

Prof. dr hab. Tadeusz Skoczny

RECENZJA

rozprawy doktorskiej mgr Jana Markiewicza pt.

„Oplaty półkowe” – pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży jako delikt nieuczciwej konkurencji w świetle art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

Kraków, listopad 2014, ss. 246 (maszynopis),

przygotowanej pod kierunkiem naukowym

prof. dr. hab. Ewy Nowińskiej.

1. Ocena generalna

W wykonaniu uchwały Rady Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego z dnia 23.03.2015 r., powołującej mnie na recenzenta w przewodzie doktorskim mgr Jana Markiewicza, pragnę przedłożyć recenzję rozprawy doktorskiej pt. *„Oplaty półkowe” – pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży jako delikt nieuczciwej konkurencji w świetle art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* z pozytywną oceną i z wnioskami o podjęcie dalszych czynności w przewodzie doktorskim.

Wypełniając obowiązki recenzenta stwierdzam co następuje:

- 1) rozprawa doktorska mgr Jana Markiewicza pt. *„Oplaty półkowe” – pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży jako delikt nieuczciwej konkurencji w świetle art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* stanowi **oryginalne rozwiązanie przez doktoranta problemu naukowego;**
- 2) przedstawioną do oceny pracą doktorant wykazał **ogólną wiedzę teoretyczną z zakresu prawa**, ze szczególnym uwzględnieniem prawa konkurencji;
- 3) lektura przedłożonego tekstu rozprawy potwierdza **umiejętność doktoranta samodzielnego prowadzenia pracy naukowej.**

Oznacza to, że przedłożona rozprawa **odpowiada formalnym kryteriom** określonym w art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (Dz. U. Nr 65, poz. 595 ze zm. W Dz. U. z 2014 r., poz. 1852 oraz 2015 r. poz. 249).

Może więc być przedstawiona do publicznej obrony.

Wychodząc poza realizację formalnych obowiązków recenzenta, pragnę jednoznacznie stwierdzić, że przedstawiona mi do recenzji rozprawa J. Markiewicza **odpowiada jakościowym oczekiwaniom**, jakie stawiam pracom doktorskim, **w stopniu bardzo wysokim**, zarówno pod względem warsztatowym, jak i merytorycznym. Jest to jedna z najlepszych prac doktorskich z zakresu prawa konkurencji, w szczególności prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji, jaką miałem w ręku jako recenzent i czytelnik. Z uwagi na jej znaczenie dla dyskusji nad dorobkiem orzecznictwem i praktycznymi problemami prawnymi stosowania art. 15 ust. 1 uznk chciałbym wyrazić nadzieję, że **praca zostanie opublikowana**, oraz pewność, że **zasługuje na wyróżnienie**. W przekonaniu, że także obrona rozprawy J. Markiewicza przebiegnie pomyślnie, już dzisiaj stawiam formalny wniosek o nadanie Mu stopnia doktora nauk prawnych *cum laudo*.

W uzasadnieniu tej wysokiej oceny i wynikających z niej wniosków przedstawiam – zgodnie ze swą powinnością – kilka uwag warsztatowych i formułuję kilka refleksji merytorycznych, do których Doktorant może ustosunkować się w trakcie publicznej obrony Jego rozprawy.

2. Zagadnienia warsztatowe

1. Ocenę przedłożonej mi do recenzji rozprawy muszę zacząć od mocnego podkreślenia, że jej Autor wyraźnie określił **założenia poznawcze** swojej rozprawy doktorskiej (niestety nie jest to wcale tak powszechne w Polsce). Postanowił mianowicie – po pierwsze – udowodnić, że **rzeczywistą – orzecznictwem – treść normatywną art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk stanowi zakaz odpłatnego świadczenia przez sieci handlowe na rzecz ich dostawców wszelkich usług**, w tym zwłaszcza usług reklamowych, **oraz każdej umownej modyfikacji ceny sprzedaży** dostarczanych przez nich towarów w drodze rabatów, premii i innych podobnych mechanizmów, i po drugie – **dokonać krytycznej oceny** takiej wykładni art. 15 ust. pkt 4 uznk zarówno w ogólności, jak i w odniesieniu do poszczególnych przesłanek tego zakazu (s. 8 oraz 24ff). Tych założeń trzyma się do bólu konsekwentnie w całej pracy, w tym zwłaszcza w dominującym w niej rozdz. 4 (ca 70% jej objętości). W interesie czytelnika byłoby jednak korzystne, gdy autor rozbił ten rozdział na dwa rozdziały – prezentujące odrębnie zagadnienia ogólne i szczegółowe (obecne pkt. 4.2. oraz 4.3.).

