

Rozdział 1. Koncepcje ochrony prawnej przed nieuczciwym wykorzystywaniem przewagi kontraktowej w ujęciu ekonomicznym i prawnym

§ 1. Uwagi wstępne

Niniejszy rozdział odpowiada na pytanie, jaka jest definicja nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej. Nie jest to proste zadanie, ponieważ nie istnieje jedna, spójna definicja tego terminu. Każde państwo, które decyduje się na wprowadzenie zakazu nieuczciwych praktyk w relacjach B2B, podchodzi do tego problemu w inny sposób. Dodatkowo akty prawa unijnego nie podają dokładnej definicji, ustanawiając jedynie minimalne standardy, jakie powinna ona spełnić. Stąd przedmiotem rozdziału nie będzie konstruowanie propozycji definicji legalnej, a wskazanie ogólnych cech i istoty nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej.

W celu odpowiedzi na to pytanie odwołuję się do nauk ekonomicznych oraz prawnych. Ustalam, czym jest przewaga kontraktowa i jakie są przesłanki jej nieuczciwego wykorzystania.

Następnie analizie zostały poddane przepisy systemów prawnych czterech wybranych państw członkowskich UE, które – pomimo wielu różnic – były inspiracją dla polskiego ustawodawcy. Jako ostatnia rozważana jest koncepcja nieuczciwych praktyk handlowych w prawie UE oraz na ile ten obszar jest zharmonizowany. Wbrew hierarchii aktów prawnych, prawo krajowe jest omawiane przed unijnym, ponieważ dyrektywa w tym zakresie weszła w życie dopiero 30.4.2019 r., czyli wiele lat po wprowadzeniu analogicznych regulacji w większości państw członkowskich.

§ 2. Przewaga kontraktowa i jej wykorzystywanie w naukach ekonomicznych

Brak równowagi w sile nabywczej i pozycji negocjacyjnej przedsiębiorców jest naturalnym zjawiskiem ekonomicznym. Przewaga niektórych przedsiębiorców wynika z ich wielkości i struktury, co przekłada się na fakt, że mogą w większym stopniu wpłynąć na kształt i skutek negocjacji. Przewaga w relacji między przedsiębiorcami będzie zależała również od presji na zawarcie transakcji, tzn. od tego, na ile jednej ze stron będzie zależało na zakończeniu negocjacji. Może o tym decydować koszt zmiany kontrahenta lub mały wybór i ograniczone możliwości w kwestii zastąpienia obecnego kontrahenta innym. Przewaga kontraktowa ma przede wszystkim wymiar ekonomiczny i ogranicza się do relacji dwustronnych.

P. Carstensen stwierdza, że problem siły przetargowej dotyczy w większej mierze siły nabywców, niż siły występującej po stronie dostawców. Ryzyko wystąpienia nadużycia siły przetargowej będzie większe w sytuacji, w której jest kilku nabywców i wielu dostawców. Odwrotna sytuacja, w której dostawca jest silniejszym podmiotem, cechuje się mniejszym ryzykiem wystąpienia nadużycia¹.

W literaturze wskazuje się, że siła przetargowa stanowi jeden z rodzajów siły nabywczej². Dotyczy ona sposobu, w jaki przedsiębiorcy działający na rynku niższego szczebla mogą wpływać na warunki handlu z dostawcami (lub nabywcami) z wyższego szczebla. Jeżeli warunki transakcji są określane przez dwustronne negocjacje, siła przetargowa określa zakres, w jakim nabywca jest w stanie uzyskać nadwyżkę od dostawcy. Różnice w sile przetargowej znajdują odzwierciedlenie w indywidualnie negocjowanych z kontrahentem warunkach³. Siła przetargowa odnosi się do pozycji, jaką kupujący ma wobec swoich dostawców albo sprzedający wobec swoich nabywców.

¹ *P.C. Carstensen*, *Competition Policy and the Control of Buyer Power: A Global Issue*, Cheltenham 2017, s. 38–39.

² OECD, *Monopsony and buyer power*, DAF/COMP(2008)38, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2008\)38&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2008)38&docLanguage=En) (dostęp: 8.3.2019 r.), s. 9. Odmienne stanowisko, postulujące wyraźne rozdzielenie siły przetargowej od siły nabywczej jest prezentowane w raporcie ECN, zob. ECN activities in the food sector. Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector, 24.5.2012, http://ec.europa.eu/competition/ecn/food_report_en.pdf (dostęp: 10.12.2019 r.), s. 41; Bundeskartellamt, *Buyer Power in Competition Law*, s. 2–4.

³ OECD, *Monopsony and buyer power*, s. 9.

Inną definicją siły przetargowej jest możliwość uzyskania przez nabywcę bardziej korzystnych niż zwykle oferowane przez dostawcę warunków sprzedaży, np. zdolność do obniżenia ceny sprzedaży poniżej normalnego poziomu dostawcy. Przy założeniu, że normalna cena to maksymalna cena, jaką może uzyskać dostawca w sytuacji, w której jego kontrahent nie posiada przeważającej siły przetargowej⁴. Na rynku doskonale konkurencyjnym, normalną ceną dostawcy jest cena konkurencyjna. W przypadku gdy konkurencja między dostawcami jest niedoskonała, normalna cena sprzedaży jest wyższa od ceny konkurencyjnej⁵. Analiza procesu negocjacji przeprowadzona przez *P. Dormana* pokazuje, że jedną z ważniejszych cech siły przetargowej jest faworyzowanie (przewaga) strony, która ma mniejszą presję na zawarcie transakcji handlowej. Przerwanie negocjacji będzie dla niej miało mniej skutków niż dla kontrahenta⁶.

