

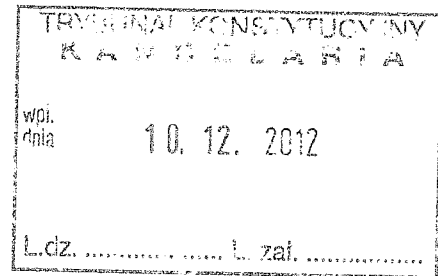


SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Warszawa, dnia 10 grudnia 2012 r.

Sygn. akt SK 20/12

BAS-WPTK-869/12



Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 27 pkt 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie skargi konstytucyjnej spółki S spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z 25 maja 2009 r. (sygn. akt SK 20/12), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) **jest zgodny** z art. 20 i art. 22 Konstytucji.

Ponadto, wnoszę o **umorzenie postępowania** w pozostałym zakresie na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym.

Uzasadnienie

I. Stan faktyczny i przedmiot kontroli

1. Skarga konstytucyjna spółki S spółka z ograniczoną odpowiedzialnością" (dalej: spółka albo skarżąca) została wniesiona na tle następującego stanu faktycznego. Skarżąca prowadzi przedsiębiorstwo, w ramach którego funkcjonuje centrala zakupów na potrzeby zaopatrzenia sieci samodzielnych jurydycznie punktów sprzedaży (sklepów) działających pod marką I Na podstawie umów zawieranych z dostawcami (producentami, importerami *etc.*) skarżąca nabywa produkty zbywane następnie we wskazanej sieci sprzedaży detalicznej. Wśród warunków handlowych ww. umów (sprzedaży lub odrębnie zawieranych umów o współpracy lub promocyjnych) zastrzegane są, różnie nazywane (z reguły jako „opłaty marketingowe” albo „promocyjne”) i kształtujące się na różnym poziomie (z reguły między 3% a 6% wartości zamówienia), świadczenia pieniężne sprzedawcy (dostawcy) na rzecz kupującego (odbiorcy) z tytułu usług dodatkowych, związanych z zasadniczym przedmiotem kontraktu, tj. sprzedażą towaru.

Wyrokiem z października 2008 r. Sąd Rejonowy w P Wydział IX Gospodarczy (sygn. akt) oddalił powództwo wniesione przeciwko skarżącej przez jednego z dostawców (spółkę H z ograniczoną odpowiedzialnością”) o zwrot dodatkowych opłat za marketing i promocję nabytych towarów, pobranych z naruszeniem art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.; dalej: u.z.n.k.). W wyniku wniesionej przez powoda apelacji, wyrokiem z lutego 2009 r. (sygn. akt) Sąd Okręgowy w P Wydział X Gospodarczy Odwoławczy zmienił zaskarżone rozstrzygnięcie i uznał powództwo, zasądzając od skarżącej dochodzone kwoty. W opinii Sądu Okręgowego, opłaty promocyjne ustalane w relacjach między powodem a pozwaną (skarżąca) miały w istocie charakter „innych niż marża opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży” w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego stwierdził on, że ww. opłaty nie były *de facto* negocjowane, deklarowane wzajemne świadczenia pozwanej nie miały charakteru ekwiwalentnego

i nie przedstawiały dla powoda żadnej wymiernej wartości (w wydawanych materiałach promocyjnych brak było jakiegokolwiek wskazania na powoda lub prowadzone przez niego przedsiębiorstwo), pozwana miała w zasadzie nieograniczone możliwości jednostronnego decydowania o rodzaju i treści świadczenia, a wysokość opłat była uzależniona wyłącznie od wartości zamówienia i oderwana od kosztów prowadzenia akcji promocyjnej.

2. Jako przedmiot kontroli w niniejszej sprawie skarżąca wskazuje wzmiankowany już art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., który stanowi: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: [...] pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży”. Zakwestionowany przepis został dodany na podstawie art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 126, poz. 1071; dalej: ustawa zmieniająca z 2002 r. albo u.zm. u.z.n.k.) i obowiązuje od 10 listopada 2002 r. do chwili obecnej w niezmienionym brzmieniu. Wprowadził on do polskiego ustawodawstwa nowy typ (podtyp) czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu dostępu do rynku przez pobieranie dodatkowych opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, określanych niekiedy potocznie jako „opłaty półkowe” *sensu largo* (opłaty półkowe w znaczeniu ścisłym – ang. *slotting allowances* albo *slotting fees* – to świadczenia pieniężne pobierane w zamian za odpowiednią ekspozycję towaru w sklepie).

3. Dla określenia przedmiotu kontroli w niniejszej sprawie podstawowe znaczenie ma odpowiedź na pytanie, czy ocenie zgodności z przywołanymi wzorcami powinien podlegać art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. w całości, czy też w pewnym (a jeżeli tak, to w jakim) zakresie. Za tym drugim rozwiązaniem optuje Prokurator Generalny, przedstawiając w piśmie z 11 lipca 2012 r. (znak PG VIII TK 51/12) stanowisko co do konstytucyjności art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. „w zakresie, w jakim wprowadzony tym przepisem zakaz pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży obejmuje opłaty marketingowe”. Według Prokuratora Generalnego, optyka taka jest uzasadniona treścią zarzutów skarżącej i aktualnym stanem orzecznictwa (m.in. przywoływanym przez niego wyroku SN z 12 czerwca 2008 r., sygn. akt III CSK 23/08).

4. W opinii Sejmu, proponowane przez Prokuratora Generalnego zawężenie zakresu kontroli konstytucyjności art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. nie znajduje przekonującego uzasadnienia – i to z kilku powodów.

Po pierwsze – niezależnie od sporów dotyczących wykładni zakwestionowanego przepisu, nie powinno ulegać wątpliwości, że sankcjonuje on, jako czyny nieuczciwej konkurencji, określone zachowania uczestników rynku (głównie sieci sprzedaży detalicznej) polegające na narzucaniu sprzedającym (dostawcom) niekorzystnych postanowień umownych, które skutkują obciążeniem ich dodatkowymi opłatami, związanymi pośrednio z dokonywaną sprzedażą, a bezpośrednio (co najmniej nominalnie) z różnego typu usługami dodatkowymi świadczonymi w związku z tym przez kupującego (odbiorcę). Ani treść przepisu, ani też przyjęty w orzecznictwie sposób jego interpretacji nie nawiązują do stosowanej w tej mierze nomenklatury – która *notabene* jest niezwykle zróżnicowana (zob. D. du Cane, *Obecny stan prawa w kwestii tzw. opłat półkowych*, „Glosa” 2012, nr 3, s. 112-113 oraz niżej, pkt III.2 stanowiska). Ocena legalności konkretnej praktyki kontraktowej jest dokonywana zazwyczaj na podstawie całokształtu okoliczności konkretnego przypadku, m.in. zachowania stron w procesie negocjowania umowy, bilansu korzyści i kosztów związanych z zastrzeżeniem tego typu dodatkowych postanowień umownych, sposoby określania wysokości naliczanych z tego tytułu opłat czy też innych elementów decydujących o istnieniu lub braku – różnie zresztą rozumianej – „ekwiwalentności” usług świadczonych przez kupującego (odbiorcę) *etc.*

Akademickim tego przykładem jest sprawa skarżącej. Jakkolwiek w skardze konstytucyjnej sporne świadczenie określa ona jako „opłatę marketingową”, analiza materiału dowodowego przedstawiona w wyroku Sądu Okręgowego w P z lutego 2009 r. (sygn. akt ; zob. s. 12 uzasadnienia) ujawnia brak jednolitości w tej – wydawałoby się podstawowej – kwestii (określenia stosowane przez świadków w sprawie to m.in. „opłata marketingowa”, „opłata za logistykę”, „koszt magazynu centralnego”, „opłata magazynowa” *etc.*). W rozstrzygnięciu tym przyjęto natomiast wskazaną wyżej „typologiczną” metodykę oceny (zob. motywy Sądu Okręgowego w P przywołane wyżej, w pkt I.1 stanowiska).

Po drugie – trudno zgodzić się bez zastrzeżeń z tezą, iż: „Skarżąca nie kwestionuje konstytucyjności istoty zakazu pobierania innych niż marża opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży, zawartego w [art. – uwaga własna] 15 ust. 1 pkt 4

u.z.n.k. oraz konstytucyjności ogólnych zasad kwalifikowania tego rodzaju zachowań jako czyny nieuczciwej konkurencji, wynikające z klauzuli generalnej, zawartej w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Zarzuca natomiast, że działanie ustawodawcy, polegające na objęciu pojęciem «innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru» również «opłat marketingowych» narusza zasadę wolności gospodarczej, w szczególności poprzez naruszenie zasady swobody umów” (stanowisko Prokuratora Generalnego z 11 lipca 2012 r., s. 12).

Do przeciwnych wniosków skłania nie tylko brzmienie *petitum* skargi konstytucyjnej, gdzie jako przedmiot kontroli wskazano cały art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., ale także (a może nawet przed wszystkim) rozważania zawarte w jej uzasadnieniu. Uprzedzając nieco dalsze rozważania, jedynie tytułem przykładu można powołać w tym miejscu wywody skarżącego wskazujące m.in. na to, że: „Kwestionowany przepis stanowi z pewnością ingerencję w swobodę kontraktowania – wyłącza on bowiem możliwość konstruowania umów, na podstawie których pobierane będą «opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży»” (skarga, s. 4), „zastosowana [...] technika legislacyjna powoduje konieczność kwalifikacji [...] wszelkich opłat poza marżą handlową, w tym opłat marketingowych jako działań utrudniających innym przedsiębiorcom dostęp do rynku” (skarga, s. 9), „Ustawodawca nie zdecydował się na dookreślenie podmiotowego zakresu stosowania normy” (skarga, s. 10), w związku z czym nie jest istotne, kto i komu utrudnia dostęp do rynku, a „za wprowadzeniem kontrowersyjnej regulacji ustawowej nie przemawia żaden, nawet szeroko ujmowany interes publiczny” (skarga, s. 10). Istotnie, w ramach przedstawionej w skardze argumentacji kilkakrotnie (m.in. na s. 3 i 9) pojawia się odwołanie „w szczególności” do opłat marketingowych, ma ono jednak charakter egzemplifikacji i nie powinno wpływać na generalną ocenę zarzutów, które – zdaniem Sejmu – są kierowane przeciwko samemu mechanizmowi sankcjonowania innych niż marża opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży (bez dodatkowych, wyraźnie wskazanych czynników), jako czyny nieuczciwej konkurencji.

