

Agata Jurkowska-Gomułka*

Prezes UOKiK jako organ właściwy w sprawach praktyk nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej – uwagi krytyczne

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Model stosowania narzędzi przeciwdziałania nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej z perspektywy instytucjonalnej
 1. Przedmiot regulacji ustawowej – przedmiot interwencji
 2. Postępowanie w sprawach nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej przed Prezesem UOKiK
 - 2.1. Przebieg postępowania
 - 2.2. Zakończenie postępowania
 - 2.3. Odwołania od decyzji Prezesa UOKiK
 3. Sankcje za naruszenie zakazu praktyk nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej nakładane przez Prezesa UOKiK
 4. Rola Agencji Rynku Rolnego w przeciwdziałaniu praktykom nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej – dualny model egzekwowania zakazów?
- III. Czy interes publiczny chroniony przez ustawę o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej odpowiada interesowi publicznemu w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów?
- IV. Uwagi końcowe

Streszczenie

Artykuł analizuje postanowienia ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej z perspektywy instytucjonalnej. Artykuł zawiera zestawienie argumentów przemawiających za tym, że przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie, polegające na przydzieleniu Prezesowi UOKiK roli organu odpowiedzialnego za wdrażanie ustawy, należy uznać za całkowicie chybione. Punktem odniesienia dla prowadzonych rozważań są postanowienia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Autorka postuluje powierzenie kompetencji do przeciwdziałania nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej wyspecjalizowanemu organowi administracji sektora rolnego.

Słowa kluczowe: interes publiczny; interes prywatny; organ administracji; przewaga kontraktowa; sektor rolno-spożywczy.

JEL: K20

* Doktor habilitowany nauk prawnych; profesor Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie; of-counsel w kancelarii Modzelewska&Paśnik w Warszawie; e-mail: agathajur@o2.pl. Autorka dziękuje mec. Małgorzacie Modzelewskiej de Raad, r.pr. Ewelinie Majcher i mec. Maciejowi Sysce z kancelarii Modzelewska&Paśnik za inspirujące dyskusje dotyczące omawianej ustawy.

I. Wprowadzenie

W dniu 30 grudnia 2016 r. po złożeniu podpisu przez Prezydenta RP zakończył się długotrwały proces uchwalania ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi¹. Choć ustawa przyjęta została ostatecznie przez Sejm i Senat VIII kadencji, to jej projekt (nieco różniący się od finalnej wersji) był już procedowany w toku prac sejmowych poprzedniej kadencji. Jak niemal większość ustaw o charakterze sektorowym, przyjęta regulacja budzi wiele kontrowersji wzmocnionych jeszcze stosunkowo wrażliwym, strategicznym charakterem działu gospodarki, którego ustawa dotyczy (obrót produktami rolnymi i spożywczymi). Już w pierwszym akapicie uzasadnienia projektu ustawy znalazł się komentarz, że „Ten obszar aktywności gospodarczej wiąże się bezpośrednio z bezpieczeństwem żywnościowym kraju przez co ma również wymiar społeczny”² (pisownia oryginalna). Nie tylko jednak sam przedmiot i zakres regulacji są źródłem kontrowersji. Autentyczne zdziwienie może budzić ukształtowany przez ustawodawcę model egzekwowania przyjętych w ustawie rozstrzygnięć i powierzenie zdecydowanej większości narzędzi interwencyjnych przewidzianych w ustawie stosowaniu przez organ ochrony konkurencji, tj. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK).

W niniejszym artykule przedstawione zostaną argumenty wskazujące na to, że przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie, polegające na przydzieleniu Prezesowi UOKiK roli organu odpowiedzialnego za wdrażanie ustawy, trzeba uznać za całkowicie chybione. Już na wstępie należy zastrzec, że sam fakt „doposażenia” monokratycznego organu zajmującego się kluczowymi dla prawidłowego funkcjonowania gospodarki kwestiami ochrony konkurencji oraz niezwykle rozległym, a ważkim dla obywateli, obszarem ochrony konsumentów można uznać za najmniej znaczący (jeśli chodzi o ciężar gatunkowy) argument potwierdzający nietrafność rozstrzygnięć nowo przyjętej ustawy. Prezentowane zestawienie nie ma charakteru wyczerpującego, stanowi ono wynik wstępnych refleksji po zetknięciu się z nową regulacją, okazało się jednak na tyle interesujące, by w przyszłości stać się przedmiotem głębszych studiów.

II. Model stosowania narzędzi przeciwdziałania nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej z perspektywy instytucjonalnej

1. Przedmiot regulacji ustawowej – przedmiot interwencji

Celem omawianej ustawy, zdefiniowanym w art. 1, jest określenie zasad i trybu przeciwdziałania nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej przez nabywców produktów rolnych lub spożywczych lub dostawców tych produktów. Zakres zastosowania przepisów ustawy ograniczony jest przez kryterium łącznej rocznej wartości obrotów między stronami kontraktu odnoszonej do 2 lat poprzedzających rok wszczęcia postępowania przewidzianego w ustawie. W przypadku przedsiębiorców działających na rynku indywidualnie (tj. poza grupą kapitałową) próg obrotu ustanowiono na poziomie 50 000 PLN, natomiast w przypadku przedsiębiorców stanowiących część grupy kapitałowej kryterium obrotowe na poziomie 100 000 000 PLN stosowane jest wobec

¹ Ustawa z 15.12.2016 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (Dz.U. 2017, poz. 67); dalej: upnwpk.

