

# Sprawozdanie z konferencji pn. *Pobieranie tzw. opłat półkowych. Konieczność zmiany przepisów czy ich interpretacji?* (Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa, 19.03.2013)

## Otwarcie konferencji

Konferencję otworzył Dziekan Wydziału Zarządzania UW, prof. dr hab. Jan Turyna, który powitał uczestników konferencji, życzył im owocnych obrad i wyraził nadzieję, że konferencja przyniesie nie tylko interesujące ustalenia poznawcze, lecz także pomoże wskazać kierunek nowelizacji przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie pobierania tzw. opłat półkowych lub przynajmniej przyczynić się do zmiany aktualnego orzecznictwa sądów powszechnych w tym zakresie. Prof. Turyna wyraził zadowolenie, że CARS, działające na WZ UW od 7 lat, podejmuje tego rodzaju zadania badawcze i praktyczne, w tym organizuje konferencje umożliwiające nieskrępowaną dyskusję wszystkim zainteresowanym środowiskom.

Następnie głos zabrał prof. UW dr hab. Tadeusz Skoczny, kierownik CARS oraz Samodzielnego Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego (*Jean Monnet Chair on European Economic Law*). Prof. Skoczny powitał serdecznie wszystkich uczestników konferencji, w tym panelistów, oraz przybliżył cel konferencji, którym była dyskusja nad kierunkami interpretacji i stosowania przez polskie sądy art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) oraz próba odpowiedzi na pytanie: czy zachodzi konieczność zmiany obecnie obowiązujących przepisów, czy też wystarczy zmiana ich interpretacji przez sądy. Pomysł zorganizowania konferencji poruszającej tę tematykę powstał bowiem na gruncie problemów powstałych na tle bogatej już praktyki sądowej stosowania czynu nieuczciwej konkurencji utrudniania dostępu do rynku poprzez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, czyli tzw. opłat półkowych (art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk), w szczególności w zakresie znaczenia i rozumienia podstawowych przesłanek ustawowych i orzeczniczych, czy – mówiąc wprost – w związku z poważnymi rozbieżnościami między dorobkiem orzecznictwa a poglądami doktryny w tym zakresie.

Prof. Skoczny wyraził nadzieję na owocną dyskusję podczas konferencji i zaprosił do wygłoszenia referatu wprowadzającego dr. Macieja Bernatta, adiunkta w Samodzielnym Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW oraz członka i koordynatora w CARS.

## Referat wprowadzający dr. Macieja Bernatta

Dr Maciej Bernatt wygłosił referat pt. *Utrudnianie dostępu do rynku poprzez pobieranie innych niż marża handlowa opłat*<sup>1</sup>, którego punktem wyjścia było stwierdzenie, że problematyka pobierania tzw. opłat półkowych jest szczególnie ważna, ponieważ wprost dotyka art. 20 Konstytucji

<sup>1</sup> W wersji uzupełnionej i częściowo zmienionej referat ten jest publikowany w niniejszym numerze iKAR.

RP, który stanowi o swobodzie działalności gospodarczej oraz zasady swobody umów wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> kc. Właśnie w tym kontekście należy poszukiwać odpowiedzi na pytanie: czy „opłaty inne niż marża handlowa za przyjęcie towaru do sprzedaży”, określone w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk stanowią jedynie egzemplifikację utrudniania dostępu do rynku, tj. czy samo pobieranie „opłat inne niż marża handlowa za przyjęcie towaru do sprzedaży” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czy też każdorazowo należy wykazać, że pobieranie takich opłat utrudnia dostęp do rynku?

Dr Bernatt zauważył, że pierwsze stanowisko, w myśl którego samo pobieranie ww. opłat stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, przeważa w orzecznictwie sądowym. Referent zaprezentował następnie przegląd wybranych orzeczeń sądów, które podzielają to stanowisko i nie badają, czy doszło do utrudnienia dostępu do rynku. Wskazał też, że sądy w wielu orzeczeniach podają w uzasadnieniu, że to na pozwanym (zwykle sieci handlowej) spoczywa ciężar udowodnienia, że nie doszło do utrudnienia dostępu do rynku. Przykładami ww. orzeczeń może być m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2006 r., wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 25 lutego 2010 r., wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 20 lutego 2009 r. oraz wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 3 lipca 2008 r.; w tym ostatnim Sąd przyjął, że zastrzeżenie dodatkowych opłat za to, że kupowane od dostawcy towary znajdują się w sprzedaży w sklepach należących do przedsiębiorcy, utrudnia w sposób oczywisty dostęp do rynku i że ta okoliczność zwalnia sąd ze szczegółowego badania, na czym w konkretnej sprawie polegało utrudnianie powodowi wspomnianego dostępu. Dr Bernatt wskazał, że najdalej poszedł w tym zakresie Sąd Najwyższy w wyroku z 25 października 2012 r., w którym stwierdził on, że każde z zachowań opisanych w punktach 1–5 art. 15 ust. 1 uznk zawsze utrudnia dostęp innym przedsiębiorcom do rynku. Nie wymaga zatem dowodzenia, że w wyniku wystąpienia któregoś z opisanych we wskazanych punktach zachowań nastąpiło utrudnienie przedsiębiorcy dostępu do rynku i że dla przesądzenia o wystąpieniu deliktu nieuczciwej konkurencji nie ma decydującego znaczenia sama prawna skuteczność towarzyszących umowie sprzedaży porozumień marketingowo-promocyjnych, jeżeli uzyskana przez kupującego opłata oznacza pobranie od sprzedającego innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży.

Dr Bernatt podkreślił jednak, że inny pogląd w tej sprawie prezentuje doktryna i że zgodnie z jej zdaniem należy każdorazowo wykazać utrudnianie dostępu do rynku. Przy tym należałoby również wykazać ekwiwalentność świadczeń, co jednak może być problematyczne, ponieważ granicę tego, gdzie jest dopuszczalny zysk/zarobek sieci handlowej, trudno określić.

Według dr. Bernatta użyte w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk pojęcie „opłaty innej niż marża handlowa” jest krytykowane jako nieprecyzyjne. Wskazał on, że choć definicji „marży handlowej” należy szukać w ustawie z 5 lipca 2001 r. o cenach, to jednak odniesienie tej ostatniej do pojęcia „innych opłat” z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jest problematyczne ze względu na to, że po pierwsze, w marżę handlową można „wkalkulować” te „inne opłaty”, po drugie zaś – nie wiadomo właściwie, jakie opłaty kryją się pod pojęciem „opłat innych niż marża handlowa”; mogą to być np. opłaty marketingowe, logistyczne, półkowe, za wprowadzenie informacji do sieci informatycznej marketu itp.

Odnosząc się do zagadnienia ekwiwalentności świadczeń, dr Bernatt zapoznał uczestników konferencji z m.in. z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5 grudnia 2007 r., w którym Sąd orzekł o ekwiwalentności świadczenia na zasadzie porównania kosztów (tj. zasadzie ekwiwalentności obiektywnej), a nie na zasadzie sformułowanej w przepisach kodeksu cywilnego, gdzie

ekwiwalentność jest oceniana pod kątem subiektywnego odczucia stron. Referent podniósł, że niejednokrotnie zdarza się, że sądy odmawiają badania ekwiwalentności świadczeń. Tak było np. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 23 kwietnia 2008 r., w którym orzekł, że czyn nieuczciwej konkurencji występuje w razie wykazania, iż pobrana opłata jest opłatą za przyjęcie towaru do sprzedaży i nie jest istotne, czy w ostatecznym rozrachunku ustanowienie takiej opłaty jest korzystne finansowo dla strony pozwanej.