Po trzecie – zawężenie spektrum kontroli konstytucyjności przez dookreślenie jej zakresu (węższego niż całościowo ujęty zakres stosowania lub normowania wysłowionej w kontrolowanym przepisie normy) wydaje się zasadne w dwóch sytuacjach: jeżeli z uwagi na złożoną (wieloaspektową) konstrukcję lub treść kontrolowanego przepisu przemawiają za tym restryktywnie interpretowane przesłanki dopuszczalności wniesienia skargi konstytucyjnej, bądź jeżeli ma to służyć

ograniczeniu negatywnych dla systemu prawnego skutków kasatoryjnego (negatywnego) orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego. W opinii Sejmu, w rozpatrywanej sprawie żaden z ww. wypadków jednak nie występuje.

5. Reasumując, zasadna wydaje się ocena konstytucyjności art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. „jako takiego” (tj. w całości). Jeżeli natomiast Trybunał Konstytucyjny zdecydowałby się, z pewnych względów, na dookreślenie zakresu kontroli – czyli na wskazanie pewnego fragmentu zakresu stosowania normy dekodowanej z zakwestionowanego przepisu, który miałby stanowić przedmiot oceny – należałoby optować za dokonaniem takiego wyodrębnienia nie według kryteriów formalnych (np. z uwagi na stosowaną terminologię), ale materialnych (np. z uwagi na istnienie lub brak elementu ekwiwalentności, nadużycia przewagi kontraktowej *etc.*). Oczywiście, przy aktualnej konstrukcji przepisu i przyjmowanej w orzecznictwie jego wykładni dobór tego typu relewantnych kryteriów może się okazać kłopotliwy. Zasadność poszukiwania takiego doprecyzowującego kryterium można byłoby rozważać jedynie celem ograniczenia negatywnych skutków kasatoryjnego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego.

II. Analiza formalnoprawna

1. Zgodnie z art. 79 ust. 1 Konstytucji, skargę konstytucyjną może wnieść każdy, czyje prawo lub wolność konstytucyjna zostały naruszone ostatecznym rozstrzygnięciem sądu lub organu administracji publicznej. Z kolei w myśl art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102 poz. 643 ze zm.; dalej: u. TK), skarga może być wniesiona po wyczerpaniu drogi prawnej, o ile jest ona przewidziana, w ciągu 3 miesięcy od doręczenia skarżącemu prawomocnego wyroku, ostatecznej decyzji lub innego ostatecznego rozstrzygnięcia. Złożenie skargi jest więc dopuszczalne tylko w sytuacji, w której do naruszenia konstytucyjnych praw lub wolności doszło na skutek wydania rozstrzygnięcia w sprawie skarżącego, przy czym naruszenie to wynika z zastosowania przez orzekające organy przepisu ustawy lub innego aktu normatywnego, który jest sprzeczny z Konstytucją (postanowienia TK z: 4 stycznia 2007 r., sygn. akt Ts 101/06; 5 września 2006 r., sygn. akt Ts 130/06; 19 grudnia 2001 r., sygn. akt SK 8/01).

Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że do zasadniczych przesłanek dopuszczalności skargi należy uczynienie jej przedmiotem przepisów (ustawy lub innego aktu normatywnego) wykazujących podwójną kwalifikację. Będąc podstawą prawną ostatecznego orzeczenia wydanego w sprawie skarżącego przez sąd, muszą one prowadzić jednocześnie do naruszenia konstytucyjnych wolności lub praw. Skarżący jest przy tym zobligowany nie tylko do wskazania, które przepisy kwestionowanego aktu normatywnego wykazują taką kwalifikację, ale również do sprecyzowania konstytucyjnego wzorca ich kontroli, a więc wskazania, jakie konkretnie konstytucyjne wolności i w jaki sposób – jego zdaniem – zostały naruszone przez zaskarżone unormowanie (art. 47 ust. 1 pkt 1 i 2 u. TK). Analizując problem podstawy prawnej ostatecznego orzeczenia wydanego wobec skarżącego, należy zwrócić uwagę, że za taką podstawę mogą być uznane tylko te przepisy, które wyrażają normy prawne bezpośrednio określające sytuację prawną skarżącego w chwili wydania ostatecznego orzeczenia. Konieczną przesłanką skargi jest więc wykazanie związku między kwestionowanym unormowaniem a ostatecznym orzeczeniem, z którego wydaniem skarżący wiąże zarzut naruszenia jego praw (zob. przykładowo postanowienia TK z: 19 października 2004 r., sygn. akt SK 13/03; 15 lipca 2002 r., sygn. akt Ts 5/02). Ponadto, wskazane przez skarżącego przepisy, będąc podstawą ostatecznego orzeczenia sądu, powinny stanowić jednocześnie bezpośrednie źródło naruszenia jego konstytucyjnych wolności lub praw (dotyczyć go osobiście). Naruszenie musi mieć przy tym charakter osobisty i aktualny (rzeczywisty) a nie potencjalny, czyli możliwy do wyobrażenia w realiach innych niż sytuacja faktyczna i prawna skarżącego (zob. przykładowo postanowienia TK z: 17 marca 1998 r., sygn. Ts 11/97; 19 października 2004 r., sygn. akt SK 13/03; 9 lipca 2012 r., sygn. akt SK 19/10). Innymi słowy, dopuszczalność skargi konstytucyjnej zależy – co do zasady – także od tego, czy w wyniku zastosowania aktu normatywnego pogorszyła się sytuacja prawna skarżącego w kontekście jego konstytucyjnych praw i wolności (zob. Z. Czeszejko-Sochacki, *Formy naruszenia konstytucyjnych wolności lub praw* [w:] *Skarga konstytucyjna*, red. J. Trzeciński, Warszawa 2000, s. 75; L. Jamróz, *Skarga konstytucyjna. Wstępne rozpoznanie*, Białystok 2011, s. 192). Powinien on to wykazać w ramach spełnienia wymogu „uprawdopodobnienia naruszenia”, które uzasadnia udzielenie ochrony w trybie skargi konstytucyjnej.

2. Także przepisy u. TK nakładają na podmioty uprawnione do złożenia wniosku (pytania, skargi) do sądu konstytucyjnego szereg obowiązków, w tym także uzasadnienia postawionego zarzutu, z powołaniem dowodów na jego poparcie (art. 32 ust. 1 pkt 4 u. TK). W swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że: „[...] uzasadnienie zarzutów powinno opierać się na przedstawieniu we wniosku takiej argumentacji, która uprawdopodobni ewentualną niekonstytucyjność kwestionowanych przepisów. W szczególności argumentacja taka nie może opierać się jedynie na odczuciach czy wyobrażeniach wnioskodawcy, ale powinna być poparta merytorycznym uzasadnieniem, mogącą uwzględniać m.in. wcześniejsze orzecznictwo TK, praktykę stosowania prawa czy dorobek doktryny” (postanowienie TK z 6 listopada 2007 r., sygn. akt Tw 41/05; por. także postanowienia TK z: 12 sierpnia 2005 r., sygn. akt Tw 23/05 i 29 sierpnia 2006 r., sygn. akt Tw 14/06). Samo werbalne sformułowanie zarzutu czy też wskazanie, że kwestionowany przepis jest sprzeczny z innym przepisem aktu hierarchicznie wyższego nie może więc zostać uznane za uzasadnienie zarzutu w sensie procesowym. Zgodnie z art. 66 u. TK, Trybunał Konstytucyjny jest bowiem związany treścią oraz granicami rozpatrywanego wniosku lub pytania prawnego. Tym samym, nie może – wychodząc poza granice określone we wniosku czy pytaniu prawnym – wyręczać podmiotu inicjującego postępowanie w doborze argumentacji adekwatnej do podnoszonych wątpliwości. Brak odpowiedniego uzasadnienia zarzutu niezgodności danego przepisu z przywołanymi wzorcami kontroli stanowi o uchybieniu przez wnioskodawcę ustawowej powinności określonej w art. 32 ust. 1 pkt 4 u. TK (por. postanowienie TK z 15 października 2009 r., sygn. akt P 120/08), powoduje brak możliwości jego rozpatrzenia przez sąd konstytucyjny i konieczność umorzenia postępowania ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku (art. 39 ust. 1 pkt 1 u. TK).

3. Ocena dopuszczalności merytorycznego rozpoznania skargi konstytucyjnej nie kończy się na jej rozpoznaniu wstępnym i rozciąga się na całe postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym. Na każdym etapie postępowania niezbędna jest zatem kontrola, czy w danej sprawie nie zachodzi konieczność umorzenia postępowania ze względu na jego zbędność albo niedopuszczalność (zob. postanowienia TK z: 10 stycznia 2005 r., sygn. akt SK 14/02; 6 lipca 2004 r., sygn. akt SK 47/03; 28 maja 2003 r., sygn. akt SK 33/02; 9 lipca 2012 r., sygn. akt

SK 19/10). Na przeszkodzie badaniu dopuszczalności kontroli merytorycznej nie stoi w szczególności to, że skardze konstytucyjnej nadano bieg w trybie art. 49 w związku z art. 36 u. TK. Skład rozpoznający sprawę co do *meritum* nie jest związany stanowiskiem zajęтым w zarządzeniu lub postanowieniu zamykającym rozpoznanie wstępne, gdyż zarządzenie wydane przez sędziego Trybunału w tej fazie nie jest „orzeczeniem Trybunału” w rozumieniu art. 190 Konstytucji (zob. postanowienia TK z: 21 marca 2007 r., sygn. SK 40/05; 23 stycznia 2008 r., sygn. SK 65/06; 30 czerwca 2008 r., sygn. SK 15/07).

4. W kontekście przywołanych regulacji konstytucyjnych i ustawowych nie budzi zastrzeżeń sama dopuszczalność kontroli konstytucyjności art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. (o jej zakresie była już mowa wyżej, w pkt I.3-5 stanowiska). Bliższej uwagi wymaga natomiast określenie właściwego wzorca (wzorców) takiej kontroli – ujęta zarówno w kontekście treści zarzutów sformułowanych przez skarżącą, jak również jej statusu podmiotowego.

