

Grzegorz Kaniecki\*

## „Opłaty półkowe” z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa

### Spis treści

- I. Zagadnienia wstępne
- II. „Opłaty półkowe”
- III. Rodzaje tzw. opłat półkowych
- IV. Opłaty w praktyce
- V. „Potrójna cena netto” (*triple net price*)
- VI. Nieuczciwe praktyki handlowe
- VII. Skutki dominującej linii orzecznictwa dla praktyki gospodarczej
- VIII. Rzeczywiste zagrożenia dla prawidłowego działania rynku na szczeblu dostawca–sieci
- IX. Podsumowanie

### Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie tzw. opłat półkowych, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z perspektywy ekonomicznej analizy prawa. Artykuł wskazuje na konieczność pogłębionej interpretacji prawa z uwzględnieniem całościowym relacji biznesowych pomiędzy dostawcami a sieciami handlowymi. Artykuł prezentuje współczesny model współpracy pomiędzy dostawcami i sieciami detalicznymi jako wertykalnie zintegrowanych kanałów marketingowych (kanałów dystrybucji), w którym strony muszą uzgadniać kluczowe parametry współpracy, takiej jak: warunki logistyczne, warunki i metody promocji produktów, asortyment, terminy wprowadzenia nowych produktów i wiele innych. Artykuł przedstawia biznesową i ekonomiczną perspektywę tzw. opłat półkowych w przekonaniu, że jakiegokolwiek formalistyczne podejście do zachowań biznesowych, bez uwzględnienia „myślenia ekonomicznego”, może prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu konkurencji, a w konsekwencji negatywnie wpływać na konsumentów.

**Słowa kluczowe:** tzw. opłaty półkowe; dostawcy i odbiorcy; podejście ekonomiczne; ekonomiczna analiza prawa.

### I. Zagadnienia wstępne

Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk),<sup>1</sup> zgodnie z jej artykułem pierwszym, reguluje „zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności

\* Radca prawny; dyrektor ds. prawnych Unilever Polska – jednego z największych dostawców do sieci handlowych.

<sup>1</sup> Tekst jedn.: Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.

gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolnej, budownictwie, handlu i usługach – w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów”. Nie ma więc wątpliwości, że przedmiotem regulacji ustawowej są zjawiska ekonomiczne, a co za tym idzie stosowaniu norm prawnych, wynikających z przepisów ustawy, musi towarzyszyć „myślenie ekonomiczne”.

Niniejszy artykuł stanowi próbę zastosowania podstawowych pojęć i zasad analizy ekonomicznej analizy prawa (*Law and Economics*) do oceny instytucji ukształtowanej przez dominujący w orzecznictwie sądowym sposób interpretacji art. 15 ust.1 pkt 4 uznk. Analiza ta zostanie dokonana w dwóch aspektach.

Po pierwsze, artykuł zawiera podstawową charakterystykę ekonomiczną opłat półkowych i ich klasyfikację wedle prostych kryteriów ekonomicznych. Stanowi jednocześnie próbę dokonania takiej interpretacji przepisów art.15 ust.1 pkt 4 uznk, aby wynikająca z nich norma została ustalona nie tylko w oparciu o ich brzmienie (interpretację językową), lecz także przy uwzględnieniu kontekstu ekonomicznego. Tak rozumiana analiza ekonomiczna będzie więc niczym innym jak – z jednej strony – pogłębieniem wiedzy na temat stanu faktycznego (regulowanej materii), z drugiej zaś – zastosowaniem rozumowania mieszczącego się w granicach pojęcia wykładni celowościowej<sup>2</sup>.

Po drugie, w artykule zaprezentowane zostaną wyniki ekonomicznego myślenia o tzw. opłatach półkowych dotyczące oceny, jakie skutki w realnej działalności gospodarczej przynosi stosowanie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w świetle dominującego nurtu orzecznictwa sądów powszechnych. W tym aspekcie jest to próba odpowiedzi na klasyczne pytania z zakresu ekonomicznej analizy prawa – czy norma prawna jest skuteczna w sensie ekonomicznym i czy służy efektywności prowadzenia działalności gospodarczej<sup>3</sup>?

W końcowej części artykułu wskazane zostaną rzeczywiste zagrożenia dla prawidłowego działania rynku na szczeblu dostawca–sieci handlowe.

## II. „Opłaty półkowe”

Przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk mówi, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, w szczególności poprzez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży”.

W mojej ocenie, prawidłowa interpretacja tego przepisu nie powinna mieć charakteru rozszerzającego; nie nastęrcza wtedy nadmiernych problemów interpretacyjnych. Szczególna postać deliktu zdefiniowanego w tym przepisie – pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, zwłaszcza interpretowana jako wyczerpująca egzemplifikacja klauzuli generalnej z art. 15 ust. 1 uznk – jest wystarczająco zrozumiała. Ustawodawca uznaje, że czynność polegająca na przyjęciu towaru do sprzedaży nie może wiązać się z opłatą wstępną (opłatą początkową) uiszczaną przez sprzedawcę na rzecz kupującego. Jednocześnie jednak ustawodawca uznaje *explicite* za dozwolone takie ukształtowanie stosunków stron umowy sprzedaży (dostawy), w którym opłata wstępna (a w zasadzie jej wartość rozłożona w czasie) pomniejsza marżę sprzedawcy poprzez pomniejszenie ustalonej ceny sprzedaży.

