Autorzy: Marcin Mioduszewski, Jarosław Sroczyński

Tytuł: Komentarz do art.15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Stan prawny: 2010.09.01

I. Uwagi ogólne

A. Wprowadzenie

1. Artykuł 15 u.z.n.k. definiuje czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku. Chroni on bodaj najważniejszą sferę aktywności profesjonalnej przedsiębiorców, jaką jest wolność działalności na rynku.

2. Swoboda działalności gospodarczej posiada status zasady konstytucyjnej (art. 22 Konstytucji RP), która jest konkretyzowana przez szereg ustaw szczegółowych, przede wszystkim przez ustawę o swobodzie działalności gospodarczej. Podejmowanie, wykonywanie oraz zakończenie działalności gospodarczej jest co do zasady wolne (art. 6 ust. 1 u.s.d.g.). Ograniczenia mogą wynikać jedynie z ustawy, a więc mogą mieć charakter publicznopravy, lub też ich źródłem może być umowa pomiędzy przedsiębiorcami, a więc mogą mieć także charakter cywilnoprawny. W tym ostatnim przypadku ograniczenie następuje w ramach swobody umów (art. 353¹ k.c.), która przewiduje, że strony mogą ukształtować stosunek prawny dowolnie, pod warunkiem, iż nie jest on sprzeczny z prawem lub zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 k.c.). Przykładem ograniczeń występujących na tej pierwszej płaszczyźnie jest działalność regulowana (np. działalność telekomunikacyjną) lub koncesjonowana (np. działalność w zakresie ochrony osób i mienia).

Krótszym innych ograniczeń lub zakłóceń prowadzenia działalności gospodarczej mogą być czynniki naturalne (recesja, zmianie się popytu na danym rynku wywołane zdarzeniami losowymi itp.) lub różnego rodzaju zachowania sprzeczne z prawem. Te ostatnie mogą być wynikiem zarówno czynów zabronionych w rozumieniu prawa karnego (zob. np. art. 296-309 k.k.) lub też innych czynów, w szczególności określanych przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

3. Utrudnianie dostępu do rynku szkodzi interesowi publicznemu (społeczeństwu, gospodarce) oraz interesowi prywatnemu rozumianemu jako indywidualny interes uczestników obrotu - przedsiębiorców oraz 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. Dostęp do rynku musi być swobodny oraz niezakłócony. Swoboda dostępu jest gwarantowana w art. 22 Konstytucji RP oraz odpowiednich ustawach, natomiast brak zakłóceń ma charakter

B. Wzajemny stosunek ustaw chroniących konkurencję

4. Obie wymienione regulacje dotyczą tego samego dobra prawnego - swej działalności gospodarczej w wymiarze konkurencji. Mimo zasadniczo odmiennego charakteru obu ustaw (administracyjnego w przypadku ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz cywilno- i karnoprawnego w przypadku ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) zachodzi pomiędzy nimi seryi związku. Zakres ich ochrony w większym lub mniejszym stopniu pokrywa się, dochodzi więc może do sytuacji, gdy określony czyn będzie wypełniał znamiona zarówno praktyk ograniczających konkurencję, o których mowa jest: w art. 6-9 u.o.k.k., jak i czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 u.z.n.k. (tak E. Strzępka-Frania, Utrudnianie przedsiębiorcom dostępu do rynku, Pr. Spółek, 2003, nr 3, s. 47). Nie jest to jednak zbieg przepisów w komisarycznym rozumieniu tego słowa, ale relacja wypełniania się w zakresie ochrony różnych interesów w stosunku do tego samego przedmiotu ochrony jakim jest konkurencja na rynku (tak T. Skoczny (w:) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, red. J. Szwaja, 2006, s. 557).

Ścisły związek pomiędzy tymi ustawami wyraża się nie tylko w podobnym przedmiocie regulacji, ale także, co w konsekwencji, w ich wzajemnej interakcji w zakresie kwalifikacji prawnej konkretnych zachowań. Istotne jest więc jasne określenie statusu i charakteru każdej z nich. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chodzi o rynek w wymiarze publiczno-prawny, wyznaczając granice zachowań rynkowych, które są dozwolone, w interesie przedsiębiorców i konkurentów (art. 1 u.o.k.k.). Ustawa zapewnia wolność i rozwój konkurencji poprzez ochronę rynku przed wszystkim przed dwiema najpoważniejszymi destabilizującymi go praktykami - porozumieniami ograniczającymi konkurencję (art. 6 u.o.k.k.) oraz nadużycieniem pozycji dominującej (art. 9 u.o.k.k.). Administracyjnoprawny charakter tej przepisów pozwala na ratyfikowanie przez organ ochrony konkurencji - Prezesa UOKIK - w sposób właściwy w sferę co do zasady obywatą swobodą działalności gospodarczej. Ten szczególny charakter swego rodzaju nadzoru ze strony organów władzy państwowej nad wolnym rynkiem ma zapewnić odpowiednio skuteczne eliminowanie przypadków zakłócających, nawet przez krótki czas, wpływu podmiotów na swobodę działalności gospodarczej (por. T. Skoczny (w:) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, red. J. Szwaja, 2006, s. 554).
5. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji również chroni rynek przed działaniami zaburzającymi warunki wolnego i równego współzawodnictwa, jednak czyni to w innym wymiarze. Ustawa antymonopolowa przyznaje organom władzy państwowej możliwość bezpośredniej ingerencji w działalność podmiotów na rynku tylko w okolicznościach, które stanowią największe zagrożenie dla ładu na rynku; pozostałe przepadki wystąpienia zagrożenia, choćby polegały na podobnych lub nawet tych samych zachowaniach, są przedmiotem regulacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa ta uzupełnia regulację ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów tam, gdzie właściwa ingerencja państwa byłaby środkiem zbyt silnym. Oddaje do dyspozycji samych uczestników rynkowego współzawodnictwa instrumenty zapobiegania oraz eliminacji zachowań godzących w konkurencję, przy czym decyzje o ich zastosowaniu podejmuje zawsze sąd. Reżim komentowanej ustawy wymaga więc aktywności samych uczestników obrotu i w pierwszym rzędzie działa w interesie ich ochrony, choć jego skutki systemowe obejmują także interesy publiczny oraz przedsiębiorców i klientów w ogólności (art. 1 u.z.n.k.). Mimo że przedmiotem obu omawianych regulacji jest swoboda działalności gospodarczej, to uogólniając, można stwierdzić, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni jej wolność, natomiast ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - uczciwość (tak T. Skoczny (wś.) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red. J. Szwaja, Warszawa 2006, s. 556). Słusznie zauważyła E. Strzępka-Franja, że "dla istoty praktyki monopolistycznej ważne jest, aby także ograniczenie samodzielności kontrahentów, konkurentów i konsumentów i zmuszanie ich do uczestnictwa w obrębie na warunkach mniej korzystnych, niż by to miało miejsce w warunkach wolnej konkurencji, było wymagane władzą rynkową, będącą następstwem posiadania na rynku dostatecznie silnej pozycji" (Oszczędanie...).

6. Obie ustawy formalnie są od siebie niezależne, jednak zakres ich regulacji pokrywa się, przy czym z uwagi na przedmiot i charakter ochrony nie zachodzi pomiędzy nimi stosunek wykluczania. Może więc zdarzyć się sytuacja, że to samo zachowanie polegać będzie ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów jako praktyka ograniczająca konkurencję i jednocześnie stanowić będzie czyn nieuczciwej konkurencji; natomiast zakwalifikowanie określonego czynnika jako wchodzącego w zakres jednej z ustaw nie może a limine wykluczać zastosowania drugiej (tak T. Skoczny (wś.) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red. J. Szwaja, 2006, s. 51).

7. Uzgodnianie dostępu do rynku jest zachowaniem, które może być przedmiotem regulacji obu ustaw. Na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może spełniać przesłanki praktyk z art. 6 lub art. 9, może być więc realizowane poprzez porozumienia ograniczające konkurencję lub za pomocą nadożywania pozycji dominującej, w tym także kolektywnej pozycji dominującej. Katalog sposobów realizacji obu wskazanych praktyk na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ma charakter otwarty i zawiera m.in. takie zachowania, jak podział rynków zbytu lub zakupu (w tym według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych), dyskryminacja, ograniczanie dostępu do rynku lub eliminowanie z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, przeciwdziałanie ukształtowaniu się
warunków niezbędnych do powstania konkurencji. Z uwagi na nieskończoną ilość możliwych stanów faktycznych ustawa podaje jedynie pewne przykłady. Należy jednak zauważyć, że ostatecznym będzie pośrednim celem każdej praktyki będącej przedmiotem porozumień ograniczających konkurencję oraz nadużywania pozycji dominującej jest właśnie utrudnienie dostępu do rynku innym uczestnikom obrotu, którzy swoją aktywnością mogliby udaremnić lub zmniejszyć efektywność działań podejmowanych przez tych przedsiębiorców.

8. Rozważając treść przesłanek wystąpienia czynów ograniczających konkurencję na gruncie ustawy o ochranie konkurencji i konsumentów można stwierdzić, że o ile czyny te zostały dokonane z nadużyciem pozycji dominującej za pomocą któregoś ze sposobów opisanych w art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k., będą jednocześnie stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji (tak np. Nowińska, M. du Vall, Katałóg do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2008, s. 159, 181). Nie wynika to oczywiście z jakiegoś formalnie prejudycjalnego statusu decyzji Prezesa UOKiK, a raczej z okoliczności, na podstawie których kwalifikacja takich praktyk następuje, oraz z ich definicji. Stwierdzenie, że jako praktyka stanowiło porozumienie ograniczające konkurencję lub że nadużywano pozycji dominującej, w znacznym stopniu ułatwia podmiotom, które uprzednio znalazły się w zasięgu ich oddziaływania, dochodzenie roszczeń na drodze cywilnej na podstawie art. 15 u.z.n.k. Sąd cywilny, choć nie jest formalnie związany decyzją Prezesa UOKiK ani nawet orzeczeniem sądu administracyjnego (por. jednak orzeczenie SN z dnia 9 stycznia 2008 r., III CSK 196/07, LEX nr 361445), w ocenie stanu faktycznego nie może pominać stwierdzonych w nich okoliczności. Z praktycznego punktu widzenia stwierdzenie takich praktyk bardzo często będzie wypadało także znacząco czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w komentowanym przepisie.

Dla porządku należy jedynie stwierdzić, że oba postępowania toczyć się mogą niezależnie od siebie, a wybór pomiędzy nimi podjęty jest przede wszystkim charakterem zarzuconych działań i możliwością ich kwalifikacji. Jak słusznie jednak wskazuje T. Skoczny, w przypadku gdy poszkodowary będzie zarzucał przed sądem cywilnym czyn nieuczciwej konkurencji wynikające z nadużywania pozycji dominującej, brać wcześniejszej decyzji Prezesa UOKiK w tym zakresie lub stosownego orzeczenia sądu nie będą stanowiły przeszkodzi oddalenia ustawodawcza; sąd jednak nie ma obowiązku zbadania tej okoliczności, co więcej, nie posiada odpowiednich narzędzi, które są w dyspozycji Prezesa UOKiK, i z tego powodu uzyskanie odzyskiwania przy braku rozstrzygnięcia stosownego postępowania administracyjnego może być utrudnione (tak T. Skoczny (w:) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red. J. Szwaja, 2006, s. 560).

9. Przesłanką dochodzenia roszczeń na podstawie art. 15 u.z.n.k. nie jest osiągnięcie pozycji dominującej ani istnienie porozumień ograniczających konkurencję. Są to względem komentowanej ustawy pewne okoliczności dodatkowe o charakterze faktycznym, które w znacznym stopniu ułatwiają przeniesienie generalnej praktyki rynkowej przedsiębiorcy o stwierdzonym negatywnym oddziaływaniu na obrót gospodarczy na grunt relacji B2B. Nieuczciwość czynu na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zależy bowiem od stopnia opanowania rynku przez jego sprawkę (tak T. Skoczny (w:))
Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji... red. J. Szwaja, 2006, s. 560) ani też od zawarcia przez niego określonych porozumień z innymi przedsiębiorcami. Okoliczności te będą jednak stwarzać warunki do efektywniejszego utrudniań przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez czyny nieuczciwej konkurencji (np. pośiadanie pozycji dominującej otworzy przedsiębiorcy szereg możliwości nieuczciwego utrudniań dostępu do rynku w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), a jednocześnie będą narzędziami służącymi do realizowania tych czynów (np. jeśli w celu bojkotu przedsiębiorcy zawiąże porozumienie ograniczające konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 6 u.o.k.k.). Widać zatem, że obie te regulacje są ze sobą funkcjonalnie związane, a zasadnicza różnica, mimo tego samego dobra chronionego, jakim jest funkcjonowanie rynku niezakłócone przez jego uczestników, polega na rozłożeniu ciężaru sankcjonowania pewnych zachowań. Prawo antymonopolowe z założeń swojej chroni interesy publiczne, oddziałuje w sferze "dużych wpływów" - zjawisk, które potencjalnie mają znaczne odzyskiwanie na cały rynek. Zwalczanie nieuczciwej konkurencji odbywa się natomiast w warstwie B2B (z ustawowymi wyjątkami - por. komentarz do art. 11 ust. 2 z.u.n.k.), gdzie rozpatruje się indywidualne działania przez prymat uczciwości koegzystencji podmiotów na rynku i prowadzenia przez nie gry rynkowej w takim sposób, aby przewaga nie była uzyskiwana za pomocą działań niedozwolonych. Zakres regulacji prawa antymonopolowego wyjaśnił Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 29 maja 2001 r. (I CKN 1217/98, OSNC 2002, nr 1, poz. 13): "ustawa o przeciwdziałańiu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów - J.S., M.M.] zatem chwila konkurencję jako zjawisko o charakterze instytucjonalnym. Za zagrożenia lub naruszenie konkurencji w tym rozumieniu należy uznać za jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczą konkurencji rozumianej nie jako sytuacja pojedynczego przedsiębiorcy, lecz jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. (...) Nie jest nim praktyką jednostkowe zachowanie się dotyczące określonej osoby, przy jednoczesnym odmiennym zachowaniu się w stosunku do innych osób w takim samym stanie faktycznym". Mimo obowiązującej w nowej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów stanowisko Sądu Najwyższego jest nadal aktualne, jeśli chodzi o generalną charakterystykę pozycji prawa antymonopolowego w ramach systemu ochrony rynku.

10. Należy zwrócić uwagę na kolejne okoliczności związane z relacją prawa antymonopolowego do komentowanej ustawy. Ingerencja władzy publicznej w rynek na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów następuje z urzędu. Jest to kolejny powód, dla którego ten wcześniej wspomniany silniejszy, władzy wpływ Prezesa UOKiK, mogącego przecież swoją decyzją w istotnym zakresie kształtować sposób prowadzenia wolnej co do zasady działalności gospodarczej, jest ograniczony. Zwalczanie wszystkich pozostałych zachowań mogących zaburzać funkcjonowanie obrotu, o mniejszym ciężarze gatunkowym w wymiarze całego rynku, zostało pozostawione inicjatywie samych przedsiębiorców, którzy w drodze stosownego powództwa lub wniosku albo zawiadomienia w postępowaniu karnym powodują uruchomienie stosownej procedury.
11. W sytuacjach, gdy ma miejsce taka praktyka rynkowa, która jednocześnie może ograniczać konkurencję w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz wypelniać hipotezę czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu dostępu do rynku z art. 15 u.z.n.k., pokrzywdzony bardzo często traktuje postępowanie administracyjne jako alternatywną drogę eliminacji bezprawnych zakłóceń rynku. Szczególnie gdy sprawcą jest podmiot posiadający duże uzyskał w rynku, który w sposób faktyczny uzależnił od siebie ekonomicznie wiele podmiotów, tego rodzaju walka "małego" z "dużym" w postępowaniu cywilnym może być mało skuteczna, choćby z powodu różnic w skali prowadzonej działalności. Stan zaburzenia konkurencji na danym rynku jest dla takiego sprawcy najczęściej jedynie dodatkową okolicznością towarzyszącą jego działalności, przynoszącą mu także pewną dodatkową korzyść. Dla małego przedsiębiorcy, na szkodę którego takie działanie ma miejsce, może to być potomnie okoliczność nawet zagrażająca dalszemu funkcjonowaniu na rynku. W tej sytuacji spór cywilny często nie jest nawet możliwy z uwagi na brak środków finansowych lub organizacyjnych do jego prowadzenia oraz konieczność zebrania właściwych informacji dla udowodnienia dokonywania czynów nieuczciwych konkurencji.

Z praktyki wynika, że postępowanie wszczynane z urzędu przez Prezesa UOkIK postrzegane jest często przez takiego pokrzywdzonego jako alternatywna możliwość eliminacji nieuczciwych zachowań z rynku. Uzyskanie decyzji stwierdzającej wystąpienie określonej praktyki naruszającej konkurencję lub nakaz jej zaniechania skutkują bądź całkowitym zasłanianiem roszczen pokrzywdzonego, bądź też powodują swego rodzaju wyrównanie pozycji procesowej obu stron przed sądem cywilnym z uwagi na decyzje zapadłe w postępowaniu administracyjnym oraz ewentualne przerwania w postępowaniu sądowoadministracyjnym.

W takim przypadku zważenie dotyczące podejścia stosowania praktyk ograniczających konkurencję traktowane jest jak swego rodzaju powództwo, w którym podmiot nieposiadający możliwości prowadzenia rozległych sporów sądowych zwraca uwagę "silnego" Prezesa UOkIK na przedsiębiorcę posiadającego znaczną pozycję rynkową. Choć nie jest to główne zadanie postępowania administracyjnego w sprawie praktyk ograniczających konkurencję, taki sposób wykorzystywania tej drogi jest właściwy. Istotą ochrony, jaką zapewnia ustała o ochronie konkurencji i konsumentów, jest bowiem właśnie wkruczenie Prezesa UOkIK tam, gdzie sytuacja nie może sam przywrócić stanu zgodnego z prawem, także poprzez realizowanie rozszeżenia na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Także rezultat obu postępowań w pewnym zakresie pokrywa się, jeśli chodzi o nakaz zaniechania określonych praktyk; dochodzenie odszkodowania jest natomiast wyłącznie domena postępowania cywilnego i może być realizowane tylko w ramach komentowanej ustawy.

13. Jeszcze jedną okoliczność związaną z wzajemną relacją ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podnosi T. Skoczny. Dotyczy ona dochodzenia roszczeń w przypadku nadużywania przez przedsiębiorcę pozycji dominującej. Autor ten zwraca uwagę, że o ile ustała o ochronie konkurencji i konsumentów chroni interes publiczny, to decyzje wydawane przez Prezesa UOkIK w sprawach indywidualnych często z tego powodu są uchylane przez sądy (por. wyrok SN z dnia 29 maja 2001 r., I CKN 1217/98, OSNC 2002, nr 1, poz. 13); autor ten wskazuje
również, że "przedsiębiorstwa dotknęci praktykami ograniczającymi konkurencję przedsiębiorców dysponujących władzą rynkową muszą coraz częściej dochodzić zaniechania tych praktyk i odszkodowań przed sądami cywilnymi" i, w konsekwencji, "sądy muszą więc niekiedy, a nie tylko mogą orzekać bezpośrednio na podstawie u.o.k.k." (T. Skoczny (w:) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red. J. Szwaja, 2006, s. 559). Zauważyć należy, że o ile co do zasady pierwsza teza jest słuszna, to już wskazana konsekwencja budzi pewne wątpliwości. Artykuły 6 i 9 u.o.k.k. nie mogą bowiem stanowić samodzielnego przesłanki do dochodzenia odszkodowania z tytułu czynów niedozwolonych, tak na gruncie przepisów komentowanej ustawy, w szczególności art. 15 u.z.n.k., jak i na gruncie przepisów art. 415 i n. k.c. (podobnie E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz..., s. 179). Możliwe jest natomiast, żeby sądy przy obradach o rozszerzeniach cywilnoprawnych brały pod uwagę standardy określone w przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów odnośnie do praktyk ograniczających konkurencję. Nie ma również powodu, aby w konkretnych stanach faktycznych nie doszukiwać się efektów nadejścia pozycji dominującej lub porozumień ograniczających konkurencję.

C. Utrudnianie dostępu do rynku a inne czyny nieuczciwej konkurencji

13. Przepis art. 15 u.z.n.k., mimo iż jest jedynie jednym z stypizowanych, przykładowych czynów nieuczciwej konkurencji, ma bardzo szczególny charakter. Jak wspomniano w pkt I, swobodny, niezakłócony dostęp do rynku jest dobrem o wyjątkowo dużym znaczeniu zarówno w wymiarze publicznym, jak i prywatnoprawnym. Istota działań konkurencyjnych podejmowanych przez przedsiębiorców występujących w obrębie po stronie aktywnej - w charakterze graczy - jest podejmowanie takich działań faktycznych oraz prawnych, które pozwolą na uzyskanie jak najszerszego dostępu do rynku. Utrudnianie dostępu do rynku jest więc zarówno samodzielnym czynnikiem nieuczciwej konkurencji, jak i rezultatem ostatecznym innych zachowań tego rodzaju. Przede wszystkim, rozpowszechnianie nieprawdziwych wiadomości o produktach przedsiębiorcy przez jego konkurenta mające na celu wyrządzanie mu szkody może stanowić czyn konkurencji kwalifikowany za podstawę art. 14 u.z.n.k., który jednocześnie może realizować znamiona z art. 15 u.z.n.k. Informacje takie bowiem, wpływając na decyzje podejmowane przez klientów co do wyboru produktów, mogą ograniczyć faktyczną możliwość prowadzenia działalności przedsiębiorcy na rynku (ograniczyć jego dostęp do rynku). Klienci mający negatywne wyobrażenie o jego produktach swoim zachowaniem spowodują spadek popytu na nie i tym samym, za sprawą konkurenta, dojście do ograniczenia możliwości prowadzenia działalności przez tego producenta.

W tego rodzaju wypadkach z uwagi na to, że w utrudnianiu dostępu do rynku mogą się przejawiać różne zachowania, dochodzić może do zbędu normy art. 15 u.z.n.k. z przepisami definiującymi inne czyny nieuczciwej konkurencji (E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz..., 2008, s. 180; zob. także T. Skoczny (w:) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red. J. Szwaja, 2006, s. 563).

D. Pojęcie rynku
14. Utrudnianie dostępu do rynku, o którym mowa w art. 15 u.z.n.k., stanowi istotę tego czynu nieuczciwej konkurencji, jednocześnie jednak ustawa nie zawiera ani definicji rynku, ani jasnych wskazówek, jak na jej gruncie należałoby go rozumieć. Rynek jest pojęciem zaczerpniętym wprost z nauk ekonomicznych i istnieje bardzo wiele sposobów jego definiowania. Jak uważa Cz. Pietras, "poprzez pojęcie "rynek" rozumie się ogół warunków ekonomicznych, w których dochodzi do zawierania transakcji wymienionych między sprzedawcami oferującymi towary i usługi a nabywcami reprezentującymi potrzeby poparte określonymi funduszami nabywczymi" (tak Cz. Pietras w: Makro- i mikroekonomia. Podstawowe problemy, red. S. Marciniak, Warszawa 2007, s. 156).

