

Ochrona małych i średnich przedsiębiorców przed eksploatacją ze strony dużych podmiotów rynkowych (relacja B2b)

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Uwarunkowania ekonomiczne problemu zależności ekonomicznej
- III. Ochrona małych i średnich przedsiębiorców przed eksploatacją ekonomiczną – stan *de lege lata*
 1. Ochrona w prawie ochrony konkurencji
 2. Ochrona w przepisach kodeksu cywilnego
- IV. Ochrona małych i średnich przedsiębiorców przed eksploatacją ekonomiczną – propozycje *de lege ferenda*

Streszczenie

W artykule przedstawione zostały argumenty na rzecz wzmocnienia mechanizmów ochrony małych i średnich przedsiębiorców przed wyzyskiem ekonomicznym ze strony dużych firm. Oprócz omówienia uwarunkowań ekonomicznych tego zjawiska, zostały także zaprezentowane krajowe regulacje chroniące aktualnie rodzimych przedsiębiorców przed eksploatacją. Ponadto sformułowano katalog niedozwolonych praktyk rynkowych, który, bądź to w drodze odpowiedniej praktyki orzeczniczej, bądź też zmiany przepisów, powinien zostać implementowany do systemu prawa.

Słowa kluczowe: ekonomiczna analiza prawa; nadużycie zależności ekonomicznej; nieuczciwe praktyki rynkowe.

JEL: K23

I. Wprowadzenie

Małe i średnie przedsiębiorstwa stanowią 90% wszystkich firm w Unii Europejskiej i generują dwa z trzech miejsc pracy (w 2013 r. ponad 21 mln tych firm zapewniało pracę prawie 90 milionom osób w całej Unii)¹. Równocześnie ich prowadzenie wiąże się ze znacznie większym ryzykiem,

* Doktor habilitowany nauk prawnych; adiunkt w Zakładzie Prawa Mediów Wydziału Dziennikarstwa, Informacji i Bibliologii Uniwersytetu Warszawskiego; e-mail: ms.zaremba@uw.edu.pl.

¹ Na temat definicji małych i średnich przedsiębiorstw por. Zalecenie Komisji z 6.05.2003 r. w sprawie definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (notyfikowane jako dokument nr C(2003) 1422) (Dz. Urz. L 124 z 20.05.2003 r., s. 36–41) oraz art. 104–106 ustawy z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. 2016, poz. 1829).

niż to ma miejsce w przypadku dużych podmiotów rynkowych². Z tego powodu regulator unijny oraz regulatorzy krajowi podejmują różnorodne inicjatywy mające na celu stworzenie im równych i niedyskryminujących warunków prowadzenia działalności. Istotną częścią różnego rodzaju polityki publicznej jest konstruowanie instrumentów chroniących małych i średnich przedsiębiorców przed presją ekonomiczną ze strony wielkich dostawców lub odbiorców. W porównaniu z większością krajów unijnych Polska zapewnia bardzo słabą ochronę przed taką presją (por. Renda i in., 2014, tab. 8, s. 103; wyk. 5, s. 112). W niniejszym artykule przedstawiono argumenty na rzecz wzmocnienia mechanizmów tej ochrony, jak również zaprezentowano propozycje odpowiednich reform. W części pierwszej omówione zostały uwarunkowania ekonomiczne problemu, o którym mowa. Przedmiotem kolejnej części są krajowe regulacje aktualnie chroniące małych i średnich przedsiębiorców przed eksploatacją ekonomiczną. W ostatniej części sformułowane zostały uwagi podsumowujące rozważania oraz propozycje *de lege ferenda*.

II. Uwarunkowania ekonomiczne problemu zależności ekonomicznej

Zazwyczaj dobra rynkowe dostarczane są na rynek w pewnym ciągu czynności określanych w nauce o zarządzaniu jako łańcuch wartości (Porter, 2006, s. 58–64). Łańcuchy wartości mogą być bardzo krótkie lub składać się z wielu ogniw – czyli poszczególnych etapów produkcji i dystrybucji (por. np. Bukeviciute, Dierx i Ilzkovitz, 2009). To, w jakim stopniu uczestnicy tego procesu partycypują w korzyściach, zależy od charakteru ich wkładu, jak i od ich siły rynkowej³. **Siła rynkowa** może wynikać z różnych przyczyn, na przykład: z wyłączności praw na jakąś technologię, istnienia dużych korzyści sieciowych, popularności marki czy korzyści wynikających ze skali produkcji (Stiglitz, 2004, s. 91–94, 630, 346–348, 667). Siła ta znajduje odzwierciedlenie w wielkości udziału w rynku i w wysokości nadwyżki pobieranej ceny dobra nad jego kosztem krańcowym (lub – w dłuższym okresie – nad długookresowym kosztem przeciętnym uwzględniającym koszt stały)⁴. Gdyby wszystkie podmioty z łańcucha wartości działały na rynkach doskonale konkurencyjnych, cała nadwyżka z wymiany trafiałaby do finalnych nabywców, co skutkowałoby zmniejszaniem się nierówności społecznych (Comanor i Smiley, 1975, s. 177–194). Oczywiście jest to tylko model teoretyczny, w praktyce bowiem podział nadwyżki wygląda najczęściej inaczej⁵. Istotne jest, że firmy, ustalając ceny i wielkość produkcji, kierują się nie tylko jej kosztami, ale przede wszystkim charakterem popytu (Harrisa i Sullivana, 1979, s. 269–360). Krótko mówiąc, dla dostawców ważne jest głównie to, jaką cenę są w stanie zaakceptować nabywcy dóbr. Paradoksalnie oznacza to, że wzrost kosztów produkcji nie musi wcale oznaczać podwyżki ceny dobra. Sytuacja taka dotyczyłaby głównie rynków najbardziej konkurencyjnych, ponieważ obecne

² Ryzyko to wynika przede wszystkim z trudności dostępu do kapitału i związanej z tym wrażliwością na różnego rodzaju zdarzenia losowe, na przykład wahania koniunktury czy zatory płatnicze. Związek wielkości firmy z jej przeżywalnością znajduje odzwierciedlenie w statystykach. Przykładowo, dłużej niż przez trzy lata utrzymuje się na rynku ponad 60% spółek handlowych i tylko około 40% firm bez osobowości prawnej (por. Siudaj, 2015).

³ Komisja Europejska definiuje siłę rynkową jako zdolność wpływania na poziom cen rynkowych, wielkość podaży, innowacje, różnorodność lub jakość towarów i usług lub inne parametry konkurencji na danym rynku w znaczącym okresie, por. Komisja Europejska, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005. Pozyskano z: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (27.02.2017).

⁴ Nadwyżka konsumentów definiowana jest jako nadwyżka kwoty, jaką byliby oni skłonni zapłacić, nad kwotą zgłoszoną przez dostawcę dobra (Stiglitz, 2004, s. 129). Firmy, za pomocą odpowiednich technik dyskryminacji cenowej, są niekiedy w stanie dostosować ceny na swoje dobra do klientów o określonym poziomie tolerancji cenowej. Przykładowo, sieci handlowe przyciągają klientów niskimi cenami na wybrane produkty, takie jak pieluszki czy mleko, podczas gdy marże na pozostałe towary ustalone są na wyższym poziomie (model *HiLo*). Dlatego porównując ceny w różnych sieciach, bierze się pod uwagę raczej tzw. koszyki dóbr (Hoch, Drèze i Purk, 1994, s. 16–27).

⁵ Zgodnie z teoretycznym modelem S-C-P (*Structure-Conduct-Performance*) struktura rynku determinuje zachowania uczestników wymiany (Porter, 2006, s. 21–55). W praktyce może się jednak zdarzyć, że konkurencja na rynku opanowanym przez dwóch oligopolistów jest bardziej zacięta niż na innym rynku, na którym działa ich kilku.

na nich firmy działają na granicy opłacalności, alternatywą dla pełnego przerzucenia podwyżki jest więc dla nich w dłuższym okresie jedynie opuszczenie rynku (Kosicki i Cahill, 2006, s. 620). Natomiast monopolisci (i w mniejszym stopniu oligopolisci), ustalają ceny, uwzględniając swoją siłę rynkową, dlatego wielu dotychczasowych nabywców ich dóbr nie zaakceptowałoby takiej podwyżki⁶. Dla tych firm alternatywą jest więc raczej przerzucenie części dodatkowego kosztu na własnych dostawców o gorszej pozycji rynkowej⁷.