Skarżąca zarzuca art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. nadmierne i nieuzasadnione naruszenie zasady swobody umów, wywodzonej zarówno z art. 20 i art. 22 Konstytucji, jak również z art. 31 ust. 1 i 2 w zw. z ust. 3 Konstytucji (szerzej zob. niżej, pkt III.1 stanowiska). Wskazane grupy wzorców kontroli traktuje ona jako alternatywne, wyraźnie optując – m.in. ze względu na zakres podmiotowy zakwestionowanej regulacji – za dokonaniem jej oceny w świetle art. 20 i art. 22 Konstytucji. Skarżąca podnosi bowiem, że: „niniejsza sprawa dotyczy pewnej ściśle określonej kategorii umów, które są bezspornie, bezpośrednio i na zasadzie wyłączności prawnej oraz faktycznej związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, co uzasadnia [...] traktowanie mimo wszystko art. 22 Konstytucji jako miarodajnego wzorca kontroli. Jak wynika z treści przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., dotyczy on bowiem umów, które mogą być zawierane tylko między przedsiębiorcami w ramach ich działalności [...]” (skarga, s. 8). Jej zdaniem „wprowadzone przez art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. ograniczenia wolności umów stanowią niedopuszczalną ingerencję właśnie w prowadzenie działalności gospodarczej. Ograniczenie to zostało bowiem przez ustawodawcę pomyślane nie jako ingerencja w ogólnie pojętą zasadę swobody umów, a raczej jako instrument stosowany wyłącznie co do podmiotów, które prowadzą działalność gospodarczą” (skarga, s. 9). W dalszym ciągu skarżąca wskazuje, że: „Jedynie w sytuacji, w której

Trybunał konstytucyjny odstąpiłby od dotychczasowego, utrwalonego [...] stanowiska, przyjąć należałoby, że iż ustawowa ingerencja w swobodę umów, której konstytucyjność poddana jest w niniejszym w wątpliwość, powinna być oceniona również z perspektywy wzorca ogólnego w postaci art. 31 ust. 3 Konstytucji. W takim właśnie ujęciu, skarżący w podstawie wywiezionej przez niego skargi kasacyjnej [powinno być: konstytucyjnej – uwaga własna] ujmuje również przepisy art. 31 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 Ustawy Zasadniczej” (skarga, s. 9).

5. W piśmiennictwie i orzecznictwie jest bezsporne, że zasada swobody umów nie ma rangi zasady konstytucyjnej, ale stanowi zasadę określonej gałęzi prawa, tj. prawa cywilnego, a w szczególności prawa zobowiązań. Nie oznacza to jednak, że nie ma ona swojego wymiaru i znaczenia konstytucyjnego; innymi słowy – że jest konstytucyjnie irrelevantna. Podstawą jej obowiązywania – na co wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 29 kwietnia 2003 r. (sygn. akt SK 24/02) – są przepisy art. 31 ust. 1 i ust. 2, a w pewnym zakresie także art. 20 i art. 22 Konstytucji. Tym niemniej, zaproponowany przez skarżącą i poparty przez Prokuratora Generalnego wybór tych ostatnich przepisów jako punktu odniesienia dla zasady swobody umów w stosunkach gospodarczych i, równocześnie, jako wzorców kontroli art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. wydaje się przekonujący. Nie stoją z nim w sprzeczności, a wręcz wspierają go ustalenia Trybunału zawarte w przywołanym wyżej wyroku. Tytułem przykładu można przywołać pogląd, według którego wprowadzić: „Postanowienia te [art. 31 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji – uwaga własna] najbardziej odpowiadają cywilistycznej koncepcji autonomii woli”, ale równocześnie: „Zasadę swobody umów można rozpatrywać także w kontekście innych norm rangi konstytucyjnej. W pewnym zakresie jest ona związana z zasadą społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji). Oczywiście jest bowiem, że rynkowy charakter gospodarki może być urzeczywistniony tylko przez zapewnienie swobody kształtowania się stosunków ekonomicznych przez zawieranie umów, przy istnieniu mechanizmu popytu i podaży. Zasada ta akcentuje jednak w sposób szczególny pewien aspekt swobody umów, a mianowicie możliwość «rynkowego» (bez ingerencji państwa) ustalania cen towarów i usług w drodze umownej. Bez swobody umów w tym zakresie nie można zatem wyobrazić sobie funkcjonowania prawa popytu i podaży, a zatem i gospodarki rynkowej. Można więc stwierdzić, że w tym szczególnym zakresie (ustalenie ceny)

obowiązywanie zasady swobody umów «wzmocnione» jest przez wskazaną wyżej zasadę konstytucyjną”.

6. Niezależnie od powyższych wypowiedzi, wskazujących na związek zasady swobody umów z zasadą wolności gospodarczej, należy zauważyć, że w sprawie o sygn. akt SK 24/02 Trybunał Konstytucyjny uznał art. 22 Konstytucji za wzorzec nieadekwatny, z uzasadnieniem, iż: „[...] niniejsza sprawa nie dotyczy pewnej kategorii umów, które byłyby ściśle i na zasadzie wyłączności prawnej lub faktycznej związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, co mogłoby ewentualnie uzasadniać traktowanie art. 22 Konstytucji jako miarodajnego wzorca kontroli. [...] Najem i dzierżawa są to umowy «obrotu powszechnego». Ograniczenia wprowadzone przez zakwestionowany przepis nie dotyczą tylko przedsiębiorców, ale wszystkich podmiotów stosunków prawnych, nie mają żadnego formalnego odniesienia do działalności gospodarczej”.

Analogiczne stanowisko zajął Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 27 listopada 2006 r. (sygn. akt K 47/04), dotyczącym – co istotne z punktu widzenia niniejszego postępowania – szczególnej regulacji prawnej, odnoszącej się do stosunków obrotu co najmniej jednostronnie profesjonalnego, zawartej w ustawie z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz. U. Nr 180, poz. 1758; dalej: u.g.z.r.b.). Trybunał, przyjmując za własne ustalenia dokonane w sprawie o sygn. akt SK 24/02 oraz wskazując na różnice zakresu przedmiotowego i podmiotowego obydwu analizowanych zasad stwierdził wówczas ponownie, że: „Pojmowana ogólnie swoboda umów jest [...] przede wszystkim konsekwencją proklamacji ochrony wolności człowieka. Tak więc na płaszczyźnie konstytucyjnej to przede wszystkim art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji reguluje problematykę, która w sferze prawa cywilnego jest objęta zakresem swobody umów. Powyższe prowadzi do wniosku, że żaden z przepisów ustawy gwarancyjnej nie jest niezgodny z art. 22 Konstytucji”. W rezultacie, Trybunał stwierdził, że art. 1-3, art. 4 ust. 1-3, art. 5 ust. 3 oraz art. 6-8 u.g.z.r.b. nie są niezgodne z art. 22 Konstytucji.

W nieco odmiennym tonie Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się w wyroku z 21 listopada 2005 r. (sygn. akt P 10/03), w którym stwierdził m.in.: „Trybunał Konstytucyjny, respektując swą dotychczasową linię orzeczniczą, podkreśla, że analiza treści normatywnych art. 22 Konstytucji ujawnia, iż zamieszczone w tym przepisie wyrażenie «wolność działalności gospodarczej» oznacza nie tylko zasadę

ustrojową, lecz także zasadę wolności podmiotów w sferze działalności gospodarczej, której istotnym elementem jest zasada swobody (wolności) podmiotów w zakresie stosunków umownych. Z umieszczenia „wolności działalności gospodarczej” w rozdziale I Konstytucji dotyczącym zasad ustrojowych wynika natomiast dyrektywa, że nie należy wolności podmiotów w sferze działalności gospodarczej odrywać od mechanizmów społecznej gospodarki rynkowej. W rezultacie nie należy odrywać zagadnienia swobody umów (i ich ograniczeń) podmiotów działalności gospodarczej, jako elementu wolności działalności gospodarczej, od mechanizmów społecznej gospodarki rynkowej, jeżeli rozpatruje się to zagadnienie w ogólnospołecznym wymiarze. Tak jest w przypadku zagadnienia będącego przedmiotem pytania prawnego Sądu Ochrony Konkurencji. W pytaniu prawnym przedstawionym przez Sąd chodzi bowiem o ograniczenie swobody umów jako elementu wolności działalności gospodarczej w kontekście mechanizmu konkurencyjnej gospodarki rynkowej”. W uzasadnieniu tego wyroku Trybunał wyraził – wprawdzie jedynie *obiter dicta* – akceptację dla dopuszczalności kontroli przepisów wprowadzających ograniczenia swobody umów w obrocie profesjonalnym z punktu widzenia art. 20 i art. 22 Konstytucji. Ze względu jednak na to, że ograniczenie swobody umów w rozpatrywanej sprawie, a tym samym ograniczenie wolności działalności gospodarczej, nie wynikało z samego mechanizmu zatwierdzania tabel wynagrodzeń za korzystanie z utworów lub artystycznych wykonań objętych zbiorowym zarządzaniem przez Komisję Prawa Autorskiego, unormowanego przez zaskarżony art. 108 ust. 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2000 r. Nr 80, poz. 904 ze zm.), ale z art. 109 tej ustawy, Trybunał ponownie posłużył się formułą wskazującą na nieadekwatność wzorca kontroli z art. 22 Konstytucji.

7. Tenor przywołanych wypowiedzi sądu konstytucyjnego, w powiązaniu z całkowitym brakiem orzeczeń, w których stwierdziłby on zgodność lub niezgodność określonej regulacji ustawowej z art. 31 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji z uwagi na zbyt daleko idące ograniczenie zasady wolności umów, utrudniają jednoznaczną odpowiedź na pytanie o właściwy wzorzec kontroli w niniejszej sprawie. Tym niemniej, Sejm opowiada się za przyjęciem optyki zaproponowanej przez innych uczestników postępowania, tj. skarżącą i Prokuratora Generalnego. Zbliżoną ocenę

zastosował sam Trybunał Konstytucyjny m.in. w wyroku z 17 lipca 2007 r. (sygn. akt P 16/06).

