

Katarzyna Racka*, Weronika Herbet-Homenda**,
Wojciech Dorabialski***

Rabaty retrospektywne w prawie antymonopolowym i przepisach ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej

Spis treści

- I. Charakterystyka retrorabatów
 1. Uwagi ogólne
 2. Definicja retrorabatu
 3. Retrorabaty jako szczególny przypadek rabatów lojalnościowych
- II. Analiza ekonomiczna
 1. Uwagi ogólne
 2. Prokonkurencyjne skutki stosowania rabatów retrospektywnych
 - 2.1. Ograniczenie problemu podwójnej marży
 - 2.2. Zwiększenie sprzedaży dzięki różnicowaniu cen
 - 2.3. Poprawa zbieżności bodźców sprzedawcy i nabywcy
 3. Teoria szkody antykonkurencyjnej rabatów retrospektywnych
 - 3.1. Uwagi ogólne
 - 3.2. (Nie)kontestowalność popytu
 - 3.3. Ustalenie ceny efektywnej
 - 3.4. Cena efektywna a przeciętny koszt
- III. Retrorabaty w prawie antymonopolowym
 1. Uwagi ogólne
 2. Perspektywa unijna
 3. Perspektywa krajowa
 4. Ocena stanowiska organów i orzecznictwa
- IV. Retrorabaty jako delikt ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi
 1. Uwagi wstępne
 2. Nieuzasadnione żądanie rabatu jako nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej – tzw. czarna praktyka
 3. Interwencje Prezesa UOKiK w poprzednim stanie prawnym

* Radca prawny, wspólnik w kancelarii BWHS Wojciechowski Springer i Wspólnicy sp.k.; e-mail: katarzyna.racka@bwhs.pl; ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8353-3088>.

** Doktorantka w Katedrze Prawa Handlowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, prawnik w kancelarii BWHS Wojciechowski Springer i Wspólnicy sp.k.; e-mail: weronika.herbet@bwhs.pl; ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0255-9353>.

*** Ekonomista; partner w Positive Competition, e-mail: WDorabialski@positivecompetition.com; ORCID <https://orcid.org/0000-0002-0485-4041>.

- 3.1. Postępowania wyjaśniające i raport UOKiK
 - 3.2. Decyzje Prezesa UOKiK w sprawie *Jeronimo Martins* i *Kaufland*
 4. Ocena stanowiska organu
- V. Podsumowanie
1. Uwagi ogólne
 2. Czynniki ryzyka związanego ze stosowaniem retrorabatów na gruncie ustawy antymonopolowej oraz przewagowej
 - 2.1. Wspólne czynniki ryzyka
 - 2.2. Antymonopolowe czynniki ryzyka
 - 2.3. Przewagowe czynniki ryzyka
 3. Wnioski

Streszczenie

Retrorabaty (inaczej: rabaty retrospektywne, retroaktywne, rabaty z mocą wsteczną) są jednym z częściej spotykanych instrumentów polityki sprzedaży, który – zwłaszcza w ostatnim czasie – przyciąga uwagę organów antymonopolowych. Wobec różnorodności stosowanych przez przedsiębiorców modeli rabatowych oraz niejednoznaczności wpływu tego rodzaju upustów na stan konkurencji na rynku, dopuszczalność i warunki stosowania retrorabatów od lat są przedmiotem dyskusji na gruncie przepisów antymonopolowych, a w obecnym stanie prawnym – również regulacji mających na celu przeciwdziałanie nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi. Celem niniejszego artykułu jest nakreślenie ram prawnych i tła ekonomicznego dla oceny przedmiotowego rodzaju systemu rabatowego oraz analiza głównych czynników ryzyka, wynikających z dotychczasowego stanowiska organów antymonopolowych – Komisji Europejskiej oraz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – i orzecznictwa.

Słowa kluczowe: rabaty retrospektywne; retrorabaty; rabaty lojalnościowe; nadużywanie pozycji dominującej; nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej; teoria szkody; efekt zasysania; test równie efektywnego konkurenta.

JEL: K21, K41

I. Charakterystyka retrorabatów

1. Uwagi ogólne

Systemy rabatowe są jednym z najczęściej stosowanych w gospodarce rynkowej instrumentów polityki sprzedaży. Rabaty, określane również niekiedy mianem upustów, dyskontów, premii lub bonusów, stanowią powszechnie wykorzystywany, zarówno w obrocie profesjonalnym, jak i konsumenckim, umowny mechanizm obniżania ceny sprzedaży (Kocot i Olejniczak, 2018, nb. 49) o charakterze bezwarunkowym lub warunkowym.

Stosowanie rabatów, co do zasady, mieści się w granicach swobody umów, która podlega jednak pewnym ograniczeniom, mającym na celu przeciwdziałanie występowaniu określonych

nadużyć (UOKiK, 2021, s. 9). W obecnym stanie prawnym regulacją odnoszącą się *expressis verbis* do systemów rabatowych jest ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej¹. Ponadto stosowne ograniczenia w tym zakresie wynikają z szeregu unijnych i krajowych aktów prawnych – w szczególności Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej², ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów³ oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁴.

Celem niniejszego artykułu jest analiza jednego z najpowszechniejszych, a zarazem najbardziej kontrowersyjnych rodzajów rabatów – rabatów retrospektywnych stosowanych w obrocie profesjonalnym (B2B, *business to business*) – w świetle publicznoprawnych regulacji prawa antymonopolowego, tj. zakazu nadużywania pozycji dominującej oraz zakazu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej w sektorze rolno-spożywczym.

2. Definicja retrorabatu

Jak wyżej wskazano, przedmiotem niniejszej analizy są rabaty retrospektywne, określane również mianem rabatów retroaktywnych (Szmigielski, 2016, s. 172), rabatów z mocą wsteczną (Kohutek, 2010, s. 35) lub retrorabatów, udzielane z tytułu zrealizowania w określonym okresie referencyjnym (np. miesięcznym, kwartalnym, półrocznym, rocznym) sprzedaży na określonym poziomie ilościowym lub wartościowym. Wykonanie określonego umownie obrotu stanowi wówczas warunek zawieszający dla obniżenia ceny.

Retrospektywność omawianego typu rabatów przejawia się w tym, że – w przeciwieństwie do rabatów prospektywnych – skutkują one obniżeniem ceny nie tylko w odniesieniu do produktów zakupionych po przekroczeniu ustalonego progu rabatowego, lecz także do wszystkich tych jednostek, które zostały nabyte w danym okresie referencyjnym do czasu osiągnięcia danego pułapu sprzedaży (Hunt, 2016, s. 38).

3. Retrorabaty jako szczególny przypadek rabatów lojalnościowych

Umieszczenie kategorii rabatów retroaktywnych w klasyfikacji rabatów wiąże się z pewnymi trudnościami, wynikającymi z mnogości rodzajów rabatów oraz braku precyzji stosowanych pojęć i dostatecznego uporządkowania siatki pojęciowej.

Podstawowym podziałem rabatów jest podział na rabaty bezwarunkowe, stanowiące *de facto* zwykle obniżki cenowe oraz rabaty warunkowe, czyli takie, które są przyznawane w związku ze spełnieniem przez nabywcę określonego umownie warunku⁵. O ile kategoria rabatów bezwarunkowych nie budzi kontrowersji na gruncie prawa konkurencji, o tyle dalsza kategoryzacja rabatów warunkowych oraz ich ocena prawna wymaga bardziej szczegółowego objaśnienia.

¹ Ustawa z dnia 17 listopada 2021 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (t.j. Dz. U. 2021 poz. 2262); dalej: ustawa przewagowa.

² Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (Dz. U. 2004 Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.); dalej: TFUE.

³ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. 2021 poz. 275); dalej: uokik.

⁴ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2020 poz. 1913); dalej: uznk.

⁵ Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz. Urz. UE C45/7 24.2.2009), pkt 36.

W tym kontekście, główne kryterium podziału stanowi rodzaj progu (warunku) rabatowego. W oparciu o nie, w orzecznictwie unijnym rabaty warunkowe dzielone są zasadniczo na trzy kategorie⁶:

- 1) **rabaty czysto ilościowe (*simple quantity rebates*)**⁷, uzależnione od liczby zakupionych od danego dostawcy produktów, udzielane za dokonanie pojedynczej transakcji i niezależne od częstotliwości lub wielkości poprzednio dokonywanych zakupów (Maziarz, 2013, s. 1),
- 2) **rabaty wyłącznościowe (*exclusivity rebates*)**, związane z wyraźnym lub faktycznym wymogiem wyłączności; warunkiem uzyskania rabatu jest w takim przypadku zaopatrywanie się w całości lub w zdecydowanej większości u przyznającego rabat dostawcy (O'Donohue i Padilla, 2020, s. 555),
- 3) inne rabaty, nieprzynależące do żadnej z dwóch poprzednich kategorii⁸, określane niekiedy mianem **rabatów lojalnościowych (*loyalty, fidelity rebates*)**.

Jak trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, pojęcie „rabatów lojalnościowych” jest pojęciem zbiorczym, któremu trudno przypisać precyzyjne znaczenie. O ile bowiem podział na rabaty czysto ilościowe lub wyłącznościowe (wyróżniane na podstawie tego samego kryterium, tj. rodzaju progu rabatowego), jak również rabaty jedno- lub wieloproduktowe (wyróżniane w oparciu o kryterium rodzaju produktów) wynika z widocznych *prima facie* cech danego rabatu (okoliczności faktycznych), o tyle lojalnościowy charakter rabatu bazuje w istocie na analizie potencjalnych skutków określonego mechanizmu cenowego. Poszczególne postacie rabatów lojalnościowych mogą bowiem przejawiać istotne różnice. Niemniej, ich cechą wspólną jest zazwyczaj to, że rabat uzależniony jest od osiągnięcia przez nabywcę określonego udziału lub wielkości sprzedaży z danym dostawcą, często w okresie, który przekracza standardową częstotliwość zakupów na danym rynku (O'Donohue i Padilla, 2020, s. 543). Innymi słowy, przez pojęcie „rabatów lojalnościowych” należy rozumieć takie rabaty, na podstawie których nabywca korzysta z obniżki ceny bez wyraźnej klauzuli wyłącznościowej, ale jednocześnie zobowiązuje się do zaopatrywania u danego dostawcy na dużą lub stale zwiększającą się część swoich potrzeb (Johansson, 2004, s. 15–18; Hunt, 2016, s. 39; O'Donohue i Padilla, 2020, s. 543).

Między rabatami wyłącznościowymi a rabatami lojalnościowymi występują istotne różnice, które przekładają się na ocenę prawną danej praktyki sprzedażowej. W przypadku tej pierwszej kategorii, wyłączność – mogąca silnie oddziaływać na konkurencję na danym rynku – jest nieodzownym warunkiem obniżki ceny i immanentną cechą rabatu. Natomiast w przypadku rabatów lojalnościowych wyłączność może być co najwyżej prawdopodobnym skutkiem uzgodnionego mechanizmu obniżki ceny (Hunt, 2016, s. 38)⁹ – konstrukcja upustów lojalnościowych jedynie w pewnych sytuacjach stanowi bowiem zachętę do wyłączności, np. w zakresie, w jakim kontrahent jest bliski osiągnięcia progu, którego przekroczenie uprawnia do uzyskania rabatu (Hunt, 2016, s. 46). Z tego względu przyjmuje się, że rabaty wyłącznościowe (z klauzulą wyłączności) mają

⁶ Podział ten wydaje się najbardziej zasadny i przydatny w praktyce, uwzględnia bowiem cechy kluczowe z punktu widzenia dalszej oceny antymonopolowej. W doktrynie niekiedy rabaty wyłącznościowe są zaliczane do kategorii rabatów lojalnościowych (lub na odwrót), obok których wyróżniana jest dodatkowa kategoria rabatów docelowych. (targetowych), przysługujących w razie nabycia w określonym czasie pewnej ilości towarów (Kohutek, 2010, s. 35; Szmigielski, 2016, s. 172). Inni autorzy, w ramach jednego podziału uwzględniają również inne kryteria, takie jak sposób uzgodnienia rabatu (indywidualny lub standaryzowany) czy zakres jego zastosowania (retroaktywny lub prospektywny) (O'Donohue, Padilla, 2020, s. 555).

⁷ Wyr. TS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76, *Hofmann La Roche*, par. 100; wyr. TS z 9.11.1983 r. w sprawie 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Komisja*.

⁸ Wyr. TS z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P, *Intel*.

⁹ Tak też: dec. Prezesa UOKiK z 26.08.2010 r., nr DOK-8/2010, *Wrigley*, s. 47.

zasadniczo większy potencjał antykonkurencyjny – przyznawanie upustów w zamian za zobowiązanie do zaopatrywania się w całości lub istotnej części zapotrzebowania wyłącznie u dominanta jest zasadniczo uznawane za nadużywanie pozycji dominującej, chyba że przedsiębiorca wykaże, że jego zachowanie nie miało zdolności do ograniczenia konkurencji¹⁰.

