

Trzy lata stosowania ustawy o nieuczciwym wykorzystywaniu przewagi kontraktowej: ocena na tle decyzji Prezesa UOKiK oraz w kontekście rozwiązań dyrektywy unijnej

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Dobry obyczaj: konkretyzacja pojęcia i zasady jego interpretacji
- III. Przewaga kontraktowa: kryteria oceny oraz problematyczne rozwiązanie dyrektywy
- IV. Jednostronny charakter praktyki: element definicyjny zakazanego zachowania?
- V. Refleksje końcowe: czy pandemia COVID-19 miała wpływ na zaostrzenie wdrażania ustawy przewagowej?

Streszczenie

Niniejsze opracowanie prezentuje oraz poddaje ocenie decyzje Prezesa UOKiK jakie wydane zostały na podstawie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi. Choć ustawa ta obowiązuje już ponad 5 lat to dopiero w latach 2019 i 2020 organ ów relatywnie częściej ingerował w praktyki przedsiębiorców, w trybie jej przepisów, nierzadko nakładając wysokie kary. Artykuł uwzględnia także stosowną dyrektywę unijną, w tym w kontekście implementacji jej do krajowego porządku prawnego.

Słowa kluczowe: przewaga kontraktowa, Prezes UOKiK, nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej, dobry obyczaj, kara pieniężna.

JEL: K21

I. Wprowadzenie

1.1. Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi¹ obowiązuje już piąty rok, przy czym od wydania przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) pierwszej decyzji² na podstawie tej ustawy minęły (w dacie ukończenia niniejszego opracowania) około 3 lata. Jak

* Profesor doktor habilitowany; Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego; adres e-mail: k.kohutek@afm.edu.pl; ORCID: 0000-0003-1249-301X.

¹ Ustawa z 15.12.2016 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (Dz. U. 2020, poz. 1213, t.j. z 8.7.2020 r.); dalej: upk lub ustawa przewagowa.

² Pierwsza taka decyzja (nr RBG-3/2018) wydana została w marcu 2018 roku.

dotychczas organ ów wydał **10 takich decyzji** (a ponadto prowadził liczne postępowania wyjaśniające w sektorze produktów rolno-spożywczych³).

Cztery z decyzji wydanych na gruncie ustawy przewagowej były tzw. decyzjami zobowiązaniowymi (w których uprawdopodobniono stosowanie praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową i nie nałożono kary⁴). W trzech decyzjach kara taka została nałożona (za stosowanie wspomnianych praktyk⁵, czyli była to kara za tzw. naruszenia materialno-prawne). Pozostałe trzy były decyzjami nakładającymi kary za nieudzielenie informacji (żądanych przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 14 ust. 1 upk⁶), zatem były to kary za tzw. naruszenia proceduralne.

1.2. W mojej ocenie wspomniane wyżej decyzje stanowią wystarczający „materiał” do oceny oraz przyjęcia pewnych konkluzji w obszarze zasad stosowania przez Prezesa UOKiK rozwiązań zawartych w ustawie przewagowej; do wybranych z nich – moim zdaniem, szczególnie wartych uwagi – odnosić będzie się niniejszy artykuł.

Mimo że w odniesieniu do części ze wspomnianych decyzji wniesione zostały odwołania do sądu, to jak dotychczas (maj 2021 r.) nie został jeszcze wydany żaden wyrok w sprawie tegoż odwołania (tym samym brak jest stanowiska judykatury). Uchwalono wszak stosowną **dyrektywę unijną**⁷, mającą na celu (m.in.) unifikację rozwiązań krajowych dotyczących zwalczania nieuczciwych praktyk rynkowych w sektorze rolno-spożywczym (dyrektywa ta ma zostać implementowana do porządków krajowych do dnia 1 maja 2021 r.). Niniejsze opracowanie będzie zarazem uwzględniać zawarte w tej dyrektywie rozwiązania (zwłaszcza w kontekście unormowań aktualnie obowiązujących w ustawie przewagowej oraz w kontekście ich stosowania/interpretacji przez Prezesa UOKiK).

W dacie oddania tego opracowania do druku został już opublikowany projekt nowej ustawy przewagowej⁸. W związku z tym artykuł ów odnosić będzie się zatem także do rozwiązań zawartych w tym projekcie (dalej: Projekt).

II. Dobry obyczaj: konkretyzacja pojęcia i zasady jego interpretacji

2.1. „Dobry obyczaj” – choć stanowi pojęcie nieostre – odgrywa istotną rolę w obszarze stosowania przepisów ustawy przewagowej. Jest tak nie tylko dlatego, że termin ten stanowi „element definicyjny” nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej, lecz także sam Prezes UOKiK wprost nawiązywał w swych decyzjach do tej klauzuli, nierzadko podejmując się próby jej konkretyzacji.

³ Które to postępowania nie ukończyły się wydaniem decyzji, jakkolwiek Prezes UOKiK korzystał w nich ze swych – przyznaných na gruncie ustawy przewagowej – uprawnień kontrolnych (w tym zwłaszcza pozwalających na zbieranie informacji); zob. też np. Adamczewski, 2017, s. 9–16.

⁴ Były to następujące decyzje Prezesa UOKiK (chronologicznie): dec. z 5.3.2018 r. nr RBG-3/2018 (*Cykoria S.A.*); dec. z 26.4.2019 r. nr RBG-7/2019 (*Südzucker Polska S.A.*); dec. z 20.5.2019 r. nr RBG-9/2019 (*Döhler sp. z o.o.*) oraz dec. z 22.7.2019 r. nr RBG-11/2019 (*Real S.A.*); w dalszej części opracowania dana dec. będzie identyfikowana przez posłużenie się nazwą przedsiębiorcy do jakiego została zaadresowana.

⁵ Były to następujące decyzje Prezesa UOKiK (chronologicznie): dec. z 1.10.2019 r. nr RBG-15/2019 (*T.B. Fruit Polska sp. z o.o. S.K.A.*) – kara: 8 336 319 zł (dalej: decyzja w sprawie *Fruit*); dec. z 2.11.2020 r. nr RBG-11/2020 (*Appol sp. z o.o.*) – kara: 1 672 416 zł (dalej: decyzja w sprawie *Appol*) oraz dec. z 11.12.2020 r. nr RBG-13/2020 (w sprawie *Jeronimo Martins S.A.* – właściciel sklepów „Biedronka”) – kara 723 381 476,56 zł (dalej: decyzja w sprawie *Biedronka*).

⁶ Były to następujące decyzje Prezesa UOKiK (chronologicznie): dec. z 17.6.2020 r. nr RBG-3/2020 (*Rafał Stępień – Dan Pal*); dec. z dnia 26 czerwca 2020 r. nr RBG-4/2020 (*Eurosad sp. z o.o.*) oraz dec. z 23.11.2020 r. nr RLU-3/2020 (*Hortino – Zakład Przetwórstwa Owocowo-Warzywnego Leżajsk, Sp. z o.o.*).

⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/633 z 17.4.2019 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych (Dz. Urz. UE z 25.4.2019, L 111/59); dalej: dyrektywa UTP – od angielskiego skrótu używanego w anglojęzycznej wersji tej dyrektywy, tj. *unfair trading practices* (nieuczciwe praktyki handlowe).

