

Agnieszka Staszek*, Mateusz Mroczek**

Przesłanki stwierdzenia przewagi kontraktowej w praktyce nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej

Spis treści

- I. Uwagi wprowadzające
- II. Przesłanka braku wystarczających i faktycznych możliwości zbycia albo nabycia produktów
 1. Uwagi ogólne
 2. Brak wystarczających możliwości zbycia (nabycia) produktów
 3. Przesłanka faktycznych możliwości zbycia
 4. Ocena subiektywna czy obiektywna?
- III. Przesłanka znacznej dysproporcji w potencjale ekonomicznym
- IV. Perspektywa międzynarodowa
- V. Zakończenie

Streszczenie

W dniu 12 lipca 2017 r. weszła w życie ustawa z dnia 15 grudnia 2016 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi. Ustawa ta wprowadza do porządku prawnego nową instytucję zakazu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej nabywcy względem dostawcy oraz dostawcy względem nabywcy produktów rolnych lub spożywczych. Niniejszy artykuł został poświęcony analizie przesłanek stwierdzenia istnienia przewagi kontraktowej w relacji dostawca – nabywca, to jest braku wystarczających i faktycznych możliwości zbycia (nabycia) produktów rolnych lub spożywczych do innych nabywców (od innych dostawców), a także znacznej dysproporcji ekonomicznej pomiędzy kontrahentami. Przesłanki te budzą poważne wątpliwości interpretacyjne, a możliwość ich zastosowania w praktyce rodzi wiele pytań. Autorzy niniejszego artykułu analizują je zatem pod kątem językowym oraz systemowym, uwzględniając przy tym koncepcje powstałe na gruncie pokrewnego prawa ochrony konkurencji. W artykule nakreślono również kontekst międzynarodowy, wskazując na wybrane pokrewne rozwiązania przyjęte w ustawodawstwach krajów Unii Europejskiej.

* Aplikantka radcowska przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Krakowie; prawnik w Markiewicz & Sroczyński Kancelaria Radców Prawnych; e-mail: agnieszka.k.staszek@gmail.com.

** Aplikant radcowski przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Krakowie; prawnik w kancelarii Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy; e-mail: m.j.mroczek@gmail.com.

Poglądy wyrażone w niniejszym artykule są osobistymi poglądami autorów i nie odzwierciedlają stanowiska instytucji i podmiotów, z którymi autorzy współpracują.

Słowa kluczowe: ciężar dowodu; dostawca; nabywca; produkty rolne i spożywcze; przewaga kontraktowa; rynek właściwy; wystarczające i faktyczne możliwości zbycia/nabycia.

JEL: K21

I. Uwagi wprowadzające

W dniu 12 lipca 2017 r. weszła w życie ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (dalej: Ustawa)¹. Ustawodawca, tworząc omawianą regulację, postawił sobie za cel zwiększenie bezpieczeństwa żywnościowego państwa poprzez wyeliminowanie stosowania nieuczciwych praktyk handlowych z łańcucha dostaw surowców rolnych i żywności, które to praktyki mogą ujawniać się w ramach relacji kontraktowych pomiędzy dostawcami, a nabywcami tego rodzaju produktów². W szczególności chodzi tutaj o ochronę słabszej strony relacji kontraktowej (niezależnie od tego czy jest dostawcą, czy nabywcą) jako wrażliwszej na nadużycia ze strony podmiotu o przeważającej pozycji ekonomicznej. Nie ulega przy tym wątpliwości, że zdecydowanie częściej podmiotem „chronionym” Ustawą będą wytwórcy produktów rolnych i spożywczych, zmagający się z potężnymi nabywcami, takimi jak przetwórcy spożywczy lub sieci handlowe³. Podmiotem, który stoi na straży realizacji Ustawy jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK).

Zasadniczym elementem Ustawy jest ustanowiony w jej art. 6 generalny zakaz nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej nabywcy względem dostawcy oraz dostawcy względem nabywcy produktów rolnych lub spożywczych. Uszczegółowienia poszczególnych elementów składających się na ten zakaz dokonano natomiast w art. 7 Ustawy.

Z perspektywy tematyki niniejszego artykułu podstawowe znaczenie ma art. 7 ust. 1 Ustawy, w którym zawarto definicję przewagi kontraktowej. Istnienie takiej przewagi, podobnie jak posiadanie pozycji dominującej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)⁴, samo w sobie nie jest zakazane. Przy czym warto w tym miejscu podkreślić, że tym co odróżnia przewagę kontraktową od posiadania pozycji dominującej jest to, że przewaga kontraktowa jest opisem pewnej sytuacji faktycznej istniejącej pomiędzy dwoma przedsiębiorcami o różnych potencjałach ekonomicznych, a nie opisem cech jednego z takich przedsiębiorców (Kohutek, 2017).

Stwierdzenie istnienia przewagi kontraktowej w badanej relacji biznesowej pomiędzy dostawcą a nabywcą jest w zasadzie kluczowym elementem dla późniejszego ustalenia czy mamy do czynienia z niedozwoloną praktyką, o której mowa w art. 6 Ustawy (Salitra, 2017). Dopiero po stwierdzeniu istnienia przewagi kontraktowej zasadne jest podejmowanie dalszych kroków, tj. analizowanie zachowania nabywcy (dostawcy) posiadającego przewagę kontraktową jako nieuczciwego w rozumieniu art. 7 ust. 2 Ustawy. Oczywiście mogą zdarzyć się w obrocie rynkowym

¹ Ustawa z dn. 15.12. 2016 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (Dz.U. 2017, poz. 67).

² Uzasadnienie do projektu Ustawy, s. 1.

³ Nabywcy mogą natomiast podlegać ochronie w szczególności względem dostawców oferujących produkty znanych marek cechujących się wysokim stopniem rozpoznawalności wśród konsumentów, na które występuje duży popyt.

⁴ T.j. Dz.U. 2017, poz. 229 z późn. zm.

sytuacje, w których przedsiębiorca (A) będzie przebywać w niekorzystnej dla niego relacji kontraktowej z odbiorcą lub nabywcą (B), ale pomiędzy tymi podmiotami nie zaistnieje stosunek, który można określić mianem przewagi kontraktowej. Należy przyjąć, że w takich sytuacjach Ustawa nie powinna znaleźć zastosowania. Przy czym za błędną należy uznać interpretację, w której Prezes UOKiK *a priori* potwierdzałoby istnienie przewagi kontraktowej w sytuacji, gdy jeden z podmiotów znajduje się w gorszej pozycji kontraktowej względem drugiego, tylko w oparciu o konstatację, że w „normalnych” warunkach gospodarowania (tj. bez zaistnienia przewagi kontraktowej) ten słabszy ekonomicznie podmiot nawiązałby współpracę z innym kontrahentem na bardziej korzystnych zasadach.

Ustawowa definicja przewagi kontraktowej obejmuje taką sytuację (i) nabywcy względem dostawcy, w której dla dostawcy nie istnieją wystarczające i faktyczne możliwości zbycia produktów rolnych lub spożywczych do innych nabywców oraz występuje znaczna dysproporcja w potencjale ekonomicznym na korzyść nabywcy albo (ii) dostawcy względem nabywcy, w której dla nabywcy nie istnieją wystarczające i faktyczne możliwości nabycia produktów rolnych lub spożywczych od innych dostawców oraz występuje znaczna dysproporcja w potencjale ekonomicznym na korzyść dostawcy. Definicja ma charakter dwustronny (tj. obejmuje zarówno stronę popytową, jak i podażową). Stwierdzenie istnienia przewagi kontraktowej uzależnione jest od kumulatywnego zaistnienia dwóch przesłanek. Pierwszą z nich jest brak wystarczających i faktycznych możliwości słabszej ekonomicznie strony do zbycia (nabycia) produktów rolnych lub spożywczych do innych nabywców (od innych dostawców). Drugą przesłanką zaś jest znaczna dysproporcja w potencjale ekonomicznym na korzyść jednej ze stron. Brak spełnienia którejkolwiek z przesłanek wyłącza zastosowanie Ustawy.