15. Przede wszystkim zauważyć należy, że w przeciwnieństwie do przypadku zgłaszania Pracowni UOKiK podejścia stosowania praktyk ograniczających konkurencję zdefiniowane rynku właściwego na potrzeby dochodzenia rozszerzeń na gruncie art. 15 u.z.n.k. nie jest konieczne (tak orzeczenie Sądu Antymonopolowego z dnia 27 czerwca 2001 r., XVII Ama 87/00, LEX nr 55927: "ustalenie pozycji dominującej wymaga uprzedniego wyznaczenia rynku właściwego (rynkę rekwizantowego)"). Nie leszy jednak zapomnieć, że proceder utrudniania dostępu odbywa się właśnie na rynku, a więc już choćby na etapie przedstawiania sądowi stanu faktycznego konieczne jest określenie wzajemnego statusu obu podmiotów wobec siebie i ich pozycji na zajmowanym przez nie rynku. Wydaje się, że wobec tego w toku rozpatrywania spraw na gruncie komentowanego przepisu i tak musi dojść docelowo do określenia, jakiego rynku dotyczyło utrudnianie. Nie można bowiem przyjąć, że czyn nieuczciwy konkurencji może dotyczyć bliżej nieokreślonego, abstrakcyjnego rynku; nie może również dotyczyć z góry każdego rynku. Jeśli nawet działanie sprawcy miało bardzo rozległy wpływ na swobodę działalności gospodarczej poszkodowanego, należy zawsze wskazać, jakich obszarów działalności dotyczyło. Przedsiębiorca nie działa w gospodarczej próżni, a ocena okoliczności, w których mogło dojść do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, musi następować w stosunku do punktu odniesienia, jakie jest określony rynek (zob. K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Warszawa 2008, s. 182).

16. Z uwagi na to, że obie ustawy chronią to samo dobro prawne, tj. konkurencję na rynku, w wyznaczaniu zakresu tego pojęcia na potrzeby art. 15 u.z.n.k. odwołać się należy do art. 4 pkt 9 u.o.k.k., który definiuje rynek właściwy. Rynek właściwy (relewantny) jest pojęciem znacznie węższym od pojęcia rynku jako takiego; jego zakres jest ograniczany za pomocą kryteriów substytucyjności towarów, jakie są na nim znajdujące, oraz granic geograficznych (tak K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa..., s. 184). W surasie w ten sam sposób należy postrzegać rynek na potrzeby deliktoz związanych z utrudnianiem dostępu, o którym mowa w art. 15 u.z.n.k. W praktyce pojęcie rynku na gruncie wspomnianego przepisu, choć co do zasady odpowiadające rynkowi właściwemu z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, może być modyfikowane na potrzeby czynu nieuczciwej konkurencji (rozszerzone bądź zawężone, o ile zasięg czynu temu odpowiada). Jedynie w sytuacjach, gdy w związku z czynem nieuczciwej konkurencji polegającym na utrudnianiu dostępu do rynku, zarzucane jest nadożywanie pozycji dominującej bądź
działanie w ramach porozumień ograniczających konkurencję, konieczne będzie odwoływanie się wprost do sposobu wyznaczania rynków właściwych na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Taki sposób definiowania rynku pozwala także na wyłączenie z zakresu regulacji art. 15 ust. 1 u.z.n.k. tych przypadków utrudniania dostępu do niego, które choć spełniają przesłanki określone w przepisie, nawet potencjalnie nie są zdolne wywołać negatywnych skutków w sferze działalności przedsiębiorców (tak E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz...*, 2008, s. 179). Jako przykład można wskazać nieuzasadnioną odmowę sprzedaży towaru w sytuacji, gdy kupujący może go bez dodatkowych utrudnień nabyć na tym samym rynku u innych przedsiębiorców.

17. Zauważmy jeszcze dla porządku, że pojęcie rynku właściwego, o którym mowa, dotyczy rynku towarów. Oczywiście zarówno na gruncie obu ustaw rynek należy definiować jako sieć gospodarczego obrotu produktami, a więc zarówno towarami rozumianymi jako dobra materialne, niematerialne, jak i usługami.

E. Dostęp do rynku

18. Przedmiotem czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 u.z.n.k. jest utrudnianie dostępu do rynku. Językowe znaczenie słowa "dostęp" oznacza możliwość dotarcia do czegoś lub korzystania z czegoś. Gdyby w ten sam sposób rozumieć pojęcie "dostęp do rynku", użyte w komentarzowym przepisie, oznaczałoby to, że ochrona gwarantowana jest jedynie podmiotom wchodzącym na dany rynek. Tego rodzaju interpretacja byłaby oczywiście nie tylko za wąska, ale przerwał wszystkim wypaczałaby całą ideę konstrukcji czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 u.z.n.k.

Jak już zaznaczono w pkt 1A komentarza, art. 15 u.z.n.k. jest jednym z przepisów, które chronią swobodę wykonywania działalności gospodarczej zagwarantowaną w formie zasady w art. 22 Konstytucji RP. Z tego powodu, jak słusznie wskazuje w doktrynie, "dostęp do rynku" należy rozumieć jako synonim takich określeń jak "wolność podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej" lub po prostu "swoboda działalności gospodarczej" (tak T. Skoczny [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, red. J. Szwaja, 2006, s. 562).

Poprzez dostęp do rynku należy rozumieć w szczególności swobodę decydowania podmiotu o uczestnictwie w obrocie, swobodę wejścia na rynek, prowadzenia na nim działalności oraz wolność podjęcia decyzji o jej zakończeniu w stosunku do danego rynku. Jest to zatem możliwie szerokie rozumienie pojęcia "dostęp", korespondujące zarówno z koncepcją art. 15 u.z.n.k., jak i funkcją ustawy w systemie prawa (tak E. Nowinska, M. du Vall, *Komentarz...*, 2008, s. 180).

F. Utrudnianie dostępu do rynku

19. Utrudnianie dostępu do rynku stanowi istotę czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 u.z.n.k.
Ustawodawca nie zdefiniował jednak, czym jest w rozumieniu ustawy "utrudnianie". Rekonstrukcja zakresu tego pojęcia, zarówno na gruncie samego przepisu art. 15 u. z. n. k., jak i całokształtu ustawy, pełni kluczową rolę w wyznaczeniu dla wyznaczenia zakresu zachowań, których przepis ten dotyczy. "Utrudnianie" zgodnie z językowym znaczeniem to stwarzanie przeszkód, ograniczanie, powstrzymywanie, przeszkadzanie lub zakłócanie. W tym samym, szerokim znaczeniu występuje ono także w komentowanym przepisie, przy czym jest ono modyfikowane przez okoliczności, w jakich utrudnianie to może zachodzić.

Utrudniać dostęp do rynku to stwarzać przeszkody innym w prowadzeniu działalności gospodarczej na tymże rynku. Działanie to musi być dokonywane przez uczestniczących w obrocie przedsiębiorców w kwestii sprawców czynu pobliższych, m.in. w stosunku do innych, chociażby potencjalnych jego uczestników. Utrudnianie dostępu do rynku to szereg działań faktycznych lub prawnych, które mają wpływać na zwiększenie wolumenu sprzedaży u przedsiębiorcy. Im większa jest konkurencja na rynku, tym przedsiębiorca ma co do zasady trudniejsze warunki do uzyskania oczekiwanego zysku, z uwagi na wpływ, jaki mają na rynek inni uczestnicy obrotu. Z tego powodu ograniczenie wpływu rynkowego innych przedsiębiorców jest celem większości przedsiębiorców. Innymi słowy, wszędzie tam, gdzie występuje wolna konkurencja i swoboda podejmowania działalności, przedsiębiorcy współpracują w celu osiągnięcia jak największych korzyści, a te realizowane są zazwyczaj kosztem strat u konkurentów (podobnie A. Walaszek-Pyzioł, W. Pyzioł, *Czyn nieuczciwej konkurencji...*). Jest to zjawisko normalne i pożądane na rynku.

20. Nie każde zatem zakłócenie rynku stanowi naruszenie prawa. Zwróćmy uwagę, że współzawodnictwo gospodarcze polega przede wszystkim na tym, że przedsiębiorca stara się uzyskać jak największą korzyść gospodarczą, zajmując możliwie największą część rynku oraz zwiększając swoją efektywność w tym obszarze, a odbywa się to zawsze kosztem konkurentów i stanowi dla nich właśnie utrudnienie wykonywania działalności na tym rynku. Zdanie to potwierdził Sąd Apelacyjny w Katowicach w orzeczeniu z dnia 30 marca 2009 r. (V ACA 42/09, LEX nr 519343), w którym podkreślili, że: "Pojawienie się konkurenta z reguły wiąże się z ponoszeniem przez innego przedsiębiorcę uszczernika w postaci mniejszego zysku, a w każdym razie, ryzyka utraty dotychczasowej pozycji. I jest to wcielane w samą zasadę konkurencyjności". W takim sensie każdy przedsiębiorca dąży do "utrudnienia" prowadzenia działalności gospodarczej na tym samym rynku swoim konkurrentom. Działania takie mogą przybierać różną postać, od bardzo prostych form, takich jak wprowadzanie na rynek lepszych produktów, walka cenowa, kampanie reklamowe czy promocje, do bardzo złożonych i wyrafinowanych strategii zdobywania klientów. Stanowi to element idei wolnej konkurencji i tylko takie działania, które zostały z góry przez ustawodawcę zaakceptowane jako gospodarczo szkodliwe lub naruszające dobre obyczaje w obrocie mogą stanowić przewagę nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku określonego przedsiębiorcy. Potwierdza to także interpretacja art. 15 u. z. n. k. dokonana przez Prezesa UOKiK, w której stwierdzono, że "nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznaną za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 u. z. n. k. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które
naruszają kлаuzłę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy” (pismo Prezesa UOKiK z dnia 4 lutego 2003 r. Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. Urz. UOKiK Nr 1, poz. 240).

21. Pojęcie utrudniania na gruncie art. 15 u.z.n.k. nie jest jednak nacechowane obojętnie. Wskaże ono na tę negatywną sferę działań w ramach współzawodnictwa rynkowego, która uważana jest za ograniczającą wolność gospodarczą, nieuczciwą lub sprzeczną z dobrymi obyczajami (podobnie E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz..., 2008, s. 180). Nie idzie zbyt daleko stwierdzenie, że każde działanie podejmowane w ramach rynkowej konkurencji, jeśli będzie prowadzone zbyt ekstensywnie i agresywnie, może przyszedzić się w czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w komentowanym artykule.

Mając na uwadze powyższe, termin "utrudnianie dostępu do rynku" należy na gruncie art. 15 u.z.n.k. odczytywać jako taki sposób zachowania się na konkurencyjnym rynku, który w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami dąży co najmniej do stworzenia niekorzystnych warunków dla innego przedsiębiorcy działającego na tym samym lub innym rynku. W zaproponowanym sposobie definiowania tego pojęcia najistotniejszą rolę odgrywa kłauszla generalna art. 3 ust. 1 u.z.n.k., która stanowi swego rodzaju filtr zachowań mogących stanowić czyn nieuczciwej konkurencji (tak T. Skoczny (w:) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red. J. Szwaja, 2006, s. 167). Nawet bowiem pomimo wyliczenia przykładowych czynów nieuczciwej konkurencji w zakresie utrudniania dostępu do rynku, wciąż muszą one spełniać ogólne przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji.

22. Zauważyć przy tym należy także, że o ile czyn zostanie zakwalifikowany na podstawie art. 15 u.z.n.k., to nie może dojść do kumulatywnego zastosowania w stosunku do niego także art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

23. Utrudnianie dostępu do rynku należy rozumieć szeroko jako wszelkie działania przeszkadzające w prowadzeniu normalnej działalności gospodarczej. Nie muszą one zawsze być na tyle intensywne, aby eliminowały konkurentów z obrotu. Ich oddziaływanie może polegać na utrudnianiu im rozwoju przedsiębiorstw lub ekspansji na danym rynku; mogą także być procesem powolnego i stopniowego pozbywania się konkurentów z rynku. Z całą pewnością natomiast nie można w ten sposób kwalifikować drobnych utrudnień, które klient może w zwykle sposób ominąć. Wielość sprzedawców tego samego lub substytucyjnego dobra na rynku sprawi, że gdy jeden z nich będzie sukcesywnie odmawiał jego sprzedaży, nie będzie to czynem nieuczciwej konkurencji w postaci dyskryminacji, gdyż po stronie klienta nie powstanie szkoda z uwagi na to, że w toku normalnego rynkowego wyboru kontrahentów może on dokonać zakupu u innego przedsiębiorcy. Zdecydowanie odmienna sytuacja miałaby miejsce, gdyby na danym rynku (asortymentowym lub geograficznym) dany podmiot był wyłącznym sprzedawcą danego produktu i gdyby dyskryminował klientów chcących zawrzeć z nim stosowne umowy.
W orzeczeniu z dnia 19 listopada 2008 r. (I ACa 940/08, LEX nr 519248) Sąd Apelacyjny we Wrocławiu stwierdził, że odmowa współpracy z przedsiębiorcą sama w sobie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 u.z.n.k. W rozpatrywanym stanie faktycznym pozwana odmawiała przedstawiania ofert na zapytania składane przez stronę powodową jako brokera ubezpieczeniowego w imieniu reprezentowanych przez nią podmiotów ochrony ubezpieczeniowej. Podobnie negatywnie zweryfikował Sąd Najwyższy stan faktyczny w orzeczeniu z dnia 12 kwietnia 2002 r. (I CKN 610/00, LEX nr 55238), w którym stwierdził, że "zawarcie umowy najmu, w której wynajmujący zobowiązuje się względem najemcy do niedokonywania określonych rozporządzeń przedmiotem najmu, nie mieści się w granicach czynu nieuczciwej konkurencji wyznaczonych treścią art. 15 u.z.n.k.).


25. Czyn nieuczciwej konkurencji nie musi zawsze zmaterializować się w postaci konkretnego skutku (zob. także uwagi do art. 13 u.z.n.k. w pkt VI w kwestii wprowadzania w błąd jako przesłanki obejmującej także potencjalną możliwość skutkowania mylnego wyobrażenia u klientów), jednak podejmowane działania zawsze muszą, chociażże zręcznie, mieć zdolność naruszenia przepisów prawa lub dobrych obyczajów.

26. Czyn z art. 15 u.z.n.k. może zostać popełniony jedynie wobec innego uczestnika, aktywnej strony rynku, a więc przedsiębiorcy. Nie zawsze jednak musi być to sensu stricto konkurent rozumiany jako podmiot działający na tym samym rynku, tak jak to ma miejsce w definicji zawartej w art. 4 pkt 11 u.o.k.k. Z uwagi na to, że do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarczy, że przedsiębiorcy posiadają jedynie potencjalną możliwość wpływu na swoją sytuację na rynku, może się zdarzyć, że utrudniać dostęp będzie podmiot działający na zupełnie innym rynku (zdanie to podzielają A. Właszek-Pyziol, W. Pyziol, Czyn nieuczciwej konkurencji...; zob. także orzeczenie SA w Warszawie z dnia 3 kwietnia 2008 r., I ACa 221/08, LEX nr 516550). Motywacją takich zachowań może być bardzo wiele. Najczęściej będzie chodziło o wywołanie pewnego korzystego dla siebie skutku gospodarczego, który jednak będzie realizowany pośrednio. Może to także wynikać z pewnych zaszczytów osobistych pomiędzy przedsiębiorcami, przeniesionych na grunt aktywności profesjonalnej (chęć dokuczenia, wywołania szkody).
27. Zarówno sprawcami, jak i poszkodowanymi bezpośrednio poprzez czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 u.z.n.k., mogą być wyłącznie przedsiębiorcy. Zakończający wpływ czynu na swobodę prowadzenia działalności gospodarczej może być wywieraną w różnych jej stadiach, od wejścia na rynek, poprzez jej wykonywanie, aż do zakończenia. Utrudnianie dostępu do rynku może być dokonywane przez przedsiębiorcę samodzielnie bądź w porozumieniu lub współdziałaniu z innymi przedsiębiorcami; ten ostatni przypadek najczęściej będzie stanowił także porozumienie ograniczające konkurencję, o którym mowa w art. 6 u.o.k.k.

28. Bardzo istotną kwestią jest również stadium, w jakim może zostać popełniony czyn nieuczciwej konkurencji z komentowanego przepisu. Rzeczownik "utrudnianie" nie dostarcza precyzyjnych informacji o formach czynu, które mogą być kwalifikowane zgodnie z art. 15 u.z.n.k. W szczególności nie jest jasne, czy już samo podjęcie działań utrudniających wystarczy do zrealizowania hipotetycznego art. 15 u.z.n.k.

Nie ulega wątpliwości, że utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce w wszelkich tych sytuacjach, w których skutki czynów znmaterializowały się w postaci realnej szkody ich adresatów (np. utrata klientów i zmniejszenie obrotów na skutek zastosowania przez konkurencję sprzedaży produktów poniżej kosztów). Komentowany przepis nie zawiera natomiast żadnych określeń sugerujących, że dla dokonania utrudniania dostępu do rynku konieczne jest osiągnięcie jakiegoś skutku. W innej, idea ochrony przysługującej na mocy komentowanej ustawy polega na "zapobieganiu i zwalczaniu" nieuczciwej konkurencji (art. 1 u.z.n.k.), a sam czyn podlega ustawie nie tylko, jeśli narusza interes przedsiębiorcy lub klienta, ale także jeśli mu zagraża (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.).

Z powyższego wynika, że dla zrealizowania utrudniania dostępu do rynku wystarczające jest samo podjęcie działań, które zgodnie z doświadczeniem życiowym, zasadami prowadzenia obrotu gospodarczego i prawidłowościami rynkowymi są zdolne, choćżeby potencjalnie, do wywołania odwetów (np. wystawienie na sprzedaż produktów po cenie niższej niż koszty przedsiębiorcy, mało skuteczne rynkowo wymuszanie na klientach dokonania odpowiedniego wyboru). A contrario nie będzie zakłócaniem działalności gospodarczej takie działanie, które już ze swej istoty nie jest zdolne do ich wywołania, choćby nawet wola sprawcy była inna (np. założona sprzedaż poniżej kosztów, podczas gdy normalne ceny konkurencji są niższe). Jednak niektóre czyny nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 15 u.z.n.k., będą mogły zostać dokonane tylko przez zrealizowanie określonego skutku (np. emisja bonów).

29. Utrudnianie dostępu do rynku innemu przedsiębiorcy może polegać na dwóch zasadniczych typach działań - skierowanych bezpośrednio przeciwko przedsiębiorcy (art. 15 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i art. 15 ust. 3 u.z.n.k.) oraz skierowanych pośrednio przeciwko przedsiębiorcy poprzez oddziaływanie na inne podmioty (art. 15 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 5 i art. 15 ust. 4 u.z.n.k.). Skierowanie czynności wykonawczych w ramach zachowania, o którym mowa w komentowanym przepisie, bezpośrednio na klientów (np. poprzez sprzedaż poniżej kosztów) w niczym nie zmienia charakteru art. 15 u.z.n.k., który dotyczy wyłącznie relacji pomiędzy przedsiębiorcami. Do tej drugiej kategorii działań zaliczyć można także grupę czynów niewymienionych w
przykładowym katalogu w art. 15 u.z.n.k., przejawiających się w utrudnianiu dostępu konkurentowi bądź konkurentom do rynku pracowników. Zasoby osobowe są bardzo ważną częścią każdej działalności gospodarczej. Dezorganizujący wpływ w tej sferze może się przejawiać w nakładaniu pracowników do nienależytego wykonywania obowiązków (art. 12 u.z.n.k.), we wrogim przejmowaniu pracowników (kwaliﬁkowanym na podstawie klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.) czy też na rozpowszechnianie nieprawdopodobnych lub wprowadzających w błąd informacji na temat przedsiębiorcy wśród jego pracowników oraz na rynku pracy (art. 14 u.z.n.k.). Zachowania takie będą dotkliwe w skutkach dla przedsiębiorcy zwłaszcza w sytuacjach, gdy prowadzi on lub ma zamiar przeprowadzić rekrutację w celu zasobnienia personelu przedsiębiorstwa dla realizacji nowych projektów. W skrajnych przypadkach działania takie mogą doprowadzić do czasowej izolacji przedsiębiorcy na rynku pracy i przez to doprowadzić pośrednio do zablokowania lub wręcz uniemożliwienia mu prowadzenia działalności gospodarczej.

G. Zasady odpowiedzialności

30. W swej zasadniczej konstrukcji czyn nieuczlęennie konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 u.z.n.k., nie zawiera żadnych szczególnych informacji na temat umysłości. W związku z tym należy przyjąć, że skoro zasadą ustawy o zwalczaniu nieuczlęennie konkurencji jest odpowiedzialność obiektywna (tak l. Wiszniewska, Polskie prawo reklamy, Warszawa 1998, s. 31), to wobec braku odmiennych wskazań w ustawie (por. komentarz do art. 14 w pkt I.G.), należy przyjąć, że art. 15 u.z.n.k. uniezżelni dokoñanie czynu od winy po stronie sprawcy.

Rozważając ten problem, należy zauważyć, że z istoty utrudniania dostępu do rynku, oznaczaço- zania działalności, nie wynika, czy powinni mieć ono miejsce wyłącznie z winy umyślny. Jak zwraca uwagę T. Skoczyń, pewną wskazówkę w tym zakresie daje katalog przykładowych czynów zawarty w art. 15 ust. 1 pkt 1-5 u.z.n.k. Z natury swej bowiem czynności takie jak sprzedaż w celu eliminacji, nakładanie, wymuszanie wyboru, pobieranie opłat to nie mogą być dokonywane z winy nieumyślny (tak T. Skoczyń w: Ustawa o zwalczaniu nieuczlęennie konkurencji, red. J. Szwaja, 2006, s. 568). Trudno sobie wyobrazić niedbałą bądź lekkomyślną naimpl. bez żadnego wywołania określonego skutku. Byłyby to konstrukcje z gruntu sprzeczne z istotą i pozbawione praktycznego zastosowania. Należy zatem podzielić zdanie, że czynny te można popelnienie z winy umyślny. Ze względu na nakierowanie działań, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1-5 oraz ust. 3-4 u.z.n.k. na określony skutek, ich popelnienie możliwe będzie wyłącznie z zamiarem bezpośrednim (dolus directus). Trudno byłoby bowiem wyobrazić sobie sprzedaż ponad ceny zakupu czy też wymuszenie wyboru kontrahenta dokonywane w zamiarze wynikowym. Wydaje się, że jednak, że samo utrudnianie dostępu do rynku jako kategoria nadrzędna dla skutków wielu różnych zachowań nie wyłącza możliwości dokonywania tego rodzaju czynów z zamiarem wynikowym, zatem w zakresie czynów nienazwanych w art. 15 u.z.n.k. możliwe jest także wystąpienie zamiaru wynikowego (zob. uwagi do pkt II.C).

