



I Polski Kongres Prawa Konkurencji

**Pobieranie opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży – praktyka uzasadniona wolnością gospodarczą czy czyn nieuczciwej konkurencji?
Kontrowersje wokół wykładni art. 15 ust. 1 pkt. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji**

Beata Giesen



I Polski Kongres Prawa Konkurencji

Pobieranie opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży – praktyka uzasadniona wolnością gospodarczą czy czyn nieuczciwej konkurencji? Kontrowersje wokół wykładni art. 15 ust. 1 pkt. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Beata Giesen

Beata Giesen*

**Pobieranie opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży –
praktyka uzasadniona wolnością gospodarczą czy czyn nieuczciwej
konkurencji ?**

**Kontrowersje wokół wykładni art. 15 ust. 1 pkt. 4 ustawy o zwalczaniu
nieuczciwej konkurencji**

Spis treści:

- I. Zarys problematyki
 - 1. Wprowadzenie
 - 2. Stanowisko judykatury polskiej
 - 3. Poglady doktryny – główne kierunki prowadzonych rozważań
- II. Analiza przedstawionej problematyki – prezentacja własnego stanowiska
 - 1. Wprowadzenie
 - 2. Kogo obciąża zakaz pobierania „opłat półkowych”?
 - 3. Cel i przedmiot ochrony ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów
 - 4. „Nieuczciwość” utrudniania dostępu do rynku jako podstawowa przesłanka uznania pobierania „opłat półkowych” za czyn nieuczciwej konkurencji
- III. Wnioski

I. Zarys problematyki

1. Wprowadzenie

Problematyka związana z tzw. „opłatami półkowymi”, tzn. należnościami pobieranymi przez sprzedawców, najczęściej przez duże sieci handlowe, od dostawców produktów w zamian za przyjęcie ich towarów do sprzedaży, jest od pewnego czasu przedmiotem ożywionej dyskusji¹. Impulsu w tym względzie dostarczają coraz to nowe rozstrzygnięcia

* Dr hab. Katedra Prawa Cywilnego WPiA Uniwersytetu Łódzkiego.

¹ Por. na ten temat obszernie W. Kocot, A. Stokłosa, Pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży – uwagi krytyczne na le praktyki kontraktowej i aktualnego orzecznictwa, PPH,

sądowe, a ostatnio do kwestii tej odniósł się także Trybunał Konstytucyjny². Analiza praktyki orzeczniczej oraz wypowiedzi prezentowanych w literaturze przedmiotu pozwala zauważyć narastające napięcie wokół art. 15 ust. 1 pkt 4, który przyporządkowuje pobieranie opłat półkowych do katalogu czynów nieuczciwej konkurencji. Dokonana w 2002 roku³ zmiana wspomnianej ustawy służyć miała wyeliminowaniu, a przynajmniej ograniczeniu wskazanego zjawiska. Tymczasem tak się nie stało. Nowa regulacja nie tylko nie zapobiega omawianej praktyce, o czym może świadczyć stosunkowo duża liczba procesów sądowych, ale stała się wręcz źródłem ostrego sporu doktrynalnego, który ogniskuje się wokół pytania o zasadność przyjętych rozwiązań. Nie wydaje się też, aby sytuację tę zmienił w zasadniczy sposób wydany w październiku ubiegłego roku wyrok Trybunału Konstytucyjnego. Potwierdzono w nim wprowadzenie zgodność art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o znk z konstytucją, nie zamyka to jednak sprawy jego wykładni zwłaszcza, że trafność, przynajmniej niektórych argumentów przytoczonych w jego uzasadnieniu, może budzić pewne wątpliwości. Warto też na marginesie zaznaczyć, że właśnie przy wykładni ww. przepisu skupiają się obecnie, jak w soczewce, wszystkie najważniejsze problemy polskiego prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W istocie bowiem rozwiązania problemu należy poszukiwać w odpowiedzi na pytanie o rolę, którą we współczesnej gospodarce ma ono do odegrania. Odniesienie się do kwestii podstawowych wymaga uprzedniego przedstawienia, choćby w zarysie, zasadniczego kierunku prowadzonej do tej pory dyskusji w nauce polskiej. Zaprezentowanie stanowiska zajmowanego w orzecznictwie oraz w doktrynie posłuży jako punkt oparcia dla dalszych rozważań.

2. Stanowisko judykatury

Trzeba zaznaczyć, że praktyka która potocznie określana jest nazwą „pobieranie opłat za przyjęcie produktu do sprzedaży” nie jest zjawiskiem jednolitym. Oceniane przez sądy stany faktyczne różnią się między sobą, co każde zachować ostrożność w dokonywaniu uogólnień. Tym niemniej możliwe jest wskazanie najczęściej powtarzających się cech omawianego zjawiska. Analiza orzecznictwa pozwala na poczynienie następujących ustaleń: Uwagę zwraca fakt, że najczęściej zarzut nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji roszczenie o zwrot uiszczonych kwoty tzw. opłat półkowych podnoszą dostawcy towarów,

października 2014, s. 8 i n., a także D. du Cane, Obecny stan prawny w kwestii tzw. opłat półkowych – przegląd orzecznictwa, Glosa nr 3, 2012, s. 102 i n., K. Szczepanowska-Kozłowska, Pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży – glosa do wyroku SN z 26.01.2006r. (II CK 378/05), Glosa, nr 2 2007, s. 106 i n.

² Wyrok z dnia 16.10.2014, syg. akt SK 20/12

³ Nowelizacja ustawy o znku z 5.7.2002, ustawa z dnia 5.7.2002 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. Nr 126, poz. 1071)

którzy przez wiele lat dostarczali hipermarketom towary w celu ich dalszej sprzedaży. Charakterystyczne jest to, że łączące strony umowy, ukształtowane według powtarzalnego wzorca, są najczęściej zawierane wielokrotnie, tak, że w efekcie uiszczenie spornych opłat nie ogranicza się do aktu jednorazowego, a przyjmuje postać praktyki o charakterze ciągłym. Nie ma potrzeby, aby w tym miejscu odtwarzać szczegółowo treść zawieranych kontraktów. Tworzą one mozaikę różnych instrumentów umownych, które stawia do dyspozycji stronom prawo cywilne. Podkreślenia wymaga natomiast jeden z elementów składający się na ich treść, a mianowicie sposób ustalenia wysokości świadczenia, które zobowiązuje się spełnić kupujący – hipermarket wobec dostawcy towarów. Przyjmuje się zwykle, że należne świadczenia będą zależne od wielkości obrotów sprzedaży. Wraz z przekroczeniem pewnego progu, powstaje zobowiązanie dostawcy do udzielenia kupującemu tzw. „rabatów posprzedazowych”. Należność z tego tytułu przedstawiana jest następnie do potrącenia wobec wierzytelności, którą dysponuje dostawca towarów wobec ich odbiorcy. To właśnie tego typu obciążenia finansowe nakładane na dostawców towarów stanowią przysłowiową „kość niezgody”. Są oni zmuszeni akceptować narzucane im w tym względzie przez kupującego postanowienia umowne po to, aby mieć szansę zbytu swoich produktów. Nie zawsze przy tym opłatom tym odpowiada świadczenie drugiej strony. Dlatego, korzystając z wprowadzonej przed paru laty nowej regulacji do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 15 ust. 1 pkt 4), zdarza się, że zwykle już po zakończeniu współpracy ze swym partnerem handlowym, występują oni na drogę sądową domagając się zwrotu, bezpodstawnie ich zdaniem, uiszczonych opłat „półkowych”.