2. Ww. założenia poznawcze, w tym głównie charakter postawionej tezy (zob. niżej. pkt 3.x. recenzji) sprawiły, że **doktorant słusznie oparł swoje wywody na dorobku orzecznictwa**

sądów powszechnych i Sądu Najwyższego w sferze stosowania art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk (częściowo także art. 3 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 *in principio*). To bowiem sędziowie przesądzi, że przepis ten był dotychczas stosowany w tak restrykcyjny sposób mimo odrębnego – i to dość powszechnego – stanowiska doktryny w ogóle i w odniesieniu do poszczególnych przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji ustanowionego w art. 15 ust. 1 pkt 4. Orzecznictwo to poddał analizie w imponującym zakresie, cytując relewantne tezy sędziowskie często *in extenso*. Żadne z twierdzeń J. Markiewicza nie jest podane „na wiarę”. Pewnie wynika to z jego doświadczeń praktycznych (jako adwokata), ale znamionuje też bardzo dobry warsztat prawnych (prawno-dogmatyczny), wyrażający się w prezentowaniu własnych poglądów w świetle orzeczeń sądowych i poglądów doktryny. *Nota bene* warto podkreślić, że doktorant wykazał się znajomością kompletnej literatury przedmiotu.

3. Nie może jednak dziwić, że podstawową metodą badawczą, którą stosuje w swej rozprawie, jest **metoda formalno-dogmatyczna**. Posługuje się nią po mistrzowsku. Znakomicie prezentuje poglądy orzecznictwa, głównie sądów apelacyjnych i Sądu Najwyższego, oraz stanowiska doktryny – wyraźnie i jednoznacznie je konfrontując. Chociaż trzeba przyznać, że nie było to zadanie szczególnie trudne, jako że – przynajmniej do zeszłego roku – sądy powszechne i Sąd Najwyższy orzekały – praktycznie rzecz biorąc – sprzecznie z stanowiskiem doktryny, wyrażonym komentarzach do art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk oraz artykułach i glosach pisanych głównie przez praktyków, często zaangażowanych w sporach sądowych w sprawie opłat półkowych. Wymaga jednak szczególnego podkreślenia **odwaga**, z jaką Autor krytykuje poglądy orzecznictwa oraz kontestuje niekiedy stanowiska doktryny.

4. **Prawno-dogmatyczny model rozprawy** nie oznacza jednak, że Autor nie uwzględnił w swych badaniach metody prawno-historycznej. Przedstawiając szczegółowo przebieg i kontekst legislacyjny, którego efektem było przyjęcie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, wyraźnie „wypunktował” pobieżność (s. 12) ocen aksjologicznych niektórych komentatorów (w tym recenzenta) oraz „współsprawstwo” przedstawicieli UOKiK w tragicznej jakości analizowanego przepisu (s. 21-22).

5. Recenzowana rozprawa dotyczy jednoznacznie prawa polskiego. Trudno więc było wymagać od J. Markiewicza stosowania metody prawno-porównawczej. Podjął on wprawdzie taką próbę, ale niewiele mógł z zastosowania tej metody wywieść. Identycznego szczególnego przepisu służącego przeciwdziałaniu wykorzystywania przewagi kontraktowej sieci handlowej nad dostawcami nie ma bowiem ani w USA, ani w UE i jej państwach

członkowskich (Niemczech i Wielkiej Brytanii), chociaż samo zjawisko partycypacji dostawców w kosztach „zintegrowanego kanału dystrybucji” istnieje wszędzie. Jest charakterystyczne, że na regulację tych spraw nie zdecydowała się póki co nawet – „biurokratyczna” – Unia Europejska, chociaż była do tego namawiana głównie przez rządy Francji i Polski(!) – w naszym przypadku przez poprzednie kierownictwo UOKiK. *Nota bene* warto zauważyć, że polskie środowiska biznesowe i profesjonalne (prawnicze) miały inne zdanie. Szkoda, że Autor nie odnotował „Odpowiedzi w zakresie ankiety Komisji Europejskiej dotyczącej Zielonej księgi w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw produktów spożywczych i niespożywczych między przedsiębiorstwami”, którą w 2013 r. sporządził zespół powołany w ramach CARS <http://www.cars.wz.uw.edu.pl/doradztwo-08.html>. Także nowe kierownictwo UOKiK, mając za sobą stanowisko Rady Doradczej przy Prezesie UOKiK, zdecydowanie krytycznie oceniło zgłoszony przez środowiska dostawców projekt ustawy o zwalczaniu nieuczciwych praktyk rynkowych przedsiębiorców zajmujących się obrotem produktami spożywczymi lub rolnymi wobec dostawców tych produktów.