W zasadzie na podobnej argumentacji można by opuścić stanowisko, że wszystkie czyny wchodzące w zakres art. 15 u.z.n.k., także te niewymienione w przykładowym katalogu, mogą być popełnione jedynie z winy
umyślanej. Rozumowanie takie byłoby jednak obciążone pewną istotną wadą. O ile rzeczywiście poszczególne sposoby popełnienia czynów, o których mowa w art. 15 ust. 1-5, a także w art. 15 ust. 3 i 4 u.z.n.k., mogą być dokonane jedynie z winy umyślanej ze względu na swoją naturę, to trudno z góry i to za pomocą wnioskowania inferencyjnego, na podstawie jedynie przykładowych przypadków, stworzyć zasadę odpowiedzialności na zasadzie winy. Tym bardziej wydaje się to zabiegem karkolomnym, że powodowałyby wyinterpretowanie wyjątku od ustawowej reguli, jaką jest odpowiedzialność obiektywna. Przepis art. 15 u.z.n.k. jest w zakresie winy nie do końca sprywatyzowany. W obecnym stanie prawnym rozsądnym rozwiązaniem wydałoby się przyjęcie, że mimo wszystko przewiduje on odpowiedzialność obiektywną, przy czym co najmniej część czynów, jakie podlegać będą art. 15 u.z.n.k., w zakresie winy nieumyślnej stanowić będzie zbiór posty, gdyż z istoty rzeczy nie będzie możliwe popełnienie ich w sposób inny niż umyślny. Powyższa uwaga dotyczy zarówno czynów przykładowo wskazanych przez ustawę, jak i innych typów kwalifikowanych ad hoc na podstawie przesłanek z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. (czynów niestypizowanych).

II. Przypadki szczególne

A. Wprowadzenie

31. Zarówno przepis art. 15 ust. 1 pkt 1-5, jak i ust. 3 oraz 4 u.z.n.k. zawierają wyliczenie przykładowych sposobów utrudniania dostępu do rynku. Stanowią one bardzo istotną wskazówek co do kwalifikacji najbardziej typowych praktyk tego typu, a także skonskrajają pojęcie utrudniania dostępu do rynku poprzez wskazanie pewnych charakterystycznych cech wspólnych tego rodzaju czynów (zob. orzeczenie SN z dnia 12 kwietnia 2002 r., i CKN 610/00, LEK nr 52, 36).

32. Od strony redakcyjnej przepis ten jest przykładem chaotycznej i niedbałej legislacji. W początkowym brzmieniu zawierał on zasadnicze wyliczenie jedynie w ust. 1 pkt 1-3 (sprzedaż poniżej kosztów, bojkot oraz dyskryminacja). Nowelizacja z dnia 5 lipca 2002 r. (Dz. U. Nr 126, poz. 1071), obowiązującą od 10 listopada 2002 r., dodano w ustawie 1 przepisy pkt 4 (czyn pobierania opłat innych niż marża handlowa) oraz pkt 5 (czyn wymuszania wyboru na klientach). Zmiany te zostały wprowadzone do ustawy całkowicie poprawnie, jednak przeciwnie refleksje budzi sposób sformułowania kolejnego przykładu czynu nieuczciwej konkurencji, a miałoby on utrudniania dostępu do rynku małym przedsiębiorcom w ust. 3. Dodanie go poza przykładowym wyliczeniem z ust. 1 wprowadza do ustawy nieporządek, który dodatkowo wzmaga sposób doprecyzowania jego zakresu w kolejnych jednostkach redakcyjnych, ust. 4 oraz 5.

33. Artykuł 15 u.z.n.k. zawiera następujące przykłady czynów, które stanowią utrudnianie dostępu do rynku:

- sprzedaż poniżej kosztów (art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.),
- bojkot (art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k.).
- dyskryminacja (art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k.),
- pobieranie opłat dodatkowych - tzw. opłaty półkowe (art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.),
- wymuszanie wyboru przedsiębiorcy (art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k.),
- utrudnianie dostępu do rynku małym przedsiębiorcom (art. 15 ust. 3 i 4 u.z.n.k.).

**B. Sprzedaż poniżej kosztów**

34. Artykuł 15 ust. 1 u.z.n.k., stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Należy przyjąć, że czynem nieuczciwej konkurencji jest każde utrudnianie dostępu do rynku. W kolejnych punktach omawianego przepisu ustawodawca przykładowo wymienił sytuacje, które należy uznać za czyny nieuczciwej konkurencji (art. 15 ust. 1 pkt 1-3).

35. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, aloych odsprzedaży poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Poszukując nazwy dla wskazanego czynu nieuczciwej konkurencji celowe staje się odwołanie do prawa antymonopolowego, w którym zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym p. z bezpośrednem lub pośrednim narażeniem nieuczciwym cen, w tym cen rządzą niskich lub cen nadmiernie wygórowanych (art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Wskazana gruntuje polegającą na stosowaniu cen rządzą niskich nazywana jest drapieżnictwem cenowym (predatory pricing). Z powołanego przepisu wynika explicit, iż cena rządzą niska jest ceną nieuczciwą.


Zgodnie z art. 535 k.c. przez unowocześnienia sprzedaży sprzedażca zobowiązuje się przenieść na kupującego własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedaży cenę.

Należy jednak w tym miejscu zauważyć, że sprzedaż poniżej kosztów dotyczy także usług, w związku z czym pojęciem tym należy objąć nie tylko sprzedaż rzeczy, ale także usług. Powyższe znajduje potwierdzenie w wykładowo gramatycznej komentarzowanego przepisu, w którym ustawodawca wskazał nie tylko na sprzedaż towarów lecz także usług. Zatem sprzedaż poniżej kosztów dotyczy nie tylko sprzedaży w rozumieniu art. 535 k.c., ale również usług.
W literaturze także słusznie wskazuje się, że sprzedaż poniżej kosztów należy rozumieć szeroko, jako sprzedaż towarów (przy czym rozumienie towaru w znaczeniu przyjętym przez art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów tzn. z rzeczy, energii, papierów wartościowych i innych praw majątkowych) lub usług, jak też robót budowlanych (tak T. Skoczny (w.) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red. J. Szwaja, 2006, s. 565 i n.; E. Nowinska, M. du Vall, Komentarz..., 2008, s. 183).

37. Z wystąpieniem deliktu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy będziemy mieć do czynienia w razie kumulatywnego wystąpienia następujących przesłanek:

1) utrudnienia dostępu do rynku, które jest realizowane przez
2) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia ale ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu
3) eliminacji innych przedsiębiorców.

Dyspozycją wskazanego przepisu objęto sprzedaż sensu largo, w wyniku której dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Należy wyraźnie podkreślić, że owo utrudnianie musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Jeżeli jest ono prowadzone w innym celu, to nie może być mowy o delikcie nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zatem tylko sprzedaż poniżej kosztów, która została dokonana w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, a nie np. w celu wejścia na rynek (tak wyrok SA w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r., z ACa 251/07, Apêl.-W-wa 2008, nr 4, poz. 32) może zostać zakwalifikowana jako delikt nieuczciwej konkurencji.

38. Czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy może dopuścić się tylko przedsiębiorca (nie wynika to expressa verbis z tego przepisu, jednak ze względu na charakter tego czynu należy przyjąć, że zakres podmiotowy dotyczy wyłącznie przedsiębiorców). Ponadto ustawa nie wymaga dla kwalifikacji tego czynu zaistnienia stosunku konkurentów. Wydaje się jednak, że zaniżanie cen będzie właśnie dotyczyć przedsiębiorców, którzy pozostają w stosunku konkurencji.

39. Ustawodawca w komentowanym przepisie wyraźnie zakreślił cel działania polegającego na sprzedaży poniżej kosztów. Należy z tego wnioskować, że dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów dokonana w innym celu niż eliminacja innych przedsiębiorców z rynku, np. w celu wejścia na rynek, wyprzedaży posiadanych zapasów, promocji nowego asortymentu. Polityka cenowa może przecież stać się elementem uczciwej walki rynkowej. Słusznie zatem wskazał SA (w powołanym powyżej wyroku), że: "Z zadniego przepisu prawa nie wynika obowiązek przedsiębiorcy do sprzedawania takich samych towarów wszystkim swoim klientom po tej samej cenie. Przysługująca przedsiębiorcy swoboda ustalania cen obejmuje także prawo do obniżania ceny swoich towarów z korzyścią dla poszczególnych odbiorców czy ich grup (...) Niewątpliwie nie jest dyskryminacją zróżnicowane traktowanie klientów mające uzasadnienie ekonomiczne, jeżeli oparte jest na kryteriach jednolitych dla wszystkich kontrahentów na danym szczeblu obrotu towarowego". 
40. Z punktu widzenia deliktu z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy kluczowe znaczenie ma ustalenie głównego celu sprzedaży poniżej kosztów, czyli eliminacji innych przedsiębiorców. Jeśli bowiem sprzedaż poniżej kosztów została dokonana w innym celu, a jednocześnie wystąpił uboczny skutek w postaci wyeliminowania z rynku, to nie ma to znaczenia. Przedsiębiorca może bowiem pozwolić sobie na stosowanie strategii niskich cen z powodu obniżenia kosztów (np. wdrożenia nowej technologii - tak zob. K. Kohutek (w:) K. Kohutek, M. Sieradzka, Komentarz..., s. 367).

41. Jeśli chodzi o delikt z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy, to możemy dokonać wyspecyfikowania dwóch jego postaci:

1) sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, oraz
2) odsprzedaży poniżej kosztów zakupu.

Kwalifikacja sprzedaży poniżej kosztów może nastręczać pewnych trudności. W wyroku z dnia 7 listopada 2008 r. (I ACa 872/08, LEX nr 516558) SA w Krakowie stwierdził, że jakkolwiek należy zgodzić się z twierdzeniem skarżącego, że cena gazety (...) nie pokrywała kosztów jej wytworzenia w pierwszym okresie po jej wprowadzeniu na rynek, to okoliczność ta nie może mieć decydującego znaczenia w sprawie. Aż do kiedy zaoferowana cena gazety oparta była na sporządzonym rachunku ekonomicznym, ale uwzględniała także odpowiednie koszty świadczenia już na rynku gazety wydawanej przez powoda. Jednakże nie można pominać oczywistej okoliczności, że żaden tytuł prasowy w drugi okres wydania nie pokrywał swoich kosztów wydania. Przeciwny wniosek sprzeczny byłby z zasadami kalkulacji ekonomicznej obejmującej fakt, że w okresie przygotowawczym każda gazeta musi ponosić znaczne koszty, które odzyskane być mogą przez wydawcę w dłuższym okresie czasu nawet w ciągu 2-3 lat".

Natomiast odsprzedaży poniżej kosztów zakupu obejmuje sytuacje, gdy dystrybutor sprzedaje towar lub usługę poniżej ceny nabycia (tak T. Skoczny (w:) Ustawa o nieuczciwej konkurencji..., red. J. Szwaja, 2006, s. 575).


42. Jako deliktań nieuczciwej konkurencji należy kwalifikować sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, jak i odsprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów zakupu dokonaną w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Wskazany czyn nieuczciwej konkurencji jest
działaniu celowym, a zatem może być popełniony tylko świadomie i z winy umyślnie (tak zob. E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz..., 2008, s. 184; T. Skoczny [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red. J. Szwaja, 2006, s. 577).

43. W tym miejscu należy wskazać, że eliminacja innych przedsiębiorców z rynku poprzez zaniżanie cen jest najczęściej działaniem podejmowanym przez przedsiębiorcę, który posiada na rynku pozycję dominującą (przyjmuje się, iż występuje ona wtedy, gdy przedsiębiorca nie spotyka się na rynku z istotną konkurencją, co pozwala mu działać niezależnie od konkurentów - definicja pozycji dominującej jest zawarta w art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który stanowi, że z pozycją dominującą przedsiębiorcy mamy do czynienia, gdy jego udział w rynku przekracza 40%).

Podobnie w prawie antymonopolowym, gdzie podmiot zajmujący pozycję dominującą może stosować praktykę polegającą na sprzedaży swoich produktów po bardzo niskiej cenie, w celu wyeliminowania z rynku konkurencji, którzy nie mogą sprostować tym warunkom (sprzedaż poniżej kosztów jest praktyką ograniczającą konkurencję zakazaną na mocy art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 102 TFUE).

Ustawodawca wyraźnie wskazał w komentowanym przepisie, że celem sprawcy deliktu nieuczciwej konkurencji jest eliminacja innych przedsiębiorców (ustawodawca postużył się zворотem "w celu"). Zatem po stronie sprawcy deliktu musi wystąpić zamiar lub zaistnieć skutek w postaci eliminacji konkurentów na rynku. W wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r. (I LACa 113/07) SA wskazał, że "sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, że doszło do tego w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co oznacza, że dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów, dokonywana w innym celu np. jako próba wejścia na rynek. W takiej sytuacji bez znaczenia pozostaje słaby skutek nawet w postaci wyeliminowania przedsiębiorcy jako niezamierzony".

Nie zawsze zatem sprzedaż poniżej kosztów będzie można kwalifikować jako delikt nieuczciwej konkurencji. Powyższy pogląd znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 7 listopada 2008 r. (I LACa 85/08), w którym przyjął on, że "pozwanie pomimo oferowania usług po zaniżonych kosztach osiągnął zysk przemocny, który ma dla niego większe znaczenie niż zysk wykazany w sprawozdaniach finansowych. Ilość bitów, które sprzedaje w stosunku do powódki wskazuje na niemożność wyeliminowania powódki z rynku, pozwana przez obniżenie ceny stara się utrzymać na rynku". Należy wskazać, że pomimo iinernego, jak się wydaje, zakresu deliktu z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy pojawiają się praktyczne trudności przy zidentyfikowaniu tego rodzaju czynów.

44. Dokonanie oceny, czy zaniżona cena jest nieuczciwa, musi opierać się na kryteriach wyprowadzonych w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy. Przedsiębiorca bowiem ma prawo do adaptacji swoich cen, czyli do dostosowania się bądź do zmieniającej się sytuacji, bądź też do pojawiania się nowego uczestnika na rynku (oczywiście tak długo, jak jest to zgodne z prawem; zob. decyzja Prezesu UOKiK z dnia 21 grudnia
C. Sprzedaż poniżej kosztów a narzucanie nieuczciwych cen

45. Bezpośrednie lub pośrednie narzuwanie nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu, to sprzedaż towarów, stanowi przejaw praktyki polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej (stosowanie tej praktyki antykonkurencyjnej jest zakazane na mocy art. 9 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k.). Za praktykę antykonkurencyjną uznaje się zarówno narzucanie cen nadmiernie wygórowanych, jak i rażąco niskich. Natomiast jako narzucanie należy kwalifikować jednostronne działanie przedsiębiorcy posiadającego na rynku pozycję dominującą.

46. Ustawodawca wymienił w art. 9 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. jedynie postacie ceny nieuczciwej. Jednak brak w nim zarówno kryteriów, które pozwoliłyby na kwalifikację ceny jako nieuczciwej, jak i niemierników ustalenia ceny właściwej (tak decyzja Prezesa UOKiK z dnia 21 października 2009 r., nr RPZ 21/2009).

Analizując kwestie nieuczciwości narzucań cen, należy wskazać, że obniżenie czy też ich podwyższenie nie może automatycznie przesądzać o nieuczciwości, nawet jeśli tych działań dokonuje przedsiębiorca posiadamą pozycję dominującą na rynku (podobnie przy kwalifikacji zainicjowanych cen jako deliktu nieuczciwej konkurencji).

Stwierdzanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, określonej w art. 9 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. wymaga wykazania, że przedsiębiorca posiada dominującą pozycję na rynku, którą wykorzystał w celu narzucenia kontrahentowi cen "nieuczciwych" (szk. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 21 grudnia 2006 r., nr RWA-45/2006).

W orzecznictwie i literaturze wskazuje się, iż jednym z pomocniczych narzędzi służących odróżnieniu cen "uczciwych" od "nieuczciwych" jest kryterium kosztowo-cenowe. W jednym z wydanych wyroków ETS wskazał, że jako cenę drapieżną należy kwalifikować cenę, która jest: 1) niższa od średniego jednostkowego kosztu zmiennego; stanowi ona w każdym wypadku przejaw nadużywania pozycji dominującej, ponieważ przedsiębiorca ją stosując, nie może odnosić z takiego zachowania, zwrotów na straty, które są w wypadku tego rodzaju cen generowane przez całość kosztów stałych oraz część kosztów zmiennych przypadających na jednostkę produkcji, żadnej innej korzyści poza tą, że zmuśiły konkurencję do opuszczenia rynku, wróc do stanu przed jego wejścia, w tym zwłaszcza do cen wcześniej przez siebie stosowanych; 2) wyższa od średniego jednostkowego kosztu zmiennego, lecz niższa od średniego kosztu całkowitego; mogą one być uznaną za przejaw nadużywania pozycji, ale tylko wtedy, gdy zostanie wykazane, iż są one narzędziem szerszego planu mającego na celu eliminację konkurencji (zob. sprawa Tetra-Pak v. Komisja, pobo. Orz. 1996, s. 1-5951).

47. Jeśli chodzi o czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku przez sprzedaż poniżej kosztów oraz praktykę polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej poprzez narzucanie cen rażąco niskich, to można wskazać ich główne cechy odróżniające. Po pierwsze, popełnienie czynu
nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. dotyczy działań podejmowanych w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Natomiast praktyka ograniczająca konkurencję polegającą na nadużyciu pozycji dominującej przez narzucanie rażaco niskich cen (art. 9 ust. 2 pkt 2 u.o.k.k.) nie została zawężona do sytuacji eliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Poza tym cena rażaco niska stanowi tylko jeden z przypadków stosowania cen nieuczciwych wyspecyfikowanych w art. 9 ust. 2 pkt 1 u.o.k.k. (tak E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz...*, 2010, s. 226).

D. Nakładanie do bojkotu

48. Czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. polega na nakładaniu do bojkotu. Bojkot jest formą zachowania rynkowego polegającą na zbiorowej odmowie wchadzania w stosunki gospodarcze z innym przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami. Cel bojkotu w większości przypadków ma charakter ekonomiczny i zmierza do ograniczenia lub całkowitego wyeliminowania możliwości działania jego adresatów na rynku poprzez zerwanie więzi gospodarczych i zolację uczestników obrotu. Poza zakresem problematyki zjawisk konkurencji znajdują się inne formy bojkotu, takie jak bojkot z przyczyn politycznych bądź społecznych.

49. Bojkot jako zjawisko rynkowe może występować w dwóch postaciach różniących się kierunkiem działania: odmowę dokonywania transakcji z klientami przez przedsiębiorców oraz sytuacji odwrotnej, gdy dokonywania transakcji z przedsiębiorcą odnawiają klienty. Za C. Koslikowskim T. Skoczny określa bojkot, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k., jako "wdzieranie się w klientelu konkurenta" (T. Skoczny (w): *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, red. J. Szwaja, 2006, s. 582). Obejmy powyższe formy wchodzą w zakres regulacji komentowanego projektu. Bojkot ma zawsze charakter działania zbiorowego, a więc aby zaistniał, co najmniej dwa podmioty muszą odmówić dokonania określonej transakcji rynkowej. Jeśli czyni to tylko jeden podmiot, taka odmowa może co najwyżej spełniać prześladowania dyskryminacji rynkowej klientów, o której mowa w art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. Bojkot może mieć charakter jednorazowej, kolektywnej odmowy lub działania powtarzalnego albo nawet ciągłego. Dla kwalifikacji tego czynnika nieuczciwej konkurencji liczy się bowiem skutek ekonomiczny w postaci utrudnienia dostępu do rynku spowodowanego określonym działaniem. Znaczenie nawet jednorazowej transakcji, która stała się przedmiotem bojkotu, ze względu na okoliczności, w szczególności jej wartość, roztaj i czas, w jakim ma zostać zrealizowana, może być bardzo duże, a skuteczny bojkot może wyeliminować czasowo lub trwałe zdestabilizować rynkową pozycję dotkniętego nim przedsiębiorcy.

50. Artykuł 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. posługuje się terminami "sprzedaż" oraz "zakup". Już samo ich zastosowanie obok siebie wskazuje, że nie odnoszą się one do pojęć ścisłego ustawowego, gdyż art. 535 k.c. dotyczy jedynie umowy sprzedaży, nie zaś kupna. Komentowany przepis posługuje się także pojęciami towaru i usługi jako przedmiotów tych transakcji. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 3 u.p.n.p.r. komentowany artykuł swym zakresem obejmuje więc w istocie pojęcie produktu rozumianego jako każdy
towar lub usługa, w tym nieruchomości, prawa i obowiązki wynikające z umów cywilnoprawnych (w kwestii odróżnienia towaru i usługi jako części składowych produktu zob. uwagę do art. 13 w pkt X). Pojęcia sprzedaży i kupna odnoszą się w komentowanym przepisie do kategorii rynkowych zbywania oraz nabywania określonych produktów. Charakter oraz funkcja przepisu (zapobieganie bojkotowi jako czynowi nieuczciwej konkurencji) wskazują potrzebę rozszerzenia jego zakresu także na inne stosunki prawne, które mogą być przedmiotem bojkotu produktów (np. wynikające z umów o dzieło, zlecenia, agencyjnych, komisji).

Powyższa uwaga ma charakter jedynie porządkowy, z praktycznego punktu widzenia zagadnienie to nie ma bowiem znaczenia. Nawet jeżeli odrzucić tę szerszą, funkcjonalną wykładnię zakresu komentowanego przepisu, co wyłączałoby możliwość objęcia nim innych przypadków niż umowa sprzedaży, sama konstrukcja czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na bojkocie pozostanie nietknięta. Otwarty katalog tych czynów z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. pozwala skontruíować czyn identyczny, tyle że odnoszący się także do dowolnego rodzaju innych odpłatnych umów związanych z obrotem produktami na rynku.

51. Przedmiotem bojkotu mogą być zarówno istniejące relacje gospodarcze pomiędzy podmiotami na rynku, jak i relacje dopiero powstające lub relacje abstrakcyjnie, które dopiero mogą zostać nawiązane. W pierwszym przypadku bojkot będzie miał za zadanie utrudnić wyludnianie działalności gospodarczej przez odciągnięcie kontrahentów od bojkotowanego, w drugim – odizolować ich od niego lub skłonić do rezygnacji z przygotowań do zawarcia z nim transakcji handlowych. Słusznie zauważają E. Nowińska i M. du Vall, że o bojkocie na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. nie może być mowy, jeżeli bojkotujący i bojkotowany pozostają w stosunku prawnym dotyczącym przedmiotu bojkotowania (Komentarz..., 2008, s. 186). Innymi słowy, nakładanie przedsiębiorcy do niewykonania określonej umowy nie jest objęte hipotezą niniejszego przepisu. Tego rodzaju zachowanie stanowić może czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 12 ust. 2 u.z.n.k. Konkurent masowo nakładający do niewykonania umów łączących klientów z przedsiębiorcą także może zakłócić w istotny sposób jego pozycję rynkową. Tego rodzaju bojkot następczy wypełniać będzie zarówno przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 12 ust. 2 u.z.n.k., jak i nienazwewanego czynu z art. 15 ust. 1 u.z.n.k.