W końcowej części swego referatu dr Bernatt postawił pytanie, czy potrzebne jest podmiotowe określenie zakresu zastosowania art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk (w praktyce stosowanie tego przepisu ogranicza się głównie do dużych sieci handlowych i dostawców) oraz czy wielkość i siła rynkowa stron również powinna mieć znaczenie (np. w stosunkach pomiędzy sprzedawcą detalicznym a dostawcą w przypadku dysproporcji na korzyść dostawcy, jak w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 13 listopada 2008 r.

### Panel I

Po wygłoszeniu przez dr. Macieja Bernatta referatu wprowadzającego, rozpoczął się I panel dyskusyjny zatytułowany *Co jest czynem nieuczciwej konkurencji zdefiniowanym w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk?*. Moderatorem panelu był Prof. Tadeusz Skoczny. W panelu uczestniczyli dr Paweł Kamela, dr Dominik Wolski, mec. Grzegorz Kaniecki i mec. Paweł Węc.

#### Wypowiedź dr. Pawła Kameli

Pierwszym panelistą był dr Paweł Kamela, radca prawny w Kancelarii Radców Prawnych „Kalwas i Wspólnicy”, który generalnie opowiedział się za interpretacją art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w świetle koncepcji wykładni Macieja Zielińskiego<sup>2</sup>. Przypomnił najpierw, że do interpretacji tzw. opłat półkowych, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, mogą być zastosowane dwie szkoły wykładni; pierwsza z nich bazuje na koncepcji wykładni klaryfikacyjnej, czyli objaśniającej prawo, druga zaś – na teorii wykładni derywacyjnej, czyli wyprowadzającej normy z przepisu prawnego.

Zgodnie z założeniami wykładni derywacyjnej, której reprezentantem jest prof. dr hab. Maciej Zieliński (autor m.in. książki pt. *O zasadach wykładni prawa*), przepisy prawa dzielą się na zrębowe (podstawowe) oraz uzupełniające (dodatkowe, np. egzemplifikujące). Zdaniem dr Kameli, przepis art. 15 ust. 1 uznk jest przepisem zrębowym, natomiast dalsze przepisy tego artykułu, tj. punkty 1–5 to przepisy uzupełniające.

Dr Kamela stwierdził, że w przypadku analizy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk należy wyjaśnić, czym jest „utrudnianie dostępu do rynku”. Panelista zauważył przy tym, że słowo „trudny” jest przymiotnikiem względnym, toteż należałoby stworzyć wzorzec dostępu do rynku i porównać go z daną sytuacją faktyczną. Utrudnieniem dostępu do rynku byłoby np. szykanowanie dostawcy, czy uzależnianie zawarcia umowy od uiszczenia opłaty.

Dr Kamela podkreślił także, że art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie wprowadza ani domniemania prawnego, ani domniemania faktycznego utrudnienia dostępu do rynku. Zauważył też, że w orzecznictwie można spotkać się z tzw. domniemaniem *prima facie*, które zachodzi, kiedy udowodnienie jakiegś okoliczności jest bardzo trudne lub wręcz niemożliwe. Zdaniem dr. Kameli w sprawach dotyczących tzw. opłat półkowych niedopuszczalne jest przyjmowanie przez sądy takiego domniemania.

<sup>2</sup> Skrócona wersja wypowiedzi dr Kameli została opublikowana w niniejszym numerze iKAR.

### Wypowiedź dr. Dominika Wolskiego

Kolejnym panelistą był dr Dominik Wolski, radca prawny i dyrektor Działu Prawnego Jeronimo Martins Polska S.A. Mówca odwołał się najpierw do językowej teorii wykładni prawa i powiedział, że czytając przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk literalnie należy stwierdzić, że pobieranie opłat innych niż marża handlowa stanowi utrudnienie dostępu do rynku. Podkreślił jednak, że w badanym obszarze największy problem sprawia określenie, czy dane świadczenie jest ekwiwalentne.

Swoje wystąpienie dr Wolski poświęcił jednak przede wszystkim rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w świetle zasady swobody umów. Wskazał na wstępie, że bardzo mało jest orzeczeń, które odwoływałyby się do zasady swobody umów. Zdaniem dr. Wolskiego, Sąd Najwyższy w wyroku z 25 października 2012 r. nie powinien był odwoływać się do zasady swobody umów jako do wyjątku od reguły. Panelista wyraził pogląd, że domeną prawa prywatnego oraz fundamentem gospodarki jest zasada swobody działalności gospodarczej oraz zasada swobody umów, a ograniczenia zasady swobody przedsiębiorczości muszą wynikać z ustaw oraz odpowiednich wymogów, np. bezpieczeństwa, zatem powinny stanowić tzw. konieczne wyjątki. Zasada bowiem to coś, co stosujemy najpierw.

Zdaniem dr. Wolskiego należałoby więc w każdym przypadku analizować, czy istnieje uzasadnienie dla ograniczenia zasady swobody umów (np. w oparciu o art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk) i czy doszło do ograniczania dostępu do rynku. Mówca podkreślił też, że od sądów należy wymagać głębszej refleksji, a tymczasem w obecnym stanie sądy orzekają bez rozważania doniosłości zasady swobody umów i utrudniania dostępu do rynku.

### Wypowiedź mec. Grzegorza Kanieckiego

Udział w panelu wziął następnie radca prawny Grzegorz Kaniecki, Dyrektor Zespołu Prawnego Unilever Polska Sp. z o.o., który podkreślił na wstępie, że przy ocenie, czy dana opłata stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, należałoby każdorazowo przeprowadzić analizę ekonomiczną<sup>3</sup>.

Zdaniem mec. Kanieckiego, obecnie tylko niewielka część sprzedawców działa na zasadzie „sprzedaj i zapomnij”, tj. sprzedając dany produkt pobiera marżę handlową i nie interesuje się tym, co się dalej dzieje ze sprzedanym produktem. Przykładowo, firmy z grupy Unilever interesuje, co się dzieje z ich produktami po sprzedaży do sieci handlowej, w jaki sposób produkt Unilever jest wprowadzany, zaprezentowany itp. Śledzenie tego, co dzieje się z produktem po jego sprzedaży jest o tyle ważne, że trzeba zsynchronizować z tym wiele działań promocyjnych; zdaniem panelisty bardzo ważne jest np., aby produkt był wprowadzony na rynek w pożądanym momencie. Zgodnie z jego wypowiedzią, firmom z Grupy Unilever zależy na współpracy z sieciami handlowymi.

