

Michał Roszak*, Bartosz Turno**

Przewaga kontraktowa dostawców lub nabywców towarów i jej nieuczciwe wykorzystywanie w regulacjach niemieckich i francuskich – wskazówki dla polskiej praktyki i ustawodawcy?

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Przepisy niemieckie
 1. Regulacje dotyczące nadużycia przewagi kontraktowej w ustawodawstwie niemieckim
 2. Przejawy relacyjnej władzy rynkowej
 3. Relacyjna władza rynkowa a „przewaga rynkowa” wobec małych i średnich konkurentów z § 20 ust. 3 GWB
- III. Przepisy francuskie
 1. Regulacje dotyczące przewagi kontraktowej w ustawodawstwie francuskim
 2. Przypadki nadużywania stanu zależności ekonomicznej w prawie francuskim
- IV. Rozwiązania polskie
 1. Definicja przewagi kontraktowej i związane z nią problemy interpretacyjne
 2. Definicja nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej. Kwestia interesu drugiej strony
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł przedstawia niemieckie i francuskie rozwiązania ustawowe oraz orzecznictwo w zakresie nieuczciwego nadużywania przewagi kontraktowej (relacyjnej, handlowej siły rynkowej). Omawia, jak w tych jurysdykcjach rozumiane są pojęcia „przewagi rynkowej” oraz jej nadużywania. Następnie szczegółowo analizowane są rozwiązania polskiej ustawy, w tym zwłaszcza krytycznie zinterpretowana jest definicja przewagi kontraktowej. W końcu autorzy zastanawiają się, które z rozwiązań niemieckich i francuskich należałoby przenieść na grunt krajowy.

Słowa kluczowe: przewaga kontraktowa; nieuczciwe wykorzystanie przewagi kontraktowej; siła rynkowa.

JEL: K21

* Doktor nauk prawnych, *docteur en droit*, LL.M. (Monachium); radca prawny; prowadzi kancelarię RoszakLegal; e-mail: office@roszaklegal.pl.

** Doktor nauk prawnych, LL.M. (King's College London); radca prawny; partner w dziale prawa konkurencji kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr; e-mail: Bartosz.Turno@wkb.pl.

I. Wstęp

Przedmiotem niniejszego artykułu jest próba zdefiniowania czym na gruncie ustawy z 15 grudnia 2016 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi¹ (dalej: ustawa) jest nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej nabywcy względem dostawcy i *vice versa* oraz czym jest sama przewaga kontraktowa (relacyjna siła rynkowa)². Próba zdefiniowania tych pojęć jest poprzedzona analizą analogicznych rozwiązań niemieckich i francuskich (zarówno przepisów prawa, jak i praktyki ich stosowania). W ocenie Autorów, z uwagi brak precyzji, niejednoznaczność podstawowych krajowych definicji ustawowych (przewaga kontraktowa i jej nieuczciwe wykorzystywanie) oraz ewidentne wady i luki polskiej regulacji (rozminięcie się deklaracji i oczekiwań ustawodawcy z treścią definicji przewagi kontraktowej) starsze i dojrzsze rozwiązania niemieckie oraz francuskie, które są obudowane już orzecznictwem sądowym, mogłyby przyjść z pomocą polskiej praktyce prawa i judykaturze i stanowić co najmniej źródło inspiracji. W naszej ocenie konieczna wydaje się również interwencja ustawodawcy i doprecyzowanie definicji przewagi kontraktowej w ustawie. W przeciwnym wypadku, w obecnym stanie, przedsiębiorcy nieposiadający pozycji dominującej na rynku właściwym, wobec których Prezes UOKiK wydał decyzję o uznaniu stosowanej przez nich praktyki za nieuczciwe wykorzystującą przewagę kontraktową, będą mogli z powodzeniem dochodzić uchylecia takiej decyzji przed sądami w trybie odwoławczym.

II. Przepisy niemieckie

1. Regulacje dotyczące nadużycia przewagi kontraktowej w ustawodawstwie niemieckim

W Republice Federalnej Niemiec problem nadużywania przewagi kontraktowej przez przedsiębiorstwa nieposiadające pozycji dominującej uregulowany został w ramach ustawy przeciwko ograniczeniom konkurencji³ (dalej: GWB). Szczegółowa regulacja, powiązana treściowo z zakazem nadużywania pozycji dominującej, znajduje się w § 20 GWB. Zgodnie z brzmieniem § 20 ust. 1 GWB, ograniczenia dotyczące zakazu nadużywania pozycji dominującej w zakresie bezpośredniego lub pośredniego nakładania na danego przedsiębiorcę niedozwolonych ograniczeń lub traktowania takiego przedsiębiorcy bez rzeczowego powodu w sposób inny niż podobnym mu przedsiębiorców dotyczą również „przedsiębiorców oraz związków przedsiębiorców, o ile mali lub średni przedsiębiorcy zależni są od nich jako dostawcy lub nabywcy określonych towarów lub usług w taki sposób, że nie istnieją wystarczające i rozsądne możliwości by przedsiębiorcy ci mogli zmienić kontrahenta (relacyjna władza rynkowa). Domniemywa się, że dostawca określonych towarów lub usług jest zależny [...] od nabywcy w sytuacji, w której nabywca ten uzyskuje u niego regularnie obok zwyczajowych rabatów lub innych opłat także korzyści, które nie są przyznawane podobnym mu nabywcom”. Przepis § 20 ust. 3 GWB zabrania natomiast przedsiębiorcom „posiadającym przewagę rynkową [*überlegene Marktmacht*] wobec małych i średnich konkurentów”

¹ Ustawa z 15.12.2016 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (Dz.U. Nr 67).

² Pojęcia takiego używa Miąsik (2012, s. 87), dla którego przewaga kontraktowa może prowadzić do „zaburzenia równowagi kontraktowej i ekonomicznego wykorzystania przymusowej sytuacji drugiej strony umowy. Taka koncepcja jest określana mianem relacyjnej władzy rynkowej, ponieważ w dużej mierze zależy od stosunków handlowych łączących strony”. W dalszej części niniejszego artykułu posługujemy się właśnie tym określeniem.

³ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen („Ustawa przeciwko ograniczeniom konkurencji”) z 27.07.1957 r. (BGBl I S. 1081).

nadużywania tej przewagi w celu bezpośredniego lub pośredniego nakładania niedozwolonych ograniczeń na takich konkurentów.

Opisane wyżej przepisy uzupełnia § 20 ust. 2 GWB, zabraniający przedsiębiorcom i związkom przedsiębiorstw wykorzystywania swojej pozycji wobec zależnych od nich przedsiębiorców w celu uzyskania od tych przedsiębiorców korzyści bez rzeczowo uzasadnionej podstawy lub żądania od nich przyznania takich korzyści (tzw. *Anzapfverbot*)⁴. Dodatkowo, § 20 ust. 5 GWB zakazuje stowarzyszeniom gospodarczym oraz zawodowym, jak też organizacjom zajmującym się przyznawaniem znaków jakości, odmawiania przyjęcia przedsiębiorcy w poczet ich członków, o ile stanowiłoby nieuzasadnioną dyskryminację przedsiębiorcy i mogłoby prowadzić do niedozwolonego ograniczenia konkurencji wobec tego przedsiębiorcy.