52. Na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. dla zaistnienia bojkotu konieczne jest występowanie co najmniej trzech zasad: nakładającego do bojkotu, bojkotującego i bojkotowanego. Pierwszy podmiot to przedsiębiorca, który jest sprawcą opisanego czynu nieuczciwej konkurencji, a więc podmiot, który wykazuje w tym zakresie inicjatywę, podejmując określone działania w celu zachęcenia innych do bojkotu. Zwróćmy uwagę, że jego działania mogą ograniczyć się wyłącznie do nakładania; on sam nie musi urzeczywistnić postępowania wobec konkurenta, do jakiego nawiątuje innych, bojkot jest bowiem działaniem na pośrednictwem osób trzecich. Wobec generalnej zasady stosowania komentowanej ustawy w relacjach podmioty przedsiębiorcami, w braku wyraźnie wskazanego wyjątku, sprawcami bojkotu, o którym mowa w komentowanym przepisie, nie mogą być pracownicy przedsiębiorcy lub konsumenci i organizacje, partie polityczne, organizacje społeczne w zakresie, w jakim nie występują jako przedsiębiorcy (tak E. Nowińska, M.
du Vall, Komentarz..., 2008, s. 187; por. T. Skoczny (w:) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red. J. Szwaja, 2006, s. 584). Przedsiębiorca będący sprawcą nawoływania niekoniecznie musi natomiast pozostawać w stosunku bezpośredniej konkurencji z bojkotowym; wystarczy, aby istniała pomiędzy nim potencjalna zdolność wpływu na swoją sytuację rynkową (zob. orzeczenie SN z dnia 17 czerwca 2004 r., V CK 550/03, M. Praw. 2004, nr 14, poz. 631, oraz SA we Wrocławiu z dnia 21 października 2004 r., I ACa 546/04, LEX nr 519264; w kwestii stosunku konkurencji jako przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji zob. uwagi do art. 14 w pkt 1,F). Nakładającym może być także grupa przedsiębiorców (zob. orzeczenie SN z dnia 20 maja 1932 r., I C 2564/31, OSN(C) 1932, nr 1, poz. 111, w sprawie nakładania przez kartel producentów tekstyliów do bojkotu pozostającej poza nim spółki "Taft").


54. Podmiotem bojkotowanym na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k., mogą być jedynie przedsiębiorca lub grupa przedsiębiorców.

55. Nie ma znaczenia na gruncie komentowanego przepisu, czy przedmiotem bojkotu są konkretne produkty przedsiębiorcy, czy też sam przedsiębiorca wraz z całą jego rynkową ofertą, obie formy zmierzają bowiem do zakończenia jego działalności na określonym, szerszym lub węższym rynku.

56. Istotę czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k., polega na nakładaniu innych podmiotów do bojkotu. Ochrona rynku przed tego rodzajem zachowaniami została więc rozszerzona już na te działania, które mogą jedynie zmniejszać do samego zorganizowania bojkotu, i nie obejmuje samych tylko faktycznych czynności wykonawczych polegających na odmowie skutkującej uczelnieniem prowadzenia działalności gospodarczej.

57. Nakładanie to wywieranie na kogoś wpływdu za pomocą różnych środków i technik w celu wywołania u innej osoby jakiegoś zachowania. Osoba, którą udało się nakłonić, nie zawsze jest osobą przekonaną, może jedynie ulec nakładającemu dzięki siłę jego perswazji, często wynikającej z faktycznej przewagi rynkowej lub renowy. Nakładanie jako czynność sprawcza samo w sobie nie zakłada skuteczności
podejmowanych działań, a więc doprowadzenia do tego, że nakłaniany wykona określone czynności będące treścią nakładania. Na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. wystarczy, żeby przedsiębiorca przedsięwziął środki służące wywieraniu takiego wpływu na osoby trzecie i zaznaczył w treści swoich przekazów swoją wolę sprawienia, aby inne osoby zachowały się w oczekiwany przez niego sposób, ze szkodą dla swobody prowadzenia działalności gospodarczej innego podmiotu. Środki te oczywiście muszą być chociaż potencjalnie zdolne do wywołania określonego skutku. Sam nakładany co bojkotu w wyniku takiego wpływu poza dokonywaniem bojkotu, a więc określonym zachowaniem skierowanym przeciwko bojkotowanemu, może jednocześnie nakładać inne podmioty do tego samego. W następstwie pojemnego tego nakładania do bojkotu może więc wystąpić efekt kaskadowego nakładania przez bojkotujących, który znacznie zwiększa zasięg całego procederu.

58. Nakładanie należy odróżnić od rozpowszechniania informacji na temat danego podmiotu, które, o ile są one prawdziwe, mieści się w zakresie wolności słowa, a ponadto jest pozytywnym elementem wolnego rynku, gdy zwiększa świadomość klientów, zwłaszcza konsumentów, dotyczących oferowanych produktów. Rozpowszechnianie informacji prawdziwych, w rzetelnej formie, w szczególności bez wywierania nacisku psychologicznego (np. poprzez powodowanie dysonansu u odbiorców), nie będzie stanowiło nakładania do bojkotu.

59. Nawet jeśli rozpowszechniane są informacje nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd, niekoniecznie ich treścią musi być zachęcanie osób trzecich do podjęcia określonych działań w celu kolektywnego zdestabilizowania sytuacji rynkowej przedsiębiorcy, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. Rozpowszechnianie informacji kwalifikowane jako czyn z art. 14 u.z.n.k. może w konsekwencji spowodować utrudnienie dostępu do rynku poprzez nienawiść stosunków gospodarczych z danym podmiotem, jednak dokonane przez wiele podmiotów indywidualnie, bez porozumienia. Sprawcy takiego czynu, oprócz zarzutu z art. 14 u.z.n.k., powinni także zarzucić zarzut z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. w zakresie czynów nienazwanych. Oczywiście w takiej sytuacji poszkodowany musiałby wykazać, że przekazywane przez sprawcę wiadomości były zdolne do wywołania tak szerokiego skutku, jakim jest utrudnienie prowadzenia działalności gospodarczej. Zauważmy także, że przy tego rodzaju czynie samo rozpowszechnianie informacji w celu osiągnięcia korzyści lub wprowadzenia szkody będzie objęte zamiarem bezpośrednim, natomiast dalsza konsekwencja, jaką jest szerszy skutek utrudnienia dostępu do rynku, będzie objęta zamiarem wynikowym.

Przykład rozpowszechniania nieprawdziwych informacji, które spowodowały utrudnienie dostępu do rynku, wskazuje orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 lipca 2007 r. (I ACA 682/07, LEX nr 5.6555). Rozpatrując powództwo o zakazanie rozpowszechniania nieprawdziwych informacji, że powódka nielegalnie wprowadziła do obrotu preparat farmaceutyczny, sąd uznał, że doszło do naruszenia art. 15 u.z.n.k., ponieważ działania pozwanych osiągnęły skutek nieuczciwej konkurencji w postaci utrudnienia dostępu do rynku. Z uwagi na rozpowszechniane nieprawdziwe informacje hurtownicy, lekarze i aptkarze
nie mogli sobie pozwolić na zakupy lub ordynowanie leków powoda, ponieważ nie mieli pewności co do możliwości handlu tymi lekami, ich przepisywania bądź uzyskania refundacji.

Za czyn niewiecznej konkurencji, o którym mowa w art. 15 u.z.n.k., nie uznał natomiast Sąd Apelacyjny w Warszawie rozpowszechniając wiadomości w postaci nierzetylnych wyników badań dotyczących produktów powoda oraz stosowania przez powódź reklamy porównawczej wprowadzającej w błąd. W orzeczeniu z dnia 3 kwietnia 2008 r. (I ACa 221/08, LEX nr 516550) sąd stwierdził, że: "Powódka w żaden sposób nie wyjaśniła na czym miałaby polegać rzeczowo nieuzasadnione zróżnicowane traktowanie klientów pozbawione w odniesieniu do unormowania art. 15 u.z.n.k. Nie wskazała rynków (w wymiarze asortymentowym i geograficznie), na których funkcjonują strony, (...) istniejący pomiędzy stronami stosunk konkurencji nie ma charakteru bezpośredniego. Każda ze stron oferuje różnych rodzaju dobra, kierowane do różnych nabywców. Nie ma żadnych podstaw do uznania, że pozwana ma na rynku pozycję dominującą, którą wykorzystuje aby utrudnić powódce dostęp do rynku, stosując działania sprzeczne z prawem lub dobrami obyczajami".


61. Przykładowy katalog sposobów utrudniań dostępu do rynku w rozumieniu art. 15 u.z.n.k. wskazuje pewne najbardziej typowe ich formy. W grupie nienazwanych rodzajów zakłóceń działalności przedsiębiorców na rynku należy zwrócić uwagę na te dokonywane w środowisku cyfrowym. Mogą one być związane z niewiecznym użytkowaniem domen internetowych (np. cybersquatting, typosquatting), blokowaniem systemów elektronicznych sprzedaży konkurenta (np. poprzez wysyłanie dużej ilości zapitań, w
tym także zapytań o charakterze automatycznym, czyli tzw. atak Denial of Service), wprowadzając w błąd użytkowników stron internetowych poprzez stosowanie mylących odesłań (linków), stosowaniem technik pozycjonowania stron internetowych w wyszukiwkach w taki sposób, aby błędnie sugerować użytkownikom, że odwiedzana strona jest stroną producenta konkurencyjnego lub podmiotu z nim powiązanego (zob. uwagi do komentarza do art. 14 u.z.n.k. w pkt II.E), mylącym używaniem różnego rodzaju "metek elektronicznych" treści (tzw. tagów), wprowadzaniem błędnych danych do różnego rodzaju katalogów internetowych lub zgłaszaniem adresów pocztowych konkurenta na tzw. czarne listy serwerów (RBL - realtime blackhole lists) wysyłających spam (na nowe, elektroniczne formy utrudniania dostępu do rynku konkurentów zwraca także uwagę F. Henning-Bodewig, Unfair Competition Law. European Union and Member States, Kluwer Law International 2006, s. 77).

Nie wszystkie powyższe zachowania ex definitione mogą być uznane za nieuczciwe (np. samo podejmowanie starań o uzyskanie najwyższych miejsc na listach wyników wyszukiwań internetowych jest elementem normalnego rynkowego współzawodnictwa, jednak wykorzystywanie do tego celu metod wprowadzających w błąd lub blokujących możliwość działania w tym samym zakresie konkurenta będzie mogło stanowić czyn nieuczciwej konkurencji). Powyższe metody nie zawsze będą również skutkowały utrudnieniem dostępu do rynku; czasami spowodują jedynie ponoszone zakończenia w funkcjonowaniu przedsiębiorcy, niemające nawet potencjalnego szerszego znaczenia dla jego pozycji na rynku. Tego rodzaju przypadki nie będą mogły być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 u.z.n.k., lecz na podstawie innych przepisów, odpowiednio do rodzaju działania, a w ostateczności na podstawie klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

62. Podatność przedsiębiorcy na cyfrowe sposoby utrudniania dostępu do rynku jest tym większa, im szerszy jest zakres działalności prowadzonej przez niego w Internecie. Nowe, dynamicznie rozwijające się mechanizmy rynkowe w środowisku sieci cyfrowych sprzyjają powstawaniu zupełnie nowych form zakłócania działalności gospodarczej, które mogą być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 u.z.n.k.

63. Zachowanie, o którym mowa w komentarzowym przepisie, z uwagi na przedmiot czynności sprawczej, jaką jest nakłanianie, zakładające kierunkowe działanie sprawcy, może być popełniony jedynie z winy um. ślenej z zamiarem wynikowym.

64. Czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. ma związek z porozumieniami ograniczającymi konkurencję z art. 6 u.o.k.k. Oba zachowania rynkowe mają charakter kolektywnego działania mającego na celu utrudnienie aktywności rynkowej jednego lub większej liczby przedsiębiorców. Zasadnicza różnica pomiędzy nimi polega jednak na tym, że w przypadku porozumień ograniczających konkurencję podmioty dokonujące tego rodzaju działań nie są wobec siebie osobami trzecimi, które są nakłaniane do takich praktyk, ale świadomie podejmują razem działania mające na celu osiągnięcie wspólnego celu rynkowego (tak E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz..., 2008, s. 189; por. T. Skoczny (w:)...
Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., 2008, red. | Szwaja, 2006, s. 589). Warto natomiast zwrócić uwagę, że skuteczne nakłanianie do bojkotu, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k, skutkuje zazwyczaj porozumieniem stron, które w konkretnym przypadku, o ile będzie to zagrażało także publicznym interesom rynku, może spełniać przesłanki praktyki ograniczającej konkurencję z art. 6 u.o.k.k.

65. Samo porozumienie umowne pomiędzy przedsiębiorcami mające za przedmiot utrudnienie dostępu do rynku innemu przedsiębiorcy bądź przedsiębiorcom może być kwalifikowane jako niestypizowane czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

E. Dyskryminacja

66. Za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku przedsiębiorcom uznaje się także dyskryminację klientów przedsiębiorcy. Dyskryminacja polega na nieuzasadnionym, zróżnicowanym traktowaniu podmiotu, które odbywa się na jego niekorzyść. Relacja dyskryminacji jest zawsze dwustronna, tj. zachodzi pomiędzy dyskryminującym a dyskryminowanym, przy czym strony nie mogą występować w tej samej funkcji gospodarczej na rynku. Zróżnicowane traktowanie klienta może wystąpić tylko pomiędzy zbywcą a nabywcą, nigdy pomiędzy uczestnikami rywalizującymi o tę samą grupę klientów.

67. Podmiotem dyskryminującym na gruncie art. 14 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. jest przedsiębiorca, co wynika z ogólnej zasady stosowania ustawy do stosunków pomiędzy przedsiębiorcami (B2B), chyba że wyjątek w tym zakresie wynika wprost z brzmienia ustawy (np. art. 11 ust. 2 u.z.n.k.; w kwestii stosowania ustawy do relacji pomiędzy przedsiębiorcami zob. uwagę do art. 14 u.z.n.k. w pkt 1.5). Czyn nieuczciwej konkurencji polegający na dyskryminacji z natury jest działaniem indywidualnego sprawcy, nie może go więc kolektywnie popelniać kilku przedsiębiorców. Jeżeli jednak dyskryminuje na rzecz kilku przedsiębiorców, możemy mieć do czynienia z porozumieniem ograniczającym konkurencję, o którym mowa w art. 6 u.o.k.k.; jednak na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. każdy z nich będzie popelniał własnym czyn nieuczciwej konkurencji w postaci dyskryminacji.

68. Podmiotami dyskryminowanymi są klienci; przepis nie czyni w tej materii żadnych dodatkowych ograniczeń. Dyskryminacja może więc być wymierzona zarówno w przedsiębiorców, jak i w konsumentów. Dyskryminacja przedsiębiorcy na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. stanowi czyn, który może bezpośrednio utrudniać mu dostęp do rynku, pozabawia go bowiem możliwości zawierania określonych transakcji handlowych, istotnych z punktu widzenia jego działalności. Przedsiębiorca dyskryminowany może występować zarówno jako nabywca (dalszy dystrybutor lub podmiot nabywający produkty dla celów własnej produkcji), jak i zbywca produktów (dostawca, dystrybutor lub podwykonawca). W tym drugim przypadku dostawcę będzie dyskryminował w istocie silniejszy od niego rynkowo, choć niekoniecznie posiadający pozycję dominującą w rozumieniu art. 9 u.o.k.k. nabywca produktu (klient). Przykładem takiej sytuacji może być różnicowanie warunków transakcji zawieranych z dostawcami towarów do dużych sieci
handlowych. Działanie takie, choć nie stanowi dyskryminacji "klienta" w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k., nie powoduje problemów kwalifikacyjnych na gruncie komentowanego przepisu z uwagi na jego otwarty charakter. Nawet przy braku zgody co do możliwości rozszerzającej wykładni możliwe jest skonstruowanie analogicznego czynnicy nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do grupy "dostawców".

69. Dyskryminacja konsumenta jako klienta jest przypadkiem szczególnym. Po pierwsze, z definicji konsument może występować w obrocie jedynie jako strona bierna, tj. nabywca (zob. art. 221 k.c.) Istnieć czynniki konkurencji z art. 15 u.z.n.k. jest utrudnianie dostępu do rynku rozumianego jako swoboda prowadzenia działalności gospodarczej, a nie jako konsumencji dostęp do rynku. Z tego powodu mechanizm ten, gdy dyskryminowany jest konsument, będzie bardziej złożony. Aby w całości wypełnić hipotezę art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k., zróżnicowane traktowanie konsumenta musi być środkiem utrudniającym dostęp do rynku przedsiębiorcy (tak T. Skoczyński (w:) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red. J. Szwaja, 2006, s. 595; E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz..., 2008, s. 190). Przykładem takiej praktyki może być dyskryminacja pozytywna, w której dyskryminujący przedsiębiorca favorizuje określoną grupę konsumentów tylko po to, aby zapewnić rynkową działalność swojemu konkurenta. Jeżeli dyskryminacja dokonywana wobec konsumentów nie utrudnia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, wówczas z uwagi na to, że ustawa chroni także interes konsumentów (art. 1 u.z.n.k.), czyn taki może być kwalifikowany na podstawie klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Poleganie przez przedsiębiorcę działań dyskryminujących konsumentów może stanowić nieuczta praktyki rynkowej w rozumieniu art. 4 u.p.n.p.r.

70. Oczywiście dyskryminacja może przybierać postać "jeden do jednego" lub "jeden do wielu" albo "wielu do wielu". Komentowany przepis nie czyni w tym zakresie różnic, jeśli dyskryminuje wielu przedsiębiorców, bez porozumienia ze sobą, w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. będzie to zbór czynów dyskryminacji popełnianych przez poszczególne podmioty. W sytuacji, gdy dyskryminacja jest wcześniej uzgodniona, jest to bojkot, jednak w znaczeniu szerszym niż przedmiot nakłaniania, o którym mowa art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. (odmowa zabarczania transakcji).

71. Dyskryminacja może dotyczyć znacznie szerszego spektrum zachowań rynkowych niż tylko odmowy nawiązywania stosunków gospodarczych lub przerwania istniejących relacji. Natomiast w sytuacji, gdy dojdzie do skutecznego nakłaniania do bojkotu w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k., a więc gdy każdy z nakłanianych wykona czynności polegające na odmowie zawierania transakcji handlowych z bojkotowanym, będzie to pewien szczególny przypadek dyskryminacji popełniany przez każdego z przedsiębiorców z osobna. W takim przypadku nakłaniający odpowiadać może na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k., natomiast podmioty, które zrealizowały jego oczekiwania, popełnią czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k.

72. Istotą dyskryminacji jest takie zróżnicowanie w traktowaniu, które szkodzi określonym klientom. Może ono mieć nie tylko charakter negatywny, a więc polegać na "gorszym traktowaniu", ale także
pozytywny, kiedy co prawda nikt nie jest traktowany gorzej niż to jest przyjęte według standardów obowiązujących na danym rynku lub w standardzie danego przedsiębiorcy, ale określony klient lub grupa klientów są faworyzowani. Nie ma pomiędzy tymi przypadkami normatywnych różnic; odrębność bierze się jedynie z punktu odniesienia, jaki zostaje przyjęty w celu dokonania oceny postępowania dyskryminującego.

73. Ze względu na przedmiot czynności sprawczej czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w komentowanym przepisie, podobnie jak ten opisany w art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k., mimo zasady odpowiedzialności obiektywnej może zostać popełniony jedynie z winy umysłnej.

74. Najistotniejsze dla zakwalifikowania określonych stanów faktycznych jako dyskryminacji jest wyjaśnienie istoty tego zjawiska, w szczególności znaczenia ustawowego pojęcia "rzeczowe nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie". Swoboda działalności gospodarczej zagwarantowana w art. 32 Konstytucji RP przejawia się także w wolności wybrania przez przedsiębiorców kierunków ich działalności, co przekłada się także na decydowanie o tym, z kim i na jakich warunkach będą zawierać transakcje. Gwarancją tej zasady jest w prawie cywilnym zasada swobody umów (art. 3531 k.c.). Warunki dokonywanych transakcji ustalane są indywidualnie przez strony, choć zróżnicowany jest stopień wpływu kaŜdej z nich na treść stosunków prawnych. Istnieje bowiem znaczna różnica pomiędzy negocjowanym indywidualnym kontraktem o współpracy dwóch przedsiębiorców a umową adhezyjną zawieraną przez konsumenta jadącego środkiem komunikacji miejskiej. Zasada swobody umów podlega ograniczeniom ze względu na przepisy bezwzględnie obowiązujące (por. art. 58 k.c.), np. warunki dotyczące umów zawieranych z konsumentami. Ograniczenia mogą wynikać także z przepisów prawa administracyjnego, w szczególności w takich przypadkach, w których swoboda obrotu danymi produktami wymaga odpowiedniej decyzji administracyjnej (np. pozwolenia). Wolność kształtowania stosunków prawnych może być równie ograniczona jedynie w pewnym zakresie (np. co do cenę przy sprzedaży leków refundowanych w aptekach). Wreszcie skrajnym przypadkiem ograniczenia zasady swobody umów jest obowiązek kontraktowania, jaki zostaje nałożony na określone kategorie przedsiębiorców działających w sferach szczególnie istotnych dla interesu publicznego. Za ilustrację takiego przypadku niech pozyszy art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. - Prawo przewozowe (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 50, poz. 601 z późn. zm.), który nakłada na przewoźnika obowiązek świadczenia usług przewozowych w zakresie podanym przez niego do wiadomości publicznej.

Kształt stosunków prawnych pomiędzy stronami zależy także od czynników pozaprawnych, a mianowicie charakteru działalności prowadzonej przez kontrahentów, rodzaju towarów, jakie są sprzedawane, ogólnej sytuacji ekonomicznej, kondycji finansowej kontrahentów.