Mec. Kaniecki zauważył też, że przy ocenie charakteru opłat należy zwrócić uwagę na art. 9 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, który wprowadza zakaz nadużywania pozycji dominującej. Nie ma on wprost zastosowania do sieci handlowych, gdyż posiadają one udział w rynku na poziomie 5–9%. W praktyce jednak sieci handlowe są jednak partnerami, z którymi trzeba handlować. Są to bowiem konieczni dla dostawców partnerzy handlowi i w takiej sytuacji można mówić o posiadaniu przez nie istotnej pozycji rynkowej. Dlatego też, zdaniem mec. Kanieckiego, tak ważny jest *economical approach*. Mówca przywołał w tym miejscu paradoks,

<sup>3</sup> Na bazie tego wystąpienia mec. G. Kaniecki przedstawił do opublikowania w niniejszym zeszycie iKAR artykuł pt. „Opłaty półkowe” z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa.

że dany dostawca współpracuje z siecią długo i skarży ją (na podstawie uznk), ale jednocześnie dalej by z nią współpracował, nawet na tych samych zasadach.

W odpowiedzi na uwagę prof. Skocznego, który zauważył, że pojęcie pozycji dominującej nie może być podstawą definiowania przesłanki podmiotowej utrudnienia dostępu do rynku, ponieważ należy ono do domeny prawa publicznego, mec. Kaniecki podkreślił, że właśnie dlatego tak ważne byłoby zastosowanie podejścia ekonomicznego przy wykazywaniu, czy w danej sprawie nastąpiło utrudnienie dostępu do rynku.

W końcowej fazie swej wypowiedzi mec. Kaniecki wskazał również, że dla oceny stanów faktycznych, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, duże znaczenie ma poziom oligopolizacji rynku detalicznej sprzedaży produktów codziennego użytku.

### **Wypowiedź mec. Pawła Węca**

Jako ostatni w I panelu konferencji głos zabrał radca prawny Paweł Węc z Kancelarii Adwokatów i Radców Prawnych T. Studnicki, K. Pleszka, Z. Cwiągalski, J. Górski w Krakowie, który generalnie uważa, że linia orzecznicza sądów w zakresie stosowania art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk poszła za daleko<sup>4</sup>. Wskazał on m.in., że w swej wieloletniej praktyce spotkał się z uznawaniem za czyny nieuczciwej konkurencji na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk tzw. rabatów posttransakcyjnych. Spotkał się nawet z próbami występowania na tej podstawie o zwrot bezpodstawnie pobranych korzyści przez dostawców dostarczających substraty do produkcji pewnych produktów. Te powództwa są jednak na razie oddalane, ponieważ substraty do produkcji nie są odsprzedawane.

Ponadto mec. Węc w swojej praktyce zawodowej często spotyka się z oddalaniem przez sądy wniosków dowodowych pozwanych mających na celu wykazanie ekwiwalentności świadczeń.

Zdaniem mec. Węca, pobieranie takich opłat, jak np. opłaty za zawarcie umowy czy kontynuowanie współpracy, jest i powinno dalej być zakazane, natomiast są opłaty uznawane w praktyce orzeczniczej sądów za czyny nieuczciwej konkurencji, które nie powinny mieć tego przymiotu. Przykładowo bony warunkowe, premie od obrotu itp. nie są *de facto* opłatami, lecz sposobem kształtowania cen. Mec. Węc podkreślił, że celem ustawodawcy w przypadku art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie była ingerencja w kształtowanie cen. Odnosząc się do kwestii kształtowania cen i polityki cenowej, mówca powiedział, że jego zdaniem o narzucaniu opłat można mówić wtedy, gdy dany podmiot narzucający posiada pozycję dominującą.

Mec. Węc wskazał także na doświadczenia z sądami powszechnymi, kiedy to ten sam sąd (ale w innym składzie) może wydawać różne wyroki, nawet co do interpretacji tych samych przepisów prawa, toteż alternatywą dla sądownictwa powszechnego mogą być sądy arbitrażowe, z którymi mówca ma lepsze doświadczenia.

Zdaniem panelisty przy kształtowaniu czynników cenotwórczych nie możemy mówić o utrudnianiu dostępu do rynku; zazwyczaj czynniki cenotwórcze są negocjowane przez kontrahentów już na pierwszym spotkaniu i dostawca ma ich świadomość, a także może je wkalkulować w swoją marżę. Mecenas zaznaczył, że obecnie wiele opłat o charakterze cenotwórczym, np. rabatów posttransakcyjnych, jest uznawanych niesłusznie za czyny nieuczciwej konkurencji. Właśnie na przykładzie takich rabatów mec. Węc wyjaśnił dlaczego dostawcy mają ułatwienie przy ich skarżeniu; mianowicie rabat posttransakcyjny, zazwyczaj płatny co roku, powinien być „rozbity” na

<sup>4</sup> Rozszerzona wersja tego wystąpienia jest publikowana w niniejszym numerze iKAR.

każdy miesiąc danego roku i uwidoczniiony na fakturze korygującej, podczas gdy sieci handlowe, ułatwiając dostawcom rozliczenia, pozwalają, by był on uwidoczniiony na jednej, głównej fakturze, co z kolei prowadzi do uznania go za opłatę, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Na gruncie ww. wypowiedzi panelista zadał pytanie, dlaczego sieciom handlowym odmawia się prawa zakupu pewnych towarów taniej? W jego ocenie sieci handlowe również powinny mieć wybór kontrahentów i negocjowania cen towarów przez niego proponowanych.

Mec. Węc zauważył również, że jeszcze przed wprowadzeniem art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, sądy orzekały o pobieraniu opłat jako czynach nieuczciwej konkurencji na bazie klauzuli generalnej zawartej w art. 3 uznk.

W kwestii problemów praktycznych na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, zdaniem panelisty najtrudniej jest wykazać przed sądem, że dane działanie nie było czynem nieuczciwej konkurencji. W celu udowodnienia swoich twierdzeń należy przedstawić wnioski dowodowe, które jednak często są oddalane, a faktyczne wykonanie usług kwestionowane przez powodów.

### Dyskusja

Prof. Skoczny, dziękując panelistom za wypowiedzi i podsumowując I panel konferencji, zachęcił gorąco do zadawania pytań i żywej dyskusji.

Jako pierwsza głos w dyskusji zabrała mec. Małgorzata Modzelewska de Raad, partner i menedżer zespołu prawa konkurencji i spraw sądowych w kancelarii Wierzbowski Eversheds Sp. k.<sup>5</sup>

Mec. Modzelewska de Raad wskazała na wstępie, że ogólnie można mówić o trzech kategoriach przepisów: 1) tych, które są złe, 2) tych, które są źle stosowane i 3) tych, które nie tylko są złe, ale i źle stosowane. Art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zaliczyła do tej trzeciej kategorii. Zdaniem mec. Modzelewskiej de Raad wskazana w ust. 1 pkt 4 art. 15 uznk egzemplifikacja jest niepoprawnie sformułowana i schematycznie stosowana przez sądy; w zasadzie regulacja ta jest nieefektywna i równie dobrze można by zostawić jedynie klauzulę generalną tak, by przed sądem możliwe było dochodzenie roszczeń o czyny nieuczciwej konkurencji, gdzie faktycznie ma miejsce utrudnianie dostępu do rynku. Dyskutantka powiedziała, że ze względu na konstrukcję art. 15 uznk, sądy w większości nie dopuszczają badania ekwiwalentności świadczeń, a ciężar dowodu jest przerzucany na stronę pozwaną. Mec. Modzelewska de Raad zwróciła również uwagę, że tego typu opłaty były przedmiotem analizy na gruncie publicznego prawa konkurencji, powołała się przy tym na badania wpływu opłat „za wejście” na rynek, jakie prowadzone były w kilku krajach. Podkreśliła, że brak jest dowodów jednoznacznie wskazujących na negatywny wpływ tych opłat, nawet wtedy, gdy stosowane są przez dominantów rynkowych. Taki wniosek, jej zdaniem, wpływa również z unijnych *Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych*. Zaletą stosowania publicznoprawnej regulacji do tego zjawiska gospodarczego jest uwzględnianie przy jego ocenie obiektywnych czynników rynkowych/gospodarczych, właściwych tej dziedzinie prawa.