² Uzasadnienie, s. 1. Dostępne pod adresem: <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=790> (12.01.2017).

obrotów całej grupy (art. 2 pkt 1 i 2 upnwpk). Niewygórowana wysokość tych progów będzie determinować intensywność interwencji Prezesa UOKiK na podstawie upnwpk – im niższy bowiem próg obrotowy, tym większa liczba potencjalnie nieuczciwych praktyk wymagających „ścigania” w świetle omawianej ustawy.

Zakaz stosowania nieuczciwych praktyk wykorzystujących przewagę kontraktową w łańcuchu dostaw produktów rolno-spożywczych z art. 6 upnwpk skonstruowany jest na wzór zakazów praktyk ograniczających konkurencję zawartych w art. 6 (zakaz porozumień ograniczających konkurencję) i art. 9 (zakaz nadużywania pozycji dominującej) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów³. Interwencja Prezesa UOKiK w sprawach nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej będzie następować zatem *ex post*. Zakaz ma charakter klauzuli generalnej, której rozwinięcie stanowi art. 7 ust. 1 upnwpk wyjaśniający pojęcie przewagi kontraktowej (jako sytuacji, na którą składają się dwa elementy: brak wystarczających i faktycznych możliwości zbycia/nabycia produktu oraz znaczna dysproporcja w potencjale ekonomicznym dostawcy i nabywcy) oraz art. 7 ust. 2 upnwpk definiujący nieuczciwość jako sprzeczność z dobrymi obyczajami (ale tylko taką sprzeczność, która zagraża istotnemu interesowi drugiej strony lub taki interes narusza). Art. 7 ust. 3 upnwpk zawiera otwarty katalog praktyk uznanych przez ustawodawcę za najbardziej reprezentatywne nieuczciwe wykorzystanie przewagi kontraktowej. Ocena praktyk zakazanych przez ustawę będzie musiała uwzględniać również postanowienia rozporządzenia Ministra Rolnictwa (jeśli minister wykona delegację z art. 38q ust. 4 ustawy o Agencji Rynku Rolnego i organizacji niektórych rynków rolnych⁴ w brzmieniu nadanym przez art. 41 ust. 3 lit. b upnwpk). Minister określi minimalny okres obowiązywania umowy i minimalny okres realizacji dostaw od zawarcia umowy do realizacji ustawy.

2. Postępowanie w sprawach nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej przed Prezesem UOKiK

2.1. Przebieg postępowania

Za organ właściwy w sprawach praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową w art. 8 upnwpk uznany został Prezes UOKiK. W toku prac rządowych i parlamentarnych nad regulacją nie pojawiła się żadna odmienna koncepcja co do powierzenia kompetencji objętych ustawą innemu organowi.

Regulacje poświęcone postępowaniu w sprawach praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową zawarte w rozdziale 3 upnwpk (art. 8–32) stanowią niemal wierną kopię wielu przepisów proceduralnych ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie postępowań w sprawach praktyk ograniczających konkurencję. Jeśli przyjąć za słuszny pogląd, że postępowanie przed Prezesem UOKiK regulowane w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów ma charakter szczególnego postępowania administracyjnego, to analogicznie pogląd taki należałoby odnosić również do postępowania przed Prezesem UOKiK regulowanego przez upnwpk, choć podobieństwo procedur przewidzianych w obydwu wzmiankowanych ustawach skłania również do wniosku, że postępowanie z upnwpk jest jedynie pewną modalnością postępowania regulowanego w uokik. Akceptacji tego ostatniego poglądu może jednak sprzeciwiać się fakt, że upnwpk nie

³ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2017, poz. 229); dalej: uokik.

⁴ Ustawa z 11.03.2004 r. o Agencji Rynku Rolnego i organizacji niektórych rynków rolnych (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 401); dalej: uARR.

zawiera ogólnego odesłania do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, odsyła jedynie do konkretnych jej przepisów. Wyklucza to również, moim zdaniem, możliwość stosowania w postępowaniach w sprawach nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej „miękkiego prawa” wypracowanego, nawet w przypadkach, gdyby było to ze wszech miar uzasadnione (np. wyjaśnienia z 2015 r. dotyczące przedstawiania szczegółowego uzasadnienia zarzutów w postępowaniach w sprawach: 1) praktyk ograniczających konkurencję; 2) praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów; 3) nakładania kar pieniężnych za naruszenie przepisów ustawy⁵). Ustawa – tak jak uokik – zawiera odesłania do k.p.a. – w sprawach nieuregulowanych (art. 24 ust. 1 upnwpk) i do k.p.c. – w sprawach dotyczących dowodów (art. 24 ust. 2 upnwpk).