Judykatura zajmuje dość stanowcze stanowisko wobec naszkicowanego wyżej problemu. Sądy przyjmują zwykle, że świadczenia pieniężne, których obowiązek uiszczenia obciąża dostawców towarów stanowią w istocie „opłaty półkowe”. Konstatacja ta skłania składy orzekające do uznania, że zachowanie sklepów wielkopowierzchniowych stanowi czyn utrudniania dostępu do rynku (art. 15 ust. 1 pkt. 4 ustawy o znk z 1993). Sposób w jaki sądy uzasadniają swoje stanowisko pozostaje w dużej mierze, co oczywiste, zależny od okoliczności rozpoznawanej sprawy. Lektura orzecznictwa pozwala jednak na wyodrębnienie pewnych, powtarzających się argumentów. Rozumowanie, które doprowadza sąd do uwzględnienia powództwa opartego na art. 15 ustawy o znk przybiera najczęściej postać następującej formuły: Ustalony przez strony obowiązek zapłaty premii pieniężnej staje się skuteczny w przypadku przekroczenia określonych obrotów handlowych. Ich osiągnięcie nie jest jednak zwykle rezultatem specjalnych działań podejmowanych przez kupujących, tj. sklepy wielkopowierzchniowe. Tym samym wspomniany obowiązek, który obciąża

dostawców towarów nie jest powiązany z jakimkolwiek świadczeniem drugiej strony. Fakt ten wydaje się mieć dla sądów przesądzające znaczenie. Kwalifikacja opisanego czynu, jako formy nieuczciwej konkurencji ma swoje konsekwencje dla oceny ważności zawartej umowy, czy też przynajmniej jej części. Skoro sklepy bez ważnej podstawy prawnej pobierają opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży, to pozostają one w tym zakresie bezpodstawnie wzbogacone, i dlatego, zgodnie z art. 18 ust. 1 pkt. 5 ustawy o z.k. w zw. z art. 405 kc, winny wydać swoim kontrahentom uzyskane w ten sposób korzyści. Podkreślenia wymaga również fakt, że sądy nie rozważają problematyki tzw. „opłat półkowych” w szerszym kontekście, tj. na tle podstawowych założeń prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie bada się zatem w czym tkwi ich nieuczciwość. Według prezentowanego do tej pory, tj. przed wydaniem wyroku Trybunału Konstytucyjnego z października 2014, poglądu art. 15 nakazuje domniemywać, że wszystkie wymienione w nim formy konkurencyjnych zabiegów pozostają w sprzeczności z regułami uczciwej konkurencji. W konsekwencji o kwalifikacji czynu przesądza sam fakt żądania „opłat półkowych”. Warte odnotowania są również uwagi odnoszące się do *ratio legis* zakazu pobierania opłat innych niż marża handlowa. Bardzo charakterystyczna jest w tym względzie wypowiedź zawarta w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu⁴. Odnajmujemy w nim następujące twierdzenie: „Czyn nieuczciwej konkurencji polegający na pobieraniu innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży prowadzi do uzyskania przez sprzedawców detalicznych nie tylko zysku wynikającego z narzuconej marży, ale także dodatkowych dochodów kosztem dostawców, którzy zmuszeni są rezygnować ze znacznej części swoich dochodów związanych z dostarczeniem towarów”.

3.Stanowisko doktryny

W porównaniu z judykaturą wypowiedzi doktryny odnoszące się do wprowadzonej w 2002 roku nowej postaci czynu nieuczciwej konkurencji tworzą znacznie bardziej urozmaicony obraz. Nie ma potrzeby, aby w tym miejscu odtwarzać szczegółowo wszystkie wątki trwającej od lat dyskusji, która toczy się wokół problematyki tzw. opłat półkowych. W prezentowanym opracowaniu ograniczam się zatem do zasygnalizowania tych, które w mojej ocenie, mają znaczenie podstawowe znaczenie dla wykładni art. 15 ust. 1 pkt. 4 ustawy o z.k.

Na wstępie trzeba odnotować, że sam cel wprowadzonego przepisu nie wzbudza w nauce przedmiotu większych kontrowersji, choć nie brak oczywiście głosów krytycznych. Tacy przedstawiciele nauki jak: Jarosław Sroczyński, Marcin Mioduszewski, Tadeusz

⁴ Orzeczenie z dnia 13 listopada 2008 r., syg. akt I ACa 718/08, LEX nr 519305,

Skoczny wydają się patrzeć przychylnym okiem na wprowadzoną w 2002 roku do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nową regulację. Charakterystyczne jest przy tym to, że widzą oni w niej kolejny, niejako uzupełniający instrument, ochrony konkurencji. Dla autorów tych cel omawianego przepisu jest oczywisty, jest nim konieczność zwalczania, czy też przeciwdziałania nadużywania przez duże sieci handlowe ich silnej pozycji rynkowej, co odbija się negatywnie na możliwościach gospodarczych ich partnerów handlowych, zwykle małych przedsiębiorców, którzy obarczani są obowiązkami ponoszenia różnorodnych opłat, jeśli tylko chcą sprzedawać swoje towary na danym rynku⁵. Niektórzy z wymienionych autorów podkreślają wprawdzie różnice pomiędzy przedmiotem ochrony prawa o ochronie konkurencji oraz prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która – ich zdaniem – nie powinna pozostać bez wpływu na kształt regulacji umieszczonej w art. 15 ust. 1 pkt 4, konstatacja ta wydaje się jednak trafiać w próżnię. Ani bowiem doktryna, ani orzecznictwo nie udziela wyczerpującej odpowiedzi na pytanie, co w przypadku pobierania tzw. opłat półkowych uzasadnia zarzut nieuczciwego współzawodnictwa, jeśli tylko odrzuci się tak często podnoszony argument o nadużyciu pozycji dominującej przez sklepy wielkopowierzchniowe, który przecież „genetycznie” powiązany jest z prawem o ochronie konkurencji, nie zaś z regulacją prawa o zwalczaniu nieuczciwego współzawodnictwa.

