

**WAR WSP  
DYN ÓLN  
SKI+ ICI.**

Aleje Ujazdowskie 10, 00-478 Warszawa  
tel.: 22 437 82 00, 22 537 82 00  
faks: 22 437 82 01, 22 537 82 01  
e-mail: adam.studzinski@wardynski.com.pl  
e-mail: monika.hartung@wardynski.com.pl

Warszawa, dnia 21 marca 2014 r.

**Trybunał Konstytucyjny**  
al. Jana Chrystiana Szucha 12A  
00-918 Warszawa

Skarżący:

**K**

**Sp. k.**

ul.

**W**

nr KRS

*reprezentowany przez*

adwokata Jana Ciećwierza  
nr wpisu 167 w Izbie Adwokackiej w Warszawie  
adwokata Adama Studzińskiego  
nr wpisu 4075 w Izbie Adwokackiej w Warszawie

*pod adresem do doręczeń:*

Wardyński i Wspólnicy sp.k.

al. Ujazdowskie 10

00-478 Warszawa

## SKARGA KONSTYTUCYJNA

Działając w imieniu K Sp. k. z siedzibą w W (dalej – „K” lub „Skarżący”), w oparciu o pełnomocnictwo załączone do skargi konstytucyjnej, działając na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. nr 102, poz. 643 z późn. zm. – dalej: „**Ustawa o TK**”) w związku z art. 79 ust. 1 z ustawy zasadniczej dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm. – dalej: „**Konstytucja RP**”);

niniejszym **zaskarżamy przepis:**

**art 15 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503 ze zm., zwanej w dalszej części „**uznk**”), o treści: „**Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez (...) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży**”;

wprowadzony do porządku prawnego na mocy art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z dnia 9 sierpnia 2002 r., nr 126 poz. 1071),

**wnosząc o uznanie zaskarżonego niniejszą skargą konstytucyjną przepisu za niezgodny z:**

**I. art. 20 i art. 22 Konstytucji RP, jako naruszający:**

- konstytucyjnie chronione prawo podmiotowe Skarżącego do wolności działalności gospodarczej – którego istotną treść stanowi: (i) swoboda wyboru i korzystania z określonego sposobu prowadzenia swej działalności gospodarczej; (ii) swoboda umów (kontraktowania); (iii) swoboda w zakresie zbywania usług i kształtowania cen za nie; (iv) swoboda w konkutowaniu z innymi podmiotami gospodarczymi;
- prawo podmiotowe Skarżącego do wykonywania działalności gospodarczej (prawa do wolności działalności gospodarczej) w sposób niezakłócony nieusprawiedliwionymi i nadmiernymi działaniami ograniczającymi ze strony ustawodawcy;

*poprzez*

- niedopuszczalne konstytucyjnie ograniczenie skarżonym przepisem prawa podmiotowego Skarżącego do wolności gospodarczej, polegające, w szczególności, na uniemożliwieniu K przez normatywną treść art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk prowadzenia swej działalności gospodarczej w sposób przez siebie wybrany;
- wprowadzenie w skarżonym przepisie ograniczeń prawa podmiotowego K do wolności działalności gospodarczej, na które składają się swobody „częstkowe”: (i) swoboda wyboru i korzystania z określonego sposobu prowadzenia swej działalności gospodarczej; (ii) swoboda umów (kontraktowania); (iii) swoboda w zakresie zbywania usług i kształtowania cen za nie; (iv) swoboda w konkutowaniu z innymi podmiotami gospodarczymi – które to ograniczenia nie znajdują usprawiedliwienia ważnym interesem publicznym, w szczególności zostały wprowadzone bez zachowania zasad proporcjonalności w ograniczaniu tego prawa;

**II. art. 20 i art. 22 w związku z zasadą poprawnej legislacji, wywodzoną z art. 2 Konstytucji RP, jako naruszający prawo Skarżącego do wolności działalności gospodarczej, której ograniczenia mogą wynikać tylko przepisów ustawowych, jasno i precyzyjnie określających ograniczenia tej wolności, tak aby Skarżący na podstawie samych tylko przepisów ustawowych mógł zorientować się co do treści wszystkich istotnych ograniczeń swojego konstytucyjnego prawa do wolności gospodarczej;**

poprzez

- wprowadzenie w skarżonym przepisie ograniczeń prawa podmiotowego Skarżącego do wolności gospodarczej, na które składają się swobody „częstkowe”: (i) swoboda wyboru i korzystania z określonego sposobu prowadzenia swej działalności gospodarczej; (ii) swoboda umów (kontraktowania); (iii) swoboda w zakresie zbywania usług i kształtowania cen za nie; (iv) swoboda w konkutowaniu z innymi podmiotami gospodarczymi – które to ograniczenia nie zostały jasno i precyzyjnie określone w skarżonym przepisie;

**III. art. 20 i art. 22 w związku z art. 32 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji RP**, jako naruszający prawo podmiotowe Skarżącego do wolności prowadzenia działalności gospodarczej na: (i) równych prawach z innymi przedsiębiorcami charakteryzującymi się istotną cechą wspólną ze Skarżącym, jaką jest uczestnictwo w profesjonalnym obrocie towarowym oraz (ii) w warunkach braku dyskryminacji ze strony ustawodawcy;

poprzez

- ustanowienie w nim ograniczeń dla prawa podmiotowego K do wolności gospodarczej - na które składają się swobody „częstkowe”: (i) swoboda wyboru i korzystania z określonego sposobu prowadzenia swej działalności gospodarczej; (ii) swoboda umów (kontraktowania); (iii) swoboda w zakresie zbywania usług i kształtowania cen za nie; (iv) swoboda w konkutowaniu z innymi podmiotami gospodarczymi – które to ograniczenia prowadzą do nierówności (deprecjacji sytuacji prawnej) pośredników handlowych takich jak Skarżący, w porównaniu do pozycji prawnej producentów/dostawców, w szczególności w zakresie rozkładu ryzyka ekonomicznego związanego z przyjęciem towaru do kanału dystrybucji i dalszego jego marketingu;
- ustanowienie w jego treści ograniczeń w prawie do wolności gospodarczej przede wszystkim lub w znacznej większości wobec selektywnie i niesprawiedliwie określonej kategorii pośredników handlowych, tj. „dużych sieci handlowych”, do której zalicza się również Skarżący;

**IV. art. 45 ust. 1 w związku z art. 32 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP**, jako naruszający prawo podmiotowe Skarżącego do rozpatrzenia sprawy o charakterze cywilno-prawnym w sprawiedliwym postępowaniu sądowym, opartym na zasadzie równości praw i obowiązków stron procesu (z uwzględnieniem rozkładu ciężaru dowodu), która podlega w tym postępowaniu ograniczeniu tylko w sposób proporcjonalny, tj. tylko o tyle o ile jest to konieczne w demokratycznym państwie dla ochrony wolności i praw podmiotowych innych uczestników tego postępowania;

poprzez

ustanowienie w skarżonym przepisie domniemań prawnych, które w sposób dyskryminujący i nieproporcjonalny przenoszą na stronę pozwaną (Skarżącego) ciężar dowodu w zakresie istotnych przesłanek faktycznych rozstrzygnięcia sprawy z powództwa opartego na treści skarzonego przepisu;

- V. **art. 45 ust. 1 w związku z zasadą poprawnej legislacji, wywodzoną z art. 2 Konstytucji RP**, jako naruszający prawo podmiotowe Skarżącego do rozpatrzenia sprawy w sprawiedliwym postępowaniu sądowym, którego zasady, w tym rozkład praw i obowiązków stron w zakresie rozkładu ciężaru dowodu, zostały ukształtowane w oparciu o precyzyjne, jednoznaczne i nie rodzące wątpliwości przepisy prawne, zapewniające przewidywalność przebiegu tego postępowania;

*poprzez*

ustanowienie w nim praw i obowiązków procesowych stron w zakresie rozkładu ciężaru dowodu w sposób niejasny i nieprecyzyjny, rodzący istotne rozbieżności w orzecznictwie, a tym samym powodując nieprzewidywalność przebiegu postępowania i niepewność stron co do zakresu ich koniecznej inicjatywy dowodowej;

- VI. **art. 64 ust. 1 w związku z zasadą poprawnej legislacji, wywodzoną z art. 2 Konstytucji RP**, jako naruszający prawo podmiotowe Skarżącego do ochrony własności, którego ograniczenia mogą wynikać tylko z przepisów ustawowych jasno i precyzyjnie określających ograniczenia tego prawa - tak aby Skarżący na podstawie samych tylko przepisów ustawowych mógł zorientować się co do treści wszystkich istotnych ograniczeń swojego konstytucyjnego prawa do własności;

*poprzez*

ustanowienie w nim ograniczeń dla prawa podmiotowego K do ochrony własności, na które składają się uprawnienia m.in. do: (i) zachowywania oraz dysponowania własnością i korzystania z niej (w tym korzystania ze środków pieniężnych); ii) pobierania pożytków lub pośredniego eksploataowania przedmiotu własności – które to ograniczenia nie zostały jasno i precyzyjnie określone w skarżonym przepisie;

- VII. **art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji RP**, jako naruszający prawo podmiotowe Skarżącego do ochrony własności na: (i) równych prawach z innymi przedsiębiorcami charakteryzującymi się istotną cechą wspólną ze Skarżącym, jaką jest uczestnictwo w profesjonalnym obrocie towarowym oraz (ii) w warunkach braku dyskryminacji ze strony ustawodawcy;

*poprzez*

- ustanowienie w nim ograniczeń dla prawa podmiotowego K do ochrony własności – które to ograniczenia prowadzą do nierówności (deprecjacji sytuacji prawnej) pośredników handlowych (w tym Skarżącego), w porównaniu do pozycji prawnej producentów/dostawców;
- ustanowienie w nim ograniczeń w prawie do ochrony własności przede wszystkim lub w znacznej większości wobec selektywnie i niesprawiedliwie określonej kategorii pośredników handlowych, tj. „*dużych sieci handlowych*”, do której zalicza się również Skarżący;

**VIII. art. 64 ust. 3 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP**, jako naruszający prawo podmiotowe Skarżącego do wykonywania prawa własności w sposób niezakłócony nieusprawiedliwionymi i nadmiernymi działaniami ograniczającymi ze strony ustawodawcy;

*poprzez*

ustanowienie w nim ograniczeń dla prawa podmiotowego K do ochrony własności, które nie znajdują usprawiedliwienia interesem publicznym oraz które zostały wprowadzone bez zachowania zasad proporcjonalności w ograniczaniu tego prawa.

---

Zaskarżony niniejszą skargą konstytucyjną przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk stanowił podstawę prawną wyroku Sądu Apelacyjnego w W z dnia listopada 2013 r., sygn. akt , w którym - w zakresie w jakim oddalono w nim apelację K od wyroku Sądu Okręgowego w W z czerwca 2013 r., sygn. akt - orzeczono ostatecznie o prawach podmiotowych Skarżącego, gwarantowanych powyżej wymienionymi przepisami konstytucyjnymi.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w W z dnia listopada 2013 r., sygn. akt wraz z pisemnym jego uzasadnieniem został doręczony Skarżącemu na jego wniosek w dniu 23 grudnia 2013 r.

## UZASADNIENIE

### CZEŚĆ I.

**STAN FAKTYCZNY - przebieg sporu cywilnego, w ramach którego orzeczono ostatecznie o konstytucyjnych prawach podmiotowych Skarżącego, ze szczególnym uwzględnieniem treści orzeczeń rozstrzygających te spory**

1. Pozwem z dnia      sierpnia 2011 r. K      Z      , J      D      , A      Z      i K      G      , prowadzący pod firmą P      s.c. działalność gospodarczą (dalej łącznie nazywani „P      ”), której przedmiotem była sprzedaż i dystrybucja produktów mlecznych pochodzących od różnych producentów, domagali się zasądzenia od K      kwoty      zł tytułem zwrotu korzyści uzyskanych wskutek czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, polegającego na pobraniu innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie ich towarów do sprzedaży w sieci handlowej K      . Za taką opłatę P      uznał pobrane przez K      wynagrodzenie za usługi reklamy, polegające na publikacji w gazecie reklamowej K      ogłoszeń reklamowych w postaci zdjęć towarów z oferty P      i logo firmy, a także za usługi logistyczne, polegające na rozwożeniu przez pozwaną towarów z centralnych magazynów K      do poszczególnych jej sklepów. Ponieważ równocześnie P      sprzedawał K      towary, należne mu wynagrodzenie za wspomniane usługi K      potrącił z przysługującej P      należności za dostarczony towar. Według P      , od zawarcia umów odnoszących się do usług reklamy i usług logistycznych K      uzależniał rozpoczęcie i kontynuację współpracy handlowej, zaś warunki tych umów nie podlegały negocjacjom. P      podnosił, iż w usługi reklamy były „pozorne”, albo świadczone tylko na korzyść K      . Odnośnie do usług logistycznych, P      podnosił, iż stanowiły one przykład przerzucenia na P      ciężaru ekonomicznego kosztów normalnie ponoszonych przez ostatecznego sprzedawcę (pośrednika handlowego) , a zatem w zamian za uiszczone na rzecz K      wynagrodzenie nie otrzymywał żadnego ekwiwalentnego świadczenia wzajemnego. Kopia pozwu P      przeciwko K      z dnia      stycznia 2012 r. stanowi załącznik nr 3 do niniejszej skargi.
2. W sprzeciwie od nakazu zapłaty, wydanego w postępowaniu upominawczym przez Sąd Okręgowy w W      Wydział Gospodarczy w dniu      stycznia 2012 r. (sygn. akt      ), K      wnosił o oddalenie powództwa w całości, zarzucając m.in., że: (i) wszelkie umowy, mające za przedmiot świadczenie przez K      na rzecz P      usług reklamy i usług logistycznych strony zawarły dobrowolnie, w warunkach swobody umów, (ii) P      miał wpływ na treść umów i przebieg realizacji objętych nimi usług, (iii) umówione usługi zostały rzeczywiście wykonane, (iv) wykonane usługi były korzystne dla P      i stanowiły ekwiwalent pobranego od niej przez K      wynagrodzenia, (v) Skarżący nie utrudniał firmie P      dostępu do rynku, bo ten miał obiektywne możliwości prowadzenia szerokiej współpracy z innymi pośrednikami handlowymi. Kopia nakazu zapłaty z      stycznia 2012 r., sygn. akt      , stanowi załącznik nr 4 do niniejszej skargi, zaś kopia sprzeciwu K      od ww. nakazu zapłaty stanowi załącznik nr 5 do

skargi.

3. W wyroku z dnia            czerwca 2013 r. Sąd Okręgowy w W            Wydział Gospodarczy, sygn. akt            , uwzględnił powództwo P            przeciwko K            w zasadniczej części (powództwo zostało oddalone tylko w zakresie części roszczenia o odsetki). Wspomniany w poprzednim zdaniu wyrok stanowi załącznik nr 6 do skargi.
4. Sąd I-ej instancji dostrzegł – w ramach czynienia ustaleń faktycznych – iż strony sporu cywilnego łączyła wieloletnia współpraca gospodarcza, prowadzona w dwóch charakterystycznych obszarach: (i) dostawy towarów przez P            (jako dystrybutora produktów mlecznych pochodzących od różnych producentów) do K            (jako operatora sklepów wielkopowierzchniowych) oraz (ii) wykonywania przez K            na rzecz P            usług reklamy oraz usług logistycznych.
5. Podstawą współpracy strony były „Ogólne Warunki Zakupu i Handlu” (wraz z „Technicznymi Warunkami Współpracy”) podpisane przez strony w dniu            września 2006 r. oraz dalsze, konkretyzujące je umowy ramowe („Ramowe warunki współpracy”) wraz z załącznikami („umowa reklamy”).
6. W „Ramowych warunkach współpracy” obowiązujących od dnia            stycznia 2008 r. strony ustaliły, że K            będzie wykonywał na rzecz P            następujące usługi:
  - reklamową - reklama wizerunku przedsiębiorstwa w gazetce K            , za wynagrodzeniem w wysokości            % osiągniętego obrotu,
  - logistyczną, polegającą na zwolnieniu P            z obowiązku dostarczania towarów bezpośrednio do sklepów K            , za cenę            % wartości dostarczonych towarów (P            zamiast dostarczać towary do poszczególnych sklepów K            miał dostarczać je do Magazynu Centralnego, a K            miał następnie przejąć obowiązek P            ich dystrybucji do właściwych sklepów).
7. Usługa reklamy odnosiła się do publikacji reklamowych w gazetce K            , w której zamieszczone są wizerunki pochodzących od poszczególnych dostawców towarów sprzedawanych w sklepach K            . Za wydawanie gazetek pozwanej odpowiada jej dział reklamy i dystrybucji. W latach 2008 - 2009 gazetka wydawana była w ok.            egzemplarzy, a jej zasięg był ogólnopolski.
8. Szczegóły dotyczące usługi reklamy zostały określone w załączniku nr 2 („umowa reklamy”) do umowy „Ramowe warunki współpracy”. W treści par. 1 załącznika nr 2 wskazano, że zleceniodawca (P            ) zleca reklamę swojego przedsiębiorstwa poprzez umieszczenie swojego logo (znaku graficznego) w gazetce K            . W par. 2 ujęto zobowiązanie się pozwanej do co najmniej jednoazowego wyeksponowania logo powodów w jej gazetce reklamowej, wydanej w nakładzie minimum            egzemplarzy i dystrybuowanej w okolicy wszystkich sklepów sieci pozwanej na terenie Polski.

9. Usługa logistyczna polegała na tym, że K dokonywał dystrybucji produktów zakupionych od P z należących do niego dwóch centralnych magazynów do poszczególnych swoich sklepów. Świadcząc tę usługę K zwolnił P od obciążającego go wcześniej obowiązku samodzielnego dostarczania towarów do poszczególnych sklepów K (Sąd Okręgowy ustalił jednak, iż to wcześniej obowiązujące zasady współpracy w zakresie dostaw były dla P bardziej opłacalne, bo samodzielnie wykonywany przez P transport do poszczególnych placówek sprzedażowych miał być tańszy, niż ten, który wynikał ze zmodyfikowanych zasad współpracy).
10. W „Ramowych warunkach współpracy” obowiązujących od dnia stycznia 2009 r. strony ustaliły, że K będzie wykonywał na rzecz P następujące usługi:
- reklamową - reklama w gazetce K , za wynagrodzeniem w wysokości % osiągniętego obrotu,
  - logistyczną, polegającą na zwolnieniu P z obowiązku dostarczania towarów bezpośrednio do sklepów K , za cenę % wartości dostarczonych towarów (P zamiast dostarczać towary do poszczególnych sklepów K miał dostarczać je do Magazynu Centralnego, a K miał następnie przejąć obowiązek P ich dystrybucji do właściwych sklepów).
11. W treści par. 2 załącznika nr 1 („umowa reklamy”) do umowy „Ramowe warunki współpracy” wskazano, że K zobowiązuje się do: emitowania minimum raz w miesiącu materiałów reklamowych, dotyczących wizerunku powodowej spółki poprzez sieć radiowęzłów zlokalizowanych w sklepach K oraz do reklamy towarów powodowej spółki poprzez zamieszczenie stosownych treści reklamowych w gazetce reklamowej K , wydanej w nakładzie minimum egzemplarzy i dystrybuowanej w okolicy sklepów K na terenie Polski (akcja wiosenna - 1 artykuł w gazetce).
12. Z dniem maja 2009 r. strony rozwiązały „umowę reklamy”, stanowiącą załącznik nr 1 do „Ramowych warunków współpracy” ważnych od dnia stycznia 2008 r. W pkt. 3 umowy zleceniodawca potwierdził prawidłowe wykonywanie usług wynikających z umowy reklamy oraz to, że wynagrodzenie odpowiada wartości rynkowej zrealizowanej w tym okresie usługi. Sąd Okręgowy ustalił, iż powodowie podpisali powyższy dokument z obawy przed wycofaniem ich produktów ze sklepów pozwanej.
13. W wykonaniu zawartych umów, w gazetce reklamowej K , dla oferty ważnej od dnia czerwca 2008 r. do czerwca 2008 r., wśród dostawców K została wymieniona firma powodów. W gazetce reklamowej K , dla oferty ważnej od dnia lutego 2009 r. do lutego 2009 r., w dziale „D ” została umieszczona reklama produktów powodów - W gazetce reklamowej K , dla oferty ważnej od dnia maja 2009 r. do czerwca 2009 r., w dziale „W ” został umieszczony produkt powodów - , przy czym nie wskazano nazwy producenta (P ), innych produkowanych przez niego produktów i nie przedstawiono cech produktu, które miałyby przesądzać o jego walorach.

Logo P            wyeksponowano w jednej gazecie.

14. W okresie współpracy pozwana wystawiła na rzecz powodów faktury odpowiadające należnemu jej z tytułu wykonania spornych usług wynagrodzeniu i potrąciła je z należnościami P            z tytułu dostaw towarów, wypłacając powodowi stosownie pomniejszoną kwotę.
15. Dodatkowo, Sąd Okręgowy ustalił, iż rozmowy pomiędzy stronami, dotyczące umów ramowych, umów o reklamę i umów o świadczenie usług logistycznych, nie miały charakteru negocjacji, a strona powodowa zawierała te umowy w treści przygotowanej przez K            , gdyż zależało jej na kontynuowaniu współpracy z pozwanym i na sprzedaży swoich towarów w marketach K            .
16. Dokonując analizy ustaleń faktycznych w uzasadnieniu wyroku, Sąd Okręgowy nie zanegował, iż sporne usługi zostały wykonane w tym znaczeniu, że w swojej gazecie reklamowej K            zamieścił, w ustalonym czasie i formie, publikacje reklamowe, tak jak to strony uzgodniły w kolejnych umowach, ani że wykonano umówione usługi logistyczne. Mimo to uznał on, iż pobranie z tego tytułu wynagrodzenia przez K            należało uznać za czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 pkt. 4 uznk. Sąd wskazał: *„jedną z przyczyn wprowadzenia tego przepisu była konstatacja, iż sklepy wielkopowierzchniowe pobierają od dostawców szczególne opłaty, w tym zwłaszcza za wejście do sieci, za reklamę i promocję towarów, za miejsce ekspozycji towarów itp. (...); masowość takich praktyk, stosowanych z reguły przez wielkie sieci handlowe (a do takich należy pozwana spółka) i negatywna ich ocena jako przejaw działań sprzecznych z dobrymi obyczajami, legła u podstaw tej nowelizacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”*.
17. Zdaniem Sądu Okręgowego *„przy ustaleniu (...) czy zachowanie strony pozwanej, polegające na pobieraniu opłat za umieszczanie w gazetkach reklamowych zdjęć towarów dostarczanych przez powodów, a w niektórych gazetkach także znaku graficznego (logo) firmy, miało charakter czynu nieuczciwej konkurencji, należało wziąć przede wszystkim pod uwagę to, czy od zawarcia dodatkowych porozumień marketingowych uzależnione było dopuszczenie towarów powodowej spółki do sprzedaży w sklepach strony pozwanej. Ponadto (...) element nieuczciwości w działaniu kupującego pojawi się także wówczas, gdy opłaty marketingowe, ponoszone przez dostawcę do takiej sieci, byłyby niewspółmiernie większym obciążeniem finansowym dla dostawcy, niż koszty stworzenia przez tego dostawcę samodzielnej akcji marketingowej tj. bez powiązania jej z umową główną (umową sprzedaży do sieci handlowej). Zatem należało również rozważyć, czy umieszczanie w gazetkach reklamowych pozwanego wizerunków produktów strony powodowej, a także jej znaku graficznego (logo), miało charakter ekwiwalentny w stosunku do świadczenia strony powodowej w postaci opłat”*.
18. Analizę w powyższym zakresie Sąd I-ej instancji rozpoczął od kwestii ekwiwalentności/proporcji wartości świadczeń stron, dochodząc do wniosku, że *„wydawanie gazetki K            leżało przede wszystkim w interesie strony pozwanej, a towary w niej reklamowane były już własnością strony pozwanej. Promocja tych towarów wśród konsumentów miała służyć szybkiemu zbyciu towarów, stanowiących już własność*

pozwanej. Strona pozwana, wydając gazetkę informującą o obowiązujących w jej sklepie promocjach i o swoim asortymencie przede wszystkim nastawiona była na zwiększenie obrotu własnymi towarami i utrwalenie w świadomości konsumentów informacji, iż w sieci sklepów K można zrobić „tanie” zakupy. Z treści, jakie zamieszczone były w gazetce płynęło jednoznaczne przesłanie dla konsumentów o tym, że istnieją pewne towary, które w sieci sklepów K można kupić wyjątkowo tanio. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, aby móc stwierdzić, iż w przypadku obciążenia dostawcy dodatkową opłatą za wydawanie gazetek promocyjnych mamy do czynienia z ekwiwalentnością świadczeń, konieczne byłoby wykazanie przez odbiorcę - pozwanego, wymiernych korzyści, jakie uzyskuje dostawca, a jakich nie otrzymuje odbiorca. Inaczej mówiąc, odbiorca musiałby wykazać, że działał w celu poprawienia wyników dostawcy, a nie własnych”.

19. W dalszej kolejności Sąd I-szej instancji wskazał, że „wydawanie gazetki przez pozwaną nie spełnia także wymogów koniecznych dla wykonywania usług reklamowych na rzecz powodów”. Zdaniem Sądu „usługa reklamowa polega (...) na przedstawieniu określonych cech danego produktu, wyróżniających go spośród innych produktów tego samego rodzaju, pod względem jakościowym, czy też cenowym, przy oznaczeniu producenta w sposób pozwalający na jego identyfikację”. Takich cech nie doszukał się Sąd Okręgowy w gazetkach reklamowych wydanych przez K – „w gazetkach reklamowych pozwanej mamy do czynienia jedynie z przedstawieniem aktualnej oferty sieci sklepów i ich ceny. Jedynie w jednej gazetce przedstawionej w toku niniejszego procesu przez pozwaną widnieje informacja zawierająca logo firmy powodów jako dostawcy towarów do sklepów pozwanej, jednakże nawet w tym przypadku nie wymieniono w gazetce pełnej firmy przedsiębiorstwa powodów ani jej adresu, czy też innych danych identyfikujących, czy opisujących tę firmę (...); w pozostałych przedłożonych jako dowody gazetkach widnieją jedynie zdjęcia towarów bez jakiegokolwiek odniesienia ich do firmy powodów”. Zdaniem Sądu Okręgowego takiego komunikatu marketingowego nie można uznać za marketing na rzecz powodów, lecz jedynie za ofertę sklepów K, przedstawiającą jego własne, zakupione od dostawcy towary.
20. Zdaniem Sądu Okręgowego taka forma reklamy mogła mieć za cel tylko stymulację zbytu własnego towaru przez stronę pozwaną (K). Przy tym Sąd Okręgowy nie omieszkiał wskazać, iż gazetka „stanowi podstawowy instrument do reklamy towarów, znajdujących się na półkach sklepowych sieci handlowej i do zachęcenia klientów do odwiedzenia sklepów tej sieci i zrobienia w nich zakupów. To z kolei nie przekłada się bezpośrednio na interes gospodarczy powodów, tym bardziej że po zapoznaniu się z treścią gazetki, konsumenci do których one trafiają nie zwiększają swojej wiedzy na temat firmy powodów. Trzeba także brać pod uwagę to, do kogo kierowana jest gazetka K i kto i w jakim celu z niej korzysta. Przede wszystkim chodzi tu o konsumentów, klientów, którzy chcą zobaczyć, jaki asortyment i za jaką cenę dostępny jest w supermarkecie K w ich okolicy w najbliższym czasie. Reklamy wizerunkowe powodów, polegające na umieszczeniu logo firmy powodów nie trafią zatem do potencjalnego innego, niż K klienta powodów, lecz jedynie do szeregowych klientów detalicznych, którzy zresztą nie takiej informacji w gazetce szukają. Zatem także ta reklama jest w zasadzie bezużyteczna dla powodów. Reklama ma bowiem trafiać do

potencjalnych klientów reklamowanego, a jeśli idzie o gazetkę K to mamy do czynienia z fikcją reklamy, a nie prawdziwą, przynoszącą konkretne wymierne korzyści finansowe reklamującemu się dostawcy”.

21. Zdaniem Sądu Okręgowego, za nieekwiwalentnym charakterem usług reklamowych przemawiało również to, że ich cena została określona poprzez odniesienie do zrealizowanego przez strony obrotu towarów, a zatem wynagrodzenie za usługi reklamy zostało ustalone „w sposób oderwany nie tylko od kosztów reklamy, ale także od zysków strony powodowej, jakie uzyskiwała i uzyskiwać miała we współpracy ze stroną pozwaną”.
22. Uzasadniając nie uwzględnienie wniosku dowodowego K o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny marketingu handlowego oraz planowania sprzedaży - m.in. na okoliczność ustalenia czy i jakie korzyści z usług reklamowych świadczonych przez K osiągnął P - Sąd Okręgowy stwierdził: „powyższe wywody [dot. braku ekwiwalentności świadczeń] nie wymagały od Sądu żadnej wiedzy specjalnej w dziedzinie marketingu i reklamy. Wystarczyła bowiem analiza materiału dowodowego, logiczne rozumowanie oraz wiedza ogólna posiadana przez Sąd, aby dojść do tych dość prostych i oczywistych konstatacji, dlatego też Sąd nie uwzględnił, wnioskowany przez stronę pozwaną w jej sprzecznie. Po pierwsze kwestie te - jak wskazano powyżej - nie wymagały wiedzy specjalnej, po drugie zaś niektóre wskazane przez pozwaną okoliczności, na jakie dowód ten miał być przeprowadzony, nie mogły być wykazywane za pomocą tego środka dowodowego. Za niedopuszczalne należy bowiem uznać powoływanie biegłego np. na okoliczność rzeczywistego wykonania przez pozwaną usług reklamy na rzecz powoda. Tę okoliczność pozwana winna była wykazać poprzez wskazanie konkretnych podjętych przez siebie działań, które nosiłyby cechy reklamowania powodów. Takich dowodów pozwana w niniejszym procesie nie przedstawiła, a braku takich dowodów nie może zastąpić dowód z opinii biegłego. Ustalenie tego, czy zdjęcia i informacje zawarte w gazetce K miały charakter reklamy powodów podlegała ocenie Sądu w oparciu o załączony materiał dowodowy i nie wymagała wsparcia się wiedzą specjalistyczną. Podobnie jeśli idzie o rozpoznawalność rynkową powodów i jej uzależnienie od reklam w gazetkach K . Sąd był w stanie samodzielnie, bez wsparcia biegłych, stwierdzić także jaka była wartość tychże usług dla powoda”.
23. Na koniec rozważań w przedmiocie wykonania usług reklamy, Sąd Okręgowy stwierdził, iż umowy dot. reklamy miały formę przygotowywanego przez pozwaną gotowego szablonu, strona powodowa „nie miała wglądu w wykonywanie umowy”, pozwana nie informowała jej o sposobie wykonywania umowy. Zdaniem Sądu Okręgowego potwierdzało to, iż pobierane za reklamę opłaty były de facto pobieraniem dodatkowych opłat za przyjmowanie towarów od P , bowiem w zamian za nie K nie wykonywał na ich rzecz żadnych usług, które mogłyby stanowić ekwiwalent za uiszczane opłaty (tj. wykonane świadczenia Sąd uznał za nie mogące być i nie będące ekwiwalentem uzyskanego przez K wynagrodzenia, mimo iż świadczenia te odpowiadały treści umowy). Zdaniem Sądu K obciążał P kosztami wydawania własnej gazetki, które P ponosił, by móc kontynuować współpracę z K

24. Odnosząc się do wynagrodzenia za usługi logistyczne Sąd Okręgowy stwierdził, że K dokonywał transportu towarów P w swoim wyłącznym ekonomicznym interesie, zgodnie z własnymi potrzebami, zaś zastrzeżenie w umowie powyższych opłat miało na celu przerzucenie na P kosztów działalności K
25. Sąd I-szej instancji wskazał, iż w początkowym okresie współpracy stron powodowie dostarczali swój towar bezpośrednio do sklepów pozwanej, później w kolejnych „Ramowych warunkach współpracy” za lata 2008 i 2009 K zwolnił ich od obowiązku dostarczania towarów do poszczególnych sklepów sieci, lecz wskazał dwa magazyny centralne, gdzie towar miał być dostarczany. Sąd zważył, że powodom bardziej opłacało się dowożenie towarów do poszczególnych sklepów i że nowa formuła współpracy została narzucona przez K Sąd uznał, iż transportowane towary należały już do K - nie zanegował jednak, iż były zgodnie z umową rozwożone do sklepów K, zaś gdyby usług logistycznych nie świadczone, powodowie musieliby sami zrealizować dostawy do wszystkich poszczególnych sklepów K
26. W dalszej kolejności Sąd Okręgowy stwierdził, iż o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji przesądziło nie tylko to, że strona powodowa nie otrzymała od strony pozwanej ekwiwalentnych świadczeń, ale także okoliczność, że była ona zmuszona do zawarcia niekorzystnych dla siebie porozumień. Na podstawie wyjaśnień powoda w osobie K Z Sąd ustalił, iż powodowa spółka, zawierając umowy reklamy, w zasadzie kupowała sobie takim działaniem możliwość dalszej współpracy ze stroną pozwaną, zaś bez uiszczenia opłat wynikających z tych porozumień strona powodowa nie mogłaby sprzedawać towarów stronie pozwanej. Zdaniem Sądu fakt, iż strona powodowa odnosiła korzyści ze sprzedaży w sieci sklepów pozwanego oraz że mogła liczyć na zwiększone zamówienia w okresie promocji, nie usprawiedliwia dodatkowych opłat za umieszczanie wizerunku jego towarów we własnych broszurach reklamowych lub też za transport towarów stanowiących już własność pozwanego, korzyści te bowiem immanentnie wiążą się ze współpracą handlową pomiędzy dostawcą a siecią sklepów detalicznych i nie można ich uznać za dodatkowe świadczenie, które wymaga wynagrodzenia.
27. W dalszej kolejności za bezpodstawne Sąd Okręgowy uznał zarzuty K, iż fakt pobierania od P opłat (wynagrodzenia za wykonane świadczenia) nie stanowił utrudnienia P dostępu do rynku. W tym zakresie Sąd wskazał, iż „pobieranie opłat innych niż marża handlowa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji bez względu na fakt, czy dany przedsiębiorca sprzedaje drugiemu przedsiębiorcy całość swojej produkcji, czy też znikomą jej część, ilu ma innych kontrahentów i jaki jest zakres jego panowania na rynku. Już samo zastrzeganie takich opłat jest bowiem uznawane za utrudnianie dostępu do rynku. Rynkiem w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jest wyłącznie rynek kreowany przez strony transakcji”.
28. Reasumując, Sąd Okręgowy w W uznał w szczególności, iż:
- i) wykonane przez K na rzecz P usługi marketingowe, polegające na

publikacji w gazetce reklamowej wydawanej przez K            towarów i logo P            , a także usługi logistyczne, polegające na dostarczaniu towarów P            do poszczególnych sklepów, powinny być oceniane poprzez dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, który zawiera zakaz pobierania szczególnych opłat za reklamę i promocję towarów oraz logistykę (wykonywaną na odcinku magazyn centralny - poszczególne sklepy), przy czym przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk został wprowadzony przede wszystkim wobec praktyki „pobierania tego typu opłat przez >duże sieci handlowe<”, do grona których należy także Skarżący;

- ii) pomimo iż usługi polegające na publikacji w gazetce reklamowej wydawanej przez K            towarów i logo P            oraz usługi logistyczne zostały wykonane w sposób rzeczywisty, zgodnie z umowami łączącymi strony, wynagrodzenie za nie mogło być i było na mocy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk „inną niż marża handlowa opłatą za przyjęcie towaru do sprzedaży”;
- iii) na mocy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, jeżeli dostawca (tutaj P            ) zaprzeczył ekonomicznej „realności” i wartości usług polegających na publikacji w gazetce reklamowej wydawanej przez K            towarów i logo P            oraz usług logistycznych, to na K            ciążył dowód, że umówione i wykonane zgodnie z umowami usługi marketingowe i logistyczne przyniosły rzeczywistą i wymierną korzyść dostawcy (domniemanie braku ekwiwalentności świadczeń);
- iv) na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk usługi marketingowe w postaci publikacji zdjęć towaru z oferty dostawcy i jego logo w gazetce reklamowej wydawanej przez pośrednika handlowego (tutaj K            ) oraz usługi logistyczne, polegające na dostarczaniu towarów P            do poszczególnych sklepów K            - nie mają żadnej wartości dla zamawiającego je dostawcy; powyższe ustalenie jest „logiczne” i „oczywiste”, nie wymaga dowodu, zbędny jest przeciwdowód (stosowny wniosek pozwanego podlega oddaleniu/pominięciu);
- v) w świetle dyspozycji art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk o braku ekwiwalentności pomiędzy świadczeniami K            (efektami jego aktywności marketingowych i logistycznych) a pobranym za nie od P            wynagrodzeniem przesądza to, iż w czasie, gdy usługi marketingowe były świadczone, określona partia towaru objętego aktywnościami logistycznymi lub marketingowymi, była już własnością K            ; zatem aktywności takie mogły służyć i służyły tylko własnym celom K            (działania logistyczne) lub zwiększeniu sprzedaży tych towarów w ramach kanału dystrybucji należącego do K            (działania marketingowe);
- vi) art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk konstituuje ogólną normę, iż usługa reklamy (marketingowa) polega na przedstawieniu określonych cech danego produktu, wyróżniających go spośród innych produktów tego samego rodzaju pod względem jakościowym, czy też cenowym, jak również na takim oznaczeniu producenta, które pozwala na jego identyfikację (definicja reklamy). Brak tych cech oznacza, iż usługa reklamy nie została wykonana i nie można pobierać z tego tytułu wynagrodzenia; przy tym prezentacja na nośniku reklamowym towarów i/lub logo zlecniodawcy, ale bez

podania adresu przedsiębiorstwa, omówienia jego działalności czy wskazania cech produkowanych towarów nie stanowi przejawu wykonania usługi reklamy;

- vii) art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zawiera zakaz uzależnienia nawiązania przez pośrednika handlowego (tutaj K ) współpracy handlowej z dostawcą (tutaj P ), polegającej na powtarzalnym zakupie towarów celem dalszej odsprzedaży, od zawarcia dodatkowych porozumień mających za przedmiot promocję (marketingu) tych towarów oraz samego dostawcy lub też świadczenia logistyczne (na odcinku magazyn centralny – poszczególne sklepy);
- viii) na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk fakt pobrania przez pośrednika handlowego należności uznanych za „*inne niż marża opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży*” zawsze oznacza, iż miało miejsce utrudnienie dostawcy dostępu do rynku, bez względu na: wysokość tej opłaty, wielkość i pozycję rynkową ponoszącego tę opłatę, potencjalną lub faktyczną możliwość dostawcy płacącego opłatę skorzystania z innych kanałów zbytu swych towarów aniżeli ten tworzony przez odbiorcę pobierającego opłatę.

29. K zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w zasadniczej części, wnosząc o jego zmianę poprzez oddalenie powództwa w zaskarżonej części, ewentualnie o uchylenie wyroku Sądu I-ej instancji i przekazanie mu sprawy do ponownego rozpoznania. Kopia apelacji K stanowi załącznik nr 7 do skargi. W apelacji Skarżący zarzucił zaskarżonemu wyrokowi:

- i) naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 § 1 kpc w związku z art. 328 § 2 kpc, art. 245 kpc i 258 kpc, poprzez błędne ustalenie, sprzeczne z całością materiału dowodowego oraz ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego – a nadto niedostatecznie wyjaśnione w uzasadnieniu wyroku - że pozwany narzucił powodom opłaty z tytułu usług reklamowych, w tym reklamy wizerunkowej, oraz usług logistycznych;
- ii) naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 § 1 w związku z art. 328 § 2 kpc, art. 245 kpc i art. 258 kpc, poprzez błędne ustalenie, sprzeczne z całością materiału dowodowego oraz ze wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, że pozwany pomimo publikowania w wydawanych przez siebie gazetkach reklamowych firmy powodów oraz wizerunku dostarczanych przez nich towarów wraz z oznaczeniami towarowymi, nie świadczył na rzecz powodów usług reklamy, lecz publikacje te stanowiły wyłącznie reklamę oferty handlowej strony pozwanej;
- iii) naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 § 1 w związku z art. 328 § 2 kpc, art. 245 kpc i art. 258 kpc, poprzez dowolne przyjęcie w uzasadnieniu wyroku, wbrew konkluzjom wynikającym z całości materiału dowodowego oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego, że po wydaniu pozwanemu towaru przez powodów (po tym jak przeszła na pozwanego własność towaru), podjęte przez pozwanego działania reklamujące, służące zapewnieniu jak

największego popytu na ten towar były dokonywane wyłącznie w interesie pozwanego i że brak jest przesłanek faktycznych do stwierdzenia, iż powodowie czerpali z nich korzyści;

- iv) naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 227 kpc w związku z art. 217 § 1 i 2 kpc oraz art. 278 § 1 kpc przez oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny rachunkowości i księgowości zawartego w pkt 7.i) sprzeciwu od nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 4 czerwca 2012 r. oraz o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny marketingu handlowego oraz planowania sprzedaży, zawartego w pkt 7.ii) sprzeciwu pomimo istnienia uzasadnionych przesłanek dopuszczalności tych dowodów;
- v) naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, tj. art. 227 w związku z art. 217 § 1 i 2 kpc oraz art. 244 § 1, 248 § 1 i 249 § 1 kpc, poprzez oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z deklaracji podatkowych oraz ksiąg rachunkowych i podatkowych powodów zawartego w pkt 4 sprzeciwu od nakazu zapłaty;
- vi) naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, tj. art. 227 kpc oraz art. 214 § 1 kpc poprzez nieodroczenie rozprawy pomimo nieobecności strony pozwanej oraz usprawiedliwionej nieobecności pełnomocnika strony pozwanej wynikającej z przeszkody, której nie można było przewyciężyć;
- vii) naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk poprzez jego niewłaściwą wykładnię i przyjęcie, że samo pobieranie opłat za dodatkowe usługi świadczone przez sieć handlową przesądza o utrudnieniu dostawcy dostępu do rynku i w konsekwencji przesądza o dokonaniu czynu nieuczciwej konkurencji; a także naruszenie polegające na jego niewłaściwym zastosowaniu - przez przyjęcie, że zapłata przez powodów uzgodnionego przez strony w umowie wynagrodzenia za wykonanie na ich rzecz usług reklamowych, usług reklamy wizerunkowej oraz usług logistycznych stanowią „inne niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży”;
- viii) naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 18 ust. 1 pkt 5 uznk, art. 405 i nast. kc, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie oraz art. 353<sup>1</sup> kc poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że K został bezpodstawnie wzbogacony kosztem zubożenia powodów w związku z realizacją umówionych usług reklamowych, usług reklamy wizerunkowej (IMAGE) oraz usług logistycznych.

30. W wyroku z dnia        listopada 2013 r. (sygn. akt        ), stanowiącym załącznik nr 8 do niniejszej skargi, Sąd Apelacyjny w W        Wydział Cywilny oddalił apelację.

31. Sąd Apelacyjny w całości podzielił ustalenia faktyczne i prawne Sądu Okręgowego. W szczególności wskazał on, iż trafnie Sąd Okręgowy ocenił, że „*pozwany w istocie nie świadczył powodom usług reklamowych, lecz podejmował własne działania marketingowe*”

w zamiarze pozyskania klientów na swoje towary. Rzeczywistym nadawcą komunikatu był pozwany, gdyż wszystkie reklamowane produkty zawierały się w jego aktualnej ofercie, a ich ceny obowiązywały tylko w jego sklepach. Reklama nie eksponowała tych cech towarów lub ich producentów, które mogłyby nakłonić klientów (potencjalnych i stałych) do ich zakupu bezpośrednio u powodów, z pominięciem sklepów K. Wskazanie producentów tych towarów, czy to poprzez podanie ich nazwy, czy to przez ujawnienie logo, w żadnym razie nie zmienia tej oceny, jeśli - inaczej niż w przypadkach właściwie rozumianej usługi reklamowej - nadrzędnym celem usługi jest promowanie towarów usługodawcy, a nie usługobiorcy, którego korzyść, o ile ją odnosi, polega co najwyżej na wzroście obrotów z usługodawcą, czy utrzymaniu współpracy handlowej z usługodawcą. Nie są to korzyści charakterystyczne dla usługi reklamy”.

32. Odnosząc się do oddalenia przez Sąd I-szej instancji wniosku K o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu marketingu handlowego i planowania sprzedaży, zgłoszonego na okoliczność ustalenia czy i jakie korzyści ekonomiczne P czerpał z otrzymanych od K świadczeń reklamowych, Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko Sądu Okręgowego uznając, że ta kwestia nie jest istotna dla ustalenia rzeczywistego charakteru usług reklamowych czy logistycznych. Za przesądzające o ich pozornym (nieekwiwalentnym) charakterze Sąd Apelacyjny uznał intencję pozwanego mającą towarzyszyć zawarciu umów oraz zawarcie ich przez powodów pod przymusem ekonomicznym, na narzuconych im warunkach, w oderwaniu wynagrodzenia od wartości realnie uzyskanego przez nich świadczenia (poprzez ustalenie ceny jako procenta od obrotu).
33. Sąd Apelacyjny wskazał, iż „czyn nieuczciwej konkurencji w znaczeniu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk polega na utrudnianiu dostępu do rynku poprzez samo pobieranie opłat innych niż marża za przyjęcie towaru do sklepu. Oznacza to, że jedyną dozwoloną korzyścią z przyjęcia towaru do sprzedaży jest marża. Zakazane są więc opłaty, których rzeczywistym ekwiwalentem jest zawarcie lub kontynuacja umowy handlowej z danym dostawcą, bez obciążenia odbiorcy towaru świadczeniem, którego efekty mają pozytywnie oddziaływać na sferę ekonomiczną dostawcy w szerszym zakresie niż tylko zysk z wprowadzenia towaru do sprzedaży u tego odbiorcy”. W konsekwencji Sąd Apelacyjny uznał, iż „pośrednie korzyści powodów z utrzymania czy wzrostu obrotu z pozwanym w żadnym razie nie legalizują stosowanej przez pozwanego praktyki łączenia tej współpracy ze świadczeniami, których faktycznym celem jest sfinansowanie kosztów marketingu i transportu wewnętrznego pozwanego”.
34. Sąd Apelacyjny wskazał w dalszej kolejności: „w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, ocenianych z uwzględnieniem powszechnej wiedzy o funkcjonowaniu właścicieli sklepów wielkopowierzchniowych [podkr. aut.] oraz wiedzy powziętej przez Sąd Apelacyjny z bogatej praktyki orzeczniczej, nie sposób tu mówić o swobodzie kontraktowania. Przeciwnie, jest dla Sądu oczywistym, że poza przymusowym charakterem umów reklamowych czy logistycznych (...) sama treść tych umów sprzeciwia się naturze w/w usług, zasadom uczciwości kupieckiej, wreszcie ustawie (art. 15 uznk), co przesądza o ich nieważności (art. 353<sup>1</sup> kc). Jeśli tak, uzyskana przez pozwanego korzyść jest

*świadczeniem nienależnym w rozumieniu art. 410 § 2 kc, podlegającym zwrotowi na zasadzie art. 18 ust. 1 pkt 5 uznk. Prowadzenie postępowania dowodowego dla ustalenia pośrednich korzyści odniesionych przez powodów jest bezcelowe”.*

35. Odnosząc się do kwestii tzw. usług „okołosprzedażnych” Sąd Apelacyjny wskazał, iż *„konsekwentne i jednolite orzecznictwo na tle tych umów jest pochodną konsekwentnej praktyki pozwanego, polegającej na obniżeniu kosztów własnej działalności przez przerzucenie ich na dostawców towaru w formie wynagrodzenia za rzekome usługi na ich rzecz. Obserwowana modyfikacja umów okołosprzedażnych - zamieszczenie w gazetce logo dostawcy, deklaracja konkretnych rozmiarów wizerunku jego towaru, określonego nakładu gazetki, terminów i obszarów jej dystrybucji - nie zmienia rzeczywistego charakteru umów, a tylko pozoruje ich wzajemność i ekwiwalentność”.*
36. Reasumując, Sąd Apelacyjny w całości podzielił ustalenia faktyczne i prawne Sądu Okręgowego zawarte w wyroku z czerwca 2013 r. (sygn. akt \_\_\_\_\_), przy czym wskazał też, iż:
- i) publikacja w gazetce reklamowej wydawanej przez pośrednika handlowego logo dostawcy i wizerunku pochodzących od niego produktów nie może przynosić korzyści dostawcy (np. w postaci zwiększonego zainteresowania produktem i wzrostu zysku) w sytuacji, gdy pośrednik handlowy jest właścicielem określonej partii pochodzącego od dostawcy towaru; publikacja reklamowa ma w takiej sytuacji za cel tylko zwiększenie sprzedaży pochodzących od danego dostawcy towarów wyłącznie w ramach sieci sklepów odbiorcy (tutaj K \_\_\_\_\_);
  - ii) powyższa okoliczność jest przesądzona normatywnie mocą artykułu 15 ust. 1 pkt. 4 uznk, bowiem zbędny (niedopuszczalny) jest dowód zmierzający do wykazania okoliczności przeciwnej, tj. że opisany rodzaj aktywności marketingowej jest uzasadniony ekonomicznie i niesie ze sobą określoną korzyść dla dostawcy, w szczególności gdy stwierdzić można, iż sporne usługi/wynagrodzenie były warunkiem współpracy pośrednika handlowego z dostawcą oraz że intencją pośrednika handlowego była tylko (lub także) chęć promocji własnej oferty (które to okoliczności są elementem „powszechnej wiedzy o funkcjonowaniu właścicieli sklepów wielkopowierzchniowych” wpływającej m.in. z „bogatej praktyki orzeczniczej”.
37. Opisany powyżej wyrok Sądu Apelacyjnego w W \_\_\_\_\_ z dnia \_\_\_\_\_ listopada 2013 r., sygn. akt \_\_\_\_\_, został, wraz z pisemnym uzasadnieniem, doręczony Skarżącemu w dniu 23 grudnia 2013 r. i jest prawomocny. Tym samym niniejsza skarga konstytucyjna jest uprawniona i została złożona z zachowaniem 3-miesięcznego terminu, wskazanego w treści art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. z 1997r., Nr 102, poz. 643 ze zm.).
38. Opisane powyżej wyroki Sądu Okręgowego w W \_\_\_\_\_ z czerwca 2013 r., sygn. akt \_\_\_\_\_, oraz Sądu Apelacyjnego w W \_\_\_\_\_ z \_\_\_\_\_ listopada 2013 r., sygn. akt \_\_\_\_\_, nie są przejawem incydentalnej wykładni i stosowania przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Przeciwnie, są one jednymi z wielu wyroków wpisujących się w dającą się

wyróżnić linię orzecniczej sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego, wedle której przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zawiera normy, które zakazują odpłatnego świadczenia przez pośredników handlowych (przede wszystkim przez „duże sieci handlowe”) usług na rzecz ich dostawców, w tym w szczególności: i) aktywności marketingowych polegających na publikacji wizerunku pochodzących od dostawcy towarów i jego logo (marki handlowej, znaku towarowego) w gazetkach reklamowych wydawanych przez pośredników, które to działania marketingowe służą wsparciu sprzedaży promowanych towarów (marek) w sklepach podmiotu gospodarczego świadczącego te usługi, ii) działań logistycznych, wykonywanych na odcinku magazynu centralny pośrednika handlowego – poszczególne jego sklepy. Rozstrzygnięcie sprawy cywilnej Skarżącego opisane w niniejszej części uzasadnienia skargi, a przede wszystkim treść sentencji i uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w W z listopada 2013 r., sygn. akt , jest zatem przejawem zastosowania obowiązujących w obrocie prawnym określonych norm wynikających z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, co Skarżący szczegółowo wykaże w dalszej części uzasadnienia niniejszej skargi (tj. w Części III. A i B. jej uzasadniania). Niniejsza skarga nie jest więc skierowana przeciwko wykładni lub stosowaniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, ale przeciwko obiektywnej treści skarżonego przepisu, zastosowanej w sprawie Skarżącego, ustalonej przez reprezentatywną część orzecznictwa sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego.

