

## Rabat retroaktywny a tzw. opłata półkowa: potrzeba racjonalizacji

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Rozwój orzecznictwa w sprawach tzw. opłat półkowych
- III. Co to jest rabat retroaktywny?
  1. Rabat retroaktywny w ujęciu ekonomicznym
  2. Rabaty, premie i kwestie podatkowe
- IV. Rabaty retroaktywne w orzeczeniach sądowych
- V. Wątpliwości i potrzeba racjonalizacji
  1. Racjonalizacja – podejście ekonomiczne
  2. Racjonalizacja – potrzeba zmian

### Streszczenie

Artykuł podejmuje zagadnienie konstruowania w orzecznictwie zarzutów pobierania tzw. opłaty półkowej w przypadku stosowania przez sieci handlowe rabatów odnoszących się do obrotu osiąganego w przyszłości (retroaktywnych rabatów obrotowych). Regulujący kwestię pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) jest przepisem wymagającym interpretacji pojęć z dziedziny ekonomii, czego w orzeczeniach sądowych niejednokrotnie brakuje. Przepis ten, bez żadnego umocowania ustawowego, w odniesieniu do rabatów retroaktywnych pełni funkcje korektora ceny dostawy w wyłącznym interesie małych dostawców. Dominująca w sądach wykładnia o charakterze „socjalnym” może stanowić zaporę dla stosowania typowych dla wolnorynkowej gospodarki mechanizmów kształtowania cen. Sytuacja ta będzie niekorzystnie wpływać na dobro nabywców, w tym konsumentów, chronione w art. 1 uznk. Potrzebna jest co najmniej racjonalizacja wykładni art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk; wskazane byłoby także podjęcie prac legislacyjnych w kierunku zmiany tego przepisu.

**Słowa kluczowe:** czyn nieuczciwej konkurencji; opłata półkowa; rabat retroaktywny; premia pieniężna; rabaty; utrudnianie dostępu do rynku.

\* Prawnik i ekonomista; partner w kancelarii prawnej Markiewicz & Sroczyński; w latach 1990–1994 dyrektor Delegatury Urzędu Antymonopolowego w Krakowie. Współautor komentarza do art. 13–15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

## I. Wprowadzenie

W roku 2002 ustawodawca zdecydował się na zmianę art. 15 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>1</sup> (uznk). Ustęp pierwszy tego artykułu, stanowiący *sui generis* klauzulę generalną, kwalifikuje jako czyn nieuczciwej konkurencji działanie przedsiębiorcy polegające na „utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku”<sup>2</sup>. Katalog przykładowego wyliczenia form, w jakich utrudnienie dostępu do rynku może mieć miejsce, został uzupełniony w nowym punkcie czwartym o kolejny stypizowany czyn nieuczciwej konkurencji. Czyn ten został zdefiniowany jako „pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży”. Z biegiem czasu czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zyskał powszechne miano tzw. opłaty półkowej<sup>3</sup>.

Pobieranie tzw. opłat półkowych kojarzone jest przede wszystkim z praktykami sieci handlowych w relacjach ze swoimi dostawcami. *Ratio legis* art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk ma związek z przeniesieniem na polski grunt w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku stosowanej w Europie Zachodniej praktyki pobierania przez sieci handlowe opłat określanych jako *slotting allowances*<sup>4</sup>. Opłaty te dotyczą różnego rodzaju działań związanych z siecią sprzedażą towaru, takich jak akcje promocyjne, reklamowe, marketingowe, wydawanie gazetek informacyjnych, ulotek itp. Za uczestniczenie w nich dostawca obowiązany jest uiścić opłatę na rzecz sprzedawcy, niekiedy stanowiącą określony procent od wartości obrotu towarami dostawcy. W wielu wypadkach od zapłaty tych kwot sprzedawca uzależnia w ogóle możliwość włączenia towarów dostawcy do swojej oferty handlowej.

## II. Rozwój orzecznictwa w sprawach tzw. opłat półkowych

Artykuł 15 ust. 1 pkt 4 uznk ma zatem stanowić zaporę przed pobieraniem od dostawcy przez sprzedawcę jakichkolwiek opłat innych niż marża handlowa. Istotnie, od połowy ubiegłej dekady orzecznictwo w sprawach tzw. opłat półkowych zaczęło narastać w sposób znaczący<sup>5</sup>. Można wręcz powiedzieć, że wykształciła się specjalność prawnicza polegająca na odzyskiwaniu tzw. opłat półkowych, a niektóre kancelarie prawne określają tę działalność jaką swoją podstawową specjalizację. W większości przypadków do sporu prawnego dochodzi po zaprzestaniu współpracy pomiędzy dostawcą i sprzedawcą, kiedy nie są już istotne bieżące, dobre relacje handlowe. Znamienne jest także to, iż po stronie powodowej występują praktycznie tylko mali lub średni przedsiębiorcy. Więksi dostawcy, zwłaszcza z grupy określanej jako *must carry*<sup>6</sup>, wydają się akceptować praktyki pobierania omawianych opłat przez sieci handlowe. Dotychczas nie wszczynali oni sporów sądowych, mimo że przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie różnicuje sytuacji prawnej w zależności od tego czy dostawca jest małym, czy też dużym graczem rynkowym. Co więcej,

<sup>1</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, dalej: uznk. Zmiana art. 15 uznk nastąpiła na podstawie art. 1 pkt 3 ustawy z 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 126, poz. 1071), która weszła w życie w dn. 10 listopada 2002 r.

<sup>2</sup> T. Skoczny, M. Bernatt, [w:] J. Szwejca (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 572; J. Sroczyński, M. Mioduszczyński, [w:] M. Zdyb, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 482; także np. T. Dyś, *Nieuczciwa konkurencja: opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 14, s. 644 i n.

<sup>3</sup> Opłaty za „umieszczenie towarów na półce”, tj. za możliwość ich sprzedaży w sklepach należących do sieci handlowej.

<sup>4</sup> Termin ten można przetłumaczyć jako „opłata za miejsce” (na półce sklepowej). Jest jednak zastanawiające, że w uzasadnieniu do powołanej wyżej ustawy z 5 lipca 2002 r. nie ma nawet jednego zdania odnoszącego się do przyczyn i celów wprowadzenia art. 15 ust. 1 pkt 4 do porządku prawnego.