Dr Kamela przychylił się do zdania mec. Modzelewskiej de Raad i powiedział, że właśnie dlatego tak ważne jest wdrożenie ekonomicznego myślenia o prawie.

Mec. Węc z kolei podkreślił, że to, co się obecnie dzieje na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, stanowi naruszenie zasady bezstronności sądu i że nie jest sprawiedliwie twierdzić, że np. przy usługach marketingowych sieć handlowa promuje własne produkty. Często bowiem z dostawcą

<sup>5</sup> W nawiązaniu do swego głosu w dyskusji, mec. Modzelewska de Raad, wraz z mec. P. Karolczyk, przedłożyły do publikacji w niniejszym numerze iKAR specjalny artykuł pt. „Opłaty półkowe” – między reżimem prywatno- i publicznoprawnym – polemika systemowa.

zawierane są umowy długofalowe lub ramowe, a więc w konsekwencji sieć promuje produkty dostawcy. Dyskutant podkreślił, że promowanie zarówno siebie (sieci handlowej), jak i dostawcy logicznie się nie wyklucza. Zauważył także, że sądy popełniają zaniechanie, ponieważ w wielu przypadkach nie badają czy strona powodowa nie nadużywa prawa (art. 5 kc). Dostawcy są bowiem podmiotami *homo oeconomicus*, racjonalnymi gospodarzami, podczas gdy procesy o uznanie danej opłaty za czyn nieuczciwej konkurencji wytaczają po latach udanej współpracy. Zdaniem mec. Węca niesprawiedliwe jest przerzucanie ciężaru dowodu na pozwanego, ponieważ to dostawca powinien wykazać, że w danych okolicznościach akurat ta opłata naruszyła jego interes bądź mu zagroziła. Ponadto, zdaniem mec. Węca, gdy roszczenie jest oparte wyłącznie o art. 18 uznk, występuje zupełny brak podstaw do przerzucania ciężaru dowodu na pozwanego.

Następnie głos w dyskusji zabrała Sandra Sekuła-Barańska, doktorantka w Akademii Leona Koźmińskiego i prawnik w kancelarii Noerr Sp. z o.o. Spiering Sp. k., która zwróciła uwagę na orzekanie przed wprowadzeniem art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk o tzw. opłatach półkowych na podstawie klauzuli generalnej z art. 3 uznk oraz zadała pytania: w kwestii środków dowodowych, tj. w jaki sposób można próbować wykazać ekwiwalentność świadczeń np. przy usługach marketingowych i czy na gruncie art. 49 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) można wysunąć tezę, że art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk narusza traktatową swobodę przedsiębiorczości.

Mec. Kaniecki podzielił stanowisko przedmówczyni, że w przypadku, gdy zabraknie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, sądy wrócą do utartej linii orzeczniczej na podstawie art. 3 uznk.

Z kolei dr Wolski, odnosząc się do możliwości wykazania ekwiwalentności świadczeń powiedział, że tak długo, jak sądy będą oceniać ekwiwalentność na zasadzie porównania rzeczywiście poniesionych kosztów, nie będzie możliwe jej wykazanie. Zdaniem dyskutanta, usługi marketingowej świadczonej przez sieć handlową (wykorzystującą efekt skali, bazę klientów itp.) nie da się zastąpić usługą marketingową agencji reklamowej, a tym samym prosto porównać kosztów obu ich rodzajów. Zatem dopóki nie będzie subiektywnej interpretacji ekwiwalentności świadczeń, nie da się przekonać sądu. Dr Wolski również podzielił obawę przedmówcy, że w przypadku gdy zabraknie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, sądy będą kontynuować utartą linię orzeczniczą i orzekać na gruncie art. 3 uznk.

W nawiązaniu do pytania o zależność między art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk a art. 49 TFUE, dr Agata Jurkowska-Gomułka z Samodzielnego Zakładu Prawa Gospodarczego WZ UW powiedziała, że jej zdaniem można byłoby też zastanawiać się, czy komentowany art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie narusza swobody przepływu towarów. W odpowiedzi prof. Skoczny stwierdził, że nie można byłoby tego wykluczyć np. w świetle orzeczenia ETS w sprawie Keck i Mithouard, ale trzeba pamiętać, że takie rozważania można byłoby prowadzić tylko w przypadku stwierdzenia istnienia tzw. łącznika transgranicznego (m.in. pochodzenia przedsiębiorstwa).

Następnie głos w dyskusji zabrał pan Andrzej Gantner, dyrektor generalny Polskiej Federacji Producentów Żywności (PFPZ), który przypomniał, że u podstaw wprowadzenia komentowanego przepisu leżał spór pomiędzy dostawcami a sieciami handlowymi, które wykorzystywały swoją uprzywilejowaną pozycję, narzucając dostawcom uciążliwe bądź niemożliwe do spełnienia warunki. Dyrektor PFPZ powiedział, że w jego ocenie przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w swoim obecnym kształcie spełnia swoją funkcję i chroni dostawców przed zakusami sieci handlowych. Jednocześnie powiedział, że pomiędzy obiema stronami brakuje wzajemnego zaufania i że wszyscy niejako

siedzą na „bombie zegarowej”, ponieważ sieci handlowe nie wiedzą czy przypadkiem nie zostaną pozwane przez dostawcę o czyny nieuczciwej konkurencji, a dostawcy czy urząd skarbowy nie zakwestionuje im udzielanych sieciom rabatów itp. Jest to zatem wzajemna nieufność, której nie da się naprawić pozwem. Dyr. Gantner pokreślił, że każdy kawałek rynku jest tak samo ważny i dla dostawcy, i dla sieci handlowej, dlatego nie może być mowy, że np. dostawca może sobie ot tak zrezygnować z handlu z daną siecią handlową. Nawiązując do wypowiedzi mec. Kanieckiego, który powiedział, że nawet firma Unilever, gdyby mogła, chętnie by płaciła tzw. opłaty półkowe za lepszą ekspozycję i sprzedaż towarów, dyskutant zauważył, że właśnie takie myślenie może doprowadzić do tego, że za kilka lat zabronione będą w ogóle kontakty dużych sieci handlowych z dużymi dostawcami, bo to tak naprawdę duże sieci handlowe i duzi dostawcy utrudniają małym i średnim dostawcom dostęp do rynku. Dyrektor PFPZ podsumowując powiedział, że należałoby wprowadzić takie przepisy, by analizować utrudnianie dostępu do rynku z punktu widzenia danego przedsiębiorcy i przywrócić zaufanie pomiędzy obiema stronami.