⁸ Projekt ustawy z dnia (...) o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi. Nowa ustawa ma wejść w życie 1 maja 2021 r. i oczywiście ma na celu implementację do polskiego porządku prawnego rozwiązań z dyrektywy UTP.

Zgodnie z art. 7 ust. 2 upk, „wykorzystywanie przewagi kontraktowej jest nieuczciwe, jeżeli jest **sprzeczne z dobrymi obyczajami** i zagraża istotnemu interesowi drugiej strony albo narusza taki interes” [podkreślenie aut., K.K.]; analogicznie brzmiący przepis przewiduje art. 6 Projektu. Ponieważ ustawa zawiera otwarty (przykładowy) katalog zachowań, które stanowią przejaw nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej, pojmowanie klauzuli dobrych obyczajów nabiera istotnego znaczenia praktycznego⁹. Również art. 8 Projektu zawiera przykładową (jakkolwiek znacznie bardziej rozbudowaną) listę takich zachowań (szerzej o tym, zob. pkt 2.6). Wreszcie także prawodawca unijny odnosi się do dobrych obyczajów, jakkolwiek akcentuje wymóg, aby zachowanie to „rażąco odbiegało” (*grossly deviate*) od tych obyczajów – a ściślej (kierując się anglojęzyczną wersją dyrektywy) – od dobrych praktyk handlowych (*good commercial conduct*)¹⁰.

Klauzula „dobrych obyczajów” stosunkowo często jest używana także w innych ustawach (w celu ogólnego zdefiniowania – niepożądanych – zachowań przedsiębiorców¹¹). Dlatego też pojęcie „dobrych obyczajów” nierzadko stanowiło już przedmiot dyskusji („definiowania”) zarówno w doktrynie (zob. np. Wściubiak, 2007, s. 41–46; Stefanicki, 2002 oraz przede wszystkim – tj. już w kontekście klauzuli dobrych obyczajów na gruncie ustawy przewagowej – zob. Manteuffel i Piaskowski, 2017, s. 36–40.), jak i w orzecznictwie¹². Przytoczenie tych wątków wykracza poza ramy niniejszego artykułu. Skupia się on bowiem wyłącznie na podejściu do tej klauzuli, jakie prezentowane jest przez Prezesa UOKiK na potrzeby stosowania ustawy przewagowej (względnie w kontekście stosownych postanowień dyrektywy). Co zarazem warto uwagi już na wstępie, organ ów zdaje się nie przywiązywać większej wagi do generalnego definiowania pojęcia „dobrych obyczajów” (co nie znaczy, że tego nie w ogóle nie czynił; zob. pkt 2.4), a koncentruje się na nadaniu tej klauzuli określonej treści (znaczenia) w każdej sprawie osobno¹³. Z jednej strony takie podejście może budzić pewne obawy, że organ ów dowolnie (lub nazbyt dowolnie) oceniać będzie zachowania przedsiębiorców (jako sprzeczne z dobrymi obyczajami¹⁴); z drugiej jednak – wszelkie ogólne definicje dobrych obyczajów są i tak na tyle generalnymi sformułowaniami, że – w mojej opinii – mają niewielkie znaczenie praktyczne (analityczne).

Kierując się stanowiskiem Prezesa UOKiK, jakie zajęte zostało w (powołanych wyżej) decyzjach, wskazanych zostanie kilka stwierdzeń, które konkretyzują zachowanie naruszające (w ocenie tego organu) dobry obyczaj, a zarazem mają (mogą mieć) pewien uniwersalny walor (tj. mogą odnosić się do oceny zachowań przedsiębiorców w innych sytuacjach w ramach relacji kontraktowych zachodzących w sektorze rolno-spożywczym).

⁹ Pozwala bowiem – w razie stwierdzenia, że dana praktyka jest z takim obyczajem sprzeczna (a zarazem zagraża lub narusza interes drugiej strony) – na uznanie, że zachowanie (nienazwane) w ustawie narusza (przewidziany w art. 6 upk) zakaz stosowania praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową.

¹⁰ Zob. art. 1 zd.1 dyrektywy UTP, zgodnie z którym „w celu zwalczania praktyk, które rażąco odbiegają od dobrych obyczajów w działalności gospodarczej (...) niniejsza dyrektywa ustanawia minimalny wykaz zakazanych nieuczciwych praktyk handlowych”; zob. też motyw 1 preambuły do dyrektywy UTP.

¹¹ Jak np. w art. 3 ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2020, poz. 1913, t.j. z 2020.10.30), czy też w art. 4 ust. 1 ustawy z 23.8.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. 2017, poz. 2070, t.j. z 2017.11.09).

¹² Zob. np. wyr. SA we Wrocławiu z 13.11.1991 r., I ACr 411/91, „Wokanda” 1992/4; wyr. SN z 8.1.2003 r., II CKN 1097/00, Lex nr 78878; wyr. SN z 4.6.2003 r., I CKN 473/01, Lex nr 80257.

¹³ Zdaniem Prezesa UOKiK, „dobry obyczaj powinien być definiowany w **każdym konkretnym przypadku**” (dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Cykoria*). Z kolei w decyzji w sprawie *Biedronka*, organ ów stwierdził, że „na **gruncie niniejszej sprawy** dobry obyczaj należy rozumieć jako (...)”, a w decyzji w sprawie *Appo!* skonstatował że „w **niniejszej sprawie** dobry obyczaj, który Spółka naruszyła, to terminowe regulowanie zobowiązań pieniężnych” [podkreślenia aut., K.K.].

¹⁴ A co za tym idzie – w razie stwierdzenia naruszenia lub zagrożenia interesu drugiej strony (co wszak jest przesłanką znacznie łatwiejszą w wykazaniu) – jako naruszające zakaz z art. 6 upk.

2.2. Po pierwsze, Prezes UOKiK zazwyczaj w ten sposób „konkretyzował” pojęcie „dobrych obyczajów” (o jakim mowa w art. 7 ust. 2 upk), że za zachowanie z nimi sprzeczne uznawał to, które stanowiło przedmiot zarzutu w jego decyzji (nierzadko zawarte w samej już jej sentencji); w tenże sposób Prezes UOKiK w istocie „kreował” nowe (gdyż normatywnie nienazwane) typy praktyk stanowiących naruszenie zakazu z art. 6 upk¹⁵.

Przykładowo, za zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami Prezes UOKiK uznał, praktykę polegającą na ustalaniu części ceny za produkt (tu: buraki cukrowe) w ten sposób, że dostawcy nie znali dokładnych podstaw i kryteriów jej ustalania ani też nie mieli możliwości jej weryfikacji (decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Südzucker*). W innej sprawie Prezes UOKiK stwierdził, że „dobry obyczaj należy rozumieć jako przestrzeganie zasad uczciwego obrotu, w tym zwłaszcza uprzednie pełne i jednoznaczne ustalanie zasad współpracy oraz wzajemnych rozliczeń i to w taki sposób, aby dostawca był w stanie planować przychody” (decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Biedronka*). Obie wskazane praktyki w istocie odnoszą się do kształtowania (finalnej) ceny produktu (rolno-spożywczego), której ostateczny poziom *de facto* staje się – przy tego rodzaju praktykach – zależny od (zazwyczaj jednostronnych – zob. też pkt IV) zachowań (decyzji) nabywcy (w ten sposób nieuczciwie wykorzystującego swoją przewagę kontraktową). W tym kontekście warte uwagi jest bardziej generalne spostrzeżenie Prezesa UOKiK, zgodnie z którym „dobrym obyczajem jest także równomierny rozkład ryzyka stron wynikającego z zawartej umowy”¹⁶. Brak wiedzy jednej ze stron co do finalnej ceny zbywanego produktu jest pewnym – co najmniej niekomfortowym (biznesowo ryzykownym) – stanem rzeczy, który raczej trudno zaliczać to typowych (standardowych) sytuacji występujących w obrocie handlowym (nie tylko produktami rolno-spożywczymi), o ile wszak nie stanowią one przedmiotu wyraźnego (uprzedniego) uzgodnienia między stronami¹⁷.