2. Przejawy relacyjnej władzy rynkowej

Z analizy regulacji § 20 GWB wynika, że najbliższym funkcjonalnym odpowiednikiem terminu „przewaga kontraktowa”, określonego w art. 7 ustawy, jest pojęcie „relacyjnej władzy rynkowej” (*relative Marktmacht*) zdefiniowane w § 20 ust. 1 GWB, czyli sytuacja, w której mali lub średni przedsiębiorcy zależni są od danego przedsiębiorcy jako dostawcy lub nabywcy określonych towarów lub usług w taki sposób, że nie istnieją wystarczające i rozsądne możliwości by przedsiębiorcy ci mogli zmienić kontrahenta. Tym samym inni przedsiębiorcy niż mali i średni nie są objęci ochroną przed wykorzystywaniem przeciwko nim ewentualnej relacyjnej (handlowej) władzy rynkowej, jaką mogą posiadać ich kontrahenci. Zdaniem niemieckiego ustawodawcy, duzi przedsiębiorcy nie wymagają po prostu, poza ochroną wynikającą z przepisów o nadużywaniu pozycji dominującej, dodatkowej ochrony wobec swoich kontrahentów i, w dzisiejszych uwarunkowaniach ekonomicznych, są w stanie negocjować z takimi kontrahentami w stosunkowo wyrównany sposób (Immenga, Mestmäcker i Markert, 2014, nb. 7). Niemniej jednak rozwiązanie to jest krytykowane, ponieważ w praktyce także duzi przedsiębiorcy mogą padać ofiarą dyskryminacji (Nothdurft, 2015, s. 60), co zresztą w wielu przypadkach miało już miejsce⁵.

Przepis § 20 ust. 1 GWB w zdaniu drugim ustanawia domniemanie prawne, zgodnie z którym nabywca towarów lub usług posiada relacyjną władzę rynkową wobec ich dostawcy w sytuacji, w której nabywca ten uzyskuje u dostawcy regularnie obok zwyczajowych rabatów lub innych opłat także korzyści, które nie są przyznawane podobnym mu nabywcom. W literaturze wskazuje się, że domniemanie można wzruszyć, wykazując, że dodatkowe korzyści przekazywane nabywcy są ekwiwalentem korzyści uzyskiwanych przez dostawcę w ramach całego stosunku wymiany między oboma podmiotami. Ponadto domniemanie to nie będzie miało zastosowania w sytuacji, gdy wykazane zostanie, że dany dostawca, pomimo przyznawania nabywcy ponadstandardowych korzyści, posiada wystarczające i rozsądne możliwości zmiany kontrahenta. Wynikać to może w szczególności z takich okoliczności, jak „wielkość udziałów rynkowych dostawcy i nabywcy, porównania wielkości ich przedsiębiorstw, stopnia specjalizacji czy zakresu asortymentu, czy też braków lub nadpodaży danego towaru na rynku” (Immenga, Mestmäcker i Markert, 2014, nb. 3). Mając na uwadze, że domniemanie posługuje się całym szeregiem niedookreślonych

⁴ Instytucja „Anzapfverbot” wyczerpująco opisana została już w polskiej literaturze. Zob. Łyszczarz, 2017, s. 141–157.

⁵ Np. sprawa Wal-Mart, gdzie niemieckie sieci handlowe naciskały na swoich dostawców w sprawie podwyższenia cen wobec amerykańskiego koncernu Wal-Mart, który próbował wejść na rynek niemiecki; zob. wyr. BGH z 12.11.2002 r., KVR 5/02 *Wal-Mart*; przytoczone za: Nothdurft, 2015, s. 60.

pojęć prawnych, które ze swojej strony także wymagają udowodnienia (np. „zwyczajowe rabaty”, „korzyści, które nie są przyznawane podobnym nabywcom”), jego praktyczna użyteczność jest niewielka (Nothdurft, 2015, s. 32).

Kluczowym składnikiem pojęcia „relacyjnej władzy rynkowej” jest „zależność” małego lub średniego przedsiębiorcy od danego przedsiębiorcy jako dostawcy lub nabywcy określonych towarów lub usług. W przypadku, gdy określone w zdaniu drugim § 20 ust. 1 GWB domniemanie posiadania przez przedsiębiorcę relacyjnej władzy rynkowej nie będzie miało zastosowania, zbadać należy czy mały lub średni przedsiębiorca zależny jest od takiego przedsiębiorcy jako dostawcy lub nabywcy określonych towarów lub usług w taki sposób, że nie istnieją wystarczające i rozsądne możliwości by ten mały lub średni przedsiębiorca mógł zmienić kontrahenta.

Jak wskazuje się w literaturze, zwrot „dostawca lub nabywca określonych towarów lub usług” oznacza, że dla stwierdzenia czy dany przedsiębiorca posiada relacyjną władzę rynkową w stosunku do drugiego przedsiębiorcy konieczne jest wyznaczenie rynku właściwego produktowo oraz geograficznie, na którym obaj przedsiębiorcy działają (Immenga, Mestmäcker i Markert, 2014, nb. 14). Do wyznaczenia tego rynku zastosowanie mają ogólne zasady niemieckiego prawa konkurencji.

By dany mały lub średni przedsiębiorca znalazł się w stosunku zależności, konieczne jest, by nie miał on „wystarczających” i „rozsądnych” możliwości zmiany kontrahenta. Kryterium „wystarczającej” możliwości zmiany kontrahenta należy oceniać na podstawie czynników obiektywnych, tj. czy produkty oferowane lub nabywane przez danego kontrahenta mogą być na porównywalnych warunkach (np. co do ceny, jakości, marki czy też koniecznych inwestycji w działania marketingowe i sprzedażowe) zastąpione przez produkty innego przedsiębiorcy lub takiemu przedsiębiorcy sprzedane (Immenga, Mestmäcker i Markert, 2014, nb. 18).

Natomiast przy ocenie kryterium „rozsądnej” możliwości zmiany kontrahenta pod uwagę brać należy w pierwszym rzędzie uwarunkowania subiektywne, związane z danym przedsiębiorcą, który takiej zmiany musiałby dokonać. Uwzględnić należy przede wszystkim, z jakimi indywidualnymi trudnościami zmierzyć się będzie musiał dany przedsiębiorca, który będzie chciał wykorzystać „wystarczające” możliwości zmiany kontrahenta, tj. zacząć nabywać lub sprzedawać towary lub usługi innym przedsiębiorcom, konkurentom dotychczasowego kontrahenta. Przy długoletnich stosunkach kontraktowych istotne jest przy tym czy uzależnienie przedsiębiorcy od danego kontrahenta było nieuniknione (np. w przypadku sprzedawcy samochodów, uzależnionego od współpracy z daną marką), czy też przedsiębiorca ten świadomie zaniedbał możliwości uniezależnienia się od swojego kontrahenta w toku rozwoju własnej działalności (Immenga, Mestmäcker i Markert, 2014, nb. 19–21).

W praktyce stosowania § 20 ust. 1 GWB wyróżnia się cztery podstawowe rodzaje „zależności” małego lub średniego przedsiębiorcy od jego kontrahenta:

- 1) asortymentową;
- 2) wynikającą z charakteru przedsiębiorstwa;
- 3) wynikającą z braków rynkowych;
- 4) od popytu.

Zależność asortymentowa występować może w przypadku przedsiębiorców zajmujących się dystrybucją określonych towarów. Przedsiębiorcy tacy w niektórych sytuacjach, by móc skutecznie konkurować, muszą posiadać w swoim asortymencie dane produkty markowe. Brak takich

produktów może bowiem spowodować, że ich oferta dla klientów będzie niekompletna, a klienci ci realizować będą całość swojego zapotrzebowania u innych kontrahentów. Ocena występowania zależności asortymentowej w poszczególnych przypadkach zależy więc w pierwszej linii od reputacji, jaką cieszą się na rynku produkty danego dostawcy oraz ich postrzegania przez klientów, przy czym pod uwagę bierze się także takie czynniki, jak ich cena, jakość czy też reklama, jaka towarzyszy im na rynku. Zależność od asortymentu nie będzie występować w przypadku, gdy dany przedsiębiorca może pozyskać markowe produkty danego dostawcy, na konkurencyjnych warunkach, także za pośrednictwem innych kanałów dystrybucji – np. od innych hurtowników (Immenga, Mestmäcker i Markert, 2014, nb. 29–13).