<sup>2</sup> *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, J. Stelmach, M. Soniewicka (red.), Oficyna a Wolters Kluwer business, Kraków 2007, s. 11 i n.

<sup>3</sup> *Efektywność ekonomiczna*, [w:] J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Kraków 2007, s. 25–49.

W orzecznictwie dominuje jednak odmienna interpretacja art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Z pewnym uproszczeniem można przyjąć, że znaczna część orzecznictwa identyfikuje przeważającą część spotykanych w praktyce tzw. opłat półkowych z deliktem nieuczciwej konkurencji, z zastrzeżeniem jednak różnie formułowanych przesłanek egzoneracyjnych, odwołujących się generalnie do takich pojęć, jak dobrowolność spełnienia świadczenia, ekwiwalentność, czy wartości rynkowa usług tego samego rodzaju<sup>4</sup>. W pewnych wyrokach przyjmuje się wprost, że każda opłata (inna niż marża) stanowi *per se* czyn nieuczciwej konkurencji<sup>5</sup>.

Dla celów niniejszej analizy przyjmuję następującą „definicję regulującą” tzw. opłat półkowych: **tzw. opłaty półkowe to jakiegokolwiek świadczenia o charakterze pieniężnym pobierane przez sieci handlowe od dostawców towarów**. Przy czym tzw. opłaty półkowe mogą być interpretowane nie tylko jako wynagrodzenie za świadczenie usług, lecz także jako wszelkiego rodzaju inne świadczenia o charakterze pieniężnym – takie jak świadczenie pieniężne w związku ze spełnieniem określonych warunków handlowych w relacjach między stronami umowy, świadczenia pieniężne w zamian za dokonanie czynności lub spełnienie przez sieci ustalonych warunków odsprzedaży towarów itp.

W świetle orzecznictwa sądowego nie jest jasne, czy do tak rozumianych tzw. opłat półkowych należy zaliczyć rabaty (zmniejszenia ceny); ze względu na fakt, że z ekonomicznego punktu widzenia nie ma znaczenia czy dostawca uiszcza opłatę, czy udziela dodatkowego rabatu, dla celów niniejszej analizy do tzw. opłat półkowych musimy zaliczyć wszelkiego rodzaju rabaty, upusty czy skonta (stanowisko takie zdaje się być potwierdzane przez poszczególne orzeczenia sądowe).

### III. Rodzaje tzw. opłat półkowych

Najczęściej spotykane tzw. opłaty półkowe można podzielić na kilka grup w zależności od przyjętych kryteriów.

#### **Opłaty zróżnicowane ze względu na termin ich zapłaty:**

- a) opłaty uiszczane z góry;
- b) opłaty uiszczane na bieżąco;
- c) opłaty uiszczane po dokonaniu transakcji.

#### **Opłaty związane z efektywnością dostaw i obrotu towarowego:**

- a) opłaty związane z efektywnością dokonanych zakupów (takie jak opłaty uzależnione od wartości dokonanych zakupów, opłaty związane z asortymentem);
- b) opłaty związane ze wzrostem dokonanych zakupów;
- c) opłaty związane z odsprzedażą towarów na kolejnym szczeblu obrotu (takie jak opłata od przekroczenia ustalonego poziomu odsprzedaży na szczeblu detalicznym).

#### **Opłaty związane z operacyjną efektywnością współpracy:**

- a) opłaty związane ze składaniem zamówień w określony sposób (np. poprzez platformy elektroniczne);
- b) opłaty związane z realizowaniem dostaw w określony sposób (np. opłata za dostawy do magazynu centralnego, za dostawy według ustalonych zasad logistycznych – np. jedno zamówienie czy nie mniej niż 20 pełnych palet towarów).

<sup>4</sup> Zob. np.: wyr. SA w Poznaniu z 25.02.2010 r., I ACa 107/1013 i z 13.10.2010 r., I ACa 707/10 oraz wyr. SA w Krakowie z 10.12.2008 r., I ACa 1024/08 i z 27.02.2009 r., I ACa 94/09, *passim*.

<sup>5</sup> Wyr. SO w Krakowie 23.04.2008 r., IX GC 394/07 (niepubl.).

**Opłaty marketingowe:**

- a) opłaty za ustalone ekspozycje towaru i dodatkowe promocje towaru, czemu z reguły będą towarzyszyć plakaty, zawieszki, urządzenia reklamowe itp.;
- b) opłaty za ekspozycje towarów w gazetkach promocyjnych sieci.

**Inne opłaty – takie jak:**

- a) opłaty związane z ilością lub wartością zamówionych towarów;
- b) opłaty związane z terminami lub sposobem płatności (np. opłaty za płatność w ustalonym terminie).