Do kategorii rabatów lojalnościowych należy natomiast zaliczyć, w zależności od kryterium podziału:

- 1) **rabaty retrospektywne („all-unit” rebates)** oraz **rabaty prospektywne**, wyróżniane w związku z zakresem ich zastosowania (Szmigielski, 2016, s. 172; Kohutek, 2010, s. 35), oraz
- 2) **rabaty standaryzowane**, stosowane w sposób jednolity w odniesieniu do różnych kontrahentów oraz **rabaty zindywidualizowane**, uzgadniane odmiennie na potrzeby konkretnych relacji kontraktowych.

Zakresy powyższych podkategorii rabatów lojalnościowych mogą się przy tym krzyżować. Oznacza to, że będące przedmiotem zainteresowania niniejszego opracowania rabaty retrospektywne mogą być standaryzowane bądź zindywidualizowane. Jak zostanie poniżej wykazane, sposób uzgadniania retrorabatów ma często kluczowe znaczenie w kontekście oceny dopuszczalności określonej klauzuli rabatowej, w szczególności na gruncie przepisów prawa antymonopolowego.

II. Analiza ekonomiczna

1. Uwagi ogólne

Ocena retrospektywnych rabatów lojalnościowych, skutków ich zastosowania oraz potencjalnego lub też realnego wpływu na stan konkurencji na danym rynku jest zadaniem bardzo złożonym. Zasadniczo omawiany typ upustów przejawia bowiem zarówno pro-, jak i antykonkurencyjne efekty, a ustalenie ich wzajemnej relacji wymaga każdorazowo oceny konkretnych okoliczności faktycznych, co – jak zostanie niżej wykazane – poddaje w wątpliwość formalistyczną ocenę, dokonywaną niekiedy przez organy antymonopolowe.

Do pozytywnych z punktu widzenia konkurencji skutków retrorabatów należy zaliczyć: (i) efektywności związane z ograniczeniem problemu podwójnej marży; (ii) efektywności związane z różnicowaniem cen oraz (iii) efektywności związane z poprawą zbieżności bodźców sprzedawcy i nabywcy. W określonych warunkach rabaty lojalnościowe mogą jednak skutkować wykluczeniem konkurentów, uzależniać nabywcę od sprzedawcy i w efekcie w sposób negatywny wpływać na stan konkurencji na danym rynku.

Poniżej omówione zostaną w pierwszej kolejności często pomijane, pozytywne skutki stosowania retrorabatów, a więc korzyści, które przy odpowiednim doborze systemu rabatowego mogą uzyskać nie tylko sprzedawcy, lecz także kupujący. Następnie wyjaśnione zostaną warunki, w których rabaty retrospektywne mogą wywoływać konsekwencje antykonkurencyjne.

Już w tym miejscu wypada jednak zasygnalizować, że – jak wynika z przeprowadzonej analizy – rabaty lojalnościowe, a w szczególności rabaty retrospektywne, są co do zasady korzystne społecznie i trudno uzasadnić ich ściganie w oparciu o formalistyczne reguły, nieuwzględniające wszystkich istotnych okoliczności sprawy zarówno na gruncie przepisów antymonopolowych, jak i innych przepisów dotyczących relacji kontraktowych.

¹⁰ Wyr. TS z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P, *Intel*, pkt 137–139.

2. Prokonkurencyjne skutki stosowania rabatów retrospektywnych

2.1. Ograniczenie problemu podwójnej marży

Pierwsza kategoria prokonkurencyjnych skutków rabatów retrospektywnych dotyczy ograniczenia zjawiska podwójnego naliczania marży (*double marginalization*), negatywnego tak dla stron relacji handlowej, jak i dla konsumentów. Problem ten pojawia się w sytuacji, gdy sprzedaż dokonywana jest przez dostawcę (np. hurtownika) na rzecz nabywcy (np. dystrybutora), z których każdy posiada istotną siłę rynkową na rynku i w konsekwencji narzuca własną marżę na własnym szczeblu obrotu, wskutek czego łączna marża jest wyższa (naliczona podwójnie), a wolumen sprzedaży i łączne zyski niższe niż w przypadku przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo (tj. działającego na obydwu szczeblach – produkcji i dystrybucji).

Jednym ze sposobów na ograniczenie ww. zjawiska jest ustalenie maksymalnej ceny odsprzedaży, eliminującej lub ograniczającej marżę detaliczną. Rozwiązanie to wiąże się jednak z istotnym ryzykiem antymonopolowym, gdyż zawężenie marży detalicznej, poprzez ograniczenie w praktyce przedziału cenowego, wewnątrz którego musi poruszać się detalista, może wywoływać skutek zbliżony do narzucania sztywnych cen odsprzedaży. Alternatywnym sposobem jest zatem zastosowanie cen nieliniowych przez sprzedającego będącego wyżej w łańcuchu sprzedaży, np. w postaci tzw. taryfy dwuczęściowej, czyli opłaty składającej się z opłaty stałej oraz z ceny jednostkowej¹¹. Taryfa dwuczęściowa pozwala sprzedającemu na rezygnację z marży hurtowej w zamian za stałą opłatę – jedynym podmiotem naliczającym marżę jest wówczas podmiot działający na rynku niższym (detalista). Taki sposób implementacji taryfy dwuczęściowej wymaga transferu stałej opłaty od detalisty do hurtownika, czyli „odwróconego” rabatu retrospektywnego. Uniknięcie podwójnego naliczania marży jest również możliwe poprzez wymuszenie rezygnacji detalisty z naliczania marży w zamian za opłatę stałą. Wypłacenie stałej opłaty musiałoby być warunkowane uprzednim zrealizowaniem przez detalistę sprzedaży na określonym (kolektywnie optymalnym) poziomie.

Wobec powyższego, retrorabat, czyli jednorazowa opłata na rzecz detalisty po zrealizowaniu określonego progu sprzedażowego, może być narzędziem efektywnie eliminującym (lub ograniczającym) problem podwójnego naliczania marży i skutkującym niższymi cenami detalicznymi. Jednocześnie częstym argumentem mającym przemawiać za prokonkurencyjnym charakterem retrorabatów lojalnościowych jest skutek w postaci niższych cen. Należy jednak zauważyć, że argument ten jest błędny (Maier-Rigaud i Schwalbe, 2013, s. 10), gdyż wywołanie efektu lojalnościowego z użyciem retrorabatów nie wymaga poświęcenia bieżących zysków. Jak wyjaśniamy poniżej, w pewnych warunkach rabaty retrospektywne mogą wywołać efekt wykluczeniowy, mimo że przeciętna cena hurtowa pozostaje wyższa od kosztu przeciętnego. Mogą być zatem stosowane nawet długookresowo, gdyż ta strategia wykluczeniowa, w odróżnieniu od np. praktyki drapieźnictwa cenowego, nie wymaga podniesienia przyszłych cen w celu odrobienia bieżących strat.

¹¹ Taryfa dwuczęściowa przyjmuje zatem formę $T = f + p \cdot q$, gdzie f jest opłatą stałą, p – ceną jednostkową, a q – wielkością sprzedaży. Gdy sprzedający uiszcza dodatkową opłatę na rzecz kupującego, f przyjmuje wartość ujemną.

2.2. Zwiększenie sprzedaży dzięki różnicowaniu cen

Każdy system rabatowy stanowi pewną formę różnicowania cen. Jak wskazuje szeroka literatura teoretyczna dotycząca różnicowania cen, w zależności od warunków rynkowych różnicowanie cen może skutkować zarówno pozytywnymi, jak i negatywnymi skutkami dla dobrobytu konsumentów i dobrobytu społecznego (Varian, 1985, s. 870).

Efektywności rabatów retrospektywnych wynikające z różnicowania cen mogą być dwójakiego rodzaju. Po pierwsze, gdy koszty jednostkowe spadają przy zwiększaniu sprzedaży o krańcowe (rabatowane) jednostki, stosowanie rabatów może pozwolić na obniżenie kosztów jednostkowych. Korzyści takie (efekty skali) są wyjątkowo silne w przypadku tzw. monopolu naturalnych. Po drugie, różnicowanie cen pomaga odzyskać koszty stałe produkcji. Ustalenie wyższej marży na część sprzedawanych jednostek umożliwia odzyskanie kosztów stałych, co w dalszej perspektywie może zachęcać przedsiębiorców do zwiększenia inwestycji i poprawy innowacyjności. Ten efekt może wystąpić nawet w sytuacji, gdy efekty skali nie występują.

Należy jednocześnie zauważyć, że korzyści związane z różnicowaniem cen można osiągnąć co najmniej równie skutecznie za pomocą prostych rabatów ilościowych (przyrostowych), które co do zasady nie generują tak silnych efektów lojalnościowych¹².

2.3. Poprawa zbieżności bodźców sprzedawcy i nabywcy

Interesy przedsiębiorców działających na różnych szczeblach dystrybucji często są rozbieżne. Producentowi zależy z reguły na zapewnieniu utrzymania wysokiego stopnia satysfakcji konsumenta z produktu w długim okresie. Może to wymagać odpowiedniej prezentacji produktu, jego funkcjonalności i sposobu obsługi w punkcie sprzedaży. Detalista jest z kolei zainteresowany zwiększaniem wolumenu obrotu. Dodatkowe czynności około sprzedażowe stanowią koszt, który nie gwarantuje lojalności konsumentów wobec detalisty i nie musi procentować dodatkowymi zyskami w przyszłości. Rabaty retrospektywne mogą służyć poprawie zbieżności bodźców (celów) sprzedawcy i nabywcy produktów.

Po pierwsze, rabaty retroaktywne mogą zapewniać dystrybutorom lepsze bodźce do promowania produktu, gdyż stanowią formę dodatkowego wynagrodzenia za faktyczny wysiłek poświęcony sprzedaży produktów konkretnej marki.

Po drugie, rabaty mogą zapobiegać problemowi uzależnienia dostawcy od odbiorcy (*hold-up*). Rabaty lojalnościowe, w tym szczególnie rabaty retroaktywne, dają dostawcy lepsze gwarancje, że inwestycje w podniesienie jakości dystrybucji (np. szkolenia) nie zostaną wykorzystane do zwiększania przez nich sprzedaży produktów dostarczanych przez konkurentów.

Rabaty retroaktywne wydają się szczególnie skutecznym narzędziem do poprawienia zbieżności bodźców w sytuacji, gdy realizacja umowy zależy od czynników, których nie da się uzgodnić lub przewidzieć *ex ante*. Dobrym przykładem są tu rynki rolne. Po stronie dostawcy sukces sprzedażowy zależy od jakości produktu i terminowości dostaw, które trudno jest zapewnić w przypadku nisko przetworzonych produktów rolno-spożywczych. Po stronie sprzedawcy efekty zależą z kolei nie tylko od jego wysiłków promocyjnych, lecz także od aktywności sprzedażowej konkurentów,

¹² Skuteczne różnicowanie cen wymaga posiadania przez sprzedawcę siły rynkowej (choć niekoniecznie pozycji dominującej). Znaczenie tych efektywności w kontekście dotychczasowych krajowych spraw z obszaru nieuczciwego nadużywania przewagi kontraktowej, gdzie UOKiK interweniował w celu ochrony dostawców nieposiadających istotnej siły rynkowej, jest mniej istotne niż w przypadku spraw antymonopolowych.

cen produktów substytucyjnych, a nawet niemożliwych do przewidzenia zdarzeń losowych, takich jak ograniczenia w działalności gospodarczej wskutek pandemii. Rabat retroaktywny, nawet udzielany *ex post* za obopólną zgodą, po uwzględnieniu zaistniałych zdarzeń losowych, może być najlepszym sposobem na uzyskanie zbieżności bodźców producenta i dystrybutora.

3. Teoria szkody antykonkurencyjnej rabatów retrospektywnych

3.1. Uwagi ogólne

Antykonkurencyjny charakter omawianej kategorii rabatów jest najczęściej wiązany z ich lojalnościowym efektem. Należy jednak wskazać, że zasadniczo efekt ten można przypisać każdemu upustowi (mechanizmowi obniżenia ceny), który z samej swej natury zachęca kupującego do dokonania (kolejnego) zakupu od udzielającego go sprzedawcy. O efekcie wykluczeniowym można mówić dopiero wtedy, gdy skutek stosowanego systemu rabatowego kontrahenci rezygnują z kontraktowania z ekonomicznie słabszymi konkurentami dominanta. W przypadku retrorabatów jest to warunkowane wystąpieniem tzw. efektu zasysania lub ssania (*suction effect*).