O ile pytanie o *ratio legis* wprowadzonej regulacji nie wzbudza w nauce większych kontrowersji, o tyle ustalenie katalogu przesłanek odpowiedzialności za tę postać czynu nieuczciwej konkurencji oraz ich wykładnia jest już źródłem daleko idących rozbieżności. Sprawa ta wymaga nieco dłuższego komentarza. Jak wiadomo, przyjmujący postać ogólnej formuły, art. 15 stwarza pole do formułowania wielu, różniących się od siebie, propozycji jego wykładni. Zacznijmy od kwestii nie budzących większych wątpliwości. Panuje zgoda co do tego, że zakazem objęte jest pobieranie opłat, które nie znajdują uzasadnienia w świadczeniach spełnianych przez stronę ich żądającą. Teza ta stanowi – w ocenie wielu autorów – logiczne następstwo założenia, że w przypadku zawarcia umowy dwustronnie zobowiązującej, świadczenia spełniane przez strony powinny być względem siebie ekwiwalentne. Pozostałe zagadnienia, które wyłaniają się na tle pytania o sposób wykładni art. 15 ust. 1 pkt. 4 nie są już jednak wolne od kontrowersji.

Na plan pierwszy wysuwane było pytanie, o to, czy sam fakt pobierania opłat innych niż marża handlowa stanowi okoliczność wprawdzie konieczną, ale zarazem wystarczającą dla przyjęcia odpowiedzialności z tytułu nieuczciwej konkurencji. Udzielenie na nie odpowiedzi wyznacza linię podziału prezentowanych do tej pory poglądów. Z jednej strony

⁵ J. Sroczyński, M. Mioduszeński, Komentarz, s. 516 i n.

znajdują się Ci, dla których fakt pobrania wspomianej opłaty wystarczy dla postawienia przedsiębiorcy zarzutu nieuczciwej konkurencji. Jego wystąpienie jest przesądzające w tym sensie, że nie jest ani potrzebne, ani nawet dopuszczalne, badanie, czy spełnione są przesłanki wyznaczone generalną klauzulą odpowiedzialności (art. 3 ustawy o znk). Co więcej, zdaniem niektórych przedstawicieli nauki, w procesie wywołanym powództwem znajdującym swe oparcie w art. 15 ust. pkt 4, nie jest nawet konieczne wykazanie, że żądanie spornych opłat stanowi przejaw utrudnienia dostępu do rynku podmiotowi, wobec którego kierowane jest żądanie ich zapłaty. Na przeciwnym biegunie znajdują się Ci, którzy są niechętni wobec wyznaczeniu tak szerokiego pola zastosowania wspomianej regulacji. Dążąc do jego zawężenia stosuje się różne, mniej lub bardziej przekonujące, metody interpretacyjne. Ich przedmiotem jest przede wszystkim zwrot „dostęp do rynku”, czy pojęcie „przyjęcie towaru do sprzedaży”. Podobnym zabiegom poddawane jest ustawowe stwierdzenie: „utrudnianie dostępu do rynku”. Tak np. w ocenie autorów znanego komentarza E. Nowińskiej oraz M. du Valla o odpowiedzialność z tytułu nieuczciwej konkurencji nie może być mowy wówczas, gdy fakt pobierania opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży nie prowadzi do utrudnienia dostępu do rynku⁶. Zdaniem powołanych autorów, będzie to zaś miało miejsce wtedy, gdy „... przedsiębiorca godzący się na takie warunki umowy mógłby oferowany towar zbyć w takiej samej ilości innym przedsiębiorcom (a za ich pośrednictwem konsumentom), jednakże wybrał przedsiębiorcę żądającego opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży – jeżeli *per saldo* ostatnio wskazana sprzedaż jest ekonomicznie bardziej opłacalna”. Ponadto wymóg „utrudniania”, o którym mówi ustawa oznacza – w ocenie niektórych przedstawicieli doktryny – że czyn ten popełniony być może jedynie świadomie, tj. z winy umyślnej⁷.

II. Analiza przedstawionej problematyki – prezentacja własnego poglądu

1. Wprowadzenie

Po przedstawieniu w ogólnym zarysie podejścia nauki i orzecznictwa polskiego wobec regulacji zawartej w art. 15 ust. 1 pkt. 4 pora na podjęcie próby przedstawienia własnego punktu widzenia.

Formuła art. 15 nie należy z pewnością do tych rozwiązań prawnych, które budzą powszechną aprobatę. Dowodem tego są liczne głosy krytyczne zgłaszane ostatnio coraz

⁶ E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 2010, s. 236, por również Skoczny, Bernatt, 574, s. 613 oraz J. Sroczyński i M. Mioduszewski, Komentarz.

⁷ Por. Skoczny, Bernatt, w : Komentarz s. 577, E. Nowińska, M. du Vall, Kometarz, s. 218, odmiennie natomiast J. Sroczyński, M. Mioduszewski, Komentarz,

częściej pod adresem jej nowej postaci. Można powiedzieć, że przepis ten, chyba jak żaden inny spośród tych zawartych w obrębie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wzbudza pewien niepokój. Po kilkunastu latach jego obowiązywania zadajemy sobie pytanie, czy cel jego wprowadzony został osiągnięty. Nie słychać bowiem, aby sklepy wielkopowierzchniowe przeobraziły się w łaskawych wobec rodzimy przedsiębiorców, gotowych do zrezygnowania z części swoich dochodów, po to tylko, aby „wzmocnić” pozycję swoich partnerów handlowych. Informuje się natomiast o „porachunkach sądowych” – tak bowiem oznaczają niektórzy autorzy⁸, często nie bez racji, zachowania dostawców towarów, którzy nagle, po wielu latach harmonijnej współpracy z kupującym, dostrzegają problem opłat półkowych, zwykle wówczas, gdy brak już dalszych perspektyw na sprzedaż, i wówczas występują z żądaniem ich zwrotu. Nie należy też oczekiwać, jak sądzę, iż sytuację tę zmieni na lepsze powołany na wstępie wyrok Trybunału Konstytucyjnego. Wręcz przeciwnie. Zachodzi obawa, że raczej przyczyni się on do pogorszenia pozycji polskich przedsiębiorców, pragnących sprzedać swoje towary dużym sieciom handlowym. Nie ulega bowiem wątpliwości, że rozstrzygnięcie to nie zmieni struktury rynku w Polsce. Tak długo, jak długo podaż proponowanych na nim towarów będzie zdecydowanie większa od popytu na nie, tak długo nikt nie zmusi kupujących – sklepy, aby skłonni byli proponować dostawcom towarów korzystniejsze warunki umowy. Wyrażone w uzasadnieniu ww. wyroku Trybunału Konstytucyjnego przekonanie, że można skłonić „pośredników” do przejęcia w większym zakresie ryzyka sprzedaży towarów, wydaje się być w chwili obecnej po prostu nierealne. Należy się spodziewać, że albo w wielu przypadkach polskich dostawców zastąpią przedsiębiorcy zagraniczni albo opłata półkowa zostanie umieszczona od początku w cenie, której wysokość uniezależniona będzie od wielkości obrotów. Poza tym nie można wykluczyć, że postanowienie o obowiązku zapłaty „opłat półkowych” zostanie zastąpione inną, nie mniej skuteczną, klauzulą umowną.