75. W świetle powyższego dyskryminację nie jest każde zróżnicowanie traktowania klientów, choćby nawet zawierali oni te same transakcje dotyczące tych samych towarów. Dopiero jeśli dochodzi do nieuzasadnionych różnic, które w efekcie utrudniają dostęp dyskryminowanego do rynku, zostają spełnione przesłanki czynu z art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. Uzasadnionych powodów zróżnicowanego traktowania klientów jest bardzo wiele; można je uszeregować w 6 zasadniczych grup okoliczności (podobną klasyfikację
proponuje T. Skoczny (w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red.]. Szwaja, 2006, s. 596):

1) prawne - wynikające z bezwzględnie obowiązujących przepisów regulujących określone stosunki gospodarcze, wpływających w określony sposób na kształtowanie określonych stosunków prawnych;
2) ogólnoekonomiczne - związane z sytuacją gospodarczą na rynku, która wpływa na warunki, w jakich działa przedsiębiorca (np. zmiany oprocentowania kredytów kupiś ekstremalnych);
3) dotyczące sytuacji przedsiębiorcy - chodzi zarówno o kondycję finansową, jak i posiadanych pracowników, możliwości wynikające z ilości i wielkości zawieranych transakcji w danym okresie;
4) dotyczące transakcji - związane z kosztami uzyskania produktu, wprowadzenia na rynek, promocji, zmianami jakościowymi, ilością i jakością produktów, terminami płatności;
5) rynkowe - obejmujące zmiany w popycie, zmiany preferencji odbiorców końcowych, spowodowane pojawieniem się konkurencyjnych produktów lub produktów substytutycznych o korzystniejszych parametrach;
6) dotyczące klienta - jego sytuacji finansowej, zaufania w obrocie, opinii, wcześniejszych transakcji z tym przedsiębiorcą.

76. Zgodnie z treścią komentowanego przepisu zróżnicowane traktowanie musi być "rzeczowo nieuzasadnione", co oznacza, że musi być ono nieuczciwe. Nieuczciwe będzie wykorzystywanie wskazanych wyżej okoliczności uzasadniających zróżnicowanie w sposób nierzetelny, mechaniczny, odczerwy od warunków określonej transakcji, jedynie w celu poprawienia pozycji klienta. Powołanie się zatem przy podwyższeniu ceny towaru na wzrost kosztów jego importu będzie zatem uzasadnione, lecz może być nierzeczowe, a więc nieodpowiedające danej sytuacji, gdy oferowany produkt pochodzi ze starszej partii sprowadzonej jeszcze po niższych kosztach. Słusznie wskazuje T. Skoczny, że rzeczowo nieuzasadnione są decyzje kształtowane na podstawie motywacji emocjonalnych, subiektywnych, w tym osobistych (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red.]. Szwaja, 2006, s. 597; odmienne zdanie prezentują E. Nowińska i M. du Vall, którzy uważają, że przedłużka rzeczowości stanowi superfluum ustawowe, Komentarz..., 2008, s. 190).

W powyższej kwocie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Rzeszowie w orzeczeniu z dnia 29 stycznia 2004 r. (I A C a 5/2/03: LEX nr 519232), który odrzucając apelację powoda zarzucającego pozwaniu stosowanie wobec niego nieuczciwego systemu upustów, stwierdził, że "z żadnego przepisu prawa nie wynika obowiązek przedsiębiorcy do sprzedażania takich samych towarów wszystkim swoim klientom po tej samej cenie. Przy sługująca przedsiębiorcy swoboda ustalania cen obejmuje także prawo do obniżania ceny swoich towarów z korzyścią dla poszczególnych odbiorców czy ich grup. (...) Niewątpliwie nie jest dyskryminacją zróżnicowane traktowanie klientów mające uzasadnienie ekonomiczne, jeżeli oparte jest na kryteriach jednolitych dla wszystkich kontrahentów na danym szczeblu obrotu towarowego".

77. Czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k., może zostać zrealizowany za pomocą wielu różnych działań dyskryminujących, w szczególności: odmowy zawarcia
nowych umów, niewykonania umów już obowiązujących, gorszych warunków negocjacyjnych, wprowadzania różnic w cenach, wymaganych zaliczkach, warunkach realizacji transakcji, kosztach dodatkowych ponoszonych w związku z dostarczeniem produktu, procedurach obsługi, wymaganych gwarancjach i zabezpieczeniach, przyznawanych rabatach.

78. Za uciążliwe warunki umów w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie konsumentów w orzeczeniu z dnia 22 października 1993 r. (XVII Amr 36/93, Wokanda 1994, nr 3, poz. 57) uznał Sąd Antymonopolowy "zarzucenie w umowie najmu obowiązku uiszczenia przez najmątcę nieoprocentowanej kauki", stwierdzając również, że "stosowanie przez sprzedawcę wyższych marek podmiotów gospodarczych conformantnych ze sprzedażą stosunkiem najmu w porównaniu do innych nabywców prasy jest nadużyciem pozycji dominującej na rynku w rozumieniu art. 5 pkt 3 uw. ustawy". Nie ma przeszkód, by praktyki takie nie stanowiły jednocześnie przejawów dyskryminacji, o której mowa w art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. (w kwestii relacji komentowane ustawy do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zob. uwagę poniżej).

79. Wszystkie powyższe formy dyskryminacji mogą być stosowane zarówno w ramach dyskryminacji sensu stricto, jak i faworyzowania klienta ze szkodą dla pozyski rynkowej przedsiębiorcy. Zasadniczo każda okoliczność, która ma znaczenie z punktu widzenia ekonomicznego wyboru dokonywanego przez klienta, może być przedmiotem dyskryminacji.

80. W sytuacjach, w których mimo obowiązku wynikającego z przepisów powszechnie obowiązującego prawa przedsiębiorca odmówi zawarcia umowy, zostaną spełnione przesłanki dyskryminacji, o której mowa w komentowanym przepisie, gdyż w tym przypadku to przepis prawa arbitralnie stwierdza, w jakich warunkach umowa ma zostać zawarta, oraz wykonywana.

81. Natomiast co do zaasyste nie będzie stanowiło dyskryminacji rozwiązanie umowy wiążącej strony, jeśli prawo takie wynika z samej umowy lub właściwości stosunku prawnego.

82. Dyskryminacja musi powodować utrudnienie dostępu do rynku. Jeśli więc przedsiębiorca różnicujący w sposób nieuzasadniony sytuację swoich klientów działa na rynku, na którym jego klienti bez uszczernienia dla swojej dotychczasowej działalności mogą nabyć te same bądź substytutywne produkty od innego przedsiębiorcy za tę samą lub nieróżniącą się znacząco cenę, nie dojdzie do zrealizowania przesłanek art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. (tak E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz..., 2008, s. 191, oraz E. Strzępka-Frania, Utrzymajcie..., odmienię T. Skoczny (w:) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red. J. Szwaja, 2006, s. 599). W sytuacji, gdy dochodzi do dyskryminacji, która nie powoduje jednak utrudnienia dostępu do rynku po stronie przedsiębiorcy, ochrony poszukiwać można na podstawie klauzuli generalnej art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

83. O dyskryminacji nie będzie można mówić także wtedy, gdy odmowa zawarcia umowy lub mniejszej korzystne jej warunki wynikają z popełnionego uprzednio przez klienta wobec przedsiębiorcy czynu
nieuczciwej konkurencji. Stanowisko to podzielili Sąd Antymonopolowy w orzeczeniu z dnia 27 marca 1996 r. (XVII Amr 5/96, Wokanda 1997, nr 6, s. 53), stwierdzając: "wprawdzie powołana wyżej ustawa [o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów - J.S., M.M.] zakreśla granice swobody umów, niemniej na jej regulacje nie może powoływać się osoba żądająca zawarcia umowy z podmiotem gospodarczym posiadającym pozycję dominującą, jeżeli uprzednio dopuściła się wobec tego podmiotu czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji".

84. Co do zasady, odmowa przyjęcia przedsiębiorcy do organizacji gospodarczej lub zawodowej nie stanowi dyskryminacji, o której mowa w art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k., gdyż jak słusznie zauważa E. Nowińska i M. du Vall, brak jest pomiędzy taką organizacją a ubiegającym się o przyjęcie przedsiębiorcy relacją klienteli (Komentarz..., 2008, s. 191). Istnieją natomiast sytuacje - jak słusznie zwraca uwagę T. Skoczny - w której członkostwo w danej organizacji albo warunkuje wykonywanie działalności gospodarczej, albo w znacznym stopniu poprawia sytuację rynkową przedsiębiorcy (zob. T. Skoczny, wj. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red. J. Szwaja, 2006, s. 594). W takich wypadkach nieuzasadniona odmowa przyjęcia w poczet jej członków rzeczywiście odnosi skutki w postaci utrudnienia prowadzenia działalności gospodarczej. Należy jednak zauważyć, że komentowana ustawą z zastrzeżeniem ustawowych wyjątków, reguluje relacje pomiędzy przedsiębiorcami. W przedstawionej sytuacji o spełnieniu przestankiej art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. można by mówić tylko wówczas, gdyby organizacja społeczna sama była przedsiębiorcą, w związku z czym zachodziły pomiędzy nią a 'miśnianym' przedsiębiorcą stosunk konkurencji rozumianej szeroko jako potencjalna możliwość wpływu na sytuację rynkową innych przedsiębiorców.

85. Jeżeli chodzi o zrzeszenia przedsiębiorców, zróżnicowane traktowanie członków organizacji i przedsiębiorców nieposiadających takiego statusu nie stanowi dyskryminacji, o której mowa w art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. W orzeczeniu z dnia 16 grudnia 1992 r. Sąd Antymonopolowy stwierdził, że stosowanie przez spółdzielnię meczarską zrealizowanych cen skupu, wyższych dla swych członków, nie stanowi praktyki monopolistycznej (XVIII Amr. 8/92, LEX nr 56217).

86. Zastosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków, co wpływa znacznie dyskryminację jako zachowania rynkowego, stanowić może także praktykę ograniczającą konkurencję, zarówno w postaci niedozwolonych porozumień (art. 6 ust. 1 pkt 4 u.o.k.k.), jak i nadużywania pozycji dominującej (art. 9 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k.).

87. Porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami, którego przedmiotem jest dyskryminacja lub nadużywanie pozycji dominującej (porozumienie o charakterze kartelowym), podobnie jak w przypadku art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. może dotykać wszelkich relacji z osobami trzecimi, bez różnicowania, czy chodzi o przedsiębiorców, czy o konsumentów (zob. K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa..., s. 280; odmiennie E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz..., 2008, s. 192). Uciążliwe lub niejednolite warunki umów jako zagrażające
interesowi publicznemu w obrocie będą stanowić jednocześnie czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w komentowanym przepisie (tak E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz..., 2008, s. 192), przy czym należy zwrócić uwagę na różnicę w rozłożeniu akcentów ochrony w obu regulacjach. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów uznaje za niedozwoloną porozumienia, których przedmiotem jest działanie dyskryminujące, a więc swego rodzaju dyskryminacja zbiorowa (tego rodzaju działanie może także następować w wykonaniu skutecznego bojkotu kwalifikowanego na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k.). Artykuł 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje natomiast wykonanie konkretnych czynności dyskryminujących, a więc działa w wymiarze dyskryminacji indywidualnej (tak K. Kikut, T. Sieradzka, Ustawa..., s. 281).

88. Podmiot posiadający na rynku pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 pkt 10 u.z.n.k. także jest objęty zasadą swobody zawierania umów, o której mowa w art. 3531 k.c., w związku z tym nie istnieje żaden generalny zakaz różnicowania przez niego swoich klientów (zob. orzeczenie Sądu Antymonopolowego z dnia 27 marca 1996 r., XVII Amr 5/96, Wokanda 1997, nr 6, s. 53). Szczególna sytuacja rynkowa, w jakiej znajduje się taki przedsiębiorca, implikuje jednak bardziej rygorystyczne kryteria oceny, czy dare zachowanie stanowi utrudnianie dostępu do rynku, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. Jeżeli dyskryminacja dopuszcza się podmiot o silnej pozycji rynkowej, ograniczona, bo nawet całkowicie niemożliwe jest dla klientów dokonanie zakupu ze źródeł alternatywnych (tak E. Strzępka-Frania, Utrudnianie...). Posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów będzie istotną wskazówką w postępowaniu w sprawie czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na dyskryminacji, co do skutku, jakiego działanie przedsiębiorcy może wywierć na dostęp klientów do rynku. Na związek ten zwróci uwagę Sąd Apelacyjny w Warszawie w orzeczeniu z dnia 3 kwietnia 2008 r. (1 ACa 221/08, niepubl.), stwierdzając, iż "nie ma żadnych podstaw do uznania, że pozwana ma na rynku pozycję dominującą, której wykorzystuje aby utrudnić powódź dostęp do rynku, stosując działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami".

W orzeczeniu z dnia 32 czerwca 1994 r. (XVII Amr 3/94, Wokanda 1995, nr 2, poz. 50) Sąd Antymonopolowy stwierdził, że: "Podmiot o pozycji dominującej na rynku powinien traktować swych kontrahentów zasadniczo w sposób równoprawnego. Domaganie się przez dominującego na rynku dostawcę energii ciągłej, w sposób wybiórczy i dowolny od niektórych tylko podmiotów gospodarczych spośród wielu Innych o złej kondycji finansowej, płacenia zaliczek na poczet bieżących dostaw (art. 490 § 1 k.c.), a następnie wobec nie spełnienia tego żądania wypowiedzenie umowy i zaprzestanie dostaw, może być uznane za przejaw dyskryminującej odmowy sprzedaży w świetle art. 5 pkt 4 ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym".

F. Pobieranie opłat dodatkowych

89. Artykuł 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. został dodany do ustawy nowelizacją z dnia 5 lipca 2002 r., która
weszła w życie w dniu 10 listopada 2002 r. W założeniu ma on zapewnić ochronę przedsiębiorcom dostarczającym towary do dużych sieci handlowych przed zjawiskiem, które w istocie jest pewnym szczególnym rodzajem dyskryminacji, tj. "pobieraniem innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży", mogące w istotny sposób destabilizować sytuację mniejszych podmiotów na rynku.

90. Samo wprowadzenie nowego przepisu do ustawy do pewnego stopnia uporządkowało problem tego rodzaju czynów nieuczciwej konkurencji, przesądzać jednoznacznie o ich kwalifikacji. Nie można jednak zapominać, że nawet wcześniej zachowania takie mogły być kwalifikowane na podstawie klausuł generalnej z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (tak T. Dyś, Nieuczciwa konkurencja - opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży, M. Praw. 2003, nr 14, s. 644).

91. Komentowany przepis ma zastosowanie jedynie w relacjach pomiędzy przedsiębiorcami, w których nabycie towaru uzależnia jego przyjęcie do dalszej sprzedaży od przedsiębiorcy wydającego jego zbywcę od wnięcia określonego rodzaju opłat dodatkowych, innych niż marża handlowa. Mimo oczywistego celu przepisu, który ma przeciwdziałać naddużywaniu przez duże sieci handlowe ich silniejszej pozycji rynkowej wobec mniejszych przedsiębiorców, sam przepis art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. nie zawiera w tej materii żadnego rozróżnienia. Jak należy się jednak spostrzegać, i co potwierdzi dotychczasowa praktyka, jego zastosowanie będzie ograniczone właśnie do takich stanów faktycznych.

Jak wyjaśnia Sąd Apelacyjny w Poznaniu w orzeczeniu z dnia 13 listopada 2008 r. (I ACa 718/08, LEX nr 519305): "Wskazany przepis dotyczy w szczególności relacji występujących pomiędzy dostawcami towaru a właścicielami dużych obiektów handlowych oraz też przedsiębiorcami prowadzącymi handel sieciowy, cechującymi się znaczącą pozycją na rynku handlu detalicznego. Czyn nieuczciwej konkurencji polegający na pobieraniu innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży prowadzi do uzyskiwania przez sprzedawców detalicznych nie tylko zysku wynikającego z narzuczonej marki, ale także dodatkowych dochodów kosztem dostawców, którzy zmuszeni są rezygnować ze znacznej części swoich dochodów związanych z dostarczeniem towarów".

92. Sprawca oraz poszkodowany nie muszą na gruncie komentowanego przepisu pozostawać na tym samym szczeblu obrotu gospodarczego, tj. nie muszą ze sobą konkurować na tym samym rynku o tę samą grupę klientów (tak T. Skoczny (w:) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red. J. Szwaja, 2006, s. 604), muszą jednak mieć choćby potencjalną możliwość wpływu na swoją sytuację rynkową. Wymóg ten wynika nie tylko z ogólnej funkcji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w systemie prawa (zob. uwarunek do art. 14 w pkt I.F.), już sama treść art. 15 u.z.n.k., który dotyczy wszak "utrudniania dostępu do rynku", zakłada istnienie takiego rodzaju wpływu, a więc stosunku konkurencji sensu largo.

Przepis ten nie obejmuje zatem dowolnych sposobów utrudniania dostępu do rynku w relacji dostawca-odprzedaż, ale jedynie określone, specyficzne działania dyskryminujące, polegające na pobieraniu opłat dodatkowych za przyjęcie towaru do sprzedaży. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie definiuje marży handlowej, dlatego w poszukiwaniu zakresu tego pojęcia należy odwołać się
do art. 3 ust. 1 pkt 6 u.c., który przez marżę handlową rozumię "różnicę między ceną płaconą przez kupującego a ceną uprzednio zapłaconą przez przedsiębiorcę, wynikającą z kosztów i zysku przedsiębiorcy; marża handlowa może być wyrażona kwotowo lub w procentach". Chociaż definicja ta określa sposób liczenia marży, nie precyzuje, jakie dokładnie opłaty wchodzą w jej skład, operując jedynie terminem "koszty". Najogólniej ujmując, kosztem przedsiębiorcy jest wszystko to, co wydatkował w celu nabycia i dalszej odsprzedaży towaru.

93. W przypadku marży pojawia się kolejny problem, dotyczący relacji tego pojęcia do opłat dodatkowych, o których mowa w komentowanym przepisie. Jak słusznie zwraca uwagę T. Skoczny, jest bardzo niejasne, jaki punkt odniesienia należy przyjąć, dokonując oceny, czy określona kwota stanowi tylko marżę handlową (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red. J. Szwaja, 2006, s. 603), czy może ma w sobie, choćby ukrytą, jakąś dodatkową opłatę, której wliczenie do marży może być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. W ustawie nie ma wtedy wskazówek, do jakiego poziomu marż należy się odnosić, w związku z tym jedynie interpretacja w kontekście funkcji, jaką spełnia komentowana ustawa, pozwala z pewną dozą pewności argumentować, że chodzi tu może o jakieś przeciętne, stosowane na danym rynku (asortymentowym lub geograficznym, kwalifikowanym dodatkowo ze względu na typ sklepu - np. tzw. dyskont czy sklep wyższej klasy). Wciąż jednak jest to kryterium bardzo nieostre, dopuszczające duże różnice w cenach i utrudniające ich obiektywizację, szczególnie że nawet niewielkie różnice pomiędzy cenami przyjmowanymi jako statystyczna grupa odniesienia mogą być bardzo znaczące w obrębie.

94. Opłaty za przyjęcie do sprzedaży, o których mowa w przepisie, występują zasadniczo w postaci dwóch rodzajów postanowień (także Dyś. Nieuczciwa... podobnie T. Skoczny (wr) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji..., red. J. Szwaja, 2006, s. 603). Pierwsza kategoria obejmuje szeroko rozumiane opłaty z tytułu możliwości aż na równie współpracy handlowej z przedsiębiorcą, w tym za umieszczenie swojego towaru w sklepach przedsiębiorcy lub za jego wyeksponowanie, nazywane "opłatami półkowymi", "opłatami za umieszczenie na liście", "opłatami za wprowadzenie do sprzedaży". Druga grupa postanowień przewiduje 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 "stryborbucjnych", pobieranych często jako część obrotu.

95. Pierwsza grupa postanowień wskazuje wprost na dodatkowy charakter opłat w stosunku do marży i dlatego nie narzuca trudności zakwalifikowanie ich pobierania jako czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. Druga grupa postanowień, które mogą także przybierać postać odrębnych umów, dotyczy usług rzekomo świadczonych przez sprzedażce na rzecz dostawcy. Oczywiście tego rodzaju relacji a priori nie da się wykluczyć i są one jako takie dopuszczalne, jednak na gruncie konkretnych stanów faktycznych zazwyczaj łatwo jest wykazać, że za tego rodzaju postanowieniami nie stały żadne realne zobowiązania.
96. Wreszcie zdarza się, że sama marża handlowa jest tak negocjowana i w efekcie odpowiednio podwyższana, że już zawiera w sobie te dodatkowe opłaty. W takim przypadku wykazanie czynu nieuczciwej konkurencji jest najtrudniejsze, bowiem jako że marża handlowa podlega indywidualnym ustaleniom pomiędzy przedsiębiorcami, mogą oni ukształtować ją dowolnie. Z pomocą przychodzi jedynie zawarty w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. i stosowany z całą świadomością jego braków legislacyjnych mechanizm weryfikacji, czy określone opłaty mieszczą się w pojęciu zwykłej marży handlowej.

97. Za opłaty inne niż marża handlowa uznano także upusty w cenie, argumentując, że nazwa zastosowanej opłaty nie ma bowiem znaczenia i nie pozbawia jej "charakteru opłaty" za wprowadzenie towaru do sklepów pozwanego. Taki "upust" nie ma odniesienia do ceny konkretnego towaru, lecz stanowi dodatkową opłatę związaną z przyjęciem towaru do sprzedaży. Nie jest nawet zaletą, aby obrotu, a zatem ilość zakupionego przez stronę pozwaną towaru jest bez znaczenia, co czyni taki "upust" tym bardziej poznornym, w rzeczywistości stanowiącym formę niedozwolonej opłaty" (urzeczenie SA w Krakowie z dnia 20 lutego 2009 r., I AGa 65/09, LEX nr 516544).

98. Jeżeli umowa z dostawcą przewiduje opłaty, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., wówczas, zgodnie z art. 58 § 1 i 3 k.c., postanowienia takie są nieważne, choćże z uwagi na ich wyraźnie dodatkowy charakter nie będą one przeważnie powodować nieważności całej umowy. Jeśli cała czynność prawna została tak skonstruowana, aby ukryć inną czynność prawną (np. umowa przewiduje wykonanie przez sprzedawcę określonych świadczeń promocyjnych na rzecz dostawcy, podczas gdy naprawdę chodzi jedynie o podstawę prawną do uiszczenia dodatkowej kwoty), tego rodzaju czynność będzie czynnością pozorną w rozumieniu art. 83 § 1 k.c. i jako taka cała będzie objęta sankcją nieważności (tak E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz..., 2008, s. 196; T. Dyś, Nieuuczciwa...).