W przypadku rabatu retrospektywnego warunkiem obniżenia ceny na wszystkie (dokonane uprzednio i przyszłe) zakupy w danym okresie rozliczeniowym jest przekroczenie określonego progu rabatowego. Nawet niewielki procentowo rabat generować może bardzo silne bodźce do dokonania dodatkowych zakupów, jeżeli kontrahent jest już bliski przekroczenia progu rabatowego, co zwykle następuje pod koniec okresu rozliczeniowego. Efektywna cena płacona za ostatnie sztuki, których zakup skutkuje przekroczeniem progu rabatowego, jest bowiem znacznie niższa niż cena wyjściowa (przed rabatem), a często nawet ujemna.

Efekt zasysania może, ale nie musi wywoływać antykonkurencyjnych skutków. Rabat jest narzędziem konkurencji merytorycznej, jeżeli **równie efektywny konkurent** jest w stanie zaferować podobne lub inne, równie atrakcyjne zachęty dla kupujących. Antykonkurencyjny mechanizm wykluczenia, związany z rabatem retroaktywnym polega na przeniesieniu (lewarowaniu) siły rynkowej z niekontestowalnej na kontestowalną część popytu.

Przeprowadzenie testu równie efektywnego konkurenta w przypadku rabatów lojalnościowych wymaga w pierwszej kolejności ustalenia rozmiaru niekontestowalnej części popytu i weryfikacji czy progi rabatowe są ustalone na poziomie, który obejmuje kontestowalną część popytu¹³. Jeśli ten warunek jest spełniony, należy w kolejnym kroku dokonać obliczenia ceny efektywnej w zależności od udziału w zakupach, a na tej podstawie – ustalenia tzw. udziału wymaganego (*required share*) – czyli udziału w zakupach konkretnego nabywcy, jaki musi uzyskać efektywny konkurent, aby cena efektywna przekraczała jego koszt jednostkowy (aby sprzedaż była opłacalna). Aby efekt wykluczeniowy nie występował, udział wymagany musi być niższy od udziału ekonomicznie opłacalnego (*commercially viable share*), czyli udziału w zakupach konkretnego nabywcy, którego pozyskanie byłoby możliwe dla efektywnego konkurenta¹⁴.

¹³ Jeśli progi rabatowe ustalone są na poziomie nieprzekraczającym kontestowalnej części popytu, wtedy rabaty nie wywołują efektu lojalnościowego i nie mogą wywoływać antykonkurencyjnego skutku.

¹⁴ „Udział komercyjnie osiągalny” jest pojęciem zbliżonym do pojęcia „udziału kontestowalnego”. Jest to udział w popycie konkretnego nabywcy, jaki efektywny konkurent mógłby realistycznie osiągnąć. Udział komercyjnie opłacalny można ustalić np. w oparciu o obecne udziały rynkowe konkurentów – nie powinien on od nich drastycznie większy. W sprawie *Intel* Komisja Europejska dokonała ustaleń CVS w oparciu o dokumenty wewnętrzne nabywców.

3.2. (Nie)kontestowalność popytu

Niekontestowalność popytu oznacza, że nabywcy są zmuszeni lub skłonni zaspokajać część swojego zapotrzebowania na dany towar jedynie poprzez zakupy od dominanta, niezależnie od ceny i jakości towarów oferowanych przez konkurentów. Niekontestowalność części popytu może wynikać z monopolu ustawowego na część produktów lub usług należących do rynku właściwego, wysokich barier wejścia na część segmentów produktowych lub rejonów geograficznych¹⁵, z siły marki lub utrwalonej pozycji dominanta na rynku, która zniechęca część ostatecznych nabywców do zmiany produktu¹⁶. Może też być konsekwencją braku kompatybilności konkurencyjnego produktu z wykorzystywaną przez nabywców platformą, jeśli część nabywców nie ma możliwości zmiany platformy w krótkim okresie¹⁷. Kwestią dyskusyjną pozostaje czy niekontestowalność części popytu na potrzeby testu równie efektywnego konkurenta można wywodzić z istnienia zobowiązań kontraktowych nabywców wobec dominanta, jeśli takie zobowiązania same w sobie stanowią naruszenie prawa konkurencji¹⁸.

W przypadku braku niekontestowalnej, nienaruszalnej bazy popytowej, antykonkurencyjne rabaty retroaktywne tracą swoją przewagę nad zwykłym drapieżnictwem cenowym. Gdy cały popyt jest kontestowalny, wykluczenie równie efektywnego konkurenta wymaga poniesienia krótkookresowej straty (oferowania cen na poziomie niepokrywającym kosztów). Jedynie w przypadku, gdy niekontestowalna część rynku jest wystarczająco duża, dominant może osiągnąć efekt wykluczeniowy bez ponoszenia krótkookresowej straty.

3.3. Ustalenie ceny efektywnej

Cena efektywna to cena jednostki produktu dominanta uwzględniająca rabat retrospektywny, który byłby naliczony z tytułu dodatkowo zakupionych jednostek. Innymi słowy, jest to cena jednostkowa, którą musiałby zaoferować konkurent, aby skłonić kupującego do rezygnacji z zakupu dodatkowych jednostek od dominanta, kompensująca mu związaną z tym utratę rabatu retrospektywnego. Poziom ceny efektywnej zależy od ilości dodatkowych jednostek potrzebnych do przekroczenia progu w stosunku do wysokości progu rabatowego.

Przykład

Żałujmy, że dominant ustalił rabat retrospektywny w wysokości 5% po przekroczeniu progu zakupu 100 jednostek, co stanowi całość popytu kontrahenta. Cena bez rabatu za pierwsze 99 jednostek wynosi 100. Cena efektywna za ostatnią sztukę wynosi zatem 100 minus utracony rabat od wszystkich stu jednostek, czyli $100 - (100 \times 5) = -400$ (minus 400)¹⁹. Efekt zasysania

¹⁵ W sprawie *Post Danmark II* duński organ antymonopolowy wywodził istnienie niekontestowalnej części popytu z faktu posiadania przez duńskiego operatora pocztowego ustawowego monopolu na doręczanie przesyłek adresowanych o wadze do 50 gram oraz ze względu na krajowy zasięg infrastruktury dominanta, którego nie byłoby w stanie zreplikować konkurenci.

¹⁶ Dec. KE w sprawie COMP/C-3/37.990, *Intel*, par. 1010

¹⁷ Dec. KE w sprawie COMP/C-3/37.990, *Intel*, par. 1010. Kwestia okresu, w jakim należy analizować kontestowalność popytu była jednym z kluczowych elementów analizy w tej sprawie. Komisja zajęła stanowisko, że w danych okolicznościach sprawy właściwym okresem analizy kontestowalności popytu jest co najwyżej jeden rok.

¹⁸ W dec. z 29.03.2006 w sprawie COMP/E-1/38.113, *Prokent-Tomra*, Komisja Europejska wywodziła istnienie niekontestowalnej części popytu z faktu stosowania praktyk skutkujących relacją wyłącznościową lub zbliżoną do wyłącznościowej (klausule wyłącznościowe, ilościowe zobowiązania zakupowe oraz rabaty lojalnościowe), por. przypis 355 ww. decyzji, s. 62.

¹⁹ Cenę efektywną można obliczyć, korzystając ze wzoru $p_e = \frac{p(x - Vr)}{x}$, gdzie p oznacza cenę wyjściową, x – liczbę jednostek brakujących do przekroczenia progu, V – wysokość progu, czyli całkowity wolumen zakupowy, r – wysokość rabatu (w procentach).

w przypadku ostatniej jednostki jest zatem bardzo silny. Cena efektywna za ostatnie 40 sztuk (czyli rozpatrywana z punktu widzenia nabywcy, który zakupił dotąd jedynie 60 sztuk) wynosi natomiast $(40 \times 100 - 100 \times 5) \div 40 = (100 \times 35) \div 40 = 87,5$. Dla ostatnich 40 jednostek rabat retroaktywny w wysokości 5% wywołuje zatem efekt analogiczny do rabatu ilościowego w wysokości 12,5%. Jak pokazuje tabela 1, cena efektywna rośnie wraz ze wzrostem inkrementu brakującego popytu oraz spada ze wzrostem stawki rabatu.

Tabela 1. Cena efektywna za zakupione sztuki, w zależności od poziomu zakupów brakujących do osiągnięcia progu rabatowego oraz głębokości rabatu

Wysokość rabatu (w%)	Liczba jednostek brakujących do osiągnięcia progu				
	1	5	10	20	40
5	-400	0	50	75	87,5
10	-900	-100	0	50	75, 0

Źródło: opracowanie własne, przy założeniu, że próg rabatowy wynosi 100 szt.

3.4. Cena efektywna a przeciętny koszt

Ostatnim krokiem w teście równie efektywnego konkurenta dla rabatów retrospektywnych jest ustalenie udziału czy efektywna cena znajduje się poniżej kosztu jednostkowego²⁰.

Poziom ceny efektywnej zależy od udziału w sprzedaży, jaki osiąga konkurent dominanta, dlatego w tym kroku analizy pomocne jest wyznaczenie udziału wymaganego (*required share*), czyli ustalenia jak duży musiały być przeciętny udział konkurenta w zaspokajaniu potrzeb nabywcy (liczba sztuk sprzedanych przez konkurenta do całkowitego popytu nabywcy), aby co najmniej zrównać cenę efektywną z kosztem jednostkowym.

Udział wymagany można obliczyć, korzystając ze wzoru:

$$S = \frac{r}{(p - AAC)V},$$

gdzie: r – oznacza rabat wyrażony procentowo; AAC – przeciętny koszt możliwy do uniknięcia (*average avoidable cost*); p – cenę wyjściową, czyli średnią cenę sprzedaży produktu w okresie rozliczenia (uwzględniająca rabaty inne niż rabat retroaktywny); V – całkowity wolumen zakupowy (wysokość progu rabatowego).

Udział wymagany należy następnie porównać z udziałem komercyjnie osiągalnym (*commercially viable share*). Jak wskazuje Komisja w dokumencie dyskusyjnym²¹, jeśli udział wymagany przekracza udział komercyjnie osiągalny, wtedy test równie efektywnego konkurenta ma wynik negatywny. Oznacza to, że system rabatowy ma zdolność do wywołania efektu wykluczeniowego, jako że cena efektywna wynikająca z zastosowania rabatów do udziału komercyjnie osiągalnego jest niższa od całkowitego kosztu przeciętnego dominanta.

Wracając do przykładu z tabeli 1, jeśli koszt jednostkowy wynosi 50 a rabat -5%, wtedy już przy 10 jednostkach konkurenta cena efektywna zrównuje się z kosztem jednostkowym. Jeśli

²⁰ W dokumencie dyskusyjnym Komisja Europejska posługiwała się pojęciem „całkowitego kosztu przeciętnego” (*average total cost – ATC*) jako miarą kosztu jednostkowego na potrzeby priorytetyzacji spraw (czyli w teście mającym za zadanie odrzucenie hipotezy o istotnym występowaniu efektu wykluczeniowego). Jednak w postępowaniu w sprawie Intel, na potrzeby potwierdzenia hipotezy o występowaniu efektu wykluczeniowego, Komisja zastosowała korzystniejszą dla strony postępowania miarę przeciętnego kosztu możliwego do uniknięcia (*average avoidable cost – AAC*), który pomijał niektóre koszty stałe; por. Pozyskano z: <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>; dalej: Dokument Dyskusyjny, s. 47 oraz dec. KE ws. Intel, akapit 1037.

²¹ Dokument Dyskusyjny, s. 47, akapit 156.

konkurent jest w stanie sprzedać więcej niż 10 jednostek, rabat nie wywołuje antykonkurencyjnego efektu wykluczeniowego. Udział wymagany wynosi zatem w tym przypadku 10% (10 jednostek przy popycie na poziomie 100).

III. Retrorabaty w prawie antymonopolowym

1. Uwagi ogólne

W związku ze złożonością wyżej omówionych zarówno pro-, jak i antykonkurencyjnych skutków, analiza retrospektywnych rabatów lojalnościowych jest jedną z najbardziej zaawansowanych analiz skutków ekonomicznych, z jakimi można mieć do czynienia w ramach postępowań antymonopolowych (Maier-Rigaud i Schwalbe, 2013, s. 1; Klehr, 2012, s. 87; Szmigielski, 2016, s. 170). Być może z tego właśnie względu, że dotychczas nie wykształciło się jeszcze jednolite orzecznictwo w tym zakresie, a zagadnienie retrorabatów wciąż budzi liczne wątpliwości na gruncie publicznoprawnych mechanizmów ochrony konkurencji.