2. Kogo obciąża zakaz pobierania „opłat półkowych”?

Zacznijmy od postawienia podstawowego pytania: Kogo obejmuje zakaz pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży: wszystkich przedsiębiorców, czy tylko, tych którzy mają na rynku pozycję dominującą. Załóżmy na przykład, że to nie sklep wielkopowierzchniowy, lecz mały, lokalny sklepik wprowadza do umowy zawartej z dostawcą towarów zastrzeżenie, zgodnie z którym, po osiągnięciu pewnego pułapu sprzedaży dostawca zobowiązany będzie uiszczać kupującemu określoną

⁸ W. Kocot, A. Stokłosa, Pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży – uwagi krytyczne na le praktyki kontraktowej i aktualnego orzecznictwa, PPH, października 2014, s. 8 i n

kwotę, co *de facto* oznacza przyjęcie systemu tzw. rabatów posprzedazowych. Czy w opisanym przykładzie popełniono czyn nieuczciwej konkurencji, zakazany w treści art. 15 ust. 1 pkt 4. Jak się okazuje już z udzieleniem odpowiedzi na to pytanie nauka polska ma poważne problemy. Jak wiadomo, poglądy prezentowane na tym polu są skrajnie odmienne. Tymczasem nie trudno zauważyć, że w udzieleniu odpowiedzi na postawione pytanie chodzi nie tylko o niewiele znaczącą różnicę w podejściu do wykładni spornego przepisu. Jest oczywiste, że autorzy, którzy odczytują art. 15 jako normę wprowadzającą zakaz opłat półkowych wobec każdego przedsiębiorcy, niezależnie od tego, jaka jest jego pozycja rynkowa, inaczej odczytują intencję ustawodawcy, niż ci, dla których jest on adresowany jedynie do przedsiębiorców o dominującej pozycji na rynku. Ta rozbieżność zapatrywań dowodzi, że przynajmniej teoretycznie rzecz biorąc możliwe są dwa, różniące się w swej konstrukcji ujęcia omawianej postaci czynu nieuczciwego współzawodnictwa. Jak zatem należy odczytywać art. 15 ust. 1 pkt. 4? Rozwiązania należy poszukiwać dokonując jego wszechstronne analizy, a przede wszystkim w odwołaniu się do przedmiotu ochrony ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o czym będzie mowa w dalszej części prezentowanych rozważań. Zacznijmy jednak od początku, tj. od motywów wprowadzenia art. 15 ust. 1 pkt. 4. Jak wiadomo, bezpośrednią przyczyną jego wprowadzenia w 2002 roku było zjawisko pobierania tzw. opłat półkowych przez sklepy wielkopowierzchniowe⁹. Źródeł tych praktyk dopatrywano się w dominującej pozycji tego typu sklepów. Uwagę zwraca fakt, że zakaz ten wprowadzono nie do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, lecz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie trudno odtworzyć motywy tego zabiegu. Zwalczanie pozycji dominującej przy pomocy instrumentów, które stawia do dyspozycji prawo o ochronie konkurencji wymaga zachowania określonych procedur, i , co oczywiste spełnienia określonych przesłanek, przede wszystkim wykazania przesłanki zajmowania „pozycji dominującej”. O wiele łatwiej zatem było „wcisnąć” omawianą regulację w ramy prawa, które takich wymagań nie powtarza, a przecież i ono służy ochronie konkurencji, jak to się dzisiaj dość powszechnie twierdzi o ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ten sposób do obowiązującego systemu prawa wprowadzono, niejako tylnymi drzwiami, zakaz, który ze swej natury przynależy do sfery prawa o ochronie konkurencji. Nie ulega wątpliwości, że u podstaw omawianej regulacji legło założenie, że opłaty półkowe pobierają wyłącznie Ci, którzy posiadają dominującą pozycję na rynku i jej nadużywają. Myśl ta widoczna jest m.in. w powołanym wyżej orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego¹⁰. Dość

⁹ Tak wyraźnie w uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16.10.2014, syg. akt SK 20/12

¹⁰ Uzasadnienie wyroku s. 14

powiedzieć, że to właśnie założenie „dominującej pozycji” kupującego stanowi podstawowy argument, na którym opiera się rozumowanie zaprezentowane w uzasadnieniu wyroku Trybunału. To bowiem „dominująca pozycja”, w ocenie Trybunału, ogranicza wolność kontrahentów sieci wielkopowierzchniowych. Trzeba jednak zauważyć, że wymóg badania „dominującej pozycji” nie został jednak wymieniony wprost, w treści przepisu, w postaci odpowiednio sformułowanej elementu hipotezy. W konsekwencji uważam, że brak jest należytego oparcia, aby żądać udowodnienia owej okoliczności w procesie. Poza tym jego wprowadzenie w obręb prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji prowadziło do stworzenia normy „konkurencyjnej” wobec prawa o ochronie konkurencji i konsumentów, a w istocie do zignorowania przesłanek ochrony formułowanych w drugiej z wymienionych ustaw.

3. Cel i przedmiot ochrony ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

W nauce przedmiotu zwraca się uwagę na pokrewieństwo celu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z tym, który przyświeca ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów¹¹. Trybunał Konstytucyjny, podobnie jak wielu przedstawiciele nauki, przekonuje nawet, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi uzupełnienie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹². Obydwa wymienione akty prawne mają bowiem za cel ochronę konkurencji, jej mechanizmów, tak aby funkcjonowała ona w sposób niezakłócony i niezafałszowany. Niektórzy autorzy, zwracają wprawdzie uwagę na odrębności w przedmiotach obydwu ustaw, podkreślając, że o ile ustawa o ochronie konkurencji, zgodnie z nazwą jej nadaną, ma chronić konkurencję jako taką, o tyle przedmiotem drugiego z wymienionych aktów prawnych jest ochrona konkurencji uczciwej. Ze spostrzeżeniem tym nie wiąże się jednak poważnych konsekwencji, a to dlatego, że ostatecznie przeważa przekonanie, iż obydwie ustawy dostarczają instrumentów, które niemalże zamiennie mogą być używane do regulacji mechanizmów konkurencji. Jak się wydaje, w tym właśnie założeniu tkwi źródło aktualnych problemów z interpretacją art. 15 ust. 1 pkt. 4 ustawy znk. Związki pomiędzy obydwoma ustawami widoczne są oczywiście na pierwszy rzut oka. Ich intensywność jest przy tym różna, i zależy w dużej mierze od charakteru poszczególnych regulacji, zawartych w obydwu, porównywanych ze sobą, aktach prawnych. Ujęta w art. 15 ustawy o znk postać nieuczciwego współzawodnictwa, tzw.

