POLECA
INFOR lex
KOMPLEKSOWA BAZA WIEDZY

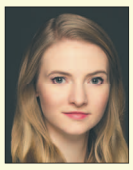
FIRMA i PRAWO
DODATEK DLA PRENUMERATORÓW
wydanie specjalne
DGP GAZETAPRAWNA.PL DZIENNIK.PL FORSAL.PL
Wtorek
30 LISTOPADA 2021 NR 231 (5639)

Nowa ustawa o przewadze kontraktowej: szerszy krąg podmiotów obowiązanych i więcej zakazanych praktyk

Affre i Wspólnicy sp.k.

Joanna Affre
adwokat, wspólniczka zarządzająca

Przemysław Rybicki
radca prawny, szef zespołu prawa konkurencji


Dagmara Cieniawska
radca prawny

Rafał Czerwiec
radca prawny

Jakub Sadurski
aplikant adwokacki

Mateusz Restel
aplikant adwokacki

Konrad Biskup
prawnik

Za kilka tygodni zacznie obowiązywać całkowicie nowa ustawa z 17 listopada 2021 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (w dniu zamykania numeru czeka na publikację w Dzienniku Ustaw), która zastąpi dotychczasową ustawę o tej samej nazwie. Już dziś powinni przyjrzeć się jej w zasadzie wszyscy przedsiębiorcy, którzy uczestniczą w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych. Nowy akt prawny rozszerza bowiem krąg podmiotów objętych oddziaływaniem ustawy – to m.in. efekt zmian w definicji przewagi kontraktowej. W konsekwencji nowym regulacjom mogą podlegać nie tylko wielkie sieci sklepów, lecz także sieci stacji paliw czy sklepów sportowych, które mają w ofercie produkty spożywcze (np. batoniki), jak również lokalne sieci sklepów kupujące produkty od drobnych rolników lub niewielkich przetwórni. Dla tych, którzy już do tej pory byli objęci przepisami, istotne może być to, że zmienia się też zakres produktów objętych oddziaływaniem oraz katalog praktyk zakazanych – będzie po zmianach szerszy niż w dotychczasowej polskiej ustawie. Problemem dla przedsiębiorców jest niewątpliwie to, że ustawodawca dał przedsiębiorcom niewiele czasu na przygotowania – nowy akt prawny wejdzie w życie dwa tygodnie po opublikowaniu w Dzienniku Ustaw. A zatem już teraz warto przeanalizować zmiany i dostosować do nich treść zawieranych umów z kontrahentami.

Jakie są przyczyny zmiany przepisów

Dyskusja na temat potrzeby objęcia ochroną producentów produktów rolnych i spożywczych rozpoczęła się w Unii Europejskiej już wiele lat temu. W wielu krajach członkowskich zaobserwowano bowiem niekorzystne skutki dysproporcji między dostawcami a nabywcami produktów rolnych lub spożywczych.

Wytworzenie tych wyrobów obarczone jest dużą dozą niepewności. Nie tylko z powodu zależności od warunków pogodowych oraz procesów biologicznych, lecz także dlatego, że produkty te szybko się psują i są sezonowe. Ponadto producenci rolni są grupą bardzo rozdrobnioną. To wszystko sprawia, że w zestawieniu z nabywcami tych produktów – zazwyczaj dużymi sieciami handlowymi – mają mniejszą siłę przetargową i już na starcie może to przesądzić o ich słabszej pozycji negocjacyjnej.

Efektem wieloletniej dyskusji było uchwalenie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2019/633 z 17 kwietnia 2019 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych (Dz.Urz. UE. z 2019 r. L 111, s. 59). Wprowadziła ona minimalne standardy ochrony przed nieuczciwymi praktykami handlowymi, jakie powinny obowiązywać we wszystkich krajach członkowskich. Ma to przyczynić się do ograniczenia narzucania niekorzystnych warunków współpracy przez większe i silniejsze podmioty tym mniejszym i słabszym. Kraje unijne były zobowiązane implementować dyrektywę 2019/633 zgodnie z ustalonym harmonogramem. Do 1 maja 2021 r. Polska powinna była przyjąć i opublikować przepisy nowej ustawy, a najpóźniej od 1 listopada 2021 r. zacząć je stosować. Implementacji służyć ma właśnie uchwalona 17 listopada br. ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (dalej: nowa ustawa o przewadze kontraktowej).