Postępowanie w sprawach praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową, tak jak w przypadku praktyk ograniczających konkurencję, wszczynane jest wyłącznie z urzędu (art. 9 ust. 1 upnwpk), może być poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym (art. 9 ust. 2 upnwpk). Z katalogu celów szczegółowych postępowania wyjaśniającego wskazanych w art. 48 ust. 2 uokik ustawodawca przejął do ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej jedynie odpowiednik art. 48 ust. 2 pkt 1 uokik, tj. wstępne ustalenie czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania (art. 10 ust. 2 upnwpk). Moim zdaniem zasadne byłoby wskazanie w upnwpk wprost możliwości wszczęcia postępowania wyjaśniającego będącego odpowiednikiem badania rynku (obejmującego określenie jego struktury i stopnia koncentracji) przewidzianego w art. 48 ust. 2 pkt 3 uokik, czyli badania mającego na celu badanie rynku pod kątem istnienia „wystarczających i faktycznych możliwości zbycia lub nabycia produktów rolno-spożywczych”. Można co prawda uznać, że przesłanka wystarczających i faktycznych możliwości zbycia lub nabycia produktów i tak będzie badana przez Prezesa UOKiK w ramach „wstępnego ustalenia”, że mogło dojść do naruszenia przepisów ustawy (wszak stanowi ona jeden z elementów przewagi kontraktowej), można także stwierdzić, że nie ma przeszkód do prowadzenia postępowania wyjaśniającego w takim celu, skoro katalog celów tego postępowania nie ma charakteru wyczerpującego, jednak uzupełnienie ustawy o przepis będący – z zachowaniem specyfiki praktyk nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej – byłoby, w moim przekonaniu, czytelnym sygnałem, że istotą interwencji Prezesa UOKiK jest prawidłowe funkcjonowanie całego rynku dostaw i zakupów, a nie jedynie indywidualne relacje konkretnych dostawców i nabywców. Inaczej mówiąc, wskazanie takiego szczegółowego celu postępowania wyjaśniającego w pewnym sensie „objektywizowałoby” działalność Prezesa UOKiK w obszarze praktyk nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej.

Informacje o naruszeniu zakazu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej Prezes UOKiK może zaczerpnąć z zawiadomienia – zasady jego składania, jego treść oraz zasady postępowania organu z zawiadomieniem wskazane w art. 11 upnwpk są co do zasady tożsame z tymi określonymi w art. 86 uokik. Niestety, do upnwpk przeniesiona została również regulacja z art. 86 ust. 4 uokik, mimo że niedostatecznie zabezpiecza ona interesy zawiadamiających. Różnicą między zawiadomieniami kierowanymi do Prezesa UOKiK na podstawie upnwpk i uokik jest jednak to, że w przypadku pierwszej z ustaw, zawiadomienie może złożyć wyłącznie przedsiębiorca dotknięty zakazaną praktyką (art. 11 ust. 1 upnwpk), natomiast w świetle art. 86 ust. 1 uokik – każdy (także np. konsument). Oczywiście, biorąc pod uwagę przedmiot regulacji upnwpk ograniczenie zakresu

⁵ Wyjaśnienia dostępne pod adresem: https://uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytuczne.php (12.01.2017).

uprawnionych do złożenia zawiadomienia do „poszkodowanego” przedsiębiorcy jest właściwe, jednak pogłębia ono przekonanie, że oto organ administracji publicznej będzie ingerował w relacje między indywidualnymi podmiotami, niejako „na zlecenie” przedsiębiorcy. Uwzględnienie interesu publicznego w omawianej ustawie mogłoby polegać choćby na dopuszczeniu złożenia zawiadomienia o nieuczciwym wykorzystaniu przewagi kontraktowej przez organizacje przedsiębiorców, zwłaszcza że również na gruncie upnwpk zawiadomienie nie ma charakteru wiążącego. Logiczną konsekwencją przyznania uprawnienia do złożenia zawiadomienia tylko jednej kategorii podmiotów – przedsiębiorcom dotkniętym zakazanymi praktykami – powinno być także przyznanie takiemu zawiadamiającemu uprawnień strony (lub quasi-strony) w postępowaniu wszczętym przed Prezesem UOKiK, szczególnie że definiując zakazaną na gruncie omawianej regulacji praktykę ustawodawca w art. 7 ust. 2 upnwpk posługuje się pojęciem drugiej strony, wyraźnie „indywidualizując” w ten sposób niedozwolony wymiar (kontekst) praktyki. Ustawodawca jednak tak mocno przywiązał się do koncepcji przeniesienia na grunt upnwpk modelu postępowania z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, że nie zdecydował się na taką zmianę, choć – ze względu na przedmiot regulacji i cel interwencji – byłaby ona ze wszech miar uzasadniona.