Odnosząc się do wypowiedzi przedmówcy mec. Kaniecki sprostował, że jego wypowiedź miała na celu jedynie pokazanie, że współpraca sieci handlowej i dostawcy, która jest obecnie utrudniona ze względu na przyjętą interpretację art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, mogłaby przynieść obu stronom obopólny pożytek.

Jako ostatni głos zabrał moderator I panelu konferencji, prof. Skoczny, który podziękował serdecznie wszystkim panelistom i dyskutantom. Zdaniem prof. Skoczego wskazane w wystąpieniach panelistów i dyskutantów problemy oceny legalności różnych przejawów współpracy między dostawcami a sieciami handlowymi nie będą mogły zostać wyeliminowane bez zmiany stanu prawa (eliminacji lub zmiany art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk), jako – nawiązując do wypowiedzi mec. Modzelewskiej de Radd – „złego prawa”. Z wystąpień panelistów i głosów w dyskusji wynika też, że dopóki się to nie stanie, należy poprawiać „złe stosowanie” tego prawa poprzez dążenie do pogłębiania ekonomizacji rozumienia przesłanek art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk; będzie to już jednak problematyką II Panelu.

## Panel II

Moderatorem II panelu konferencji, w którym udział wzięli doc. Cezary Banasiński, Maciej Fornalczyk, Prof. Lesław Kański i mec. Jarosław Sroczyński, był prof. dr hab. Adam Noga z Akademii Leona Koźmińskiego. Moderator zgodził się z zapowiedzią prof. Skoczego, że w tej części konferencji nastąpi próba ekonomicznego podejścia do problematyki tzw. opłat półkowych i oddał głos pierwszemu paneliście, doc. dr. Cezaremu Banasińskiemu.

### Wypowiedź doc. Cezarego Banasińskiego

Doc. dr Cezary Banasiński, Prezes UOKiK w latach 2001–2007, wykładowca Wydziału Prawa i Administracji UW i partner spółki konsultingowej „Instytut Prawa Konkurencji”, rozpoczął swoje wystąpienie od stwierdzenia, że ustawodawca dość zaskakująco wprowadził przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, umieszczając w dodatku w jego treści pojęcia ściśle ekonomiczne oraz sformułowania blankietowe<sup>6</sup>. Celem ustawodawcy było zakazanie pobierania opłat, którym nie towarzyszy ekwiwalentność i które są narzucone. Ustawodawca nie chciał tym samym ingerować w zasadę swobody umów.

<sup>6</sup> Rozszerzona wersja tego wystąpienia jest publikowana w niniejszym numerze iKAR.



Zdaniem doc. Banasińskiego przy ocenie charakteru danej opłaty nie da się uniknąć ekonomicznego podejścia, gdyż dana opłata wymaga oceny właśnie z ekonomicznego punktu widzenia. Mówca podkreślił, że na ocenę, czy dana opłata jest czynem nieuczciwej konkurencji, składa się wiele elementów. Trzeba m.in. wziąć pod uwagę sieci handlowe, które są między sobą konkurentami, ich siłę rynkową (przy czym posiadanie siły rynkowej nie oznacza automatycznie wymuszania opłat), ekonomię skali, masowy, hurtowy obrót towarów i fakt, że nie ma wśród dostawców dobrowolnych rezygnacji z kontaktów handlowych z sieciami handlowymi. Niedozwoloną opłatą, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, będzie więc tylko taka opłata, z którą nie idzie w parze świadczenie wzajemne. Doc. Banasiński podkreślił, że rynek sieci handlowych to rynek nadpodaży produktów i że sieci, by się rozwijać, muszą pozyskiwać dostawców.

Zdaniem doc. Banasińskiego, wbrew niektórym orzeczeniom sądów, np. przy usługach reklamy produktów dostarczanych przez dostawców, a świadczonych przez sieci handlowe, dostawcy odnoszą z tytułu tych reklam wymierne korzyści, korzystają bowiem z ekonomii skali i gdyby sami mogli się reklamować, pewnie by to robili, ale prawdopodobnie z gorszym efektem. Dlatego przy ocenie reklamy jako świadczenia wzajemnego należy zawsze odnieść koszty reklamy do uzyskiwanych przez dostawców korzyści.

Doc. Banasiński przytoczył fragment z uzasadnienia jednego z wyroków, w którym sąd uznał, że nie może być mowy o odnoszeniu korzyści z reklamy przez dostawcę w sytuacji, gdy własność reklamowanych towarów przeszła na sieć handlową. W odniesieniu do tego wyroku panelista zauważył, że nie można *a priori* zakładać, że w takiej sytuacji dostawca nie odniósł żadnych korzyści z reklamy. Zyskiem dostawcy jest bowiem m.in. zysk ze zwiększonej sprzedaży jego produktów, promowania marki itp. Podstawowym rynkiem zbytu dla dostawców jest w większości rynek wielkich sieci handlowych (ze względu na wielkość dostaw i ogromny rynek zbytu). Ponieważ cechą tego rynku jest „wymuszanie” niskich cen produktów, barierą wejścia na niego jest opłacalność sprzedaży dla dostawców.

W nawiązaniu do wystąpienia doc. Banasińskiego, Prof. Noga stwierdził, że opowiada się za liberalistycznym podejściem do gospodarki i – w kontekście pobierania tzw. opłat półkowych i bariery wejścia na rynek – przedstawił uczestnikom teorię rynków kontestowanych, która prowokuje dostawców do szukania innych, konkurencyjnych form sprzedaży produktów. W tym miejscu przytoczył też wypowiedź Francisa Fukuyamy, że „hipermarkety to nie koniec świata” i że alternatywą dla sprzedaży do wielkich sieci handlowych jest sprzedaż internetowa.

Prof. Noga przypomniał też, że powstanie hipermarketów w Polsce było okupione wielkim ryzykiem gospodarczym, ponieważ pierwsze hipermarkety powstawały na tanich gruntach na obrzeżach miast, gdzie nie było infrastruktury dojazdowej i nie wiadomo było, czy formuła wielkich sklepów powierzchniowych w ogóle się przyjmie. Zatem sukces wielkich sieci handlowych nie był zagwarantowany i przez wiele lat sieci te ciężko pracowały na swoją dzisiejszą pozycję.

### **Wypowiedź Macieja Fornalczyka**

Zdaniem Pana Macieja Fornalczyka, partner w COMPER Fornalczyk i Wspólnicy sp.j., żeby poprawnie zrozumieć przepis art. 15 ust. 1 kpt. 4 uznk należy rozłożyć go na czynniki pierwsze<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Referat M. Fornalczyka jest publikowany w niniejszym numerze iKAR.

W pierwszej kolejności niezbędne jest zrozumienie, czym jest marża handlowa. Mówca zauważył, że – po pierwsze – marży handlowej nie da się pobrać, można ją tylko wygenerować (wypracować w toku prowadzonej działalności gospodarczej), marża handlowa to bowiem cena produktu minus koszty (m.in. koszty jego nabycia, koszty instalacji, związane z procesem sprzedaży danego towaru, jak np. marketing, logistyka), a po drugie, że rzeczą naturalną w handlu jest, że każdy handlowiec szuka sposobu na zapłacenie mniejszej ceny i różnych sposobów pokrycia kosztów (koszty mogą być bowiem pokrywane przez sieć handlową lub dostawców).