2.3. Po drugie, Prezes UOKiK nierzadko utożsamiał dobry obyczaj z zachowaniem, które sam ustawodawca wyraźnie wskazał w ustawie (lub też z zachowaniem do niego podobnym). Chodzi tu zwłaszcza o praktykę, o jakiej mowa w art. 7 ust. 3 pkt „4” upk, tj. polegającej na „nieuzasadnionym wydłużaniu terminów zapłaty za dostarczone produkty rolne lub spożywcze w szczególności z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych”. Jak to wskazał Prezes UOKiK, „dobry obyczaj w umowach kontraktacji produktów rolno-spożywczych to zakreślanie terminów płatności dostosowanych do charakteru zobowiązania i uwzględniający specyfikę produkcji rolnej oraz działalności dostawców i nabywców” (decyzja w sprawie *Cykoria*). Ze stwierdzeniem tym koresponduje konstatacja, że „za sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać, (...) wydłużanie terminu płatności przez nabywcę towaru dysponującego silną pozycją i znaczną przewagą względem swoich dostawców” (decyzja w sprawie *Real*¹⁸). W tej (drugiej) decyzji Prezes UOKiK za sprzeczne z dobrymi obyczajami uznał zarówno ukształtowanie terminu płatności na poziomie „do 6 miesięcy, bez uwzględnienia specyfiki danego

¹⁵ Zgodnie z tym przepisem, zakazane jest nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej nabywcy względem dostawcy oraz dostawcy względem nabywcy.

¹⁶ Odnośnie do szerszego komentarza dotyczącego pojęcia „równomiernego rozkładu ryzyka” (w umowach kontraktacji) – na gruncie przepisów ustawy przewagowej – zob. np. Laskowski, 2019, s. 130–133.

¹⁷ Istnieją bowiem umowy, w których obciążenie jednej ze stron (w całości lub w przeważającej części) ryzykiem handlowym należy niejako do istoty danego typu umowy, jak np. w przypadku umowy agencji; szerzej na temat ponoszenia (lub braku ponoszenia) przez agenta ryzyka finansowo-handlowego, zob. pkt 12–21 komunikatu Komisji Europejskiej: wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych 2010/C 130/01 (Dz. Urz. UE z 19.5.2010 r.).

¹⁸ Zob. też decyzję w sprawie *Appol*, w której Prezes UOKiK stwierdził, że „w niniejszej sprawie dobry obyczaj, który Spółka naruszyła, to terminowe regulowanie zobowiązań pieniężnych”.

stosunku handlowego, jak również nierealizowanie płatności w ustalonym przez strony terminie”. W istocie termin sześciomiesięczny przekracza (i to znacząco) maksymalne terminy, jakie przewidziane zostały w ustawie o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych¹⁹.

2.4. Po trzecie, Prezes UOKiK podejmował się także próby bardziej generalnego ujęcia (zdefiniowania) klauzuli „dobrych obyczajów”. Jego zdaniem, „sprzeczne z dobrymi obyczajami są m.in. działania wykorzystujące niewiedzę, naruszenie równorzędności stron umowy, działania zmierzające do dezinformacji i wywołania błędnego przekonania dostawcy. Chodzi więc o działania potocznie określane jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające ‘in minus’ od standardów postępowania”²⁰.

2.5. Po czwarte wreszcie, Prezes UOKiK – dla precyzowania dobrych obyczajów (na potrzeby stosowania ustawy przewagowej) – za uprawnione uznał odwoływanie się do wykładni tego pojęcia przyjmowanej na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy też do konstrukcji wypracowanych przez organy unijne.

Zdaniem Prezesa UOKiK, „ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi jest nową regulacją, jednakże przedmiot ochrony można przyrównać do zakresu zastosowania ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) Oba akty koncentrują się na regulowaniu zachowań przedsiębiorców, które mogą w sposób negatywny oddziaływać na ich kontrahentów. W związku z tym **zasadnym jest odwoływanie się do dorobku wypracowanego na gruncie u.z.n.k. w zakresie pojęcia dobrych obyczajów**”²¹ [podkreślenie aut. K.K.].

Z kolei – wskazując na stosowne dokumenty instytucji unijnych²² – Prezes UOKiK uznał, że „stanowią dorobek instytucji europejskich w zakresie definiowania dobrych praktyk oraz dobrych obyczajów w odniesieniu do produkcji rolnej i spożywczej. Wymienione w **nich zachowania zarówno pożądane, jak i zakazane stanowią punkt wyjścia dla rozumienia pojęcia dobrych obyczajów w kontekście stosowania przepisów u.p.n.w.p.k.**”²³ [podkreślenie aut., K.K.]. Odwołanie się do wspomnianych dokumentów wydaje się trafne. Zawierają one obszerniejszy (niż zawarty w art. 7 ust. 3 upk) katalog nieuczciwych praktyk w obrocie produktami rolno-spożywczymi, przez to ukazując zachowania, które stanowią (mogą stanowić) przejaw naruszenia dobrych obyczajów o jakich mowa w art. 7 ust. 2 upk.

2.6. Jak już wspomniano wyżej, również projekt nowej ustawy przewagowej posługuje się terminem dobrych obyczajów jako elementem definicyjnym nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej (art. 6 Projektu). Projekt zawiera zarazem rozbudowany (obejmujący 17 różnych

¹⁹ Ustawa z 8.3.2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz. U. 2019, poz. 118, t.j. z 21.1.2019 r.); zob. zwłaszcza art. 7 ust. 2a i art. 8 ust. 2 tej ustawy (przewidujące 60-dniowy termin zapłaty).

²⁰ Zob. dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Biedronka*, w sprawie *Südzucker* oraz w sprawie *Appol*.

²¹ Zob. dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Südzucker*.

²² Tj. opracowany przez Komisję (w dniu 31.1.2013 r.) dokument pt. *Zielona księga w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między przedsiębiorstwami* oraz – opracowany (w dniu 29.11.2011 r.) przez Forum Wysokiego Szczebla do spraw Poprawy Funkcjonowania Łańcucha Dostaw Żywności – dokument *Stosunki wertykalne w łańcuchu dostaw żywności. Zasady dobrej praktyki*. Odnośnie do fragmentów z ww. książki (wraz ze stosownym komentarzem) zob. Bolecki, 2017, s. 60–75.