¹¹ Por w szczególności uwago do art. 15 ustawy o znk, Skoczny, Bernatt, w : Komentarz s. 565 in

¹² Tak na stronie 13 uzasadnienia wyroku, gdzie wyraźnie Trybunał stwierdza: (...) zaskarżony przepis uzupełnia w obrocie prywatnoprawnym publicznoprawny zakaz nadużywania pozycji dominującej zawarty w art. 9 ust. 2 pkt. 4 oraz 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów(...)”.

utrudnienie dostępu do rynku, jest bez wątpienia przykładem bliskości obydwu regulacji. Na marginesie warto odnotować, że właśnie zjawisko zaniżania cen w celu wyeliminowania konkurenta z rynku było jednym z pierwszych, które uznano za przejaw nieuczciwego współzawodnictwa. Pomimo niewątpliwych zbieżnych punktów, które posiadają ww. ustawy różnią się one od siebie w takim stopniu, że nieuprawnione jest utożsamianie przedmiotów ich ochrony. Można powiedzieć, że choć obydwie ustawy mają na celu zapobieganie i zwalczanie zakłóceń w funkcjonowaniu konkurencji, tak aby zapewnić jak największą efektywność procesów gospodarczych, każda z nich czyni to jednak z innej perspektywy. O ile w przypadku ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podstawowe znaczenie mają metody rywalizacji, o tyle w przypadku drugiej z porównywanych ustaw, istotny jest efekt postępowania przedsiębiorcy, tj. uzyskana pozycja rynkowa. Zakazy formułowane w obrębie prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i konsumentów mają za swój przedmiot przede wszystkim bezpośrednie relacje pomiędzy przedsiębiorcami nawiązywane w celu konkurencji. Te zaś, które znajdują swe źródło w ustawie o ochronie konkurencji odnoszą się do konkurencji w ujęciu generalnym, pojmowanej jako mechanizm gospodarki rynkowej. Oczywiście, w jednym i drugim przypadku punktem odniesienia dokonywanej oceny jest pewien model pożądanej konkurencji. Trzeba jednak zauważyć, że każda z tych dwóch ustaw „troszczy” się jednak o inne jej mechanizmy, które choć sprzężone ze sobą zachowują swą odrębność. Niestety przeniesienie tej ogólnej formuły na praktykę nie zawsze jest zadaniem łatwym. Trudności w tym względzie potęguje dodatkowo i to, że wyobrażenie o celu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ewoluuje. Wystarczy rzut oka na zapatrywania prezentowane na ten temat w ciągu ostatnich dziesięcioleci. Warto przypomnieć, że jeszcze na początku dwudziestego stulecia zakaz nieuczciwego współzawodnictwa miał charakter czysto deliktowy, podstawowym jego celem była bowiem ochrona interesów indywidualnych podmiotów¹³. Już w latach 30 – tych XX w. pojawiły się głosy o tzw. społecznym aspekcie ustawy o znk. Wtedy też zdobył uznanie pogląd, że prawo konkurencji ma na względzie nie tylko ochronę indywidualnych interesów przedsiębiorców, ale również odgrywa rolę społeczną, o znacznie szerszym zasięgu aniżeli początkowo zakładano. W konsekwencji za dobro chronione prawem o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zaczęto uważać „uczciwą konkurencję” postrzeganą jako wartość samą w sobie. Od tej pory głównym punktem w prawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest zatem "uczciwość rywalizacji rynkowej jako taka" nie zaś interesy

¹³ Por. B. Giesen, Przedmiot ochrony przewidzianej ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 1993r., dodatek do MP, 2014.

poszczególnych podmiotów. Warto odnotować jednak, że w ostatnich latach w Europie Zachodniej, przede wszystkim w Niemczech, można dostrzec proces odwrotu od wskazanego sposobu postrzegania roli prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przejawia się to w wielu aspektach, jak np. w przywróceniu „konkretnego stosunku konkurencji” jako przesłanki odpowiedzialności, uchylenia ustawy o rabatach oraz rozporządzenia o dodatkach, uwzględniania w znacznie mniejszym niż do tej pory zakresie potrzeby ochrony interesów konsumentów w ramach tejże ustawy itd¹⁴. Proces ten jest dostrzegalny również w ramach grupy czynów konkurencji określanej mianem „utrudnień rynkowych”. W konsekwencji prawo o nieuczciwej konkurencji przestaje obecnie być postrzegane jako środek służący do rozwiązania wszelkich problemów rywalizacji gospodarczej. Tego typu korekta zapatrywań na temat roli prawa o zwalczaniu konkurencji w procesie kształtowania rywalizacji rynkowej nie ominie z pewnością i nauki polskiej, zwłaszcza jeśli towarzyszyć jej będzie spostrzeżenie, że wprowadzanie nadmiernej ilości zakazów nie przyczynia się do rozwoju gospodarki, a wręcz przeciwnie do ograniczenia jej wzrostu, i niekoniecznie wiąże się z poprawą jej efektywności, a przede wszystkim zwykle niesie ze sobą określone koszty. Powróćmy jednak do głównego wątku rozważań. Niezależnie od tego, jak dalece sięgają zakazy formułowane na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie można zgodzić się z twierdzeniem zawartym m.in. także w uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi uzupełnienie regulacji mającej na celu ochronę konkurencji i konsumentów. Stwierdzenie to opiera się, jak się wydaje, na nieporozumieniu mającym swe źródło w pominięciu kontekstu systemowego omawianej regulacji. Wobec przedstawionego wyżej zapatrywania można bowiem wysunąć szereg zarzutów. Po pierwsze, jego przyjęcie wydaje się nie uwzględniać granic ochrony wytyczonych m.in. w art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co w konsekwencji tworzy z art. 15 ustawy o znk „wytrych” służący do osiągnięcia celu, który na dodatek nie służy wcale ochronie konkurencji, lecz realizacji doraźnych zadań z zakresu polityki gospodarczej. Po drugie, ujęcie takie wydaje się ignorować fakt, że obydwie ustawy nakazują ocenę zachowań konkurencyjnych z innej perspektywy i przy wykorzystaniu odmiennych kryteriów. O ile bowiem ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozostawia do dyspozycji instrumenty ochrony należące do sfery prawa prywatnego, o tyle ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi normę z obszaru prawa publicznego. Wydaje się zaś, że dla osiągnięcia celów publicznoprawnych posłużenie się instrumentami

¹⁴ Por. V. Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, München 2012.

przynależnymi do sfery prawa prywatnego nie zawsze przynosi pożądany efekt. Dlatego konwergencja obszarów obydwu wskazanych regulacji, tak widoczna w uzasadnieniu wyroku, wydaje się być w tym przypadku nieuzasadniona. Podsumowując tę część rozważań, uważam, że art. 15 ust. 1 pkt. 4 powinien być interpretowany zgodnie z celem ustawy, w której został on umieszczony. Nie jest nim natomiast ochrona konkurencji, lecz ochrona „uczciwości” w konkurencji. Wskazana różnica zmusza do dokonania oceny zachowania z innej perspektywy niż ta, którą narzuca ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów.