Zależność wynikająca z charakteru przedsiębiorstwa może mieć miejsce, jeśli dostawca lub nabywca danych towarów lub usług w ramach długoletniej współpracy tak bardzo nastawił swoje przedsiębiorstwo na handel z danym kontrahentem, że zmiana partnera na innego, funkcjonującego na tym samym rynku, wiązałaby się dla niego z istotnymi obciążeniami (Immenga, Mestmäcker i Markert, 2014, nb. 38–39). Przykładem przedsiębiorców w ten sposób zależnych od swojego kontrahenta mogą być sprzedawcy samochodów, agenci prowadzący stacje benzynowe danych marek czy też franczyzobiorcy.

Zależność wynikająca z braków rynkowych występuje w sytuacji, jeśli odbiorcy danego towaru, z uwagi na wystąpienie nagłych okoliczności ograniczających jego podaź, jak np. embargo, strajki lub katastrofy naturalne, nie mogą skorzystać na konkurencyjnych warunkach z oferty innego dostawcy (Immenga, Mestmäcker i Markert, 2014, nb. 42).

Wreszcie, o zależności od popytu mówić można, kiedy dostawca określonych towarów lub usług nie może w prosty sposób, bez utraty istotnej części obrotu, zmienić posiadającego relatywną władzę rynkową odbiorcę na innego funkcjonującego na danym rynku. Do takiej zależności dochodzi w szczególności, jeśli dostawca danych towarów lub usług od początku całą swoją działalność nastawia na zbyt produktów u danego odbiorcy (np. produkcja wyspecjalizowana) lub jeśli dany odbiorca w sposób regularny nabywa istotną część produktów dostawcy (posiada istotny udział w jego obrocie, co najmniej przekraczający 10%) – np. centrale zakupowe, sieci super- i hipermarketów, nabywca publiczny. (Immenga, Mestmäcker i Markert, 2014, nb. 44–48).

3. Relacyjna władza rynkowa a „przewaga rynkowa” wobec małych i średnich konkurentów z § 20 ust. 3 GWB

Pojęciem z pozoru podobnym do „relacyjnej władzy rynkowej”, określonej w § 20 ust. 1 GWB, jest „przewaga rynkowa”, określona w § 20 ust. 3 GWB, zgodnie z którym zabrania się przedsiębiorcom „posiadającym przewagę rynkową [*überlegene Marktmacht*] wobec małych i średnich konkurentów” nadużywania tej przewagi w celu bezpośredniego lub pośredniego nakładania niedozwolonych ograniczeń na takich konkurentów. Jako przykłady takich ograniczeń § 20 ust. 3 wymienia m.in.:

- 1) sprzedaż produktów spożywczych poniżej ceny ich nabycia (przy czym dopuszcza się taką sprzedaż, jeśli miałyby na celu uniknięcie zepsucia się lub innych przypadków niesprzedawalności takich produktów);
- 2) sprzedaż innych towarów i usług poniżej ceny ich nabycia częściej niż okazjonalnie;

- 3) domaganie się za dostawę towarów i usług od małych i średnich przedsiębiorców, z którymi konkuruje się na rynkach niższego szczebla w zakresie dystrybucji takich towarów, wyższych cen, niż samemu się na takim rynku oferuje;
– chyba że każde z powyższych działań jest rzeczowo uzasadnione.

Weryfikacji, czy dany przedsiębiorca posiada przewagę rynkową w stosunku do swoich małych i średnich konkurentów, tj. przedsiębiorców działających na tym samym szczeblu obrotu rynku, dokonuje się w odniesieniu do rynku właściwego produktowo i geograficznie, na którym ci przedsiębiorcy działają (Immenga, Mestmäcker i Markert, 2014, nb. 78–79). Pod uwagę bierze się przy tym ogół okoliczności mogących wskazywać na posiadanie przez danego konkurenta przewagi rynkowej, przy czym sama okoliczność, że przedsiębiorstwo danego konkurenta jest większe (nawet kilkukrotnie) od pozostałych uczestników rynku, nie pozwala jeszcze na przyjęcie, że taki przedsiębiorca posiada przewagę rynkową. Mniejsi konkurenci mogą bowiem także posiadać istotne i stabilne udziały w danym rynku, a mniejsze możliwości finansowe rekompensować elastycznością, jakością produktów, marką itp. Mając na względzie, że podmiotem chronionym przez regulację § 20 ust. 3 GWB są mali i średni konkurenci, istotny jest przy tym wyłącznie stosunek między takimi podmiotami a przedsiębiorcą posiadającym przewagę rynkową. Takich przedsiębiorców może być na danym rynku większa ilość – nawet jeśli jeden z nich posiada pozycję dominującą, również inne duże podmioty z tego rynku mogą posiadać przewagę rynkową wobec małych i średnich konkurentów (Immenga, Mestmäcker i Markert, 2014, nb. 80–82).

Mając na uwadze powyższe rozważania, podsumować należy, że pojęcie „przewagi rynkowej” zastosowane w § 20 ust. 3 GWB istotnie różni się jednak od pojęcia „relacyjnej władzy rynkowej” z § 20 ust. 1 GWB. Podstawowym wyróżnikiem jest bowiem **przesłanka „zależności”**, będąca koniecznym elementem relacyjnej władzy rynkowej, podczas gdy przy ustalaniu istnienia „przewagi rynkowej” bierze się pod uwagę porównanie pozycji działających na tym samym rynku, ale niezależnych od siebie konkurentów.

III. Przepisy francuskie

1. Regulacje dotyczące przewagi kontraktowej w ustawodawstwie francuskim

Francuskim odpowiednikiem zawartego w ustawie pojęcia „przewagi kontraktowej” i zakazu jej nadużywania jest wyrażony w drugim akapicie art. L420–2 *Code de Commerce*⁶ zakaz nadużywania zależności ekonomicznej. Podobnie jak w przypadku rozwiązań niemieckich, regulacja francuska powiązana jest bezpośrednio z zakazem nadużywania pozycji dominującej, wyrażonym w pierwszym akapicie art. L420–2 *Code de Commerce*. Norma wyrażona w drugim akapicie art. L420–2 zakazuje „nadużywania, w przypadku, gdyby takie nadużycie mogło naruszyć funkcjonowanie lub strukturę konkurencji, przez przedsiębiorstwo lub grupę przedsiębiorstw stanu zależności ekonomicznej, w którym znajduje się w stosunku do niego przedsiębiorstwo klienta lub dostawcy. Takie nadużycie polegać może na odmowie sprzedaży, sprzedaży związanej, praktykach dyskryminacyjnych wskazanych w punkcie I art. 442–6 czy umowach dotyczących gamy produktów”⁷.

⁶ Code de Commerce, version consolidée au 10.06.2017 (Journal Officiel de la République Française du 21.09.2000, Ordonnance n° 2000-912 du 18.09.2000 relative à la partie législative du code de commerce).

⁷ *Accord de gamme* – umowa, na mocy której producent lub dostawca przyznaje rabat klientowi lub dystrybutorowi, w zamian za zobowiązanie do posiadania w ofercie całej lub części gamy produktów producenta; zob. DGCCRF (Juin 2017), *Fiches Pratiques. Abus de dépendance économique: Quelles sanctions?*, s. 3.

Zgodnie z wypracowanymi w orzecznictwie francuskim kryteriami, do ustalenia czy dany przedsiębiorca znajduje się w stanie zależności ekonomicznej bierze się pod uwagę m.in. takie kryteria, jak rozpoznawalność znaków towarowych dostawcy, istotność udziału rynkowego dostawcy, udział dostawcy w obrocie realizowanym przez dystrybutora, pod warunkiem, że udział ten nie wynika ze świadomego wyboru polityki handlowej dokonanego przez danego dystrybutora, czy też wreszcie trudności ze strony dystrybutora, pozyskania innych źródeł zaopatrzenia w produkty ekwiwalentne (Condomines, 2014, s. 236)⁸. Nie ma natomiast znaczenia relatywna wielkość obu przedsiębiorstw – teoretycznie możliwe jest więc, że przedsiębiorstwo relatywnie większe znajdzie się w stanie zależności ekonomicznej od przedsiębiorstwa relatywnie mniejszego, o ile spełnione zostaną przytoczone wyżej kryteria wystąpienia stanu zależności ekonomicznej.