²³ Dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Appol*; w zasadzie analogiczne stanowisko Prezes UOKiK zajął we wcześniej decyzji (tj. w sprawie *Südzucker*), w której – powołując się na ww. dokumenty (patrz przypis wyżej) – uznał, że „zawarte w nich zasady są pomocne w identyfikacji dobrych obyczajów w rozumieniu ustawy o przewadze kontraktowej”.

praktyk) katalog przykładów zachowań stanowiących przejaw takiego wykorzystywania (art. 8 ust. 1 Projektu). Jednocześnie przewiduje unormowanie, zgodnie z którym „praktyki wymienione w art. 8 ust. 1 nie podlegają ocenie w świetle przesłanek określonych w art. 6”. Takie rozwiązanie nie obowiązuje na gruncie obecnej ustawy przewagowej. Nie ma pewności czy cytowany przepis zostanie „zachowany” także w finalnej treści nowej ustawy (czy też nie nastąpi zmiana jego brzmienia). Jednocześnie zawarte w nim rozwiązanie jest istotne w kontekście przesłanki dobrych obyczajów. W mojej ocenie wynika z niego, że każde z zachowań wyspecyfikowanych w art. 8 ust. 1 Projektu należy uznawać za sprzeczne z dobrymi obyczajami²⁴ (co zarazem wyklucza potrzebę badania tej przesłanki). Jednocześnie nadal przesłanka ta podlegać będzie ewaluacji w każdym przypadku, w którym przedmiotem oceny (w świetle zakazu z art. 5 Projektu²⁵, w zw. z art. 6 Projektu; zob. wyżej, pkt 2.1) będzie zachowanie przedsiębiorcy niewymienione w art. 8 ust. 1 Projektu.

III. Przewaga kontraktowa: kryteria oceny oraz problematyczne rozwiązanie dyrektywy

3.1. Definicja przewagi kontraktowej uległa skróceniu (na mocy nowelizacji ustawy przewagowej z 2018 r.²⁶) poprzez eliminację tzw. przesłanki zamknięcia rynku²⁷. Przesłanka ta – jako obowiązująca w dacie wydawania kilku z pierwszych decyzji (jak zwłaszcza w sprawie *Cykoria, Südzucker, czy Döhler*) – stanowiła przedmiot wykładni Prezesa UOKiK. Niniejsze opracowanie bazuje wszak na aktualnym stanie prawnym stąd celowo przedmiotowa przesłanka (jak i zajęte w odniesieniu do niej stanowisko tego organu) zostaną pominięte.

De lege lata przewagą kontraktową jest **występowanie znacznej dysproporcji w potencjale ekonomicznym** nabywcy względem dostawcy albo dostawcy względem nabywcy (**art. 7 ust. 1 upk**). Definicja ta bazuje zatem tylko na jednym kryterium (jakim jest występowanie wspomnianej dysproporcji). Kryterium to nie jest precyzyjne. Prezes UOKiK przy jego ocenie bazował na **wielkości obrotu przedsiębiorców** (nabywcy i dostawcy) oraz porównania ich ze sobą (ustalenia w jakiej proporcji występują one względem siebie). Z jednej strony Prezes UOKiK nie ustalił (nie przesądził) – zwłaszcza *in genere* – jak duże ma być zróżnicowanie tych obrotów, aby można było przyjąć, że dysproporcja w potencjale ekonomicznym stron jest „znaczna” (w rozumieniu art. 7 ust. 1 upk²⁸). Z drugiej zaś – takie podejście Prezesa UOKiK (tj. odwołanie się do obrotów dostawcy i nabywcy) wydaje się uzasadnione z kilku względów.

Po pierwsze, kryterium obrotów przedsiębiorcy jest obiektywne i jednoznaczne (nie podlega ocenie), gwarantując w ten sposób określony stopień pewności prawnej (przewidywalności) dla zainteresowanych przedsiębiorców.

²⁴ Chyba że w – odniesieniu do praktyk wymienionych w art. 8 ust. 2 pkt 12–17 Projektu – spełniły się przesłanki „legalizujące” (określone w art. 8 ust. 2 oraz ust. 5 Projektu); w takim przypadku – jak to sam Projekt przesądza – dana praktyka nie jest uznawana za nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej (co implikuje jej zgodność z dobrymi obyczajami).

²⁵ Zgodnie z tym przepisem zakazane jest nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej nabywcy względem dostawcy oraz dostawcy względem nabywcy (analogiczne brzmienie ma art. 6 upk).

²⁶ Zob. ustawa z 4.10.2018 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (Dz. U. 2018, poz. 2203, t.j. z 26.11.2018 r.).

²⁷ Przesłanka ta polegała na braku istnienia dla (ekonomicznie słabszego) dostawcy lub nabywcy „wystarczających i faktycznych możliwości zbycia produktów rolnych lub spożywczych do innych nabywców; szerzej na jej temat zob. np. Piszcz i Namysłowska, 2017; Kohutek, 2017.

²⁸ Czyli np., że obrót nabywcy (zazwyczaj tego „silniejszego” przedsiębiorcy – adresata decyzji Prezesa UOKiK) jest dwu-, trzy- lub może kilku-, kilkunasto-, a może nawet kilkudziesięciokrotnie wyższy od obrotu dostawcy.

Po drugie, także prawodawca unijny – który wprowadził nie posługuje się literalnie terminem dysproporcji ekonomicznej – to jednak wyraźnie odsyła do obrotów (nabywcy i dostawcy) jako kryterium wyznaczającego zakres zastosowania dyrektywy (zob. art. 1 ust. 2 dyrektywy UTP oraz pkt 3.2). Co więcej, dyrektywa wprowadza określone progi tych obrotów (do których zarazem odwoływał się także Prezes – w późniejszych decyzjach²⁹; zob. niżej).

Po trzecie wreszcie, w decyzjach Prezesa UOKiK stwierdzono, że znacząca dysproporcja w potencjalne ekonomicznym zachodzi kiedy **obrót jednej ze stron** (czyli w zazwyczaj nabywcy) jest „kilkadziesiąt razy większy”³⁰ od drugiej strony albo też jest „zdecydowanie” większy³¹ czy wreszcie jest pięciokrotnie lub dwunastokrotnie³² większy od obrotu dostawcy. Owszem ustalenie progu (różnicy), którego (której) wystąpienie determinować będzie „znaczną” dysproporcję jest zawsze poniekąd arbitralne (subiektywne); niemniej jednak trudno by zaprzeczyć, że obrót (nabywcy) o kilkadziesiąt razy (ale pewnie także i kilkunastokrotnie) większy (od obrotu od dostawcy) świadczy o tym, że różnica (dysproporcja) – występująca w potencjale ekonomicznym tych przedsiębiorców – jest znaczna (przynajmniej w oparciu o kryterium obrotu), a tym samym mamy tu do czynienia z przewagą kontraktową (w rozumieniu art. 7 ust. 1 upk).

Wreszcie po czwarte, bardzo podobne rozwiązanie do tego, jakie przyjęto w dyrektywie, zawarte zostało w **projekcie nowej ustawy przewagowej**. Również ów projekt nakazuje opierać się na wielkości obrotu jako kryterium determinującym czy pomiędzy nabywcą a dostawcą (lub odwrotnie) zachodzi znacząca dysproporcja w potencjale ekonomicznym (a zatem występuje przewaga kontraktowa art. 7 ust. 2 i 3 Projektu); w powołanym przepisie przewidziano analogiczne progi obrotu do tych przyjętych w dyrektywie UTP.

3.2. Należy zwrócić uwagę na – w mojej ocenie – problematyczną konstrukcję, jaka została przyjęta w dyrektywie (jak i w Projekcie) – w odniesieniu do ustalenia zakresu jej stosowania (a w ślad za tym stosowania relewantnych krajowych przepisów o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom handlowym w obrocie produktami rolno-spożywczymi – po implementacji dyrektywy). Otóż, jak już wyżej wskazano, dyrektywa bazuje na wielkości obrotów nabywcy i dostawcy jako kryterium jej zastosowania.

