienia) – że z punktu widzenia art. 15 ust. 1 pkt 4 cytowanej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie ma znaczenia, czy kwestionowane postanowienia umowne zastrzegające prawo kupującego do wskazanych tam niedozwolonych opłat były negocjowane, czy nie oraz w jakim stopniu. Wskazanie w powołanym przepisie, jako formy

utrudniającej dostęp do rynku, pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sklepu ma ten skutek, że w przypadku stanów faktycznych objętych hipotezą tej normy nie jest konieczne dodatkowo wykazanie, że nastąpiło w jego wyniku utrudnienie dostępu do rynku. Sam ustawodawca przesądził bowiem, że tego rodzaju stypizowane ustawowo zachowanie staje się per se czynem niedozwolonej konkurencji, a więc utrudnia ono dostęp do rynku (wyrok SA

w Poznaniu z 13.10.2003r., I ACa 707/10, opubl. w Legalis).

Jest bowiem oczywiste, że skoro pobieranie dodatkowych – innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towarów do sprzedaży, tj. de facto za dostęp do rynku jest zabronione – to nawet gdyby przyjąć, że powódka świadomie, czy nie, godziła się na kwestionowane zapisy – to i tak zapisy te jako niezgodne z prawem, a zatem nieważne (art. 58 § 1 kc), nie mogłyby odnieść skutku, a zatem stanowić podstawy pobierania (w istocie potrącania sobie) przez pozwaną rzeczonych opłat.

Szczególnie, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób – wbrew głośnym zarzutom pozwanej – stwierdzić, że dochodzone przez powódkę opłaty stanowiły wynagrodzenie pozwanej za realnie świadczone przez nią na rzecz powódki usługi promocyjno – reklamowe, skoro powódka nie miała wpływu na rodzaj, ilość i kształt owych działań promocyjno – reklamowych, w tym choćby na rodzaj ujętego w broszurze reklamowej produktu dostarczonego przez powódkę, jak i miejsca jego ujęcia w tym materiale promocyjnym. Tym bardziej, że towary powódki były umieszczane w owych materiałach promocyjnych jednocześnie obok towarów innych – konkurencyjnych dostawców, na co powódka również nie miała wpływu. Poza tym to pozwana decydowała o rodzaju i wielkości poszczególnych zamówień (treść odpowiednich zapisów przedmiotowych umów, zeznania świadka M. O. – k. 511 – 514 i M. K. – k. 517 – 519 oraz powoda J. G. – k. 539).

Nade wszystko – czemu wyczerpująco dał już także wyraz Sąd I instancji w pisemnych motywach kwestionowanego rozstrzygnięcia, przywołując bogate orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych – pozwana reklamowała w gazetkach promocyjnych swoje towary, jedynie dostarczone przez powódkę, a nie towary powódki jako dostawcy, gdyż podejmowane przez pozwaną działania dotyczyły towarów znajdujących, względnie mających się znajdować w określonym czasie w ofercie poszczególnych punktów sprzedaży pozwanej, bowiem z treści przedmiotowej umowy jednoznacznie wynika, że nabycie własności towarów następowało po przyjęciu i rozładowaniu dostawy (umowa – k. 128). W konsekwencji pozwana – jak celnie dostrzegł Sąd Okręgowy – de facto pod pretekstem akcji reklamowo – promocyjnych towarów powódki – dokonywała realnie własnych towarów w celu zwiększenia intensywności sprzedaży posiadanych na składzie towarów, a tym samym zwiększenie zysków. Znamienne jest przy tym, że było to dla pozwanej dodatkowo o tyle istotne, że pozwanej przysługiwały także rabaty retrospektywne obliczane od wielkości obrotu w określonych przedziałach czasu, a zatem im więcej i szybciej własnych – choć dostarczonych przez powódkę – towarów zdołała zbyć, tym na większe premie – rabaty retrospektywne, mogła liczyć, pomniejszając tym samym dodatkowo zyski powódki jako dostawcy, jednocześnie zwiększając własne, zwłaszcza, że robiła to na ryzyko powódki, która zobowiązana była do odebrania ewentualnych zwrotów towarów niesprzedanych. Nie byłoby w tym nic złego – niezgodnego z zasadami uczciwej konkurencji – gdyby pozwana jednak sama pokrywała koszty reklamy, promocji, czy innych temu podobnych działań w odniesieniu do własnych towarów, kalkulując je w kosztach detalicznej sprzedaży poszczególnych produktów indywidualnym klientom, ewentualnie faktycznie świadczyła na rzecz powódki określone usługi promocyjno – reklamowe. Taka praktyka wymagałaby jednak od pozwanej oferowania swoich artykułów w wyższych cenach, powiększonych o udział powołanych kosztów marketingowych, a tym samym zmniejszała atrakcyjność cenową tych produktów na rynku, co bez wątpienia nie pozostawałoby bez wpływu na zyski i pozycję rynkową pozwanej. Tymczasem poprzez stosowanie praktyk zakłócających uczciwą konkurencję – zwłaszcza wobec silnej, monopolistycznej pozycji na rynku lokalnym – mogła ona narzucać swoje rozwiązania dostawcom i de facto przerzucać na nich swoje koszty marketingowe rzekomo pod pozorem opłat za świadczone na ich rzecz usługi promocyjno – reklamowe.