Do ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej przeniesiono – w zasadzie bez modyfikacji – także inne przepisy proceduralne ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym te dotyczące wystąpienia Prezesa UOKiK do przedsiębiorcy (bez wszczęcia postępowania) w sprawach praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową (art. 12 upnwpk stanowi odpowiednik art. 49a uokik, odsyłając zresztą do tego przepisu); statusu strony postępowania i wszczęcia postępowania w drodze postanowienia (art. 13 upnwpk) czy żądania informacji od przedsiębiorców (art. 14 upnwpk). Art. 15 bezpośrednio odsyła do wybranych przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczących: środków dowodowych (art. 51–61 uokik); ograniczenia prawa wglądu do materiału dowodowego (art. 69 uokik); ochrony tajemnicy przedsiębiorcy (art. 71–73 uokik, upnwpk nie przewiduje natomiast odpowiednika art. 70 uokik regulującego zasady udostępniania informacji i dowodów uzyskanych w toku postępowania przed Prezesem UOKiK); uwzględniania w decyzji kończącej postępowanie jedynie zarzutów, do których strony mogły się ustosunkować (art. 74 uokik); zasad zwrotu kosztów postępowania w określonych sytuacjach (art. 78 i 80 uokik). Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi konkurencyjnej wyposaża także Prezesa UOKiK w uprawnienia do kontroli każdego przedsiębiorcy w kształcie przewidzianym w art. 105a–105k uokik, częściowo powtarzając treść przepisów z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (por. art. 16–19 upnwpk), a częściowo odsyłając do odpowiedniego stosowania przepisów uokik (art. 20 upnwpk w odniesieniu do art. 105f–105h, art. 105j i art. 105k). Uprawnienie do kontroli przedsiębiorców jest uprawnieniem o silnie ingerencyjnym charakterze, uzasadnione wątpliwości może budzić wykorzystanie tego instrumentu do interwencji w sprawach praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową, których publiczny wymiar nie będzie jednak w wielu przypadkach oczywisty. Podobnie jak ma to miejsce w art. 105m uokik, w art. 22 upnwpk przewidziana jest możliwość wniesienia zażalenia na czynności kontrolne do sądu ochrony konkurencji i konsumentów.

2.2. Zakończenie postępowania

Postępowanie w sprawie praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową może zakończyć się wydaniem jednej z trzech decyzji: 1) decyzji stwierdzającej naruszenie zakazu (i ewentualnie nakazującej zaniechanie naruszenia), regulowanej w art. 26 upnwpk, a stanowiącej odpowiednik decyzji, o której mowa w art. 10 ust. 1–3 uokik; 2) tzw. decyzji zobowiązującej, regulowanej w art. 27 upnwpk, odpowiadającej decyzji, o której mowa w art. 12 uokik; 3) decyzji umarzającej postępowanie jako bezprzedmiotowe (w przypadku niestwierdzenia naruszenia zakazu) na mocy art. 105 KPA. W porównaniu z możliwymi zakończeniami postępowania antymonopolowego ustawodawca słusznie zrezygnował z możliwości nakładania na przedsiębiorców tzw. środków zaradczych, przewidzianych w art. 10 ust. 4–9 uokik, nie ma możliwości dobrowolnego poddania się karze (powszechnie uznawanego za rodzaj ugody), regulowanego w art. 89a uokik, generalnie jednak katalog decyzji, którymi Prezes UOKiK będzie operował w sprawach praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę konkurencyjną, jest zasadniczo zbieżny z katalogiem przewidzianym dla naruszeń zakazów praktyk ograniczających konkurencję. Pewne zdumienie może budzić fakt włączenia do tego katalogu decyzji zobowiązujących, które mogą być wydawane w sytuacji **uprawdopodobnienia** [podkr. – AJG] naruszenia zakazu. Nie jest dla mnie jasnym, jakie elementy koncepcji zakazu praktyk nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej mogłyby podlegać uprawdopodobnieniu. O ile bowiem uprawdopodobnieniu mogą podlegać fakty (a za fakt należy uznać np. ograniczenie konkurencji w przypadku praktyk ograniczających konkurencję), o tyle uprawdopodobnieniu raczej trudno będzie poddać nieuczciwość, odnoszoną przecież do zindywidualizowanych konkretnych relacji, czy też sprzeczność z dobrymi obyczajami. W przypadku praktyk ograniczających konkurencję za uprawdopodobnione uznaje się często praktyki, które wielokrotnie w przeszłości zostały uznane za ograniczające konkurencję (np. ustalanie cen sztywnych lub minimalnych w porozumieniach wertykalnych) – zastosowanie mechanizmu uprawdopodobnienia wynika często stąd, że tożsame (do rozpatrywanego) zachowanie negatywnie wpływało na konkurencję, przy czym ograniczenie (względnie brak ograniczenia konkurencji) ma charakter obiektywny. Jak uprawdopodobnienie miałoby wyglądać w przypadku praktyk nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej? W odniesieniu do tych praktyk trudno mówić o obiektywizmie, skoro ich istotą jest **subiektywne** [podkr. – AJG] ukształtowanie relacji między dwoma konkretnymi przedsiębiorcami: nieuczciwość definiowana jest w art. 7 ust. 2 upnwpk jako (obok sprzeczności z dobrymi obyczajami) naruszenie lub zagrożenie (istotnego) interesu indywidualnego przedsiębiorcy.