## CZEŚĆ II.

**Motywy wprowadzenia do systemu prawnego art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, przebieg procesu legislacyjnego i zakładana pierwotnie (w trakcie procesu legislacyjnego i bezpośrednio po jego zakończeniu) treść normatywna skarżonego przepisu**

39. Zanim Skarżący przejdzie do szczegółowego opisu normatywnej treści skarżonego przepisu, wzorców konstytucyjnych powołanych w *petitum* niniejszej skargi konstytucyjnej i uzasadnienia zarzutu niezgodności z nimi norm wypływających z przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, konieczne wydaje się przedstawienie szerszego jego funkcjonowania w polskim systemie prawnym. W tym zakresie należy zwrócić szczególną uwagę na przebieg procesu legislacyjnego, którego skarżony przepis jest owocem.
40. W wyroku Sądu Okręgowego z dnia z czerwca 2013 r. wskazano, iż „jedną z przyczyn wprowadzenia tego przepisu [art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk] była konstatacja, iż sklepy wielkopowierzchniowe pobierają od dostawców szczególne opłaty, w tym zwłaszcza za wejście do sieci, za reklamę i promocję towarów, za miejsce ekspozycji towarów itp. (...); masowość takich praktyk, stosowanych z reguły przez wielkie sieci handlowe (a do takich należy pozwana spółka) i negatywna ich ocena jako przejaw działań sprzecznych z dobrymi obyczajami, legła u podstaw tej nowelizacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Powyższa konstatacja jest powoływana w uzasadnieniach licznych wyroków na gruncie skarżonego przepisu, jako rzekomy przejaw jednoznacznego, należyście umotywowanego i ugruntowanego stanowiska ustawodawcy w tym zakresie. Analiza przebiegu prac legislacyjnych pozwala jednak wysnuć wnioski wręcz przeciwnie.
41. Uchwalona w dniu 16 kwietnia 1993 r. ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 1 określa zakres regulacji, za jaki uznaje: „(...) zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolniej, budownictwie, handlu, i usługach – w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów”. Celem ustawy jest zatem ochrona uczciwej, zgodnej z przyjętymi zasadami konkurencji, kierująca się ochroną interesów jej uczestników. Ustawodawca nie definiuje przy tym, co należy rozumieć pod mianem konkurencji „uczciwej” czy też „nieuczciwej”, formułując jedynie pewne zalecenia ogólne w postaci zdefiniowania odpowiedniego deliktu (art. 3 ust. 1 uznk). I tak „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub z dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klient”. Zawarta w przywołanym przepisie klauzula generalna dobrych obyczajów jest następnie uszczegółowiona w ustępie 2 art. 3 uznk, gdzie wymienia się przykładowe czyny niedozwolone - są to: „wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym”. Powyższe przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji są następnie sprecyzowane w części szczegółowej ustawy, w tym

w art. 15, który odnosi się do działań polegających na „utrudnianiu dostępu do rynku”. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem tego przepisu:

*„Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:*

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców,*
- 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu od innych przedsiębiorców towarów lub usług,*
- 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów.”*

42. Stanowiący przedmiot niniejszej skargi przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk został wprowadzony do porządku prawnego na mocy art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. (Dz.U. z dnia 9 sierpnia 2002 r. nr 126 poz. 1071) o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która weszła w życie w dniu 10 listopada 2002 r. Projekt ustawy nowelizacyjnej został przedstawiony przez rząd Sejmowi w ramach pakietu projektów zmian ustaw regulujących działalność gospodarczą w ramach realizacji strategii gospodarczej rządu SLD-UP-PSL „Przedsiębiorczość – Rozwój – Praca”, przyjętej przez Radę Ministrów w styczniu 2002 r.<sup>1</sup> Autorzy projektu opisywali sytuację gospodarczą kraju w początku 2002 r., wskazując, iż nastąpiło: *„znaczne pogorszenie warunków funkcjonowania polskich przedsiębiorstw”* oraz że *„znalazły się one w bardzo trudnej sytuacji finansowej, wiele z nich na skraju bankructwa. Mnożą się zaległości i zatory płatnicze. W rezultacie zachwiane zostały ekonomiczne i społeczne podstawy, na których opiera się struktura Państwa”*<sup>2</sup>. Instrumentem zaradzenia tej sytuacji miała być między innymi właśnie nowelizacja ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która pozwolić miała na *„skuteczne zwalczanie nieuczciwej konkurencji ze strony silniejszych podmiotów, poprzez ograniczenie sprzedaży towarów po cenie rażąco niskiej, zakaz sprzedaży premiowej, wprowadzenie obowiązku rozpatrywania przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów spraw naruszeń uczciwej konkurencji na wniosek trzech poszkodowanych podmiotów gospodarczych”*<sup>3</sup>.

43. Zgodnie ze wskazaną treścią strategii rządu, pierwotny projekt nowelizacji uznk z dnia 5 lipca 2002 r. nie przewidywał regulacji odpowiadającej późniejszemu (aktualnie obowiązującemu) przepisowi art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, w ogóle nie odnosił się do kwestii opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, a co za tym idzie milczało na ten temat także jego uzasadnienie<sup>4</sup>. Treść art. 15 po nowelizacji miała, zgodnie z projektem, brzmieć następująco:

<sup>1</sup> Tekst dostępny na stronie Urzędu Komitetu Integracji Europejskiej pod adresem: [http://archiwum-ukie.polskawue.gov.pl/HLP/files.nsf/0/463CD79DED9C7717C1256F4F00450861/\\$file/strategia.pdf](http://archiwum-ukie.polskawue.gov.pl/HLP/files.nsf/0/463CD79DED9C7717C1256F4F00450861/$file/strategia.pdf)

<sup>2</sup> *Ibidem*, str. 3

<sup>3</sup> *Ibidem*, str. 22

<sup>4</sup> Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (druk sejmowy Sejm IV kadencji nr 375 (data wpływu 11 kwietnia 2002), dostępny pod adresem: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/%28\\$VAllByUnid%29/002AA76CEC3D4921C1256B99004BD333/\\$file/375.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/%28$VAllByUnid%29/002AA76CEC3D4921C1256B99004BD333/$file/375.pdf)

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców,
- 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców,
- 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów.

2. Czynem nieuczciwej konkurencji jest także utrudnianie małych przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług w obiektach handlowych o powierzchni sprzedaży powyżej 400m<sup>2</sup> po cenie nie uwzględniającej marży handlowej.

3. Nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji sprzedaż, o której mowa w ust. 3, jeżeli jest dokonywana w ramach:

- 1) wyprzedaży posezonowej, dokonywanej dwa razy w roku na koniec sezonu letniego i zimowego, trwającej każdorazowo nie dłużej niż miesiąc,
- 2) wyprzedaży ze względu na upływający termin przydatności towarów do spożycia lub upływającą datę minimalnej trwałości,
- 3) likwidacji obiektu handlowego, o ile sprzedaż taka trwa nie dłużej niż 3 miesiące od dnia podania do publicznej wiadomości informacji o likwidacji tego obiektu, a w przypadku likwidacji wszystkich obiektów handlowych przedsiębiorcy w związku z zaprzestaniem przez niego działalności handlowej - nie dłużej niż rok.

44. Po wpłynięciu do łaski marszałkowskiej, w dniu 18 kwietnia 2002 r. projekt został skierowany do Komisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia projektów ustaw związanych z programem rządowym „Przedsiębiorczość – Rozwój – Praca”, która po rozpatrzeniu projektu w dniu 24 kwietnia 2002 r. wnioskuje o uchwalenie przez Sejm przedstawionego projektu, z tą tylko zmianą, że ustęp 2 miał mieć brzmienie: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest także utrudnianie małym przedsiębiorcom, w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. - Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178, z 2000 r. Nr 86, poz. 958 i Nr 114, poz. 1193, z 2001 r. Nr 49, poz. 509, Nr 67, poz. 679, Nr 102, poz. 1115 i Nr 147, poz. 1643 oraz z 2002 r. Nr 1, poz. 2), dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług w obiektach handlowych o powierzchni sprzedaży powyżej 400 m<sup>2</sup> po cenie nieuwzględniającej marży handlowej, z zastrzeżeniem ust. 3.”<sup>55</sup>

45. Na posiedzeniu plenarnym Sejmu w dniu 9 maja 2002 r. odbyło się drugie czytanie projektu ustawy nowelizacyjnej. To właśnie w czasie tego posiedzenia pojawił się pomysł wprowadzenia do ustawy przepisu nakazującego uznać za czyn nieuczciwej konkurencji pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Jego autorem był poseł SKL – Ruch Nowej Polski Marek Zagórski. Zabierając głos w czasie posiedzenia wskazał on:

---

<sup>55</sup> Druk sejmowy Sejmu IV kadencji nr 423, dostępny pod adresem: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/423/\\$file/423.PDF](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/423/$file/423.PDF)

*„(...) omawiany projekt ustawy poprzedzony został informacją rządu o społecznych i gospodarczych skutkach działalności wielkopowierzchniowych obiektów handlowych. Z przedstawionych w tej informacji zagadnień w zakresie omawianej przez nas ustawy mieszczą się przede wszystkim krytycznie oceniane praktyki, takie jak: pobieranie opłat od dostawców za wejście towaru do sieci, tj. tzw. opłaty za półkę, pobieranie opłat za rozszerzanie gamy asortymentowej produktów, obowiązkowa partycypacja w kosztach promocji towarów w sklepie, pobieranie opłat za specjalne eksponowanie produktów, pobieranie opłat za reklamę produktów w gazecie sieci, pobieranie opłat za dostarczenie produktów do nowych obiektów handlowych bez gwarancji generowania w nich obrotu, pobieranie tzw. bonusu od obrotu rocznego, żądanie udzielania bardzo wysokich upustów na fakturach (...). W projekcie, nad którym dzisiaj debatujemy, proponujemy (...), aby za czyn nieuczciwej konkurencji uznać pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. W naszym przekonaniu zapis ten utrudni stosowanie przynajmniej części praktyk wymienionych przeze mnie na początku wystąpienia, a wykazanych w raporcie rządowym.”<sup>6</sup>*

46. Stosowna poprawka została następnie zaprezentowana przez posła M. Zagórskiego i stała się przedmiotem obrad w czasie kolejnego posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia projektów ustaw związanych z programem rządowym „Przedsiębiorczość – Rozwój – Praca”, które odbyło się w dniu 21 maja 2002 r. Po dyskusji i zmianach, ostatecznie poprawka ta miała odnosić się do ust. 2 art. 15 (dot. utrudniania dostępu do rynku małym i średnim przedsiębiorcom), w brzmieniu zaproponowanym po pierwszym czytaniu, tj. art. 15 ust. 2 ust. 1 miał brzmieć:

*Czynem nieuczciwej konkurencji jest także utrudnianie małym przedsiębiorcom, w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. - Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178, z 2000 r. Nr 86, poz. 958 i Nr 114, poz. 1193, z 2001 r. Nr 49, poz. 509, Nr 67, poz. 679, Nr 102, poz. 1115 i Nr 147, poz. 1643 oraz z 2002 r. Nr 1, poz. 2), dostępu do rynku przez:*

*1. pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży (...)*

47. Debata nad zaproponowaną przez posła Zagórskiego poprawką miała następujący przebieg:

*- poseł Marek Zagórski: „w tej poprawce mamy w istocie do czynienia z kilkoma sprawami (...), pierwsza dotyczy pobierania innych opłat niż marża handlowa za przyjmowanie towaru do sprzedaży. Chodzi o to, zgodnie z raportem rządowym o działalności wielkich wielkopowierzchniowych obiektów handlowych, że praktykami nieuczciwymi wymienionymi przez rząd było między innymi pobieranie opłat za wstawianie towarów na półkę, uczestniczenie w obowiązkowych promocjach itp. W raporcie był wymieniony cały katalog takich spraw. W istocie są to opłaty inne niż*

---

<sup>6</sup> Sprawozdanie stenograficzne z 2 dnia 21 posiedzenie Sejmu IV kadencji z dnia 9 maja 2002 r., dostępne pod adresem: <http://orka2.sejm.gov.pl/Debate4.nsf>.

*marża handlowa. Moja poprawka zmierza do tego, aby takie praktyki uznać za czyn nieuczciwej konkurencji.”<sup>7</sup>*

*- wiceprezes UOKiK Elżbieta Ostrowska: „(...) zapis proponowany przez pana posła, choć jeszcze wymagałby przedyskutowania, mógłby znaleźć poparcie rządu ze względu na skalę sygnalizowanych nam nieprawidłowości polegających na popieraniu tego typu opłat za przyjęcie towarów do sprzedaży.”<sup>8</sup>*

48. Debata była kontynuowana w kolejnym dniu (22 maja 2002 r.) – głos zabrała ponownie wiceprezes UOKiK Elżbieta Ostrowska:

*„(...) chciałabym zmodyfikować swoje wczorajsze stanowisko i prosić o wycofanie tej poprawki. Wydaje się bowiem, że wbrew intencjom autora może ona nie tylko nie pomóc, ale wręcz zaszkodzić małym przedsiębiorstwom. Pozwolę to sobie uzasadnić. Pobieranie przez wielkie sieci handlowe od dostawców, zarówno małych jak i dużych, pewnych dodatkowych opłat, czyli tak zwanego półkowego za umieszczenie towaru na półce w supermarkecie czy też wymuszanie partycypacji w kosztach promocji, jest praktyką, o której dużo się mówi. Sami wytwórcy będący kontrahentami wielkiej sieci handlowej oraz przeprowadzone badanie, wskazują na występowanie tego typu zjawiska. Zarazem jednak wskazują, że korzyści płynące ze współpracy z wielkimi sieciami handlowymi przeważają nad niedogodnościami (...). Proponowany przez pana posła Marka Zagórskiego zapis ustawy dotyczy małych przedsiębiorców, zakazuje stosowania dodatkowych opłat w stosunku do małych przedsiębiorców. Tak jak powiedziałam, praktyka pobierania dodatkowych opłat dotyczy zarówno dużych jak i małych dostawców wielkich sieci handlowych. Można nawet zaryzykować twierdzenie, że duzi bardziej to odczuwają z racji dostarczania dużych partii towarów. Ich partycypacja w kosztach jest wyższa. Ale praktyki te dotyczą także małych przedsiębiorców. Zapis proponowany przez pana posła Marka Zagórskiego, zabraniając stosowania tego typu praktyk wobec małych dostawców, małych przedsiębiorców, niejako sankcjonuje ich stosowanie wobec innych odbiorców. W praktyce może to prowadzić do tego, że wielkie sieci będą eliminować z grona swoich kontrahentów małych przedsiębiorców. A zatem zapis, który w intencji autora ma chronić i pomóc małym firmom, będzie działał przeciwko nim.”<sup>9</sup>*

49. Kierując się argumentacją wiceprezes UOKiK, Komisja Nadzwyczajna ostatecznie wnioskowała o odrzucenie poprawki<sup>10</sup>. W dniu 23 maja 2002 r. Sejm w trzecim czytaniu odrzucił poprawkę i przyjął projekt w wersji zgodnej w zakresie art. 15 z pierwotnym

<sup>7</sup> Zapis stenograficzny z posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej Sejmu IV kadencji do rozpatrzenia projektów ustaw związanych z programem rządowym „Przedsiębiorczość – Rozwój – Praca”, które odbyło się w dniu 21 maja 2002 r., dostępny pod adresem: <http://orka.sejm.gov.pl/SQL.nsf/Main4?OpenForm&NPR>

<sup>8</sup> Zapis stenograficzny z posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej Sejmu IV kadencji do rozpatrzenia projektów ustaw związanych z programem rządowym „Przedsiębiorczość – Rozwój – Praca”, które odbyło się w dniu 21 maja 2002 r., dostępny pod adresem: <http://orka.sejm.gov.pl/SQL.nsf/Main4?OpenForm&NPR>

<sup>9</sup> Zapis stenograficzny z posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia projektów ustaw związanych z programem rządowym „Przedsiębiorczość – Rozwój – Praca”, które odbyło się w dniu 21 maja 2002 r., dostępny pod adresem: <http://orka.sejm.gov.pl/SQL.nsf/Main4?OpenForm&NPR>

<sup>10</sup> Druk sejmowy Sejmu IV kadencji nr 423-A, dostępny pod adresem [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/423-A/\\$file/423-A.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/423-A/$file/423-A.pdf)

wnioskiem Komisji Nadzwyczajnej.

50. W dniu 24 maja 2002 r. przekazano projekt ustawy nowelizacyjnej Marszałkowi Senatu<sup>11</sup>, który z kolei skierował go do Komisji Gospodarki i Finansów Publicznych, która obradowała nad nim w trakcie posiedzenia w dniu 4 czerwca 2002 r., pomiędzy godziną 17<sup>04</sup> a 21<sup>03</sup>. Podczas posiedzenia rząd, jako autora projektu nowelizacji, reprezentował Cezary Banasiński, wówczas prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. To właśnie w czasie tego posiedzenia pojawił się pomysł wprowadzenia art. 15 ust. 1 pkt. 4 uznk w przyjętym następnie i obowiązującym do dziś brzmieniu – jego autorką była senator SLD Genowefa Ferenc. Przebieg prac dokumentuje zapis stenograficzny posiedzenia:

- senator Genowefa Ferenc: „(...) Miałabym do pana prezesa następujące pytanie. **Czy w art. 1 w pkcie 3 ust. 2 i 3 nie lepiej byłoby w art. 15 ust. 1 dodać jeszcze pktu 4 o treści: "Pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży" i w ten sposób zakończyć zmiany do tego artykułu. Dziękuję.**”

- prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Cezary Banasiński: „Rząd nie ma uwag, jeżeli chodzi o propozycję pani senator Ferenc, bo **propozycja wydaje się rozsądna z tego względu, że w hipermarketach dzieją się naprawdę dziwne rzeczy. Dzisiaj gazeta - nie wiem czy "Gazeta Wyborcza", czy inna, mam to w prasówce - opisywała praktyki dużych sklepów, ile trzeba płacić, żeby się dostać na półkę i jakie są metody "zmiękczenia" dostawców. Ten przepis byłby rzeczywiście racjonalny, jestem za propozycją pani senator.**”<sup>12</sup>

51. Godzi się podkreślić, iż żadna dalsza dyskusja nad zaproponowaną przez senator Genowefę Ferenc treścią przyszłego art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie miała miejsca. Na marginesie, wspomniany przez Cezarego Banasińskiego artykuł autorstwa Agaty Nowakowskiej pt. „Ustawa o nieuczciwej konkurencji. Senacie, ratuj!”<sup>13</sup>, który istotnie ukazał się owego dnia w Gazecie Wyborczej, dotyczył problemu marek własnych oraz sprzedaży bez marży, nie zaś kwestii „innych niż marża opłat” opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży. Komisja wnioskowała następnie, aby Senat przyjął projekt w zaproponowanym przez senator G. Ferenc brzmieniu<sup>14</sup>

52. Projekt zaproponowany przez Komisję Gospodarki i Finansów Publicznych został przedstawiony na plenarnym 19 posiedzeniu Senatu w dniu 23 czerwca 2002 r., gdzie jednak nie dyskutowano zaproponowanego brzmienia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Odniośł się do niego jedynie senator Krzysztof Borkowski, który powiedział:

<sup>11</sup> Druk senacki Senatu V kadencji nr 127, dostępny pod adresem <http://ww2.senat.pl/k5/dok/dr/100/127.htm>

<sup>12</sup> Zapis stenograficzny (260) z 28. Posiedzenia Komisji Gospodarki i Finansów Publicznych Senatu RP z dnia 4 czerwca 2002 r., ISSN 1643-2851, dostępny pod adresem <http://ww2.senat.pl/k5/kom/kgfp/2002/028gfp.pdf>

<sup>13</sup> A. Nowakowska, „Ustawa o nieuczciwej konkurencji. Senacie, ratuj!”, Gazeta Wyborcza z dnia 4 czerwca 2002 r., nr 128 z 2002 r., str. 18

<sup>14</sup> Druk senacki Senatu V kadencji nr 127Z, dostępny pod adresem: <http://ww2.senat.pl/k5/dok/dr/100/127z.htm>

*„Przed wszystkim chciałbym zwrócić państwu senatorom uwagę na przepisy art. 15, gdzie moim zdaniem należy doprecyzować parę rzeczy. Mianowicie proponuję dodać w art. 15 ust. 1 pkt 4 o takiej treści: >przenoszenie kosztów promocji i marketingu, konkursów oraz kosztów budowy i otwierania nowych obiektów handlowych na producentów i dostawców<”<sup>15</sup>.*

53. Pomysł senatora Borkowskiego nie zyskał jednak uznania, Senat w głosowaniu zaproponowaną przez niego poprawkę odrzucił, wprowadzając do projektu sejmowego ustawy nowelizacyjnej poprawkę o treści zgodnej z ustaleniami Komisji Gospodarki i Finansów Publicznych, tj. następującej treści: „w art. 1 w pkt 3, w art. 15 w ust. 1 w pkt 3 kropkę zastępuje się przecinkiem i dodaje się pkt 4 w brzmieniu: >4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży,<”.
54. Uchwała Senatu została przesłana do Sejmu w dniu 25 czerwca 2002 r. W jej uzasadnieniu wskazano, iż „Przyjmując poprawkę nr 2 [obejmującą projekt wprowadzenia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w ww. opisanym brzmieniu] Izba dała wyraz swemu przekonaniu o naganności stosowanych przez duże sklepy praktyk pobierania dodatkowych opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży (...)”<sup>16</sup>
55. Uchwała Senatu została następnie skierowana ponownie do Komisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia projektów ustaw związanych z programem rządowym „Przedsiębiorczość – Rozwój – Praca”, która debatowała nad nią w dniu 2 lipca 2002 r., m.in. przy udziale senator Genowefy Ferenc oraz, ponownie, wiceprezes UOKiK Elżbiety Ostrowskiej. Senator Ferenc odczytała treść uzasadnienia pisemnego uchwały senatu, wskazując, iż:
- „Poprawka nr 2 ma na celu poprawę konkurencyjności drobnych i średnich przedsiębiorstw na polskim rynku, rozszerza katalog działań uznawanych przez ustawę za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu przedsiębiorcom dostępu do rynku. W poprawce Senat dał wyraz swemu przekonaniu o naganności stosowanych przez duże sklepy praktyk pobierania dodatkowych opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży (...) [tj.] opłaty pobierane i rejestrowane, a są to znane opłaty za wstawienie towaru czy za wielkość miejsca na półce.”<sup>17</sup>*
56. Bez dyskusji Komisja Nadzwyczajna podjęła uchwałę o pozytywnym zaopiniowaniu omawianej poprawki i tego samego dnia zawnioskowała o jej przyjęcie przez Sejm<sup>18</sup>, który przyjął ją w dniu 5 lipca 2002 r. uchwalając ustawę nowelizacyjną.
57. Przepisy ustawy nowelizującej uznk, w tym nowy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, stały się wkrótce – bo w niecałe trzy miesiące od wejścia w życie - przedmiotem interpretacji

<sup>15</sup> Stenogram 19 posiedzenia Senatu V kadencji (pkt 10 obrad) z dnia 23 czerwca 2002 r., dostępny pod adresem <http://ww2.senat.pl/k5/dok/sten/019/21.HTM#A00164>

<sup>16</sup> Druk sejmowy Sejmu IV kadencji nr 616, dostępny pod adresem [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/616/\\$file/616.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/616/$file/616.pdf)

<sup>17</sup> Stenogram z posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia projektów ustaw związanych z programem rządowym „Przedsiębiorczość – Rozwój – Praca” z dnia 2 lipca 2002r., dostępna pod adresem:

<http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/wgskmr/NPR-10>

<sup>18</sup> Druk Sejmowy Sejmu IV kadencji nr 633

Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, opublikowanej w jego Dzienniku Urzędowym z dnia 4 lutego 2003 r. Prezesem Urzędu był wówczas Cezary Banasiński, który uczestniczył w wieczornych obradach senackiej Komisji Gospodarki i Finansów Publicznych w dniu 24 maja 2002 r., kiedy zaproponowano i ustalono nową treść art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Zgodnie z tą interpretacją:

***„(...) opłaty związane np. z promocją towaru (za zamieszczenie informacji na temat danego towaru w gazetkach wydawanych przez sklepy zawierających ofertę sklepu lub umieszczenie towaru w miejscu sprzedaży) nie powinny być kwalifikowane jako opłaty związane z przyjęciem towaru do sprzedaży. Ich ewentualne pobieranie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji”.***<sup>19</sup>

Zaprezentowana powyżej interpretacja art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. nosi znamiona wykładni autentycznej, a to ze względu na kreatywny udział ówczesnego Prezesa i Wiceprezesa UOKiK w procesie legislacyjny dot. zaskarżonego przepisu.

58. Na tle opisanego przebiegu procesu legislacyjnego, który doprowadził do wprowadzenia do uznk. skarżonego przepisu, należy poczynić następujące konkluzje.
59. Po pierwsze, zgodnie z pierwotnym pomysłem, przyjęta następnie treść art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. miała znajdować się w ustępie 2 tego przepisu i odnosić się tylko do małych przedsiębiorców, a zatem bardzo wąskiego wycinka rynku, zważywszy na obowiązującą wówczas definicję ustawową małego przedsiębiorcy<sup>20</sup>. Zgodnie z zaleceniem UOKiK, z uwagi nie tylko na brak korzyści, ale wręcz zagrożenie dla działalności handlowej samych zainteresowanych, poprawka została odrzucona.
60. Po drugie, pomysł wprowadzenia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk., który ostatecznie zmaterializował się w treści ustawy nowelizacyjnej, został zgłoszony dopiero na etapie prac w Senacie, wpadkowo i bez żadnego uzasadnienia, w tym co do zakresu, który zasadniczo różnił się od propozycji zgłaszanych w toku prac w Sejmie. Mimo rozszerzenia zakresu zastosowania zaproponowanego przepisu na wszystkich przedsiębiorców (w miejsce małych przedsiębiorców), również wpadkowo i w sprzeczności z wyrażanym kilka dni wcześniej stanowiskiem, UOKiK (tym razem reprezentowany przez Prezesa C. Banasińskiego) uznał pomysł za słuszny, z odwołaniem się, przypomnijmy, do „bardzo dziwnych rzeczy”, które zgodnie z artykułem prasowym miały mieć miejsce w sieciach handlowych. Żadna dalsza debata nad propozycją nowelizacji nie toczyła się, z wyjątkiem odrzuconej propozycji, aby zapis sprecyzować poprzez zakazanie „przenoszenia kosztów promocji i marketingu, konkursów oraz kosztów budowy i otwierania nowych obiektów handlowych na producentów i dostawców” (vide pkt 43-44 uzasadnienia skargi)

<sup>19</sup> Dziennik Urzędowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r.

<sup>20</sup> Zgodnie z obowiązującym wówczas art. 54. ust. 1 ustawy o działalności gospodarczej (Dz.U. z dnia 17 grudnia 1999 nr 101 poz. 1178 ze zm.) za małego przedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w poprzednim roku obrotowym: 1) zatrudniał średniorocznie mniej niż 50 pracowników oraz 2) osiągnął przychód netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nie przekraczający równowartości w złotych 7 milionów EURO lub suma aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec poprzedniego roku obrotowego nie przekroczyła równowartości w złotych 5 milionów EURO.

61. Analiza przebiegu prac legislacyjnych, z uwzględnieniem oficjalnego stanowiska Prezesa UOKiK dot. normatywnego znaczenia nowowprowadzonego art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, prowadzi do oczywistej - jakby się mogło wydawać - konstatacji, że istotną treść tego przepisu należałoby odczytywać jako:

*„zakazuje się pobierania od małych i średnich przedsiębiorstw<sup>21</sup> innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży; z tym zastrzeżeniem, że za inne niż marża opłaty za przyjęcie towaru nie uznaje się wynagrodzenia za działania związane z promocją towaru - w szczególności, za zamieszczenie informacji na temat danego towaru w gazetkach wydawanych przez sklepy zawierających ofertę sklepu lub umieszczenie towaru w miejscu sprzedaży<sup>22</sup>”.*

62. Treść normatywna art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, jaka następnie została wywiedziona ze skarżonego przepisu i jest stosowana zgodnie z wyodrębnioną linią orzecniczą w wielu wyrokach sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego (której poglądy zostały zastosowane również w sprawie Skarżącego, opisanej w Części I uzasadnienia skargi), okazała się jednak być całkowicie sprzeczną przedstawioną powyżej.

---

<sup>21</sup> por. treść uzasadnienia pisemnego uchwały Senatu z dnia 23 maja 2002 r., Druk sejmowy Sejmu IV kadencji nr 616, dostępny pod adresem [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/616/\\$file/616.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/616/$file/616.pdf)

<sup>22</sup> por. Interpretacja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, opublikowana w Dzienniku Urzędowym UOKiK z dnia 4 lutego 2003 r.

### CZEŚĆ III.

#### **III.A. TREŚĆ NORM SKARŻONEGO PRZEPISU – normatywna treść art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk przyjęta w linii orzecznictwa sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, której poglądy znalazły zastosowanie w sprawie Skarżącego**

63. Po przeanalizowaniu przebiegu procesu legislacyjnego, który doprowadził do wprowadzenia do systemu prawa art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, należy obecnie przyrzeć się treści normatywnej wypływającej ze skarżonego przepisu, potwierdzonej w dającej się wyróżnić i aktualnej linii orzecznictwa sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego, która to treść została zastosowana również w sprawie K . Należy przy tym jeszcze raz podkreślić, iż niniejsza skarga jest skierowana przeciwko treści normatywnej skarżonego przepisu, a nie określonej jego wykładni i praktyce stosowania. Skoro określone normy skarżonego przepisu – które zostały zastosowane w sprawie K - są wywiedzione przez reprezentatywną grupę/linię orzecznictwa sądów powszechnych i SN (choć nie jedyną, bo funkcjonują w orzecznictwie również poglądy zasadniczo odmienne, o czym szerzej poniżej), to należy uznać, że owe normy obiektywnie funkcjonują w obrocie prawnym i podlegają kontroli konstytucyjnej *in concreto*. Najogólniej, orzecznictwo to przyjmuje, iż **normy prawne wypływające z przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zakazują odpłatnego świadczenia przez pośredników handlowych (zwłaszcza takich jak „duże sieci handlowe”) jakichkolwiek usług na rzecz ich producentów/dostawców, polegających na działaniach marketingowych wspierających proces sprzedaży towarów w relacji dostawca – pośrednik handlowy – ostateczny odbiorca oraz usług logistycznych mających za przedmiot towar wprowadzony już do kanału dystrybucji. Zakazane jest tym samym pobieranie wynagrodzeń za działania kluczowe dla organizacji handlu w kanałach dystrybucji, zwłaszcza tych tworzonych przez sklepy wielkopowierzchniowe („duże sieci handlowe”). Działania wsparcia marketingowego ze strony pośredników handlowych, za które nie wolno jest, ze względu na dyspozycje art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, pobierać wynagrodzeń od producentów/dostawców, to m.in.:**
- (i) umieszczanie towarów pochodzących od danego dostawcy i/lub oznaczenia jego firmy (logo, nazwa) w eksponowanych miejscach w sklepie (*vide* np. wyrok wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 lutego 2009 r., sygn. I ACa 1128/08, LEX nr 1120057);
  - (ii) umieszczanie na znajdujących się w sklepie towarach oznaczeń zwiększających ich rozpoznawalność lub atrakcyjność (*vide* np. wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 marca 2011 r., sygn. I ACa 1162/10, LEX nr 1171440);
  - (iii) reklamy dźwiękowe w radiowęźle działającym w sklepie (*vide* np. wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 marca 2011 r., sygn. I ACa 1162/10, LEX nr 1171440);
  - (iv) organizacja w sklepach akcji promocyjnych z udziałem hostess (*vide* np. wyrok wyr.

Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 marca 2013 r., sygn. I ACa 1059/12, LEX nr 1313438);

- (v) reklama produktów pochodzących od danego dostawcy w gazetkach reklamowych wydawanych przez daną sieć handlową (zawierających jej ofertę handlową), w tym również, gdy reklama ta polega na ekspozycji w gazetkach wydawanych przez sieć handlową znaków towarowych (marek) używanych przez danego dostawcę (*vide np.* wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 listopada 2013 r., I ACa 726/13, niepubl.; wyr. z dnia 13 grudnia 2012 r., I ACa 829/12, niepubl.; wyr. z dnia 12 marca 2013 r., I ACa 1119/12, LEX nr 1298988; wyr. z dnia 5 marca 2013 r., I ACa 1059/12, LEX nr 1313438; wyr. z dnia 19 września 2013, I ACa 208/13, niepubl.; z dnia 28 czerwca 2013 r., I ACa 1504/12, niepubl. z dnia 10 września 2013 r., I ACa 97/13, niepubl., Sądu Apelacyjnego w W z dnia listopada 2013, niepubl.; wyr. z dnia 13 marca 2013 r., I ACa 48/13, LEX nr 1353913);
- (vi) przedmiotem zakazu są także usługi logistyczne, polegające (tak jak w sprawie Skarżącego) na dystrybucji (transporcie) towarów wprowadzonych do kanału dystrybucji, tzn. usługi polegające na wykonaniu przez pośrednika handlowego czynności logistycznych, które normalnie obciążają dostawcę, takich jak dostarczenie towaru z magazynu centralnego pośrednika do poszczególnych sklepów pośrednika handlowego (*vide np.* wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 25 listopada 2011 r., I ACa 465/11, LEX nr 1143494; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2013 r., sygn. akt I CSK 46/13).

64. Zważywszy naturę działalności tych pośredników handlowych takich jak K , którzy opierają się na zasadach nowoczesnego handlu (*modern retail*), **normy art. 15 ust. 1 pkt 4 - wywiedzione i stosowane w dającej się wyróżnić linii orzecznictwa polskich sądów, w istocie wyłączają możliwość nawiązywania przez pośredników handlowych jakichkolwiek legalnych relacji gospodarczych ze swoimi dostawcami, innych niż umowa sprzedaży (zakup) towaru na własny koszt i ryzyko**<sup>23</sup>. Tym samym uznaje się, iż norma prawna wypływająca z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zakazuje *de facto* pośrednikom handlowym, działającym według wzorców nowoczesnego handlu (w tym Skarżącemu) prowadzenia jakiejkolwiek usługowej działalności gospodarczej na rzecz producentów/dostawców w ramach i na potrzeby tworzonych przez siebie kanałów dystrybucji/marketingu.

65. Do ustalenia przesłanek zastosowania normy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zakazującej pobierania wynagrodzenia za określone aktywności marketingowe dochodzi skutek obowiązywania kilku innych szczegółowych konstrukcji normatywnych, które zdaniem dającej się wyróżnić grupy orzecznictwa zawarte są w tym przepisie, tj.:

- (i) art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk pozwala uznać wynagrodzenie za rzeczywiście wykonaną, umówioną usługę za „*opłatę za przyjęcie towaru do sprzedaży inną niż marża*”

<sup>23</sup> Istnieją, zdaniem orzecznictwa, pewne wyjątki od tej zasady niemające jednak znaczenia dla tej sprawy – otóż uznaje się czasem za dopuszczalne świadczenie przez sieci handlowe usług transportowych na rzecz dostawców, jeżeli polegają one na odbiorze od nich towaru (z magazynu producenta/dostawcy) i rozwiezieniu ich do poszczególnych sklepów należących do sieci.

*handlowa*” oraz ustanawia domniemanie, iż „pobranie” takiej opłaty to każde przesunięcie majątkowe z majątku dostawcy do majątku pośrednika handlowego, inne niż dostawa towaru (*vide* np. wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 marca 2013 r., I ACa 1101/12, LEX nr 1316294; z dnia 5 listopada 2009 r., I ACa 56/09, niepubl.; z dnia 2 czerwca 2010 r., I ACa 294/10, LEX nr 785625 oraz z dnia 30 maja 2012 r., I ACa 1074/11, niepubl.; por. wyr. Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2008 r., III CSK 23/08, OSNC 2009, Nr 1, poz. 14);

- (ii) art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk ustanawia domniemanie, że jakiegokolwiek inne niż dostawa towaru przesunięcie majątkowe od dostawcy do pośrednika handlowego jest nieekwiwalentne dla tego pierwszego, niezależnie od tego czy i jakie świadczenie wzajemne otrzymuje w zamian i czy jest one zgodne z umową, jeżeli tylko dostawca zanegował później ową ekwiwalentność (*vide* np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 marca 2013 r., sygn. I ACa 1059/12, LEX nr 1313438, wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 marca 2013 r., I ACa 1101/12, LEX nr 1316294);
- (iii) z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk wynika, iż jakiegokolwiek inne niż dostawa towaru przesunięcie majątkowe od dostawcy do pośrednika handlowego jest nieekwiwalentne dla tego pierwszego, jeśli wysokość wynagrodzenia za umówione pomiędzy stronami usługi została odniesiona do zrealizowanego przez strony obrotu towarów (por. np. wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 sierpnia 2012 r., I ACa 66/12, LEX nr 1267422; wyr. z dnia 12 lutego 2013 r., I ACa 1155/12, LEX nr 1324794; wyr. z dnia 22 lutego 2013 r., I ACa 790/12, LEX nr 1315731; wyr. z dnia 25 listopada 2011 r., I ACa 465/11, LEX nr 1143494; wyr. z dnia 20 grudnia 2011 r., I ACa 601/11, LEX nr 1143495; wyr. Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 13 marca 2013 r., I ACa 48/13, LEX nr 1353913; wyr. Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 26 czerwca 2013 r., I ACa 480/13, LEX nr 1353801);
- (iv) z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk wynika, że nawet rzeczywiście wykonana usługa, polegająca na wsparciu marketingowym sprzedaży towarów pochodzących od danego dostawcy (ewentualnie firmy/logo samego dostawcy) lub usługa logistyczna, nie mogą nigdy stanowić ekwiwalentu pobranego za ich wykonanie wynagrodzenia, o ile pośrednik handlowy jest w okresie wykonywania usługi właścicielem określonej partii reklamowanego towaru/ transportowanego towaru (dotyczy to m.in. publikacji w gazetkach reklamowych sieci handlowych, gdy w gazetce sieć promuje dostawcę, z którym współpracuje i pochodzący od niego towar, znajdujący się aktualnie w ofercie pośrednika handlowego); uznaje się, że usługi są wówczas pozorne i zbędny jest dowód na okoliczność ustalenia płynącej z nich dla dostawcy korzyści i jej wysokości. Ostateczne rozstrzygnięcie tej kwestii jest w konsekwencji efektem samodzielnych rozważań prawnych sądu, które sprowadzają się do stwierdzenia, że ze względu na uregulowanie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, dostawca nigdy nie czerpie z takich usług jakiegokolwiek korzyści (*vide* np. wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 r., I ACa 132/09, niepubl. i z dnia 9 października 2009 r., I ACa 659/09, niepubl.; Sądu Apelacyjnego w Poznaniu w wyroku z dnia z dnia 9 października 2012 r., I ACa 694/12, LEX nr 1237424; Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 13 marca

2013 r., I ACa 48/13, LEX nr 1353913);

- (v) art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zakazuje współpracy handlowej pomiędzy dostawcami a pośrednikami handlowymi (takimi jak Skarżący), w ramach której nawet wieloletnia, ciągła sprzedaż towaru do sieci handlowej powiązana jest z odpłatnym świadczeniem przez sieć handlową na rzecz dostawcy usług, polegających: na wsparciu marketingowym sprzedaży tych towarów dalszym odbiorcom i promocji marki dostawcy lub działaniach logistycznych na odcinku magazyn centralny pośrednika – jego poszczególne sklepy; w szczególności zakazane jest zaś uzależnienia przez sieć handlową współpracy z dostawcą od przyjęcia takiego jej modelu (*vide np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 22 maja 2013 r., I ACa 191/13, LEX nr 1344020; wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 marca 2013 r., I ACa 1101/12, LEX nr 1316294; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 25 listopada 2011 r., I ACa 465/11, LEX nr 1143494; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2013 r., sygn. akt I CSK 46/13*);
- (vi) uznaje się, iż fakt „*pobrania innej niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży*” oznacza *per se*, iż doszło do ograniczenia dostępu do rynku, a zatem że art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk konstytuuje normę samodzielną na tle innych norm uznk, w szczególności normy art. 3 ust. 1 uznk, art. 3 ust. 2 i art. 15 ust. 1 zd. pierwsze uznk. W konsekwencji należy uznać, iż dla stwierdzenia, iż miał miejsce czyn nieuczciwej konkurencji polegający na ograniczeniu dostępu do rynku wystarczy stwierdzić, że pobierano „*inne niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży*”, niezależnie od tego czy takie działanie pośrednika handlowego wobec dostawcy rzeczywiście (w sensie ekonomicznym) utrudniały mu dostęp do rynku zbytu. Bez znaczenia jest przy tym wysokość pobranej opłaty, wielkość producenta/dostawcy i jego pozycja rynkowa, rzeczywisty stopień zależności od danego pośrednika handlowego, możliwość korzystania przez niego z innych kanałów dystrybucyjnych, stopień zaangażowania pośrednika handlowego w działania marketingowe podejmowane w ramach przezeń tworzonego kanału dystrybucji (*vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2006 r., II CK 378/05, publ. Wokanda rok 2006, Nr 6, str. 8; post. SN z 19 maja 2011 r., I CSK 700/10, LEX nr 1294148; wyr. SN z dnia 25 października 2012 r., I CSK 147/12, LEX nr 1231301*). Pojęcie normatywne „*rynek*” zostało przy tym na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uregulowane swoiście i zasadniczo odmiennie, aniżeli jego znaczeniem na tle innych przepisów, i oznacza wyłącznie rynek „*kreowany przez strony danej transakcji*” (tj. konkretnych dostawcę i sieć, *vide post. Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2011 r., I CSK 700/10, LEX nr 1294148, tak samo np. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, wyr. z 13 marca 2013 r., I ACa 48/13, LEX nr 1353913, Sąd Apelacyjny w Krakowie, wyr. z dnia 20 lutego 2009, I ACa 65/09, LEX nr 516544*).

Opisane w pkt powyżej treści normatywne, wywiedzione przez wyżej opisaną linię orzecniczą z przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, zostały w znacznej części zastosowane przy rozstrzygnięciu sprawy cywilnej Skarżącego opisaną w Części I uzasadnienia niniejszej skargi, co Skarżący szczegółowo wykaże poniżej.

### III.B. ZASTOSOWANIE SKARŻONEGO PRZEPISU *IN CONCRETO* – obowiązujące normy zawarte w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, na podstawie których orzeczono ostatecznie o konstytucyjnych prawach podmiotowych Skarżącego

66. Jak wskazano w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 marca 2013 r. (I ACa 1101/12, LEX nr 1316294), pod pojęciem „*opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży*” rozumieć należy każdy sposób, w jaki następuje równe kwocie opłat przesunięcie majątkowe z majątku przedsiębiorcy do majątku podmiotu dokonującego czynu nieuczciwej konkurencji. Przyjmuje się przy tym, iż „*pobranie opłat*” może polegać m.in. na zawarciu - obok umowy sprzedaży - określonego porozumienia uzasadniającego pobieranie od sprzedającego odpowiednich, odrębnych opłat, w tym z tytułu wynagrodzenia za usługę (por. wyr. Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2008 r., III CSK 23/08, OSNC 2009, Nr 1, poz. 14). Chociaż już w oparciu o samą treść skarżonego przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk budzi wątpliwości możliwość uznania wynagrodzenia za rzeczywiście wykonaną usługę za „*inną niż marża opłatę za przyjęcie do sprzedaży*”, kierując się jednak dyspozycją, jaka zgodnie z opisanym orzecznictwem wynika ze skarżonego przepisu, ani Sąd Okręgowy w wyroku z dnia 12 czerwca 2013 r. (sygn. akt [redacted]) ani Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 15 listopada 2013 r. (sygn. akt [redacted]), nie uznały tej kwestii za mogącą rodzić jakiejkolwiek wątpliwości. Sądy obu instancji nie uznały natomiast, aby to P[onawiający] winien udowodnić swoje twierdzenie, iż przesunięcie majątkowe z jego majątku do majątku pośrednika handlowego (K[onkurent]) były to „*opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży*”, dając tym samym wyraz przekonaniu, iż art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk ustanawia domniemanie, iż „*pobranie*” takiej opłaty to każde przesunięcie majątkowe z majątku dostawcy do majątku pośrednika handlowego, inne niż dostawa towaru. Przekonanie o takiej treści normatywnej skarżonego przepisu jest powszechnie przyjęte w orzecznictwie – tytułem przykładu można wskazać na stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 15 marca 2013 r. (I ACa 1101/12, LEX nr 1316294), gdzie wskazano, że „[jeśli powód zaprzeczył] by zostały wykonane na jego rzecz przez pozwanego jakiejkolwiek usługi uzasadniające pobranie (...) opłat to na pozwanym ciążył obowiązek wykazania, że poszczególne z pobranych opłat miały swoje uzasadnienie w konkretnych, rzeczywiście wykonanych na rzecz powoda usługach”. Podobnie, ten sam sąd w wyroku z dnia 25 listopada 2011 r. (I ACa 465/11, LEX nr 1143494) wskazał, iż „*gdy ustawodawca w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zakazał pobierania od sprzedającego innych niż marża opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, to na pozwanym ciążył obowiązek wykazania, iż pobierane opłaty miały realne uzasadnienie w świadczeniach na rzecz dostawcy*”, zaś w wyroku z dnia 20 listopada 2012 r. (I ACa 605/12, LEX nr 1254530), iż „*istotna dla rozstrzygnięcia była wyłącznie ocena prawna zachowania pozwanego, który zatrzymał część ceny za towar, powołując się na postanowienia umowne dotyczące usług na rzecz dostawcy. To na stronie pozwanej ciążył obowiązek wykazania, że istniały podstawy do pobrania opłat za usługi*” (podobnie wyr. SA w Warszawie z dnia 24 października 2013 r., I ACa 748/13, LEX nr 1392102, wyr. z dnia 25 listopada 2011 r., I ACa 465/11, LEX nr 1143494).
67. Zarówno w wyroku Sądu Okręgowego z dnia 12 czerwca 2013 r. (sygn. [redacted]) jak i Sąd Apelacyjny wyroku z dnia 15 listopada 2013 r. (sygn. akt [redacted]) przyjęto, iż

pozwanego obciąża dowód w zakresie wykazania, iż spełnione przez niego świadczenia stanowiły ekwiwalent pobranego od niego wynagrodzenia (były ekwiwalentne). Uznano zatem, iż art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk ustanawia domniemanie, że sporne przesunięcie majątkowe od dostawcy do pośrednika handlowego jest nieekwiwalentne dla tego pierwszego i to niezależnie od tego czy i jakie świadczenie wzajemne otrzymuje dostawca i czy jest one zgodne z umową, tak jak to było w sprawie Skarżącego. W tym zakresie zwrócić należy uwagę na stwierdzenie Sądu Okręgowego, iż „*pozwana nie udowodniła, by reakcja klientów na reklamę, miała wymierny skutek dla dostawcy np. poprzez zamówienie od niego większej liczby produktów. Wobec twierdzenia powodów, że reklamy nie przyniosły im żadnych wymiernych korzyści finansowych, to na pozwanej, która twierdziła, że było inaczej spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie. Trzeba przy tym brać pod uwagę, iż samo zwiększenie obrotów handlowych nie oznacza, że przekładało się ono na pozytywny, dodatni wynik finansowy powodów*”. Stanowisko powyższe jest powszechnie przyjęte w orzecznictwie i zdeterminowało przebieg postępowań w zasadniczej większości cytowanych w niniejszej części uzasadnienia orzeczeń. Jedynie tytułem przykładu można wskazać na cytowany już wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 marca 2013 r. (I ACa 1059/12, LEX nr 1316294), gdzie wskazano, iż „*to pozwany winien wykazać, że wykonywał realne usługi, za które pobierał wynagrodzenie, iż usługi te świadczone były na rzecz powoda, a nie celem realizacji własnego interesu ekonomicznego, i były ekwiwalentne w stosunku do pobieranego za nie wynagrodzenia (...)*”, a także wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 marca 2013 r. (I ACa 1101/12, LEX nr 1316294): „*[jeśli powód zaprzeczył] by zostały wykonane na jego rzecz przez pozwanego jakiekolwiek usługi uzasadniające pobranie (...) opłat to na pozwanym ciążył obowiązek wykazania, że poszczególne z pobranych opłat miały swoje uzasadnienie w konkretnych, rzeczywiście wykonanych na rzecz powoda usługach które były w jego interesie i za które na zasadzie ekwiwalentności świadczeń pozwanemu należało się wynagrodzenie*”.

68. Niezależnie od powyższego Sąd Okręgowy w wyroku z dnia      czerwca 2013 r. (sygn.      ) jak i Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia      listopada 2013 r. (sygn. akt      ) przyjęły jednomyślnie, iż jak to wskazał Sąd Okręgowy „*cena usług tej tzw. reklamy została określona poprzez odniesienie do zrealizowanego przez strony obrotu towarów, co również przemawia za nieekwiwalentnym charakterem tych usług*”. Powyższe oznaczało zdaniem Sądu, iż „*poszczególne kwoty wynagrodzenia za usługi reklamy zostały ustalone w sposób oderwany nie tylko od kosztów reklamy, ale także od zysków strony powodowej, jakie uzyskiwała i uzyskiwać miała we współpracy ze stroną pozwaną*”. Jak wskazano, Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne i prawne Sądu Okręgowego, w tym w powyższym zakresie. Zdaniem sądów obu instancji z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk wynika zatem (lub co najmniej istnieje domniemanie w tym zakresie), iż jakiekolwiek inne niż dostawa towaru przesunięcie majątkowe od dostawcy do pośrednika handlowego jest nieekwiwalentne dla tego pierwszego, jeśli wysokość wynagrodzenia za umówione pomiędzy stronami usługi została odniesiona do zrealizowanego przez strony obrotu towarów.

69. Powyższe stanowisko prawne jest upowszechnione w orzecznictwie. Tytułem przykładu, w wyroku z dnia 9 sierpnia 2012 r. (I ACa 66/12 LEX nr 1267422) Sąd Apelacyjny w

Warszawie wskazał iż: „jakkolwiek nie można z góry zakwestionować możliwości ustalenia wynagrodzenia usługodawcy, jako procentu od obrotu, to jednak wymagało to wykazania, że usługi reklamowo-promocyjno-marketingowe świadczone były w rzeczywistym interesie dostawcy oraz że otrzymane przez nabywcę wynagrodzenie odpowiadało, chociaż w przybliżonym stopniu wartości jego wzajemnego świadczenia. Takich dowodów (...) w niniejszej sprawie nie przedstawił. Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że Sąd pierwszej instancji zasadnie uznał, że opłaty za usługi marketingowe miały charakter opłat, których pobieranie jest zabronione przez art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk” (tak samo SA w Warszawie w wyr. z dnia 12 lutego 2013 r., I ACa 1155/12, LEX nr 1324794).

70. W wyroku z czerwca 2013 r. (sygn. akt ) Sąd Okręgowy wskazał, że „wydawanie gazетки K leżało przede wszystkim w interesie strony pozwanej, a towary w niej reklamowane były już własnością strony pozwanej. Promocja tych towarów wśród konsumentów miała służyć szybkiemu zbyciu towarów, stanowiących już własność pozwanej. Strona pozwana, wydając gazetkę informującą o obowiązujących w jej sklepie promocjach i o swoim asortymencie przede wszystkim nastawiona była na zwiększenie obrotu własnymi towarami i utrwalenie w świadomości konsumentów informacji, iż w sieci sklepów K można zrobić „tanie” zakupy. Z treści, jakie zamieszczone były w gazetce płynęło jednoznaczne przesłanie dla konsumentów o tym, że istnieją pewne towary, które w sieci sklepów K można kupić wyjątkowo tanio”. W odniesieniu do usług logistycznych wskazano: „brak było podstaw do obciążenia powodów tymi kosztami. Pozwana dokonywała bowiem transportu towarów w swoim wyłącznym ekonomicznym interesie, zgodnie z własnymi potrzebami, zaś zastrzeżenie w umowie powyższych opłat miało na celu przerzucenie na stronę powodową kosztów działalności strony pozwanej”. Powyższe stanowisko nie zostało w żadnej mierze zakwestionowane przez Sąd Apelacyjny w W w wyroku z dnia listopada 2013 r. (sygn. ), który wskazał dodatkowo, iż „zamieszczenie w gazetce logo dostawcy, deklaracja konkretnych rozmiarów wizerunku jego towaru, określonego nakładu gazetki, terminów i obszarów jej dystrybucji - nie zmienia rzeczywistego charakteru umów, a tylko pozoruje ich wzajemność i ekwiwalentność”.
71. Mając na uwadze, iż dowód w zakresie ustalenia wartości spornych świadczeń marketingowych oraz korzyści jakie uzyskał z ich otrzymania P sądy obu instancji uznały za zbędny, niezależnie od obowiązujących domniemań, opowiedziały się za stanowiskiem, iż na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk przesądzone jest, iż świadczenia tego rodzaju nie mogą nieść korzyści dla dostawcy (nie mogą być ekwiwalentem wynagrodzenia). Powyższe ustalenie prawne, które zdeterminowało rozstrzygnięcie sprawy Skarżącego, stanowią przykład obecnego w orzecznictwie ogólnego poglądu, iż norma art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zawiera konstrukcje normatywne, zgodnie z którymi czynności marketingowe, w szczególności promocja w postaci publikacji zdjęcia towaru pochodzącego od dostawcy i jego logo w gazetce reklamowej wydawanej przez pośrednika handlowego i zawierającej jego ofertę handlową, a także działania logistyczne na odcinku magazyn centralny pośrednika- poszczególne jego sklepy, nie mogą przynosić i nie przynoszą korzyści dla zamawiających je dostawców (nie mogą być ekwiwalentem wynagrodzenia).

