

## Oplaty półkowe a mechanizmy cenotwórcze

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Swoboda kształtowania cen
- III. Bezwarunkowe opusty i opłaty procentowe
- IV. Wynagrodzenie za usługi określone ułamkiem obrotu
- V. Bezwarunkowe opłaty stałe
- VI. Opłaty docelowe
- VII. Ocena bezwarunkowych opłat stałych na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk
- VIII. Podsumowanie

### Streszczenie

Wynikający z art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zakaz pobierania opłat półkowych jest przez polskie orzecznictwo interpretowany zbyt szeroko. Jako opłaty półkowe niesłusznie kwalifikuje się świadczenia, które są przede wszystkim sposobem kształtowania ceny i które z reguły nie są ani szkodliwe, ani nieuczciwe. Do grupy bezpodstawnie piętnowanych mechanizmów cenotwórczych należą opłaty określone ułamkiem wartości obrotu (opłaty procentowe) oraz opłaty należne po osiągnięciu określonego poziomu sprzedaży (opłaty docelowe). Desygnatami hipotezy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk mogą być opłaty stałe, jednak nawet one nie zawsze skutkują nieuczciwym utrudnieniem dostępu do rynku.

**Słowa kluczowe:** opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży; opłaty półkowe; cena; rabaty; opusty; premie; bonusy; wynagrodzenie za usługi sieci handlowych; opłaty stałe; opłaty procentowe.

### I. Wprowadzenie

Zakaz pobierania opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży wyrażony w art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: uznk) stał się bardzo popularny. W sądach toczą się setki spraw, a na rzecz dostawców zasądzone są miliony złotych. W moim przekonaniu, po pierwsze, istnieją poważne argumenty przemawiające za tym, że opłaty półkowe poprawiają efektywności łańcucha dystrybucji, a całkowity zakaz ich pobierania szkodzi konsumentom<sup>1</sup>. Po drugie, przy dominującej obecnie interpretacji sądowej przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk eliminuje

\* Aplikant adwokacki, członek Sekcji Własności Intelektualnej Instytutu Allerhanda, pracownik kancelarii Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy; e-mail: maciej.marek@gmail.com.

<sup>1</sup> K. Sudhir, V.R. Rao, *Do Slotting Allowances Enhance Efficiency or Hinder Competition?*, „Journal of Marketing Research” 2006, No. 2, s. 137; M. Marek, *Opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2012, nr 2.

z obrotu zjawiska, które z opłatami półkowymi mają niewiele wspólnego – również takie, które w żaden istotny sposób nie różnią się od prostego obniżenia ceny hurtowej. Celem niniejszego artykułu jest odróżnienie zakazanych mocą art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży od dozwolonych mechanizmów cenotwórczych oraz identyfikacja okoliczności, które powinny mieć wpływ na prawną ocenę opłat półkowych na gruncie tego przepisu.

## II. Swoboda kształtowania cen

Poszukując prawidłowej wykładni art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, należałoby wyjść od stwierdzenia, że wymieniony przepis nie może służyć kontroli wysokości cen. Wskazuje na to już wykładnia językowa. Zgodnie z brzmieniem przepisu zakazane jest pobieranie „innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży”. Przymykając oko na gramatyczną niefrasobliwość tego sformułowania (błędnie sugeruje ono, że odbiorca osiąga marżę, przyjmując towar do sprzedaży, podczas gdy w rzeczywistości marżę generuje dopiero dalsza sprzedaż towaru), można z niego wywieść, że – zdaniem ustawodawcy – źródłem zysku sprzedawcy detalicznego nie powinny być „inne niż marża opłaty” wnoszone przez dostawców, sprzedawca detaliczny może jednak osiągać zyski z różnicy pomiędzy ceną, za jaką sprzedaje towar a kosztami jego pozyskania, tj. z marży<sup>2</sup>. Kształtowanie ceny hurtowej, np. negocjowanie obniżki czy opustów<sup>3</sup>, pozostaje więc poza zakresem hipotezy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Akceptacja odmiennego poglądu czyniłaby zresztą z omawianego przepisu furtkę do powszechnej kontroli cen w dowolnych umowach sprzedaży w obrocie profesjonalnym, co stanowiłoby dalece nieproporcjonalną ingerencję w wolność działalności gospodarczej i nie byłoby akceptowalne także ze względów funkcjonalnych.

W konsekwencji większość autorów słusznie uznaje, że 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie uprawnia do badania wysokości ceny i trafnie zwraca uwagę, że dotyczy to również sytuacji gdy cena nie została wskazana wprost, lecz przez podanie sposobu jej obliczenia<sup>4</sup>. W praktycznym zastosowaniu tego niewątpliwie słusznego stwierdzenia występują jednak trudności. Obok prostych obniżek czy opustów w kontraktach sieci handlowych z dostawcami często występują rozmaite świadczenia (nazywane „rabatem”, „premią”, „bonusem”, „wynagrodzeniem” etc.) przyjmujące formę opłat<sup>5</sup>. Kiedy odbiorca płaci dostawcy cenę za dostarczony towar, a dostawca na podstawie tej samej umowy uiszcza na rzecz odbiorcy określoną opłatę, to – z ekonomicznego punktu widzenia – cena ulega obniżeniu o wartość opłaty, jaką dostawca płaci odbiorcy. Opłata uiszczana przez sprzedawcę na rzecz kupującego w mniejszym lub większym stopniu kształtuje więc efektywną cenę towaru. W związku z tym w praktyce stosowania art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk często powstaje pytanie, gdzie kończy się dozwolone kształtowanie ceny, a zaczyna niedozwolone pobieranie opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży.

Brzmienie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie daje na to pytanie odpowiedzi. W szczególności niewystarczające wydaje się zastrzeżenie, że zakazane jest pobieranie opłat „innych niż marża”, ponieważ dodatkowo świadczenia uzyskiwane przez odbiorcę mogą – jak już wspomniano – efektywnie

<sup>2</sup> Podobnie P. Węc, *Dopuszczalność stosowania bonusów (premiów pieniężnych), opustów i rabatów w świetle przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 2, s. 57.

<sup>3</sup> To jest obniżek kwoty, jaką odbiorca zobowiązany jest uiszczyć dostawcy tytułem ceny za dostarczony towar.

<sup>4</sup> Tak np. J. Sroczyński, *Rabat retroaktywny a tzw. opłata półkowa: potrzeba racjonalizacji*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 2, s. 89; P. Węc, *Dopuszczalność stosowania...*, D. Wolski, *Wybrane zagadnienia na tle orzeczeń dotyczących opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 2, s. 29; oczywiście nie oznacza to, że postanowienia określające cenę nie mogą podlegać weryfikacji na podstawie innych przepisów, np. na podstawie art. 9 uokk.

<sup>5</sup> Tzn. polegają na zobowiązaniu się dostawcy do uiszczenia określonej kwoty na rzecz odbiorcy.

obniżać cenę towaru i wpływać na marżę osiąganą przy sprzedaży dalszym nabywcom. Niewiele w tym zakresie wnosi stwierdzenie, że zakazane są opłaty „za przyjęcie towaru do sprzedaży”, ze względu na zasadnicze trudności z jego interpretacją. Stosując tę przesłankę, sądy koncentrują się często na ustaleniu czy zgoda na opłatę była warunkiem zawarcia umowy<sup>6</sup>. Jednakże w typowej sytuacji wszystkie postanowienia umowy, które mają dla stron istotne znaczenie gospodarcze, są warunkiem jej zawarcia. Dotyczy to zwłaszcza postanowień kształtujących cenę, z reguły nie jest bowiem dla odbiorcy obojętne czy dostawca udzieli, czy też nie udzieli mu określonego rabatu. Do odróżnienia opłat półkowych i mechanizmów cenotwórczych nie przybliży też badanie czy świadczenie dostawcy miało swój odpowiednik w ekwiwalentnym świadczeniu kupującego. Abstrahując od tego, że obiektywne porównanie ekwiwalentności świadczeń dostawcy i odbiorcy jest z reguły niemożliwe<sup>7</sup>, mechanizmy cenotwórcze – zwłaszcza w swej tradycyjnej postaci (np. opusty) – nie muszą mieć żadnego odpowiednika w świadczeniu drugiej strony.