Zgodnie z **art. 1 ust. 2 dyrektywy UTP** (zob. też art. 7 ust. 2 Projektu), ma ona zastosowanie „do niektórych nieuczciwych praktyk handlowych, które występują w związku ze sprzedażą produktów rolnych i spożywczych przez:

- a) dostawców, których roczny obrót nie przekracza 2 mln EUR, nabywcom, których roczny obrót wynosi ponad 2 mln EUR;

²⁹ Zob. dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Appol* oraz w sprawie *Biedronki*, w których wskazano, że „w ocenie Prezesa UOKiK, w tej sprawie dla ustalenia znacznej dysproporcji w potencjale ekonomicznym, w rozumieniu art. 7 ust. 2 u.p.n.w.p.k., można pomocniczo posłużyć się progami wskazanymi w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2019/633 z 17.04.2019 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych”.

³⁰ Zob. np. dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Döhler/Real* („Dostawcy Spółki są podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą o zdecydowanie mniejszej skali niż Döhler/Real. Pozyskane w toku postępowania dane wskazują, że obrót Spółki osiągnął w skali roku jest co najmniej kilkadziesiąt razy większy”).

³¹ Zob. np. dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Südzucker* („W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że dostawcy prowadzący działalność w zakresie produkcji rolnej nie dysponują pozycją pozwalającą bezpośrednio oddziaływać na warunki współpracy z Przedsiębiorcą. Ich potencjał ekonomiczny, w porównaniu ze Spółką, jest zdecydowanie mniejszy. Südzucker Polska S.A. osiąga obroty przekraczające miliard złotych i jest członkiem międzynarodowego koncernu Südzucker AG, największego producenta cukru w Europie (...”).

³² Zob. dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Fruit*, w której zauważono że „obrót T.B. Fruit był w 2017 r. większy od najwyższego z obrotów dostawców wskazanych powyżej ponad pięciokrotnie – natomiast w 2018 r. – ponad dwunastokrotnie (...”).

- b) dostawców, których roczny obrót wynosi ponad 2 mln EUR lecz nie przekracza 10 mln EUR, nabywcom, których roczny obrót wynosi ponad 10 mln EUR;
- c) dostawców, których roczny obrót wynosi ponad 10 mln, lecz nie przekracza 50 mln EUR, nabywcom, których roczny obrót wynosi ponad 50 mln EUR oraz
- d) dostawcom, których roczny obrót wynosi ponad 50 mln EUR lecz nie przekracza 150 mln EUR, nabywcom, których roczny obrót wynosi ponad 150 mln EUR;
- e) dostawców, których roczny obrót wynosi ponad 150 mln EUR lecz nie przekracza 350 mln EUR, nabywcom, których roczny obrót wynosi ponad 350 mln EUR”.

Co prawda prawodawca unijny (w treści samych przepisów dyrektywy, w tym w art. 1 ust. 2) nie posługuje się (inaczej niż polska ustawa) terminem „przewagi kontraktowej” czy też „znaczej różnicy w potencjalne ekonomicznym (względnie innym terminem podobnym); jednakże prawodawca ów wyraźnie wspomina o występowaniu różnic w zakresie „rozmiaru” (*size*) podmiotów działających na poszczególnych etapach łańcucha dostaw produktów rolnych i spożywczych, akcentując że „różnice w sile przetargowej, które odpowiadają **ekonomicznej zależności** (*differences in bargaining power, which correspond to the economic dependence*) dostawcy od nabywcy, mogą prowadzić do narzucania nieuczciwych praktyk handlowych przez podmioty większe pod względem obrotów podmiotom mniejszym” (podkreślenie aut., K.K.); zob. motyw 9 preambuły do dyrektywy UTP. Powyższe nie pozostawia wątpliwości, że intencją także prawodawcy unijnego jest stosowanie dyrektywy (a ściślej ograniczenie jej stosowania) do przypadków, w których zachodzi określona odczuwalna (wyraźna, znacząca) przewaga ekonomiczna (siła przetargowa) jednej ze stron (w relacji do drugiej strony). Konstrukcja z art. 1 ust. 2 dyrektywy UTP pozwala wszak (zwłaszcza w razie jej literalnej interpretacji) na przyjęcie odmiennych (funkcjonalnie/ak-sjologicznie) nieprawidłowych konkluzji (zob. niżej).

Zasadniczy mankament wspomnianej konstrukcji przejawia się – w mojej ocenie – w **braku ustanowienia określonej minimalnej różnicy w wielkości obrotów między nabywcą a dostawcą** – tj. takiej, która musi wystąpić, aby można było zastosować dyrektywę bądź też – kierując się koncepcjami z krajowej ustawy – aby można było stwierdzić, że dana różnica jest na tyle duża, że uprawnia stwierdzenie występowania znacznej dysproporcji w potencjale ekonomicznym stron. Zarysowany problem dotyczy każdej z wyspecyfikowanych w art. 1 ust. 2 dyrektywy UTP kategorii („przedziałów” obrotów). Obrazując ów problem poprzez odwołanie się do pierwszej z ww. kategorii, można będzie zastosować rozwiązanie z dyrektywy, jeżeli np. obrót dostawcy wynosi znacznie poniżej 2 mln EUR (np. 0,5 mln EUR lub mniej), a obrót nabywcy wynosić będzie nieco ponad 2 mln EUR (lub oczywiście więcej, czyli np. 5–6 mln EUR). Przypadek taki nie budzi merytorycznych zastrzeżeń³³. Dyrektywa ta znajdzie wszak zastosowanie, jeżeli obrót dostawcy będzie niewiele mniejszy niż 2 mln EUR (np. 1,9 mln), a obrót nabywcy będzie niewiele większy niż 2 mln EUR (np. 2,1 mln). W takim wypadku bowiem (formalnie) zachodzi przypadek opisany w art. 1 ust. 2 lit. „a” dyrektywy UTP (art. 7 ust. 2 pkt 1 Projektu), mimo że nie można rozsądnie przyjmować istnienia znacznej (znaczącej/wymierniej) różnicy w sile ekonomicznej stron; wspomniana różnica jest bowiem li tylko matematyczna, nie mogąc przesądzać o istnieniu – *de facto* jakiegokolwiek („realnej”) – różnicy w potencjale ekonomicznym stron, a tym bardziej różnicy znaczącej.

³³ Można – jak sądzę – przyjąć, że zachodzi tu znaczna, a przynajmniej wystarczająco znaczna różnica w obrotach dostawcy i nabywcy (i tym samym w „sile ekonomicznej” tych przedsiębiorców).

Zarysowany wyżej problem dotyczy oczywiście każdej z „kategorii” wyszczególnionych w art. 1 ust. 2 dyrektywy UTP (art. 7 ust. 2 Projektu). Należałoby zatem rekomendować taką implementację rozwiązania zawartego w tym przepisie dyrektywy, który pozbawiony będzie tego mankamentu – być może poprzez wyraźne ustawowe zakreślenie minimalnej różnicy w obrotach stron (np. trzy-, cztero- lub kilkakrotności), aby można było przyjąć istnienie przewagi kontraktowej.