Z praktycznego punktu widzenia, podstawowym jest zróżnicowanie opłat ze względu na ich klasyfikację dla celów podatku VAT i formy prawnej dokonania efektywnego przysporzenia:

- a) rabaty (upusty) udzielone na fakturze sprzedaży;
- b) rabaty (upusty) udzielone po dokonaniu sprzedaży;
- c) opłaty (bonusy) za czynności niebędące dostawą towarów lub świadczeniem usług rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług;
- d) wynagrodzenie za usługi w rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług<sup>6</sup>.

Od sposobu klasyfikacji danej opłaty do poszczególnych kategorii zależeć będzie sposób jej dokumentowania i rozliczania dla celów podatku od towarów i usług.

Należy podkreślić, że w praktyce rozróżnienie pomiędzy usługą podlegającą opodatkowaniu jako odrębną czynnością podatkową, opłatą (bonusem) będącą poza zakresem podatku VAT a rabatem nie jest łatwe i w dużej części ma charakter umowny, zależny od woli stron. Znaczna część rodzajów współpracy między dostawcami a sieciami może być zdefiniowana bądź od strony zobowiązania do wykonania czynności (np. opłata za usługę publikacji w gazetce), bądź jako rabat (np. w związku z promocją w gazetce), bądź jako bonus za zwiększony zakup (np. w rozliczeniu udanej „promocji gazetkowej”).

W istocie jednak, z ekonomicznego punktu widzenia nie ma żadnego znaczenia, w jaki sposób dostawca realizuje przysporzenie na rzecz sieci – czy jest to rabat udzielony na fakturze sprzedaży, rabat udzielony po dokonaniu sprzedaży, opłata (bonus) za czynności niebędące świadczeniem usług czy wynagrodzenie za usługi.

## IV. Opłaty w praktyce

W celu zobrazowania mechanizmu działania opłat (rabatów) w praktyce, posłużmy się najprostszym przykładem kalkulacji cenowej.

**Umowa 1. Umowa wyłącznie w zakresie ceny**

Cena wyjściowa w negocjacjach (cennikowa)	10 zł
Uzgodniony rabat (bez warunków)	30%
<b>Cena zakupu – ostateczna</b>	<b>7 zł</b>

Taka kalkulacja odpowiada definicji umowy sprzedaży z art. 535 kc, gdzie jedynymi świadczeniami kupującego jest zapłata ceny i odbiór rzeczy, a korespondujące z nimi uprawnienia sprzedawcy dotyczą otrzymania zapłaty i wydania rzeczy.

<sup>6</sup> Art.7 i art. 8 ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r., Nr 177, poz 1054 ze zm.).

W najprostszej formie należałoby pominąć wysokość rabatu bezwarunkowego i uznać, że umowa sprzedaży (w zakresie ceny) wygląda w sposób następujący:

<b>Cena zakupu – ostateczna</b>	<b>7 zł</b>
---------------------------------	-------------

#### Umowa 2. Umowa połączona z ustaleniami w zakresie rabatów i opłat

Cena wyjściowa w negocjacjach (cennikowa)	10 zł
Rabat na fakturze (opłata) związany z zakupieniem 2 wariantów produktu	5%
Rabat na fakturze w przypadku składania zamówień wg zasady – nie mniej niż 20 pełnych palet towarów	5%
<b>Cena zakupu</b>	<b>9 zł</b>
Rabat udzielony po dokonaniu zakupu – co najmniej 10 000 sztuk	10%
<b>Skorygowana cena zakupu</b>	<b>8 zł</b>
Opłata za umieszczenie produktu w gazetce	3%
Opłata za dodatkową ekspozycję towaru przy kasach i plakaty promocyjne	7%
<b>Suma opłat</b>	<b>1 zł</b>
Suma rabatów i opłat	30%
<b>Cena zakupu – ostateczna</b>	<b>7 zł*</b>

\* W celu uproszczenia przykładu przyjęto sumaryczny sposób obliczenia rabatów i opłat, a za podstawę obliczenia w każdym przypadku – cenę wyjściową.

Takie ukształtowanie stosunków mieści się w granicach swobody umów (art. 353<sup>1</sup> kc), ale zgodnie z dominującą linią orzecznictwa sądowego, mogłoby prowadzić do wniosku, że umowa taka zawiera klauzule, które mogłyby być klasyfikowane jako czyny nieuczciwej konkurencji.

Analiza prawnicza przeprowadzona zgodnie z dominującą linią orzecznictwa prowadziłaby do konkluzji, iż pierwsza umowa jest zgodna z prawem i co do zasady jest korzystna dla dostawcy (o ile nie mamy do czynienia z wadami oświadczeń woli), a druga zaś zawiera krzywdzące dostawcę opłaty i rabaty w świetle art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk.

Konstatacja taka byłaby z punktu widzenia zarówno z ekonomicznego, jak i praktyki gospodarczej całkowicie fałszywa.

Oczywistym jest, że nie ma żadnego znaczenia czy dostawca obniży cenę poprzez udzielenie jednego rabatu bezwarunkowego (bez ustalenia jakiegokolwiek warunku), czy też wyrazi zgodę na kilka rodzajów rabatów, opłat itp.