Zarówno przepisy unijne, jak i polska ustawa antymonopolowa nie zawierają regulacji odnoszących się wprost do systemów rabatowych. Umowny charakter systemów rabatowych oraz fakt, że stosowane są co do zasady w relacjach między przedsiębiorcami sprawia, że mogą podlegać one ocenie w świetle zarówno art. 6, jak i art. 9 uokik (oraz odpowiednio art. 101 i 102 TFUE), przy czym możliwe jest równoległe stosowanie obu kwalifikacji. Fakt, że w praktyce systemy rabatowe są przeważnie oceniane jako naruszenia pozycji dominującej wynika zapewne częściowo ze względów historycznych, częściowo zaś – praktycznych. W przypadkach klasyfikacji zarówno jako praktyka wielostronna, jak i jako nadużycie pozycji dominującej teoria szkody dla rabatów retrospektywnych jest taka sama. Analiza antykonkurencyjnych skutków wyglądałaby w obu przypadkach bardzo podobnie. Kwalifikacja retrorabatu jako naruszenia wielostronnego wymaga posiadania bardzo silnej (w praktyce – dominującej) pozycji na rynku przez podmiot udzielający rabatu i – co za tym idzie – wykazania przez organ antymonopolowy, że podmiot ten taką pozycję posiada. Kwalifikacja praktyki jako wielostronnej daje natomiast stronom szansę na wykazanie, że porozumienie korzysta z porozumienia indywidualnego (art. 10 uokik lub art. 101 (3) TFUE). Dlatego klasyfikacja praktyki jako naruszenia jednostronnego może się wydawać bardziej „bezpieczna” z punktu widzenia organu. Z uwagi na powyższe, w dalszych częściach artykułu będziemy analizować retrorabaty w oparciu o ich klasyfikację jako praktykę jednostronną. Ponadto ewentualny antykonkurencyjny skutek porozumienia zawieranego pomiędzy przedsiębiorcami jest niezależny od kupującego (Szmigielski, 2016, s. 177–178). Stosowną podstawę prawną w tym zakresie należy zatem wywodzić z obowiązujących regulacji o charakterze ogólnym – w szczególności z art. 102 TFUE i art. 9 uokik – ustanawiających klauzulę generalną zakazującą nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym²², jak również z dalszych przepisów, wskazujących nazwane przejawy takich nadużyć (Kohutek, 2010, s. 35)²³.

²² Ocena czy dany system rabatowy stanowi nadużycie pozycji dominującej wymaga ustalenia, że dany podmiot posiada status dominanta na określonym rynku właściwym, a w dalszej kolejności – że posiadana siła rynkowa jest przez niego nadużywana. Zarówno art. 102 TFUE, jak i art. 9 uokik, sankcjonując nadużywanie pozycji dominującej, nie definiują jednak pojęcia „nadużycia”, ograniczając się jedynie do wskazania przykładowych działań, które mogą stanowić takie nadużycie. Z tego względu, jak wskazuje się w piśmiennictwie, o tym, jakie zachowania są kwalifikowane jako dozwolone, a jakie uznawane są za zakazane rozstrzyga w praktyce orzecznictwo organów antymonopolowych oraz sprawujących kontrolę nad ich rozstrzygnięciami sądów (Stawicki i Stawicki, 2016, art. 9, pkt 1).

²³ Niekiedy ocena wpływu stosowanych systemów rabatowych będzie mieć również znaczenie na gruncie postępowań w przedmiocie zamiaru koncentracji przedsiębiorców, o czym szerzej w części III.3 poniżej; zob. dec. Prezesa UOKiK z 7.01.2021 r. nr DDK-1/2021, *Agora*.

2. Perspektywa unijna

Ocena prawna rabatów lojalnościowych, w tym rabatów retrospektywnych, była niejednokrotnie przedmiotem rozważań sądów unijnych od lat poszukujących kryteriów ich ewaluacji, które umożliwiłyby odróżnienie zakazanych rabatów antykonkurencyjnych od tych zgodnych z prawem antymonopolowym (Klehr, 2012, s. 87).

Jednym z pierwszych orzeczeń dotyczących polityki rabatowej był wyrok w sprawie *Michelin I*²⁴, dotyczący rabatów przyznawanym przez producenta na podstawie indywidualnie ocenianych rocznych celów sprzedaży. W ocenie Trybunału, praktyka Michelin stanowiła nadużywanie pozycji dominującej, stosowany system rabatowy wywierał bowiem efekt wykluczający, ograniczając możliwość wyboru kontrahenta przez dystrybutorów, szczególnie pod koniec okresu referencyjnego. Istotnymi czynnikami, które wpłynęły na taką ocenę były przede wszystkim selektywność i indywidualny sposób ustalania progów rabatowych, a także okoliczność, że rabaty były stosowane w odniesieniu do całego zakupionego asortymentu, tzn. miały charakter retrospektywny, a przy tym stosowane były w stosunkowo długich (rocznych) okresach referencyjnych. Dodatkowo Trybunał zwrócił uwagę na brak transparentności w ustalaniu parametrów stosowanych przez Michelin upustów oraz presję, którą w bezpośrednich kontaktach z dilerami wywierali przedstawiciele handlowi dominanta (O'Donohue, Padilla, 2020, s. 572).

W późniejszym orzecznictwie utrwaliło się założenie, że zindywidualizowane rabaty retrospektywne stosowane w stosunkowo długim okresie referencyjnym (na ogół półrocznym lub rocznym) są co do zasady zakazane na gruncie art. 102 TFUE, chyba że ich zastosowanie posiada obiektywne uzasadnienie (*objective justification*)²⁵. Takie podejście spotkało się z krytyką doktryny, która wskazując na wyjątkowo lapidarną analizę antykonkurencyjnych skutków omawianych upustów oraz istotne trudności praktyczne w wykazaniu obiektywnego uzasadnienia, oponowała przeciwko ustanawianiu swego rodzaju zakazu *per se* odnośnie do wszystkich, innych niż czysto ilościowe, rabatów (Waelbroeck, 2005, s. 149).

Mimo to, podobne konkluzje znalazły zastosowanie w sprawie *British Airways*²⁶, w której TSUE stwierdził, że stosowany system prowizji w postaci rabatów retrospektywnych oferowanych agentom sprzedaży biletów w przypadku przekroczenia progów określanych indywidualnie na podstawie wyników sprzedaży z poprzednich okresów referencyjnych miał efekt lojalnościowy i był bezprawny, niezależnie od faktycznych skutków wywieranych na konkurencję, ponieważ można domniemywać, że konkurenci mogliby odnieść większy sukces w przypadku braku stosowania przez British Airways bezprawnej praktyki (O'Donohue, Padilla, 2020, s. 575). W związku z brakiem obiektywnego uzasadnienia badana praktyka została uznana za formę dyskryminacji, czyli naruszenie art. 102 lit. c TFUE (Hunt, 2016, s. 40).

Pierwszym krokiem w kierunku przełamania powyższego formalistycznego podejścia, wiążącego bezprawność rabatów przede wszystkim z ich formą, a nie rzeczywistymi, ekonomicznymi skutkami, była inicjatywa podjęta przez Komisję Europejską w 2005 roku. Przedstawione

²⁴ Wyr. TS z 9.11.1983 r. w sprawie 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji*.

²⁵ Wyr. Sądu z 7.10.1999 r. w sprawie T-228/97, *Irish Sugar przeciwko Komisji*. W wyr. z 30.09.2003 r. w sprawie T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin przeciwko Komisji*, Sąd orzekł, że każdy rabat o skutku lojalnościowym stosowany przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą ma skutek wykluczający, zakazany na podstawie m.in. 102 TFUE, a każdy rabat stosowany w długim okresie referencyjnym jest nieodłącznie związany z wywieraniem na nabywcę silnej presji osiągnięcia ustalonego progu pod koniec okresu referencyjnego.

²⁶ Wyr. Sądu z 17.12.2003 r. w sprawie T-219/99, *British Airways przeciwko Komisji* oraz wydany w wyniku odwołania wyr. TS z 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04, *British Airways przeciwko Komisji*.

wówczas dokumenty – Raport Ekonomicznej Grupy Doradczej ds. Polityki Konkurencji na temat ekonomicznego podejścia do art. 82 TFUE²⁷ oraz poprzedzający go Dokument Dyskusyjny – postulowały odejście od formalistycznej oceny praktyk jednostronnych i zwiększenie zastosowania metod ekonomicznej oceny tych praktyk: definiowania teorii szkody i skutków praktyk. Zwieńczeniem zainicjowanego wówczas dyskursu stały się wydane w 2009 r. wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie priorytetów przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu praktyk wykluczeniowych” (Ezrachi, 2009, s. 3)²⁸. W dokumencie poruszono m.in. kwestię oceny rabatów warunkowych, możliwości uzasadnienia ich stosowania oraz zagadnienia utrudniania dostępu do rynku, wprowadzono również test równie efektywnego konkurenta (Bułakowski, 2017, s. 29).

Pierwszą próbą zastosowania ww. metodyki była decyzja Komisji w sprawie *Tomra*²⁹, dotycząca praktyki polegającej na stosowaniu zindywidualizowanych i retrospektywnych rabatów, ustalanych w relacji do całkowitego zapotrzebowania danego klienta lub znacznej jego części. Przeprowadzona wówczas przez Komisję analiza była jednak niekompletna (Bułakowski, 2017, s. 32) – przedmiotowy system rabatowy został uznany za antykonkurencyjny ze względu na cel, skutki praktyki nie zostały zaś należycie zbadane, uznano bowiem, że wystarczające jest wykazanie, że zachowanie dominanta „zmierza do ograniczenia konkurencji lub może mieć taki skutek”³⁰.

Podobnie w sprawie *Intel*³¹, mimo przeprowadzenia oceny skutków praktyki, unijny organ antymonopolowy poszedł śladem „starego” orzecznictwa i uznał rabaty lojalnościowe za praktykę naruszającą konkurencję ze względu na cel. Decyzja Komisji oraz utrzymujący ją w mocy wyrok Sądu³² spotkały się jednak z dezaprobatą Trybunału Sprawiedliwości, który, uchylając zapadły wyrok, zaproponował nowe, kompromisowe podejście do oceny rabatów lojalnościowych, łączące postulowane podejście bardziej ekonomiczne z utrwalonym w orzecznictwie podejściem formalnym³³. Trybunał orzekł, że rabaty lojalnościowe mogą być uznane za naruszenie ze względu na cel, chyba że dominant wykaże, w oparciu o test równie efektywnego konkurenta, że praktyka nie miała potencjału do wywołania antykonkurencyjnych skutków. Tak postawiony standard oceny miał w praktyce zobowiązać Komisję do przeprowadzenia własnej, choćby wstępnej, oceny skutków praktyk rabatowych, w celu uniknięcia ponoszenia kosztów postępowania administracyjnego w oparciu o standard, który nie dawałby ewentualnej decyzji szans na utrzymanie w ramach kontroli sądowej.

Trybunał potwierdził również, w ślad za wyrokiem w sprawie *Post Danmark II*³⁴, konieczność badania zdolności systemu rabatowego do wywołania skutku wykluczeniowego na rynku w oparciu o wszystkie fakty sprawy, z uwzględnieniem pięciu kluczowych kryteriów: (i) zakresu pozycji dominującej przedsiębiorstwa; (ii) stopnia pokrycia rynku kwestionowaną rabatami; (iii) warunków

²⁷ EAGCP Report on An Economic approach to Article 82EC (July 2005). Pozyskano z: https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf.

²⁸ Komunikat Komisji — wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące; dalej: Wytyczne Komisji.

²⁹ Dec. KE z 29.03.2006 r. w sprawie COMP/E-1/38-113, *Tomra*.

³⁰ Wyr. Sądu z 9.09.2010 r. w sprawie T-155/06, *Tomra*; wyr. TS z 19.04.2012 r. w sprawie C-549/10 P, *Tomra*.

³¹ Dec. KE w sprawie COMP/C-3/37.990, *Intel*.

³² Wyr. Sądu z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09, *Intel*.

³³ Wyr. TS z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P, *Intel*.

³⁴ Wyr. Sądu z 6.10.2015 r. w sprawie C-23/14, *Post Danmark II*.

i sposobu przyznawania rabatów; (iv) długości trwania i wysokości rabatów oraz (v) istnienia strategii mającej na celu wykluczenie również efektywnych konkurentów z rynku³⁵.

Bardziej ekonomiczne podejście (*more economic approach*) zostało zastosowane w sprawie *Velux*³⁶. Choć wydana decyzja dotyczyła rabatów prospektywnych, Komisja wskazała (hipotetycznie), że jeżeli istnieje wystarczająco duża liczba progów w systemie retrorabatów, a skoki między etapami nie są duże (*in casu* 10 progów i skoki o 0,5 pp.), klient nie ryzykuje utraty całego rabatu, a jedynie rabatu obowiązującego dla kolejnej dostępnej transzy. Wówczas również efektywni rywale mogą ze sobą konkurować. Dodatkowo ryzyko antymonopolowe maleje, jeżeli maksymalny poziom rabatu jest niski (*in casu* 5%), gdyż w takim przypadku jest mało prawdopodobne, że efektywna cena będzie niższa od kosztów przeciętnych dla kontestowalnego udziału rynku.