3.3. Prezes UOKiK w kilku swych (najnowszych) decyzjach wyraźnie odwoływał się do dyrektywy, w tym zwłaszcza do rozwiązania z art. 1 ust. 2 UTP (co dotyczy decyzji w sprawie *Biedronki* i *Appol*). O ile w tej pierwszej sprawie nie powinny zachodzić wątpliwości co do istnienia znacznej różnicy w potencjale ekonomicznym stron (nawet przy zastosowaniu konstrukcji z dyrektywy, a ściślej z art. 1 ust. 2 lit. „e” dyrektywy UTP³⁴), o tyle wątpliwości takie można mieć w odniesieniu do tej drugiej. Otóż Prezes UOKiK stwierdził w niej, że „Appol zalicza się do grupy nabywców, których roczny obrót wynosi ponad 10 milionów euro. Przyjęto że znaczna dysproporcja w potencjale ekonomicznym wystąpiła, jeżeli obrót dostawcy w żadnym z badanych lat nie przekroczył kwoty 10 milionów euro”. Dane co do wysokości obrotów dostawców Appol – tak decyzji dotyczącej tegoż przedsiębiorcy (jak i zazwyczaj w innych decyzjach) – nie zostały ujawnione (jako tajemnica przedsiębiorstwa lub tajemnica skarbowa). Prezes UOKiK wskazał jedynie, że „64 spośród wybranych 69 dostawców posiada obrót spełniający to kryterium” (tj. jest poniżej 10 mln EUR). Możliwe wszak, że w pewnych przypadkach (a być może relatywnie częstych) obrót danego dostawcy był niewiele niższy niż 10 mln EURO i tym samym obrót nabywcy (Appol) był niewiele (być może tylko o ok. 1,5 razy) większy³⁵. Poddaje to w znaczną wątpliwość zasadność (dopuszczalność) zastosowania mechanizmów z ustawy przewagowej w takich przypadkach (tj. w odniesieniu do takich dostawców).

W poprzednich decyzjach, w których Prezes UOKiK (w celu badania przesłanki przewagi kontraktowej) porównywał obroty stron (jakkolwiek już bez odwoływania się do – jeszcze w danym czasie nieuchwalonej – dyrektywy) wykazywał, że różnica w tych obrotach jest wystarczająco duża (znaczna), aby można było przyjąć istnienie przewagi kontraktowej w rozumieniu art. 7 ust. 1 upk. Obroty nabywcy bywały bowiem kilkudziesięcio- lub kilkunastokrotnie (a raz „tylko” pięciokrotnie) większe od obrotów dostawcy (zob. wyżej pkt 3.1 *in fine*).

3.4. Z powyższego płynie zatem konkluzja, że należy każdorazowo zwracać uwagę nie tyle na same wielkości obrotów stron, ile koncentrować się na odpowiednio wysokiej (znaczącej) różnicy w tych obrotach, wykluczając zasadność stosowania mechanizmów z ustawy przewagowej w tym z dyrektywy (także po jej implementacji) w sytuacjach, w których różnica ta jest faktycznie nieduża, a tym bardziej czysto „matematyczna” (zob. wyżej).

³⁴ Obroty Jeronimo Martins (właściciel Biedronki) – nawet przy założeniu, że obrót któregośkolwiek z jego dostawców zbliżał się do granicy „maksymalnej” (tj. 350 000 000 EUR) były – w 2018 r. – (co najmniej) ponad 33-krotnie większe (obróć tego przedsiębiorcy w tym roku wyniósł: 11 891 567 635,58 EUR) lub były – w 2019 r. – (co najmniej) ponad 37-krotnie większe (obróć tego przedsiębiorcy wyniósł w tym roku: 13 066 743 915,93 EUR).

³⁵ Obroty Appol oscylowały bowiem między ok. 14,9 mln EUR (w 2018 r.) oraz ok. 16,3 mln EUR (w 2019 r.), wynosząc jedynie w 2017 r. nieco więcej (tj. ok. 24,2 mln EUR). Nawet zatem w tym ostatnim przypadku były to obroty bliższe tej „minimalnej” wielkości, o jakiej mowa w art. 1 ust. 2 lit. „c” dyrektywy UTP (a do tej kategorii zaliczał się Appol w związku z osiąganymi obrotami).

IV. Jednostronny charakter praktyki: element definicyjny zakazanego zachowania?

4.1. Na koniec warto zwrócić uwagę na istotny wątek dotyczący samego **definiowania zachowania zakazanego na gruncie ustawy przewagowej** (w kontekście przede wszystkim relewantnych przepisów dyrektywy UTP, ale także wniosków płynących z praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK). Otóż z dyrektywy wynika, że elementem takiego zachowania (warunkiem publicznoprawnej ingerencji w to zachowanie) jest wymóg, aby stanowiło ono przejaw „jednostronnego narzucenia” przez jedną ze stron drugiej („słabszej ekonomicznie”) stronie. Zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy UTP „w celu zwalczania praktyk, które rażąco odbiegają od dobrych obyczajów w działalności gospodarczej, stoją w sprzeczności z zasadą dobrej wiary i uczciwego obrotu i **‘są jednostronnie narzucane przez jednego partnera handlowego drugiemu’** (...)” (*are unilaterally imposed by one trading partner on another*)³⁶ [podkreślenie aut., K.K.]. W związku z tym trafnym wydaje się konkluzja, że w razie wykazania, że określone postanowienie umowne (praktyka) stanowiły przedmiot wzajemnych uzgodnień (w tym negocjacji), wykluczone stałoby się postrzeganie go/jej jako postanowienie (praktyka) nieuczciwe/a (w rozumieniu dyrektywy UTP) i to bez względu na treść tego postanawiania (rodzaj praktyki). Podobna konstrukcja obowiązuje na gruncie polskiego zakazu nadużywania pozycji dominującej w postaci narzucania przez dominanta uciążliwych warunków umownych (zob. art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik). Jak to wynika z samej treści tego przepisu – dla jego naruszenia – konieczne jest spełnienie przesłanki „narzucania” (czyli swego rodzaju jednostronnego działania dominanta³⁷). Tymczasem w świetle ustawy przewagowej naruszenie zakazu z art. 6 upk nie jest warunkowane stwierdzeniem takiego jednostronnego działania („narzucenia”) – po stronie przedsiębiorcy posiadającego przewagę kontraktową.

4.2. W związku z powyższym powstaje pytanie, czy – w ramach implementacji dyrektywy – polski ustawodawca zdecyduje się wprowadzić wspomnianą przesłankę do treści ustawy przewagowej (np. do art. 6 upk lub 7 upk). Projekt takiej przesłanki nie wprowadza; jednocześnie *de lege lata* obowiązuje rozwiązanie odmienne (tj. bardziej restrykcyjne – z perspektywy przedsiębiorców³⁸) niż to, jakie przewidziano w art. 1 ust. 1 dyrektywy UTP. Należy jednak pamiętać, że dyrektywa ustanawia **minimalne standardy ochrony** przed nieuczciwymi praktykami handlowymi³⁹. Tym samym formalnie nie ma przeszkód, aby w danym państwie członkowskim obowiązywał reżim bardziej restrykcyjny (z punktu widzenia adresatów wspomnianego zakazu).

³⁶ Zob. też motyw 1 dyrektywy UTP, w którym również jest mowa o tym, że nieuczciwe praktyki handlowe powinny być „jednostronnie narzucane przez jednego partnera handlowego drugiemu”.