Ocena siły przetargowej między dostawcami a nabywcami powinna być dokonywana indywidualnie dla każdego przypadku, ponieważ w bardzo dużym stopniu zależy od danej relacji handlowej. Rozkład siły przetargowej między producentem a detalistą będzie różnił się nawet w zależności od przedmiotu transakcji. Oznacza to, że podobna transakcja na innym rynku produktowym może całkowicie odmienić rozkład siły przetargowej⁷. Wielkość przedsiębiorcy nie jest kluczowym czynnikiem w ocenie siły przetargowej⁸. Większe znaczenie będzie miała analiza tego, w jakim stopniu silniejszy przedsiębiorca może ograniczyć swobodę działania drugiej strony (stopień zależności słabszej strony od silniejszej⁹) lub poszerzyć swoje możliwości¹⁰.

⁴ *Z. Chen*, Defining buyer power, *Antitrust Bulletin* 2008, Nr 53(2), s. 247.

⁵ *F. van Doorn*, *The Law and Economics of Buyer Power in EU Competition Policy*, Hague 2015, s. 78.

⁶ *P. Dorman*, *Microeconomics*, Berlin–Heidelberg 2014, s. 301–305.

⁷ *J. Haucap, U. Heimeshoff, G.J. Klein, D. Rickert, C. Wey*, *Bargaining Power in Manufacturer-Retailer Relationships*, Discussion Paper No. 107, Düsseldorf 2013, s. 15–16.

⁸ *U. Heimeshoff, G.J. Klein*, *Bargaining Power and Local Heroes*, Discussion Paper No. 87, Düsseldorf 2013, s. 14. Chociaż badania przeprowadzone przez *R. Inderst i C. Wey* pokazują, że strata dostawcy spowodowana negatywnym wynikiem negocjacji jest proporcjonalna do wielkości nabywcy; *R. Inderst, C. Wey*, *Buyer power and supplier incentives*, *European Economic Review* 2007, Nr 51, s. 648.

⁹ Por. *P.C. Carstensen*, *Competition Policy*, s. 76.

¹⁰ *L.B. Fletcher*, *Concept and importance of bargaining power*, w: *L.B. Fletcher, A. Paulsen, D.R. Kaldor, W.G. Stucky i in.*, *Bargaining power in agriculture*, *CARD Reports* 1961, s. 4–5; *U. Heimeshoff, G.J. Klein*, *Bargaining Power and Local*, s. 5.

W literaturze ekonomicznej wskazuje się, że znaczna siła przetargowa nabywców nie w każdym wypadku musi być zjawiskiem negatywnym¹¹. Może przynieść korzyść dla konsumentów, kiedy będzie równoważyć siłę znacznie większego dostawcy¹² (i odwrotnie) lub przez uzyskanie lepszych cen, które są przenoszone na transakcje z konsumentami¹³. Duży nabywca może zachęcić dostawców do tworzenia nowych innowacji produktowych i procesowych¹⁴.

Skutki nadużycia siły przetargowej przez nabywców szczególnie widać w łańcuchu dostaw żywności, który – w związku z tym – wymaga krótkiej charakterystyki. Łańcuch dostaw żywności jest najważniejszym kanałem wprowadzania produktów spożywczych na rynek. Jego istotną rolę podkreśla się, pokazując, jaki wpływ ma na wszystkich konsumentów i jak dużą część budżetu domowego stanowią wydatki na żywność.

Łańcuch dostaw żywności łączy w sobie trzy kluczowe dla przemysłu żywnościowego sektory: rolny, przetwórstwa oraz dystrybucji hurtowej i detalicznej¹⁵. Składają się na niego przedsiębiorstwa będące małymi i dużymi podmiotami, operujące na różnych rynkach i różnych poziomach łańcucha. Działalność sektora rolnego obejmuje m.in. produkcję roślinną i hodowlę zwierząt gospodarskich, zapewniając zarówno produkty przeznaczone bezpośrednio do konsumpcji, jak i surowce do przemysłu przetwórczego i alternatywnych rynków, takich jak biopaliwa. Na dolnym poziomie łańcucha znajduje się przemysł przetwórczy. Jest on zdyswersyfikowany, ponieważ składa się na niego produkcja towarów rolnych i produktów zwierzęcych oraz podstawowe procesy z zakresu przetwórstwa, np. rafinowanie cukru. Ostatnim ogniwem łańcucha dostarczającym produkty końcowe konsumentom są detaliści (wielkie sieci handlowe, małe lokalne sklepy, HoReCa itp.).

¹¹ R. Clarke i in., Buyer Power and Competition, s. 187.

¹² W literaturze do określenia takiego zjawiska używa się pojęcia *countervailing power*. Por. A. Bonanno, C. Russo, L. Menapace, Market power and bargaining in agrifood markets: A review of emerging topics and tools, *Agribusiness: An International Journal* 2018, Nr 34, s. 13; F. van Doorn, *The Law and Economics*, s. 78.

¹³ ECN, ECN activities in the food sector, s. 41.