Najprościej można powiedzieć: 7 zł = 7 zł.

Jeśli chcielibyśmy poszukiwać podstaw do analizy zasadności obniżenia ceny (udzielenia rabatu bezwarunkowego) należałoby bądź odwoływać się do takich koncepcji antymonopolowych, jak *refusal to access to essentials facilities* (lub szerszej *refusal to deal*), bądź poszukiwać uzasadnienia jakiejś koncepcji „ceny sprawiedliwej”. Oba podejścia wymagałyby dogłębnej analizy kosztów i wysokości marży obu stron transakcji, co jest zadaniem raczej dla organów władzy publicznej (urzędów regulacyjnych), a nie dla sądów cywilnych. Dopóki nie zostaną wprowadzone ceny

urzędowe lub inne normatywne ekonomiczne wskaźniki pomocne w definicji „ceny sprawiedliwej”, trudno zarzucić sieci handlowej niezgodność działania z prawem tylko dlatego, że obstaje przy ofercie zakupu pod warunkiem obniżenia ceny sprzedaży lub wprost odmawia zakupu towarów po cenie oferowanej przez sprzedającego.

Przede wszystkim należy jednak zwrócić uwagę, że druga umowa gwarantuje dostawcy określone świadczenia (zachowania) ze strony sieci, które są korzystne dla dostawcy:

- zakup większej ilości wariantów produktu zwiększa szansę na dodatkowy popyt konsumentów;
- zakup według określonych warunków logistycznych zmniejsza koszty obsługi dostaw (mniej dostaw, łatwiejszy załadunek itp.);
- rabat po dokonaniu zakupów na określonym poziomie zwiększa prawdopodobieństwo zrealizowania zakupów na ustalonym lub większym poziomie, co pomaga nie tylko zwiększyć zainteresowanie odbiorcy właściwą ekspozycją towaru, lecz także pozwala na lepsze planowanie produkcji;
- opłaty marketingowe za umieszczenie towaru w gazetce oraz w dodatkowym miejscu pomagają zwiększyć popyt konsumencki, a co za tym idzie zwiększają prawdopodobieństwo dodatkowych zamówień i jednocześnie promują markę producenta, nawet gdyby konsumenci nie dokonali zakupu w danym sklepie.

Aby lepiej zrozumieć, dlaczego umowy zawierające warunkowe rabaty i opłaty za zdefiniowane czynności (usługi) są korzystne dla dostawców, trzeba oderwać się od tradycyjnych cywilistycznych pojęć kupna-sprzedaży oraz pojęć kupującego i sprzedawcy. Nie ulega wątpliwości, że z prawnego punktu widzenia w łańcuchu dostaw mamy do czynienia z serią transakcji: wytwórca produktu sprzedaje do głównego dystrybutora, główny dystrybutor do mniejszego dystrybutora (hurtownika), mniejszy dystrybutor (hurtownik) do sklepu detalicznego, a dopiero sklep detaliczny zawiera umowę sprzedaży z konsumentem. W przypadku współpracy sieć handlowa–producent/dostawca łańcuch dostaw ulegnie skróceniu, ale mechanizm pozostanie podobny. Jednak niezależnie od ilości szczebli w łańcuchu dostaw, dla każdego działającego w tym łańcuchu podmiotu liczy się głównie sprzedaż pomiędzy detalistą a konsumentem. Z punktu widzenia strategii gospodarczej dostawca nie dostarcza produktów do sieci handlowej – dostawca dostarcza produkty konsumentowi. Produkty nie zaspokajają potrzeb sieci handlowej, lecz zaspokajają potrzeby konsumentów. Ta trywialna konstatacja jest konieczna, aby uznać, że z punktu widzenia dostawców sieci handlowe są (koniecznym) kanałem dotarcia do konsumenta. Z punktu widzenia sieci handlowej dostawcy to źródło produktów poszukiwanych przez konsumentów; oba podmioty działają jednak nie w interesie wzajemnego zaspokojenia własnych potrzeb, a w interesie zaspokojenia potrzeb konsumenta.

Należy zauważyć, że kampanie reklamowe produktów wprowadzonych na rynek przez dostawców są, w przytłaczającej większości, organizowane właśnie przez dostawców, a nie przez sieci handlowe. To dostawcy zlecają produkcje i emisje reklam telewizyjnych, radiowych, billboardowych itp., starając się stymulować popyt konsumencki. Jeśli przyjęlibyśmy prosty model transakcji dostawca–sieci, oparty na prawniczym rozumieniu umowy sprzedaży, to musielibyśmy uznać, że wszystkie reklamy produktów konsumenckich skierowane są do zarządów sieci handlowych. Tymczasem dostawcy nie sprzedają produktów konsumentom, a reklamy i akcje promocyjne realizowane są w czasie, gdy konsumenci nabywają produkty sprzedane już uprzednio sieciom

handlowym. Działając w ten sposób dostawcy (na całym świecie!) działają przede wszystkim w interesie własnym, mimo że w istocie promują towary stanowiące własność sieci handlowych.