Jak było do tej pory

Warto w tym miejscu dodać, że Polska kilka lat temu, jeszcze zanim UE przyjęła dyrektywę 2019/633, wprowadziła ustawę z 15 grudnia 2016 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1213). Lada dzień nowa ustawa o przewadze kontraktowej uchyli w całości poprzednią ustawę.

Nie będziemy dokładnie omawiać dotychczasowego stanu prawnego. Najważniejsze do zapamiętania jest to, że dotychczasowa ustawa zawierała otwarty katalog czterech praktyk stanowiących nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej. Były to:

1) rozwiązanie/zagrożenie rozwiązaniem umowy,
2) przyznanie jednej stronie prawa do tego, aby umowę rozwiązać/odstąpić od niej/ wypowiedzieć ją,
3) uzależnienie zawarcia lub kontynuowania umowy od tego, że jedna strona umowy spełni świadczenie, które nie jest rzeczowo ani zwyczajowo związane z przedmiotem tej umowy,
4) nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczone produkty rolne lub spożywcze.

Otwarty katalog praktyk oznacza, że poza praktykami przykładowo wymienionymi w dotychczasowej ustawie mogą wystąpić również inne. Każdorazowo należy je indywidualnie analizować i określać, czy stanowią nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej.

Poza czwartą praktyką (wydłużanie terminów płatności) wszystkie wskazane powyżej znajdują swoje odzwierciedlenie w nowej ustawie. Tymczasem – paradoksalnie – to właśnie za nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów najczęściej karał nabywców produktów rolnych lub spożywczych. Mimo że ta praktyka nie została wprost zamieszczona w nowej ustawie o przewadze kontraktowej, naruszenie terminów zapłaty może zostać potraktowane jako praktyka nieuczciwie wykorzystująca przewagę kontraktową na podstawie klauzuli generalnej. Prognozujemy, że prezes UOKiK po uchwaleniu nowej ustawy nie zapomni o dotychczasowym dorobku. Zapewne będzie chętnie sięgał do już utartych rozwiązań w sprawdzaniu, czy dostawcy i nabywcy przestrzegają przepisów dotyczących zwalczania nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej.

Wracając do tego, co było: obowiązująca do tej pory ustawa nie definiowała, od jakiego poziomu obrotów przedsiębiorcy występuje znaczna dysproporcja w potencjale ekonomicznym. Określenie, czy mamy do czynienia ze znaczną dysproporcją, było pozostawione do ustalenia prezesowi UOKiK odrębnie dla każdej sprawy. Dodatkowo należy zapamiętać, że lista produktów rolnych lub spożywczych w dotychczasowej ustawie była znacznie węższa w porównaniu do listy produktów uwzględnionych w nowej ustawie o przewadze kontraktowej. Innymi słowy, należy sprawdzać, czy produkty, które do tej pory nie były uznawane za produkty rolne lub spożywcze, utrzymały ten status.

Najważniejsze nowości

Polski ustawodawca zdecydował, że nowa ustawa będzie miała taką samą nazwę jak obowiązująca dotychczas ustawa regulująca omawiane kwestie. Dlaczego? Argumentował to tym, że obowiązuje ona w Polsce od kilku lat, zainteresowane podmioty ją znają, a wprowadzenie aktu prawnego dotyczącego przeciwdziałania nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej o innym tytule niż dotychczas mogłoby być mylące. Poniżej sygnalizujemy najważniejsze nowości.

▸ **Szerszy katalog praktyk zakazanych.** Nowa ustawa o przewadze kontraktowej wymienia w sumie 16 przykładów praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową. Podobnie jak w poprzednim stanie prawnym katalog tych praktyk jest otwarty.