W kwestii nieważności umowy przewidujących pobieranie od dostawców nieuzasadnionych opłat wypowiedział się Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 26 stycznia 2006 r. (II KU 378/05, Wokanda 2006, nr 6, poz. 8), stwierdzając, że: "Zastrzeganie dodatkowych opłat przez przedsiębiorcę handlowego za samo to, że kupowane od dostawcy towary znajdują się w sprzedaży w sklepach należących do tego przedsiębiorcy, utrudnia w sposób obronny dostęp do rynku i w ten sposób narusza dobre obyczaje handlowe, o których mowa w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Jak się powszechnie przyjmuje, pojęcie dobrzych obyczajów jest składnikiem klawzuli generalnej o szerszej formule, występującej pod nazwą zasad współpracy społecznego, którą posługuje się ustawodawca m.in. w art. 58 § 2 i w art. 353¹ k.c. Prawdowalo jest zatem oceną sądu, że taka umowa, jako sprzeczna z zasadami współpracy społecznego, jest nieważna (...). W tym samym orzeczeniu sąd dodatkowo zwrócił uwagę, że nawet przed wejściem w życie przepisu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. zastrzeganie przez dostawców dodatkowych opłat, innych niż marża handlowa, także można stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, kwalifikowany na podstawie klawzuli generalnej z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

99. Ocena pobierania dodatkowych opłat nie zawsze będzie jednoznaczna, jeżeli chodzi o utrudnianie przez nie dostępu do rynku. Często bowiem wprowadzenie przez producenta określonego towaru do sieci
sklepów pozwala mu na dotarcie do rynków, na które bez tego nie mógłby wejść (lub wziąłoby się to z dłu
gowych kosztami). W takim wypadku nawet te dodatkowe opłaty stanowiłyby koszty niższy, niż próba
samodzielnego rozszerzenia zasięgu swojej sprzedaży. Jak słusznie wskazuje T. Skoczny, w takich
wypadkach kryterium utrudniając dostępu do rynku należałoby odnosić do stosunku pomiędzy takimi
potencjalnymi, samodzielnie ponoszonymi kosztami a dodatkowymi opłatami pobieranymi przez
przedsiębiorcę posiadającego zorganizowaną, terytorialną sieć sprzedaży (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej
konkurencji..., red. J. Szwaja, 2006, s. 605). Powyższe stanowisko zaaprobował Sąd Apelacyjny w Krakowie w
orzeczeniu z dnia 11 lutego 2009 r. (I ACa 1/09 i I ACz 1/09, niepubl.), stwierdzając, że "poprzednie sformułowanie opłat
poszczególnych placówek pozwanej na terenie całego kraju był dostarczany bezpośrednio przez dostawców
i koszt dostawy, obciążający dostawców był dużo wyższy aniżeli dostarczenie towaru do Centrum W T. Dalsza
dystrybucja odbywała się już staraniem kupującego, tzn. spółki pozwanej, i dlatego też zastrzeżenie z tego
tytułu tzw. opłat logistycznych dla T. było dopuszczalne w świetle art. 3531 kodeksu. W konsekwencji sąd nie
przychylił się do twierdzenia powoda, że była to tzw. "opłata półkowa".

100. Podobnie, często dodatkowe (opłaty np. z tytułu promowania produktów w sklepie, odpowiedniego
jego eksponowania lub wywieszania dodatkowych tablic reklamowych) rzeczywiście będą stanowiły
element stosunku prawnego pomiędzy dostawcą zainteresowanego w wyproszowaniu jego produktu a
sprzedawcą (tak E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz..., 2008, s. 195). W przedmiocie kwalifikacji rzekomych
usług marketingowych jako uzasadniających opłaty za przyjęcie towaru do sprzedaży wypowiedział się Sąd
Najwyższy w orzeczeniu z dnia 12 czerwca 2006 r. (III CSK 23/08, Biul. SN 2008, nr 9, poz. 9), stwierdzając,
że przewidziany w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. definiuje pobierania innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie
towaru do sprzedaży może przybrać postać zawieranych obok umowy sprzedaży tego towaru do dużej sieci
handlowej, tzw. porozumień marketingowo-promocyjnych.

W tej samej materii wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Poznaniu w orzeczeniu z dnia 13 listopada 2008 r.
(I ACa 718/08, LEX nr 519/05). (...); doradztwo może mieć też charakter ustny. Jednak biorąc pod uwagę
zasady doświadczenia życiowego, realia handlu nieprawidłowym jest, żeby przedsiębiorca za informację
dająca zmiany opłatowania był skłonnego zapłacić kilkanaście tysięcy zł, jeżeli taką informację mógłby
bezpłatnie sam uzyskać analizując oferty konkurencyjnych firm. Przemawia to za uznanie stanowiska Sądu
pierwszej instancji, że opłaty te pobierano za samo przyjęcie towaru do sprzedaży".

101. Nieco bardziej restrykcyjna, aczkolwiek nie do końca słuszna, jest interpretacja komentowanego
przepisu przez Prezesa UOKiK, który stwierdził, że "pobierane opłaty związane z promocją towaru (za
zamieszczanie informacji na temat danego towaru w gazetach wydawanych przez sklepy zawierających
ofertę sklepu lub za umieszczanie towaru w danym miejscu sprzedaży) nie powinno się kwalifikować jako
opłaty związane z przyjęciem towaru do sprzedaży. Ich ewentualne pobieranie nie stanowi czynu
nieuczciwej konkurencji" (pismo UOKiK z dnia 4 lutego 2003 r., Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z
dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. Urz. UOKiK Nr 1, poz. 240).
102. Przy dokonywaniu kwalifikacji prawnej istotne jest przede wszystkim, czy spełnienie owego dodatkowego świadczenia w istocie służy interesowi dostawcy, czy jedynie podwyższeniu zysku sprzedawcy. Oceny powyższych okoliczności muszą być dokonywane zawsze na gruncie konkretnego przypadku. Sąd Apelacyjny w Krakowie w orzeczeniu z dnia 4 września 2008 r. (I ACa 635/08, LEX nr 516553) wypowiedział się w kwestii pobierania przez pozwany opłat za usługi logistyczne i marketingowe, stwierdzając, że "pozwana tak określiła zasady współpracy, że reklamowała własne towary (...). O braku równowagi świadczy także i to, że strona powodowa nie miała możliwości zamieszczenia własnych "haseł reklamowych". Podobne stanowisko w kwestii kwalifikacji rzekomej promocji towarów dostawców zajął ten sam sąd w nieco późniejszym orzeczeniu z dnia 10 grudnia 2008 r. (I ACa 1024/08, LEX nr 516560), uznając, że "promując, eksponując i sprzedając towary zakupione wcześniej u strony powodowej, pozwana nie czyniła tego, by wykonać dla strony powodowej usługę, lecz jedynie po to, by sprzedać własny już towar i osiągnąć w ten sposób zysk wynikający ze stosownej marży".

103. Sprzedawca wszystkie swoje koszty pokrywa marżą handlową, jednak czynem nieuczciwej konkurencji jest nie tylko pobieranie opłat "obok marży" w znaczeniu dosłownym, ale także kwot odpowiadających nieuzasadnionym kosztom sprzedawcy przekraczających zwykle składniki marży.

Wobec powyższego dla kwalifikacji określonego zachowania polegającego na pobieraniu opłat dodatkowych, odrębnych od marży, pod jakimkolwiek tytułem, istotne będzie przede wszystkim, czy nie są kreowane sztucznie, jedynie w celu zwiększenia zysku przedsiębiorcy 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. Przykładem mogą być opłaty za wprowadzenie towaru do sklepów, za wcięcie na listę towarów, kwoty stanowiące partycypację dostawcy w promocji przedsiębiorcy i jego sklepów. Sąd Apelacyjny w Krakowie w orzeczeniu z dnia 27 lutego 2009 r. (I ACa 94/09, LEX nr 516523) uznał, że nie są opłatami za usługi świadczone na rzecz dostawcy przez sprzedawcę, ale opłatami za prowadzenie 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".

Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Poznaniu (orzeczenie z dnia 13 listopada 2008 r., I ACa 718/08, LEX nr 519305), "działania (...) polegające na wystawianiu towarów na półkach czy też Informowania o ich własnościach mieszczą się w ramach zadań każdego sprzedawcy i nie może to prowadzić do przerzucania na dostawcę kosztów działalności handlowej sklepów. Takie postanowienia umownie stanowią wypaczenie elementarnych reguł handlowych i jako takie podpadają pod regulację ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji".

Podobnie wypowiedział się także Sąd Okręgowy w Rzeszowie w orzeczeniu z dnia 11 marca 2009 r. (VI GC 9/09, LEX nr 522318), stwierdzając, że "w odniesieniu do bonusów od obrotu (...) nie można mówić, że wynikają one z jakiejkolwiek ewalucentności świadczeń. Pozwany bowiem nie musi wykonywać innych czynności poza umieszczeniem swojego towaru na półkach, co jak trafnie podniósł powód, nie może być
traktowane jako usługa na rzecz dostawcy".

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu (orzeczenie z dnia 28 sierpnia 2008 r., I ACa 645/08, LEX nr 519238) za opłaty dodatkowe w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. uznał także opłaty pobierane za rozwój sieci i przewidywany wzrost sprzedaży, uzasadniając, że "istota tej opłaty sprowadza się do nałożenia na dostawcę obowiązku finansowego paręcywania 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 pozawanego, bo przecież za każde działanie nie może być uznanie rozwijanie potencjału ekonomicznego własnego przedsiębiorstwa".

104. Oceny, czy w konkretnych okolicznościach doszło do czynu nieuczciwej konkurencji na gruncie komentowanego przepisu, dokonywać należy przez przyrzut klauzuli generalnej czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (tak T. Dyś, Nieułciala...). Sąd Apelacyjny w Warszawie w orzeczeniu z dnia 5 grudnia 2007 r. (I ACa 1053/07, LEX nr 516530) także przychylił się do tegoż poglądu, uznając, że funkcja klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. polega nie tylko na uzupełnianiu czynów nieuczciwej konkurencji, ale także na korygowaniu innych przepisów ustawy i dla wystąpienia stypulizowanych czynów nieuczciwej konkurencji konieczne jest także spełnianie prawdane zachowanie przesłanek tej klauzuli generalnej.

105. Nie każde jednak działanie pozytywne w ten sposób zweryfikowane będzie spełniało przesłanki art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., który wymaga także, aby określone zachowanie utrudniało działalność rynkową przedsiębiorcy. Pobieranie opłat dodatkowych, nawet jeśli jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nie będzie utrudniało dostępu do rynku, jeśli relacja pomiędzy dostawcą a odsprzedawcą nie ma kluczowego znaczenia dla tego pierwszego. W takiej sytuacji pobieranie opłat dodatkowych, choć jest uciążliwe, nie skutkuje bowiem destabilizacją prowadzenia działalności, a czyn taki może co najwyżej być kwalifikowany jako niestypulowany delikt nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Na gruncie komentowanego przepisu poszukiwać więc należy nie tyle władzy rynkowej sprawcy czynu w ogólności, ile stopnia należniienia dostawcy od stosunków gospodarczych z tym sprawcą i jego przewagi w celu wymuszenia opłaty dodatkowej, nieuzasadnionej wynagrodzenia (tak SA w Poznaniu w orzeczeniu z dnia 13 listopada 2008 r., I ACa 718/08, LEX nr 519305). Im większe uzależnienie, rzumiane jako wolumen transakcji dokonywanych z tym przedsiębiorcą, oraz im mniejsza możliwość kontraktowania alternatywnego, czyni z mniejszymi kontrahentami, jednak pokrywającymi ten dotychczasowy wolumen, tym większy skutek w postaci utrudniania dostępu do rynku będą powodowały przedmiotowe opłaty.

106. Niejasne jest użyte w przepisie sformułowanie "przyjęcie do sprzedaży". Wykładnia językowa prowadzi do wniosku, że jego hipotęzę objęte są jedynie przypadki, gdy dostawca powierza towar do sprzedaży na swój rachunek innemu sprzedawcy (tak E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz... 2008, s. 194). Celem przepisu jest jednak chronienie dostawców przed wszelkimi opłatami dodatkowymi narzucanymi
przez przedsiębiorców, głównie tych posiadających większą siłę rynkową. Wprowadzenie takiego ograniczenia, które poza zakresem przepisu stawia zwykle umowy sprzedaży pomiędzy dostawcą a sprzedawcą, wypaczałoby sens tej regulacji. Problem nie ma większego praktycznego znaczenia z uwagi na przykładowy charakter katalogu czynów z art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., w związku z czym możliwe jest skonstruowanie podobnego, nienazwanego czynn nienuczciwej konkurencji, obejmującego sprzedaż jako taka.

107. Mimo tej elastyczności komentowanego przepisu - wynikające z możliwości powoływania się także na inne niż wymienione w art. 15 u.z.n.k. czyny powodujące utrudnienie przedsiębiorcy dostępu do rynku - jest on przykładem mało solidnej legislacji (zob. uwagi na temat pojęcia marży handlowej) i raczej wyznacza ogólny rodzaj zakazanego zachowania rynkowego, niż podaje czytelne przesłanki jego wystąpienia.

108. Czyn, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., w praktyce można popończyć jedynie umyślnie, mimo ogólnej zasady odpowiedzialności obiektywnej, gdyż absurdalne byłoby powołanie się sprzedawcy na fakt, że pobrał dodatkowe opłaty "niewyższe".

109. W zakresie możliwości dochodzenia roszczeń związanych czynem nienuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., bardzo istotna wydaje się być uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r. (III CZP 58/09, OSNC 2010, nr 3, poz. 37), w której stwierdzono, że: "Na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nienuczciwej konkurencji (...) strona może niezależnie od innych roszczeń wynikających z umowy - dochodzi zwrotu bezpodstawnie uzyskanych korzyści z tytułu pebrań innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży". Oznacza to, że równolegle do roszczeń przysługujących na podstawie komentowanej ustawy można dochodzić roszczeń wynikających np. z niewłaściwego wykonania umowy lub bezpodstawnego wzbogacenia (na ten temat zob. M. Sieradzka, gl. aprobująca do ustawy SN z dnia 19 sierpnia 2009 r., III CZP 58/09, LEX/el. 2010).

110. Należy także zwrócić uwagę, że przedmiotowy czyn nienuczciwej konkurencji może również stanowić praktykę ograniczającą konkurencję w postaci nadużywania pozycji dominującej w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W szczególności może spełniać przesłanki art. 9 ust. 2 pkt 1 u.z.n.k., a więc polegać na "bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nienuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odlanych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów" lub art. 9 ust. 2 pkt 4, czyli "uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy".

W orzeczeniu z dnia 13 listopada 1996 r. (XVII Amr 41/96, Wokanda 1997, nr 12, s. 54) Sąd Antymonopolowy stwierdził, że "stanowi przejaw praktyki monopolistycznej i narusza art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym umowa sprzedaży, w której sprzedawca wymusił na kupującym, aby ten oprócz ceny za towar uściślił dodatkowo opłatę z tytułu gwarancji dalszych dostaw, tym bardziej, gdy takiej dopłaty sprzedawca nie domagał się od innych kupujących, funkcjonujących na tym
samym szczeblu obrotu towarowego co kupujący, wobec którego wspomniana dopłata była pobierana". Sąd nie dopatrzył się natomiast uciążliwego warunku umowy w domaganiu się przez sprzedawcę dopłaty z tytułu odroczonego terminu płatności.

G. Wymuszanie wyboru przedsiębiorcy

111. Przepis art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. także został wprowadzony do ustawy nowelizacją z dnia 5 lipca 2002 r. Jego przedmiotem jest ochrona przedsiębiorców przed utrudnianiem im dostępu do rynku poprzez wymuszanie na klientach wyboru określonego przedsiębiorcę jako kontrahenta lub stwarzanie warunków do tego, by wymuszania takiego dopuszczały się podmioty trzecie. Działania takie mogą zakładać funkcjonowanie przedsiębiorców na rynku poprzez bezpośrednie, nieuczciwe oddziaływanie na klienta. Podobnie jak w przypadku pozostałych przepisów art. 15 u.z.n.k., warunkiem niezbędnym dla kwalifikacji czynu na jego podstawie jest to, by działanie było zdolne "utrudnić dostęp", i więc musi one stanowić istotną przeszkodę dla swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

112. Hipotęzą art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. objęte jest zachowanie polegające na wymuszaniu na klientach określonych decyzji rynkowych. Termin "wymuszanie" oznacza wywieranie na klienta wpływu, które charakteryzuje się tak znaczną intensywnością, że adresat nie ma możliwości dokonania alternatywnego wyboru lub w danych okolicznościach alternatywy, jest nawet jest, ma znaczenie marginalne. Wymuszanie wiąże się zatem ze stosowaniem przymusu wobec klienta. Chodzi nie tylko o przypadki przymusu psychicznego lub fizycznego, ale przede wszystkim przymusu rynkowego (tak E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz...*, 2008, s. 196). Przynus rynkowy polega na stwarzaniu takich okoliczności, że wolność wyboru klientów zostaje ograniczona, poprzez jednostronne działanie podmiotu lub grupy podmiotów. W praktyce uniemożliwianie klientom dokonywania racjonalnych wyborów rynkowych jest najczęściej małym, ale wręcz dwutorowym: konkurent z jednej strony stosuje nacisk po to, aby pozyskać większą liczbę klientów, z drugiej strony zaś tym samym powoduje znaczną upośledzenie rynkowej pozycji swojego konkurenta. Zachowanie takie jest elementem normalnego współzawodnictwa rynkowego, chyba że odbywa się za pomocą nieuczciwych środków, a za takie właśnie ustawę uważa wymuszanie. Kwalifikację określonych działań jako mieszczących się w tym pojęciu odbywać się musi przez prymat klawiatury generalnej z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., pełniącej funkcję korygującą dla stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji (zob. uwagi do orzeczenia SA w Warszawie z dnia 5 grudnia 2007 r., I ACa 1053/07, niepubl., w pkt I.F.).

113. Sprawcą czynu, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k., może być wyłącznie przedsiębiorca, który nie musi pozostawać z konkurentem w stosunku bezpośredniego współzawodnictwa o tę samą grupę klientów na tym samym lub nawet podobnym rynku. Wystarczy, aby pomiędzy podmiotami zachodził chociażby potencjalny stosunek konkurencji wyrażający się w możliwości wzajemnego wpływania na sytuację rynkową (w tej kwestii zob. uwagi do art. 14 u.z.n.k. w pkt I.F.).
114. Rolę środka wykorzystywanego do utrudnienia dostępu do rynku pełnią klienci, na których określona decyzja jest wymuszana. Przepis nie różnicuje w żaden sposób tej grupy, a zatem należy przyjąć, że w zakres tego pojęcia wchodzą wszelkie podmioty zajmujące bierną pozycję na rynku, w tym znaczeniu, że w danej transakcji uczestniczą w obrębie po stronie nabywców produktów. Klientami w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. są przedsiębiorcy, konsumenci, a także inne podmioty nieposiadające zgodnie z art. 431 i 221 k.c. takiego statusu (np. organizacje społeczne nieprowadzące działalności gospodarczej lub występujące w danej transakcji poza prowadzoną przez siebie działalnością gospodarczą).

115. Czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w komentowanym przepisie, jest działaniem ukierunkowanym na osiągnięcie określonego rezultatu, na co wskazuje użycie zwołu "w celu". Nie warunkuje to jednak, że czyn ten może być popełniony tylko wówczas, gdy zachowanie sprawcy odniesie rzeczywisty skutek.

116. Mimo że do przepisu art. 15 u.z.n.k. zastosowanie ma ogólna zasada odpowiedzialności obiektywnej jako reguła przyjęta w całej ustawie, charakter działań stanowiących przedmiot art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. wskazuje bezsprzecznie, że w praktyce czyn ten będzie mógł być popełniony jedynie z winy umyślną. Natomiast zaznaczona przez ustawodawcę kierunkowość zamiaru ograniczy ten zakres jeszcze dalej jedynie do zamiaru bezpośredniego (dolus directus).

117. Komentowany przepis może dotyczyć bardzo wielu różnego typu zachowań, z których trzy tytułem przykładu zostały wymienione w ust. 2 przepisu (zob. awagi odnośnie do redakcji art. 15 u.z.n.k. w pkt IIA). Należą do nich: pośrednie bądź bezpośrednie narzucać albo ograniczać lub wyłączenie wyboru przedsiębiorcy przez klienta oraz emisję znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi oferowane przez przedsiębiorcę.

118. Artykuł 15 ust. 2 pkt 1 2 u.z.n.k. opisuje dwa mechanizmy działań polegających na narzuceniu klientom zakupów u danego przedsiębiorcy lub rynkowego ograniczenia bądź wyłączenia możliwości zakupu u innego przedsiębiorcy. Oba działania mogą mieć podobne skutki rynkowe, często też będą występować, posrednio lub bezpośrednio, łącznie. Działania te mogą być podejmowane nie tylko na korzyść sprawcy, ale także innego podmiotu, który pozostaje z nim w związku gospodarczym. Regulacja ta ma zapobiegać wielopodmiotowym, złożonym konfiguracjach sprawczym, w których często trudno byłoby udowodnić przedsiębiorcy czyn nieuczciwej konkurencji, gdyby działał w celu uzyskania korzyści przez innego przedsiębiorcę, z którym łączą go odpowiednie porozumienia. Tego rodzaju działanie, w razie spełnienia przesłanek z art. 6 lub 9 u.o.k.k., mogłoby być kwalifikowane jako porozumienie ograniczające konkurencję lub nadużywanie pozycji dominującej, w tym także nadużywanie kolektywnej pozycji dominującej.

119. Zachowaniem, które może być kwalifikowane jako spełniające przesłanki z art. 15 ust. 1 pkt 5
uz.n.k., może być w szczególności ograniczanie użytkowników określonych produktów w dostępie do części zamiennych lub ograniczanie możliwości serwisowania urządzeń jedynie do autoryzowanych zakładów. Narzędziom do ich realizacji mogą być zarówno odpowiednio formułowane umowy z klientami, jak i działania faktyczne polegające na odmowie dostarczania produktów do innych niż autoryzowane sklepy lub też takim projektowaniu produktów, które uniemożliwia zastosowanie do nich innych części zamiennych (tak E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz...*, 2008, s. 197). Zakres przedmiotowy powyższych czynów jest bardzo szeroki i w zasadzie obejmować może bardzo wiele różnych mechanizmów postępowania na rynku w celu zintensyfikowania zysku. Dla zakwalifikowania ich jako czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. konieczne będzie, żeby jednocześnie utrudniały one innym przedsiębiorstwom w ykonwanie działalności gospodarczej i były realizowane za pomocą przysusza rynkowego.


121. Artykuł 15 ust. 2 pkt 3 u.z.n.k. przewiduje pewien odrębny sposób dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji polegający na wymuszaniu na klientach decyzji dotyczącej przedsiębiorcy, z jakim zawierają umowy. Polega on na użyciu znaków legitymacjnych, która utrudnia dostęp do rynku innym przedsiębiorcom.


122. Z uwagi na sposób sformułowania przepisu art. 15 u.z.n.k. po nowelizacji, jego piętrowa struktura zawiera kilka kolejnych przestanek, które pozwalają uznać posługiwanie się przez przedsiębiorcę bonami za czyn nieuczciwej konkurencji.
Czynność sprawcza z art. 15 ust. 2 pkt 3 u.z.n.k. polega na emitowaniu, oferowaniu i realizowaniu bonów towarowych, objęte są nią więc wszystkie etapy opisanego wyżej mechanizmu sprzedaży. Przepis nie rozstrzyga, czy mają one być przekazywane odpłatnie, czy też nieodpłatnie, warto więc zwrócić uwagę na możliwe zbieg konwentowanego przepisu z art. 15 ust. 4 u.z.n.k. Gdy emitentem jest przedsiębiorca prowadzący działalność o powierzchni sprzedaży powyżej 400 m², wówczas zmienią się obowiązujące gorsze zasady i z uwagi na treść art. 15 ust. 4 u.z.n.k. bony będą mogły być realizowane jedynie po ich cenach nominalnych, w szczególności więc nie będą mogły być przekazywane za darmo.