Umowy zawierane między sieciami a dostawcami to nie proste umowy kupna-sprzedaży, gdzie wydanie towaru i zapłata ceny kończy relację między stronami. Umowy dostawca–sieci obrazują często skomplikowane długoletnie relacje handlowe, określające wiele aspektów współpracy.

Konieczność ustalania wynagrodzenia w zamian za czynności zmierzające do kreowania popytu konsumenckiego wynika z kilku podstawowych czynników:

- a) charakteru umów dostawca–sieci;
- b) obecności marek własnych sieci;
- c) masowości transakcji;
- d) zasad współpracy w zintegrowanych kanałach marketingowych.

### **Charakter umów dostawca–sieci**

Dostawcy dostarczając produkty pod własnymi markami, ponoszą zdecydowanie przeważający ciężar ryzyka sukcesu lub braku sukcesu danego towaru na rynku. Umowy z sieciami w zakresie sprzedaży marek nigdy nie nakładają (lub bardzo rzadko nakładają) na sieci jakiegokolwiek zobowiązania do nabycia określonej ilości towarów. Oznacza to, że sieci handlowe kupują tylko wtedy, kiedy kupują konsumenci. Brak popytu konsumenckiego to brak zamówień dla dostawców. Rozwiązanie takie nie jest niczym nadzwyczajnym – powoduje jednak, że dostawcy muszą starać się stymulować popyt konsumencki poprzez akcje promocyjne, dodatkowe ekspozycje, plakaty, gazetki itp. Jedynie popyt konsumentów zapewni kolejne zamówienia ze strony sieci.

Taka charakterystyka umów pomiędzy dostawcami a sieciami powoduje również zainteresowanie dostawców opłatami (rabatami) związanymi z ilością lub wartością zamówionych towarów. Tego typu rozwiązania motywują sieci do zrealizowania zamówień i jednocześnie do takiej sprzedaży, aby zakupiony towar „nie zalegał w magazynie”, lecz był odpowiednio wyeksponowany na półkach sieci handlowej.

### **Marki własne sieci handlowych**

Sieci handlowe to kontrahenci, ale również konkurenci dostawców. Sieci handlowe wprowadzają do obrotu nie tylko produkty markowe zakupione od dystrybutorów, lecz także tzw. marki własne, czyli produkty, których produkcję sieci zlecają na własne ryzyko i oznaczone znakami towarowymi, do których uprawnionymi są sieci handlowe. Dystrybutorom zależy więc na ustaleniu takich warunków z sieciami handlowymi, aby sposób sprzedaży ich produktów był z góry określony w celu zagwarantowania obecności ich produktów w ciągłej sprzedaży oraz odpowiednio wsparty promocyjnie na poziomie sklepu (gazetki, plakaty dodatkowe ekspozycje).

### **Masowość transakcji**

Umowy dostawca–sieci handlowe mają charter transakcji masowych; oznacza to, że w celu obniżenia kosztów wymagają szczegółowego planowania i precyzyjnej egzekucji tak po stronie sieci, jak i po stronie dostawców. Aby obniżyć koszty, dostawcy są zainteresowani jak najbardziej racjonalnym ułożeniem i utrzymaniem zasad współpracy w długim terminie. Dlatego też opłaty, rabaty itp. związane z efektywnością dostaw (np. minima logistyczne) są dla dostawców korzystne i służą obniżeniu kosztów.

## Zintegrowane kanały dystrybucji

Współpraca dostawcy–sieci handlowe odbywa się w ramach pionowych kanałów dystrybucji (kanałów marketingowych<sup>7</sup>), gdzie sieci są koniecznym elementem dotarcia do konsumentów. Dla dostawców kluczowym wskaźnikiem i podstawowym celem jest zwiększenie ilości towarów sprzedanych konsumentom, pomimo że sprzedaż odbywa się pomiędzy konsumentami a sieciami handlowymi.

Różnego typu opłaty, rabaty, upusty, za którymi idą realne zobowiązania do wykonania usług, zrealizowania czynności lub osiągnięcia określonych obrotów przez sieci są więc dla dostawców z reguły korzystne. Okoliczność czy opłaty, rabaty, upusty itp. są uiszczane (pobierane) jako obniżenie ceny sprzedaży, czy też po dokonaniu sprzedaży towaru nie ma jakiegokolwiek znaczenia. Pod jednym warunkiem, że wysokość opłat, rabatów, upustów jest znana stronom w chwili zawierania umowy (lub zmiana dokonana jest za obopólną zgodą), a umowa jest przez strony realizowana w sposób właściwy.

## V. „Potrójna cena netto” (*triple net price*)

Większość sieci handlowych i dużych dostawców przyjmuje u podstaw metod kalkulacji dochodowości sprzedaży tzw. *triple net price model*<sup>8</sup> (model potrójnej ceny netto).