¹⁴ R. Inderst, C. Wey, Buyer power and supplier incentives, s. 662–663. Autorzy pokazują w swoich badaniach, że w przypadku innowacji produktowych obecność dużych nabywców może wpłynąć na zmianę technologii dostawców. Jeśli tak się stanie z dużym prawdopodobieństwem będzie to działanie przynoszące dużo korzyści dla dostawcy.

¹⁵ High-Level Group on the Competitiveness of the Agro-Food Industry, Report on the Competitiveness of the European Agro-Food Industry, 17.3.2009, https://ec.europa.eu/growth/content/high-level-group-competitiveness-agro-food-industry-0_en (dostęp: 6.12.2018 r.), s. 6. Projekt dyrektywy COM(2018) 173 wymienia dodatkowo marketing produktów spożywczych, zob. projekt dyrektywy COM(2018) 173, s. 19.

Nie ma jednego, spójnego modelu łańcucha dostaw żywności na poziomie europejskim. Jego długość i stopień złożoności zależy przede wszystkim od charakterystyki danego produktu i rynku. W przypadku niektórych surowców, np. mleka i cukru, produkcja i przetwórstwo charakteryzują się dużym poziomem koncentracji na poziomie lokalnym, przez co produkt może być przetwarzany i sprzedawany detalistom w ramach krótkiego łańcucha dostaw. W przypadku innych surowców, np. owoców i warzyw, duża liczba rozdrobnionych producentów sprzedaje swoje produkty lokalnie wielu hurtownikom, którzy z kolei zaopatrują wielu lokalnych sprzedawców detalicznych. W przypadku żywności przetworzonej produkowanej ze zbóż, np. ciastek i innych produktów na bazie zbóż, najwięksi producenci są obecni na wielu rynkach krajowych. Prowadzą bardziej lub mniej scentralizowany system produkcji, w zależności od tego, jak drogie jest transportowanie produktu i czy wymaga on dostosowania do rynków lokalnych. Po stronie popytu istnieją duże różnice między konsumentami z różnych państw członkowskich, pod względem wydatków, wrażliwości cenowej i przywiązania do marek, o czym świadczy zróżnicowany stopień rozwoju marek własnych detalistów. Ponadto konsumenci preferują zakupy w lokalnych sklepach¹⁶. Wymienione cechy przekładają się na to, że rynek żywności w wymiarze geograficznym ma charakter krajowy lub lokalny, a rynki produktowe są definiowane na każdym poziomie łańcucha.

Zainteresowanie siłą przetargową w sektorze rolno-spożywczym jest konsekwencją przemian, które zaszły w tym sektorze. W UE, w latach 90. zmienił się system wsparcia rolników, zrezygnowano ze środków wsparcia cenowego na rzecz wsparcia dochodu w postaci płatności bezpośrednich¹⁷. W ciągu ostatnich 30 lat powstały i umocniły swoją pozycję największe sieci handlowe o międzynarodowym zasięgu działalności. Widać wyraźnie postępującą koncentrację po stronie nabywców¹⁸, np. w postaci tworzenia porozumień nabyw-

¹⁶ F. Chauve, A. Parera, A. Renckens, Agriculture, Food and Competition Law: Moving the Borders, *Journal of European Competition Law & Practice* 2014, Nr 5(5), s. 304–305.

¹⁷ Komisja Europejska, Commission Staff working document impact assessment Initiative to improve the food supply chain (unfair trading practices) Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on unfair trading practices in business-to-business relationships in the food supply chain, 12.4.2018, SWD(2018) 92 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018SC0093> (dostęp: 12.1.2019 r.), s. 9.

¹⁸ Największe koncentracje na rynku spożywczym w latach 1992–1998 zostały opisane w R. Clarke i in., Buyer Power and Competition, s. 80–81. Postępująca koncentracja w sektorze spożywczym jest również wyzwaniem dla prawa konkurencji, zob. F. Chauve, A. Renckens, The

ców dokonujących wspólnych zakupów¹⁹. Największe podmioty konsekwentnie zwiększają swój udział w rynkach krajowych, co obrazuje poniższa tabela.

Tabela 1. Procentowy udział w rynku 5 największych sieci handlowych w sektorze spożywczym

Państwo	1996 ²⁰	2016
Finlandia	89,1	94,6
Szwecja	77,9	82,3
Dania	59,5	78,9
Słowenia	–	77,8
Litwa	–	77,4
Estonia	–	76,3
Austria	58,6	75,8
Słowacja	–	73,1
Czechy	–	71,2
Niemcy	45,4	70,7
Łotwa	–	70,1
Irlandia	64,2	69
Belgia	61,6	63,9
Holandia	50,4	60,4
Francja	50,6	59,8
Wielka Brytania	56,2	58,8
Węgry	–	56,5

European Food Sector: Are Large Retailers a Competition Problem?, *Journal of European Competition Law & Practice* 2015, Nr 6(7), s. 513–529.

¹⁹ Szerzej na temat porozumień o wspólnych zakupach i ich skutków zob. *T. Björkroth, Joint Purchasing Agreements in the Food Supply Chain: Who's in the Sheep's Clothing?*, *European Competition Journal* 2013, Nr 9 (1), s. 175–198.

²⁰Wartości z 1996 r. nie są podane dla 10 państw Europy Środkowo-Wschodniej, które wtedy nie wchodziły w skład UE.