Obydwie te przesłanki mają charakter wysoce ogólnikowy i niejednoznaczny. Ustawodawca w treści aktu nie zawarł żadnych wskazówek, w jaki sposób należy dekodować pojęcia użyte w definicji przewagi kontraktowej. Sprawia to, że omawiana regulacja jest bardzo elastyczna i pojemna. Ustawa będzie niejako wypełniana treścią dopiero na etapie stosowania przez Prezesa UOKiK. W zamyśle ustawodawcy ma to zapewne pozwolić na aktywne i skuteczne realizowanie celów Ustawy na bardzo zróżnicowanych i dynamicznych rynkach rolnych i spożywczych. Jednocześnie jednak nie buduje to poczucia pewności prawa wśród przedsiębiorców, będących przecież głównymi adresatami regulacji (Stawicki, 2017). Niezwykle trudne jest bowiem określenie (w szczególności z perspektywy silniejszej ekonomicznie strony), w jakiej konkretnie sytuacji mamy do czynienia z przewagą kontraktową, co w praktyce może obniżać poziom wzajemnego zaufania pomiędzy stronami wielu transakcji na rynkach rolno-spożywczych. Będzie tak przynajmniej do czasu wypracowania konkretnych i stałych praktyk orzeczniczych w tym zakresie, w szczególności w postępowaniach prowadzonych przeciwko konkretnym przedsiębiorcom. Z tej perspektywy niebagatelne znaczenie będą miały również orzeczenia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydane na gruncie Ustawy. Niestety nie można oczekiwać, że pojawią się one w najbliższym czasie. Warto również zaznaczyć, że ze względu na relatywnie krótki okres obowiązywania omawianej regulacji, zagadnienie przesłanek stwierdzenia przewagi kontraktowej nie było jeszcze przedmiotem pogłębionych rozważań doktrynalnych.

W niniejszym artykule próbujemy zatem przeanalizować te dwie przesłanki z różnych perspektyw. Mając na uwadze brak szczegółowych definicji ustawowych, w pierwszej kolejności

staramy się wyjaśnić ich znaczenie na gruncie literalnego rozumienia (poprzez odwołania do definicji słownikowych), aby następnie odnieść się do systemowego umiejscowienia omawianej regulacji. Biorąc pod uwagę nowość Ustawy oraz brak rozstrzygnięć wydanych na jej podstawie, odwołujemy się do zbliżonych konstrukcji przewidzianych w pokrewnych przepisach prawa konkurencji. Nakreślamy również kontekst międzynarodowy, przywołując przykłady podobnych rozwiązań legislacyjnych z innych krajów Unii Europejskiej. Podejmujemy również próbę przełożenia analizowanych przesłanek na grunt praktyki. Na końcu artykułu podnosimy także postulaty *de lege ferenda*.

II. Przesłanka braku wystarczających i faktycznych możliwości zbycia albo nabycia produktów

1. Uwagi ogólne

Pierwszą z omawianych przesłanek jest brak wystarczających i faktycznych możliwości zbycia produktów rolnych lub spożywczych do innych nabywców (jeśli stroną słabszą ekonomicznie jest dostawca) albo brak wystarczających i faktycznych możliwości nabycia produktów rolnych lub spożywczych od innych dostawców (jeśli stroną słabszą ekonomicznie jest nabywca). Dla porządku wskazujemy, że w naszej opinii przesłankę braku możliwości zbycia (nabycia) do (od) innych nabywców (dostawców) należy traktować jako całość, choć składa się ona niejako z dwóch elementów (podprzesłanek) – braku wystarczających oraz braku faktycznych możliwości zbycia (nabycia) produktów.

Muszą one zaistnieć łącznie, na co wskazuje zastosowana koniunkcja⁵. Przy czym pozostawiamy na boku rozważania dotyczące logiczności zastosowanej konstrukcji przepisu. Przyjmujemy bowiem, że żadne z zastosowanych przez ustawodawcę słów nie znalazło się w omawianej regulacji przypadkiem. Przyjmujemy, że można potwierdzić spełnienie tej przesłanki, jeżeli zaistnieją *faktyczne* możliwości zbycia (nabycia) towarów, ale nie będą one *wystarczające* dla danego dostawcy (nabywcy). Jednocześnie, jak się wydaje, nie sposób stwierdzić, że istnieją *wystarczające* możliwości pozyskania innego kontrahenta, jeśli takie możliwości *faktycznie* nie występują.

W doktrynie wskazuje się, że przesłanka ta oznacza w praktyce zaistnienie efektu zamknięcia (*locked-in*) słabszego ekonomicznie dostawcy (nabywcy) w ramach relacji biznesowych ze swym silniejszym ekonomicznie nabywcą (dostawcą). Dlatego też K. Kohutek określił ją mianem „przesłanki zamknięcia” (Kohutek, 2017). Innymi słowy, z przesłanką tą mamy do czynienia w sytuacji, w której przedsiębiorca o gorszej pozycji ekonomicznej w ramach relacji B2B nie jest w stanie pozyskać innego kontrahenta dla zbywanych (lub nabywanych) produktów rolnych lub spożywczych. Sytuację taką można porównać do ekonomicznego uzależnienia. Zjawisko to jest po części związane z tzw. *Spiraleffekt*, tj. efektem spirali, przez który rozumieć należy sytuację, w której nabywca posiadający istotną siłę nabywczą – kosztem własnych dostawców – będzie

⁵ Podobne podejście prezentuje K. Kohutek (2017) oraz M. Salitra (2017). Warto przy tym wspomnieć, że taka konstrukcja pierwszej przesłanki była (słusznie) krytykowana na etapie uchwalania Ustawy m.in. przez Stowarzyszenie Prawa Konkurencji, które zwróciło uwagę, że obie „podprzesłanki” tworzą nielogiczną całość. W opinii SPK dla zaistnienia przewagi kontraktowej „nie mogą istnieć wystarczające możliwości zbycia produktów, ale jednocześnie (koniunkcja) nie mogą istnieć faktyczne możliwości zbycia”, zob. Stowarzyszenie Prawa Konkurencji, Uwagi grupy roboczej SPK do Projektu założeń Projektu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej. Prokuratoria Generalna zaproponowała natomiast zastąpienie spójnika „i” przecinkiem („wystarczające, faktyczne możliwości...”), co uzasadniała przypuszczeniem, że w przypadku dostaw produktów rolnych lub spożywczych, ich producent nigdy nie będzie całkowicie pozbawiony faktycznych możliwości ich sprzedaży innemu odbiorcy; zob. Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa, Opinia w przedmiocie projektu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi z dnia 29 sierpnia 2016 r.

w stanie oferować swoim klientom bardziej atrakcyjne produkty (Łyszczarz, 2017). W konsekwencji będzie to prowadzić do eliminacji z rynku konkurentów nabywcy, którzy nie będą w stanie oferować klientom równie korzystnych warunków, a tym samym krąg podmiotów, z którymi kontraktować mógłby dostawca będzie stawać się coraz węższy.

Uważamy, że zasadne jest szerokie rozumienie tej przesłanki, obejmujące zarówno względy ilościowe, tj. brak możliwości zbycia (nabycia) podobnej ilości danego towaru do (od) innych kontrahentów, jak i jakościowe, tj. brak możliwości zbycia (nabycia) danego towaru na warunkach lub o charakterystyce zapewniających dalsze optymalne funkcjonowanie słabszej strony danej relacji i bez uszczerbku dla jej szeroko rozumianych interesów i potencjału. Wskazuje na to choćby treść uzasadnienia do projektu Ustawy, w którym wyraźnie podkreślono m.in. troskę o jakość towarów wprowadzanych do obrotu oraz działalność innowacyjną przedsiębiorców, które mogłyby ucierpieć w sytuacji nadmiernego „drenowania” ekonomicznego przez podmioty o większej sile rynkowej⁶. Takie podejście potwierdza zresztą sam UOKiK, który wskazuje, że badać będzie niekorzystne skutki zachowania danego przedsiębiorcy na ilość, jakość, cenę towarów lub zakres wyboru dostępny konsumentom lub innym nabywcom (UOKiK, 2017, s. 9).