72. Opisane konstrukcje normatywne wywodzi się z koncepcji tzw. „usług na towarze”. Ta niespotykana nigdzie indziej na gruncie prawa polskiego konstrukcja prawna, zdaniem orzecznictwa stanowiąca element normy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, sprowadza się do przyjęcia, że wynagrodzenie za usługi należy zakwalifikować jako „inną niż marża handlowa handlowa opłatę z tytułu przyjęcia towarów do sprzedaży” zawsze wtedy, gdy usługi te są świadczone już po przejściu na sieć handlową własności określonej partii promowanego towaru, a więc jak to się określa *“na własnym towarze”*. Uznaje się, iż jako takie, usługi te nie mogą służyć interesowi dostawcy, a zatem stanowić świadczenia stanowiącego ekwiwalent uiszczanej opłaty (wynagrodzenia). W konsekwencji odpłatne świadczenie przez pośredników handlowych na rzecz dostawców czy to przyjmujące postać usług marketingowych czy np. logistycznych, uznaje się za niedopuszczalne, a umowy dotyczące świadczenia takich usług za nieważne. Nie jest przy tym istotne czy usługę wykonano zgodnie z umową i jaki przyniosły efekt gospodarczy.
73. I tak np. w wyroku z dnia 26 czerwca 2008 r. (I ACa 174/08) Sąd Apelacyjny w Warszawie wskazał, że *„poza sporem jest, że własność towaru przechodziła na nabywcą z chwilą wydania mu towaru przez powoda. W związku z tym w czasie, kiedy towary te znajdowały się w sklepach pozwanego, nie stanowiły już własności powoda; usługi marketingowe nie były zatem świadczone na jego rzecz, gdyż zmierzały do jak najszybszej sprzedaży towarów należących już do pozwanego”*. Ten sam sąd w wyroku z dnia 9 października 2009 r. (I ACa 659/09) stwierdził za sądem I-szej instancji, iż *“skoro własność towaru przechodziła na kupującego z chwilą odbioru towaru, to wszelkie działania reklamowe i marketingowe podejmowane przez pozwanego w czasie, gdy towar znajdował się w jego placówkach handlowych, w istocie zmierzały do szybkiej sprzedaży towarów należących do pozwanego. W tej sytuacji nie można mówić o usługach marketingowych i reklamowych świadczonych na rzecz powoda. (...) zwiększenie obrotu mogło pośrednio nastąpić w wyniku zwiększenia popytu na towar należący już do pozwanego na skutek działań reklamowych i marketingowych sprzedawcy (będącego jednocześnie właścicielem) towaru. Jednakże nie oznacza to wykonania przez pozwanego zobowiązań z tym zakresie wobec powoda”*. W kolejnej sprawie, również Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 21 stycznia 2010 r. (I ACa 132/09) stwierdza: *„akcje dotyczyły towarów stanowiących już wówczas własność pozwanego, zatem trafna była konkluzja sądu I instancji, iż ewentualne działania reklamowe i marketingowe pozwanego nie były podejmowane na rzecz i w interesie powoda, lecz na rzecz i w interesie pozwanego - celem zwiększenia obrotów w sklepach pozwanego; (...) po przewłaszczeniu powód nie miał interesu w promowaniu towarów stanowiących własność osoby trzeciej, natomiast taki interes posiadał ich nabywca czyli pozwany. Zawieranie przez powoda z przedsiębiorcą umowy o usługi reklamowe i marketingowe towarów stanowiących własność pozwanego byłoby nieracjonalne i sprzeczne z celem działalności gospodarczej, jakim jest zysk, a to wzmacnia tezę o narzuceniu powodowi takich warunków umowy, które są w interesie wyłącznie jego kontrahenta. Działania promocyjne i marketingowe pozwanego polegające na zapewnieniu miejsca ekspozycji towaru, czy poinformowaniu konsumentów o ich producencie, służą bowiem wyłącznie korzystnej sprzedaży towaru przez sprzedawcę czyli przez pozwanego”* a w konsekwencji stwierdza: *„pozwany obciążał powoda kosztami wykonania takich usług jak usługi marketingowe, usługi*

marketingowe dotyczące intensyfikacji obrotów w zamian za wynagrodzenie w formie bonusu, usługi reklamowych, budżetu trade marketing. Usługi te stanowiły, bez względu na nazwę, tzw. >opłaty półkowe< — zabronione na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) pozwany promował swoje produkty, albowiem z chwilą wydania powód przestawał być ich właścicielem, Kampania marketingowa (...) była nakierowana na wzrost sprzedaży danych produktów, z czego zysk miał czerpać wyłącznie pozwany. Nie było więc akcji promocyjnych czy reklamowych na rzecz powoda”. W podobnym duchu Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 9 października 2012 r. (I ACa 694/12, LEX nr 1237424) wskazał, iż „z chwilą wydania towarów sprzedanych przez powoda pozwanej, na pozwaną Spółkę przechodziło ryzyko gospodarcze związane z ich zakupem przez klientów finalnych. W związku z tym zabiegała ona we własnym interesie o zwiększenie obrotu i osiągnięcie zysku z prowadzonej działalności, co mogło nastąpić przez zbycie jej towarów klientom sklepu. Wystawienie przez pozwaną swoich własnych towarów na półkach i informowanie o ich właściwościach mieściło się w ramach normalnych działań sprzedawcy” (por. także np. wyr. Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 25 lutego 2010 r., I ACa 107/10, LEX nr 628174, z dnia 13 października 2010 r., I ACa 707/10, LEX nr 756710, wyr. Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 25 stycznia 2012 r., I ACa 639/11, LEX nr 1110272, wyr. Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 3 lutego 2012 r., I ACa 1363/11, LEX nr 1171389, wyr. Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 9 stycznia 2013 r., I ACa 750/12, LEX nr 1267210, częściowo odmiennie wyr. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 16 stycznia 2013 r., I ACa 1301/12, LEX nr 1362733). W zakresie usług logistycznych właściwym jest w tym miejscu powołanie wyroku SN z dnia 8 listopada 2013 r., sygn. akt I CSK 46/13.

74. W oparciu o powyżej opisane konstrukcje normatywne, praktyką sądów jest albo oddalanie albo pomijanie wniosków dowodowych zgłaszanych przez pozwanych pośredników handlowych, zmierzających do oceny wartości świadczeń marketingowych wykonywanych przez nich w zamian za opłaty uiszczane przez producentów/dostawców (a zatem zmierzających do wykazania ekwiwalentności tych świadczeń). Wskazuje się, że takie dowody są zbędne lub nieistotne, skoro treść normy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk determinuje ustalenie, które ma być przedmiotem wnioskowanego dowodu, względnie że ocena w tym zakresie leży po stronie sądu i nie wymaga wiadomości specjalnych.
75. Podobnie jak w sprawie, która dała podstawę niniejszej skardze, Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 24 czerwca 2010 r. (I ACa 370/10, niepubl.) wskazał: „zbędne w sprawie z punktu widzenia istotnych okoliczności jest dopuszczenie dowodu z opinii biegłych z zakresu reklamy i marketingu (...) tezy wniosku pozwanego o przeprowadzenie tych dowodów są abstrakcyjne, niejednoznaczne i sugerujące, że biegły ma ustalić okoliczności faktyczne sprawy (wykonanie usług promocyjnych i reklamowych oraz zwiększenie sprzedaży i korzyść płynąca z prowadzonej przez pozwanego promocji dla powódki). Fakty zaś winny zostać ustalone za pomocą innych środków dowodowych zwłaszcza, że dla stwierdzenia ich istnienia nie potrzeba wiedzy szczegółowej” (por. także wyr. z dnia 24 września 2009 roku w sprawie I ACa 484/09, niepubl. i z dnia 21 stycznia 2010 roku w sprawie I ACa 132/09, niepubl.). W kolejnej sprawie Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 21 stycznia 2010 r. (I ACa 132/09, niepubl.) stwierdza:

*„nietrafny jest zarzut naruszenia art. 278 §1 kpc poprzez nieuwzględnienie wniosku pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych z dziedziny psychologii, marketingu i ekonomii na okoliczność wpływu działań marketingowych/ reklamowych na wzrost liczby oferowanych produktów, w tym w szczególności produktów pozwanego, zwiększenie rozpoznawalności i wartości marek oferowanych przez niego produktów. W pierwszej kolejności dowód ten nie miał wpływu na rozstrzygnięcie, skoro Sąd Okręgowy ustalił, że akcje marketingowe i reklamowe pozwanego były prowadzone jedynie na jego rzecz i w jego interesie, nie zaś powoda. Nadto zaś zgodzić się trzeba z powodem, że tak sformułowana teza dowodowa zmierzała do dokonania ustaleń faktycznych za pośrednictwem dowodu z opinii biegłych, podczas gdy celem dowodu z opinii biegłego jest uzyskanie wiadomości specjalnych pomocnych przy ocenie stanu faktycznego, nie zaś informacji faktycznych niezbędnych dla jego ustalenia”. Pogląd ten jest przyjmowany również przez inne Sądy Apelacyjne. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 13 marca 2013 r. (I ACa 48/13, LEX nr 1353913) „dowód z opinii biegłego z zakresu marketingu handlowego i planowania sprzedaży nie mógł dostarczyć materiału dowodowego przydatnego dla rozstrzygnięcia sprawy. Pamiętać przy tym należy, że pośrednie korzyści powoda z utrzymania, czy wzrostu stanu sprzedaży dostarczanych przez niego produktów w żadnym razie nie legalizowały praktyki ich pobierania w sytuacji, gdy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk bezwzględnie ogranicza świadczenie należne ze sprzedaży cudzych produktów do samej tylko marży”.*

76. Jak wskazano, w wyroku z czerwca 2013 r. Sąd Okręgowy (sygn. akt ...) uznał m.in., iż usługi świadczone przez Skarżącego na rzecz dostawcy, aby być dozwolone, muszą służyć tylko i wyłącznie interesowi dostawcy („aby móc stwierdzić, iż w przypadku obciążenia dostawcy dodatkową opłatą za wydawanie gazetek promocyjnych mamy do czynienia z ekwiwalentnością świadczeń, konieczne byłoby wykazanie przez odbiorcę - pozwanego, wymiernych korzyści, jakie uzyskuje dostawca, a jakich nie otrzymuje odbiorca. Inaczej mówiąc, odbiorca musiałby wykazać, że działał w celu poprawienia wyników dostawcy, a nie własnych”). Również to stwierdzenie spotkało się z aprobatą Sądu Apelacyjnego, jako przejaw powszechnie przyjętego rozumienia normy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, tj. zakazującej świadczenie przez pośredników handlowych takich jak Skarżący usług na rzecz dostawców (i pobierania za to wynagrodzenia), jeśli korzyść z tych usług osiągają zarówno pośrednik jak i dostawca.

77. Za dozwolone uznaje się zatem, jak się może wydawać, tylko takie usługi, które przynoszą korzyść dostawcy, a jednocześnie nie przynoszą żadnej korzyści pośrednikowi handlowemu. Warto tu zwrócić uwagę na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 marca 2013 r. (I ACa 1059/12, LEX nr 1313438), gdzie wskazano: „pozwany winien wykazać, że wykonywał realne usługi, za które pobierał wynagrodzenie, iż usługi te świadczone były na rzecz powoda, a nie celem realizacji własnego interesu ekonomicznego”. Podobnie w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 13 listopada 2008 r. (I ACa 718/08, LEX nr 519305) wskazano, iż „pozwana dokonując wydatków związanych ze sprzedażą towarów powoda (koszty gazetek promocyjnych, ekspozycji towaru, plakatów) ponosiła wydatki na rozwój i funkcjonowanie własnych placówek handlowych i nie dokonywała tych czynności wyłącznie w celach promocji powoda, tylko w celu sprzedawania własnego towaru i osiągania zakładanego zysku”. Jednocześnie

stanowisko prawne sądów w sprawie, która stała się podstawą dla niniejszej skargi, potwierdza i odwołuje się do opisanego wcześniej założenia, iż posiadanie przez pośrednika handlowego określonej partii reklamowanego towaru pochodzącego od dostawcy, w tym oferowanego przez niego na rynku poza kanałem dystrybucyjnym tego pośrednika, sprawia, iż promocja towaru poprzez publikację jego wizerunku, a także logo dostawcy, nie może mieć żadnej wartości dla tego dostawcy.

78. Reasumując, normy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, w takim kształcie jaki został ustalony przez powołane powyżej orzecznictwo, nakazują uznać za niedozwolone świadczenie przez pośredników handlowych (zwłaszcza „duże sieci handlowe”) jakichkolwiek usług marketingowych na rzecz ich dostawców, o ile są w danym czasie właścicielami określonej partii reklamowanego towaru. W szczególności zakaz dotyczy promocji w drodze publikacji w gazetkach reklamowych wizerunku towarów pochodzących od dostawcy oraz jego logo. Podobnie rzecz się ma jeżeli chodzi o usługi logistyczne na odcinku magazyn centralny pośrednika- jego poszczególne sklepy. Jeżeli tylko pośrednik handlowy przyjął do swego kanału określoną partię towarów, to wszelkie działania logistyczne ich dotyczące – zdaniem wyróżniającej się linii orzecznictwa sądowego (*vide* np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2013 r., sygn. akt I CSK 46/13– nie mają już charakteru usługowego (świadczenia na rzecz producenta/dostawcy). Kwalifikacja taka – w świetle powyżej przywołanego orzecznictwa - jest w zasadzie niepodważalna, skoro z mocy prawa zawsze przesądzony jest brak w takiej sytuacji ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron. Nawet zaś gdyby tak nie było, usługi te i tak zawsze uznać należy za niedopuszczalne, bowiem zawsze korzyść z takiej usługi odnosi w jakiejś mierze także pośrednik handlowy, który zgodził się na wprowadzenie do tworzonego przez siebie kanału dystrybucyjnego/marketingowego promowany towar (markę) i objął je odpowiednimi działaniami logistycznymi. Jest tak dlatego, że w relacji pomiędzy pośrednikiem handlowym (takim jak Skarżący, działającym wedle zasad nowoczesnego handlu) a producentem/dostawcą, z uwagi na co do zasady ciągły charakter tej współpracy, pośrednik zawsze jest właścicielem określonej partii towarów pochodzących od jej dostawcy (towarów oznaczonych daną marką), oferując go w ramach tworzonego kanału dystrybucyjnego/marketingowego. Kategoryczny charakter powyższych norm czyni w istocie bezprzedmiotową jakąkolwiek inicjatywę dowodową pozwanego pośrednika. Jednocześnie reprezentatywna część orzecznictwa (a do niej należą również wyroki w sprawie Skarżącego opisaney w Części I. uzasadnienia skargi) dostrzega w 15 ust. 1 pkt 4 uznk domniemanie braku ekwiwalentności świadczeń, obciążając w tym zakresie pośrednika handlowego (takiego jak K ) ciężarem dowodu.
79. Istotną okolicznością wiążącą się z wyrażonym przez normę art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zakazem świadczenia przez pośredników handlowych usług na rzecz ich dostawców jest kwestia uzależnienia przez pośredników rozpoczęcia i kontynuowania współpracy z określonym dostawcą od akceptacji przez niego modelu handlowego opartego na współpracy dostawcy i pośrednika w promowaniu sprzedaży produktów (marki) tego dostawcy w kanale dystrybucji/marketingu stworzonym przez pośrednika oraz kooperacji w zakresie logistyki (na odcinku magazyn centralny pośrednika handlowego – jego poszczególne sklepy). Uznaje się, iż norma art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zakazuje takiego powiązania, co pozostaje w oczywistej korespondencji z wcześniej opisanym zakazem

świadczenia usług przez pośredników handlowych na rzecz dostawców – skoro nie można świadczyć usług, nie wolno także oczekiwać przystąpienia do współpracy na warunkach przewidujących, iż usługi takie będą świadczone.

80. Jak wskazano, w wyroku z czerwca 2013 r. (sygn. akt ) Sąd Okręgowy stwierdził, iż *przy ustaleniu (...) czy zachowanie strony pozwanej, polegające na pobieraniu opłat za umieszczanie w gazetkach reklamowych zdjęć towarów dostarczanych przez powodów, a w niektórych gazetkach także znaku graficznego (logo) firmy, miało charakter czynu nieuczciwej konkurencji, należało wziąć przede wszystkim pod uwagę to, czy od zawarcia dodatkowych porozumień marketingowych uzależnione było dopuszczenie towarów powodowej spółki do sprzedaży w sklepach strony pozwanej*”, a zatem stwierdził, iż owe uzależnienie stanowi przesłankę uznania działania pośrednika handlowego za czyn nieuczciwej konkurencji. W odniesieniu do spornych usług marketingowych i logistycznych Sąd Okręgowy ustalił, iż rozmowy poprzedzające zawarcie spornych umów nie miały charakteru negocjacji i że K „narzucił” P ich postanowienia, uzależniając od zawarcia tych umów współpracę handlową. Skoro zaś zdaniem Sądu umówione świadczenie otrzymane przez P od K (jak była o tym mowa wcześniej) nie mogły być i nie były wartościowe dla P, uznano iż pobranie przez K umówionego wynagrodzenia stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Powyższą ocenę Sąd Apelacyjny w całości podzielił w wyroku z dnia listopada 2013 r. (sygn. ). Podsumowując, sądy obu instancji stanęły na stanowisku, iż art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zawiera zakaz uzależnienia nawiązania przez pośrednika handlowego (tutaj K ) współpracy handlowej z dostawcą (tutaj P ), w tym polegającej na powtarzalnym zakupie towarów celem dalszej odsprzedaży, od zawarcia dodatkowych porozumień mających za przedmiot reklamę (marketing) tych towarów oraz samego dostawcy lub usługi logistyczne w odniesieniu do towarów, które znalazły się już w kanale dystrybucji;

81. Podobnie jak we wcześniejszych przypadkach, stanowisko sądów obu instancji w sprawie Skarżącego, jest wyrazem rozpowszechnionego w orzecznictwie przekonania o treści normy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, zastosowanego np. w wyrokach Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 22 maja 2013 r. (I ACa 191/13, LEX nr 1344020) i Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 marca 2013 r. (I ACa 1101/12, LEX nr 1316294). Jednocześnie, dotychczasowe orzecznictwo pozwala uznać, iż norma art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk konstytuuje domniemanie nakazujące przyjąć, iż warunki współpracy z pośrednikiem handlowym zostały dostawcy narzucone, w tym w szczególności, że pośrednik wymusił na dostawcy przyjęcie w umowie postanowień odnośnie do świadczenia przez usług marketingowych lub logistycznych (na odcinku magazyn centralny pośrednika handlowego - jego sklepy) na rzecz dostawcy. Istnienie takiego domniemania obrazuje fakt, iż w sprawach toczących się na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk - jeśli tylko powód oświadczy, iż określone warunki współpracy handlowej były mu narzucone - to pozwany taki jak Skarżący musi wykazać, iż było inaczej.

82. Jak wskazano w opisie stanu faktycznego do niniejszej skargi, Sąd Okręgowy w wyroku z dnia czerwca 2013 r. (sygn. akt ) uznał, iż „*pobieranie opłat innych, niż marża handlowa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji bez względu na fakt, czy dany*

przedsiębiorca sprzedaje drugiemu przedsiębiorcy całość swojej produkcji, czy też znikomą jej część, ilu ma innych kontrahentów i jaki jest zakres jego panowania na rynku. Już samo zastrzeganie takich opłat jest bowiem uznawane za utrudnianie dostępu do rynku". Sąd Apelacyjny, w wyroku z dnia        listopada 2013 r. (sygn.        ), podzielił wskazany pogląd prawny Sądu Okręgowego, wskazując przy tym, iż „czyn nieuczciwej konkurencji w znaczeniu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk polega na utrudnianiu dostępu do rynku poprzez sam fakt pobierania opłat innych niż marża za przyjęcie towaru do sklepu”.

83. Powyżej przytoczone stwierdzenie stanowi, ponownie, przykład ugruntowanego w orzecznictwie poglądu, iż art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zawiera normę, iż pobranie przez pośrednika handlowego od dostawcy wynagrodzenia za usługę, następnie uznanego za „inną niż marża handlowa opłatę za przyjęcie towaru do sprzedaży”, oznacza *per se*, iż doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. A zatem że art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk konstituuje normę samodzielną na tle innych norm ustawy, tj. w szczególności normy art. 3 ust. 1 uznk, art. 3 ust. 2 i art. 15 ust. 1 zd. pierwsze uznk. W konsekwencji uznaje się, iż dla ustalenia, iż miał miejsce czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy ustalić, że pobierano „inne niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży”, niezależnie od tego czy takie działanie pośrednika handlowego względem dostawcy utrudniały mu (w sensie ekonomicznym) dostęp do rynku.
84. Stanowisko powyższe Sąd Najwyższy podsumował w cytowanym w sprawie Skarżącego wyroku z dnia 25 października 2012 r., wskazując, iż każde z zachowań spośród opisanych w punktach 1-5 art. 15 ust. 1 uznk zawsze utrudnia dostęp innym przedsiębiorcom do rynku [podkr. aut]. Nie wymaga zatem dowodzenia, że w wyniku wystąpienia któregośkolwiek z opisanych we wskazanych punktach zachowania nastąpiło utrudnienie przedsiębiorcy dostępu do rynku. Stany faktyczne objęte hipotezą norm zawartych w pięciu punktach ust. 1 art. 15 uznk zawsze więc przesądzają o wystąpieniu opisanej w tym przepisie postaci czynu nieuczciwej konkurencji, co zwalnia już z obowiązku wykazywania, że konkretne zachowanie rzeczywiście skutkowało utrudnieniem konkretnemu przedsiębiorcy dostępu do rynku (*vide* wyrok SN z dnia 25 października 2012 r., I CSK 147/12, LEX nr 1231301, podobnie np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 13 października 2010 r., I ACa 707/10, LEX nr 756710 oraz wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 września 2013, I ACa 208/13, niepubl., z dnia 14 marca 2013 r., I ACa 1123/12, LEX nr 1322068, z dnia 5 marca 2013 r., I ACa 1059/12, LEX nr 1313438, z dnia 18 lutego 2013 r., I ACa 896/12, LEX nr 1294859, z dnia 15 marca 2011 r., I ACa 1162/10, LEX nr 1171440, z dnia 28 października 2011 r., VI ACa 392/11, LEX nr 1102649 i z dnia 25 listopada 2011 r., I ACa 465/11, LEX nr 1143494, Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 4 września 2008 r., I ACa 635/08, LEX nr 516553, Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 28 sierpnia 2008 r., I ACa 645/08, LEX nr 519238). W tym też duchu wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 2 grudnia 2008 r. (I ACa 391/08, Legalis), w którym uznał, że sformułowanie art. 15 uznk zakłada, iż w ocenie samego ustawodawcy czyny w przepisie stypizowane stanowią formę „utrudniania dostępu do rynku”. W konsekwencji „zbędne jest wykazywanie każdorazowo również tej przesłanki, wystarczające jest przedstawienie faktów świadczących o pobieraniu za przyjęcie do sklepu innych opłat niż marża handlowa” (tak samo wyr. Sądu Apelacyjnego

w Warszawie z dnia 15 marca 2011 r., I ACa 1162/10, LEX nr 1171440). W wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 21 sierpnia 2008 r. (I ACa 588/08, niepubl.) stwierdzono natomiast, że *"dodatkowe - poza marżą handlową opłaty - marketingowe, serwisowe i logistyczne zamiast ułatwić - utrudniły stronie powodowej dostęp do rynku"*. Nie poddaje się zatem – ze względu na treść normatywną art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk - analizie tego, czy wprowadzenie dodatkowych opłat faktycznie utrudniło dostawcy dostęp do rynku, uznając automatyczny związek tego skutku z samym pobieraniem opłat. W innym orzeczeniu sąd stwierdził, iż dostawcy nie muszą dowodzić, że w doszło do utrudniania dostępu do rynku, bowiem ze sformułowania art. 15 ust. 1 uznk wynika w sposób niewątpliwy, że pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, określone w pkt 4, jest formą utrudniania dostępu do rynku, stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji (wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5 listopada 2009 r., I ACa 56/09, niepubl.). Również Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 20 lutego 2009 r. (I ACa 65/09, Legalis) zauważył, że *"już samo zastrzeganie takich opłat jest uznawane przez ustawę za utrudnianie dostępu do rynku"*. Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 25 lutego 2010 r. (I ACa 107/10, Legalis) przyjął, że *"wskazanie w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jako formy utrudniania dostępu do rynku pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży ma ten skutek, że w przypadkach stanów faktycznych objętych hipotezą tej normy, nie jest konieczne dodatkowo wykazywanie, iż nastąpiło w jego wyniku utrudnienie dostępu do rynku; sam ustawodawca przesądził bowiem, że tego rodzaju stypizowane (>nazwane<) ustawowo zachowanie staje się per se czynem niedozwolonej konkurencji, a więc, że utrudnia ono dostęp do rynku"* (tak samo SA w Poznaniu w wyr. z 13 października 2010 r., I ACA 707/10, Legalis). Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 3 lipca 2008 r. (I ACa 462/08, niepubl.) orzekł, iż wykazanie, że nastąpiło pobieranie opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży „zwalnia sąd z dochodzenia do ustaleń i szczegółowego badania, na czym w konkretnej sprawie polegało utrudnianie powodowi dostępu do rynku” - kwestię tę określono jako *"nie mającą jurydycznego znaczenia"*. W praktyce powyższe założenie przekłada się na pomijanie przez sądy dowodów zmierzających do wykazania, iż utrudnienie do rynku w danej sprawie nie nastąpiło (por. wyr. Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2012 r., I CSK 147/12, LEX nr 1231301, wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 września 2013, I ACa 208/13, niepubl., z dnia 5 marca 2013 r., I ACa 1059/12, LEX nr 1313438, z dnia 28 czerwca 2013 r., I ACa 1504/12, niepubl. z dnia 10 września 2013 r., I ACa 97/13, niepubl.).

85. Należy podkreślić, iż przedstawiony pogląd o treści art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk - został wyrażony również w wyroku z dnia 26 stycznia 2006 r. (II CK 378/05, publ. Wokanda rok 2006, Nr 6, str. 8), w którym Sąd Najwyższy uznał, że *„zastrzeganie dodatkowych opłat przez przedsiębiorcę handlowego za samo to, że kupowane od dostawcy towary znajdują się w sprzedaży w sklepach należących do tego przedsiębiorcy, utrudnia w sposób oczywisty dostęp do rynku i w ten sposób narusza dobre obyczaje handlowe, o których mowa w art. 3 ust. 1 uznk”* (por. także np. post. SN z 19 maja 2011 r., I CSK 700/10, LEX nr 1294148)<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Równocześnie z założeniem, iż w przypadku pobierania opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży zawsze następuje utrudnienie do rynku wnoszącemu je przedsiębiorcy, w orzecznictwie wyraża się również pogląd, iż w przypadku czynów wymienionych w poszczególnych punktach art. 15 ust. 1, a zatem także pkt 4, zachodzi domniemanie prawne, że stanowią one utrudnienia w dostępie do rynku (por. post. SN z dnia 19 maja 2011 r., I

86. Należy też wskazać, że Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 14 marca 2013 r. (I ACa 1123/12, LEX nr 1322068) stwierdził, iż „dla uznania danego działania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarcza spełnienie przesłanek określonych w rozdziale drugim ustawy, bez konieczności odwoływania się do klauzuli generalnej określonej w art. 3 ustawy. Tylko wówczas, gdy przepisy nie zawierają stypizowanych czynów w rozdziale drugim ustawy, uzasadnione jest sięgnięcie do klauzuli generalnej. (...) art. 15 ust. 1 uznk zakłada naruszenie interesu drugiej strony poprzez utrudnienie dostępu do rynku. Owo utrudnianie dostępu należy postrzegać w sensie ekonomicznym jako podejmowanie działań umożliwiających innemu przedsiębiorcy rynkowej konfrontacji oferowanych towarów i usług w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji. (...) Jest to w kontekście przepisu art. 3 uznk szczególnym przypadkiem działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy” (tak podobnie w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 2 października 2012 r. I ACa 864/12, niepubl.). Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 20 lutego 2009 (I ACa 1128/08, LEX nr 1120057) również wskazał, iż „odwoływanie się do klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 jest uzasadnione jedynie, gdy rozdział 2 uznk nie typizuje konkretnego zachowania, jako czynu nieuczciwej konkurencji”.
87. Jak wynika z powyższego, orzecznictwo sądowe – w znacznej swej części - wychodzi z założenia, iż pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży zawsze utrudnia uiszczającemu je przedsiębiorcy dostęp do rynku, i uznało jednocześnie, iż takie działanie samo przez się narusza także dobre obyczaje, wypełniając tym samym przesłanki art. 3 ust. 1 uznk. Podobnie zatem jak w odniesieniu do przesłanki utrudnienia dostępu do rynku, pobieranie opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży jest tego rodzaju działaniem, które *per se* stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zawsze wyczerpując przesłanki prowadzące do takiej kwalifikacji, tj. że z natury rzeczy jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagraża lub narusza interes dostawcy.
88. Przy okazji powyższych rozważań, odnieść się należy do pojęcia rynku, który zgodnie z ze znaczącą częścią orzecznictwa, Sąd Okręgowy w wyroku z dnia z czerwca 2013 r. (sygn. akt ) określił jako „wyłącznie rynek kreowany przez strony transakcji” (por. post. Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2011 r., I CSK 700/10, LEX nr 1294148, tak samo np. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, wyr. z 13 marca 2013 r., I ACa 48/13, LEX nr 1353913, Sąd Apelacyjny w Krakowie, wyr. z dnia 20 lutego 2009, I ACa 65/09, LEX nr 516544). Należy zaznaczyć już tutaj, że takie rozumienie rynku jest ewenementem w prawie polskim i nie ma nic wspólnego z definicją tego pojęcia, o którym mówi art. 4 pkt 9 lub 11 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i przepisach europejskiego prawa konkurencji.
89. Konstrukcja prawna, wedle której „rynkiem” w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk są strony transakcji oznacza, iż pośrednicy handlowi (tacy jak Skarżący) utrudniają dostawcom dostęp do samych siebie, kupując ich towary i dzieje się to zawsze, w każdym

---

CSK 700/10, LEX nr 1294148, wyr. SN z dnia 12 kwietnia 2002 r., I CKN 610/00, LEX nr 55238, por. także wyr. Sąd Apelacyjny w Warszawie z dnia 15 marca 2013 r., I ACa 1101/12, LEX nr 1316294).

przypadku, gdy usługowo promują te towary w tworzonym przez siebie kanale dystrybucyjnym/marketingowym lub obejmują je działaniami logistycznymi, w celu ich sprzedaży ostatecznym nabywcom. Taka treść zawartych w skarżonym przepisie norm nie pozwala uznać, iż mają one za cel wyważenie tego, co byłoby zasadne (jaka kwota wynagrodzenia byłaby zasadna) w takim modelu aktywności gospodarczej stosowanym przez takich pośredników handlowych jak Skarżący (działających wedle modelu *modern retail* – o czym szerzej w Części V. uzasadnienia skargi), ale mechanizm eliminacji *en bloc* przejawów takich aktywności. Wyrazić tej rzeczywistej treści norm art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie wahał się m.in. Sąd Apelacyjny w Warszawie. W wyroku z dnia 18 lutego 2013 r. (I ACa 896/12, LEX nr 1294859) wskazał on wprost: *„uzależnianie przyjęcia towaru do sprzedaży od zapłacenia przez dostawcę innych opłat niż marża stosowana w stosunku do dalszych jego nabywców w istocie rzeczy ogranicza rentowność działalności prowadzonej przez dostawcę (...). Niepożądany efekt takich działań polega z drugiej strony na zwiększaniu zysków przedsiębiorcy pośredniczącego w handlu produktem pomiędzy poszkodowanym dostawcą a jego finalnym nabywcą, który nie odnosi z tego żadnej korzyści (...). Do wykazania, że działanie przedsiębiorcy pośredniczącego pomiędzy dostawcą a odbiorcą towaru stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, nie jest konieczne udowodnienie trudności związanych z wprowadzeniem towaru na rynek”*.

### **III.C. ODMIENNE ROZUMIENIE NORM SKARŻONEGO PRZEPISU – omówienie orzecznictwa wywodzącego z art. 15 ust. 1 pkt 4 normy zasadniczo odmienne, aniżeli zostały zastosowane w sprawie Skarżącego**

90. Jak wykazano, zasadnicza część treści normatywnych art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie wynika z jego literalnego brzmienia i – w zasadniczej mierze została wywiedziona przez wyżej opisaną linię orzecznictwa. Jak też była o tym mowa, normy te są niejednokrotnie ewenementem w polskim systemie prawa (np. koncepcja normatywna *„usług na towarze”*), a w wielu przypadkach także stanowiącymi wyjątek do podstawowych zasad rządzącymi poszczególnymi gałęziami prawa (np. przeniesienie ciężaru dowodu w zasadzie w całości na pozwanego, normatywna determinacja faktu nie spełnienia świadczenia; domniemania, przeciw którym dowód jest niedopuszczalny; ustalone przez orzecznictwo definicje *„rynku”* i *„utrudnienia dostępu do rynku”* nie poparte definicjami ustawowymi, itd.). Jednakże w orzecznictwie prezentowane są również poglądy prawne na temat normatywnego znaczenia art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, które – co nie może ująć uwagi – istotnie odbiegają od tego, które wypracowało opisane powyżej część orzecznictwa sądów powszechnych i SN oraz zostało zastosowane w sprawie Skarżącego .
91. Należy tu wskazać przede wszystkim wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2008 r. (III CSK 23/08, OSNC 2009, Nr 1, poz. 14). W wyroku tym wyrażono pogląd, iż opłaty za usługi marketingowe nie mogą być dla dostawcy niewspółmiernie większym obciążeniem finansowym niż koszty stworzenia samodzielnej akcji marketingowej (zjawisko tzw. *„nadmarketingu”*). Zatem koszty te nie powinny być - zdaniem SN - większe niż koszty tego rodzaju działań podejmowanych przez samego dostawcę. Tym samym Sąd Najwyższy przyjął, odmiennie niż uznano w sprawie Skarżącego, iż działania tego rodzaju

można wykonywać odpłatnie na rzecz tych dostawców (tj. mogą oni osiągać z tych działań korzyść, której wysokość jednak podlega badaniu). Podobnie przyjął Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 4 lipca 2012 r. (I ACa 476/12, niepubl.) wskazując, iż wysokość pobieranych opłat musi pozostawać w związku z kosztami działań promocyjnych (ich wartość musi być ekwiwalentna do kosztów podejmowanych działań). Z kolei w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 stycznia 2013 r. (V ACa 680/12, LEX nr 1286527) wskazano, iż „*nie można mówić o delikcie z art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. w sytuacji, gdy uzgodnionym i pobieranym >opłatom< towarzyszą konkretne czynności wykonywane na rzecz producenta (...) wprowadzenie towarów przez producenta do sieci sklepów, dotarcie do określonego rynku niejednokrotnie może łączyć się z dużo większymi kosztami, jakie musiałby ponieść producent, sam oddzielnie poszukując rynku zbytu, aniżeli uiszczone opłaty za zleconej w tej mierze czynności innemu podmiotowi*”.

92. Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2012 r. (I CSK 147/12, LEX nr 1231301) wskazano, iż „*nie można oczywiście wykluczać takiej sytuacji, w której strony skutecznie zastrzegły umową postanowienia w przedmiocie świadczenia przez kupującego na rzecz sprzedawcy usług dodatkowych za odrębnym wynagrodzeniem. Jeśli z ustalonego stabilnie stanu faktycznego wynikałoby, że takie usługi zlecone przez sprzedawcę zostały bezspornie faktycznie wykonane przez kupującego na rzecz sprzedawcy i to w zakresie i w sposób określony zgodnie z umową stron, to wówczas dopiero wynagrodzenie zapłacone w wysokości ekwiwalentnej za rzeczywiście spełnione świadczenie niepieniężne nie będzie stanowić innej niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży*”. Kierując się uwagami Sądu Najwyższego Sąd Apelacyjny w Warszawie postanowieniem z 9 grudnia 2013 r. (sygn. VI ACa 1562/12) dopuścił z urzędu dowód z opinii biegłego m.in. na okoliczność „*faktycznej użyteczności rzeczywiście świadczonych na rzecz powoda*” usług (a zatem korzyści z nich wynikających dla dostawcy), w tym polegających na reklamie towarów powoda w gazetce reklamowej pozwanej sieci handlowej.
93. Również inne elementy treści normatywnej art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk były przedmiotem zasadniczo odmiennych niż wyżej opisane (i zastosowane w sprawie Skarżącego), poglądów interpretacyjnych. I tak np. w wyroku z dnia 16 stycznia 2013 r. (I ACa 1301/12, LEX nr 1362733) Sąd Apelacyjny w Krakowie wskazał, iż „*nie do przyjęcia jest wykładnia art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., która ograniczałaby strony w możliwości kształtowania treści stosunku prawnego z wykorzystaniem konstrukcji wyraźnie przez prawo dopuszczonych, do których należy przepis art. 536 § 1 k.c., zezwalający stronom na określenie ceny przez wskazanie podstaw do jej ustalenia*”. Tym samym opowiedział się przeciwko stanowisku, iż formuła ustalenia ceny za usługę świadczoną na rzecz dostawcy przez pośrednika handlowego może mieć znaczenie przy kwalifikacji takiego wynagrodzenia jako opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży.
94. Z kolei Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 21 maja 2008 r. (sygn. akt I ACa 286/08) uznał, że: „*[u]mieszczenie produktów powódki w gazetce promocyjnej wydawanej przez pozwaną niewątpliwie skutkowało zapoznaniem z ofertą większej ilości potencjalnych odbiorców, zwiększyło sprzedaż detaliczną tych produktów, a w*

*konsekwencji przychody powódki z tytułu sprzedaży towarów do sieci [...]. Jak słusznie zatem podniosła skarżąca powódka z tytułu umieszczenia jej towarów w gazetkach odniosła wymierne korzyści ekonomiczne, ponosząc przy tym niewątpliwie mniejsze koszty niż potencjalne koszty analogicznej akcji reklamowej przeprowadzonej przez powódkę we własnym zakresie. Uznać zatem należy, że pozwana wykonała na rzecz powódki – na mocy wcześniejszych ustaleń stron – usługi promocyjno-reklamowe, mające na celu promowanie marki powódki, co uzasadniło obciążenie powódki należnościami za te świadczenia [...]".* Takie też stanowisko wyraził Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 19 czerwca 2012 r. (sygn. akt V ACa 320/12) uznając, że: „bez wątpienia prowadzone przez pozwanego akcje promocyjne wyrobów powoda przynosiły korzyść obu stronom umowy, gdyż przyczyniały się do zwiększenia sprzedaży reklamowanych towarów. Zysk osiągał więc sprzedawca (pozwany) i producent (powód), gdyż ich jednostkowy zysk pomnażała ilość sprzedanych produktów. Co więcej, akcje promocyjne w gazetce pozwanego utrwały markę produktów powoda i uzależniały ich renomę od związków z siecią pozwanego. Te produkty stały się bowiem znane jako wyrób powoda, a ich utrwalona marka gwarantowała określony poziom sprzedaży także poza siecią sklepów pozwanego.” Sąd Apelacyjny w Gdańsku wyraził zatem w powyższych wyrokach stanowisko, iż usługi reklamowe, polegające na publikacji pochodzących od dostawcy towarów w gazetkach reklamowych pośrednika handlowego (takiego jak Skarżący) mogą i przynoszą temu dostawcy określone korzyści. Stanowisko orzecznictwa ostatnio przywołane jest oczywiście sprzeczne z poglądem prawnym wyrażonym w opisywanym wcześniej orzecznictwie, w tym w sprawie cywilnej przeciwko skarżącemu, iż tego rodzaju usługa jest zawsze „pozorna”, gdyż nigdy, z mocy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, nie może przynosić dostawcy korzyści (jako tzw. „usługa na towarze”).

95. W odniesieniu do kwestii braku ekwiwalentności wynagrodzenia za usługi, jeśli przyjęto sposób ustalenia jego wysokości jako procentu od obrotu osiągniętego w określonym czasie między stronami odmienne niż w sprawie Skarżącego, Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 16 stycznia 2013 r., I ACa 1301/12, LEX nr 1362733, wskazał, iż „nie do przyjęcia jest wykładnia art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., która ograniczałaby strony w możliwości kształtowania treści stosunku prawnego z wykorzystaniem konstrukcji wyraźnie przez prawo dopuszczonych, do których należy przepis art. 536 § 1 k.c., zezwalający stronom na określenie ceny przez wskazanie podstaw do jej ustalenia.”
96. Należy wreszcie zwrócić uwagę na rozbieżności w odniesieniu do przesłanki utrudnienia dostępu do rynku. Jak wskazano w pkt 54 (vi) niniejszego pisma, część orzecznictwa przyjmuje, iż norma art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zawiera konstrukcję normatywną, nakazującą przyjąć, iż w przypadku pobierania opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży zawsze następuje utrudnienie do rynku wnoszącemu je przedsiębiorcy. Równocześnie, a często nawet w tych samych wyrokach, stwierdza się, iż w przypadku czynów wymienionych w poszczególnych punktach art. 15 ust. 1, a zatem także pkt 4, zachodzi domniemanie prawne, że stanowią one utrudnienia w dostępie do rynku (por. post. SN z dnia 19 maja 2011 r., I CSK 700/10, LEX nr 1294148, wyr. SN z dnia 12 kwietnia 2002 r., I CKN 610/00, LEX nr 55238, por. także wyr. Sąd Apelacyjny w Warszawie z dnia 15 marca 2013 r., I ACa 1101/12, LEX nr 1316294). Należy już tutaj stwierdzić, że ostatnio przywołane rozbieżności są źródłem nie dającej się usunąć niepewności co do obowiązków i praw

procesowych pozwanego pośrednika handlowego. Nie wiadomo bowiem czy należy prowadzić dowód mający na celu obalenie domniemania czy też, zgodnie z odmiennym stanowiskiem części orzecznictwa jest to zbędne, bowiem albo mamy do czynienia z normatywnym przesądzeniem ww. kwestii, albo co najmniej z domniemaniem prawnym nieobalalnym.

#### **CZEŚĆ IV.**

#### **UWAGI PRAWNOPORÓWNAWCZE - brak regulacji odpowiadającej treści normatywnej art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w systemach prawnych wybranych państw oraz Unii Europejskiej**

97. Zanim Skarżący przejdzie do opisanego naruszonego przepisem art. 15 ust. 1 pkt 4 wzorców konstytucyjnych, godzi się też poczynić kilka uwag prawnoporównawczych. Normy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, których treść została wywiedziona przez orzecznictwo we wskazany powyżej sposób (vide Część III. A i B uzasadniania skargi), nie mają odpowiedników w systemach prawnych mających dużo dłuższe i bogatsze doświadczenia w zakresie regulacji działalności gospodarczej nowoczesnego handlu. Skarżący wykaże to na przykładzie trzech państw – Stanów Zjednoczonych, Niemiec i Wielkiej Brytanii. Brak jest takich norm także w systemie prawa Unii Europejskiej, a ich wprowadzenie nie jest nawet przedmiotem toczących się aktualnie prac nad ewentualnym uregulowaniem na poziomie prawa UE kwestii relacji pomiędzy sieciami handlowymi a ich dostawcami.
98. W Stanach Zjednoczonych problem tzw. „opłat półkowych” (*slotting fees, slotting allowances*), rozumianych jako opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży, opłaty za kontynuację współpracy handlowej i opłaty za wyłączność na półce, był przedmiotem analiz organów federalnych, żadne kroki zmierzające do uregulowania tego rodzaju działalności nie zostały jednak do dzisiaj podjęte. W roku 1999 tematyka opłat półkowych stała się przedmiotem zainteresowania amerykańskiego Senatu, którego Komisja ds. małych przedsiębiorstw i przedsiębiorczości (*Committee on Small Business and Entrepreneurship*) przeprowadziła wysłuchanie ekspertów i przedsiębiorców z branży spożywczej. Działania Komisji nie przyniosły jednak konkretnych wniosków, poza zwróceniem się przez jej przewodniczącego do Federalnej Komisji Handlu (*Federal Trade Commission* – agencja federalna, której zadaniem jest ochrona konsumentów przez przeciwdziałanie praktykom antykonkurencyjnym<sup>25</sup>) o bardziej wnikliwe zbadanie problemu<sup>26</sup>. Komisja podjęła się zbadania relacji pomiędzy dostawcami a sieciami handlowymi, z tym że przede wszystkim badała czy opłaty półkowe mogą być przejawem porozumień cenowych pomiędzy sieciami handlowymi, o skutku ograniczającym konkurencję oraz czy opłaty takie mogą stanowić barierę dla wprowadzania na rynek nowych produktów, a zatem przedmiotem zainteresowania Komisji były zagadnienia regulowane w Polsce przede wszystkim przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów. W opublikowanym w lutym 2001 r. Raporcie z badania dotyczącego opłat półkowych i innych praktyk handlowych w sektorze dóbr konsumpcyjnych („*Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and other Marketing Practices in the Grocery Industry*”)<sup>27</sup>, wobec rozbieżności poglądów odnośnie do

<sup>25</sup> Ustawa o Federalnej Komisji Handlu z 1914 r., *Federal Trade Commission Act 1914*, 15 U.S.C §§ 41-58 as amended.

<sup>26</sup> *United States Congressional Serial Set*, nr 14690, *Senate Reports* nr 16-39, s. 112 – 115.

<sup>27</sup> *Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and other Marketing Practices in the Grocery Industry, A Report by Federal Trade Commission Staff, February 2001*, dostępny pod adresem: <http://www.ftc.gov>.

niekorzystnego wpływu tzw. opłat półkowych na konkurencję na rynku oraz dobro konsumentów, Komisja nie rekomendowała podjęcia jakichkolwiek kroków prawnych zmierzających do uregulowania praktyk tego rodzaju. Stanowisko Komisji pozostało niezmiennie również w kolejnym raporcie zatytułowanym "Opłaty półkowe w handlu dobrami konsumpcyjnymi: wybrane przykłady z praktyki w pięciu kategoriach produktów" („*Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry: Five Case Studies in Five Product Categories*”)<sup>28</sup>, opublikowanym w listopadzie 2003 r. W efekcie ustawodawca federalny nie podjął działań zmierzających do uregulowania w jakikolwiek sposób kwestii opłat półkowych. Pobieranie tego rodzaju opłat nie było także przedmiotem interwencji amerykańskich organów antymonopolowych.

99. Brak w systemie prawnym Stanów Zjednoczonych ustawodawstwa i praktyki odnoszących się do pobierania tzw. opłat półkowych przez sieci handlowe jest wyrazem panującego tam przekonania, iż pobieranie tego rodzaju opłat nie ma negatywnego wpływu na funkcjonowanie rynku<sup>29</sup>, jest uzasadnione wysokim popytem na miejsca na półkach w sieciach handlowych, stanowiących samodzielny towar<sup>30</sup>, a nadto ułatwia wprowadzanie do obrotu nowych produktów, zdejmując z sieci handlowych ryzyko ich znikomej pokupności<sup>31</sup>. Należy wskazać, iż w ogóle nie było przedmiotem przytoczonych analiz czy dopuszczalne jest świadczenie na rzecz dostawców przez sieci handlowe konkretnych usług lub udzielanie przez tych ostatnich rabatów nabywcom ich towarów – mowa była wyłącznie o tzw. opłatach półkowych *sensu stricte*, tj. nie stosowanych już w Polsce (z uwagi na wprowadzenie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk) opłatach za samo wejście do sieci, kontynuację współpracy, wprowadzenie do sieci nowego produktu lub też opłatach za miejsce na półce.
100. Należy na marginesie wskazać, iż możliwość indywidualnego zwalczania przez dostawców praktyki pobierania przez sieci handlowe tzw. opłat półkowych, w sposób zbliżony do określonego w art. 18 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, była na gruncie amerykańskim przedmiotem rozważań teoretycznych. Spekulowano, iż możliwe byłoby wystąpienie przez dostawcę przeciwko sieci handlowej z roszczeniami o charakterze odszkodowawczym na podstawie sekcji 2(c) ustawy o zakazie dyskryminacji cenowej (*Anti-Price Discrimination Act* z 1936 r., tzw. *Robinson-Patman Act*, pub. L. No. 74-692, 49 Stat. 1526, cod. at 15 U.S.C. § 13), który zakazuje dyskryminacji cenowej poprzez płacenie lub pobieranie fikcyjnych prowizji (jako praktyki o skutku ograniczającym konkurencję)<sup>32</sup>. Brak jednak przykładów praktycznego zastosowania tej normy w opisany sposób.

<sup>28</sup> *An Federal Trade Commission Staff Study 'Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry: Five Case Studies in Five Product Categories', November 2003*, dostępny pod adresem: <http://www.ftc.gov>.

<sup>29</sup> M. M. Jennings et. al., *The Economics, Ethics and Legalities of Slotting Fees and Other Allowances in Retail Markets*, The Journal of Law and Commerce University of Pittsburgh, 2002, s. 44, Z. Altschuler; *The Refrigerated Real Estate Boom: Who Is Really Paying the Price of Slotting?*, Columbia Business Law review nr 3 2004, s. 854; J. D. Wright, B. Klein, *The Economics of Slotting Contracts*, Journal of Law and Economics, Vol. 50, August 2007, s. 46.

<sup>30</sup> K. Sudhir, V. R. Rao, *Are Slotting Allowances Efficiency-Enhancing or Anti-Competitive?*, Journal of Marketing Research, 2005, s. 26; Z. Altschuler, *ibidem*, s. 854.

<sup>31</sup> M. M. Jennings et. al., *ibidem*, s. 45; Z. Altschuler, *ibidem* s. 854-855; M. W. Sullivan, *Slotting Allowances and the Market for New Products*, Journal of Law and Economics, Vol. 40, No. 2 (October 1997) s. 491.

<sup>32</sup> E. Lee, *Notes and Comments: Supermarket Slotting Fees (Allowances): Are They Legal under Sections 2(c) and 2(d) of the Robinson-Patman act?*, Whittier Law Review 2000, s. 611.

101. Normy prawnej zbliżonej do polskiego art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk - ani wyrażonej *expressis verbis*, ani odczytanej przez orzecznictwo - nie zawiera także prawo niemieckie, mimo tego, że polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest niemal identyczna jak niemiecka *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*<sup>33</sup> (czyli właśnie „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”) z 3 lipca 2004 r. Tak jak jej polska odpowiedniczka, ustawa niemiecka zawiera w art. 3 ust. 1 klauzulę generalną czynu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którą: „*nieuczciwe praktyki handlowe są zakazane, jeśli zagrażają interesom konkurentów, konsumentów i innych podmiotów funkcjonujących na rynku*” („*Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen*”). Odmienne jednak niż w Polsce, ustawa niemiecka nie wskazuje utrudnienia dostępu do rynku jako czynu nieuczciwej konkurencji, w jej części szczególnej nie odnajdujemy natomiast odniesienia się do problemu tzw. „opłat półkowych”. Jak wskazano, normy takiej nie odnalazło również w przepisach ustawy niemieckiej orzecznictwo, w związku z czym podobnie jak w Polsce przed wprowadzeniem do uznk art. 15 ust. 1 pkt 4, uznaje się, iż treść stosunków zobowiązaniowych pomiędzy dostawcami a sieciami handlowymi może być dowolnie kształtowana w granicach wyznaczonych przez zasadę swobody umów<sup>34</sup>.
102. W Wielkiej Brytanii tematyka naruszeń zasad uczciwej konkurencji w relacjach pomiędzy dostawcami a sieciami handlowymi jest przedmiotem debaty od wielu lat, obowiązuje także specjalna regulacja prawna - Kodeks dobrych praktyk w łańcuchu dostaw towarów konsumpcyjnych („*Grocery Supply Code of Practice*”, dalej „GSCOP”), który reguluje zasady współpracy handlowej w tej relacji. Powołano także specjalny organ mający stać na straży przestrzegania zapisów Kodeksu – Sędziego Kodeksu („*Groceries Code Adjudicator*”), któremu przyznano uprawnienia do rozstrzygania sporów pomiędzy dostawcami a sieciami handlowymi, przeprowadzania kontroli i nakładania kar. Żaden z przepisów brytyjskiego Kodeksu nie pokrywa się jednak z normą przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk<sup>35</sup>.
103. Kwestia przestrzegania zasad uczciwej konkurencji w omawianym sektorze runku leży w

<sup>33</sup> Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) z 3 lipca 2004 r., t.j. Bundesgesetzblatt, z 3 marca 2010, I/254”.

