

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 lipca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Zalewska

Sędzia SA – Beata Waś

Sędzia SO (del.) – Jolanta Pyżlak

Protokolant: Katarzyna Łopacińska

po rozpoznaniu w dniu 10 lipca 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

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

przeciwko (...) S.A. w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 5 listopada 2010 r.

sygn. akt XX GC 880/07

I. zmienia zaskarżony wyrok częściowo w ten sposób, że nadaje mu następującą treść:

„1. zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz (...) Sp. z o.o. w P. kwotę 508.774,68 zł (pięćset osiem tysięcy siedemset siedemdziesiąt cztery złote i 68 groszy) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 14 sierpnia 2007 r. do dnia zapłaty;

2. zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz (...) Sp. z o.o. w P. kwotę 23.644,33 zł (dwadzieścia trzy tysiące sześćset czterdzieści cztery złote i 33 grosze) tytułem zwrotu kosztów procesu;

3. oddala powództwo w pozostałej części.”;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od (...) Sp. z o.o. w P. na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 20.557,57 zł (dwadzieścia tysięcy pięćset siedem złotych i 57 groszy) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym;

IV. nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Apelacyjnego w W. od (...) Sp. z o.o. w P. kwotę 10.040,80 zł (dziesięć tysięcy czterdzieści złotych i 80 groszy) oraz od (...) S.A. w W. kwotę

5.896,97 zł (pięć tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt sześć złotych i 97 groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia biegłego sądowego tymczasowo pokrytych z sum Skarbu Państwa.

Sygn. akt VI ACa 1562/12

UZASADNIENIE

(...) sp. z o.o. w P. wniosła pozew przeciwko (...) S.A. w W. o zapłatę kwoty 1.379.495,59 zł z odsetkami ustawowymi i kosztami postępowania.

W uzasadnieniu pozwu powódka wskazała, że pozwana dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: u.z.n.k.), polegającego na pobieraniu innych niż marża handlowa opłat z tytułu dopuszczenia towarów do sprzedaży. Dochodzone roszczenie wywiodła z brzmienia art. 18 ust. 1 pkt. 5 u.z.n.k. Precyzując roszczenie wskazała na generalną umowę o współpracy z dnia 15 grudnia 2004 r., przedmiotem której było określenie warunków sprzedaży produktów oferowanych do sklepów pozwanej, która stanowiła ramową umowę sprzedaży konkretyzowaną przez kolejne zamówienia pozwanej. Podniosła, że przedmiotem postanowień wynikających z umowy i załączników do niej były obciążające ją na rzecz pozwanej płatności, które przybierały formę opłat za usługi marketingowe, transportowe, „otwarcia”, „reotwarcia”, „premię rocznej”, „usługi merchandisingowej” i „konsultacji handlowych”, a były ukrytymi opłatami z tytułu dopuszczenia towarów do sprzedaży. Powyższych płatności powódka dokonała poprzez ich potrącenie przez pozwaną z należnej powódce ceny za sprzedaż towaru. Powódka wskazała, że „opłaty z tytułu dopuszczenia towarów do sprzedaży” zostały jej jednostronnie narzucone w toku negocjacji poprzedzających zawarcie umowy głównej i stanowiły warunek kontynuowania współpracy handlowej.

Nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym w dniu 13 listopada 2007 r. (k. 365) Sąd Okręgowy, uwzględniając roszczenie powódki, nakazał pozwanej, aby zapłaciła na rzecz powódki kwotę 1.379.495,59 zł wraz z ustawowymi odsetkami oraz kwotę 24.444 zł tytułem zwrotu poniesionych kosztów procesu, w tym kwotę 7.200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Pozwana złożyła sprzeciw od tego nakazu (k. 371), w którym wniosła o oddalenie powództwa w całości i o zasądzenie od powódki na jej rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 14.400 zł.

Uzasadniając powyższe stanowisko procesowe pozwana wskazała, że sposób prowadzenia przez nią działalności gospodarczej polegał nie tylko na zakupie i odsprzedaży towarów spożywczych i przemysłowych, ale i na świadczeniu na rzecz powódki usług, mających na celu zwiększenie wartości sprzedaży tych towarów (usługi promocyjno-marketingowe). Wskazała, że umowa stron była umową nienazwaną, łączącą świadczenia charakterystyczne dla różnych typów umów, w tym umowy sprzedaży i świadczenia usług. Na podstawie tej umowy pozwana świadczyła na rzecz powódki także usługi transportowe, informacji marketingowej ((...)), reklamowe, promocyjne oraz usługi konsultacji handlowych. Zaprzeczyła temu by uzależniała przyjęcie towaru do sprzedaży od uiszczenia jakichkolwiek opłat. Oświadczyła, że nie utrudniała stronie powodowej dostępu do rynku, natomiast wykonała na rzecz powódki szereg usług, które strona powodowa przyjęła bez zastrzeżeń odnośnie ich jakości, terminowości czy zgodności ze złożonym zamówieniem. Wywodziła, że bark jest podstaw prawnych dla roszczenia powódki oraz dowodów na poparcie twierdzeń, że pozwana dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji.

Powódka ustosunkowując się do sprzeciwu od nakazu zapłaty w piśmie z dnia 16 stycznia 2008 r. (k. 906) wywodziła, że stanowisko pozwanej jest niezasadne i podtrzymała swoje twierdzenie o tym, że działanie pozwanej stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., polegający na utrudnianiu stronie powodowej dostępu do rynku poprzez pobieranie innych niż marża handlowa opłat z tytułu dopuszczenia towarów do sprzedaży.

W kolejnych pismach procesowych (k. 924, 937), na kolejnych terminach rozprawy oraz w załączniku do protokołu (k. 1082) strony podtrzymały swoje stanowiska.

Sąd Okręgowy po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, wyrokiem z dnia 5 listopada 2010 r. (k. 1091) uwzględnił powództwo (...) sp. z o.o. o zapłatę kwoty 1.379.495,59 zł wraz z ustawowymi odsetkami oraz kosztami procesu.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło po dokonaniu przez Sąd Okręgowy następujących ustaleń faktycznych:

W dniu 5 grudnia 2004 r. strony zawarły umowę o współpracę handlową. Przedmiotem umowy była dostawa towarów na paletach EUR lub paletach niestandardowych i przełożenie ich na palety EUR oraz ich dystrybucja. Dokumentem dostawy do placówki handlowej lub magazynu pozwanej był dowód dostawy sporządzony w trzech jednobrzmiących egzemplarzach. Dostawca zobowiązał się do zapewnienia ciągłości dostaw i niezmienności ustalonych cen w okresie obowiązywania promocji. Dostawca ponosił ryzyko i koszty związane z dostawą towarów z zastrzeżeniem pkt. 4.38c umowy. Cena towarów wynikała z cennika powódki przekazanego pozwanej i (...) z uwzględnieniem uzgodnionych między stronami rabatów.

Dostawca mógł zlecić zamawiającemu wykonanie usług określonych w zamówieniu stanowiącym załącznik nr 2 do umowy. Załącznik ten statuował wykonanie usług promocyjnych, reklamowych, (...) oraz konsultacji handlowych. Wartość usług promocyjnych i reklamowych wynosiła 7% obrotu, zaś usług (...) 3% obrotu. Jednostkowa wartość usługi (...) wynosiła 20.000 zł i 10.000 zł, a jednostkowa wartość usługi konsultacji handlowej wynosiła 1.000 zł. Podpisując załącznik nr 1 do umowy dostawca zobowiązał się do udzielenia rabatów na zasadach i w wysokościach określonych w załączniku. Załącznik nr 1 do umowy rabat na otwarcie placówki handlowej dla dostaw na zakwaterowanie określał na 3%, a rabat promocyjny na 3% ceny zakupu. Rabatem podstawowym był rabat udzielony przez dostawcę od cen cennikowych artykułu lub grupy artykułów z tytułu wyłączności, minimalnego zamówienia itp. Rabatem promocyjnym był rabat udzielony przez dostawcę od cen cennikowych pomniejszonych o rabat podstawowy artykułu lub grupy artykułów, na czas trwania promocji. Rabatem na otwarcie placówki handlowej był dodatkowy rabat od cen cennikowych pomniejszonych o rabat podstawowy, udzielony przez dostawcę w związku ze zwiększeniem przez zamawiającego wartości zamówień i obowiązujący w uzgodnionym okresie dla dostaw do nowo uruchomionej placówki handlowej. Cenami fakturowymi były ceny z uzgodnionego, obowiązującego cennika, zgodnego z pkt. 5.2 umowy pomniejszone o ustalone rabaty (podstawowe, promocyjne, na otwarcie placówki handlowej). Ceny fakturowe były cenami bez podatku VAT.

Usługi promocyjne mogły obejmować: udostępnienie powierzchni do ekspozycji plakatów lub innych materiałów przekazywanych przez dostawcę, udostępnienie powierzchni celem prowadzenia promocji towarów w formie degustacji, prezentacji, animacji, umieszczenie wkładki o produktach (marce) dostawcy w gazetce wydawanej przez zamawiającego, umieszczenie informacji o produkcji dostawcy na stałym nośniku reklamy lub w katalogu wydawanym przez zamawiającego, dystrybucję materiałów reklamowych, eksponowanie logo (marki) dostawcy (umieszczanie towarów na określonych półkach).

Usługami reklamowymi były świadczenia zamawiającego na rzecz dostawcy obejmujące działania zmierzające do kreowania wizerunku firmy. Mogły obejmować m.in.: plan promocji gazetowych (reklamę w gazetce), drukowanie informacyjnych gazetek z produktami (markami) dostawcy, dystrybucję gazetek.

Usługami konsultacji handlowych były usługi polegające na konsultacjach w zakresie ceny, opakowania, jakości, pozycjonowania na rynku, planów sprzedaży, projektów marketingowych i innych elementów istotnych dla handlu towarami dostawcy. Konsultacje mogły dotyczyć: warunków handlu na rynku krajowym, warunków handlu w wybranym regionie lub innym obszarze, warunków handlu dla wybranego asortymentu lub produktu w kolejnym roku współpracy, zmiany tendencji handlowych na rynku krajowym, regionalnym, dla danego asortymentu lub produktu w kolejnym roku współpracy.

Usługi informacji marketingowej (...) dotyczyły udostępnienia dostawcy analiz sprzedaży poszczególnych artykułów (grup artykułów) z podziałem na dowolne okresy i regiony, przedstawienie trendów w sprzedaży artykułów (grup

artykułów) w odniesieniu do poprzednich okresów z uwidocznieniem regionalnych różnic celem pomocy dostawcy w efektywniejszym planowaniu produkcji (dostaw) i osiągnięcia optymalnego ekonomicznego rezultatu.

Usługa (...) polegała na opracowaniu projektu koncepcji dostosowania asortymentu dostawcy do wymagań nowego, lokalnego rynku na bazie identyfikacji poszczególnych grup klientów oraz czynników kształtujących świadomość klientów.

Usługa (...) polegała na wypracowaniu projektu koncepcji dostosowania asortymentu dostawcy do odmiennych wymagań lokalnych rynków na bazie identyfikacji podstawowych grup klientów, statystyki upodobań oraz różnic preferencji pomiędzy grupami klientów w danym regionie.

Usługa logistyczna polegała na odbiorze przez pozwanego produktów powódki bezpośrednio z jej magazynów.

Premia roczna stanowiła opłatę dodatkową, uiszczaną przez powódkę na rzecz pozwanej po uzyskaniu określonego progu obrotów.

Współpraca między spółkami trwała od 1994 r. Podczas spotkań organizowanych celem ustalenia warunków współpracy pozwana jednostronnie proponowała zasady jej kontynuacji.

Pozwana obciążyla powódkę płatnościami z tytułu usług reklamowych, transportowych, promocyjnych, zarządzania relacjami, usług merchandisingowych, zarządzania relacjami z klientem, należnej premii, usług dodatkowych, konsultacji handlowych. Powódka dokonała zapłaty należności opisanych fakturami w ten sposób, że pozwana potrąciła je z płatnościami ceny za sprzedaż towaru strony powodowej.

Sąd Okręgowy dokonując oceny dowodów uznał, że prawdziwość dołączonych dokumentów nie była kwestionowana przez żadną ze stron postępowania.

Po dokonaniu powyższych ustaleń Sąd Okręgowy uznał, że powództwo jest zasadne i podlega uwzględnieniu. Sąd ten wskazał, że podstawę prawną dochodzonego roszczenia stanowił art. 15 ust 1 pkt 4 u.z.n.k. stanowiący, że czynem nieuczciwej konkurencji jest pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Pojęcie pobierania opłat „za przyjęcie towaru do sprzedaży” według Sądu Okręgowego należy rozumieć, jako takie czynności, które są niezbędne, aby możliwa była sprzedaż towaru po jego odebraniu od dostawcy. Czyn nieuczciwej konkurencji polegający na pobieraniu innych niż marża handlowa opłat prowadzi z kolei do uzyskiwania przez sprzedawców detalicznych nie tylko zysku wynikającego z narzuconej marży, ale i dodatkowych dochodów kosztem dostawców, którzy zmuszeni są zrezygnować ze znacznej części swoich dochodów związanych z dostarczeniem towarów. Pobieranie wskazanych opłat zostało uznane przez Sąd Okręgowy, jako świadczenie nienależne.

Sąd Okręgowy stwierdził, że postępowanie dowodowe wykazało, że w trakcie spotkań handlowych, podczas których strony ustalały zasady wzajemnej współpracy, dochodziło do jednostronnego kształtowania przez pozwaną dalszych warunków współpracy, co wyrażało się w obligowaniu powódki do uiszczania płatności tytułem dopuszczenia dostarczanych przezeń towarów do sprzedaży.

Sąd Okręgowy wskazał, że poza sporem pozostał fakt łączącej strony umowy o wzajemnej współpracy konstytuującej po stronie powodowej obowiązek dokonywania dostaw towarów, w tym przypadku miodów, a po stronie pozwanej rodzącej obowiązek dokonania ich odbioru i zapłaty ceny. Umowa ta w ocenie Sądu Okręgowego była umową dostawy. Za niezajdujące potwierdzenia w zapisach umowy Sąd I instancji uznał twierdzenia pozwanej, co do tego, iż umowa ta jest umową nienazwaną, łączącą cechy umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług, gdyż z zapisów umowy wynikało, że ewentualne świadczenie przez pozwaną usług dodatkowych zostało uregulowane odrębnie w załączniku do umowy nr (...) i dotyczyło usług promocyjnych, reklamowych, konsultacji handlowych, (...). Zamawiający mógł świadczyć wskazane usługi, jednakże z charakteru łączących strony relacji handlowych nie wynika, by powodowa spółka z nich korzystała. Sąd Okręgowy stwierdził, że usługi opisane załączonymi do pozwu fakturami miały charakter

pozorny, a pobieranie przez pozwaną należnych z tego tytułu opłat miało na celu utrudnienie stronie powodowej dostępu do rynku.

Nazwanie opłat z tytułu dopuszczenia towarów do sprzedaży opłatami za „usługi marketingowe”, „promocyjne”, „transportowe”, „merchandisingowe”, „konsultacji handlowych”, „usług (...)”, „otwarcia” i „reotwarcia”, „premií rocznych” według Sądu Okręgowego nie oznaczało niemożności zakwalifikowania ich, jako „opłat półkowych”, których pobieranie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. Płatności z nich wynikające nie były w ocenie Sądu I instancji związane z ilością towarów, zakresem, przedmiotem czy czasem trwania umowy, a wyłącznie z dokonaniem przez stronę pozwaną zamówień na towary. Zaś usługi reklamowe polegały na umieszczeniu dostarczanych przez stronę powodową towarów w gazetce wydawanej przez pozwaną.

W ocenie Sądu Okręgowego gazetki są formą reklamy towarów sprzedawanych w sklepach pozwanej i mają na celu zwrócenie uwagi potencjalnego klienta na okresowe promocje danych produktów. Zdaniem Sądu Okręgowego poza sporem pozostało, że umieszczenie towaru w gazetce prowadzi do wzrostu zainteresowania nim klienta, a docelowo może także prowadzić do kształtowania się jego nawyków i przyzwyczajęń wyrażających się w wyborze danej grupy produktów. Faktem powszechnie znanym pozostawało jednak, zdaniem Sądu I instancji, że wydawane przez duże sieci handlowe gazetki reklamowe „ogniskują” zainteresowanie klienta na danym towarze ze względu na atrakcyjność jego ceny, a nie ze względu na pochodzenie od danego producenta, w tym przypadku spółki (...).