2. Brak wystarczających możliwości zbycia (nabycia) produktów

Pierwszy element przesłanki zamknięcia obejmuje sytuację, w której dla dostawcy (nabywcy) nie istnieją wystarczające możliwości zbycia (nabycia) produktów. Oznacza to, że dla słabszego ekonomicznie podmiotu nie ma możliwości nawiązania współpracy z innym kontrahentem lub taka możliwość istnieje, ale z różnych względów nawiązanie współpracy jest niekorzystne w szerokim tego słowa znaczeniu (*vide* powyższe rozważania dotyczące szerokiego rozumienia przesłanki zamknięcia). Ustawa nie zawiera jakichkolwiek wskaźników, progów, które pozwoliłyby na określenie granicy pomiędzy wystarczającymi a niewystarczającymi możliwościami pozyskania innych kontrahentów. Dlatego kwestia ta będzie rozstrzygana indywidualnie w każdej prowadzonej sprawie.

Analizę tej podprzesłanki rozpoczniemy od interpretacji językowej (gramatycznej). Przyimek „dla” wyznacza „obiekt odniesienia komunikowanego sądu, najczęściej osobę, z punktu widzenia której sąd ten jest wydawany” (Słownik Języka Polskiego PWN). Natomiast według słownikowej definicji słowo „wystarczający” oznacza „taki, który spełnia wymagania lub oczekiwania” (Słownik Języka Polskiego PWN). W naszej opinii wykładnia językowa omawianej podprzesłanki („**dla dostawcy** nie istnieją **wystarczające...**”) może skłaniać do przyjęcia wniosku, że oparta jest ona na subiektywnej ocenie sytuacji słabszego ekonomicznie przedsiębiorcy znajdującego się w konkretnej relacji biznesowej, odnośnie do braku możliwości (niekorzystności) nawiązania współpracy handlowej z innym kontrahentem.

Sytuacja, w której *dla* konkretnego podmiotu (tj. obiektu odniesienia komunikowanego sądu) nie istnieją *wystarczające* możliwości zbycia (nabycia) produktów, oznacza, że ten konkretny podmiot nie widzi możliwości (korzystności) nawiązania współpracy z innym dostawcą lub nabywcą na gruncie zdefiniowanych przez siebie *wymagań* lub *oczekiwań* biznesowych. Może to wynikać z przyczyn natury obiektywnej – jak np. wrażliwość danego towaru na długotrwały transport, ale też z powodów bardziej zindywidualizowanych – jak np. dbałość o renomę, która mogłaby doznać uszczerbku w przypadku nawiązania współpracy handlowej z innym kontrahentem o gorszym

⁶ Uzasadnienie do projektu Ustawy, s. 1.

wizerunku rynkowym. W tym świetle wydaje się, że nie sposób stwierdzić, iż coś jest *wystarczające* lub *niewystarczające* w sposób abstrakcyjny i bez odniesienia tego do indywidualnych zapatrywań konkretnego podmiotu na jego własną sytuację ekonomiczną, prawną itp. Z perspektywy koncepcji racjonalnego gospodarowania to podmiot gospodarczy posiada bowiem najlepszą wiedzę odnośnie do własnych potrzeb, oczekiwań i możliwości biznesowych w ramach danej relacji kontraktowej.

Opierając się na językowym rozumieniu omawianej podprzesłanki, implikującym subiektywność jej oceny, nie sposób wskazać uniwersalnych narzędzi do wykazania jej spełnienia, które mógłby zastosować Prezes UOKiK. Poza oczywiście zwróceniem się do słabszego ekonomicznie przedsiębiorcy z wezwaniem do przedstawienia umotywowanych wyjaśnień dotyczących (nie) istnienia wystarczających możliwości zbycia (nabycia) produktów do (od) innych kontrahentów. Analiza spełnienia tej przesłanki w relacjach pomiędzy przedsiębiorcami i w oderwaniu od ewentualnego postępowania administracyjnego również jest bardzo trudna. Strony transakcji niejednokrotnie nie mają wystarczającej wiedzy o sytuacji ekonomicznej swojego kontrahenta, w tym o jego (potencjalnych) relacjach z podmiotami trzecimi. Można sobie zatem wyobrazić sytuacje, w których przedsiębiorcy o dużym potencjale ekonomicznym będą wymagać od swoich mniejszych kontrahentów przedkładania formalnych zapewnień, o tym, iż aktywnie współpracują z innymi nabywcami (dostawcami), względnie posiadają możliwość nawiązania takich relacji.

3. Przesłanka faktycznych możliwości zbycia

Drugi element przesłanki zamknięcia obejmuje sytuację, w której dla dostawcy (nabywcy) nie istnieją faktyczne możliwości zbycia (nabycia) produktów. Zgodnie z definicją słownikową przez pojęcie „faktyczny” rozumieć należy: „oparty na faktach, będący faktem; rzeczywisty” (Doroszewski, 1958–1969) albo „zgodny z rzeczywistością, a nie taki, jaki mógłby się wydawać komuś na podstawie obserwacji lub uzyskanych informacji” (Żmigrodzki, 2017). Chodzi więc tutaj o obiektywne, rzeczywiście (nie)istniejące możliwości pozyskania innego kontrahenta przez słabszy ekonomicznie podmiot. Ustawa również i w tym przypadku nie wskazuje jednak, w jaki sposób należy ustalać spełnienie tej podprzesłanki. Niemniej wydaje się, że akurat w tym przypadku można sięgnąć do wypracowanych przez lata metod i narzędzi będących w dyspozycji organu ochrony konkurencji.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na zagadnienie wyznaczania rynków, na których funkcjonują podmioty objęte zakresem Ustawy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że naruszenie zakazu wykorzystywania przewagi kontraktowej zawsze będzie odbywało się i oddziaływało na pewien rynek (ryniki) w ramach łańcucha dostaw towarów spożywczych lub rolnych. Ustawa nie zawiera jednak żadnych konkretnych odniesień do tej kwestii. Jedynie w art. 37 Ustawy wskazano, że przy ustalaniu wysokości nakładanej kary Prezes UOKiK powinien wziąć pod uwagę takie czynniki, jak skutki rynkowe naruszenia przepisów Ustawy, a także specyfikę rynku, na którym doszło do naruszenia. Nasuwa się więc pytanie, czy i w jakim zakresie organ powinien w tej kwestii zaczerpnąć z koncepcji stworzonych na gruncie uokik (definicja rynku właściwego z art. 4 pkt 9 uokik), uznk (pojęcie rynku stworzone na gruncie art. 15 ust. pkt 9 uznk), czy też może wytworzyć jakąś autonomiczną koncepcję wyznaczania rynku jedynie na potrzeby stosowania Ustawy? M. Salitra proponuje określanie rynku jako rynku wykreowanego jedynie pomiędzy stronami umowy nabycia produktów rolnych lub spożywczych (Salitra, 2017). Jednakże w opublikowanych przez UOKiK wyjaśnieniach jednoznacznie podkreślono, że Ustawa stosowana będzie nie tyle w celu ochrony

samych stron konfliktu, ile przede wszystkim uczciwej konkurencji, a także konsumentów (UOKiK, 2017, s. 9). Nie bez znaczenia jest również przywołana wyżej kwestia wyznaczania specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia. Można z tego wyciągnąć wniosek, że przy ustalaniu otoczenia rynkowego przedsiębiorców, względem których stosowana jest Ustawa, powinny być brane pod uwagę podobne czynniki, jak przy ustalaniu rynku właściwego na gruncie uokik. W naszej opinii zawężone spojrzenie na rynek przy stosowaniu Ustawy nie będzie bowiem wystarczające dla stwierdzenia (wykluczenia) możliwości pozyskania innych kontrahentów przez słabszy ekonomicznie podmiot, a także dla ustalenia specyfiki funkcjonowania takiego rynku. Jak się zdaje, nie można tutaj jednak mówić o prostym zastosowaniu koncepcji rynku właściwego w rozumieniu uokik – przede wszystkim ze względu na fakt, że takie podejście odrzucił ustawodawca, nie zawierając w treści Ustawy odpowiedniego odesłania.