6. Na duży plus Doktoranta trzeba też zapisać zaproponowane w „Podsumowaniu” (s. 5231ff) wnioski końcowe, w których w sposób klarowny i konsekwentny przedstawił wyniki swej analizy oraz sformułował sposoby wyjścia z dyskomfortowej sytuacji, w której w prawie polskim istnieje – jak podkreśla Autor „incydentalnie” (s. 10) – przepis niskiej jakości legislacyjnej i słabo osadzony w aksjologii i strukturze uznk, a orzecznictwo na jego gruncie „stanowi w wielu aspektach hermetyczną przestrzeń, w której treść pojęć, zarówno języka prawnego, jak i potocznego, zasady logiki i doświadczenia życiowego, wskazania wiedzy ekonomicznej czy nawet zasady procedury cywilnej zdają się być inne niż na gruncie innych dziedzin prawa czy nawet innych przepisów ustawy”.

3. Kilka refleksji merytorycznych

7. Rzadko się zdarza, żeby recenzent rozprawy doktorskiej mógł powiedzieć, że w pełni (całkowicie) zgadza się z ocenami i poglądami jej autora. Tak jest w tym przypadku w kwestii zasadności wykładni art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk przyjętej (dominującej) w orzecznictwie przynajmniej do poł. 2014 r., a może nawet trochę dłużej. Tym samym mogę też uznać, że Autor pozytywnie zweryfikował postawioną na wstępie pracy tezę o wysoce restrykcyjnym rozumieniu tego przepisy przez sądy i zdecydowanie słusznie poddał je surowej krytyce. W gruncie rzeczy **mam prawie identyczne poglądy** wobec rozumienia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na „utrudnianiu dostępu do rynku”, w szczególności

przez „pobieranie innych niż marża handlowa opłat za wprowadzenie towaru do sprzedaży”. Dałem temu zresztą wyraz w 2 i 3 wydaniu komentarzy do tego przepisu (wspólnego autorstwa z dr M. Bernattem), szeroko cytowanym przez doktoranta. Przyjmuję też krytykę Autora, że nie dostrzegłem (a jako autor pierwotnych przepisów art. 15 ust. 1 pkt 1-3 uznk powinienem był dostrzec) zagrożeń związanych z nowelizacją wprowadzającą art. 15 ust. 1 pkt 4 metodą „wrzutki poselskiej” inspirowanej przez środowiska „drobnych(sic) i średnich dostawców”, aczkolwiek w ostatecznym rachunku przepis nie zawiera przesłanki ograniczającej jego zakres podmiotowy do ochrony małych i średnich przedsiębiorstw (s. 32ff).

8. Podzielam poglądy J. Markiewicza na wiele kwestii. W szczególności:

a) zgadzam się, że art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk jest „błędnie sformułowany” (s. 232), głównie gdy chodzi o posłużenie się w nim pojęciem „marży handlowej” (s. 37ff);

b) też sądzę, że nie ma uzasadnienia normatywnego orzecznicze rozszerzenie przesłanki „popieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży” na opłaty „wkalkulowane” w cenę towaru, obniżające ją (ss. 42ff oraz 232).;

c) zdecydowanie przeciwny byłem od początku i jestem orzeczniczemu pomijaniu najważniejszej przesłanki analizowanego czynu nieuczciwej konkurencji, tj. „utrudnianiu dostępu do rynku” (s. 58ff), w tym kuriozalnemu ograniczeniu „rynku” do relacji między daną siecią a dostawcą (s. 69ff), oraz bezpodstawnemu odwoływaniu się do obiektywnej (a nie subiektywnej) istoty ekwiwalentności świadczeń sieci na rzecz dostawcy (s. 85ff, s. 234); nie mogę zgodzić się na niemające ugruntowania w art. 15 ust. 1 *in principio* oraz ust. 4 domniemania prawne (s. 236).

9. Podzielam też w pełni poglądy Doktoranta co do relacji, w jakich pozostają do siebie przepisy art. 15 ust. pkt 4 oraz art. 3 ust. 1 (klauzula generalna), w tym pogląd o pełnieniu przez tę klauzulę również funkcji korygującej (s. 79, 234).