³⁷ W orzecznictwie wskazano zarazem, że przesłanka ta nie będzie spełniona także wówczas „gdy kontrahent będący przedsiębiorcą w ogóle nie podejmuje próby negocjacji warunków umowy (...) lub nie odpowiada na propozycje dominanta, który skutkiem tego przedkłada jednostronnie opracowany i niepodlegający już negocjacom projekt umowy”; zob. wyr. Sądu Antymonopolowego z 6.11.2000 r., XVII Ama 3/00, powołany także w wyr. SN z 19.2.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413.

³⁸ Brak przesłanki jednostronności praktyki oznacza bowiem mniejsza ilość przesłanek, jakie muszą być spełnione aby uzasadnić ingerowanie przez Prezesa UOKiK w zachowania przedsiębiorców (na podstawie przepisów ustawy przewagowej).

³⁹ Zob. art. 1 ust. 1 dyrektywy UTP, zgodnie z którym mowa jest o „niniejsza dyrektywa ustanawia ‘minimalny wykaz’ (*minimum rules*) zakazanych nieuczciwych praktyk handlowych w stosunkach między nabywcami a dostawcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych”; zob. też motyw 41 preambuły do dyrektywy („Ponieważ cel niniejszej dyrektywy, to jest ustanowienie **minimalnego unijnego standardu ochrony** (...)” (*since the objective of this Directive, namely the laying down of a minimum Union standard of protection* (...)); podkreślenia aut., K.K.

4.3. Warto wspomnieć, że w swej praktyce stosowania zakazu z art. 6 upk Prezes UOKiK (przynajmniej w niektórych decyzjach) także akcentował fakt, że kwestionowane przezeń praktyki (przedsiębiorcy posiadającego przewagę kontraktową) miały charakter jednostronny.

Przykładowo, w sprawie *Biedronki*, Jeronimo Martins (JMP) traktował „jednostronność” działania jako element dysproporcji w potencjale ekonomicznym, podnosząc, że chodzi tu o „sytuację, w której jeden z podmiotów jest w stanie jednostronnie narzucić treść wzajemnych relacji kontraktowych, a jej istnienie zależne jest od wielu czynników”. Stanowisko to nie zostało wszak podzielone przez Prezesa UOKiK, przy czym – co istotne w omawianym kontekście – organ ów nie tyle zignorował argument „jednostronności działania”, ile przyjął, że kwestionowane praktyki (w danej sprawie tzw. rabat wsteczny *rappel extra*) w istocie miały taki charakter – tj. „jednostronnie narzuconego ‘wyrównania’ cen sprzedaży produktów do JMP i jest korzystny wyłącznie dla tego podmiotu”⁴⁰.

W sprawie *Real*, Prezes UOKiK wskazał, że „respektowanie terminów wskazywanych na fakturze jest *de facto* jednostronną decyzją Real, która w każdej chwili może być przez Spółkę zmieniona”; z kolei w decyzji dotyczącej *Südzucker* organ ów zauważył, że „dostawcy w dalszym ciągu nie mieli gwarancji realizowania płatności w dodatkowych terminach, co powodowało stan niepewności (o skróceniu terminu płatności decydował jednostronnie Südzucker)”⁴¹.

V. Refleksje końcowe: czy pandemia COVID-19 miała wpływ na zaostrzenie wdrażania ustawy przewagowej?

5.1. Jak to wyżej wspomniano, od daty wejścia w życie ustawy przewagowej, Prezes UOKiK wydał na jej podstawie 10 decyzji. Wśród nich cztery można zaliczać do stanowiących odzwierciedlenie tzw. negocjacyjnego stosowania⁴² reżimu tej ustawy, w których nie nałożono na przedsiębiorcę kary⁴³, lecz „jedynie” zobowiązanie do podjęcia przezeń stosownych zachowań (usuwających stan – prawdopodobnego⁴⁴ – naruszenia zakazu z art. 6 upk). Co godne uwagi, wszystkie cztery wspomniane decyzje wydane zostały niejako na pierwszym „etapie” wdrażania ustawy przewagowej, tj. jedna z końcem zimy 2018 r. (a trzy z nich wiosną lub latem 2019 r.). Pozostałe decyzje – wydane już w drugiej części (3-letniego okresu stosowania tej ustawy; zob. niżej) – stanowiły już przejaw „spornego” (zob. np. Skoczny, 2016, s. 453) wdrażania jej reguł, ingerując w zachowania rynkowe przedsiębiorców oraz przewidując (zazwyczaj wysoką) karę (za naruszenia zakazu z art. 6 upk) albo też karę (relatywnie niską) za nieudzielenie Prezesowi UOKiK informacji (żądanych w trybie art. 14 upk); zob. pkt 1.1 oraz przypisy nr 4–6.

⁴⁰ Zob. dec. Prezesa UOKiK w sprawie *Biedronka*.

⁴¹ Zob. dec. Prezesa UOKiK: w sprawie *Real* oraz w sprawie *Südzucker*.

⁴² Pojęcie to zostało zaczerpnięte z terminologii prawa antymonopolowej (zob. np. Skoczny, 2016, s. 444 i n.). Negocjacyjne stosowanie tego prawa odnosi się zwłaszcza do przypadków wydania właśnie tzw. decyzji zobowiązaniowych (tj. w oparciu o art. 12 ustawy z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz.U. 2021, poz. 275); dalej: uokik, którego „odpowiednikiem” na gruncie ustawy przewagowej jest art. 27 upk (zob. dwa poniższe przypisy).

⁴³ Zob. art. 27 ust. 4 upk, który w przypadku wydania tzw. decyzji zobowiązaniowej wyklucza (co do zasady) stosowania art. 33 upk (czyli przepisu stanowiącego podstawę prawną do nakładania kar za naruszenia zakazu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej).

⁴⁴ Zob. art. 27 ust. 1 upk, zgodnie z którym, jeżeli w toku postępowania w sprawie praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową zostanie uprawdopodobnione (...), że został naruszony zakaz, o którym mowa w art. 6, a strona postępowania zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań w celu zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków, Prezes UOKiK może, w drodze decyzji, zobowiązać tę stronę do wykonania tych zobowiązań i określić termin wykonania tych zobowiązań.

5.2. W związku z powyższym może rodzić się pytanie o przyczyny zmiany polityki wdrażania reżimu ustawy przewagowej przez Prezesa UOKiK. Warto zauważyć, że **wszystkie decyzje, w których nałożono kary** (poza jednym wyjątkiem⁴⁵) **wydane zostały w 2020 r.** (w lecie lub na jesień) – zatem **w okresie**, w jakim w Polsce i na świecie **panowała pandemia COVID-19** i w związku z tym obowiązywały (w mniejszym lub większym stopniu) różne obostrzenia w życiu społecznym (w tym w prowadzeniu działalności gospodarczej). Mimo wskazanej „koincydencji czasowej”, wydaje się, że wnioskiem zbyt daleko idącym byłaby konstatacja, że zaostrzenie egzekwowania zakazu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej należałoby przypisywać przede wszystkim (a tym bardziej wyłącznie) wystąpieniu wspomnianej pandemii (i wynikającymi z niej restrykcjami).