W odniesieniu do poszukiwania alternatywnych form zbytu produktów, np. przez Internet, M. Fornalczyk wskazał, że konsumenci, którzy dokonują tam zakupów, kupują szacunkowo 30% mniej produktów, niż gdyby robili tradycyjne zakupy w sklepie.

Z kolei w kontekście marży handlowej, odnosząc się do uzasadnień wyroków sądowych, w których sądy wypowiadają się, że pobieranie opłat nie idzie w parze ze świadczeniami ekwiwalentnymi, jak np. przy usługach reklamowych produktów dostarczanych przez dostawców, M. Fornalczyk powiedział, że trzeba zauważyć, że wzrost obrotu niekoniecznie musi prowadzić do zwiększenia zysku danego dostawcy. Trzeba mieć jednak na uwadze, że ten dostawca ma stałe, duże zamówienia i rynek zbytu, a więc płynność oraz większą rozpoznawalność i że to właśnie brak płynności jest najczęstszym powodem upadłości przedsiębiorstw.

Panelista podkreślił następnie, że każdy przypadek pobierania opłaty za usługę świadczoną dodatkowo należy oceniać indywidualnie i że ekwiwalentność świadczenia również należy oceniać *ad casum*, usługa może być bowiem różnie wyceniana. Zawsze też należy ocenić, czy pobierana opłata jest zasadna, przy czym oceniając zasadność wysokości danej opłaty, np. przy usługach reklamowych (publikacja w gazetce hipermarketu), należy pamiętać, że sieć handlowa nie jest agencją reklamową, a reklama w gazetce nie jest równa reklamie na billboardzie. Sieć handlowa bowiem „zongluje produktami”, tj. zamawia partie towarów i musi je umiejętnie wypromować, by je sprzedać zanim skończy się np. okres ważności danych artykułów. To samo powinno dziać się przy ocenie zasadności tzw. opłat logistycznych (w przypadku tej opłaty dostawca ma jedynie dostarczyć towar do punktu zbornego, a sieć handlowa troszczy się o jego dostawę do swojej sieci sklepów) oraz tzw. udzielania upustów przez dostawców. W efekcie sieć handlowa ponosi koszty, które mogą być równie dobrze rozliczane w cenie zakupu towarów, a więc skutecznie obniżyć cenę, jaką sieć handlowa płaci dostawcy. Jednakże zwyczajowo utarło się, że dostawcy posiadają budżet marketingowy oraz osobny budżet sprzedażowy. Z tego więc wynika, że zasadnym jest płacenie wyższej ceny za kupowane towary oraz pobieranie wynagrodzenia za prowadzone usługi marketingowe i logistyczne (usługi okołosprzedażowe).

Zadaniem M. Fornalczyka, przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk miał za zadanie zapobiegać eliminacji przedsiębiorców z rynku, a nie ingerować w wolny rynek, a także w wolność i swobodę kontraktową. Alternatywną dla tego przepisu może być wprowadzenie pojęcia nadużywania kolektywnej pozycji dominującej przez hipermarkety, handel internetowy lub przekształcenie hipermarketów w dyskonty na obrzeżach, w których można by jedynie kupić „nieoznakowane”, niepremiowane produkty, ale pytanie, czy o to rzeczywiście nam chodzi.

Prof. Noga nadmienił, że powyższe rozważania były prowadzone na gruncie usługowej teorii handlu, którą zajmował się m.in. śp. prof. dr hab. Leon Koźmiński.

## Wypowiedź prof. Lesława Kańskiego

Prof. dr hab. Lesław Kański, członek Rady Nadzorczej Jeronimo Martins i doradca zarządu spółki Eurocash S.A. przytoczył pierwszy wyrok, jaki zapadł na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, który dotyczył sieci sklepów Biedronka i uznawał za czyn nieuczciwej konkurencji pobieranie od dostawców opłaty za rozpoczęcie negocjacji handlowych<sup>8</sup>. Panelista powiedział, że o ile to pierwsze orzeczenie rzeczywiście korespondowało z treścią art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, o tyle dalsza linia orzecznicza sądów daleko od niego odbiegła. Obecnie jakakolwiek inna opłata niż marża handlowa za jakąkolwiek usługę zostaje uznana za czyn nieuczciwej konkurencji; również udzielanie rabatów jest traktowane jako tego typu opłata.

W ramach Polskiej Organizacji Handlu i Dystrybucji (POHiD) zorganizowano komitet, który analizował wyroki sądów wydane w oparciu o art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. W wyniku tych analiz okazało się, że część uzasadnień wyroków sądów jest skopiowana z innych wyroków i powielana w kolejnych. Sądy kopiujące uzasadnienia orzeczeń nie próbowały przy tym odnosić się do konkretnej materii sprawy, ale poprzestawały na powielaniu argumentów z innych uzasadnień. Prof. Kański stwierdził, że sens tego przepisu został już na tyle wypaczony, że z tego artykułu zaskarżane są nawet spółki, które nie zajmują się działalnością handlową, ale organizują sieć franczyzową.

Zdaniem prof. Kańskiego, rzeczą naturalną jest, że dostawcy chcą być obecni ze sprzedażą produktów w każdej sieci, a sieci chcą mieć pewien stały i zarazem różnorodny asortyment towarów (pewne towary i marki, np. Coca-Colę, pewne gatunki kawy, herbaty, piwa, słodczy) i dlatego dostawcy i sieci muszą się porozumieć. Panelista zauważył przy tym, że inaczej jest w przypadku papierosów, ponieważ kupując ten towar, należy za niego zapłacić od razu lub już przy dostawie i sieci handlowe nie mają tutaj żadnego pola negocjacji. Jest to natomiast asortyment, który muszą mieć, ponieważ tego oczekują od nich klienci.

Prof. Kański zastanawiał się kiedyś, czy alternatywą dla takiego stanu rzeczy, tj. uniknięcia bycia posądzanym o pobieranie innych niż marża handlowa opłat uznawanych za czyn nieuczciwej konkurencji, byłoby przejście przez obie strony na rozliczenia netto-netto. W celu weryfikacji tej hipotezy w jednej z firm przeprowadzono quasi-badanie i wysłano do dostawców zapytanie, czy woleliby przejść na taką formę rozliczeń, jednak propozycja ta nie spotkała się z entuzjazmem, czego teoretycznie można było oczekiwać. Większość dostawców bowiem (producentów lub dystrybutorów) dysponuje sporym budżetem marketingowym i chce uczestniczyć w akcjach marketingowych hipermarketów i promować swoje produkty. Rezygnując z reklam zwiększyłaby się ich rentowność z tytułu sprzedaży, ale nastąpiłby spadek wartości sprzedaży, a to z kolei nie jest zjawiskiem pożądanym.