Wydawanie przez pozwaną gazetek Sąd Okręgowy uznał wyłącznie za promocję prowadzonej przez nią działalności gospodarczej, a nie za działania mające na celu promocję produktów powódki. Podanie w gazetce firmy strony powodowej spełniało bowiem w działalności handlowej wymogi z zakresu informacji i nie było realizacją usługi reklamy.

Zdaniem Sądu Okręgowego, reklama produktów winna „wydobywać” cechy specyfikujące produkt, uwydatniające jego „wyższość” nad innymi produktami obecnymi na rynku, ale taka sytuacja nie zaistniała w sprawie niniejszej.

W ocenie Sądu Okręgowego rzeczywistym celem zawarcia umowy w takiej postaci było pozyskanie dodatkowych opłat za wprowadzenie towaru do obrotu. Ponadto Sąd I instancji podkreślił, że po dostarczeniu przez powódkę produktów stawały się one własnością pozwanej, w związku, z czym prowadzone przez nią działania marketingowe miały na celu nie zwiększenie zainteresowania produktami powódki, a możliwie szybką sprzedaż, albowiem przedmiotem działalności pozwanej był nie tylko zakup towarów od dostawców, ale i dalszy nimi obrót. Celem podejmowanych przez nią działań reklamowych była więc maksymalizacja zysków i zwiększenie sprzedaży własnej. Sąd Okręgowy stwierdził, że trudno takie zachowania uznać za promocję towarów powódki, za którą pozwana pobrała „należne” wynagrodzenie a analogicznie należy traktować opłaty z tytułu „premií”.

Według oceny Sądu Okręgowego rabat potrąkowy należy również do opłat półkowych mieszczących się w dyspozycji art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. i miał zastosowanie po sprzedaży towarów przez powódkę i obciążał jej działalność w sytuacji, gdy nie miała wpływu na czynności związane z jego dalszym zbytem. Zastosowanie rabatu potrąkowego powodowało przeliczenie na powódkę finansowej odpowiedzialności za powodzenie (niepowodzenie) działalności gospodarczej prowadzonej przez pozwaną i stanowiło według oceny Sądu Okręgowego czyn nieuczciwej konkurencji.

Sąd Okręgowy stwierdził, że potrącanie przez pozwaną należności z tytułu „świadczonych” na rzecz powódki usług z kwotami należnymi jej do zapłaty za dostarczone produkty stanowił czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż pozwana wykorzystwała instytucje rabatów dla żądania od powódki dodatkowych, innych oprócz marż opłat. Dodatkowo pozwana dokonywała zakupu towarów w celu ich dalszej odsprzedaży, w związku z czym od dostawcy winna otrzymywać tylko marżę, a otrzymywała, drogą kompensaty konkretne premie. Tego rodzaju transakcja nie mieści się zaś zdaniem Sądu Okręgowego w definicji umowy sprzedaży czy dostawy.

Jeśli zaś chodzi o „usługi (...)”, „konsultacji handlowych”, (...) oraz usługi związane z „otwarciami” i „reotwarciami”, to zdaniem Sądu Okręgowego wyrażały się one w informowaniu powódki o wysokości sprzedaży dostarczonych przez nią towarów w sieci sklepów pozwanej, zaś załączone protokoły „konsultacji”, zawierające m.in. adnotacje o

położeniu towarów w halach handlowych, informując o ułożeniu produktów powódki na tzw. „górnym półkach” stanowią pośrednio podstawę do stwierdzenia pobierania opłat półkowych, stanowiących klasyczne opłaty z tytułu dopuszczenia towarów do sprzedaży.

W ocenie Sądu Okręgowego „konsultacje handlowe” stanowią kolejny przykład przerzucania na dostawcę kosztów prowadzonej działalności gospodarczej pod pretekstem wynagrodzenia za dodatkową usługę. Korzyści z tego zakresu usług odnosi, bowiem sprzedawca, a nie dostawca towarów, gdyż to w jego zakresie leży znajomość rynku i wynikająca z niej wiedza, jakie zakupione towary znajdują nabywców w nowo otwartym punkcie sprzedaży.

Odnosząc się do usług transportowych Sąd Okręgowy podniósł, że koszt transportu był niezależny od zakresu, ilości, czasu trwania czy rodzaju usług. Pozwana pobierała opłaty za wskazane usługi jako procent od obrotu towarami. Opłaty te były, zatem zależne wyłącznie od wartości dostarczonego towaru, a nie od odległości, na jaką był transportowany, czy od jego wielkości. Sąd Okręgowy zauważył, że wynagrodzenie było ustalone, jako procentowa wartość obrotu, czyli w sposób typowy dla ustalenia marży handlowej i było nieprzydatne dla kalkulacji składników kosztów usługi transportowej. Oderwanie wynagrodzenia za usługę od jej przedmiotu potwierdzało pośrednio, że rzeczywistym jej celem było zapewnienie pozwanej dodatkowej opłaty za przyjęcie towarów do sprzedaży. W ocenie Sądu Okręgowego strona powodowa płaciła zatem więcej za transport o większej wartości niezależnie od jego gabarytów, co również wskazywało na „fikcyjny” charakter takiego wynagrodzenia i prowadziło do wniosku, że opłaty za usługi transportowe były „opłatami półkowymi”.

Podsumowując Sąd Okręgowy stwierdził, że płatności za usługi, którymi pozwana obciążyla powódkę, stanowiły zawołowane opłaty z tytułu dopuszczenia towarów do obrotu, a zatem zachowanie i praktyka handlowa pozwanej wyczerpały znamiona czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., co czyniło zasadnym żądanie zasądzenia na rzecz strony powodowej, od pozwanej, zwrotu bezpodstawnie uzyskanych korzyści na podstawie art. 18 ust. 1 pkt. 5 u.z.n.k. Stąd też Sąd Okręgowy uznał zasadność roszczenia powódki w całości.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżyła pozwana, zarzucając temu rozstrzygnięciu:

1) sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 227 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c., które mogły mieć wpływ na wynik sprawy poprzez:

a) dokonanie oceny dowodów w sposób niewszechstronny i nasuwający zastrzeżenia z punktu widzenia zasad logicznego rozumowania, a w konsekwencji przyjęcie, iż usługi reklamowe, promocyjne, transportowe, informacji marketingowej, konsultacji handlowych, (...), otwarcia i reotwarcia nie były w ogóle świadczone na rzecz (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., pomimo przyznania tej okoliczności przez obie strony sporu i wykazania jej załączonymi do akt sprawy dokumentami i przeprowadzonymi w toku postępowania dowodami z zeznań świadków;

b) bezzasadne pominięcie dowodów z zeznań świadków D. R., B. J. oraz J. S., które prowadzą do odmiennych niż przyjęte przez Sąd Okręgowy wniosków i wskazują, iż pozwany świadczył na rzecz powódki usługi zgodnie z umową i nie miały one charakteru pozornego, zaproponowane zasady współpracy nie były jednostronnie narzucane powódce, bez wskazania czy i dlaczego odmówił tym dowodom wiarygodności i mocy dowodowej;

2) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 605 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż strony łączyła wyłącznie umowa dostawy z dnia grudnia 2004 r., której przedmiotem była wyłącznie dostawa towarów oraz ich dystrybucja, podczas gdy w rzeczywistości strony zawarły umowę nienazwaną zawierającą elementy umowy sprzedaży i świadczenia usług;

3) naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., polegające na jego niewłaściwym zastosowaniu i przyjęciu, iż pobieranie zgodnie z umową wynagrodzenia za świadczone przez pozwaną usługi oraz premii pieniężnej stanowi pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, a tym samym jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy.

Apelację pozwanej uwzględnił Sąd Apelacyjny, który wyrokiem reformatoryjnym z dnia 28 października 2011 r. oddalił powództwo i orzekł o kosztach postępowania apelacyjnego stosownie do wyniku sporu.

W ocenie Sądu drugiej instancji powódka nie wykazała zaistnienia przesłanki określonej w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., tj. nie wykazała, aby wszystkie opłaty pobrane z zastosowaniem potrącenia przez pozwaną były innymi niż marża handlowa opłatami za przyjęcie towaru do sprzedaży. Nadto Sąd odwoławczy uznał, że Sąd pierwszej instancji nie rozważył, czy pozwana rzeczywiście świadczyła określone usługi na rzecz powodowego dostawcy, przyjmując zarazem, że powódka faktycznie korzystała z usług transportowych świadczonych na jej rzecz przez pozwaną.

Nadto Sąd Apelacyjny stwierdził, że nie można uznać, iż pobieranie przez pozwaną dodatkowych opłat stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ z akt sprawy wynika, że „rozliczne usługi” świadczone faktycznie przez pozwaną miały duże znaczenie dla powódki, która wykorzystywała je w swojej działalności.

Sąd odwoławczy stwierdził zarazem, że nawet przy założeniu, iż część poniesionych przez powódkę opłat była świadczeniem nienależnym, to należałoby odjąć od tej kwoty wartość faktycznie wykonanych przez pozwaną usług, ale żadna ze stron nie wykazała wartości, jaką przedstawiały te faktycznie wykonane usługi. Powołując się na piśmiennictwo i judykaturę, Sąd drugiej instancji wyraził pogląd, że w świetle art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., z uwagi na swobodę kontraktową, nie jest zakazane zastrzeżenie w umowach wykonania usług dodatkowych, niebędących świadczeniami typowymi dla umowy sprzedaży i pobierania opłat za świadczenie tych usług. Za istotne uznał ten Sąd, aby opłaty dodatkowe były pobierane za rzeczywiste, faktyczne wykonanie takich usług, które były elementem stosunku prawnego związanego między stronami zgodnie z art. 353¹ k.c., wykraczającym poza stosunek prawny kupna-sprzedaży.

Sąd Apelacyjny zarazem stwierdził, że nie ma wątpliwości, iż „(...) przedmiotowe usługi – przynajmniej w pewnym zakresie – były faktycznie świadczone przez pozwanego (...)”, co jasno wynika ze zgromadzonego w aktach materiału dowodowego, a zapłacone przez powódkę, określone fakturami, kwoty stanowiły zapłatę za wykonane przez pozwaną usługi. Sąd ten uznał ponadto, że być może zapłata ta była wygórowana, ale powódka tego nie wykazała, ani nie usiłowała tego uczynić.

W konkluzji Sąd Apelacyjny przyjął, że powódka nie zdołała udowodnić pobierania przez pozwaną opłat innych niż marża handlowa i utrudniania w ten sposób dostępu powódce do rynku, a nadto, że były to opłaty nienależne, bo niebędące zapłatą za konkretne usługi. Sąd Apelacyjny stwierdził, że niesprostanie przez powódkę wykazaniu tych okoliczności skutkowało nieudowodnieniem przez nią roszczenia i koniecznością zmiany zaskarżonego wyroku.

Powódka zaskarżyła w całości wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną, zarzucając temu rozstrzygnięciu naruszenie:

- 1) art. 328 § 2 k.p.c. przez brak wyjaśnienia podstawy faktycznej wyroku i brak wskazania konkretnych dowodów, będących podstawą ustalenia, że określone umową usługi były wykonywane przez pozwaną na rzecz powódki, co miało istotny wpływ na wynik sprawy, wobec braku ustalenia konkretnych faktów uznanych przez Sąd odwoławczy za udowodnione;
- 2) art. 382 k.p.c. oraz art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. wskutek przyjęcia, że nie doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, pomimo ustaleń Sądu I instancji narzucenia przez pozwaną opłat stronie powodowej jako warunku przyjęcia towarów do sprzedaży i zarazem niedokonaniu przez Sąd II instancji odmiennych ustaleń faktycznych;
- 3) art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. przez jego błędną wykładnię, m.in. nieuwzględniającą wynikającego z tego przepisu domniemania, że pobieranie opłat za przyjęcie towarów do sprzedaży utrudnia dostawcy dostęp do rynku;

4) art. 353¹ k.c. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. przez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że drugi z wymienionych przepisów nie wyłącza, zgodnie z zasadą swobody umów – zawarcia porozumień o pobieraniu opłat za przyjęcie towarów do sprzedaży;

5) art. 3 i art. 232 k.p.c. oraz art. 6 k.c. i art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. przez ich błędną wykładnię wskutek przyjęcia, że powódkę obciążał ciężar dowodu wykazania przesłanki utrudniania dostępu do rynku, podczas gdy przesłanka ta objęta jest domniemaniem, a nadto, że powódkę obciążał ciężar dowodu braku wykonania usług przez pozwanego, podczas gdy to pozwana powinna wykazać, że pobrane opłaty stanowiły ekwiwalent za wykonane przez nią na rzecz powódki usługi.

Podnosząc powyższe powódka wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi II instancji do ponownego rozpoznania.

Wyrokiem z dnia 25 października 2012 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt I CSK 147/12, Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok Sądu drugiej instancji i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy uznał, że skarga kasacyjna powódki oparta została na usprawiedliwionych po części podstawach, co skutkowało jej uwzględnieniem wobec oceny, że poczynione przez Sąd drugiej instancji ustalenia nie były wystarczające do ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy w sposób dokonany zaskarżonym wyrokiem.

Sąd Najwyższy wyjaśnił, że zasadnym okazał się zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w taki sposób, który uniemożliwił Sądowi Najwyższemu dokonanie kontroli kasacyjnej zaskarżonego rozstrzygnięcia, ferowanego po uprzednim dokonaniu przez Sąd odwoławczy odmiennych ustaleń, a których nie można ocenić, jako jednoznaczne i stanowcze, a więc stanowiące podstawę do wydania wyroku reformatoryjnego. Sąd Najwyższy wskazał, że w przypadku, gdy Sąd odwoławczy dokonuje odmiennych ustaleń w stosunku do tych, na których oparł się przy orzekaniu to powinien tę zmianę ustaleń uzasadnić w taki sposób, aby możliwa była ocena, czy zmiana ta była usprawiedliwiona.

Tymczasem Sąd pierwszej instancji przyjął, że usługi objęte załączonymi do pozwu fakturami miały charakter pozorny, a z relacji handlowych stron nie wynika, aby powodowa spółka z usług tych korzystała. Natomiast Sąd II instancji dokonał odmiennego i stanowczego ustalenia, ale jedynie w odniesieniu do usług transportowych, stwierdzając kategorię, że powódka faktycznie korzystała z usług transportowych świadczonych przez pozwaną. W dalszym idącym zakresie przedmiotowym Sąd Apelacyjny jedynie w konwencji hipotetycznej stwierdził, że zakładając, iż część poniesionych przez powódkę opłat stanowi nienależne świadczenie, to należałoby je odjąć od wartości faktycznie wykonanych usług, przy czym przyjął jednocześnie, że nie wiadomo, jaką wartość przedstawiały te usługi, bo żadna ze stron ich nie wykazała (s. 12 uzasadnienia zaskarżonego wyroku).

Zdaniem Sądu Najwyższego powyższy brak stabilności i jednoznaczności zmodyfikowanych przez Sąd odwoławczy ustaleń faktycznych pogłębia ustalenie dokonane na s. 24 uzasadnienia zaskarżonego wyroku, z którego wynika, że Sąd Apelacyjny nie ma wątpliwości, iż przedmiotowe usługi były faktycznie świadczone przez pozwaną, ale tylko - w bliżej nieokreślonym - „pewnym zakresie”, co - zdaniem Sądu - ma jasno wynikać z niewskazanego konkretnie „...zgromadzonego w aktach materiału dowodowego”.