<sup>5</sup> Według badań własnych autora, orzeczenia sądów okręgowych, sądów apelacyjnych i Sądu Najwyższego w sprawach tzw. opłat półkowych dotyczą już co najmniej kilkudziesięciu spraw, a ich łączna liczba przekroczyła sto.

<sup>6</sup> Przykładowo producenci napojów typu „cola”, których nie może zabraknąć w ofercie żadnej sieci handlowej.

w praktyce duzi dostawcy często są zainteresowani uczestnictwem w odpłatnych akcjach marketingowych, traktując je jako formę konkurencji międzymarkowej (*interbrand competition*) na szczeblu sprzedaży.

Szczegółowe omówienie ewolucji przedmiotowej orzecznictwa w sprawach tzw. opłat półkowych nie jest celem tego artykułu, zostało ono już zresztą dokonane w literaturze<sup>7</sup>. Interesujące są natomiast dwa dające się zaobserwować zjawiska tej ewolucji. Pierwsze, to oscylowanie poglądów składów orzekających od przyznawania prawie pełnej ochrony dostawcom do częściowej racjonalizacji zakresu tej ochrony. W niektórych orzeczeniach sądy interpretują art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jako przepis o charakterze przyznającym bezwzględną ochronę dostawcy jako słabszemu partnerowi kontraktowemu sprzedawcy sieciowego<sup>8</sup>. W orzeczeniach tych sądy nie uwzględniają, między innymi, specyfiki sprzedaży sieciowej wymagającej utrzymania więzi pomiędzy towarem i dostawcą, pomimo formalnego przeniesienia własności towaru z dostawcy na sprzedawcę<sup>9</sup>. Orzeczenia te upodobniają art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk do konstrukcji „wyzysku” z art. 388 kc<sup>10</sup>, co budzi poważne wątpliwości, ponieważ *implicite* wprowadza nieweryfikowane założenie, że mniejszy dostawca jest zawsze w przymusowym położeniu lub jest mniej doświadczony w obrocie handlowym, aniżeli sprzedawca sieciowy.

Należy jednak wskazać, że w kilku orzeczeniach sądy podjęły próbę racjonalizacji wykładni art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Dostrzeżono bowiem potrzebę badania ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron i tam, gdzie świadczenia te były porównywalne, sąd niekiedy orzekał na korzyść sprzedawcy<sup>11</sup>. Podejście „socjalne” zdaje się jednak ciągle górować nad podejściem „rynkowym”.

Drugim zjawiskiem widocznym na drodze rozwoju orzecznictwa na tle art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jest obejmowanie dyspozycją tego przepisu coraz szerszego zakresu stanów faktycznych w relacjach dostawca–sprzedawca. Zasadnicza linia orzecznicza dotyczy spraw, które można określić jako „behawioralne”. Dotyczą one pobierania opłat za określone „zachowanie”, tj. podejmowanie dodatkowych czynności towarzyszących sprzedaży sieciowej, takich jak eksponowanie towaru, ustalanie asortymentu na półce i rezerwowanie miejsca na określone towary, usługi logistyczne, usługi budowania relacji z klientem, wydawanie gazetek reklamowych itp. Pojawiają się jednakże orzeczenia, w których sądy ingerują *de facto* w wysokość ceny stosowanej w relacjach dostawca–sprzedawca. Dotyczy to orzeczeń kwestionujących politykę rabatową sprzedawcy poprzez kwalifikację rabatów, upustów cenowych bądź premii pieniężnych, zwłaszcza o charakterze retroaktywnym, jako tzw. opłat półkowych w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Co prawda

<sup>7</sup> D. Wolski, Wybrane zagadnienia na tle orzeczeń dotyczących opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, *iKAR* 2013, nr 1(2), s. 110 i n.; M. Marek, Opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży, *Przegląd Prawa Handlowego* 2012, nr 2, s. 48 i n.; D. du Cane, Obecny stan prawa w kwestii tzw. opłat półkowych, *Głosa* 2012, nr 3, s. 112–113; I. Nestoruk, Opłaty „za przyjęcie towarów do sieci sklepów” a ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, *Głosa* 2007, nr 1, s. 108–109.

<sup>8</sup> Zob. np. wyr. SN z 26.01.2006 r., II CK 378/05.

<sup>9</sup> Więż ta jest niezbędna z powodu wspomnianej wyżej konkurencji międzymarkowej. Sieciowa sprzedaż towarów nie ma charakteru „sprzedaj i zapomnij”, dostawy mają charakter ciągły i długookresowy, a na półkach leżą obok siebie towary silnie konkurujące o nabywcę, w tym konsumenta.

<sup>10</sup> Zgodnie z art. 388 par. 1 kc, „jeżeli jedna ze stron, wyzyskując przymusowe położenie, niedołośćwo lub niedoświadczenie drugiej strony, w zamian za swoje świadczenie przyjmuje albo zastrzega dla siebie lub dla osoby trzeciej świadczenie, którego wartość w chwili zawarcia umowy przewyższa w rażącym stopniu wartość jej własnego świadczenia, druga strona może żądać zmniejszenia swego świadczenia lub zwiększenia należnego jej świadczenia, a w wypadku gdy jedno i drugie byłoby nadmiernie utrudnione, może ona żądać unieważnienia umowy”.

<sup>11</sup> Wyr. SA w Warszawie z 28.10.2001 r., VI Aca 392/11. W sprawie objętej tym wyrokiem kluczowe było faktyczne wykonanie przez sprzedawcę usług marketingowych na rzecz dostawcy, o wartości odpowiadającej pobranej tzw. opłacie półkowej. Wyrokiem SN z 25.10.2012 r., I CSK 147/12, wyrok powyższy został jednak uchylony i przekazany SA do ponownego rozpoznania.

podkreśla się, że przepis ten nie pełni funkcji regulatora cenowego<sup>12</sup>, jednakże w praktyce orzeczenia traktujące stosowanie rabatów retroaktywnych jako czyn nieuczciwej konkurencji finalnie skutkują korektą cen zakupu towarów od dostawcy.