Podsumowując, wzorcem kontroli konstytucyjności art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. należy uczynić art. 20 i art. 22 Konstytucji, natomiast postępowanie w zakresie obejmującym badanie zgodności zakwestionowanego przepisu z art. 31 ust. 1-3 Konstytucji powinno zostać **umorzone** na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 u. TK. Podstawowym argumentem przemawiającym za takim wnioskiem jest zbędność wydania wyroku. Rozważać można również dalej idącą tezę o niedopuszczalności wydania wyroku, w związku z niespełnieniem przesłanki naruszenia konkretnych wolności lub praw konstytucyjnych przysługujących skarżącej, która jest wszak spółką z ograniczoną odpowiedzialnością. Równocześnie trzeba jednak podkreślić, że nawet przyjęcie rozwiązania odmiennego i dokonanie oceny zgodności art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. z art. 31 ust. 1 i 2 w zw. z ust. 3 Konstytucji (zamiast art. 20 i art. 22) nie oznacza całkowitej dezaktualizacji przedstawionej poniżej argumentacji. Zarówno przesłanki formalne, jak i merytoryczne ograniczenia tego typu praw i wolności, łącznie z uniwersalnym w tym zakresie mechanizmem proporcjonalności ograniczenia, kształtują się bowiem podobnie (co do różnic zob. niżej, pkt III.2 stanowiska).

III. Analiza merytoryczna

1. Zarzuty skarżącej

1. Jak już sygnalizowano, skarżąca uważa art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. za przykład ingerencji – w obszarze obrotu gospodarczego – w fundamentalną dla stosunków prywatnoprawnych zasadę swobody umów. W jej ocenie, jest to ingerencja nieusprawiedliwiona i nieproporcjonalna, a co a tym idzie – niezgodna ze wskazanym wzorcem konstytucyjnym. Skarżąca uzasadnia ten wniosek odwołując się do trojkiego rodzaju argumentów.

Po pierwsze – zastosowana przez ustawodawcę technika legislacyjna powoduje, że jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku, kwalifikowane są wszelkie opłaty poza marżą handlową, w tym tzw. opłaty marketingowe. Bez znaczenia jest przy tym poziom takich opłat, „bilans” opłaty i uzyskiwanych w zamian korzyści, w tym m.in. to: „czy towary te można było zbyć

innemu przedsiębiorcy przez czy zbycie towarów przedsiębiorcy stosującemu takie opłaty jest mniej lub bardziej opłacalne ekonomicznie dla dostawcy” (skarga, s. 9), oraz „dlaczego ani też w jakim [...] zakresie opłaty są pobierane”. Zdaniem skarżącej: „w takim ujęciu pobranie przez sprzedawcę choćby złotówki w zamian za odpowiednią ekspozycję towaru na półce, która zwiększa w praktyce wielokrotnie jego sprzedaż, stanowi również niedozwolony czyn nieuczciwej konkurencji” (skarga, s. 10).

Po drugie – ustawodawca nie zdecydował się na dookreślenie podmiotowego zakresu stosowania normy wynikającej z kwestionowanego przepisu. Nie ma zatem znaczenia, czy działanie takie podejmuje międzynarodowa sieć handlowa, czy też mały, jednoosobowy przedsiębiorca. Podobnie irrelevantne jest to, komu utrudniany jest w ten sposób dostęp do rynku.

Po trzecie – „za wprowadzeniem kontrowersyjnej regulacji nie przemawia żaden, nawet szeroko ujmowany interes publiczny” (skarga, s. 10). Skarżąca wskazuje, że motywy dokonanego w ten sposób ograniczenia swobody umów nie mieszczą się w katalogu wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Co więcej, przedmiotowa regulacja niejako z założenia nie może mieć żadnego wpływu na zapewnienie mechanizmu uczciwej, rynkowej konkurencji i ochrony słabszych uczestników gry rynkowej. Zdaniem skarżącej: „jest oczywiste, że sprzedawcy / sieci handlowe, po wyeliminowaniu dodatkowych opłat pobieranych od dostawców, chcąc zachować korzystny, dotychczasowy próg rentowności ich działalności, będą próbowały zrekompensować swoje straty powiększając wysokość uzyskiwanej marży handlowej (co pozostaje w oczywisty sposób dozwolone z punktu widzenia zaskarżonej regulacji)” (skarga, s. 10). Mogą to zaś uczynić powiększając cenę sprzedaży redystrybuowanych produktów (co ostatecznie godzi w interesy konsumentów) albo „zbijając” cenę ich zakupu (co powoduje spadek rentowności współpracy chronionego dostawcy z sieciami handlowymi). W opinii skarżącej, dowodzi to braku racjonalności i spójności prakseologicznej zaskarżonej regulacji.

2. Na marginesie należy zaznaczyć, że skarżąca domagała się pierwotnie zbadania zgodności art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. nie tylko z art. 20 i art. 22 (bądź też z traktowanymi jako wzorce alternatywne art. 31 ust. 1-3), ale także z art. 2 oraz art. 121 ust. 2 Konstytucji. W szczególności sprzeczność zakwestionowanego przepisu z art. 2 Konstytucji miałyby polegać na naruszeniu konstytucyjnych

standardów przyzwoitej legislacji oraz określoności prawa. Postanowieniem z 9 lutego 2012 r. Trybunał Konstytucyjny odmówił jednak nadania dalszego biegu skardze konstytucyjnej spółki S spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w zakresie badania zgodności art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. z art. 2 i art. 121 ust. 2 Konstytucji. Jakkolwiek więc wykładnia tego przepisu istotnie budzi poważne spory w orzecznictwie, a zwłaszcza w piśmiennictwie, problem jego precyzyjności i jednoznaczności – obszernie referowany w skardze konstytucyjnej (skarga, s. 10-30) powinien pozostać poza zakresem dalszych rozważań.

2. Wzorce konstytucyjne

1. Zgodnie z art. 20 Konstytucji: „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej”. Z kolei według art. 22 Konstytucji: „Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”. Jak się wydaje, obydwie przywołane przez skarżącego przepisy powinny być ujmowane we wzajemnym związku. W takim ujęciu (łącznie), wyrażają one nie tylko jedną z podstawowych zasad ustroju gospodarczego, ale wyznaczają także ogólną treść i granice dopuszczalnej ingerencji w wolność działalności gospodarczej, kwalifikowanej jako publiczne prawo podmiotowe (zob. przykładowo wyroki TK z: 10 kwietnia 2001 r., sygn. akt U 7/00; 2 grudnia 2002 r., sygn. akt SK 20/01). Jako takie, mogą one służyć jako wzorzec kontroli konstytucyjności (zob. wyroki TK z: 28 stycznia 2003 r., sygn. akt K 2/02; 14 grudnia 2004 r., sygn. akt K 25/03), także w sprawach inicjowanych skargą konstytucyjną (zob. przykładowo wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02).

W odniesieniu do zasady wolności gospodarczej Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wskazywał, że: „z użycia w art. 20 i art. 22 Konstytucji zwrotu «wolność działalności gospodarczej» wynika, że chodzi o działalność jednostek (osób fizycznych) oraz instytucji «niepaństwowych» (czy też – szerzej rzecz ujmując – niepublicznych), które mają prawo samodzielnego decydowania o udziale w życiu gospodarczym, zakresie i formach tego udziału, w tym możliwie swobodnego podejmowania różnych działań faktycznych i prawnych, mieszczących się w ramach

prowadzenia działalności gospodarczej. Chodzi tu więc o osoby fizyczne i inne podmioty, które korzystają z praw i wolności przysługujących człowiekowi i obywatelowi” (wyrok TK z 7 maja 2001 r., sygn. akt K 19/00).

2. Treść, znaczenie i wzajemną relację art. 20 i art. 22 Konstytucji doprecyzował Trybunał Konstytucyjny w przywoływanym już wyżej wyroku z 29 kwietnia 2003 r. (sygn. akt SK 24/02). Trybunał stwierdził wówczas m.in., że: „[...] art. 22 Konstytucji dotyczy – jak stwierdzono wcześniej – prawa podmiotowego o randze konstytucyjnej, jednakże to nie ten przepis ustanawia («statuuje» lub «powołuje do życia») wolność działalności gospodarczej. Czyni to bowiem przede wszystkim art. 20 Konstytucji, ale również – w sposób uzupełniający i dotyczący pewnych «wycinków» tej problematyki – inne normy konstytucyjne (np. art. 64 ust. 1 i art. 65 ust. 1 Konstytucji). Art. 22 Konstytucji dotyczy zaś wyłącznie kwestii dopuszczalności ograniczenia tej wolności. Można więc stwierdzić, że z przepisu tego wynika zatem tylko «prawo» do nieograniczania wolności działalności gospodarczej w sposób z nim sprzeczny, niezgodny z wymienionymi w nim warunkami. Sam ten przepis nie określa, jaka jest treść tej wolności i sfera działań, które są realizacją wolności działalności gospodarczej.

Powszechnie przyjmuje się, że – najogólniej rzecz ujmując – wolność działalności gospodarczej (wolność gospodarcza) 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 ich realizacji. Patrząc z praktycznego punktu widzenia, w ramach rozpoczynania i prowadzenia działalności gospodarczej mieści się przede wszystkim podejmowanie różnego rodzaju działań faktycznych (prowadzenie produkcji, handlu, usług itp.), ale są także i sytuacje, w których działalność gospodarcza polega przede wszystkim na dokonywaniu w sposób «zawodowy» określonych czynności prawnych [...].

Możliwość prowadzenia działalności gospodarczej według swego uznania ściśle związana jest nie tylko z założeniem przyjętym w art. 22 Konstytucji,

działalność taka odbywa się w funkcjonalnym i instrumentalnym powiązaniu z gwarancjami, jakie wprowadzają inne normy konstytucyjne, przede wszystkim wynikające z art. 64 ust. 1 i 2 oraz art. 65 ust.1 Konstytucji”. Co do zasady swobody umów jako elementu wolności gospodarczej zob. wyżej, pkt II stanowiska.