Zgodnie z orzecznictwem francuskich organów ochrony konkurencji oraz jednolitym stanowiskiem doktryny, ocena wystąpienia stanu zależności ekonomicznej dokonywana jest odrębnie dla każdego poszczególnego przypadku, w zależności od występujących okoliczności danej sprawy⁹. Tym samym spełnienie jednego z kryteriów przytoczonych wyżej może nie wystarczać do ustalenia, że stan taki występuje. Potwierdził to francuski Sąd Kasacyjny¹⁰ w jednym ze swoich orzeczeń, zgodnie z treścią którego: „stan zależności ekonomicznej, dla dystrybutora, definiuje się jako sytuację przedsiębiorstwa, które nie posiada możliwości zastąpienia swojego dostawcy przez innych dostawców odpowiadających na jego zapotrzebowanie w porównywalnych warunkach technicznych i ekonomicznych; sam fakt, że dany dystrybutor realizuje bardzo istotną część lub nawet całość swojego zapotrzebowania u jednego dostawcy nie wystarcza do określenia jego stanu jako stanu zależności ekonomicznej w rozumieniu art. L420–2 Code de Commerce”¹¹.

W odniesieniu do oceny istnienia stanu zależności dostawcy od odbiorcy/dystrybutora jego produktów pod uwagę bierze się następujące kryteria, które powinny być rozpatrywane łącznie: istotność udziału w obrocie realizowanego przez dostawcę z dystrybutorem, znaczenie dystrybutora w sprzedaży produktów dostawcy, czynniki wpływające na koncentrację sprzedaży dostawcy za pośrednictwem dystrybutora, w szczególności kwestia czy koncentracja ta wynika z przyjętej strategii handlowej, czy też z okoliczności technicznych oraz istnienie rozwiązań ekwiwalentnych, tego rodzaju, że stan zależności ekonomicznej wynika z niemożliwości dla danego przedsiębiorstwa przyjęcia rozwiązań technicznych i ekonomicznych równoważących dotychczasową relację z dystrybutorem¹².

Istotnym elementem weryfikacji czy pomiędzy przedsiębiorcami występuje stan zależności ekonomicznej jest polityka handlowa prowadzona przez dystrybutora w odniesieniu do danego dostawcy (lub dostawcy w odniesieniu do danego dystrybutora). Jeśli wykazane zostanie, że zależność dystrybutora od produktów dostawcy (lub odwrotnie) wynika z jego decyzji, a dystrybutor ten nie wykorzystał lub nie wykorzystuje możliwości uniezależnienia się, mimo istnienia alternatyw rynkowych, dystrybutor taki nie będzie mógł powoływać się na stan zależności ekonomicznej, nawet jeśli udział produktów dostawcy w obrocie dystrybutora jest znaczący¹³.

⁸ Na podstawie następujących decyzji Autorité de la Concurrence: Décision z 23.02.2011 r., 11–D–04, Décision z 30.06.2010 r., 10–MC–01; Décision z 22.12.2009 r., 09–D–40, Décision z 03.03.2010 r., 10–D–08; Décision z 02.05.2007 r., 07–D–14; Décision z 15.09.2004 r., 04–D–44; Décision z 30.06.2004 r., 04–D–26; Décision z 27.12.2002 r., 02–D–77.

⁹ DGCCRF (Juin 2017), *Fiches Pratiques...*, s. 2.

¹⁰ *Cour de cassation* – odpowiednik Sądu Najwyższego we francuskim systemie sądownictwa.

¹¹ Wyr. SK z 3.03.2004 r., 02–14.529. Przytoczone za: Condomines, 2014, s. 238.

¹² Decyzja Autorité de la Concurrence z 23.06.2009 r., 09–D–21. Przytoczone za: Condomines, 2014, s. 239.

¹³ Decyzja Autorité de la Concurrence z 8.06.2011 r., 11–D–09; przytoczone za: Condomines, 2014, s. 239.

2. Przypadki nadużywania stanu zależności ekonomicznej w prawie francuskim

Francuskie rozwiązania dotyczące określenia sytuacji, w których dochodzi do nadużycia stanu zależności ekonomicznej, wskazane w art. L420–2 *Code de Commerce*, cechują się bardzo daleko posuniętą kazuistyką. Przedmiotowy przepis definiuje bowiem jako nadużycie nie tylko wprost wskazane w nim praktyki, takie jak odmowa sprzedaży, sprzedaż wiązana czy też umowy dotyczące gamy produktów, lecz także wszystkie praktyki dyskryminacyjne wskazane w art. L442–6 pkt I *Code de Commerce*. Lista tych praktyk dyskryminacyjnych, powstała w ramach kilkudziesięcioletniej historii stosowania regulacji francuskich w obszarze dystrybucji prowadzonej w szczególności przez sieci supermarketów, liczy obecnie 13 pozycji. W naszej ocenie istotne jest przybliżenie jej polskiemu czytelnikowi. Pytanie więc, czy w ramach praktyki orzeczniczej na gruncie ustawy nie należałoby uwzględnić francuskich doświadczeń w tym przedmiocie, przynajmniej w zakresie odwołania się do zdefiniowanych już w ustawodawstwie francuskim praktyk, które stanowić mogą nadużycie przewagi kontraktowej?

Artykuł L442–6 pkt I zabrania stosowania przez przedsiębiorców następujących praktyk dyskryminacyjnych:

- a) Otrzymywania lub domagania się od kontrahenta korzyści nieodpowiadającej rzeczywiście świadczonym usługom wzajemnym lub o wartości nieproporcjonalnej do wartości świadczonej usługi. Taka korzyść polegać może na nieuzasadnionym przez wspólny interes i proporcjonalny zwrot z inwestycji udziale kontrahenta w finansowaniu działań marketingowych lub promocyjnych, działań zakupowych lub inwestycyjnych – w szczególności w zakresie remontu lub renowacji sklepów, działań integracyjnych (np. przejęć) w ramach sieci sklepów czy też wynagrodzeniu za usługi międzynarodowych central dystrybucyjnych. Taka korzyść polegać może również na sztucznym łączeniu obrotów (np. uwzględnianiu obrotów realizowanych z kontrahentem także przez przedsiębiorstwa powiązane czy też stowarzyszonych dystrybutorów), domaganiu się zrównania warunków handlowych z tymi otrzymywanymi przez innych klientów lub domaganiu się dodatkowych świadczeń w trakcie wykonywania umowy, mających na celu utrzymanie lub wzrost, w nadmierny sposób, swojej marży lub rentowności.
- b) Nakładania lub usiłowania nałożenia na partnera handlowego zobowiązań tworzących znaczącą nierównowagę w prawach i obowiązkach stron.
- c) Otrzymywania lub usiłowania otrzymania korzyści jako warunku wstępnego złożenia zamówienia, bez powiązania tej korzyści z pisemnym zobowiązaniem co do proporcjonalnej wielkości zamówienia lub, w stosownych przypadkach, z usługą, o którą starał się dostawca stanowiącą przedmiot pisemnej umowy.
- d) Otrzymywania lub usiłowania otrzymania, pod groźbą brutalnego zerwania całości lub części stosunków handlowych, korzyści w sposób oczywisty nadmiernych w odniesieniu do ceny, terminów płatności, warunków sprzedaży lub usług niezwiązanych ze zobowiązaniem zakupu lub sprzedaży.
- e) Brutalnego zrywania, także częściowego, stałej relacji handlowej, bez pisemnego wypowiedzenia biorącego pod uwagę długość relacji handlowej oraz minimalny dopuszczalny okres wypowiedzenia, określony przez odniesienie do zwyczajów handlowych, w porozumieniach branżowych. W przypadkach, które dotyczą dostaw produktów sprzedawanych pod marką

dystrybutora, okres wypowiedzenia ulega podwojeniu w porównaniu z sytuacją, kiedy produkty nie są sprzedawane pod marką dystrybutora. Przepis ten nie znajduje zastosowania w przypadku rozwiązania umowy bez wypowiedzenia w razie niewykonywania jej zobowiązań przez drugą stronę lub w przypadku wystąpienia siły wyższej.