123. Przepis nie rozstrzyga, kto może być sprawcą czynu, a więc może nim być każdy przedsiębiorca. Zauważmy jednak, że nie ma sensu emitowanie takich bonów, które mogą być zrealizowane poza emitentem, jego grupą kapitałową lub przedsiębiorcami objętymi porozumieniem dotyczącym realizacji tych bonów (tak J. Szwaja, Ostatnia nowelizacja ustawy..., s. 1116 i n.).

124. Poshugiwanie się bonami musi następować w okolicznościach, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz art. 15 ust. 2 pkt 1 lub 2 u.z.n.k., a więc w związku z jednorazowym wymuszeniem na klientach konieczności zakupu u danego przedsiębiorcy bądź z ograniczeniem, bądź wyłączeniem możliwości zakupu u konkurencji. Nie jest jasne, w jaki sposób te wszystkie przesłanki miałyby być zrealizowane, skoro decyzję o zakupie bonów lub ich przyjęciu, gdy są przekazywane za darmo, podejmuje sam klient. Może on zawsze dokonać wyboru pomiędzy zakupem u emitenta a zakupem u konkurenta. Nawet otrzymanie bonów za darmo, które w oczywisty sposób skłania do zrealizowania ich u tego konkretnego przedsiębiorcy, nie nosi znamion tak silnego oddziaływania, jak wymienione w art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. "wymuszenie", nawet w znaczeniu rynkowym. Mogłoby to być przypadek utrudniania dostępu do rynku poprzez sprzedaż poniżej kosztów (art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.), natomiast trudno w tej praktyce doszukać się aż takiego przynętu wobec klienta. Widać tu pewną kolaną wadę konstrukcyjną przepisu, bowiem został on dodany do ustawy w celu chronienia rynku przed sytuacją, w której klienci otrzymywali bony, które mogli zrealizować tylko w danym sklepie, zatem na uniesieniu żadnego alternatywnego wyboru rynkowego. W takim rozumieniu takie zachowania rzeczywiście noszą w sobie pewien ładunek "ekonomicznych wymuszenia", jednak wątpliwie jest, czy przede wszystkim rzeczywiście nie daje klientom wyboru. Należy bowiem zauważyć, że osoba, która otrzymuje bon za darmo lub po cenie obniżonej w stosunku do wartości produktów, jakie można za niego nabyć, w istocie otrzymuje produkty za darmo bądź otrzymuje rabat o określonej wartości, a tego rodzaju zachowanie to nic innego, jak sprzedaż poniżej kosztów z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Z kolei w sytuacji, gdy bony przekazywane są po cenie nominalnej, a więc po prostu są kupowane, w ogóle trudno mówić o wymuszeniu, bo osoba i tak za tę samą kwotę mogłaby dokonać zakupu u wybranego przedsiębiorcy.

125. Wydaje się, że ocena tego problemu sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na podstawowe pytanie: czy przyznawanie przez przedsiębiorcę swojemu klientowi korzyści przy transakcjach z tym przedsiębiorcą to "wymuszenie" decyzji? Bon towarowy, który może być zrealizowany u danego przedsiębiorcy, to po prostu określony rabat, często o dość skomplikowanej strukturze ekonomicznej, z
uwagi na zakup bonów przez pracodawcę. Nie wydaje się być słuszne stanowisko, że stworzenie klientówowi możliwości uzyskania korzyści poprzez zrealizowanie bonu, której to korzyści nie uzyska, jeśli uda się do innego przedsiębiorcy, jest równoznaczne z "wymuszeniem" na nim określonego zachowania (art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k.). Istotę zachowania konsumenta jest kierowanie się głównie interesem ekonomicznym, którego nie można klasyfikować jako bycia "przyczynianym".

Sytuację powyższą można zilustrować następująco: otrzymujący bon o wartości 100 zł klient zamierza kupić towar o wartości 200 zł. Może wybrać pomiędzy zakupem w sklepie A realizującym bony a zakupem w sklepie B bez bonów. Rozsądkiem ekonomicznym nakazuje, jeżeli towary są takie same i sprzedawane są na tych samych zasadach, zakupić produkt w sklepie A z bonami. W takim przypadku klient otrzymuje uciskanie, jak rabat na swoje zakupy w wysokości 50% wartości towaru.

126. O wymuszeniu będsze mowa w sytuacjach, gdy tego rodzaju bony nabycie (zazwyczaj po cenie obniżonej) np. zakład pracy, który następnie rozdaje je swoim pracownikom. W takich okolicznościach dopatrzyc się można umożliwiających podmiotom trzecim wymuszania zakupu towaru u określonego przedsiębiorcy. Rzeczywiście przekazanie przez sprzedażcom bonów, do ich dalszego przekazania, np. pracownikom, może nosić znaczenia wymuszenia, ale z zupełnie innych powodów niż przedstawione powyżej. Pracownik otrzymuje bowiem w postaci bonów swoje wynagrodzenie (np. premię lub dodatek socjalny) i element wymuszenia przejawia się tu w ograniczeniu jego wyboru wyłącznie do jednego przedsiębiorcy lub grupy przedsiębiorców, który w bony realizują. W innym wypadku nie otrzyma on żadnej korzyści od pracodawcy. Dopiero w takiej konfiguracji ma miejsce wymuszenie; co więcej, wymuszenie to nie wynika z istoty bonów, ale z relacji łączącej otrzymującego bony i przekazującego (np. podległość służbową). W takich okolicznościach zachowania takie mogłyby być także uznawane za porozumienia mające na celu ograniczenie konkurencji z art. 6 u.o.k.k. lub nadużywanie pozycji dominującej z art. 9 u.o.k.k.

127. Czyt nieuczciwe konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 2 pkt 3, musi utrudniać dostęp do rynku innym przedsiębiorcom, co będzie pozostawało w ścisłym związku z przesłanką wymuszania wyboru. Jeśli działania związane z bonami są szczególnie intensywne, tj. oferowane są wyjątkowo duże korzyści bardzo szerokiej grupie odbiorców na warunkach uniemożliwiających podjęcie innej decyzji rynkowej, gospodarczy efekt takich działań dla konkurencji może być jaki, że zostanie ona na pewien czas rynkowo "zgłoszona" i odlóżona lub nawet wyeliminowana ze współzawodnictwa.

II. Utrudnianie dostępu do rynku małym przedsiębiorcom

128. Podobnie jak przepisy art. 15 ust. 1 pkt 4 i 5 u.z.n.k., także art. 15 ust. 3 u.z.n.k. został dodany nowelizacją z dnia 5 lipca 2002 r. Jego przedmiotem jest ochrona przed utrudnianiem dostępu do rynku małym i średnim przedsiębiorcom przez sprzedaż towarów lub usług w obiektach handlowych o powierzchni sprzedaży powyżej 400 m² po cenie nieuwzględniającej marży handlowej. Przepis ten ma więc
chronić mniejszych uczestników rynku, występujących w obrębie w charakterze dostawców dużych przedsiębiorców zajmujących się masową odsprzedażą nabytych od nich produktów.

129. Sprawcą omawianego czynu jest przedsiębiorca prowadzący działalność handlową w formie tzw. sklepu wielkopowierzchniowego, natomiast poszkodowanym może być jedynie podmiot należący do kwalifikowanej kategorii małych przedsiębiorców. Ustawa, do której odwołuje się art. 15 ust. 3 u.z.n., została zastąpiona dnia 22 sierpnia 2004 r. ustawą o swobodzie działalności gospodarczej, która w art. 105 definiuje małego przedsiębiorcę jako "przedsiębiorstwo, które w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych: 1) zatrudnia średniorocznie mniej niż 50 pracowników oraz 2) osiągnął roczny obóz netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 10 milionów euro, lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 10 milionów euro".

Niedopatrzeniem ustawodawcy jest odesłanie do nieobowiązujących przepisów aktu prawnego, pomimo upływu dość długiego czasu od ich uchylenia. Sytuacja ta to nie tylko przykład wadliwej techniki prawodawczej, ale może ona nieść ze sobą inne, dalej idące komplikacje, powodujące, że w celu racjonalnego zrekonstruowania normy konieczne będzie sięgnięcie do bardziej stworzonych sposobów interpretacji. Jeśli bowiem uznamy, że odesłanie do ustawy - Prawo działalności gospodarczej należy funkcjonalnie rozumieć obecnie jako odesłanie do zastępującej ją u.s.d.g., to pojawiła się rozbędzącność w definicjach pomiędzy tymi aktami prawnymi. Obecna ustawa, oprócz definicji "małego przedsiębiorcy" (art. 105 u.s.d.g.) zawiera także definicję "mikroprzedsiębiorstwa" (art. 104 u.s.d.g.), do którego to pojęcia przepis art. 15 ust. 3 już się nie odnosi. Trudno byłoby jednak z drugiej strony zaakceptować, że przepis art. 15 ust. 4 miałby się odnosić obecnie wyłącznie do utrudniania dostępu do rynku małym przedsiębiorcom, skoro mikroprzedsiębiorstw są węższą, wyodrębnioną z nich w drodze dalszej systematyki, grupą. W drodze wykładni a maiori ad minus należy zatem stosować ten przepis oczywiście także do mikroprzedsiębiorstw.

130. Znaniem kwalifikującym czyn opisany w art. 15 ust. 3 jest utrudnianie dostępu do rynku poprzez "sprzedaż towarów lub usług w obiektach handlowych o powierzchni sprzedaży powyżej 400 m²". Czynność sprawczą ma zatem zostać zrealizowana w takich, wskazanych w przepisie, okolicznościach. Ustawa wskazuje, że chodzi o obiekty handlowe, w których prowadzona jest sprzedaż towarów lub świadczenie określonych usług i których powierzchnia przekracza odpowiednią wielkość. W praktyce często wskazuje się, że chodzi tutaj o tzw. sklepy wielkopowierzchniowe. Ustawa terminem tym się nie posługuje, o byłoby możliwe także poprzez odwołanie do ustawy z dnia 11 maja 2007 r. o tworzeniu i działaniu wielkopowierzchniowych obiektów handlowych (Dz. U. Nr 127, poz. 880; uchylono w związku z wyrokiem TK z dnia 8 lipca 2008 r., K 46/07). Należy jednak zauważyć, że kryterium kwalifikacji obiektu handlowego jako sklepu wielkopowierzchniowego zawarte w komentowanym przepisie art. 15 ust. 3 jest identyczne z definicją zawartą w art. 2 wspomnianej, nieobowiązującej już ustawy. Zgodnie z tą definicją, wielkopowierzchniowym obiektem handlowym był "obiekt handlowy o powierzchni sprzedaży
przekraczającej 400 m², w którym prowadzona jest jakakolwiek działalność handlowa”.

131. Celem wprowadzenia art. 15 ust. 3 była ochrona przed utrudnieniem dostępu rynku małym przedsiębiorcom przez supermarkety i hipermarkety - duże sklepy wielobranżowe lub specjalistyczne, posiadające szeroki asortyment towarów i prowadzące masową sprzedaż lub świadczenie usług. Tymczasem sposób sformułowania tego przepisu powodować może szereg wątpliwości interpretacyjnych. Po pierwsze, w przepisie mowa jest o obiekcie handlowym. Nie ulega wątpliwości, że w zakres tej definicji wchodzą wszelkie pojedyncze sklepy (supermarkety lub hipermarkety działające pod jedną nazwą handlową), jeżeli spełniają kryterium wielkościowe wskazane w ustawie. Kwestią dyskusyjną może być natomiast, czy za tego rodzaju obiekt handlowy uznać można zespoły mniejszych sklepów i punktów usługowych, łącznie posiadające powierzchnię większą niż 400 m², w szczególności tzw. galerie handlowe. Zespoły takich sklepów są zorganizowane w formie przypominającej organizację sklepu wielkopowierzchniowego - supermarketu lub hipermarketu. Cechy tej organizacji to, przykładowo, duża masa sprzedażna, świadczenie wielu usług towarzyszących, wspólne akcje promocyjne, a ogólnie rzecz biorąc - zamiast zatrzymywania klienta w jednym obiekcie na dłuższy czas, w oczekiwaniu, że dokona on większych lub zróżnicowanych zakupów. Powstaje zatem pytanie, czy tego rodzaju zespoły sklepów, łącznie przekraczające powierzchnię 400 m², mogą być uznane za jeden obiekt handlowy w rozumieniu ustawy. Próbując udzielić odpowiedzi na to pytanie, należy przede wszystkim zauważyć, że ustawa nie preluduje się pojęciem jednego budynku lub nawet jednego pomieszczenia albo lokalu. Sposób generalnego sformułowania przepisu jest całkowicie neutralny, jeżeli chodzi o formę "obiektu", a więc może to być zarówno jeden budynek zajmowany przez jeden sklep, jak i wiele różnych, mniejszych sklepów, łącznie posiadających przymiot sklepu wielkopowierzchniowego. Nie jest też czym zdanym istotne, jako jest struktura własnościowa takich "całkowitych" obiektów handlowo-usługowych, a więc czy są one wynajmowane od jednego przedsiębiorcy, który jest właścicielem lub podmiotem zarządzającym galerią handlową czy też mają formę odrębnej własności lokali użytkowymi. Odnotować należy, że w takich przypadkach grupowego prowadzenia działalności handlowo-usługowej, pomimo że podmiot zarządzający galerią handlową bezpośrednio nie prowadzi sprzedaży ani też świadczy usług, w istocie organizuje i koordynuje taką działalność pod swoją marką, zapewniając niezbędną infrastrukturę. Podmiot taki prowadzi promocję i marketing całej galerii na zewnątrz, ustala sposób sprzedaży, lokalizację sklepów, a także koordynuje i realizuje wspólne akcje promocyjne na terenie galerii.

132. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na treść art. 15 ust. 2 pkt 3. Przepis ten wskazuje, że czyn polegający na utrudnianiu dostępu do rynku poprzez emisję znaków legitymacjnych może być dokonywany zarówno przez pojedynczego przedsiębiorcę, jak i przez kilku przedsiębiorców pozostających ze sobą w związku gospodarczym. Co prawda przepis powyższy ma zastosowanie szersze i odnosi się do wszelkich przedsiębiorców, nie tylko tych prowadzących obiekty handlowe o powierzchni powyżej 400 m², ale nie może umknąć uwadze, że czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku poprzez
emisję znaków legitymacjach, występuje także w formie kwalifikowanej formy czynu nieuczeszej konkurencji z art. 15 ust. 3, dokonywanej przez sklepy wielkopowierzchniowe. Tego rodzaju powiązanie może sugerować, że nie należałyby do góry wykluczać, że także w warunkach komentowanego przepisu może dochodzić do realizacji jego znamion w postaci kolektywnej, tj. poprzez grupę przedsiębiorców, którzy będące w "związku gospodarczym" (wynajmując powierzchnie handlowe na ścieżki określonych zasadach, razem tworzą jeden obiekt handlowy. W takim ujęciu, powiązania występujące pomiędzy poszczególnymi sklepami i punktami usługowymi w ramach galerii handlowych można by zatem uznać za rodzaj istniejącego pomiędzy nimi związku gospodarczego.

133. Przyjęcie wyżej wskazanej interpretacji oznaczałoby zatem, że obiektem handlowym może być praktycznie każda forma sprzedaży towarów i świadczenia usług, niezależnie od tego czy jest ona realizowana przez jeden podmiot wielobranżowy bądź odpowiednio duży sklep specjalistyczny (np. supermarkety ze sprzętem RTV i AGD), czy też przez grupę przedsiębiorców skupionych w ramach jednego obiektu i prowadzącego go przedsiębiorcy (np. galerie handlowe). A contrario należy jednak zauważyć, że zakres tak szeroko rozumianego pojęcia obiektu handlowego byłby hardco nieostry. W szczególności dochodziłoby do niepotrzebnie szerokiej interpretacji tego przepisu, prowadzącej do tego, że za obiekty handlowe w rozumieniu ustawy należałyby uznać np. wspólnie administrowane place targowe, często sprawiające wrażenie jednego obiektu handlowego. Podobnie również jak galerie handlowe, pełnią także niektóre ulice handlowe w centrum miast, składające się praktycznie z samych sklepów, przeważnie takich samych jak te w galeriach handlowych. Zwróćmy uwagę, że poza pewnymi różnicami wynikającymi ze szczególnej infrastruktury, z punktu widzenia popytownego, tj. ekonomii klienta (tzw. consumer-side economy) tego rodzaju "aleje handlowe" spełniają w istocie podobną, jeśli nie taką samą funkcję. W podanych przypadkach należy jednak uznać za nieuwzględnione kwalifikowanie tych form prowadzenia działalności za jakąś szczególną formę "rozproszonych obiektów handlowych". Podobnie, sam fakt, że przedsiębiorcy razem korzystają z urządzeń jednego obiektu handlowego (np. galerii handlowej), nie powinien naszym zdaniem a priori stanowić przeszkód do kwalifikacji takiego obiektu jako obiektu handlowego, o którym mowa w art. 15 ust. 3. Mimo otwartego prawo, zapewne przyczynie tego przepisu, nie można odejść od jego wykładni celowościowej i historycznej, która wyraźnie wskazuje na konieczność bardziej restrykcyjnego odczytywania tej normy i zawczasu jej zastosowania co do zasady do działalności tzw. supermarketów i hipermarketów. Przeciwna, rozszerzająca interpretacja prowadziłaby bowiem do arbitrualnego kwalifikowania określonych rodzajów działalności jako objętych zakresem art. 15 ust. 3, co z kolei oznaczałoby de facto nieuzasadnione, bo rozszerzone, ograniczenie swobody działalności gospodarczej.

134. Zaproponowana, nieco restrykcyjna, ale mimo to otwarta formuła interpretacji pojęcia obiektu handlowego z art. 15 ust. 3 nie jest oczywiście jedyną możliwością, ma jednak tę zaletę, że godzi swobodę prowadzenia działalności gospodarczej z postulatem ochrony konkurencji. Nie jest bowiem wykluczona, aby galeria handlowa została w szczególnych okolicznościach uznana za obiekt handlowy. Przykładowo, jeżeli w
konkretnych okolicznościach stopień współpracy przedsiębiorców działających w ramach jednej galerii handlowej byłby odpowiednio znaczny, w szczególności, gdyby emitowali oni wspólnie takie same znaki legitymacyjne (bony towarowe), o których mowa w art. 15 ust. 4, przeznaczone do realizacji na jednolitych zasadach w obrębie tej galerii, można by wówczas definiować ich działalność jako prowadzoną w ramach obiektu handlowego, o którym mowa w art. 15 ust. 3.

135. Kolejne zagadnienie powstające na gruncie komentowanego przepisu dotyczy rozumienia pojęcia "marża handlowa" i polega na tym, że zgodnie z art. 2 ust. 1 u.c. wysokość ceny, za wyjątkiem cen urzędowych, podlega uzgodnieniom, co jest odzwierciedleniem kodeksowej zasady swobody umów z art. 353 k.c. Z przepisu nie wynika jednak obowiązek sprzedaży z marżą jako taką (tak j. Szwajca, Ostatnia nowelizacja ustawy..., s. 1117 i n.). Nie jest także jasne, jaka marża powinna zostać przyjęta za punkt odniesienia, w szczególności, czy ma być to marża uśredniona dla określonej grupy produktów na danym rynku, czy też jest to po prostu jakakolwiek marża większa od zera (tak E. Fowincka, M. du Vall, Komentarz..., 2008, s. 200). Choć nie wynika to z literalnego brzmienia ustawy, bardziej racjonalne jest odwołanie się do tego pierwszego kryterium. Uzasadnienie takiego stanowiska można poszukiwać w funkcji ochronnej wobec konkurencji, jaką spełnia komentowana ustawa w systemie prawa za sprawą konkurencji jest m.in. istnieniem określonych "słusznych" marż. Za taką marżę nie można uznać jakiejkolwiek marży, musi ona bowiem odpowiadać pewnym bardziej objętym kryterium weryfikującym (choć należy odnotować trudności, jakich może nastąpić stosowanie tego przepisu w tej interpretacji).

136. W sytuacji, gdyby marży przy sprzedaży nie było, co może być celowym zabiegiem w ramach współpracy dostawcy i sprzedawcy, mającym służyć wprowadzeniu nowego towaru na rynek z zachęcającą, niską ceną, sprzedawca oferujący taki produkt w sklepie wielkopowierzchniowym mógłby popelniać czyn nieuczciwej konkurencji. Przed taką sytuacją chroni zawarta w art. 15 u.z.n.k. przestanka utrudniania dostępu do rynku. Jeżeli o okoliczności danej sprawy wynika, że co prawda doszło do sprzedaży poniższej marży handlowej, ale zarówno dostawca, jak i sprzedawca porozumiały się co do takiej formy sprzedaży, i jeśli jest to ekonomicznie uzasadnione (np. względami promocji towarów sprzedawcy), nie należy odmawiać takiej praktyce przyznania legalności. Jednak tego rodzaju porozumienia mogą być zawierane jedynie dla pozu; wówczas mogą stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k. (w kwestii pozorności takich umów zob. uwagę do pkt II.F).

137. Należy także zwrócić uwagę na sposób funkcjonowania przepisu w relacji pomiędzy przedsiębiorcą prowadzącym sklep wielkopowierzchniowy a jego konkurentami - małymi przedsiębiorcami i mikroprzedsiębiorstwami. Sposób sformułowania przepisu wskazuje na rozbieżne możliwości interpretacji. Po pierwsze, możliwe jest jego rozumienie w taki sposób, że każda sprzedaż nieuwzględniająca marży handlowej w warunkach określonych w art. 15 ust. 3 będzie stanowiła wskazany w nim czyn nieuczciwej konkurencji. Być może to interpretacja językowa i dość restrukturyjna. Można także uznać, że przepis ten odnosi się tylko do takiej sprzedaży "bez marży", spełniającej przesłanki tego przepisu, która utrudnia dostęp do
rynku wskazanym w nim grupom przedsiębiorców. Wydaje się, że na aprobację zasługuje to drugie stanowisko. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi przykład regulacji ograniczającej swobody działalności gospodarczej, pełniącej rolę ochronną wobec zjawiska konkurowania. Nie jest ona natomiast w żadnym wypadku ustawą regulującą zasadę wykonywania działalności gospodarczej. Z tego też powodu byłoby nadmiernym ograniczeniem obrotu gospodarczego przesądzenie a priori przez ustawodawcę, że każda sprzedaż nieuwzględniająca marży handlowej w warunkach art. 15 ust. 3 stanowi utrudnienie dostępu do rynku. Stanowisko takie nie jest słuszne przede wszystkim dlatego, że interakcje rynkowe są na tyle złożone, że nie można z góry przewidzieć wszystkich okoliczności, w jakich nastąpią, a co za tym idzie - jakie będą ich rzeczywiste skutki, a właśnie o skutek w postaci utworzenia barier rynkowej chodzi w komentowanym przepisie. Wreszcie należy zwrócić uwagę, że definicyjne przejęcie, z którego tego rodzaju sprzedaż stanowić będzie czyn nieuczciwej konkurencji, pozostawałoby w sprzeczności z elementarnymi prawidłowością działania nowoczesnego rynku. Często wprowadzanie nowych rodzajów produktów do obrotu, zwłaszcza zjawisko szybkiego wypełniania starych modeli przez nowe, sprawia, że produkt zakupiony i sprzedawany z marzą handlową, po stosunkowo krótkim czasie może stracić wartość rynkową daleko poniżej poziomu tej marży i wówczas sprzedaż taka, może albo zrezygnować z jej sprzedaży w ogóle, albo sprzedać go, uwzględniając jego rzeczywistą i aktualną rynkową wartość, choćby poniżej marży, a więc i poniżej swoich kosztów. W takim wypadku racjonalność gospodarcza nakazuje "pozbycie się" towaru w celu zmniejszenia strat tak dalece, jak to tylko możliwe. Trudno byłoby więc przyjmować w tej sytuacji, że dochodziłoby w znanej sposób utrudniania dostępu do rynku. Przykładów podobnych sytuacji może być wiele i podejmować próby ich kwalifikacji jako czynu nieuczciwej konkurencji na podstawie komentowanego przepisu należy dokonywać indywidualnej oceny okoliczności każdego przypadku.