### III. Co to jest rabat retroaktywny?

#### 1. Rabat retroaktywny w ujęciu ekonomicznym

Rabaty stanowią jedną z podstawowych form rozliczeń handlowych, istniejącą odkąd w ogóle istnieje handel<sup>13</sup>. Określane są w różny sposób (np. premia, bonus, upust, dyskonto, redukcja ceny), jednakże mechanizm gospodarczy jest zawsze taki sam. Rabat polega na obniżeniu ceny. Dostawcy opłaca się obniżyć cenę jednostkową, tj. zredukować marżę handlową na pojedynczej sztuce czy partii towaru<sup>14</sup> po to, aby zwiększać obroty poprzez realizowanie kolejnych dostaw. Wówczas rośnie ogólny poziom zysku ze sprzedaży. Jest to zasada kupiecka określana jako „mały zysk, ale duży obrót”. Sensem ekonomicznym rabatów jest zbilansowanie wysiłku stron stosunków gospodarczych, aby układ końcowych rozliczeń uwzględniał stopień zaangażowania stron transakcji. W teorii stosunków gospodarczych jest to relacja opisywana jako *input* (wkład), *output* (wynik) oraz *feedback* (sprzężenie zwrotne, rozumiane jako przyjęty mechanizm regulacji końcowej lub etapowej)<sup>15</sup>. Wyróżnia się wiele rodzajów rabatów, przede wszystkim rabaty ilościowe (cena jednostkowa spada wraz z ilością nabywanego towaru), rabaty czasowe (zakup w dogodnym dla dostawcy czasie), rabaty funkcjonalne (związane z dodatkowymi czynnościami wykonywanymi przez kupującego), a także rabaty lojalnościowe (związane z długim okresem współpracy handlowej).

Jednym z rodzajów rabatów ilościowych jest tzw. rabat retroaktywny. Rabat ten jest ustalany w relacjach dostawca–sprzedawca jako dodatkowa premia dla sprzedawcy z tytułu zrealizowania w określonym czasie (miesiąc, kwartał, półrocze, rok) sprzedaży na wyższym poziomie ilościowym lub wartościowym. Premia ta obliczana jest według stawki procentowej, która przemnożona przez rzeczywistą wartość sprzedaży (ponad ustalony próg) wyznacza kwotę „nagrody” dla sprzedawcy. Stosowanie rabatów retroaktywnych wynika z faktu ciągłości współpracy sieci handlowych z dostawcami, mającej na celu zapewnienie stałej dostępności towarów określonego rodzaju. Dostępność jest możliwa dzięki cyklicznemu nabywaniu partii produktów zróżnicowanych co do ilości w zależności od bieżącego zbytu, z uwzględnieniem możliwych do utrzymywania zapasów magazynowych w poszczególnych sklepach i okresach czasu. W ramach dostaw cyklicznych nie jest możliwe ustalenie z góry kolejno następującego poziomu zapotrzebowania, co dodatkowo wiązałoby się z koniecznością prowadzenia negocjacji pomiędzy dostawcą a sprzedawcą w zakresie wolumenu dostawy i ceny przy każdej jednostkowej dostawie. Tymczasem szybka rotacja produktów sprawia, że zwyczajowo zawierane są umowy długoterminowe, na bazie których możliwe jest dokonywanie adekwatnie szybkich dostaw poszczególnych partii produktów. Dopiero po określonym czasie możliwa jest ocena efektywności sprzedaży. Wysokość marży uzależniona

<sup>12</sup> Tak np. wyr. SO w Rzeszowie z 11.03.2009 r., VI GC 9/09. Zob. także E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 43, którzy wskazują: „Przyjąć należy, że art. 15 ust. 1 pkt 4 nie ingeruje w żaden sposób w wysokość ustalonych między stronami marż czy cen”.

<sup>13</sup> N. Hanna, M. R. Dodge, *Kształtowanie cen. Strategie i procedury*, PWE, Warszawa 1997, s. 23; D. Begg, S. Fischer, R. Dornbusch: *Mikroekonomia*, PWE, Warszawa 2007, s. 624; J. Nowastowski, *Bonusy i rabaty – rozliczenie przepływów finansowych*, „Elektrosystemy” 2011, nr 11.

<sup>14</sup> Na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy z 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2001 r., Nr 97, poz. 1050 ze zm.), „marżą handlową” jest różnica między ceną płaconą przez kupującego a ceną uprzednio zapłaconą przez przedsiębiorcę, wynikającą z kosztów i zysku przedsiębiorcy. Marża handlowa może być wyrażona kwotowo lub procentowo.

<sup>15</sup> K.C. Laudon, J.P. Laudon, *Management Information Systems*, Pearson 2009, Fig. 2.

jest od wielu czynników natury ekonomiczno-gospodarczej. W przypadku nawiązania z określonym dostawcą stałej współpracy, praktyką jest udzielanie nabywcy rabatów, prowadzące do zwiększenia marży uzyskiwanej przez nabywcę (dystrybutora), do której tytuł stanowi z kolei fakt zwiększenia obrotów (zakupów) przez dostawcę. Praktyka ta, ugruntowana w gospodarce rynkowej i stanowiąca wręcz jej „znanie”, znajduje uzasadnienie m.in. w uzyskiwaniu przez dostawcę większych korzyści ze zwiększonej sprzedaży, stanowiącej rezultat działań podejmowanych przez sprzedawcę. Wzrost wolumenu sprzedaży powoduje spadek jednostkowych kosztów stałych, co przy stałej cenie zbytu daje w rezultacie wzrost zysku na jednostce sprzedaży, a to z kolei przekłada się na wzrost zysków dostawcy. Jednocześnie, w warunkach silnej konkurencji i wielości oferowanych towarów konieczny jest nakład w postaci wysiłku marketingowego i logistycznego. Zwiększaniu wolumenu sprzedaży zawsze towarzyszyć będzie wzrost kosztów sprzedaży zarówno bezpośrednich (np. koszty składowania), jak i pośrednich (np. koszty szkolenia pracowników i zwiększonego zakresu zadań personelu sprzedażowego).