3. Z przepisów Konstytucji i ugruntowanego orzecznictwa sądu konstytucyjnego wynika, że wolność działalności gospodarczej nie ma charakteru absolutnego i może zostać w pewnych sytuacjach ograniczona, co może jednakże nastąpić wyłącznie w formie ustawowej i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Jakkolwiek w orzecznictwie podkreśla się, że zakres znaczeniowy określenia „ważny interes publiczny” jest szerszy niż katalog wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji jako materialne podstawy (przesłanki) dopuszczalności ograniczenia praw i wolności unormowanych w rozdziale II Konstytucji (zob. przykładowo wyroki TK z: 8 kwietnia 1998 r., sygn. akt K 10/97; 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02), to przy ocenie sposobu wyważenia przez ustawodawcę kolidujących ze sobą wartości zwykło się odwoływać do metodyki „testu proporcjonalności” wypracowanej na gruncie tego ostatniego przepisu. W rezultacie, „wymóg konieczności jest spełniony, jeżeli ustanowione ograniczenia są zgodne z zasadą proporcjonalności”, to znaczy, że:

- 1) środki zastosowane przez prawodawcę muszą być w stanie doprowadzić do zamierzonych celów,
- 2) muszą być one niezbędne do ochrony interesu z którym są powiązane,
- 3) ich efekty muszą pozostawać w proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela” (orzeczenie TK z 9 sierpnia 1998 r., sygn. akt K 28/97; pogląd ten został powtórzony m.in. w wyrokach z: 17 grudnia 2003 r., sygn. akt SK 15/02; 21 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 33/03).

Źródło tego mechanizmu jest inkorporowane bezpośrednio w treść art. 22 Konstytucji. Ustawodawca nie może bowiem „ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza zapoznających proporcje pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie” (orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/94). W innym miejscu Trybunał Konstytucyjny wskazywał na konieczność „uwzględnienia przy ograniczaniu praw jednostki zasady wymagającej

odpowiedniego wyważenia wagi interesu publicznego, któremu służy ograniczenie danego prawa i wagi interesów naruszonych przez takie ograniczenie” (wyrok TK z 26 kwietnia 1999 r., sygn. akt K 33/98). Pogląd taki dominuje również w piśmiennictwie (zob. J. Garlicki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. ..., Warszawa 2005, komentarz do art. 22, s. 15).

3. Analiza zgodności

1. *Opłaty półkowe – tło gospodarcze i konstrukcja prawna.* Różnego typu dodatkowe opłaty, zarówno mieszczące się w używanym przez art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. określeniu „inne niż marża handlowa opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży”, jak również inne, zastrzegane w związku z nawiązywaną przez strony – tj. sprzedawcę (dostawcę: producenta, importera lub innego pośrednika) oraz kupującego (podmiot prowadzący dalszą odsprzedaż na rzecz odbiorców finalnych) – stałą lub doraźną współpracą handlową, określane potocznie jako opłaty półkowe (ang. *slotting allowances, slotting fees*), są instytucją stosunkowo nową w polskiej gospodarce. Podstawowym polem ich zastosowania jest sektor sprzedaży detalicznej łatwo zbywalnych towarów konsumpcyjnych, przede wszystkim środków spożywczych, używek (alkoholu i papierosów), chemii użytkowej *etc.* Zjawisko to jest związane z dominacją na rynku sprzedaży detalicznej sieci handlowych (tzw. supermarketów i hipermarketów), zarządzanych lub prowadzonych przez przedsiębiorców dysponujących dużym potencjałem ekonomicznym, nierzadko międzynarodowe korporacje (spółki handlowe). Jakkolwiek – także w warunkach polskich – żadna z tych sieci nie ma na rynku sprzedaży detalicznej pozycji dominującej (zob. T. Skoczny, [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, Warszawa 2006, s. 602), możliwości zbytu określonego asortymentu (przede wszystkim towarów konsumpcyjnych codziennego użytku) na rzecz odbiorców finalnych poprzez alternatywne kanały dystrybucji są bardzo ograniczone. Z drugiej strony, na rynku producentów towarów konsumpcyjnych występuje niezwykle ostra konkurencja, nadpodaż produktów i wielość produktów substytucyjnych, nierzadko o zbliżonych parametrach jakościowych i cenowych. Zjawiska te powodują, że perspektywa sprzedaży towarów w sieci handlowej nie tylko wpływa na wysokość zysku osiąganego przez producenta (importera, pośrednika), ale wielokrotnie determinuje także faktyczną możliwość dotarcia z jego

ofertą do kręgu odbiorców wystarczająco szerokiego, aby zapewnić opłacalność produkcji i pozwolić sprostać wymaganiom rosnącego współzawodnictwa. Ma to szczególne znaczenie dla producentów prowadzących działalność na mniejszą skalę (np. działających na rynku lokalnym), czy też wprowadzających na rynek nowe produkty.

W rezultacie, sieci handlowe, będąc jednocześnie istotnym komponentem segmentu sprzedaży detalicznej – a więc pośrednictwa w sprzedaży towarów odbiorcom finalnym – dysponują, z reguły, znaczącą przewagą kontraktową w stosunku do dostawców. W toku swojej działalności kierują się one, oczywiście, rachunkiem ekonomicznym, którego podstawowym wyznacznikiem jest możliwa do uzyskania marża, która stanowi różnicę między ceną sprzedaży w obrocie detalicznym a ceną zakupu towaru i uwzględnia (powinna uwzględniać) koszty odsprzedawcy oraz jego zysk (zob. art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach; Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.; dalej: u.c.). Z ww. względów w umowach zawieranych z dostawcami pojawiają się jednak i inne postanowienia, których celem jest przerzucenie części ryzyka i kosztów związanych z odsprzedażą towaru odbiorcom finalnym – albo w ogóle (np. postanowienia obligujące dostawcę do spełnienia określonych, dodatkowych świadczeń związanych ze współpracą handlową stron: do partycypacji w kosztach funkcjonowania magazynu, zmian asortymentu na półkach, kosztach odpowiedniego wyeksponowania towaru, kosztach jego promocji *etc.*), albo też w sytuacji, w której sprzedaż ta kształtuje się poniżej oczekiwań stron (np. postanowienia zobowiązujące do odkupu niesprzedanego towaru). Innymi słowy, skoro w warunkach nadpodaży produktów przysłowiowa „półka sklepowa”, a w rzeczywistości – perspektywa współpracy z dużą siecią handlową, staje się *sui generis* towarem, i to towarem o coraz większej wartości rynkowej (zob. dane dotyczące rynku amerykańskiego, cytowane przez M. Marka, *Opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2012, nr 2, s. 50), podmiot zarządzający taką siecią wykorzystuje sytuację, starając się zmniejszyć koszty prowadzenia działalności i maksymalizować zyski (zob. przykładowo wyrok SN z 26 stycznia 2006 r., sygn. akt II CK 378/05; wyrok SA w Poznaniu z 13 listopada 2008 r., sygn. akt I ACa 718/08).

Obowiązek uiszczania ww. opłat jest zastrzegany w samej umowie sprzedaży towaru (jak to miało miejsce w sprawie skarżącej), w umowie ramowej w stosunku do wykonawczych umów sprzedaży (umów sprzedaży konkretnych partii towaru), bądź

też odrębnej, zawieranej między stronami (dostawcą i odbiorcą prowadzącym sieć handlową) umowie o współpracę. Stosowana w tym zakresie nomenklatura jest zróżnicowana; bezsporny wydaje się jednak związek tych dodatkowych postanowień lub umów z podstawową dla relacji kontraktowych stron umową sprzedaży towaru (i podstawowymi zobowiązaniami stron wynikającymi z tej umowy: do przeniesienia własności rzeczy i zapłaty ceny; zob. art. 535 k.c.).

2. *Rodzaje opłat półkowych.* Zjawisko zastrzegania przez sieci handlowe obowiązku uiszczania tzw. opłat półkowych jest nie tylko powszechne (masowe; zob. wyrok SN z 9 stycznia 2008 r., sygn. akt I CK 4/07). Praktyka wykształciła ponadto różne ich rodzaje, przy czym kryterium formalnym podziału jest z reguły nazwa, zaś kryterium materialnym – podstawa obowiązywania, konstrukcja prawna lub ciężar (bilans) ekonomiczny świadczenia, oceniany w zestawieniu z korzyściami, jakie może w zamian uzyskać zobowiązany (sprzedający, dostawca).

Tytuł dla obciążenia dostawcy obowiązkiem zapłaty określonej kwoty może być określany jako:

- „bonus od obrotów” (zob. wyrok SA w Krakowie z 27 lutego 2009 r., sygn. akt I ACa 94/09; wyrok SA w Warszawie z 2 czerwca 2010 r., sygn. akt I ACa 294/10; wyrok SA w Poznaniu z 25 lutego 2010 r., sygn. akt I ACa 107/10);
- „bonus specjalny” (zob. wyrok SA w Krakowie z 27 lutego 2009 r., sygn. akt I ACa 94/09);
- „budżet promocyjny” (zob. wyrok SN z 12 czerwca 2008 r., sygn. akt III CSK 23/08);
- „edycja folderu promocyjnego” (zob. wyrok SN z 9 stycznia 2008 r., sygn. akt I CK 4/07);
- „ekspozycja towaru” (w tym wypadku można mówić o tzw. opłatach półkowych *sensu stricto*; zob. wyrok SA w Poznaniu z 13 listopada 2008 r., sygn. akt I ACa 718/08; wyrok SA w Krakowie z 10 grudnia 2008 r., sygn. akt I ACa 1024/307; wyrok SA w Warszawie z 5 grudnia 2007 r., sygn. akt. 1053/07; wyrok SA w Warszawie z 12 listopada 2009 r., sygn. akt VI ACa 432/09);
- „gazetka reklamowa” (zob. wyrok SA w Krakowie z 23 kwietnia 2008 r., sygn. akt IX GC 294/07; wyrok SA we Wrocławiu z 28 sierpnia 2008 r., sygn. akt I ACa 645/08; wyrok SN z 12 czerwca 2008 r., sygn. akt III CSK 23/08; wyrok SA