2.3. Odwołania od decyzji Prezesa UOKiK

Kwestie odwołań od decyzji Prezesa UOKiK w sprawach praktyk nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej uregulowane są przez art. 28 i art. 29 upnwpk (odsyłający do konkretnych przepisów uokik) w sposób identyczny z odwołaniami od decyzji w innych postępowaniach prowadzonych przez Prezesa UOKiK na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Organem właściwym do orzekania w sprawie odwołań od decyzji Prezesa UOKiK w sprawie nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej stał się Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

3. Sankcje za naruszenie zakazu praktyk nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej nakładane przez Prezesa UOKiK

Sankcją za naruszenie zakazu praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową jest kara pieniężna, określona na maksymalnym pułapie 3% obrotu z roku poprzedzającego wszczęcie postępowania (art. 33 upnwpk). Projektując karę pieniężną, ustawodawca nie poddał niestety refleksji wątpliwości zarysowanych tak w orzecznictwie, jak i w doktrynie w związku ze stosowaniem analogicznej konstrukcji kary za naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję co do tego czy podstawa dla określenia wysokości kary w istocie powinna być odnoszona do całego obrotu, czy też nie powinna ona (już na poziomie przepisów, a nie dopiero stosowania prawa) być odnoszona do wartości obrotu produktem stanowiącym przedmiot zakazanej praktyki (w przypadku upnwpk: produktu stanowiącego przedmiot dostaw lub zakupów). Ustawa przewiduje również (na wzór uokik) kary pieniężne dla przedsiębiorców za nieudzielenie informacji lub udzielenie informacji nieprawdziwych bądź wprowadzających w błąd (art. 34 upnwpk) oraz za niewykonanie decyzji Prezesa UOKiK lub wyroków sądów dotyczących zakazanych praktyk (art. 35 upnwpk). Dodatkowo możliwe jest nałożenie kary na osobę pełniącą funkcje kierownicze u przedsiębiorcy za niewykonanie decyzji Prezesa UOKiK bądź uniemożliwienie lub utrudnianie kontroli (art. 36 ust. 1 upnwpk), jak również nałożenie kary na osoby upoważnione przez kontrolowanego przedsiębiorcę za uniemożliwienie bądź utrudnienie wykonywania czynności przez organ lub za nieudzielenie bądź udzielenie nieprawdziwych informacji (art. 36 ust. 2 upnwpk). Wysokość tych kar jest analogiczna do wielkości kar określonych odpowiednio w art. 107 i 108 uokik.

Inspiracją ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów dla ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej była na tyle silna, że ustawodawca posłużył się w nowej ustawie tym samym zestawem kryteriów ustalania wielkości kary, jakie przyjął dla ustalania wielkości kar za praktyki zakazane w uokik. Powielając treść art. 111 ust. 1 pkt 1 uokik, art. 37 ust. 1 pkt 1 upnwpk wymienia wśród kryteriów ustalanie wysokości kary m.in. skutki rynkowe naruszenia. O ile zakres oddziaływania na rynek jest uzasadniony w przypadku praktyk ograniczających konkurencję, o tyle mniej zasadne jest uzależnianie kary od skutków rynkowych praktyk, których istotą są indywidualne relacje między konkretnymi przedsiębiorcami. Być może przez pojęcie skutków rynkowych w kontekście art. 37 ust. 1 pkt 1 upnwpk ustawodawca rozumiał znaczną liczbę przedsiębiorców dotkniętych praktykami – jeśli tak jest w istocie, to rekomendowane byłoby uściślenie tego kryterium.

4. Rola Agencji Rynku Rolnego w przeciwdziałaniu praktykom nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej – dualny model egzekwowania zakazów?

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej – poprzez nowelizację ustawy o Agencji Rynku Rolnego i organizacji niektórych rynków rolnych – wyposaża w pewne (ograniczone) kompetencje co do przedmiotu swojej regulacji także Agencję Rynku Rolnego. Nowe brzmienie art. 20 ust. 1 pkt 4 uARR przewiduje uprawnienia Agencji do przeprowadzania „czynności sprawdzających” u dostawców lub nabywców wybranych produktów rolnych⁶

⁶ Chodzi o produkty rolne należące do sektorów, o których mowa w art. 1 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1308/2013 z 17.12.2013 r. ustanawiające wspólną organizację rynków produktów rolnych oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 922/72, (EWG) nr 234/79, (WE) nr 1037/2001 i (WE) nr 1234/2007 (Dz. Urz. L 347 z 20.12.2013, s. 671–854).

wyłącznie w odniesieniu do umów. Uprawnienie to na mocy art. 38q ust. 3a realizowane będzie przez dyrektora oddziału terenowego ARR właściwy według miejsca zamieszkania lub siedziby nabywcy (por. art. 41 pkt 3 upnwpk). Naruszenia polegające na braku umów dostaw produktów rolnych, jak również naruszenia warunków zawierania takich umów, podlegają karze pieniężnej, która może być nałożona w drodze decyzji administracyjnej przez dyrektora terenowego oddziału ARR, w wysokości 10% zapłaty za produkty nabyte wskutek wadliwej umowy (por. art. 40i i art. 40j uARR w brzmieniu nadanym przez art. 40 pkt 4 upnwpk). Egzekucja kar pieniężnych nakładanych przez ARR będzie odbywać się w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej tworzy zatem dualny model karania za praktyki nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej w przypadku praktyk związanych z zawieraniem umów. Obydwa tryby nakładania kar za te praktyki (przez Prezesa UOKiK i przez ARR) mają charakter administracyjnoprawny, a ustawa w żaden sposób nie wyklucza równoległego stosowania tych dwóch trybów. Ustawa nie wyklucza co prawda uwzględnienia kary nałożonej przez ARR w rozstrzygnięciu Prezesa UOKiK jako okoliczności łagodzącej (por. art. 37 ust. 3 upnwpk), ale też nie wskazuje faktu ukarania przedsiębiorcy przez ARR za tę samą (lub zbliżoną co do istoty praktykę) jako takiej okoliczności. W tych okolicznościach naturalnie rodzi się pytanie czy zamiarem ustawodawcy było jedynie penalizowanie nieuczciwych praktyk, czy wyeliminowanie niepożądanych praktyk z obrotu? Brak w ustawie przepisów eliminujących zbieg podstaw odpowiedzialności prawnej wskazuje raczej, niestety, na to pierwsze rozwiązanie.