W trakcie prac nad nową ustawą pojawiły się głosy, że wymienia ona za dużo nieuczciwych praktyk i jest zbyt rygorystyczna. Jednak to dyrektywa 2019/633 narzucała kształt i zakres nowej ustawy. Państwa członkowskie UE, implementując do swoich porządków prawnych przepisy dyrektywy 2019/633, miały dwie opcje – mogły:

1) utrzymać poziom rygoryzmu praktyk wskazany w dyrektywie,
2) wprowadzić surowsze zasady.

Jak najbardziej dopuszczalne było także dodanie własnych nieuczciwych praktyk handlowych do listy – z czego skorzystał polski ustawodawca. Niemożliwe było więc usunięcie części przykładowych nieuczciwych praktyk albo uchwalenie postanowień mniej rygorystycznych, ponieważ tak regulowała to dyrektywa 2019/633. Jak wiadomo, wstępując do UE, zadeklarowaliśmy, że prawo unijne będzie przed prawem polskim i jako kraj będziemy respektować zasady, które nakładają na nas m.in. dyrektywy unijne.

▸ **Podział na praktyki czarne i szare.** Dziesięć z wymienionych w nowej ustawie praktyk to tzw. praktyki czarne, czyli bezwzględnie zakazane. Jedna z tych praktyk została dodana przez prezesa UOKiK. Sześć to tzw. praktyki szare, czyli dozwolone pod pewnymi względami (szersze omówienie – jakie są te czarne i szare praktyki – zamieszczamy w dalszej części tekstu).

▸ **Nowe zasady określania znaczącej dysproporcji (czyli tego, jak ocenić, kto ma przewagę kontraktową).** Nowa ustawa, w odróżnieniu od dotychczasowej, wskazuje, co oznacza znacząca dysproporcja w potencjale ekonomicznym, wprowadzając wprost progi odnoszące się do rocznego obrotu dostawców i nabywców.

▸ **Założenie, że wykorzystywanie może mieć miejsce także ze strony dostawcy.** Co ciekawe, polski ustawodawca utrzymał postanowienia z obowiązującej ustawy dotyczące tego, że nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej może mieć miejsce wobec dostawcy przez nabywcę, ale także wobec nabywcy przez dostawcę. Tym samym wykroczył poza dyspozycję dyrektywy 2019/633, która przewiduje wyłącznie pierwszą sytuację. Co prawda, prezes UOKiK

w uzasadnieniu do nowej ustawy o przewadze kontraktowej wskazał, że jeszcze nigdy nie badał przypadku, w którym to dostawca nieuczciwie wykorzystywałby przewagę kontraktową wobec nabywcy. Nie można jednak wykluczyć takich sytuacji, które także wymagają ochrony prawnej.

▸ **Szerszy katalog produktów objętych ustawą.** Ustawa znacznie rozszerza katalog produktów rolnych lub spożywczych. Posiłkuje się tu odwołaniem do załącznika I Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE). Dodaje jeszcze, że nie tylko są to produkty wymienione w tym załączniku, lecz także „przetworzone z przeznaczeniem do spożycia z wykorzystaniem produktów wymienionych w tym załączniku", np. gdy z truskawek (owoców, które bez wątpienia są produktem rolnym i są wskazane w dziale 8 załącznika I TFUE) robi się dżem, to produkt ten również jest zaklasyfikowany jako rolny lub spożywczy. Tym samym poszerza się krąg podmiotów.

WAŻNE! Każdy przedsiębiorca, który ma w ofercie produkty spożywcze, powinien sprawdzić, czy nie podlega przepisom nowej ustawy.

▸ **Wprowadzenie definicji produktów łatwo psujących się.** Jest ona istotna zwłaszcza w kontekście terminów zapłaty za produkty rolne lub spożywcze – w ich przypadku terminy będą krótsze.

▸ **Instytucja dobrowolnego poddania się karze.** Istotne jest również wprowadzenie tej nowej instytucji. Podmiot, który dobrowolnie podda się karze pieniężnej, może uzyskać do 50 proc. jej obniżenia. W toku prac legislacyjnych wielokrotnie wskazywano, że postanowienie to wymaga dookreślenia. Podmiot, który chciałby dobrowolnie poddać się tej instytucji, nie będzie de facto wiedział, o ile procent jego kara zostanie obniżona, czyli mówiąc krótko – czy będzie mu się to opłacać.