Fakt, że wysokość kwoty rabatu retroaktywnego jest z góry nieznana, wynika wprost z jego istoty. W chwili zawierania umowy rabat retroaktywny odnosi się bowiem do sprzedaży przyszłej, a zatem jego poziom kształtuje się w toku dalszej współpracy. Można powiedzieć, że premia realizuje się pod warunkiem zawieszającym wykonania przez sprzedawcę określonego w umowie obrotu. W doktrynie wskazuje się, że zmniejszenie dotychczasowego świadczenia (przez udzielenie rabatu) czy otrzymanie pewnej kwoty pieniędzy, związanej bezpośrednio z dokonanymi zakupami, wywiera identyczne skutki ekonomiczne dla nabywcy<sup>16</sup>. Ponadto, premia za osiągnięcie określonego poziomu zakupów stanowi w istocie zmniejszenie dotychczasowego świadczenia nabywcy z tytułu zakupu towaru i ze względu na swą gospodarczą istotę powinna być traktowana jako rabat. Końcowa obniżka ceny zakupu, wynikająca z przyznanego sprzedawcy rabatu retroaktywnego, jest bowiem elementem negocjacji cen powszechnie stosowanym w obrocie gospodarczym.

Jak wyżej wspomniano, uprawnienie do otrzymania rabatu retroaktywnego przez sprzedawcę można rozpatrywać na tle przepisów o warunku zawieszającym (art. 89 kc). Jeżeli zatem określony w umowie poziom obrotów nie zostanie osiągnięty, to rabat nie powinien być pobrany przez sprzedawcę. W przeciwnym wypadku rabat stanowi należne świadczenie dostawcy, wynikające z zawartej umowy. Art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, któremu daleko do precyzji legislacyjnej, traktowany jest przez niektórych dostawców jako środek do blokowania należnych płatności bądź odzyskania zapłaconych premii, zwłaszcza jeśli współpraca dostawca–sprzedawca nie ułożyła się tak dobrze, jak wstępnie zakładano, względnie uległa ona rozwiązaniu. Wpływ na to może mieć wiele przyczyn. W konkurencyjnej gospodarce na wielkość obrotów sprzedawcy oddziaływać będzie np. tańsza oferta konkurencyjna, zmiana upodobań klientów itp. Art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jest zatem wykorzystywany do kwalifikowania rabatów retroaktywnych jako zakazanych tzw. opłat półkowych w sposób całkowicie nieprzystający do realiów gospodarki wolnorynkowej.

## 2. Rabaty a kwestie podatkowe

Argumentem często podnoszonym w sprawach roszczeń o zwrot rabatów retroaktywnych jest fakt specyficznego sposobu rozliczania tego rabatu – do roku 2011 praktycznie wymuszony względami prawa podatkowego. Jeżeli do nabycia dużej ilości towaru (stanowiącej ilość uzasadniającą

<sup>16</sup> J. Rusek, Rabat czynem nieuczciwej konkurencji: o premiach pieniężnych raz jeszcze (artykuł dyskusyjny), *Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych* 2010, Warszawa, nr 2, s. 9.

*ad casum* przyznanie rabatu) dochodziło jednorazowo, naliczenie rabatu nie przysparzało żadnych trudności. Dokonywane było bowiem z chwilą, gdy następowało zawarcie umowy (ewentualnie – zrealizowanie zamówienia). W konsekwencji, w tego rodzaju przypadkach faktura VAT, wystawiana przez sprzedawcę, opiewałaby na kwotę uwzględniającą rabat. W relacjach kontraktowych bardzo częste są jednak sytuacje, w których – w ramach współpracy stron – realizowanych jest wiele zamówień, a dopiero kumulacja ich wartości w całym okresie rozliczeniowym, przyjętym przez strony, uzasadnia przyznanie rabatu obrotowego. W takich przypadkach możliwe było dokonywanie następczej modyfikacji wysokości pierwotnie ustalonej i zapłaconej przez kupującego ceny. Z perspektywy podatkowej do dnia 1 stycznia 2011 r. oznaczało to jednak konieczność wystawiania faktur korygujących, odpowiadającej ilości pierwotnie wystawionych faktur sprzedażowych. W przypadkach, w których realizowane są rocznie tysiące dostaw, konieczność wystawiania faktur korygujących skutkowałaby powstaniem dodatkowych obciążeń, całkowicie nieracjonalnych ekonomicznie i gospodarczo, a polegających na konieczności zaksięgowania i rozliczania tysięcy, czy setek tysięcy, dodatkowych faktur. Efekt opisanego sposobu rozliczania ilościowych rabatów retroaktywnych byłby bardzo niekorzystny również dla dostawców. To na nich spoczywałby bowiem obowiązek wystawienia w tych wypadkach faktur, przesyłania ich nabywcy oraz księgowania. Aby uniknąć powyższych niedogodności, w wielu przypadkach w umowach zawieranych pomiędzy dostawcą a sprzedawcą unikano stosowania terminu „rabat”, zastępując go równoważnym ekonomicznie terminem „premia pieniężna” bądź „bonus warunkowy”. Ten fakt, związany ze specyfiką prawa podatkowego, wykorzystują dostawcy wszczynający spory sądowe na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, w celu dyskwalifikacji „premi” lub „bonusu” jako „rabatu” (w ekonomicznym znaczeniu tego terminu), aby tym samym doprowadzić do kwalifikowania tych opłat przez sąd jako tzw. opłat półkowych.

Z dniem 1 stycznia 2011 r. weszło w życie unormowanie<sup>17</sup> pozwalające rozwiązać wskazany wyżej problem i uniknąć przedstawionych trudności. W przypadku udzielenia rabatu retroaktywnego, powodującego następczą korektę wysokości ceny, możliwe stało się wystawienie jednej zbiorczej faktury korygującej. Reasumując, rozliczenie jednego zjawiska ekonomicznego, jakim jest ilościowy rabat retroaktywny, może zostać dokonane na dwa sposoby, różniące się od siebie tylko formalnie, tj. sposobem udokumentowania i zaksięgowania przepływu finansowego. Pierwszy z nich to rozliczenie rabatu fakturą korygującą, drugi zaś – nadanie mu kształtu premii pieniężnej, rozliczanej jedną fakturą lub notą księgową<sup>18</sup>. Wynika stąd, że „premie pieniężne”, „bonusy” itp., to w istocie sposób rozliczenia rabatu retroaktywnego, wprowadzony w celu eliminacji konieczności wystawiania licznych faktur korygujących. Co istotne, nie wpływa to jednak na zakres obciążeń publiczno-prawnych i jest irrelewantne z perspektywy wysokości podatków uiszczanego do Skarbu Państwa.