Dokonana, więc następnie ocena Sądu Apelacyjnego, że kwoty wynikające z faktur stanowiły zapłatę za wykonane usługi nie poddawało się kontroli Sądu Najwyższego, skoro zakres zamówionych przez powódkę i faktycznie spełnionych przez pozwaną usług (poza usługami transportowymi) nie został przez Sąd odwoławczy ustalony i określony. Ponadto, sformułowana ponownie w konwencji hipotetycznej, ocena Sądu drugiej instancji, że „...być może była to zapłata wygórowana...” (s. 24 uzasadnienia) nie pozwala stanowczo przesądzić o ekwiwalentności świadczeń spełnionych przez pozwaną, nawet przy przyjęciu założenia, że ich zakres przedmiotowy został jednoznacznie określony. W tej sytuacji należało zdaniem Sądu Najwyższego przyjąć, że rację ma strona skarżąca, iż Sąd drugiej

instancji w uzasadnieniu kwestionowanego wyroku reformatoryjnego, opartego na odmiennych ustaleniach, nie zawarł prawidłowego wskazania odmiennej od dotychczasowej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, wobec braku stanowczego ustalenia faktów, które uznał za udowodnione oraz dowodów, na których się oparł. Tego wymogu, wynikającego z art. 328 § 2 k.p.c. nie spełniają zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku stwierdzenia, że „...z akt sprawy wynika, że rozliczne usługi świadczone faktycznie przez pozwanego...” (s. 15 uzasadnienia), czy też, że „...wynika to jasno ze zgromadzonego w aktach materiału dowodowego...” (s. 24 uzasadnienia).

W ocenie Sądu Najwyższego, zasadnym okazał się również zarzut błędnej wykładni art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. wskutek przyjęcia przez Sąd odwoławczy, że przesłanka „utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku” musi być w procesie wykazana, podczas, gdy zdaniem strony skarżącej jest ona objęta domniemaniem. Sąd Apelacyjny uznał bowiem, że w sprawie tej nie sposób poczynić koniecznego ustalenia, że jeden przedsiębiorca utrudniał drugiemu dostęp do rynku (s. 22 uzasadnienia), ponieważ w jego ocenie powódka nie zdołała jednak udowodnić takiego właśnie zachowania pozwanej przez pobieranie innych niż marża handlowa nienależnych opłat, jako niebędących zapłatą za konkretne usługi (s. 26 uzasadnienia).

Sąd Najwyższy wywiódł, iż konstrukcja art. 15 ust. 1 pkt 1-5 u.z.n.k. dowodzi, że ustawodawca wskazał jedynie przykładowo na postacie takich zachowań, których wystąpienie w stanie faktycznym sprawy przesądza o utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które to zachowanie jest jednym z czynów nieuczciwej konkurencji. Jeżeli więc stan faktyczny sprawy wypełnia hipotezę normy wynikającej z art. 15 ust. 1 pkt 1-5 u.z.n.k. to nie jest konieczne dodatkowo wykazywanie, że w następstwie któregośkolwiek z zachowań określonych w pkt 1-5 tego przepisu doszło do utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. To sam ustawodawca przesądził o tym, że te stypizowane przezeń i uznane za szczególne w tym przepisie zachowania kwalifikowane są per se, jako postacie czynu nieuczciwej konkurencji, zwanego utrudnianiem innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Innymi słowy, Sąd Najwyższy wskazał, że konstrukcja art. 15 ust. 1 pkt 1-5 u.z.n.k. dowodzi egzemplifikacji „utrudniania dostępu do rynku”, a więc każde z zachowań spośród opisanych w punktach 1-5 art. 15 ust. 1 u.z.n.k. zawsze utrudnia dostęp innym przedsiębiorcom do rynku. Nie wymaga zatem dowodzenia, że w wyniku wystąpienia któregośkolwiek z opisanych we wskazanych punktach zachowania nastąpiło utrudnienie przedsiębiorcy dostępu do rynku. Stany faktyczne objęte hipotezą norm zawartych w pięciu punktach ust. 1 art. 15 u.z.n.k. zawsze, więc przesądzają o wystąpieniu opisanej w tym przepisie postaci czynu nieuczciwej konkurencji, co zwalnia już z obowiązku dowodzenia, że konkretne zachowanie skutkowało utrudnieniem konkretnemu przedsiębiorcy dostępu do rynku.

Zdaniem Sądu Najwyższego nie był natomiast trafny zarzut błędnej wykładni art. 353¹ k.c. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., w kształcie przedstawionym w skardze przez stronę skarżącą. Sąd Najwyższy stwierdził, że wbrew stanowisku skarżącego, Sąd Apelacyjny nie przyjął za zgodne z zasadą swobody umów zawierania takich porozumień, których celem byłoby pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towarów do sprzedaży. Dokonania takiej wykładni przepisów, Sądowi Apelacyjnemu, nie można skutecznie zarzucić, wobec braku ku temu podstaw. Sąd ten zaaprobował natomiast wyrażane w judykaturze stanowisko, że obowiązująca zasada swobody kontraktowej pozwala na takie kształtowanie stosunków między stronami, aby oprócz świadczeń typowych dla umowy sprzedaży strony mogły zastrzegać spełnianie także świadczeń dodatkowych w postaci odpłatnego świadczenia określonych usług (s. 16 uzasadnienia wyroku), nieobjętych typową umową sprzedaży.

Sąd Najwyższy wskazał, że problem zakresu swobody kontraktowej w obrocie gospodarczym jest szczególnie istotny, zwłaszcza w płaszczyźnie zagrożeń wynikających z czynów nieuczciwej konkurencji. Sąd ten twierdził, że nie ma oczywiście co do zasady formalnych przeszkód do przyjęcia, iż zasada swobody umów może być stosowana we współpracy kontraktowej między sprzedawcami a kupującymi, będącymi przedsiębiorcami prowadzącymi wielkopowierzchniowe obiekty handlowe. Jednakże ocena ustawowych przesłanek ograniczających swobodę kontraktową, a wymienionych w art. 353¹ k.c., nie może nie uwzględniać ryzyka sprzeczności stosunku prawnego z ustawą, rozumianej zwłaszcza, jako sprzeczność z celami i założeniami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W judykaturze dawno już wyrażono stanowczy pogląd, że przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) służą eliminacji określonych

nią niepożądanych zjawisk w działalności gospodarczej i nie mogą służyć wzmacnianiu czy ochronie przejawów zachowań monopolistycznych, także w płaszczyźnie kontraktowej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2001 r., IV CKN 255/00, OSNC 2001 r., Nr 9, poz. 137). Sąd Najwyższy konsekwentnie kontynuuje tę linię orzecznictwa przyjmując, że dla przesądzenia o wystąpieniu deliktu nieuczciwej konkurencji, przewidzianego w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., nie ma decydującego znaczenia sama prawna skuteczność towarzyszących umowie sprzedaży porozumień marketingowo-promocyjnych, jeżeli uzyskana przez kupującego opłata oznacza pobranie od sprzedającego innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2008 r., III CSK 23/08, niepubl.). Tę linię judykatury potwierdził następnie Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 19 sierpnia 2009 r. (III CZP 58/09, OSNC 2010 r. nr 3, poz. 37), przesądzając o materialnoprawnej podstawie dochodzenia roszczenia o zwrot bezpodstawnie uzyskanych korzyści z tytułu pobrania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży.

Następnie Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że aprobata dla korzystania, co do zasady z ustawowo określonej w art. 353¹ k.c. instytucji swobody kontraktowania, której granice wyznacza m.in. zgodność treści lub celu stosunku prawnego m.in. z ustawą, wymaga każdorazowo dokonania oceny nie tylko wystąpienia braku formalnej niezgodności postanowień umowy m.in. z art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., ale przede wszystkim zbadania, czy określone postanowienia umowy, bez względu na ich brzmienie, nie prowadzą w istocie do osiągnięcia przez jedną ze stron skutku wprost zakazanego wymienionym przepisem.

Sąd Najwyższy wywiódł, że nie można oczywiście wykluczać takiej sytuacji, w której strony skutecznie zastrzegły umową postanowienia w przedmiocie świadczenia przez kupującego na rzecz sprzedawcy usług dodatkowych za odrębnym wynagrodzeniem. Jeśli z ustalonego stabilnie stanu faktycznego wynikałoby, że takie usługi zlecone przez sprzedawcę zostały bezspornie faktycznie wykonane przez kupującego na rzecz sprzedawcy i to w zakresie i w sposób określony zgodnie z umową stron, to wówczas dopiero wynagrodzenie zapłacone w wysokości ekwiwalentnej za rzeczywiście spełnione świadczenie niepieniężne nie będzie stanowić innej niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży.

Zdaniem Sądu Najwyższego stan faktyczny przyjęty przez Sąd Apelacyjny za podstawę orzekania nie pozwalał jednak na stanowcze uznanie, że strona pozwana nie dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji, opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., a w konsekwencji, że brak podstaw do jego zastosowania przesądził o braku podstawy do uwzględnienia roszczenia z mocy art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k.

Sąd Najwyższy wskazał, że uprzednie rozstrzygnięcie przez Sąd, czy postanowienia umowy w przedmiocie zastrzeżenia wykonania dodatkowych usług (v. rozdział 2 pkt 12-17, gdzie opisano usługi: promocyjne, usługi w ramach budżetu promocyjnego (od 2005 r.), reklamowe, konsultacji handlowych, informacji marketingowej (...)) i rozdział 5 pkt 13 i 14 umowy, gdzie przewidziano możliwość zamówienia przez powódkę ww. usług oraz udzielenia pozwanej premii rocznej) mieszczą się w dopuszczalnych granicach ustawowych korzystania przez strony z zasady swobody kontraktowej, uzasadniać będzie dopiero ewentualną potrzebę oceny, czy usługi te zostały faktycznie wykonane przez stronę pozwaną i to w sposób zgodny z umową stron. Ciężar dowodu rzeczywistego wykonania tych usług na rzecz powódki spoczywa zgodnie z art. 6 k.c. na stronie pozwanej, która z faktu ich rzeczywistego spełnienia wywodzi skutek prawny w postaci uzyskania należnego jej wynagrodzenia, a nie bezpodstawnie uzyskanych korzyści, a więc w konsekwencji bezzasadności skierowanego przeciwko niej powództwa, wobec braku przesłanki określonej w art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k.

Sąd Najwyższy wskazał, że z uzasadnienia wyroku Sądu pierwszej instancji nie wynika, czy Sąd ten przeprowadził postępowanie dowodowe oraz czy dokonał oceny postanowień umownych z punktu widzenia dyspozycji art. 353³ k.c. Chcąc zaś rozstrzygnąć powództwo Sąd Apelacyjny lub ponownie Sąd Okręgowy powinien samodzielnie dokonać ustaleń koniecznych do zbadania czy przedmiotowe postanowienia umów mieszczą się w granicach swobody umów art. 353¹ k.c.

Przed terminem rozprawy wyznaczonym na dzień 21 lutego 2013 r., tj. w dniu 14 lutego 2013 r. (k. 1439) do Sądu Apelacyjnego wpłynęło pismo przygotowawcze pozwanej, w którym strona ta w całości podtrzymała zarzuty oraz wnioski zawarte w petitum apelacji i wniosła o zmianę wyroku Sądu I instancji i oddalenie w całości powództwa oraz zasądzenie od powoda kosztów postępowania w pierwszej i drugiej instancji oraz kosztów postępowania przed Sądem Najwyższym wg obowiązujących przepisów ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach dotychczasowego postępowania.

Nadto pozwana wniosła w tym piśmie o dopuszczenie i przeprowadzenie przez Sąd Apelacyjny dowodu z opinii biegłego z dziedziny ekonomii oraz ekonomiki przedsiębiorstw na okoliczności wskazane w tym piśmie, tj. na:

- a) powszechność praktyki udziału dostawcy producenta w czynnościach marketingowo promocyjnych towarów sprzedanych do pośredników handlowych tj. sieci handlowych/hurtowni, etc. i przyczyn tego stanu rzeczy;
- b) sposobu realizacji praktyki wskazanej w ppkt a) oraz sposobu wynagrodzenia za usługi reklamowo-promocyjne, świadczone przez pośredników handlowych na rzecz dostawców; gospodarczego charakteru i celu udzielania premii pieniężnych przez dostawców;
- c) charakteru i celu usług pozwanej polegających na: (i) publikacji w gazetkach reklamowych MAKRO towarów pochodzących od powoda, oznaczonych firmą powódki; (ii) akcjach promocyjnych (polegających, w szczególności na ekspozycji towarów pochodzących od powódki na „końcówkach” regałów, „wyspach” lub innych miejscach w halach pozwanej, pozwalających na wyeksponowanie przedmiotowego towaru, oznaczonego logo powódki, w miejscach szczególnie uczęszczanych przez klientów lub szczególnie widocznych) oraz gospodarczego znaczenia tych usług dla powódki;
- d) użyteczności usług opisanych w ppkt. d) dla powódki;
- e) kwalifikacji wykonanych przez pozwaną na rzecz powódki usług, o których mowa w ppkt. d), jako usług reklamowo-promocyjnych;
- f) powszechności stosowania premii pieniężnych/rabatów w stosunkach pomiędzy dostawcami i sieciami handlowymi/hurtowniami oraz ich wysokości procentowej;
- g) realnej wartości rynkowej (fair market value) usług wskazanych w ppkt. d) powyżej;
- h) możliwości, celowości i zakresu gospodarczego wykorzystania przez powódkę przedmiotu świadczenia przy usługach (...) oraz konsultacji handlowych, faktycznego wykonania przedmiotowych usług oraz ich realnej wartości rynkowej (fair market value).

Ponadto w dniu 19 lutego 2013 r. wpłynęło do akt sprawy kolejne pismo pozwanej (k. 1447) zawierające wystosowany w oparciu o treść art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) wniosek o skierowanie następujących pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej:

- 1) Czy art. 3 ust. 3 rozporządzenia nr 1/2013 r. z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U.UE L z dnia 4 stycznia 2003 r.) powinien być interpretowany w ten sposób, że nie obejmuje on takich przepisów krajowych, które zostały zamieszczone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale których celem jest eliminowanie zachowań utrudniających przedsiębiorcom dostęp do rynku, a w szczególności jak należy rozumieć sformułowanie „przepisy, które w sposób przeważający dążą do celu odmiennego niż ten, do którego prowadzą art. 81 i 82 traktatu” w kontekście krajowych regulacji zawartych w aktach dotyczących zwalczania nieuczciwej konkurencji i zakazujących utrudniania dostępu do rynku?;
- 2) W razie pozytywnej odpowiedzi na pytanie pierwsze: Czy art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 powinien być interpretowany w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie zakazaniu przez krajowe prawo konkurencji, jako

ograniczającego dostęp do rynku porozumienia, które może wpływać na handel pomiędzy państwami członkowskimi, lecz co, do którego nie zostało wykazane, że jego celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE?;

3) Czy art. 34 TFUE powinien być interpretowany w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie przepisom krajowym zakazującym pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży.

Ponadto na rozprawie w dniu 20 lutego 2013 r. (k. 1463) pozwana złożyła pismo procesowe, w którym wniosła o dopuszczenie dowodu z dokumentu prywatnego - opinii dr J. W. z Instytutu (...) w W. na okoliczność charakteru i oceny celowości działań marketingowych podejmowanych przez pozwaną na zlecenie powódki. Argumentując zasadność powyższego wniosku pozwana wywodziła, że jest on uzasadniony, ponieważ opinia potwierdza niesprzeczność z zasadą swobody umów faktu zawarcia przez powódkę i pozwaną umowy o świadczenie usług promocyjnych, a w konsekwencji potwierdza zasadność dopuszczenia wniosku z opinii biegłego sformułowanego w piśmie pozwanego z dnia 14 lutego 2013 r. Wskazała także, że opinia ta potwierdza niezasadność twierdzeń Sądu Okręgowego przedstawionych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, a odnoszących się do oceny działań promocyjnych wykonanych przez pozwaną dla powódki.

Sąd Apelacyjny, uwzględniając wniosek pełnomocnika powódki o odroczenie rozprawy, rozprawę z dnia 21 lutego 2013 r. odroczył celem umożliwienia zapoznania się stronie powodowej z treścią wniosku z dnia 19 lutego 2013 r. o skierowanie pytań prejudycjalnych, z uwagi na to, iż pełnomocnik powoda przed terminem rozprawy nie otrzymał pisma pozwanej, zawierającego wniosek o skierowanie pytań prejudycjalnych, zobowiązując pełnomocnika powoda do pisemnego ustosunkowania się do tego wniosku.