Sądzę, że dla odróżnienia zakazanych opłat półkowych od dozwolonych mechanizmów cenotwórczych konieczne jest odwołanie się do funkcjonalnej i prokonstytucyjnej wykładni art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Wykładnia funkcjonalna nakazuje przyjąć, że art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie dotyczy świadczeń, które wyłącznie lub w przeważającej mierze pełnią funkcję mechanizmów cenotwórczych. Jeśli bowiem *ratio legis* art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie jest kontrola cen, to nie może nim być również walka z postanowieniami umownymi, których jedyną lub zasadniczą funkcją jest właśnie kształtowanie ceny. Do tego samego wniosku prowadzi wykładnia uwzględniająca konstytucyjną zasadę równości. Według Trybunału Konstytucyjnego istotą zasady równości jest to, że wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo, a wszelkie odstępstwa od tego powinny znajdować podstawę w odpowiednio przekonujących kryteriach, zwłaszcza kryterium racjonalności, proporcjonalności i sprawiedliwości<sup>8</sup>. Odmienne traktowanie prostej obniżki ceny oraz postanowień, które są ekonomicznie równoważne prostemu obniżeniu ceny nie jest racjonalne, proporcjonalne ani sprawiedliwe. Artykuł 15 ust. 1 pkt 4 uznk, wykładany celowościowo i w zgodzie z zasadą równości, nie dotyczy więc postanowień określających cenę oraz innych postanowień umownych, które nie różnią się w sposób istotny od postanowień określających cenę.

Jednocześnie nie powinno być wątpliwości, że o tym czy określone świadczenie różni, czy nie różni się istotnie od postanowień kształtujących cenę nie może decydować nazwa<sup>9</sup>, lecz jego ekonomiczne właściwości. Jeśli z ekonomicznego punktu widzenia określone świadczenie nie różni się w istotny sposób od prostej obniżki ceny, to nie mieści się ono w hipotezie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Jeśli istotne różnice występują, świadczenie może (choć nie musi – zależy to od spełnienia pozostałych przesłanek przepisu) być zakwalifikowane jako niedozwolona opłata za przyjęcie

<sup>6</sup> Zob. np. wyr. SA w Poznaniu z dnia 9 października 2012 r., I ACa 694/12; wyr. SA w Poznaniu z dnia 13 listopada 2008 r., I ACa 718/08.; wyr. SA w Warszawie z dnia 24 października 2013 r., I ACa 748/13; wyr. SA w Rzeszowie z dnia 20 grudnia 2012 r., I ACa 413/12.

<sup>7</sup> D. Wolski, *Wybrane zagadnienia...*, s. 39; por. także M. Modzelewska de Raad, P. Karolczyk, „Opłaty półkowe” – między reżimem prywatno- i publicznoprawnym – polemika systemowa, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 2, s. 21, które wskazują na nieporównywalność marketingu sieciowego i tradycyjnych form marketingu.

<sup>8</sup> Wyr. TK z 16 grudnia 1997 r., K 8/97, OTK 1997, Nr 5-6, poz. 70, s. 553–554.

<sup>9</sup> Tak np. G. Kaniecki, „Opłaty półkowe” z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 2; choć sądy z reguły deklarują, że nazewnictwo nie ma znaczenia, niekiedy zdają się przywiązywać do niego dużą wagę, zob. np. Wyr. SA w Warszawie z 27.09.2013 r., I ACa 347/13: „Nasuwa się uwaga, że skoro cenę towaru nazwano w umowie ceną towaru, a nie np. jakąś wartością, walem czy inaczej, to nie istniały przyczyny, dla których części marży nie należało nazwać w umowie zwyczajnie częścią marżą, a nie premią pieniężną, a w tym procesie – ilościowym rabatem retroaktywnym. [...] Premia pieniężna przewidziana została w art. 19 umowy ramowej i w żadnym zdaniu nie nazywa jej się upustem czy rabatem (k. 37)”.

towaru do sprzedaży. Poniżej scharakteryzowano kilka kategorii świadczeń pojawiających się w umowach z dostawcami, które przez orzecznictwo lub doktrynę bywają kwalifikowane jako opłaty półkowe. Celem poniższej analizy jest ustalenie, które z nich – z ekonomicznego punktu widzenia – różnią się, a które nie różnią się istotnie od prostej obniżki ceny, a wobec tego które z nich – w świetle celowościowej i prokonstytucyjnej wykładni art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk – mogą, a które nie mogą być uznane za opłaty półkowe.

### III. Bezwarunkowe opusty i opłaty procentowe

Oprócz określenia jednostkowej ceny towaru oraz kwotowej lub procentowej obniżki ceny jednostkowej w umowach z dostawcami pojawiają się postanowienia przewidujące bezwarunkowe<sup>10</sup> opusty określone ułamkiem wartości obrotu (np. „Dostawca udziela Odbiorcy opustu w wysokości 10% od ceny wskazanej w cenniku”).

Hipoteza art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk wspomina jedynie o „opłatach”. Ponieważ omawiany przepis stanowi wyjątek od zasady swobody działalności gospodarczej, nie można interpretować go rozszerzająco. Już literalna wykładnia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nakazuje zatem przyjąć, że opust procentowy nie może podlegać weryfikacji na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Niezależnie od tego należy zauważyć, że z ekonomicznego punktu widzenia opust procentowy nie różni się od prostej obniżki ceny. Udzielenie opustu w wysokości 10% wartości obrotu jest równoznaczne z obniżeniem ceny jednostkowej o 10%. Choć pierwsze sformułowanie odnosi się do całości obrotu, a drugie – do ceny jednostkowej, ekonomiczny efekt obu jest identyczny. Niezależnie od wielkości obrotu cena jednostkowa oraz cena ostateczna będą bowiem w obu przypadkach niższe o 10%. Bezwarunkowe opusty procentowe stanowią więc jedynie mechanizm kształtowania ceny towaru. Są one klasycznym przykładem mechanizmów cenotwórczych.

W praktyce obrotu korzyści pieniężne zastrzeżone na rzecz odbiorcy często przyjmują jednak formę opłaty, tj. zobowiązania do zapłaty na rzecz odbiorcy określonego świadczenia pieniężnego (nazywanego np. „opłatą”, „premią”, „bonusem”)<sup>11</sup>. Okoliczność, że korzyść odbiorcy przyjęła formę opłaty (a nie opustu) stanowi często przyczynę uznania jej za zakazaną opłatę półkową<sup>12</sup>. Nie ma racjonalnych podstaw do zaakceptowania takiego stanowiska.

Pomiędzy opłatą procentową a opustem procentowym zachodzą różnice, jednak są one niewielkie. Zastrzeżenie na rzecz odbiorcy towaru opłaty procentowej formalnie nie obniża ceny jednostkowej ani całkowitej, jednak w majątku odbiorcy powstaje wówczas wierzytelność pieniężna o wartości odpowiadającej kwocie opustu (jeśli opust i opłata są określone tym samym ułamkiem). Po jej zaspokojeniu majątki stron znajdują się w takim stanie, w jakim znalazłyby się, gdyby zamiast opłaty dostawca udzielił odbiorcy opustu. W przypadku opłaty – inaczej niż przy opuszczeniu – chwila zapłaty za dostarczony towar nie musi się pokrywać z chwilą uzyskania korzyści przez odbiorcę. Różnica ta zaciera się jednak w praktyce, wykonanie zobowiązania do uiszczenia

<sup>10</sup> To jest takie, które nie zostały uzależnione od warunku, w szczególności od osiągnięcia określonego poziomu obrotów.

<sup>11</sup> W języku angielskim na określenie opustu używa się terminu *discount*, natomiast opłaty uiszczane przez sprzedawcę na rzecz kupującego i służące efektywnemu obniżeniu ceny określa się mianem *rebates*. Ponieważ w języku polskim zakres znaczeniowy pojęcia „rabat” nie jest precyzyjnie ustalony, w niniejszej publikacji unikam jego używania.