### Kalkulacja sieci handlowej:

A. <b>Cena detaliczna</b>	
– ( <i>minus</i> ) koszt nabycia według ceny na fakturze	
<b>B. Marża brutto ze sprzedaży (<i>consumer margin</i>)</b>	1 NET
+ ( <i>plus</i> ) rabaty, upusty promocyjne i potransakcyjne	
<b>C. Marża brutto skorygowana (<i>back margin</i>)</b>	2 NET
+ ( <i>plus</i> ) wynagrodzenia i opłaty ( <i>back margin</i> ), klasyfikowane jako inne dochody z działalności	
<b>WYNIK = Dochody z działalności</b>	3 NET

Podobnie dochodowość współpracy z sieciami postrzegają dostawcy.

### Kalkulacja dostawcy:

A. <b>Cena cennikowa</b>	
– ( <i>minus</i> ) rabaty, upusty cenowe	
<b>B. Cena na fakturze</b>	1 NET
– ( <i>minus</i> ) rabaty, upusty, opłaty oraz wynagrodzenia promocyjne i potransakcyjne	
<b>C. Cena ostateczna</b>	2 NET
– ( <i>minus</i> ) wynagrodzenia i opłaty	
<b>WYNIK = Przychód (dochód) ze sprzedaży</b>	3 NET

<sup>7</sup> Kanały marketingowe są to zbiory wzajemnie powiązanych organizacji uczestniczących w procesie dostarczania produktu lub usługi do konsumpcji lub użytku. Tak np. L.W. Sren, A.I. El-Ansary, A.T. Coughlan, *Kanały marketingowe*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002, s. 17 i n.

<sup>8</sup> Model ten może być prezentowany w różnych wariantach i z nieco odmiennym nazewnictwem. W niniejszym artykule przyjęto słownictwo i sposób prezentacji tak, aby jak prościej zaprezentować ten model Czytelnikom przywykłym do nazewnictwa przyjętego w Polsce. Ten podstawowy model w praktyce gospodarczej bywa znacznie bardziej skomplikowany lub wręcz został wyparty przez bardziej skomplikowane metody oceny dochodowości; dla celów niniejszej analizy pozostaje jednak bardzo przydatny.



Podobnie jak sieć handlowa, dostawcy nie kalkulują swojej dochodowości wyłącznie w oparciu o ceny na fakturze, lecz biorą pod uwagę całość przepływów finansowych z sieciami handlowymi.

Pewne różnice mogą wiązać się ze sposobem prezentacji wyników, w szczególności z ustaleniem czy opłaty poniesione na rzecz sieci handlowych będą klasyfikowane jako obniżenie przychodów netto ze sprzedaży produktów, czy też będą stanowić koszty, a jeśli tak, to w jaki sposób zostaną wykazane (bezpośrednie koszty sprzedaży, koszty marketingu itp.). Rozróżnienie takie ma jedynie charakter księgowy i prezentacyjny, ale nie wpływa na podstawy ekonomiczne kalkulacji dochodowości sieci i dostawców.

## VI. Nieuczciwe praktyki handlowe

Powyższe rozważania stanowią argument przeciwko uproszczonej interpretacji pojęcia „utrudnianie innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku poprzez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży”. Nie sposób jednak zaprzeczyć, że na rynku to po stronie sieci występują działania, które można uznać za delikty nieuczciwej konkurencji. Wydaje się jednak, że bardziej adekwatne byłoby tu posługiwanie się przyjętym w Europie Zachodniej pojęciem „nieuczciwe praktyki handlowe” (*unfair commercial practices*), któremu odpowiadałoby, na gruncie uznk, ogólne pojęcie „czynności sprzecznych z dobrymi obyczajami, które zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy”).

Aby ocenić czy dany rabat, opłata, wynagrodzenie, bonus itp. stanowią świadczenie uzasadnione ekonomicznie, czy też nieuczciwe praktyki handlowe, należałoby odwołać się do takich pojęć, jak „pewność obrotu” i „swoboda umów” oraz dokonać analizy stanu faktycznego sprawy z uwzględnieniem stosunków gospodarczych.

Ustalenie czy opłata jest uzasadniona, czy też stanowi nieuczciwą praktykę handlową wymagałoby najpierw odpowiedzi na dwa podstawowe pytania:

- 1) **czy opłata została zawarta w umowie początkowej i czy umowa ta w sposób jasny precyzuje obowiązek zapłaty i sposób kalkulacji opłat;**
- 2) **czy ewentualna zmiana umowy początkowej została dokonana w drodze oświadczenia woli obu stron, czy też żądanie (potrącenie) opłaty stanowiło jednostronną czynność faktyczną ze strony sieci?**

W przypadku uzgodnienia opłat w umowie początkowej (lub w drodze późniejszej zmiany umowy zgodnie z wolą obu stron) w żadnym razie nie można mówić o czynie nieuczciwej konkurencji (chyba że mamy do czynienia z wadami oświadczenia woli lub szczególnymi okolicznościami, które np. dawałyby możliwość zastosowania klauzuli generalnej z art. 3 uznk). W przypadku ustalenia opłat, rabatów w umowie początkowej poszukiwanie ekwiwalentności na poziomie poszczególnych opłat lub rabatów również nie ma sensu. Liczy się całościowa kalkulacja dokonana przez sieci i dostawców zgodnie z przedstawioną powyżej zasadą „potrójnej ceny netto”.