Ostatecznie kwestia powyższa została wyjaśniona w roku 2012, kiedy to Naczelny Sąd Administracyjny podjął uchwałę<sup>19</sup> następującej treści: „Wypłata kontrahentowi bonusu warunkowego (premi” pieniężnej) z tytułu osiągnięcia określonej wielkości sprzedaży lub terminowości

<sup>17</sup> Rozporządzenie Min. Finansów z 27 grudnia 2010 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 255, poz. 1713).

<sup>18</sup> M. Pawlik, Premia pieniężna – rabat czy usługa?, *Przegląd Podatkowy* 2008, nr 1, s. 18.

<sup>19</sup> Uchwała NSA z 25.06.2012 r., nr I FPS 2/12.

regulowania należności stanowi rabat w rozumieniu art. 29 ust. 4 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.), zmniejszający podstawę opodatkowania”. W uzasadnieniu ww. uchwały NSA słusznie wskazał, że: „ premia pieniężna za dany okres, w ujęciu ekonomicznym, sprowadza się w istocie do zwrotu nabywcy przez sprzedawcę części uiszczonego wcześniej wynagrodzenia z tytułu dokonanych z nabywcą transakcji”. Z rozważań NSA wynika zatem jednoznacznie, że wszelkie formy rabatów retroaktywnych nie stanowią jakiegokolwiek „opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży”, a typowy w relacjach handlowych rabat obrotowy, powodujący obniżenie ceny zakupu.

#### IV. Rabaty retroaktywne w orzeczeniach sądowych

Orzecznictwo w sprawach kwalifikacji rabatów retroaktywnych jako tzw. opłat półkowych nie jest jednoznaczne, a argumentacja przemawiająca za kwalifikacją pobierania tych rabatów jako czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jest niejednolita i znacznie rozproszona. W uzasadnieniach do wydanych wyroków sądy wskazują m.in. na następujące cechy opłat, których pobieranie stanowi działanie niedozwolone:

- 1) fikcyjność usług, jakie miały być świadczone przez naruszydciela na rzecz jego kontrahenta<sup>20</sup>;
- 2) fakt, że pobieranie opłat, o których mowa, stanowi dodatkowy obok zysku wynikającego z narzuconej marży dochód nabywcy<sup>21</sup>;
- 3) niepewność w kwestii wysokości opłat, jakie zostaną pobrane przez nabywcę, ze względu na brak informacji w kwestii tego, ile i jakie działania zostaną przez niego podjęte w ramach świadczonych „usług”;
- 4) „pozorność” rabatu obrotowego, niezależnego w rzeczywistości od wielkości osiągniętego obrotu<sup>22</sup>;
- 5) czerpanie zysków wyłącznie przez pozwanego<sup>23</sup>.

Analiza dotychczasowego orzecznictwa, powstałego na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, skłania do wniosku, iż sądy orzekające istotną wagę przywiązywały do faktu, iż zakwestionowanie warunków umownych narzucanych przez sprzedawcę skutkowało brakiem możliwości nawiązania współpracy<sup>24</sup>. W jednym z orzeczeń sąd zakwalifikował premię pieniężną jako „ze swojej natury inną niż marża handlowa opłatę za przyjęcie towaru do sprzedaży”, ponieważ nie znalazła ona uzasadnienia we wzajemnym świadczeniu pośrednika. W innym orzeczeniu premię zakwalifikowano nie jako upust od ceny sprzedaży, czyli pomniejszenie ceny, ale jako dodatkową opłatę, „stanowiącą w istocie świadczenie bez ekwiwalentu, jeśli nie liczyć samego faktu zawarcia umowy z dostawcą i dokonywania zamówień na towary u strony powodowej, co jednak oznacza pobieranie opłat za przyjęcie towarów do sprzedaży”<sup>25</sup>. W kolejnej sprawie sąd określił premię pieniężną jako gratyfikację przyznaną wyłącznie sprzedawcy, traktując jako paradoks to, że „obciążany taką opłatą był dostawca, dzięki jakości towarów, którego strona pozwana osiągała określony obrót,

<sup>20</sup> Tak wyr. SA w Poznaniu z 13.11.2008 r., I ACa 718/08.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> Na „pozorność” niektórych rodzajów rabatów wskazuje się m.in. w wyr. SA z 20.02.2009 r., I ACa 65/09, w którym mowa m.in.: „Taki ‘upust’ stanowi dodatkową opłatę związaną z przyjęciem towaru do sprzedaży. Nie jest nawet zależny od obrotu, a zatem ilość zakupionego przez stronę pozwaną towaru jest bez znaczenia”.

<sup>23</sup> Wyr. SA w Warszawie z 2.06.2010 r., I ACa 294/10.

<sup>24</sup> Tak m.in. wyr. SA w Warszawie z 13.11.2008 r., I ACa 718/08.

<sup>25</sup> Wyr. SA w Warszawie z 20.12.2011 r., I ACa 601/11.

a tym samym i odpowiednio wysoki zysk z handlu produktami powoda, rentowność działalności, którego była w ten sposób ograniczana. Mało tego, dolegliwość finansowa dla powoda była tym większa, im więcej jego towarów strona pozwana sprzedała, czyli większy zysk uzyskała w wyniku sprzedaży towarów dostarczanych przez powoda. Taka praktyka odwracała istotę premii, która ze swojej natury stanowi bezpłatny dodatek, nagrodę należną stronie spełniającej świadczenie niepieniężne, które dla drugiej strony jest podstawą wypracowania określonego przychodu<sup>26</sup>.

Jeszcze dalej przesunięto granice legalności rabatów retroaktywnych w wyroku, w którym sąd stwierdził wręcz, że pobierając premię pieniężną „pośrednik kosztem dostawcy ogranicza koszty prowadzonej działalności gospodarczej”, a także że „ze względu na fakt narzucenia tego rodzaju premii, a także pobierania ich już po dokonaniu sprzedaży towarów, premie takie nie mogą zostać uznane również za dopuszczalny rabat ilościowy. W przypadku bowiem rabatu dostawca nie jest zobowiązany względem kupującego do realizacji dodatkowego świadczenia w zamian za możliwość sprzedaży swoich produktów i nie ponosi również publicznoprawnych ciężarów związanych z realizacją takiego świadczenia. Odmiennie zatem niż w przypadku rabatu ilościowego, w przypadku premii pieniężnej dostawca nie otrzymuje nic w zamian. Samo zwiększenie obrotów nie może być uznane za ekwiwalent premii”. Sąd podniósł także, że wskutek takiej praktyki dochodzi do „niekorzystnego z punktu widzenia nie tylko dostawców, ale także konsumentów i sprzedawców detalicznych zaburzenia mechanizmów wolnorynkowych jedynie na skutek wykorzystania przez pośredników swojej dominującej pozycji na rynku”<sup>27</sup>.