<sup>12</sup> „Wywód pozwanej [...], iż przyjęty sposób naliczania prowadził tylko do korekty uprzednio wystawionych faktur – ceny w nich ujętej, jak też upraszczał wzajemne rozliczenia stron w zakresie regulowania ceny za dostarczany pozwanej towar, a więc wsparty był względami praktycznymi, głównie o charakterze podatkowym – nie uwzględnia okoliczności sprawy, które wskazują na to, iż dochodziło do wzajemnego spełnienia świadczenia pomiędzy stronami z tytułu umowy sprzedaży (poza sporem), a następnie do spełniania przez dostawcę na rzecz pozwanej świadczenia pieniężnego – już bez tytułu mającego swe źródło w jakimkolwiek zobowiązaniu.” (Wyr. SA w Warszawie z 27.09.2013 r., I ACa 347/13).

opłaty z reguły nie następuje bowiem poprzez zapłatę umówionej kwoty, lecz przez potrącenie należności odbiorcy z tytułu opłaty z należnościami dostawcy z tytułu ceny sprzedaży towarów. Bezwarunkowe opłaty procentowe i opusty procentowe są więc bardzo do siebie podobne. Różnice między nimi nie dają podstaw do przyjęcia, że któreś jest mniej uczciwe albo że bardziej niż inne utrudnia dostęp do rynku<sup>13</sup>. Obie kategorie korzyści pieniężnych wywołują skutki bardzo podobne do obniżenia ceny jednostkowej.

Bezwarunkowe opłaty i opusty procentowe są więc przede wszystkim sposobem kształtowania ceny towaru. Funkcjonalna wykładnia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk oraz wzgląd na konstytucyjną zasadę równości nakazują przyjąć, że pozostają one poza zakresem hipotezy tego przepisu. Wskazuje się na to w doktrynie<sup>14</sup>, jednak orzeczeń, w których to dostrzeżono, jest wciąż niewiele<sup>15</sup>. Nadzieję na zmianę kierunku orzecznictwa daje wyrok SN z 20 lutego 2014 r., I CSK 236/13, w którym trafnie wskazano, że „konstrukcyjnie upust cenowy i premia pieniężna [...] odpowiadały pojęciu tzw. rabatu posprzedazowego i prowadziły do obniżenia przez powoda ceny dostarczanych towarów”<sup>16</sup>.

#### IV. Wynagrodzenie za usługi określone ułamkiem obrotu

Wiele (być może większość) opłat zastrzeganych na rzecz odbiorców stanowią opłaty, które są powiązane ze zobowiązaniem odbiorcy (np. sieci handlowej) do świadczenia na rzecz dostawcy określonych usług (np. usług promocyjnych, marketingowych, logistycznych). Orzecznictwo bardzo nieufnie podchodzi do tego rodzaju świadczeń, ponieważ – zgodnie z konwencjonalną wiedzą – promocją, marketingiem czy logistyką zakupionych towarów powinien zajmować się podmiot, który je zakupił. W rozważaniach teoretycznych sądy nie wykluczają, że w konkretnym przypadku pobranie od dostawcy opłaty za usługi mogłoby zostać uznane za dozwolone, jednak katalog okoliczności, które o tym decydują, nie jest precyzyjnie określony. Deklarowana w uzasadnieniach możliwość wykazania, że wynagrodzenie za usługi nie jest opłatą półkową pozostaje teoretyczna, a postulat pewności prawa jest daleki od realizacji.

Oferowanie przez odbiorców szeregu usług dla dostawców jest nieodłącznym elementem nowoczesnego handlu<sup>17</sup>, a czynienie z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk konkurencyjnej wobec art. 471 k.c. podstawy dochodzenia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania – z nieporównywalnie mniej wymagającymi przesłankami i znacznie silniejszym skutkiem (powód otrzymuje zwrot całego wynagrodzenia, a nie tylko wartość szkody) – nie znajduje oparcia w brzmieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Analiza przyczyn i skutków opłat za usługi świadczone na rzecz dostawcy wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania. Dla jego celów istotne jest przede wszystkim, że wysokość wynagrodzenia za usługi jest często definiowana jako określony ułamek wartości obrotu (określony procent wartości obrotu), co silnie upodabnia je do opustu procentowego. Niestety procentowy charakter wynagrodzenia orzecznictwo traktuje jako dodatkowy argument za uznaniem, że – ze względu na brak dostatecznego powiązania wysokości

<sup>13</sup> Tak również G. Kaniecki, „Opłaty półkowe”..., s. 47.

<sup>14</sup> Ibidem, s. 48.

<sup>15</sup> Wśród chlubnych wyjątków można wymienić wyr. SA w Gdańsku z 19.06.2012 r., V ACa 320/12, oraz wyr. SA w Warszawie z 10.04.2013 r., I ACa 1173/12.

<sup>16</sup> Wyr. SN z 20.02.2014 r., I CSK 236/13, Legalis nr 993187.

<sup>17</sup> M. Modzelewska de Raad, P. Karolczyk, „Opłaty półkowe”..., s. 21.

wynagrodzenia z kosztami świadczenia usługi – wynagrodzenie jest opłatą półkową<sup>18</sup>. Wskazane stanowisko nie jest prawidłowe.

Po pierwsze, prawo nie wymaga kalkulowania cen w oparciu o wysokość kosztów<sup>19</sup>. Nie wymaga również, aby usługi były sprzedawane po kosztach ich wytworzenia. Przedsiębiorcy z reguły nie przedkładają swoim kontrahentom sposobu kalkulacji ceny. Cena nie jest bowiem wynikiem określonego działania matematycznego, lecz aktualnego stanu popytu i podaży. Dostawcy również nie przedstawiają sieciom handlowym żadnej kalkulacji cen sprzedawanych przez nich towarów, lecz po prostu przedkładają swój cennik, na który sieć handlowa może przystać lub nie.

Po drugie, koszty wielu rozliczanych w ten sposób usług (np. usług logistycznych) rosną wraz z wielkością obrotu. Opłata stanowiąca ułamek obrotu będzie w takim przypadku silniej powiązana z kosztami niż opłata stała.

Po trzecie, jak już wskazano, zastrzeżenie na rzecz sprzedawcy detalicznego świadczenia stanowiącego określony procent wartości obrotu nie różni się w istotny sposób od prostej obniżki ceny towaru<sup>20</sup>, nie podlega więc badaniu na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Powiązanie go z obowiązkiem świadczenia usług po stronie sieci trudno uznać za okoliczność uzasadniającą zmianę oceny prawnej. Wedle dominującego poglądu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk służy ochronie dostawców. Sytuacja, w której dostawca musi uiszczyć „premię” czy „bonus” bez zobowiązania po stronie sieci jest dla niego mniej korzystna, niż uiszczenie „wynagrodzenia” w tej samej wysokości w zamian za zobowiązanie po stronie sieci do świadczenia określonych usług<sup>21</sup>. W tym drugim przypadku dostawca płaci bowiem tyle samo i ponosi takie samo ryzyko, może natomiast domagać się wykonania zobowiązania lub naprawienia szkody wynikłej z jego niewykonania.

Jak wspomniano na wstępie odstępstwa od konstytucyjnej zasady równości powinny znajdować uzasadnienie w kryteriach racjonalności, proporcjonalności i sprawiedliwości. Skoro art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie znajduje zastosowania do opłat procentowych, to jego stosowanie do opłat procentowych stanowiących wynagrodzenie za usługi nie byłoby racjonalne, proporcjonalne ani sprawiedliwe. Różnica pomiędzy opłatami procentowymi a procentowym wynagrodzeniem za usługi nie jest różnicą relewantną z punktu widzenia stosowania art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, polega bowiem na tym, że ujęcie procentowej opłaty jako wynagrodzenia za usługi jest korzystniejsze dla dostawców. Artykuł 15 ust. 1 pkt 4 uznk wykładany przez pryzmat konstytucyjnej zasady równości nie znajduje więc zastosowania do żadnego z wymienionych rodzajów świadczeń.