3. Perspektywa krajowa

Dorobek orzeczniczy polskiego organu antymonopolowego oraz orzecznictwa odnośnie do problematyki nadużywania pozycji dominującej poprzez stosowanie antykonkurencyjnych systemów rabatów lojalnościowych jest skromny. Z tego względu, jak wskazuje się w piśmiennictwie, swoisty wzorzec oceny zgodności systemów rabatowych z polskim prawem konkurencji w znacznej mierze tworzą wyżej omówione kryteria, wypracowane przez sądy unijne (Klehr, 2012, s. 87).

Po raz pierwszy omawiane zagadnienie zostało poruszone w decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie *Wrigley*, dotyczącej zarzutu nadużywania pozycji dominującej na rynku wprowadzania do obrotu gum do żucia poprzez przyznawanie rabatów w sposób powodujący nieuzasadnione uprzywilejowanie niektórych kontrahentów oraz stosowanie tzw. rabatów lojalnościowych³⁷. Dokonując analizy ustalonego w toku postępowania antymonopolowego stanu faktycznego, organ stwierdził, że stosowane przez spółkę rabaty za wykonanie planów zakupowych oraz za udział produktów Wrigley w całkowitej sprzedaży dystrybutora, choć nie są rabatami wyłącznościowymi, mogą wywierać skutek lojalnościowy, tj. odwrócić kontrahentów dominanta od szukania innych źródeł zaopatrzenia w gumę do żucia, a tym samym przeciwdziałać się ukształtowaniu warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku produkcji tych towarów. W celu ustalenia czy praktyka przedsiębiorcy może mieć tak rozumiany antykonkurencyjny charakter, Prezes UOKiK wskazał, że zgodnie z postulowanym bardziej ekonomicznym podejściem, rabaty lojalnościowe nie mogą być uznawane za zakazane *per se*, lecz poddawane wnikliwej analizie całokształtu okoliczności faktycznych oraz ewentualnych antykonkurencyjnych skutków, konkludując, iż „decydującym dla stwierdzenia praktyki jest nie forma stosowanych rabatów, ale ich efekty rynkowe”.

Ostatecznie, analiza efektu zamknięcia rynku oraz charakterystyki stosowanych przez spółkę upustów doprowadziła organ antymonopolowy do wniosku, że przedsiębiorca nie nadużył posiadanej pozycji dominującej. Kluczowe znaczenie w tym kontekście miała stosunkowo liczna grupa konkurentów oraz przedsiębiorców niewspółpracujących z Wrigley Poland sp. z o.o., określanie rabatów za wykonanie planów zakupowych przez samych dystrybutorów (nie przez dominanta), stosunkowo krótkie okresy rozliczeniowe stosowanych rabatów oraz ich obiektywne

³⁵ Wyr. TS z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P, *Intel*, akapit 139.

³⁶ Dec. KE z 14.06.2018 r. w sprawie AT.40026, *Velux*.

³⁷ Dec. Prezesa UOKiK z 26.08.2010 r. nr DOK-8/2010 w sprawie *Wrigley*.

ekonomiczne uzasadnienie w postaci poprawy prognozowania zapotrzebowania dystrybutorów i planowania produkcji.

Na gruncie krajowego orzecznictwa dotyczącego rabatów lojalnościowych warto również wspomnieć o decyzji Prezesa UOKiK stwierdzającej porozumienie ograniczające konkurencję na krajowym rynku hurtowego obrotu drożdżami piekarskimi³⁸. Przedmiotem prawno-konkurencyjnej oceny w tej sprawie było porozumienie przewidujące klauzulę wyłącznego zakupu, czyli postanowienie obligujące dystrybutorów (partnerów) do zaopatrywania się wyłącznie w towary (w drożdże piekarskie) danego (wyłącznego) producenta – Lesaffre bio-corporation S.A. z siedzibą w Wołczynie. W przypadku zawarcia powyższego porozumienia z klauzulą wyłącznego zakupu, dystrybutorowi przysługiwał określony procentowo bonus dodatkowy (liczony od wartości produktów zakupionych w okresie obowiązywania umowy), który zobowiązywał się on wykorzystać na zrealizowanie inwestycji mających na celu rozwój dystrybucji (m.in. poprawy standardów transportu oraz przechowywania drożdży).

Prezes UOKiK, powołując się na literalne brzmienie przywołanego porozumienia o wyłącznym zakupie, uznał, że jego cel, jak również skutek miał wyraźnie antykonkurencyjny charakter poprzez ograniczanie dostępu do rynku sprzedaży drożdży piekarskich przedsiębiorcom nieobjętym porozumieniem.

Decyzja ta spotykała się jednak ze słuszną krytyką sądów. Szczególnie warto przywołać stanowisko zawarte w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów³⁹, które poparł również Sąd Apelacyjny w Warszawie⁴⁰, rozpatrujący apelację Prezesa UOKiK. SOKiK krytycznie ocenił ograniczenie oceny porozumienia przez Prezesa UOKiK do jego aspektu formalno-prawnego, zarzucając brak odniesienia się przez organ antymonopolowy do sytuacji ekonomicznej na rynku. Sąd nie zgodził się z bardzo uproszczoną tezą Prezesa UOKiK, że antykonkurencyjnego charakteru porozumienia dowodzi wystarczająco sama klauzula wyłączności. W ocenie SOKiK, w sprawie nie został wykazany antykonkurencyjny cel ani skutek porozumienia, w tym Prezes UOKiK nie uwzględnił, że celem jego stron było uzyskanie wzajemnych korzyści ekonomicznych, a nie ograniczenie dostępu konkurencji do rynku. Organ poprzestał jedynie na własnych poglądach natury ogólnej, pomijając chociażby zbadanie sytuacji innych przedsiębiorców, a w szczególności ustalenie czy zawarte porozumienie z klauzulą wyłączności zakupu i bonusem dla dystrybutora może mieć jakikolwiek wpływ na wprowadzenie na rynek oferowanych przez nich towarów. Sąd Apelacyjny dodał, że „zaoferowane bonusy i udział drożdży w ogólnej puli asortymentu oferowanego przez zainteresowanych nie były tak znaczne, by mogły stanowić czynnik uzależniający wynik gospodarczy dystrybutora od wyłącznej współpracy z powodem. Same więc zapisy umów w tym względzie nie uprawniają pozwanego do wywodów na temat ograniczenia konkurencji międzymarkowej”.

Wątek potencjalnie antykonkurencyjnego charakteru rabatów retroaktywnych pojawił się również w decyzji Prezesa UOKiK dotyczącej zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad Eurozet sp. z o.o. przez Agora S.A.⁴¹. Analizując możliwe skutki concen-

³⁸ Dec. Prezesa UOKiK z 29 grudnia 2006 r. nr DOK-164/06.

³⁹ Wyr. SOKiK z 18 sierpnia 2008 r. sygn. akt XVII AmA 83/07.

⁴⁰ Wyr. SA w Warszawie z 25 lutego 2010 r., sygn. akt VI ACa 61/09.

⁴¹ Dec. Prezesa UOKiK z 7.01.2021 r. nr DDK-1/2021 w sprawie Agora.

tracji, organ antymonopolowy wskazał, że rynki reklamy, na których funkcjonują rozbudowane i indywidualnie negocjowane systemy rabatowe, są podatne na tworzenie rabatów skłaniających reklamodawców do korzystania z usług największych reklamodawców. Z tego względu, zdaniem organu, koncentracja ww. podmiotów mogłaby prowadzić do zaburzenia konkurencji, ze względu na ryzyko istotnego wzrostu siły rynkowej dominatów oraz znaczącego spadku udziałów rynkowych i marginalizacji mniejszych uczestników rynku. W szczególności Prezes UOKiK stwierdził, że „Silne grupy radiowe, takie jak RMF lub, wzmocniona po koncentracji, Agora będą w stanie stworzyć takie reguły przyznawania retroaktywnych rabatów lub AVB (*kickbacków*) [przypis 16 – Agency Volume Bonus – rabat, jaki właściciele mediów wypłacają domom mediowym w oparciu o wielkość obrotów] dla domów mediowych, że wszyscy najwięksi reklamodawcy, jak również domy mediowe będą korzystać wyłącznie z usług jednej z tych grup”⁴². Jednocześnie jednak, w uzasadnieniu decyzji brakuje jakichkolwiek fragmentów świadczących o tym, że Prezes UOKiK dokonał oceny czy w kontekście rynków, na które mogła wpłynąć planowana koncentracja, rabaty retrospektywne mogą mieć zdolność wywołania efektu lojalnościowego poprzez efekt zasysania. Organ antymonopolowy nie omówił również kwestii istnienia niekontestowalnej części popytu oraz nie oszacował odsetka nabywców, którzy są lub mogliby być objęci rabatami retroaktywnymi, ograniczając się w tym zakresie do stwierdzenia, że „obecnie kampanie, w ramach których zamawiano reklamy w stacjach reprezentowanych przez jeden podmiot, stanowią około 20% wszystkich kampanii, a głównym powodem konieczności umieszczania reklam w stacjach różnych podmiotów jest problem z uzyskaniem pożądanego zasięgu”⁴³.

Wydaje się zatem, że w ww. decyzji ocena ryzyka zastosowania rabatów retroaktywnych ze skutkiem wykluczeniowym nie została poparta analizą warunków konkurencji, a opierała się głównie na opiniach części uczestników rynku. Takie podejście można uznać za zbliżone do formalistycznego uznania rabatów retroaktywnych przez dominantów za zakazane *per se*, niezgodnym z wcześniejszym, bardziej zniuansowanym podejściem do retrorabatów zaprezentowanym w sprawie *Wrigley*, jak również z ogólną oceną rabatów retroaktywnych przedstawioną w omówionym niżej raporcie UOKiK, dotyczącym rabatów stosowanych w relacjach handlowych w łańcuchu żywnościowym.

4. Ocena stanowiska organów i orzecznictwa

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, że z jednej strony praktyka decyzyjna organów antymonopolowych i orzecznictwo zmierza zasadniczo w kierunku bardziej ekonomicznego podejścia, jednak podejmowane dotychczas próby jego zastosowania wciąż cechuje pewna niekompletność. Szczególnie dostrzegalna jest tendencja do traktowania testu równie efektywnego konkurenta, badającego efekt zasysania jako nieobowiązkowego, choć dopuszczalnego narzędzia oceny potencjału wykluczeniowego retrorabatów lojalnościowych. Z drugiej zaś – powołanie się nań stanowi atrakcyjną „strategię” dla stron postępowania, obliuguje bowiem organ do przeprowadzenia zgodnie z najwyższymi standardami dowodowymi. W praktyce oznacza to, że – przynajmniej do czasu ewentualnych zmian w linii orzeczniczej – test równie efektywnego konkurenta jest nieodzownym elementem analizy rabatów retrospektywnych.

⁴² Dec. Prezesa UOKiK z 7.01.2021 r. nr DDK-1/2021 w sprawie *Agora*, s. 35.

⁴³ *Ibidem*, s. 35.

Co równie istotne, orzecznictwo Trybunału w sprawach *Post Danmark II* oraz *Intel* konsekwentnie wskazuje na obowiązek zbadania przez organ antymonopolowy potencjału wykluczeniowego rabatów na podstawie pięciu kryteriów, z których część ma charakter ekonomiczny. Najtrudniejszym zadaniem może okazać się rzetelna ocena ostatniego z nich, tj. istnienia strategii mającej na celu wykluczenie równie efektywnych konkurentów z rynku. Podejście Prezesa UOKiK zarysowane w decyzji w sprawie *Agora/Eurozet*, polegające na formułowaniu jednoznacznych wniosków odnośnie do antykonkurencyjnych skutków bez dokonania oceny zdolności rabatów do wywołania efektu wykluczeniowego, odbiega od standardów wyznaczonych orzecznictwem europejskim i nie znalazło aprobaty SOKiK, który zmienił decyzję w swoim wyroku z 12 maja 2022 roku.

IV. Retrorabaty jako delikt ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi

1. Uwagi wstępne

Kolejnym zbiorem przepisów, będących podstawą oceny retrorabatów przez polski organ antymonopolowy, jest ustawa z dnia 17 listopada 2021 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi⁴⁴, która implemencowała do polskiego porządku prawnego dyrektywę w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych⁴⁵, oraz poprzednio obowiązująca ustawa o takim samym tytule⁴⁶.

Przedmiotem ww. regulacji są zasady i tryb przeciwdziałania, w celu ochrony interesu publicznego, praktykom polegającym na nieuczciwym wykorzystywaniu przewagi kontraktowej, czyli znaczącej dysproporcji w potencjale ekonomicznym nabywcy produktów rolnych i spożywczych względem ich dostawcy lub dostawcy względem nabywcy (art. 7 ust. 1 ustawy) (Namysłowska i Piszcz, 2016, art. 1; Manteuffel i Piaskowski, 2017, s. 36)⁴⁷. Ustawa posiada zatem istotnie ograniczony, np. względem regulacji antymonopolowej, zakres podmiotowy, dotyczy bowiem wyłącznie relacji kontraktowych pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą w określonym sektorze. W celu ułatwienia oceny relewantnych relacji między poszczególnymi kontrahentami ustawa wskazuje różnice w progach obrotowych, po przekroczeniu których owa znacząca dysproporcja jest domniemywana (art. 7 ust. 2 ustawy)⁴⁸.