4. „Nieuczciwość” utrudniania dostępu do rynku jako podstawowa przesłanka uznania pobierania „opłat półkowych” za czyn nieuczciwej konkurencji

Umieszczenie zakazu pobierania tzw. opłat półkowych w obrębie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wywołuje określone konsekwencje. Jak powszechnie wiadomo ustawa ta zakazuje, co oczywiste, czynów nieuczciwych. To właśnie zarzut „nieuczciwości” stosowi jądro omawianej dziedziny prawa. Zasadnicze znaczenie ma zatem ustalenie co decyduje o nieuczciwości analizowanego czynu. Punktem odniesienia w tym względzie jest treść art. 15 ustawy o znk. To on wyznacza bowiem ramy omawianej postaci czynu nierzetelnej rywalizacji gospodarczej. Z jego lektury dowiadujemy się, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku”. W dalszej części następuje przykładowe wyliczenie tych instrumentów gospodarczych, które najczęściej mogą prowadzić do niepożądanego zjawiska, jakim jest „utrudnianie dostępu do rynku”. Jednym z nich jest pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Przywołana treść art. 15 skłania do postawienia pytania: jak należy rozumieć „utrudnianie dostępu do rynku” i jakie cechy powinno ono nosić, aby zasadne było postawienie zarzutu nieuczciwej konkurencji? Na plan pierwszy wysuwa się kwestia: czy dla jego przyjęcia wystarcza, jak to czyniły przez dłuższy czas polskie sądy, wykazanie, że pobrana została od partnera handlowego inna niż marża handlowa opłata, czy też może konieczne jest wystąpienie dodatkowych elementów. Udzielenie odpowiedzi na postawione wyżej pytania zmusza do poczynienia następujących uwag:

a)

Zacznij od poczynienia ustaleń nie budząc wątpliwości. Prawo o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji opiera się na fundamentalnym założeniu, zgodnie z którym wprowadzane przez nią zakazy stanowią wyjątek od ogólnej reguły wolności zachowań na polu gospodarczym. Konkurencja polega na walce o klienta. Z jej istoty wynika zatem konieczność wyparcia rywala z rynku. Dążenie do „zaszkodzenia” konkurencyjnemu

przedsiębiorcy stanowi zatem nieodłączną cechę konkurencji. Można więc powiedzieć, że „utrudnianie dostępu do rynku” jest nieodłączną cechą każdej rywalizacji rynkowej.

W poszukiwaniu cech, które czynią utrudnienie dostępu do rynku nieuczciwym punktem odniesienia winna być treść art. 15 ustawy o znk. Z jego lektury dowiadujemy się, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku”. W dalszej części następuje przykładowe wyliczenie tych instrumentów gospodarczych, które mogą prowadzić do niepożądanego zjawiska, jakim jest „utrudnianie dostępu do rynku”. Zawarty w kolejnych punktach art. 15 ust. 1 katalog nie przedstawia wyliczenia najczęściej występujących postaci nieuczciwego utrudniania, a jedynie wskazuje na te metody rywalizacji rynkowej, które, potencjalnie rzecz biorąc, mogą być wykorzystane do tego, aby konkurentowi utrudnić dostęp do rynku. Zwróćmy uwagę na formułę zdania pierwszego art. 15 ust. 1 ustawy o znk. Użyty w niej zwrot „w szczególności” nie odnosi się do „czynu nieuczciwej konkurencji”, o którym mowa w pierwszej części zdania, lecz do sposobów, którymi posługuje się przedsiębiorca w celu utrudnienia swojemu konkurentowi dostępu do rynku. Nasuwa się zatem wniosek, że wymienione w kolejnych punktach ust. 1 wspomnianego przepisu przykłady metod rywalizacji nie są więc same w sobie nieuczciwe. Niedozwolonymi czyni je dopiero cel, dla którego się nimi posłużono. Jest nim utrudnianie konkurentom dostępu do rynku. Filarem czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ustawy o znk jest zatem stan „utrudnianie dostępu do rynku” i to jego wyjaśnienie stanowiło klucz do prawidłowej oceny stanu faktycznego, będącego źródłem sporu w omawianej sprawie. Nie sposób zatem zgodzić się, że sam fakt uzależnienia przyjęcia towaru do sprzedaży od pobierania opłat innych niż marża handlowa przez podmiot o znaczącej pozycji na rynku detalicznym skutkuje wobec dostawcy utrudnieniem dostępu do rynku. Moim zdaniem, nie ma podstaw do traktowania omawianego przepisu jako samodzielnego źródła zakazu pobierania opłat innych niż marża handlowa. Norma ta nie stanowi bowiem źródła ogólnego zakazu tego typu praktyk, jak to zdawał się przez dłuższy czas postrzegać Sąd Najwyższy. Za błędną uważam zatem praktykę przyjmowania niejako *a priori*, że sam fakt pobierania opłat innych niż marża handlowa przesadza o popełnieniu czynu „utrudniania dostępu do rynku. Tym bardziej nie może być mowy o domniemaniu „utrudniania dostępu”, na co słusznie zwraca uwagę Trybunał Konstytucyjny w powołanym już wcześniej wyroku.

b)

Wątpliwe rezultaty daje również uzasadnienie nieuczciwości „utrudniania” dostępu do rynku argumentem braku ekwiwalencji świadczeń. Przypomnijmy, dość powszechny jest pogląd, że opłaty inne niż marża handlowa, to takie, które nie znajdują ekwiwalentu w

świadczeniu strony, która ich żąda. Nie trudno zauważyć, że u podłoża takiego stanowiska leży przekonanie o tym, że w przypadku umów wzajemnych, powinna być zachowana ekwiwalencja świadczeń, do których spełnienia zobowiązują się wobec siebie kontrahenci. Tymczasem przecież prawo polskie nie przyjmuje, tak jak to czyni się np. w prawie austriackim koncepcji zwanej pod nazwą *iustum pretium*, a i tam doznaje ona licznych ograniczeń. Oczywiście, ekwiwalencja świadczeń stanowi pewien model, który odpowiada tzw. teorii sprawiedliwości kontraktowej. Wymóg ten nie stanowi jednak w żadnym razie warunku ważności umowy. Dobitnym tego przykładem jest choćby regulacja wyzysku. Jak wiadomo jest on ukształtowany w prawie polskim jako przypadek ograniczający zasadę autonomii woli stron. Uzasadnienie utrudnienia dostępu do rynku odwołujące się do braku ekwiwalencji świadczeń stron umowy prowadzi w istocie do zakwestionowania zasady swobody stron w kształtowaniu wiążącej je umowy. Ograniczenie to nie znajduje przy tym żadnego sensownego usprawiedliwienia. Nie jest nim przecież nadużycie dominującej pozycji stron, skoro zbadanie tej okoliczności nie poprzedza w praktyce zastosowania wspomnianego przepisu. Trudno znaleźć zatem powody, dla których w obszarze prawa konkurencji postulat ekwiwalencji świadczeń nabiera tak fundamentalnego, przesądzającego o ważności umowy, znaczenia. Poza tym również z innych powodów argument odwołujący się do braku ekwiwalentności świadczeń w celu uzasadnienia nieuczciwości wydaje się być chybiony. Przyjrzyjmy się bowiem nieco uważniej mechanizmowi, na którym opierają się omawiane postanowienia umowne. Na marginesie zaznaczmy, że dla interesującej nas kwestii bez znaczenia pozostaje to, czy zawarto jedną umowę o mieszanym charakterze, czy też pozycję prawną stron wyznacza kilka różnych, powiązanych ze sobą wspólnym celem gospodarczym umów¹⁵. Za zawodne uważam również przywiązywanie nadmiernej wagi do określenia marża handlowa, które, na co słusznie zwraca uwagę SN najwyższy jest pojęciem nieostrym¹⁶. Uważam bowiem, że z ekonomicznego punktu widzenia „opłata półkowa” stanowi element podlegającej negocjacji ceny. Rozbicie jej na poszczególne, ujęte pod różnymi nazwami elementy, z punktu widzenia interesów ekonomicznych stron umowy nie ma zasadniczego znaczenia, a w każdym razie pozostaje bez wpływu na ostateczny bilans. Podejmowanie próby ustalenia, jaki typ opłat miesi się w zakresie uzasadnionym poniesionymi kosztami i oczekiwanymi zyskami musi być z góry skazane na niepowodzenie, dla tej prostej przyczyny, że w gospodarce rynkowej nie określa się pułapu „uczciwego”, a przez to dopuszczalnego zysku. Podobnie wygląda spraw z szacunkiem poniesionych kosztów