Oceniając wynagrodzenie za usługi świadczone na rzecz dostawców, sądy powszechne powołują się niekiedy na sposób ich fakturowania. Sądy administracyjne stoją obecnie na stanowisku, że premie pieniężne udzielane nabywcy z tytułu osiągnięcia określonego poziomu obrotów albo terminowej płatności są – niezależnie od nazwy – obniżką ceny sprzedaży i powinny

<sup>18</sup> Zob. np. Wyr. SA w Warszawie z 28.10.2011 r., VI ACa 392/11, w którym sąd stwierdził, że opłaty za usługi logistyczne były opłatami za przyjęcie towaru do sprzedaży, ponieważ opłata transportowa była uzależniona od wielkości obrotów, a nie od gabarytów transportowanych towarów; w wyr. z 22.02.2013 r., I ACa 790/12, SA w Warszawie stwierdził, że w jego ocenie „procentowe ustalanie wysokości opłat świadczy zwykle o braku ekwiwalentności świadczeń.”; podobnie wyr. SA w Gdańsku z 09.01.2013 r., I ACa 750/12; wyr. SA w Krakowie z 08.02.2013 r., I ACa 1399/12; wyrok SA w Warszawie z 14.03.2013 r., I ACa 1123/12.

<sup>19</sup> Pomijając oczywiście niektóre regulacje szczególne i zakazy wynikające z uokk, np. zakaz stosowania cen rażąco niskich (który – stosownie do stanowiska Trybunału Sprawiedliwości UE – interpretuje się jako zakaz stosowania cen niższych od średnich kosztów zmiennych przedsiębiorcy).

<sup>20</sup> Cenotwórczy charakter tego rodzaju opłat dostrzegł np. SA w Gdańsku w wyr. z dnia 09.01.2013 r., I ACa 750/12, jednak potraktował go jako argument za uwzględnieniem powództwa: „W żadnym wypadku nie można akceptować całkowicie oderwanego od tych kosztów procentowego uzależnienia kosztów marketingu od wartości sprzedaży konkretnych towarów, ponieważ prowadzi to w rzeczywistości do przerzucenia tych kosztów, nie wykluczając niekiedy nawet ich przekroczenia, na dostawców oraz do bezpodstawnego obniżenia ceny uzyskiwanej przez nich od pozwaney za swoje towary”.

<sup>21</sup> G. Kaniecki, „Opłaty półkowe”..., s. 49.

być dokumentowane przez dostawcę fakturą korygującą<sup>22</sup>. Natomiast faktura dokumentująca kwoty płacone sieci handlowej z tytułu wykonywanych na rzecz dostawcy usług powinna być wystawiona przez świadczącego te usługi, tj. przez sieć handlową<sup>23</sup>. W procesach o opłaty półkowe istotne znaczenie przypisuje się często ustaleniu, kto wystawił faktury obejmujące kwestionowane opłaty. Wiele sądów uznaje, że wystawienie przez sieć handlową faktury dokumentującej opłaty świadczy o ich bezprawnym charakterze<sup>24</sup>. W mojej ocenie nie ma racjonalnego powodu, aby ocenę opłaty uzależniać od tego, kto wystawił fakturę<sup>25</sup>. Uiszczenie na rzecz odbiorcy opłaty w wysokości 10% obrotu ma taki sam skutek, jak udzielenie odbiorcy dziesięcioprocentowego opustu także wtedy, gdy opłata została uwzględniona na fakturze odbiorcy. Suma kwot netto jest w obu przypadkach taka sama. W większości przypadków takie same są również konsekwencje podatkowe. Nie ma podstaw do twierdzenia, że któryś z wymienionych sposobów rozliczania korzyści odbiorcy godzi w dobre obyczaje, utrudnia dostęp do rynku albo że jest mniej lub bardziej korzystny dla którejś ze stron transakcji. Sposób fakturowania nie wpływa na cenotwórczy charakter opłaty określonej ułamkiem obrotu, nie powinien mieć zatem żadnego znaczenia dla oceny opłaty procentowej na gruncie art. 15 ust.1 pkt 4 uznk.

## V. Bezwarunkowe opłaty stałe

W obrocie nierzadko występują jednak także opłaty stałe (ryczałtowe), tj. opłaty określone nie jako ułamek wartości obrotu, lecz jako kwota o ustalonej z góry wysokości. Tę formę przyjmują często klasyczne opłaty za wprowadzenie towaru do sieci uiszczane na początku współpracy, opłaty za utrzymanie towaru w sieci uiszczane na początku kolejnych okresów współpracy, opłaty związane z otwarciem nowej placówki handlowej i opłaty za gazetki promocyjne. Opłaty stałe posiadają właściwości, które odróżniają je od świadczeń omawianych wcześniej. Ekonomiczną specyfikę tego rodzaju opłat w doktrynie dostrzega się rzadko<sup>26</sup>, a w orzecznictwie nie dostrzega się jej wcale. Tymczasem – w mojej ocenie – to właśnie bezwarunkowe opłaty stałe stanowią trzon pojęcia opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży i to przede wszystkim one powinny być analizowane na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk.

Bezwarunkowe opłaty stałe – inaczej niż opłaty i opusty określone ułamkiem obrotu – w typowej sytuacji rynkowej istotnie różnią się od prostej obniżki ceny. Nie ma znaczącej różnicy pomiędzy sprzedażą 10 sztuk po cenie 9 zł, a sprzedażą 10 sztuk po cenie 10 zł z opłatą dla odbiorcy w wysokości 10 zł (w obu przypadkach odbiorca płaci bowiem ostatecznie 90 zł). Należy jednak mieć na względzie, że relacje pomiędzy sprzedawcami detalicznymi (zwłaszcza sieciami handlowymi) a dostawcami z reguły nie są kształtowane jednorazowymi, samodzielnymi umowami sprzedaży. Sieci handlowe zawierają z dostawcami czasowe umowy o współpracy, które regulują jej ogólne warunki, w tym rodzaj i wysokość opustów i opłat. Natomiast ilość zakupionego towaru zależy od liczby i rozmiaru zamówień składanych przez sprzedawcę detalicznego w okresie obowiązywania umowy (które zależą z kolei od tego czy towar dobrze się sprzedaje). W chwili

<sup>22</sup> Uchwała NSA z 25.06.2012 r. sygn. akt I FPS 2/12.

<sup>23</sup> Wyr. NSA w z 19.12.2012 r., sygn. I FSK 273/12.

<sup>24</sup> Takie podejście zaprezentowano m.in. w wyroku SA w Warszawie z dnia 24.05.2013 r., I ACa 672/11, w którym stwierdzono, że „Skoro zatem strona pozwana wystawiała faktury VAT, musiała uznawać „premię pieniężną” za rodzaj usługi, a użycie nazwy „premia pieniężna” miało jedynie ukryć rzeczywisty charakter tej opłaty”; podobnie: SA w Warszawie w wyr. z 9.08.2012 r., I ACa 66/12.

<sup>25</sup> Tak również J. Sroczyński, *Rabat retroaktywny...*, s. 94.

<sup>26</sup> Wskazał na nią P. Podrecki, *Opłaty półkowe*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 6.

definiowania opustów i opłat strony z reguły nie wiedzą, jaką ilość towaru odbiorca ostatecznie nabyte ani jaka będzie ostateczna wartość obrotu. Oczywiście – jak każda opłata uiszczana przez dostawcę na rzecz odbiorcy – opłata stała także obniża efektywną cenę towaru. Jednakże – inaczej niż przy opłacie procentowej czy przy obniżce ceny jednostkowej – strony nie wiedzą z góry, jaki będzie stosunek korzyści zastrzeżonych na rzecz odbiorcy do kwot wypłaconych dostawcy tytułem ceny. Jeśli obrót będzie niewielki, opłata stała może przesunąć efektywną cenę hurtową uzyskiwaną przez dostawcę poniżej poziomu rentowności. Opłata stała może się nawet okazać wyższa od wartości obrotu. W tym ostatnim przypadku dostawca będzie zmuszony zapłacić odbiorcy więcej w formie opłaty stałej, niż od niego otrzymał tytułem ceny za towar. Jednocześnie ewentualne szkody sieci handlowej związane z niską sprzedażą towaru (koszty wprowadzenia towaru do systemu, koszty transportu, koszty alternatywne) zostają dzięki opłacie stałej znacznie ograniczone, ponieważ sieć otrzyma pełną kwotę opłaty niezależnie od poziomu sprzedaży. Opłaty stałe pozwalają zatem skutecznie przenosić na dostawcę ryzyko słabszej sprzedaży towaru. Podobnych rezultatów nie da się osiągnąć za pomocą obniżki ceny jednostkowej<sup>27</sup>.