⁴⁴ Dz. U. 2021 poz. 2262.

⁴⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/633 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych, (Dz. Urz. UE L 111 25.04.2019, s. 59).

⁴⁶ Ustawa z dnia 15 grudnia 2016 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi lub spożywczymi (t.j. Dz. U. 2020 poz. 1213 z późn. zm.).

⁴⁷ Objęcie ochroną nabywców produktów rolnych lub spożywczych wychodzi poza ramy dyrektywy 2019/633, która obejmuje swoim zakresem jedynie ochronę dostawców ww. produktów. Polski ustawodawca kontynuuje jednak, w ślad za starą ustawą przewagową symetryczną ochronę obu stron zawierających umowę handlową, pomimo że, jak wskazano w uzasadnieniu do nowej ustawy przewagowej, w ponad czteroletnim okresie funkcjonowania starej ustawy przewagowej nie wystąpił przypadek postępowania Prezesa UOKiK w zakresie wykorzystywania przewagi kontraktowej dostawcy względem nabywcy.

⁴⁸ W poprzednim stanie prawnym brakowało jednoznacznej regulacji ustawowej w tym zakresie. W praktyce, Prezes UOKiK stosował jednak w swych analizach analogiczne zasady wynikające z implementowanej tzw. nową ustawą przewagową dyrektywy. Zob. dec. Prezesa UOKiK: z 11.12.2020 r. nr RBG-13/2020 w sprawie *Jeronimo Martins*; z 2.11.2020 r. nr RBG-11/2020 w sprawie *Appol*.

2. Nieuzasadnione żądanie rabatu jako nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej – tzw. czarna praktyka

Podobnie jak w przypadku regulacji dotyczącej nadużywania pozycji dominującej, sam fakt posiadania przewagi kontraktowej nad danym kontrahentem nie rodzi po stronie nabywcy lub dostawcy rolno-spożywczego negatywnych konsekwencji (Kohutek, 2017, art. 6). Sankcjonowane jest natomiast nieuczciwe wykorzystywanie występujących dysproporcji, czyli – zgodnie z klauzulą generalną – zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i zagrażające istotnemu interesowi drugiej strony albo taki interes naruszające (art. 6 ustawy) (Jurkowska-Gomułka, 2017, s. 10). Dodatkowo, w ślad za prawodawcą unijnym, polski prawodawca wskazuje na przykładowy – znacznie szerszy niż w poprzednim stanie prawnym – katalog praktyk, które mogą stanowić naruszenie. Katalog ten obejmuje dwa rodzaje praktyk: (i) tzw. praktyki szare, dozwolone pod pewnymi warunkami oraz (ii) tzw. praktyki czarne, objęte bezwzględnym zakazem; w przypadku stwierdzenia ich stosowania nie ma potrzeby wykazania przez organ naruszenia dobrych obyczajów lub interesu drugiej strony (art. 9 ustawy).

Co istotne z punktu widzenia niniejszego opracowania, w nowej ustawie do drugiej z ww. kategorii dodana została praktyka, polegająca na „nieuzasadnionym obniżaniu należności z tytułu dostarczenia produktów rolnych lub spożywczych po ich przyjęciu przez nabywcę w całości albo w umówionej części, w szczególności na skutek żądania udzielenia rabatu” (art. 8 ust. 1 pkt 4 ustawy). W poprzednim stanie prawnym, przepis ten nie posiadał swojego odpowiednika, a zatem zachowania przedsiębiorcy wypełniające określone znamiona mogły podlegać ocenie wyłącznie z punktu widzenia ww. zakazu ogólnego, co z kolei wiązało się z koniecznością bliższej analizy okoliczności faktycznych oraz każdorazowej konkretyzacji i wykazywania naruszenia dobrych obyczajów lub zagrożenia interesom kontrahenta. Zmiana prawna w powyższym zakresie niewątpliwie stanowi dla Prezesa UOKiK istotne ułatwienie w walce z nieuczciwymi praktykami.

W kontekście nieuczciwości wypada podkreślić, że ww. przepis odnosi się wyłącznie do przypadków, w których żądanie obniżenia ceny jest nieuzasadnione. Celem omawianej regulacji nie jest zatem objęcie przypadków, w których do obniżenia należności dochodzi w wyniku rozliczenia prawidłowo zastosowanego rabatu, tj. dokładnie ustalonego przy zawarciu pierwszej umowy lub jej przedłużeniu na kolejny okres. Ocena danej praktyki powinna przy tym uwzględniać nie tylko sam sposób uregulowania danego rabatu, lecz także tryb, w którym doszło do jego ustalenia, w tym przebieg procesu negocjacji⁴⁹. Jednocześnie, brakuje obecnie wskazówek co do wykładni ww. przesłanki, która wydaje się być kluczową dla uznania omawianej praktyki jako nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej.

Wobec powyższego, podobnie jak pod rządami poprzedniej ustawy odnośnie do klauzuli ogólnej dobrego obyczaju, standard zachowania zgodnego z ww. przepisem wykształci dopiero praktyka orzecznicza (Adamczewski, 2017, s. 10).

Niestety, w tym kontekście nie można liczyć na wskazówki, wyjaśnienia lub wytyczne ze strony Komisji Europejskiej lub orzecznictwa europejskiego. Praktyka opisana w art. 8 ust. 1 pkt 4 polskiej ustawy jest bowiem jedyną, która nie posiada odpowiednika w regulacjach unijnych. Został on dodany do projektu tzw. nowej ustawy przewagowej przez polskiego ustawodawcę z inicjatywy

⁴⁹ Uzasadnienie projektu ustawy, druk sejmowy nr 1502 z 2021 r., s. 12.

Prezesa UOKiK, w związku z zastrzeżeniami organu dotyczącymi praktyk stosowanych na polskim rynku rolno-spożywczym, zidentyfikowanymi w ramach omówionych poniżej postępowań wyjaśniających.

3. Interwencje Prezesa UOKiK w poprzednim stanie prawnym

3.1. Postępowania wyjaśniające i raport UOKiK

Przyczynkiem dla wspomnianej wyżej interwencji legislacyjnej były ustalenia poczynione przez Prezesa UOKiK w toku 19 postępowań wyjaśniających, dotyczących – w ogólności – systemów rabatowych i praktyk cenowych sieci handlowych, będących nabywcami produktów rolno-spożywczych. Zasadnicze zastrzeżenia dotyczyły wówczas wprowadzania nowych rabatów nieprzewidzianych na początku danego okresu współpracy – w drodze dodatkowych porozumień zawieranych już po dokonanych transakcjach – oraz zawieranie umów o współpracy z mocą wsteczną.

Rezultaty przywołanych wyżej postępowań zostały również podsumowane w dedykowanym problematyce rabatów stosowanych w sektorze rolno-spożywczym raporcie UOKiK, opublikowanym w kwietniu 2021 roku (UOKiK, 2021). Choć przeprowadzone wówczas analizy miały charakter przekrojowy, największy nacisk został położony na praktyczne aspekty stosowania przez sieci handlowe rabatów retrospektywnych w związku z ich potencjalną uciążliwością dla dostawców.

Badanie organu wykazało, że retrorabaty, podobnie jak inne formy rabatów, są powszechną praktyką w relacjach sieci handlowych z dostawcami. Pośród umów zawieranych przez 19 spółek prowadzących sieci handlowej zidentyfikowano 104 rabaty retrospektywne, co stanowiło 54% wszystkich zbadanych rabatów. Prezes UOKiK ustalił również, że rabaty retrospektywne stanowią najczęściej formę zapłaty za usługi świadczone dostawcy, takie jak promocja towarów dostawcy czy usługi logistyczne. W tym kontekście, wskazano na ryzyko uznania za nieuczciwe rabaty przyznawane z tytułu świadczonych usług, w przypadku, gdy świadczenie uzasadniające udzielenie rabatu nie było przez sieć faktycznie wykonywane lub jego wykonanie nie stanowiło realnej korzyści dla dostawcy (np. stanowiło czynność niezbędną dla zapewnienia efektywnego działania samej sieci). Oznacza to, że retrorabaty godzące w zasadę ekwiwalentności świadczeń mogą zostać uznane za nieuczciwe.

Wskazując na główne rodzaje ryzyka związane ze stosowaniem rabatów retrospektywnych, polski organ antymonopolowy zwrócił również uwagę na konieczność zachowania przejrzystości oraz jasnych warunków przyznawania tego rodzaju upustów i wprowadzania w tym zakresie jakichkolwiek zmian. Podkreślając, że choć mechanizm retrorabatu z natury nie pozwala na określenie konkretnej kwoty, na którą będzie opiewać, Prezes Urzędu zaznaczył, że istotne jest, aby już w momencie zawierania umowy strony miały świadomość sposobu w jaki kwota ta zostanie naliczona.

Jednocześnie podkreślono, że dokonywanie zmian w uprzednio ustalonych warunkach poprzez „wsteczne naliczanie” rabatów na rzecz sieci handlowych, jakkolwiek może spotkać się z zarzutem nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej, nie jest objęte bezwzględnym zakazem i w określonych przypadkach może być uznane za dopuszczalne, z zastrzeżeniem, że wprowadzone w ten sposób zmiany muszą być proporcjonalne, a szczególne okoliczności nie mogą być wykorzystywane jako pretekst do pokrzywdzenia dostawców. Jako przesłanki wyłączone

nieuczciwość wskazano przy tym m.in. nieoczekiwaną zmianę okoliczności rynkowych (np. istotną zmianę preferencji konsumentów, pozycji stron i ich konkurentów), finansowych (np. niewypłacalność dostawcy), gospodarczych (np. istotna zmiana kursów walut) czy społecznych (np. spadek spożycia drobiu jako reakcja na doniesienia o pandemii kur).

3.2. Decyzje Prezesa UOKiK w sprawie *Jeronimo Martins* i *Kaufland*

Prezes UOKiK wydał dotychczas na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. szereg decyzji: (i) zobowiązujących⁵⁰ oraz (ii) stwierdzających nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej przez nabywców względem dostawców i nakazujących zaniechania inkryminowanych praktyk⁵¹. Spośród zapadłych dotychczas rozstrzygnięć niewątpliwie największe kontrowersje wzbudziły dwie decyzje dotyczące praktyk stosowanych przez dwóch przedsiębiorców prowadzących znane sieci handlowe – *Jeronimo Martins* (Biedronka)⁵² oraz *Kaufland*⁵³.

Obydwie sprawy dotyczyły podobnych praktyk, sprowadzających się w istocie do pobierania przez sieć od dostawców produktów rolnych lub spożywczych rabatów na podstawie zawieranych na koniec okresu rozliczeniowego porozumień bez uprzedniego uzgodnienia wysokości tych rabatów oraz warunków ich przyznania. W przypadku decyzji w sprawie *Kaufland*, z zastrzeżeniami organu spotkała się również pozarabatowa praktyka, polegająca na zawieraniu umów określających warunki współpracy handlowej, w tym warunki udzielanych przez dostawców rabatów na dany rok już po jego rozpoczęciu, z obowiązkiem rozliczenia różnicy pomiędzy nowymi a poprzednio obowiązującymi warunkami współpracy za okres od 1 stycznia do dnia podpisania umowy. Przedsiębiorcy zostali ukarani karami w wysokości odpowiednio 723 381 476,56 zł (*Jeronimo Martins*) oraz 70 853 036,80 zł i 53 139 777, 60 zł (*Kaufland*).

W tym miejscu należy podkreślić, że ww. decyzje zapadły w poprzednim stanie prawnym, co oznacza, że Prezes UOKiK był zobowiązany do wykazania nie tylko stosowania określonej praktyki, lecz także naruszenia dobrych obyczajów lub istotnego interesu kontrahenta. Niemniej, uzasadnienia zapadłych wówczas rozstrzygnięć zachowują swoją aktualność w zakresie, w jakim ujawniają stanowisko organu odnośnie do „nieuczciwości” czy też „braku uzasadnienia” retrorabatów. Co więcej, warto również pamiętać, że i w obecnym stanie prawnym jak najbardziej możliwe jest kwestionowanie zachowań przedsiębiorców na podstawie ogólnego zakazu, w przypadkach niewypełniających znamion określonych w art. 8 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Przede wszystkim, analiza dotychczasowej praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK wskazuje, że sam mechanizm rabatów retrospektywnym nie jest objęty zakazem *per se*. Można również wyróżnić szereg okoliczności, które w istotny sposób zwiększają ryzyko uznania określonej klauzuli za niedozwoloną. Chodzi tutaj przede wszystkim o następujący sposób uzgadniania rabatów, a więc ustalanie warunków uzyskania i wysokości obniżki ceny już po zawarciu umowy, w toku współpracy czy nawet do realizacji określonych dostaw. Taka sytuacja skutkuje bowiem powstaniem stanu niepewności co do wyników finansowych dostawcy, który nie ma wiedzy czy w danym okresie rozliczeniowym będzie zobowiązany do udzielania rabatu ani jaka będzie jego wysokość,

⁵⁰ Zob. dec. Prezesa UOKiK: z 5.03.2018 r. nr RBG-3/2018 w sprawie *Cykoria*; z 22.07.2019 r. nr RBG-11/2019 w sprawie *Real*.