¹⁵ Por. W.J. Kocot, A. Stokłosa, PPH

¹⁶ Por. orzeczenie SN z dnia 20.02.2014 (ICSK 236/13), w którym dostrzec można pewną zmianę w porównaniu do dotychczas zajmowanego stanowiska judykatury.

przez sieci wielkopowierzchniowe¹⁷. W istocie więc z ekonomicznego punktu widzenia sprawa przedstawia się w sposób następujący: Załóżmy na przykład, że ustalona cena za jedną sztukę towaru będzie wynosiła 10 zł. Zgodnie z przyjętą wykładnią art. 15 ust. 1 pkt.4 zakazane jest natomiast posłużenie się formułą: 12 zł (tytułem ceny) - 2 zł (tytułem opłat półkowych (= 10zł)). Widać zatem wyraźnie, że nie o brak ekwiwalencji świadczeń zatem chodzi, lecz o sposób ustalenia wysokości należnych poszczególnym stronom świadczeń.

c)

W literaturze przedmiotu podnosi się, że nieuczciwe utrudnianie tworzą dwa elementy: subiektywny oraz obiektywny. Pierwszy z nich wyraża się w celowości działania. Innymi słowy, stan utrudnienia wymaga ze strony sprawcy działania celowego, nakierowanego na wyeliminowanie konkurenta lub przynajmniej na osłabienie jego zdolności pozyskiwania klientów. Wymóg ten niektórzy komentatorzy utożsamiają z winą umyślną, co nie wydaje się być słuszne¹⁸. Należy odróżnić bowiem te elementy subiektywne, które współtworzą znamiona czynu zabronionego od wymogu winy, jako przesłanki odpowiedzialności cywilnej¹⁹. Jak wiadomo, art. 15 ustawy o znk nie przesądza w sposób jednoznaczny analizowanej kwestii. Nie ma w nim bowiem mowy o tym, że sprawca opisanego w nim czynu powinien działać celowo. Istotną wskazówką jest jednak to, że wspomniany przepis zakotwicza zakazany czyn „utrudniania” w stosunkach konkurencji. Z ustępu pierwszego wynika bowiem, że jako czyn nieuczciwej konkurencji postrzegane jest utrudnianie dostępu do rynku innemu przedsiębiorcy. Zostawmy na boku rozważania dotyczące zasadności formułowania na tle obowiązującej ustawy przesłanki tzw. stosunku konkurencji²⁰. Nie ulega jednak wątpliwości, że dla postawienia zarzutu popełnienia aktu nieuczciwej konkurencji konieczne jest wskazanie wobec kogo czyn ten został popełniony. Jest zrozumiałe, że nie może być mowy o nieuczciwej konkurencji bez ustalenia więzi konkurencyjnej, tj. ustaleniem względem jakiego podmiotu podjęto „nieuczciwe” metody współzawodnictwa. Poza sporem wydaje się to, że zarzucany czyn musi być działaniem podjętym w celu konkurencji²¹. Wymóg ten wynika nie tylko z treści powołanego wyżej zdania pierwszego ust. 1 art. 15, ale

¹⁷ Por ciekawe uwagi W. J. Kocot, A. Stokłosa, op cit, s. 16

¹⁸ Dyskusja na temat charakteru cechy „celowości” utrudniania toczy się w szczególności w nauce niemieckiej;

¹⁹ Na marginesie warto zaznaczyć, że w literaturze przedmiotu przyporządkowuje się omawiany element subiektywny do pojęcia dobrych obyczajów. Tytułem przykładu orzecznictwo austriackie zajmowało takie stanowisko na przykład w związku z bojkotem, blokadą dostaw, zaniżaniem cen czy sprzedażą po cenach poniżej kosztów własnych. W tych przypadkach dla postawienia zarzutu "sprzeczności z dobrymi obyczajami" wymagano zamiaru zniszczenia konkurenta. Również w prawie niemieckim o nieuczciwym utrudnianiu mówi się dopiero wówczas, gdy przyjmuje ono postać zachowania celowego Por bliżej na ten temat B. Gadek

²⁰ W tym względzie nie można zgodzić się z J. Szwejną

²¹ Patrz na ten temat: B. Giesen, w: System Prawa Prywatnego, Prawo Konkurencji t. 15, pod. red. M. Kępińskiego, s. 67 i n.

również z ujętej w art. 3 definicji czynu nieuczciwej konkurencji. Przypomnijmy, jest nim takie działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wobec tego powstaje pytanie, komu to, tzn. jakiemu przedsiębiorcy utrudniania się dostępu do rynku, pobierając opłaty w zamian za przyjęcie towarów do sprzedaży. Przecież chyba nie powodom, w tym licznych sprawach, które do tej pory były przedmiotem rozstrzygnięć sądowych, skoro im właśnie umożliwiono dostęp do szerokiego kręgu odbiorców, dzięki temu, że sklepy wielkopowierzchniowe dysponują zwykle znacznie większymi możliwościami dotarcia do klientów, aniżeli ich kontrahenci rynkowi. Na marginesie warto odnotować, że w tym punkcie ujawnia się znaczenie, które nadaje się pojęciu „utrudnianie dostępu do rynku”. Pojmując je wąsko – jako stan uniemożliwiający innemu przedsiębiorcy konfrontację rynkową oferowanych towarów lub usług, nie sposób objąć jego zakresem praktyk, których dopuszczają się duże sieci handlowe wobec dostawców towarów²². Inaczej będzie natomiast wówczas, gdy posłużymy się pojęciem bardziej ogólnym takim jak na przykład to przyjmowane w prawie niemiecki, gdzie przez utrudnianie rozumieć taką sytuację, w której przedsiębiorców oddziałuje w sposób negatywny na konkurencyjny potencjał swojego konkurenta²³. Pozostawmy jednak tę sprawę na boku, nie ma ona bowiem decydującego znaczenia dla poruszanych zagadnień.