- w Krakowie z 27 lutego 2009 r., sygn. akt I ACa 94/09; wyrok SA w Poznaniu z 25 lutego 2010 r., sygn. akt I ACa 107/10; wyrok SA w Poznaniu z 13 października 2010 r., sygn. akt I ACa 707/10; wyrok SA w Warszawie z 5 grudnia 2007 r., sygn. akt I ACa 1053/07; wyrok SA w Warszawie z 2 czerwca 2010 r., sygn. akt I ACa 294/10; wyrok SA w Poznaniu z 13 listopada 2008 r., sygn. akt I ACa 718/08; wyrok SA w Warszawie z 12 listopada 2009 r., sygn. akt VI ACa 432/09; wyrok SA w Poznaniu z 10 września 2009 r., sygn. akt I ACa 550/09);
- „karta urodzinowa” lub „urodziny” (zob. wyrok SA w Poznaniu z 13 października 2010 r., sygn. akt I ACa 707/10; wyrok SA w Krakowie z 4 września 2008 r., sygn. akt I ACa 635/08);
 - „konsultacje” (zob. wyrok SN z 8 lipca 2010 r., sygn. akt II CSK 74/10; wyrok SA w Poznaniu z 13 listopada 2008 r., sygn. akt I ACa 718.08; wyrok SA w Poznaniu z 13 października 2010 r., sygn. akt I ACa 707/10; wyrok SA w Warszawie z 28 października 2011 r., sygn. akt VI ACa 392/11);
 - „nowe hipermarkety” lub „nowe supermarkety” (zob. wyrok SN z 26 stycznia 2006 r., sygn. akt II CK 378/05; wyrok SA w Poznaniu z 25 lutego 2010 r., sygn. akt I ACa 107/10; wyrok SA w Poznaniu z 10 września 2009 r., sygn. akt I ACa 550/09; wyrok SA w Krakowie z 4 września 2008 r., sygn. akt I ACa 635/08);
 - „opłata za obecność towarów” (zob. wyrok SN z 9 stycznia 2008 r., sygn. akt I CK 4/07);
 - „opłaty za wejście” (zob. wyrok SA w Krakowie z 27 lutego 2009 r., sygn. akt I ACa 94/09; wyrok SA w Krakowie z 10 grudnia 2008 r., sygn. akt I ACa 1024/08; wyrok SA w Warszawie z 5 grudnia 2007 r., sygn. akt I ACa 1053/07);
 - „opieka asortymentowa” (zob. wyrok SA w Poznaniu z 13 listopada 2008 r., sygn. akt I ACa 718/08);
 - „premia roczna” (zob. wyrok SA w Warszawie z 28 października 2011 r., sygn. akt VI ACa 392/11);
 - „rabat potransakcyjny” (zob. wyrok SA w Warszawie z 12 listopada 2009 r., sygn. akt VI ACa 432/09; wyrok SA w Warszawie z 2 czerwca 2010 r., sygn. akt I ACa 294/10);

- „usługi marketingowe” (zob. wyrok SA w Krakowie z 23 kwietnia 2008 r., sygn. akt IX GC 394/07; wyrok SA w Krakowie z 10 grudnia 2008 r., sygn. akt I ACa 1024/08; wyrok SA we Wrocławiu z 28 sierpnia 2008 r., sygn. akt I ACa 645/08; wyrok SA w Krakowie z 20 lutego 2009 r., sygn. akt I ACa 65/09; wyrok SA w Warszawie z 2 czerwca 2010 r., sygn. akt I ACa 294/10; wyrok SA w Poznaniu z 13 października 2010 r., sygn. akt I ACa 707/10; wyrok SN z 12 czerwca 2008 r., sygn. akt III CSK 23/08; wyrok SA w Poznaniu z 13 listopada 2008 r., sygn. akt I ACa 718/08; wyrok SA w Warszawie z 5 grudnia 2007 r., sygn. akt I ACa 1053/07; wyrok SA w Krakowie z 3 czerwca 2009 r., sygn. akt I ACa 444/09; wyrok SA w Krakowie z 4 września 2008 r., sygn. akt I ACa 635/08);
- „usługa merchandisingowa” (zob. wyrok SA w Warszawie z 28 października 2011 r., sygn. akt VI ACa 392/11);
- „usługi logistyczne” (zob. wyrok SA w Krakowie z 20 lutego 2009 r., sygn. akt I ACa 65/09; wyrok SA w Warszawie z 2 czerwca 2010 r., sygn. akt I ACa 294/10; wyrok SA w Warszawie z 5 grudnia 2007 r., sygn. akt I ACa 1053/07; wyrok SA w Krakowie z 3 czerwca 2009 r., sygn. akt I ACa 444/09; wyrok SA w Krakowie z 4 września 2008 r., sygn. akt 635/08);
- „usługi CRM” (zob. wyrok SA w Warszawie z 12 listopada 2009 r., sygn. akt VI ACa 432/09);
- „usługi promocyjne” (zob. wyrok SA w Warszawie z 12 listopada 2009 r., sygn. akt VI ACa 432/09; wyrok SA w Poznaniu z 10 września 2009 r., sygn. akt I ACa 550/09);
- „wprowadzenie nowego asortymentu” (zob. wyrok SA w Krakowie z 27 lutego 2009 r., sygn. akt I ACa 94/09; wyrok SA w Poznaniu z 10 września 2009 r., sygn. akt I ACa 550/09);
- „wynajem końca półki” (zob. wyrok SA w Warszawie z 2 czerwca 2010 r., sygn. akt I ACa 294/10);
- „wyprzedaż artykułów konkurencyjnych” (zob. wyrok SA w Krakowie z 27 lutego 2009 r., sygn. akt I ACa 94/09; zestawienie za: D. du Cane, *Obecny...*, s. 112-113¹ szerzej na temat kwalifikacji określonych rodzajów opłat półkowych z punktu widzenia stosowania art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. zob. niżej, pkt III.3.5 stanowiska).

3. *Analiza ekonomiczna opłat półkowych.* Analiza ekonomiczna tzw. opłat półkowych jest skomplikowana, a ocena konsekwencji ich stosowania – ambiwalentna i żywo dyskutowana nie tyle w polskiej, ale światowej (przede wszystkim amerykańskiej) literaturze ekonomicznej (zob. m.in. Ø. Foros, H. J. Kind, *Do Slotting Allowances Harm Retail Competition?* „CESIFO Working Paper” 2006, nr 1800; G. T. Gundlach, P. N. Bloom, *Slotting Allowances and the Retail Sale of Alcohol Beverages*, „Journal of Public Policy & Marketing” 1998, nr 17(2), s. 173 i n.; D. Kuksov, A. Pazgal, *The Effects of Costs and Competition on Slotting Allowances*, „Marketing Science” 2007, vol. 26, nr 3-4, s. 259 i n.; M. K. Lariviere, V. Padmanabhan, *Slotting Allowances and New Product Introductions*, „Marketing Science” 1997, vol. 16, nr 2, s. 112 i n.; G. Schaffer, *Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practices*, „The RAND Journal of Economics” 1991, vol. 22, nr 1, s. 120 i n.; K. Sudhir, V. R. Rao, *Do Slotting Allowances Enhance Efficiency or Hinder Competition?* „Journal of Marketing Research” 2006, nr 2, s. 137 i n.). Zainteresowanie to nie może dziwić, skoro globalna wartość tego typu opłat tylko w Stanach Zjednoczonych w handlu spożywczym osiąga wolumen od kilkunastu do kilkudziesięciu milionów dolarów (tytułem przykładu, w 2001 r. było to ponad 16 mln USD). Generalizowanie ocen wydaje się niemożliwe przede wszystkim ze względu na głębokie zróżnicowanie konstrukcji poszczególnych „typów” opłat stosowanych w praktyce. Zwodnicza może być w tej mierze nawet nomenklatura. Tytułem przykładu, w Stanach Zjednoczonych tzw. opłaty półkowe *sensu stricto* (ang. *slotting allowances* albo *slotting fees*) są zazwyczaj pobierane w określonej z góry stałej wysokości; w Polsce większość stosowanych do niedawna opłat „za wejście”, „półkowych” czy nawet – jak w wypadku skarżącej – „promocyjno-marketingowych” jest uzależniana od wysokości obrotu z danym dostawcą.

Jest poza sporem, że w niektórych wypadkach praktyka określania dodatkowych, w stosunku do wynikających z typowej umowy sprzedaży, zobowiązań stron nie budzi zastrzeżeń zarówno w punktu widzenia zasad tzw. słuszności kontraktowej, jak i dobrych obyczajów obowiązujących w obrocie handlowym. Dotyczy to zwłaszcza tych sytuacji, w których między kontrahentami istnieje rzeczywisty (a nie pozorny) konsensus, zaś dodatkowe świadczenia, do których spełnienia zobowiązuje się kupujący (podmiot prowadzący hipermarket) mają wymierne, korzystne skutki ekonomiczne dla sprzedawcy (dostawcy). Tytułem

przykładu, można wskazać opłaty za ekspozycję towaru w sposób znacząco zwiększający wolumen sprzedaży (a z reguły także wartość kolejnego zamówienia; np. opłaty za ekspozycję towaru na wysokości wzroku klienta, opłaty za tzw. koniec półki), czy tzw. opłaty promocyjne lub promocyjno-marketingowe, związane z partycypacją w kosztach promocji i reklamy – równocześnie – sieci handlowej oraz dystrybuowanych w niej produktów sprzedawanych pod marką danego dostawcy. Nie należą jednak do rzadkości sytuacje, w których różnego rodzaju opłaty półkowe (niekiedy także kilka równocześnie) są dostawcy narzucane bez jakichkolwiek możliwości ich negocjacji, wzajemne świadczenia stron – nawet przy maksimum dobrej woli ze strony organu oceniającego i z całą świadomością cenności tego kryterium – trudno uznać za ekwiwalentne, a ich sens ekonomiczny sprowadza się do przerzucania części kosztów działalności prowadzonej przez odsprzedawcę na dostawców. Jest charakterystyczne, że na ww. motyw wskazują także zwolennicy analizowanej konstrukcji. Jak pisze M. Marek: „Kiedy przedsiębiorca [sieć handlowa – uwaga własna] decyduje się na wprowadzenie do swoich sklepów nowego towaru, musi się liczyć z tym, że koszty zmian układu produktów na półkach, zmian w elektronicznym systemie ewidencjonowania asortymentu, koszty produktów, które nie znajdą nabywców, jeżeli produkt będzie się słabo sprzedawał, oraz – przede wszystkim – tzw. koszty alternatywne [...], tj. zysk, jaki sprzedawca mógłby osiągnąć, decydując się na ofertę innego producenta lub pozostając przy dotychczasowym asortymencie) mogą okazać się większe niż zyski z jego sprzedaży. Opłaty półkowe stanowią mechanizm przeniesienia ryzyka porażki nowego produktu ze sprzedawcy detalicznego na producenta [...]" (M. Marek, *Opłaty...*, s. 52). Stawia to pod znakiem zapytania dotychczasową funkcję marży handlowej, która z założenia powinna pokrywać koszty działalności operacyjnej odsprzedawcy (zob. przywoływany wyżej art. 3 ust. 1 pkt 6 u.c.) i ukazuje realny (rzeczywisty) sens gospodarczy analizowanej konstrukcji.