- f) Uczestnictwa bezpośredniego lub pośredniego w naruszaniu zakazu sprzedaży poza siecią, nałożonego na dystrybutora w ramach umowy dystrybucji selektywnej lub wyłącznej, zgodnej z przepisami prawa konkurencji.
- g) Narzucania klauzul indeksacji lub renegocjacji ceny, przez odniesienie do jednego lub kilku wskaźników publicznych, bez bezpośredniego związku z produktami lub świadczeniem usług, które są przedmiotem porozumienia.
- h) Odmawiania przyjęcia lub dokonywania zwrotów towarów, lub potrącanie z kwoty faktury wystawionej przez dostawcę kar umownych lub rabatów z powodu zwłoki w dostawie lub niezgodności w dostarczonych towarach, o ile dług nie jest pewny, bezsporny i wymagalny, bez umożliwienia dostawcy weryfikacji zasadności reklamacji.
- i) Niekomunikowania ogólnych warunków sprzedaży wobec wszystkich nabywców towarów lub wszystkich odbiorców usług, którzy o to zawnioskują w celu wykonywania działalności zawodowej.
- j) Odmawiania wskazania na etykiecie produktu sprzedawanego pod marką dystrybutora nazwy i adresu wytwórcy tego produktu, jeśli on o to zawnioskuje.
- k) Ogłaszania poza miejscem sprzedaży cen na świeże owoce i warzywa, bez respektowania przepisów regulujących takie działanie (np. pierwsze ogłoszenie takiej ceny może nastąpić nie wcześniej niż na 3 dni przed zastosowaniem tej ceny, na okres nie dłuższy niż 5 dni od tej daty).
- l) Zamawiania, regulowania lub fakturowania zamówienia produktów lub usług po cenie innej niż cena ustalona, wynikająca z warunków sprzedaży lub wynegocjowana z kontrahentem.
- m) Nakładania lub usiłowania nałożenia na partnera handlowego kary umownej za opóźnienie w dostawie w przypadku wystąpienia siły wyższej.

Wspólnym mianownikiem łączącym powyższe praktyki jest ewidentne naruszenie przez każdą z nich interesu słabszej strony umowy. Praktyki te opisane są bardzo precyzyjnie, co niewątpliwie jest korzystne z punktu widzenia pewności prawa. Niemniej jednak postępowanie się przez ustawodawcę francuskiego w miejsce klauzul generalnych wyczerpującą listą praktyk niedozwolonych zmusza go do okresowej weryfikacji tej listy, tak aby nadać za rozwojem stosunków rynkowych.

IV. Rozwiązania polskie

1. Definicja przewagi kontraktowej i związane z nią problemy interpretacyjne

Podobnie jak w przypadku znaczącej siły rynkowej (pozycji dominującej), ustawa nie zakazuje posiadania przewagi kontraktowej (relacyjnej siły rynkowej) przez przedsiębiorcę (Kohutek, 2017; Salitra, 2017, s. 134). Jest to fakt obiektywny, który istnieje albo nie istnieje. Zakazane jest natomiast wykorzystywanie przez przedsiębiorcę (w stosunku do innego przedsiębiorcy) posiadanej przewagi kontraktowej i to w sposób nieuczciwy, tj. sprzeczny z dobrymi obyczajami (tutaj w działalności gospodarczej/handlowej/kupieckiej) i jeśli zagraża istotnemu interesowi drugiej

strony albo narusza taki interes. Tak więc *a contrario* uczciwe (zgodne z dobrymi obyczajami) wykorzystywanie przewagi kontraktowej/siły relacyjnej (poprzez np. twarde negocjowanie ceny, zwyczajowe w danej branży „targowanie się”) nie wypełnia znamion czynu z art. 6 ustawy.

W ocenie K. Kohutka (2017), zgodnie z rozwiązaniami ustawy, przedsiębiorca może posiadać przewagę kontraktową, nie posiadając jednocześnie znaczącej siły rynkowej (pozycji dominującej na rynku właściwym). Należy się zgodzić, że taka teza powinna wynikać z rozwiązań ustawy. Tym bardziej więc w założeniu przedsiębiorca może nieuczciwie wykorzystywać posiadaną przewagę kontraktową (relacyjną siłę rynkową), nawet jeżeli nie dopuszcza się jednocześnie nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu przepisu art. 9 uokik z 2007 r.¹⁴.

Niemniej dogłębna analiza przepisu art. 7 ust. 1 ustawy nasuwa poważne wątpliwości. Przede wszystkim bardzo problematyczne jest użycie przez ustawodawcę w definicji przewagi kontraktowej nieostrych wyrażen „wystarczające i faktyczne możliwości zbycia/nabycia produktów (...)”. Po pierwsze słowo „faktyczne” należy chyba tutaj rozumieć jako realne, rzeczywiste możliwości. Jest ono jednak zbędne. Bez wątpienia lepsze byłoby zaczerpnięte z rozwiązań niemieckich i nawiązujące do subiektywnych cech „zależnego” dostawcy albo nabywcy wyrażenie, tj. „rozsądnych możliwości”. Po drugie, należy zadać pytania, kiedy w myśl przepisu art. 7 ust. 1 ustawy nie będzie istniała „wystarczająca możliwość” zbycia towaru (produktów rolnych lub spożywczych); gdy dostawca może obiektywnie, realnie i bez problemu zbyć swój towar trzem innym, alternatywnym nabywcom, to czy wtedy ta możliwość zbycia nie jest wystarczająca; czy takich nabywców musi być dwudziestu, aby uznać, że możliwość zbycia jest wystarczająca; jeśli dostawca może realnie, bez przeszkód, zbyć swój towar innemu, choćby jednemu alternatywnemu nabywcy, to czy wtedy taka możliwość zbycia będzie uznana za niewystarczającą w myśl ustawy; jaka zatem liczba alternatywnych nabywców jest potrzebna, aby uznać, że istnieje wystarczająca możliwość zbycia towarów; czy Prezes UOKiK, w toku prowadzących postępowań, będzie *ad casum* decydował jaka liczba nabywców gwarantuje wystarczającą możliwość zbycia towaru?

Z pewnością potrzebna była by do tego choćby minimalna analiza rynku¹⁵. W naszym przekonaniu wystarczające powinno być, że dostawca może realnie, obiektywnie zbyć towar choćby jednemu alternatywnemu nabywcy. W takim przypadku trudno twierdzić, że nie istnieje faktyczna i wystarczająca możliwość zbycia towaru. Jak długo istnieje na rynku choćby jeden alternatywny nabywca gotowy i zdolny do nabycia (na rozsądnych warunkach) produktów rolnych lub spożywczych od dostawcy, tak długo możliwość zbycia wystarczająca powinna być uznawana za wystarczającą.

Jednocześnie rodzi się pytanie, co w przypadku, w którym dostawca ma co prawda możliwość realnego przerwania się do alternatywnego odbiorcy (a ten ma zdolność odbioru towaru na rozsądnych warunkach), ale postanowienia umowne z dotychczasowym odbiorcą mu to czasowo uniemożliwiają (np. okres wypowiedzenia dla każdej ze stron umowy wynosi 6 albo 9 miesięcy). Przy czym umowa z pierwotnym odbiorcą nie była zawarta w warunkach przymusu czy nacisku, lecz strony dobrowolnie i świadomie zgodziły się na takie okresy wypowiedzenia. Czy taka sytuacja powoduje, że dotychczasowemu odbiorcy Prezes UOKiK może przypisać przewagę kontraktową

¹⁴ Szerzej na temat nadużycia pozycji dominującej i przejawów nadużycia zob. Stawicki, 2016, s. 322–344 oraz Skoczny i Szwedziak-Bork, 2014, s. 432–444.