Niemniej jednak – w mojej ocenie – równie nieuprawnione byłoby całkowite odrzucenie odwołania się do pandemii (jako jednej z możliwych przyczyn) zaostrzenia polityki wdrażania reżimu ustawy przewagowej. Ustawa ta w swym założeniu chronić ma przecież przede wszystkim mniejszych („słabszych ekonomicznie”) dostawców produktów rolno-spożywczych⁴⁶. Sektor tych produktów jest także dotknięty skutkami ekonomicznymi pandemii poprzez zredukowanie popytu na te produkty (w szczególności ze strony hoteli lub restauracji, czyli placówek często zamkniętych w czasie pandemii). Może to (m.in.) uzasadniać zwiększenie „aktywności” (a ściślej „intensywności ingerencji”) Prezesa UOKiK w praktyki nieuczciwie wykorzystujące przewagę kontraktową w sektorze rolno-spożywczym.

W kontekście wspomnianego kryzysu społeczno-gospodarczego wywołanego wirusem COVID-19, warto wspomnieć o (obowiązującej na gruncie prawa antymonopolowego) generalnej regule, zgodnie z którą wystąpienie wszelkiego rodzaju kryzysów (czy to w określonym sektorze – np. paliwowym, mięsnym – czy to w całej gospodarce) nie usprawiedliwia łagodniejszego wdrażania reguł publicznoprawnej ingerencji w zakazane praktyki przedsiębiorców (np. dopuszczania tzw. karteli kryzysowych), nawet jeśli stosujący te praktyki (a zarazem ukarani przez organ publiczny – tu Prezesa UOKiK) sami „odczuli” skutki kryzysu (co także nie można wykluczyć w kontekście spraw opisanych w niniejszym opracowaniu⁴⁷).

5.3. Oczywiście możliwe, że zaistniały także inne (niż pandemia) przyczyny zaostrzenia administracyjnego wdrażania mechanizmów ustawy przewagowej. Może tu w szczególności chodzić o minięcie swego rodzaju (nieformalnego) „okresu przejściowego”, przez co rozumiem okresu „dostosowania się” przez przedsiębiorców (podlegających pod reżim tej ustawy) do wynikających z niej ograniczeń, które – we wspomnianym okresie – były już wprawdzie egzekwowane przez Prezesa UOKiK, lecz przy zastosowaniu „miękkich środków” ingerencji (bez nakładania kar). Powyższe w żadnym razie nie oznacza konkluzji, że od 2020 r. ustawa przewagowa winna być egzekwowana przede wszystkim (lub tym bardziej wyłącznie) w trybie spornym (wraz z nakładaniem kar).

⁴⁵ Który dotyczy decyzji w sprawie *Fruit* wydanej 1.10.2019 roku.

⁴⁶ Choć – w odróżnieniu od dyrektywy UTP – polska ustawa (zakaz z art. 6 upk) – ma zastosowanie do wykorzystywania przewagi kontraktowej nie tylko w relacji do słabszych ekonomicznie dostawców, lecz także – niejako „w przeciwną stronę”, tj. w relacji do słabszych ekonomicznie nabywców. Żadna z decyzji Prezesa UOKiK (w której stwierdzono lub uprawdopodobniono naruszenie wspomnianego zakazu) **nie dotyczyła** nieuczciwego **wykorzystywania przewagi** kontraktowej **przez dostawcę względem nabywcy**.

⁴⁷ Ogólne skutki obostrzeń (zamykanie licznych placówek, inne „lockdowny”) mogą także przejawiać się w zredukowaniu podaży produktów (a co za tym idzie – przychodów) przedsiębiorców ukaranych przez Prezesa UOKiK, czyli zwłaszcza producentów soków lub koncentratów owocowych (chodzi o spółki Fruit oraz Appol).

W każdym razie decyzje Prezesa UOKiK (zwłaszcza w sprawie *Fruit*, *Appol* oraz *Biedronka*) świadczą, że ustawa przewagowa stanowi dodatkowo⁴⁸, a zarazem realny (aktywnie egzekwowany w praktyce) reżim administracyjnoprawny limitujący swobodę handlową (w tym kontraktową) „silnych” ekonomicznie przedsiębiorców (czyli *de facto* nabywców). Kary nałożone na wskazanych przedsiębiorców na mocy tej ustawy – w wielkościach bezwzględnych („matematycznie”) – wcale nie odbiegają od kar wymierzanych na podstawie ustawy antymonopolowej (mimo że na gruncie tej pierwszej ustawy limit kary maksymalnej jest ponad trzy razy niższy, wynosząc 3% obrotu przedsiębiorcy⁴⁹). Warto zarazem zaznaczyć, że w jednej (i to pierwszej) z ww. decyzji (*Fruit*) kara niejako „od razu” wymierzona została w maksymalnej wysokości (3% obrotu), a w drugiej z nich (*Appol*) także w „górną” granicę dopuszczalności (tj. 2,4% obrotu), podczas gdy w sprawie *Biedronki* stanowiła „tylko” 1,3%, choć (z racji na – relatywnie – bardzo wysokie obroty tego przedsiębiorcy) i tak była (kilkadziesiąt lub kilkaset) razy wyższa niż w tych dwóch pierwszych sprawach.

Czy kary te były zasadnie nałożone⁵⁰ – w tym zwłaszcza czy były proporcjonalne – okaże się dopiero po tym, jak decyzje Prezesa UOKiK zostaną zweryfikowane przez sąd ochrony konkurencji i konsumentów (zob. art. 29 upk), względnie sądy wyższych instancji.

Bibliografia

- Adamczewski, P. (2017). 100 dni obowiązywania ustawy o przewadze kontraktowej. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, nr 8(6).
- Bolecki, A. (2017). Nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej przez sieci handlowe względem dostawców żywności – przykłady praktyk potencjalnie zakazanych. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, nr 8(6).
- Kohutek, K. (2017). *Komentarz do ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi*. LEX 2017.
- Laskowski, R. (2019). Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej: różnorodność czy jednolitość jej celów?, *Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały*, nr 2 (25).
- Manteuffel, K., i Piaskowski, M. (2017). Relacja klauzuli generalnej do przykładowego katalogu nieuczciwych praktyk w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, nr 1(6).
- Piszcz, A., i Namysłowska, M. (2017). *Komentarz do ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej*. Warszawa: C.H. Beck, Legalis.
- Skoczny, T. (2016). Negocjacyjne stosowanie prawa ochrony konkurencji – rzeczywistość, istota, problemy. W: T. Skoczny (red.), *Prawo konkurencji. 25 lat*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Stefanicki, R. (2002). Dobre obyczaje w prawie polskim. *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 5.
- Wściubiak, Ł. (2007). Dobre obyczaje w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. *Przegląd Prawa Handlowego*, nr 11.

⁴⁸ Tj. w szczególności obok ograniczeń wynikających z innych ustaw (jak w szczególności ustawy antymonopolowej), także egzekwowanej przez Prezesa UOKiK.

⁴⁹ Zob. art. 33. ust. 1 upk oraz art. 106 ust. 1 uokik (w którym przewidziano próg 10% obrotów przedsiębiorcy).

⁵⁰ Być może także w tych sprawach problem naruszenia zakazu z art. 6 upk mógłby zostać rozwiązany z zastosowaniem decyzji zobowiązaniowej; w sprawie *Biedronki*, ukarany przedsiębiorca złożył propozycje zobowiązań (w oparciu o art. 27 upk), które wszak nie zostały zaaprobowane przez Prezesa UOKiK.