Wyposażenie ARR w kompetencje do karania przedsiębiorców za nieuczciwe wykorzystanie przewagi kontraktowej poprzez określone nadużycia umowne w moim przekonaniu dowodzi tylko świadomości ustawodawcy co do tego, że przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym na określonym rynku produktowym może należeć do kompetencji wyspecjalizowanych organów administracji, odpowiedzialnych za stan i poziom rozwoju **konkretnego** [podkr. – AJG] rynku/sektora. Tym bardziej zatem zasadne byłoby powierzenie całości kompetencji w zakresie przeciwdziałania nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolno-spożywczymi takiemu właśnie organowi, zamiast powierzania ich Prezesowi UOKiK.

III. Czy interes publiczny chroniony przez ustawę o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej odpowiada interesowi publicznemu w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów?

Uczynienie Prezesa UOKiK organem właściwym w zakresie przeciwdziałania nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej rodzi kontrowersje/wątpliwości dwojakiego rodzaju: po pierwsze, czy przeciwdziałanie nieuczciwościom (tj. nieprawidłowościom w relacjach między stronami umów) w obrocie powinno być rzeczywiście powierzone organowi administracji; po drugie, czy, jeśli już w ochronę przed nieuczciwością angażowany jest organ administracji, nie powinien być to organ wyspecjalizowany?

Co do pierwszej ze wskazanych powyżej wątpliwości, trzeba nadmienić, że nawet jeśli w art. 1 upnwpk jest mowa o „interesie publicznym”, to niekoniecznie jest to interes publiczny tożsamy z interesem publicznym, o którym mowa w art. 1 uokik. Uzasadnienie projektu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej wskazuje, że za priorytetową

przesłankę interwencji ustawodawcy w stosunki kontraktowe w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych jest bezpieczeństwo żywności, nie zaś zdrowe relacje konkurencyjne czy dobrobyt konsumentów. Jako cel upnwpk, choć nie pierwszoplanowy, jawi się także – w świetle uzasadnienia projektu ustawy – jakość żywności („nieuczciwe praktyki to przede wszystkim presja na uzyskanie jak najniższej ceny od nabywcy, a to z pewnością będzie się odbijać na niskiej jakości żywności oferowanej konsumentowi”). Nawet jeśli prawdziwe jest twierdzenie, że cena nie jest najważniejszym parametrem współczesnego konkurowania, to eliminacja *a priori* konkurencji cenowej w odniesieniu do sektora rolno-spożywczego (jak czyni to ustawodawca w uzasadnieniu) wydaje się przynajmniej dyskusyjna.

Tymczasem po 25 latach obowiązywania prawa konkurencji w Polsce ugruntowane orzecznictwo antymonopolowe nakazuje pojmować interes publiczny, w sensie jakościowym (Stawicki i Stawicki, 2016, s. 41), jako ochronę istnienia mechanizmu konkurencji i jako optymalny sposób podziału dóbr w społecznej gospodarce⁷ (Jurkowska-Gomułka, 2015, s. 151–153). Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie prawa konkurencji rozpowszechniony jest pogląd upatrujący ostatecznego celu ochrony konkurencji w zapewnieniu i promowaniu dobrobytu konsumentów (Skoczny i Miąsik, 2014, s. 38–40). Sądom zdarza się włączać do pojęcia interesu publicznego także inne cele niż wyłącznie ochrona konkurencji⁸, niemniej jednak rozszerzanie celów ustawodawstwa antymonopolowego na inne cele budzi kontrowersje w doktrynie.

W świetle celu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej deklarowanego w uzasadnieniu projektu ustawy jako bezpieczeństwo żywności, interes publiczny, o którym mowa w art. 1 upnwpk, nie tylko nie może być rozumiany jako ochrona konkurencji, ale wręcz jako interes z ochroną konkurencji (i konsumentów) sprzeczny.