O pozorności postanowień dotyczących świadczenia przez pozwaną na rzecz powódki usług promocyjno – reklamowych, a w efekcie o odmiennym niż utrzymywany przez pozwaną charakterze pobieranych opłat świadczy

także ryczałtowy (procentowy w stosunku do obrotu) sposób określenia na rzecz pozwanej (opłat) wynagrodzenia za te usługi, oderwany od ilości, intensywności i rodzaju podejmowanych działań (promocji i reklamy).

Wobec powyższego stosowane przez pozwaną opłaty stanowiły inne niż marża handlowa świadczenia za dostęp do rynku towarów powódki jako dostawcy i jako sprzeczne z prawem (art. 15 ust. 1 pkt 4 cytowanej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), a zatem nienależnie pobierane – tj. bez podstawy prawnej (*sine causa*), na podstawie art. 405 kc, podlegały zwrotowi – zasądzeniu na rzecz powodowej spółki.

W tym miejscu odnosząc się do zgłoszonego przez stronę pozwaną zarzutu potrącenia należy podnieść, że choć strona istotnie zarzuty natury materialnej może co do zasady zgłaszać aż do zamknięcia rozprawy przed Sądem II instancji, niemniej skuteczność zarzutu potrącenia wymaga weryfikacji na podstawie materiału dowodowego (twierdzeń pozwanej o istnieniu i wysokości przedstawionej do potrącenia wierzytelności), co do którego znajdują zastosowanie ogólne reguły postępowania dowodowego, w tym przede wszystkim art. 381 kpc. Zatem decydując się dopiero na etapie postępowania apelacyjnego na podniesienie zarzutu potrącenia, pozwana powinna była wykazać, że nie miała możliwości powołania koniecznego dla wykazania zasadności tego zarzutu materiału dowodowego na wcześniejszym etapie postępowania i to gospodarczego, obciążonego jeszcze większym niż postępowanie zwykłe rygorem prekluzji dowodowej (art. 479¹⁴ § 1 i 2 kpc), czemu apelująca – nota bene reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika – nie tylko nie sprostała, ale nawet nie podjęła próby wykazania tego warunku dopuszczalności zgłoszonych wniosków dowodowych.

Dodatkowo należy podkreślić, że nieprzewidywanie negatywnego – z punktu widzenia interesów skarżącego – rozstrzygnięcia, czy podjęcie odmiennej taktyki procesowej, która okazała się zawodna, nie mogą stanowić okoliczności, które mogłyby usprawiedliwiać zgłoszenie dopiero na etapie postępowania apelacyjnego wniosków dowodowych, co do których strona dysponowała możliwością zgłoszenia na wcześniejszym etapie procesu. Odmienne interpretacja art. 381 kpc, a także ogólnych reguł dopuszczalności wniosków dowodowych (m. in. art. 217 § 1 kpc, 232 kpc) byłaby sprzeczna z naczelnymi zasadami postępowania cywilnego (jego szybkości, przeciwdziałania przewlekaniu postępowania oraz koncentracji materiału dowodowego – art. 3 kpc, art. 6 kpc).