⁵¹ Zob. m.in. dec. Prezesa UOKiK: z 2.11.2020 r. nr RBG-11/2020 w sprawie *Appol*; z 1.10.2019 r. nr RBG-15/2019 w sprawie *TB Fruit*.

⁵² Dec. Prezesa UOKiK z 11.12.2020 r. nr RBG-13/2020 w sprawie *Jeronimo Martins*.

⁵³ Dec. Prezesa UOKiK z 30.12.2021 r. nr RBG-4/2021 w sprawie *Kaufland*.

co może oddziaływać na dalsze plany produkcyjne czy rozwojowe. Prezes UOKiK zwrócił również uwagę na praktykę polegającą na jednostronnym narzucaniu warunków umownych w zakresie wysokości ceny przez silniejszych kontrahentów (tu: sieci handlowe). W tym kontekście w decyzji w sprawie *Jeronimo Martins* Prezes UOKiK powołał się na stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie⁵⁴, który wskazał, że „cena należy do istotnych elementów umowy sprzedaży. Innymi słowy, bez uzgodnienia jej wysokości w ogóle nie dochodzi do zawarcia umowy. (...). Wskazanie wysokości owych rabatów i upustów musi jednak nastąpić najpóźniej w momencie zawarcia umowy sprzedaży”.

W kontekście nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej polegającej na żądaniu przez sieci obniżenia ceny przez dostawców, warto wspomnieć o coraz częstszym powoływaniu się w tym zakresie przez Prezesa UOKiK na pobieranie przez sieci tzw. opłat półkowych, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk (tj. opłat innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży). W jednej z ostatnich decyzji Prezes UOKiK uznał za nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej pobieranie tego rodzaju opłat od dostawców przez Eurocash⁵⁵. Prezes UOKiK prowadzi obecnie badanie rynku, w ramach którego sprawdza czy inne sieci nie wykorzystują nieuczciwie przewagi kontraktowej, stosując podobne opłaty⁵⁶.

Istotne jest przy tym, że nowa ustawa przewagowa wprowadziła jako „szarą praktykę”, która w zasadzie odpowiada opłacie półkowej, tj. „pobieranie od dostawcy opłaty stanowiącej warunek przechowywania, prezentowania lub oferowania do sprzedaży jego produktów rolnych lub spożywczych lub udostępniania takich produktów na rynku” (art. 8 ust. 1 pkt 12). Ustawa wskazuje jednocześnie, że jeżeli strony przed zastosowaniem takiej opłaty jasno i klarownie umówią się co do jej pobierania, to taka opłata nie będzie zakazana na gruncie ustawy o przewadze kontraktowej i nie będzie podstawą do nałożenia kary przez Prezesa UOKiK.

Warto również wskazać, że Sąd Najwyższy w wyroku z 24 maja 2019 r., na który powołał się Prezes UOKiK w decyzji w sprawie *Eurocash*, wskazał na istotną kwestię, a mianowicie, że „jeżeli takich kategorii, jak rabat, upust, premia pieniężna lub nagroda nie można powiązać z żadnym wymiernym świadczeniem ze strony odbiorcy, są one natomiast związane z osiągnięciem oznaczonego poziomu obrotów lub określonej wielkości albo wartości sprzedaży w oznaczonym przedziale czasowym, to ich realizacja, także *ex post*, stanowi czynnik cenotwórczy i decyduje o cenie sprzedawanego towaru. W konsekwencji nałożenie na dostawcę obowiązku takich świadczeń nie powinno być traktowane jako zastrzeżenie opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.⁵⁷, celem bowiem tego przepisu nie jest sądowa regulacja cen i wpływanie na rozkład zysków stron umowy”.

4. Ocena stanowiska organu

Przechodząc do oceny dotychczasowego dorobku decyzyjnego Prezesa UOKiK, w pierwszej kolejności wskazać należy, że w momencie pisania niniejszego artykułu brakuje orzecznictwa weryfikującego zasadność wyżej omówionych po krótko rozstrzygnięć.

⁵⁴ Wyr. SA w Warszawie z 12.09.2018 r., VII Aga 491/18.

⁵⁵ Dec. Prezesa UOKiK z 30 listopada 2021 nr RBG-3/2021.

⁵⁶ Zob. https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=18663; https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=18557

⁵⁷ Wyr. SN z 24 maja 2019 r., I CSK 304/18.

Jak już wyżej sygnalizowano, wydane dotychczas decyzje oraz treść raportu UOKiK wskazują, że z zastrzeżeniami organu spotyka się nie tyle samo stosowanie rabatów retrospektywnych (co, jak już wyżej wskazano, jest praktyką bardzo powszechną), ile sposób i tryb ich ustalania, tj. nietransparentne kształtowanie finalnej ceny produktu. Niewiedza jednej ze stron co do finalnej ceny zbywanego produktu jest pewnym – co najmniej niekomfortowym (biznesowo ryzykownym) – stanem rzeczy, który raczej trudno zaliczać do typowych sytuacji występujących w obrocie handlowym (nie tylko produktami rolno-spożywczymi), o ile nie stanowią one przedmiotu wyraźnego (uprzedniego) uzgodnienia między stronami.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej nie powinny zasadniczo stanowić podstawy do ingerencji Prezesa UOKiK w ustalenia stron co do wysokości cen produktów dostarczanych nabywcy, na co zresztą wprost wskazuje uzasadnienie projektu poprzednio obowiązującej ustawy przewagowej⁵⁸. Jak jednak wskazuje sam Prezes UOKiK (UOKiK, 2021, s. 9), nie wyklucza to możliwości i zasadności badania pod kątem zgodności z ustawą przewagową praktyk związanych z uzyskiwaniem przez sieci handlowe od dostawców rabatów, w tym rabatów retrospektywnych. Niemniej, ocena ta wymaga uwzględnienia nie tylko samego brzmienia poczynionych między stronami uzgodnień, lecz także całego kontekstu łączących je relacji, w tym momentu dokonania ustaleń czy przebiegu procesu negocjacji. Kontekst ten może bowiem wskazywać, że konkretne uzgodnienia jedynie pozornie dotyczą ceny danego towaru, a faktycznie skutkują powstaniem dodatkowych, nieuzasadnionych obciążeń dla dostawcy.

Wprowadzenie bezwzględnego zakazu stosowania praktyki, o której mowa w art. 8 ust. 1 pkt 4 ustawy stanowi przy tym potwierdzenie, że podejście Prezesa UOKiK do praktyk retrorabatowych jest – podobnie zresztą jak na gruncie oceny antymonopolowej – bardziej restrykcyjne niż w przypadku innych europejskich krajowych i unijnych organów antymonopolowych.

V. Podsumowanie

1. Uwagi ogólne

Podsumowując, retrorabaty mogą podlegać ocenie w reżimie zarówno antymonopolowym, jak i przewagowym. Zasadniczo zbieżne pozostają przy tym cechy (elementy) systemów rabatowych, budzące wątpliwości na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy o nieuczciwym wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi, jak również ich efektywności i związane z nimi korzyści społeczne. Przed przystąpieniem do porównawczej analizy czynników ryzyka wynikających z obydwu wskazanych aktów prawnych oraz dotychczasowej praktyki decyzyjnej organów antymonopolowych i orzecznictwa, konieczne jest jednak zaznaczenie istotnych różnic, mających wpływ na potencjalnie odmienną ocenę praktyk przedsiębiorców z jednej strony, z perspektywy zakazu praktyk ograniczających konkurencję, z drugiej zaś – nieuczciwego wykorzystywania dysproporcji w potencjale ekonomicznym pomiędzy kontrahentami w sektorze rolno-spożywczym.

⁵⁸ Wskazano wówczas, że: „Należy jednocześnie zauważyć, że zgłaszany problem wysokości cen uzyskiwanych w transakcjach nabycia towarów rolno-spożywczych nie mógł znaleźć rozwiązania w projektowanej ustawie z uwagi na zbyt dużą ingerencję administracji w stosunki umowne między stronami umów”. Uzasadnienie projektu ustawy przewagowej, druk sejmowy nr 790 z 2016 r., s. 7.

Po pierwsze, co oczywiste, odmienny jest zakres zastosowania ustawy antymonopolowej, odnoszącej się do zachowań przedsiębiorców co do zasady niezależnie od przedmiotu prowadzonej przez nich działalności oraz ustawy przewagowej, której zastosowanie ogranicza się do obrotu produktami rolnymi i spożywczymi.

Po drugie, omawiane reżimy charakteryzują odmiennie teorie szkody, czyli uzasadnienia, dla których określona praktyka jest uznawana za szkodliwą dla konkurencji lub relacji kontraktowych, a w konsekwencji – za niezgodną z prawem. W przypadku ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uzasadnienia umieszczonych w niej zakazów i podejmowanych na ich podstawie interwencji należy upatrywać zasadniczo w wykluczeniu z rynku efektywnych konkurentów. Natomiast odnośnie do wykorzystywania przewagi kontraktowej teoria szkody polega na nieuczciwej (sprzecznej z dobrymi obyczajami lub godzącej w interes drugiej strony umowy) eksploatacji ekonomicznie słabszych kontrahentów. Nieuczciwe wykorzystanie przewagi kontraktowej charakterem przejawia zatem pewne podobieństwa do eksploatacyjnych, antykonkurencyjnych praktyk jednostronnych ściganych prawem antymonopolowym.

2. Czynniki ryzyka związanego ze stosowaniem retrorabatów na gruncie ustawy antymonopolowej oraz przewagowej

2.1. Wspólne czynniki ryzyka

Przechodząc do szczegółowej analizy czynników ryzyka, a więc tych cech (elementów) mechanizmów rabatowych, które budzą największe wątpliwości na gruncie zakazu praktyk ograniczających konkurencję oraz nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi, wskazać należy, że – jak już wyżej sygnalizowano – czynniki te na wielu płaszczyznach pozostają zbieżne.

Po pierwsze, w kontekście ryzyk antymonopolowych i przewagowych najbardziej jednoznaczna jest ocena następczego uzgadniania retrorabatów. Wszelkie uzgodnienia dotyczące wysokości oraz warunków rabatu (w szczególności próg obrotowy warunkujący udzielenie rabatu oraz wysokość rabatu) dokonywane później niż przy zawarciu umowy lub jej przedłużeniu budzą poważne zastrzeżenia zarówno na gruncie art. 9 ust. 1 uokik, jak i art. 8 ust. 1 pkt 4 ustawy przewagowej, co potwierdza wyżej omówione orzecznictwo oraz praktyka decyzyjna organów antymonopolowych.

Jeśli warunki te ustalane są w trakcie trwania współpracy dostawcy z siecią konieczne jest rozważenie czy tego rodzaju rabat znajduje zastosowanie do przyszłych, czy też minionych okresów rozliczeniowych. Nie powinno budzić wątpliwości, że w drugim z opisanych przypadków dochodzić może do istotnego zagrożenia interesów dostawcy, albowiem w momencie dokonywania transakcji z siecią nie dysponuje on szczegółową wiedzą na temat ceny sprzedawanych przez siebie produktów.

Po drugie, w każdym przypadku ryzyko interwencji organu antymonopolowego wzrasta w przypadku jednostronnego ustalania (narzucania) rabatów (przez sprzedawcę – w przypadku nadużywania pozycji dominującej lub nabywcę – w przypadku wykorzystywania przewagi kontraktowej). Warunki oraz wysokość rabatów wstecznych powinny być wynikiem obopólnej zgody stron umowy, o czym może świadczyć przebieg negocjacji, których brak lub

zagrożenie przez nabywcę obciążeniem dostawcy karą umowną za niewystawienie faktur korygujących dokumentujących udzielenie rabatu wstecznego w istotny sposób wpływa na ocenę praktyki przedsiębiorcy.