Państwo	1996	2016
Chorwacja	–	54,4
Portugalia	55,7	53,2
Polska	–	48,7
Hiszpania	32,1	43,3
Rumunia	–	43,3
Bułgaria	–	36,6
Włochy	11,8	35,6
Grecja	28	34,4

Źródło: R. Clarke i in., Buyer Power and Competition, s. 78; Komisja Europejska, Commission Staff working document impact assessment Initiative to improve the food supply chain, s. 109.

Tabela obrazuje, że w wielu państwach członkowskich UE przeważa model, w którym większość rynku należy do małej liczby wielkich sieci handlowych, które działają transgranicznie²¹. Należy przy tym pamiętać, że powyższe dane nie dotyczą tych samych pięciu detalistów w każdym państwie.

Wartość udziału w rynku pięciu największych detalistów różni się w poszczególnych państwach członkowskich. Jednak widać ogólną tendencję w postaci wzrostu poziomu koncentracji na szczeblu krajowym. Współcześni detaliści zwiększyli swój wpływ w większości państw członkowskich UE. Jest to skutek wielu dużych połączeń przedsiębiorców w ciągu ostatnich 20 lat. Przykładowo można wymienić fuzję Carrefour z Promodes z 1999 r., w wyniku której, w tamtym momencie, powstał największy detalista w Europie i drugi co do wielkości na świecie po amerykańskim Wal-mart. Inne koncentracje to przejęcie Meindl przez Rewe w 1999 r. (obecnie druga największa sieć w Niemczech po Edeka), przejęcia Makro przez grupę Metro w 1996 r.²², przejęcie hi-

²¹ Por. A. Bonanno i in., Market power and bargaining, s. 6 i wskazana tam literatura. Autorzy ponadto omawiają aktualne narzędzia analizy ekonomicznej wykorzystywane do oceny siły rynkowej i nabywczej podmiotów na rynku rolno-spożywczym.

²² Raport przygotowany przez Arcadia International, Cambridge Econometrics, Directorate-General for Competition (European Commission), Ernst&Young, The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector, 2014, https://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/retail_study_report_en.pdf (dostęp: 12.12.2019 r.), s. 50.

permarketów Real we wschodniej Europie przez grupę Auchan w 2012 r.²³, połączenie Ahold z DelhaizeGroup z 2016 r., czy przejęcie Grupy Lekkerland przez Rewe w 2019 r.²⁴

Wzrost siły nabywczej, wysoka koncentracja na górnych poziomach łańcucha dostaw żywności, skargi dostawców – to tylko niektóre z kluczowych czynników, które przyczyniły się do podjęcia działań regulacyjnych w wielu państwach.

§ 3. Nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej w naukach prawnych

I. Uzasadnienie i sposoby wprowadzenia ochrony prawnej przed nieuczciwym wykorzystywaniem przewagi kontraktowej

Pojęcie przewagi kontraktowej, siły, czy pozycji przetargowej jest znane w wielu dziedzinach nauki m.in. w ekonomii, w socjologii oraz w prawie, które jest przedmiotem niniejszej monografii. W kontekście nauk prawnych o pozycji przetargowej mówimy najczęściej w prawie pracy, gdzie pracownik jest słabszą stroną, czy prawie ochrony konsumenta. W niniejszej pracy zakres rozważań został ograniczony do omówienia przypadków relacji między przedsiębiorcami (B2B). Wyłączone zostały relacje przedsiębiorca–konsument (B2C) pomimo ich podobieństwa, tzn. w obu przypadkach występuje przedsiębiorca i druga, słabsza strona relacji handlowej, która samodzielnie nie jest w stanie poprawić swojej sytuacji, przez co wymaga ochrony.

Potrzeba wprowadzenia takich regulacji prawnych została zasygnalizowana również przez dostawców, skarżących się na nieuczciwe praktyki stosowane przez sieci handlowe. Największymi problemami, które do tej pory nie zostały rozwiązane i wciąż są podnoszone, są opóźnione płatności, wprowadzanie opłat za przyjęcie towarów do sprzedaży, dodatkowe opłaty marketin-

²³ V. Bryan, M. Inverardi, D. Vidalon, Metro sells some hypermarket operations to Auchan, Reuters 30.11.2012, <https://www.reuters.com/article/us-metro-hypermarkets-sale/metro-sells-some-hypermarket-operations-to-auchan-idUSBRE8AT0LD20121130> (dostęp: 12.12.2019 r.).

²⁴ Bundeskartellamt, Rewe can acquire Lekkerland – Bundeskartellamt clears merger, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/09_10_2019_Rewe_Lekkerland.html (dostęp: 5.11.2021 r.).

gowe, większe i niczym nieuzasadnione uprawnienia silniejszej strony transakcji handlowej. Jest to problem, z którym mierzy się wiele państw²⁵, ponieważ skargi dostawców i nabywców docierają do odpowiednich organów nie tylko w Europie²⁶, ale też w USA²⁷. Na poziomie UE wyraźnie zaczęto podkreślać istnienie asymetrii w sile przetargowej i jej potencjalne negatywne skutki w zakresie łańcucha dostaw żywności w 2009 r. Dyskusja z biegiem lat zyskiwała i traciła na intensywności wraz z wahaniami cen towarów rolnych i spożywczych.