W naszej opinii zasadne jest zaczerpnięcie pewnych narzędzi prawa ochrony konkurencji, które służą do analizowania otoczenia rynkowego przedsiębiorców w szerszej perspektywie – z uwzględnieniem metod ilościowych oraz jakościowych (zob. Matuszczak-Piasta, 2013). Chodzi tu przede wszystkim o analizy i badania rynkowe, m.in. przeprowadzane z wykorzystaniem wynikającej z art. 14 Ustawy możliwości pozyskiwania informacji od przedsiębiorców. Przydatne w tym zakresie mogą się okazać metody ustalania substytucyjności produktów, określania zasięgu lokalnych rynków produktowych. Ze względu na sezonowość produktów rolnych niejednokrotnie konieczne będzie uwzględnianie również aspektów czasowych⁷.

Reasumując, w naszej opinii procedura badania podprzesłanki faktycznych możliwości zbycia (nabycia) produktów powinna opierać się na kompleksowej analizie, w której zidentyfikowana zostanie możliwie szeroka grupa potencjalnych kontrahentów słabszej ekonomicznie strony. Zbiór takich podmiotów powinien zostać następnie poddany wyselekcjonowaniu pod kątem czynników uwzględniających potencjał ekonomiczny podmiotu o gorszej pozycji, stan i strukturę rynku, charakterystykę danego towaru (m.in. ceny, wymogi jakościowe, otoczenie regulacyjne, właściwości transportowe, istniejący system dystrybucji, koszty marketingowe nawiązania współpracy z innymi podmiotami itp.), a także inne czynniki, które w konkretnej sprawie Prezes UOKiK uzna za przydatne. O spełnieniu omawianej podprzesłanki będzie można mówić, jeśli w wyniku takiego procesu eliminacji zbiór potencjalnych kontrahentów okaże się pusty, względnie będzie zawierał pewne podmioty, które następnie zostaną sprawdzone pod kątem *wystarczających* możliwości nawiązania z nimi współpracy przez słabszego ekonomicznie przedsiębiorcę.

4. Ocena subiektywna czy obiektywna?

Z powyższych rozważań można wyciągnąć wniosek, że mamy do czynienia z pewnego rodzaju konfliktem pomiędzy subiektywną, a obiektywną analizą spełnienia przesłanki zamknięcia. Jak wyżej wskazaliśmy, słownikowa wykładnia pierwszej podprzesłanki może wskazywać na konieczność opierania się na analizie sytuacji konkretnego przedsiębiorcy, będącego słabszą stroną danej relacji kontraktowej. Druga z podprzesłanek – wprost odnosząca się do faktycznego braku możliwości pozyskania innych kontrahentów – wskazuje natomiast na element obiektywny, pozwalający na „oderwanie się” od relatywnych aspektów konkretnej relacji biznesowej.

⁷ Zob. Food and Agriculture Organization of the United Nations, *The State of Agricultural Commodity Markets – Trade and food security: achieving a better balance between national priorities and the collective good*, s. 11.

Jak przyjmuje się w dostępnym piśmiennictwie, ocena obiektywna oznacza, że (prawie) każdy przedsiębiorca, który znajduje się (lub hipotetycznie znalazłby się) w takiej samej (podobnej) sytuacji, w jakiej jest dany (słabszy ekonomicznie) nabywca lub dostawca, faktycznie nie miałby możliwości nabywania (zbywania) produktów rolnych lub spożywczych od innych dostawców (lub na rzecz innych nabywców) niż podmiot, odnośnie do którego ustalane jest posiadanie przewagi kontraktowej (Kohutek, 2017). Ocena subiektywna dotyczy natomiast stwierdzenia istnienia przewagi kontraktowej w oparciu o konkretną relację kontraktową pomiędzy pewnym dostawcą a nabywcą i z uwzględnieniem indywidualnych „odczuć” słabszego ekonomicznie przedsiębiorcy, co do wystarczających możliwości pozyskania innych kontrahentów. Odczucia te mogą opierać się również na ściśle subiektywnych przesłankach, których nie można w prosty sposób zastosować względem innych przedsiębiorców (np. dbałość o renomę, wypracowane przez lata stosunki gospodarcze z partnerami biznesowymi itp.).

Rozstrzygnięcie tego „konfliktu” niewątpliwie nastąpi w praktyce stosowania Ustawy przez Prezesa UOKiK. Niemniej wskazujemy, że w naszej opinii należy przyznać prymat ocenie obiektywnej, nie odrzucając jednak całkowicie przy ocenie istnienia przewagi kontraktowej elementów o charakterze subiektywnym.

Po pierwsze, należy wskazać, że z art. 1 Ustawy wypływa obowiązek wykorzystywania ustanowionych w niej narzędzi w celu ochrony interesu publicznego, który to interes, co do zasady, powinien wykluczać interwencję organu w ściśle zindywidualizowanej sprawie. Jak się wydaje, takie podejście powinno w konsekwencji wyłączyć uwzględnianie subiektywnych przekonań przedsiębiorców co do przebywania w relacji przewagi kontraktowej. W tym miejscu trzeba jednak zwrócić uwagę na dyskusje dotyczące zakresu interesu publicznego czy też szerzej ogólnego *ratio legis*, jaki legł u podstaw przyjęcia Ustawy (Jurkowska-Gomułka, 2017). Ustawodawca w uzasadnieniu do projektu Ustawy odniósł się z jednej strony do kwestii zapewnienia uczciwego i sprawnego obrotu w ramach łańcucha dostaw sektora rolno-żywnościowego. Z drugiej jednak – z treści uzasadnienia wypływa troska ustawodawcy o indywidualnych przedsiębiorców, dla których dotychczasowe prywatnoprawne narzędzia (np. na gruncie uznk) okazały niewystarczające, dlatego należy dać im do dyspozycji dodatkowe instrumenty do mierzenia się z nieuczciwymi kontrahentami o przeważającej pozycji ekonomicznej, tym razem jednak o charakterze administracyjnym. Nie mniejsze znaczenie ma również treść klauzuli generalnej w art. 7 ust. 2 Ustawy, z której wynika, że jednym z czynników warunkujących nieuczciwość wykorzystywania przewagi kontraktowej jest zagrożenie lub naruszenie istotnego interesu drugiej strony (tj. interesu o szczególnym znaczeniu). W tym świetle wydaje się, że w zamyśle ustawodawcy ochrona istotnych interesów słabszej ekonomicznie strony relacji kontraktowej nie stoi w sprzeczności, a niejako wpisuje się w interes publiczny, rozumiany jako ochrona uczciwych stosunków biznesowych w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych (Manteuffel i Piaskowski, 2017).

Po drugie, warto przywołać wyjaśnienia sporządzone przez Prezesa UOKiK, w których wskazano, że „UOKiK będzie podejmował interwencje jedynie w celu ochrony interesu publicznego. Dana praktyka może godzić w ten interes, jeśli oddziałuje na szerszy krąg podmiotów lub wywołuje negatywne skutki dla konkurencji i konsumentów. W toku postępowania trzeba będzie zatem odpowiedzieć na pytanie, czy i w jaki sposób zachowanie przedsiębiorców wpłynie nie tyle na sytuację samych stron konfliktu, ale przede wszystkim na konkurencję i jaki to może mieć skutek

dla konsumentów? (...) Co ważne, celem rozstrzygnięć UOKiK jest wyeliminowanie szkodliwych praktyk rynkowych, a nie rekompensata szkody poniesionej przez konkretnego przedsiębiorcę” (UOKiK, 2017, s. 9). Z przywołanego fragmentu wyjaśnień wynika, że u podstaw wszczęcia postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK stanie konkretny „konflikt” pomiędzy zindywidualizowanymi przedsiębiorcami. Dopiero po zidentyfikowaniu takiego „konfliktu” i stwierdzeniu, że w danej relacji istnieje przewaga kontraktowa, Prezes UOKiK będzie analizował to, w jakim zakresie działania stron sporu niosą za sobą konsekwencje dla szerszego kręgu podmiotów, w tym negatywne skutki dla konkurencji i konsumentów⁸. Innymi słowy, Prezes UOKiK będzie badał czy dana negatywnie oceniana relacja kontraktowa pomiędzy dwoma podmiotami „promieniuje” w szkodliwy sposób na szeroko rozumiany rynek.