Oprócz siły rynkowej związanej z pozycją na danym rynku wyróżnia się również **siłę przetargową** w relacji z konkretnym podmiotem (Renda i in., 2014, s. 25–26). Zazwyczaj firmy o pozycji dominującej dysponują dużą siłą przetargową. Taką siłę mogą mieć też jednak firmy bez znaczącego udziału w rynku. Jej źródłem może być w takim przypadku fakt, iż cieszący się nią podmiot jest głównym dostawcą lub odbiorcą dla swojego kontrahenta (**tzw. zależność ekonomiczna**) lub też kontrahent ten musiałby ponieść wysokie koszty zmiany tego dostawcy lub odbiorcy (*switching costs*)⁸. Kolejny rodzaj przewagi może wynikać z faktu bycia odbiorcą dóbr **szybko psujących się**, istnienia asymetrii informacyjnej między stronami umowy (co znajduje odbicie w treści umowy, w szczególności w sposobie rozkładu ryzyka) lub wysokich kosztów dochodzenia roszczeń prawnych.

Do niedawna problem eksploatacji ekonomicznej przedsiębiorców o słabej sile przetargowej rzadko spotykał się z zainteresowaniem architektów polityki ekonomicznej. To zaniechanie miało co najmniej trzy przyczyny.

Po pierwsze, w dominującym paradygmacie ekonomii neoklasycznej próby regulowania dystrybucji nadwyżki producenta były uznawane przez decydentów za sprzeczne z zasadami gospodarki wolnorynkowej (w tym z zasadą swobody umów), ze względu na ryzyko zakłócenia funkcjonowania rynków.

Po drugie, w centrum uwagi organów ochrony konkurencji pozostawał przede wszystkim interes konsumentów (Daskalova, 2015, s. 131–160; Miąsik, 2008, s. 55–56).

Po trzecie wreszcie, opinia publiczna kojarzyła problem eksploatacji ekonomicznej głównie z sytuacją pracowników najemnych. Drobnym przedsiębiorcom trudniej było więc przebić się ze swoimi propozycjami do debaty publicznej, nie wspominając o umieszczeniu ich na agendzie politycznej. Znamiennym wyjątkiem byli przedsiębiorcy rolni, którzy stereotypowo nie są postrzegani jako „typowi” przedsiębiorcy.

Wraz ze zmianą klimatu społecznego wywołaną ostatnim wielkim kryzysem (czemu towarzyszyło zwiększenie się akceptacji ekonomicznego *mainstreamu* dla aktywniejszej roli państwa w gospodarce) głosy małych i średnich firm stały się lepiej słyszalne. Niezależnie od poparcia politycznego wyrażanego dla postulatów zgłaszanych przez to środowisko, za ich uwzględnieniem przemawiają też argumenty merytoryczne, które trudno zlekceważyć⁹.

⁶ Sytuację takich firm można porównać z sytuacją wynajmującego mieszkanie w atrakcyjnej części miasta. Może on sobie pozwolić na ustalenie kwoty czynszu przekraczającej znacznie koszty (stałe koszty utrzymania nieruchomości, podatki, koszt obsługi kredytu hipotecznego). W razie podwyżki stawek podatku od nieruchomości właściciele mieszkań nie będą mogli jednak przerzucić całego wzrostu na najemców, ponieważ, zgodnie z prawem popytu i podaży, popyt na mieszkania się zmniejszy.

⁷ Pewne znaczenie dla kwestii wzajemnych relacji podmiotów rynkowych o różnej pozycji może mieć kultura typowa dla danego kraju. Przykładowo, umowy zawierane przez amerykańskich producentów aut z dostawcami podzespołów wydają się mniej korzystne dla tych ostatnich niż tego samego rodzaju umowy zawierane przez japońskie czy niemieckie koncerny samochodowe. Różnicę tę można też jednak tłumaczyć gorszą sytuacją finansową firm z USA (por. Ben-Shahar i White, 2006, s. 979–980).

⁸ Sytuacja ta ma miejsce na przykład wtedy, gdy podmiot w celu realizacji zamówienia nabył wyspecjalizowane urządzenia.

⁹ Problem zasadności ochrony przed eksploatacją należy odróżnić od bardziej ogólnej kwestii różnicowania zasad prowadzenia działalności rynkowej w zależności od jej skali. Celowość tej ostatniej polityki nie jest raczej kwestionowana w nauce ekonomii (por. Bradford, 2004, s. 1–37).

Po pierwsze, jako to obszernie i przekonująco uzasadnia L.T. Garvin, proces podejmowania decyzji ekonomicznych przez drobnego przedsiębiorcę różni się bardzo od procesu decyzyjnego typowego dla menadżerów dużych firm (Garvin, 2014). W szczególności, ci pierwsi częściej stosują uproszczone wnioski (heurystyki), są bardziej narażeni na popełnienie różnego rodzaju błędów myślowych (*biases*) i zachowują się w sposób bardziej ryzykowny. Pod tym względem mają więc więcej wspólnego z konsumentami¹⁰.

Po drugie, i może ważniejsze, konflikt interesów drobnych przedsiębiorców i konsumentów nie ma bynajmniej charakteru immanentnego. Często duża firma, która przechwyciła większą część nadwyżki w relacji ze swoimi kontrahentami (na rynku „górnym”) ma też dostateczną siłę rynkową na rynku „dolnym”, by zachować tę nadwyżkę dla siebie zamiast przekazać konsumentom. Nawet w sytuacji, gdy ten dolny rynek jest bardzo konkurencyjny, co wymusza niskie marże na dostawcach, korzyści konsumentów nie są wcale oczywiste. Interes konsumenta jest bowiem pojęciem złożonym i wieloznacznym. Jeżeli traktować go wyłącznie jako wielkość nadwyżki, to rzeczywiście w tym ostatnim przypadku konsument wydaje się zyskiwać. W literaturze przedmiotu podkreśla się jednak ogromny wpływ innowacyjności na sytuację konsumentów, ponieważ bieżące korzyści mogą okazać się znacznie mniejsze niż przyszłe związane z opracowaniem nowych rodzajów produktów i usług (Brodley, 1987, s. 1026–1028). Badania nad innowacyjnością dowodzą, że małe i średnie firmy lepiej niż duże koncerny radzą sobie z eksploracją nowych technologicznych niszy¹¹. Eksploatacja ekonomiczna pozbawia jednak te firmy kapitału na finansowanie badań rozwojowych¹². Poza tym, asymetria siły rynkowej może prowadzić do nieefektywnej alokacji ryzyka, w sytuacji gdy jego faktyczny rozkład w danej relacji rynkowej różni się od rozkładu optymalnego, wynikającego ze zdolności każdej z jej stron do zapobiegania zdarzeniom losowym lub radzeniu sobie z ich konsekwencjami (por. na ten temat Zaremba, 2016, s. 262–268).

Trzeci argument ma charakter najbardziej kontrowersyjny bo polityczny. Każde społeczeństwo określa cele własnego funkcjonowania i rozwoju zgodnie z dominującą w nim filozofią społeczno-polityczną. Typowe dla filozofii liberalnej jest skupienie się na interesie konsumenta oraz na wydajności ekonomicznej. Kryterium sukcesu polityki gospodarczej w społeczeństwie wyznającym taką filozofię jest wielkość zdolności nabywczej. Dla odmiany filozofia komunitaryzmu akcentuje raczej interesy członków wspólnot lokalnych, w szczególności stabilność działalności małych firm rodzinnych. Bezduszności bezosobowych relacji typowych dla biurokratycznych korporacji komunitaryści przeciwstawiają osobiste relacje łączące właścicieli małych firm i ich pracowników (Bell, 2001). Przejawem tego sposobu myślenia są inicjatywy lokalne sprzeciwiające się budowie hipermarketów (Mitchell, 2016, s. 58–62)¹³. Wskazuje się też, w jaki sposób eksploatacja ekonomiczna drobnych przedsiębiorców powoduje, że w celu przetrwania zmuszeni są oni do podobnej eksploatacji swoich pracowników. To z kolei skutkuje dużą rotacją zatrudnienia czy działaniami

¹⁰ Z tego względu należałoby objąć również i tę kategorię podmiotów przepisami ustawy z 23.08.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (t.j. Dz.U. 2016, poz. 3, ze zm.). W ten właśnie sposób implementowały dyrektywę o nieuczciwych praktykach handlowych Niemcy, Francja, Włochy, Austria, Szwecja i Dania.

¹¹ Jak stwierdza W.J. Baumol, duże firmy opracowują większość innowacji przyrostowych (inkrementalnych), natomiast małe i średnie przodują, jeśli chodzi o innowacje przełomowe (por. Baumol, 2004, s. 9–21; też Cristensen, 2010). M. Mazzucato podkreśla jednak, iż tylko niewiele małych firm odnotowuje szybki wzrost (por. Mazzucato, 2011, s. 38–39). Autorka ta zwraca również uwagę na kluczową rolę badań finansowanych przez państwo. Interesującą analizę wyjątkowej innowacyjności średniej wielkości niemieckich firm przedstawili H. Simon i M. Dietl w: Simon i Dietl, 2009, s. 197–232.