Jako argument uzasadniający wprowadzenie nowych regulacji podaje się, że istniejące prawo nie jest w stanie skutecznie poradzić sobie z problemem nadużywania pozycji przetargowej. Mimo że przedsiębiorcy mogą wytaczać powództwa cywilne, podkreśla się, że nie zapewniają one skutecznej ochrony. Słabsza strona transakcji w obawie przed reperkusjami, np. w postaci zerwania stosunków handlowych lub wysokiej kary umownej, może zrezygnować z drogi sądowej, godząc się na ustępstwa wobec silniejszego partnera. Tym bardziej jeśli przedmiotem transakcji są towary szybko psujące się, dostawca staje przed wyborem przyjęcia gorszej oferty lub utraty towarów. Akty prawa unijnego określają przyczynę takiego postępowania „czynnikiem strachu”²⁸. Czynnikiem strachu dotyczy również składania zawiadomień do organów administracji publicznej. Słabsi przedsiębiorcy w obawie przed odwetem silniejszego kontrahenta mogą nie zawiadamiać organów o nieuczciwych praktykach, co przyczyniło się do przyznania organom uprawnień mających na celu ochronę danych zgłaszającego²⁹. Innymi czynnikami są: utrudnione korzystanie z prawa do sądu (przejawiające się jako m.in. bardzo długi czas trwania rozpraw sądowych, kwestie dowodowe i inne przepisy, które utrudniają powodowi wystąpienie z roszczeniem), brak skutecznego mechanizmu prowadzenia postępowań grupowych, brak zachęt dla silniejszej strony do wybrania

²⁵ Por. P. Nihoul, T. Lubbig, The Next Big Question in Competition Law: How do we Treat Buyer Power?, *Journal of European Competition Law & Practice* 2011, Nr 2(2), s. 107.

²⁶ K. Oglethorpe, Buyer power: an enforcer's concern?, *Global Competition Review*, 14.5.2013, <https://globalcompetitionreview.com/article/1057217/buyer-power-an-enforcer%E2%80%99s-concern> (dostęp: 20.11.2019 r.).

²⁷ A.R. Ganesh, The Right to Food and Buyer Power, *German Law Journal* 2010, Nr 11(11), s. 1191; W.S. Grimes, Buyer Power and Retail Gatekeeper Power: Protecting Competition and the Atomistic Seller, *Antitrust Law Journal* 2005, Nr 72(5), s. 563–565.

²⁸ Projekt dyrektywy COM(2018) 173, s. 2, 7, 9, 12.

²⁹ Por. A. Piszcz, EU Directive on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain: Dipping a toe in the regulatory waters?, *Balkan Yearbook of European and International Law* 2019, Nr 19(1), s. 109–127.

polubownego rozwiązania sporu³⁰. Mechanizmy obecne w ustawodawstwach wielu państw członkowskich UE, takie jak anonimowe skargi i wszczynanie postępowań przez odpowiednie organy państwowe z urzędu, wskazywane są, jako efektywne metody dochodzenia roszczeń, działające jednocześnie odstraszająco na potencjalnych naruszczytel³¹.

Wiele państw na świecie zdecydowało się na wprowadzenie szczegółowych regulacji przeciwdziałających nadużywaniu pozycji przetargowej przez silniejszego przedsiębiorcę. W niektórych ustawodawstwach zakazane praktyki wymieniane są kazuistycznie, w innych określa się je za pomocą klauzul generalnych. Zależnie od przyjętego podejścia stanowią one część prawa konkurencji (poszerzając jego zakres poza unijne reguły konkurencji) lub funkcjonują w innych gałęziach prawa, w ustawach horyzontalnych lub w ustawach sektorowych. Każda gałąź prawa będzie w inny sposób determinować to, jak nadużywanie przewagi kontraktowej powinno być definiowane, zwalczane i sankcjonowane. Wybór gałęzi prawa ma znaczenie w przypadku określenia przedmiotu ochrony i środków prawnych, a także, jakie ogólne zasady prawa znajdą zastosowanie – czy będzie to ochrona w interesie publicznym (np. zapewnienie bezpieczeństwa żywnościowego, ochrona obrotu gospodarczego), prywatnym (np. ochrona słabszego podmiotu w relacjach B2B), czy określonej grupy podmiotów gospodarczych (np. ochrona dostawców lub nabywców). Ponadto, zazwyczaj przesądzi też o tym, czy nadużycie będzie stwierdzał organ administracji publicznej w postępowaniu wszczynanym z urzędu, czy sąd powszechny rozstrzygając o roszczeniu cywilnoprawnym przedsiębiorcy.

Ustawy sektorowe coraz częściej koncentrują się na szkodliwych praktykach stosowanych przez nabywców lub dostawców w łańcuchu dostaw produktów spożywczych. Polski ustawodawca również uregulował ten problem, uchwalając 15.12.2016 r. ustawę o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi.

Innym rozwiązaniem, które można odnaleźć w niektórych państwach, jest brak specyficznych regulacji dotyczących nadużywania pozycji przetargowej. Wiele aktów prawnych może zawierać jedynie częściowe regulacje dotyczące nadużywania przewagi kontraktowej, nie obejmując problemu całościowo. Oznacza to, że prawodawstwo danego państwa tylko w określonym zakresie będzie odnosiło się do zachowań polegających na nadużywaniu pozycji prze-

³⁰ A. Renda *i in.*, Study on the Legal Framework, s. 119–120.