10. Autor ma też pewnie racje, że przez całe ostatnie 10 lat sądy stosowały restrykcyjną wykładnią art. 15 ust. 1 ust. 4 uznk głównie ze względów oportunistycznych (nawał spraw, konieczność uproszczenia postępowania), może nawet kierując się swoistą logiką „patriotyczną” (obce sieci handlowe, nasi przedsiębiorcy). Sądy przestały być więc „sprawiedliwe” – J. Markiewicz stwierdza wprost, że przyjęta przez sądy polskie wykładnia art. 15 ust. 1 pkt 4 „stanowi przykład nieusprawiedliwionego sądowego prawodawstwa”. Nie może więc dziwić, że świat gospodarki znalazł sam dwa rozwiązania, mające ograniczyć zakres „automatyzmu” odzyskiwania przez dostawcę, najczęściej po zakończeniu współpracy

z siecią handlową, akceptowanych często przez lata kosztów współpracy z daną siecią w ramach zintegrowanego kanału dystrybucji, przynoszących często dostawcom wymierne korzyści, poszerzające (a nie utrudniające) dostęp do rynku sprzedaży detalicznej wielkiej skali. Z dużymi dostawcami zaczęto stosować tzw. relacje net-net-net (s. 223). Zmniejszenie skali powództw przeciwko sieciom handlowym było też wynikiem rozpowszechnienia się zapisów na sądy polubowne (s. 222), które dokonywały analizy ekonomicznej relacji sieci – dostawca, a w konsekwencji „nakazywały zwrot” tylko tych kosztów (opłat), które nie były ekwiwalentne. Sądy powszechne i Sąd Najwyższy ponosiły więc porażkę, bo zjawisko partycypacji dostawców w kosztach zintegrowanych kanałów dystrybucji pozostało.

11. Jak wiadomo, sprawa czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu dostępu do rynku poprzez pobieranie opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży trafiła w końcu do Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał uznał ostatecznie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk za zgodny z Konstytucją (art. 22). Do orzeczenia tego można mieć pewne zastrzeżenia, ale najważniejsze jest to, że zostało w nim sformułowanych bardzo wiele poglądów, niezgodnych z dominującym orzecznictwem sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, natomiast – co do zasady – zgodnych z doktryną, a także – co może sprawiać Doktorantowi satysfakcję – z poglądami wyrażonymi w jego rozprawie. Przede wszystkim Trybunał wskazał, że przepis art. 15 ust. 1 ust. 4 uznk **nie zakazuje bezwzględnie** sieciom handlowym pobierania od dostawców wszelkich opłat; zakazuje jedynie pobieranie opłat, które utrudniają dostawcy dostęp do rynku, będąc sprzecznymi z dobrymi obyczajami, zagrażając lub naruszając ich interes. Zdaniem Trybunału na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk, za utrudniające dostęp rynku są tylko takie opłaty (przesunięcia majątkowe), od których uzależniona jest możliwość kontraktowania *per se*, tj. takie, którym nie towarzyszy żadne świadczenie wzajemne.

12. W momencie oddawania rozprawy, J. Markiewicz nie był jeszcze pewien, czy orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 16.10.2014 r. będzie powszechnie implementowane. Mimo że w dniu 22.07.2015 r. TK umorzył trzy dalsze skargi na niekonstytucyjność art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk (w połączonej sprawie o sygn. 22/14), to jednak „sprawy zdają się iść w dobrym kierunku”, o czym mogą świadczyć najnowsze wyroki SN z 17.04.2015 r. (I CSK 136/14) i 26.06.2015 r. (I CSK 319/14) oraz Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 16.07.2015 r. (ACa 1562/12). Będę chciał zapytać Doktoranta w trakcie publicznej obrony o ocenę najnowszego orzecznictwa w kontekście jego krytycznej oceny orzecznictwa, które dominowało przynajmniej do 2014 r.

13. Jestem również ciekaw, czy zdaniem J. Markiewicza zmiana kierunku orzecznictwa poprzez implementowanie wskazań TK z orzeczenia z 16.10.2014 r. może również sprawić, że praktyka zapisów na sądy polubowne będzie utrzymana, a zatem w dalszym ciągu możliwe będzie budowanie alternatywnej linii orzecznictwa?

.....

Warszawa-Radość, 24.08.2015 r.