¹² Przykładowo presja sieci handlowych na niskie ceny hamuje procesy innowacyjne w przemyśle zabawkowym (por. Mitchell, 2016, s. 193).

¹³ S. Mitchell przywołuje w swojej pracy wyniki wielu badań dowodzących bardzo negatywnego wpływu budowy hiper- i supermarketów na lokalne rynki pracy. Badania europejskich ekonomistów są mniej jednoznaczne, aczkolwiek ich autorzy biorą zazwyczaj pod uwagę krótką perspektywę czasową lub uwzględniają tylko część oddziaływań (por. Bertrand i Kramarz, 2001, s. 1–46; Viviano, 2006, s. 9–46).

nielojalnymi wobec pracodawców (kradzieżami, oszustwami czy ujawnianiem tajemnic handlowych). Za efektywnymi hasłami, takimi jak „wzrost wydajności handlu” czy „optymalizacja produkcji” kryje się więc często erozja zaufania społecznego i kryzys moralności publicznej. Trzeba jednak również dodać, że równie często, a może nawet częściej, za postulatami walki z wyzyskiem skrywa się chęć uzyskania przywilejów grupowych kosztem reszty społeczeństwa. Każdorazowo więc propozycje regulacji relacji B2b wymagają wnikliwego zbilansowania związanych z tym korzyści i strat. Jako niewielkie należy przy tym ocenić ryzyko, iż instrumenty walki z eksploatacją ekonomiczną zapobiegną eliminacji nieefektywnych firm z rynku. W każdym razie w cytowanych w niniejszym artykule raportach instytucji rządowych i unijnych dotyczących zjawiska, o którym mowa, trudno napotkać jakiegokolwiek informacje świadczące o tym, że ryzyko takie jest realne. Wydaje się, że przewaga ekonomiczna wielkich podmiotów rynkowych jest tak przemożna, że problemem regulatora jest raczej zapewnienie skuteczności wspomnianych instrumentów.

III. Ochrona małych i średnich przedsiębiorców przed eksploatacją ekonomiczną – stan *de lege lata*

1. Ochrona w prawie ochrony konkurencji

Przeciwnicy regulacji chroniących małych i średnich przedsiębiorców przed eksploatacją argumentują często, że wystarczającą ochronę przed taką praktyką zapewnia stworzenie słabszym podmiotom możliwości grupowego negocjowania warunków kontraktów¹⁴. Praktyka jednak nie uzasadnia tego przekonania, ponieważ przedsiębiorcy, w obawie przed retorsjami, nie chcą tworzyć takich porozumień lub się do nich przyłączyć, a jeśli już nawet organizacje te powstaną, trudno im skłonić potężnych graczy rynkowych do ustępstw (por. Emerson i Benoliel, 2013, s. 99–128; bardziej optymistycznie Argyres i Bercovitz, 2015, s. 811–832).

Innym czynnikiem hamującym zapędy wielkich firm ma być obawa przed niekorzystnym wizerunkiem, ponieważ, zdaniem zwolenników tego zapatrywania, reputacja rynkowego *killera* odstrasza potencjalnych kontrahentów. Czynniki, o którym mowa, ma jednak znaczenie tylko w przypadku niektórych typów działalności (głównie sieci franczyzowych), a i w ich przypadku siła jego oddziaływania poddawana jest w wątpliwość (Benoliel, 2009, s. 1–26).

Najbardziej skutecznym narzędziem walki z eksploatacją ekonomiczną pozostają więc regulacje¹⁵. Regulator krajowy lub unijny ma jednak ograniczoną możliwość oddziaływania na procesy ekonomiczne. Musi w szczególności brać pod uwagę utrzymanie międzynarodowej konkurencyjności krajowej gospodarki i ryzyko odstraszenia zagranicznych inwestorów. Ryzyko to jest najmniejsze w przypadku, gdy dany rodzaj działalności jest ściśle powiązany z lokalnym lub krajowym rynkiem, co dotyczy na przykład przemysłu wydobywczego lub handlu. O ile bowiem

¹⁴ Co do zasady tego typu porozumienia traktowane są przez prawo antymonopolowe jako niedozwolone porozumienie antykonkurencyjne, wymagają więc zezwolenia w ustawie. Przykładem takich legalnych porozumień są rolnicze grupy producenckie lub organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub pokrewnymi, por. odpowiednio, art 169–171 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1308/2013 z 17.12.2013 r. ustanawiającego wspólną organizację rynków produktów rolnych (Dz. Urz. UE L 347/671 z 20.12.2013 r.), oraz rozdz. 12 ustawy z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. 2006 Nr 90, poz. 631, ze zm.).

¹⁵ Jako alternatywę dla regulacji wskazywane jest niekiedy inicjowanie i wspieranie działań samoregulacyjnych. Przykładem takiej inicjatywy są „Zasady Dobrej Praktyki” opracowane przez organizacje biznesowe uczestniczące w pracach utworzonego przez Komisję Europejską Forum Wysokiego Szczebla do spraw Poprawy Funkcjonowania Łańcucha Dostaw Żywności („Forum for a Better Functioning Food Supply Chain”), por. *Principles of Good Practice in vertical relationships in the Food Supply Chain*. Pozyskano z: <http://www.supplychaininitiative.eu/about-initiative/principles-good-practice-vertical-relationships-food-supply-chain> (27.02.2017). Ze względu na niską skuteczność samoregulacji częściej zaleca się wybór modelu koregulacyjnego, w którym egzekucją zasad opracowanych przez daną branżę zajmują się organy państwa. Nawet koregulacja może jednak okazać się zbyt mało efektywnym środkiem, by zastąpić regulacje państwowe, dlatego postrzega się ją raczej jako ich uzupełnienie (por. Renda i in., 2014, s. 41–43, 122–123).

przeniesienie produkcji za granicę jest stosunkowo łatwe, o tyle placówki handlu detalicznego (pomiędzy sklepy internetowe) muszą być usytuowane tam, gdzie przebywają konsumenci. Swobodę regulatora ograniczają też przepisy prawa międzynarodowego i unijnego zakazujące stosowania praktyk protekcyjnych i dyskryminacyjnych. Inną barierą jest nieograniczona pomysłowość firm przejawiająca się w wynajdywaniu sposobów na obejście ograniczeń.

Aktualnie w polskim prawie przewidzianych jest kilka takich instrumentów ochronnych¹⁶. Mnogość tych narzędzi nie przekłada się jednak na skuteczność. Ich analizę wypada rozpocząć od instrumentów przewidzianych w prawie ochrony konkurencji.

Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁷ nie jest zbyt przydatna dla pokrzywdzonych przedsiębiorców, ponieważ celem prawa antymonopolowego, jak to ujął kiedyś amerykański Sąd Najwyższy w sprawie *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*¹⁸, jest ochrona konkurencji, a nie konkurentów. Dopóki więc konkurencja nie jest zagrożona przez fuzję firm, porozumienia antykonkurencyjne (w tym porozumienia nabywcze) czy nadużycie pozycji dominującej¹⁹, organy antymonopolowe nie interweniują (Bakhoun, 2015, s. 1-2). W wielu krajach regulacjom tym towarzyszą przepisy o nadużyciu zależności ekonomicznej²⁰. Polska nie należy jednak do tych państw, dlatego podstawowym instrumentem ochrony przed eksploatacją są w naszym kraju przepisy ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²¹. Zgodnie z art. 3 ust. 1 tego aktu, za czyn nieuczciwej konkurencji może być uznane każde działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W praktyce jednak niemal nie zdarza się, by przepis ten był wykorzystywany jako samoistna podstawa roszczeń (Nowińska, 2014, s. 10). Praktyczne znaczenie w interesującej nas materii ma więc głównie art. 15 ust. 1 zakazujący utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku i wskazujący przykładowo konkretne rodzaje tej praktyki: *dumping* cenowy (np. w związku ze sprzedażą przez duże sieci handlowe towarów pod własną marką²²); dyskryminację (czyli rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów); pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży oraz utrudnianie małym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług w obiektach handlowych o powierzchni sprzedaży powyżej 400 m² po cenie nieuwzględniającej marży handlowej.

Zdecydowanie najwięcej kontrowersji wywołuje zakaz stosowania „opłat półkowych” za przyjęcie towaru do sprzedaży²³. Problem tych opłat obrazuje też, jak trudną kwestią jest regulacja rynku, ponieważ za ich dopuszczalnością przemawiają istotne argumenty natury ekonomicznej (por.

¹⁶ Prawo unijne nie reguluje problematyki, o której mowa i, zdaniem Komisji Europejskiej, nie ma aktualnie potrzeby tworzenia takich regulacji na poziomie wspólnotowym, por. *Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące nieuczciwych praktyk handlowych w ramach łańcucha dostaw produktów spożywczych, realizowanych między przedsiębiorstwami*, 29.01.2016 r., COM(2016) 32 final.