³¹ *Ibidem*, s. 6.

targowej. Przykładowo, jeśli wejdzie to w zakres prawa konkurencji, najczęściej zastosowanie znajdą przepisy dotyczące nadużywania pozycji dominującej, z uwagi na podobieństwo katalogu zakazanych praktyk. Tym samym, nie będzie można stwierdzić naruszenia, dopóki zachowanie przedsiębiorcy nie spełni przesłanek wyznaczonych w prawie konkurencji. Przedsiębiorca musi mieć pozycję dominującą lub posiadać znaczną siłę rynkową. Ustalenie tych okoliczności będzie decydowało o zastosowaniu prawa konkurencji w danej sytuacji. Jeśli zachowanie będzie miało znamiona nadużycia pozycji przetargowej, ale naruszający nie będzie miał pozycji dominującej ani znacznej siły rynkowej, prawo konkurencji nie znajdzie zastosowania. Na poparcie takiego podejścia wskazuje się, że taki przedsiębiorca nie jest w stanie w znaczący sposób wpłynąć na rynek lub zakłócić na nim konkurencji. Ochrona przed nieuczciwymi praktykami może być również zapewniona przez regulacje będące częścią prawa prywatnego, takie jak przepisy prawa cywilnego, handlowego lub zwalczania nieuczciwej konkurencji. W tym wypadku roszczenia przedsiębiorcy będą rozpatrywane przez właściwy sąd.

Obecnie najczęściej o nieuczciwym wykorzystywaniu przewagi kontraktowej mówi się w kontekście łańcucha dostaw produktów spożywczych. W związku z tym nasuwa się pytanie, dlaczego przemysł rolno-spożywczy jest tak istotny, że wiele państw, a także UE, zdecydowało się ograniczyć zakaz nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej tylko do tego sektora. Poza czynnikami ekonomicznymi omówionymi w rozdziale 1 § 2, sektor żywności odgrywa bardzo ważną rolę w polityce gospodarczej państw na całym świecie. Jest kluczowy zarówno z perspektywy ekonomicznej, jak i społecznej. Obejmuje zagadnienia bezpieczeństwa i dostępności żywności, konkurencyjności przedsiębiorstw na rynku globalnym, polityki ochrony środowiska i innych. Jest to również sektor, który charakteryzuje się dużym interwencjonizmem państwa, pomimo licznych działań mających na celu ograniczenie stosowania takich instrumentów³². Rządy przyznają dotacje na określone uprawy, dopłaty do ziemi, dokonują interwencyjnych skupów towarów, kształtując tym samym rynek. Takie działania wpływają również na sytuację podmiotów na da-

³² Szerzej na temat inicjatyw prawnych podejmowanych w celu regulacji rynku i wzmocnienia pozycji producentów rolnych zob. *I. Lipińska*, Prawna organizacja rynku rolnego w aspekcie zarządzania ryzykiem w produkcji rolnej, *Studia Iuridica Lublinensia* 2017, Nr XXVI (1), s. 415–432. Na rynku rolno-spożywczym możemy również zaobserwować przejawy protekcjonizmu gospodarczego oraz presji politycznej w tym zakresie. Por. PAP, Protekcjonizm wewnątrzunijny zagrożeniem dla polskich eksporterów, https://www.wnp.pl/rynki-zagraniczne/protekcjonizm-wewnatrzunijny-zagrozeniem-dla-polskich-eksporterow,320178_1_0_0.html (dostęp: 6.12.2018 r.).

nym rynku, ich liczbę, poziom koncentracji i inne czynniki. Czasami prowadzi to do sztucznego kreowania podaży i popytu na tym rynku. Dodatkowo ceny żywności cechuje wyjątkowa niestabilność, pomimo interwencji państwa³³.

Wskazane wyżej czynniki istotnie wpływają na bezpieczeństwo żywnościowe. Konieczność jego zapewnienia wskazuje się jako jedną z przyczyn potrzeby zwalczania nieuczciwych praktyk w sektorze rolno-spożywczym. Bezpieczeństwo żywnościowe jest często wymieniane jako jeden z ważniejszych celów polityki państwa i jednocześnie uważane za wartość, którą trzeba szczególnie chronić. Organizacja Narodów Zjednoczonych do spraw Wyżywienia i Rolnictwa (FAO) definiuje bezpieczeństwo żywnościowe jako sytuację, w której wszyscy ludzie mają nieprzerwany fizyczny, społeczny i ekonomiczny dostęp do bezpiecznej i odżywczej żywności, w wystarczającej ilości, zaspokajającej ich potrzeby żywieniowe i preferencje niezbędne do prowadzenia aktywnego i zdrowego trybu życia³⁴. Podobne stanowisko reprezentuje Unia Europejska, według której polityka bezpieczeństwa żywnościowego ma na celu zapewnienie obywatelom UE bezpiecznej i pożywnej żywności produkowanej ze zdrowych roślin i zwierząt, jednocześnie umożliwiając przemysłowi spożywczemu działanie w najlepszych możliwych warunkach³⁵. Na poziomie unijnym kierunek rozwoju sektora wyznacza Wspólna Polityka Rolna.