W dniu 6 marca 2013 r. pełnomocnik powódki złożył pismo, w którym wniósł o oddalenie wniosku pozwanej o skierowanie pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości, o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego i dowodu z dokumentu prywatnego w postaci prywatnej opinii sporządzonej na zlecenie pozwanej oraz przedstawił dalsze wywody i twierdzenia dotyczące argumentacji zawartej w piśmie procesowym strony pozwanej z dnia 14 lutego 2013 r.

Sąd Apelacyjny rozpoznając sprawę ponownie zważył, co następuje.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii zadania pytań prejudycjalnych, wyjaśnić należy, że Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do zadania pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości, przy czym zdaniem Sądu Apelacyjnego wbrew wywodom pozwanej zawartym w piśmie dnia 14 lutego 2013 r. (k. 1448 verte) Sąd Apelacyjny w przedmiotowej sprawie, w której służy skarga kasacyjna jest sądem, którego orzeczenie będzie podlegało zaskarżeniu w rozumieniu art. 267 ust. 2 TFUE (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 2008 r., III SK 23/2007, LEX nr 452461). Orzeczeniami, które nie podlegają zaskarżeniu są orzeczenia Sądu Najwyższego wydane w wyniku rozpoznania skargi kasacyjnej od orzeczenia sądu drugiej instancji. Zatem w sprawach, w których od orzeczenia sądu drugiej instancji przysługuje skarga kasacyjna, Sąd Najwyższy jest sądem ostatniej instancji w rozumieniu art. 267 akapit 3 TFEU. Sąd Apelacyjny uznał zatem, że w przedmiotowej sprawie nie działał jako sąd ostatniej instancji i tym samym nie miał obowiązku nałożonego przez prawo unijne do zadania pytania prawnego, lecz był sądem, którego orzeczenie podlega zaskarżeniu według prawa polskiego skargą kasacyjną, a zatem korzystał jedynie z przyznanego mu przez Traktat uprawnienia.

Sąd Apelacyjny nie skorzystał natomiast z możliwości zadania pytania prawnego do Trybunału Sprawiedliwości, gdyż w jego ocenie odpowiedź Trybunału Sprawiedliwości nie była niezbędna do wydania wyroku, bowiem Sąd Apelacyjny był związany wykładnią art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. dokonaną w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2012 r., sygn. akt I CSK 147/12, uchylającym wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 28 października 2011 r., podobnie Sąd Najwyższy w przypadku kolejnej skargi także będzie związany swą wcześniejszą wykładnią tej normy prawnej zgodnie z art. 398²⁰ zd. 2 k.p.c.

Odnosząc się do zarzutów apelacji Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje.

Przyjmując za trafny pogląd wyrażony w orzecznictwie dotyczącym art. 381 k.p.c., zgodnie z którym wyrok i uzasadnienie sądu wyższej instancji może spowodować zaistnienie potrzeby powołania nowych dowodów, Sąd Apelacyjny uznał, że powyższa sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie. Konieczność dopuszczenia dowodu z opinii biegłego wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego, który przekazując niniejszą sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu nakazał mu tym samym ustalenie stanu faktycznego traktującego o kwestiach nierozstrzygniętych uprzednio przez Sąd Apelacyjny w sposób jasny, do czego, w ocenie Sądu II instancji rozpoznającego sprawę ponownie, niezbędna była wiedza specjalistyczna, a tym samym celowe było dopuszczenie przedmiotowego dowodu.

Co więcej zgłoszony dowód z opinii biegłego nie służył uzupełnianiu twierdzeń strony o faktach czy nawet do czynienia ustaleń w zakresie faktów możliwych do stwierdzenia na podstawie innych środków dowodowych. Dowód ten miał być wykorzystany w przeważającej części do weryfikowania wymagających wiedzy specjalnej powiązań między ustalonymi faktami albo do wyprowadzenia z tych faktów wniosków, których sformułowanie wymaga wiedzy specjalistycznej (art. 278 k.p.c.) (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2012 r., I CSK 200/11, LEX nr 1133787), co dodatkowo uzasadniało dopuszczenie powyższego dowodu.

Z tego względu Sąd Apelacyjny postanowieniem z dnia 9 grudnia 2013 r. uwzględnił wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. ekonomiki i finansów przedsiębiorstw okoliczność na okoliczność:

a) ustalenia czy usługi reklamowe, usługi informacji marketingowej (...), usługi promocyjne, usługi zarządzania relacjami z klientem (...), usługi merchandisingowych, usługi dodatkowe i usługi konsultacji handlowych (tytuły usług widniejące na fakturach wystawionych przez pozwanego załączonych do pozwu) były, co do zasady usługami, z których powódka mogła osiągnąć wymierne korzyści;

b) w przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie zawarte w punkcie 1 a) ustalenia na podstawie dokumentacji znajdującej się w aktach sprawy czy w poszczególnych, kolejnych okresach czasu, za które wystawione zostały przez pozwaną faktury tytułem usług reklamowych, usług informacji marketingowej (...), usług promocyjnych, zarządzania relacjami z klientem (...), usług merchandisingowych, usług dodatkowych i konsultacji handlowych (tytuły usług widniejące na fakturach wystawionych przez pozwanego załączonych do pozwu), usługi te były w rzeczywistości świadczone (tzn. czy w danym okresie rozliczeniowym świadczona była usługa potwierdzona dokumentem znajdującym się w aktach sprawy) przy założeniu, że usługi potwierdzone przez powódkę w korespondencji mailowej (k. 784-859) zostały wykonane;

c) określenia faktycznej użyteczności rzeczywiście świadczonych przez pozwaną na rzecz powódki usług opisanych w punkcie 1. poprzez wskazanie ich realnej wartości rynkowej.

W opinii pisemnej (k. 1549-1564, korekta k. 1649-1650) biegły B. M. wskazał, że usługi będące przedmiotem rozliczeń pomiędzy stronami zostały zdefiniowane w umowie o współpracy w sposób następujący:

- usługi reklamowe, jako działania zamawiającego zmierzające do kreowania wizerunku marki/firmy, jak również określenia poszczególnych stadiów w budowaniu nowego wizerunku firmy/marki dostawcy, obejmujące:

- plan promocji gazetkowych i innych, reklamę w gazetce,
- drukowanie informacyjnych gazetek wydawanych przez zamawiającego z produktami dostawcy,
- dystrybucję gazetek wydawanych przez zamawiającego,
- emitowanie spotów reklamowych i informacyjnych w radiowęzłach zamawiającego,
- inne formy reklamujące produkt/marke dostawcy.
- usługi promocyjne - świadczenia zamawiającego na rzecz dostawcy mogące obejmować:

- udostępnianie powierzchni w placówkach zamawiającego do ekspozycji plakatów i innych materiałów przekazywanych przez dostawcę,
- udostępnianie powierzchni w placówkach zamawiającego celem umożliwienia przez dostawcę promocji produktów w formie degustacji, prezentacji lub animacji,
- umieszczenie dodatkowej wkładki o produktach/marce dostawcy w gazecie wydawanej przez zamawiającego,
- umieszczenie informacji o produkcie dostawcy na stałym nośniku reklamy lub katalogu wydawanym przez zamawiającego,
- dystrybucję wydawanych przez dostawcę materiałów reklamowych,
- umieszczenie towaru dostawcy na specjalnym eksponowanym miejscu umożliwiającym eksponowanie logo dostawcy.

Definicja usług promocyjnych w ocenie biegłego, wskazuje na znaczne podobieństwo tych usług z usługami reklamowymi.

- usługi merchandisingowej (nie zostały zdefiniowane w umowie o współpracy) - w praktyce handlowej rozumiane są, jako wpływania na zachowania klientów poprzez wystrój pomieszczenia i sposób prezentacji towarów w celu zwiększenia sprzedaży. Definicja tych usług wskazuje na ich znaczne podobieństwo z usługami promocyjnymi.
- usługi informacji marketingowej ((...)) - udostępnienie dostawcy analiz sprzedaży poszczególnych artykułów z podziałem na dowolne okresy i regiony, przedstawienie trendów w sprzedaży w odniesieniu do poprzednich okresów.
- usługi (...) (zarządzanie relacjami z klientami zamawiającego) - usługa polegająca na opracowaniu projektu koncepcji dostosowania asortymentu dostawcy do wymagań nowego lokalnego rynku zamawiającego.
- usługi (...) (zarządzanie relacjami z klientem zamawiającego) - usługa polegająca na opracowaniu projektu koncepcji dostosowania asortymentu dostawcy do odmiennych wymagań lokalnych rynków zamawiającego.
- usługi konsultacji handlowych - usługi zamawiającego na rzecz dostawcy polegające na konsultacjach w zakresie ceny, opakowania, jakości, pozycjonowania na rynku i innych istotnych elementów dla handlu towarami dostawcy, dotyczące:
 - warunków handlu na rynku krajowym,
 - warunków handlu w wybranym regionie,
 - warunków handlu dla wybranego asortymentu,
 - zmiany tendencji handlowych na rynku krajowym, regionalnym, dla danego produktu.
- usługi dodatkowe - nie zostały zdefiniowane w umowie o współpracy.

Oceniając użyteczność usług reklamowych, biegły wskazał, że realizowana przez (...) reklama produktu/marki (...) kierowana była wyłącznie do klientów (...). Firma ta nie była zainteresowana reklamowaniem produktu/marki (...) wśród potencjalnych nabywców niebędących jej klientami. Bezpośrednie korzyści z akcji reklamowych prowadzonych przez (...) odnosiło samo (...) - jako sprzedawca reklamowanego artykułu. Natomiast (...) korzystał z usług reklamowych realizowanych przez (...) potencjalnie. Te potencjalne korzyści polegały na tym, że zwiększona dzięki reklamie, sprzedaż określonego artykułu przez (...), mogła stanowić przesłankę zwiększenia zamówień na ten artykuł, lokowanych w firmie (...). O podobnych korzyściach potencjalnych dla (...) można by mówić także w

przypadku gdyby reklama prowadzona przez (...) ograniczała spadek sprzedaży przez tę firmę określonego artykułu firmy (...). Cele (...) przyświecające prowadzonej przez tę firmę reklamie nie były tożsame z celami (...). W rezultacie ich rachunek korzyści w tym zakresie nie kształtował się identycznie. Decyzje (...) odnośnie handlu artykułami dostarczonymi przez (...) (a więc kształtujące korzyści tej firmy) „filtrowane” były przez całościową politykę handlową (...), kierującą się własnymi celami biznesowymi, niekoniecznie zbieżnymi z celami (...). Na tej podstawie biegły uznał, że korzyści z usług reklamowych świadczonych przez (...) stanowiły dla (...), co do zasady, wielkość ułamkową w stosunku do korzyści z działalności reklamowej, podobnej co do treści, prowadzonej bezpośrednio przez (...).

Oceniając użyteczność usług promocyjnych, biegły wskazał, że logika działań promocyjnych realizowanych przez (...) była podobna, jak logika działań reklamowych. Bezpośrednie korzyści z akcji promocyjnych odnosił (...), jako sprzedawca promowanego artykułu. Natomiast (...) korzystał z usług promocyjnych świadczonych przez (...) potencjalnie. Te potencjalne korzyści polegały na tym, że zwiększona, dzięki promocji, sprzedaż określonego artykułu przez (...), mogła stanowić przesłankę zwiększenia zamówień na ten artykuł, lokowanych w firmie (...). O podobnych korzyściach potencjalnych dla (...) można by mówić także w przypadku, gdyby promocja prowadzona przez (...) ograniczała spadek sprzedaży przez tę firmę określonego artykułu. Na tej podstawie biegły uznał, że korzyści z usług promocyjnych świadczonych przez (...) stanowiły dla (...), co do zasady, wielkość ułamkową w stosunku do korzyści z działalności promocyjnej, podobnej co do treści, prowadzonej bezpośrednio przez (...).

Oceniając użyteczność usług merchandisingowych biegły uznał, że korzystność usług merchandisingowych realizowanych przez (...) z punktu widzenia (...) była podobna, do korzystności usług reklamowych i promocyjnych.

Przechodząc do oceny użyteczności usług informacji marketingowej (...) biegły wskazał, że usługi realizowane przez (...) w ramach (...) polegały na dostarczaniu do (...) tych samych informacji (albo bardzo zbliżonych), które firma (...) w gruncie rzeczy, już posiadała. Informacje te dotyczyły, bowiem tego, jakie ilości/wartości określonego artykułu kupionego wcześniej od (...) zostały przez określone oddziały (...) w określonym czasie sprzedane. Strumienie sprzedaży przez (...) określonego artykułu do (...) były, więc zbieżne (z uwzględnieniem pewnego przesunięcia w czasie) ze strumieniami sprzedaży tego artykułu przez (...). Kontrolowanie stanu zapasów (...) spółki (...) w oddziałach (...) byłoby zasadne w przypadku ponoszenia odpowiedzialności przez personel spółki (...) za odnawianie tych zapasów. Jednakże spółka (...), i tak nie kształtowała swoich dostaw do (...) na podstawie (...), ale na podstawie konkretnych zamówień pochodzących z działu zakupów (...). Informacje zawarte w raportach generowanych w ramach (...) mogły dawać pewne przybliżenie, co do wielkości przyszłych zamówień (...). Mając powyższe na względzie biegły uznał, że raporty (...) mogły mieć dla (...) pewne znaczenie jedynie w powiązaniu z usługami reklamowymi, promocyjnymi i merchandisingowymi realizowanymi przez (...) na rzecz (...), jako wsparcie informacyjne planowania tych działań.

Dokonując oceny użyteczności usług konsultacji handlowych, biegły zaznaczył, że zostały one zdefiniowane niezwykle szeroko, bowiem obejmują w istocie główne elementy tak zwanego mixu marketingowego, stanowiącego podstawę budowy strategii marketingowej firmy. Z tego względu potencjalną korzystność tego rodzaju miarodajnych konsultacji należało zdaniem biegłego uznać za bezsporną.

Przechodząc do oceny użyteczności usług (...), biegły podał, że systemy te mogą być skutecznym narzędziem zarządzania taką firmą jak (...), jednakże dla (...) raporty generowane pod nazwą (...) były nieprzydatne.

Oceniając użyteczność usług (...) biegły podał, że ocena potencjalnej korzystności usług sprzedawanych przez (...), jako (...) jest identyczna, jak ocena korzystności usług sprzedawanych przez (...), jako (...).

W dalszej części opinii biegły podał, że poczynione przez niego ustalenia dotyczące tego, czy usługi będące przedmiotem sporu były w rzeczywistości świadczone polegało na zestawieniu parametrów faktur wystawianych przez (...) i obciążających (...) z danymi zawartymi w aktach sprawy wskazującymi na wykonanie usługi, na które wystawiana była faktura. W przypadku nie odnalezienia w aktach sprawy takich danych biegły uznawał, że usługa, której dotyczyła dana faktura nie była wykonywana.

Faktury wystawione z tytułu faktycznie wykonanych usług reklamowych opiewają na kwotę 147.889,60 zł. Faktury wystawione z tytułu faktycznie wykonanych usług promocyjnych opiewają na kwotę 262.587,22 zł. Biegły uznał, że w oparciu o dokumentację sprawy nie można potwierdzić, że usługi merchandisingowe, odpowiadające wystawionym fakturom były przez (...) na rzecz firmy (...) rzeczywiście świadczone, a co za tym idzie całość faktur uznał za wystawione bezzasadnie. Faktury wystawione z tytułu faktycznie wykonanych usług (...) opiewają na kwotę 76.677,44 zł. Skoro usługi (...) nie były użyteczne dla (...), całość faktur za te usługi, biegły uznał za wystawione bezzasadnie. W odniesieniu do faktur wystawionych z tytułu świadczenia usług konsultacji handlowych biegły wskazał, że z analizy zawartości raportu dotyczącego wykonanej usługi konsultacji handlowych przedstawionego na kartach 868-876 wynika, że raport ten nie zawierał treści użytecznych dla (...), a zatem faktury z tytułu usług konsultacji handlowych uznać należało za wystawione bezzasadnie. Dodatkowo biegły wskazał, że karty 868-876 zawierające raporty o nazwie „Protokół z przeprowadzonych konsultacji handlowych” w nomenklaturze (...) funkcjonują również, jako raporty (...), o czym świadczy ten właśnie akronim umieszczony w główce raportu. Faktury wystawione z tytułu potwierdzonych, co do wykonania usług dodatkowych opiewają na kwotę 18.300,00 zł.