W obydwu reżimach niejednoznaczna jest natomiast rola zindywidualizowanego sposobu uzgadniania rabatów (w odniesieniu do każdego klienta). Czynnikiem ten jest czasem wskazywany jako zwiększający ryzyko antymonopolowe, gdyż zwykle jest kojarzony ze zwiększającym efekt zasysania praktyką ustalania zindywidualizowanych progów rabatowych na poziomie zbliżonym do całości popytu nabywcy. Wydaje się jednak, że system rabatów retrospektywnych zgodny z prawem konkurencji również powinien być zasadniczo oparty właśnie na zindywidualizowanych (ale niewywołujących efektu wykluczeniowego) progach rabatowych. Jak bowiem wynika z orzecznictwa unijnego, ustalenie standardowych progów rabatowych może wywołać niezamierzony skutek wykluczeniowy w przypadku części nabywców, a zatem w mniejszym stopniu chronić dominanta przed zarzutem naruszenia prawa antymonopolowego⁵⁹. Podobnie w przypadku nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej, wydaje się, że indywidualizacja rabatów w odniesieniu do poszczególnych kontrahentów może w praktyce ułatwiać wykazanie, że dana praktyka była *uzasadniona*, a zatem nie jest objęta hipotezą art. 8 ust. 1 pkt 4 ustawy przewagowej.

2.2. Antymonopolowe czynniki ryzyka

Można również wskazać szereg okoliczności szczególnie istotnych z punktu widzenia zakazu nadużywania pozycji dominującej, których występowanie lub brak nie ma jednak zasadniczego znaczenia w przypadku zarzutu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej.

Po pierwsze, chodzi tutaj o zamiar dominanta. W przypadku, gdy przedsiębiorca o silnej pozycji rynkowej posiada z góry określoną strategię i na jej podstawie ustala system rabatowy w taki sposób, aby zaszkodzić konkretnemu konkurentowi i wykluczyć go z rynku, z pewnością będzie to stanowiło okoliczność obciążającą.

Po drugie, z całą pewnością za niekorzystne z punktu widzenia przepisów antymonopolowych należy uznać zbyt długie okresy referencyjne rabatów retrospektywnych, z uwagi na to, że wywołują one bardzo silne efekty związania oraz większe ryzyko wystąpienia antykonkurencyjnych skutków. Podobne znaczenie ma długotrwałość danej praktyki.

Po trzecie, z analogicznych względów istotne znaczenie ma również to, jak blisko próg rabatowy został ustanowiony w stosunku do całości popytu kupującego. Zastosowanie zbyt wysokich progów wiąże się z ryzykiem, które może być mitygowane poprzez ich odpowiednie (lecz niezbyt drastyczne) obniżenie lub wprowadzenie dodatkowych progów (stopniowanie). W tym kontekście ocena tych rabatów jest podobna do oceny drapieżnictwa cenowego (*predatory pricing*), gdzie głębsze obniżenie ceny (większe rabaty) zwiększa ryzyko uznania za nadużycie.

Po czwarte, istotne znaczenie ma również stopień pokrycia rynku określonym rabatem retrospektywnym, który pozwala określić zakres jego potencjalnych skutków. Im więcej kontrahentów jest związanych danym postanowieniem, tym system rabatowy może stwarzać więcej zastrzeżeń.

⁵⁹ Zob. wyr. Sądu z 6.10.2015 r. w sprawie C-23/14, *Post Danmark II*.

Po piąte wreszcie, jak już wyżej wskazano, w przypadku zarzutu antymonopolowego, kluczowe znaczenie ma istnienie wystarczająco wysokiej, niekontestowalnej części popytu. Jest to konieczne dla wykazania efektu zasysania i zastosowania testu równie efektywnego konkurenta, który w praktyce można uznać za nieodzowny element badania antykonkurencyjnego charakteru systemu rabatowego.

2.3. Przewagowe czynniki ryzyka

W dalszej kolejności analogiczne, specyficzne czynniki ryzyka można wyróżnić również w odniesieniu do zakazu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej.

Po pierwsze, to właśnie w tym kontekście, a konkretniej we wspomnianym wyżej raporcie UOKiK zwrócona została uwaga na tzw. rabaty wielokrotne. Praktyka, polegająca na ustalaniu kilku rabatów zależnych od obrotów w różnych okresach nakładających się na siebie, np. poprzez naliczanie rabatu rocznego od obrotu, który wcześniej został już objęty rabatem miesięcznym, przy jednoczesnym braku pomniejszenia obrotu na potrzeby obliczania rabatu rocznego o udzielone rabaty miesięczne. Zastosowanie takiego systemu rabatowego powoduje w konsekwencji wielokrotne obniżenie ceny tego samego, dostarczonego już towaru, wiąże się z istotnym ryzykiem uznania za nieuczciwą. W przypadku regulacji antymonopolowej, wielokrotność rabatu sama w sobie nie stanowi czynnika wysokiego ryzyka, może jednak pośrednio wpływać na wynik testu równie efektywnego konkurenta.

Po drugie, poważne zastrzeżenia budzi obniżanie progu obrotowego po zakończeniu okresu, którego dotyczy. Praktyka ta może być uznana za nieuczciwą, w szczególności w przypadku, gdy obniżenie progu obrotowego zostaje jednostronnie narzucone przez sieć handlową. Opisane zachowanie może bowiem czynić ustalenia stron w zakresie warunków rabatowania fikcyjnymi, podlegającymi zmianie w zależności od aktualnej potrzeby silniejszej strony umowy.

Po trzecie, nieco odmiennie niż w przypadku prawa antymonopolowego, czynnikiem ryzyka przewagowego jest bardzo niski próg rabatu. Wysokość obrotu, będącą warunkiem uzyskania rabatu wyznaczono na bardzo niskim poziomie, może być uznany za pozorny. W takich przypadkach, podobnie jak wtedy, gdy nie dochodzi do określenia progu obrotowego, od którego osiągnięcia zależy udzielenie rabatu, osłabieniu może ulec motywacyjny cel stosowania rabatu. W tego typu sytuacjach uzyskanie rabatu przez sieć nie wiąże się bowiem ze zwiększeniem poziomu zakupów produktów oferowanych przez dostawcę.

3. Wnioski

Powszechność retrorabatów w obrocie gospodarczym wynika głównie z wielorakich korzyści, jakie mogą one przynieść przedsiębiorcom i konsumentom. Ich stosowanie jest jednak w niektórych przypadkach obciążone ryzykiem uznania za niezgodne z prawem – bądź to przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, bądź ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi. Implementacja systemów rabatów retrospektywnych wymaga zatem od przedsiębiorców ostrożności, zwłaszcza wobec stosunkowo restrykcyjnego podejścia polskiego organu antymonopolowego odnośnie do tytułowego zagadnienia. Choć zasadniczo problematyka praktyk rabatowych nie była wcześniej

priorytetyzowana przez Prezesa UOKiK, aktywność organu podjęta w tym zakresie na przełomie roku 2020 i 2021 oraz niedawne zmiany prawne pozwalają bowiem przypuszczać, że w najbliższym czasie stosowanie rabatów retrospektywnych będzie cieszyć się wzmożonym zainteresowaniem ze strony Prezesa Urzędu.

Powyższe dotyczy w szczególności przedsiębiorców mogących posiadać pozycję dominującą na danym rynku, czyli zdolność do działania w dużym stopniu niezależnie od kontrahentów. Ryzyko interwencji Prezesa UOKiK obejmuje zwłaszcza te podmioty, które mają status nieuniknionych partnerów handlowych przynajmniej dla części nabywców, co może świadczyć o niekontestowalności części popytu. Nie oznacza to jednak konieczności rezygnacji ze stosowania retrorabatów, nawet przez „najsilniejszych graczy”. Podmioty te powinny natomiast upewnić się, że określone klauzule rabatowe nie pokrywają zbyt dużej części rynku i nie są na tyle agresywne, że uniemożliwiają konkurentom skuteczną walkę o kontestowalną część popytu.

Drugą grupą przedsiębiorców narażonych na zainteresowanie ze strony Prezesa Urzędu są nabywcy oraz dostawcy produktów rolnych lub spożywczych. Poza ogólnym zakazem nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej, należy w tym kontekście uwzględnić, że na gruncie tzw. nowej ustawy przewagowej żądanie nieuzasadnionego rabatu po przyjęciu produktów przez nabywcę stanowi „czarną praktykę”, niejako z natury naruszającą dobre obyczaje i godzącą w interes kontrahenta, niezależnie nawet od tego czy rabat był wcześniej jasno i jednoznacznie uzgodniony w umowie. Kluczowe znaczenie ma zatem przesłanka „nieuzasadnioności”, a nie uprzedni lub następczy charakter zastrzeżenia lub żądania rabatu. W konsekwencji, nawet precyzyjne sformułowanie klauzuli umownej nie mityguje ryzyka uznania późniejszego skorzystania z zastrzeżonego w ten sposób uprawnienia jako „czarnej praktyki”, o której mowa w ww. przepisie.

Niezależnie od powyższych rekomendacji, odnośnie do działalności organów i sądów antymonopolowych, postulować należy zindywidualizowaną (*ad casum*) ocenę każdej praktyki oraz konsekwentne i pełne wdrażanie tzw. bardziej ekonomicznego podejścia (*more economic approach*) przy ocenie retrorabatów na gruncie antymonopolowym oraz rzetelnej wykładni przesłanki „braku uzasadnienia” na gruncie przewagowym.

Bibliografia

- Adamczewski, P. (2017). 100 dni obowiązywania ustawy o przewadze kontraktowej. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (8).
- Albaek, S., & Claiaci, A. (2009). The Velux case – an in-depth look at rebates and more, *Antitrust*, (2).
Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_2_10.pdf.
- Buławowski, K. (2017). Rabaty stosowane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w latach 2011–2015. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (5).
- Ezrachi, A. (2009). The European Commission Guidance on Article 82 EC –The Way in which Institutional Realities Limit the Potential for Reform. *Oxford University Legal Research Paper Studies*, (27).
- Federico, G. (2011). The antitrust treatment of loyalty discounts in Europe: towards a more economic approach. *Journal of European Competition Law and Practice*, 2(3).

- Geradin, D. (2015). Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La-Roche. *Journal of Competition Law & Economics*, (1).
- Hunt, S. (2016). Rebates post-Post Danmark II. *Oxford University Undergraduate Law Journal*, (5).
- Johansson, E. (2004). Assessing Rebates under Article 102 TFEU. *European Competition Law Review*.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2017). Prezes UOKiK jako organ właściwy w sprawach praktyk nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej – uwagi krytyczne. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (1).
- Klehr, K. (2012). Polityka rabatowa przedsiębiorców dominujących w świetle orzecznictwa z zakresu prawa konkurencji. *Glosa*, (4).
- Kocot, W., & Olejniczak, A. (2018). W: W. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego* (t. 9). Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kohutek, K. (2021). Trzy lata stosowania ustawy o nieuczciwym wykorzystywaniu przewagi kontraktowej: ocena na tle decyzji Prezesa UOKiK oraz w kontekście rozwiązań dyrektywy unijnej. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (13).
- Kohutek, K. (red.). (2017). *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej. Komentarz*. Wolters Kluwer/LEX.
- Kohutek, K., & Sieradzka, M. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wolters Kluwer/LEX.
- Kohutek, K. (2010). Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji. *Przegląd Prawa Handlowego*, (7).
- Maier-Rigaud, F.P., & Schwalbe, U. (2013, June 8). *Do Retroactive Rebates Imply Lower Prices for Consumers? Lille Economic & Management*, (11). Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=2276396>. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2276396>.
- Manteuffel, K., & Piaskowski, M. (2017). Relacja klauzuli generalnej do przykładowego katalogu nieuczciwych praktyk w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (1).
- Maziarz, A. (2013). *Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w unijnym prawie konkurencji. Monitor Prawniczy*, (19).
- Namysłowska, M., & Piszcz, A. (red.). (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- O'Donoghue, R. & Padilla J. (2020). *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. Hart Publishing (3. edycja).
- Piszcz, A. (2012). Kilka uwag do projektu założeń ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (1).
- Sama, D. (2012). *The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: in Search of an Economic Approach and a Theory of Consumer Harm*, Law & Economics LAB, LUISS "Guido Carli" University, 1–43.
- Skoczny, T. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- Sroczyński, J. (2013). Rabat retroaktywny a tzw. opłata półkowa: potrzeba racjonalizacji. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (2).
- Staszek, A., & Mroczek, M. (2017). Przesłanki stwierdzenia przewagi kontraktowej w praktyce nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (8).

- Stawicki, A., & Stawicki, E. (red.). (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wolters Kluwer.
- Szmigielski, A. (2016). Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa w prawie konkurencji Unii Europejskiej. *Studia Europejskie*, (3).
- UOKiK. (2021). *Rabaty handlowe. Raport podsumowujący prowadzone przez Prezesa UOKiK postępowania wyjaśniające dotyczące rabatów handlowych stosowanych w relacjach sieci handlowych z dostawcami produktów rolnych lub spożywczych*. Departament Przewagi Kontraktowej UOKiK.
- Varian, H.R. (1985). Price Discrimination and Social Welfare. *The American Economic Review*, 75(4).
- Waelbroeck, D. (2005). Michelin II: A Per Se Rule against Rebates by Dominant Companies? *Journal of Competition Law and Economics*, (1).