Dokumenty unijne podkreślają, że dyskusja o nieuczciwym wykorzystywaniu przewagi kontraktowej nabrała rozpędu w 2009 r. Impulsem do rozmów na pewno był m.in. globalny kryzys cen żywności z 2008 r.³⁶ Bezpieczeństwo żywnościowe jest bardzo istotne dla normalnego funkcjonowania państwa, a historia zna mnóstwo przypadków, kiedy jego brak przerodził się w problem polityczny, jak np. w Prusach w latach 1846–1847³⁷. Nagłe wzrosty cen żywności nieraz prowadziły do protestów. W skrajnych przypadkach zamieniały się one w manifestacje, które szybko nabierały charakteru politycznego i prowadziły do ogólnej destabilizacji kraju. Na fali kryzysu gospodarczego 2007–

³³ K. Świetlik, Zmiany cen detalicznych artykułów żywnościowych w Polsce w latach 2003–2015, *Handel wewnętrzny* 2016, Nr 6(365), s. 181–196.

³⁴ Rome Declaration on World Food Security and World Food Summit Plan of Action: World Food Summit, 13–17.11.1996, Rome, Italy, <http://www.fao.org/docrep/003/w3613e/w3613e00.htm> (dostęp: 6.10.2018 r.).

³⁵ Komisja Europejska, The EU explained: Agriculture, http://publications.europa.eu/resource/cellar/25292734-514e-49da-8fcd-8628951b12d2.0001.05/DOC_1 (dostęp: 6.12.2018 r.).

³⁶ D. Malchar-Michalska, Polityka handlowa państw w obliczu światowego kryzysu żywnościowego; zmiany w wykorzystaniu ograniczeń eksportowych w latach 2008–2011, *Problemy Rolnictwa Światowego* 2012, t. 12, z. 4, s. 97–106.

³⁷ C. Clark, Prusy. Powstanie i Upadek 1600–1947, Warszawa 2009, s. 387–414.

2008 miał miejsce szereg wystąpień w Afryce i na Bliskim Wschodzie³⁸. Wobec globalizacji rynków, stabilność w sektorze rolno-spożywczym musi być jednym z priorytetów każdego państwa. Rządy ściśle kontrolują i monitorują ten sektor gospodarki, nierzadko uciekając się do licznych interwencji. Wobec kryzysu z 2008 r. pewne kroki podjęła nawet Komisja Europejska, proponując ustanowienie specjalnego mechanizmu szybkiego reagowania na gwałtowny wzrost cen w krajach rozwijających się³⁹.

II. Pojęcie przewagi kontraktowej

Ocena istnienia przewagi kontraktowej jest zazwyczaj względna, tzn. nie istnieją konkretne progi lub jasne kryteria, według których można stwierdzić czy dany przedsiębiorca posiada przewagę kontraktową względem swoich kontrahentów, jak to ma miejsce np. przy określaniu pozycji dominującej. W przypadku pozycji dominującej istnieje domniemanie, że przedsiębiorca jest dominantem na rynku właściwym, jeśli posiada w nim określony udział procentowy⁴⁰. Przewaga kontraktowa, czy też pozycja przetargowa, ustalana jest indywidualnie w każdej sprawie, punktem odniesienia jest słabsza strona transakcji handlowej. Źródłem przewagi mogą być cechy o charakterze podmiotowym, takie jak wielkość przedsiębiorcy, czy jest monopolistą, posiadane zasoby ludzkie, osiągnięty obrót, potencjał i doświadczenie w prowadzeniu negocjacji. Strona, która może poczekać na wynik negocjacji i nie śpieszy się z podpisaniem umowy, również będzie miała większą siłę przetargową⁴¹. Poza tym przewaga jednej ze stron może wynikać z okoliczności transakcji – jej przedmiotu, asymetrii w dostępie do informacji, dostępnych w danym momencie alternatywnych rozwiązań, które przyniosą ten sam lub podobny skutek dla stron, co zawierana transakcja, tego, w jakim stopniu strony są zmuszone do współpracy. Niektórzy autorzy wskazują, że w takich sytuacjach

³⁸ K. Górak-Sosnowska, W stronę rozwoju. Drogi Azji i Afryki, Łódź 2009, s. 26–27.

³⁹ Motywując propozycję wprowadzenia specjalnego mechanizmu, Przewodniczący KE Barroso stwierdził „Wpływ wysokich cen żywności jest szczególnie odczuwalny wśród najbardziej potrzebujących mieszkańców świata. Sytuacja ta może doprowadzić do zwolnienia tempa realizacji milenijnych celów rozwoju i do zaostrzenia napięcia w krajach biednych, tzn. w Afryce. Zaproponowany mechanizm w wysokości 1 mld euro powinien szybko i w sposób znaczący pobudzić produkcję produktów rolnych”, Komunikat prasowy KE z 18.7.2008 r., Nr IP/08/1186, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1186_pl.htm (dostęp: 8.1.2019 r.).

⁴⁰ W Polsce zgodnie z art. 4 pkt 10 OchrKonkurU domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.

⁴¹ P. Dorman, *Microeconomics*, s. 308.

warto analizować źródło przewagi, tzn. czy druga strona mogła przedsięwziąć środki, by poprawić swoją sytuację⁴².