W tej sytuacji na szczególną, pozytywną uwagę zasługuje wyrok, w którym sąd wskazał, że „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie ingeruje w treść umowy między stronami aż w takim stopniu, który wykluczałby możliwość wprowadzania, zgodnie z zasadą swobody umów, postanowienia między stronami dotyczącego wielkości marży uzależnionej od wysokości osiągniętego obrotu. Sam sposób naliczenia tej marży, czyli po zamknięciu okresu rozliczeniowego, i wystawienia przez Pozwanego faktury nie podważa tej oceny”. Sąd stwierdził ponadto, że „w przypadku wystawienia korekt faktur przez dostawcę byłoby oczywistym, że nie dochodzi do naliczenia żadnej dodatkowej opłaty, a jedynie strona udziela dodatkowego rabatu po spełnieniu określonego warunku przewidzianego w umowie. W niniejszej sprawie tym warunkiem było osiągnięcie określonego poziomu obrotów” oraz że „sam sposób udokumentowania premii pieniężnej nie może decydować o jej charakterze. Zatem bez względu na to, czy były wystawiane korekty wszystkich faktur dokumentujących dostawy towarów, czy też wystawiana była jedna faktura obejmująca łączną kwotę premii pieniężnej, charakter premii się nie zmieniał i zawsze stanowił ingerencję w wysokość marży, nie zaś dodatkową opłatę za przyjęcie towaru do sprzedaży”. Ponadto, w orzeczeniu tym sąd podkreślił, że „poza zakresem niniejszego postępowania pozostaje wysokość udzielanego przez Powoda rabatu, w szczególności okoliczność, czy współpraca była dla Powoda opłacalna i zyskowna. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie mogą bowiem służyć regulowaniu cen, by były one opłacalne dla obu stron umowy”<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Wyr. SA w Warszawie z 2.10.2012 r., I ACa 359/12.

<sup>27</sup> Wyr. SO w Warszawie z 24.01.2013 r., XVI GC 195/12.

<sup>28</sup> Wyr. SO w Warszawie z 24.10.2012 r., XVI GC 152/12.

## V. Wątpliwości i potrzeba racjonalizacji

### 1. Uwagi ogólne

Przegląd orzeczeń dotyczących rabatów retroaktywnych pokazuje, że art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jest źródłem poważnych wątpliwości interpretacyjnych. Brak jest orzeczenia Sądu Najwyższego spinającego wiele wątków rozrzuconych w orzeczeniach sądów niższych instancji, mogącego mieć walor wykładni zarówno ogólnej, jak i szczegółowej. Wydaje się, że bardzo przydatna byłaby także uchwała interpretacyjna Sądu Najwyższego, o charakterze kompleksowej oceny tego przepisu. Przede wszystkim brakuje wytyczenia linii demarkacyjnej pomiędzy ochronnym charakterem art. 15 ust. 1 pkt 4 (w sensie ochrony małych i średnich przedsiębiorców) a terytorium, na które przepis ten zaczął wkraczać, tj. w zakres działania podstawowych reguł gospodarki rynkowej, w tym prawa podaży i popytu. Niepokojącym zjawiskiem jest widoczna w kilku orzeczeniach wykładnia zawierająca logiczną pułapkę *pars pro toto*. Otóż analiza stanu faktycznego dostępna w uzasadnieniach wskazuje, że w sytuacji objętej danym wyrokiem *de facto* nie był stosowany mechanizm rabatu retroaktywnego ani żadnego innego rabatu obrotowego<sup>29</sup>. Chodziło bowiem o ukrycie innych płatności, określonych tą nazwą. Niemniej jednak, sąd zdecydował o zakwestionowaniu samej konstrukcji rabatu, zrównując go z tzw. opłatą półkową. Dochodzi zatem do wypierania większej przesłanki logicznej („niedozwolony jest rabat”), ponieważ zachodzi mniejsza przesłanka logiczna („niedozwolone są tzw. opłaty półkowe”).

Należy wskazać, że wadliwa jest już sama konstrukcja przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4. Z powołanej wyżej definicji marży, zawartej w ustawie o cenach, a także zgodnie z powszechnym rozumieniem tego pojęcia w praktyce handlowej, nie jest możliwe pobieranie marży przez sprzedawcę od dostawcy. Marżę (zysku) pobiera bowiem dostawca od sprzedawcy, a także sprzedawca od swoich klientów<sup>30</sup>. Już tego rodzaju podstawowy błąd konstrukcyjny sprawia, że art. 15 ust. 1 pkt nie może być poprawnie interpretowany bez zasadniczych trudności.

W doktrynie nie brakuje głosów krytycznych odnośnie do sposobu, w jaki art. 15 ust. 1 pkt 4 został skonstruowany i jest wdrażany w praktyce orzeczniczej<sup>31</sup>. Pojawiają się wręcz poglądy, że przepis ten powinien zostać usunięty z polskiego porządku prawnego, z tej racji iż tzw. opłaty półkowe wywierają pozytywny wpływ na gospodarkę, sprzyjając efektywnej alokacji miejsca na sklepowej półce<sup>32</sup>. Panuje zgoda co do tego, że art. 15 ust. 1 pkt 4 nie powinien wkraczać w zagadnienia swobody kształtowania cen rynkowych, a także w mechanizmy rabatów, upustów i premii pieniężnych stosowanych w relacjach dostawca–sprzedawca. Krytykowane są orzeczenia sądowe, w których za bezprawne uznano bonusy warunkowe stanowiące określony procent od obrotu<sup>33</sup>, a zwłaszcza te, w których okoliczność, że opłaty te stanowiły procent od obrotu była

<sup>29</sup> Tak np. cytowany wyżej wyr. SA z 2.10.2012 r., I ACa 359/12 dotyczy sytuacji, w której pobierany przez pozwanego procent od obrotu stanowił w istocie wynagrodzenie za rzekome usługi marketingowe, składając się na tzw. budżet promocyjny.