Ponadto, w każdej sprawie ważne byłoby ustalenie **czy umowa zawierająca podobne warunki była wykonywana przez dostawcę i sieć handlową w dłuższym terminie?**

Pozytywna odpowiedź na te pytania oznacza, że dostawca dokonał kalkulacji zgodnie z zasadą „potrójnej ceny netto” i uznał, że transakcja jest opłacalna.

W każdej sytuacji za nieuczciwą praktykę rynkową mogłyby być uznane działania (którejkolwiek ze stron), którym towarzyszą groźby zerwania umowy w sposób sprzeczny z prawem, groźby wstrzymania zamówień lub dostaw z zamiarem wyrządzenia szkody itp.

Podobny sposób rozumienia proponuje Komisja Europejska w Zielonej księdze z 31 stycznia 2013 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między przedsiębiorstwami<sup>9</sup>.

Komisja Europejska uznaje mianowicie, że nieuczciwe praktyki handlowe mogą mieć miejsce w takich sytuacjach, jak:

- a) wieloznaczność warunków umownych;
- b) braku pisemnej umowy;
- c) zmiany umowy z mocą wsteczną;
- d) nieuczciwego przeniesienia ryzyka handlowego.

Jednocześnie Komisja Europejska dostrzega zagadnienie pobierania opłat innych niż marża handlowa, ale uznaje te opłaty (nazywane przez Komisję, zgodnie z terminologią przyjętą w Europie Zachodniej, w tym głównie we Francji, „odwórconą marżą”) za nieuczciwe praktyki handlowe tylko w szczególnych sytuacjach. W ocenie Komisji „model oparty na pobieraniu opłat (odwróconej marży) stanowi element modelu biznesowego wielu współczesnych detalistów – polega on na łączeniu zakupów towarów z pewnymi dodatkowymi usługami, które detalista świadczy za opłatą na rzecz swoich dostawców (np. opłaty promocyjne i transportowe, usługi związane z wykorzystaniem przestrzeni na półkach sklepowych). Tego rodzaju praktyki są w większości przypadków zgodne z prawem. W pewnych okolicznościach mogą być jednak również niewspółmierne i nieuczciwe [pokręślenie autora]. W niektórych państwach członkowskich UE (np. we Francji) sądy orzekają, że opłaty za przyjęcie towarów do sprzedaży można uznać za zgodne z prawem tylko wówczas, gdy wiążą się z faktycznymi usługami, są proporcjonalne oraz są pobierane w przejrzysty sposób”<sup>10</sup>.

## VII. Skutki dominującej linii orzecnictwa dla praktyki gospodarczej

W obecnej sytuacji – z punktu widzenia zarówno sieci handlowych, jak i dostawców – dominujący w orzecznictwie sposób interpretacji art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk prowadzi do szeregu negatywnych konsekwencji.

Po pierwsze, rozszerzająca wykładnia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, powoduje istotną niepewność prawną po obu stronach transakcji. Pojęcie tzw. opłat półkowych z zasadniczo jasnego zakresu (opłaty za przyjęcie towarów do sprzedaży) rozciągnięte zostało w drodze orzecznictwa na wiele przejawów realizowania świadczeń między stronami; w konsekwencji żadna ze stron nie może być pewna czy dany sposób rozliczania (z wyjątkiem ustalenia wyłącznie ceny) nie zostanie uznany za sprzeczny z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk.

Po drugie, przyjęta metoda interpretacji osłabia pozycję dostawców, gdyż w zamian za opłaty, rabaty, bonusy itp. racjonalnie działający przedsiębiorcy nie są w stanie uzyskać korzyści wynikających ze sposobu realizowanych zamówień (np. rabaty logistyczne), szerszego zakresu

<sup>9</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52013DC0037:PL:NOT>

<sup>10</sup> Zielona księga w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych, Bruksela, dnia 31.1.2013 r. COM(2013) 36 final, s. 52.

sprzedawanych produktów (np. rabaty asortymentowe), zwiększonego popytu konsumenckiego (np. opłaty marketingowe, opłaty za umieszczenie towarów w gazetce).

Po trzecie, w wyniku rozszerzającej interpretacji wzmocniona zostaje siła negocjacyjna sieci handlowych, które z powołaniem się na art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, żądają od dostawców dostaw na zasadach „potrójnej ceny netto” (bez jakichkolwiek świadczeń/zachowań ustalonych przy udzieleniu rabatów, upustów, opłat), oczywiście z zachowaniem ostatecznej ceny („potrójnej ceny netto”) na dotychczasowym poziomie.