¹⁷ T.j. Dz.U. 2017, poz. 229; dalej: uokik.

¹⁸ Por. wyr. z 25.01.1977 r., 429 U.S. 477, 488 (1977).

¹⁹ Przypomnijmy, że zgodnie z art. 4 pkt 10 uokik, 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 przy tym, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.

²⁰ Por. Renda i in., 2014, oraz *Report on Abuse of Superior Bargaining Position* przygotowany przez Task Force for Abuse of Superior Bargaining Position na siódmą doroczną konferencję International Competition Network w Kyoto, 14–16.04.2008 r. Pozyskano z: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc386.pdf> (27.02.2017). Przykładowo, § 20 ust. 1 niemieckiej ustawy z 27.07.1957 r. o ochronie konkurencji (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) nakazuje stosować § 19 tej ustawy dotyczący nadużywania pozycji dominującej (odpowiednik art. 9 uokik) do działań firm (lub ich zrzeszeń) wobec zależnych od nich małych i średnich przedsiębiorców. Zależność tę (tzw. względną siłę rynkową) akt ten definiuje jako brak dostatecznej i rozsądnej możliwości zwrócenia się do innego kontrahenta.

²¹ T.j. Dz.U. 2003 Nr 153, poz. 1503, ze zm.; dalej: uznk. Podobna sytuacja ma miejsce w kilku innych krajach UE (por. Renda i in., 2014, s. 9–10).

²² Art. 17d uznk zakazuje wprowadzania do obrotu przez sieci sklepów dyskontowych towarów w ilości przewyższającej 20% wartości obrotów z markami stanowiącymi własność właściciela sieci lub podmiotów zależnych.

²³ Por. m.in. głosy w dyskusji toczącej się na łamach *internetowego Kwartalnika Antymonopolowego i Regulacyjnego*.

omówienie argumentów przeciwników i zwolenników tego typu opłat przedstawione w: Shotlander, 2006, s. 1273–1285). Co więcej, efektem zakazu, o którym mowa, jest prawdopodobnie wzrost korupcji w branży handlowej. Zdarza się bowiem, że „opłaty półkowe” są nadal pobierane, ale tym razem trafiają do kieszeni skorumpowanych menedżerów sklepów²⁴. Funkcjonujący obecnie system selekcji dostawców jest więc znacznie mniej przejrzysty, a przez to mniej efektywny.

2. Ochrona w przepisach kodeksu cywilnego

Wśród konstrukcji prawa cywilnego, które potencjalnie mogą być wykorzystane jako instrumenty ochrony przed eksploatacją ekonomiczną należy wymienić instytucję wyzysku (art. 388 k.c.), klauzule generalne natury stosunku zobowiązaniowego i zasad współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.) oraz przepisy o błędzie (art. 82–86 k.c.).

Mogłoby się wydawać, że głównym narzędziem wspomnianej ochrony będzie art. 388 k.c. wprost odnoszący się do przymusowego położenia, jednak restrykcyjna interpretacja treści tego przepisu przez sądy sprawia, że niezwykle rzadko znajduje on zastosowanie²⁵. Przypomnijmy, że powód, który chce skorzystać z dobrodziejstw tego przepisu musi wykazać w procesie, iż spełnione zostały w jego przypadku dwie przesłanki obiektywne (rażąca dysproporcja świadczeń i przymusowe położenie, niedołęstwo lub niedoświadczanie wyzyskanego) oraz przesłanka subiektywna – świadome wykorzystanie we własnym interesie wyzyskanego. Co gorsza, przepis ten wymaga określonej sekwencji zgłaszania roszczeń²⁶ oraz uczynienia tego w terminie dwóch lat od dnia zawarcia umowy. W wielu przypadkach przyczyną porażki powodów było więc to, że od razu wnieśli o unieważnienie umowy lub też, że ich pozew wpłynął zbyt późno. Prowizorycznym rozwiązaniem sygnalizowanej sytuacji patowej może być bardziej liberalna interpretacja przepisów, uwzględniająca chociażby zależność ekonomiczną (Trzaskowski, 2005, s. 447–452)²⁷. Docelowo jednak konieczna jest gruntowna zmiana tej konstrukcji (Trzaskowski, 2013, s. 873) lub jej wykreślenie z kodeksu cywilnego (Andrzejewski, 2015, s. 215–219).

Problem z przepisem art. 388 k.c., polega nie tylko na tym, że jest on nieskuteczny, lecz także na tym, że część przedstawicieli doktryny, zresztą nie bez mocnych podstaw, uznaje go za *lex specialis*, który wyłącza zastosowanie bardziej ogólnych art. 353¹ k.c. i art. 58 § 2 k.c. (por. przegląd stanowisk doktryny i orzecznictwa w: Andrzejewski, 2015, s. 194–212)²⁸. Omawiany przepis nie tylko więc nie chroni osoby wyzyskiwanej, ale i teoretycznie blokuje możliwość skorzystania przez nią z gwarancji przewidzianych w innych przepisach²⁹. Napór rzeczywistości sprawił jednak, że

²⁴ Por. H. Wójcik, Afera w handlu: 4 mln zł z łapówek, 24.02.2016. Pozyskano z: <https://www.wiadomoscihandlowe.pl/drukujpdf/artku/5713> (27.02.2017). Mechanizm tego proceduru jest identyczny jak w przypadku łapówek (tzw. payoli) wręczanych przez firmy fonograficzne nadawcom radiowym za emisję utworów pochodzących z tych firm. W USA zjawisko to jest zwalczane przez organy ścigania, jednak bez większego powodzenia (Zaremba, 2014, s. 180–186). Sieci handlowe bronią się przed korupcją, zlecając prowadzenie negocjacji z dostawcami swoim zagranicznym centralom, por. wypowiedź dyrektora handlowego średniej wielkości producenta napojów cytowaną we wspomnianym powyżej artykule.

²⁵ Na ponad 150 wyroków zamieszczonych w serwisie orzeczenia.ms.gov.pl, w których sąd powołał się na art. 388 k.c., tylko w kilku sądy uwzględniły racje powodów, por. wyr. SA we Wrocławiu z 15.11.2011 r., I ACa 1167/11; wyr. SR w Kłodzku z 17.07.2014 r., I C 811/14; wyr. SA w Szczecinie z 28.01.2016 r., I ACa 922/15 i I ACz 893/15; wyr. SO w Poznaniu z 31.03.2016 r., XII C 683/14.

²⁶ Por. wyr. SN z 8.10.2009 r., II CSK 160/09; wyrok SN z 14.01.2010 IV CSK 432/09.

²⁷ Por. też wyr. SN z 28.01.1974 r., I CR 819/73, LEX nr 7391, w którym sąd uznał, że „przymusowe położenie oznacza znajdowanie się strony w takich warunkach materialnych, osobistych lub rodzinnych, które zmuszają ją do zawarcia danej umowy za wszelką cenę lub nie pozwalają na swobodne uzgodnienie poszczególnych postanowień umownych”.

²⁸ Relacja między tymi dwoma ostatnimi przepisami nie jest do końca jasna, ponieważ naruszenie art. 353¹ może pociągać za sobą sankcję określoną w art. 58 § 1 k.c.; por. wyr. SN z 8.01.2003 r., II CKN 1097/00. Istotne jest, że zgodność czynności prawnej (w tym umowy) z zasadami współżycia społecznego sąd powinien badać z urzędu.

²⁹ Można wskazać jednak przykłady wyroków, w których sądy pominęły art. 388 k.c. i zastosowały art. 58 § 2 k.c., por. wyr. SA w Szczecinie z 26.06.2013 r., I ACa 221/13; wyr. SA w Krakowie z 31.07.2013 r., I ACa 49/13; wyr. SO we Wrocławiu z 10.12.2013 r., I C 1084/11.

sądy, w tym Sąd Najwyższy poszukują sposobów jego „obejścia”³⁰. Paradoksalnie więc najbardziej skuteczną taktyką procesową osoby poszukującej ochrony jest oparcie swoich żądań wyłącznie na tych dwóch wcześniej wymienionych przepisach, w nadziei, że sąd nie uzna za właściwe zastosowania art. 388 k.c.