Ochronie na gruncie upnwpk podlegają relacje kontraktowe między dostawcą a nabywcą produktów rolnych i spożywczych – „prywatny” charakter przedmiotu ochrony ustawy podkreśla brzmienie art. 7 ust. 2 upnwpk, odnoszące pojęcie nieuczciwości do zagrożenia i naruszenia interesu **drugiej strony** [podkr. – AJG]. Definicja praktyk nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej nie uwzględnia żadnego (obiektywnego) elementu rynkowego czy konsumenckiego, wychodzącego poza (subiektywny) prywatny interes stron. Prywatny wymiar omawianej regulacji uwidacznia się silnie również w tych motywach uzasadnienia projektu ustawy, które wskazują na potrzebę oszczędzenia przedsiębiorcom (uzasadnienie w tym punkcie odnosi się głównie do relacji małych dostawców z „wielkimi sieciami”) kosztów procesów sądowych oraz „retorsji ze strony wielkiej sieci w postaci zerwania współpracy”⁹.

Konstrukcja definicji zakazanych praktyk nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej w upnwpk wymusza konieczność ingerencji przez Prezesa UOKiK (względnie ARR) w indywidualne relacje umowne, w dodatku uzasadniając tę interwencję nieuczciwością ze strony przedsiębiorcy (potencjalnie) wykorzystującego przewagę kontraktową. Mimo że regulacja poświęcona przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej powołuje się w art. 1 na interes publiczny, to sam ustawodawca dowodzi świadomości tego, że przepisy tej regulacji dotyczą w istocie stosunków prywatnoprawnych, zastrzegając w art. 4 upnwpk, że ochrona przewidziana

⁷ Por m.in. wyr. SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413.

⁸ Por. np. postanowienie SN z 27.11.2014 r., III SK 21/14 (dostępny pod adresem: <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/III%20SK%2021-14.pdf>); wyrok SOKiK z 4.02.2015 r., XVII Ama 163/11.

⁹ Uzasadnienie, s. 3.

w tej ustawie „nie wyłącza ochrony wynikającej z innych ustaw, **w szczególności z przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji**” [podkr. – AJG].

W różnorodnych klasyfikacjach prawa konkurencji rozróżnia się dwie jego gałęzie: publiczne prawo konkurencji (w polskim systemie prawnym „reprezentowane” przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów) i prywatne prawo konkurencji (w Polsce regulowane w postaci ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁰). Tradycyjnie regulacje dotyczące nieuczciwości w relacjach między podmiotami prywatnymi czy to przedsiębiorcami (jak w przypadku wzmiankowanej powyżej uznk), czy przedsiębiorcami a konsumentami (jak w przypadku ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym¹¹) należą do domeny prawa prywatnego (nawet, jeśli uznk przypisuje się także cel w postaci ochrony interesu ogólnego, publicznego – zob. Szwaja i Kubiak-Cyruł, 2013, s. 9), w konsekwencji czego problem interpretacji pojęcia nieuczciwości (nieuczciwych praktyk) pozostawiony jest sądom powszechnym. Jest to rozwiązanie ze wszech miar słuszne, sądy są bowiem znacznie lepiej (ze względu na ich zadania i pozycję ustrojową) predestynowane do podejmowania tego rodzaju ocen wartościujących, angażujących również aspekty obyczajowe i moralne niż organ administracji, któremu Konstytucja i Kodeks postępowania administracyjnego przypisują specyficzne ramy i zasady funkcjonowania. Tymczasem, przyjmując upnwpk, prawodawca przełamał ten ugruntowany podział kompetencji i wyposażył w kompetencje oceny nieuczciwości praktyk rynkowych właśnie organ administracji. Prawdą jest, że istnieją sytuacje, w których obydwie porządki ochrony konkurencji (tj. publicznoprawny porządek ochrony mechanizmu konkurencji i prywatnoprawny porządek ochrony uczciwości konkurencji) nakładają się – dzieje się tak choćby na gruncie art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik, gdy ustawodawca definiuje jedną z postaci praktyk naruszenia zbiorowych interesów konsumentów jako nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji (Miąsik, 2015). Zauważmy jednak, że w tej konstrukcji w procesie stosowania prawa przesłanki nieuczciwych praktyk rynkowych czy czynów nieuczciwej konkurencji zostają dodatkowo „przefiltrowane” przez przesłanki stosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i to zarówno na poziomie art. 24, jak i art. 1 uokik. Prezes UOKiK porusza się w przypadkach zbiegu tych ustaw (poprzez art. 24 ust. 2 pkt 3 uokik) w ramach tego samego wymiaru interesu publicznego – ochrony konkurencji i konsumentów. Inaczej mówiąc, bez względu na to, która z regulacji znajduje zastosowanie, ochronie podlega ten sam interes (tu: interes konsumentów), choć w jednym przypadku (uokik, upnpr) jest on chroniony bezpośrednio, w drugim (uznk) – pośrednio. Z taką zbieżnością wymiarów interesu publicznego niekoniecznie mamy natomiast do czynienia w przypadku „zbiegu” upnwpk i uokik.

Trzeba jednak przyznać, że w owym przełamaniu czystości podziału na prywatne i publiczne prawo ochrony konkurencji (i konsumentów) ustawodawca zaczyna być konsekwentny, o czym świadczy zmiana (od 17 kwietnia 2016 r.) brzmienia art. 24 ust. 2 uokik dokonana nowelizacją uokik z 2015 r.: praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów przestały być definiowane jako godzące w te interesy bezprawne działanie przedsiębiorcy, obecnie są one określane jako godzące w interesy konsumentów sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy.