<sup>34</sup> Podobnie jak w Polsce, ograniczeniem tej swobody mogą być przepisy publicznego prawa konkurencji, w tym przepisy ustawy o przeciwdziałaniu naruszeniom konkurencji z 26 sierpnia 1998 r. (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Bundesgesetzblatt (Federal Law Gazette) I, page 2114; 2009 I page 3850), as last amended by Article 3 of the Act of 26 July 2011 (Federal Law Gazette I, page 1554) , odpowiadającej zakresowi regulacji polskiej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W tym zakresie należy wskazać na §1 ustawy niemieckiej, który tak jak art. 6 ust. 1 ustawy polskiej głosi, iż „zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym” („Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten”), a także §19 ust. 1-4, odpowiadającego art. 9 ust. 1-3 ustawy polskiej, który zakazuje nadużywania pozycji dominującej („zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców” – „die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten”).

<sup>35</sup> Podobnie jak w przypadku Niemiec i innych krajów Unii Europejskiej, zastosowanie znajdować mogą przepisy z zakresu publicznego prawa konkurencji, w tym zakaz porozumień monopolistycznych lub nadużywania pozycji dominującej.

Wielkiej Brytanii w zakresie kompetencji Komisji Konkurencji („*Competition Commission*”), brytyjskiego organu ochrony konkurencji odpowiadającego polskiemu UOKiK, powołanego na podstawie brytyjskiej ustawy o konkurencji z 9 listopada 1998 r. („*Competition Act 1998*”)<sup>36</sup>. Uprawnienia Komisji reguluje przede wszystkim ustawa o przedsiębiorstwach z 7 listopada 2002 r. („*Enterprise Act 2002*”)<sup>37</sup>, regulująca też działanie Biura Uczciwego Handlu („*Office of Fair Trading*”), którego zakres kompetencji odpowiada zakresowi kompetencji polskiego UOKiK w odniesieniu do ochrony konsumentów.

104. Podobnie jak w przypadku Stanów Zjednoczonych, kwestia tzw. „*opłat półkowych*” stała się przedmiotem zainteresowania władz brytyjskich w 1999 r., kiedy to Biuro Uczciwego Handlu zwróciło się do Komisji Konkurencji o zbadanie zasad działania supermarketów względem ich dostawców<sup>38</sup>. Po przeprowadzeniu wnioskowanego badania Komisja Konkurencji opublikowała Raport o dostawach towarów konsumpcyjnych do sklepów w Zjednoczonym Królestwie („*Report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom*”), w oparciu o który rekomendowała, aby rząd przyjął kodeks dobrych praktyk, regulujący relacje handlowe pomiędzy sieciami handlowymi a ich dostawcami<sup>39</sup>. Rekomendacja spotkała się z aprobatą Ministerstwa Handlu i Przemysłu<sup>40</sup>, w efekcie czego minister handlu zobowiązał<sup>41</sup> sześć sieci handlowych<sup>42</sup> do podjęcia wskazanych działań w formie Kodeksu dobrych praktyk dla supermarketów („*Code of Practice for Supermarkets IN Their Dealings with Suppliers*”)<sup>43</sup>. W opublikowanym w lutym 2004 r. raporcie Biura Uczciwego Handlu o funkcjonowaniu Kodeksu wskazano jednak, iż okazał się on nieskuteczny<sup>44</sup> (z uwagi na niewiążący charakter). Mając to na uwadze, w maju 2006 r. Biuro ponownie zwróciło się do Komisji Konkurencji o zbadanie tym razem „*łańcucha dostaw towarów konsumpcyjnych*”. Komisja przeprowadziła analizę i w dniu 30 kwietnia 2008 r. opublikowała raport zatytułowany „*Badanie łańcucha dostaw towarów konsumpcyjnych na rynku Zjednoczonego Królestwa*” („*The supply of groceries in the UK market investigation*”)<sup>45</sup>. Raport dotyczył szerokiego wachlarza zagadnień z zakresu

<sup>36</sup> Competition Act 1998, Pub.L. 105-366, 112 Stat. 3302, enacted 1998-11-10.

<sup>37</sup> Enterprise Act 2002, treść dostępna pod adresem: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents>.

<sup>38</sup> Informacja prasowa Biura Uczciwego Handlu nr PN 33/98, 30 lipca 1998, Informacja prasowa Biura Uczciwego Handlu nr PN 11/99, 8 kwietnia 1999 (w tamtym okresie uprawnienie Biura w zakresie zwracania się do Komisji Konkurencji o zbadanie określonych praktyk rynkowych pod kątem ich zgodności z obowiązującymi przepisami z zakresu ochrony konkurencji przewidywała nie obowiązująca już ustawa o uczciwym handlu z 1973 r. („*Fair Trading Act 1973*”).

<sup>39</sup> *Report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom*, październik 2000, dostępny pod adresem: [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/2000/fulltext/446c1.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2000/fulltext/446c1.pdf).

<sup>40</sup> Informacja prasowa Ministerstwa Handlu i Przemysłu (DTI) nr P/2000/64 z 10 października 2000 („*Byers publishes Competition Commission report on supermarkets*”), Informacja prasowa Ministerstwa Handlu i Przemysłu (DTI) nr 2001/606 („*Hewitt backs good behaviour code for supermarket suppliers*”), 31 października 2001.

<sup>41</sup> Na podstawie sekcji 88.2 nie obowiązującej już ustawy o uczciwym handlu z 1973 („*Fair Trading Act 1973*”).

<sup>42</sup> Były to Tesco plc, J Sainsbury plc, Safeway Stores plc oraz Asda Group Limited & Asda Stores Limited.

<sup>43</sup> *Code of Practice for Supermarkets in Their Dealings with Suppliers*, dostępny pod adresem: <http://www.cla.org.uk/sites/default/files/PDF%20Documents/Consultation%20Responses/Codeofpractice.pdf>

<sup>44</sup> *The supermarkets code of practice: Report on the review of the operation of the code of practice in the undertakings given by Tesco, Asda, Sainsbury and Safeway to the Secretary of State for Trade and Industry on 18 December 2001*, dostępny pod adresem [http://www.oft.gov.uk/shared\\_oftr/reports/consumer\\_protection/oft697.pdf](http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/consumer_protection/oft697.pdf), s. 2.

<sup>45</sup> *The supply of groceries in the UK market investigation*, dostępny pod adresem: [http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep\\_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf)

prawa konkurencji, odnosił się m.in. do kwestii koncentracji na rynku sklepów wielkopowierzchniowych, zagadnień dominacji horyzontalnej, barier wejścia na rynek przez nowe sieci, itd. Odniesiono się tam jednak również do kwestii relacji handlowych pomiędzy dostawcami a sieciami handlowymi. Stwierdzono m.in., iż: niektóre sieci handlowe wykorzystują przewagę rynkową względem swoich dostawców, stosując praktyki handlowe, skutkiem których na dostawców przenosi się w nadmiernym stopniu ryzyko ekonomiczne współpracy handlowej z sieciami oraz obciąża nieoczekiwanymi kosztami, zwłaszcza w drodze retrospektywnego modyfikowania warunków współpracy handlowej<sup>46</sup>. Wobec powyższego Komisja ustanowiła, tym razem w formie dekretu („order”), obecnie obowiązujący Kodeks dobrych praktyk w łańcuchu dostaw towarów konsumpcyjnych (GSCOP)<sup>47</sup>. Również tym razem skierowany został on tylko do wskazanych sieci handlowych (o rocznych obrotach przekraczających 1 miliard funtów)<sup>48</sup>. Kodeks wszedł w życie 4 lutego 2010 r.

105. Kodeks zakazuje retrospektywnej zmiany warunków współpracy handlowej (sekcja 3.1.) oraz nakazuje dokonywanie płatności na rzecz dostawców w „rozsądnym” czasie po otrzymaniu faktury (sekcja 5). W zakresie usług reklamowych, zakazuje się: obciążania dostawcy kosztami reklamy własnej sieci handlowej, ale tylko o ile nie zostało to przewidziane w umowie o współpracę handlową łączącą strony (sekcja 6), pobierania opłat za miejsce na półce, o ile nie jest to związane z promocją (sekcja 12) oraz obciążania dostawcy większością kosztów promocji (sekcja 13.1). Jeśli chodzi o reklamę produktów danego dostawcy, Kodeks nie przewiduje ograniczeń w tym zakresie, innych niż obowiązek pisemnego informowania dostawcy o planowanej promocji oraz zakaz obciążania dostawcy kosztami reklamy retrospektywnie, jeśli stosownych ustaleń nie było w umowie o współpracę handlową (sekcja 13.2). Poza tym, na sieci handlowe nałożono szereg obowiązków informacyjnych względem Biura Uczciwego Handlu. Zostały one także zobowiązane do inkorporowania Kodeksu do umów o współpracę handlową. Kodeks wprowadził także obligatoryjny arbitraż w zakresie sporów pomiędzy dostawcami, a sieciami handlowymi (sekcja 11 dekretu wprowadzającego Kodeks). W drodze ustawy o Sędzi Kodeksu („*The Grocery Code Adjudicator Act 2013*”)<sup>49</sup>, która weszła w życie w dniu 25 lipca 2013, powołano urząd Sędziego Kodeksu, któremu powierzono funkcję arbitra w sporach na gruncie Kodeksu (a więc funkcję orzeczniczą). Dodatkowo, Sędzia ma uprawnienia kontrolne (sekcje 4-8 ustawy) oraz prawo nakładania kar pieniężnych na sieci nieprzestrzegające Kodeksu<sup>50</sup> (sekcja 9 ustawy). Do końca 2013 r. Sędzia nie podjął żadnych działań kontrolnych, które wstrzymane zostały do publikacji wytycznych w tym zakresie (nastąpiło to dopiero 13 grudnia 2013 r.<sup>51</sup>). Nie zakończyło się też do tego czasu

<sup>46</sup> *Ibidem*, s. 12.

<sup>47</sup> *The Groceries (Supply Chain Practices) Market Investigation Order 2009*, dostępny pod adresem: [http://www.oft.gov.uk/shared\\_of/monopolies/GSCOP-Order.pdf](http://www.oft.gov.uk/shared_of/monopolies/GSCOP-Order.pdf).

<sup>48</sup> Są to Asda Stores Limited, a subsidiary of Wal-Mart Stores Inc, Co-operative Group Limited, Marks & Spencer plc, Wm Morrison Supermarkets plc, J Sainsbury plc, Tesco plc, Waitrose Limited, a subsidiary of John Lewis plc, Aldi Stores Limited, Iceland Foods Limited, a subsidiary of the Big Food Group i Lidl UK GmbH.

<sup>49</sup> *The Grocery Code Adjudicator Act 2013*, dostępny pod adresem [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/19/pdfs/ukpga\\_20130019\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/19/pdfs/ukpga_20130019_en.pdf).

<sup>50</sup> Sposób ustalania i maksymalną wysokość opłat mają być zgodnie z ustawą przedmiotem dalszego aktu prawnego, którego jednak do tej pory nie uchwalono.

<sup>51</sup> *Statutory guidance on how the Groceries Code Adjudicator will carry out investigation and enforcement function*, dostępne pod adresem [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/267639/GCA\\_Statutory\\_Guidance\\_on\\_investigation\\_and\\_enforcement.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/267639/GCA_Statutory_Guidance_on_investigation_and_enforcement.pdf).

żadne postępowania arbitrażowe.

106. Również w systemie prawa Unii Europejskiej brak regulacji zbliżonej do polskiego art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. Chcąc adekwatnie monitorować stan stosunków gospodarczych pomiędzy sieciami handlowymi a dostawcami, z zamiarem podjęcia w przyszłości w tym zakresie działań legislacyjnych<sup>52</sup>, Komisja Europejska powołała w 2010 r. Forum Wysokiego Szczebla do spraw Poprawy Funkcjonowania Łańcucha Dostaw Żywności<sup>53</sup>, którego celem jest: wspieranie Komisji w procesie opracowywania polityki dotyczącej sektora rolno-spożywczego, zapewnienie odpowiedzialnej konkurencyjności całego łańcucha dostaw żywności (Forum stanowi kontynuację i rozszerzenie prac dawnej Grupy Wysokiego Szczebla ds. Konkurencyjności Europejskiego Przemysłu Rolno-Spożywczego). Forum składa się z 45 członków reprezentujących państwa członkowskie, europejskie przedsiębiorstwa zajmujące się produkcją, przetwarzaniem lub dystrybucją żywności, stowarzyszenia zawodowe oraz organizacje pozarządowe reprezentujące interesy obywateli<sup>54</sup>. Przy współudziale Forum powstał najważniejszy dotychczas dokument Komisji dotyczący zagadnienia relacji umownych pomiędzy sieciami handlowymi i ich dostawcami<sup>55</sup>, tj. *„Zielona księga w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między przedsiębiorstwami”* z dnia 31 stycznia 2013 r.<sup>56</sup> Zielona księga (ang. *green paper*) to dokument prezentujący aktualny stan określonego zagadnienia, służący procedurze konsultacyjnej pomiędzy instytucjami UE, a także z państwami członkowskimi i obywatelami UE. Zielona księga zazwyczaj stanowi punkt wyjścia dla opracowania białej księgi<sup>57</sup>, będącej z kolei dokumentem zawierającym opracowane urzędowo, koncepcyjne propozycje odnoszące się do określonej dziedziny polityki unijnej, prezentujący katalog konkretnych propozycji i środków, których realizacja ma służyć urzeczywistnieniu zadań traktatowych<sup>58</sup>. Mając na uwadze swój charakter prawny, Zielona księga nie rodzi żadnych obowiązków ani dla Państw Członkowskich, ani dla jednostek. Jest to dokument konsultacyjny – w swej treści zawiera ogólny opis przedmiotowych zjawisk, ogólne

<sup>52</sup> Należy zwrócić uwagę, iż na szczeblu prawa UE obecnie obowiązują już regulacje dotyczące w sposób pośredni omawianego zagadnienia, np.: dyrektywa 2005/29/WE dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym, dyrektywa 2006/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej, dyrektywa 2011/7/UE w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych, rozporządzenie (UE) nr 261/2012 dotyczące stosunków umownych w sektorze mleka i przetworów mlecznych, dyrektywa 93/13/EWG w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich.

<sup>53</sup> Decyzja Komisji ws. powołania Forum Wysokiego Szczebla do spraw Poprawy Funkcjonowania Łańcucha Dostaw Żywności, Dz.U. UE C2010 nr 210 poz. 3, s. 4; Decyzja Komisji z dnia 19 grudnia 2012 r. zmieniająca decyzję z dnia 30 lipca 2010 r. w odniesieniu do jej stosowania oraz do składu Forum Wysokiego Szczebla do spraw Poprawy Funkcjonowania Łańcucha Dostaw Żywności (2012/C 396/06), Dz.U. UE C-396/17, z 21.12.2012.

<sup>54</sup> Komunikat prasowy Komisji European Commission - IP/11/1469 29/11/2011, dostępna pod adresem [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-1469\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1469_en.htm?locale=en).

<sup>55</sup> Należy podkreślić, iż o ile nie istnieje bogate prawodawstwo unijne odnoszące się do nieuczciwych praktyk rynkowych przedsiębiorców wobec konsumentów, nie istnieją w zasadzie przepisy, które regulowałyby tego samego rodzaju praktyki w relacjach między przedsiębiorcami („B2B”), por.: Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych).

<sup>56</sup> Zielona księga w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między przedsiębiorstwami z dnia 31 stycznia 2013 r., COM(2013) 37.

<sup>57</sup> Anna Ogonowska, *Vademecum informacji o prawie Unii Europejskiej*, „Zeszyty OIDE” nr 2/2003, s. 23.

<sup>58</sup> Zbigniew Czachór, *Słowniczek europejski*, Warszawa 1996, s. 4.

propozycje oraz, w szczególności pytania skierowane do rządów Państw Członkowskich i partnerów społecznych (poniżej zwrócimy uwagę na niektóre z tych odpowiedzi).

107. W Zielonej księdze Komisja nie przedstawia jednoznacznej definicji nieuczciwych praktyk handlowych, wskazując jedynie ich przykłady. Nieuczciwymi praktykami są zatem zdaniem Komisji np. nieprzekazywanie wystarczająco szczegółowych informacji na temat warunków umowy, żądanie zapłaty za towary lub usługi, które nie mają dla jednej z stron umowy żadnej wartości, jednostronna zmiana warunków umowy lub zmiana tychże warunków z mocą wsteczną, czy też na pobieraniu płatności za fikcyjne usługi lub uniemożliwianiu kontrahentom zaopatrywania się w innych państwach członkowskich, co prowadzi do geograficznego podziału jednolitego rynku<sup>59</sup>. Odnosząc się w dalszej części Zielonej księgi m.in. do omówionego wcześniej raportu Brytyjskiej Komisji Konkurencji pt. „*Badanie łańcucha dostaw towarów konsumpcyjnych na rynku Zjednoczonego Królestwa*” („*The supply of groceries in the UK market investigation*”)<sup>60</sup>, Komisja Europejska wskazała na korygowanie cen z mocą wsteczną, finansowanie już zakończonych promocji, opłaty za utrzymywanie danych produktów w ofercie i za ich ekspozycję, składki na poczet działalności dodatkowej prowadzonej przez detalistę (w tym opłaty za akcje promocyjne), mobbingu i zastraszania<sup>61</sup>. Na tej bazie Komisja wskazała na szereg przykładów nieuczciwych praktyk, które mogłyby jej zdaniem być przedmiotem ewentualnej przyszłej interwencji ustawodawcy europejskiego:

- (i) wieloznaczne warunki umowne, które umożliwiają narzucenie słabszej stronie umowy dodatkowych zobowiązań (pkt 5.1.)<sup>62</sup>;
- (ii) brak pisemnej umowy (pkt 5.2.)<sup>63</sup>;
- (iii) zmiany umowy z mocą wsteczną, np. dokonywanie potrąceń od wykazanych na fakturze kwot na pokrycie kosztów promocji, jednostronne rabaty uzależnione od wielkości sprzedaży, opłaty za przyjęcie towarów do sprzedaży, które są nieuczciwe, jeśli „nie zostały uprzednio uzgodnione w odpowiednio precyzyjny sposób” (pkt 5.3.)<sup>64</sup>;
- (iv) nieuczciwe przeniesienie ryzyka handlowego, na przykład poprzez obciążenie dostawcy pełną odpowiedzialnością za skradzione towary lub nadużywanie praktyki tzw. „odwróconej marży”, tj. łączenie zakupów towarów z pewnymi dodatkowymi usługami, które detalista świadczy za opłatą na rzecz swoich dostawców (np. opłaty promocyjne i transportowe, usługi związane z wykorzystaniem przestrzeni na półkach sklepowych itp.); wskazano, iż praktyki tego rodzaju są w większości przypadków zgodne z prawem, o ile wiążą się z faktycznymi usługami, są proporcjonalne oraz są pobierane w przejrzysty sposób<sup>65</sup>;

<sup>59</sup> Zielona księga w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między przedsiębiorstwami z dnia 31 stycznia 2013 r., COM(2013) 37, s. 7

<sup>60</sup> *The supply of groceries in the UK market investigation*, dostępny pod adresem: [http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep\\_pub/ reports/ 2008/ fulltext/538.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/ reports/ 2008/ fulltext/538.pdf)

<sup>61</sup> Zielona księga w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między przedsiębiorstwami z dnia 31 stycznia 2013 r., COM(2013) 37, s. 8-9

<sup>62</sup> *Ibidem*, s.21

<sup>63</sup> *Ibidem*, s. 21

<sup>64</sup> *Ibidem*, s. 21

<sup>65</sup> *Ibidem*, s. 21

- (v) nieuczciwe wykorzystanie informacji (pkt 5.5.)<sup>66</sup>;
- (vi) nieuczciwe rozwiązanie stosunku handlowego, tj. nagłe i nieuzasadnione rozwiązanie stosunku handlowego lub rozwiązanie go bez zachowania stosownego okresu wypowiedzenia (pkt 5.6.)<sup>67</sup>;
- (vii) terytorialne ograniczenia dostaw (pkt 5.7.)<sup>68</sup>.

108. Należy zwrócić uwagę, iż odnosząc się do nieuczciwego przeniesienia ryzyka handlowego, zdaniem Komisji uczciwa praktyka mogłaby przewidywać konieczność uzgodnienia przez strony umowy, że każda z nich przyjmuje odpowiedzialność za swoje własne ryzyko i nie będzie podejmować nieuzasadnionych prób przeniesienia swojego ryzyka na drugą stronę. Strony umowy powinny uzgodnić warunki regulujące ich wkład we działalność własną drugiej strony lub jej działalność promocyjną. Opłaty za zasadne usługi powinny odpowiadać ich wartości. Uczciwa praktyka mogłaby również przewidywać, że w przypadku uzgodnienia przez obie strony opłat za przyjęcie towarów do sprzedaży, opłaty te powinny być współmierne do ponoszonego ryzyka. Strony umowy nigdy nie powinny żądać zapłaty za niezrealizowane usługi czy też niedostarczone towary oraz nigdy nie powinny żądać płatności rażąco odbiegających od wartości/kosztów świadczonej usługi<sup>69</sup>.
109. Zielona Księga spotkała się z obszernym odzewem zarówno Państw Członkowskich jak i podmiotów indywidualnych, głównie przedsiębiorców i organizacji przedsiębiorców. Łącznie w okresie 31 stycznia 2013 r. a 30 kwietnia 2013 r. wpłynęło do Komisji 207 odpowiedzi<sup>70</sup>. W odpowiedzi na pytania sformułowane w Zielonej księdze rząd Polski opowiedział się za wprowadzeniem na poziomie wspólnotowym wiążącego instrumentu ustawodawczego w przedmiotowym zakresie<sup>71</sup>. Odnosząc się do przedstawionego przez Komisję przykładowego katalogu nieuczciwych praktyk rząd RP wskazał, iż katalog należałoby rozszerzyć np. o żądanie zapłaty za towary lub usługi, które nie mają dla jednej ze stron umowy żadnej wartości czy też pobieranie płatności za fikcyjne usługi. Wskazano, iż *„te właśnie praktyki są przyczyną wielu sporów sądowych pomiędzy dostawcami i sieciami handlowymi z uwagi na fakt, że pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży tego typu opłaty są często ukrywane pod różnymi nazwami np. upust promocyjny, opłata z tytułu otwarcia nowej hali, upust wyprzedażowy, opłata za umieszczenie towaru na półce, opłata za rocznicę/urodziny sieci, opłata za wprowadzenie do sprzedaży nowego asortymentu, bonus bezwarunkowy, bonus warunkowy, rabat potransakcyjny z tytułu optymalizacji zamówień i dostaw, rabat potransakcyjny z tytułu marketingu, opłata za usługi promocyjne i reklamowe, bonus asortymentowy, koszty karty lojalnościowej, opłata za usługę wzmożonej aktywności, za pośrednictwo w oferowaniu towarów partnerom sieci, opłata wizerunkowa, za badanie rynku”*.<sup>72</sup>

<sup>66</sup> *Ibidem*, s. 22

<sup>67</sup> *Ibidem*, s. 22

<sup>68</sup> *Ibidem*, s. 22

<sup>69</sup> *Ibidem*, s. 22

<sup>70</sup> Zgodnie z informacją na stronie internetowej Komisji pod adresem:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/contributions\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/contributions_en.htm)

<sup>71</sup> Zielona księga w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między przedsiębiorstwami z dnia 31 stycznia 2013 r., COM(2013) 37, s. 8.

<sup>72</sup> Odpowiedzi Rządu Rzeczypospolitej Polskiej na pytania sformułowane w Zielonej Księdze w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między

110. W swojej odpowiedzi na pytania zawarte w Zielonej księdze rząd Wielkiej Brytanii, jak można było przewidywać, opowiedział się przeciwko jakiegokolwiek ingerencji na poziomie prawa wspólnotowego w przedmiotowym zakresie<sup>73</sup>. Podobnego zdania był rząd niemiecki<sup>74</sup>. Rząd francuski wyraził natomiast poparcie dla uwspólnotowienia regulacji prawnej w omawianym zakresie, wskazując na konieczność możliwie najszerszej ochrony poszkodowanych przez nieuczciwe praktyki handlowe.<sup>75</sup>
111. Do tej pory Komisja nie podjęła żadnych dalszych działań odnośnie do zakresu przedmiotowego Zielonej księgi.
112. Na tle powyższych wywodów należy poczynić kilka uwag. Jakkolwiek zakres zaprezentowanych rozważań Komisji i organów pomocniczych był dość szeroki należy pamiętać, iż wskazując w Zielonej księdze katalog przykładowych nieuczciwych praktyk handlowych Komisja ograniczyła się jedynie do siedmiu grup takich praktyk. Wskazano w szczególności na retrospektywne modyfikowanie warunków umów oraz nieuczciwe przeniesienie ryzyka handlowego na dostawców, z tym że wskazano, iż te ostatnie „są w większości przypadków zgodne z prawem, o ile wiążą się z faktycznymi usługami, są proporcjonalne oraz są pobierane w przejrzysty sposób” (pkt 5.4.)<sup>76</sup>. Widać w optyce przyjętej przez Komisję wyraźny wpływ opisanej wcześniej regulacji brytyjskiej, która skupia się właśnie na tych dwóch aspektach relacji pomiędzy dostawcami a sieciami handlowymi, dopuszczając świadczenie przez sieci handlowe usług na rzecz swoich dostawców w ramach kanału dystrybucji oraz, w szczególności kształtowanie cen jeśli jest to zgodne z treścią uprzednio zawartej umowy. Przechodząc do oceny propozycji Komisji względem zakresu regulacji art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk należy zatem wskazać, iż ta ostatnia jest zasadniczo dalej idąca, bowiem efektywnie zakazuje świadczenia jakichkolwiek usług przez sieci handlowe na rzecz dostawców, jak również dokonywania jakichkolwiek modyfikacji ceny za dostarczane towary, i to niezależnie od uprzedniego uregulowania tych kwestii w łączącej strony umowy. Nawet zatem gdyby, mimo sceptycyzmu wielu Państw Członkowskich Zielona księga stała się podstawą dla przyszłej regulacji zakazującej wskazanych tam praktyk, regulacja taka pozostawałaby w przeważającej mierze bez wpływu na o zakres obowiązywania przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk (tzn. nie uzasadniałaby tak daleko idących ograniczeń, które przewiduje skarżony przepis.

---

przedsiębiorstwami (COM(2013) 037), s. 7, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/contributions/public-authorities/poland\\_pl.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/contributions/public-authorities/poland_pl.pdf).

<sup>73</sup>UK Government response to the European Commission's Green Paper on unfair trading practices in the business to business food and non-food supply chain [BIS/13/928] z 17 lipca 2013, s. 2 i 16, dostępna pod adresem: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/207475/13-928-green-paper-on-unfair-practices-food-non-food-chain.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207475/13-928-green-paper-on-unfair-practices-food-non-food-chain.pdf).

<sup>74</sup>Stellungnahme der Bundesregierung zum Grünbuch über unlautere Handelspraktiken in der B2B-Lieferkette für Lebensmittel und Nicht-Lebensmittel in Europa COM(2013), s. 7-9, dostępna pod adresem: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/contributions/public-authorities/germany\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/contributions/public-authorities/germany_de.pdf).

<sup>75</sup>Réponse des autorités françaises au livre vert sur les pratiques commerciales déloyales (PCD) dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, s. 14, dostępny pod adresem [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/contributions/public-authorities/france\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/unfair-trading-practices/docs/contributions/public-authorities/france_fr.pdf).

<sup>76</sup>Zielona księga w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między przedsiębiorstwami z dnia 31 stycznia 2013 r., COM(2013) 37, s. 21

## CZEŚĆ V.

**CHARAKTERYSTYKA MODELU DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ K** -  
ekonomiczne uzasadnienie dla zasad współpracy pomiędzy Skarżącym a dostawcami/producentami, ze szczególnym uwzględnieniem celów, form i skutków aktywności marketingowych wykonywanych w tym zakresie przez K

113. W poprzednich częściach uzasadnienia skargi konstytucyjnej Skarżący dokonał opisu obiektywnej treści normatywnej przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, zastosowanie jej w sprawie ostatecznie rozstrzygniętej wyrokiem Sądu Apelacyjnego w W z listopada 2013 r. (sygn. akt ); istotnej rozbieżności w orzecznictwie na tle skarżonego przepisu, a także opisu przepisów innych państw oraz UE odnoszących się do kwestii gospodarczych objętych skarżonym przepisem. Skarżący przedstawi teraz na czym polega jego model działalności gospodarczej jako nowoczesnej sieci handlowej.
114. Rozważania niniejszej części uzasadnienia skargi mają na celu przede wszystkim ukazanie, iż nowoczesny handel detaliczny nie jest sumą pojedynczych transakcji zawieranych na nieustrukturalizowanym rynku, lecz że odbywa się w ramach będącego produktem neutralnych procesów ekonomicznych, od dawna utrwalonego i powszechnie przyjętego na świecie modelu gospodarczego, zakładającego współpracę i podział zadań pomiędzy uczestników łańcucha dostaw we wszystkich aspektach jego funkcjonowania, w tym w zakresie marketingu oraz logistyki. W dalszej kolejności, celem Skarżącego jest ukazanie, iż opisana w Części III. uzasadnienia niniejszej skargi treść normatywna art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk determinuje zakaz prowadzenia w Polsce działalności w takim modelu lub przynajmniej w niedopuszczalnym stopniu ją utrudnia. Rozważania poniższe są konieczne i stanowić będą podstawę dla zestawienia treści normatywnej art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk ze wskazanymi w *petitum* niniejszej skargi wzorcami konstytucyjnymi oraz opisanie tego, na czym polegają naruszenia tychże wzorców przez skarżony przepis.
115. K tworzy sieć nowoczesnych, samoobsługowych sklepów detalicznych – na terytorium Polski jest ich obecnie Model prowadzenia przez K działalności gospodarczej, tak jak w przypadku wszystkich nowoczesnych sieci handlowych (działających według koncepcji „nowoczesnego handlu” – *modern retail*<sup>77</sup>) działających w państwach Unii Europejskiej oraz Stanach Zjednoczonych, nie polega wyłącznie na zakupie od dostawców i dalszej odsprzedaży towarów spożywczych i przemysłowych. Działalność ta, jako działalność pośrednika handlowego<sup>78</sup>, obejmuje także, w szczególności, zaprojektowanie i zarządzanie efektywnym mechanizmem współpracy z uczestnikami łańcucha dostaw (**kanalem dystrybucji/marketingu**) oraz stosowanie odpowiednich strategii i instrumentów marketingu handlowego, aby ten mechanizm działał prawidłowo, rzyносяc możliwie największe korzyści współpracującym

<sup>77</sup> Pojęcie „nowoczesnego handlu”- *modern retail* ma wiele definicji. Najprostsza nawiązuje do formatu działalności: hipermarkety, dyskonta, supermarkety (tzw. HDS). Próba bardziej rozwiniętej definicji „nowoczesnego handlu” stawia znak równości pomiędzy tym pojęciem a pojęciem „nowoczesny/zintegrowany kanał sprzedaży/dystrybucji”.

<sup>78</sup> Louis W. Stern, Adel I. El-Ansary, Anne T. Coughlan, Kanały marketingowe, Warszawa 2002, s. 18-20; Philip Kotler, Kevin L. Keller, Marketing, Poznań 2012, s. 445-446.

w jego ramach podmiotom gospodarczym oraz konsumentom. W ścisłym związku z aktywnościami marketingowymi (w tym promocyjnymi) w ramach kanału dystrybucji pozostają działania na polu logistyki, tak jak to jest zalecane przez teorię i praktykę organizacji sprzedaży detalicznej.<sup>79</sup>

116. Praktyka życia gospodarczego i wskazania wiedzy specjalistycznej nie pozostawiają wątpliwości, że z uwagi na miejsce handlu detalicznego w łańcuchu tworzenia wartości dla konsumenta, stanowi on szczególnie ważny rodzaj działalności gospodarczej. Poprzez tworzenie wspomnianego łańcucha wartości handel detaliczny umożliwia producentom/dostawcom i pośrednikom hurtowym sprzedaż ich produktów, a konsumentom zapewnia atrakcyjną ofertę asortymentowo-usługową i zaspokojenie popytu.<sup>80</sup> Konkurencja w obszarze dystrybucji w głównej mierze nie odbywa się dziś pomiędzy poszczególnymi przedsiębiorstwami z różnych szczebli łańcucha dostaw, lecz właśnie pomiędzy zorganizowanymi łańcuchami dostaw (kanałami dystrybucji/marketingu), w ramach których dochodzi do integracji i współdziałania producentów/dostawców i pośredników.<sup>81</sup>
117. Mechanizm współpracy Skarżącego (tak jak i innych pośredników handlowych działających w modelu nowoczesnego handlu) z producentami/dostawcami jest ukształtowany w oparciu o aktualne koncepcje dotyczące kanałów dystrybucji/marketingu. Prawidłowo zaprojektowany, rozwinięty, zarządzany i utrzymujący efektywne relacje pomiędzy uczestnikami kanału dystrybucji, pozwala osiągnąć – jak wspomniano – trwałą przewagę konkurencyjną uczestniczącym w nim firmom, zarówno każdej z osobna, jak i wszystkich razem.<sup>82</sup> Dotyczy to w szczególności dostawców, i to niezależnie od ich wielkości oraz tego czy dostarczają produkty markowe czy nie.<sup>83</sup> Kanał dystrybucji ma nie tylko obsługiwać rynek, ale także go kreować - czyli nie tylko zaspakajać ujawnione zapotrzebowanie klientów na towar/usługę, ale także to zapotrzebowanie uświadamiać i wzbudzać.<sup>84</sup> Taki stan rzeczy również zwiększa szanse na zwiększenie konkurencyjności, a świadomość tego determinuje decyzję podmiotów gospodarczych o tworzeniu specyficznych kanałów dystrybucji i współpracy w ich ramach.
118. Istnieje wiele definicji kanału dystrybucji/marketingu. Można jednak w pewnym uproszczeniu przyjąć, że kanał dystrybucji/marketingu to mechanizm współpracy wszystkich podmiotów (a także sposób połączeń między nimi i ich kolejność), tworzących

<sup>79</sup> Tak np. D. Rojek, *Marketing i logistyka – razem skutecznej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach, Seria: Administracja i Zarządzanie, Nr 90/2011 oraz powołana tam literatura przedmiotu; Louis W. Stern, Adel I. El-Ansary, Anne T. Coughlan, *Kanały marketingowe...* *op.cit.*, s. 202..

<sup>80</sup> Maria Sławińska, *Determinanty zmian modeli biznesu w handlu detalicznym* [w] *Handel we współczesnej gospodarce. Źródła i przejawy innowacyjności*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu nr 175 (2011), s. 30; *Tenże*, *Działania marketingowe przedsiębiorstw handlowych w procesie tworzenia wartości dla nabywcy* [w] *Handel Wewnętrzny* 2012/2, s. 334-335; *Tenże*, *Zagraniczne inwestycje w kształtowanie dystrybucji w Polsce* [w] *Podmioty z udziałem kapitału zagranicznego w sferze handlu w Polsce*, Warszawa 2009 r., s. 42; Philip Kotler, *op.cit.*, s. 449 i 460.

<sup>81</sup> Maria Sławińska, *Marketingowe zarządzanie dystrybucją – podejście strategiczne* [w:] Dariusz Dąbrowski [red.], *Marketing: rozwój działań*, Gdańsk 2010, s. 183.

<sup>82</sup> Louis W. Stern, Adel I. El-Ansary, *op.cit.*, s. 340 i n.

<sup>83</sup> Daniel Corsten, Nirmalya Kumar, *Do Suppliers Benefit from Collaborative Relationships with Large Retailers? An Empirical Investigation of Efficient Consumer Response Adoption*, *Journal of Marketing* Vol. 69 (July 2005), 80–94, s. 91.

<sup>84</sup> Philip Kotler, Kevin L. Keller, *op.cit.*, s. 446 z powołaną tam literaturą.

łańcuch dostaw towarów, usług i informacji na rynek. W kanale dystrybucji/marketingu dochodzi nie tylko do fizycznego przemieszczania towaru od producenta/dostawcy do konsumenta. W ramach kanału odbywają się negocjacje, działania promocyjne, przekazywane jest prawo własności, składane są zamówienia na towar, zarządza się zapasami towarów i strukturą ich dostaw do poszczególnych sklepów, rozpowszechniania się informacje handlowe o produktach oraz następuje zapłata należności.

119. Kanały dystrybucji/marketingu dzieli się zasadniczo na konwencjonalne i zintegrowane.
120. Cechą charakterystyczną kanałów konwencjonalnych jest to, że każde kolejne ogniwo na drodze przepływu produktu jest niejako finalnym odbiorcą dla ogniwa poprzedniego. W ten sposób główna uwaga odbiorcy koncentruje się zawsze na pierwszym dla niego ogniwie. Kompetencje i odpowiedzialność za produkt dla każdego podmiotu w kanale dystrybucji kończą się w momencie przekazania go następnej instytucji. Najczęściej jest to wyjście towaru z magazynu. Kanały konwencjonalne mogą być tworzone z myślą o jednej konkretnej transakcji kupna-sprzedaży. Po jej zrealizowaniu kontakty nie muszą zostać odnowione. Największą wadą tego rodzaju kanałów dystrybucji jest brak podziału funkcji pełnionych przez ich uczestników. W konsekwencji - funkcje te są powielane. Na przykład zarówno producent, hurtownik jak i detalista organizują promocję towaru.<sup>85</sup>
121. Aby ograniczyć negatywne konsekwencje związane z funkcjonowaniem kanałów konwencjonalnych, oraz aby ułatwić stworzenie jednej, zwartej kompozycji elementów *marketingu-mix*, czyli zintegrowanego zespołu instrumentów oddziaływania na rynek, zaczęły rozwijać się kanały zintegrowane. Kanały tego rodzaju tworzone są najczęściej na dłuższy czas. Koszty działania kanałów zintegrowanych są niższe niż kanałów konwencjonalnych, ponieważ każdy uczestnik ma w nich określoną rolę, dzięki czemu nie dochodzi do powielania funkcji. Najczęściej w tego rodzaju kanałach jedna organizacja jest liderem/integratorem, który wyznacza ogólne zasady postępowania, czyli ustala politykę wewnątrz danego kanału dystrybucji i koordynuje działalność jego uczestników.<sup>86</sup>
122. K , będąc jednym z podmiotów działających według zasad tzw. „nowoczesnego handlu” (*modern retail*), organizuje swą współpracę z dostawcami w formie zintegrowanego kanału dystrybucji/marketingu (o charakterze kontraktowym, tj. opartym na umowach niezależnych podmiotów gospodarczych). Przejawem takiego mechanizmu współpracy była też współpraca pomiędzy Skarżącym a firmą P . Wynika to z treści łączących strony umów (załączonych do skargi, przewidujących - w szczególności - ramowe formy współpracy zakładającej wielość transakcji, podział funkcji marketingowych, rolę lidera kanału dla K ) i z przebiegu ich współpracy (długotrwałość, faktyczna wielość transakcji, faktyczne przejęcie przez K funkcji marketingowych związanych z promocją towarów pochodzących od P ; przejęcie na K koordynacji logistycznej w zakresie zarządzania zapasami towarów pochodzących od P , w szczególności ich optymalnych dostaw do poszczególnych sklepów z swojego magazynu centralnego).

<sup>85</sup> Słownik Finansowy, <http://www.findict.pl/slownik/kanal-dystrybucji>.

<sup>86</sup> *Ibidem*; a także: Louis W. Stern, Adel I. El-Ansary... op.cit., s. 24-29; Philip Kotler, Kevin L. Keller, op.cit., s. 450, por. także Maria Sławińska, Marketingowe zarządzanie dystrybucją...op.cit. s. 183

123. Można sobie wyobrazić sytuację, w której dostawca podejmuje decyzję o przystąpieniu do danego kanału dystrybucji pod wpływem przymusu. Tak mogłoby być, kiedy producent/dostawca nie miałby szans na żaden inny równie chłonny kanał(y) zbytu np. wskutek uzyskania pozycji dominującej na rynku przez określonego pośrednika handlowego lub wskutek jakiejś zmowy kartelowej. Faktem powszechnie znanym jest<sup>87</sup>, że na rynku polskim – wobec wielości dużych sieci handlowych oraz innych podmiotów zajmujących się handlem detalicznym - żadna z sieci nie osiągnęła pozycji dominującej (ani nawet takiej, która wymusza współpracę tylko z nimi), a już na pewno nie ma takiej pozycji Skarżący.<sup>88</sup> K nie nawiązuje też żadnych porozumień ograniczających konkurencyjność, ani też nie wymusza na swych dostawcach, aby swoją ofertę handlową kierowali wyłącznie do kanału dystrybucji współtworzonego ze Skarżącym. Należy wreszcie podkreślić, iż w sprawie rozstrzygniętej ostatecznie wyrokiem Sądu Apelacyjnego w W z listopada 2013 r. (sygn. akt ), nawet nie były formułowane wobec Skarżącego zarzuty, iż kiedykolwiek posiadał i wykorzystywał pozycję dominującą, że wymusił współpracę handlową poprzez znowę kartelową z innymi potencjalnymi kooperantami P lub że ograniczał dostęp do rynku poprzez umowne wyłączenie możliwości zbywania danego towaru przez P poza zintegrowanym kanałem dystrybucji współtworzonym z K
124. Co w takim razie skłania dostawców, w tym takiego jak P , do wstępowania do zintegrowanych kanałów dystrybucyjnych tworzonych przez sieci, w tym przez Skarżącego? Odpowiedź jest następująca: w realiach wolnego rynku producent/dostawca dostrzega korzyści z włączenia się do sprawdzonego kanału dystrybucji/marketingu<sup>89</sup> delegując część pracy związanej ze sprzedażą i promocją swoich towarów do sieci handlowych, bo oferują one szeroki zasięg, skuteczność i wydajność dystrybucji na niedostępnym dla producenta/dostawcy poziomie<sup>90</sup>, w tym poprzez wdrażanie wspólnej z dostawcą strategii oddziaływania na rynek<sup>91</sup>. Jako że z działaniami marketingowymi dot. towarów (marek) w ścisłym związku pozostaje logistyka<sup>92</sup>, producenci delegują również na pośredników handlowych obowiązki związane z planowaniem i realizacją optymalnych dostaw do poszczególnych placówek handlowych składających się na zintegrowany kanał dystrybucji/marketingu. Pośrednicy handlowi tworzący sklepy wielkopowierzchniowe - do której to grupy przedsiębiorców należy Skarżący - prowadzą działania marketingowe nakierowane, w pierwszej kolejności, na zwiększenie rotacji kupionych (celem odsprzedaży) towarów, ale prowadzą jednocześnie działania, których efektem jest zwiększenie percepcji rynkowej marki lub produktów poszczególnych dostawców oraz zwiększenie wolumenu zrealizowanego obrotu. Można więc wskazać, że zasadniczą wartością dodaną, jaką daje dostawcy współpraca z takim pośrednikiem jak Skarżący, jest

<sup>87</sup> Vide np. odpowiedź Prezesa UOKiK – z upoważnienia Prezesa Rady Ministrów – na interpelację nr 14427 w sprawie funkcjonowania hipermarketów z dnia 10 marca 2010 r., opubl. na internetowej stronie Sejmu RP;

<sup>88</sup> Wedle obiektywnych danych, Skarżący posiada udział w rynku wynoszący %, co lokuje go na pozycji wśród konkurencji, vide

<sup>89</sup> M. Sławińska, Marketingowe zarządzanie dystrybucją...op.cit., s. 192.

<sup>90</sup> Philip Kotler, Kevin L. Keller, op.cit., s. 448.

<sup>91</sup> por. Maria Sławińska, Marketingowe zarządzanie dystrybucją...op.cit., s. 186.

<sup>92</sup> vide literatura przedmiotu powołana w przypisie nr 79; a także: Kierunki zmian w logistyce, dostępny na stronie: <http://www.forummleczarskie.pl/RAPORTY/375/kierunki-zmian-w-logistyce/>

efektywne zorganizowanie sprzedaży opierające się o wykorzystanie efektu skali i efektu zakresu, zapewniające użyteczną ofertę handlową. Z tego też wynika, że kolejny etap przetworzenia (w ramach tzw. łańcucha wartości<sup>93</sup> tworzonego w ramach kanału dystrybucji) towarów oferowanych do sprzedaży przez sklep wielkopowierzchniowy polega na dodaniu czynnika produkcji, jakim jest informacja/wiedza, a dzięki temu uzyskaniu możliwości stosowania efektywniejszych mechanizmów handlowych. Tak jak już była o tym mowa powyżej, aktywności marketingowe (obiektywna konieczność ich znacznej częstotliwości w danym kanale marketingowym celem zachowania konkurencyjności wobec innych kanałów dystrybucji) pozostają w ścisłym związku z zarządzaniem zapasami towarów, wielkością i terminowością ich dostaw – a więc logistyką. W tym zakresie integrator kanału dystrybucji (taki pośrednik handlowy jak Skarżący) dąży do zoptymalizowania przepływów pieniężnych w łańcuchu dostaw, co ma na celu obniżenie kosztu kapitału zaangażowanego w zapasach utrzymywanych na różnych szczeblach kanału dystrybucji.<sup>94</sup> Zbyt wysoki koszt kapitału może niweczyć wspólne wysiłki zmierzające do uzyskania korzyści z minimalizacji zapasów (tj. utrzymania ich na poziomie optymalnym z punktu widzenia działań marketingowych/promocyjnych podejmowanych w ramach zintegrowanego kanału dystrybucji). Mimo sukcesów polegających na obniżce wielkości zapasów i związanych z nimi kosztów składowania, obsługi i ryzyka w skali całego kanału dystrybucji, wysoki koszt zaangażowania kapitału w zapasach może przesądzać o jego nieefektywności (stąd konieczność zsynchronizowania zarządzania dostawami z wdrażanymi w danym kanale koncepcjami marketingowymi/promocyjnymi).<sup>95</sup> Już tutaj należy podkreślić, iż korzyść osiągnąta poprzez te aktywności w łańcuchu wartości rozkłada się między poszczególnych jego uczestników – zarówno pośrednika handlowego takiego jak Skarżący, jak i jego kooperanta-dostawcę.

125. Dokonany przez producenta/dostawcę dobór kanału dystrybucji wpływa na wszystkie jego pozostałe decyzje marketingowe. Sam wybór kanału jest już przejawem uświadomionej strategii marketingowej producenta/dostawcy w odniesieniu do segmentacji, wyboru rynku docelowego i pozycjonowania.<sup>96</sup> Tak więc przystępując do zintegrowanego kanału dystrybucji – w tym również takiego, jaki tworzy K – dostawca podejmuje w istocie określoną decyzję odnośnie do własnej strategii marketingowej – decyduje się powierzyć sieci handlowej, pełniącej rolę lidera/integratora kanału dystrybucji/marketingu, określoną rolę w promocji jego towarów w tym kanale i związaną z tym ściśle logistykę dostaw do poszczególnych placówek handlowych. Dostawca jest przy tym świadom - lub przynajmniej, jako profesjonalny podmiot gospodarczy, powinien być świadom - zasad

<sup>93</sup> W teorii ekonomii pojęcie "łańcucha wartości" to kolejne etapy/ogniwa przetworzenia danego towaru, które pozwalają na zwiększenie jego użyteczności (pojawienie się wartości dodanej właściwej dla danego ogniwa) w odniesieniu do oczekiwań klientów. Wartość dodana wynika również (jak wynika to, w szczególności, ze wskazań wiedzy ekonomicznej) z pracy sprzedawcy detalicznego, przy czym jeżeli działa on wedle modelu handlu nowoczesnego, to wnosi on szczególną wartość dodaną – znacznie wyższą aniżeli detalista tradycyjny – związaną m.in. ze zwiększeniem wolumenu zamówień, stabilniejszym harmonogramem zamówień, profesjonalną i weryfikowalną percepcją preferencji konsumentów, utrzymywaniem stałej relacji/więzi z dostawcą i klientem, wykorzystaniem skali i zakresu.

<sup>94</sup> Tak np. J. Witkowski, *Geneza, istota i cele współczesnego zarządzania łańcuchami dostaw*, publikacja na: [http://www.wiedzainfo.pl/wyklady/656/geneza\\_istota\\_i\\_cele\\_wspolczesnego\\_zarzadzania\\_lancuchami\\_dostaw\\_1.html](http://www.wiedzainfo.pl/wyklady/656/geneza_istota_i_cele_wspolczesnego_zarzadzania_lancuchami_dostaw_1.html)

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> Philip Kotler, Kevin L. Keller, *op.cit.*, s. 446.; M.E. Porter, *Porter o konkurencji*, Warszawa 2001, s. 35.

funkcjonowania takiego kanału, tj. przede wszystkim tego, że jego odpowiedzialność za zbywalność towaru w tym kanale nie kończy się na pojedynczej dostawie i że prawidłowe funkcjonowanie kanału wymaga od niego co najmniej partycypacji w kosztach działań marketingowych służących: i) utrzymywaniu i wzmacnianiu popytu na dostarczany towar u konsumentów oraz ii) zarządzaniu zapasami pochodzącymi od niego towarów i optymalnymi ich dostawami do poszczególnych placówek handlowych w ramach kanału dystrybucji.

126. Producent/dostawca, który przystępuje do kanału dystrybucji/marketingu, powinien być w szczególności przygotowany na konieczność zaangażowania, w tym finansowego, w realizację we współpracy z pośrednikiem handlowym marketingu typu *push* (wpychania), a także w samodzielną realizację marketingu typu *pull* (przyciągania).
127. Strategia *push* wykorzystuje środki na promocję sprzedaży i inne sposoby, by skłonić pośredników, żeby posiadali w ofercie, promowali i sprzedawali produkt użytkownikom końcowym. Dla przykładu, producent/dostawca zamawia usługi z zakresu marketingu swoich towarów (marki) w gazecie reklamowej wydawanej przez pośrednika handlowego czym zwiększa swoją atrakcyjność i wiarygodność jako partnera handlowego w ramach kanału dystrybucji. Strategia *push* jest szczególnie wskazana, gdy lojalność wobec marek kategorii jest niska, wybór marek dokonywany jest w sklepie, produkt jest dobrem kupowanym pod wpływem impulsu oraz gdy korzyści z produktu są jasne dla konsumenta.<sup>97</sup>
128. W strategii *pull*, realizowanej samodzielnie przez producenta/dostawcę poza kanałem dystrybucji, korzysta on z reklamy, promocji oraz innych form komunikacji, by przekonać konsumentów, żeby zgłaszali popyt na produkt u pośredników handlowych, skłaniając ich w ten sposób do zamawiania towaru. Przykładem realizacji takiej strategii jest przeprowadzenie przez dostawcę kampanii reklamowej swoich produktów (marki) w telewizji czy prasie. Strategia *pull* sprawdza się wówczas, gdy w kategorii występuje wysoka lojalność i zaangażowanie w marki, gdy konsumenci dostrzegają różnice pomiędzy markami oraz gdy wybierają markę przed wizytą w sklepie.<sup>98</sup> Strategia *pull* definiowana jest też jako: „rodzaj strategii promocyjnej zmierzającej do wytworzenia i ciągłego podtrzymywania dużego popytu finalnego poprzez adresowanie instrumentów promocji do finalnych nabywców”<sup>99</sup>.
129. Podkreśla się przy tym, że strategii *push* jest skuteczniejsza, gdy towarzyszy jej dobrze zaplanowana i wdrażana strategia *pull*, aktywizująca popyt konsumentów. Bez przynajmniej ograniczonego zainteresowania ze strony konsumentów trudno zyskać znaczną akceptację i wsparcie ze strony kanałów marketingowych i *vice versa*.<sup>100</sup>
130. Skarżący, jako integrator/lider kanału dystrybucji/marketingu, działający we współczesnych realiach gospodarczych, zasadnie oczekuje ze strony producentów/dostawców, iż ci – deklarując przecież dobrowolnie udział w tworzącym

<sup>97</sup> *Ibidem*, s. 446.

<sup>98</sup> *Ibidem*, s. 446

<sup>99</sup> J. W. Krupski, [w:] J. Altkorn, T. Kramer (red.), *Leksykon marketingu*, PWE, Warszawa 1998, s. 241.