d)

Na koniec pozostaje jeszcze odnieść się do pytania, czy nieuczciwość utrudniania można uzasadnić odwołując się do argumentu o ograniczeniu wolności w procesie zawierania umowy. Kwestia ta nabiera znaczenie, jeśli się zważy na fakt, że takie właśnie przekonanie wydaje się leżeć u podłoża wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zgodności z konstytucją art. 15 ust. 1 pkt. 4 ustawy o znk. Na stronie 18 uzasadnienia czytamy, że :”Na gruncie zaskarżonego przepisu za utrudniające dostęp do rynku należy zawsze uznać te świadczenia, od których uzależniona jest możliwość kontraktowania lub zawarcia umowy *per se*. Świadczeniom tego rodzaju nie towarzyszy bowiem żadne świadczenie wzajemne przedsiębiorcy o silniejszej pozycji rynkowej. Sama zdolność lub gotowość kontraktowania takiego przedsiębiorcy nie może być zaś postrzegana jako świadczenie wzajemne w systemie

²² Zgodnie z utrwalonym poglądem doktryn o utrudnianiu może być mowa wówczas, gdy podejmowane są działania, „...które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług), w efekcie czego swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich działalności gospodarczej ulega ograniczeniu” (T. Skoczny, w: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Komentarz, pod red. J. Szwaji, Warszawa 2000, s. 388).

²³ V. Emmerich, op cit.

prawnym opartym na równości kontraktujących podmiotów oraz realizujący wymogi społecznej gospodarki rynkowej”.

Przywołany fragment uzasadnienia wyroku dowodzi, iż Trybunał Konstytucyjny, wyjaśniając pojęcie „nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku” odwołuje się do kategorii przymusu gospodarczego, w którym są, a w każdym razie mogą się znaleźć, partnerzy handlowi sklepów wielkopowierzchniowych. Argument ten sam w sobie jest zrozumiały. Ingerencja w sferę stosunków umownych jest bez wątpienia uprawniona jeśli zagrożone są wartości chronione Konstytucją, w omawianej sprawie przywrócenie naruszonej równowagi pomiędzy stronami²⁴. Wydaje się jednak, że w interesującej nas sytuacji pobierania tzw. „opłat półkowych” tego typu ingerencja nie przyniesie pożądanego efektu. Trybunał w uzasadnieniu swojego wyroku wychodzi z założenia, iż przymus zawarcia umowy, w której umieszczono sporne postanowienie, prowadzi do naruszenia równowagi kontraktowej, i to ten argument wydaje się mieć przesądzające znaczenie o uznaniu omawianej klauzuli za niedozwoloną. Sytuacja, w której tego typu zastrzeżenie umowne prowadzi do naruszenia równowagi kontraktowej może w istocie mieć miejsce. Trzeba jednak zauważyć, że owa równowaga może zostać naruszona również za sprawą innego typu postanowień umownych. Taki sam, jeśli nie bardziej dotkliwy, efekt nastąpi na przykład w przypadku narzucenia ceny zakupu towarów albo innych warunków umowy. Trybunał nie wskazuje przekonywających powodów, dla których postanowienie o „opłatach półkowych” należy traktować inaczej, surowiej niż inne tego typu postanowienia umowne. Mówiąc inaczej, w uzasadnieniu wyroku nie wskazano na czym polega jego nieuczciwość w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Kładąc nacisk wyłącznie na zachwianą równowagę kontraktową Trybunał w istocie nie przyczynia się do wyjaśnienia problemu wykładni spornego przepisu. Nie odpowiada bowiem na zasadnicze pytanie, dlaczego dla wyrównania naruszonej równowagi kontraktowej nie wystarczają przepisy prawa o ochronie konkurencji i konkurentów oraz przepisy kodeksu cywilnego. Nietrudno zauważyć, że tak pojmowane „utrudnianie dostępu do rynku” odrywa się w swym znaczeniu od sensu prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie jest ono bowiem wymierzone w „nieuczciwość” postępowania, lecz w swobodę decydowania o zawarciu umowy i jej treści. Być może nawet dla ingerencji w sferę wolności kontraktowania, której dokonuje Trybunał, można byłoby znaleźć uzasadnienie, gdyby przynajmniej zastosowane rozwiązanie było efektywne. Tak jednak nie

²⁴ W uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego czytamy: „ Nie można też tracić z pola widzenia, że istnieje taki typ formalnych ograniczeń wolności umów, którego celem nie jest ograniczenie autonomii woli stron zawierających umowę, a wręcz przeciwnie, są one motywowane zamiarem przywrócenia osłabionej, ze względu na nierównorzędną *de facto* pozycję stron umowy, równowagi kontraktowej”, s. 17 uzasadnienia.

jest z tej prostej przyczyny, że gospodarka, choć „społeczna” ma pozostać jednak „rynkowa”, a to oznacza, że o sytuacji stron w stosunkach kontraktowych będzie decydowała przede wszystkim ich pozycja gospodarcza. Przenoszenie ryzyka sprzedaży towarów na partnera handlowego jest immanentną cechą gry rynkowej i, jako takie, nie może być poczytane za nieuczciwe. Nieuczciwe nie jest również jednostronne określenie należnego świadczenia przez jedną ze stron. Oczywiście, praktyka ta może przedstawiać zjawisko niepożądane. Będzie tak wówczas, gdy jest ona wynikiem dominującej pozycji na rynku. Przeciwdziałanie i zwalczanie tego zjawiska leży jednak w obszarze prawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zaś prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

III. Wnioski

Przedstawione rozważania prowadzą do wniosku, że dla uzasadnienia nieuczciwości omawianej klauzuli nie wystarcza ani sam fakt jej zastrzeżenia, ani brak ekwiwalencji świadczeń, ani nawet przymusowe położenie gospodarcze, w którym tkwi partner handlowy. W czym tkwi zatem nieuczciwość utrudniania, o której mowa w art. 15 ust. 1 pkt. 4 ustawy o znk? Wydaje się, że należy dopatrywać się jej w celowym, negatywnym oddziaływaniu na konkurencyjny potencjał konkurenta. Nie chodzi przy tym o zachowania uzasadnione regułami dozwolonej gry rynkowej, ale o takie postępowanie, które nakierowane są na wyeliminowanie z rynku konkretnego podmiotu. W tym ujęciu żądanie zastrzeżenia obowiązku zapłaty „opłat półkowych” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wówczas, gdy formułowane jest jedynie wobec „wybranych”, nie zaś wszystkich przedsiębiorców, brak przy tym obiektywnych powodów, uzasadniających zróżnicowane traktowanie konkurujących ze sobą podmiotów.