Możliwe jest w tym miejscu także podniesienie argumentu, że organ ochrony konkurencji ma dużą praktykę w stosowaniu/interpretowaniu pojęć otwartych, które konstytuują praktyki

¹⁰ Ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2003 Nr 153, poz. 1503, ze zm.)

¹¹ Ustawa z 23.08.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (t.j. Dz.U. 2016, poz. 3 ze zm.).

ograniczające konkurencję, a nawet – w kontekście art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik – w wykładni pojęcia nieuczciwe ceny. Ponownie jednak należy podkreślić, że na gruncie uokik ocenie organu podlega zachowanie przedsiębiorcy w relacji do rynku (konkurencji) jako zjawiska gospodarczego, podczas gdy na gruncie upnwpk oceniane jest zachowanie przedsiębiorcy w relacji do innego przedsiębiorcy.

IV. Uwagi końcowe

Przyjmując, że ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym nie jest zorientowana na ochronę konkurencji, ale na realizację innych celów, należy poddać w wątpliwość zasadność powierzenia egzekucji tej regulacji właśnie Prezesowi UOKiK. Naturalnie zrozumiałe jest, że zadaniem państwa jest ochrona różnych, często przeciwstawnych interesów, nie jest natomiast już zrozumiałym to, że ochroną odległych i kłócących ze sobą interesów ma zajmować się jeden i ten sam organ.

Prezes UOKiK pierwotnie powołany do zwalczania praktyk godzących w konkurencję i w konsumentów, bez względu na rynek, na jakim dochodzi do tych praktyk, nie powinien być wyposażony w szczególne kompetencje do interwencji w określonym sektorze, zwłaszcza, jeśli ta interwencja nie jest ukierunkowana na ochronę konkurencji. Nakładając na organ ochrony konkurencji obowiązek przeciwdziałania nieuczciwemu wykorzystaniu przewagi kontraktowej, ustawodawca powielił zresztą błąd popełniony w art. 20 ust. 2 uokik, a polegający na tym, że to Prezes UOKiK decyduje o wydaniu szczególnej zgody na koncentrację, uwzględniającej specjalne czynniki gospodarcze, w tym pozytywny wpływ na gospodarkę narodową. Na gruncie art. 20 ust. 2 uokik mamy do czynienia z sytuacją bilansowania interesu publicznego polegającego na ochronie konkurencji z innym interesem wskazanym w tym przepisie (Skoczny, 2012, s. 185–187), a leżącym co do zasady poza właściwością Prezesa UOKiK.

Sam fakt, że omawiana ustawa jest ewidentnie wzorowana na ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, a jej przygotowaniem ostatecznie zajął się UOKiK, nie powinien przesądzać o tym, że organem interwencyjnym stał się Prezes UOKiK. Rozwiązanie to jest tym bardziej zaskakujące, że jednocześnie uprawnienia do sankcjonowania niepożądanych praktyk w obrocie produktami rolnymi i żywnościowymi uzyskała na mocy tej samej ustawy Agencja Rynku Rolnego. Należy ubolewać nad tym, że ustawodawca nie był konsekwentny i nie powierzył całości kompetencji związanych z przeciwdziałaniem nieuczciwym praktykom dostawców i nabywców na rynku produktów rolnych i spożywczych właśnie organowi administracji sektora rolnego. Nawet jeśli w przypadku interwencji organu administracji sektora rolnego zachowują aktualność czynione powyżej uwagi co do istoty i charakteru tej interwencji (zorientowanej raczej na ochronę interesu prywatnego niż publicznego), to przynajmniej nie byłoby w takiej sytuacji poczucia rozdwojenia misji i celów organów (z jednej strony – ochrona konkurencji, z drugiej zaś – „ręczna regulacja” rynku poprzez interwencję w stosunki umowne).

Realnym zagrożeniem, jakie niesie ze sobą omawiana ustawa, jest wysokie prawdopodobieństwo zakłócenia spójności polityki Prezesa UOKiK, rozdartego między ochronę konkurencji a ochronę interesów dostawców żywności, narażonego w ten sposób na swoistą schizofrenię. Wreszcie, powstaje pytanie, czy Prezes UOKiK może być rzeczywiście nadal określany (*in abstracto*, a nie w odniesieniu do konkretnej ustawy) jako organ ochrony konkurencji?

Bibliografia

- Jurkowska-Gomułka, A. (2015). Interes publiczny a prywatne egzekwowanie reguł konkurencji. W: T. Skoczny (red.), *Prawo konkurencji. 25 lat*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Miąsik, D. (2015). Interakcje między publicznoprawnym a prywatnoprawnym zwalczaniem nieuczciwej konkurencji na przykładzie zakazu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. W: T. Skoczny (red.), *Prawo konkurencji. 25 lat*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Skoczny, T. (2012). *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania.
- Skoczny, T. i Miąsik, D. (2014). Komentarz do art. 1. W: T. Skoczny (red.). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (s. 38–40). Warszawa: C.H. Beck.
- Stawicki, A. i Stawicki, E. (2011). Komentarz do art. 1. W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (s. 29–45). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Szwaja, J. i Kubiak-Cyrul, A. (2013). Wprowadzenie. W: J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz* (s. 3–77). Warszawa: C.H. Beck.