Ponadto, zdaniem prof. Kańskiego, zazwyczaj duzi dostawcy, tzw. duzi gracze, jak np. Unilever, nie wytaczają powództw przeciwko sieciom handlowym. Czynią to tylko mali i średni przedsiębiorcy i zazwyczaj dopiero wtedy, gdy kończy się ich współpraca z siecią handlową lub gdy brakuje im płynności i szukają gdzieś oszczędności. Często też współpraca z danym dostawcą kończy się jedynie dlatego, że następuje pogorszenie jakości dostarczanych produktów lub ich wady.

Panelista wyraził pogląd, że duże sieci handlowe powinny zdywersyfikować źródła dostaw, jak czyni to np. spółka Jeronimo Martins, gdzie tylko 20–30% dostaw pochodzi od jednego dostawcy, by w przypadku zakończenia współpracy nie być od niego uzależnionym.

<sup>8</sup> Znacznie rozszerzona wersja wystąpienia prof. Kańskiego jest publikowana w niniejszym numerze iKAR.

Prof. Kański podkreślił, że art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk słusznie obejmuje swoim zakresem zakaz pobierania opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Eliminowane powinno być też pobieranie opłat za tzw. nową halę sprzedaży, nowy sklep (czyli za nowy rynek zbytu), za jubileusz sieci. Ale już opłata za transport i logistykę nie, jeżeli wiąże się ze świadczeniem wzajemnym. Przy tym typie opłat można by wręcz uznać za utrudnianie dostępu do rynku obowiązek dostawcy dowożenia towarów do każdego jednego sklepu sieci handlowej. W przypadku gdyby dostawca faktycznie był zmuszony do rozwożenia towarów do sklepów rozrzuconych po całym kraju, koszty transportu i logistyki byłyby ogromne i znacznie przewyższały pobierane przez sieć opłaty.

Sądy w wielu orzeczeniach stają na stanowisku, że przy usługach reklamowych świadczonych przez sieci handlowe należy reklamować producenta, a nie produkt. Panelista nie zgadza się z tym stanowiskiem i uważa, że przy formacie reklam świadczonych przez sieci utrwała się również marka i obraz dostawcy.

Kończąc, prof. Kański stwierdził, że przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk został wprowadzony przez lobby polityczne, a sądy zrobiły z niego zły użytek, unikając m.in. rozważań czy dana opłata rzeczywiście prowadzi do ograniczenia lub utrudnienia dostępu do rynku. Należałoby zatem zmienić brzmienie tego przepisu i dzięki temu zmienić linię orzeczniczą sądów. Innym rozwiązaniem byłoby zawieranie przez kontrahentów klauzuli prorogacyjnej na sąd arbitrażowy, jednak taka praktyka mogłaby ostatecznie doprowadzić do wprowadzenia w Polsce podobnej regulacji, jak na Węgrzech (tj. do znacznej ingerencji w swobodę umów).

Prof. Noga przychylił się do tego ostatniego poglądu prof. Kańskiego i stwierdził, że ingerencja w swobodę umów w Polsce (tj. wprowadzenie modelu węgierskiego) byłaby niepożądana oraz odniósł się do zaleceń Komisji Europejskiej, aby – obok handlu internetowego – tworzyć sklepy firmowe z własnymi produktami jako alternatywy dla dostawców, którzy poszukują nowych rynków zbytu i chcą uniezależnić się od wielkich sieci handlowych. Miałoby to o tyle sens, że dostawcy uniknęłyby negatywnej reklamy. Przykładowo, gdy dziś idzie się do sklepu AGD, by kupić pralkę, sprzedawcy w tym sklepie podpowiadają, który sprzęt kupić i przy tym zachwalają którąś firmę, a innej nie polecają (np. potrafią powiedzieć, że „sprzęt A zaraz się Panu zepsuje, niech Pan kupi B”).

### **Wypowiedź mec. Jarosława Sroczyńskiego**

Następnym panelistą był radca prawny Jarosław Sroczyński z „Markiewicz & Sroczyński. Kancelaria Radców Prawnych sp. j.”, który wyjaśnił, czym jest i jak należy rozumieć istotę rabatu retroaktywnego jako swoistego rodzaju *success fee*, dzielonej pomiędzy siecią a dostawcą<sup>9</sup>. Panelista zgodził się z przedmówcą, prof. Kańskim, że kontrahenci nie skarżą udzielenia rabatów retroaktywnych tak długo, jak długo trwa współpraca z siecią handlową.

W świetle wystąpienia mec. Sroczyńskiego orzecznictwo sądów dotyczące rabatów retroaktywnych pokazuje, że sądy nie rozumieją na czym polega ten rabat i jaki jest sens tego, że dostawca ma go udzielać sieci handlowej. W ubiegłym roku wypowiedział się na ten temat Naczelny Sąd Administracyjny, który w uchwale siedmiu sędziów z 25 czerwca 2012 r. uznał pobieranie przez sieci handlowe rabatów retroaktywnych za dopuszczalne i wskazał, że premię wypłaconą kontrahentowi z tytułu realizacji zakupów lub sprzedaży określonej wartości (wypłata

<sup>9</sup> Znacznie rozszerzona wersja tego wystąpienia jest publikowana w niniejszym numerze iKAR.

kontrahentowi bonusu warunkowego (premię pieniężną) z tytułu osiągnięcia określonej wielkości sprzedaży lub terminowości regulowania należności należy traktować jako rabat w rozumieniu art. 29 ust. 4 ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, zmniejszający podstawę opodatkowania podatkiem VAT.

Mec. Sroczyński stwierdził, że pomimo tego orzeczenia, pion sądów cywilnych wciąż orzeka o rabacie retroaktywnym jako o niedopuszczalnej opłacie na gruncie uznk. Panelista podał ze swojej aktualnej praktyki przykład wydania przez ten sam sąd w dwóch różnych, lecz podobnych do siebie sprawach dotyczących tzw. opłat półkowych, całkowicie odmiennych od siebie wyroków. Panelista dodał przy tym, że w obu sprawach sądowi przedstawiono opinie ekonomiczne dotyczące rozumienia pojęć zawartych w omawianym przepisie. W art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk znajduje się bowiem aż pięć pojęć z dziedziny ekonomii: rynek, marża handlowa, opłata, towar, sprzedaż. Od obu wyroków zostały wniesione apelacje.

Mecenas Sroczyński powiedział, że tylko na tym przykładzie widać, jak bardzo sędziowie są pogubieni w ekonomii i nie rozumieją istoty rabatu retroaktywnego. Rabat retroaktywny odnosi się bowiem do długofalowej współpracy stron. Ponadto, jak podkreślił panelista, dostawcy są zazwyczaj żywo zainteresowani tym, co dalej dzieje się z ich produktem, jak jest eksponowany, sprzedawany itp.; wynika to również z tego, że często na ten produkt udzielają rękojmi czy gwarancji.

Mec. Sroczyński stoi na stanowisku, że linia orzecznicza sądów nie zmieni się dopóty, dopóki sędziowie nie zaczną stosować ekonomicznego podejścia do tego typu spraw. Ponadto sądy popełniają wiele zaniechań:

- nie stosują przy orzekaniu art. 1 uznk, który mówi o interesie publicznym przedsiębiorców i klientów (którzy są rozumiani jako konsumenci; taka redakcja tego przepisu wynikła z czysto redakcyjnych względów);
- zrównują art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk z pojęciem wyzysku w art. 388 kc i uznają każdą opłatę dodatkową za jego przejaw;
- zapominają o efektywności i korzyściach dla dostawców.