Podobnie jak instytucja wyzysku, również klauzula zasad współzycia społecznego ma charakter ekstraordynaryjny. Sądy stale podkreślają, iż winna ona znajdować zastosowanie tylko w wyjątkowych przypadkach uzasadnionych szczególnymi okolicznościami³¹. Praktyka orzecznicza jest silnie powiązana z rodzajem sprawy. W sprawach dotyczących zasądzenia odsetek od pożyczek (i innych odsetek umownych) dla stwierdzenia naruszenia zasad współzycia społecznego wystarczyło wykazanie rażącej wysokości oprocentowania³². Częściej jednak sądy deklarują, że sama nieekwiwalentność sytuacji prawnej to za mało, by mówić o naruszeniu art. 353¹ k.c.³³. Konieczne jest jeszcze wystąpienie dodatkowych przesłanek w postaci niełojalnego, nacechowanego złą wolą zachowania drugiej strony umowy³⁴. Jak to doprecyzował Sąd Najwyższy w wyroku z 18 marca 2008 r.³⁵:

*„(...) obiektywnie niekorzystna dla jednej strony treść umowy zasługiwać będzie na negatywną ocenę moralną, a w konsekwencji prowadzić do uznania umowy za sprzeczną z zasadami współzycia społecznego w sytuacji, gdy do takiego ukształtowania stosunków umownych, który jest dla niej w sposób widoczny krzywdzący, doszło przy świadomym lub tylko spowodowanym niedbalstwem, wykorzystaniu przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji. Umowa zawarta przez stronę działającą pod presją faktycznej przewagi kontrahenta nie może być bowiem uznana za wyraz w pełni swobodnej i rozważnie podjętej przez nią decyzji. Dominująca pozycja jednej ze stron umowy w stosunku do kontrahenta może być zarówno następstwem istniejącego między nimi **stosunku zależności o charakterze ekonomicznym** [podkr. – MZ],*

³⁰ W orzecznictwie naszej najwyższej instancji sądowej dominuje linia orzecznicza, zgodnie z którą ten pierwszy przepis ma charakter szczególny, ale równocześnie dopuszczalne jest zastosowanie klauzuli zasad współzycia społecznego, w przypadku, gdy przesłanki wyzysku nie zostały spełnione, por. wyr. SN z 8.10.2009 r., II CSK 160/09 („Należy jednak stwierdzić, że nie jest wykluczona sytuacja, w której brak wystąpienia przesłanek wyzysku mógłby prowadzić do oceny określonej umowy w świetle art. 58 § 2 k.c.”); wyr. SN z 14.01.2010 r., IV CSK 432/09; wyr. SN z 19.09.2013 r., I CSK 651/12. Tak też, chyba, w odniesieniu do odsetek: wyr. SN z 8.01.2003 r., II CKN 1097/00. Odosobniony jest natomiast pogląd, iż zakresy stosowania art. 388 k.c. i 58 § 2 k.c. krzyżują się, co umożliwiłoby ich alternatywne zastosowanie; por. wyr. SN z 13.01.2005 r., IV CK 444/04.

³¹ Por. zwłaszcza wyr. SN z 18.04.2012 r., V CSK 215/11: „Tymczasem w orzecznictwie przyjmuje się, że sąd nie może powołać się ogólnie na – z natury rzeczy – nieokreślone zasady współzycia społecznego, lecz powinien konkretnie wskazać, jaka z przyjętych w społeczeństwie zasad współzycia społecznego, w aspekcie okoliczności sprawy, została naruszona w razie niezaprzeczenia nieważności umowy (...). W sytuacji, w której ściśle sformułowanie konkretnej zasady współzycia społecznego napotyka na trudności, spełnieniem omawianego wymagania będzie przedstawienie – czego nie zawiera zaskarżony wyrok – właściwej oceny, poddającej się weryfikacji. Sąd powinien zatem wskazać, jakich w aspekcie okoliczności sprawy dokonał ocen i jakie wartości (jakie i czyje dobra) miał na względzie; jakie sformułował oceny preferencyjne (dlaczego pewne dobra uznał za ważniejsze od innych) i do jakiej w ich wyniku doszedł konkluzji ogólnej”.

³² Por. np. wyr. SN z 27.07.2000 r., IV CKN 85/00; wyr. SN z 13.10.2005 r., IV CK 162/05; wyr. SN z 8.01.2003 r., II CKN 1097/00 (jak podkreślił ten ostatni skład orzekający: „Należy jednak zauważyć, że nieważność bezwzględna umowy z powodu jej sprzeczności z zasadami współzycia społecznego istnieje z mocy prawa w zakresie ustalonym przez sąd. Może się więc niekiedy okazać, że zastrzeżone w umowie odsetki są rażąco wygórowane tylko w pewnym zakresie, a w pozostałej części, wyższej od ich ustawowej wysokości, nie są nadmierne”). Por. też wyr. SN z 11.09.2003 r., III CKN 579/01, OSN 2004, nr 10, poz. 167 (dotyczący kary umownej w rażącej wysokości); wyr. SN z 8.10.2004 r., V CK 670/03, OSN 2005, nr 9, poz. 162 oraz zapadłe w poprzednich warunkach ustrojowych wyr. SN z 6.01.1976 r., I CR 713/75, OSPiKA 1972, z. 4, poz. 75 oraz z 7.01.1980 r., II CR 464/79, OSN 1980, nr 7–8, poz. 145.

³³ Por. np. wyr. SN z 22.06.2010 r., IV CSK 555/09: „Tym samym decyzja sądu o udzieleniu ochrony stronie umowy nie może opierać się wyłącznie na stwierdzeniu, że warunki umowy są dla niej niekorzystne. W przeciwnym razie traci ona impuls dla ochrony własnych interesów, skoro może tę ochronę przerzucić na organ stosujący prawo. Nadmierna dopuszczalność ingerencji sądowej godzi również w umowę, która przestaje być stabilnym punktem odniesienia dla sytuacji prawnej stron”; podobnie wyr. SN z 12.03.2004 r., II CK 39/03; wyr. SN z 18.03.2008 r., IV CSK 478/07; wyr. SN z 26.05.2011 r., II CSK 528/10; wyr. z 19.09.2013 r. I CSK 651/12; wyr. SN z 19.11.2015 r., IV CSK 804/14. Dodać warto, że kodeks cywilny niejednokrotnie przewiduje podwyższone wymogi wobec podmiotów profesjonalnych, por. np. art. 118, 356 § 2, 358 § 4.

³⁴ Por. wyr. SN z 22.06.2010 r., IV CSK 555/09: „W płaszczyźnie stosunków kontraktowych zasady te wyrażają się istnieniem powszechnie akceptowanych reguł przyzwoitego zachowania się wobec kontrahenta. Szczególne znaczenie mają reguły uczciwości i rzetelności tzw. kupieckiej, których należy wymagać od przedsiębiorcy – profesjonalisty na rynku, a mianowicie przestrzegania dobrych obyczajów, zasad uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania czy lojalności i zaufania. Zatem każda ze stron umowy pożyczki, a więc także udzielający pożyczki, powinien powstrzymać się od wszelkich zachowań, które świadczą o braku respektu dla interesów partnera lub wywołują uszczerbek w tych interesach”. Por. też orzecznictwo cytowane w przypisie poprzedzającym.

³⁵ Wyr. SN z 18.03.2008 r., IV CSK 478/07; podobnie wyr. SN z 26.05.2011 r., II CSK 528/10; wyr. SN z 19.09.2013 r., I CSK 651/12.

czy też mającej źródło w stosunkach rodzinnych, jak i szczególnych okoliczności dotyczących osoby słabszego partnera związanych np. z jego chorobą, w przebiegu której następuje upośledzenie sfery motywacyjnej i decyzyjnej”.

W opinii naszej najwyższej instancji sądowej, kryteria słuszności kontraktowej mogą być różnicowane w zależności od tego czy chodzi o stosunki konsumenckie, czy o stosunki pomiędzy profesjonalistami (przedsiębiorcami)³⁶. Egzemplifikację tego stanowiska stanowią orzeczenia zapadłe w sprawach z udziałem banków. W sprawie rozstrzygniętej wyrokiem z 2 marca 2012 r.³⁷ skład orzekający stwierdził, iż:

„Za uczciwe i uzasadnione działanie banku z zamiarem uzyskania zabezpieczenia udzielonego kredytu przez osobę inną niż kredytobiorca [będącej członkiem rodziny przedsiębiorcy – dop. MZ] można uznać tylko takie czynności, które zostaną poprzedzone rzetelną oceną zdolności kredytowej kredytobiorcy oraz przeprowadzone po wyjaśnieniu osobie udzielającej zabezpieczenia charakteru i skutków dokonywanej przez nią czynności. Od banku trzeba wymagać, by stronie zawieranej umowy rzetelnie wyjaśniał jej znaczenie i zakres wynikających z niej obciążeń”.

Już jednak w sprawie walutowych kontraktów opcyjnych zawieranych przez banki z przedsiębiorcami Sąd Najwyższy orzekł, że wskazywanie oczywistej przewagi banku jako kontrahenta w wielu płaszczyznach nie może uzasadniać nieważności tych transakcji³⁸. Stanowisko to złagodził ten sąd w późniejszym wyroku z 19 września 2013 r.³⁹, w którym podkreślił, że:

„Bank proponując zawarcie umowy o treści jedynie akceptowanej przez drugą stronę, nie nazywając tego wprost, świadczył usługi doradcze kontrahentowi, bo można zasadnie przypuszczać w okolicznościach sprawy, że tylko bank mógł ocenić rzeczywistą zasadność składanej propozycji konkretnemu podmiotowi, którego zakres przygotowania merytorycznego odnośnie do treści i skutków umowy opcji walutowej nie został zbadany i wykazany w sprawie”.