¹⁵ Krytycznie o przyjętym w ustawie rozwiązaniach i powierzeniu prowadzenia postępowań w sprawach nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej Prezesowi UOKiK zob. także Jurkowska-Gomułka, 2017, s. 8–19.

(relacyjną siłę rynkową)? A co jeśli dostawca – jak słusznie zauważa K. Kohutek (2017) – jest nieporadny, niedoświadczony czy nieprofesjonalny i nie potrafi w skuteczny sposób zmienić odbiorcy (kryteria subiektywne, odnosząc się do przedsiębiorcy), pomimo że na rynku istnieje taka realna (a nie iluzoryczna) możliwość (kryterium obiektywne)? Albo gdy pomimo innych możliwości na rynku, świadomie związał się z kontrahentem i dodatkowo na przestrzeni czasu nie skorzystał z nadarzających możliwości uniezależnienia się?

Z uwagi na aktualną treść przepisu art. 7 ust. 1 ustawy, stoimy więc na stanowisku, że przewaga kontraktowa (relacyjna siła rynkowa) w tym przepisie jest (niestety) przede wszystkim zdefiniowana w sposób, jaki opisuje się znaczącą siłę rynkową na rynku wyższego (*upstream*) albo niższego (*downstream*) szczebla¹⁶. Innymi słowy zachowania czy sytuacje określone w treści definicji przewagi kontraktowej wyraźnie wskazują w praktyce (w większości przypadków) na sytuację dominacji czy nawet superdominacji rynkowej (monopolu). Ten bowiem istnieje, gdy z uwagi na istnienie barier wejścia na rynek lub wyjścia z niego zachowania dominanta czy superdominanta nie przyciągają nowych uczestników rynku, którzy niższymi cenami lub większą produkcją lub zbytem czy innowacyjnością mogliby podważyć siłę rynkową monopolu.

W konsekwencji wydaje się, że pojęcie „przewagi kontraktowej” – w związku z aktualną treścią przepisu art. 7 ust. 1 ustawy – należałoby (z punktu widzenia relacji dostawca – nabywca i *vice versa*) w praktyce najczęściej ujmować w następujący sposób i będzie ona występować, gdy:

- a) ma miejsce taka znacząca koncentracja siły rynkowej (indywidualnej bądź kolektywnej) na rynku niższego szczebla, przez co faktycznie i obiektywnie nie ma dla dostawcy alternatywnych odbiorców/innych nabywców; innymi słowy dostawca nie ma rzeczywistej możliwości przerzucenia się ze swoimi dostawami towaru (na rozsądnych warunkach, tj. porównywalnych co do ceny, jakości, marki czy też koniecznych inwestycji w działania marketingowe i sprzedażowe) do innego nabywcy i w konsekwencji jest niejako „uwiązany”/zamknięty (*locked-in*); oraz jednocześnie występuje znaczna dysproporcja w potencjałach ekonomicznych pomiędzy nabywcą a dostawcą (na rzecz siły nabywczej) albo
- b) ma miejsce taka znacząca koncentracja siły rynkowej (indywidualnej bądź kolektywnej) na rynku wyższego szczebla, przez co faktycznie i obiektywnie nie ma dla nabywcy alternatywnych dostawców; innymi słowy nabywca nie ma rzeczywistej możliwości zmiany dostawcy i zaopatrywania się (na rozsądnych warunkach) w towar taki sam lub substytucyjny u innego dostawcy i jest niejako u niego „uwiązany”/zamknięty oraz jednocześnie występuje znaczna dysproporcja w potencjałach ekonomicznych pomiędzy dostawcą a nabywcą (dysproporcja na rzecz dostawcy)¹⁷.

Z powyższego wynika więc, że zarówno na rynku *upstream*, jak i *downstream* muszą występować typowe dla dominacji rynkowej czy nawet monopolu, wynikającego z indywidualnej bądź kolektywnej (na skutek cichej/*tacit collusion* bądź wyraźnej/*explicit collusion*) zmo-

¹⁶ Znaczącą siłę rynkową/dominację ujmuje się (w uproszczeniu) jako pozycję przedsiębiorcy na rynku, która gwarantuje mu niezależność w jego działaniach od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Oznacza to, że dominant nie przejmuje się czy jego klienci przejdą do konkurencji (najczęściej z różnych powodów nie mogą, bo są np. uwiązani czy zablokowani), czy też czy jego konkurenci zakwestionują jego pozycję rynkową (oni również nie mogą mu zagrozić z uwagi na różne bariery wejścia w tym koszty z tym związane). Pozycja taka pozwala więc na zachowania wskazujące na taką niezależność, takie jak zamykanie dostępu np. alternatywnym dostawcom (*foreclosing competitors*) czy podwyżki cen ponad „poziom konkurencyjny” – szerzej zob. np. Carlton i Perloff, 2005 oraz Faull i Nikpay, 2014.

¹⁷ Podobnych wyrażen na opis stanu rynkowego związanego z przewagą kontraktową używa Kohutek (2017), jednak nie utożsamia on przewagi kontraktowej z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy ze znaczącą siłą rynkową, o której mowa w ustawie uokik.

wy¹⁸, poważne i trwałe bariery wejścia/wyjścia czy ekspansji, odpowiednio dla alternatywnych odbiorców (pkt a) czy dostawców (pkt b). Tym samym dostęp do rynku dla alternatywnych odbiorców albo dostawców jest przymknięty albo nawet zamknięty (*market foreclosure*). Taki stan jest możliwy przy trwałym ograniczeniu konkurencji (*market failure*) wynikającym z dominacji czy nawet monopolu.

Zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy przewaga kontraktowa musi dodatkowo zawsze charakteryzować się występowaniem po jednej ze stron (nabywcy albo dostawcy) znacznej dysproporcji w potencjale ekonomicznym. Brak przesłanki dysproporcji ekonomicznej po jednej ze stron nie pozwala na przypisanie przymiotu przewagi kontraktowej. Nie zmienia to jednak w naszej ocenie utożsamiania *de lege lata* przewagi kontraktowej (relacyjnej siły rynkowej) z dominacją rynkową (znaczącą siłą rynkową). Dominant z reguły dysponuje znacznym potencjałem ekonomicznym. Jeśli po drugiej stronie dominat spotyka się z takim samym znacznym potencjałem, to jego dominacja może zostać w tej relacji zniesiona.

Przesłanki nieistnienia faktycznej i wystarczającej możliwości zmiany nabywcy czy dostawcy produktów rolnych lub spożywczych to więc *de lege lata* w naszej ocenie nic innego jak przesłanki, kryteria obiektywne brane pod uwagę przy rozpatrywaniu istnienia na danym rynku znaczącej siły rynkowej. Ponadto, ustawa nie wprowadza kluczowego dla rozwiązań niemieckich i francuskich pojęcia stanu zależności (ekonomicznej) przedsiębiorcy od innego przedsiębiorcy jako dostawcy lub nabywcy określonych towarów lub usług. Nie wprowadza także domniemana prawnego z tym związanego (np. z uwagi na uzyskiwanie przez nabywcę od dostawcy regularnie obok zwyczajowych rabatów lub innych opłat także korzyści, które nie są przyznawane podobnym mu nabywcom) przez co dostawca jest uważany za zależnego od nabywcy. Nawet jednak w tego typu sytuacjach taka zależność zazwyczaj wynika z niezależności drugiej strony (od konkurentów, kontrahentów i konsumentów), co znow wskazuje na dominację rynkową.