Podzielając także stanowisko Sądu I instancji w zakresie oddalenia wniosku pozwanej co do dopuszczenia dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, czy działania opisane w odpowiedzi na pozew, obejmujące publikację zdjęć towarów powoda w wydawnictwach promocyjnych miały dla powódki obiektywne i wymierne znaczenie ekonomiczne w ujęciu rynkowym, a jeśli tak, to jaką przedstawiały wartość rynkową z punktu widzenia powódki, a nadto czy kwoty uiszczane przez powódkę na rzecz pozwanej w okresie objętym pozewem (lata 2008 - 2011) były dla niej większym obciążeniem finansowym, niż koszty stworzenia samodzielnej akcji marketingowej, tj. bez powiązania jej z umową sprzedaży towarów na podstawie umowy zawartej z (...) spółką z o.o., Sąd Apelacyjny oddalił również jako zbędny, tożsamy wniosek dowodowy zgłoszony w apelacji. Tym bardziej, że pozwana spółka nawet nie uprawdopodobniła w jakiej proporcji pozostawały koszty podejmowanych rzekomo na rzecz powódki działań promocyjno – reklamowych, w tym szczególnie wydawania przedmiotowej gazetki, przypadających konkretnie na powódkę, do wysokości pobieranych od powódki z tego tytułu opłat. Szczególnie, że opłaty były naliczane procentowo od wysokości obrotów towarami powódki w sklepach sieci strony pozwanej, a dodatkowo powódka miała obowiązek przeznaczania z góry 8% obrotu na tzw. fundusz promocyjny, niezależnie od ilości, rodzaju i czasu trwania akcji promocyjno – reklamowej. Nadto między stronami nie doszło w istocie (a jedynie pozornie) do zawarcia umowy o świadczenie usług promocyjno – reklamowych w odniesieniu do towarów powódki, a co najwyżej – jak wykazano – pozwanej i to na koszt powódki, zatem zawnioskowany dowód był bezprzedmiotowy i zmierzał wyłącznie do przedłużenia postępowania. W przekonaniu Sądu Apelacyjnego, podobnie jak i Sądu I instancji, w realiach analizowanej sprawy nie doszło bowiem do wykonania jakichkolwiek usług tego typu przez pozwaną na rzecz powódki, gdyż wszelkie podejmowane w tym celu przez pozwaną działania stanowiły w istocie wyraz rzeczywistej akcji promocyjno – reklamowej pozwanej w odniesieniu do własnych produktów i działalności handlowej, nawet jeśli pośrednio – niejako przy okazji – w ich wyniku doszło do zwiększenia sprzedaży towarów dostarczonych pozwanej przez powódkę. Zaś pobierane przez pozwaną opłaty stanowiły jedynie inne niż

marża handlowa opłaty za dostęp produktów powódki do rynku. Zatem w sprawie nie było podstaw do dopuszczenia wnioskowanego dowodu, gdyż w praktyce nie doszło do wykonania przez pozwaną na rzecz powódki rzeczonych usług, których ekonomiczna wartość, jak i marketingowe znaczenie dla powódki miałyby stanowić przedmiot oceny wnioskowanego dowodu. Wszakże – jak trafnie odniosła się do tej kwestii strona powodowa w odpowiedzi na apelację – konieczność dopuszczenia wnioskowanego dowodu byłaby aktualna, gdyby strona pozwana zdołała choćby w części podważyć twierdzenia powódki w zakresie pozorności przedmiotowych usług promocyjno - reklamowych i w efekcie wskazać zasadność choćby części pobranych należności, wywołując potrzebę weryfikacji przez biegłego jedynie wielkości tych należności, czy prawidłowości ich wyliczenia.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 385 kpc, Sąd Apelacyjny oddalił apelację jako bezzasadną.

W przedmiocie kosztów procesu, na podstawie art. 98 § 1 i 3 kpc w zw. z art. 108 § 1 kpc i art. 391 § 1 kpc oraz § 2 ust. 1 i 2, § 6 pkt 5 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.), Sąd Apelacyjny zasądził od strony pozwanej na rzecz powodowej spółki kwotę 1.800 złotych, tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.