Po czwarte, przyjęta metoda interpretacji niweczy zaufanie w kanałach marketingowych i przyczynia się do zmniejszenia zaangażowania podmiotów na poszczególnych szczeblach obrotu w generowanie popytu konsumenckiego. Jak już była o tym mowa, z teoretycznego punktu widzenia dostawcy i sieci handlowe tworzą kanał marketingowy w procesie dostarczania produktu od producenta do konsumentów. Skuteczność działania kanału zależy w dużej mierze od stopnia zaufania i skłonności uczestników kanału do długoterminowej współpracy z korzyścią dla wszystkich stron. Ważne jest, aby podmioty działające w danym kanale marketingowym miały zbieżne cele ekonomiczne. Wszelkiego rodzaju opłaty, bonusy, opłaty (z pominięciem świadczeń stanowiących oczywiste nieuczciwe praktyki handlowe) są formą (targowaniem się) w celu osiągnięcia kompromisu przy realizacji celów gospodarczych (np. obniżenie ceny i opłata za umieszczenie towaru w gazetce za dodatkowe zamówienia)<sup>11</sup>.

Po piąte, niejasności co do prawa i koncentrowanie się w orzecznictwie na formalnych aspektach opłat bez analizy ekonomicznej przyczynia się do wzmocnienia tendencji oportunistycznych i dążenia do krótkoterminowego (jednorazowego) zysku. Negatywnie bowiem należy ocenić sytuację, gdy dany dostawca przez dłuższy czas realizuje dostawy do sieci, godząc się na ponoszenie opłat na podstawie analizy ogólnej opłacalności dostaw (zgodnie z zasadą „potrójnej ceny netto”), a następnie po zakończeniu współpracy on sam (albo częściej jego następcą prawny) żąda zwrotu opłat.

Jedynym pozytywnym efektem stosowania obecnie dominującej linii orzecznictwa mogłaby być ochrona najmniejszych dostawców, którzy ze względu na bardzo ograniczone zasoby i możliwości prowadzenia polityki handlowej nie są w stanie prowadzić żadnych innych działań handlowych poza ustaleniem ceny sprzedaży. Być może *de lege ferenda* należałoby rozważyć zastosowanie szczególnych zasad ochrony w stosunku do małych i średnich przedsiębiorstw.

Przyjęta dominująca linia orzecznictwa w zakresie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, choć zapewne miała zmierzać do ochrony wszystkich dostawców, ze względu na stale rozszerzający się zakres pojęcia tzw. opłat półkowych powoduje w istocie skutki odwrotne do zamierzonych. Obecnie dominująca interpretacja doprowadziła do istotnych dysfunkcji w relacjach sieci–dostawcy i w istocie osłabia pozycję racjonalnie działających dostawców, których model biznesowy skierowany jest na długoterminową współpracę i integrację kanałów marketingowych. W konsekwencji interpretacja ta godzi w dobrobyt konsumentów (*consumer welfare*)<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> W. Sren, A.I. El-Ansary, A.T. Coughlan, *Kanały marketingowe...*, s. 368 i n.

<sup>12</sup> Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie wskazuje żadnego kryterium ekonomicznego, którym należałoby się kierować przy wykładni lub ocenie skutków stosowania przepisów ustawy. Niemniej jednak ze względu na zbliżony zakres ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i systemu ochrony konkurencji i konsumentów, wydaje się zasadne, aby podstawowe kryterium ekonomiczne stosowane w prawie ochrony konkurencji i konsumentów (dobrobyt konsumentów – *consumer welfare*) znalazło również zastosowanie w analizie skutków stosowania przepisów uznk.

## VIII. Rzeczywiste zagrożenia dla prawidłowego działania rynku na szczeblu dostawca–sieci

Należy zwrócić uwagę, że zagadnienie nieuczciwych praktyk rynkowych zostało rozpoznane i jest z różnym skutkiem poddane regulacji w wielu państwach członkowskich Unii Europejskich. Wydaje się, że pobieranie tzw. opłat półkowych i inne działania określane jako nieuczciwe praktyki rynkowe są jedynie objawem głębszego zjawiska, jakim jest rosnąca siła rynkowa sieci handlowych. Siła rynkowa sieci handlowych jest zjawiskiem obiektywnym, wynikającym z długoterminowych trendów ekonomicznych oraz postępującej konsolidacji na rynku detalicznym. Wiele różnych czynników społeczno-ekonomicznych (takich jak malejąca siła marek produktów, a wzrastająca rola marek sieci handlowych, imitowanie produktów markowych przez sieci handlowe, rozwój międzynarodowego handlu detalicznego itp.), doprowadziło do powstania sieci handlowych dysponujących bardzo dużą siłą rynkową, wynikającą nie tyle z tradycyjnie rozumianej wielkości udziałów rynkowych, ile ze struktury rynku (bariery wejścia i ekspansji) oraz szczególnego usytuowania sieci rynkowych w łańcuchu dostaw.

## IX. Podsumowanie

Prawidłowa analiza zaawansowanych działań rynkowych jest zawsze zadaniem trudnym. Konieczne jest analizowanie poszczególnych działań w ich aspekcie ekonomicznym z uwzględnieniem realiów gospodarczych. Te same działania, w zależności od kontekstu ekonomicznego, mogą stanowić działanie zgodne z prawem i być działaniami uczciwymi, a w innych okolicznościach mogą być działaniami sprzecznymi z dobrymi obyczajami. Stosowanie prawa w stosunkach gospodarczych, w oderwaniu od analizy ekonomicznej i analizy praktyki gospodarczej może prowadzić do skutków odwrotnych do zamierzonych.