Mając powyższe na względzie biegły wskazał, że użyteczność dla (...) faktycznie świadczonych usług przez (...) można przypisać usługom promocyjnym i usługom reklamowym, usługom informacji marketingowej (...) oraz usługom dodatkowym. W odniesieniu do usług (...), usług (...) oraz usług konsultacji handlowych biegły stwierdził, że nie są one użyteczne dla (...), zaś co do usług merchandisingowych biegły uznał, że analiza dokumentacji nie wykazała świadczenia tych usług.

Ze względu na duże podobieństwo pomiędzy rozważanymi kategoriami usług, a niekiedy nawet ich tożsamość, a także brak szczegółowej ewidencji prowadzonych usług, ich wartość rynkowa została przez biegłego ujęta łącznie - jako usługi promocyjno-reklamowe. Z uwagi na stopień szczegółowości danych źródłowych określenia tej wartości można było dokonać jedynie w postaci oszacowania. Reasumując biegły uznał, że posiadające walor użyteczności usługi promocyjno-reklamowe świadczone przez (...) na rzecz (...) zostały zafakturowane na kwotę 428.776,82 zł.

Biegły przyjął, że usługi promocyjno-reklamowe świadczone przez (...) zafakturowane zostały po cenie godziwej, jako pełnowartościowe. Na podstawie przeprowadzonej analizy działań promocyjno-reklamowych prowadzonych na rzecz (...) przez (...) biegły uznał, że ich użyteczność dla firmy (...), była ograniczona, bowiem:

- działalność promocyjno-reklamowa wpływała na wysokość obrotów firmy (...) jedynie pośrednio. W związku z tym, efektywność tej działalności, mierzona jej wpływem na obroty firmy (...) realizowane poprzez sieć (...), była mniejsza, aniżeli efektywność analogicznej działalności prowadzonej samodzielnie;
- istotne parametry działań promocyjno-reklamowych prowadzonych przez (...) na rzecz (...), takie jak częstość, terminy i długotrwałość poszczególnych działań a także formaty, tło oraz warunki prezentacji treści promocyjno-reklamowych nie zostały w umowie o współpracy określone jednoznacznie. Tym samym również i zobowiązania (...) w omawianym zakresie były niejednoznaczne, a w rezultacie nie podlegały one jakiegokolwiek kontroli, ani też weryfikacji;
- wszelkiego rodzaju inicjatywy firmy (...) w zakresie kształtowania działań promocyjno-reklamowych prowadzonych na ich rzecz przez firmę (...) nie miały formy zleceń, które (...) przyjmowała do realizacji, ale były jedynie propozycjami składanymi odpowiednim służbom (...) uwzględnianymi, albo nie uwzględnianymi przez te służby.

Ponadto odnośnie usług (...), biegły stwierdził, że miały one postać standardowych raportów generowanych przez system komputerowy (...), zawierających dane o wartości i ilości sprzedaży przez oddziały (...) produktów firmy (...), a także o zapasach tych produktów w (...). Generowanie tych raportów polegało na przekazaniu do komputera informacji dotyczącej konfiguracji potrzebnych danych oraz komendy ich wydruku i nie wiązało się z dodatkowymi nakładami pracy na ich analizę. Raporty te dla (...) mogły mieć pewną użyteczność jedynie w zakresie składania firmie (...) propozycji akcji promocyjno-reklamowych dotyczących produktów/marki (...). Poza tym zakresem zastosowań

raporty (...) były dla (...) w istocie bezużyteczne. W związku z tym za zasadne biegły uznał określanie ich wartości, jako składnika wartości działań promocyjno-reklamowych prowadzonych faktycznie przez (...) na rzecz (...). Na tej podstawie biegły oszacował, że wartość raportów (...) nie powinna przekraczać 10% wartości rynkowej usług promocyjno-reklamowych świadczonych przez (...) na rzecz (...). Wartość usług (...) realizowanych przez (...) na rzecz (...) szacuje się, zatem na poziomie 22.477,29 zł. Wykazana powyżej niepełna użyteczność działań promocyjno-reklamowych prowadzonych na rzecz (...) przez (...) uzasadniała w ocenie biegłego skorygowanie ujętej na fakturach wartości tych działań. Biorąc pod uwagę obniżoną użyteczność tych działań biegły uznał, że ich wartość godziwa mieści się w przedziale, którego dolną krawędzią jest 1/3 kwot zafakturowanych, a górną krawędzią jest 2/3 kwot zafakturowanych, tj. pomiędzy 150.418,04 zł a 300.836,07 zł.

Z uwagi na zakwestionowanie opinii biegłego (k. 1549-1564) przez każdą ze stron w sprawie dopuszczono dowód z opinii uzupełniającej (ustnej k. 1620-1621, 1715 oraz pisemnej k. 1636-1650, 1719-1722).

W pisemnej opinii uzupełniającej (k. 1636-1650) biegły wyjaśnił, że w jego ocenie przyjęta na potrzeby niniejszej sprawy definicja usług promocyjnych wskazuje na znaczne podobieństwo tych usług z usługami reklamowymi, bowiem w rozpatrywanym przypadku pojęcia te zostały zdefiniowane w umowie o współpracy. Porównanie znajdujących się tam zapisów odnoszących się do usług reklamowych z zapisami odnoszącymi się do usług promocyjnych potwierdza, że brak jest istotnych różnic w treści pojęć „usługi reklamowe” i „usługi promocyjne” ustalonych w umowie o współpracy. Niekiedy zapisy umowy wręcz sugerują przypadkowość ulokowania poszczególnych działań w danej kategorii usług.

Następnie biegły wskazał, że w opinii pisemnej uznał, iż pozwana nie była zainteresowana reklamowaniem produktu/marki (...) wśród potencjalnych nabywców niebędących jej klientami, bowiem reklama produktu/marki (...) kierowana była przez (...) wyłącznie do swoich klientów, co wynika z zestawienia przedsięwzięć marketingowych ujętych w umowie o współpracy z istniejącym w (...) systemem organizacji dostępu do zakupu towarów tej firmy. Warunkiem dokonywania zakupów w sieci (...) jest dysponowanie kartą elektroniczną wystawianą po złożeniu w (...) odpowiedniego wniosku zawierającego dane pozwalające na identyfikację potencjalnego nabywcy już w momencie jego wejścia do obiektu handlowego (...), a następnie na dokonywanie przez niego zakupów. Właśnie dzięki tym, pochodzącym z bazy rejestrującej klientów (...) danym adresowym, dystrybucja gazetki może odbywać się drogą pocztową. Wskutek tych rozwiązań organizacyjnych gazetka z reklamą produktów/marki (...), siłą rzeczy, trafiała głównie do klientów (...). Również przekaz reklamy na rzecz (...) realizowany w innych formach był również skierowany do klientów (...), gdyż ze względu na swoje fizyczne charakterystyki, przekaz ten nie wykraczał poza granice obiektów handlowych (...). Zarazem w ocenie biegłego, nie ulegało wątpliwości, że przyjęty przez (...) sposób reklamy produktów/marki (...) był ukształtowany pod kątem jak najpełniejszego odzwierciedlenia interesów samego (...). Wobec swobody, jaką w tym zakresie miało (...), można przyjąć, że w przypadku, gdyby było ono zainteresowane skierowaniem reklamy marki/produktów (...) na potencjalnych nabywców niebędących jej klientami, to z całą pewnością zrobiłoby to.

Na podstawie powyższego biegły uznał, że brak było w palecie usług reklamowych i promocyjnych (...) realizowanych na rzecz (...), przedsięwzięć skierowanych na potencjalnych nabywców niebędących jej klientami, a zarazem występowała pełna swoboda (...) w zakresie kształtowania tych usług, co wskazuje łącznie na brak zainteresowania (...) kierowaniem przekazu reklamowo-promocyjnego w kierunku tego segmentu potencjalnego rynku (...).

W dalszej kolejności biegły wyjaśnił, że cele (...), przyświecające prowadzonej przez tą firmą reklamie, nie były tożsame z celami (...), bowiem z niepodlegający dyskusji faktu wynika, iż cele (...) obejmowały swoim zasięgiem także innych, niż (...), odbiorców produktów (...) (w szczególności konkurentów (...)), a z kolei cele (...) w zakresie sprzedaży asortymentu oferowanego przez (...) obejmowały swoim zasięgiem także innych dostawców tego asortymentu (w szczególności konkurentów (...)), co wynika z analizy materiałów zawartych w aktach sprawy, w szczególności głównych dokumentów dotyczących sprawy (umowa o współpracy), pism procesowych stron, a także zeznań przedstawicieli (...) i (...).

Dalej biegły podał, że w opinii pisemnej stwierdził, że „decyzje (...) odnośnie handlu artykułami dostarczonymi przez (...) (a więc kształtujące korzyści tej firmy) „filtrowane” były przez całościową politykę handlową (...), kierującą się własnymi celami biznesowymi, niekoniecznie zbieżnymi z celami (...), bowiem kontrahenci zawierający transakcje na rynku, co do zasady, mają pewne cele wspólne, ale mają także pewne cele rozbieżne, a w aktach sprawy nie sposób doszukać się jakichkolwiek przesłanek pozwalających przypuszczać, aby w odniesieniu do (...) i (...) było inaczej. Przeciwnie, przyświecający (...) cel „wzrostu obrotów (...) w asortymencie miodów” był realizowany nie tylko poprzez sprzedaż produktów (...), ale także poprzez sprzedaż produktów konkurentów (...). Brak zbieżności celów biznesowych (...) z celami biznesowymi (...) był, więc w ocenie biegłego oczywisty.

Argumentując zasadność stwierdzenia, że (...) prowadził własną działalność reklamową i/lub promocyjną, oraz że usługi w tym zakresie świadczone przez pozwaną stanowiły dla powódki wielkość ułamkową w stosunku do korzyści z działalności reklamowej i promocyjnej prowadzonej bezpośrednio przez (...), biegły podał, że powyższe jest prostą konsekwencją różnic w celach biznesowych (...) i (...) oraz w celach (...) w zakresie świadczenia usług reklamowych i celach (...) w tym zakresie, co więcej korzyści ze świadczenia tych usług musiały być siłą rzeczy mniejsze (ze względu na konieczność godzenia rozbieżnych interesów stron), aniżeli korzyści uzyskiwane przez (...) w przypadku podobnych działań, realizowanych bezpośrednio przez siebie, a więc podporządkowanych w pełni swoim interesom tej firmy i plasowanych zgodnie ze swoimi celami biznesowymi oraz swoją strategią marketingową.

Wskazując podstawę uznania, że usługi informacji marketingowej polegały na dostarczaniu powódce przez pozwaną, informacji takich samych lub zbliżonych do tych, które powódka już posiadała, biegły podał, że ocena taka została sformułowana na podstawie raportów (...) (znajdujących się w aktach sprawy), które zawierają szczegółowe dane ewidencyjne o ruchu produktów (...) w obiektach handlowych (...). W ocenie biegłego, oczywistym było, że ten ewidencjonowany w ramach (...) ruch produktów (...) sprzedawanych przez (...) musiał stanowić przesunięte nieco w czasie odbicie dostaw tych produktów do (...). Te zaś wielkości, siłą rzeczy musiały być doskonale znane firmie (...).

Wyjaśniając stwierdzenie, że potencjalna przydatność raportów (...) polegała na tym, że zawierały one dane, które mogły być wykorzystywane do planowania działań, promocyjnych i merchandisingowych realizowanych przez (...) na rzecz (...) biegły podał, że nie mogły być one przydatne do planowania innych działań. W szczególności nie mogły na przykład być one przydatne do planowania działań reklamowych i promocyjnych adresowanych do innych odbiorców, niż klienci (...), gdyż nie zawierały one żadnych informacji na temat dotychczasowej sprzedaży produktów (...) tym odbiorcom, niezbędnych przecież do zaplanowania działań reklamowych skierowanych na tych odbiorców.

Uzasadniając przyjęcie, że raporty (...) były dla (...) nieprzydatne biegły stwierdził, że istniejący w (...) system (...) służy do wspomagania zarządzania przez pracowników (...) relacjami ze swoimi klientami. (...) nie miał żadnej potrzeby, ani też możliwości technicznych, aby zarządzać relacjami (...) ze swoimi klientami. Znajdujące się w aktach sprawy raporty (...) zawierają ogólnie dostępne dane na temat regionu, w którym działa dany oddział (...) na temat konkurentów (...) oraz sieci handlowych zlokalizowanych w regionie. Opłacanie dostępu do tego rodzaju danych, możliwych do uzyskania bezpłatnie lub już doskonale znanych firmie (...), nie miało uzasadnienia.

Wyjaśniając, dlaczego zapłatę firmie (...) kwoty 36.600 zł, biegły uznał za nieodnoszącą się do reklamowania produktów/marki (...), biegły stwierdził, że znajdujące się na kartach 881-882 zdjęcia słoików miodu nie zawierają żadnych elementów pozwalających kojarzyć te obrazy z produktami (...), a zatem nie mogą stanowić dowodu na to, że była to reklama produktów firmy (...). Przecież równie dobrze można byłoby argumentować, że zdjęcie to reklamowało produkty konkurentów firmy (...), a więc oddziaływało niekorzystnie na interesy tej firmy. Co do uczestnictwa pracowników firmy (...) w tworzeniu artykułu do gazetki (...) to działaniem to zdaniem biegłego można uznać, co najwyżej za udzielenie pomocy pracownikom firmy (...) w ich działalności redakcyjnej. Udzielenie tej pomocy nie może być jednak traktowane, jako dowód na to, że firma (...) uznaje to działanie za wypełnienie zapisów rozdziału 2 ust. 2.1 punkt 12 i 13 umowy o współdziałaniu definiującego treść usług promocyjnych i reklamowych.

Wskazując podstawę stwierdzenia, że pozwana uwzględniała lub nie uwzględniała inicjatywę powódki odnośnie do kształtowania działań promocyjno- reklamowych, biegły wskazał, że (...) nie mógł dowolnie kształtować programu

usług promocyjno-reklamowych świadczonych przez (...). Żadnych praw przysługujących (...) w tym zakresie umowa o współpracy nie przewidywała. Zarazem treść i zakres świadczonych periodycznie usług reklamowo-promocyjnych (...) z pewnością nie satysfakcjonowały (...) - w sposób bezpośredni świadczy o tym złożony przez (...) pozew. A zatem musiał istnieć rozdziew pomiędzy potrzebami (...) dotyczącymi sposobu świadczonych przez (...) usług a faktycznym sposobem realizacji tych usług.

Uzasadniając twierdzenie, zgodnie z którym wartość raportów (...) nie powinna przekraczać 10% wartości usług promocyjno-reklamowych biegły wywiódł, że analiza treści raportów (...) wykazała, że mogły być one dla (...) w pewnym stopniu użyteczne jedynie w zakresie składania firmie (...) propozycji akcji promocyjno-reklamowych dotyczących produktów/marki (...). Poza tym zakresem zastosowań raporty (...) były dla (...) bezużyteczne. W tej sytuacji było zasadne, aby gotowość do przekazywania raportów (...) do (...) traktować, jako integralny element usług reklamowych i promocyjnych i nie ujmować tego działania w umowie, jako samodzielnej usługi podlegającej odrębnej sprzedaży. Raporty (...) nie są przedmiotem obrotu rynkowego, a zatem wartości tych usług nie można określić na podstawie kształtowania się cen transakcyjnych towarzyszących udostępnianiu tych raportów. Również rzeczywiste koszty świadczenia tych usług nie mogły stanowić podstawy wyceny wartości usług (...), gdyż koszty te sprowadzały się w istocie do kosztów periodycznego drukowania tych raportów i to tylko w przypadku, gdy pracownik (...) występował o ich uzyskanie. Do wydrukowania tych raportów nie było potrzebne specjalnie dedykowane na potrzeby obsługi (...) oprogramowanie. Edycja raportów odbywała się w oparciu o standardowe funkcje (...) służące personelowi (...). Koszty wydruku stanowiły, zatem wielkość pomijalną. W tych warunkach za najrozsądniejszy standard wartości pozwalający na oszacowanie wartości rynkowej usług (...) biegły uznał standard wartości godziwej poprzez ujęcie jej, jako wielkości procentowej w stosunku do wartości, bazowych wobec (...), usług promocyjno-reklamowych. Przyjęcia tej wielkości na poziomie nie większym, niż 10% biegły dokonał w oparciu o doświadczenie biznesowe biegłego dotyczące kształtowania się struktury kosztów typowych przedsięwzięć marketingowych.