Specyfika opłat stałych sprawia, że mogą one służyć do wywoływania różnych, zarówno pro-, jak i antykonkurencyjnych skutków, których nie można byłoby osiągnąć za pomocą opłat procentowych czy prostej obniżki ceny towaru. Z tego powodu w większości anglojęzycznych publikacji dotyczących opłat pobieranych przez sprzedawców detalicznych od dostawców analizuje się wyłącznie niezależne od obrotu opłaty ryczałtowe:

- w analizach Federalnej Komisji Handlu używa się pojęcia „opłaty **ryczałtowe wnoszone z góry**” (*lump-sum up-front payments*)<sup>28</sup>;
- w sporządzonym na zlecenie Biura Uczciwego Handlu (*Office of Fair Trading, OFT*) raporcie Grega Shaffera, w którym zgrupowano istniejące teorie ekonomiczne dotyczące opłat pobieranych przez sieci handlowe, mówi się o „odwróconych opłatach **stałych**” (*reverse-fixed payments*)<sup>29</sup>;
- w Wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych Komisja Europejska używa sformułowania „opłaty za dostęp **wnoszone z góry**” (*upfront access payments*)<sup>30</sup>.

Zakresy wymienionych pojęć nie są identyczne, ponieważ charakter i systematyka poszczególnych rodzajów opłat wnoszonych przez dostawców na rzecz odbiorców jest cały czas przedmiotem debaty w literaturze ekonomicznej. Niemniej jednak każde z tych pojęć obejmuje opłaty stałe (ryczałtowe), żadne z nich nie dotyczy natomiast opłat stanowiących ułamek obrotu (i to niezależnie od tego czy są uiszczane za dostęp do sklepu, jako „bonus”, czy jako wynagrodzenie za usługi, a także czy są bezwarunkowe, czy docelowe).

Ekonomiczna dyskusja na temat potencjalnych skutków opłat półkowych trwa od wielu lat. Aktualny stan wiedzy na ich temat nie pozostawia wątpliwości, że mogą one wywoływać zarówno pozytywne, jak i negatywne skutki. Spór toczy się o to, które z nich przeważają. Próba

<sup>27</sup> Nie oznacza to, że w braku opłaty ryczałtowej transakcja nie może przynieść dostawcy strat – przy małym obrocie marża dostawcy może okazać się niższa niż koszty stałe związane z transakcją (np. koszt negocjowania umowy z odbiorcą). Opłata stała utrudnia jednak dostawcy przewidzenie czy i w jakim stopniu transakcja będzie dochodowa.

<sup>28</sup> Federalna Komisja Handlu, *Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry*, 2001, s. 2.

<sup>29</sup> Przy czym we wstępie wyjaśniono, że termin ten nie obejmuje opłat uzależnionych od wielkości obrotu, np. opłat docelowych – zob. G. Shaffer, *The Impact of Reverse Fixed Payments on Competition*, Crown copyright 2013, s. 19.

<sup>30</sup> Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. Urz. UE C 130 z 19.05.2010 r.), s. 42. W używanym przez Komisję Europejską sformułowaniu „opłaty za dostęp wnoszone z góry” nie ma co prawda wzmianki o stałym czy procentowym charakterze opłat, jednak opłata procentowa nie może być „wnoszona z góry”, jeśli wartość obrotu nie jest z góry znana.



podsumowania dorobku literatury przedmiotu jest opublikowany w połowie 2013 r. raport autorstwa Grega Schaffera, sporządzony na zlecenie brytyjskiego Biura Uczciwego Handlu (*Office of Fair Trading, OFT*), w którym zestawiono 14 scenariuszy ekonomicznych wyjaśniających zjawisko pobierania „odwróconych opłat stałych”. Z raportu wynika, że – w zależności od wielu czynników<sup>31</sup> – ich pobieranie może wywoływać rozmaite skutki prokonkurencyjne, antykonkurencyjne oraz neutralne dla konkurencji. Pozytywny wpływ omawianych opłat może polegać np. na przeniesieniu na dostawcę części ryzyka słabej sprzedaży, a także na sygnalizowaniu potencjału handlowego oferowanego towaru<sup>32</sup>. Negatywny – na ograniczeniu konkurencji cenowej pomiędzy sprzedawcami detalicznymi<sup>33</sup>. Pozytywne i negatywne skutki mogą przy tym występować jednocześnie.

Opłaty stałe zdecydowanie wyróżniają się więc na tle innych świadczeń potencjalnymi skutkami dla konkurencji rynkowej. Znacząco różnią się przez to od prostej obniżki ceny, procentowych opustów i opłat procentowych. Kształtowanie ceny jest tylko jednym z wielu celów, do jakich można je wykorzystywać, a niektóre z tych celów mogą szkodzić konkurencji. Korzyść, jaką sieć handlowa odnosi z pobierania opłaty stałej nie polega tylko na możliwości uzyskania wyższej marży przy odsprzedaży towaru. Pobierając opłatę stałą, sieć handlowa efektywnie przenosi na dostawcę ryzyko sprzedaży słabszej niż oczekiwana. W tym sensie opłaty stałe można określić jako opłaty „inne niż marża handlowa”. Ani językowa i funkcjonalna wykładnia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, ani konstytucyjna zasada równości nie stoją więc na przeszkodzie badaniu bezwarunkowych opłat ryczałtowych na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Ich ostateczna ocena powinna jednak zależeć od spełnienia pozostałych przesłanek tego przepisu, o czym jeszcze będzie mowa.

## VI. Opłaty docelowe

Wartą odrębnego omówienia kategorię korzyści zastrzeganych dla odbiorców stanowią opłaty należne po przekroczeniu określonego progu wartości obrotów (opłaty docelowe). Występują one w postaci opłat pro- lub retroaktywnych.

Procentowe opłaty proaktywne obniżają cenę tylko tych towarów, które zostały zakupione już po osiągnięciu ustalonego progu obrotów. Mają więc skutek podobny do zmiany ceny towaru w trakcie trwania współpracy. Różnica pomiędzy ustaleniem procentowej opłaty proaktywnej na początku współpracy a zmianą ceny jednostkowej w trakcie jej trwania polega na tym, że ta pierwsza motywuje odbiorcę do osiągnięcia umówionego poziomu obrotów. Ów motywacyjny element nie przemawia jednak za uznaniem, że opłaty proaktywne naruszają dobre obyczaje albo utrudniają dostawcy dostęp do rynku – zwiększenie wielkości obrotów sprzyja bowiem interesom obu stron transakcji.

Procentowe opłaty retroaktywne obniżają zarówno cenę towarów nabytych po osiągnięciu umówionego progu, jak i cenę towarów nabytych przed jego osiągnięciem. Ich skutek jest więc podobny do obniżki jednostkowej ceny towaru na samym początku współpracy. Opłaty retroaktywne w znacznie większym stopniu niż ich proaktywne odpowiedniki motywują sprzedawcę detalicznego do zwiększenia ilości zakupów u danego dostawcy, obniżają bowiem nie tylko cenę przyszłych zakupów, lecz także zakupów dokonanych wcześniej. W związku z tym są chętnie

<sup>31</sup> Za jeden z warunków zaistnienia skutków antykonkurencyjnych uznano np. oligopolistyczną strukturę rynku.

<sup>32</sup> G. Shaffer, *The Impact...*, s. 275.

<sup>33</sup> *Ibidem*, s. 283.

stosowane przez dostawców do zapewnienia lojalności odbiorców, a w szczególnych układach rynkowych ich stosowanie – podobnie jak stosowanie klauzul o wyłączności zakupów<sup>34</sup> – może zostać uznane za nadużycie pozycji dominującej<sup>35</sup>. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że chodzi tu o nadużywanie pozycji dominującej nie przez odbiorcę, lecz dostawcę (który zamyka dostęp do kanałów dystrybucji konkurencyjnym dostawcom) i jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy dostawca zajmuje pozycję dominującą. Ponadto potencjalne antykonkurencyjne skutki opłat retroaktywnych wynikające z ich lojalnościowego charakteru nie różnią się niczym od potencjalnych antykonkurencyjnych skutków klauzul wyłączności zakupów (które nie podlegają przecież badaniu na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk). Pomijając opisany efekt motywacyjny istota procentowych opłat retroaktywnych sprowadza się do obniżenia ceny jednostkowej<sup>36</sup>, ich wartość nie może przekroczyć wartości obrotu, a umawiające się strony z góry wiedzą, jaki będzie stosunek wartości opłaty należnej odbiorcy do wynagrodzenia należnego dostawcy przed i po przekroczeniu umówionego progu. Opłaty retroaktywne są ponadto powszechnie stosowane przez podmioty niezajmujące pozycji dominującej, a wśród ekonomistów dominuje przekonanie, że w znakomitej większości przypadków są prokonkurencyjne<sup>37</sup>.