W dalszej części uzasadnienia skład orzekający dodał też, co następuje:

„Natura prawna umowy opcji walutowej jako umowy nienazwanej (art. 353¹ k.c.) wymaga rozważenia uprawnień i obowiązków zwłaszcza tej strony umowy, która proponuje zawarcie oraz przedstawia projekt umowy opcji, gdyż jej wiedza już w chwili zawierania umowy o możliwej dysproporcji świadczeń na niekorzyść kontrahenta, jak też zagwarantowane tylko sobie uprawnienia mogą świadczyć o naruszeniu przez tę stronę zasad, na które powołuje się art. 58 § 2 k.c.”⁴⁰.

³⁶ Por. wyr. SN z 19.11.2015 r., IV CSK 804/14.

³⁷ II CSK 351/11.

³⁸ Por. wyr. SN z 9.11.2012 r., IV CSK 284/12: „Problem staranności zawodowej banku odnosi się do kwestii oceny wykonywania określonych obowiązków kontraktowych lub możliwości przypisania bankowi odpowiedzialności odszkodowawczej pozakontraktowej (art. 355 § 2 k.c.). Wprawdzie w literaturze (i niekiedy też w judykaturze Sądu Najwyższego) nawiązuje się do tzw. obowiązków ogólnych banku, które niekoniecznie muszą wynikać z umowy z bankiem (np. obowiązek lojalności, informacji), nie sposób jednak łączyć w sposób ogólny z naruszeniem takich obowiązków konsekwencji w postaci nieważności umowy zawartej (i wykonanej) z bankiem”.

³⁹ I CSK 651/12.

⁴⁰ Por. też wyr. SA w Warszawie z 22.05.2012 r., I ACa 1020/11; wyr. SA w Warszawie z 1.04.2015 r., I ACa 1431/14.

Jako przykład zastosowania przywołanych powyżej zasad wskazać można wyrok Sądu Najwyższego z 24 kwietnia 2008 r.⁴¹, stwierdzający, że zabezpieczenie przez wierzyciela wierzytelności wynikającej z umowy dostawy przez zawarcie umowy poręczenia bez wiedzy dłużnika w sytuacji, gdy wierzyciel miał świadomość, że w przypadku opóźnienia się przez dłużnika ze spełnieniem świadczenia i przy jednoczesnym spełnieniu tego świadczenia przez poręczyciela nastąpi – bez udziału dłużnika głównego – skutek w postaci wejścia osoby trzeciej w miejsce dotychczasowego wierzyciela, jest wprawdzie formalnie zgodne z treścią zobowiązania, ale nie da się pogodzić z zasadą rzetelności i lojalności w wykonaniu zobowiązania względem kontrahenta umowy dostawy, narusza bowiem jego uzasadniony interes, a zatem jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego⁴². Podobnie Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 5 lutego 2013 r.⁴³ uznał za nieważne wypowiedzenie czynszu w trybie art. 6851 k.c.⁴⁴. W opinii składu sądu, takie oświadczenie złożone po upływie roku od zawarcia umowy, niepoparte uwarunkowaniami rynkowymi, poniesionymi nakładami na przedmiot umowy najmu czy wynikające z prowadzonych przez strony negocjacji, uznać należało za nielojalne wobec powódki, zwłaszcza biorąc pod uwagę wysokość podwyżki (o 100%) i fakt, że strony zawarły w umowie klauzulę o niepodwyższaniu czynszu przez trzyletni okres obowiązywania umowy⁴⁵.

Zgodnie z art. 353¹ k.c. treść lub cel umowy nie mogą się również sprzeciwiać właściwości (naturze) stosunku prawnego. Pojęcie to stanowi przedmiot dyskusji w nauce prawa (Trzaskowski, 2005, s. 281–294)⁴⁶, jednak niesporne jest, że w jego ramach mieści się zasada autonomii stron kontraktu. Sprzeczne z naturą umowy są więc umowy „niewolnicze”, które przyznają jednej ze stron zbyt dużą swobodę kształtowania treści powinności kontrahenta (Radwański, 2003, s. 124–125; Trzaskowski, 2005, s. 333–346). Tego typu zakaz sformułował Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z 22 maja 1991 r.⁴⁷ dotyczącym dopuszczalności klauzuli zezwalającej bankowi na jednostronną zmianę jego regulaminu. W opinii tego sądu:

„natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażającej ich interesy. (...) W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków”.

W podobnych uchwałach, odwołujących się już jednak do zasady słuszności lub zasad współzycia społecznego, Sąd Najwyższy zakwestionował skuteczność postanowienia umowy kredytu bankowego, w którym przyjęto, że kredytodawca jest uprawniony do zmiany stawek oprocentowania, jeżeli, równocześnie, w umowie nie określono konkretnych okoliczności, od jakich zmiana

⁴¹ IV CSK 39/08.

⁴² Por. też wyr. SA w Łodzi z 2.12.2015 r., I ACa 1013/15.

⁴³ I ACa 991/12.

⁴⁴ Powód wystąpił w tej sprawie z powództwem ustalającym z art. 189 k.c. z powołaniem się na art. 58 § 2 k.c.

⁴⁵ Por. też wyr. SO w Krakowie z 24.02.2014 r., XII Ga 9/14: „Sformułowanie umowy w taki sposób, że namnożone zostały kary umowne, zastrzeżenie tych kar w wypadkach oderwanych od realiów obrotu gospodarczego (wszak kontrahentem (...) SA byli zasadniczo drobni przedsiębiorcy prowadzący niewielki sklepy czy punkty usługowe, którzy nie byli w stanie osiągnąć dochodów wymaganych w umowie, a nie mieli możliwości negocjowania ich pułapu) musi prowadzić do wniosku, że umowa miała na celu nie osiągnięcie korzyści przez obie jej strony, a jedynie przysparzanie dochodów (...) SA w postaci kar umownych z weksli”.

⁴⁶ Kontrowersyjna jest zwłaszcza kwestia odniesienia tego terminu do konkretnych kategorii umów.

⁴⁷ III CZP 15/91, OSN 1992, nr 1, poz. 1.

ta jest uzależniona⁴⁸. Ponadto w doktrynie prawa argumentuje się, że sprzeczne z naturą umowy są też klauzule nadmiernie krępujące wolność strony w aspekcie czasowym lub przedmiotowym, zwłaszcza w zakresie dóbr osobistych (Trzaskowski, 2005, s. 318–332). Przykładem naruszenia tej wolności byłyby czasowo i miejscowo nieograniczone zakazy konkurencji (ibidem, s. 331).

W praktyce, za sprzeczne z obiema powyższymi zasadami należałoby uznać większość klauzul, których zamieszczanie w umowach z konsumentami zakazuje wprost art. 3853 k.c. I tak, naruszać zasadę autonomii będą postanowienie umowne, które: przewidują postanowienia, z którymi strona umowy nie miała możliwości zapoznać się przed jej zawarciem (pkt 4); uzależniają spełnienie świadczenia od okoliczności zależnych tylko od woli strony (pkt 8); przyznają tylko jednej stronie uprawnienia do dokonywania wiążącej interpretacji umowy (pkt 9)⁴⁹; uprawniają stronę do jednostronnej zmiany umowy bez ważnej przyczyny wskazanej w tej umowie (pkt 10); przyznają danej stronie uprawnienie do stwierdzania zgodności świadczenia z umową (pkt 11); przewidują wyłącznie dla jednej strony jednostronne uprawnienie do zmiany, bez ważnych przyczyn, istotnych cech świadczenia (pkt 19); przewidują uprawnienie danej strony do określenia lub podwyższenia ceny lub wynagrodzenia po zawarciu umowy bez przyznania drugiej stronie prawa odstąpienia od umowy (pkt 20).

Natomiast nie do pogodzenia z zasadą wolności osobistej wydaje się klauzula, która wyłącza lub ogranicza odpowiedzialność względem danej strony za szkody na osobie (pkt 1).

Równocześnie nie można wykluczyć, że pozostałe klauzule umowne z art. 385 k.c. okażą się sprzeczne z naturą określonego rodzaju umowy. W konkretnym przypadku klauzule te mogą też popadać w sprzeczność z zasadami współzycia społecznego.

Stosowanie wskazanych powyżej klauzul należy co do zasady uznać za czynny nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 uznk. Celowe byłoby również dodanie do tego aktu artykułu, który wprost określałby jako czyn nieuczciwej konkurencji posługiwanie się w obrocie prawnym klauzulami, o których mowa.