Biegły podkreślił także, że przedmiotem opinii nie była analiza polityki reklamowo-promocyjnej (...), a jedynie ocena wybranych aspektów wykonania umowy o współpracy pozwanej z powódką. Z tego powodu porównywanie polityki reklamowo-promocyjnej pozwanej z polityką innych sieci handlowych przekracza ramy opinii. Podobnie przedmiotem opinii nie była kwestia rozpoznawalności marki (...).

W dalszej kolejności biegły podał także, że jest zupełnie oczywiste, że faktycznie realizowane przez (...) działania reklamowo-promocyjne mogły mieć różnorakie pozytywne, skutki marketingowe dla (...), czego biegły nie wykluczał, jednakże celem opinii nie był pomiar tych skutków, ale określenie faktycznej użyteczności rzeczywiście świadczonych przez pozwanego na rzecz powoda usług poprzez wskazanie ich realnej wartości rynkowej. Określenie realnej wartości rynkowej rzeczywiście świadczonych przez pozwanego na rzecz powoda usług poprzez odwołanie się do istniejących tym zakresie cen tych usług - wobec braku dokumentacji pozwalającej odtworzyć szczegółowe parametry tych świadczeń - nie było możliwe. Niezależnie od powyższego ograniczenia, zdaniem biegłego istnieją metodologiczne wątpliwości co do tego, czy w rozpatrywanym przypadku celem ustalenia wartości rynkowej usług świadczonych przez (...) na rzecz (...) można odwoływać się do ustalonych między kontrahentami cen tej kategorii usług. Wątpliwości biegłego wzięły się stąd, iż wokół kształtowania przez wielkie sieci handlowe relacji biznesowych ze swoimi dostawcami pojawiają się liczne zarzuty podobne do tych, które znalazły się w pozwie. Wskazuje się w nich, iż relacjom tym towarzyszą liczne naruszenia prawa (w szczególności ograniczanie konkurencji). Kwestia zasadności tych zarzutów, pozostaje otwarta w odniesieniu do niniejszego postępowania. Nierozstrzygnięcie tej kwestii stawia pod znakiem zapytania możliwość uznania cen usług wykreowanych w ramach wzmiankowanych relacji za właściwą podstawę wyznaczania wartości rynkowej tych usług. Standard wartości rynkowej stanowi bowiem, że cena rynkowa kształtuje się w warunkach swobody podejmowania decyzji przez kontrahenta (bez przymusu), a w rozpatrywanej grupie transakcji okoliczność ta jest właśnie pryncypialnie kwestionowana. W tym stanie rzeczy, jako aproksymację wartości rynkowej usług świadczonych przez (...) (z wyjątkiem usług (...)), biegły przyjął oszacowanie wartości godziwej tych usług ujęte w postaci przedziału wyceny na bazie zweryfikowanych kwot zafakturowanych przez (...) z tytułu wykonania tych usług.

Biegły uznał, że będące przedmiotem oceny działania marketingowe prowadzone przez (...), polegające na eksponowaniu towarów (...) poprzez umieszczanie ich fotografii w gazetkach bądź umieszczaniu tych towarów na widocznych, często uczęszczanych miejscach nie zawierały, zasadniczo biorąc, elementów pozycjonujących te towary, jako lepsze lub bardziej godne zakupu w stosunku do towarów konkurencji.

Następnie biegły podał, że cechą istotną zawartej między (...) a (...) umowy o współpracy było to, że nie zawierała ona jakichkolwiek postanowień określających rozmiary działań reklamowo-promocyjnych, do których zobowiązana była (...), harmonogramy tych działań. Umowa ta nie zawierała postanowień dotyczących sposobu ich realizacji oraz rozliczania wynikających z tego zobowiązań. Jedynym konkretnym uregulowaniem umownym wzmiankowanych powyżej kwestii był Załącznik nr 2 do umowy o nazwie „Zamówienie wykonania usług”. Jednakże i ten formularz nie zawierał żadnych wiążących postanowień, co do rozmiarów świadczonych przez (...) usług, ani też nie zawierał wolnych pól pozwalających firmie (...) na sprecyzowanie jakiegokolwiek zamówienia na usługę - do przedmiotu i rodzaju działań objętych usługą, terminów rozpoczęcia tych działań, czasu ich trwania, czy też wymagań specjalnych. Załącznik 2 zawierał jedynie cennik objętych umową usług w postaci opłat wyliczanych, jako wielkość procentowa od obrotu oraz określenie terminów i trybu płatności za ujęte w umowie usługi. Był on także wyposażony w zapisy stanowiące, że „na łączną wysokość zamawianych usług składa się wynagrodzenie za zamówione przez dostawcę usługi oraz za gotowość do ich świadczenia przez zamawiającego” oraz że „usługi (...) uważa się za wykonane również wówczas, gdy dostawca nie odbierze materiałów będących przedmiotem usługi”. Zapisy te w ocenie biegłego sugerują wręcz, że płatności świadczone przez (...) na rzecz (...) stanowią raczej formę prowizji od obrotów, a nie zapłatę za świadczenie konkretnych usług. Stosunkowo skromne dane, rzucające pewne światło na przebieg realizacji usług świadczonych przez (...), mają postać faxów i maili dotyczących konkretnych przedsięwzięć reklamowych, a także gazetek zawierających reklamowane produkty firmy (...). Ustalone w umowie o współpracy ramy prawne współpracy pomiędzy kontrahentami oraz stan faktyczny istniejący w tym zakresie powodują, że możliwości szczegółowego ustalenia zakresu świadczonych usług a także ich użyteczności zostały istotnie ograniczone.

Biegły przyjął, że w aktach sprawy znajdują się wszystkie dostępne dane, istotne dla odzwierciedlenia rzeczywistego stanu rzeczy w rozpatrywanej sprawie i na tej podstawie uznał, że dowodem rzeczywistego wykonania usługi zafakturowanej przez (...) a obciążającej (...) jest bądź utrwalony obraz tej usługi (na przykład gazetka zawierająca odpowiednią treść reklamową) w czasie odpowiadającym okresowi, na który opiewa faktura, bądź też jakikolwiek ślad fizyczny zarejestrowany w kanałach, poprzez które odbywała się komunikacja między (...) i (...) (na przykład fax lub mail, w którym kontrahenci omawiali kwestie związane z realizacją usługi, którą można przypisać danej fakturze) uprawdopodobniający wykonanie tej usługi, np. fax z dnia 1 marca 2005 r. od J. B. (...) do J. S. (...), w którym pierwszy z wymienionych pisze: „Bardzo proszę o potwierdzenie ustaleń i odesłanie faxu do dnia 01/03/2005 PILNE!!! Ekspozycja marki lub nazwy firmy na końcówce regału. Termin 15/03/2005-18/03/2005. Nazwa artykułu miód wielokwiatowy 1,25 kg (k. 5, k. 840), a także nawiązujący do tego samego przedsięwzięcia mail z dnia 3 marca 2005 r. J. B. (...) do J. S. (...) (k. 4, k. 792) zostały uznane za dowód uprawdopodobnienia wykonania usługi objętej fakturą (...) z dnia 2005-03-31. Wobec braku innych dowodów odnoszących się do rozpatrywanego przedsięwzięcia, w szczególności wobec braku pochodzących od powoda kontr dowodów (zastrzeżeń zaprzeczających wykonaniu przedsięwzięcia), w biegły przyjął, że przedstawione powyżej komunikaty uprawdopodobniają wykonanie usługi, o której mowa w faxie z dnia 1 marca 2005 r. i w mailu z dnia 1 marca 2005 r.

Przedstawiony powyżej sposób rozumowania został przez biegłego przyjęty także w odniesieniu do rozstrzygnięć dotyczących pozostałych dokumentów. Faxy wysyłanych przez (...) do (...) (k. 792, 840, 842, 846, 848, 850, 852-2, 854, 855, 856, 857, 858, 859) zawierały standardowy tekst: „Bardzo proszę o potwierdzenie umieszczenia w ofercie (...) maila o numerze (tu zapis kolejnego numeru) następujących artykułów...”, po którym umieszczane są szczegółowe parametry dotyczące danego przedsięwzięcia reklamowego, co zdaniem biegłego świadczy o dokonywaniu dosyć precyzyjnych uzgodnień dotyczących przedsięwzięć reklamowych zaplanowanych do realizacji w okresach odpowiadających okresom, na które opiewają odpowiednie faktury wystawiane przez (...), co w ocenie biegłego stanowi udokumentowanie wykonania usługi przez (...).

Następnie biegły wskazał, że dokumenty wymienione na potwierdzenie wykonania usług reklamowych odzwierciedlają pewną fazę planowania tych usług i jako takie, siłą rzeczy, sporządzane były przed ich wykonaniem. Z analizy treści umowy o współpracy wynika, że strony nie przewidziały dokumentowania (w postaci sprawozdań, protokołów odbioru itp.) a co więcej w aktach sprawy brak jest dokumentacji świadczącej o tym, że powód z własnej inicjatywy gromadził dowody wskazujące na niewykonywanie przedsięwzięć uzgadnianych w formie faxów. W tej sytuacji biegły przyjął, że dokonywanie szczegółowych uzgodnień planistycznych dotyczących rozpatrywanych przedsięwzięć reklamowych dostatecznie uprawdopodobniają ich wykonanie.

Wyjaśniając, dlaczego biegły w niektórych przypadkach te same dowody (dokumenty znajdujące się na tych samych kartach akt) przedstawia, jako dowód wykonania usługi w dwóch różnych okresach rozliczeniowych biegły podał, że faktury reklamowe wystawiane były za okresy miesięczne. Okresy rozliczeniowe dla par faktur następowały bezpośrednio po sobie. W niektórych przypadkach, na karcie źródłowej uznanej za dowód wykonania usługi, okres realizacji usługi obejmował właśnie dwa kolejne miesiące, za które wystawiana była odpowiednia para faktur a co za tym idzie, biegły uznał, że dana np. k. 842 legitymizowała wykonanie usługi reklamowej za dwa okresy, konkretnie w maju, jak i w czerwcu 2005 r.

Dalej biegły wyjaśnił, że wniosek, iż dokumenty wymienione przez niego w kolumnie „potwierdzenie wykonania” (tabela dotycząca usług promocyjnych) stanowią potwierdzenie faktu wykonania usługi, został wysnuty z przesłanek tego samego rodzaju, które odnoszą się do omówionych powyżej usług reklamowych. Omawiane dokumenty świadczą o dokonywaniu szczegółowych uzgodnień dotyczących przedsięwzięć promocyjnych zaplanowanych do realizacji w okresach odpowiadających okresom, na które opiewają odpowiednie faktury wystawiane przez (...).

Dalej biegły podał, że dokumenty potwierdzające wykonanie usługi promocji odzwierciedlają pewną fazę planowania tych usług i siłą rzeczy sporządzane były przed ich wykonaniem. Jak wskazano powyżej, w odniesieniu do usług reklamy, dokumentowanie (w postaci sprawozdań, protokołów odbioru itp.) wykonania tych usług nie zostało przez strony przewidziane. W opinii biegły przyjął, że uzgodnienia planistyczne dotyczyły przedsięwzięć reklamowych.

Podobnie dokumenty wskazane na uzasadnienie wykonania usług dodatkowych, dotyczyły usług reklamowych i odzwierciedlały pewną fazę planowania tych usług i siłą rzeczy sporządzane były przed ich wykonaniem, bowiem jak wskazywano powyżej z analizy treści umowy o współpracy wynika, że dokumentowanie (w postaci sprawozdań, protokołów odbioru itp.) wykonania tych usług nie zostało przez strony przewidziane.

Następnie biegły podał, że wydrukowane w dniu 29 listopada 2007 r. raporty (...) dotyczą okresu lipiec 2004 – listopad 2005 i stanowią potwierdzenie zdolności (...) do wykonania usługi ujętej w umowie o współpracy.

Do usług faktycznie wykonanych, a zarazem uznanych za użyteczne biegły zaliczył udokumentowane w części usługi reklamowe, promocyjne oraz (...). Niezależnie od wątpliwości, jakie wywołuje użyteczność tych usług dla powódki, stan materiału dowodowego, a w szczególności brak jakiegokolwiek dokumentowania świadczonych usług, nie pozwala na oszacowanie ich wartości w inny sposób, aniżeli ten, który został zastosowany w opinii z kwietnia 2014 r., to znaczy w oparciu o zapłacone wartości fakturowe. Wyjątek w tym zakresie uczyniony został w odniesieniu do usług (...), które uznane zostały za nieposiadające samoistnej wartości, poza tą która wynika z ich użyteczności, jako pewnej pomocy w zakresie planowania usług reklamowych i promocyjnych. Takie ujęcie użyteczności usług (...) pozwoliło na oszacowanie ich wartości, jako pewnej rozsądnej - w ocenie biegłego - wartości procentowej usług reklamowych i promocyjnych uznanych w tym przypadku za bazowe.

Biegły podkreślił dalej, że przedmiotem opinii nie były koszty usług świadczonych przez (...) na rzecz (...), ale faktyczna użyteczność dla powoda rzeczywiście świadczonych przez pozwaną poprzez wskazanie ich realnej wartości rynkowej. Nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że w opinii pisemnej zafakturowane przez (...) kwoty obciążające (...) uznawane były za wielkości odzwierciedlające poniesione przez (...) koszty świadczenia usług na rzecz (...), ani też - tym bardziej - do traktowania sporządzonego przez biegłego oszacowania, jako rozstrzygnięcia dotyczącego

podziału kosztów świadczonych usług pomiędzy powódkę a pozwaną. Zastosowane w opinii współczynniki „1/3” i „2/3” są parametrami korygującymi wartość usług zapisaną w fakturach do poziomu odzwierciedlającego ich faktyczną użyteczność, jednocześnie nie są to współczynniki alokujące koszty wykonania usług (...) pomiędzy strony postępowania.

Biegły podkreślił też, że w sporządzonej przez niego opinii pisemnej nie wywiódł, że usługi (...) nie przynosiły stronie powodowej bezpośrednich korzyści. Ocena użyteczności usług (...) dla powódki zawiera się w stwierdzeniu, że raporty (...) dla (...) „mogły mieć pewną użyteczność jedynie w zakresie składania firmie (...) propozycji akcji promocyjno- reklamowych dotyczących produktów/marki (...)”. Wartość tych raportów biegły określił, jako 10% kwot zafakturowanych za promocje i reklamę, co nie oznacza, że w opinii przyjmuje się, że wielkość ta odzwierciedla koszty świadczenia usług (...) na rzecz (...). W rozpatrywanym przypadku rzeczywiste koszty ewentualnej edycji raportów (...) dla (...) były znikome i wynikały jedynie z kosztów druku tych raportów, ponieważ ich zawartość wskazuje na to, że stanowiły one standardowe produkty systemu (...) eksploatowanego przez (...), służące pracownikom (...) do obsługi procesów logistycznych realizowanych w firmie (zarządzanie strumieniami dostaw). Ewentualne wykorzystywanie tych raportów przez (...) (innych dostawców) stanowiło zupełnie marginalny aspekt ich funkcjonalności.

Sąd Apelacyjny opierając się na wyżej przedstawionej wiarygodnej jako dowód opinii biegłego oraz pozostałym, zgromadzonym przed Sądem I instancji materiale dowodowym, w tym na zeznaniach świadków D. R., B. J. oraz J. S. (art. 382 k.p.c.), doszedł do przekonania, że powództwo zasługiwało w części na uwzględnienie.

Poddany osądowi spór dotyczył charakteru opłat pobieranych od powódki przez pozwaną, oznaczonych w łączącej strony umowie o współpracę z dnia 15 grudnia 2004 r., jako usługi marketingowe, transportowe, „otwarcia”, „reotwarcia”, „premię roczną”, „usługi merchandisingowe” i „konsultacji handlowych”, które powódka uznawała za niedozwolone opłaty z tytułu dopuszczenia towarów do sprzedaży.