Powyższe stanowisko postrzegamy jako zasygnalizowanie, że UOKiK będzie uwzględniał głównie (ale nie wyłącznie) kryteria obiektywne w zakresie stwierdzenia istnienia przewagi kontraktowej w danej relacji biznesowej. Ocena przez pryzmat kryteriów obiektywnych daje szansę na „odsianie” spraw, w których przedsiębiorcy próbowaliby wykorzystać Ustawę w nieuprawniony sposób, tj. jako instrument nadmiernej ingerencji w indywidualne relacje umowne, wywierania nacisków, szantażu itp. (Manteuffel i Piaskowski, 2017). Możliwie szeroka obiektywna ocena spełnienia tych przesłanek w wydawanych decyzjach może również odgrywać rolę edukacyjną dla pozostałych przedsiębiorców działających na rynku, którzy otrzymają wskazówki co do zasad stosowania Ustawy, a zwłaszcza kiedy mają do czynienia z relacją przewagi kontraktowej. Jednakże bez uwzględnienia pewnych aspektów o charakterze subiektywnym, niemożliwe byłoby zidentyfikowanie „konfliktu” pomiędzy przedsiębiorcami, a także stwierdzenie okoliczności składających się na podprzesłankę braku wystarczających możliwości pozyskania innego kontrahenta.

Niemniej należy zaznaczyć, że Ustawa nie może stać się narzędziem ochrony nieprofesjonalnych przedsiębiorców kosztem ich kontrahentów (Kohutek, 2017). Brak profesjonalizmu oraz nieporadność biznesowa, uniemożliwiająca danemu dostawcy (nabywcy) znalezienie nowego nabywcy (dostawcy), nie powinny obciążać drugiej strony relacji kontraktowej. Takie podejście uderzałoby w przedsiębiorców lepiej odnajdujących się na rynku, którzy osiągnęli swą pozycję dzięki biznesowej sprawności, a nie w wyniku stosowania nieuczciwych praktyk związanych z ich pozycją rynkową.

Reasumując, ocena spełnienia przesłanki braku wystarczających i faktycznych możliwości pozyskania kontrahentów przez słabszego ekonomicznie przedsiębiorcę, co do zasady powinna być dokonywana w sposób możliwie obiektywny. Organ stosujący Ustawę powinien jednak cechować się w tym zakresie pewnym poziomem elastyczności, gdyż w wielu przypadkach uwzględnienie subiektywnych względów słabszej ekonomicznie strony konkretnej relacji kontraktowej może prawdopodobnie zapewnić bardziej efektywną realizację celu Ustawy, jakim jest naprawa relacji w sektorze rolno-spożywczym (Manteuffel i Piaskowski, 2017).

⁸ Dokonując oceny szkodliwości wykorzystywania przewagi kontraktowej i jej wpływu na inne podmioty, możliwe będzie zastosowanie przez Prezesa UOKiK koncepcji wypracowanych w doktrynie niemieckiej. W szczególności pomocna może być koncepcja *wasserbetteffekt*, tj. efektu łóżka wodnego, który oznacza, że dostawca (nabywca) może dążyć do skompensowania poniesionych strat – wynikających z udzielonych nabywcy (dostawcy) preferencyjnych warunków – względem swoich innych kontrahentów (Łyszczarz, 2017).

III. Przesłanka znacznej dysproporcji w potencjale ekonomicznym

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Ustawy dla stwierdzenia istnienia przewagi kontraktowej, poza brakiem wystarczających i faktycznych możliwości pozyskania innych kontrahentów, konieczne jest również stwierdzenie występowania drugiej przesłanki, tj. znacznej dysproporcji w potencjale ekonomicznym na korzyść jednej ze stron relacji kontraktowej. Również w tym przypadku ustawodawca posłużył się pojęciami nieostrymi, nie wskazując czym jest potencjał ekonomiczny przedsiębiorstwa w rozumieniu Ustawy, a także w jaki sposób należy ustalać zaistnienie znacznej dysproporcji. Pewną uzupełniającą wskazówką mogą być progi warunkujące zastosowanie ustawy, w tym: (i) próg 50 000 zł łącznej wartości obrotów pomiędzy dostawcą a nabywcą w roku wszczęcia postępowania lub w którymkolwiek z dwóch lat poprzedzających rok wszczęcia postępowania, a także (ii) indywidualny próg obrotów przedsiębiorcy (lub grupy kapitałowej, do której należy przedsiębiorca) stosującego praktykę nieuczciwie wykorzystującą przewagę kontraktową w wysokości 100 000 000 zł w roku poprzedzającym rok wszczęcia postępowania (art. 2 pkt 2 Ustawy).

Ratio wprowadzenia do Ustawy przesłanki znacznej dysproporcji w potencjałach ekonomicznych przedsiębiorstw wypływa z faktu, iż podmioty o znaczącej sile rynkowej mogą w skuteczniejszy sposób wymuszać na słabszych ekonomicznie kontrahentach stosowanie nieuczciwych warunków kontraktowych (Kohutek, 2017; Komisja Europejska, 2016). Brak zidentyfikowania znaczącej dysproporcji w potencjałach ekonomicznych pomiędzy konkretnymi przedsiębiorcami wyklucza stwierdzenie przewagi kontraktowej. W takiej sytuacji Ustawa nie znajdzie zastosowania, choćby warunki kontraktowe pomiędzy stronami danej relacji miały charakter nieuczciwych.

Po pierwsze, należy zastanowić się, czym jest potencjał ekonomiczny przedsiębiorstwa. W potocznym rozumieniu chodzi tutaj o zasoby finansowe i kadrowe, możliwości technologiczne, moce, zdolności wytwórcze odnoszące się do gospodarczej sfery działania przedsiębiorcy (Martyniak, 1996). Przyjmujemy, że na użytek Ustawy pojęcie to należy rozumieć szeroko, nie zawężając go jedynie do prostej analizy wykazywanych obrotów przedsiębiorstwa. Gdyby bowiem ustawodawca pragnął zastosować jedynie wskaźnik obrotów do ustalania potencjału ekonomicznego danego przedsiębiorstwa, prawdopodobnie w inny sposób skonstruowałby omawianą przesłankę.

Ostateczna ocena potencjału i podstaw do jego ustalenia będzie zależęć od specyfiki prowadzonej sprawy oraz rynku, na którym działają przedsiębiorcy, na co zresztą zwraca uwagę sam UOKiK (2017, s. 10). Niemniej ogólną zasadą przy badaniu potencjałów ekonomicznych powinno być uwzględnianie czynników obiektywnie mierzalnych oraz możliwych do porównania. Przede wszystkim należy wskazać na analizę danych wynikających ze sprawozdań finansowych przedsiębiorców, a także istniejących zasobów ludzkich, technologicznych itp. K. Kohutek do potencjału ekonomicznego przedsiębiorstwa zalicza również dostęp do wielu dystrybutorów (lub nabywców/dostawców), szeroki krąg klientów (działających na tym samym rynku, co słabszy ekonomicznie nabywca/dostawca), wertykalne zintegrowanie, dywersyfikację działalności (w tym działanie na różnych rynkach) (Kohutek, 2017).

Odnosnie do podmiotów funkcjonujących w większych strukturach (grupach kapitałowych), w tym w strukturach międzynarodowych, pod uwagę należy brać również stopień powiązań oraz potencjał innych podmiotów w strukturach grup kapitałowych, o ile w rzeczywisty sposób może on ujawnić się również na terytorium Polski. W związku z tym, że w przypadku analizy przewagi

kontraktowej, co do zasady, mamy do czynienia z podmiotami działającymi na różnych rynkach (na różnych stronach rynków), a więc niebędącymi konkurentami, w zasadzie nie ma potrzeby ustalania pozycji rynkowej (udziałów rynkowych), tak jak to ma miejsce na gruncie uokik (Kohutek, 2017).