Zasadniczą funkcją pro- i retroaktywnych opłat procentowych jest zatem kształtowanie ceny towaru, są więc przede wszystkim mechanizmem cenotwórczym. Ich antykonkurencyjny potencjał może się aktualizować jedynie w szczególnych układach rynkowych i w odniesieniu do podmiotów zajmujących pozycję dominującą. Tego rodzaju świadczenia realizują głównie prokonkurencyjne funkcje, powszechnie występują w obrocie gospodarczym<sup>38</sup> i są z reguły korzystne dla obu stron transakcji. Powyższe okoliczności uzasadniają stanowisko, że docelowe opłaty procentowe nie różnią się od prostej obniżki ceny w sposób relewantny dla ich oceny na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Funkcjonalna i prokonstytucyjna wykładnia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nakazywałaby więc przyjęcie, że – jako mechanizmy cenotwórcze – nie podlegają one weryfikacji na gruncie tego przepisu.

Podobnie należałoby oceniać opłaty docelowe o charakterze stałym. Jak już wspomniałem, gdy wartość obrotu jest z góry znana, opłata stała nie różni się istotnie od opłaty procentowej czy od zmiany ceny jednostkowej. Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia, gdy obowiązek uiszczenia opłaty stałej zostanie powiązany z osiągnięciem określonego poziomu obrotów. Ostateczna wartość obrotów nie jest wówczas znana z góry, jednak z góry wiadomo przy jakiej wartości obrotów opłata będzie należna. Tak jak przy obniżce ceny jednostkowej, strony mogą więc z góry ustalić, jaki będzie stosunek wartości opłaty wnoszonej na rzecz nabywcy do wartości wynagrodzenia wypłacanego dostawcy, dostawca nie ponosi zatem większego ryzyka handlowego. W teorii może się zdarzyć, że opłata przyjmie wartość wyższą lub równą wartości obrotu. Sytuacja taka zaistnieje, gdy wartość obrotu, którego osiągnięcie skutkuje powstaniem obowiązku wniesienia

<sup>34</sup> Por. np. wyr. TSUE w sprawie *Hoffman-La Roche v Komisja*, C 85/76.

<sup>35</sup> Por. np. wyr. TSUE z 19.04.2012 r., C-549/10 P.

<sup>36</sup> Podobnie: J. Sroczyński, *Rabat retroaktywny...*; L. Kański, *Rodzaje i formy kształtowania rozliczeń między dostawcą a przedsiębiorcą handlowym w praktyce a orzecznictwo sądów*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2013, nr 2, s. 82; P. Węć, *Dopuszczalność stosowania...*; a także wyr. SA w Krakowie z 16.01.2013 r., I ACa 1301/12; inaczej: C. Banasiński, M. Bychowska, *Utrudnianie dostępu do rynku poprzez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towarów do sprzedaży (art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk)*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2008, nr 10.

<sup>37</sup> C. Ahlborn, D. Bailey, *Selective Pricing by Dominant Firms*, „European Competition Journal” 2006, s. 142.

<sup>38</sup> J. Sroczyński, *Rabat retroaktywny...*, s. 93.

opłaty, zostanie ustalona na poziomie niższym niż wysokość tej opłaty<sup>39</sup>. Ten szczególny przypadek stałych opłat docelowych jest podobny w skutkach do bezwarunkowych opłat stałych, jednak w praktyce obrotu zastrzeganie opłat niższych niż wartości uzgodnionego progu obrotu zdarza się bardzo rzadko. Docelowe korzyści ryczałtowe są zwykle uzależniane od osiągnięcia obrotu o wartości wielokrotnie wyższej niż wartość tych korzyści. Stałe opłaty docelowe nie są też objęte zakresem pojęć będących przedmiotem powołanych powyżej analiz Komisji Europejskiej, Federalnej Komisji Handlu i G. Shaffera (tj. pojęciami: *upfront access payments*, *lump-sum up-front payments* i *reverse-fixed payments*<sup>40</sup>). Pomijając zatem bardzo nieliczne wyjątki docelowe, opłaty stałe nie różnią się istotnie od zmiany ceny jednostkowej oraz opłat procentowych i podobnie jak one stanowią przede wszystkim mechanizm kształtowania ceny.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że opłaty procentowe oraz opłaty docelowe wywołują skutki tożsame lub podobne do prostej zmiany ceny. Powiązanie ich ze zobowiązaniem do świadczenia usług, dokumentowanie na fakturach odbiorcy czy stosowanie do stymulowania lojalności odbiorcy nie sprawiają, że stają się one mniej uczciwe albo bardziej szkodliwe, nie są to więc różnice, które mogłyby uzasadniać ich odmienne traktowanie na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk wykładanego w świetle konstytucyjnej zasady równości. Korzyścią, jaką sieć handlowa odnosi w związku z ich pobieraniem, jest przede wszystkim możliwość uzyskania wyższej marży przy sprzedaży towarów konsumentom, nie są to więc opłaty „inne niż marża handlowa”. Niestety nawet pobieżny przegląd orzecznictwa nie pozostawia wątpliwości, że większość kwot zasądzanych w procesach o opłaty półkowe stanowią właśnie opłaty o charakterze procentowym. Ponieważ są one przede wszystkim mechanizmami kształtowania cen, powodztwa o ich zwrot zmierną w istocie do przymusowej modyfikacji warunków cenowych, które dla jednej ze stron okazały się mniej korzystne, niżby sobie życzyła – i to już po wykonaniu umowy.

Od prostej obniżki ceny istotnie różnią się natomiast bezwarunkowe opłaty stałe. Oprócz efektywnego obniżania ceny towaru, opłaty stałe z reguły wywołują także inne efekty, których nie mogą wywołać opłaty procentowe ani obniżka ceny jednostkowej. Korzyść, jaką sieć handlowa odnosi z pobierania opłaty stałej może polegać nie tylko na uzyskaniu wyższej marży z odsprzedaży, lecz także, między innymi, na skutecznym przeniesieniu na dostawcę ryzyka słabej sprzedaży towaru. W tym sensie bezwarunkowe opłaty stałe są więc opłatami „innymi niż marża” i mogą podlegać badaniu na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk.

## VII. Ocena bezwarunkowych opłat stałych na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk

Możliwość badania bezwarunkowych opłat stałych na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie oznacza, że ich pobieranie zawsze narusza wymieniony przepis. Względy funkcjonalne przemawiają za ich ostrożną oceną, ponieważ – jak wspomniano – opłaty stałe mogą wywoływać zarówno anty-, jak i prokonkurencyjne skutki. Wydaje się, że dla realizacji tego postulatu kluczowa jest prawidłowa wykładnia przesłanki utrudniania dostępu do rynku.

<sup>39</sup> Strony mogą na przykład uzgodnić, że po zakupie towarów o wartości 6 tys. zł odbiorca otrzyma od dostawcy opłatę w wysokości 10 tys. zł. Wraz z przekroczeniem progu zakupów dostawca będzie musiał zapłacić odbiorcy o 4 tys. zł więcej, niż od niego otrzymał tytułem ceny za towar.

<sup>40</sup> Pojęcia *upfront access payments* i *lump-sum up-front payments* obejmują tylko opłaty uiszczane z góry, a więc nie obejmują opłat uiszczanych po osiągnięciu określonego progu obrotu; z zakresu pojęcia *reverse-fixed payments* wyraźnie wyłączono natomiast opłaty w jakikolwiek sposób uzależnione od wartości obrotu – zob. G. Shaffer, *The Impact...*, s. 19.