4. *Ratio art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.* W tym też kontekście należy postrzegać *ratio art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.* Propozycja takiego przepisu, zaproponowana pierwotnie w toku prac legislacyjnych w Sejmie jako poprawka zgłoszona do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zob. druk sejmowy nr 375/IV kad.), nie została przyjęta. Zmiana ta została wprowadzona ponownie dopiero na etapie prac senackich (zob. uchwałę Senatu

z dnia 21 czerwca 2002 r. w sprawie ustawy o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; dalej: uchwała z 21 czerwca 2002 r.) i ostatecznie przyjęta przez Sejm. Proponując ww. poprawkę Senat „dał wyraz swemu przekonaniu o naganności stosowanych przez duże sklepy praktyk pobierania dodatkowych opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży” (uzasadnienie uchwały Senatu z dnia 21 czerwca 2002 r.; zob. także stenogramy z posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia projektów ustaw związanych z programem „Przedsiębiorczość – Rozwój – Praca”, „Biuletyn Komisji Sejmowych” nr 594/IV kad. i nr 611/IV kad.). Równocześnie, świadomość złożoności problematyki opłat półkowych, zróżnicowania postaci tych opłat występujących w praktyce kontraktowej, a także zdolności adaptacyjnych tejże, skłoniła ustawodawcę do sformułowania analizowanego przepisu w sposób stosunkowo ogólny, z założeniem, że zadanie jego doprecyzowania, w pewnym zakresie, będzie spoczywać na sądach i doktrynie prawa.

Warto podkreślić, że na ww. problemy – których próbę rozwiązania stanowi art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. – wskazuje również Komisja Europejska w *Wytycznych w sprawie porozumień wertykalnych* (Dz. Urz. UE C 130 z 19 maja 2010 r., s. 1 i n.; dalej: *Wytyczne*), podkreślając, że porozumienia między dostawcami a detalistami, zobowiązujące tych pierwszych do uiszczania opłat za przyjęcie towarów do sprzedaży, mogą być kwalifikowane jako niedozwolone porozumienia wertykalne, zakazane na podstawie art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Podając przykłady efektów rynkowych stosowania ww. porozumień Komisja Europejska podnosi, że mogą one utrudniać dostęp do rynku mniejszym podmiotom (pkt 205 *Wytycznych*), złagodzeniu konkurencji cenowej (pkt 206 *Wytycznych*), jak również wykluczenie niektórych nabywców hurtowych w sytuacji, w której opłaty te są pobierane w znacznej wysokości (pkt 204 *Wytycznych*).

5. *Sposób wykładni art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. w piśmiennictwie i orzecznictwie sądowym.* Jak już wskazano, jest poza sporem, że sposób ujęcia redakcyjnego art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., częściowo podyktowany zapewne potrzebą jak najbardziej elastycznej reakcji ustawodawcy i sądów na nowe, dynamicznie się kształtujące zjawisko rynkowe, nie jest nadmiernie fortunny i wymaga pewnego dookreślenia przez orzecznictwo i doktrynę, które podejmują zadanie jego interpretacji i stosowania w praktyce.

W piśmiennictwie powstałym na tle art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. przyjmuje się, że tzw. opłaty półkowe, czyli „opłaty za przyjęcie do sprzedaży”, o których mowa w tym przepisie, występują zasadniczo w postaci dwóch rodzajów postanowień (zob. T. Dyś, *Nieuczciwa konkurencja – opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 14, s. 643 i n., M. Mioduszewski, J. Sroczyński [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. M. Zdyb, Warszawa 2011, komentarz do art. 15, uw. 94 i 95; T. Skoczny, [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, Warszawa 2006, s. 603). Pierwsza kategoria obejmuje szeroko rozumiane opłaty związane *explicite* z samą możliwością nawiązania współpracy handlowej z przedsiębiorcą, w tym za umieszczenie swojego towaru w sklepach przedsiębiorcy lub za jego wyeksponowanie, nazywane „opłatami półkowymi” (w znaczeniu ścisłym), „opłatami za umieszczenie na liście”, „opłatami za wprowadzenie do sprzedaży”. Druga grupa postanowień przewiduje natomiast obowiązek zapłaty „premii od obrotu”, opłat z tytułu różnorodnych usług, które mają być świadczone przez przedsiębiorcę na rzecz dostawcy, w tym usług „logistycznych”, „promocyjnych”, w szczególności w zakresie partycypacji w kosztach wydawania materiałów reklamowych, opłat „dystrybucyjnych”, pobieranych często jako część obrotu. Kwalifikacja praktyki zastrzegania opłat należących do tej pierwszej kategorii jako czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. jest poza sporem. W piśmiennictwie i orzecznictwie dyskusyjne są natomiast kwantyfikatory, na podstawie których można uznać za zakazane na jego podstawie niektóre kategorie opłat z grupy drugiej.

W praktyce orzeczniczej zwraca się z reguły uwagę na trzy zasadnicze elementy oceny stanu faktycznego istotne dla kwalifikacji opłaty z punktu widzenia art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.: możliwość negocjowania obowiązku jej poniesienia lub wysokości, ekwiwalentność świadczeń stron oraz ustalone zwyczaje i praktyka obrotu. Istotne będzie w tej perspektywie przede wszystkim to, czy analizowane opłaty nie są kreowane sztucznie, jedynie w celu zwiększenia zysku przedsiębiorcy (sieci handlowej) i czy mają uzasadnienie w realnie ponoszonych kosztach lub też czy dotyczą kosztów, jakie zgodnie ze zwyczajem i praktyką obrotu w danej branży powinny być pokrywane przez sprzedawcę z uzyskanej marży (co do innych faktorów zob. M. Mioduszewski, J. Sroczyński [w:] *Ustawa...*, red. M. Zdyb, komentarz do art. 15, uw. 99 i n.).

Przykładem mogą być opłaty za wprowadzenie towaru do sklepów, za wciągnięcie na listy towarów, kwoty stanowiące partycypację dostawcy w promocji przedsiębiorcy i jego sklepów. I tak np. Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 27 lutego 2009 r. (sygn. akt I ACa 94/09) uznał, że nie są opłatami za usługi świadczone na rzecz dostawcy przez sprzedawcę, ale opłatami za przyjęcie towaru do sprzedaży kwoty pobierane wyłącznie jako procent od osiągniętego obrotu, które dodatkowo "nie były (...) zlecane przez powoda. Nie nawiązywały też do konkretnego wykonania danej usługi". W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 28 sierpnia 2008 r. (sygn. akt I ACa 645/08), uznając za opłaty dodatkowe w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. także opłaty pobierane za rozwój sieci i przewidywany wzrost sprzedaży i wskazując, że: „istota tej opłaty sprowadza się do nałożenia na dostawcę obowiązku finansowego partycypowania w kosztach inwestycyjnych dostawcy, przy czym wzrost sprzedaży towarów dostawcy w nowoutworzonych obiektach handlowych zamawiającego jest wyłącznie hipotetyczny. Należy więc uznać, że pobieranie tej opłaty nie ma żadnego odpowiednika w ekwiwalentnym działaniu pozwanego, bo przecież za takie działanie nie może być uznane rozwijanie potencjału ekonomicznego własnego przedsiębiorstwa" (szerzej na ten temat także niżej, w pkt III.3.8 stanowiska).

W doktrynie i orzecznictwie panuje też względna zgodność poglądów co do tego, że – zwłaszcza w wypadkach wątpliwych – w procesie stosowania art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. należy odwoływać się do treści klauzuli generalnej czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (zob. m.in. T. Dyś, *Nieuczciwa...*, s. 645; M. Mioduszewski, J. Sroczyński [w:] *Ustawa...*, red. M. Zdyb, komentarz do art. 15, uw. 104; T. Skoczny [w:] *Ustawa...*, red. J. Szwaja, s. 604, oraz wyrok SA w Warszawie z 5 grudnia 2007 r., sygn. akt I ACa 1053/07). Ponieważ analizowany przepis nie zawiera żadnej szczególnej przesłanki „nieuczciwości” działania, istotna może okazać się uzupełniająca i korygująca funkcja generalnej klauzuli czynu nieuczciwej konkurencji w stosunku do ich stypizowanych postaci.

6. *Artykuł 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. jako instrument ochrony interesu prywatnego i publicznego.* Zarzuty skarżącej dotyczące braku uzasadnionego i chronionego konstytucyjnie interesu, który podlega ochronie na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. i który uzasadnia ograniczenie zakresu swobody kontraktowej stron występujących w obrocie handlowym, należy uznać za całkowicie bezpodstawne.

Przepis ten – podobnie zresztą, jak cały art. 15 u.z.n.k. – definiuje bowiem czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku i chroni bodaj najważniejszą sferę aktywności profesjonalnej przedsiębiorców, jaką jest wolność działalności na rynku albo wolny dostęp do rynku (ang. *free market acces*; niem. *freier Marktzugang*), utożsamiany niekiedy wprost z chronioną konstytucyjnie na podstawie art. 20 i art. 22 Konstytucji wolnością gospodarczą (swobodą działalności gospodarczej; zob. M. Mioduszewski, J. Sroczyński, [w:] *Ustawa...*, red. M. Zdyb, komentarz do art. 15, uw. 1 i 2; T. Skoczny, [w:] *Ustawa...*, red. J. Szwaja, Warszawa 2006, s. 553). Co oczywiste, dostęp do rynku może zostać ograniczony nie tylko przez władzę publiczną, ale także inne podmioty (w szczególności innych przedsiębiorców) korzystające z autonomii prywatnej. Tymczasem zakazane (nieuczciwe) utrudnianie dostępu do rynku szkodzi interesowi publicznemu (społeczeństwu, gospodarce) oraz interesowi prywatnemu, rozumianemu jako indywidualny interes uczestników obrotu – zarówno przedsiębiorców dotkniętych takim działaniem bezpośrednio, jak i – w ostatecznym rozrachunku – konsumentów. Z tego względu ochrona rynku przed niedozwolonymi zakłóceniami ze strony działających na nim podmiotów ma szczególne znaczenie dla zapewnienia zrównoważonych stosunków gospodarczych i społecznych, które zakłada i gwarantuje art. 20 Konstytucji w zakresie traktującym o „społecznej gospodarce rynkowej”.