<sup>30</sup> Zwraca na to uwagę m.in. D. Wolski, Wybrane zagadnienia..., s. 111. Zob. także w tej kwestii B. Leszczyńska, A. Piszcz, Glosa do wyroku SN z dnia 26 stycznia 2006 r., II CK 378/2005, LEX/el. 2008.

<sup>31</sup> Krytyka ta wyrażana jest w większym lub mniejszym stopniu we wszystkich publikacjach powołanych w tym artykule, także w trzech aktualnych komentarzach do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zob. także C. Banasiński, M. Bychowska, Ekonomiczne aspekty stosowania art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, *Przegląd Prawa Handlowego* 2011, nr 10, s. 4 i n.; K. Szczepanowska-Kozłowska, Pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, *Glosa* 2007, nr 2, s. 110. Wiele głosów krytycznych odnośnie do sposobu interpretacji art. 15 ust. 1 pkt 4 w judykaturze wyrażono także podczas konferencji poświęconej tzw. opłatom półkowym, zorganizowanej 19.03.2013 r. przez Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS) Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego. Zob. <http://tzw-oplaty-polkowe.wz.uw.edu.pl/>, data dostępu 9 maja 2013 r.

<sup>32</sup> Zob. M. Marek, *Opłaty za przyjęcie...*, s. 57.

<sup>33</sup> Wyr. SA w Krakowie z 27.02.2009 r., I ACa 94/09.

dla sądu dodatkowym argumentem dla uznania ich za opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk<sup>34</sup>.

## 2. Racjonalizacja – podejście ekonomiczne

Artykuł 15 ust. 1 pkt 4 uznk zawiera wiele pojęć z zakresu nauki ekonomii, takich jak „rynek”, „marża handlowa”, „opłata”, „towar” czy „sprzedaż”. Stosowanie tego przepisu w praktyce sądowej wymaga zatem co najmniej podstawowej wiedzy ekonomicznej. Wyrażane są poglądy, zgodnie z którymi najlepszym narzędziem do osiągnięcia wyższego poziomu wydawanych orzeczeń, będzie podniesienie poziomu wiedzy sędziów z zakresu ekonomii i gospodarki rynkowej<sup>35</sup>. Warto z pewnością upowszechniać podejście ekonomiczne do zagadnień prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w ogóle, a do kwestii kwalifikacji działań gospodarczych, w tym stosowania systemów rabatowych jako tzw. opłat półkowych w szczególności. Dobrym wzorem i punktem odniesienia może być stosowanie ocen ekonomicznych w pokrewnej dziedzinie, jaką jest prawo antymonopolowe<sup>36</sup>. Tzw. podejście ekonomiczne do prawa konkurencji (*more economic approach*) utworowało sobie w ostatniej dekadzie drogę jako wskazówka interpretacyjna stosowana do oceny naruszeń publiczno-prawnych reguł konkurencji, wypierając dotychczasowe podejście formalne (*form-based approach*), nieoparte na pogłębionej analizie skutków ekonomicznych i wpływu działań przedsiębiorców na dobrobyt konsumencki (*consumer welfare*)<sup>37</sup>.

Szerszemu, ekonomicznemu podejściu do zagadnień czynów nieuczciwej konkurencji nie stoi na przeszkodzie sama ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wręcz przeciwnie, w art. 1 uznk zawarta jest jednoznaczna wskazówka interpretacyjna, zgodnie z którą zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji powinno dokonywać się z uwzględnieniem interesu publicznego, przedsiębiorców oraz klientów (w tym oczywiście także konsumentów). Wypada zauważyć, że sądy rzadko (jeżeli w ogóle) uwzględniają w orzecznictwie dotyczącym tzw. opłat półkowych interes szerszy, aniżeli grupowy interes małych dostawców do sieci handlowych. Przykładowo, brak refleksji na temat wpływu danej praktyki na ostateczne ceny towarów, jakie musi zapłacić konsument. Powstaje pytanie, czy nadmierna ochrona małych dostawców nie prowadzi do wzrostu cen konsumenckich, eliminując w pewnym zakresie konkurencję pomiędzy dostawcami, ale także ograniczając konkurencję pomiędzy sieciami handlowymi.

W odniesieniu do oceny rabatów retroaktywnych wydaje się zasadne uwzględnienie kilku podstawowych determinant wykładni, mających charakter ekonomiczny, a tym samym racjonalizujący:

- **równoważności pojęciowej** – terminy, takie jak „rabat”, „premia pieniężna”, „bonus” itd., powinny być traktowane jako równoznaczne, jeżeli każdy z nich określa tę samą prawidłowość gospodarczą, polegającą na redukcji ceny nabycia towarów, uzależnionej od poziomu

<sup>34</sup> Zob. wyr. SA w Poznaniu z 25.02.2010 r., I ACa 107/10, a także powołany już wyr. SO w Rzeszowie z 11.03.2009 r., VI GC 9/09.

<sup>35</sup> Zob. D. Wolski, Wybrane zagadnienia..., s. 126.

<sup>36</sup> Zob. P. Podrecki, Stosunek ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, *Przegląd Prawa Handlowego* 1994, nr 12, s. 20. Zob. także K. Kohutek, Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji, *Przegląd Prawa Handlowego* 2010, nr 7, s. 35 oraz decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 26 sierpnia 2010 r., nr DOK - 8/2010, w której poddano szczegółowej analizie zasady stosowania polityki rabatowej przez przedsiębiorców, w tym również posiadających pozycję dominującą na rynku.