W zakresie zagadnienia znacznej dysproporcji w potencjałach ekonomicznych wyraźnie zaznaczamy, że dokonując analizy spełnienia omawianej przesłanki, należy porównać potencjał dwóch konkretnych podmiotów znajdujących się w pewnej relacji biznesowej. Mamy więc do czynienia z przesłanką o charakterze zrelatywizowanym. Przedsiębiorca współpracujący z wieloma kontrahentami w przypadku części swoich partnerów biznesowych może więc znajdować się w relacji przewagi kontraktowej, podczas gdy w przypadku pozostałych partnerów takiej relacji nie będzie można stwierdzić (Kohutek, 2017). Przyjmujemy, że niebagatelność istniejącej dysproporcji w potencjałach ekonomicznych musi być dostrzegalna na pierwszy rzut oka, niepodważalna i niepozostawiająca wątpliwości. Innymi słowy, znacząca dysproporcja zaistnieje np. wtedy, gdy słabsza strona relacji kontraktowej (dostawca) osiąga obroty mniejsze o rząd wielkości i dysponuje jednym, niewielkim zakładem produkcyjnym, w którym zatrudnia kilkudziesięciu pracowników, podczas gdy jego kontrahent to ogólnopolska sieć dystrybucyjna (nabywca) zatrudniająca tysiące osób (UOKiK, 2017, s. 10). Natomiast otwartą kwestią jest czy należałoby stwierdzać znaczną dysproporcję w potencjałach ekonomicznych, w sytuacji, gdy słabszy podmiot posiada potencjał rozwojowy do zwiększenia swojej siły rynkowej, ale w ewidentny sposób go nie wykorzystuje z przyczyn leżących po jego stronie (np. ze względu na nieporadność biznesową zarządzających).

Reasumując, stwierdzenie istnienia znacznej dysproporcji w potencjałach ekonomicznych stron danej relacji kontraktowej wymaga, po pierwsze, każdorazowego ustalenia przez organ stosujący Ustawę obiektywnie mierzalnych, porównywalnych cech obydwu analizowanych przedsiębiorców, które stanowią o ich potencjałach ekonomicznych. Wydaje się, że najczęściej będą to wskaźniki oparte o obroty realizowane w pewnym okresie czy też ilość zatrudnionych pracowników. Przy czym ostateczny katalog takich czynników będzie zależał od specyfiki przedsiębiorców oraz rynków, na których działają. Tak ustalone potencjały ekonomiczne należy następnie ze sobą zestawić. Jeśli zestawienie wskazuje na ewidentne, niepodważalne i pokaźne różnice, należy przyjąć, że pomiędzy nabywcą a dostawcą istnieje znaczna dysproporcja w potencjałach ekonomicznych. Jeśli różnice w potencjałach ekonomicznych będą niewielkie lub nawet stosunkowo istotne, nie będzie podstaw do stwierdzenia znacznej dysproporcji. Można się spodziewać, że w praktyce będziemy mieć do czynienia ze stwierdzaniem znacznej dysproporcji potencjałów ekonomicznych w relacjach mikro-, małych i niekiedy średnich przedsiębiorstw (MŚP) z podmiotami o znaczącym potencjale (duże narodowe i ponadnarodowe korporacje rynków rolno-spożywczych).

IV. Perspektywa międzynarodowa

Omawiana Ustawa wpisuje się w panujący w Unii Europejskiej trend w zakresie eliminacji szkodliwych praktyk handlowych pomiędzy dostawcami i nabywcami produktów rolno-spożywczych. Komisja Europejska (dalej: KE) już od kilku lat podejmuje działania mające na celu poprawę funkcjonowania i wydajności łańcucha dostaw takich produktów pomiędzy przedsiębiorcami⁹.

⁹ W 2009 r. KE przyjęła Komunikat „Poprawa funkcjonowania łańcucha dostaw żywności w Europie” (COM (2009) 591). Następnie w 2010 r. KE ustanowiła Forum Wysokiego Szczebla do spraw Poprawy Funkcjonowania Łańcucha Dostaw Żywności, aby kontynuować i rozszerzać prace dawnej Grupy Wysokiego Szczebla ds. Konkurencyjności Europejskiego Przemysłu Rolno-Spożywczego. Z kolei w 2013 r. wydano Zieloną Księgę w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między przedsiębiorstwami COM(2013) 37 final, w której

Dostrzegany jest fakt, że nieuczciwe praktyki handlowe mogą mieć szkodliwe konsekwencje dla poszczególnych podmiotów w łańcuchu dostaw żywności. W pierwszej kolejności dla rolników oraz małych i średnich przedsiębiorstw, co ostatecznie może przekładać się również na konsekwencje dla końcowych odbiorców – konsumentów, ograniczając im dostępny wybór produktów oraz utrudniając dostęp do wysokiej jakości towarów. KE przyjmuje, że z tej perspektywy fundamentalne znaczenie ma swoboda umów i możliwość prowadzenia negocjacji warunków umownych pomiędzy niewielkimi i znaczącymi podmiotami danego rynku.

W udostępnionych dotychczas materiałach KE nie przyjęła jednak żadnej wiążącej definicji pojęcia „przewaga kontraktowa”. Analizując kwestię ekonomicznego uzasadnienia występowania nieuczciwych praktyk handlowych, KE ustaliła (Renda, Cafaggi, Pelkmans, Iamiceli, Correia de Brito, Mustillimi Beber, 2014), że zjawisko to jest bezpośrednio związane z zależnością ekonomiczną (brakiem równowagi przetargowej – którą można porównać z ustawową przewagą kontraktową) oraz tzw. czynnikiem strachu. Występowaniu czynnika strachu sprzyja brak odpowiednich regulacji prawnych bądź też ich nieefektywne stosowanie (np. w związku z długotrwałymi postępowaniami sądowymi).

W kontekście zależności ekonomicznej KE wskazuje, że zjawisko to może występować zarówno po stronie dostawcy, jak i nabywcy – w zależności od uwarunkowań danego rynku. W wielu przypadkach może się okazać, że to dostawca oferujący towary z „silną” marką, dobrze rozpoznawalną wśród klientów, którzy są jej „wierni”, będzie posiadał przewagę kontraktową. Komisja Europejska zwraca również uwagę na występowanie dodatkowych kosztów, jakie musiałby ponieść przedsiębiorca, który chciałby „wyjść” z danej współpracy handlowej (*switching costs*). Chodzi tutaj o koszty, które zostały poniesione w celu nawiązania współpracy, takie jak wydatki na szkolenie pracowników, zakup specjalnego sprzętu, dostosowanie linii produkcji do szczególnych wymagań. Wszystkie te koszty w przypadku zakończenia współpracy zostałyby stracone (*sunk costs*). Warto również dodać, że ryzyko wystąpienia nieuczciwych praktyk handlowych wzrasta w momencie asymetrii informacji związanych z wiążącą strony umową. Często bowiem zdarza się, że w trakcie negocjowania umowy, mniejsze podmioty koncentrują się jedynie na kluczowych w ich ocenie kwestiach, w konsekwencji czego finalna wersja umowy zawiera postanowienia, których w pełni nie przeanalizowano, a które potem mogą być szczególnie uciążliwe.

Innym elementem wpływającym na przewagę kontraktową i brak faktycznej alternatywy zbycia (nabycia), na który zwraca uwagę Komisja Europejska, jest czynnik czasu. Jest on szczególnie istotny w przypadku produktów z krótkim terminem przydatności (łatwo ulegających zepsuciu, jak np. nabiał) i produktów sezonowych. W takim przypadku potencjalny rynek w wymiarze geograficznym kurczy się radykalnie. Staje się bowiem ograniczony praktycznie do rynku lokalnego, który o wiele łatwiej jest zdominować.