W wyroku z dnia 12 czerwca 2008 r. Sąd Najwyższy trafnie powiązał przesłankę utrudniania dostępu do rynku z przesłanką dobrych obyczajów, wskazując, że „Zasadnicze znaczenie przy konstruowaniu tego deliktu będą miały dwa elementy: utrudnienie przedsiębiorcy dostępu do rynku i nieuczciwy charakter takiego utrudnienia (sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami [...])<sup>41</sup>. Za słusznością przytoczonego poglądu przemawia wykładnia systemowa, a zwłaszcza wzgląd na treść art. 3 ust. 1 uznk. Pozwala on wyeliminować z zakresu hipotezy art. 15 ust. 1 uznk zachowania, które utrudniają działalność dostawcy, ale które są społecznie akceptowane lub pożądane (np. wymaganie od dostawcy, aby dostarczał towary dobrej jakości). Jednakże w mniej oczywistych przypadkach ocena nieuczciwości utrudnienia dostępu do rynku może być trudna, jeśli uczciwość jest rozpatrywana w kategoriach moralno-etycznych. Dobre obyczaje to system norm kształtowanych dziesiątki lub setki lat, powszechnie akceptowanych i wielokrotnie zweryfikowanych doświadczeniem. Tymczasem zjawisko pobierania opłat półkowych jest zjawiskiem stosunkowo nowym (i to nie tylko w Polsce, lecz także na świecie) przez co żadne powszechnie akceptowane i zweryfikowane doświadczeniem normy moralne czy etyczne, które by się do niego odnosiły, jeszcze się nie ukształtowały. Jednocześnie nie można przyjąć, że pobieranie opłat od dostawców jest nieuczciwe dlatego, że nie występowało w tradycyjnym handlu – sama nowość zjawiska nie czyni go nieuczciwym. Z tego powodu kryterium dobrych obyczajów w ujęciu moralno-etycznym nie wydaje się na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zbyt przydatne.

Na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nieuczciwość utrudniania dostępu do rynku powinna być raczej oceniana zgodnie z ujęciem ekonomiczno-funkcjonalnym, nakazującym uwzględniać interes publiczny, interes innych przedsiębiorców i – przede wszystkim – interesy konsumentów<sup>42</sup>. Pogląd ten znajduje oparcie w brzmieniu art. 1 uznk, który stanowi, że ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji „w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów”<sup>43</sup>. Niezgodna z art. 1 uznk byłaby więc taka ocena uczciwości na gruncie art. 15 ust. 1 uznk, która w ogóle nie uwzględnia interesu konsumentów<sup>44</sup>, stanowią oni bowiem dominującą grupę wśród ostatecznych klientów w większości łańcuchów dystrybucji.

Odrębną kwestią jest to, w jaki dokładnie sposób interes konsumentów powinien być przy wykładni art. 15 uznk uwzględniany. Sądzę, że uwzględnianie interesu konsumentów powinno polegać na wyeliminowaniu z zakresu pojęcia nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku tych zachowań, które są korzystne dla konsumentów. Można bronić poglądu, zgodnie z którym art. 15 ust. 1 uznk chroni przedsiębiorcę zarówno wtedy, gdy jego interes pokrywa się z interesem konsumentów, jak i wtedy, gdy realizacja jego interesu będzie z punktu widzenia konsumentów neutralna. Trudno byłoby jednak przyjąć, że celem przepisu jest realizacja także tych interesów przedsiębiorców, które są sprzeczne z interesami konsumentów, tj. ochrona przedsiębiorców kosztem konsumentów. Wykładane w ten sposób przepisy uznk pozostawałyby w sprzeczności z polityką

<sup>41</sup> Wyr. SN z dnia 12.06.2008 r., III CSK 23/08.

<sup>42</sup> J. Szwaja, K. Jasińska, Komentarz do art. 3 u.z.n.k., [w:] J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz. Wyd. 3*, C.H. Beck, Warszawa 2013, nb. 99.

<sup>43</sup> Choć przy okazji uchwalenia ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. 2007Nr 171, poz. 1206) z art. 1 uznk usunięto wzmiankę o ochronie interesu konsumentów, to jednak sami projektodawcy unpr wskazywali, że – jakkolwiek w przypadku uznk punkt ciężkości znajduje się po stronie interesów przedsiębiorców – uznk pośrednio chroni ona także interesy konsumentów – zob. A. Tischner, *Rozdział V. Cele i zakres zastosowania ZNKU*, [w:] M. Kępiński (red.), *Prawo konkurencji, System Prawa Prywatnego. Tom 15*, C.H. Beck/Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2014, s. 92.

<sup>44</sup> Ibidem, s. 105.

prawa antymonopolowego, w której interes konsumentów stawia się na pierwszym miejscu<sup>45</sup>. Prowadziłyby to do sytuacji, w której jedne organy władzy karałyby przedsiębiorców za praktyki eksploatujące konsumentów, a inne organy takie praktyki by sankcjonowały, co byłoby trudne do pogodzenia z zasadą zaufania obywateli do państwa. Co więcej, utrudnianie dostępu do rynku, które służy konsumentom, z reguły trzeba uznać za uczciwe także w ujęciu moralno-etycznym. Można wskazać wiele przykładów zachowań, które utrudniają dostęp do rynku, ale są powszechnie akceptowane także w kategoriach moralno-etycznych, ponieważ są korzystne dla konsumentów, np. zwiększenie efektywności własnego przedsiębiorstwa skutkujące wyeliminowaniem mniej efektywnego konkurenta. Z tego powodu uzasadniona wydaje się ogólniejsza konstatacja, zgodnie z którą art. 15 ust. 1 uznk nie zakazuje takiego utrudniania dostępu do rynku, które jest korzystne dla konsumentów, nie może być ono bowiem uznane za nieuczciwe. Wykazanie, że określona praktyka służy konsumentom powinno być więc wystarczające do oddalenia powództwa, nawet jeśli praktyka ta istotnie utrudnia dostęp do rynku.

W powyższym świetle krytycznie trzeba się odnieść do linii orzeczniczej, zgodnie z którą pobieranie opłat nieuczciwie utrudnia dostawcom dostęp do rynku, gdy prowadzi do uzyskiwania przez sprzedawców detalicznych „dodatkowych dochodów kosztem dostawców, którzy zmuszeni są zrezygnować ze znacznej części swoich dochodów związanych z dostarczeniem towarów”<sup>46</sup>. Za nieprawidłowością przytoczonego poglądu przemawiają następujące argumenty. Po pierwsze, artykułu 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie można traktować jako narzędzia redystrybucji dochodów, sądy nie dysponują bowiem żadnym narzędziem pozwalającym ustalić, którzy uczestnicy obrotu powinni zarabiać więcej, a którzy mniej. Po drugie, przymusowa redystrybucja rzadko prowadzi do lepszych rezultatów niż dobrowolne, wolnorynkowe transakcje. Po trzecie, jako narzędzie redystrybucji art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk byłby całkowicie nieskuteczny, ponieważ „uzyskiwanie przez sprzedawców dodatkowych dochodów kosztem dostawców” nie musi następować w drodze pobierania dodatkowych opłat, ale także w drodze negocjowania niższych cen hurtowych. Wreszcie po czwarte, obniżenie zarobków dostawców oznacza w tym przypadku zmniejszenie kosztów działalności sprzedawców detalicznych. Z kolei niższe koszty działalności sprzedawców detalicznych będą w większości układów rynkowych w mniejszym lub większym stopniu przenoszone na konsumentów w formie niższych cen detalicznych<sup>47</sup>. O tym, że opłaty otrzymywane od dostawców rzeczywiście są – co do zasady – przenoszone na konsumentów świadczy fakt, że – choć opłaty te sięgają często kilkudziesięciu procent obrotów – supermarkety osiągają z reguły kilkuprocentowe marże<sup>48</sup>. Sprzedawców detalicznych nie można piętnować za to, że starają się wynegocjować od swoich dostawców jak najlepsze warunki – nawet jeśli utrudnia to dostawcom dostęp do rynku – jeśli korzystają na tym konsumenci.

<sup>45</sup> UOKiK, *Polityka konkurencji na lata 2014–2018*, Warszawa 2014, s. 8, 18; zob. także: Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. Urz. UE z 19.5.2010, C 130), s. 4, pkt 7.