Zdaniem mec. Sroczyńskiego, art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk wymaga zmiany, ponieważ przy obecnej linii orzeczniczej sądów już za parę lat sądy mogą zacząć orzekać o „obowiązku zawierania umów z dostawcami” lub wprowadzą „nowy katalog cen urzędowych”.

Prof. Noga, dziękując panelistom za wypowiedzi i podsumowując II panel konferencji, powiedział m.in., że należy wziąć pod uwagę badania naukowe, z których wynika, że hipermarkety znacząco obniżają inflację. Następnie oddał głos dyskutantom.

## Dyskusja

Jako pierwsza w dyskusji głos zabrała Pani Renata Juskiewicz, Prezes POHiD, która stwierdziła na wstępie, że art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jest przepisem niewłaściwie interpretowanym, co przeszkadza w prowadzeniu biznesu. Dyskutantka powiedziała również, że jeżeli interpretacja tego przepisu przez sądy dalej będzie szła w tym kierunku, co obecnie, za jakiś czas mali dostawcy mogą mieć problem w zbyciu swoich produktów do sieci, ponieważ sieci sklepów wielkopowierzchniowych będą bały się z nimi zawierać umowy i handlować. Podkreśliła, że sądy powinny oceniać ekwiwalentność świadczeń subiektywnie. Prezes Juskiewicz wyraziła też nadzieję, że w Polsce nie zostanie wprowadzony model regulacyjny obowiązujący na Węgrzech.

Także doc. Banasiński opowiedział się za zmianą obecnego brzmienia przepisu, jednocześnie wyraził jednak wątpliwość co do racjonalności procesu legislacyjnego, ponieważ na końcu procesu legislacyjnego są jedynie lobbyści i politycy.

Kolejny dyskutant, radca prawny Jacek Hajduk, podzielił się swoim doświadczeniem w związku z ww. uchwałą siedmiu sędziów NSA z czerwca 2012 r. Powiedział, że istnieje sprzeczność pomiędzy linią orzeczniczą sądów administracyjnych (oraz stanowiskiem organów administracji, m.in. Ministra Finansów) a linią orzeczniczą sądów cywilnych. Sądy administracyjne (oraz organy administracji) dopuszczają bowiem stosowanie rabatów retroaktywnych, a sądy cywilne uznają takie rabaty za sprzeczne z prawem, podczas gdy na gruncie art. 6 pkt 2 ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, ustawy tej nie stosuje się do czynności, które nie mogą być przedmiotem prawnie skutecznej umowy. Dyskutant podkreślił, że sądy cywilne zdają się akceptować za słuszną jedynie klasyczną umowę sprzedaży towarów. Mec. Hajduk wyraził również obawę, że pomimo nowelizacji tego przepisu sądy mogą dalej trzymać się ustalonej linii orzeczniczej, powołując się na klauzulę generalną zawartą w art. 3 uznk.

Jako kolejny w dyskusji zabrał głos Pan Maciej Radwański, prawnik reprezentujący średniej wielkości dostawcę, stwierdzając na wstępie, że przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jedynie wycinkowo chroni dostawców. Podał przykład sprzedaży roślin doniczkowych w pewnych specjalnych opakowaniach, które są opakowaniami zwrotnymi i najmowanymi przez dostawców. Opakowania te, mimo że są opakowaniami zwrotnymi, najczęściej nie są przez sieci w ogóle zwracane, co generuje po stronie dostawców roślin doniczkowych straty. Prof. Skoczny nie wykluczył, że na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk i orzecznictwa, które przez pojęcie pobierania innych opłat niż marża handlowa za przyjęcie towaru do sprzedaży rozumie wszelkie przemieszczenia wartości majątkowej na niekorzyść dostawców, wartość takich niezwróconych dostawcy opakowań zostałaby zakwalifikowana jako tzw. opłata półkowa. Zgodził się z tym również M. Fornalczyk, który powiedział, że zatrzymanie opakowań zwrotnych stanowi faktyczną korzyść dla sieci, ponieważ koszty, które musiałaby ponieść sieć na przepakowanie roślin doniczkowych i związane z tym ewentualne straty mogłyby przewyższyć wartość czynszu za najem takich opakowań; dyskutant podkreślił jednak, że każdy przypadek należałoby zbadać z osobna.

### **Podsumowanie prof. Tadeusza Skocznego**

Na zakończenie konferencji prof. Skoczny podziękował wszystkim panelistom i uczestnikom konferencji oraz przedstawił propozycje dalszych działań na rzecz zmiany brzmienia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk.

Po pierwsze, zakomunikował, że w najbliższym numerze wydawanego przez CARS periodyku iKAR zostaną opublikowane artykułowe wersje referatów wygłoszonych podczas konferencji oraz wszelkie inne przedłożone do tego numeru artykuły i, jako redaktor naczelny iKAR, prof. Skoczny zachęcił do składania tych artykułów, także jako rozwiniętych wersji wystąpień w dyskusji.

Po drugie, w ramach CARS przygotowana została propozycja zmiany przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Propozycja ta zostanie przesłana różnym grupom osób mających do czynienia z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, w tym sędziom sądów powszechnych, w celu dokonania jej oceny i udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy przygotowana propozycja zapisu tego artykułu jest lepsza niż jego obecne brzmienie. W ramach CARS powstanie specjalna Grupa Robocza, która na podstawie

udzielonych odpowiedzi opracuje sprawozdanie i ulepszoną wersję art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, będącą wynikiem kompromisu i syntezy różnych grup zainteresowań.

Po trzecie, CARS będzie uczestniczył w konsultacjach Zielonej Księgi Komisji Europejskiej z 31 stycznia 2013 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między przedsiębiorcami. Także w tym celu powstanie specjalna Grupa Robocza, która przygotuje stanowisko w możliwie dużym stopniu wyważające interesy różnych przedsiębiorców, w tym w szczególności sieci handlowych oraz dużych, małych i średnich dostawców.

Po czwarte, w ramach utworzonej niedawno przez CARS „Szkoły Ekonomii dla Prawników”, przygotowane zostaną, w porozumieniu z prezesami sądów powszechnych, warsztaty dla sędziów, w ramach których w ok. 12-osobowych grupach sędziowie będą mogli poszerzyć swoją wiedzę z zakresu ekonomii i związków ekonomii z prawem.

Prof. dr hab. Tadeusz Skoczny zwrócił się o pomoc w realizacji ww. inicjatyw.

Na koniec głos zabrał Dyrektor Generalny POHiD, Maria Andrzej Faliński, który podziękował Centrum i prof. T. Skocznemu za zorganizowanie tej konferencji oraz wysoko ocenił dalsze zamierzenia CARS w dyskutowanym w jej ramach zakresie. Dyr. Faliński wyraził nadzieję, że uda się doprowadzić do zmiany polskiej i unijnej rzeczywistości w zakresie form współpracy między sieciami handlowymi a dostawcami produktów, w tym racjonalizacji i ekonomizacji oceny stosunków między nimi.

### **Sandra Sekuła-Barańska**

Aplikantka radcowska

w Noerr Sp. z o.o. Spiering sp.k.