<sup>37</sup> Zob. na ten temat np. A. Fornalczyk, *Biznes a ochrona konkurencji*, Oficyna Wolters Kluwer business, Kraków 2007, s. 18; też: Economic Approach to Counteracting Cartels, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2009 2(2), Warszawa 2009, s. 40–41; K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008, s. 69; E. Elhauge, D. Geradin, *Global Competition Law and Economics*, Oxford and Portland, Oregon 2011, s. 1. Na potrzebę racjonalnego, ekonomicznego rozumienia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zwraca również uwagę Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zob. pismo Prezesa UOKiK z dn. 4 lutego 2003 r., Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK Nr 1, poz. 240).

przyszłych obrotów; wspomniana uchwała NSA z 25czerwca 2012 r. powinna w tej materii rozwiać istniejące jeszcze ewentualnie wątpliwości<sup>38</sup>;

- **nieingerencji w ceny towarów** – byłoby społecznie niewskazane, aby orzecznictwo w sprawach rabatów retroaktywnych prowadziło ostatecznie do działania w gospodarce swoistego „Prawa Kopernika-Greshama”<sup>39</sup> powodującego, że produkt droższy będzie wypierał produkt tańszy; stałoby to w sprzeczności z celami ustawowymi sformułowanymi w art. 1 uznk;
- **specyfiki sprzedaży sieciowej** – po dokonaniu sprzedaży towaru nie dochodzi do przerwania więzi gospodarczej pomiędzy dostawcą a sprzedawcą; umowa sprzedaży ma charakter formalny, zresztą w wielu wypadkach obrót towarem następuje na podstawie umowy ramowej, wykonywanej poprzez kolejno składane zamówienia; towar jest w ciągłym ruchu, w cyklu: producent – dostawca (pośrednik) – sprzedawca (sklep) – klient; ostatecznie o losie produktu decyduje klient, który albo go nabywa, albo nie, w głównej mierze kierując się ceną; konkurencyjna walka o klienta wymaga starań przez cały czas trwania powyższego cyklu sprzedażowego; zainteresowane losem produktu jest każde jego ogniwo, tj. producent, dostawca i ewentualny pośrednik; w grę wchodzi szereg okoliczności, takich jak odpowiedzialność gwarancyjna za produkt niebezpieczny, za prawidłowe oznakowanie i informację konsumencką, kwestie marki, renomy, reklamy itd.; należy ponadto zauważyć, że z faktu współpracy z siecią handlową dostawca nie może wywodzić żadnego „prawa podmiotowego” do pozostania dostawcą przez jakikolwiek określony czas; sieci handlowe działają na rynkach wysoce konkurencyjnych i jeżeli chcą nabyć tańszy produkt, mają pełne prawo do zmiany dostawcy; mają także pełne prawo do prowadzenia gry rynkowej polegającej na maksymalnym obniżeniu ceny zakupu towaru od dostawcy<sup>40</sup>;
- **ekwiwalentności i rozkładu ryzyka** – wskazane byłoby badanie przez sądy nie tylko czy uzasadnieniem dla stosowania rabatów retroaktywnych jest ekwiwalentność świadczeń stron, co jest często niemożliwe bez pracochłonnej symulacji; nieporozumieniem jest bowiem traktowanie przesłanki ekwiwalentności jako prostego parytetu doraźnych korzyści, mierzonych np. aktualnym poziomem przychodów; należy pamiętać, że sprzedaż sieciowa może także prowadzić do budowy marki i renomy produktu, choćby poprzez zestawienie go z konkurencyjnymi produktami na tej samej półce; jednym z obiektywnych kryteriów byłaby analiza ryzyka handlowego ponoszonego przez strony umowy sprzedaży lub dostawy; w sytuacji porównywalnego parytetu ryzyka stosowanie mechanizmów rabatowych wydaje się nie podlegać wątpliwościom co do ich zgodności z art. 15 ust.1 pkt 4 uznk.

### 3. Racjonalizacja – potrzeba zmian

31 stycznia 2013 r. Komisja Europejska opublikowała Zieloną Księgę w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między

<sup>38</sup> W kontekście tej uchwały całkowicie bezpodstawne są obawy sądów, że otrzymujący rabat przedsiębiorca przerzuca na dostawcę jakiegokolwiek obciążenia podatkowe. Uchwała porządkuje kwestie prawne związane właśnie z uiszczaniem podatków przez sprzedawców sieciowych. Sprzedawcy ci wystawiają dostawcom faktury kosztowe, zmniejszające podstawę obliczenia podatku płaconego przez dostawcę.

<sup>39</sup> Prawo Kopernika-Greshama dotyczy zjawiska wypierania „lepszego” pieniądza przez „gorszy” pieniądz (z mniejszą zawartością kruszcu).

<sup>40</sup> Niezrozumiałym w tym kontekście jest pogląd wyrażony w jednym z cytowanych orzeczeń, niepoparty analizą rynkową, jakoby pośrednik otrzymujący rabat retroaktywny wykorzystywał dominującą pozycję na rynku. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 4 pkt 10 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, przez „pozycję dominującą” rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.

przedsiębiorstwami<sup>41</sup>. Po przeprowadzeniu procesu konsultacyjnego, m.in. ze środowiskiem sieci handlowych oraz dużych i małych dostawców, Komisja podejmie decyzję o ewentualnym wydaniu dyrektywy regulującej tę sferę relacji pomiędzy przedsiębiorcami (B-2-B). Zgodnie z własnym stanowiskiem Komisji w kwestii rabatów retroaktywnych, wyrażonym w Zielonej Księdze, praktyka ich stosowania mogłaby być uznana za nieuczciwą w sytuacji, gdy nie została uprzednio uzgodniona w wystarczająco precyzyjny sposób. Wynika z tego, że gdy rabat retroaktywny został uwzględniony pomiędzy stronami w precyzyjny sposób, np. przy zawarciu umowy sprzedaży, a druga strona uzyskała szczegółowe warunki jego rozliczania, należy przyjąć, że taka umowa jest dozwolona i zawierana w ramach ogólnej swobody umów. Nawet jeśli w trakcie współpracy między stronami pojawi się propozycja uregulowania tzw. rabatu retroaktywnego, taką umowę należy również uznać za dozwoloną, o ile nie została ona narzucona drugiej stronie.

W kontekście powyższych prac Komisji Europejskiej warto zastanowić się już obecnie nad ewentualną zmianą art. 15 ust. 1 pkt 4 potwierdzającą, że wolnorynkowe mechanizmy rabatów obrotowych, w tym rabatów retroaktywnych, nie stoją w sprzeczności z ustawowymi zasadami uczciwej konkurencji.

<sup>41</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-78\\_pl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-78_pl.htm), data dostępu 9.05.2013 r. Zob. także P. Skurzyński, Nowe wytyczne Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych a pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, *Przegląd Prawa Handlowego* 2012, nr 6, s. 53.