Jednocześnie zdajemy sobie sprawę, że nawet przy aktualnym brzmieniu przepisu art. 7 ust. 1 ustawy jest możliwa sytuacja, w której przy braku dominacji rynkowej (znaczącej siły rynkowej) może wystąpić przewaga kontraktowa (relacyjna siła rynkowa). Chodzi tutaj o znaną rozwiązaniom niemieckim i francuskim zależność od popytu czy ewentualnie zależność wynikającą z charakteru przedsiębiorstwa (choć ta ostatnia typowa dla dealerów samochodów czy stacji paliw jest mniej typowa dla sektora rolno-spożywczego). Teoretycznie, jeśli dostawca danych produktów rolnych lub spożywczych całą swoją działalność nastawia na zbyt produktów u konkretnego odbiorcy (np. produkcja wyspecjalizowana) lub jeśli dany odbiorca w sposób regularny nabywa istotną część produktów dostawcy (posiada istotny udział w jego obrocie – np. centrale zakupowe, sieci super- i hipermarketów, nabywca publiczny), to w takim przypadku istotnie może (bez dominacji na rynku) zaistnieć sytuacja przewagi kontraktowej (relacyjnej siły rynkowej). Jednak nawet i w takich przypadkach nie powinno być mowy o automatyzmie oceny. Wszelkie przesłanki obiektywne i subiektywne zmiany nabywcy czy dostawcy powinny być szczegółowo rozważone. Pytanie więc o rzeczywiste, racjonalne możliwości, w tym głównie obiektywne (a nie rozumiane jedynie subiektywnie) koszty zmiany (*switching costs*) czy jakość alternatywnych

¹⁸ Rozumienie takie zdają się potwierdzać pierwsze postępowania przed Prezesem UOKiK, który bada wzrost cen masła, spadek cen jabłek i ustalanie cen mleka (komunikat prasowy UOKiK z 12.10.2017 – https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=13601). Zawyżanie cen albo ich zniżanie jest zazwyczaj wynikiem posiadania indywidualnej bądź kolektywnej znaczącej siły rynkowej. Pytanie więc czy te postępowania nie powinny być jednak prowadzone w oparciu o przepisy art. 6 lub 9 uokik z 2007 r.?

towarów (to znów sprowadza jednak sprawę do kwestii substytucyjności produktów). Dlatego też w naszej ocenie koniecznym będzie na gruncie ustawy odwoływanie się – jak w rozwiązaniach niemieckich i francuskich, które są niejako nadbudowane na zakazie nadużywania pozycji dominującej – do instrumentów i metodologii antymonopolowej (w tym definicji rynku właściwego, towaru substytucyjnego, kosztu zmiany, przeciwstawnej siły nabywczej, barier wejścia i wyjścia, siły rynkowej)¹⁹. Brak oparcia się na tym znanym i wypracowanym instrumentarium i metodologii antymonopolowej prowadziłyby w naszej ocenie do chaosu i całkowitego braku pewności prawnej. Przykładowo odejście od pojęcia rynku właściwego i substytucyjności popytowej skutkowałoby tym, że dostawca każdego, konkretnego towaru (np. cukierków marki X) mógłby być oskarżony przez Prezesa UOKiK o posiadanie przewagi kontraktowej (nie będzie bowiem zamiennika tych cukierków określonej marki u innego dostawcy).

Zdajemy sobie sprawę, że sformułowana przez nas teza może być ryzykowana i trudna do zaakceptowania, zważywszy na cel twórców ustawy, jakim była ochrona dostawców i nabywców w łańcuchu dostaw produktów rolnych lub spożywczych przed nieuczciwym wykorzystywaniem przewagi kontraktowej w sytuacji, gdy przedsiębiorca wykorzystujący tę przewagę nie jest dominantem rynkowym czy monopolistą. Wydaje się jednak, że cele te *de lege lata* nie mogą zostać właściwie osiągnięte, a przedsiębiorcy nieposiadający pozycji dominującej na rynku właściwym, wobec których Prezes UOKiK wydał decyzję o uznaniu stosowanej przez nich praktyki za nieuczciwe wykorzystującą przewagę kontraktową, w większości przypadków będą mogli z powodzeniem dochodzić uchylecia takiej decyzji przed sądami w trybie odwoławczym. Wydaje się bowiem, że definicja przewagi kontraktowej z art. 7 ust. 1 ustawy jest wadliwa. Jest ona dalece nieprecyzyjna i co najważniejsze niepełna. Dlatego też nie wyraża ona w naszej ocenie tego co chciał osiągnąć ustawodawca.

2. Definicja nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej. Kwestia interesu drugiej strony

Ustawodawca, definiując nieuczciwe wykorzystanie przewagi kontraktowej, odsyła do dwóch pojęć niedookreślonych (które muszą być spełnione kumulatywnie) tworzących łącznie klauzulę generalną: „sprzeczności z dobrymi obyczajami” oraz „istotnego interesu (drugiej strony), który to interes musi być zagrożony albo już naruszony”²⁰. Równocześnie ustawodawca, posługując się wieloznacznym, płynnym i względnym pojęciem „interesu” nie przesądza czy chodzi tutaj o interes prawny (a więc wartość czy korzyść chronioną przez konkretną normę prawną), czy tylko o interes faktyczny (taki interes indywidualny, który nie został w sposób wyraźny wzięty pod ochronę przez obowiązujące prawo)²¹. Z uwagi jednak na fakt, że ustawa posługuje się wyrażeniem „istotny interes” można wnioskować, że chodzi o taki indywidualny (a nie ogółu), własny, konkretny, realny, aktualny (nie ewentualny), obiektywny (czyli istniejący niezależnie od przekonania tego podmiotu) interes, który z uwagi na swoją istotność znajduje oparcie w przepisach

¹⁹ Przeciwnie zdaje się argumentować Salitra (2017, s. 133–134).

²⁰ Szerzej na temat pojęcia dobrych obyczajów w działalności gospodarczej w kontekście ustawy zob. Manteuffel i Piskowski, 2017, s. 36–38, 40–41 i wskazana tam literatura.

²¹ Współcześnie interes pojmowany jest jako „relacja pomiędzy jakimś stanem obiektywnym, aktualnym lub przyszłym a oceną tego stanu z punktu widzenia korzyści, które on przynosi lub może przynieść jakiejś jednostce lub grupie społecznej”. Przez kryterium korzyści trzeba rozumieć partycypację w dobrach (wartościach) występujących w ograniczonej ilości i nierówno rozdzielanych między ludźmi. Natomiast stan obiektywny, to stan wywołany albo działaniem sił przyrody albo działaniem człowieka. Stan wywołany przez człowieka może być stanem prawnym lub faktycznym – zob. Lang, 1997, s. 134.

prawa materialnego, mieści się w granicach prawa, jest interesem prawnie chronionym (przez co jest również bezpośredni). A zatem istnieje w systemie prawnym konkretna norma prawna, która taki indywidualny interes jednostki bierze w ochronę i przyznaje jednostce możliwość żądania od organu podjęcia określonych czynności, których celem jest zrealizowanie interesu lub usunięcie zaistniałego zagrożenia (Zimmermann, 1997, s. 609). Wydaje się, że takie chronione interesy jednostek to: elementarna uczciwość obrotu gospodarczego, prawo do niezakłóconego i swobodnego mechanizmu efektywnej (skutecznej) konkurencji czy dobrobyt konsumenta (tutaj rozumiany jako dobrobyt/nadwyżka odbiorcy czy dostawcy).

Zakaz nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej ma charakter bezwzględny, gdyż nie może być przedmiotem relatywizacji. Ustawa nie przewiduje możliwości wyłączenia tego zakazu, tolerowania nieuczciwego wykorzystywania w drodze blokowych czy indywidualnych wyłączeń (jak przy porozumieniach na gruncie uokik z 2007 r.) (tak również Kohutek, 2017, art. 6).