<sup>46</sup> Tak np. SA w Poznaniu w wyr. z 13.11.2008 r., I ACa 718/08; SA w Rzeszowie w wyr. z 20.12.2012 r., I ACa 413/12; SA w Warszawie w wyr. z 28.10.2011, VI ACa 392/11; SA w Warszawie w wyr. z dnia 9.10.2013, I ACa 280/13; SA w Szczecinie w wyr. z dnia 22.08.2013, I ACa 53/13; podobnie: SA w Warszawie w wyr. z 17.01.2014 r., I ACa 946/13 („Niepożądany efekt polega na zwiększaniu zysków przedsiębiorcy pośredniczącego w handlu między poszkodowanym dostawcą a jego finalnym nabywcą, który nie odnosi z tego żadnej korzyści”) i SA w Warszawie w wyr. z 24.10.2013 r., I ACa 500/13.

<sup>47</sup> RBB Economics, *Cost pass-through: theory, measurement, and potential policy implications*. 2014, s. 17–22 i 150. Pobrano z: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/320912/Cost\\_Pass-Through\\_Report.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/320912/Cost_Pass-Through_Report.pdf).

<sup>48</sup> W 2010 r. średnia marża amerykańskich supermarketów (w USA praktyka uiszczania na rzecz odbiorców różnego rodzaju opłat jest bardzo rozpowszechniona) wyniosła 1,9% – por. Fundusz CDF, *Understanding the Grocery Industry*, wrzesień 2011 r., s. 10. Pobrano z: [http://www.cdfifund.gov/what\\_we\\_do/resources/Understanding%20Grocery%20Industry\\_for%20fund\\_102411.pdf](http://www.cdfifund.gov/what_we_do/resources/Understanding%20Grocery%20Industry_for%20fund_102411.pdf).

Ocena nieuczciwości utrudnienia dostępu do rynku przez pryzmat interesu konsumentów otwiera drogę do wykorzystywania w sprawach dotyczących art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk dorobku ekonomistów i prawników analizujących opłaty półkowe na gruncie prawa antymonopolowego. Ich celem jest bowiem przeważnie identyfikacja układów rynkowych, w których pobieranie opłat półkowych prowadzi do spadku efektywności któregoś z ogniw łańcucha dystrybucji i do zmniejszenia dobrobytu konsumentów<sup>49</sup>.

W szczególności we wspomnianym raporcie Shaffera zidentyfikowano 5 scenariuszy stosowania „odwróconych opłat stałych” w sposób szkodzący konsumentom<sup>50</sup>. Trzy pierwsze – wykluczanie konkurencyjnego dostawcy, przesuwanie renty ekonomicznej i wykluczanie konkurencyjnego sprzedawcy detalicznego – skutkują bezpośrednim utrudnieniem dostępu do rynku dostawcy lub sprzedawcy detalicznemu. W przypadku dwóch pozostałych – ograniczania konkurencji detalistów i ułatwiania zмовы detalistów – utrudnianie dostępu do rynku ma charakter pośredni. Dochodzi w nich do zwiększenia zysku sprzedawców detalicznych w wyniku ustalenia wyższej niż konkurencyjna ceny detalicznej. Zgodnie z prawem popytu wyższa cena detaliczna powoduje zmniejszenie popytu, co ogranicza obroty detalistów, a więc także obroty dostawców, co z kolei pośrednio ogranicza dostęp (ogółu) dostawców do rynku<sup>51</sup>. Jednocześnie w każdym z tych przypadków dochodzi do zmniejszenia dobrobytu konsumentów przez ograniczenie podaży towarów lub ograniczenie wyboru albo podwyższenie cen. Można zatem uznać, że w wymienionych przypadkach dochodzi do nieuczciwego utrudnienia dostępu do rynku. Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że dla zrealizowania poszczególnych potencjalnie szkodliwych scenariuszy wskazanych w raporcie Shaffera konieczne jest spełnienie szeregu rygorystycznych warunków, takich jak brak możliwości poszerzenia przestrzeni sprzedażowej kosztem innych produktów, transparentność warunków handlowych czy oligopolistyczna struktura rynku<sup>52</sup>. Trzeba również pamiętać, że pobieranie opłat stałych może wywoływać wiele pozytywnych, służących konsumentom efektów, a warunki ich realizacji są znacznie mniej wymagające<sup>53</sup>. W szczególności pobieranie „odwróconych opłat stałych” może prowadzić do utrudnienia dostępu do rynku, które zwiększa efektywność łańcucha dystrybucji i sprzyja konsumentom, np. gdy dostawca nie chce uiścić tak wysokiej opłaty za wejście do sklepu, jak jego konkurenci, ponieważ wie, że jego towar nie będzie sprzedawał się równie dobrze<sup>54</sup>.

Jak wspomniano, jednym z warunków realizacji któregoś z antykonkurencyjnych scenariuszy jest oligopolistyczna struktura rynku. Wiele postępowań sądowych w sprawach o opłaty półkowe toczy się natomiast pomiędzy podmiotami o niewielkich udziałach rynkowych, działających w warunkach silnej konkurencji na bardzo rozdrobnionych rynkach. Opłaty stałe pobierane w takich warunkach najprawdopodobniej sprzyjają konkurencji i służą interesom konsumentów. Należałoby więc przyjąć, że nieuczciwe utrudnianie dostępu do rynku nie ma wówczas miejsca. W bardziej skomplikowanych stanach faktycznych – tj. wtedy, gdy udziały rynkowe stron procesu są znaczące – ustalenie czy pobranie opłaty prowadziło do nieuczciwego utrudnienia dostępu do rynku

<sup>49</sup> Korzystanie z dorobku orzecznictwa antymonopolowego w odniesieniu do przesłanki utrudniania do rynku akceptują np. T. Skoczny, M. Bernatt, Komentarz do art. 15 u.z.n.k., [w:] J. Szwaia (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2013, pkt 13.

<sup>50</sup> G. Shaffer, *The Impact...*, s. 265.

<sup>51</sup> Dostawcy nie czerpią także żadnych korzyści z ograniczenia konkurencji cenowej pomiędzy detalistami.

<sup>52</sup> G. Shaffer, *The Impact...*, s. 265, 269.

<sup>53</sup> *Ibidem*, s. 107.

<sup>54</sup> *Ibidem*, s. 50 i n.

(co powinno obejmować stwierdzenie, jaki był jego wpływ na interes konsumentów) może wymagać zasięgnięcia opinii biegłego ekonomisty. Nawet jeśli sąd przesłankę utrudnienia dostępu do rynku uznaje za objętą domniemaniem<sup>55</sup>, nie powinien pozbawiać pozwanego możliwości wykazywania – w szczególności z pomocą biegłego sądowego – że do nieuczciwego utrudnienia dostępu do rynku w rzeczywistości nie doszło. Choć nie jest to środek dowodowy typowy dla spraw rozpoznawanych na gruncie uznk, to w przypadku art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk korzystanie z niego wydaje się uzasadnione. Identyfikacja rzeczywistych skutków opłaty stałej w konkretnym stanie faktycznym może wymagać specjalistycznej wiedzy ekonomicznej, a jej błędna kwalifikacja może z łatwością prowadzić do eliminowania prokonkurencyjnych zachowań, promowania przedsiębiorców mniej efektywnych i szkodenia konsumentom.

## VIII. Podsumowanie

Art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie powinien służyć kontroli cen. Racjonalizacja wykładni tego przepisu wymaga więc wyeliminowania z zakresu jego hipotezy opłat stanowiących określony ułamek obrotu (procentowych) oraz opłat docelowych, stanowią one bowiem wyłącznie lub w przeważającej mierze mechanizmy cenotwórcze, a ich ekonomiczne skutki nie różnią się istotnie od skutków obniżki ceny towaru. Poszukując opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, należałoby się skoncentrować na bezwarunkowych opłatach stałych, które w pewnych sytuacjach mogą szkodzić dostawcom, naruszając jednocześnie interesy konsumentów. Ich ocena nie powinna być jednak zautomatyzowana, często nie powodują one bowiem nieuczciwego utrudnienia dostępu do rynku, lecz zwiększają efektywność łańcucha dystrybucji i dobrobyt konsumentów.

<sup>55</sup> Jak uczynił to Sąd Najwyższy w wyr. z d25.10. 2012 r., I CSK 147/12.