Jest przy tym charakterystyczne, że – podobnie, jak w wielu innych wypadkach normowanych przez prawo konkurencji – charakter interesów podlegających ograniczeniu oraz ochronie jest – poniekąd – „homogeniczny”. Zakwestionowany przepis chroni bowiem prawidłowy kształt konkurencji – jako podstawowego mechanizmu rynkowego – ograniczając skierowane wobec dostawcy (sprzedającego) zachowania rynkowe. Analogicznie, limituje on subiektywnie ujętą (a można powiedzieć także – formalistycznie rozumianą, a nawet pozorną) swobodę kontraktowania, chroniąc w rzeczywistości faktyczną autonomię woli strony ekonomicznie słabszej, wchodzącej w relacje umowne z podmiotem, który nie tylko dysponuje z reguły większym potencjałem gospodarczym, ale także – mając możliwość pertraktacji z różnymi dostawcami oferującymi substytucyjne produkty – działa w warunkach zdecydowanie mniejszej presji negocjacyjnej. Zapewniana w ten sposób ochrona jest więc konieczna ze względu na przysługujące również

słabszym uczestnikom rynku gwarancje wolności gospodarczej i (rzeczywistej, a nie tylko formalnej) swobody umów, określone w art. 20 i art. 22 Konstytucji.

7. *Przydatność ograniczenia.* Nie powinno ulegać wątpliwości, że regulacja art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. spełnia, przynajmniej co do zasady, materialną przesłankę przydatności wprowadzanego przezeń ograniczenia swobody umów. Zakaz pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży wydaje się relatywnie skutecznym środkiem przeciwdziałającym, lub co najmniej minimalizującym, ryzyko utrudniania dostawcom (producentom, importerom) dostępu do rynku i możliwości oferowania produktów odbiorcom finalnym. Instrument ten okazuje się przydatny zwłaszcza w odniesieniu do doraźnych form współpracy, a także w razie zakończenia stałej współpracy handlowej między stronami (w czasie jej trwania dostawcy z reguły nie występują z przysługującymi im z tego tytułu roszczeniami ze względu na obawę zerwania kontaktów handlowych i utraty danego kanału dystrybucji), likwidacji lub upadłości jednej ze stron. Do poniechania tego typu nieuczciwych praktyk kontraktowych mobilizują zresztą przedsiębiorców zarządzających sieciami handlowymi nie tylko sankcje unormowane w art. 18 u.z.n.k. (zakres ich stosowania ogranicza wydatnie 3-letni okres przedawnienia; zob. art. 20 u.z.n.k.), ale także wiążące się potencjalnie ze stwierdzeniem czynu nieuczciwej konkurencji i nieważnością umowy w całości lub części negatywne konsekwencje podatkowe – tj. brak możliwości zaliczenia spełnionych w związku z tym świadczeń do kosztów uzyskania przychodu. Wprawdzie, jak pokazuje praktyka obrotu, znaczna część sieci handlowych w dalszym ciągu pobiera od dostawców opłaty półkowe, kształt umów stanowiących ich podstawę prawną jest jednak z reguły dostosowywany do nowego, ukształtowanego przez art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., kontekstu normatywnego. W tym kontekście należy ponownie podkreślić, że intencją ustawodawcy nie było całkowite wyeliminowanie zjawiska tzw. opłat półkowych. Analiza praktyki sądowej wskazuje zaś – zgodne z *ratio* art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. – stopniowe ograniczanie stosowania klauzul umownych w najbardziej ewidentny sposób naruszających zakwestionowany przepis.

8. *Konieczność i proporcjonalność sensu stricto ograniczenia.* Problem konieczności i proporcjonalności *sensu stricto* statuowanego przez art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. ograniczenia zasady swobody umów można, jak się wydaje, omówić łącznie.

Pierwszy z wymienionych aspektów był już częściowo podnoszony przy okazji analizy katalogu wartości, których ochronie ograniczenie to ma służyć.

Po pierwsze – w warunkach tzw. niedoskonałej konkurencji i znaczącej przewagi kontraktowej odsprzedawcy (przedsiębiorcy prowadzącego sieć handlową) nie ma żadnego innego skutecznego mechanizmu, który mógłby służyć ochronie interesów dostawców. Jak już wskazywano, aktualnie brak możliwości posłużenia się w tym zakresie instrumentów znanych ustawodawstwu antymonopolowemu (zob. art. 9 i n. ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów; Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.; dalej: u.o.k.k.). Wprowadzenie możliwości stosowania tego typu instrumentów (na wzór np. § 20 ust. 4 niemieckiej ustawy antymonopolowej z dnia 26 sierpnia 1998 r.; niem. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*; Bundesgesetzblatt I z 2005 r., s. 2114 i n. ze zm.) mogłoby się zresztą okazać *per saldo* niekorzystne dla podmiotów, które zostałyby objęte taką ochroną – rodziłoby to bowiem ryzyko ich apriorycznego wykluczenia z kręgu potencjalnych kontrahentów dużych sieci handlowych (na marginesie można zauważyć, że takie same względy legły u podstaw braku bardziej szczegółowego określenia podmiotowego zakresu stosowania art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.). Tymczasem ochrona zapewniana na podstawie ustawodawstwa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest inicjowana przez samych zainteresowanych, co jest niewątpliwie rozwiązaniem bardziej elastycznym i w większym stopniu uwzględnia ich interesy (zob. C. Banasiński, M. Bychowska, *Utrudnianie dostępu do rynku poprzez pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towarów do sprzedaży (art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 4, s. 17).

Po drugie – treść art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. nie wyklucza możliwości zobowiązania się przez strony umowy sprzedaży do dodatkowych świadczeń, bezpośrednio lub pośrednio związanych z zawartą transakcją, czy to w ramach dodatkowych klauzul umownych czy też w odrębnej umowie obligacyjnej. Wniosek ten potwierdza analiza praktyki obrotu, dostępnego piśmiennictwa i orzecznictwa (zob. przykładowo wyrok SN z 12 czerwca 2008 r., sygn. akt III CSK 23/08; wyroki SA w Warszawie z: 5 grudnia 2007 r., sygn. akt I ACa 1053/07; 12 listopada 2009 r., sygn. akt VI ACa 432/09; 2 czerwca 2010 r., sygn. akt I ACa 294/10 i 28 października 2011 r., sygn. akt VI ACa 392/11; wyrok SA we Wrocławiu z 28 sierpnia 2008 r., sygn. akt I ACa 645/08; zob. także utrzymane w podobnym tonie – aczkolwiek być może nie tak klarowne – wyroki SA w Poznaniu z: 13 listopada 2008 r., sygn. akt

I ACa 718/08; 25 lutego 2010 r., sygn. akt I ACa 107/10). Zakazane jest wyłącznie uzależnianie od nałożenia tych dodatkowych świadczeń przyjęcia towaru do sprzedaży – wprost lub *de facto* (tj. w sytuacji, w której wzajemne świadczenie kupującego ma w rzeczywistości charakter pozorny). Wprawdzie ustalenie, na podstawie jakich to czynników można (należy) przyjąć, że opłata została *in casu* (w rzeczywistości) zastrzeżona „za przyjęcie towaru do sprzedaży”, jest przedmiotem pewnych rozbieżności w piśmiennictwie i orzecznictwie (zob. wyżej, pkt III.3.5 stanowiska), jednak kwestia ta nie tylko pozostaje w niniejszej sprawie poza oceną Trybunału Konstytucyjnego, ale także nie ma przesądającego znaczenia dla oceny zgodności art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. z art. 20 i art. 22 Konstytucji.

Po trzecie – nawet jeżeli uznać art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. za przepis limitujący w pewnym stopniu swobodę umów przedsiębiorców działających w obrocie handlowym, to należy podkreślić, że statutowane przezeń ograniczenie tejże dotyczy postanowień dodatkowych w stosunku do zasadniczych zobowiązań stron wynikających z umowy sprzedaży lub umowy ramowej w stosunku do definitywnej (wykonawczej) umowy sprzedaży. Postanowieniom tym można przypisać charakter *naturalia* bądź co najwyżej *accidentalialia negotii* w stosunku do wyżej wymienionych zobowiązań podstawowych. Oceniając „dolegliwość” kwestionowanego ograniczenia i odwołując się do wcześniejszych ustaleń (zob. zwłaszcza pkt II stanowiska) nie sposób też nie zauważyć, że ustrojodawca nie zdecydował się bezpośrednio na konstytucjonalizację samej zasady swobody umów. W analizowanym tutaj zakresie uzyskuje ona relewancję wyłącznie jako mechanizm jurydyczny zapewniający grę podaży i popytu i funkcjonowanie gospodarki rynkowej. Przedmiotem bezpośredniej ochrony konstytucyjnej nie jest zatem określony (np. wzorem art. 353¹ k.c.) zakres swobody kontraktowej.

Po czwarte – nawiązując do powyższych ustaleń, trudno uznać, aby treść art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. w znaczący sposób ograniczała możliwość podejmowania i prowadzenia przez sieci handlowe działalności gospodarczej, stanowiącą rdzeń konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej, bądź też istotnie wypaczała treść stanowiącej jej element zasady swobody umów. Wniosek ten potwierdza zresztą już blisko 10-letnia praktyka stosowania zakwestionowanego przepisu, a także fakt, że w opinii orzecznictwa działanie polegające na uzależnianiu przyjęcia towaru do sprzedaży od spełnienia przez dostawcę dodatkowych świadczeń stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji także w stanie prawnym obowiązującym przed wejściem

w życie ustawy zmieniającej z 2002 r. (zob. przykładowo: wyroki SN z 26 stycznia 2006 r., sygn. akt II CK 378/05; 9 stycznia 2008 r., sygn. akt I CK 4/07; wyrok SA w Poznaniu z 10 września 2009 r., sygn. akt I ACa 550/09 oraz T. Dyś, *Nieuczciwa...*, s. 644). W opinii Sądu Najwyższego, normę sankcjonującą takie zachowanie jako czyn nieuczciwej konkurencji wystawiał w tym okresie art. 3 ust. 1 u.z.n.k., zgodnie z którym: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta” – a więc nie tylko kategorie zachowań wymienione w szczegółowych przepisach art. 5 – 17d u.z.n.k.

9. Reasumując powyższe uwagi, należy uznać, że art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. **jest zgodny** z art. 20 i art. 22 Konstytucji.

MARSZAŁEK SEJMU



Ewa Kopacz