IV. Ochrona małych i średnich przedsiębiorców przez eksploatacją ekonomiczną – propozycje *de lege ferenda*

Z dotychczasowych rozważań jasno wynika, że podstawowym instrumentem ochrony przedsiębiorców przez wyzyskiem ekonomicznym są różnego rodzaju roszczenia cywilnoprawne. Innymi słowy, to sam zainteresowany musi dochodzić ochrony swoich interesów w sądzie. Oczywistym jest, że podmioty te nie będą skłonne pozywać swoich dominujących kontrahentów w trakcie trwania współpracy. Poza tym procesy te są kosztowne, a ich wynik, ze względu na nieostrość przepisów i trudności dowodowe, wysoce niepewny. Wszystko to sprawia, że skuteczna ochrona

⁴⁸ Por. uchw. SN z 6.03.1992 r. III CZP 141/91, OSN 1992, nr 6, poz. 90 oraz uchw. SN z 19.05.1992 r. III CZP 50/92, OSP 1993, z. 6, poz. 119. W orzecznictwie uznano za sprzeczne z naturą zobowiązania m.in. pozostawienie jednej stronie umowy przedwstępnej określenie wysokości kosztów inwestycji determinujących istotne postanowienie umowy przyrzeczonej (wyr. SN z 8.02.2007 r., I CSK 420/06; por. też wyr. SO w Krakowie z 21.08.2014 r., II Ca 604/14); umowę, w której jedna ze stron zobowiązuje się do spowodowania określonego stanu rzeczy, na którego spełnienie nie ma i nie może mieć żadnego wpływu (wyr. SN z 27.10.2004 r., IV CK 122/04); rozwiązanie z mocą wsteczną (por. wyr. SN z 15.11.2002 r., V CKN 1374/00, OSNC 2004, nr 3, poz. 45) lub wypowiedzenie z taką mocą przez jedną ze stron zobowiązania trwałego (wyr. SN z 8.10.2004 r., V CK 670/03). Por. też wyr. SO w Szczecinie z 21.12.2015 r., VIII GC 458/14: „Przechodząc od natury obligacyjnych stosunków cywilnoprawnych jako takich, do natury umowy nienazwanej, jaką jest umowa o pośrednictwo, należy wskazać, że również z naturą tego stosunku cywilnoprawnego treść i cel (...) są sprzeczne. Przedmiotem świadczenia pośrednika jest bowiem doprowadzenie do zawarcia określonej umowy i to osiągnięcie tego celu, a nie nakład pracy i poniesione wydatki, są warunkiem wynagrodzenia pośrednika”.

⁴⁹ Dodać warto, że zgodnie z ugruntowaną w orzecznictwie zasadą *in dubio contra proferentem*, wątpliwości interpretacyjne, które nie dają się usunąć w drodze ogólnych dyrektyw wykładni oświadczeń woli, powinny być rozstrzygane na niekorzyść strony, która zredagowała tekst wywołujący te wątpliwości, por. wyr. SN z 8.10.2004 r., V CK 670/03; wyr. SN z 21.06.2007 r., IV CSK 95/07; wyr. SN z 5.07.2013 r. IV CSK 1/13; wyr. SN z 23.01.2015 r.; V CSK 217/14.

przed eksploatacją ekonomiczną wymaga większego zaangażowania państwa, w szczególności przez wyposażenie organów ochrony konkurencji w dodatkowe uprawnienia. Krokiem w tym kierunku jest niedawne uchwalenie przez Sejm ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi⁵⁰. Zwalczaniem tego typu praktyk zajmować miałyby się Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, działając z urzędu. Ustawa zakazuje nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej nabywcy względem dostawcy oraz dostawcy względem nabywcy, przy czym przewagą kontraktową nabywcy w rozumieniu tego aktu jest sytuacja nabywcy względem dostawcy, w której: a) dla dostawcy nie istnieją wystarczające i faktyczne możliwości zbycia produktów rolnych lub spożywczych do innych nabywców⁵¹ oraz b) występuje znaczna dysproporcja w potencjale ekonomicznym na korzyść nabywcy (odpowiednio skonstruowana jest też definicja przewagi kontraktowej dostawcy). Wykorzystywanie przewagi kontraktowej ustawa uznaje za nieuczciwe, jeżeli jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i zagraża istotnemu interesowi drugiej strony albo narusza taki interes. Akt ten wprost określa cztery takie praktyki⁵²: 1) nieuzasadnione rozwiązanie umowy lub zagrożenie rozwiązaniem umowy; 2) przyznanie wyłącznie jednej stronie uprawnienia do rozwiązania umowy, odstąpienia od niej lub jej wypowiedzenia; 3) uzależnianie zawarcia lub kontynuowania umowy od przyjęcia lub spełnienia przez jedną ze stron innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy; 4) nieuzasadnione wydłużaniu terminów płatności za dostarczone produkty rolne lub spożywcze⁵³. Tak krótki katalog może budzić zdziwienie, biorąc pod uwagę znacznie liczniejsze wykazy nieuczciwych praktyk zawarte w cytowanych powyżej analizach Komisji Europejskiej⁵⁴. *De lege ferenda* należałoby zatem rozbudować i doprecyzować listę niedozwolonych praktyk, tak by zwiększyć przewidywalność nowego prawa i, równocześnie, ograniczyć liczbę skarg oczywiście bezzasadnych⁵⁵. Na wzór prawa antymonopolowego warto byłoby również dokonać rozróżnienia na praktyki objęte całkowitym zakazem oraz praktyki dopuszczalne pod pewnymi warunkami⁵⁶ i tzw. bezpieczne porty (wyjątki od ogólnych zakazów)⁵⁷.

Krytycy projektu omawianego aktu słusznie wskazywali na wątpliwości natury konstytucyjnej związane z ustanowieniem domniemania stosowania niedozwolonej praktyki⁵⁸. Co do

⁵⁰ Por. ustawa z 15.12.2016 r., (Dz.U. 2017, poz. 67). W Sejmie poprzedniej kadencji z podobną inicjatywą wystąpili posłowie PSL, oba akty różnią się jednak dość znacznie, w szczególności projekt PSL zawiera o wiele bardziej obszerny katalog nieuczciwych praktyk, por. Druk Sejmowy nr 3604 Sejmu VIII kadencji; też: Affre i Skoźbowski, 2015, s. 88–107.

⁵¹ W swojej opinii do projektu Prokuratoria Generalna stwierdza, że producent nigdy nie jest pozbawiony całkowicie możliwości ich sprzedaży, więc koniunkcja tych dwóch przesłanek jest zbyt wyśrubowanym wymogiem, por. pismo z 29.08.2016 r., KR-51-386/GCI. Też przypis 20.

⁵² Należy przyjąć, że praktyki te muszą również spełniać wymogi określone w art. 7 ust. 2, tak jak to rozstrzygnął Sąd Najwyższy w odniesieniu do praktyk przewidzianych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, por. orzecznictwo cytowane w opinii wskazanej w przypisie poprzedzającym.

⁵³ Jak chyba należy rozumieć, chodzi tu o terminy krótsze niż maksymalny termin płatności przewidziany w ustawie z dnia 8.03.2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (t.j. Dz.U. 2013, poz. 403).

⁵⁴ Por. *Green paper on unfair trading practices in the business-to-business food and non-food supply chain in Europe*, com(2013) 37 final, s. 17–20; Renda i in., 2014, s. 101.

⁵⁵ Wzorując się na rozwiązaniach niemieckich (por. przypis 20), celowe byłoby w szczególności odwołanie się do praktyk wymienionych w art. 9 ust. 2 uokik oraz w art. 15 uokik (zaleca to też Sąd Najwyższy w cytowanej poniżej opinii do projektu ustawy). Zabieg ten umożliwiłby skorzystanie z orzecznictwa związanego z tymi przepisami. W razie wprowadzenia do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przepisu zakazującego stosowania klauzul umownych sprzecznych z naturą stosunku prawnego oczywisty punkt odniesienia stanowiłoby orzecznictwo sądów i Prezesa UOKiK związane z uznaniem za niedozwolone postanowienia wzorca umownego stosowanego w umowach z konsumentami, por. Rejestr klauzul niedozwolonych, https://uokik.gov.pl/rejestr_klauzul_niedozwolonych2.php (27.02.2017).

⁵⁶ Por. art. 8 uokik. Zgodnie z art. 8 ust. 2 ciężar udowodnienia takich wyjątkowych okoliczności spoczywa na przedsiębiorcy, który chce skorzystać z tego wyjątku. Przy tej okazji warto wspomnieć o postulacie R. Trzaskowskiego, by sądy ustalały nie tylko poszczególne wymogi wynikające z natury (właściwości) zobowiązania, ale też określały ewentualne dopuszczalne odstępstwa od ich wiążącego charakteru; takie normy autor ten nazywa normami warunkowo dyspozytywnymi (por. Trzaskowski, 2000, s. 396–397).