Wymienione kryteria, z wyjątkami, nie są brane pod uwagę przy dokonywaniu analizy prawnej. Zwykle, to nie relatywna wielkość przedsiębiorcy ani praktyczne aspekty transakcji są brane pod uwagę, lecz ustalone przesłanki prawne decydujące o istnieniu przewagi kontraktowej. Kryteriami mogą być: 1) stopień zależności słabszej strony od pozostawania w relacjach handlowych z drugą stroną; 2) wielkość udziału w rynku; 3) możliwość znalezienia nowego kontrahenta przez słabszą stronę lub inne kryteria świadczące o tym, że słabszy podmiot nie ma rozsądnej alternatywy zmiany kontrahenta; 4) udział nabywcy w ogólnej sprzedaży danego produktu dostawcy; 5) inne kryteria oparte na statusie strony, np. klasyfikacja przedsiębiorców według kategorii MŚP, progi rocznego obrotu przedsiębiorcy, ustalona różnica w obrocie między stronami (różnica w skali działalności), status dostawcy lub nabywcy, pozycja przedsiębiorcy w łańcuchu dostaw⁴³. Inną metodą regulacji jest stworzenie czarnej listy zakazanych praktyk. Niektóre kryteria wyrażone liczbowo nie będą wymagały zastosowania skomplikowanej analizy stwierdzającej czy jedna ze stron posiada przewagę kontraktową, ale i nie są w stanie oddać w pełni sytuacji stron i kontekstu, w którym powstała między nimi dysproporcja w sile przetargowej. Z kolei wszystkie przesłanki ujęte w postaci klauzul generalnych lub pojęć nieostrych, będą źródłem trudności interpretacyjnych.

Rozwiązania przyjęte w niektórych państwach mają często charakter ilościowy, wyznacznikiem posiadania pozycji przetargowej jest osiągnięcie przez przedsiębiorcę określonego progu wartości obrotu osiągniętego między przedsiębiorcami⁴⁴. Najczęściej będą im też towarzyszyć inne kryteria dostosowane do specyfiki rynku danego państwa (np. liczba dużych sieci handlowych, ich udziału w rynku itp.). Jest to rozwiązanie, które sprawdzi się przede wszystkim w niedużych gospodarkach cechujących się dużą koncentracją na wyższych poziomach łańcucha dostaw, ponieważ pozwoli wskazać największe podmioty potencjalnie nadużywające swojej pozycji wobec słabszych kontrahentów. Jest to model, który będzie wymagał częstych nowelizacji, ponieważ jest zależny od zmian zachodzących na rynku, stąd też jego niewielka popularność. Większość

⁴² D.D. Barnhizer, *Inequality of bargaining power*, s. 144–146.

⁴³ A. Renda *i in.*, *Study on the Legal Framework*, s. 90.

⁴⁴ Przykładami państw, które zdecydowały się na takie rozwiązania są Czechy i Litwa opisane odpowiednio w rozdziale 1 § 4 pkt V i VI. Do wejścia w życie nowelizacji *PrzeciwPrzewKontrU16* z 4.10.2018 r. była to również Polska, od 2021 r. przewaga kontraktowa ponownie jest wyznaczana na podstawie progów osiąganego obrotu.

państw decyduje się na wprowadzenie klauzul generalnych i pojęć nieostrych, które należy brać pod uwagę, by ocenić czy istnieje stan przewagi kontraktowej. Będą do nich należeć zasady współżycia społecznego, uczciwość kupiecka, dobre obyczaje, dobra wiara, uczciwość gry rynkowej i podobne reguły odnoszące się do uczciwego obrotu w stosunkach gospodarczych między przedsiębiorcami.

W literaturze podkreśla się, że samo posiadanie przewagi kontraktowej nie jest wystarczające do stwierdzenia naruszenia⁴⁵. Musi dojść do sytuacji, w której zachowanie przedsiębiorcy spełni przesłanki nadużycia posiadanej przewagi lub przedsiębiorca wykorzysta swoją pozycję w sposób sprzeczny z prawem danego państwa. Dokładne kryteria i pojęcie naruszenia zakazu analizuje następny podrozdział.

III. Pojęcie nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej

Termin „nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej” funkcjonuje tylko w prawie polskim i jego stosowanie ograniczone jest do praktyk występujących na rynku towarów rolnych i spożywczych. W innych państwach członkowskich UE stosowane są odrębne nazwy. Na poziomie regulacji unijnych takie zachowania określane są mianem nieuczciwych praktyk handlowych (*unfair trading practices*), i tak jak w polskiej ustawie odnoszą się jedynie do relacji między przedsiębiorstwami w łańcuchu dostaw żywności. Na świecie instytucja ta występuje przede wszystkim pod nazwą nadużywania pozycji (siły) przetargowej (*abuse of superior bargaining power/position*) oraz jako nadużycie zależności ekonomicznej (*abuse of economic dependence*). Powyższe dwa pojęcia często używane są zamiennie, jednak nie w każdym przypadku obrazują identyczną sytuację⁴⁶. Pierwsze z nich kładzie nacisk na pozycję silniejszej strony, która może narzucić nieuczciwe warunki słabszemu kontrahentowi. Natomiast drugie określenie koncentruje się na sytuacji słabszego podmiotu, który jest zależny od silniejszej strony i nie ma pełnej swobody wyboru innego kontrahenta. Ponadto oba terminy mają szerszy zakres niż te używane w pra-

⁴⁵ M. Salitra, Analiza wybranych regulacji, s. 134; M. Namysłowska, w: M. Namysłowska, A. Piszcz, Ustawa o przeciwdziałaniu, s. 76–77.

⁴⁶ Por. M. Bakhoun, Abuse Without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper 2015, Nr 7(4), s. 2.