Równocześnie warto zauważyć, że podejmowane obecnie przez KE działania mają raczej koncepcyjny charakter, a ewentualne wykorzystanie wypracowanych przez KE rozwiązań w ramach przepisów krajowych pozostawiono poszczególnym państwom członkowskim. Rozwiązanie

.....
zaproszono wszystkie zainteresowane strony do dalszej współpracy mającej na celu poprawę panującej sytuacji. Następnie w lipcu 2014 r. KE przyjęła Komunikat dotyczący zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych w ramach łańcucha dostaw produktów spożywczych, realizowanych między przedsiębiorstwami, COM(2014) 472 final. W styczniu 2016 r. KE wydała Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu i Rady dotyczące nieuczciwych praktyk handlowych ramach łańcucha dostaw produktów spożywczych, realizowanych między przedsiębiorstwami, COM(2016) 32 final. KE ma ponownie ocenić swoje działania jeszcze przed końcem swojego mandatu.

to należy uznać za mało praktyczne z perspektywy kształtowania jednolitego rynku wewnętrznego i przepływu produktów spożywczych, gdyż powoduje konieczność zapoznawania się ze zróżnicowanymi rozwiązaniami stosowanymi przez kraje członkowskie, do których dany przedsiębiorca chciałby sprzedawać (nabywać) produkty w ramach unijnej swobody przepływu towarów.

Przechodząc do omówienia podobnych rozwiązań w wybranych krajach UE, wskazujemy, że pojęcie „ekonomicznej zależności” występuje w ustawodawstwach wielu państw członkowskich, przy czym nie odnosi się ono jedynie do sektora spożywczego.

Niemcy były pierwszym krajem w Unii Europejskiej, który zakazał nadużywania ekonomicznej zależności (Renda, Cafaggi, Pelkmans, Iamiceli, Correia de Brito, Mustillimi Bebbler, 2014, s. 47). Pojęcie to zostało dodatkowo uregulowane obok zakazu nadużywania pozycji dominującej. Miało to na celu zakazanie nadużywania przewagi kontraktowej przez podmioty, które co do zasady nie posiadają pozycji dominującej w wymiarze całego rynku, ale w konkretnej relacji handlowej posiadają silniejszą pozycję. Pojęcie „przewagi kontraktowej” zostało uregulowane w art. 20.(1) niemieckiej ustawy¹⁰, zgodnie z którym jest to: „sytuacja, w której mały lub średni przedsiębiorca będący dostawcą lub nabywcą określonych produktów lub usług zależy od innego podmiotu, w taki sposób, że nie istnieją wystarczające i odpowiednie możliwości rozpoczęcia współpracy z innym przedsiębiorcą”. Jak widać, definicja zawarta w polskiej Ustawie jest bardzo zbliżona.

W Portugalii¹¹ natomiast zakaz nadużywania ekonomicznej zależności przewiduje, że „Ilekcroć może to wpłynąć na funkcjonowanie rynku lub strukturę konkurencji, jedno lub więcej przedsiębiorstw nie może dopuszczać się nadużywania ekonomicznej zależności względem klienta lub dostawcy, jeśli taki klient lub dostawca znalazł się w sytuacji ekonomicznej zależności z powodu braku równoważnej alternatywy”. W portugalskiej ustawie zostało doprecyzowane, że: „brak alternatywy występuje wtedy, gdy (i) dostawa danego towaru lub usługi, w szczególności w punkcie dystrybucji, jest świadczona przez ograniczoną liczbę przedsiębiorstw; (ii) dany podmiot nie może uzyskać identycznych warunków kontraktowych od innych partnerów handlowych w rozsądnym czasie”.

W wielu państwach członkowskich obowiązują również sektorowe akty prawne, które dotyczą bezpośrednio wykorzystywania siły kontraktowej i nieuczciwych praktyk w sektorze spożywczym – np. w Czechach i Hiszpanii. W czeskim ustawodawstwie¹² przyjęto, że „znacząca siła rynkowa” może występować jedynie po stronie nabywcy. Każdorazowo ocena dokonywana jest z uwzględnieniem struktury danego rynku, występujących barier wejścia i siły finansowej nabywcy. Przepisy te przewidują także domniemanie posiadania przewagi kontraktowej w przypadku, gdy obrót netto nabywcy (bezpośrednio albo łącznie z podmiotem sprawującym nad nim kontrolę lub podmiotami powiązanymi) pochodzący z tytułu sprzedaży żywności i związanych z tym usług w ciągu ostatnich 12 miesięcy przekroczył 5 milionów czeskich koron. Nowelizacja z 2016 r. usunęła inne kryteria stosowane do udowodnienia przewagi kontraktowej, którymi były dodatkowo – ciągłość naruszenia

¹⁰ *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)* – dostępna w wersji anglojęzycznej: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/index.html (10.11.2017).

¹¹ *Lei n.º 19/2012 de 8 de maio Aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as Leis n.os 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro*. Pozyskano z: http://www.concorrencia.pt/vEN/Praticas_Proibidas/Anti-competitive_practices/Abuse_of_economic_dependence/Pages/Abuse-of-economic-dependence.aspx (10.11.2017).

¹² *Zákon č. 395/2009 Sb. Zákon o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití – ve znění účinném do 30.6.2017*. Dostępna w wersji anglojęzycznej: http://www.uohs.cz/download/Legislativa/legislativa_EN/395_2009_2016_EN.pdf (10.11.2017).

oraz cel lub skutek naruszenia, który musiał być znaczący i zakłócający konkurencję na właściwym rynku. W hiszpańskiej ustawie¹³ przyjęto natomiast domniemanie, że dany przedsiębiorca jest ekonomicznie uzależniony od drugiego przedsiębiorcy, jeżeli łącznie w ciągu poprzedniego roku obrotowego 30% jego obrotu pochodzi z tytułu ich wzajemnej współpracy.

Dodatkowo wskazać należy, że pojęcie „przewagi kontraktowej” analizowane było również na poziomie międzynarodowym przez Grupę Studyjną do spraw nadużywania przewagi kontraktowej Międzynarodowej Sieci Konkurencji¹⁴. W szczególności badane było jakie kryteria są uwzględniane przez państwa biorące udział w badaniu, aby stwierdzić istnienie przewagi kontraktowej¹⁵. Kryterium prawdopodobieństwa znalezienia alternatywnego partnera handlowego (*probability of finding an alternative trade partner*) zostało wskazane przez dziesięć państw – Austrię, Brazylię, Kanadę, Indonezję, Włochy, Jamajkę, Rosję oraz Tajwan. Inne państwa wskazywały na kryterium szkody dla konsumentów (*harm to consumer welfare*), stopień zależności handlowej jednego przedsiębiorcy od drugiego (*degree of trade dependence on the firm by the other*), różnicę w skali biznesu poszczególnych przedsiębiorców (*difference in scale of business between parties*), występowania barier wejścia i wyjścia na rynek supermarketów (*barriers to entry in the market of supermarkets and exit barriers of its providers*).

V. Zakończenie

Powyższe rozważania, z racji nowości Ustawy w obrocie prawnym oraz braku praktycznych przykładów jej zastosowania, mają charakter teoretyczny i stanowią w pewnym zakresie próbę antycypacji tego, w jaki sposób Prezes UOKiK będzie interpretował przesłanki stwierdzenia przewagi kontraktowej w danej relacji. Niemniej już teraz wydaje się, że w praktyce niezwykle ciężko będzie jednoznacznie i w sposób niepozostawiający wątpliwości stwierdzić, że w ramach konkretnej relacji kontraktowej dla (i) nabywcy (dostawcy) nie istnieją wystarczające i faktyczne możliwości pozyskania innego kontrahenta, a (ii) pomiędzy nabywcą a dostawcą istnieje znaczna dysproporcja w potencjałach ekonomicznych. Pojęcia zastosowane w Ustawie są bowiem wysoce niejednoznaczne i pozostawiają organowi ochrony konkurencji bardzo szeroki zakres uznania administracyjnego. Jest zatem bardzo prawdopodobne, że to właśnie zarzuty dotyczące kwestii stwierdzenia przewagi kontraktowej w danej relacji biznesowej, będą stanowić główne argumenty podnoszone przez ukaranych przedsiębiorców w toku ewentualnych postępowań odwoławczych przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Konsekwencje niedookreśloności definicji przewagi kontraktowej mogą się jednak ujawnić na etapie praktycznego stosowania Ustawy przez Prezesa UOKiK lub właściwe sądy, ale przede wszystkim mogą wyrządzić, z pewnością niezamierzone przez ustawodawcę, szkody w obrocie gospodarczym na rynkach rolno-spożywczych. Wskazać bowiem trzeba, że Ustawa – która została w głównej mierze uchwalona w celu ochrony słabszych podmiotów łańcucha dostaw produktów rolno-spożywczych – może odbić się swoistym rykoszetem na tych, których miała bronić.