⁵⁷ Por. art. 7 uokik.

⁵⁸ Por. Uwagi Sądu Najwyższego do rządowego projektu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi, pismo z 19.08.2016 r., BSA 1-021-368/16. Inne zarzuty dotyczą dublowania przepisów proceduralnych oraz brak jednoznacznego przyznania statusu poufności danych przedsiębiorcy zawiadamiającego o stosowaniu praktyki.

zasady jednak idea tej ustawy nie odbiega od standardów przyjętych w innych krajach⁵⁹. Jest to rzecz jasna regulacja sektorowa o ograniczonym zakresie stosowania. Gdyby okazała się skuteczna, należałoby rozważyć stworzenie aktu o bardziej uniwersalnym charakterze. Oczywiście zawsze istnieje ryzyko, że, z braku środków na skuteczną egzekucję przepisów nowego prawa, analizowana ustawa dołączy do innych „martwych” przepisów. Inne niebezpieczeństwo wiąże się z ryzykiem sparaliżowania działalności UOKiK w wyniku masowego składania skarg przez poszczególnych przedsiębiorców i ich organizacje branżowe (Affre i Skołubowicz, 2015, s. 100). Niewątpliwie wyznaczenie nowych zadań tej instytucji będzie wymagało zwiększenia jej budżetu. Liczba bezzasadnych doniesień powinna też spadać w miarę, jak ustalą się linie orzecznicze dotyczące najbardziej kontrowersyjnych praktyk rynkowych. Wiele zależy zatem od woli politycznej decydentów i odpowiedniej polityki stosowania tej ustawy.

Uzupełnieniem dla takiej uniwersalnej regulacji powinny być akty dotyczące konkretnych sektorów gospodarki lub rodzajów stosunków umownych (np. relacji franczyzodawców i franczyzobiorców). Łącznie, wszystkie te przepisy, wraz z omówionymi powyżej obowiązującymi już unormowaniami, powinny stanowić spójny i kompleksowy system chroniący małych i średnich przedsiębiorców przed eksploatacją ekonomiczną.

Bibliografia

- Affre, J. i Skołubowicz, P. (2015). Analiza problemów związanych z regulacją relacji pomiędzy dostawcami produktów spożywczych i rolnych a sieciami handlowymi na podstawie rozwiązań zaproponowanych w projekcie ustawy PSL o nieuczciwych praktykach rynkowych. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 8(4), 88–107.
- Andrzejewski, J. (2015). *Laesio enormis* i wyzysk. Tradycja prawna a przeciwdziałanie nieekwiwalentności świadczeń w prawie prywatnym Austrii, Niemiec i Polski (maszynopis rozprawy doktorskiej). Poznań.
- Argyres, N. i Bercovitz, J. (2015). Franchisee Associations as Sources of Bargaining Power? Some Evidence. *Journal of Economics and Management Strategy*, 24(4).
- Bakhoun, M. (2015). Abuse without dominance in competition law: abuse of economic dependence and its interface with abuse of dominance. *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, 15–15.
- Baumol, W.J. (2004). Entrepreneurial enterprises, large established firms and other components of the free-market growth machine. *Small Business Economics*, 23(1).
- Bell, D.A. (2001). Communitarianism. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Retrieved from: <http://plato.stanford.edu/entries/communitarianism/#PolCom> (27.02.2017).
- Ben-Shahar, O. i White, J.J. (2006). Boilerplate and Economic Power in Auto Manufacturing Contracts. *Michigan Law Review*, 104.
- Benliel, U. (2009). Reputation Life Cycle: The Case of Franchising. *Chapman Law Review*, 13(1).
- Bertrand, M. i Kramarz, F. (2001). Does entry regulation hinder job creation? Evidence from the French retail industry. *National Bureau of Economic Research Working Paper Series*, 8211.
- Bradford, C.S. (2004). Does Size Matter? An Economic Analysis of Small Business Exemptions from Regulation. *Journal of Small and Emerging Business Law*, 8.

⁵⁹ Por. np. regulacje obowiązujące na we Francji, Niemczech czy Włoszech zaprezentowane w: Renda i in., 2014.

- Brodley, J.F. (1987). Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress. *New York University Law Review*, 11(6).
- Bukeviciute, L., Dierx, A. i Ilzkovitz, F. (2009). The Functioning of the food supply chain and its effect on food prices in European Union. *European Economy, Occasional Papers*, 47, 1–37.
- Christensen, C.M. (2010). *Przełomowe innowacje*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Comanor, W.S. i Smiley, R.H. (1975). Monopoly and the Distribution of Wealth. *The Quarterly Journal of Economics*, 89(2).
- Daskalova, V. (2015). Consumer Welfare in EU Competition Law: What Is It (Not) About? *The Competition Law Review*, 11(1).
- Emerson, R.W. i Benoliel, U. (2013). Can Franchisee Associations Serve as a Substitute for Franchisee Protection Laws? *Penn State Law Review*, 118(1).
- Gavin, L.T. (2004). Small Business and the False Dichotomies of Contract Law. *The Ohio State University Moritz College of Law Working Paper Series*, 1.
- Harris, R.G. i Sullivan, L.A. (1979). Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, 128(2).
- Hoch, S.J., Drèze, X. i Purk, M.E. (1994). EDLP, Hi-Lo, and Margin Arithmetic. *Journal of Marketing*, 58(4).
- Kosicki, G. i Cahill, M.B. (2006). Economics of cost pass through and damages in indirect purchaser anti-trust cases. *Antitrust Bulletin*, 51(3).
- Mazzucato, M. (2017). *Przedsiębiorcze państwo. Obalić mit o relacji sektora publicznego i prywatnego*. Warszawa: Wydawnictwo Ekonomiczne Heterodox.
- Miąsik, D. (2008). Controlled Chaos with Consumer Welfare as the Winner – a Study of Goals of Polish Antitrust Law. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 1.
- Mitchell, S. (2016). *Hiperszwindel. Jak oszukują nas hipermarkety i wielkie sieci handlowe*. Warszawa: Wydawnictwo Wektory.
- Nowińska, E. (2014). *Analiza postępowań sądowych, w których podstawą roszczenia były przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. Kraków: Instytut Wymiaru Sprawiedliwości. Pozyskano z: [https://www.iws.org.pl/pliki/files/IWS_Nowińska%20E._Analiza%20uznk%20cz%20po%20red\(1\).pdf](https://www.iws.org.pl/pliki/files/IWS_Nowińska%20E._Analiza%20uznk%20cz%20po%20red(1).pdf) (27.02.2017).
- Porter, M.E. (2006). *Przewaga konkurencyjna. Osiąganie i utrzymywanie lepszych wyników*. Gliwice: Onepress.
- Radwański, Z. (2003). *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa: C.H. Beck.
- Renda, A., Cafaggi, F., Pelkmans, J., Iamiceli, P., Correia de Brito, A., Mustilli, F. i Bebber, L. (2014). *Study on the legal framework covering business-to-business unfair trading practices in the retail supply chain*. Raport przygotowany na zlecenie Komisji Europejskiej (od nazwiska koordynatora projektu tzw. Raport Renty), DG MARKT/2012/049/E. Pozyskano z: http://ec.europa.eu/internal_market/retail/docs/140711-study-utp-legal-framework_en.pdf (27.02.2017).
- Shotlander, D.S. (2006). Slotting Fees and Merger Efficiencies: Can Fewer Competitors Yield A Lower Price? *George Mason Law Review*, 13(6).
- Simon, H. i Dietl, M. (2009). *Tajemniczy mistrzowie XXI wieku: strategie sukcesu nieznanych liderów na światowych rynkach*. Warszawa: Difin.
- Stiglitz, J.E. (2004). *Ekonomia sektora publicznego*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Trzaskowski, R. (2000). Właściwość (natura) zobowiązaniowego stosunku prawnego jako ograniczenie zasady swobody kształtowania treści umów. *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, 2.
- Trzaskowski, R. (2005). *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ K.C.* Kraków: Zakamycze.

Trzaskowski, R. (2013). *Skutki sprzeczności umów obligacyjnych z prawem. W poszukiwaniu sankcji skutecznych i proporcjonalnych*. Warszawa: LexisNexis.

Viviano, E. (2006). Entry regulations and labour market outcomes: Evidence from the Italian retail trade sector. *Banca D'Italia. Termini di Discussione del Servizio Studi*, 594.

Zaremba, M. (2014). *Prawna regulacja krajowego rynku zbiorowego zarządzania prawami do muzyki*. Warszawa: Wydział Dziennikarstwa i Nauk Politycznych UW.

Zaremba, M. (2016). Umowa jako instrument alokacji ryzyka. Zarządzanie ryzykiem na przykładzie umów zawieranych w amerykańskim przemyśle filmowym. *Monitor Prawniczy*, 5.