Naszym zdaniem przepis art. 15 ust. 3 nie powinien więc stanowić zakazu jakiejkolwiek sprzedaży poniżej marży w sklepach wielkopowierzchniowych, ale tylko takiej, która utrudnia dostęp do rynku. Sklepy wielkopowierzchniowe ze swojej strony prowadzą sprzedaż bardzo wielu produktów o zróżnicowanym charakterze. Nawet gdy sklepy te mają charakter nakierowany na określoną branżę, np. market budowlany, liczba rodzajów towarów stęgać może dziesiątek tysięcy. Wśród tych towarów można zaś wyróżnić pewne grupy produktów wyodrębniane ze względu na rodzaj towaru, jego przeznaczenie, jakość itp. Utrudnianie dostępu do rynku będzie miało miejsce ewentualnie wtedy, gdy w szerzej rozumianej grupie danego rodzaju produktów, występować będzie sprzedaż poniżej marży. Takie ujęcie nie pozbawia przyniku legalności organizowania promocji polegających na obniżaniu cen na niektóre wybrane towar, których zadaniem jest zachęcanie klientów do zapoznania się z nowym produktem. W grę może wchodzić także skłonienie klientów do nabywania unowocześnionych wersji produktów itp. Tego rodzaju "grupowe" podejście do oceny, czy w danym wypadku doszło do sprzedaży towarów po cenie nieuwzględniającej marży, ma także swoje uzasadnienie w takim sposobie sformułowania przepisu, który posługuje się liczbą mnogą, określając czynność sprawczą jako polegającą na "sprzedaży towarów lub usług", co wskazuje właśnie konieczność brania pod uwagę szerszego, zbiorowego kontekstu, a nie tylko jednostkowego, wycinkowego podejścia do
sposobu prowadzonej sprzedaży (pojedynczych produktów lub pojedynczych transakcji). Oczywiście może dojść także do sytuacji, gdy nawet sprzedaż jednego rodzaju produktów spełniałaby przesłanki czynu z art. 15 ust. 3, jednakże konieczne byłoby wykażanie, że w istocie utrudnia ona dostęp do rynku. Wskazany sposób rozumienia potwierdza także wydana przez Prezesa UOKiK "Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji" (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, s. 47), w której czytamy, że utrudnianie dostępu do rynku "powinno przy tym łączyć się z zaburzeniem uczuciowej konkurencji", zaś "przy ocenie istotny będzie konkretny stan faktyczny, konkretny rynek."

138. Jak wynika z powyższego, przesłanka utrudniania dostępu do rynku pełni rolę korygującą, która pozwala na racjonalne z punktu widzenia zasad obrotu gospodarczego kwalifikowanie określonych zachowań jako stanowiących lub niestanowiących czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 3. Utrudnianie dostępu do rynku jest zjawiskiem znacznie szerszym niż sprzedaż bez marży, jest stanem, który powstaje na skutek różnego rodzaju czynników i dlatego stawianie znaku równości pomiędzy sprzedażą bez marży a tego rodzaju rynkową obstrukcją byłoby nieuprawnionym i zbyt daleko idącym uproszczeniem. Przyjęcie takiego stanowiska pozwala także na elastyczne reagowanie w sytuacjach, gdy co prawda sprzedaż następuje powyżej marży, ale jej wysokość jest znikoma, symboliczna, wpięczona jedynie po to, by wyjść poza językowe ramy art. 15 ust. 3 (np. marża w wysokości 1 grosz). Uwzględnianie marży nie polega zatem na stosowaniu każdej marży większej od zerowej, ale stosowanie marży rynkowo uzasadnionej, biorąc pod uwagę takie formy handlu jak promocje. Marża nie może występować jedynie jako element formalny, mający na celu uczynienie działalności przedsiębiorcy legalnym, natomiast w aspekcie sprzedaży poniżej marży należy dokonywać indywidualnej oceny w stosunku do generalnie dopuszczalnej praktyki polegającej na obniżaniu ocen, o ile nie powoduje ona faktycznego utrudnienia dostępu do rynku.

139. Ustawowe wyjątki w zakresie zachowań spełniających przesłanki z art. 15 ust. 3 zawiera art. 15 ust. 5 u.z.n.k. Wylicza on enumeracyjnie i kauzystycznie przypadki, w których nie dojdzie do czynu nieuczciwej konkurencji, tj. gdy sprzedaż odbywa się w ramach:

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

Nie będą stanowiły czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 3 u.z.n.k., także takie wyprzedaże, które ze swej natury nie zagrażają rynkowej pozycji małych przedsiębiorców, gdyż wartość sprzedawanych towarów w sposób naturalny spadła (np. w przypadku wyprzedaży towarów

140. W ust. 5 komentowanego przepisu ustawodawca wprowadził określone kontratypy komentowanego czynu nieuczciwej konkurencji. W świetle wskazanej, korygującej roli przestanki utrudniań dostępu do rynku należy zauważyć, że są to pewne, najbardziej typowe i oczywiste przypadki jednak istnieje także możliwość, że także w innych okolicznościach nie będzie zachodziło utrudnianie dostępu do rynku. Możliwość konstruowania tego rodzaju wyłączeń należy uzasadnić tym, że skoro generalną zasadą jest swoboda działalności gospodarczej, zaś u.z.n.k. stanowi jej ograniczenie, te wyjątki od tych ograniczeń sprzyjają tej swobodzie i - o ile nie pozostają w sprzeczności z wartościami jakie chroni u.z.n.k. - są uprawnione. Wreszcie oczekiwanie, że ustawodawca wymieni kazuistyczną w szerszej możliwe przypadki kontratypów w stosunku do czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 15 byłoby oczywiście niemożliwe do spełnienia, mając na uwadze złożoność materiału, jakiej nielżej w przepis dotyczy.

141. Dodatkowy czyn w przykładowym katalogu art. 15 u.z.n.k., w sposób budzący zastrzeżenia co do przejrzystości legislacji, kreuje art. 15 ust. 4 u.z.n.k. Stanowi on, że utrudnianiem dostępu do rynku jest emitiowanie oraz realizacja znaków legitymacjowych (bonów towarowych) wymienianych na produkty, oferowanych po cenie niższej niż ich wartość nominalna, już realizacja bonów określonej wartości, powyżej ich wartości nominalnej.

Przepis ten określa szczególny przypadek czynu nieuczciwej konkurencji, który polega na utrudnianiu dostępu do rynku poprzez wymuszanie na klientach wyboru przedsiębiorcy za pomocą znaków legitymacjowych, o którym mowa w art. 15 ust. 2 pkt 3 u.z.n.k. W art. 15 ust. 4 u.z.n.k. z góry przesądzone, że każdy przypadek postępowania się bomami towarowymi niezgodnie z ich wartością, a z korzyścią dla klienta, jest psuiciem rynku, jeśli dopuszcza się go przedsiębiorca prowadzący działalność handlową w zakresie oznaczonym w art. 15 ust. 2 u.z.n.k. Zauważmy jednak, że skoro przepis *ex lege* kwalifikuje takie zachowanie jako czyn nieuczciwej konkurencji, dla dochodzenia roszczeń wystarczy, aby mały przedsiębiorca wykazał, że znalazł się w zastępczo odsytalaniu takiej destabilizującej działalność gospodarczą praktyki. Wtedy więc musiał wykazać, że czyn taki miał miejsce, a w przypadku dochodzenia roszczeń odszkodowawczego - wykazać szkodę; nie będzie musiał jednak już udowadniać w jaki sposób to konkretne zachowanie stanowiło przejaw utrudniania dostępu do rynku.

142. *Ratio legis* tego przepisu odwoływało się głównie do praktyk nabywania przez pracodawców dużej ilości bonów towarowych po cenie niższej niż faktyczna wartość towaru, jaką można było za nie zkapitulować, a następnie przekazywania ich swoim pracownikom do realizacji w wyznaczonym sklepie. Sposób sformułowania tego przepisu nie jest jednak tak kazuistyczny i dlatego obejmować on może znaczenie więcej zachowań o podobnym skutku, realizowanych przy użyciu bonów towarowych, zwłaszcza biorąc pod uwagę postęp, jaki dokonuje się w sferze modeli biznesowych prowadzenia sprzedaży, w szczególności różnego rodzaju akcji promocyjnych.
Komentowany przepis stanowi przypadek szczególnej czynu nieuczciwej konkurencji wymienionego w art. 15 ust. 2 pkt 3. W przypadku art. 15 ust. 4 ustawodawca przesądza, że do czynu nieuczciwej konkurencji dochodzi zawsze, gdy emisji znaków towarowych dokonuje przedsiębiorca prowadzący sklep wielkopowierzchniowy w warunkach, gdy wskutek braku ekwiwalentności nie zgadza się rachunek ekonomiczny pomiędzy prawdziwą wartością tych znaków a ich siłą nabywcą. W tym miejscu należy wskazać na możliwość przyjęcia interpretacji w mniej kategorycznej formule, tj. iż także w ramach art. 15 ust. 4 - pomimo brzmienia treści przepisu - przesłanka "utrudniania dostępu do rynku" stanowić powinna element kwalifikujący i korygujący. Zapewne nie każda realizacja czynności sprawczej wymienionej w tym przepisie stanowiłaby w rzeczywistości utrudnienie dostępu do rynku (w kwestii uzasadnienia tego poglądu zob. uogólnie art. 15 ust. 3). Powyższa propozycja interpretacyjna stanowi jednocześnie postulat de lege ferendo, podyktowany względami zapewnienia rzeczywistej i adekwatnej, a nie jedynie pozbawionej, ochrony konkurencji.

Znakami legitymacyjnymi są zarówno te, które wprost spełniają funkcję płatniczą, tj. posiadają określonej wartości nominalnej, odpowiadającej wartości wyrażonej w pieniądzu, i podlegają wymianie na towar w ramach działalności danego przedsiębiorcy i na zasadach przez niego określonych (np. co do okresu ich ważności), jak i te znaki legitymacyjne, które spełniają także inne funkcje, w szczególności uprawniające do różnego rodzaju rabatów. Opisywany czyn nieuczciwiej konkurencji może być popełniony nie tylko w sytuacji, gdy bony stanowią substytut pieniądza u danego przedsiębiorcy lub w gdy w jego sklepie można za nie dokonywać zakupu dowolnych towarów, przeliczając ich cenę na wartość znaku legitymacyjnego (na takie rozumienie funkcji znaku legitymacyjnego wskazywać może sposób sformułowania przepisu art. 15 ust. 4, który mówi o znakach podlegających wymianie na towar). Możliwe jest bowiem także, że znak legitymacyjny nie będzie mógł funkcjonować samodzielnie bez pieniądza. Taki przypadek ma miejsce wtedy, gdy bon uprawnia do obniżenia ceny produktów w ścisłym określonym zakresie i to niezależnie, czy jest to obniżka wyrażona w wartości nominalnej, czy wyłącznie procentowej. Należy jednak zwrócić uwagę, że w tym ostatnim przypadku, ocena czy wartość takiego znaku legitymacyjnego była rzeczywiście niższa niż wartość nabytych z jego pomocą towarów, będzie utrudniona. Wartość bonu uprawniającego do obniżenia o dany procent ceny zakupu przez klienta ustala się dopiero wówczas, gdy klient podejme ostateczną decyzję o zakupie. Najbardziej adekwatną metodą weryfikacji relacji wartości bonu do wartości nabytych za niego towarów byłoby zatem ustalenie tej wartości na chwilę zawarcia umowy sprzedaży. Nastręcza to jednak pewne trudności w praktyce, gdyż oczywiste jest, że przepis art. 15 ust. 4 nakierowany jest na praktyki podejmowane w wymiarze zbiorowym, na skalę masową, w warunkach gdy dochodzi do bardzo wielu transakcji przy użyciu tego rodzaju znaków. Zazwyczaj dodatkowym problemem jest także zróżnicowany co do wartości asortyment produktowy sklepów wielkopowierzchniowych. Spośród różnych sposobów ustalania in abstracto, czy w danych warunkach emisowanie bonów mogło następować poniżej ich wartości (tj. siły nabywczej ustalonej przez przedsiębiorcę), pomocne mogą być narzędzia ekonomiczne, zwłaszcza pozwalające na stosowanie przybliżeń i prognoz np. poprzez określenie średniej wartości sprzedaży w
Uwaga bowiem pamiętać, że przedsiębiorca, który decyduje się na emisję bonów o nieustalonej nominalnie ich wartości, zazwyczaj bardzo dokładnie kalkuluje swoje przedsięwzięcie, biorąc pod uwagę spodziewane wyniki finansowe, aby akcja promocyjna nie prowadziła do strat w dłuższym okresie czasu i w szerszym niż promocja zakresie. Postulat dokonywania oceny, czy doszło w takim wypadku do czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 4 poprzez swoisty reverse engineering strategii handlowej, wydaje się jak najbardziej uprawniony.

Charakter prawny i funkcję znaków legitymacyjnych (bonów towarowych) trafnie ujmuje uchwała Izby Karnej SN z dnia 26 listopada 2003 r. (I KZP 21/03, LexPolonica nr 364437), w której sąd stwierdził, że "bon towarowy nie może być uznany za środek płatniczy, nie jest bowiem surogatem pieniądza, a jego realizacja nie oznacza wprowadzenia bonu do obiegu, nie mamy więc tu do czynienia z zastępowaniem pieniądza. Bon towarowy nie przedstawia też samodzielnie żadnej własnej wartości (karta, za której bon jest wydrukowany, nie ma żadnej wartości) i nie funkcjonuje samodzielnie w obrocie; jest natomiast dowodem zakupu bliżej nieokreślonych towarów, za które zapłata dokonana została wcześniej. Bon tak uprawniony do odbioru niesprzecznych jeszcze indywidualnie towarów, o wartości wyznaczonej przez cenę wcześniej uiszczoną, jest więc dokumentem (znakiem legitymacyjnym), który wychodzi pozwala na odbiór poddanych przez posiadacza bonu rzeczy cd ustanowionych wcześniej podmiotów. Rola bonu towarowego zbliżona jest do magazynowej karty telefonicznej, co do której Sąd Najwyższy przyjął, że nie jest ona środkiem płatniczym, stanowi zaś dowód zawarcia określonej umowy cywilnoprawnej (uchwała SN z dnia 23 października 2002 r., I KZP 31/02, OSNKW 2002, nr 11-12, poz. 95)."
znaku legitymacyjnego. Może więc nabywać znak sam klient, który następnie go zrealizuje lub też podmiot trzeci, który pod wybranym tytułem prawnym przekaże znak i uprawnienia z niego płynące na rzecz ostatecznego klienta (zazwyczaj jest to pracodawca nabywający bony na rzecz swoich pracowników i innych zatrudnianych przez siebie osób).

148. Artykuł 15 ust. 4 przewiduje dwa sposoby realizacji opisanego w nim czynu nieuczciwej konkurencji:

1) znak legitymacyjny oferowany jest poniżej wartości nominalnej produktów, jakie można za niego nabyć (cena zakupu znaku niższa niż realna siła nabywczą znaku),

2) znak legitymacyjny posiada większą siłę nabywcą, niż to wynika z jego nominalnej wartości (cena zakupu znaku odpowiada jego wartości, jednak uprawnia on do zakupu towaru w wyższej wartości).

Rozróżnienie to ma charakter znacznie kauzystyczny i wskazuje jedynie na różne formy realizacji tego samego czynu, zauważmy bowiem, że sens ekonomiczny (bilans wartości nabytego towaru do ceny zapłaconej za bon przez jego nabywacza) jest w obu przypadkach taki sam i polega na uzyskaniu towaru lub usług wyższej wartości za niższą cenę (brak ekwiwalentności). Punkty 1 i 2 ust. 4 wskazują na dwa etapy, na których czyn nieuczciwej konkurencji może być dokonywany. Pierwszym etapem jest zakup bonu, a drugim - etap jego realizacji (po zakupie).

149. Brak ekwiwalentności pomiędzy wartością znaku legitymacyjnego a otrzymanym za niego towarem może być skutkiem zarówno sprzedaży po obniżonej cenie, przekazania pod tytułem darmnym, jak i dokonania zamiany określonego towaru za bon. W tym ostatnim przypadku otrzymanie znaku legitymacyjnego uzależnione jest nie od zapłaty kwoty określonej w pieniądzu, ale od przeniesienia na przedsiębiorcę własności określonej rzeczy pozostającej we władaniu klienta. Często ma to miejsce w przypadku promocji polegających na wymianie starego sprzętu klienta na nowy w ten sposób, że za jego oddanie przedsiębiorcy, klient otrzymuje bonus określonej, wprost lub pośrednio, wartości. W przypadkach gdy wartość przedmiotu podlegającego wymianie na bon nie będzie ekwiwalentna, ale niższa niż wartość bonu, może dochodzić do realizacji przesłanek art. 15 ust. 4.

150. Czynność sprawczą na gruncie komentowanego przepisu jest "emitowanie i realizacja" znaków legitymacyjnych. Emitowanie oznacza udostępnianie publicznie nieokreślonej grupie osób, coś pojęcie to można zauważyć, np. za pomocą kryteriów branżowych lub poprzez odniesienie do danego zakładu pracy itp. Jak wskazano wyżej, nie ma znaczenia, czy to znaki o charakterze materialnym czy też zdematerializowanym, udostępnianym za pomocą metod informatycznych. Istotne jest, aby emitowanie miało skutek ofertowy, tj. stanowiło jeden z etapów zawarcia umowy - bądź to ofertę nabycia znaków w rozumieniu art. 66 § 1 k.c., bądź też zaproszenie do jej złożenia (art. 71 k.c.). Kwestią dyskusyjną, wymagającą każdorazowo oceny casu ad casum, jest to, czy emisja musi oznaczać działalność przedsiębiorcy skierowaną od początku do nieoznaczonej grupy podmiotów, czy też może mieć również charakter szeregu indywidualnych aktów przekazania bonów, np. na terenie sklepu w ramach promocji dla niektórych, losowo
wybranych jego klientów. W tym miejscu należało by się także odwołać do propozycji przyjęcia "utrudnienia dostępu do rynku" jako czynnika korygującego. Kwestia, czy w rzeczywistości doszło do emisji, mogłaby bowiem być rozpatrywana przede wszystkim w tym aspekcie.

151. Czynność realizacji bonów oznacza, że osoba jej posiadająca korzysta z uprawnień, których są one nośnikiem (zakup towaru za określoną cenę lub z określonym rabatem). Sposób sformułowania przepisu art. 15 ust. 4, tj. użycie określenia "emitowanie oraz realizacja", oznaczać może, że do opisanych w nim czynników nieuczciwej konkurencji dochodzić może wyłącznie, gdy spełnione są obie przesłanki. Ponimo wskazującej na taką interpretację wykładni językowej, słuszne wydaje się stanowisko, że także, gdy nie doszło jeszcze do żadnego przypadku realizacji takiego znaku towarowego, dochodzi już do realizacji przestanie nieuczciwego przepisu, a więc już samo stworzenie warunków do realizacji znań poprzez ich emisję wyzerowałyby znamiona tego czynu. Uzasadnienia takiej wykładni tego przepisu poszukiwać można po pierwsze w istocie ochrony na gruncie u.z.n.k., która chroni nie tylko stadium sprawcze, ale także przejście określonych czynów - zagrożenie interesu (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). W kwestii mniej restrukturyzowanej interpretacji konfikcji tych dwóch czynności wypowiadają się także E. Nowińska i M. du Vall (E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2010, Lexbojica Online, komentarz do art. 15, teza 59). Wskazują oni, że czynności powyższe mogą być realizowane osobno przez różne podmioty. Po drugie, nie odchodząc od językowej wykładni przepisu, za realizację uznawać można nie tylko faktyczne wykonanie przez przedsiębiorcę uprawnień z wyemitowanego przez niego znaku, ale także stworzenie klientom faktycznej możliwości ich realizacji.

152. Analizując przepisy art. 15 ust. 3 i 4 należy poczynić jeszcze uwagę natury generalnej, że mimo ich na poziom szerokońskiego znaczenia, są one sformułowane niezmiernie kazalistycznie, a sposób ich stosowania nie jest do końca adekwatny do praktyki rynkowej. Zarówno sprzedaż towarów bez uwzględnienia marży, jak i emisja znań legitymacyjnych o wartości wyższej niż ich rzeczywista siła nabywcza są narzędziami realizacji tego samego mechanizmu handlowego - sprzedaży po korzystniejszej dla klienta cenie. Jedyną różnicę, jaka pomiędzy tymi przypadkami występuje, to model realizacji tych działań, w szczególności wybór, za pomocą jakich narzędzi i na jakim etapie dojdzie do obniżenia ceny. Zwróćmy uwagę, że znak legitymacyjny nabywa za cenę niższą niż wartość produktów, jakie można za niego kupić, to nic innego jak udzielenie swoistego rabatu. Ten sam rabat może zaś zostać klientowi udzielony bezpośrednio, aż do wartości wykraczającej poza dolną granicę marży, zarówno bez użycia bonów, jak i w sytuacji, gdy znak legitymacyjny będzie jedynie informował o uprawnieniu klienta do wzięcia udziału w promocji. W istocie chodzi więc nie o sposób realizacji tych czynów, ale efekt w postaci utrudnienia dostępu do rynku, jaki ma miejsce przy udzielaniu rabatów w różnej formie i organizowaniu różnego rodzaju akcji promocyjnych. W takim zaś ujęciu istotnym kryterium ocennym jest właśnie badanie, czy określona praktyka rzeczywiście stanowi przeszkodę w dostępie do rynku.