Uwzględniając w zarzuty apelacji, w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w sprawie przez Sąd I instancji jak i dowód w postaci opinii biegłego sądowego przeprowadzonym przez sąd II instancji oraz biorąc pod uwagę wykładnię przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. dokonaną przez Sąd Najwyższy w przedmiotowej sprawie, którą to wykładnią obecnie Sąd Apelacyjny jest związany w oparciu o treść art. 398²⁰ k.p.c., należało przyjąć, że część opłat pobranych przez pozwaną od powódki miała charakter inny niż marża handlowa i przez to pozwana utrudniała dostęp do rynku powodowej spółce, a tym samym działanie to stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, bez konieczności dowodzenia tego przez stronę powodową, co czyniło częściowo zasadnym jej powództwo oparte na art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Stosownie zaś do art. 18 ust. 4 u.z.n.k., w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji, przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści na zasadach ogólnych.

Przedmiotem sporu między stronami pozostawała przede wszystkim kwestia charakteru i faktycznego wykonania postanowień dotyczących spornych usług, zastrzeżonych na rzecz pozwanej w łączących strony umowach handlowych. Podniesione przez skarżącą zarzuty ogniskowały się wokół kwestii, czy pobranie tych opłat należało zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji, przewidziany w art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie budzi wątpliwości, że strony mogą zastrzec w umowie - w ramach swobody kontraktowej (art. 353¹ k.c.) - spełnienie dodatkowych świadczeń w postaci określonych usług nieobjętych typową umową sprzedaży czy dostawy. W orzecznictwie zwrócono jednak uwagę, że ocena ustawowych przesłanek ograniczających tę swobodę musi uwzględniać ryzyko sprzeczności określonego stosunku prawnego z założeniami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. dążeniem do eliminacji niepożądanych zjawisk w działalności gospodarczej, a w szczególności przeciwdziałaniem zachowaniom monopolistycznym, także w płaszczyźnie kontraktowej (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2012 r., I CSK 147/12, nie publ.). Sama prawna skuteczność zawartych w umowie sprzedaży czy dostawy porozumień marketingowo-promocyjnych nie przesądza

jeszcze wystąpienia deliktu nieuczciwej konkurencji. Decydujące znaczenie dla takiego stwierdzenia ma natomiast ocena, że uzyskana przez kupującego opłata stanowi w istocie pobranie od sprzedającego czy dostawcy - innej niż marża handlowa - opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 2 lutego 2001 r., IV CKN 255/00, OSNC 2001, Nr 9, poz. 137; z dnia 12 czerwca 2008 r., III CSK 23/08, nie publ.).

W przedmiotowej sprawie Sąd Apelacyjny podziela ustalenia Sądu Okręgowego i uznaje je za własne poza ustaleniem, z którego wynika, że wszystkie usługi opisane załączonymi do pozwu fakturami miały charakter pozorny, a pobieranie przez pozwaną wszystkich należnych z tego tytułu opłat miało na celu utrudnienie stronie powodowej dostępu do rynku.

Przechodząc do meritum sprawy w pierwszej kolejności należało odnieść się do wskazanych w apelacji zarzutów naruszenia przepisów postępowania, co mogło mieć, według strony pozwanej istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż oceny zasadności zarzutów naruszenia prawa materialnego można dokonać dopiero wówczas, gdy stan faktyczny sprawy stanowiący podstawę rozstrzygnięcia został prawidłowo ustalony.

Za częściowo zasadny Sąd Apelacyjny uznał zarzut sprzeczności istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 227 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 i art. 233 § 1 k.p.c., które mogły mieć wpływ na wynik sprawy poprzez dokonanie oceny dowodów w sposób niewszechstronny i nasuwający zastrzeżenia z punktu widzenia zasad logicznego rozumowania, a w konsekwencji przyjęcie, że usługi reklamowe, promocyjne, transportowe, informacji marketingowej, konsultacji handlowych, (...), otwarcia i reotwarcia nie były w ogóle świadczone na rzecz (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., pomimo częściowego przyznania tej okoliczności przez obie strony sporu i wykazania jej załączonymi do akt sprawy dokumentami i przeprowadzonymi w toku postępowania dowodami z zeznań świadków oraz poprzez bezzasadne pominięcie dowodów z zeznań świadków D. R., B. J. oraz J. S., które prowadzą do odmiennych niż przyjęte przez Sąd Okręgowy wniosków i wskazują, iż pozwany świadczył na rzecz (...) część usług zgodnie z umową i nie miały one charakteru pozornego, bez wskazania czy i dlaczego odmówił tym dowodom wiarygodności i mocy dowodowej.

Jak wskazano powyżej, przy ponownym rozpoznaniu sprawy, Sąd Apelacyjny uzupełnił postępowanie dowodowe o dowód z opinii biegłego a następnie całokształt materiału dowodowego (zgromadzonego przez Sąd I i II instancji) ocenił ponownie, co przekładało się na dodatkowe ustalenia faktyczne, co do faktu i charakteru świadczonych przez pozwaną usług.

Sąd Apelacyjny ustalił, że usługi (...), (...) oraz konsultacji handlowych nie były użyteczne dla (...), jak również że analiza dokumentacji nie wykazała świadczenia usług merchandisingowych przez pozwaną, a także świadczenia części usług dodatkowych. Ponadto Sąd Apelacyjny uznał, że usługi promocyjno-reklamowe, świadczone usługi dodatkowe oraz usługi (...) miały dla powódki jedynie nieznaczną użyteczność a tym samym, że pobrane za nie wynagrodzenie było zawyżone. a co za tym idzie uznał, że opłaty pobrane przez pozwaną za ww. usługi, tj. za usługi (...) i (...) w kwocie 225.090 zł, za usługi konsultacji handlowych w kwocie 61.000 zł, za usługi merchandisingowe w kwocie 67.386,64 zł, za usługi dodatkowe w kwocie 4.880 zł jak również częściowo za usługi reklamowo-promocyjne, dodatkowe oraz (...) w kwocie 150.418,04 zł, stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem w rzeczywistości były opłatami za przyjęcie towarów do sprzedaży, wobec powyższego na rzecz powódki należało z sądu od pozwanej zwrot kwoty 508.774,68 zł, stanowiącej równowartość bezpodstawnego wzbogacenia pozwanej, kosztem powódki z uwagi na dopuszczenie się przez pozwaną czynów nieuczciwej konkurencji.

Fakt świadczenia pozostałej części z tych usług oraz fakt ich realnej wartości dla powódki potwierdziła natomiast opinia biegłego sądowego.

Sąd Apelacyjny uznał, że powództwo powinno zostać oddalone jako bezzasadne w zakresie roszczenia związanego z premiami pieniężnymi. Sąd Apelacyjny podziela w tym zakresie stanowisko pozwanej oraz aktualną argumentację zawartą w ostatecznych orzeczeniach Sądu Najwyższego (por. np. powoływany przez pozwanego wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2015 r., sygn.. akt I CSK 136/14, Lex nr 1710335) co do tego, że umówienie się na to, że nastąpi obniżenie ceny w drodze zastosowania rabatu – premii pieniężnej naliczanej jako procent od obrotu nie jest co do

zasady sprzeczne ze swobodą umów, jest to praktyka dopuszczalna w obrocie, a powódka nie udowodniła, że premia zastosowana przez pozwaną w okolicznościach niniejszej sprawy mogła zostać uznana za inną niż marża handlowa opłatę za przyjęcie towaru do sprzedaży. Przedmiotowym pozwem objęte z tego tytułu były należności z 3 faktur z tytułu „Premii rocznej” tj. (...) (k. 205) na kwotę 39.425,12 zł, (...) (k. 299) na kwotę 4.068,26 zł i (...) (k.289) na kwotę 22.936,85 zł. Łączna wartość roszczenia z ww. faktur wynosi 66.430,23 zł i w tym zakresie powództwo zostało oddalone.

Sąd Apelacyjny uznał także za całkowicie bezzasadne żądanie zwrotu za usługi transportowe. Bezsprzeczne było w sprawie, że usługi te były świadczone przez pozwaną spółkę na rzecz powódki. Gdyby tego transportu nie wykonała pozwana, powódka musiałaby ponieść jego koszt we własnym zakresie. Już choćby z tego faktu, żądanie zwrotu całości zafakturowanego z tego tytułu wynagrodzenia za wykonane usługi było bezzasadne, zaś twierdzenia powódki co do zawyżonej ceny tych usług odnośnie poszczególnych faktur nie zostały udowodnione. Pozwem objęte były z tego tytułu należności z 32 faktur na łączną kwotę 224.346,07 zł ((...) na kwotę 6.911,28 zł, (...) na kwotę 5152,44 zł, (...) na kwotę 5.221,00 zł, (...) na kwotę 4.443,59 zł, (...) na kwotę 7.414,22 zł, (...) na kwotę 4.077,73 zł, (...) na kwotę 7.701,13 zł, (...) na kwotę 12.214,30 zł, (...) na kwotę 6.747,08, (...) na kwotę 7.208,00 zł, (...) na kwotę 5.157,35 zł, (...) na kwotę 2.752,21 zł, (...) na kwotę 5.316,04 zł, (...) na kwotę 6.714,50 zł, (...) na kwotę 10.724,63 zł, (...) na kwotę 13.885,14 zł, (...) na kwotę 11.812,52 zł, (...) na kwotę 8.699,03 zł, (...) na kwotę 9.530,66 zł, (...) na kwotę 8.077,94 zł, (...) na kwotę 4.662,57 zł, (...) na kwotę 3.066,93 zł, (...) na kwotę 4.195,07 zł, (...) na kwotę 5.675,28 zł, (...) na kwotę 7.014,91 zł, (...) na kwotę 8.491,59 zł, (...) na kwotę 13.388,57 zł, (...) na kwotę 7.020,20 zł, (...) na kwotę 7.556,74 zł, (...) na kwotę 6.166,06 zł, (...) na kwotę 2.709,51 zł, (...) na kwotę 4.636,95 zł). Z tego też względu oddalenie powództwa obejmuje także żądanie zapłaty kwoty 224.346,07 zł.

Trzeba w tym miejscu dodać, że Sąd Najwyższy wskazał, że Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 października 2011 r., sygn. akt VIA Ca 392/11 nie dokonał stanowczych i kategorycznych ustaleń odnośnie usług transportowych, które pozwoliłyby na ich prawidłową ocenę prawną. Można zatem uznać, że Sąd Najwyższy zaaprobował ustalenia i ocenę prawną dokonaną przez Sąd Apelacyjny odnośnie usług transportowych. Zgodnie zaś z tą oceną powódka z tych usług faktycznie korzystała, a w konsekwencji można przyjąć, że otrzymane przez pozwaną z tego tytułu wynagrodzenie nie stanowiło bezzasadnie uzyskanych korzyści, a w każdym razie powódka nie wykazała, że wartość tych usług była zawyżona. Co więcej pobieranie opłat z tytułu usług transportowych, nie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., jeśli usługi te rzeczywiście są wykonywane. W takim przypadku opłaty z tego tytułu nie mogą zostać już uznane za opłaty za przyjęcie towaru, bowiem stają się wynagrodzeniem za świadczone usługi (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 kwietnia 2011 r., VI ACA 1179/10, LEX nr 1120208).

Powództwo zostało uwzględnione natomiast w zakresie, w jakim dotyczyło zwrotu zapłaty za następujące usługi:

1) usługi merchandajsingowe w kwocie 67.386,64 zł, które w świetle treści opinii biegłego (k. 1558) nie były faktycznie świadczone przez (...) na rzecz (...), (jest to suma kwot z części faktur wyszczególnionych na wezwaniu do zapłaty z dnia 20 lipca 2007 r. oznaczonych roboczo w aktach literą M (k. 332) – tj. kwot 259,8 zł, 7.765,34 zł, 4.962,52 zł, 5.411,57 zł, 4.626,31 zł, 1.827,39 zł, 2.605,54 zł, 2.811,92 zł, 3.405,65 zł, 4.129,79 zł, 4.465,42 zł 6.845,66 zł, 3.838,71 zł, 4.106,26 zł, 2709,51 zł, 4964,94 zł, 2.650,25 zł),

2) usługi (...) jako w całości nieużyteczne dla powódki (oznaczone w pozwie jako usługi reotwarcia i otwarcia) jako nie świadczone dla powódki w łącznej kwocie 225.090 zł (vide tab. 5 k. 1561, na kwotę 225.090 zł składają się kwoty 24.400 zł, 12.200 zł, 36.600 zł, 12.200 zł, 24.400 zł, 25.620 zł, 25.620 zł, 12.810 zł, 51.240 zł).

3) usługi konsultacji handlowych jako nieużyteczne dla powódki w kwocie 61.000 zł (jedna faktura nr (...), vide tab. 6, k. 1561, wezwanie do zapłaty k. 335 oznaczona roboczo w aktach jako UH),

4) usługi dodatkowe jako w ogóle nie zrealizowane na kwotę 4.880 zł (tab. 4 k.1562). Razem daje to kwotę 358.356,64 zł, jaka została zasądzona od pozwanej na rzecz powódki.

Uwzględnienie powództwa objęło także częściowo żądanie zwrotu za usługi promocyjno-reklamowe, inne dodatkowe, jako że w świetle opinii biegłego, choć były one faktycznie wykonywane na rzecz powódki, to ich wartość została w fakturach pozwanej częściowo zawyżona. Usługi (...) wg. opinii biegłego faktycznie wykonane były na kwotę 76.677,44 zł (opnia k. 1560). Łączna ich wartość zafakturowana była większa (vide: tabela 4). Stąd do zwrotu dla powódki została zasądzona różnica między kwotami zafakturowanymi a wynikającymi z ustaleń biegłego. W świetle powyższego Sąd Apelacyjny uznał, że powódce należał się jeszcze zwrot kwoty 150.418,04 zł w tym zakresie. Według opinii biegłego za usługi promocyjno-reklamowe, dodatkowe i (...) częściowo zasadna była 1/3 wartości fakturowanych usług reklamowo-promocyjnych i 10% fakturowanych usług (...). Łącznie faktury były na kwotę 428.776,80 zł plus 22.477,29 zł. Razem dawało to kwotę 451.254,11 zł, a 1/3 z tej kwoty to kwota 150.418,04 zł.

Fakt, iż przedmiotowe opłaty pobierane były przez pozwaną na podstawie umowy sam przez się nie wykluczały możliwości uznania, iż pobierając te opłaty pozwana w istocie dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Czynami nieuczciwej konkurencji są także szczegółowo opisane przez ustawodawcę w rozdziale 2 u.z.n.k. delikty, przy czym osobną grupę stanowią delikty polegające na utrudnianiu dostępu do rynku innym przedsiębiorcom (art. 15). Jednym z nich jest pobieranie przez przedsiębiorcę innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży.

Przepis art. 15 u.z.n.k. ma zastosowanie jedynie w relacjach pomiędzy przedsiębiorcami, w których nabywca towaru uzależnia jego przyjęcie do dalszej sprzedaży od przedsiębiorcy będącego jego zbywcą od wniesienia określonego rodzaju opłat dodatkowych, innych niż marża handlowa. Celem przepisu, jest przeciwdziałanie nadużywaniu przez duże sieci handlowe ich silniejszej pozycji rynkowej wobec mniejszych przedsiębiorców.

Jak wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Poznaniu w orzeczeniu z dnia 13 listopada 2008 r. (I ACa 718/08, LEX nr 519305) wskazany przepis dotyczy w szczególności relacji występujących pomiędzy dostawcami towaru a właścicielami dużych obiektów handlowych czy też przedsiębiorcami prowadzącymi handel sieciowy, cechującymi się znaczącą pozycją na rynku handlu detalicznego. Czyn nieuczciwej konkurencji polegający na pobieraniu innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży prowadzi do uzyskiwania przez sprzedawców detalicznych nie tylko zysku wynikającego z narzuconej marży, ale także dodatkowych dochodów kosztem dostawców, którzy zmuszeni są zrezygnować ze znacznej części swoich dochodów związanych z dostarczeniem towarów, wobec powyższego ma on zastosowanie do relacji pomiędzy stronami niniejszego postępowania.

Trzeba też ponownie podkreślić, że zgodnie z art. 398²⁰ k.p.c. sąd, któremu sprawa została przekazana, związany jest wykładnią prawa dokonaną w tej sprawie przez Sąd Najwyższy.