¹³ Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Dostępna w wersji anglojęzycznej: http://www.mapama.gob.es/es/alimentacion/temas/ley-de-medidas-para-mejorar-el-funcionamiento-de-la-cadena-alimentaria/Ley_12-2013_de_2_agosto-EN_tcm7-297949.pdf (10.11. 2017).

¹⁴ Report on Abuse of Superior Bargaining Position Task Force for Abuse of Superior Bargaining Position, International Competition Network, Kyoto, 14–16.04.2008 r. Pozyskano z: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc386.pdf>.

¹⁵ Ibidem, s. 19–20.

Silni „gracze” posiadający mocną pozycję rynkową, w obawie przed wysokimi karami finansowymi, mogą bowiem asekuracyjnie unikać zawierania umów z małymi kontrahentami, względem których może potencjalnie zaistnieć sytuacja przewagi kontraktowej. Może to stanowić niemałe utrudnienie dla nowych podmiotów, które dopiero wchodzą na dany rynek. Co więcej, Ustawa może spowodować, że silni kontrahenci będą poszukiwać partnerów do współpracy poza granicami kraju, względnie będą realizować zakupy za pośrednictwem zagranicznych spółek, a dopiero następnie transferować towary do polskich podmiotów z tej samej grupy kapitałowej. Choć art. 1 Ustawy stanowi, że stosuje się ją do działań, które wywołują lub mogą wywoływać skutek na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, to niewątpliwie ciężko byłoby uchwycić (potencjalne) zaistnienie takich skutków w przypadku zakupów realizowanych u podmiotów zagranicznych lub za pośrednictwem powiązanych kapitałowo zagranicznych spółek, które mogą wymykać się spod definicji przewagi kontraktowej¹⁶. Omawiana regulacja rodzi zatem szereg rodzajów ryzyka, prawnych i biznesowych, dla wielu stron relacji kontraktowych w łańcuchach dostaw produktów rolno-spożywczych. Mając na uwadze, że przesłanki warunkujące zastosowanie Ustawy, w tym w szczególności elementy definicji przewagi kontraktowej, nie mają jednoznacznego charakteru, przedsiębiorcom pozostaje oczekiwanie na to, w jakim kierunku podążać będzie praktyka orzecznicza Prezesa UOKiK oraz SOKiK.

Na końcu wreszcie zgłosić można postulaty *de lege ferenda*. W naszej opinii definicja przewagi kontraktowej wymaga zasadniczej modyfikacji i odejścia od obecnej, niejednoznacznej, a przede wszystkim niepraktycznej konstrukcji. Naszym zdaniem należy odejść od koncepcji braku wystarczających i faktycznych możliwości pozyskania innego kontrahenta jako elementu definicji przewagi kontraktowej. Wykazanie spełnienia tej przesłanki może być w praktyce niemożliwe – tak na etapie postępowania przed Prezesem UOKiK, jak i przy szacowaniu prawnych i biznesowych rodzajów ryzyka przez samych przedsiębiorców. *De facto* osłabia to ochronę założonego przez ustawodawcę interesu publicznego.

Uważamy, że wystarczającym elementem definicji przewagi kontraktowej byłoby zestawienie potencjałów ekonomicznych przedsiębiorstw. Przy czym potencjał ekonomiczny przedsiębiorstwa powinien być stwierdzany wedle wyraźnie określonych w Ustawie i dających się porównać wskaźników ekonomicznych, takich jak wielkość realizowanych obrotów oraz ilość zatrudnionych pracowników. Ustawodawca powinien określić stosowne progi istotności różnic pomiędzy tak ustalonymi potencjałami przedsiębiorstw (proporcje pomiędzy wykazywanymi obrotami, ilością zatrudnionych pracowników itp.), których przekroczenie warunkowałoby stwierdzenie istnienia przewagi kontraktowej. Być może w takiej formie definicja straciłaby na elastyczności, ale UOKiK oraz przedsiębiorcy uzyskaliby jasną, konkretną, a przede wszystkim zobiektywizowaną informację, w jaki sposób należy stwierdzać istnienie przewagi kontraktowej oraz jak kształtować relacje ze swoimi kontrahentami.

¹⁶ Jako ciekawostkę można dodać, że zgodnie z wytycznymi KE w tym względzie, państwa członkowskie UE powinny zapewnić, aby ich przepisy dotyczące przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom na rynku spożywczym, powinny obejmować również podmioty gospodarcze z państw trzecich (np. producentów surowców z Afryki lub Ameryki Łacińskiej); zob. Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu i Rady dotyczące nieuczciwych praktyk handlowych ramach łańcucha dostaw produktów spożywczych, realizowanych między przedsiębiorstwami, COM(2016) 32, s. 5.

Bibliografia

- Doroszewski, W. (red.). (1958–1969). *Słownik języka polskiego*. Warszawa: PWN.
- Food and Agriculture Organization of the United Nations. (2015). *The State of Agricultural Commodity Markets – Trade and food security: achieving a better balance between national priorities and the collective good*. Rzym: Food and Agriculture Organization of the United Nations.
- 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*. System Informacji Prawnej LEX.
- Komisja Europejska. (2016). Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące nieuczciwych praktyk handlowych w ramach łańcucha dostaw produktów spożywczych, realizowanych między przedsiębiorstwami. Bruksela: Komisja Europejska.
- Łyszczarz, W. (2017). Zwalczanie nadużywania przewagi kontraktowej w handlu detalicznymi produktami spożywczymi w Niemczech – przegląd. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(6).
- 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).
- Martyniak, Z. (1996). *Organizacja i zarządzanie. 60 problemów teorii i praktyki*. Kluczbork: ANTYKWA s.c.
- Matuszczak-Piasta, J. (2013). Argumenty jakościowe stosowane przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 5(2).
- Renda, A., Cafaggi, F., Pelkmans, J., Iamiceli, P., Correia de Brito, A., Mustilli, F. i Bebber, L. (2014). *Study on the legal framework covering business-to-business unfair trading practices in the retail supply chain*. Final Report 26 February 2014 Prepared for the European Commission, DG Internal Market DG MARKT/2012/049/E. Pozyskano z: http://ec.europa.eu/internal_market/retail/docs/140711-study-utp-legal-framework_en.pdf (10.11.2017).
- Report on Abuse of Superior Bargaining Position Task Force for Abuse of Superior Bargaining Position. International Competition Network w Kyoto, 14–16.04.2008. Pozyskano z: <http://www.international-competitionnetwork.org/uploads/library/doc386.pdf> (10.11.2017).
- 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).
- Stawicki, A. (2017). The Polish Competition Authority Gains New Powers to Fight Unfair Practices in the Food Industry. Pozyskano z: <http://kluwercompetitionlawblog.com/2017/01/19/the-polish-competition-authority-gains-new-powers-to-fight-unfair-practices-in-the-food-industry/> (02.11.2017).
- Tokarski, J. (1980). *Słownik wyrazów obcych PWN*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Literackie.
- UOKiK. (2017). *Pytania i odpowiedzi – Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi*. Warszawa. Pozyskano z: http://przewaga-kontraktowa.uokik.gov.pl/wp-content/uploads/2017/05/uokik_przewaga_kontraktowa_pytania_i_odpowiedzi_2017.pdf (02.11.2017).
- Źmigrodzki, P. (2017). *Wielki Słownik Języka Polskiego*. Warszawa: Instytut Języka Polskiego PAN.