<sup>100</sup> Philip Kotler, Kevin L. Keller, *op.cit.*, s. 446.

przez niego kanałe – będą podejmować działania marketingowe w zakresie wyżej opisanych strategii. Nie jest zatem ekscesem, czymś niezgodnym z zasadami wypracowanymi przez wolny rynek, czy z obyczajami kupieckimi, że Skarżący uzależnia swoją decyzję o podjęciu się funkcji pośrednika handlowego towarów/marek dostarczanych przez danego producenta/dostawcy od tego, czy ten ze swej strony zapewni marketingowe wsparcie dystrybucji - w samym kanale dystrybucji (*push*), poza nim (*pull*), lub nawet na obu tych polach jednocześnie (wykorzystując efekt synergii połączenia tych działań<sup>101</sup>). Nie można żądać od pośrednika handlowego, aby nawiązywał współpracę z dostawcami/producentami, którzy nie zabezpieczyli lub nie są gotowi zabezpieczyć zbywalności dostarczanych towarów (marek), które wprowadzają do kanału dystrybucji. Taki wymóg nie jest do zaakceptowania zwłaszcza wówczas, gdy istnieją producenci/dostawcy, którzy albo samodzielnie zapewniają zbywalność oferowanych dla kanału towarów (marek), albo są gotowi finansować działalność marketingową pośrednika handlowego podejmowaną w tym celu. Zwrócić należy uwagę na fakt, iż we współczesnych realiach rynkowych, cechujących się nadpodażą niemal wszystkich dóbr konsumpcyjnych, nawet obiektywnie wysokiej jakości towar, mający atrakcyjną cenę (w porównaniu np. do jakości), ma niewielkie szanse na sukces rynkowy bez odpowiedniego wsparcia marketingowego. Jak pokazują to ankietowe badania rynku prowadzone przez ACNielsen<sup>102</sup>, decyzje pośredników handlowych o zakupie towarów u producentów uzależniane są (według liczby wskazań) od następujących kryteriów: (i) istnienia mocnych dowodów na akceptację produktu przez klientów, (ii) dobrze zaprojektowanego planu reklamy i promocji sprzedaży, a dopiero potem (iii) dobrych finansowych warunków zakupu.<sup>103</sup>

131. Należy więc odrzucić ostatecznie nie mające nic wspólnego z aktualnymi realiami rynkowymi myślenie, które powszechnie pokutowało wśród polskich dostawców jeszcze w latach 90-tych minionego wieku, że sam produkt jest najważniejszą zmienną marketingową, i że powinien się on sprzedawać ze względu na jego zalety, bez odpowiedniego wsparcia marketingowego.<sup>104</sup> Nowoczesny marketing wymaga czegoś więcej, niż tylko stworzenia nowego produktu, nadania mu atrakcyjnej ceny i zapewnienia jego dostępności – producenci/dostawcy muszą komunikować się z obecnymi i potencjalnymi interesariuszami oraz opinią publiczną.<sup>105</sup> Dlatego w warunkach konstytucyjnie gwarantowanej wolności gospodarczej i swobody umów, Skarżący powinien mieć możliwość przyjmowania funkcji pośrednika handlowego wobec tylko tych towarów (marek), których popularność (rozpoznawalność, renoma) i wynikająca stąd pokupność już zostały samodzielnie zabezpieczone przez dostawcę (zwykle kosztem bardzo dużych nakładów na reklamę i promocje, sponsoring itd. – czyli poprzez strategię *pull*) lub takich, które dzięki pomocy dostawcy (w ramach strategii *push*), Skarżący będzie mógł objąć działaniami reklamowo-promocyjnymi w samym kanale. Do tych działań zalicza się, w szczególności, stworzenie odpowiedniej komunikacji marketingowej z

<sup>101</sup> por. Maria Sławińska, Marketingowe zarządzanie dystrybucją...op.cit. s. 187

<sup>102</sup> ACNielsen jest globalnym liderem badań i informacji rynkowych.

<sup>103</sup> Philip Kotler, Kevin L. Keller, *op.cit.*, s. 459.

<sup>104</sup> Louis W. Stern, Adel I. El-Ansary... *op.cit.*, s. 596.

<sup>105</sup> Philip Kotler, Kevin L. Keller, *op.cit.*, s. 509; Cezary Marcinkiewicz, Nowoczesna koncepcja komunikacji marketingowej jako dialog przedsiębiorstwa z otoczeniem [w] *Prace Naukowe Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie*, R. 2011, zeszyt 5., s. 103-115

konsumentami. Zadaniem tej komunikacji jest nie tylko poinformowanie klienta o możliwości zaspokojenia ujawnionego już jego zapotrzebowania na towar/usługę, ale także – o czym już była mowa powyżej - to zapotrzebowanie uświadamiać i wzbudzać. W ten sposób pośrednik handlowy działający w modelu handlu nowoczesnego (tutaj Skarżący) łączy w ramach zintegrowanego kanału dystrybucji funkcję sprzedawcy z funkcją koordynatora logistyki sprzedaży, do którego zadań należy nie tylko zarządzanie zapasami towarów, fizycznymi dostawami towarów do sklepów, ale również planowanie i przeprowadzenie promocji.<sup>106</sup> W ten sposób pośrednik handlowy, działając wedle modelu nowoczesnego handlu, tworząc zintegrowany kanał dystrybucji i wykonując w jego ramach ww. funkcje, skraca łańcuch tworzenia wartości zbywanych towarów, przyspiesza ich zbywalność i przyczynia się do obniżenia ich ceny.

132. Gdyby dostawca podjął decyzję o umieszczeniu swoich produktów w kanale tradycyjnym, to musiałby się liczyć z koniecznością utrzymania dłuższego łańcucha wartości swych produktów, a więc samodzielnego pokrycia kosztów działań dodatkowych, będących immanentną częścią procesu docierania do finalnego odbiorcy – konsumenta. W odniesieniu do kanału konwencjonalnego siła oddziaływania handlowego dostawcy na pozostałe elementy łańcucha wartości limitowana jest przez brak występowania efektu skali i efektu zakresu (komplementarności oferty). Z tego też względu dostawca jest zmuszony pokrywać szereg kosztów dodatkowych, przy jednoczesnym ponoszeniu istotnych kosztów transakcyjnych .
133. Pośrednicy handlowi tacy jak Skarżący, a więc przedsiębiorcy tworzący sieci sklepów wielkopowierzchniowych, zmuszeni są do ciągłego szukania obszarów przewagi konkurencyjnej. W przypadku ograniczonej możliwości zwiększania generowania obrotu (przychodu ze sprzedaży), naturalnym z punktu widzenia ekonomiki rozwiązaniem jest optymalizacja kosztów prowadzonej działalności (co nie jest równoznaczne z ich zmniejszaniem). Przedsiębiorca powinien bowiem zbudować swoją pozycję na rynku (w sektorze), która pozwoli mu działać w większym stopniu niezależnie od otoczenia rynkowego. W literaturze wskazuje się na źródła przewagi konkurencyjnej polegające na umocnieniu relacji z odbiorcami, zróżnicowanie produktu (fizycznie lub marketingowo), integracji rynkowej bądź osiągnięcia przywództwa technicznego.<sup>107</sup> Zróżnicowanie oferty handlowej jest możliwe m.in. dzięki temu, że optymalne zarządzanie logistyką dostaw do poszczególnych sklepów pozwala na podwyższenie produktywności przestrzeni sklepowej kanału dystrybucji (pomieszczenie w niej szerszej oferty handlowej, która jako taka przyciąga konsumentów) oraz zmniejszenie zapotrzebowania na powierzchnię zaplecza.<sup>108</sup> Optymalizując ponoszone w tym zakresie koszty pośrednicy handlowi tacy jak Skarżący stosują mechanizmy, których celem jest promowanie produktu na półkach w sklepie, lecz również zapewnienie zróżnicowanego i wyższego wolumenu dostaw (a więc zwiększenie obrotu u konkretnego dostawcy) lub też zwiększenie percepcji produktów lub jego marki. Z tego też względu część kosztów będących immanentną składową procesu handlowego w zintegrowanym kanale dystrybucji jest i powinna być pokrywana przez dostawcę – bo i tak miałyby to miejsce, jeżeli dostawca prowadziłby samodzielne akcje

<sup>106</sup> Tak np. D. Rojek, *Marketing i logistyka..op.cit.*

<sup>107</sup> M.E. Porter, *Porter...op.cit.*, s. 24.

<sup>108</sup> Louis W. Stern, Adel I. El-Ansary... *op.cit.*, s. 219.

prosprzedażowe oraz zapewniał samodzielnie logistykę. Jednocześnie z dużym prawdopodobieństwem, prowadziłby je w warunkach niepewności zbytu oraz w mniejszych wolumenach obrotu. W przypadku współpracy z pośrednikami handlowymi działającymi wedle modelu handlu nowoczesnego (w tym ze Skarżącym), dostawca kontraktuje określone ilości dostarczonych produktów oraz może generować marżę na wolumenie obrotu.

134. Nic więc nie usprawiedliwia w realiach wolnego rynku tego, aby pośrednik handlowy musiał nawiązywać współpracę z producentem/dostawcą, którego towar (marka), nawet atrakcyjny cenowo, nie ma lub nie będzie miał - dzięki zastosowaniu stosownych instrumentów reklamowych /promocyjnych, zapewnionego „wypchnięcia” z kanału dystrybucji w optymalnym czasie, ilości i w cenie. Nie można bowiem nie uwzględnić tego, że kanał dystrybucji detalisty działa w Polsce w warunkach ostrej rywalizacji innych kanałów (tych zintegrowanych, ale i tych konwencjonalnych), a dodatkowo ogranicza go własna powierzchnia sprzedażowa, wydolność posiadanych instrumentów marketingu sprzedaży (reklamy i promocji), sezonowość sprzedaży wielu kategorii towarów (marek) oraz stale zmieniające się potrzeby, preferencje i możliwości nabywcze konsumentów. Pośrednik handlowy taki jak Skarżący, aby przetrwać w warunkach silnej konkurencji i innych zmiennych rynkowych, nie może wprowadzić do tworzonego przez siebie kanału nieograniczonej ilości towarów (marek), wspierać ich tam samodzielnie odpowiednią aktywnością reklamowo-promocyjną, utrzymywać ich tam przez dowolny czas, i to wszystko nie bacząc na zachowania konsumenckie. To, czy konsument do zrobienia zakupów wybierze kanał dystrybucji Skarżącego, czy skorzysta z oferty licznej konkurencji, zależy przede wszystkim od tego, na ile atrakcyjną ofertę asortymentowo-usługową uda się temu drugiemu z odpowiednim wyprzedzeniem stworzyć, a następnie we właściwym czasie i miejscu udostępnić.<sup>109</sup> Dla osiągnięcia odpowiedniej atrakcyjności oferty handlowej, w szczególności dla efektywnego planowania i zarządzania aktywnościami promocyjnymi, konieczne jest zapewnienie, tak jak była o tym mowa powyżej, optymalnej logistyki – w zakresie tworzenia zapasów w określonym miejscu (tj. magazynie centralnym)<sup>110</sup> i koordynacji dostaw do poszczególnych sklepów w kanale dystrybucji.
135. Odnosząc się do powyższego należy wskazać, iż szczególne znaczenie w pozycjonowaniu firmy handlowej i budowaniu jej wizerunku mają produkty markowe – a więc w szczególności takie, wobec których została należycie zrealizowana strategia *pull* - które pozytywnie oddziałują na markę korporacyjną pośrednika handlowego.<sup>111</sup> Z drugiej strony istnieje możliwość budowania oferty asortymentowej przy wykorzystaniu tzw. marek handlowych własnych (należących do sieci handlowych), która pozwala na budowanie wizerunku sieci handlowej niezależnie od zmiennej pozycji rynkowej marek producenckich.<sup>112</sup> Co do zasady więc pośrednik handlowy mógłby zatem konstruować swoją ofertę asortymentowo-usługową w oparciu o komfortową kompozycję produktów

<sup>109</sup> M. Sławińska, Działania marketingowe przedsiębiorstw... op.cit., s. 336-337; *Tenże*, Marketing w handlu detalicznym – nowe wyzwania strategiczne [w] Marketing w realiach współczesnego rynku. Strategie i działania marketingowe; pod red. S. Figiela, Warszawa 2010, s. 282.

<sup>110</sup> D. Chudzik, Magazyny centralne detalicznych sieci handlowych – korzyści i zagrożenia, Logistyka 2005/3.

<sup>111</sup> M. Sławińska, Marketing w handlu detalicznym...op.cit., s. 283-284.

<sup>112</sup> *Ibidem*, s. 284.

markowych oraz towarów z markami własnymi. W takiej sytuacji przyjmowanie lub wprowadzanie do kanału dystrybucji towarów z markami producenckimi o małej lub niepewnej rozpoznawalności jest z jednej strony otwarciem się na szersze grono producentów/dostawców aniżeli wydaje się to konieczne w działalności handlowej, a z drugiej obarczone istotnym ryzykiem gospodarczym, które można i należy próbować zniwelować właściwymi działaniami reklamowo-promocyjnymi w ramach tego kanału. To, jakie konkretne działania marketingowe wpierające sprzedaż takiego asortymentu w kanale dystrybucji należy wprowadzić, wie najlepiej pośrednik handlowy taki jak Skarżący. To on bowiem jest predestynowany – o czym już wcześniej wspomniano – do odgrywania kluczowej roli w kształtowaniu i dostarczaniu wartości w całym ciągu łańcucha jej tworzenia dla konsumentów oferty asortymentowo-usługowej.<sup>113</sup> Producenci/dostawcy takiego asortymentu (w tym firma P ) są lub przynajmniej powinni być tego świadomi, jako profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego. To dlatego, w ramach podziału funkcji wykonawczych w zintegrowanym kanale dystrybucji, pośrednik handlowy taki jak Skarżący (a jednocześnie integrator/lider tego kanału), zajmuje się projektowaniem i wdrażaniem tych działań, a gospodarczo uzasadnioną rolą producenta/dostawcy jest dostarczania bodźców finansowych dla podejmowania tej aktywności przez pośrednika handlowego, tj. co najmniej współudział w ich finansowaniu. Przejęcie przez pośrednika handlowego odpowiedzialności za działania marketingowe (promocyjne) determinuje zwykle konieczność objęcia przez niego funkcji zarządczej w zakresie tworzenia zapasów oraz dostaw do poszczególnych placówek sklepowych – w czym również kosztowo powinien partycypować taki dostawca jak P , z tych samych powodów, które zostały powyżej opisane.

136. Podsumowując należy raz jeszcze podkreślić, że fizyczne wprowadzenie przez producenta/dostawcę towaru do zintegrowanego kanału dystrybucji/marketingu, zwłaszcza gdy jest to towar, wobec którego nie występuje wysoka lojalność i zaangażowanie konsumentów w jego markę (nie jest to produkt markowy) nie może kończyć się i nie kończy się jego zaangażowania w proces marketingowy. W myśl wypracowanych i stosowanych w realiach wolnego rynku koncepcji ekonomicznych (marketingowych), należy od takiego producenta/dostawcy oczekiwać zaangażowania w proces tworzenia wartości dla konsumenta, który odbywa się w ramach kanału dystrybucji/marketingu. Na ów proces składają się działania marketingowe, których bezpośrednim wykonawcą jest zazwyczaj pośrednik handlowy (lider/integrator kanału), który wie najlepiej jakie działania i w jakim czasie podjąć (również w zakresie logistyki), aby skłonić konsumenta do decyzji zakupu towaru dostarczonego przez danego producenta/dostawcę. Jeżeli odpowiednie działania marketingowe nie byłyby podejmowane przez pośrednika handlowego, szanse na zyskanie zainteresowania konsumenta towarem/marką, a tym samym efektywną sprzedaż, maleją w takim stopniu, że czynią ekonomicznie zasadną decyzję o nieprzyjęciu takiego produktu do zintegrowanego kanału dystrybucji. Dlatego producenci/dostawcy, deklarując wolę współtworzenia zintegrowanego kanału dystrybucji, do którego chcą wprowadzić towar (markę), powierzają pośrednikowi handlowemu bezpośrednie wykonywanie działań marketingowych oraz logistycznych (jako najlepiej do wykonawstwa tych aktywności

---

<sup>113</sup> M. Sławińska, Działania marketingowe przedsiębiorstw... *op.cit.*, s. 334.

przygotowanego), które racjonalizują decyzję o przyjęciu tych towarów (marek) do tego kanału poprzez ograniczenie ryzyka ich niedostrzeżenia i pominięcia przez konsumentów oraz zapewnienie efektu „bogatej oferty” przyciągającej konsumenta do sklepów działających w ramach kanału dystrybucji. W zamian za wykonanie takich zintegrowanych działań, producenci/dostawcy na całym świecie są skłonni uiszczać dodatkowe wynagrodzenia (pokrywające koszty aktywności marketingowych podejmowanych w kanale dystrybucji), jako wzajemne świadczenie, niezależne od ceny sprzedaży towarów do pośrednika handlowego.

137. W sprawie K , rozstrzygniętej ostatecznie wyrokiem Sądu Apelacyjnego w W z listopada 2013 r., sygn. akt , ze względu na dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, dokonano prawnej dyskwalifikacji aktywności marketingowej Skarżącego polegającej na wydaniu gazetki reklamowej z publikacją dot. towaru dostarczonego przez P oraz marki tej firmy (w formie logo), odmawiając jej przymiotu „usługi wykonanej na rzecz P ”. W tej sytuacji należy poczynić następujące uwagi na temat formy, funkcji i efektywności aktywności marketingowej polegającej na wydawaniu gazetek reklamowych przez pośredników handlowych.
138. W procesie kształtowania wartości dla potencjalnego nabywcy w kanale dystrybucyjnym istotne znaczenie ma komunikacja marketingowa.<sup>114</sup> Z punktu widzenia klienta najważniejsze jest uzyskanie wiarygodnej informacji o ofercie asortymentowo-usługowej i jej dostępności. Podstawowymi narzędziami promocji stosowanymi przez przedsiębiorstwa handlu detalicznego są nośniki reklamowo-promocyjne przez nich samych tworzone, do wykorzystania bezpośrednio w ramach kanału dystrybucji/marketingu. Wśród tych nośników gazetki reklamowe wydawane przez pośredników handlowych stanowią jedno z najważniejszych narzędzi komunikacji w zakresie promocji sprzedaży.<sup>115</sup> Analizy przeprowadzone na podstawie wyników badań empirycznych prowadzą do wniosku, iż gazetki reklamowe wydawane przez sieci handlowe są bardzo skuteczną metodą komunikacji marketingowej.<sup>116</sup> Jest to najobszerniejsze źródło informacji o produktach i cenach w komunikacji między kanałem dystrybucji a konsumentami<sup>117</sup>, które w znacznej mierze determinuje ich decyzje zakupowe.<sup>118</sup> Gazetki reklamowe wydawane przez poszczególne sieci handlowe są nawet przedmiotem analizy porównawczej klientów, a ich wizyta w danym sklepie bardzo często jest następstwem uznania oferty zawartej w danej gazetce za najbardziej atrakcyjną.<sup>119</sup> Już te konstatacje obnażają bezzasadność pojawiających się w dyskusji publicznej twierdzeń i następujących po nich dywagacji na temat bezwartościowości marketingowej gazetek reklamowych wydawanych przez nowoczesne sieci handlowe i ich „pozornego” charakteru – tj. wydawania ich w celu stworzenia pretekstu do pobierania dodatkowych

<sup>114</sup> *Ibidem*, s. 338.

<sup>115</sup> *Ibidem*, s. 338-339, por. także Jack J. Kasulis, Fred W. Morgan, David E. Griffith, James M. Kenderdine, Managing Trade Promotions in the Context of Market Power, *Journal of the Academy of Marketing Science* 1999 no. 27, s. 322.

<sup>116</sup> Łukasz Szymborski, Gazetki reklamowe, jako środek komunikacji marketingowej sieci hipermarketów z konsumentami [w] *Strategie komunikacji reklamowej z konsumentem*, (Red.) A. Kozłowska, Wyższa Szkoła Promocji, Warszawa 2012, s. 71-96.

<sup>117</sup> *Ibidem*, s. 72.

<sup>118</sup> *Ibidem*, s. 94.

<sup>119</sup> *Ibidem*, s. 94-95.

korzyści od producentów/dostawców, których produkty (marki) tam zostały tam objęte promocją. Widać z powyższego, że gazetki reklamowe, takie jak wydawane przez Skarżącego, są bardzo ważnym instrumentem wsparcia sprzedaży („wypychania”) towarów ze zintegrowanego kanału dystrybucyjnego. Zarówno w okresie objętym sporem rozstrzygniętym ostatecznie wyrokiem Sądu Apelacyjnego w W z listopada 2013 r., sygn. akt , jak i obecnie, trudno w polskich warunkach wskazać skuteczniejszą aniżeli gazetki reklamowe formę wysłania masowych komunikatów marketingowych do konsumentów, nawiązania kontaktu z nimi i przywiedzenia ich do zakupów w kanale dystrybucyjnym wysyłającym ten komunikat. Nadto skuteczność gazetek reklamowych wydawanych przez pośredników handlowych w zakresie promocji marki producenckiej została potwierdzona w światowej literaturze przedmiotu – wskazuje się tam, że w ramach zarządzania komunikacją masową producenci/dostawcy płacą odpowiednie wynagrodzenia detalistom za promowanie marki za pomocą ich gazetek reklamowych.<sup>120</sup>

139. Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, iż umieszczenie w gazecie reklamowej komunikatu marketingowego dot. danego towaru (marki) jest działaniem bezpośrednio skierowanym na realizację celu, w jakim producent/dostawca wprowadza towar (markę) do zintegrowanego kanału dystrybucji/marketingu – sprzedaż tego towaru ostatecznemu klientowi/konsumentowi. Jednym z racjonalnych i częstych działań służących promocji marki producenckiej jest jej popularyzacja (uświadomienie istnienia) w gazetkach reklamowych wydawanych w ramach kanału dystrybucji, do którego tę markę wprowadzono. Nie ma za to oparcia w praktyce i teorii gospodarczej twierdzenie, że wyłącznym celem producenta/dostawcy działającego w ramach zintegrowanego kanału dystrybucji/marketingu jest wprowadzenie danej partii asortymentu do tego kanału, z pozostawieniem całego ryzyka ekonomicznego związanego ze zorganizowaniem dalszej sprzedaży pośrednikowi handlowemu, wszak sama koncepcja organizacji kanału zintegrowanego zakłada powtarzalność transakcji pomiędzy pośrednikiem handlowym a dostawcą dot. określonego towaru (marki). Ta powtarzalność byłaby niemożliwa, gdyby Skarżący nie miał gwarancji, że deklaracje dostawcy/producenta o atrakcyjności rynkowej produktu (marki) - pomimo tego, że nie jest to produkt markowy (tak jak to było w przypadku asortymentu dostarczanego przez firmę P ) lub deficytowy – będą miały swoiste poręczenie w umówionym i rzeczywistym zaangażowaniu dostawcy w realizację planu promocyjnego w kanale dystrybucji.
140. W świetle aktualnych praktyk rynkowych oraz obowiązujących teorii ekonomicznych, Skarżący obiektywnie ograniczony w możliwości generowania sprzedaży w tworzonym kanale dystrybucyjnym (poprzez konkurencję, ale także ograniczoną moc wytwarzania wartości dla konsumentów), powinien móc otrzymać od dostawcy wynagrodzenie za swoje zaangażowanie w konkretne i celowe aktywności marketingowe ukierunkowane na „wypchnięcie” towaru pochodzącego od tego dostawcy oraz ściśle z nimi związane działania na polu logistyki (również na odcinku magazyn centralny pośrednika – jego poszczególne sklepy). Należy mu się bowiem świadczenie wzajemne za działania, których nie musiałby podejmować, gdyby nie deklaracja dostawcy/producenta, że

<sup>120</sup> Philip Kotler, Kevin L. Keller, *op.cit.*, s. 559.

podejmie współpracę wedle zasad właściwych dla zintegrowanego kanału dystrybucji, do którego dobrowolnie przystąpił. Gdyby nie było takiej deklaracji, Skarżący miałby prawo przekierować ograniczone siły swojego przedsiębiorstwa na współpracę z tymi producentami/dostawcami, którzy byłiby gotowi do rzeczywistej współpracy w kanale dystrybucji integrowanym przez K lub oprzeć swoją ofertę na towarach markowych i oznaczonych marką handlową własną.

141. Należy też tutaj wyjaśnić, iż ustalanie wynagrodzenia za aktywności promocyjne na zasadzie „procent od obrotu” jest powszechnie stosowane w życiu gospodarczym i znajduje akceptację w teorii ekonomicznej. Taki sposób ustalenia płatności wiąże się bezpośrednio z mierzalnością skutków działań promocyjnych. Najkorzystniejszy dla producenta/dostawcy sposób zapłaty za usługi promocyjne to właśnie powiązanie wielkości zapłaty z wielkością sprzedaży. Metoda „procent od sprzedaży” (zeszłorocznej lub antycypowanej) należy do najpopularniejszych metod ustalania budżetu promocyjnego przez producentów/dostawców na całym świecie<sup>121</sup>. Metodę tę też chętnie stosuje się zwłaszcza w relacjach z pośrednikami handlowymi, którzy podejmują się działań promocyjnych na rzecz producenta/dostawcy. Ta metoda ustalenia płatności ma dwie podstawowe zalety: i) można ją stosować w sytuacjach, gdzie na sprzedaż wpływa wiele czynników np. podejmowane są jednocześnie różne działania promocyjne oraz nie można jednoznacznie przypisać określonych skutków poszczególnym działaniom; ii) producent/dostawca ponosi koszty działań promocyjnych, gdy już ma ich efekty w postaci wyników w sprzedaży. Tak więc na gruncie ekonomicznym formuła wynagradzania jako „procent od obrotu” żadną miarą nie jest uważana za nieuczciwą czy też przynoszącą nadmierne korzyści wynagradzanemu pośrednikowi.

142. Reasumując, Skarżący prowadzi działalność gospodarczą wraz z dostawcami w ramach zintegrowanego kanału dystrybucji/marketingu, a zatem w ramach będącego produktem neutralnych procesów ekonomicznych, od dawna utrwalonego i powszechnie przyjętego na świecie modelu działalności handlowej, cechującego się wydajnością ekonomiczną zarówno dla jego uczestników i konsumentów. Model ten, szeroko opisany w powołanej literaturze przedmiotu, zakłada co najmniej współdział finansowy dostawców w promowaniu przez pośrednika handlowego towarów dostarczanych przez nich do kanału dystrybucji/marketingu. Dostawcy dobrowolnie podejmują współpracę ze Skarżącym w ramach tego modelu, zachęceni jego ekonomiczną efektywnością. W ramach współpracy Skarżący, korzystając ze swojej znajomości rynku, doświadczenia marketingowego i ekonomii skali, oferuje dostawcom niezbędne dla przepływu towaru w kanale dystrybucji, wydajne instrumenty stymulowania sprzedaży i promocji marki dostawcy (np. promocję w gazetkach reklamowych). Ponieważ zintegrowany kanał dystrybucji jest z natury rzeczy formą długotrwałej współpracy partnerów handlowych, pozytywne efekty podejmowanych w nim działań marketingowych przynoszą korzyść zwłaszcza dostawcom (zapewnienie

---

<sup>121</sup> J.T.Russell, W.R.Lane, Reklama, Felberg SJA 2000, s.165 oraz T.A. Shimp, *Integrated Marketing Communication in Advertising and Promotion*, South-Western, Cengage Learning, 2007, 8 ed, s.169

stałego zbytu towarów, promocja asortymentu i marki dostawcy). Ustalenie zapłaty za działania marketingowe według formuły „procent od obrotu” nie jest żadnym ewenementem, jest powszechnie akceptowane przez praktykę i teorię gospodarczą, stąd też przyjęcie tej formuły w ramach kanału dystrybucji integrowanego przez K nie stanowi żadnego nadużycia w sensie ekonomicznym.

143. Zakazując świadczenia przez pośredników handlowych w tym przez Skarżącego) odpłatnych usług marketingowych oraz logistycznych (na odcinku magazyn centralny pośrednika handlowego - jego poszczególne sklepy) na rzecz ich dostawców przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, wprowadza swoisty zakaz prowadzenia w Polsce działalności w opisanym powyżej modelu lub przynajmniej nadmiernie utrudnia taki sposób jej wykonywania. Skarżony przepis uniemożliwia pośrednikom handlowym (takim jak Skarżący, którzy chcą działać według koncepcji „nowoczesnego handlu”) dobór partnerów biznesowych według kryterium rzeczywistej woli współpracy w ekonomicznie najwydajniejszej formie kanału dystrybucyjnego, którą jest kanał zintegrowany, zmuszając wręcz do prowadzenia działalności gospodarczej w archaicznym modelu kanałów konwencjonalnych, gdzie poza jednorazową sprzedażą towaru nie ma żadnych relacji gospodarczych pomiędzy stronami.

## **CZEŚĆ VI.**

### **WYJAŚNIENIE EKONOMICZNEGO ZNACZENIA POJĘCIA „MARŻA HANDLOWA”**

144. Po wyjaśnieniu wszystkich istotnych cech modelu działalności gospodarczej prowadzonej przez Skarżącego<sup>122</sup>, wynikającego stąd uzasadnienia dla usługowego podejmowania aktywności marketingowych i logistycznych na rzecz dostawców, należy – przed przejściem do bezpośredniego uzasadnienia zarzutów skargi – przedstawić jeszcze kwestię ekonomicznego znaczenia pojęcia „marża handlowa”, a także ściśle z tym związanego pojęcia „zysku”. Konieczność osobnego zajęcia się kwestią znaczenia pojęcia „marża handlowa” jest uwarunkowana gramatyczną treścią skarżonego przepisu, gdzie to pojęcie wprowadzono. Jednocześnie, tak jak to zauważono w literaturze przedmiotu<sup>123</sup>, ustawodawca nie zdefiniował kategorii „opłat za przyjęcie towaru”. Jediną ustawową przesłanką przedmiotową rozumienia tych opłat jest ich żądanie i wnoszenie poza „marżą handlową”, rozumianą jako różnica między ceną płaconą przez kupującego a ceną uprzednio zapłaconą przez pośrednika handlowego, wynikającą z kosztów i zysku przedsiębiorcy. W tej sytuacji – przy braku ustawowej definicji „marży handlowej” w przepisach uznk – uzasadnionym jest poczynienie w tym zakresie uwag opartych na wskazaniach wiedzy ekonomicznej.
145. Zgodnie z ukształtowanym w teorii ekonomii pojęciem, marża jest różnicą między obrotem uzyskanym w toku działalności a kosztami poniesionymi przez przedsiębiorcę z uwzględnieniem zysku.<sup>124</sup> Celem zasadniczym obliczania marży jest określenie wpływu wyników działalności przedsiębiorstwa w podziale na poszczególne produkty lub usługi. Kalkulacja marży pozwala zidentyfikować podstawowe obszary występowania zysku lub straty oraz określić strukturę zysku w podziale na produkty lub usługi. Z tego względu marże powinno liczyć się odrębnie dla każdego produktu, usługi lub klienta. W praktyce ukształtowały się pojęcia marży pokrycia I. stopnia oraz marży pokrycia II. stopnia. W literaturze przedmiotu marża definiowana jest również jako część przychodu przedsiębiorcy służąca pokryciu kosztów stałych działalności oraz zakładanego zysku (marżą brutto) oraz jako część przychodu, pokrywająca sumę kosztów zmiennych.<sup>125</sup> Marża pokrycia I. stopnia stanowi różnicę między obrotem a kosztami obejmującymi koszty zakupu towarów. Przyjmuje się też, że marża pokrycia I. stopnia uwzględnia również ryzyko finansowe i operacyjne, czego uzasadnieniem jest konieczność uwzględniania w kalkulacji wszystkich kosztów obciążających bezpośrednio sprzedaż, a do tych zaliczane jest również ryzyko.<sup>126</sup> Marżę pokrycia II. stopnia stanowi różnica między obrotem a kosztami zakupu produktów (marża I. stopnia) oraz kosztami pośrednimi sprzedaży.<sup>127</sup> Biorąc pod uwagę powyższe, marża pokrycia II. stopnia

<sup>122</sup> Tj. handlu nowoczesnego prowadzonego w formie kanału zintegrowanego.

<sup>123</sup> Tak np. Tadeusz Skoczny [w] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz (pod red. J. Szwajgi), Warszawa 2006, s. 602.

<sup>124</sup> A.A. Jaruga, W.A. Nowak, A. Szychta, Rachunkowość zarządcza. Koncepcje i zastosowania, wydanie II, Łódź 2001, s. 394.

<sup>125</sup> *Ibidem*, s. 394.

<sup>126</sup> P. Bender, Czym są marże zysku – jak je wyliczać i analizować, publikacja dostępna na stronie internetowej: [http://www.omis.com.pl/artykuly/2008\\_12\\_Marze\\_zysku.pdf](http://www.omis.com.pl/artykuly/2008_12_Marze_zysku.pdf)

<sup>127</sup> Do tych kosztów zalicza się, m.in., koszty magazynowania i logistyki produktów, reklamy, promocji, obsługi posprzedażnej klienta.

obejmuje więcej pozycji kosztowych, tym samym wskazuje rzeczywisty wynik na sprzedaży (lub wynik bardziej zbliżony do rzeczywistego). W literaturze przedmiotu spotyka się również pogląd<sup>128</sup>, że celowym jest obliczenie marży III. stopnia, która uwzględnia (poza elementami marży pokrycia II. stopnia) również koszty ogólnego zarządu. Kalkulacja marży powinna być prowadzona indywidualnie dla każdego produktu, usługi lub klienta, ponieważ podstawowym celem tej kalkulacji jest przypisanie wyniku na sprzedaży (zysk/strata) w możliwie najwęższym ujęciu. W teorii ekonomii i praktyce stosuje się kalkulacje marż pokrycia w dwóch lub trzech stopniach, przy czym marża pokrycia trzeciego stopnia wskazuje najbliższy rzeczywistemu wynik na sprzedaży produktów lub usługi.

146. Kalkulacja marży jest jednym z etapów obliczania zysku. Zgodnie ze schematem rachunku zysków proces obliczania zysku obejmuje: i) wynik na sprzedaży brutto, będący różnicą pomiędzy obrotem a kosztami zakupu; ii) wynik na sprzedaży netto, uwzględniający koszt zarządu i koszty sprzedaży; iii) wynik na działalności operacyjnej, uwzględniający przychody i koszty operacyjne; iv) wynik na działalności gospodarczej, uwzględniający przychody i koszty finansowe; v) wynik brutto, uwzględniający zyski i straty nadzwyczajne oraz vi) wynik netto, uwzględniający podatki. Z tego też wynika, że marża pokrycia I. stopnia równa jest wynikowi ze sprzedaży brutto, a marża pokrycia II. stopnia – niepełnemu wynikowi na sprzedaży netto. Na podstawie wyłącznie wskaźników marży pokrycia I. i II. stopnia nie można przeprowadzić całościowej analizy wyniku osiągniętego przez przedsiębiorstwo, gdyż marża (niezależnie od stopnia pokrycia) jest pojęciem szerszym niż zysk. Możliwe jest, że przedsiębiorstwo będzie wykazywało dodatnią marżę pokrycia II. stopnia, lecz generowało będzie straty na działalności jako takiej. Sytuacja taka nazywana jest w literaturze przedmiotu paradoksem marży pokrycia – dodatnia marża jest warunkiem koniecznym osiągnięcia zysku, lecz nie jest warunkiem wystarczającym.<sup>129</sup> Wynika stąd ostatecznie, że marża jest pojęciem węższym niż zysk, w związku z czym nie można ocenić efektywności prowadzonej działalności wyłącznie przez pryzmat osiągniętej marży.
147. Z powyższych uwag wynika przede wszystkim to, że w ujęciu ekonomicznym określone koszty związane z procesem sprzedaży w kanale dystrybucji towarów ostatecznemu nabywcy/konsumentowi – takie jak koszty logistyki i promocji towarów (marek) – które są refinansowane pośrednikowi handlowemu przez dostawcę, składają się na marżę osiągniętą przez pośrednika z danej transakcji. Innymi słowy, w znaczeniu ekonomicznym pośrednik handlowy otrzymując od dostawcy pokrycie kosztów nierozzerwalnie związanych z procesem sprzedaży towarów, nie nakłada na dostawcę żadnych innych opłat niż marża. Druga ważna konkluzja dająca się wywieść z powyższych uwag jest taka, że refinansowanie kosztów promocji przez dostawców w żadnym razie nie przesądza tego, że pośrednik handlowy osiągnął na określonej transakcji handlowej (w ramach której otrzymał pokrycie wydatków na promocję lub inne aktywności służące ostatecznej sprzedaży produktów) zysk kosztem dostawcy.

<sup>128</sup> P. Bender, Czym są marże...*op.cit.*

<sup>129</sup> A.A. Jaruga, W.A. Nowak, A. Szychta, Rachunkowość zarządcza...*op.cit.*, s. 400.

## **CZEŚĆ VII.**

### **UZASADNIENIE ZARZUTÓW SKARGI**

#### **VII.A. Uzasadnienie do zarzutu niezgodności skarżonego przepisu z art. 20 i 22 Konstytucji RP**

148. Zaskarżony przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jest niezgodny, w szczególności, z wzorcami konstytucyjnymi gwarantującymi Skarżącemu (jako spółce prawa handlowego) prawo podmiotowe do wolności działalności gospodarczej oraz prawo do nieograniczania tej wolności w stopniu nieusprawiedliwionym ważnym interesem publicznym.
149. Szczegółowe sformułowanie wynikających z art. 20 i 22 Konstytucji RP praw podmiotowych Skarżącego, które zostały naruszone przepisem art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w związku z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w W z listopada 2013 r., sygn. akt , oraz opis sposobu ich naruszenia, godzi się poprzedzić przypomnieniem normatywnej treści przywołanych przepisów konstytucyjnych, która została ustalona przez orzecznictwo TK oraz doktrynę prawa. Zgodnie z poglądami prawnymi wyrażanymi przez TK, prawo podmiotowe do wolności działalności gospodarczej zostało ustanowione w art. 20 Konstytucji RP. Przepis art. 20 Konstytucji RP określa, jaka jest treść tej wolności i sfera działań, które są jej realizacją. Przepis art. 22 Konstytucji RP dotyczy zaś kwestii dopuszczalności ograniczenia wolności gospodarczej. Stwierdza się, że z przepisu art. 22 Konstytucji RP wynika prawo do nieograniczania wolności działalności gospodarczej w sposób z nim sprzeczny, niezgodny z wymienionymi w nim warunkami.<sup>130</sup>
150. Jak wyjaśniono to w orzecznictwie TK<sup>131</sup>, wolność działalności gospodarczej (wolność gospodarcza) w swej istocie obejmuje możliwość podejmowania i prowadzenia działalności, której zasadniczym celem jest osiągnięcie zysku. Chodzi tu więc o działalność, która ma z założenia zarobkowy charakter. Dodatkowym elementem jest pewna ciągłość czynności - działalność gospodarcza nie polega tylko na jednorazowej, ściśle ograniczonej w czasie aktywności. Wolność działalności gospodarczej polega na możliwości samodzielnego podejmowania decyzji gospodarczych, w tym przede wszystkim wyboru rodzaju (przedmiotu) działalności, i wyboru prawnych form jej realizacji. Z praktycznego punktu widzenia, rozpoczęcie i prowadzenie działalności gospodarczej obejmuje przede wszystkim podejmowanie różnego rodzaju działań faktycznych (prowadzenie produkcji, handlu, usług itp.) oraz określonych czynności prawnych, dokonywanych w sposób zawodowy (np. prowadzenie przedsiębiorstwa zajmującego się sprzedażą komisową lub działalnością agencyjną).
151. W doktrynie prawa gospodarczego ugruntowany jest pogląd, że wolność działalności

<sup>130</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 29 kwietnia 2003 r., sygn. SK 24/02, opubl. w OTK-A 2003/4/33 oraz w nawiązujące do tego orzeczenia licznych wyroki TK, np: z 14 czerwca 2004 r., SK 21/03, opubl. OTK-A 2004/6/56; z dnia 27 lipca 2004 r., SK 9/03, opubl. OTK-A 2004/7/71; z dnia 24 stycznia 2006 r., SK 40/04, opubl. OTK-A 2006/1/5; z dnia 6 grudnia 2006 r., sygn. SK 25/05, opubl. OTK-A 2006/11/169; z 19 stycznia 2010 r., SK 35/08, opubl. OTK-A 2010/1/2.

<sup>131</sup> Tak np. w wyroku TK z 29 kwietnia 2003 r., sygn. SK 24/02, opubl. w OTK-A 2003/4/33 oraz z 14 czerwca 2004 r., SK 21/03, opubl. OTK-A 2004/6/56; wyrok TK z 21 grudnia 2005 r., sygn. K 45/05, a także w wyroku TK z 19 stycznia 2010 r., SK 35/08, opubl. OTK-A 2010/1/2.

gospodarczej należy pojmować jako zespół (wiązkę) następujących swobód: (i) swobody podejmowania decyzji o podjęciu działalności gospodarczej; (ii) swobody prowadzenia działalności gospodarczej, wyboru jej rodzaju; (iii) swobody w wyborze organizacyjno-prawnej formy prowadzenia działalności gospodarczej, (iv) swobody wyboru sposobu prowadzenia danej działalności gospodarczej; (v) swobody w konkutowaniu z innymi podmiotami gospodarczymi, (vi) swobody w zakresie zbywania własnych towarów i usług oraz kształtowania cen, (vii) swobody w zakresie decydowania o sposobie zaangażowania kapitału.<sup>132</sup>

152. Twierdzenie o istnieniu ww. „swobód częściowych”, które składają się na prawo wolności gospodarczej, został zaakceptowany – z pewnymi modyfikacjami - przez TK poprzez sformułowanie następującego poglądu: „(...) Istotą wolności prowadzenia działalności gospodarczej rozumianej jako publiczne prawo podmiotowe jest swoboda podmiotu prawa prywatnego podjęcia oraz wykonywania tej działalności. Zarówno na organach władz publicznych, jak i na innych podmiotach prawa spoczywa z kolei obowiązek powstrzymywania się od ingerowania - w formie działań prawnych i/lub faktycznych - w dziedzinę wolnej gospodarki. Podmiot korzystający z wolności podejmuje podstawowe decyzje w kilku kwestiach. W szczególności decyduje o: podjęciu działalności w określonej dziedzinie; o sprecyzowaniu przedmiotu działalności; doborze i kształtowaniu formy prawno-organizacyjnej działalności; sposobach i zakresie prowadzenia działalności, w tym działalności w sferach: kontraktowej, konkutowania, koncentracji i inwestowania; ograniczeniu, zawieszeniu albo zaprzestaniu prowadzenia działalności (...).”<sup>133</sup>
153. Wedle poglądów prawnych wyrażanych przez TK, prawo do wolności działalności gospodarczej pozostaje w ścisłym związku ze swobodą umów.<sup>134</sup> Również w wypowiedziach doktrynalnych wskazuje się, że prawo podmiotowe do wolności gospodarczej należy rozpatrywać - w szczególności - ze względu na relacje zewnętrzne przedsiębiorstwa, bo wyraża się ono w wolności zawierania umów.<sup>135</sup> Swobodę umów w literaturze naukowej określa się też mianem „pochodnej zasady swobody działalności gospodarczej”<sup>136</sup> lub wprost jako „swobodę kontraktowania w ramach prowadzonej przez dany podmiot działalności gospodarczej współokreślającą granice i zakres konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej”.<sup>137</sup> Tak więc wolność umów (swobodę kontraktowania) należy uznać za jedną ze „swobód częściowych” składających się na prawo do wolności gospodarczej, co też zostało wprost potwierdzone w orzecnictwie TK.<sup>138</sup>

154. Istotną cechą wolności prowadzenia działalności gospodarczej, gwarantowaną w art. 22

<sup>132</sup> A. Walaszek-Pyziół, Wolność działalności gospodarczej w ustawodawstwie Republiki Federalnej Niemiec, PUG 1992/5-6, s. 107; tak też: Marian Zdyb, Publiczne prawo gospodarcze, Kraków 2002, s. 46-48; L. Garlicki [w] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, komentarz w pkt. 7, s. 7; Jacek Kołacz, Swobody częściowe a swoboda działalności gospodarczej, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, nr 2/2008, s. 79-92; K. Klecha, Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP, Warszawa 2009, s. 150-151.

<sup>133</sup> Wyrok TK z 19 stycznia 2010 r., sygn. SK 35/08 OTK-A 2010/1/2.

<sup>134</sup> Tak np. w wyroku TK z 29 kwietnia 2003 r., sygn. SK 24/02, OTK ZU nr 4/A/2003 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 24 stycznia 2006 r., sygn. SK 40/04, opubl OTK-A 2006/1/5.

<sup>135</sup> K. Klecha, Wolność działalności, *op.cit.*, s. 154 wraz z przytoczoną tam literaturą.

<sup>136</sup> Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz, Oświadczenia i zapewnienia w umowie sprzedaży udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (w świetle zasady swobody umów), Warszawa 2010, s. 36.

<sup>137</sup> Jacek Kołacz, Swobody częściowe... *op.cit.*, s. 80 oraz 91-92.

<sup>138</sup> Np. wyrok TK z 19 stycznia 2010 r., sygn. SK 35/08 OTK-A 2010/1/2

Konstytucji RP, jest wolność prowadzenia i wykonywania tej działalności w sposób niezakłócony nieusprawiedliwionymi i nadmiernymi działaniami organów władzy publicznej.<sup>139</sup>

155. W ujęciu doktrynalnym,<sup>140</sup> zasada wynikająca z art. 22 Konstytucji RP kształtuje następujące postulaty skierowane do organów władzy publicznej:

- (i) nakaz adekwatnego do potrzeb, powściągliwego i ukierunkowanego stanowienia prawa, wyznaczania kierunku prawodawstwa na korzyść wolności gospodarowania (z postulatu tego wynika ograniczona kompetencja ustawodawcy do ingerencji w zakresie ustanowienia obowiązków oraz ograniczeń dotyczącej działalności przedsiębiorców);
- (ii) obowiązek obejmujący ochronę wolnej konkurencji oraz praw konsumenta, zapewnienie swobody umów;
- (iii) zakaz ingerencji prawodawcy w warunki prowadzenia działalności gospodarczej w sposób uniemożliwiający skuteczną reakcję na zmiany gospodarowania;
- (iv) zakaz arbitralnego różnicowania (dyskryminacji) pozycji prawnej przedsiębiorców;<sup>141</sup>
- (v) nakaz przyjmowania przez prawodawcę takich unormowań, które zapewniają profesjonalny sposób prowadzenia działalności gospodarczej.

156. Doktryna wskazuje też,<sup>142</sup> że ocena na ile dane ograniczenie wolności gospodarczej jest konstytucyjnie dopuszczalne, wymaga udzielenia odpowiedzi na następujące pytania: 1) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana?, 2) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią rezultatów?, 3) czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela?

157. Obszernie na temat zasad (warunków) wprowadzania na podstawie art. 22 Konstytucji RP przez ustawodawcę zwykłego ograniczeń wobec zasady wolności Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się w wyroku z 8 lipca 2008 r., sygn. K 46/07.<sup>143</sup> Ze względu na doniosłość poglądów prawnych tam wypowiedzianych również dla niniejszej sprawy, zdaniem Skarżącego zasadnym jest ich tutaj obszernie zacytowanie: „(...) Ustawodawca nie może wolności działalności gospodarczej reglamentować w sposób dowolny, a art. 22 Konstytucji stawia w tym względzie dwa warunki: w płaszczyźnie formalnej wymaga, by ograniczenie było wprowadzone w drodze ustawy, **w płaszczyźnie materialnej zaś - by uzasadnione było "ważnym interesem publicznym"** [podkr. aut.]. Ów "ważny interes publiczny" - choć jest kategorią ocenną - nie może być interpretowany rozszerzająco ani prowadzić do ograniczenia innego odrębnego prawa, a konstytucyjnie dopuszczalne ograniczenie musi być na tyle merytorycznie uzasadnione, by w konflikcie z zasadą swobodnej działalności gospodarczej rachunek aksjologiczny przeważał na jego korzyść.

<sup>139</sup> Vide wyroki TK z 29 kwietnia 2003 r., sygn. SK 24/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 33; z 10 kwietnia 2001 r., sygn. U 7/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 56; z 10 października 2001 r., sygn. K 28/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 212; wyrok TK z 08 lipca 2008 r., sygn. K 46/07, opubl OTK-A 2008/6/104.

<sup>140</sup> J. Ciapała, Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w RP, Szczecin 2009, s. s. 250–278.

<sup>141</sup> Tak też w wyroku TK z dnia 10 lipca 2006 r., sygn. K 37/04.

<sup>142</sup> R. Sowiński, *Wolność i ustawowa swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2007, s. 197.

<sup>143</sup> Opubl OTK-A 2008/6/104.

Zasada, iż ograniczenia praw i wolności mogą być wprowadzane tylko w zakresie koniecznym, wyraża ogólną ideę praw i wolności jako sfery swobodnego działania jednostki, w którą ustawodawca może ingerować tylko w razie konieczności i tylko w niezbędnym wymiarze. Istotą zakazu nadmiernej ingerencji - wynikającą z zasady proporcjonalności - jest uznanie, że państwo nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, zwłaszcza zaś ograniczeń o zaburzonej proporcji pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą podlegającego ochronie interesu publicznego. Znaczy to, że wszelka ingerencja musi być dokonywana środkami adekwatnymi do zamierzonego celu. Zakaz nadmiernej ingerencji pełni funkcję ochronną w stosunku do wszystkich praw i wolności jednostki (choć kryteria "nadmierności" muszą być relatywizowane, m.in. z uwagi na charakter poszczególnych praw i wolności), a jego adresatem jest państwo, które winno działać wobec jednostki w sposób wyznaczony rzeczywistą potrzebą. Ocena proporcjonalności ograniczenia prawa wymaga ustalenia, czy wkroczenie prawodawcy w sferę wolności lub praw jest niezbędne dla osiągnięcia założonego celu, a nie jedynie "sprzyja" temu celowi, czy też "ułatwia" jego osiągnięcie. Niewątpliwie w klauzuli generalnej *"ważnego interesu publicznego"* mieszczą się wszystkie wartości wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zgodnie z nim, warunkiem ograniczenia korzystania z wolności lub praw jest *"konieczność w demokratycznym państwie"*, wynikająca z imperatywu zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego w państwie, z potrzeby ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej oraz z niezbędności ochrony wolności i praw innych osób. Ustawa zasadnicza niezbędną przesłanką legalnego ograniczenia wolności działalności gospodarczej czyni szczególny, czy też kwalifikowany, rodzaj interesu publicznego, mianowicie interes *"ważny"*. Ustawodawca musi zatem każdorazowo wykazać, iż ograniczenie wolności działalności gospodarczej służy ochronie szczególnie istotnego interesu publicznego. Konieczność ograniczenia tej wolności jest uzasadniona, o ile ustanawiane ograniczenia są zgodne z zasadą proporcjonalności, a więc: zastosowane środki prowadzą do zamierzonych celów, są niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane, skutki ograniczeń są proporcjonalne do ciężarów nakładanych na obywatela. Z zasady proporcjonalności wynika wymóg doboru takiego środka ograniczenia wolności lub praw, który służyłby osiągnięciu zamierzonego celu, z uwzględnieniem postulatu adekwatności. W pojęciu *"ograniczenia koniecznego"* zawiera się nie tylko materialnoprawne określenie treści ograniczenia, ale też dopuszczalność stosowania środków niezbędnych dla zapewnienia respektowania owego ograniczenia przez adresatów normy ograniczającej. Każdy wypadek konieczności ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści się w klauzuli ważnego interesu publicznego w rozumieniu art. 22 Konstytucji, jednak w zakresie owego ważnego interesu publicznego mieszczą się ponadto wartości niewymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W konsekwencji zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej jest - przynajmniej z punktu widzenia materialnoprawnych przesłanek ograniczeń - szerszy od zakresu ograniczeń tych wolności i praw, do których odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji. (...) Trybunał Konstytucyjny przypomina, że konstytucyjnie dopuszczalne jest ograniczenie wolności gospodarczej wyłącznie ze względu na *"ważny interes publiczny"*, nie zaś na każdy *"interes publiczny"* jako taki. Nie każdy interes publiczny ma przymiot *"ważności"* i może stanowić przesłankę ograniczenia swobody działalności gospodarczej. Na dodatek wprowadzane ograniczenia muszą bezpośrednio realizować zakładany cel, a nie jedynie

ułatwiać jego osiągnięcie”.

158. Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że z przepisu art. 20 Konstytucji RP, wynikają – w szczególności – prawa podmiotowe Skarżącego, których istotną treść stanowi:
- i) swoboda wyboru i korzystania z określonego sposobu prowadzenia swej działalności gospodarczej;
  - ii) swoboda umów (kontraktowania);
  - iii) swoboda w zakresie zbywania usług i kształtowania cen za nie
  - iv) swoboda w konkutowaniu z innymi podmiotami gospodarczymi.
159. Wymienione powyżej prawa/swobody – jako „częstkowe” prawa podmiotowe do wolności działalności gospodarczej – podlegają niedopuszczalnemu ograniczeniu w związku z treścią normatywną art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, a co ujawniło się w sprawie cywilnej Skarżącego rozstrzygniętej ostatecznie wyrokiem Sądu Apelacyjnego w W z listopada 2013 r., sygn. akt
160. Niedopuszczalne ograniczenie prawa podmiotowego Skarżącego do wolności gospodarczej polega przede wszystkim na uniemożliwieniu K - lub co najmniej nadmiernemu utrudnieniu - przez normatywną treść art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk korzystania ze sposobu (modelu) prowadzenia swej działalności gospodarczej (tj. nowoczesnego handlu detalicznego) w formie zintegrowanego kanału dystrybucji/marketingu, tj. w formie wypracowanej, aprobowanej i powszechnie przyjętej przez teorię oraz praktykę marketingu<sup>144</sup>. Uniemożliwienie lub co najmniej nadmierne utrudnienie Skarżącemu prowadzenia działalności handlowej w takim modelu ekonomicznym jest następstwem wynikającej z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk bezskuteczności (braku prawnie wiążącego skutku) umów zawieranych przez K z producentami/dostawcami, stanowiących integralną część kontraktowej postaci zintegrowanego kanału dystrybucji, a mających za przedmiot odpłatne świadczenie przez Skarżącego na rzecz producentów/dostawców określonych działań marketingowych<sup>145</sup>, których celem jest wsparcie promocyjne sprzedaży towarów (marek), w związku z ich wprowadzeniem przez producenta/dostawcę do kanału dystrybucji integrowanego przez K oraz ściśle z tym związanym zarządzaniem zapasami i koordynacją dostaw z magazynu centralnego Skarżącego do poszczególnych jego sklepów.<sup>146</sup> Prawna bezskuteczność objęcia umową zawartą pomiędzy K a producentami/dostawcami tego typu aktywności marketingowych i logistycznych jest rezultatem ich prawnego zdyskwalifikowania<sup>147</sup> normą art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jako usług wykonywanych „na rzecz producentów/dostawców” (mogących stanowić korzyść dla producentów/dostawców). W istocie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk ustanawia zatem prawny zakaz usługowego podejmowania przez K tych aktywności w ramach jego działalności gospodarczej oraz uniemożliwia pobieranie przez K wynagrodzenia od producentów/dostawców za ich podejmowanie (zakaz ustalenia i pobierania ceny za te

<sup>144</sup> Tj. w postaci opisanej w Części V. uzasadnienia niniejszej skargi.

<sup>145</sup> Opisanych w pkt 124, 136, 138 i 140 w Części V. uzasadnienia skargi.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

<sup>147</sup> Por. uwagi z pkt III.A i B uzasadniania skargi.

działania). Brak prawnej możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w formie zintegrowanego kanału dystrybucji/marketingu (w jego postaci wypracowanej, powszechnie aprobowanej i przyjętej przez teorię oraz praktykę marketingu<sup>148</sup>) prowadzi do ograniczenia Skarżącemu możliwości konkurencji z innymi przedsiębiorcami zajmującymi się handlem detalicznym.

161. Rodzaj i liczba ograniczonych skarżonym przepisem „częstkowych” swobód składających się na prawo K do wolności gospodarczej, a także nasilenie tych ograniczeń, uniemożliwiają Skarżącemu działania wedle zasad „nowoczesnego handlu” (*modern retail*), co należy uznać za zagrożenie dla swobody wyboru i prowadzenia wybranej działalności gospodarczej.
162. W uzupełnieniu uzasadnienia zarzutu, iż skarżony przepis narusza opisane w poprzedzającym punkcie „częstkowe” swobody Skarżącego składające się na jego prawo do wolności gospodarczej, należy raz jeszcze odwołać się do opisu modelu działalności gospodarczej K<sup>149</sup>. Wynika z niego dowodnie, iż działania marketingowe pośrednika handlowego podejmowane w zintegrowanym kanale dystrybucji/ nie mają charakteru pozornego czy fikcyjnego w znaczeniu ekonomicznym. Przeciwnie, mają istotne znaczenie gospodarcze dla działania zintegrowanego kanału dystrybucji/marketingu, są bardzo efektywnym instrumentem wspólnej strategii marketingowej jego uczestników. Producent/dostawca, przystępując do takiego kanału (a co czyni w polskich warunkach z zasady całkowicie dobrowolnie), podejmuje określoną decyzję marketingową, której celem jest m.in. uzyskanie długoterminowej pomocy/ współpracy K w tworzeniu dla towarów (marek) dostarczonych przez niego do zintegrowanego kanału dystrybucji dodatkowej wartości, determinującej w znacznym stopniu decyzję ostatecznych nabywców o ich zakupie. Obiektywny wymóg zaangażowania się w aktywności marketingowe (obiektywna konieczność ich znacznej częstotliwości w danym kanale marketingowym celem zachowania konkurencyjności wobec innych kanałów dystrybucji) pozostają w ścisłym związku z zarządzaniem zapasami towarów, wielkością i terminowością ich dostaw – a więc logistyką. W tym zakresie integrator kanału dystrybucji (pośrednik handlowy taki jak Skarżący) dąży do zoptymalizowania przepływów pieniężnych w łańcuchu dostaw, co ma na celu obniżenie kosztu kapitału zaangażowanego w zapasach utrzymywanych na różnych szczeblach kanału dystrybucji. Zbyt wysoki koszt kapitału może niweczyć wspólne wysiłki zmierzające do uzyskania korzyści z minimalizacji zapasów (tj. utrzymania ich na poziomie optymalnym z punktu widzenia działań marketingowych/promocyjnych podejmowanych w ramach zintegrowanego kanału dystrybucji). Mimo sukcesów polegających na obniżce wielkości zapasów i związanych z nimi kosztów składowania, obsługi i ryzyka w skali całego kanału dystrybucji, wysoki koszt zaangażowania kapitału w zapasach może przesądzać o jego nieefektywności, stąd konieczność zsynchronizowania przez K zarządzania dostawami z wdrażanymi w danym kanale koncepcjami marketingowymi/promocyjnymi. Nadto, w ramach koordynacji logistyki dostaw, Skarżący stara się stworzyć warunki do optymalnego wykorzystania mocy sprzedażowych swych placówek handlowych, co daje producentom/dostawcom szansę na efektywny udział w

<sup>148</sup> Tj. w postaci opisanej w Części V. uzasadnienia niniejszej skargi.

<sup>149</sup> Vide Część V uzasadnienia skargi.

tworzonym przez niego kanale dystrybucji<sup>150</sup>. W procesie kształtowania wartości dla potencjalnego nabywcy w kanale dystrybucyjnym istotne znaczenie ma m.in. komunikacja marketingowa, której jedną z najbardziej efektywnych form jest właśnie gazetka reklamowa, jaką wydaje Skarżący. Celem objęcia taką formą komunikatu marketingowego towaru (marki) – z punktu widzenia producenta/dostawcy – jest w znacznej mierze budowanie u konsumentów świadomości swej obecności w kanale i nakłonienie ich do poszukiwania tam pochodzących od niego dóbr. Pozytywna odpowiedź konsumentów na ten komunikat uwiarygadnia producenta/dostawcę (jego ofertę) w oczach Skarżącego i daje ekonomiczne uzasadnienie do dalszej współpracy tych podmiotów w zintegrowanym kanale. Jednocześnie producent/dostawca nie traci zwykle – tak jak nie straciła tego firma P – możliwości udziału w konkurencyjnych kanałach. Jego zaangażowanie w realizację strategii marketingowej w ramach tego pierwszego kanału z zasady nie skutkuje bowiem koniecznością jednoczesnego ograniczenia swej działalności marketingowej na innych polach zbytu. Tak więc w sensie ekonomicznym działania Skarżącego - takie jak projektowanie, drukowanie i rozpowszechnianie gazetek reklamowych zawierających promocję określonych towarów/marek, organizacja promocji w halach sprzedażowych i związana z tym logistyka dostaw - skutkują ekonomicznym wzmocnieniem w kanale integrowanym przez K pozycji ich producenta/dostawcy (są w sensie ekonomicznym świadczeniem na jego rzecz), a jednocześnie nie ograniczają jego pozycji w innych, konkurencyjnych dla Skarżącego miejscach zbytu (przeciwnie, zwykle ich pozycję tam wzmacniają!). Patrząc zaś od strony Skarżącego, podejmując decyzję o współpracy marketingowej w zintegrowanym kanale z danym producentem/dostawcą, angażuje on swoje ograniczone moce produkcyjne (środki finansowe, rzeczowe, ludzkie itd.), aby wesprzeć taki a nie inny towar/markę, mogąc liczyć tylko na korzyść ekonomiczną osiągniętą z tych działań tylko w ramach tego kanału. Efekty aktywności marketingowych wykonanych przez Skarżącego nie mogą być w żaden sposób spożytkowane we współpracy z kimś innym, dlatego też nie posłużą jako uzasadnienie do uzyskania korzyści poza stosunkiem umownym nawiązanym z tym, z kim te działania (co do treści, formy i czasu) zostały uzgodnione. Jednocześnie możliwość działania przez Skarżącego w ramach zintegrowanego kanału dystrybucji - jeżeli mógłby on z nich czerpać wszystkie przewidziane przez praktykę i teorię marketingu oraz logistyki dla takiego modelu działalności gospodarczej korzyści, stosowne do zaangażowanych środków w tym zakresie - determinuje jego możliwości działania w warunkach silnej konkurencji. Dlatego objęcie normatywnym zakazem z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk pobierania przez K wynagrodzenia za faktycznie wykonane, celowe i efektywne działania marketingowe oraz logistyczne służące wsparciu sprzedaży towarów/marek pochodzących od producentów/dostawców, z którymi nawiązał on współpracę w ramach zintegrowanego kanału dystrybucji/marketingu, godzi ostatecznie w istotę wolności gospodarczej, która została Skarżącemu zagwarantowana w art. 20 Konstytucji RP.

163. Po wyjaśnieniu przyczyn postawienia zarzutu naruszenia w skarżonym przepisie prawa do wolności gospodarczej należy teraz wyjaśnić w jaki sposób przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk narusza wynikające z art. 22 Konstytucji RP prawo podmiotowe Skarżącego do wolności prowadzenia i wykonywania działalności gospodarczej w sposób niezakłócony

<sup>150</sup> vide także pkt 124, 134-136 w Części V. uzasadniania skargi.

nieusprawiedliwionymi i nadmiernymi działaniami ograniczającymi ze strony ustawodawcy.

164. Naruszenie prawa podmiotowego Skarżącego wywodzonego z art. 22 Konstytucji RP stanowi normatywna treść skarżonego przepisu, tj. wprowadzenie w niej ograniczeń dla prawa podmiotowego K wynikającego z art. 20 Konstytucji RP - na które składają się swobody „częstkowe”: (i) swoboda wyboru i korzystania z określonego sposobu prowadzenia swej działalności gospodarczej; (ii) swoboda umów (kontraktowania), (iii) swoboda w zakresie zbywania usług i kształtowania cen za nie (iv) swoboda w konkutowaniu z innymi podmiotami gospodarczymi – które nie znajdują usprawiedliwienia ważnym interesem publicznym, a w szczególności zostały wprowadzone bez zachowania zasad proporcjonalności w ograniczaniu tego prawa.
165. Skarżący dał już wyraz swej świadomości, że jego prawo do wolności działalności gospodarczej wywodzone z art. 20 Konstytucji RP nie ma charakteru absolutnego i że może być ograniczone. Jednakże każde ograniczenie musi być zgodne z dyspozycją art. 22 Konstytucji RP. Skarżony przepis ingeruje zaś w prawo podmiotowe K do wolności gospodarczej w sposób i w stopniu, który jest niezgodny z materialnym warunkiem stosowania ograniczeń, który zawiera art. 22 Konstytucji RP.
166. Tak jak już na to powyżej zwrócono uwagę, nawiązując do poglądu prawnego TK wyrażonego w jednym z jego orzeczeń,<sup>151</sup> warunkiem ograniczenia korzystania z prawa podmiotowego wynikającego z art. 20 Konstytucji RP jest „konieczność w demokratycznym państwie”, wynikająca z imperatywu zapewnienia: bezpieczeństwa i porządku publicznego w państwie, z potrzeby ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej oraz z niezbędności ochrony wolności i praw innych osób - przy czym niezbędną przesłanką legalnego ograniczenia wolności działalności gospodarczej jest szczególny, czy też kwalifikowany, rodzaj interesu publicznego, mianowicie interes „ważny”. Ustawodawca musi każdorazowo wykazać, iż ograniczenie wolności działalności gospodarczej służy ochronie szczególnie istotnego interesu publicznego. Konieczność ograniczenia tej wolności jest uzasadniona, o ile ustanawiane ograniczenia są zgodne z zasadą proporcjonalności, a więc: zastosowane środki prowadzą do zamierzonych celów, są niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane, skutki ograniczeń są proporcjonalne do ciężarów nakładanych na obywatela. Z zasady proporcjonalności wynika wymóg doboru takiego środka ograniczenia wolności lub praw, który służyłby osiągnięciu zamierzonego celu, z uwzględnieniem postulatu adekwatności. Skoro zaś w klauzuli generalnej „ważnego interesu publicznego” mieszczą się wszystkie wartości wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP<sup>152</sup>, należy tutaj jeszcze przywołać utrwalony na gruncie tego przepisu pogląd prawny TK<sup>153</sup>, wedle którego: „Granice ingerencji w konstytucyjne prawa i wolności wyznacza zasada proporcjonalności oraz koncepcja istoty

<sup>151</sup> Wyrok TK z 08 lipca 2008 r., sygn. K 46/07, opubl. OTK-A 2008/6/104.

<sup>152</sup> *Ibidem*; a także wyrok TK z 17 grudnia 2003 r., sygn. SK 15/02, opubl. OTK-A 2003/9/103.

<sup>153</sup> Wyrok z 29 czerwca 2001 r., sygn. K 23/00, OTK ZU nr 5/2001, poz. 124; wyrok TK z 23 października 2012, sygn. SK 11/12, OTK-A 2012/9/107

*poszczególnych praw i wolności. Stwierdzenie, że ograniczenia mogą być ustanawiane tylko wtedy gdy są konieczne w demokratycznym państwie nakazuje rozważyć: czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest połączona; czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela”.*

167. Za oczywiste należy uznać, że wprowadzenie w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk ograniczeń wobec prawa do wolności prowadzenia działalności gospodarczej nie jest uzasadnione imperatywem zapewnienia: bezpieczeństwa i porządku publicznego w państwie; ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej. Przedmiotowym jest za to przeprowadzenie głębszej analizy, czy skarżony przepis wprowadza ograniczenia rzeczywiście niezbędne – z punktu widzenia ważnego interesu publicznego – „dla ochrony wolności i praw innych osób”.
168. Zapowiedzianą powyżej analizę wypada rozpocząć od ustalenia, kim na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk „osoby” (podmioty) i na czym polegają ich prawa i wolności, które mają być chronione poprzez ograniczenia wolności działalności gospodarczej dla takich podmiotów jak Skarżący. Należy uznać, że są to polscy przedsiębiorcy – w założeniu „drobni i średni” (*vide* pkt 55 uzasadnienia skargi), ostatecznie zaś wszyscy bez wyjątku producenci/dostawcy nawiązujący relacje gospodarcze z takimi pośrednikami handlowymi jak Skarżący (o czym szerzej w Części III. w zw. z uwagami z pkt 65 vi) uzasadnienia skargi) – a ich dobrem chronionym ma być konkurencyjność (w tym jej poprawa), poprzez uzyskanie dostępu do rynku zbytu tworzonego przez sieci handlowe (*vide* uwagi z pkt 55 uzasadnienia skargi dot. procesu legislacyjnego). W tej sytuacji należy zauważyć, iż z charakteru ustroju gospodarczego RP, zdefiniowanego w art. 20 Konstytucji RP jako społeczna gospodarka rynkowa, wynika, że czynności związane z obrotem towarami i usługami są wykonywane co prawda powszechnie, ale „prywatnie”. Wytwórcą i dystrybutorem dóbr i usług są – co do zasady – podmioty prywatne, nie zaś państwo. Stąd też, jak dostrzeżono to w orzecznictwie TK<sup>154</sup> prywatni „(...) wytwórcy dóbr i ich dostawcy - we własnym interesie - muszą zapewnić korzystne warunki nabywania ich wytworów, bo oferując warunki niekorzystne, przegrywają. W ich interesie leży również bezsprzecznie stałe poszerzanie oferty i należyte traktowanie konsumentów, w odmiennym razie utracą bowiem klientów (...)”. Nie ma uzasadnienia dla utożsamiania ważnego interesu publicznego z interesem przedsiębiorców prywatnych, którzy chcieliby mieć zawsze - i trudno od nich samych oczekiwać żeby było inaczej - możliwie najkorzystniejsze prawne warunki zbywania dostarczanych przez siebie dóbr i jak najłatwiejszy dostęp do kanałów zbytu. W interesie publicznym leży wręcz zobowiązanie producentów/dostawców do podejmowania przemyślanych decyzji marketingowych. We współczesnych realiach społeczno-gospodarczych, cechowanych przez nadpodaż dóbr konsumpcyjnych i konieczność szczególnej dbałości o tworzenie dodatkowych wartości dla potencjalnego konsumenta, podejmowania prób nawiązania z nim i podtrzymywania kontaktu służącego zaspokajaniu, ale i poznawaniu oraz budzeniu jego potrzeb, ważny interes publiczny na pewno nie wyraża się w możliwości ominięcia tych obiektywnych wyzwań, którym

<sup>154</sup> Wyrok TK z 08 lipca 2008 r., sygn. K 46/07, opubl. OTK-A 2008/6/104.

sprostanie determinuje znalezienie kanału zbytu. Z tych też względów, ograniczenia wolności gospodarczej takich podmiotów gospodarczych jak Skarżący, do których dochodzi na podstawie skarżonego przepisu, nie znajdują uzasadnienia w dyspozycji art. 22 Konstytucji RP.

169. Odwołując się raz jeszcze do uwag poczynionych w niniejszej skardze na temat przebiegu procesu legislacyjnego poprzedzającego wprowadzenie skarżonego przepisu do obrotu prawnego (*vide* Część II. uzasadnienia skargi) wypada przypomnieć, iż wskazywana przez uczestników tego procesu (do samego jego końca!) rzekoma potrzeba rozciągnięcia specyficznej ochrony nad „małymi” lub „drobnymi i średnimi” przedsiębiorcami, nie została ostatecznie zrealizowana w takim selektywnym zakresie. Przedmiotowe rozwiązanie prawne, w postulatach mające chronić najsłabszych uczestników obrotu gospodarczego, ostatecznie objęło wszystkich przedsiębiorców, którzy poszukują kanałów zbytu swych towarów u pośredników handlowych (zwłaszcza tych będących „dużymi sieciami handlowymi”). Wprowadzone do art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zakazy (opisane w szczególności Części III. uzasadnienia skargi) odnoszą się do relacji gospodarczych danego pośrednika handlowego (zwłaszcza będącego „dużą siecią handlową”) z **każdym** producentem/dostawcą – bez względu na jego wielkość, pozycję rynkową, rzeczywiste jego uzależnienie od tego rodzaju pośrednika handlowego, posiadane przez producenta/dostawcę (lub obiektywnie możliwe do pozyskania przez niego) alternatywne kanały zbytu. Tak więc w skarżonym przepisie ustawodawca zdecydował się na ingerencję w relacje gospodarcze dwóch grup podmiotów gospodarczych: pośredników handlowych z jednej strony (zwłaszcza „dużych sieci handlowych”, do grona których zaliczono Skarżącego), a producentów/dostawców z drugiej – przyjmując potrzebę generalnego wzmocnienia sytuacji prawnej tej drugiej grupy wobec założonej przez ustawodawcę pozycji dominującej tej pierwszej. Skutkiem tego każdy podmiot zaliczający się do grupy producencko/dostawczej może się powołać, w relacjach gospodarczych oraz w ewentualnym sporze cywilnym, na adresowane wobec danego pośrednika handlowego (zwłaszcza będącego „dużą siecią handlową”) ograniczenia z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, niezależnie od tego w jakim stopniu jest to obiektywnie niezbędne (ze względu na sytuację majątkową oraz pozycję rynkową) do ochrony przed zachwianiem kondycji ekonomicznej przedsiębiorstwa producenta/dostawcy. Jednocześnie skarżony przepis w żadnym przypadku nie pozwala danemu pośrednikowi handlowemu (przede wszystkim „dużej sieci handlowej” takiej jak Skarżący) na zastosowanie określonych rozwiązań kontraktowych i gospodarczych, charakterystycznych dla modelu zintegrowanego kanału dystrybucji/marketingu (opisanego w Części V. uzasadnienia skargi), z powołaniem się na ograniczone możliwości indywidualnej realizacji celów takiego kanału i potrzebę uzyskania dodatkowego wsparcia ekonomicznego od danego producenta/dostawcy, stosowanie do deklarowanego przezeń zaangażowania w ten kanał marketingowy i posiadanych możliwości. Skarżący, jako podmiot działający w modelu handlu nowoczesnego (*modern retail*), nie może też na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk skutecznie powołać się na okoliczność, iż siła ekonomiczna przedsiębiorstwa konkretnego producenta/dostawcy (jego pozycja rynkowa; ilość konkurencyjnych kanałów zbytu, z których faktycznie korzysta) nie dawała K możliwości narzucenia warunków współpracy w zakresie wspólnej strategii marketingowej i logistyki w ramach zintegrowanego kanału dystrybucji. Nie może też pośrednik handlowy (taki jak Skarżący)

skutecznie powołać się na to, że pomimo uzyskania wynagrodzenia za działania logistyczne i promocyjne nie uzyskał zysku na danej transakcji (otrzymane refinansowanie kosztów promocji nie musi oznaczać zysku na transakcji- *vide* uwagi z Części VI. Uzasadnienia skargi). Wreszcie nie może Skarżący skutecznie powołać się fakt, iż producent/dostawca został w ramach współpracy w kanale dystrybucji „zwolniony” z określonych działań i związanych z tym kosztów (tak jak P , który od pewnego momentu nie musiał już wykonywać samodzielnego transportu do poszczególnych sklepów K , a tym samym nie ponosił już w tym zakresie określonych kosztów - aczkolwiek został w to miejsce obciążony opłatami logistycznymi na rzecz K ). To uprawnia konstatację, że nie można uznać za leżącą w ważnym interesie publicznym ingerencję ustawodawczą w sferę relacji gospodarczych dwóch grup przedsiębiorców, którą oparto na z góry przyjętym założeniu dominacji jednej z nich nad drugą, skoro nie stworzono instrumentów ustalenia tej dominacji (obiektywnej możliwości narzucenia warunków współpracy) w przypadku konkretnej relacji gospodarczej konkretnych członków tych grup. Zasady sprawiedliwości, na straży których stoi demokratyczne państwo prawne, nie uzasadniają aprioryczne przyjmowania, że pośrednik handlowy otrzymując wynagrodzenie za zarządzanie logistyką i aktywności promocyjne, służące – odpowiednio - optymalizacji zatowarowania i ostatecznemu zbyciu przyjętego do kanału towaru, uzyskał zysk kosztem dostawcy (bo równie dobrze mógł on ponieść stratę). Nie jest rolą państwa, by wzmacniać pozycję rynkową podmiotu z danej branży wobec podmiotu z innej branży (nawet jeżeli są to branże silnie konkurencyjne), jeżeli *in concreto* nie zostanie stwierdzona uprzednio tak daleko posunięta nierówność pozycji rynkowej pomiędzy tymi podmiotami, która uzasadnia negatywną weryfikację umownych stosunków przez nich nawiązanych, jako narzuconych i nie gwarantujących świadczeń wzajemnych. Z tych też powodów nie jest rolą ustawodawcy w demokratycznym państwie prawnym, chcącym realizować ważny interes publiczny w zakresie tworzenia partnerskich relacji gospodarczych, aby ingerować w każdy stosunek gospodarczy producenta/dostawcy z pośrednikiem handlowym, bez stworzenia normatywnych instrumentów indywidualnej (*ad causa*) oceny stopnia ich uzasadnionego zaangażowania w zapewnienie efektywności kanału dystrybucji, który współtworzyli.

170. Tak jak już o tym była mowa powyżej, proporcjonalność w ograniczaniu prawa konstytucyjnie gwarantowanego wymaga ustalenia, czy wkroczenie prawodawcy w sferę wolności lub praw jest niezbędne dla osiągnięcia założonego celu, a nie jedynie „*sprzysja*” temu celowi, czy też „*ułatwia*” jego osiągnięcie. Należy więc w tym miejscu stwierdzić, że nałożone na pośrednika handlowego (takiego jak Skarżący) ograniczenia w zakresie poszczególnych swobód „*częstkowych*” składających się na wolność gospodarczą (*vide* pkt 158 uzasadnienia skargi) w żaden sposób nie służą poprawie „*konkurencyjności*” producentów/dostawców ani uzyskaniu przez nich „*dostępu do rynku zbytu*”. Skutek tych ograniczeń jest wręcz przeciwny do zamierzonego. Bez zaangażowania się w działania konieczne w zintegrowanym kanale dystrybucji, tworzenie tam wartości (w tym konstruowanie komunikatów marketingowych kreujących świadomość istnienia towaru w kanale oraz budzących potrzebę jego nabycia oraz działania logistyczne na rzecz optymalizacji dostaw, ściśle związane ze strategią marketingową) zjednujących konsumenta i skłaniających go do decyzji o zakupie w tym kanale, producent/dostawca przestaje być wiarygodnym partnerem dla pośrednika handlowego. Czyni to racjonalną

ekonomicznie decyzję pośrednika handlowego o rezygnacji ze współpracy z producentem/dostawcą w ramach zintegrowanego kanału – z przyczyn opisanych szczegółowo w Części V. uzasadnienia skargi – co w żaden sposób nie może być uznane za realizację deklarowanego trakcie procesu legislacyjnego celu wprowadzonych w skarżonym przepisie ograniczeń. Świadomość wystąpienia skutku przeciwnego do zamierzonego pojawiła się także w trakcie procesu legislacyjnego, gdzie zwrócono m.in. uwagę na fakt, że *„korzyści płynące ze współpracy z wielkimi sieciami handlowymi przeważają nad niedogodnościami”*, a zdelegalizowanie partycypacji dostawców w kosztach promocji będzie skutkować utratą możliwości kontynuowania tej współpracy (*vide* wypowiedź wiceprezes UOKiK Elżbiety Ostrowskiej, pkt 48 skargi). Swoistą próbę zracjonalizowania zakresu i celu obowiązywania ograniczeń z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk podjął też jeden z najważniejszych jego propagatorów – Prezes UOKiK (*vide* oficjalna interpretacja opisana w pkt 57 skargi). Wysiłki w zakresie tego rodzaju wykładni autentycznej nie byłyby konieczne, gdyby nie dostrzeżono negatywnych skutków ograniczeń rozumianych jako *„absolutny zakaz dzielenia się kosztami promocji w kanale dystrybucji”* - a przecież taka ostatecznie norma obiektywnie funkcjonuje w obrocie prawnym i została zastosowana w sprawie K. Wypada wreszcie zauważyć – nawiązując do uwag komparatystycznych poczynionych w Część IV. uzasadnienia skargi – że brak systemie prawnym np. Niemiec, Wielkiej Brytanii czy USA tak daleko idących ograniczeń, jakie wprowadza art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk (w tym, jak w sprawie Skarżącego, zakazu pobierania wynagrodzeń za konkretne i efektywne działania służące optymalizacji zatowarowania i promujące sprzedaż w kanale) jest co najmniej pośrednim dowodem bezcelowości stosowania takich restrykcji. Nie ma także żadnych przesłanek do stwierdzenia, iż kwoty *„zaoszczędzone”* w związku z ograniczeniami wynikającymi dla pośredników handlowych (w tym Skarżącego) z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, służą zwiększeniu konkurencyjności lub dostępowi do rynku producentów/dostawców. Ustawodawca w żaden sposób nie zadbał o to, aby tak *„zaoszczędzone”* kwoty zostały przez producentów/dostawców wydatkowane na inwestycje lub budowanie swej pozycji rynkowej w inny sposób. Z drugiej strony, nałożone w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk ograniczenia stanowią istotną dolegliwość dla takich podmiotów jak Skarżący, bo przenoszą na nie cały ciężar finansowy podejmowania rzeczywistych i efektywnych działań logistycznych i promocyjnych, których beneficjentami są także producenci/dostawcy (*vide* uwagi z Części V. uzasadnienia skargi). Do nałożenia tych ciężarów skutkiem obowiązywania skarżonego przepisu dochodzi bez względu na wynik ekonomiczny pośrednika handlowego osiągnięty na transakcji, w ramach której doszło do obciążenia dostawcy określoną kwotą kosztów marketingowych lub logistycznych. A przecież, tak jak to zostało opisane w Części VI., pkt 146-147 uzasadnienia skargi, uzyskanie marży (w tym refundacji wydatków na logistykę i na promocję towarów/marki) nie zawsze oznacza osiągnięcie zysku przez pośrednika handlowego – co już skarżony przepis niezasadnie całkowicie pomija. Należy przy tym zauważyć, iż najczęściej – i tak też było w sprawie Skarżącego – producenci/dostawcy zgłaszają swoje żądania po tym, jak pośrednik handlowy wykonał umówione aktywności logistyczne i marketingowe ponosząc na to wymierne koszty (wpływające na jego zysk/stratę, *vide* uwagi z Części VI. pkt 145-147 uzasadnienia skargi). Taki rozkład ciężarów związanych z koniecznymi w realiach współczesnego rynku aktywnościami na polu promocji i ściśle z nią związanej logistyki w żadnym razie nie odpowiada ustrojowej koncepcji *„współpracy partnerów*

społecznych". Należy w tym miejscu powtórzyć za TK<sup>155</sup>, że 20 Konstytucji RP w swej bogatej treści zawiera nie tylko postanowienia odnoszące się do społecznej gospodarki rynkowej opartej na wolności działalności gospodarczej, lecz także do powinności dialogu i współpracy partnerów społecznych jako podstaw ustroju gospodarczego. Chodzi więc również niniejszej sprawie nie tylko o swobodę działalności gospodarczej, w tym swobodę kształtowania relacji gospodarczych pomiędzy producentami/dostawcami a Skarżącym, lecz także o to, by ci uczestnicy obrotu, mający z natury przeciwstawne interesy majątkowe, mogli ze sobą współdziałać dla ukształtowania się właściwego ładu gospodarczego, w myśl którego ochrony wymagają nie tylko interesy jednej ze stron, lecz obu stron. Jeśli bowiem chodzi o wiarygodność prawidłowego funkcjonowania rynku, to zarówno producenci/dostawcy jak i pośrednicy handlowi są partnerami społecznymi, którzy winni ze sobą współpracować dla dobra wspólnego, jakim jest szeroko pojęte udostępnianie (w tym poprzez komunikację marketingową i optymalizację wielkości oraz wielości asortymentu w poszczególnych placówkach handlowych) towarów, które są niezbędne lub ze względu na posiadane walory pożyteczne - dla społeczeństwa. Ingerencja ustawodawcza nie powinna wpływać destrukcyjnie na tak tworzony rynek, tzn. niewspółmiernie do dobra chronionego w przepisach o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zniekształcać jego działanie, uniemożliwiając właściwe<sup>156</sup> odgrywanie roli społeczno-gospodarczej przez producentów/dostawców oraz pośredników handlowych, nawet jeżeli ich indywidualne interesy pozostają w istotnej rozbieżności. I z takich też względów skarżony przepis narusza prawo podmiotowe Skarżącego wywodzone z art. 22 Konstytucji RP.

171. Nieprawidłowość wprowadzonych w skarżonym przepisie ograniczeń dla prawa podmiotowego Skarżącego do wolności gospodarczej jest również widoczna w świetle unormowań prawa unijnego, zwłaszcza tych wynikających z przepisu art. 49 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (w brzmieniu ustalonym Traktatem z Lizbony zmieniającym Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską [opubl. Dz.U. z 2009, nr 20, poz. 1569 – dalej „TFUE”]; dawny przepis art. 43 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską). Tak jak to zostało potwierdzone w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego<sup>157</sup>, z chwilą przystąpienia do Unii Europejskiej Polska ma obowiązek stosowania się do zasad interpretacji wynikających z dorobku wspólnotowego (*acquis communautaire*). Dotyczy to także metod wykładni stosowanych w orzecznictwie TK przy ustalaniu treści norm wynikających z przepisów Konstytucji RP. Stąd też odczytanie użytego w art. 20 i 22 Konstytucji RP zwrotu „wolność gospodarcza” oraz „dopuszczalne ograniczenia” wymaga w niniejszej sprawie wykładni odpowiadającej utrwalonemu orzecznictwu europejskiemu. Konieczność odpowiedniego uwzględniania w

<sup>155</sup> Wyrok TK z 24 stycznia 2006 r., SK 40/04, opubl. OTK-A 2006/1/5

<sup>156</sup> biorąc pod uwagę wszystkie wskazania teorii i praktyki ekonomicznej – vide Część V. uzasadnienia skargi; a także biorąc pod uwagę fakt, że nie w każdym przypadku uzyskanie marży/refundacji kosztów organizacji sprzedaży będzie się wiązać z uzyskaniem przez pośrednika handlowego zysku kosztem producenta/dostawcy – vide Część VI., pkt... uzasadnienia skargi

<sup>157</sup> Tak np. wyrok TK z 21 kwietnia 2004 r., sygn. K 33/03, opubl. OTK-A 2004/4/31; a także wyrok TK z 07 listopada 2007 r., sygn. K 18/06, opubl. OTK-A 2007/10/122

niniejszej sprawie poglądów prawnych dot. przepisu art. 49 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej jest uwarunkowana również tym, że głównym współnikiem Skarżącego jest podmiot mający siedzibę w innym niż Polska państwie członkowskim, a dokładnie w N (vide wyciąg z KRS, dot. K stanowiący załącznik nr 2 do skargi).

172. Uwagi z punktu powyższego uprawniają do tego, aby w ramach niniejszej skargi przywołać poglądy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”), które odnoszą się do norm art. 49 TFUE. Konsekwentnie do powyższego należy wskazać, iż TSUE od sprawy C-55/94 *Gebhard*<sup>158</sup> stoi na stanowisku, że w związku z treścią normatywną art. 49 TFUE konieczne jest znoszenie wszelkich barier swobody przedsiębiorczości, a nie tylko zakaz dyskryminacji w prawie krajowym przedsiębiorców z innych krajów członkowskich. W cytowanym wyroku TSUE stwierdził m.in., że co do zasady niedopuszczalne są wszelkie środki, które zakazują korzystania ze swobody przedsiębiorczości, utrudniają ją lub czynią mniej atrakcyjną. W sprawie C-442/02 (*Caixa Bank vs. Francja*)<sup>159</sup> TSUE zdefiniował pojęcie ograniczenia w kontekście swobody przedsiębiorczości jako „poważną przeszkodę”, która zabrania „skutecznego konkurowania” lub stosowania „jednej z najsukuteczniejszych metod”. W sprawie C-518/06 (*Komisja vs. Włochy*)<sup>160</sup> TSUE wskazał, że niedopuszczalne ograniczenie w swobodzie przedsiębiorczości może polegać na ingerencji w swobodę umów, jeżeli owa ingerencja powoduje „znaczące dodatkowe obciążenia” i „zmusza przedsiębiorców do przemyślenia polityki i strategii gospodarczej” oraz pociąga za sobą „zmiany i koszty na tyle duże”, że dostęp do rynku zostaje zakłócony. Wszelkie przepisy krajowe, które mogą ograniczać lub czynić mniej atrakcyjnym korzystanie z fundamentalnych swobód gwarantowanych traktatem, w tym swobody przedsiębiorczości, muszą spełniać łącznie cztery warunki: muszą być stosowane w sposób niedyskryminujący, muszą być usprawiedliwione wymogami imperatywnymi w interesie publicznym (ogólnym), muszą być odpowiednie do zapewnienia realizacji zamierzonego celu i nie mogą wykroczać poza to, co konieczne dla realizacji tego celu (tak TSUE w sprawach: C-19/92 *Kraus*, pkt 32; C-55/94 *Gebhard*, pkt 37; C-384/08 *Attanasio*, pkt 50-51)<sup>161</sup>.
173. W świetle poglądów prawnych przytoczonych w powyższym punkcie tym bardziej widocznym się staje, że skarżony przepis nie jest zgodny z wzorcem wynikającym z art. 20 i 22 Konstytucji RP. Treść normatywna art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zawiera zakaz pobierania wynagrodzeń od producentów/dostawców przez pośredników handlowych (przede wszystkim przez „duże sieci handlowe”, w tym Skarżącego) w zamian za aktywności logistyczne oraz marketingowe wspierające sprzedaż towarów po ich wprowadzeniu do kanału dystrybucji. Przedmiotowy zakaz stoi pozostaje w oczywistej sprzeczności z teorią i praktyką marketingu i logistyki (szczegółowo opisaną w Części V. uzasadnienia skargi), wedle której finansowe zaangażowanie producentów/dostawców w aktywności pośrednika handlowego dot. dostarczonych przez nich towarów (lub marek)

<sup>158</sup> opubl. ECR 1995/11/I-4165

<sup>159</sup> opubl. ECR 2004/10A/I-8961

<sup>160</sup> opubl. ECR 2009/4B/I-3491-3570

<sup>161</sup> M. Szwarc-Kuczer, Komentarz do art. 49 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Baza LEX.

ma głębokie uzasadnienie ekonomiczne i jest przejawem realizacji określonego modelu działalności gospodarczej (nowoczesnego handlu w formie zintegrowanego kanału dystrybucji/marketingu). Pomimo uwarunkowań ekonomicznych uzasadniających zaangażowanie producenta/dostawcy w finansowanie logistyki i promocji pochodzących od niego produktów (jego marki) po ich wprowadzeniu do kanału dystrybucji, może on teoretycznie w każdej chwili zażądać w oparciu o skarżony przepis zwrotu przez pośrednika handlowego (takiego jak Skarżący) wyłożonych przez siebie na ten cel środków - choć stoi to w oczywistej sprzeczności z podstawowymi zasadami tworzenia i funkcjonowania zintegrowanego kanału dystrybucji, na którym opiera się nowoczesny handel. Skuteczność żądania producenta/dostawcy, o zwrot kwot wyłożonych na działania logistyczne i promocyjne pośrednika handlowego w kanale dystrybucji, nie doznaje osłabienia nawet wtedy, gdy umówione aktywności zostały faktycznie wykonane, przyniosły zamierzony cel gospodarczy (w szczególności „wypchnięcie” towaru z kanału dystrybucyjnego, zwiększenie rozpoznawalności marki producenta/dostawcy), a pośrednik poniósł na te aktywności wymierne koszty. W tej sytuacji, ze względu na treść art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, Skarżący staje przed dylematem, czy nawiązywanie współpracy z producentami/dostawcami w formie zintegrowanego kanału dystrybucji ma w dalszym ciągu sens gospodarczy (skoro w każdej chwili producent/dostawca może uchylić się od zobowiązań finansowych wynikających z deklaracji zaangażowania we współpracę w tym kanale). W następstwie powyższego, co najmniej znacznie utrudnionym jest prowadzenie przez Skarżącego działalności wedle modelu nowoczesnego handlu. Skoro możliwość prowadzenia działalności z wykorzystaniem formuły zintegrowanego kanału dystrybucyjnego, w modelu handlu nowoczesnego, daje Skarżącemu wymierną siłę konkurencyjną (*vide* uwagi z Części V., pkt 116-117, 133-134 uzasadnienia skargi), to ograniczenie tej możliwości determinuje istotne umniejszenie konkurencyjności Skarżącego. W ten sposób skarżony przepis nie tyle „utrudnia lub czyni mniej atrakcyjną” działalność gospodarczą wybraną przez Skarżącego, co stanowi wręcz „poważną przeszkodę, zabraniającą skutecznego konkurowania, przez zakazanie jednej z najsukcesywniejszych metod” prowadzenia tejże działalności. Z takich też względów skarżony przepis wprowadza „znaczne dodatkowe obciążenia” w prowadzeniu przez Skarżącego wybranej przez niego działalności gospodarczej i go obiektywnie „zmusza do przemyślenia polityki i strategii gospodarczej oraz pociąga za sobą zmiany i koszty na tyle duże, że dostęp do rynku zostaje zakłócony”.

174. Skarżony przepis wprowadza ograniczenia w prawie do wolności gospodarczej przepisy krajowe bez zachowania warunków, które wynikają z treści wywodzonych przez TSUE z art. 49 TFUE, tj: (i) nie zostały te ograniczenia usprawiedliwione wymogami imperatywnymi w interesie publicznym (ogólnym), (ii) nie są odpowiednie do zapewnienia realizacji zamierzonego celu; (iii) wykraczają poza to, co konieczne dla realizacji tego celu. Nadto ograniczenia wolności gospodarczej zawarte w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk naruszają zasadę niedyskryminacji przewidzianą w art. 49 TFUE. Kwestia ta zostanie szerzej omówiona w innym miejscu niniejszej skargi. Szczegółowo uzasadniając twierdzenie o niespełnieniu warunków z art. 49 TFUE do zastosowania w skarżonym przepisie ograniczeń prawa podmiotowego Skarżącego do wolności gospodarczej należy przede wszystkim wskazać, iż wedle deklaracji postulatorów wejścia w życie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, jego celem miała być ochrona interesu gospodarczego „małych i średnich

producentów/dostawców” (*vide* pkt 55 uzasadnienia skargi), a w ostateczności objęto tą ochroną wszystkich producentów/dostawców (*vide* pkt 65 *vi*) uzasadnienia skargi), w ich relacji gospodarczej do pośredników handlowych – przede wszystkim „*dużych sieci handlowych*”, w tym Skarżącego. Usprawiedliwionym jest więc stwierdzenie, że skarżony przepis chroni określony cel gospodarczy. Dlatego też należy przywołać w tym miejscu orzecznictwo TSUE w sprawach C-400/08 (*Komisja vs Hiszpania*)<sup>162</sup> oraz C-96/08 (*CIBA*)<sup>163</sup>, z którego wynika, iż cel gospodarczy nie może być rozumiany jako ochrona interesu publicznego. Przechodząc do kwestii braku celowości zastosowanych w skarżonym przepisie ograniczeń trzeba wskazać, iż w orzecznictwie TSUE konsekwentnie wyrażany jest pogląd, że ograniczająca regulacja krajowa jest wyłącznie wtedy celowa, jeśli zmierza do osiągnięcia określonego celu w sposób spójny i systematyczny.<sup>164</sup> Należy więc zważyć, że w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie zawarto żadnych wytycznych co do dopuszczalnej wysokości marży handlowej. Z punktu widzenia najbardziej podkreślanego przez legislatorów celu wprowadzenia tej regulacji, tj. ochrony interesu „*małych i średnich przedsiębiorców*” (*vide* pkt 55 uzasadnienia skargi), bez znaczenia jest okoliczność, czy dostawca jest zobowiązany do zapłaty „innych opłat niż marża handlowa”, czy też marży handlowej nieuzasadnionej co do wysokości (zbyt niska cena zakupu). Innymi słowy: dostęp do rynku może zostać utrudniony pojedynczym dostawcom także poprzez ustalenie nieproporcjonalnie niskich cen. W takich przypadkach art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie znajdowałby zastosowania, albowiem żadne inne opłaty niż marża handlowa w rozumieniu tego przepisu nie byłyby ustalane. Już z tych przyczyn skarżony przepis w istocie nie realizuje założonego celu ustawodawcy. Wprowadzenie w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk ograniczeń w prawie podmiotowym Skarżącego do wolności gospodarczej nie spełnia też warunku konieczności w rozumieniu art. 49 TFUE. W sprawie C-446/03 (*Marks & Spencer*)<sup>165</sup> TSUE stwierdził, iż konieczność nie występuje, gdy można zastosować środek łagodniejszy, mniej ograniczający swobodę przedsiębiorczości, ale równie celowy dla osiągnięcia założonego celu. W związku z tym należy przypomnieć i tutaj, że skarżony przepis zakazuje Skarżącemu pobierania „innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru”, w szczególności wynagrodzeń za aktywności logistyczne i marketingowe w kanale dystrybucji, w sposób absolutny: bez baczenia na wielkość tej opłaty, ekonomiczne uzasadnienie pobrania takich należności (takie, jakie wynika z uwag poczynionych w Części V. uzasadnienia skargi), stopień faktycznego uzależnienia producenta/dostawcy od pośrednika handlowego, wielkość zaangażowania obu stron w efektywne działanie zintegrowanego kanału dystrybucji, rzeczywisty wynik ekonomiczny (zysk lub strata) uzyskany przez pośrednika handlowego na danej operacji gospodarczej (*vide* uwagi z Części VI uzasadnienia skargi). Taki całościowy i bezwzględny zakaz nie jest celowy, a tym bardziej konieczny, dla uzyskania lub utrzymania konkurencyjności przez producentów/dostawców współpracujących z takimi pośrednikami handlowymi jak Skarżący. Wystarczającym ograniczeniem w tym zakresie byłoby normatywne nakazanie rozkładania kosztów działań logistycznych i marketingowych z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy, biorąc w szczególności pod uwagę znaczenie aktywności

<sup>162</sup> Opubl. ZOTSiS 2011/3B/I-1915-1997

<sup>163</sup> Opubl. ZOTSiS 2010/4A/I-2911-2946

<sup>164</sup> *Vide* wyrok TSUE w sprawie C-347/09 wraz z powołanym tam orzecznictwem;

<sup>165</sup> Opubl. ZOTSiS 2005/12B/I-10837, PP 2006/1/56, ECR 2005/12B/I-10837

logistycznych i marketingowych podejmowanych przez pośrednika handlowego w kanale dystrybucji dla wytworzenia wartości dodanej danego towaru (marki) w łańcuchu wartości (vide pkt 115-116, 124 uzasadnienia skargi) i wielkości wygenerowanej dzięki temu sprzedaży. Nadto, jako uzasadnienie braku konieczności i nieproporcjonalności stosowania przedmiotowych ograniczeń, odpowiednio służą uwagi poczynione już powyżej, w pkt 168-170 uzasadnienia skargi.

175. Podsumowując, naruszenie w skarżonym przepisie prawa podmiotowego Skarżącego wynikającego z art. 20 i 22 Konstytucji RP jest również widoczne w świetle uwag interpretacyjnych TSUE poczynionych na gruncie art. 49 TFUE, które należy uwzględnić przy wykładni i stosowaniu ww. przepisów konstytucyjnych.

#### **VII.B. Uzasadnienie do zarzutu niezgodności skarżonego przepisu z art. 20 i 22 w związku z art. 2 Konstytucji RP**

176. Przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk pozostaje także w sprzeczności prawem podmiotowym Skarżącego, które wynika z przepisów art. 20 i art. 22 w związku z zasadą poprawnej legislacji wywodzoną z art. 2 Konstytucji RP, tj. prawem do wolności prowadzenia i wykonywania działalności gospodarczej, której ograniczenia mogą wynikać tylko przepisów ustawowych, jasno i precyzyjnie określających ograniczenia tej wolności - tak aby Skarżący na podstawie samych tylko przepisów ustawowych mógł zorientować się co do treści wszystkich istotnych ograniczeń swojego konstytucyjnego prawa do wolności gospodarczej. Do naruszenia prawa podmiotowego Skarżącego wywodzonego z art. 20 i art. 22 w związku z art. 2 Konstytucji RP dochodzi w treści normatywnej skarżonego przepisu przez ustanowienie w nim ograniczeń dla prawa podmiotowego K do wolności gospodarczej - na które składają się swobody „częstkowe”: (i) swoboda wyboru i korzystania z określonego sposobu prowadzenia swej działalności gospodarczej; (ii) swoboda umów (kontraktowania), (iii) swoboda w zakresie zbywania usług i kształtowania cen za nie (iv) swoboda w konkutowaniu z innymi podmiotami gospodarczymi – które to ograniczenia nie zostały jasno i precyzyjnie określone w skarżonym przepisie.
177. Przed szczegółowym opisaniem wad legislacyjnych skarżonego przepisu, które uzasadniają jego zdyskwalifikowanie jako niezgodnego z art. 20 i 22 w zw. z art. 2 Konstytucji RP, należy przywołać poglądy prawne Trybunału Konstytucyjnego wyrażone wobec istotnej treści i znaczenia obowiązywania zasady rzetelnej legislacji.
178. W orzecnictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazuje się<sup>166</sup>, że z wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP zasadzie demokratycznego państwa prawnego mieści się zasada poprawnej legislacji, konstytuująca w szczególności nakaz „jasnego i zrozumiałego

<sup>166</sup> Tak np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 lutego 2008 r., sygn. P 48/06, OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 4, wyrok TK z dnia 18 lipca 2013 r., sygn. SK 18/09, OTK-A 2013/6/80, wyr. TK z dnia 20 listopada 2012 r., sygn. SK 34/09, OTK-A 2012/10/122, Dz.U.2012/1328, uchwałę z 8 marca 1995 r., sygn. W. 13/94, OTK w 1995 r., t. I, poz. 21 oraz wyroki: z 11 stycznia 2000 r., sygn. K. 7/99, OTK ZU nr 1/2000, poz. 2, z 21 marca 2001 r., sygn. K. 24/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 51, z 30 października 2001 r., sygn. K. 33/00, OTK ZU nr 7/2001, poz. 217, z 9 kwietnia 2002 r., sygn. K 21/01, OTK ZU nr 2/A/2002, poz. 17, z 24 lutego 2003 r., sygn. K 28/02, OTK ZU nr 2/A/2003, poz. 13 oraz z 21 lutego 2006 r., sygn. K 1/05, OTK ZU nr 2/A/2006, poz. 18.

formułowania szczegółowych przepisów prawnych - konkretyzujących prawa i obowiązki obywateli, tak by zachowana była zasada zaufania do tworzonego prawa". Trybunał Konstytucyjny podkreślał również w swoim orzecznictwie, że zasada poprawnej legislacji i wynikające z niej dyrektywy jasności, określoności i precyzyjności stanowionego prawa, dotyczy w szczególności regulacji dotyczących podstawowych praw jednostki zagwarantowanych w Konstytucji.<sup>167</sup>

179. Obszernego przytoczenia wymaga tutaj wyrok TK z 13 czerwca 2013 r., sygn. K 17/11,<sup>168</sup> już choćby ze względu przywołanie tam bogatego orzecznictwa dot. zasady poprawnej legislacji: „(...) *Zasada poprawnej legislacji jest funkcjonalnie związana z zasadą zaufania obywateli do państwa i zasadą bezpieczeństwa prawnego*”. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego dostrzegano jej dwa aspekty, które można umownie nazwać technicznym (formalnym) i prakseologicznym. Po pierwsze, nakazuje ona unikać stanowienia przepisów *“w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny i powodujący istotne wątpliwości prawne”*, a także regulacji, które posługują się niezdefiniowanymi pojęciami albo mają niezrozumiałą treść (por. wyrok z 17 grudnia 2002 r., sygn. U 3/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 95 oraz kryteria oceny przepisów z punktu widzenia tej zasady w wyrokach z: 27 listopada 2006 r., sygn. K 47/04, OTK ZU nr 10/A/2006, poz. 153 i 5 grudnia 2007 r., sygn. K 36/06, OTK ZU nr 11/A/2007, poz. 154). Stwierdzenie niezgodności przepisu z zasadą poprawnej legislacji jest konieczne, gdy jego niejasność jest tak daleko posunięta, iż wynikających z niej rozbieżności nie da się usunąć za pomocą zwyczajnych środków mających na celu wyeliminowanie niejednołitości w stosowaniu prawa, przy czym pozbawienie mocy obowiązującej określonego przepisu z powodu jego niejasności powinno być traktowane jako środek ostateczny, stosowany dopiero wtedy, gdy inne metody usuwania skutków niejasności treści przepisu okażą się niewystarczające (zob. wyroki z: 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04, OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 64; 3 grudnia 2002 r., sygn. P 13/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 90). Naruszenie zasady prawidłowej legislacji może polegać także na niedostatecznej określoności jego treści, która uniemożliwia wyegzekwowanie wynikającego z niego uprawnienia. Po drugie, *“zasady poprawnej legislacji obejmują również podstawowy z punktu widzenia procesu prawotwórczego etap formułowania celów, które mają zostać osiągnięte przez ustanowienie określonej normy prawnej. Stanowią one podstawę (...) oceny, czy sformułowane ostatecznie przepisy prawne w prawidłowy sposób wyrażają wysławianą normę oraz czy nadają się do realizacji zakładanego celu”* (ten aspekt zasady poprawnej legislacji został wyraźnie zaakcentowany przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 24 lutego 2003 r., sygn. K 28/02, OTK ZU nr 2/A/2003, poz. 13, a następnie był uwzględniany w kilkunastu późniejszych orzeczeniach - w szczególności w wyroku pełnego składu z 16 grudnia 2009 r., sygn. Kp 5/08, OTK ZU nr 11/A/2009, poz. 170).
180. Jak wskazano w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 listopada 2011 r., sygn. K 1/10,<sup>169</sup> spełnienie wymogu jasności polega na obowiązku tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla ich adresatów, którzy od racjonalnego ustawodawcy oczekiwać mogą stanowienia norm prawnych niebudzących wątpliwości co do treści

<sup>167</sup> Tak np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 25 maja 2009 r., sygn. SK 54/08, OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 69

<sup>168</sup> Opubl. OTK-A 2013/5/58.