W przedmiotowej sprawie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 października 2012 r., sygn. akt I CSK 147/12, dokonał wykładni art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. i kategorycznie stwierdził, iż konstrukcja art. 15 ust. 1 pkt 1-5 u.z.n.k. dowodzi, że ustawodawca wskazał jedynie przykładowo na postacie takich zachowań, których wystąpienie w stanie faktycznym sprawy przesądza o utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które to zachowanie jest jednym z czynów nieuczciwej konkurencji. Jeżeli więc stan faktyczny sprawy wypełnia hipotezę normy wynikającej z art. 15 ust. 1 pkt 1-5 u.z.n.k. to nie jest konieczne dodatkowo wykazywanie, że w następstwie któregośkolwiek z zachowań określonych w pkt 1-5 tego przepisu doszło do utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Wobec powyższego uznawszy, że część ww. zachowań pozwanej wypełniała normę z art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. uznać należało, że tym samym pozwana utrudniała powódce dostęp do rynku, co jak wskazał Sąd Najwyższy nie wymagało dalszego dowodzenia w szczególności, co do wystąpienia skutku utrudnienia dostępu do rynku.

Mając powyższe na względzie, Sąd Apelacyjny uznał, że trafny był zarzut apelacji naruszenia art. 3 i art. 232 k.p.c. oraz art. 6 k.c. i art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. przez ich błędną wykładnię wskutek przyjęcia, że powódkę obciążał ciężar dowodu wykazania przesłanki utrudniania dostępu do rynku,

W tym miejscu wskazać należy, że przekazując niniejszą sprawę tut. Sądowi do ponownego rozpoznania Sąd Najwyższy stwierdził, że ciężar dowodu rzeczywistego wykonania usług na rzecz powódki niemieszczących się w zakresie marży handlowej, spoczywa zgodnie z art. 6 k.c. na stronie pozwanej, która z faktu ich rzeczywistego spełnienia wywodziła skutek prawny w postaci uzyskania należnego jej wynagrodzenia, a nie bezpodstawnie uzyskanych korzyści, a więc w konsekwencji bezzasadności skierowanego przeciwko niej powództwa, wobec braku przesłanki określonej w art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. Ciężarowi temu pozwana nie sprostала w całości, zwłaszcza że nie podejmowała w tym zakresie skutecznych prób, ograniczając się jedynie do twierdzenia, że to nie na niej lecz na powódce spoczywał ciężar wykazania, że pozwana pobierała od niej konkretne opłaty z tytułu przyjęcia towaru do sprzedaży.

Mając powyższe na względzie za opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży, tj. inne niż marża handlowa (pobrane bez ich powiązania z ekwiwalentnymi świadczeniami na rzecz powódki) Sąd Apelacyjny uznał opłaty z tytułu konsultacji handlowych (61.000 zł), usług (...) i (...) (225.090 zł), merchandisingowych (67.386,64 zł) i dodatkowych (4.880 zł) a także częściowo za usługi promocyjno-reklamowe, dodatkowe oraz (...) (w sumie w kwocie 150.418,04 zł) w łącznej kwocie 508.774,68 zł, a co za tym idzie w tym zakresie powództwo zasługiwało na uwzględnienie. W pozostałym zakresie powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie, a co za tym idzie Sąd Okręgowy bezzasadnie uznał, że także pozostałe opłaty w tym premia pieniężna i należności za usługi transportowe (logistyczne) stanowiły czyny nieuczciwej konkurencji.

Przechodząc do kwestii pozorności kwestionowanych czynności prawnych uznać należało, że nie ma tu potrzeby odwoływania się do konstrukcji pozorności porozumień marketingowych (art. 83 k.c.) oraz do wskazanej nieważności umowy (art. 58 k.c.) i konsekwencji z tym związanych, gdy istnieje samodzielna podstawa domagania się wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2008 r., III CSK 23/08 cytowany wyżej). Czyni to zbędnym dalsze rozważania, co do konstrukcji z art. 83 k.c. i art. 58 k.c.

Przepis art. 18 u.z.n.k., zawiera dokładnie określony katalog roszczeń przysługujących pokrzywdzonemu przedsiębiorcy i stanowi regulację szczególną w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego. Jeżeli zatem w tym przepisie, a także w innych przepisach rozdziału trzeciego ustawy zawarto katalog środków służących ochronie przed skutkami działań nieuczciwej konkurencji, to likwidacja tych skutków powinna następować również według tej regulacji (tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu powołanej uchwały z 19 sierpnia 2009 r.).

Gdyby przepis art. 18 u.z.n.k. traktować tylko, jako uzupełniający instrument ochrony uprawnionego, to należałoby go uznać za zbędny - co pozostaje w sprzeczności z założeniami o racjonalnym prawodawcy. Skoro bowiem uprawniony mógłby dochodzić równie skutecznie swoich roszczeń w oparciu o przepisy ogólne k.c., zamieszczenie przepisu art. 18 w ustawie byłoby niepotrzebne. W wyroku z dnia 11 maja 2007 r. (I CSK 55/07, niepubl.) Sąd Najwyższy wskazał, że odesłanie w art. 18 ust. 1 pkt 4 do zasad ogólnych dotyczy ogólnych zasad odpowiedzialności odszkodowawczej, takich jak wykazanie powstania i wysokości szkody, związku przyczynowego. Deliktem jest tu czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy, Sąd zwolniony jest już z rozważań czy taki czyn jest bezprawny. Wykładnia celowościowa przepisu art. 18 ust. 1 pkt 5 przemawia za możliwością pozbawienia podmiotu popełniającego czyn nieuczciwej konkurencji uzyskanych z tego tytułu korzyści, bez potrzeby poszukiwania jakichś innych, ogólnych rozwiązań. Przepis zawiera jedynie odesłanie do „zasad ogólnych” dotyczących bezpodstawnego wzbogacenia (tj. istnienie przesunięcia majątkowego, okoliczności wyłączające zwrot bezpodstawnie uzyskanych korzyści etc.). Fakt popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji zastępuje przesłankę braku podstawy prawnej, o której mowa w art. 405 k.c. Gdy chodzi zaś o badanie, czy uzyskujący korzyść jest nadal wzbogacony, rozważenia wymaga, czy istniał po jego stronie obowiązek liczenia się z obowiązkiem zwrotu korzyści (art. 409 k.c. in fine) - por. uzasadnienie uchwały z 19 sierpnia 2009 r.).

Podstawę faktyczną roszczenia powódki stanowił czyn nieuczciwej konkurencji - pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży i żądanie zwrotu bezpodstawnie uzyskanych korzyści.

Bez wątplenia pozwana została wzbogacona jej kosztem, pobierając nienależne opłaty z tytułu świadczenia usług konsultacji handlowych, (...), (...), usług merchandisingowych oraz części usług dodatkowych oraz pobierając

zawyżone opłaty z tytułu usług promocyjno-reklamowych, dodatkowych oraz (...), co uzasadniało jej roszczenie o zwrot opłat pobranych z tego tytułu przez pozwaną. Wysokość ww. roszczenia została wykazana m. in. za pomocą dowodu z opinii biegłego na łączną kwotę 508.774,68 zł.

Aczkolwiek nie miało miejsca bezpośrednie przesunięcie majątkowe, albowiem płatność następowała faktycznie w drodze kompensaty (potrącenia) wzajemnych wierzytelności, jednak bezpodstawne wzbogacenie może polegać także na zmniejszeniu pasywów, w tym przypadku zmniejszenia zobowiązań pozwanej z tytułu wynagrodzenia powódki za dostarczony towar. Za pobrane mogą być uznane te opłaty, które zostały przez stronę pozwaną zatrzymane i które w konsekwencji pomniejszyły płatność na rzecz strony powodowej.

Nie jest to tożsame z sytuacją, w której dłużnik nie płaci za dostarczony towar. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dawała w niniejszej sprawie powódce silniejszą ochronę, aniżeli ochrona wynikająca z umowy dostawy unormowanej w kodeksie cywilnym.

Pozwana dopuszczała się czynów nieuczciwej konkurencji każdorazowo z chwilą dokonywania nieuzasadnionej kompensaty wynagrodzenia powódki z tzw. „opłatami półkowymi”. Wobec powyższego pozwana powinna zwrócić powódce kwoty pobrane tytułem opłat za dopuszczenie towarów do sprzedaży.

W świetle powyższego Sąd Apelacyjny, badając w granicach zaskarżenia z urzędu prawidłowość zastosowania przez Sąd I instancji prawa materialnego (art. 481 k.c. i art. 455 k.c.) zmienił zatem także zaskarżony wyrok w zakresie roszczenia o zasądzenie odsetek od zasądzonego roszczenia głównego, uznając, że Sąd Okręgowy przyjął nieprawidłowe daty początkowe, od jakich należało zasądzić odsetki ustawowe od należności głównej (art. 455 k.c. i art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k.).

Przepis art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. przyznaje przedsiębiorcy, którego interes został zagrożony lub naruszony, roszczenie o wydanie bezpodstawnie uzyskanych korzyści na zasadach ogólnych. Przesłankę braku podstawy prawnej, o której mowa w art. 405 k.c., zastępuje dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji (tak Ewa Nowińska, Michał du Vall w „Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, Lexis Nexis Warszawa 2008, str. 304). Roszczenie z art. 18 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. nie może być utożsamiane z wynikającym z umowy sprzedaży roszczeniem o zwrot ceny (por. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r., III CZP 58/09).

Wskazać należy, że w odniesieniu do zobowiązań bezterminowych, do których zaliczyć trzeba zobowiązanie do zwrotu nienależnego świadczenia, nie jest możliwe do przyjęcia stanowisko utożsamiające terminy wymagalności i spełnienia świadczenia (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2001 r., V CKN 769/00, OSNC 2001/11/166). Wymagalność roszczenia określana jest jako stan, w którym wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności. Jest to stan potencjalny, o charakterze obiektywnym, którego początek zbiega się z chwilą uaktywnienia się wierzytelności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 1991 r., III CRN 500/90, OSNCP 1992/7-8/137). Powódka mogła żądać zwrotu nienależnie pobranego świadczenia już w momencie dokonania przez pozwaną niesłusznej kompensaty z wierzytelnościami powódki (potrącenia), jednakże pozwana popadła w opóźnienie (uzasadniającą żądanie odsetek) dopiero po doręczeniu jej wezwania do zapłaty przez powódkę (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 r., I ACa 1032/09, LEX nr 1120050) i braku reakcji na to wezwanie zgodnego z jego treścią.

Sąd Okręgowy niezasadnie więc określił datę początkową odsetek przy uwzględnieniu wezwania do zapłaty i zakreślonego w nim 14-dniowego terminu na spełnienie świadczenia. Wezwanie do zapłaty (k. 332) zostało wysłane do pozwanej w dniu 23 lipca 2007 r., ponieważ pozwana nie kwestionowała, że ww. wezwanie zostało przez nią otrzymane fakt ten uznać należało za bezsporny i jako taki nie wymagający dowodu w świetle całości okoliczności sprawy (art. 229 k.p.c. w zw. z art. 230 k.p.c.). Do biegu terminu do zapłaty należało doliczyć 7 dni na obrót pocztowy, a następnie wskazany powyżej 14-dniowy termin na zapłatę, co oznaczało, że odsetki ustawowe od kwoty ostatecznie uznanej za zasadną do zwrotu należą się powódce od dnia 14 sierpnia 2007 r. do dnia zapłaty na podstawie art. 481 k.c. w zw. z art. 455 k.c., a odsetki za okres wcześniejszy podlegały także oddaleniu.

Z przedstawionych względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. i art. 385 k.p.c.

Orzeczenie o kosztach za obie instancje zapadło na zasadzie odpowiedzialności za wynik procesu, tj. zostały stosunkowo rozdzielone na podstawie art. 100 k.p.c. w zw. z art. 98 k.p.c. w zw. z art.108 § 1 i § 2 k.p.c., przy czym wysokość kosztów zastępstwa procesowego stron, świadczonego przez zawodowych pełnomocników w osobach radców prawnych ustalono na podstawie § 6 pkt 7 oraz § 12 ust. 1 pkt 2, ust. 2 pkt 2 oraz ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.2013.490 j.t.).

Z dochodzonej pozwem kwoty 1.379.496 zł powódka uzyskała zasądzenie kwoty 508.774,68 zł, co oznacza, że wygrała sprawę w ok. 37%, a przegrała w ok. 63%.

Suma kosztów obu stron w I instancji wynosiła 83.409 zł, w tym koszty powódki to 76.192 zł (na którą składały się: opłata od pozwu w kwocie 68.975 zł, koszt zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 zł oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł) oraz koszty pozwanej w kwocie 7.217 zł (na którą składał się koszt zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 zł oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł).

Mając na względzie wynik procesu powódkę należało obciążyć obowiązkiem poniesienia 63% kosztów z kwoty 83.409 zł, czyli kwotą 52.547,67 zł. Zważywszy, że powódka poniosła koszty przewyższający ją ww. udział, bowiem jej koszty opiewają na kwotę 76.192 zł, stąd pozwana obowiązana jest zwrócić powódcie przewyższający udział powódki w kosztach, tj. kwotę 23.644,33 zł tytułem zwrotu kosztów procesu za pierwszą instancję.

Przechodząc do rozliczenia kosztów procesu za II instancję oraz za postępowanie przed Sądem Najwyższym uznać należało, że powódka poniosła koszty w łącznej kwocie 78.504,71 zł (na którą składały się: opłata od skargi kasacyjnej w kwocie 68.975 zł (k. 1329 verte), koszt zastępstwa prawnego przed Sądem Najwyższym w kwocie 5.400 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł oraz koszty dojazdów, noclegów itp. w kwocie 4.112,71 zł zgodnie ze złożonym zestawieniem kosztów). Koszty pozwanej przed Sądem Apelacyjnym i Sądem Najwyższym opiewały w sumie na kwotę 78.737 zł (na którą składała się kwota 68.975 zł tytułem opłaty od apelacji, kwota 762 zł uiszczona tytułem opłaty od zażalenia, koszty zastępstwa prawnego przed Sądem Apelacyjnym w kwocie 5.400 zł oraz koszt zastępstwa prawnego przed Sądem Najwyższym w kwocie 3.600 zł. Suma kosztów obu stron przed Sądem Apelacyjnym i Sądem Najwyższym (powódka – 78.504,71 zł oraz pozwana – 78.737 zł) stanowiła 157.241,71 zł.

Mając na względzie wynik procesu powódkę należało obciążyć 63% sumy kosztów poniesionych przez obie strony w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym, czyli kwotą 99.062,28 zł. Zważywszy, że powódka poniosła koszty w wysokości 78.504,71 zł, to należało obciążyć ją dodatkowymi kosztami na rzecz pozwanej w kwocie 20.557,57 zł. Reasumując zasadnym było zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kwoty 20.557,57 zł tytułem zwrotu kosztów w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym stosunkowo je rozdzielając na podstawie art. 100 k.p.c. w zw. z art. 98 k.p.c.

W toku postępowania apelacyjnego dopuszczono dowód z opinii biegłego. Postanowieniem z dnia 1 lipca 2014 r. (k. 1586) biegłemu przyznano wynagrodzenie w kwocie 8.977,65 zł, następnie postanowieniem z dnia 23 marca 2015 r. (k. 1669) biegłemu przyznano wynagrodzenie w kwocie 6.692,43 zł, kolejne wynagrodzenie w kwocie 267,70 zł przyznano biegłemu postanowieniem z dnia 23 kwietnia 2015 r. (k. 1692). W sumie wynagrodzenie przyznane biegłemu opiewało na kwotę 15.937,78 zł, którego koszt został tymczasowo poniesiony przez Skarb Państwa – Sąd Apelacyjny w W..

W orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie na zasadzie art. 113 ust. 1 u.k.s.c. należało pobrać od stron na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Apelacyjnego w W. koszt opinii biegłego, przy czym strony należało obciążyć kosztem opinii biegłego odpowiednio do wyniku postępowania, tj. powódkę 63% tych kosztów, czyli kwotą 10.040,80 zł, a pozwaną 37% tych kosztów, czyli kwotą 5.896,97 zł.