Zgodzić należy się, że przejawy nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej wskazane w przepisie art. 7 ust. 3 pkt 1–4 ustawy mają charakter otwarty, przykładowy (Salitra, 2017, s. 136; Manteuffel i Piaskowski, 2017, s. 41). Nie jest to lista enumeratywna²². Przy czym stwierdzenie, że mamy do czynienia z nieuczciwym wykorzystaniem przewagi kontraktowej poprzez czyn jeden ze wskazanych w art. 7 ust. 3 pkt 1–4 ustawy musi być postrzegane zawsze przez pryzmat klauzuli generalnej z art. 7 ust. 2 ustawy (tak również Salitra, 2017, s. 136). Wynika to z funkcji korygującej klauzuli generalnej z art. 7 ust. 2 ustawy. Innymi słowy, przesłanki klauzuli generalnej muszą być każdorazowo spełnione i dowodząc dopuszczenia się jednego z czynów określonych art. 7 ust. 3 pkt 1–4 należy równocześnie wykazać sprzeczność takiego czynu z dobrymi obyczajami oraz udowodnić zagrożenie lub naruszenie istotnego interesu kontrahenta (tak słusznie Manteuffel i Piaskowski, 2017, s. 38–39, 45 oraz wskazane tam piśmiennictwo).

V. Podsumowanie

W naszej ocenie, w myśl definicji z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy, przewaga kontraktowa (relacyjna siła rynkowa) w praktyce będzie najczęściej wynikać z faktu istnienia znaczącej siły rynkowej (dominacji) na rynku właściwym. Być może ustawodawca chciał wyrazić inną myśl, ale realnie wyraził się w taki sposób, że przewaga kontraktowa w praktyce będzie w zdecydowanej większości znaczącą siłą rynkową, czyli dominacją albo superdominacją (monopolem) w rozumieniu uokik z 2007 r. Nie wydaje się, aby definicja przewagi kontraktowej z łatwością obejmowała takie stany faktyczne, w których brakuje jednocześnie znaczącej siły rynkowej. Bez wątplenia jednak nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej (relacyjnej siły rynkowej) powinno być kategorią inną (szerszą) niż nadużycie pozycji dominującej (znaczącej siły rynkowej) (tak słusznie Miąsik, 2012, s. 87).

Wydaje się, że polski ustawodawca mógłby szerzej zaczerpnąć z rozwiązań zarówno niemieckich, jak i francuskich. Chodzi tutaj zwłaszcza o doprecyzowanie w ustawie czym jest przewaga kontraktowa (tak, aby zgodnie z założeniami wyraźnie odróżniała się od dominacji rynkowej) i w czym się ona przejawia. Celowym byłoby również zdefiniowanie na wzór niemiecki stanu zależności (wraz z ustanowieniem domniemania prawnego), który prowadzi do przewagi kontraktowej.

²² Szerzej na temat każdego z nazwanych czynów nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej zob. Manteuffel i Piaskowski, 2017, s. 42–45.

Ponadto warto byłoby się zastanowić nad dokładniejszym zdefiniowaniem (na wzór francuski) katalogu praktyk będących przejawami nieuczciwego wykorzystywania tej przewagi. Odwołanie się przez polskiego ustawodawcę, wzorem niemieckiego, w dużej mierze do niedookreślonych i wartościujących klauzul generalnych, z zachowaniem krótkiej listy praktyk zakazanych, pozostawia bowiem orzecznictwu Prezesa UOKiK i sądowemu problem definiowania tych praktyk. Niemniej jednak, jak wskazuje doświadczenie z próbami zdefiniowania praktyki opłat półkowych, istnieje ryzyko, że sądy nie poradzą sobie z tym zadaniem w sposób zadowalający. Dlatego też zasadne jest pytanie, czy wyczerpujący katalog praktyk zakazanych na wzór listy zawartej w art. L442–6 pkt I *Code de Commerce* nie stanowiłaby aktualnie lepszej ochrony dla przedsiębiorców padających ofiarą takich praktyk? Taka kazuistyczna lista byłaby dosyć jasną wskazówką minimalnych standardów współpracy między aktualnymi albo potencjalnymi kontrahentami w sytuacji, gdy jeden z nich posiada nad drugim przewagę kontraktową. W konsekwencji taki katalog mógłby mieć funkcję nie tylko edukacyjną, lecz także prewencyjną (mogłaby zawczasu eliminować zachowania uznane za najbardziej naruszające interes strony słabszej, bez potrzeby każdorazowego badania ich przez sąd i bez wynikającego z tego dla strony słabszej ryzyka gospodarczego i regulacyjnego). Co ważne, praktyki zdefiniowane w art. L442–6 jako praktyki dyskryminacyjne często stosowane są w polskiej praktyce kontraktowej, szczególnie w ramach kontraktów zawieranych między dostawcami produktów rolnych i spożywczych, a ich odbiorcami – przedsiębiorcami prowadzącymi sieci supermarketów. Zdaniem Autorów, w sporach toczonych na gruncie polskiej ustawy już obecnie wyobrażalne jest subsydiarne korzystanie z francuskiej listy praktyk niedozwolonych.

W końcu funkcją ustawy powinna być ochrona interesów tylko małych i średnich przedsiębiorców.

Bibliografia

- Carlton, D.W. i Perloff, J.M. (2005). *Modern Industrial Organization*. Boston: Pearson.
- Condomines, A. (2014). *Guide pratique du droit français de la concurrence*. Issy-les-Moulineaux: Gualino lextenso éditions.
- DGCCRF. (2017). *Fiches Pratiques. Abus de dépendance économique: Quelles sanctions?*, Juin. Pozyskano z: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/documentation/fiches_pratiques/fiches/Abus-dependance-economique.pdf (26.11.2017).
- Faull, J. i Nikpay, A. (2014). *The EU Law of Competition*. Third Edition. Oxford : Oxford University Press.
- Immenga, U., Mestmäcker, E.-J. i Markert K. (2012). *Wettbewerbsrecht* (komentarz do § 20 GWB). 5 wyd., München.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2017). Prezes UOKiK jako organ właściwy w sprawach praktyk nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej – uwagi krytyczne. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(6).
- Kohutek, K. (2017). *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi. Komentarz*. Pozyskano z: System Informacji Prawnej LEX (10.10.2017).
- Lang, J. (1997). Z rozważań nad pojęciem interesu w prawie administracyjnym. W: A. Błaś (red.), *Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd prawa i administracji XXXVIII*. (1997). Wrocław.

- Łyszczarz, W. (2017). Zwalczenie nadużywania przewagi kontraktowej w handlu detalicznym produktami spożywczymi w Niemczech – przegląd. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(6), s. 141–157.
- Manteuffel, K. i Piaskowski, M. (2017). Relacja klauzuli generalnej do przykładowego katalogu nieuczciwych praktyk w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(6).
- Miąsik, D. (2012). *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Nothdurft, J. (2015). *Relative Marktmacht. Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen*. Pozyskano z: <http://docplayer.org/37801541-Relative-marktmacht-joerg-nothdurft.html> (26.11.2017).
- Salitra, M. (2017). Analiza wybranych regulacji wprowadzonych ustawą o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi – jakie zmiany w polskim prawie? *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(6).
- Skoczny, T. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (wyd. 2). Warszawa: C.H. Beck.
- Skoczny, T. i Szwedziak-Bork, I. (2014). Komentarz do art. 9. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (wyd. 2) (s. 432–444). Warszawa: C.H. Beck.
- Stawicki, A. (2016). Komentarz do art. 9. W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (wyd. 2). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Stawicki, A. i Stawicki, E. (red.). (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (wyd. 2). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Zimmermann, J. (1997). Konstrukcja interesu prawnego w sferze działań Naczelnego Sądu Administracyjnego. W: H. Olszewski, B. Popowska (red.), *Gospodarka, Administracja, Samorząd*. Poznań: Printer.