<sup>169</sup> OTK-A 2011/9/99.

nakładanych obowiązków i przyznawanych praw. Jasność przepisu gwarantować ma jego komunikatywność względem adresatów, tj. zrozumiałość przepisu na gruncie języka powszechnego. Niejasność przepisu w praktyce oznacza niepewność sytuacji prawnej adresata normy i pozostawienie jej ukształtowania organom stosującym prawo.<sup>170</sup> Zasady poprawnej legislacji obejmują na równi wymóg dostatecznej określoności przepisów, które powinny być formułowane w sposób precyzyjny. „Precyzyjność” oznacza możliwie największą w danych warunkach jednoznaczność przepisu prawa, która uniemożliwiałaby wywodzenie z niego - w sposób dyskrejonalny - rozbieżnych norm prawnych w zbliżonych okolicznościach stanu faktycznego. Precyzja ta winna przejawiać się w jednoznaczności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw, tak by ich treść pozwalała na ich wyegzekwowanie.<sup>171</sup>

181. Nieposiadanie przez skarżony przepis opisanych przymiotów będzie równoznaczne z naruszeniem zasady poprawnej legislacji, gdy *„przekroczy [on] pewien poziom niejasności”*<sup>172</sup>. Przekroczenie tego poziomu nastąpi w przypadku niemożności usunięcia niejasności przepisu mimo zastosowania powszechnie przyjętych w doktrynie prawniczej i judykaturze metod wykładni<sup>173</sup>, a więc w szczególności wówczas, gdy dany przepis rodzi trwale rozbieżności w orzecznictwie, uniemożliwiając odtworzenia na jego podstawie norm prawnych, jako wypowiedzi jednoznacznie nakazujących albo zakazujących ich adresatom, by w pewnych okolicznościach podjęli jakieś działania albo zaniechali jakichś działań<sup>174</sup>.
182. Przechodząc do wykazania niedopuszczalnej niejasności (nierzetelnej legislacji) przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, należy wskazać co następuje. Wprowadzone do skarżonego przepisu pojęcie „innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży” było krytykowane w doktrynie niemal od początku jego obowiązywania, jako niezgodne pojęciami przyjętym w ekonomii. Wykazywano, że kategoria „marża handlowa” jest na tyle nieprecyzyjna, że zdefiniowanie w relacji do niej pojęcia „opłaty za przyjęcie towaru do sieci” narusza zasadę dobrej legislacji, gdyż nie przesądza, o jaką marżę chodzi. Nie ma pewności, czy chodzi o marżę zwykle stosowaną dla towarów danego rodzaju w sklepach wielkopowierzchniowych, czy o marżę, którą konkretny przedsiębiorca poprzednio pobierał na tymże towarze, czy wreszcie o średnią marżę wyliczoną dla wszystkich towarów zbywanych przez tegoż przedsiębiorcę?<sup>175</sup>
183. Również nowsze piśmiennictwo stwierdza, że przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk od strony redakcyjnej jest przykładem „chaotycznej i niedbałej” lub „mało solidnej legislacji”, i raczej wyznacza ogólny rodzaj zakazanego zachowania rynkowego, niż podaje czytelne

<sup>170</sup> Podobnie w wyrokach TK o sygn. K 24/00 oraz sygn. K 41/02 oraz wyrok z 27 listopada 2007 r., sygn. SK 39/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 127.

<sup>171</sup> Wyrok TK z 21 marca 2001 r., sygn. K 24/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 51.

<sup>172</sup> wyrok TK 30 października 2001 r., sygn. K 33/00, OTK ZU nr 7/2001, poz. 217.

<sup>173</sup> por. wyrok TK z 8 maja 2000 r., sygn. SK 22/99, OTK ZU nr 4/2000, poz. 107.

<sup>174</sup> wyrok TK z dnia 18 lipca 2013 r., sygn. SK 18/09, OTK-A 2013/6/80.

<sup>175</sup> J. Szwaja, Ostatnie nowelizacje ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 1, s. 1117; podobnie Tadeusz Skoczny [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz (pod red. J. Szwaji), Warszawa 2006, s. 603.

przesłanki jego wystąpienia.<sup>176</sup>

184. Na podstawie gramatycznej treści skarżonego przepisu nie można ustalić, w szczególności, jak należy rozumieć użyte w nim pojęcie „marża handlowa”. Jest to doniosła okoliczność, bo tak jak to opisano w Części VI. uzasadnienia skargi (vide pkt 145-147) przez marżę rozumie się – w ujęciu ekonomicznym – również zwrócone (pokryte) pośrednikowi handlowemu koszty działań marketingowych służących sprzedaży towarów. Tak więc dla pośrednika handlowego, w tym Skarżącego, gramatyczna treść skarżonego przepisu w najmniejszym stopniu nie wyjaśnia czy lub w jakiej mierze pojęcie „marży handlowej” w nim użyte pokrywa się z ekonomicznym znaczeniem marży pokrycia I. oraz II. stopnia (vide pkt 145-146 uzasadnienia skargi). Skarżący nie może zatem się dowiedzieć ze skarżonego przepisu jaka jest jego istotna treść i czy pokrycie/zwrot kosztów działań logistycznych lub marketingowych służących sprzedaży danej partii towarów jest jeszcze dozwoloną „marżą handlową”, czy też już zakazaną „opłatą za przyjęcie towaru inną niż marża handlowa”.
185. Gramatyczna treść skarżonego przepisu nie przesądza tego, czy zakazane w nim zostało tylko pobieranie opłat za samo przyjęcie towaru do sprzedaży, czy zakaz obejmuje również wynagrodzenia za faktyczne wykonywanie przez pośrednika handlowego efektywnych działań logistycznych (optymalizujących zapasy towarów, a także rodzaj i wielkość zatowarowania w poszczególnych sklepach) i marketingowych wspierających sprzedaż towarów/marek wprowadzonych do kanału dystrybucji (takich jak wydawanie gazetek reklamowych). W ustaleniu tego nie pomaga zwłaszcza przebieg procesu legislacyjnego. Tak jak to opisano powyżej (vide Część II. uzasadnienia skargi), w trakcie procesu legislacyjnego zaniechano doprecyzowania przedmiotowej regulacji przez zakazanie w niej „przenoszenia kosztów promocji i marketingu lub logistyki”, a w ostatnim uzasadnieniu jego projektu wskazano, że chodzi o „opłaty pobierane i rejestrowane, a są to znane opłaty za wstawienie towaru czy za wielkość miejsca na półce”. Bezpośrednio po zakończeniu procesu legislacyjnego, jego bardzo ważny uczestnik – Prezes UOKiK – wydał oficjalną interpretację, że „opłatą za przyjęcie towaru nie uznaje się wynagrodzenia za działania związane z promocją towaru - w szczególności, za zamieszczenie informacji na temat danego towaru w gazetkach wydawanych przez sklepy zawierających ofertę sklepu” (vide pkt 57 uzasadnienia skargi). Tak więc Prezes UOKiK jednoznacznie opowiedział się za wyłączeniem spod ograniczeń wynikających ze skarżonego przepisu wynagrodzeń za publikacje w gazetkach promujących towary/marki po ich wprowadzeniu do kanału dystrybucji. Należy tutaj pokreślić, iż kompetencje Prezesa UOKiK oraz znajomość przedmiotowych w tym zakresie kwestii, zaangażowanie w proces legislacji, aż wreszcie miejsce publikacji interpretacji (dziennik urzędowy – publikator organu państwowego) uzasadniało szczególne zaufanie Skarżącego do tej oficjalnej wypowiedzi.
186. Wbrew powyższemu, reprezentatywna część orzecznictwa sądowego (vide Części III.A i B uzasadnienia skargi) - do którego to nurtu zaliczają się też rozstrzygnięcia w sprawie cywilnej Skarżącego, która dała asumpt do wystąpienia z niniejszą skargą – wyraża

---

<sup>176</sup> Marcin Mioduszeński, Jarosław Sroczyński [w] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz (pod red. M. Zdyba), komentarz do art. 15 ust. 1 uznk, baza LEX, pkt. 32 oraz 107.

pogląd prawny wywiedziony z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, że aktywności marketingowe polegające na publikacjach marketingowych wspierających sprzedaż towarów/marek po ich wprowadzeniu do kanału dystrybucyjnego (po przeniesieniu ich własności na pośrednika handlowego) oraz logistyka (na odcinku magazyn centralny pośrednika handlowego – jego poszczególne sklepy) nie są już świadczeniem na rzecz producenta/dostawcy, a pobieranie za nie wynagrodzeń przez pośrednika handlowego jest zakazane, wynagrodzenie to stanowi bowiem „*inną niż marża handlowa opłatę za przyjęcie towaru*”.

187. Nie może ująć jednak uwagi, że istnieje też niemała liczba orzeczeń sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego (*vide* Część III.C uzasadnienia skargi) , które wprost lub pośrednio nie wyrażają aprobaty dla poglądu prawnego, że skoro po dostarczeniu produktów stają się one własnością pośrednika (sieci handlowej), to wszelkie działania marketingowe przez niego podejmowane nie mają już na celu zwiększenia zainteresowania produktami powoda, a możliwie szybką własną sprzedaż, albowiem przedmiotem działalności pozwanej był nie tylko zakup towarów od dostawców, ale i dalszy obrót nimi. Na szczególne wyróżnienie zasługuje tutaj stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 12 czerwca 2008 r., sygn. akt III CSK 23/08 (opubl. LEX nr 449921). W przywołanym wyroku SN wskazuje na możliwość wystąpienia zjawiska tzw. „*nadmarketingu*”, które można rozumieć jako taki stan rzeczy, gdzie pośrednik handlowy/„*duża sieć handlowa*” narzuca producentowi/dostawcy określone działania marketingowe w rozmiarach ponad rzeczywistą potrzebę wynikającą z uwarunkowań gospodarczych. SN dalej stwierdza, iż o czynie z art. 15 ust. 1 pkt. 4 uznk można mówić w przypadku opłat marketingowych, ponoszonych przez dostawcę do sieci sklepów, będących niewspółmiernie większym obciążeniem finansowym dla dostawcy niż koszty stworzenia przez tego dostawcę samodzielnej akcji marketingowej, tj. bez powiązania jej z umową główną (umową sprzedaży towarów do pośrednika). W ten sposób SN nie odrzuca *a limine* możliwość wykonywania przez pośrednika handlowego świadczeń o charakterze marketingowym na rzecz producenta/dostawcy, ale wydaje się nakazywać każdorazowo badać i oceniać, czy określone działania marketingowe były celowe z punktu widzenia gospodarczego oraz ile zapłaciłby dostawca, za takie same działania intensyfikujące sprzedaż, gdyby nie korzystał z usług pośrednika handlowego.
188. Niezależnie od powyżej opisanych, obiektywnych problemów z wykładnią skarżonego przepisu, istnieje jeszcze kwestia właściwego rozumienia zawartego w nim pojęcia „*ograniczenia dostępu do rynku*”. Ścierają się w tym zakresie co najmniej dwa, zasadniczo sprzeczne, poglądy prawne. Pierwszy głosi,<sup>177</sup> iż pobieranie opłat dodatkowych, nawet jeśli jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nie będzie utrudniało dostępu do rynku, jeśli relacja pomiędzy dostawcą a odsprzedawcą (pośrednikiem handlowym) nie ma kluczowego znaczenia dla tego pierwszego. W takiej sytuacji pobieranie opłat dodatkowych, choć jest uciążliwe, nie skutkuje bowiem destabilizacją prowadzenia działalności. Na gruncie komentowanego przepisu poszukiwać więc należy nie tyle władzy rynkowej sprawcy czynu w ogólności, ile stopnia uzależnienia dostawcy od stosunków gospodarczych z tym sprawcą i jego przewagi w celu

<sup>177</sup> Tak np. M. Mioduszewski, J. Sroczyński [w:] *Ustawa o zwalczaniu...op.cit.*, pkt 105 oraz cytowane tam orzecznictwo.

wymuszenia zapłaty dodatkowego, nieuzasadnionego wynagrodzenia. Im większe uzależnienie, rozumiane jako wolumen transakcji dokonywanych z tym przedsiębiorcą, oraz im mniejsza możliwość kontraktowania alternatywnego, choćby z mniejszymi kontrahentami, jednak pokrywającymi ten dotychczasowy wolumen, tym większy skutek w postaci utrudniania dostępu do rynku będą powodowały przedmiotowe opłaty. Drugi pogląd prawny,<sup>178</sup> który znalazł też zastosowanie w sprawie Skarżącego, opiera się na założeniu, że każde pobranie „opłaty za przyjęcie towaru innej niż marża handlowa” zawsze utrudnia dostęp innym przedsiębiorcom do rynku. Nie wymaga zatem dowodzenia, że w wyniku wystąpienia któregośkolwiek z opisanych we wskazanych punktach zachowania nastąpiło utrudnienie przedsiębiorcy dostępu do rynku. Stany faktyczne objęte hipotezą normy skarżonego przepisu zawsze więc przesądzą o wystąpieniu opisanej w tym przepisie postaci czynu nieuczciwej konkurencji, co zwalnia już z obowiązku dowodzenia, że dane zachowanie skutkowało utrudnieniem konkretnemu przedsiębiorcy dostępu do rynku. W procesie legislacyjnym nie były prezentowane żadne wyjaśnienia, które pozwoliłyby się stanowczo opowiedzieć za którymś z tych dwóch poglądów.

189. W tej sytuacji Skarżący został skonfrontowany ze stanem obiektywnej niejasności gramatycznej skarżonego przepisu (wynikającą, w szczególności, z użycia w nim pojęć, które w ekonomii mają odmienne znaczenie, niż próbuje im nadać ustawodawca w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk). Ponadto, przebieg procesu prawotwórczego, formułowane w jego trakcie i bezpośrednio po nim twierdzenia o istotnej treści wprowadzanych norm i celach, które mają zostać osiągnięte przez ustanowienie skarżonego przepisu, nie dają dostatecznej podstawy do oceny, czy sformułowane ostatecznie normy prawne mają deklarowaną wcześniej treść i w prawidłowy sposób wyrażają wystawianą normę.
190. W związku z powyższymi wadami legislacyjnymi dot. skarżonego przepisu zaistniały istotne rozbieżności w orzecznictwie, uniemożliwiając odtworzenia na jego podstawie norm prawnych, jako wypowiedzi jednoznacznie nakazujących albo zakazujących Skarżącemu, by w pewnych okolicznościach podjął jakieś działania albo zaniechał jakichś działań (relacji gospodarczych z danymi podmiotami) ze względu na treść normatywną art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk. O wiążącej go treści normatywnej skarżonego przepisu, dot. jego konkretnych relacji gospodarczych, Skarżący miał szansę się dowiedzieć dopiero z wyroku Sądu Apelacyjnego w W z listopada 2013 r., sygn.
191. Opisana niepewność jest dla Skarżącym tym większym ciężarem, że dotyczy kluczowej dla bytu gospodarczego K więzki swobód wynikających z prawa do wolności gospodarczej: (i) swobody wyboru i korzystania z określonego sposobu prowadzenia swej działalności gospodarczej; (ii) swobody umów (kontraktowania), (iii) swobody w zakresie zbywania usług i kształtowania cen za nie (iv) swobody w konkurowaniu z innymi podmiotami gospodarczymi. Z tych też powodów skarżony przepis powinien być uznany za naruszający prawo podmiotowe Skarżącego wynikające z art. 20 i 22 w związku z art.

<sup>178</sup> Najbardziej reprezentatywny jest tutaj pogląd SN z wyroku z 25 października 2012 r. I CSK 147/12, LEX nr 1231301

**VII.C. Uzasadnienie do zarzutu niezgodności skarżonego przepisu z art. 20 i 22 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP**

192. Przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk pozostaje w sprzeczności z prawem podmiotowym Skarżącego, które wynika z przepisów art. 20 i art. 22 Konstytucji RP w związku z zasadą równości (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP) oraz zakazem dyskryminacji w życiu gospodarczym (art. 32 ust. 2 Konstytucji RP), tj. prawem do wolności prowadzenia i wykonywania działalności gospodarczej na: (i) równych prawach z innymi przedsiębiorcami charakteryzującymi się istotną cechą wspólną ze Skarżącym, jaką jest uczestnictwo w profesjonalnym obrocie towarowym oraz (ii) w warunkach braku dyskryminacji ze strony ustawodawcy.
193. Do naruszenia prawa podmiotowego Skarżącego wywodzonego z art. 20 i art. 22 w związku z art. 32 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji RP, dochodzi w treści normatywnej skarżonego przepisu przez ustanowienie w nim ograniczeń dla prawa podmiotowego K do wolności gospodarczej - na które składają się swobody „częstkowe”: (i) swoboda wyboru i korzystania z określonego sposobu prowadzenia swej działalności gospodarczej; (ii) swoboda umów (kontraktowania), (iii) swoboda w zakresie zbywania usług i kształtowania cen za nie (iv) swoboda w konkutowaniu z innymi podmiotami gospodarczymi – które to ograniczenia prowadzą do nierówności (deprecjacji sytuacji prawnej) pośredników handlowych, w tym Skarżącego, w porównaniu do pozycji prawnej producentów/dostawców, w szczególności w zakresie rozkładu ryzyka ekonomicznego związanego z przyjęciem towaru do kanału dystrybucji, zarządzania zapasami towarów i optymalizacji ich dostaw do placówek handlowych oraz marketingu/promocji w kanale dystrybucji.
194. Naruszenie przez skarżony przepis wzorca konstytucyjnego, jaki wynika z art. 20 i 22 Konstytucji RP w związku z art. 32 ust. 1 oraz ust. 2 Konstytucji RP, przejawia się w również w skierowaniu w jego treści ograniczeń w prawie do wolności gospodarczej ((i) swobody wyboru i korzystania z określonego sposobu prowadzenia swej działalności gospodarczej; (ii) swobody umów (kontraktowania), (iii) swobody w zakresie zbywania usług i kształtowania cen za nie (iv) swobody w konkutowaniu z innymi podmiotami gospodarczymi) tylko wobec selektywnie i niesprawiedliwie określonej kategorii pośredników handlowych, którymi są przede wszystkim lub w znacznej większości „*duże sieci handlowe*”, do której zaliczony został również Skarżący.
195. Zasadę równości i niedyskryminacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego opisuje się, w szczególności, jako stwierdzenie konstytucyjnego nakazu jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy (kategorii). Wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotną, powinny być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez różnicowań zarówno dyskryminujących, jak

i faworyzujących.<sup>179</sup> W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego cechą wspólną decydującą o podobieństwie danej grupy podmiotów może być zarówno cecha faktyczna jak prawna, a ustalenie jej istnienia dokonuje się z uwzględnieniem treści i celu przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma.<sup>180</sup> Trybunał zwrócił także uwagę, że w sytuacji gdy ustawodawca różnicuje podmioty prawa, które charakteryzują się wspólną cechą istotną, to wprowadza odstępstwo od zasady równości. Odstępstwo takie nie oznacza jeszcze naruszenia zasady równości, ale tylko jeżeli: 1) kryterium różnicowania ma charakter relewantny, a więc pozostaje w racjonalnym związku z celem i treścią danej regulacji; 2) waga interesu, któremu różnicowanie ma służyć, pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku wprowadzonego zróżnicowania; 3) kryterium różnicowania pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych.<sup>181</sup>

196. Jak pokazuje to sprawa zakończona wyrokiem Sądu Apelacyjnego w W z listopada 2013 r., sygn. na podstawie skarżonego przepisu dany dostawca/producent, który zawarł z pośrednikiem handlowym umowę mającą za przedmiot – obok dostawy towarów także wykonanie odpłatnie przez pośrednika aktywności logistycznych (zapewniających terminowość i optymalną wielkość dostaw do placówek sklepowych) oraz promocyjnych (w tym publikacji w gazetkach reklamowych), służących wsparciu marketingowemu w kanale dystrybucji wprowadzonych tam przez producenta/dostawcy towarów (marki), może się następnie uchylić od skutków prawnych zawarcia tej umowy i żądać zwrotu umówionego i pobranego od niego w tym zakresie wynagrodzenia (na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 4 lub ust. 5 uznk – jako „nienależne świadczenie” lub jako „odszkodowanie”). Ani wykonanie aktywności logistycznych lub marketingowych zgodnie z umową, ani ich ekonomiczna celowość i efektywność (tzn. gospodarcza racjonalność tych działań, adekwatność metod ich wdrożenia, a nawet ich faktyczne rezultaty) nie czynią prawnie bezskutecznym żądania producenta/dostawcy o zwrot wynagrodzenia pobranego za te działania. Roszczeń w tym zakresie nie wyłącza też fakt, iż wykonanie umowy przyniosło efekty gospodarcze założone przez strony przy jej zawieraniu. Wreszcie pośrednik handlowy nie może się skutecznie bronić przed takim żądaniem wykazując, że producent/dostawca (ze względu na swą wielkość, posiadane alternatywne kanały zbytu itd.) nie pozostawał w stosunku uzależniania od kanału tworzonego przez adresata roszczeń. Tak więc swoistym odpowiednikiem ograniczeń swobód gospodarczych, których adresatem skarżonym przepisem jest m.in. Skarżący, są prawa producentów/dostawców. Mogą oni uzyskać odwrócenie skutków finansowych zawarcia umowy/umów o współpracy handlowej (zapłaty wynagrodzenia za usługi dot. logistyki oraz wsparcia marketingowego dalszej dystrybucji), niezależnie od rezultatów ekonomicznych wykonania tej umowy i istnienia rzeczywistej potrzeby wyrównania swej pozycji rynkowej (konkurencyjności) wobec pośrednika handlowego. Taka treść normatywna skarżonego przepisu jest sprzeczna z art. 20 i art. 22 w związku z art. 32 ust.

<sup>179</sup> Tak w orzeczeniach TK z: 12 grudnia 1994 r., sygn. K. 3/94, OTK z 1994 r., cz. II, s. 141 i 23 października 1995 r., sygn. K. 4/95, OTK z 1995 r., cz. II, s. 93; oraz 3 września 1996 r., sygn. K. 10/96, OTK ZU Nr 4/1996, s. 280-281; wyroki z: 5 listopada 1997 r., sygn. K. 22/97, OTK ZU Nr 3-4/1997; 18 stycznia 2000 r., sygn. K. 17/99, OTK ZU Nr 1/2000, poz. 4.

<sup>180</sup> Wyrok TK z 03 września 1996 r., sygn. K. 10/96, OTK ZU Nr 4/1996, s. 280.

<sup>181</sup> Wyrok TK z 4 marca 2008 r., sygn. SK 3/07, OTK ZU nr 2/A/2008, poz. 25.

1 i ust. 2 Konstytucji RP, bo prowadzi do nierówności w prawie pomiędzy producentem/dostawcą (uprzywilejowując tegoż) a pośrednikiem handlowym (niezasadnie deprecjonując jego sytuację prawną). Nierówność ta przejawia się w przesunięciu na pośrednika handlowego całego ryzyka ekonomicznego związanego z przyjęciem towaru do tworzonego przez siebie kanału dystrybucji i zaangażowaniem się w optymalizację dostaw do placówek handlowych oraz wsparcie marketingowe dalszej dystrybucji, niezależnie od efektów jakie zostały w ramach tej współpracy handlowej przez obie strony osiągnięte i rzeczywistej pozycji rynkowej każdej z nich.

197. Należy przy tym zważyć, że skarżony przepis dotyczy relacji gospodarczych podmiotów, które mają istotne cechy wspólne -i) każdy z nich jest: podmiotem wykonującym we własnym imieniu działalność gospodarczą – tj. przedsiębiorcą; ii) każdy z nich dokonuje, w ramach prowadzonej we własnym imieniu działalności gospodarczej, obrotu towarowego. Innymi słowy, zarówno producent/dostawca, jak i pośrednik handlowy są uczestnikami profesjonalnego obrotu towarowego. Ważnym jest przy tym, że przesunięcie towaru od producenta/dostawcy do pośrednika handlowego nie jest finalnym etapem profesjonalnego nim obrotu, bo ten zakończy się dopiero w momencie sprzedaży towaru klientowi (konsumentowi). Dlatego decyzja zakupowa pośrednika handlowego jest w istotnej mierze zdeterminowana prognozą, czy towar spotka się z zainteresowaniem konsumentów. Prognoza ta musi uwzględniać m.in. fakt, że aktualnie występuje nadpodaż niemal wszystkich dóbr konsumpcyjnych oraz istnieje wiele konkurencyjnych kanałów zbytu, z których może skorzystać konsument. Producent/dostawca, jako profesjonalny uczestnik obrotu towarowego, ma co najmniej podstawową wiedzę o aktualnych czynnikach/zmiennych marketingowych, które musi wziąć pod uwagę jego kontrahent zanim podejmie się pośredniczenia w dystrybucji do konsumentów towarów pochodzących od tego pierwszego. Dlatego dążąc do nawiązania relacji gospodarczej producent/dostawca zapewnia o takich właściwościach marketingowych jego oferty towarowej, która skłonią pośrednika handlowego do nawiązania z nim relacji gospodarczej oraz godzi się na przejęcie przez pośrednika funkcji zarządczej w zakresie tworzenia zapasów towarów i ich dostaw do poszczególnych placówek handlowych. Czyni to producenta/dostawcę nie tylko biernym uczestnikiem obrotu towarowego (nie pozostaje on tylko w oczekiwaniu na zamówienie od pośrednika handlowego), ale podmiotem czynnie wpływającym na proces decyzyjny kontrahenta. Tak więc producent/dostawca jest – co najmniej w równym stopniu co pośrednik handlowy- uczestnikiem profesjonalnego obrotu towarowego. Jest także kreatorem relacji gospodarczych jakie w tym zakresie powstają. Dlatego też producent/dostawca powinien ponosić ryzyko gospodarcze (w tym koszty) nawiązanej z pośrednikiem relacji handlowej mającej za cel rozdystrybuowanie towarów do konsumentów - przynajmniej w proporcji odpowiadającej zrealizowanemu przez założonego niego uprzednio efektu ekonomicznego tej relacji. Skarżony przepis uwalnia go od tego w całości, przenosząc mocą prawa całość ciężarów w powyższym zakresie na pośrednika handlowego, co należy uznać za naruszenie zasady równości w prawie do wolności działalności gospodarczej.
198. Rozwiązania prawne zawarte w skarżonym przepisie różnicują prawną sytuację producenta/dostawcy od kondycji pośrednika handlowego (będących przedsiębiorcami biorącymi profesjonalny udział w obrocie towarowym) i bez zachowania relewancji,

proporcjonalności oraz bez ekonomicznego uzasadnienia roztoczenia szczególnej ochrony nad pierwszym w relacji do drugiego. Uzasadnienie dla zarzutu postawionego w zdaniu poprzedzającym dają uwagi poczynione w pkt 168-170 uzasadnienia skargi.

199. Uzasadniając zarzut naruszenia w skarżonym przepisie zasady niedyskryminacji, należy zauważyć, że w samym jego gramatycznym brzmieniu nie można dopatrzeć się, że ograniczenia w nim zawarte dotyczą tylko „*dużych sieci handlowych*”. Już jednak piśmiennictwo i orzecznictwo (w tym zapadłe w sprawie Skarżącego) stanowczo zdają się twierdzić, że zawarte w tym przepisie ograniczenia dotyczą tylko „*dużych sieci handlowych*”<sup>182</sup>. Również w trakcie procesu legislacyjnego wyraźnie wskazywano, że sankcje wynikające ze skarżonego przepisu mają być skierowane wobec „*dużych sieci handlowych*” (vide pkt 45, 47, 50, 55 uzasadnienia skargi), a nie wszystkich pośredników handlowych. Tak więc uprawnionym jest stwierdzenie, że ograniczenia ze skarżonego przepisu dotyczą przede wszystkim lub w znacznej mierze pośredników handlowych będących „*dużymi sieciami handlowymi*”. Należy tu zauważyć, że ustawodawca nie wprowadził jednocześnie definicji „*duża (wielka) sieć handlowa*”. Już więc sam sposób określenia podmiotu, do którego mają być adresowane ograniczenia ze skarżonego przepisu, odbywa się według niejasnych przesłanek ekonomicznych, co narusza zasadę proporcjonalności, której przestrzeganie jest bezwzględnie wymagane przy wprowadzaniu wszelkich nierówności. Nawet jeżeli ustawodawca mógł pozostawić ustalenie tego, czy dany pośrednik handlowy wypełnia cechy podmiotu do którego adresowane są ograniczenia, do rozstrzygnięcia w danej sprawie w oparciu o wskazania wiedzy i doświadczenie życiowe, to nie usprawiedliwia to jeszcze braku w przepisach uznk jakichkolwiek wskazówek w tym zakresie.
200. Nie ma konstytucyjnego usprawiedliwienia dla treści skarżonego przepisu, gdzie dyskryminująco potraktowano przede wszystkim lub w znacznej większości „*duże sieci handlowe*” (w tym Skarżącego) nie adresując takich samych, stanowczych ograniczeń również wobec wszystkich pozostałych pośredników – w tym małych i średnich przedsiębiorstw handlowych, reprezentujących rozdrobnione sieci handlu hurtowego i detalicznego, będących niewątpliwie uczestnikami profesjonalnego obrotu towarowego o niemalej w polskich realiach sile konkurencyjnej.<sup>183</sup> A nawet jeżeliby uznać, że ograniczenia z art. 15 ust.1 pkt 4 uznk dotyczą nie tylko „*dużych sieci handlowych*” – choć to wobec nich zapadły wszystkie powszechnie znane wyroki sądowe - to już na pewno dotyczą tylko tych pośredników handlowych, którzy realizują model nowoczesnego handlu, z zastosowaniem formy zintegrowanych kanałów dystrybucji (a więc znów przede wszystkim „*duże sieci handlowe*”). Nie ma żadnego dowodu na to, że inni pośrednicy handlowi, działający wedle zasad handlu tradycyjnego (w formach kanału konwencjonalnego) nie oczekują od producentów/dostawców określonych bodźców ekonomicznych (w tym korzyści finansowych) za wybór ich oferty towarowej. Przeciwnie, wiedza potoczna pozwala stwierdzić, iż takie praktyki są powszechne. Należy też zauważyć, iż małe i średnie firmy handlowe – wzorując się na koncepcjach wsparcia sprzedaży wprowadzonych przez „*duże sieci handlowe*” w ramach nowoczesnego handlu

<sup>182</sup> Tak np. M. Mioduszeński, J. Sroczyński [w:] *Ustawa o zwalczaniu...op.cit.*, pkt 91 oraz cytowane tam orzecznictwo; podobnie Tadeusz Skoczny [w:] *Ustawa o zwalczaniu ...op.cit.*, s. 602.

<sup>183</sup> M. Sławińska, *Zagraniczne inwestycje...op.cit.*, s. 43.

– budują stałe relacje ze swymi dostawcami oraz stosują powszechnie klasyczne metody *marketingu mix* w tworzonych przez siebie kanałach zbytu, co też zalecają im specjaliści od marketingu.<sup>184</sup> Takie jednak zachowania małych i średnich pośredników handlowych nie spotykają się z napiętnowaniem ze strony sądów, co uzasadnia tezę, że nie są oni jednak rzeczywistym adresatem skarżonego przepisu. Dyskryminującym „*duże sieci handlowe*” jest więc na gruncie skarżonego przepisu i to, że ich aktywnościom marketingowym wspierającym sprzedaż towarów (marek) w tworzonych przez nich nowoczesnych kanałach dystrybucji odbiera się przymiot „*świadczenia na rzecz producenta/dostawcy*”, gdy jednocześnie akceptuje się różne formy motywujące innych pośredników handlowych do zawierania transakcji z producentami/dostawcami.

201. Z uwagi na odmienne (dyskryminujące) traktowanie na gruncie skarżonego przepisu przedsiębiorców tworzących „*duże sieci handlowe*”, należy wskazać na konieczność uwzględnienia okoliczności, iż w ten sposób dochodzi do dyskryminacji przedsiębiorców z innych państw członkowskich UE, przy czym dla rekonstrukcji naruszonego w tym zakresie wzorca konstytucyjnego „*prawa do wolności gospodarczej w warunkach braku dyskryminacji ze strony ustawodawcy*” należy uwzględnić obowiązujące prawo unijne, tj. przepis art. 49 TFUE. Skarżony przepis nie wprowadza dyskryminacji bezpośredniej (bo żaden z nich nie różnicuje w sposób wyraźny sytuacji prawnej podmiotów objętych regulacją w zależności od ich przynależności państwowej), ale prowadzi do dyskryminacji pośredniej (pozornie neutralny przepis, stosowany niezależnie od przynależności państwowej, stawia w niekorzystnej sytuacji przede wszystkim lub w znacznej większości przedsiębiorców z innych państw członkowskich<sup>185</sup>), bo powszechnie znane jest to, że zdecydowana większość „*dużych sieci handlowych*”, stanowi własność podmiotów pochodzących z innych państw członkowskich Unii Europejskiej (i tak też jest w przypadku Skarżącej, *vide* pkt 171 uzasadnienia skargi).<sup>186</sup> Skarżony przepis godzi zatem w prawo przedsiębiorstw z UE do niedyskryminacji w prawie do wolności działalności gospodarczej na terytorium Polski, które należy rekonstruować na gruncie niniejszej sprawy na podstawie art. 20 oraz 22 Konstytucji RP w związku z art. 32 ust. 2 Konstytucji RP przy uwzględnieniu treści art. 49 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Zasadność tak postawionego zarzutu niekonstytucyjności art. 15 ust. 1 pkt 4 uznaje się tym bardziej widoczna, gdy uwzględni się fakt, że ani prawo europejskie (*vide* pkt 106-112 uzasadnienia skargi) ani systemy prawne takich państw członkowskich jak Niemcy (*vide* pkt 101 uzasadnienia skargi) czy Wielka Brytania (*vide* pkt 102-105 uzasadnienia skargi) nie przewidują tak daleko posuniętych ograniczeń w prowadzeniu przez pośredników handlowych (w szczególności „*duże sieci handlowe*”) działalności gospodarczej, tak jak to czyni skarżony przepis. Wprowadzona w tym zakresie dyskryminacja jest więc niczym nieuzasadniona, a nadto nieproporcjonalna z punktu widzenia potrzeby ochrony interesu publicznego.

<sup>184</sup> Tak np. Aldona Kucner, *Skuteczny marketing w małej firmie*, dostęp do prezentacji w Internecie pod adresem: [http://www.pomysl nabiznes.edu.pl/attachments/0000/0221/20121206\\_Skuteczny\\_marketing\\_AK.pdf](http://www.pomysl nabiznes.edu.pl/attachments/0000/0221/20121206_Skuteczny_marketing_AK.pdf).

<sup>185</sup> Por. M. Szydło, *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda świadczenia usług w Unii Europejskiej*, Toruń 2005, s. 165-179 i 196-210.

<sup>186</sup> Podobnie TK w wyroku z 8 lipca 2008 r., sygn. K 46/07 M. Sławińska, *Zagraniczne inwestycje...* op.cit., s. 49.

**VII.D. Uzasadnienie do zarzutu niezgodności skarżonego przepisu z art. 45 ust. 1 w związku z art. 32 i w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP**

202. Zaskarżony przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jest niezgodny również z wzorcami konstytucyjnymi gwarantującymi Skarżącemu prawo podmiotowe do sprawiedliwej procedury sądowej.
203. Szczegółowe sformułowanie praw podmiotowych Skarżącego, wynikających z art. 45 ust. 1 w związku z art. 32 ust. 1 i w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, które zostały naruszone przepisem art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w sprawie ostatecznie rozstrzygniętej w wyroku Sądu Apelacyjnego w W z listopada 2013 r. (sygn. akt ), oraz sposób ich naruszenia, godzi się poprzedzić przypomnieniem normatywnej treści przywołanych przepisów konstytucyjnych, ustalonej przez orzecznictwo TK oraz doktrynę prawa.
204. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wskazywał, że do istoty konstytucyjnego prawa do sądu wyrażonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji należy sprawiedliwość proceduralna, albowiem prawo do sądu bez zachowania standardu rzetelności postępowania byłoby prawem fasadowym<sup>187</sup>. Choć nie istnieje zdaniem Trybunału jeden idealny model postępowania, który dałoby się skonstruować na podstawie regulacji konstytucyjnych i który obowiązywałby w odniesieniu do wszystkich rodzajów postępowań sądowych, czy nawet do wszystkich postępowań w sprawach cywilnych, regulacje konstytucyjne zawierają jednak ogólne wskazania co do pewnych podstawowych elementów i mechanizmów, bez których nie da się urzeczywistnić prawa do rozpoznania sprawy w sprawiedliwej procedurze sądowej. Mimo wielości koncepcji doktrynalnych co do ustalenia zakresu zasady sprawiedliwości proceduralnej, jej jądro znaczeniowe, w ocenie Trybunału Konstytucyjnego, jest wspólne. Na zasadę tą składają się zatem co najmniej wymagania: możliwości bycia wysłuchanym, ujawniania w sposób czytelny motywów rozstrzygnięcia, co ma zapobiegać jego dowolności i arbitralności oraz zapewnienia uczestnikowi postępowania przewidywalności jego przebiegu<sup>188</sup>, wyrażającej się m.in. w zapewnieniu wystarczającego stopnia związania decyzji organów państwowych<sup>189</sup>. Przepisy muszą być tak zredagowane, aby jednostka mogła przewidzieć konsekwencje swoich postępowań, co w ustawach regulujących postępowanie sądowe rozumieć należy w szczególności jako nakaz precyzyjnego unormowania praw<sup>190</sup> i obowiązków stron w toku postępowania.
205. Elementem zasady sprawiedliwości proceduralnej jest zdaniem Trybunału Konstytucyjnego także wymóg *"rzetelnego procesu"*, tj. takiego, który urzeczywistnia sprawiedliwość i jawność postępowania<sup>191</sup>, uwzględniając przy tym jego przedmiot i

<sup>187</sup> wyrok z 16 stycznia 2006 r., sygn. SK 30/05, OTK ZU nr I/A/2006, poz. 2, wyrok z dnia 18 października 2011 r., sygn. SK 39/09, OTK-A 2011/8/84, Dz.U.2011/240/1438.

<sup>188</sup> wyrok z 16 stycznia 2006 r. sygn. SK 30/05, OTK ZU nr I/A/2006, poz. 2, wyrok z dnia 18 października 2011 r., sygn. SK 39/09, OTK-A 2011/8/84, Dz.U.2011/240/1438, wyrok z dnia 20 kwietnia 2011 r., sygn. K 7/09, OTK-A 2011/3/26, M.P. 2011/33/394.

<sup>189</sup> wyroku z 19 lutego 2003 r., sygn. P 11/02, OTK ZU nr 2/A/2003, poz. 12.

<sup>190</sup> wyroku z 19 lutego 2003 r., sygn. P 11/02, OTK ZU nr 2/A/2003, poz. 12.

<sup>191</sup> por. np. wyroki z: 13 maja 2002 r., sygn. SK 32/01, OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 31; 12 maja 2003 r., sygn. SK 38/02, OTK ZU nr 5/A/2003, poz. 38; 23 października 2006 r., sygn. SK 42/04, OTK ZU nr 9/A/2006, poz. 125, wyrok z dnia 7 grudnia 2010 r., sygn. P 11/09, OTK-A 2010/10/128, Dz.U. 2010/236/1566.

specyfikę<sup>192</sup>. Wzorzec rzetelnego procesu sądowego uwzględnia zasadę demokratycznego państwa prawnego, a zwłaszcza zasadę zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, pozostających ze sobą w związku. Nierzetelne ukształtowanie procedury sądowej może zatem zdaniem Trybunału naruszać prawo do sądu.<sup>193</sup>

206. Jak przy tym podniósł Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 16 stycznia 2006 r., sygn. SK 30/05<sup>194</sup>, nierzetelne procedury sądowe muszą budzić zastrzeżenia, nawet jeśli nie muszą prowadzić wprost do faktycznego zawieszenia obowiązywania konstytucyjnego prawa do sądu, a pośrednio do unicestwienia innych praw i wolności konstytucyjnych, których ochronę gwarantuje prawo do sądu (np. godność osobistą, życie, wolność, prawo własności), to jednak przez naruszenie zaufania, jakie ma wytwarzać rzetelna procedura sądowa.).
207. Na tle powyższych uwag Trybunał wskazał na kilka bardziej szczegółowych elementów zasady sprawiedliwości proceduralnej i rzetelnego procesu. Jak wskazano, wymóg rzetelnego procesu zakłada dostosowanie jego zasad do specyfiki rozpoznawanych spraw - sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu cywilnym nie jest bowiem urzeczywistniana w identyczny sposób jak w postępowaniu sądowoadministracyjnym lub karnym. Spory cywilno-prawne, powstające na tle stosunków prawnych opartych na zasadzie równorzędności, powinny być rozpatrywane w postępowaniu sądowym opartym na zasadzie równości stron<sup>195</sup>. Do naruszenia gwarancji konstytucyjnych związanych z prawem do sądu, w tym do złamania postulatu sprawiedliwości proceduralnej dochodzi zatem tam, gdzie ograniczenie uprawnień procesowych strony jest zbędne, z punktu widzenia zamierzonych przez ustawodawcę celów, a jednocześnie wypacza pozycję stron, uniemożliwia właściwe zrównoważenie ich pozycji procesowej<sup>196</sup> (przy czym orzeczenie przez sąd na podstawie twierdzeń jednej strony postępowania nie ma przymiotu „rozpatrzenia” sprawy, a zatem uzyskanie przez jedną ze stron „sądowej sankcji” dla jej twierdzeń nie spełnia wymogu sprawiedliwości proceduralnej (prawa do odpowiedniego ukształtowania procedury)).<sup>197</sup>
208. Trybunał Konstytucyjny zwracał w związku z tym uwagę na granice swobody regulacyjnej przy stanowieniu ustaw normujących postępowania sądowe (proporcjonalności ograniczeń). Zdaniem Trybunału swoboda ustawodawcy kształtowania odpowiednich procedur nie oznacza dopuszczalności wprowadzania rozwiązań arbitralnych, które ponad miarę, a więc bez wystąpienia istotnych racji, ograniczają prawa procesowe strony, których realizacja stanowi przesłankę prawidłowego i sprawiedliwego rozstrzygnięcia

<sup>192</sup> por. wyrok z 28 lipca 2004 r., sygn. P 2/04, OTK ZU nr 7/A/2004, poz. 72, s. 915.

<sup>193</sup> por. wyrok TK z 19 lutego 2008 r., sygn. P 49/06, OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 5.

<sup>194</sup> Wyrok TK z 16 stycznia 2006 r., sygn. SK 30/05, OTK ZU nr I/A/2006, poz. 2, wyrok z dnia 18 października 2011 r., sygn. SK 39/09, OTK-A 2011/8/84, Dz.U.2011/240/1438.

<sup>195</sup> por. wyrok z 28 lipca 2004 r., sygn. P 2/04, OTK-A 2004/7/72, Dz.U. 2004/175/1825, wyrok z 19 lutego 2003, wyrok z dnia 19 lutego 2003 r., sygn. P 11/02, OTK-A 2003/2/12, Dz.U. 2003/41/360.

<sup>196</sup> zob. wyrok z dnia 1 lipca 2008 r., sygn. SK 40/07, OTK-A 2008/6/101, Dz.U. 2008/120/779, wyrok z 28 lipca 2004 r., sygn. P 2/04, OTK-A 2004/7/72, Dz.U. 2004/175/1825, podobnie wyr. z 20 września 2006 r., sygn. SK 63/05, OTK ZU nr 8/A/2006, poz. 108.

<sup>197</sup> por. wyrok z 20 grudnia 2007 r., sygn. P 39/06, OTK-A 2007/11/161, Dz.U. 2007/247/1845.

sprawy<sup>198</sup>. Przy tym wskazano, iż o niekonstytucyjności określonej normy przesądza niemożność wskazania wartości konstytucyjnej, spośród przesłanek wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, dla której określone prawo zostało „poświęcone”<sup>199</sup>, tj. dla bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, bez naruszenia istoty „poświęconych” wolności i praw.

209. Rozwijając powyższą myśl z zakresu zasady równości stron postępowania cywilnego i proporcjonalności jej ograniczeń, Trybunał Konstytucyjny wskazywał, iż należy badać, czy istnieje jakaś cecha wspólna, uzasadniająca podobne traktowanie adresatów wskazanej normy prawnej<sup>200</sup>, ustalić kryterium, według którego te podmioty zostały przez kwestionowany przepis różnie potraktowane, a następnie rozważyć, czy ta odmienność jest uzasadniona<sup>201</sup>, więc równość wobec prawa to także problem wyboru zasadności takiego, a nie innego kryterium różnicowania. Aby odpowiedzieć na pytanie, czy dane kryterium może stanowić podstawę różnicowania podmiotów prawa należy rozstrzygnąć: czy kryterium to pozostaje w racjonalnym związku z celem i treścią danej regulacji; czy waga interesu, któremu różnicowanie ma służyć, pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku wprowadzonego różnicowania; czy kryterium różnicowania pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami, czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych. Kryteria różnicujące winny więc opierać się na czytelnych standardach, do których wyznaczniki określił Trybunał w szeregu orzeczeń<sup>202</sup>. W świetle tegoż orzecznictwa różnicowanie podmiotów podobnych winno: po pierwsze, mieć charakter relewantny, a więc pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma oraz służyć realizacji tego celu i treści (wprowadzone zróżnicowanie musi mieć charakter racjonalnie uzasadniony i nie wolno go dokonywać według dowolnie ustalonego kryterium - zob. m.in. orzeczenie z 12 grudnia 1994 r., K. 3/94, OTK w 1994 r., cz. II, s. 141); po drugie, mieć charakter proporcjonalny, a więc waga problemu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych; po trzecie, pozostawać w jakimś związku z normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych<sup>203</sup>.
210. Przejawem opisanej powyżej zasady równorzędności (równości) stron postępowania cywilnego (jako przejawu obowiązywania konstytucyjnej zasady sprawiedliwości proceduralnej i wymogu rzetelnego procesu) jest równomierny rozkład w takim postępowaniu ciężaru dowodu. Na płaszczyźnie prawa i procedury cywilnej rozkład ten wyrażony jest przez art. 6 kc, który głosi, iż „ciężar udowodnienia faktu spoczywa na

<sup>198</sup> por. wyrok z dnia 20 kwietnia 2011 r., sygn. K 7/09, OTK-A 2011/3/26, M.P. 2011/33/394.

<sup>199</sup> wyrok z dnia 2 października 2006 r., sygn. SK 34/06, OTK-A 2006/9/118, Dz.U. 2006/186/1379, wyrok z dnia 16 stycznia 2006 r., sygn. SK 30/05, OTK-A 2006/1/2, Dz.U. 2006/15/118.

<sup>200</sup> por. wyrok z dnia 19 lutego 2003 r., sygn. P 11/02, OTK-A 2003/2/12, Dz.U. 2003/41/360, orzeczenie z 16 grudnia 1996 r., U. 1/96, OTK ZU nr 6/1996, poz. 55 i cytowane tam orzecznictwo, orzeczenie z 12 maja 1998 r., U. 17/97, OTK ZU nr 3/1998, poz. 34 i cytowane tam orzecznictwo.

<sup>201</sup> wyrok z 16 grudnia 1997 r., K. 8/97, OTK ZU nr 5-6/1997, poz. 70, P 11/02.

<sup>202</sup> m.in. w wyroku z 18 stycznia 2000 r., K. 17/99, OTK ZU nr 1/2000, poz. 4.

<sup>203</sup> np. orzeczenie z 23 października 1995 r., K. 4/95, OTK w 1995 r., cz. II, s. 93.

osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne” oraz przez art. 232 kpc, zgodnie z którym „strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne” (na gruncie procedury art. 232 kpc wyraża zarazem podstawową zasadę procesu cywilnego, tj. zasadę kontradyktoryjności). Ustawodawca kreuje jednak niekiedy mechanizmy, dzięki którym potrzeba dowodzenia swoich twierdzeń przez jedną z równorzędnych stron w procesie odpada lub ulega złagodzeniu. Należy do nich zaliczyć domniemania faktyczne i prawne<sup>204</sup> (por. art. 231 i 234 kpc), które modyfikując reguły *oneris probandi* znacząco ułatwiają dowodzenie uprzywilejowanej istnieniem domniemania stronie (stanowią *favor iuris* dla strony)<sup>205</sup>. Zwraca się przy tym uwagę, iż działanie domniemań prawnych przejawiające się w przesunięciu *thema probandi*, stanowi zagrożenie dla prawdy materialnej<sup>206</sup>. Jakże zatem okoliczności uzasadniają wprowadzanie do systemu prawa domniemań faktycznych i prawnych? W doktrynie wskazuje się, iż celem domniemań jest ochrona i realizacja założonych wartości<sup>207</sup>, stosowane są one zatem albo gdy określone dowody są trudne do przeprowadzenia, albo ze względów na założone wartości postuluje się specjalne rozłożenie ciężaru dowodu<sup>208</sup>. Jeśli ustawodawca ustanawia domniemanie (tj. ogranicza prawo podmiotowe jednej ze stron postępowania cywilnego opartego na równości stron) ze względu na ochronę określonych wartości, czynić powinien to z zachowaniem zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Obowiązujące domniemania nie mogą zatem w sposób nieproporcjonalny wpływać na równość w prawie stron procesu cywilnego, skutkując dyskryminacją którejś z tych stron. Odnosnie treści normatywnej wspomnianych art. 32 Konstytucji RP znajdują w pełni zastosowanie uwagi oparte na orzecznictwie TK poczynione np. w pkt 195 powyżej, zaś w zakresie 31 ust. 3 Konstytucji RP uwagi z pkt 166 (przypis nr 153) uzasadnienia skargi.

211. Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że z przepisu art. 45 ust. 1 w związku z art. 32 i w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP Konstytucji RP, wynika prawo podmiotowe Skarżącego do rozpatrzenia sprawy o charakterze cywilno-prawnym w sprawiedliwym postępowaniu sądowym, opartym na zasadzie równości praw i obowiązków stron procesu (z uwzględnieniem rozkładu ciężaru dowodu), która podlega w tym postępowaniu ograniczeniu tylko w sposób proporcjonalny, tj. tylko o tyle o ile jest to konieczne w demokratycznym państwie dla ochrony wolności i praw podmiotowych innych uczestników tego postępowania.

212. Wyżej opisane prawo podmiotowe Skarżącego zostało naruszone przez skarżony przepis

<sup>204</sup> Zob. S. Ehrlich, J. Gliklich, *Onus probandi w procesie cywilnym* (II), Gł. Sąd. 1933, Nr 11, s. 658 i n.; J. Ignatowicz, *Ciężar dowodu*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Ius, Lublin 1982, s. 21 i n.; S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego*. Księga pierwsza. Część ogólna. Warszawa 2006, s. 56 i n.

<sup>205</sup> H. Mądrzak, [w:] H. Mądrzak (red.), D. Krupa, E. Marszałkowska-Krześ, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2003, s. 141; K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, red. A. Zieliński, Warszawa 2008, s. 646.

<sup>206</sup> H. Mądrzak, [w:] H. Mądrzak (red.), D. Krupa, E. Marszałkowska-Krześ, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 1997, s. 141.

<sup>207</sup> J. Wróblewski, *Domniemania w prawie – problematyka teoretyczna*, SPE 1973, t. X, s. 20; A. Kunicki, *Domniemania w prawie rzeczowym*, Warszawa 1969, s. 15; K. Flaga-Gieruszyńska, *op. cit.*, s. 646; Z. Radwański, M. Zieliński, *System Prawa Prywatnego*, t. 1, 384–385; J. Ignatowicz, *System Prawa Cywilnego*, t. I, Część ogólna, Warszawa 1985, s. 886.

<sup>208</sup> J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 20.

art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w związku z istnieniem w nim norm, mocą których na Skarżącym, jako na pozwanym, spoczywał ciężar udowodnienia niemal wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, zaś powód był z tego obowiązku zwolniony (obciążał go tylko ciężar dowodu w zakresie wystąpienia przesunięcia majątkowego).

213. Jak wykazano dowodnie we wcześniejszej części niniejszej skargi z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk:

- (i) ustanawia domniemanie, iż „pobranie opłaty innej niż marża handlowa”, o którym mowa w skarżonym przepisie, to każde przesunięcie majątkowe z majątku dostawcy do majątku pośrednika handlowego, inne niż dostawa towaru<sup>209</sup>;
- (ii) ustanawia domniemanie, że jakiegokolwiek inne niż dostawa towaru przesunięcie majątkowe od dostawcy do pośrednika handlowego jest nieekwiwalentne dla tego pierwszego, niezależnie od tego czy i jakie świadczenie wzajemne otrzymuje i czy jest one zgodne z umową, jeżeli tylko dostawca zanegował później ową ekwiwalentność<sup>210</sup>;
- (iii) ustanawia co najmniej domniemanie, iż w przypadku „pobrania innej niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży” doszło do ograniczenia dostawcy dostępu do rynku oraz że działanie pośrednika handlowego było w tym zakresie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażając lub naruszając interes innego przedsiębiorcy lub klienta<sup>211</sup> (choć jak wskazano, podlegająca wyróżnieniu linia orzecznicza każe też uznawać, iż okoliczności te są przesądzone normatywnie, por. pkt 65 vi) uzasadnienia skargi);
- (iv) przesądza lub co najmniej ustanawia dalsze domniemanie, iż jakiegokolwiek inne niż dostawa towaru przesunięcie majątkowe od dostawcy do pośrednika handlowego jest nieekwiwalentne dla tego pierwszego, jeśli wysokość wynagrodzenia za umówione pomiędzy stronami usługi została odniesiona do zrealizowanego przez strony obrotu towarów<sup>212</sup>.

214. Niewątpliwie zatem, na podstawie norm art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w procesie toczącym się na gruncie tego przepisu, z powoda-dostawcy zdjęty jest ciężar dowodu niemal co do wszystkich w istotnych przesłanek zawartego w nim zakazu (poza samą tylko

<sup>209</sup> np. wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 marca 2013 r., I ACa 1101/12, LEX nr 1316294; z dnia 5 listopada 2009 r., I ACa 56/09, niepubl.; z dnia 2 czerwca 2010 r., I ACa 294/10, LEX nr 785625 oraz z dnia 30 maja 2012 r., I ACa 1074/11, niepubl.; por. wyr. Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2008 r., III CSK 23/08, OSNC 2009, Nr 1, poz. 14.

<sup>210</sup> por. wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 marca 2013 r., sygn. I ACa 1059/12, LEX nr 1313438, wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 marca 2013 r., I ACa 1101/12, LEX nr 1316294.

<sup>211</sup> por. post. SN z dnia 19 maja 2011 r., I CSK 700/10, LEX nr 1294148, wyr. SN z dnia 12 kwietnia 2002 r., I KKN 610/00, LEX nr 55238, por. także wyr. Sąd Apelacyjny w Warszawie z dnia 15 marca 2013 r., I ACa 1101/12, LEX nr 1316294

<sup>212</sup> por. np. wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 sierpnia 2012 r., I ACa 66/12, LEX nr 1267422; wyr. z dnia 12 lutego 2013 r., I ACa 1155/12, LEX nr 1324794; wyr. z dnia 22 lutego 2013 r., I ACa 790/12, LEX nr 1315731; wyr. z dnia 25 listopada 2011 r., I ACa 465/11, LEX nr 1143494; wyr. z dnia 20 grudnia 2011 r., I ACa 601/11, LEX nr 1143495; wyr. Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 13 marca 2013 r., I ACa 48/13, LEX nr 1353913; wyr. Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 26 czerwca 2013 r., I ACa 480/13, LEX nr 1353801.

okolicznością wystąpienia przesunięcia majątkowego z majątku powoda-dostawcy do majątku pośrednika handlowego, innego niż dostawa towaru). Takie ukształtowanie sytuacji procesowej pozwanego rażąco odbiega od wyrażonego przez art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, a realizowanego przez przepisy art. 6 kc i 232 kpc, modelu postępowania cywilnego, którego zasadniczą składową jest zasada równości stron (zasada „równości broni”), przejawiająca się w szczególności w rozkładzie ciężaru dowodu według zasady, iż ciężar dowodu stwierdzenia określonych faktów obciąża tę stronę postępowania, która wywodzi z niej skutki prawne.

215. Oceniając w powyższym zakresie normy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk należy zgodnie z wytycznymi Trybunału Konstytucyjnego ustalić kryterium, według którego podmioty o cechach wspólnych (strony postępowania cywilnego, przedsiębiorcy), uzasadniających podobne ich traktowanie, zostały przez kwestionowany przepis różnie potraktowane. Następnie należy rozważyć, czy ta odmienność jest uzasadniona<sup>213</sup> w świetle celu i treści art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, wagi interesu, któremu różnicowanie ma służyć oraz czy pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku wprowadzonego różnicowania oraz wreszcie czy kryterium różnicowania pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych.
216. Na powyższe pytania należy na tle art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk udzielić odpowiedzi jednoznacznie negatywnej.
217. Po pierwsze, przebieg procesu legislacyjnego pozwala stwierdzić, iż ustawodawca nie wyraził jasno celu wprowadzenia do systemu prawnego art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk (w tym ustanowienia opisywanych tutaj domniemań prawnych) w przyjętej formie i pozycji w strukturze uznk. Jak wykazano, sformułowane ostatecznie lapidarne uzasadnienie wprowadzenia omawianego przepisu do uznk miało na celu „poprawę konkurencyjności drobnych i średnich przedsiębiorstw na polskim rynku” ustawodawca zaś „dał wyraz swemu przekonaniu o naganności stosowanych przez duże sklepy praktyk pobierania dodatkowych opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży (...) [tj. m.in.] opłaty za wstawienie towaru czy za wielkość miejsca na półce”. Należy też zważyć, iż nie ograniczono przy tym hipotezy normy skarżonego przepisu do „drobnych i średnich przedsiębiorstw” (*notabene* nigdy nie istniało pojęcie „drobnych przedsiębiorców”). Jak wykazano, innych celów wprowadzenia przedmiotowych domniemań nie odnalazło w skarżonym przepisie także bogate orzecznictwo na jego gruncie (sądy ograniczają się do przywołania wskazanego wyżej uzasadnienia poprawki senackiej).
218. Po drugie, poza wyrażeniem przekonania o naganności pobierania dodatkowych opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, ewentualnie „bardzo dziwnych rzeczy” (*vide* uwagi z pkt 50 uzasadnienia skargi) jakie miały działać się w sieciach handlowych, ustawodawca nie zaprezentował żadnych rozważań w przedmiocie wagi interesu jakiego ochronie służyć miało ustalenie mocą art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk innego niż przewidziany przez normę art. 45 ust. 1 Konstytucji rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu cywilnym toczącym się na tle

---

<sup>213</sup> wyrok z 16 grudnia 1997 r., K. 8/97, OTK ZU nr 5-6/1997, poz. 70, P 11/02

tego przepisu. Nie ujawniono także żadnych rozważań co do proporcjonalności ustanowienia tego zróżnicowania względem wagi ograniczenia interesu jaki mają strony postępowania cywilnego w jego równorzędnym ukształtowaniu. Nie wskazano wreszcie jakie jest kryterium różnicowania pozycji stron w tym zakresie i w jakiej relacji zróżnicowanie to pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi.

219. W efekcie, w procesie sądowym uprzywilejowanie ustanowione przez normy art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk w zakresie rozkładu ciężaru dowodu (wskutek ustanowienia ww. domniemań) służy dowolnemu powodowi przeciw dowolnemu pozwanemu (przede wszystkim „dużej sieci handlowej”), niezależnie od ich wzajemnej pozycji rynkowej, przy czym obie strony są zawsze przedsiębiorcami, tj. podmiotami profesjonalnie zajmującymi się działalnością gospodarczą, co do których w pozostałym zakresie przepisy postępowania cywilnego nie pozwalają czynić sądowi żadnej różnicy. W połączeniu z omawianym wcześniej normatywnym przesądzeniem przez art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk szeregu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia (por. pkt 65 ii) i vi) uzasadnienia skargi), postępowanie cywilne zniekształcone przez zastosowanie norm (domniemań prawnych) skarżonego przepisu przybiera formę uzyskiwania przez powoda „sądowej sankcji” dla jego twierdzeń, bowiem w istocie jedyną kwestią jaką winien udowodnić jest wystąpienie przesunięcia majątkowego z jego majątku do majątku pozwanego pośrednika handlowego, innego niż dostawa towaru. Wszelkie pozostałe okoliczności, o ile nie są przesądzone normatywnie, wykazywać musi strona pozwana, przy czym tak jak w przypadku Skarżącego, nie ma znaczenia czy wykonała ona faktycznie umówione z dostawcą usługi. Również i w tym przypadku uzasadnienia celu takiej regulacji nie odnajdziemy w orzecznictwie sądów powszechnych i SN, w którym stosowano skarżony przepis.
220. Nie odnosząc się już tutaj do legalności ustanowionego przez art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w określony sposób, należy uznać, iż dokonane mocą norm tego przepisu zróżnicowanie (nierówność) pozycji procesowej stron toczących się na jego tle postępowań cywilnych (w tym tego, w którym ostatecznie rozstrzygnięto o prawach Skarżącego) ma charakter nierelevantny, a więc pozostaje bez związku z celem i zasadniczą treścią skarżonego przepisu, cechując się przy tym całkowitą dowolnością. Przyjęte rozwiązanie normatywne – w zakresie wprowadzonych w nim domniemań prawnych - nie ma też charakteru proporcjonalnego, tj. waga problemu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji stron postępowania, nie pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi w systemie prawa sprawiedliwości proceduralnej i zasad rzetelnej procedury, których elementem jest rozpatrywanie sporów cywilno-prawnych, powstających na tle stosunków prawnych opartych na zasadzie równości stron. Tym samym uznać należy, iż Skarżony przepis narusza art. 45 ust. 1 w związku z art. 32 i w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

#### **VII.E. Uzasadnienie do zarzutu niezgodności skarżonego przepisu z art. 45 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji RP**

221. Przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk pozostaje w sprzeczności również z prawem

podmiotowym Skarżącego, które wynika z przepisu art. 45 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji RP, tj. prawem podmiotowym do rozpatrzenia sprawy w sprawiedliwym postępowaniu sądowym, którego zasady, w tym rozkład praw i obowiązków stron (z uwzględnieniem rozkładu ciężaru dowodu), zostały ukształtowane w oparciu o precyzyjne, jednoznaczne i nie rodzące wątpliwości przepisy prawne, zapewniające przewidywalność przebiegu tego postępowania, wyrażającą się w zapewnieniu wystarczającego stopnia związania decyzji sądu.

222. Do naruszenia prawa podmiotowego Skarżącego wywodzonego z art. 45 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji RP dochodzi w treści normatywnej skarżonego przepisu przez ustanowienie w nim obowiązków procesowych stron w zakresie prowadzenia dowodu (rozkład ciężaru dowodu) w sposób niejasny i nieprecyzyjny, rodzący istotne rozbieżności w orzecznictwie, a tym samym powodując nieprzewidywalność przebiegu postępowania i niepewność stron co zakresu ich koniecznej inicjatywy dowodowej.
223. Treść wynikającego z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP prawa podmiotowego Skarżącego do sądu i sprawiedliwej procedury sądowej (sprawiedliwości proceduralnej, w tym rzetelnego procesu) przedstawiono szczegółowo powyżej (*vide* pkt 204-210 uzasadnienia skargi). W tym miejscu należy jedynie przypomnieć, iż na zasadę sprawiedliwości proceduralnej składa się m.in. wymaganie zapewnienia uczestnikowi postępowania przewidywalności jego przebiegu<sup>214</sup>, wyrażającej się m.in. w zapewnieniu wystarczającego stopnia związania decyzji organów państwowych<sup>215</sup>. Art. 45 ust. 1 Konstytucji RP stawia więc przed systemem prawa wymóg, aby redakcja przepisów normujących przebieg postępowania sądowego, umożliwiała jednostce przewidzenie jego przebiegu, w tym aby przepisy te pozwalały jednostce ustalić zawczasu zakresu swoich obowiązków procesowych i konsekwencji swoich postępowań w toku procesu. Orzecznictwo TK nie zawęży tego wymogu do określonej grupy postępowań (cywilnych, karnych, sądownoadministracyjnych), ani określonej grupy/rodzaju przepisów normujących przebieg procesu, stąd należy uznać, iż powyższe wymogi z zakresu zasady sprawiedliwej procedury odnoszą się do wszystkich przypadków normatywnego ukształtowania pozycji stron procesu sądowego, tj. także norm odnoszących się do rozkładu ciężaru dowodu.
224. Do opisu obowiązków ustawodawcy w zakresie stanowienia jasnego i precyzyjnego prawa (poprawnej legislacji) – jakie wynika z art. 2 Konstytucji RP – przy ograniczaniu prawa własności mają odpowiednie zastosowanie poglądy prawne z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego przywołane w pkt 178-181 uzasadnienia niniejszej skargi. W tym miejscu należy przypomnieć jedynie, iż naruszenie zasady poprawnej legislacji występuje, gdy przepis prawa *"przekroczy [on] pewien poziom niejasności"*<sup>216</sup>. Przekroczenie tego poziomu następuje natomiast w przypadku niemożności usunięcia niejasności tego przepisu mimo zastosowania powszechnie przyjętych w doktrynie prawniczej i judykaturze metod wykładni<sup>217</sup>, a więc w szczególności wówczas, gdy dany

<sup>214</sup> Wyrok z 16 stycznia 2006 r. sygn. SK 30/05, OTK ZU nr I/A/2006, poz. 2, wyrok z dnia 18 października 2011 r., sygn. SK 39/09, OTK-A 2011/8/84, Dz.U.2011/240/1438, wyrok z dnia 20 kwietnia 2011 r., sygn. K 7/09, OTK-A 2011/3/26, M.P. 2011/33/394

<sup>215</sup> Wyrok z 19 lutego 2003 r., sygn. P 11/02, OTK ZU nr 2/A/2003, poz. 12.

<sup>216</sup> wyrok TK 30 października 2001 r., sygn. K 33/00, OTK ZU nr 7/2001, poz. 217

<sup>217</sup> por. wyrok TK z 8 maja 2000 r., sygn. SK 22/99, OTK ZU nr 4/2000, poz. 107

przepis rodzi trwale rozbieżności w orzecznictwie, uniemożliwiając odtworzenia na jego podstawie norm prawnych, jako wypowiedzi jednoznacznie nakazujących albo zakazujących ich adresatom, by w pewnych okolicznościach podjęli jakieś działania albo zaniechali jakichś działań<sup>218</sup>.

225. Odnosząc powyższe uwagi do skarżonego art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, jak wielokrotnie wskazano, przepis ten rodzi nierozwiązywalne wątpliwości, co do tego czy w przypadku „*pobrania innej niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży*” zawsze oznacza, iż doszło do ograniczenia dostawcy przez pośrednika handlowego dostępu do rynku oraz że działanie pośrednika handlowego było w tym zakresie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażało lub naruszyło interes dostawcy<sup>219</sup> czy też istnieje jedynie domniemanie prawne w tym zakresie. Nadto, nie daje się jednoznacznie stwierdzić czy okoliczność, iż wysokość wynagrodzenia za umówione pomiędzy stronami usługi została odniesiona do zrealizowanego przez strony obrotu towarów (jako procent od obrotu) przesądza o braku ekwiwalentności świadczeń czy jedynie rodzi dalsze domniemanie braku ekwiwalentności.
226. Jak wskazano w pkt 65 vi) uzasadnienia skargi, zgodnie z wyróżniającą się linią orzecniczą normatywnie przesądzone jest, iż fakt „*pobrania innej niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży*” oznacza *per se*, iż doszło do ograniczenia dostępu do rynku, a zatem że art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk konstytuuje normę samodzielną na tle innych norm uznk, w szczególności normy art. 3 ust. 1 uznk, art. 3 ust. 2 i art. 15 ust. 1 zd. pierwsze uznk. W konsekwencji należy uznać, iż dla stwierdzenia, iż miał miejsce czyn nieuczciwej konkurencji polegający na ograniczeniu dostępu do rynku wystarczy stwierdzić, że pobierano „*inne niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży*”, niezależnie od tego czy takie działanie pośrednika handlowego wobec dostawcy rzeczywiście utrudniały mu dostęp do rynku zbytu. Bez znaczenia jest przy tym wielkość pobranej opłaty, wielkość producenta/dostawcy i jego pozycja rynkowa, rzeczywisty stopień zależności od danego pośrednika, możliwość korzystania przez niego z innych kanałów dystrybucyjnych (*vide* wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2006 r., II CK 378/05, publ. Wokanda rok 2006, Nr 6, str. 8; post. SN z 19 maja 2011 r., I CSK 700/10, LEX nr 1294148; wyr. SN z dnia 25 października 2012 r., I CSK 147/12, LEX nr 1231301). Kwestia utrudnienia dostawcy dostępu do rynku i naruszenia dobrych obyczajów handlowych jest zatem normatywnie przesądzona, a dowód jest zbędny (tak stwierdził Sąd Apelacyjny w W w wyroku z października 2013 r., sygn. akt , zapadłym w sprawie Skarżącego).
227. Niemniej jednak, jak wskazano w pkt 96 w orzecznictwie funkcjonuje także odmienny pogląd tj., że w przypadku czynów wymienionych w poszczególnych punktach art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zachodzi domniemanie prawne, że stanowią one utrudnienie w dostępie dostawcy do rynku oraz że są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażają lub naruszają interes dostawcy (por. post. SN z dnia 19 maja 2011 r., I CSK 700/10, LEX nr

<sup>218</sup> wyrok TK z dnia 18 lipca 2013 r., sygn. SK 18/09, OTK-A 2013/6/80

<sup>219</sup> por. post. SN z dnia 19 maja 2011 r., I CSK 700/10, LEX nr 1294148, wyr. SN z dnia 12 kwietnia 2002 r., I CKN 610/00, LEX nr 55238, por. także wyr. Sąd Apelacyjny w Warszawie z dnia 15 marca 2013 r., I ACa 1101/12, LEX nr 1316294

1294148, wyr. SN z dnia 12 kwietnia 2002 r., I CKN 610/00, LEX nr 55238, por. także wyr. Sąd Apelacyjny w Warszawie z dnia 15 marca 2013 r., I ACa 1101/12, LEX nr 1316294).

228. Rozbieżność powyższa zarysowała się wyraźnie w sprawie z powództwa P przeciw K, zakończonej ostatecznie wyrokiem Sądu Apelacyjnego w W z listopada 2013 r. (sygn. akt ). Zwrócić bowiem należy uwagę, iż choć sąd ten uznał ostatecznie, iż kwestia utrudnienia dostępu do rynku nie wymaga dowodu/przeciw dowodu, a zatem jest normatywnie przesądzona (podobnie Sąd Okręgowy w wyroku z czerwca 2013 r. (sygn. akt ), K dopiero w wyroku mógł dowiedzieć się, która z funkcjonujących linii orzecznictwa zostanie zastosowana. Niepewność w tym zakresie skłoniła K do przytoczenia twierdzeń i dowodów mających na celu wykazanie, iż swoim działaniem nie utrudniła P dostępu do rynku oraz że nie było ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Wysiłek K w tym zakresie okazał się zbędny, bowiem jak wskazano, powyższe okoliczności sądy uznały za przesądzoną, a dowody zaoferowane przez K za zbędne.
229. Podobna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do kwestii wpływu sposobu ustalenia wysokości wynagrodzenia za umówione pomiędzy stronami usługi, tj. odniesienie jej do zrealizowanego przez strony obrotu towarów (procent od obrotu) na ocenę ekwiwalentności świadczeń stron.
230. Jak wskazano w pkt 65 iii), istniejące orzecznictwo pozwala przyjąć, iż na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk normatywnie przesądzona jest, iż fakt odniesienia się przy ustaleniu wysokości wynagrodzenia za usługi świadczone przez jedną ze stron umowy podlegającej ocenie na gruncie go przepisu do zrealizowanego między nimi obrotu, przesądza o braku ekwiwalentności usługi i wynagrodzenia. W tym zakresie, jedynie tytułem przykładu można wskazać powoływane już stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 25 listopada 2011 r. (I ACa 465/11, LEX nr 1143494): *“o braku ekwiwalentności świadczeń świadczy sposób ustalania wysokości opłat marketingowych - procent od obrotów”* oraz w wyroku z dnia 20 grudnia 2011 r. (I ACa 601/11, LEX nr 1143495): *“niedopuszczalne byłoby zastrzeżenie tego rodzaju opłat [stanowiących procent od obrotu], jeżeli ich wysokość byłaby ustalana w oderwaniu od rodzaju i kosztów konkretnej usługi, np. jako określony procent od obrotu. Niedozwolone byłoby również ustalenie tych opłat w takiej wysokości, że ich suma pobrana od dostawców przekraczałaby koszty wydawania gazetki”*. W tym samym duchu Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 13 marca 2013 r. (I ACa 48/13, LEX nr 1353913) stwierdził, iż *“podstawa i sposób obliczania wynagrodzenia za usługę reklamy nie zostały uzależnione od wykonania usługi, ale powiązane je ściśle z obrotem z tytułu sprzedaży. W tej sytuacji trudno mówić o ekwiwalentności świadczeń”*. Tak orzekły również w sprawie Skarżącego Sąd Apelacyjny w W w wyroku z listopada 2013 r. (sygn. akt ) i Sąd Okręgowy w W w wyroku z czerwca 2013 r. (sygn. akt ), który wskazał iż: *„nie można było mówić o rzeczywistym świadczeniu usług przez pozwanego w sposób ekwiwalenty, skoro wysokość wynagrodzenia za umówione pomiędzy stronami usługi została odniesiona do zrealizowanego przez strony obrotu towarów”*.

231. Jak wskazywano, część orzecznictwa zajmuje mniej kateryczne stanowisko zgodnie z którym, jak się zdaje, art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie przesądza normatywnie, iż w przypadku odniesienia wysokości wynagrodzenia za usługi świadczone przez jedną ze stron umowy, poddanej ocenie na gruncie tego przepisu, zawsze brak ekwiwalentności świadczeń, ale jedynie tworzy kolejne, szczegółowe domniemanie, iż w takiej sytuacji brak owej ekwiwalentności świadczeń (przypomnijmy, iż jak wskazano w pkt 65 ii) istnieje ogólne domniemanie braku ekwiwalentności świadczeń). Przykładem takiego stanowiska może być wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 lutego 2013 r. (I ACa 790/12, LEX nr 1315731), gdzie wskazano: *“strony mogą co do zasady ustalić cenę usługi nawet jako procent od obrotu, ale w takiej sytuacji to nabywca towarów ma obowiązek wykazać sposobu skalkulowania opłaty, w szczególności jej odniesienia do poniesionych kosztów; tylko w tym przypadku można uznać pobraną opłatę za ekwiwalentną”*.
232. Istnieje wreszcie w orzecznictwie stanowisko całkiem przeciwne, zgodnie z którym z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk nie wynika żadna norma, na podstawie której w stosunkach ocenianych na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk odniesienie w umowie wysokości wynagrodzenia do osiągniętego między stronami obrotu rodziłoby dla którejkolwiek z nich negatywne konsekwencje, czy to na płaszczyźnie procedury czy prawa materialnego. Dla przykładu Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 16 stycznia 2013 r. (I ACa 1301/12, LEX nr 1362733), wskazał, iż *„nie do przyjęcia jest wykładnia art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., która ograniczałaby strony w możliwości kształtowania treści stosunku prawnego z wykorzystaniem konstrukcji wyraźnie przez prawo dopuszczonych, do których należy przepis art. 536 § 1 k.c., zezwalający stronom na określenie ceny przez wskazanie podstaw do jej ustalenia.”*.
233. Podobnie jak w przypadku omawianej wcześniej kwestii utrudnienia dostępu do rynku K dopiero w wyroku mógł dowiedzieć się, która z funkcjonujących linii orzecznictwa zostanie zastosowana w jego sprawie. Niepewność w tym zakresie skłoniła K do przytoczenia twierdzeń i dowodów mających na celu wykazanie, iż ustalone jako procent od obrotu wynagrodzenie za wykonane na rzecz P usługi marketingowe nie było oderwane od ich wartości/poniesionych przez K kosztów, a co najmniej nie pozostawało w tak odległej od nich relacji, aby cały stosunek umowny zdyskwalifikować. Wysiłek dowodowy K w tym zakresie okazał się zbędny, bowiem jak wskazano, brak ekwiwalentności świadczeń stron sądy uznały za przesądzone już tylko ze względu na sposób ukształtowania postanowień umownych dotyczących sposobu ukształtowania ceny.
234. Jak pokazuje szereg przytoczonych orzeczeń, w tym Sądu Najwyższego, omawiane rozbieżności są nieusuwalne i stawiają każdego pozwanego/pośrednika handlowego wobec niepewności co do zakresu jego koniecznej inicjatywy dowodowej. Tym samym uznać należy, iż Skarżony przepis narusza art. 45 w związku z art. 2 Konstytucji RP.

#### **VII.F. Uzasadnienie do zarzutu niezgodności skarżonego przepisu z art. 64 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji RP**

235. Przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk pozostaje także w sprzeczności z prawem podmiotowym Skarżącego, które wynika z przepisu art. 64 ust. 1 Konstytucji RP w związku z zasadą poprawnej legislacji wywodzoną z art. 2 Konstytucji RP, tj. prawem do ochrony własności, którego ograniczenia mogą wynikać tylko z przepisów ustawowych jasno i precyzyjnie określających ograniczenia tego prawa - tak aby Skarżący na podstawie samych tylko przepisów ustawowych mógł zorientować się co do treści wszystkich istotnych ograniczeń swojego konstytucyjnego prawa do własności. Do naruszenia prawa podmiotowego Skarżącego wywodzonego z art. 64 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji RP dochodzi w treści normatywnej skarżonego przepisu przez ustanowienie w nim ograniczeń dla prawa podmiotowego K do ochrony własności, na które składają się uprawnienia m.in. do: i) zachowywania oraz dysponowania własnością i korzystania z niej (w tym korzystania ze środków pieniężnych, ii) pobierania pożytków lub pośredniego eksploataowania przedmiotu własności.– które to ograniczenia nie zostały jasno i precyzyjnie określone w skarżonym przepisie.
236. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, art. 64 ust. 1 Konstytucji statuuje prawo podmiotowe jednostki obejmujące ochroną własność, inne prawa majątkowe oraz dziedziczenie. Skutkuje to m.in. obowiązkiem ustawodawcy stanowienia przepisów i procedur udzielających ochrony prawnej prawom majątkowym, a także obowiązkiem powstrzymania się od przyjmowania regulacji, które owe prawa mogłyby pozbawić ochrony lub ochronę tę ograniczyć.<sup>220</sup> Na treść prawa do własności składa się przy tym szereg uprawnień, w tym wolność jej nabywania, zachowywania oraz dysponowania nią<sup>221</sup>; możliwość korzystania (w tym korzystania ze środków pieniężnych)<sup>222</sup>, pobierania pożytków lub pośredniego eksploataowania przedmiotu własności.<sup>223</sup> Do opisu obowiązków ustawodawcy w zakresie stanowienia jasnego i precyzyjnego prawa (poprawnej legislacji) – jakie wynika z art. 2 Konstytucji RP – przy ograniczaniu prawa własności mają odpowiednie zastosowanie poglądy prawne z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego przywołane w pkt 178-181 uzasadnienia niniejszej skargi.
237. Skarżony przepis wprowadza ograniczenia w prawie własności Skarżącego. Po pierwsze, zakazuje mu on zarabkowania (nabywania własności środków pieniężnych) poprzez pobieranie wynagrodzeń za wykonywanie działań logistycznych (optymalizację zapasów towarów i ich dostaw do placówek handlowych) oraz marketingowych (w szczególności publikacji w gazetkach reklamowych), wspierających dalszą dystrybucję towarów po ich przyjęciu do kanału dystrybucji/marketingu. Po drugie, w oparciu o skarżony przepis producent/dostawca może się następnie uchylić od skutków prawnych zawarcia umowy o wykonanie ww. działań logistycznych lub marketingowych i żądać zwrotu pobranego od niego przez Skarżącego na tej podstawie wynagrodzenia (na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 4 lub ust. 5 uznk - jako „nienależne świadczenie” lub jako „odszkodowanie”). Rzetelność konstrukcji tych ograniczeń – określenie tego co i jakich warunkach nie może być nabywane jako „wynagrodzenie za usługę”, jakie opłaty (wynagrodzenia-refinansowanie

<sup>220</sup> Wyrok TK z 2 czerwca 1999 r., sygn. K 34/98, OTK ZU nr 5/1999, poz. 94.

<sup>221</sup> Wyrok TK z 31 stycznia 2001 r., sygn. P 4/99, OTK ZU nr 1/2001, poz. 5.

<sup>222</sup> Wyrok TK z 16 października 2007 r., sygn. SK 63/06, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 105.

<sup>223</sup> Wyrok TK z 26 lutego 2013 r., SK 12/11 OTK-A 2013/2/19.

kosztów aktywności) pobierane od dostawcy mieszczą się w pojęciu „marża handlowa” lub nie; przy spełnieniu jakich przesłanek uzyskane w tym zakresie środki pieniężne podlegają zwrotowi jako „świadczenia nienależne” – jest niedostateczna z punktu widzenia zasady poprawnej legislacji.

238. Prawo Skarżącego do ochrony własności (możliwości zarobkowania oraz zachowania uzyskanych w ramach działalności gospodarczej środków pieniężnych) pozostaje na gruncie niniejszej sprawy w związku z jego prawem do wolności gospodarczej. Zakres ograniczeń w swobodzie wyboru i korzystania z określonego sposobu prowadzenia działalności gospodarczej oraz w swobodzie zbywania usług i kształtowania cen za nie (składowe prawa do wolności gospodarczej) rzutuje bowiem bezpośrednio na zakres prawa przedsiębiorcy (tutaj Skarżącego) do własności. To co jest zakazane poprzez ograniczenie w prawie do wolności gospodarczej nie może być jednocześnie źródłem pozyskiwania przez przedsiębiorcę własności i nie korzysta z konstytucyjnej ochrony (własność środków pieniężnych nie może być nabyta w ten sposób, a nabyta podlega zwrotowi uprawnionemu do jej odbioru podmiotowi). Dlatego opis rodzaju, stopnia i skutków niejasności treści normatywnej skarżonego przepisu, który został poczyniony w ramach uzasadniania zarzutu o niezgodności z art. 20 i 22 Konstytucji RP w związku z art. 2 Konstytucji RP (*vide* pkt 182-191 uzasadnienia skargi) znajduje odpowiednie zastosowanie jako uzasadnienie niezgodności z art. 64 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji RP.

#### **VII.G. Uzasadnienie do zarzutu niezgodności skarżonego przepisu z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji RP**

239. Przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk pozostaje w sprzeczności z prawem podmiotowym Skarżącego, które wynika z przepisów art. 64 ust. 2 Konstytucji RP w związku z zasadą równości (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP) oraz zakazem dyskryminacji w życiu gospodarczym (art. 32 ust. 2 Konstytucji RP). tj. prawem do ochrony własności na: (i) równych prawach z innymi przedsiębiorcami charakteryzującymi się istotną cechą wspólną ze Skarżącym, jaką jest uczestnictwo w profesjonalnym obrocie towarowym oraz (ii) w warunkach braku dyskryminacji ze strony ustawodawcy.
240. Do naruszenia prawa podmiotowego Skarżącego wywodzonego z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji RP, dochodzi w treści normatywnej skarżonego przepisu przez ustanowienie w nim ograniczeń dla prawa podmiotowego K do ochrony własności, które to ograniczenia prowadzą do nierówności (deprecjacji sytuacji prawnej) pośredników handlowych, w tym Skarżącego, w porównaniu do pozycji prawnej producentów/dostawców. Naruszenie przez skarżony przepis wzorca konstytucyjnego, jaki wynika z art. 64 ust. 2 Konstytucji RP w związku z art. 32 ust. 1 oraz ust. 2 Konstytucji RP, przejawia się w również w skierowaniu zawartych w jego treści ograniczeń w prawie do ochrony własności przede wszystkim lub w znacznej mierze wobec selektywnie i niesprawiedliwie określonej kategorii pośredników handlowych, tj. „dużych sieci handlowych”, do której zalicza się również Skarżący.

241. Prawo Skarżącego do własności, tak jak je przedstawiono powyżej (*vide* Część VII.F uzasadnienia skargi), podlega na mocy art. 64 ust. 2 Konstytucji RP w zw. z art. 32 Konstytucji RP – co do zasady – równej ochronie, a ustawodawca jest zobowiązany do niewprowadzania przepisów dyskryminujących w możliwości korzystania z tego prawa.<sup>224</sup> Tak jak też była mowa powyżej (*vide* pkt 238 uzasadnienia skargi), prawo Skarżącego do ochrony własności (możliwości zarobkowania oraz zachowania uzyskanych w ramach działalności gospodarczej środków pieniężnych) pozostaje na gruncie niniejszej sprawy w związku z jego prawem do wolności gospodarczej. Tym samym, w zakresie w jakim Skarżącego (jako „*dużą sieć handlową*”) dotyka nierówność i dyskryminacyjne traktowanie przez ustawodawcę w możliwości korzystania z prawa do wolności gospodarczej – tak w porównaniu do sytuacji prawnej producentów/dostawców (*vide* pkt 196-198 uzasadnienia skargi), jak innych kategorii pośredników handlowych (*vide* pkt 199-201 uzasadnienia skargi) dotyka go również ograniczenie w równej ochronie własności. Dlatego też uwagi poczynione w pkt 196-201 uzasadnienia skargi – dot. rodzaju, stopnia i skutków wprowadzenia wobec K nierównych i dyskryminujących ograniczeń w prawie do wolności działalności gospodarczej – znajdują odpowiednie zastosowanie przy uzasadnieniu dla zarzutu niezgodności skarżonego przepisu z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji RP.

#### **VII.H. Uzasadnienie do zarzutu niezgodności skarżonego przepisu z art. 64 ust. 3 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP**

242. Skarżony przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk narusza prawo podmiotowe Skarżącego, wynikające z art. 64 ust. 3 Konstytucji RP w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, do wykonywania prawa własności niezakłócanego nieusprawiedliwionymi i nadmiernymi działaniami ograniczającymi ze strony ustawodawcy. Do naruszenia prawa podmiotowego Skarżącego, wywodzonego z art. 64 ust. 3 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, dochodzi w treści normatywnej skarżonego przepisu przez ustanowienie w nim ograniczeń dla prawa podmiotowego K do ochrony własności – które nie znajdują usprawiedliwienia interesem publicznym oraz zostały wprowadzone bez zachowania zasad proporcjonalności w ograniczaniu tego prawa.
243. Art. 64 ust. 3 Konstytucji stanowi, że własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim ograniczenie to nie narusza istoty prawa własności. Mimo że ostatnie z powołanych postanowień nie odsyła wprost do art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego nie ulega wątpliwości, że do oceny legalności ograniczeń prawa własności znajduje zastosowanie ogólny mechanizm wynikający z szeroko rozumianej zasady proporcjonalności.<sup>225</sup>
244. Na podstawie art. 64 ust. 3 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP ingerencja ustawodawcy jest w konstytucyjnie określonych przypadkach dopuszczalna, nie może być

<sup>224</sup> *vide* także orzecznictwo TK z przypisu nr 179-181.

<sup>225</sup> Tak w wyroku TK z 10 marca 2009 r., sygn. P 80/08, opubl. OTK-A 2009/3/26 oraz cytowane tam wyroki TK z: 24 marca 2003 r., sygn. akt P 14/01, OTK ZU nr 3/A/2003, poz. 22 i 6 marca 2007 r., sygn. akt SK 54/06, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 23, a co do relacji wzorców zawartych w art. 64 i 31 ust. 3 Konstytucji zob. zwłaszcza wyrok TK z 23 maja 2006 r., sygn. akt SK 51/05, OTK ZU nr 5/A/2006, poz. 58.

jednak nadmierna, to znaczy sprzeczna z zasadą proporcjonalności. Spośród możliwych środków działania należy wybierać możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu. Rozważanie czy zakaz ten nie został naruszony przez ustawodawcę uwzględniać powinno specyfikę poszczególnych praw jednostki. Z istoty tych praw powinny wynikać granice dopuszczalnych ograniczeń. Istotne w takim stanie rzeczy wydaje się udzielenie odpowiedzi na pytania: 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza służy i jest konieczna dla ukształtowaniu ładu prawnego w sferze stosunków własnościowych?; 2) czy zamierzony przez ustawodawcę cel jest możliwy do osiągnięcia bez naruszenia podstawowych standardów prawnych wyrażających istotę praw których dotyczy?; 3) czy regulacja jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego (powszechnego), z którym jest powiązana?; 4) czy efekt wprowadzonej regulacji pozostaje w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela?<sup>226</sup>

245. Skarżony przepis wprowadza ograniczenia w prawie własności, które nie służą i nie są konieczne dla ukształtowania ładu prawnego w sferze stosunków własnościowych. Odjęcie Skarżącemu możliwości zarobkowania na aktywnościach logistycznych oraz marketingowych w kanale dystrybucji, a jednocześnie zwolnienie mocą tego przepisu producenta/dostawcy od ponoszenia kosztów tych aktywności, zakłóca stosunki własnościowe w obszarze organizacji zintegrowanych kanałów dystrybucji. Usprawiedliwieniem dla takiego stwierdzenia są następujące uwagi.
246. Działania marketingowe pośrednika handlowego podejmowane w zintegrowanym kanale dystrybucji/marketingu, w szczególności projektowanie i kolportaż gazetek reklamowych (np. takich jak ta, w której ukazała się publikacja dot. towarów dostarczanych przez P oraz jej logo handlowe), nie mają charakteru pozornego czy fikcyjnego w znaczeniu ekonomicznym. Przeciwnie, mają istotne znaczenie gospodarcze dla działania zintegrowanego kanału dystrybucyjnego/marketingowego, są bardzo efektywnym instrumentem wspólnej strategii marketingowej jego uczestników (*vide* Część V. uzasadniania skargi). Producent/dostawca, przystępując do takiego kanału (co czyni w polskich warunkach z zasady całkowicie dobrowolnie), podejmuje określoną decyzję marketingową, której celem jest m.in. uzyskanie długoterminowej współpracy/pomocy K w tworzeniu dla towarów (marek) dostarczonych przez niego do zintegrowanego kanału dystrybucji dodatkowej wartości, determinującej w znacznym stopniu decyzję o ich zakupie. W procesie kształtowania wartości dla potencjalnego nabywcy w kanale dystrybucji istotne znaczenie ma komunikacja marketingowa, której jedną z najbardziej efektywnych form jest właśnie gazетка reklamowa, jaką wydaje Skarżący. Celem objęcia taką formą komunikatu marketingowego towaru (marki) – z punktu widzenia producenta/dostawcy – jest w znacznej mierze budowanie u konsumentów świadomości swej obecności w kanale i nakłonienie ich do poszukiwania tam pochodzących od niego dóbr. Pozytywna odpowiedź konsumentów na ten komunikat uwiarygadnia producenta/dostawcę (jego ofertę) w oczach Skarżącego i dają ekonomiczne uzasadnienie do dalszej współpracy tych podmiotów w zintegrowanym kanale.

<sup>226</sup> Tak w wyroku TK z 25 lutego 1999 r., sygn. K 23/98, opubl. OTK 1999/2/25 oraz cytowanym tam orzecznictwie.

Jednocześnie producent/dostawca nie traci zwykle – tak jak nie straciła tego firma P – możliwości udziału w konkurencyjnych kanałach. Jego zaangażowanie w realizację strategii marketingowej w ramach tego pierwszego kanału z zasady nie skutkuje bowiem koniecznością jednoczesnego ograniczenia swej działalności marketingowej na innych polach zbytu. Tak więc w sensie ekonomicznym działania Skarżącego – takie jak projektowanie, drukowanie i rozpowszechnianie gazetek reklamowych zawierających promocję określonych towarów/marek – skutkują ekonomicznym wzmocnieniem w kanale integrowanym przez K pozycji ich producenta/dostawcy (są w sensie ekonomicznym świadczeniem na jego rzecz), a jednocześnie nie ograniczają jego pozycji w innych, konkurencyjnych dla Skarżącego miejscach zbytu (zwykle ich pozycję tam wzmacniają!). Z planowaniem i wykonywaniem strategii marketingowej pozostaje w ścisłym związku optymalizacja zapasów i dostaw.<sup>227</sup> Patrząc zaś od strony Skarżącego, podejmując decyzję o współpracy marketingowej i logistycznej w zintegrowanym kanale z danym producentem/dostawcą, angażuje tam swoje ograniczone moce produkcyjne (środki finansowe, rzeczowe, ludzkie itd.), aby wesprzeć taki a nie inny towar/markę, a może liczyć tylko na korzyść ekonomiczną osiągniętą z tych działań i tylko w ramach tego kanału (przy czym nie jest pewny ich wynik netto – *vide* uwagi z pkt 146-147 uzasadnienia skargi). Efekty aktywności logistycznych lub marketingowych wykonanych przez Skarżącego nie mogą być w żaden sposób spożytkowane we współpracy z kimś innym, dlatego też nie posłużą jako uzasadnienie do uzyskania korzyści poza stosunkiem umownym nawiązanym z tym, z kim te działania (co do treści, formy i czasu) zostały uzgodnione. Jednocześnie możliwość działania przez Skarżącego w ramach zintegrowanego kanału dystrybucji – jeżeli mógłby on z nich czerpać wszystkie przewidziane przez praktykę i teorię marketingu i logistyki dla takiej formy działalności gospodarczej korzyści, stosowne do zaangażowanych środków w tym zakresie – determinuje jego możliwości działania w warunkach silnej konkurencji.

247. Regulacja art. 15 ust. 1 pkt 4 nie jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego (powszechnego), z którym jest powiązana. Podmioty, które mają być chronione treścią normatywną skarżonego przepisu poprzez ograniczenia prawa własności dla takich podmiotów jak Skarżący, to polscy przedsiębiorcy – w założeniu „*drobni i średni*” (*vide* pkt 55 uzasadnienia skargi) – ostatecznie jednak wszyscy bez wyjątku producenci/dostawcy nawiązujący relacje gospodarcze z sieciami handlowymi (o czym szerzej w uwagach z pkt 169 skargi). Chronionym dobrem ma być ich „*konkurencyjność* (w tym jej poprawa)”, poprzez uzyskanie „*dostępu do rynku zbytu*” (*vide* uwagi z pkt 55 uzasadnienia skargi dot. procesu legislacyjnego). W tej sytuacji należy zauważyć, iż z charakteru ustroju gospodarczego RP, zdefiniowanego w art. 20 Konstytucji RP jako społeczna gospodarka rynkowa, wynika, że czynności związane z obrotem towarami i usługami są wykonywane co prawda powszechnie, ale „*prywatnie*”. Wytwórcą i dystrybutorem dóbr i usług są – co do zasady – podmioty prywatne, nie zaś państwo. Stąd też, jak dostrzeżono to w orzecznictwie TK<sup>228</sup>, prywatni „*(...) wytwórcy dóbr i ich dostawcy - we własnym interesie - muszą zapewnić korzystne warunki nabywania ich wytworów, bo oferując warunki niekorzystne, przegrywają. W ich interesie leży również bezsprzecznie stałe poszerzanie oferty i należyte traktowanie konsumentów, w odmiennym razie utracą bowiem klientów*”

<sup>227</sup> *vide* Część V., a w szczególności pkt 115, 124 i 133 uzasadnienia skargi.

<sup>228</sup> Wyrok TK z 08 lipca 2008 r., sygn. K 46/07, opubl. OTK-A 2008/6/104.

(...)”. Nie ma uzasadnienia dla utożsamiania interesu publicznego z interesem przedsiębiorców prywatnych, którzy chcieliby mieć zawsze - i trudno od nich samych oczekiwać żeby było inaczej - możliwie najkorzystniejsze prawne warunki zbywania dostarczanych przez siebie dóbr i jak najłatwiejszy dostęp do kanałów zbytu. W interesie publicznym leży wręcz zobowiązywanie producentów/dostawców do podejmowania przemyślnych decyzji marketingowych. We współczesnych realiach społeczno-gospodarczych, cechowanych przez nadpodaż dóbr konsumpcyjnych i konieczność szczególnej dbałości o tworzenie dodatkowych wartości dla potencjalnego konsumenta, podejmowania prób nawiązania z nim i podtrzymywania kontaktu służącego zaspokajaniu, ale i poznawaniu oraz budzeniu jego potrzeb, ważny interes publiczny na pewno nie wyraża się w możliwości ominięcia tych obiektywnych – a nie stawianych przez „*duże sieci handlowe*” - wyzwań, którym sprostanie determinuje znalezienie kanału zbytu w aktualnych realiach gospodarczych. Dlatego też nie ma interesu publicznego w tym, aby chronić producentów/dostawców przed koniecznością ponoszenia wydatków na wsparcie działań logistycznych lub marketingowych, obiektywnie służących efektywności działania kanału zbytu, do którego świadomie i dobrowolnie przystąpili. Nadto należy wskazać, że jak to wynika z poglądów prawnych TSUE na tle treści normatywnej art. 49 TFUE (którego właściwą wykładnię należy uwzględnić przy odczytaniu również wzorca wynikającego z art. 64 ust. 3 w zw. z art. 31 ust. 3 konstytucji RP) cel gospodarczy skarzonego przepisu (ochrona producentów/dostawców przed pośrednikami handlowymi, zwłaszcza „*dużymi sieciami handlowymi*”) w żadnym wypadku nie może być rozumiany jako ochrona interesu publicznego (w tym zakresie mają odpowiednie zastawanie uwagi poczynione w pkt 174 uzasadnienia skargi nawiązujące do „*interesu publicznego*” w rozumieniu przepisów unijnych oraz orzeczeń TSUE w sprawach C-400/08 (Komisja vs Hiszpania) oraz C-96/08 (CIBA)).

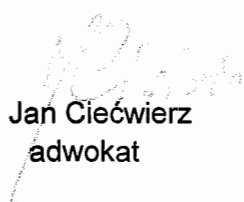
248. Efekt wprowadzonego w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk ograniczenia dla prawa do własności nie pozostaje w proporcji do ciężarów wynikłych stąd dla Skarżącego. Przedmiotowe rozwiązanie prawne, postulatywnie mające chronić najsłabszych uczestników obrotu gospodarczego, ostatecznie objęło wszystkich przedsiębiorców, którzy poszukują kanałów zbytu swych towarów u pośredników handlowych (zwłaszcza będących „*dużymi sieciami handlowymi*”). Wprowadzone do art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk zakazy (opisane w szczególności Części III.A pkt 63 uzasadnienia skargi) odnoszą się do relacji gospodarczych danego pośrednika handlowego (zwłaszcza będącego „*dużą siecią handlową*”) z **każdym** producentem/dostawcą – bez względu na jego wielkość, pozycję rynkową, rzeczywiste jego uzależnienie od tego pośrednika handlowego, posiadane przez producenta/dostawcę (lub obiektywnie możliwe do pozyskania przez niego) alternatywne kanały zbytu. Tak więc w skarżonym przepisie ustawodawca zdecydował się na ingerencję w relacje gospodarcze i własnościowe dwóch grup podmiotów gospodarczych: pośredników handlowych z jednej strony (przede wszystkim „*dużych sieci handlowych*”, do grona których należy też Skarżący), a producentów/dostawców z drugiej, przyjmując potrzebę generalnego wzmocnienia sytuacji prawnej tej drugiej grupy, wobec założonej przez ustawodawcę „*pozycji dominującej*” tej pierwszej. Skutkiem tego każdy podmiot zaliczający się do grupy producencko/dostawczej może się powołać, w relacjach gospodarczych oraz w ewentualnym sporze cywilnym, na adresowane wobec danego pośrednika handlowego ograniczenia z art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, niezależnie od tego w

jakim stopniu jest to obiektywnie niezbędne (ze względu na sytuację majątkową oraz pozycję rynkową) do ochrony przed zachwianiem kondycji ekonomicznej przedsiębiorstwa producenta/dostawcy. Jednocześnie skarżony przepis w żadnym przypadku nie pozwala danemu pośrednikowi handlowemu (zwłaszcza „dużej sieci handlowej”) na zastosowanie określonych rozwiązań kontraktowych i gospodarczych, charakterystycznych dla formuły zintegrowanego kanału dystrybucji/marketingu (opisanego w Części V. uzasadnienia skargi), z powołaniem się na ograniczone możliwości indywidualnej realizacji celów takiego kanału i potrzebę uzyskania dodatkowego wsparcia ekonomicznego od danego producenta/dostawcy, stosowanie do deklarowanego przezeń zaangażowania w ten kanał marketingowy i posiadanych możliwości. Skarżący, jako sieć handlowa, nie może też na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk skutecznie powołać się na okoliczność, iż siła ekonomiczna przedsiębiorstwa konkretnego producenta/dostawcy (jego pozycja rynkowa; ilość konkurencyjnych kanałów zbytu, z których faktycznie korzysta) nie dawała K możliwości narzucenia warunków współpracy w zakresie wspólnej strategii marketingowej w ramach zintegrowanego kanału dystrybucji. Skarżący, ze względu na treść skarżonego przepisu, nie może się również powołać na okoliczność, iż wykonał faktycznie wszystkie umówione aktywności logistyczne lub marketingowe, dzięki którym producent/dostawca uzyskał pożądaný wcześniej przez niego efekt „wypchnięcia” towaru z kanału dystrybucyjnego do ostatecznego nabywcy. Skarżony przepis nie przewiduje też żadnego rozróżnienia (odmiennej oceny prawnej) dla sytuacji, w której pośrednik handlowy pomimo uzyskania refinansowania/pokrycia kosztów aktywności marketingowych, nie uzyskuje żadnego dochodu kosztem producenta/dostawcy w związku z konkretną transakcją towarową (por. uwagi z Części VI., pkt 146-147 uzasadnienia skargi)

249. Powyższe uprawnia konstatację, że nie można uznać za proporcjonalną ingerencję ustawodawczą w sferę relacji gospodarczych dwóch grup przedsiębiorców, którą oparto na z góry przyjętym założeniu dominacji jednej z nich nad drugą, skoro nie stworzono instrumentów ustalenia tej dominacji (obiektywnej możliwości narzucenia warunków współpracy) w konkretnym przypadku relacji gospodarczej pomiędzy konkretnymi członkami tych grup. Nie jest rolą państwa, by wzmacniać pozycję rynkową (również w zakresie własności potrzebnej do jej prowadzenia) z danej branży wobec podmiotu z innej branży (nawet jeżeli są to branże silnie konkurencyjne), jeżeli *in concreto* nie zostanie stwierdzona uprzednio tak daleko posunięta nierówność pozycji gospodarczej (w tym własnościowej) pomiędzy tymi podmiotami, uzasadniająca negatywną weryfikację umownych stosunków przez nich nawiązanych - jako przymusowych i nie gwarantujących świadczeń wzajemnych. Z tych też powodów nie jest rolą ustawodawcy w demokratycznym państwie prawnym, chcącym realizować zasadę proporcjonalności, aby ingerować w każdy stosunek gospodarczy, bez stworzenia normatywnych instrumentów indywidualnej (*ad causa*) oceny stopnia ich uzasadnionego zaangażowania w zapewnienie efektywności kanału dystrybucji, który współtworzyli. Innymi słowy, nie można nakładać na Skarżącego tak daleko idących restrykcji (ciężarów) w zakresie prawa własności jak konieczność zwrotu całego wynagrodzenia za działania logistyczne lub marketingowe w kanale dystrybucji, skoro rozmiar tego ograniczenia nie pozostaje w żadnym związku z obiektywnym (w sensie ekonomicznym) ograniczeniem danemu producentowi/dostawcy dostępu do rynku oraz stopniem zaangażowania się przez K (w tym wielkością poniesionych przezeń kosztów) w osiągnięciu celów

gospodarczych, które wspólnie przyświecały stronom relacji gospodarczej. Nie mieści się też w standardzie demokratycznego państwa prawnego, ze względu na treść art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, nakładanie na pośrednika handlowego działającego wedle modelu nowoczesnego handlu (tak jak to czynił Skarżący w sprawie cywilnej rozstrzygniętej ostatecznie wyrokiem Sadu Apelacyjnego w W z listopada 2013 r., sygn. akt ) tak istotnych obciążeń jak zwrot całości wynagrodzenia (refinansowania/pokrycia kosztów aktywności logistycznych lub promocyjnych niezbędnych dla „wypchnięcia” towaru z kanału dystrybucyjnego) bez uwzględnienia wyniku (zysku lub straty) osiągniętego przez pośrednika z konkretnej transakcji handlowej.

Mając na uwadze powyższe wnosimy jak w *petitum* skargi.

  
Jan Ciećwierz  
adwokat

  
Adam Studziński  
adwokat

**załączniki:**

1. pełnomocnictwo do wniesienia skargi konstytucyjnej wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej od jego udzielenia,
2. odpis z KRS dotyczący K sp.k,
3. pozew z dnia stycznia 2012 r. wraz z załącznikami,
4. nakaz zapłaty wydany przez Sąd Okręgowy w W Wydział Gospodarczy z dnia stycznia 2012, sygn. akt
5. sprzeciw od nakazu zapłaty z dnia lutego 2012 r. wraz z załącznikami,
6. wyrok Sądu Okręgowego w W Wydział Gospodarczy z dnia czerwca
7. apelacja pozwanego z dnia lipca 2013 r. wraz z załącznikami,
8. wyrok Sądu Apelacyjnego w W Wydział cywilny z dnia listopada 2013, sygn. akt
9. 4 odpisy skargi.