Problem dla firm: krótki czas na wdrożenie

Pierwotne szacunki zakładały, że ustawa wejdzie w życie 1 listopada 2021 r., czyli w ostatnim możliwym terminie przewidzianym przez dyrektywę 2019/633. Sejm przyjął projekt 1 października. Senat, zgłaszając swoje poprawki na posiedzeniu 28 października, zaproponował, aby ustawa weszła po 14-dniowym vacatio legis od dnia publikacji w Dzienniku Ustaw. I tak pozostało po ostatecznym uchwaleniu ustawy przez Sejm.

Dla przedsiębiorców to niełatwa sytuacja. Rynek FMCG (ang. fast moving consumer goods) ma właściwą sobie specyfikę. Zazwyczaj umowy na dostarczanie produktów rolnych i spożywczych zawierane są na okres roku kalendarzowego. Zakładamy, że większość podmiotów prowadzących sprzedaż i dostawy produktów rolnych i spożywczych w UE działa na podobnych zasadach jak w Polsce. Dlatego dziwi nas, że – zdawać by się mogło – racjonalny ustawodawca unijny wskazał jako ostateczny termin na stosowanie zaimplementowanych przepisów dyrektywy 2019/633 termin „na koniec roku", tj. 1 listopada br.

Skutki opóźnień

Opóźnienia legislacyjne odbiją się niestety na przedsiębiorcach. W naszej ocenie przepisy tak ważne dla dostawców i nabywców produktów rolnych i spożywczych nie powinny być uchwalane w taki sposób, jaki ma miejsce przy okazji implementowania postanowień dyrektywy 2019/633. Treść dyrektywy 2019/633 i jej dyspozycje były znane od ponad dwóch lat. Proces legislacyjny mógł zostać zorganizowany w zupełnie inny sposób. Ostateczny kształt implementowanej nowej ustawy o przewadze kontraktowej mógł być przedstawiony opinii publicznej znacznie wcześniej niż na 14 dni przed jej wejściem w życie.

Nowa ustawa nakłada obowiązki przede wszystkim na duże sieci handlowe. Zakładamy, że będą one pierwszym celem kontroli, jakie przeprowadzi prezes UOKiK po jej wejściu w życie. Dostawy produktów rolnych i spożywczych do dużych sieci handlowych realizowane są często przez tysiące dostawców. Znaczna część nabywców (sieci handlowych), bazując wyłącznie na przepisach dyrektywy 2019/633, wiele miesięcy temu rozpoczęła proces wprowadzania zmian. Faktyczną niedogodnością w tej sytuacji jest niepewność, jak będzie ostatecznie wglądało wdrożenie przepisów dyrektywy 2019/633 do przepisów krajowych. Nabywcy musieli poruszać się niemalże po omacku, modyfikując tysiące umów do tak naprawdę niewiadomego stanu prawnego. Nie chodzi tu o to, że dotychczasowe umowy były sprzeczne z prawem, ale trzeba je dostosować do nowej rzeczywistości – doprecyzować, zrobić szkolenia dla pracowników, poprzenosić niektóre postanowienia do odrębnych porozumień, aby było jeszcze bardziej „jasno i jednoznacznie".

Niestety wciąż pozostaje wiele pytań bez odpowiedzi i – co najsmutniejsze – wszystkie będą musiały zostać wyjaśnione w praktyce. Kluczową lekcją będą kary nakładane na przedsiębiorców za nieuczciwe nadużywanie przewagi kontraktowej. Mamy jednak nadzieję, że prezes UOKiK weźmie pod uwagę przebieg procesu legislacyjnego i bardzo krótkie vacatio legis. A w efekcie, że da zarówno dostawcom, jak i nabywcom chwilę oddechu, aby ostatecznie dostosowali do nowych przepisów zapewne już wcześniej zmodyfikowane umowy i dopiero wtedy rozpocznie swoje interwencje. A to, że je rozpocznie, jest bardziej niż pewne.

Terminy narzucone przez dyrektywę 2019/633

- **30 kwietnia 2019 r.** – tego dnia weszła w życie dyrektywa 2019/633.
- **Do 1 maja 2021 r.** – termin, do którego państwa członkowskie były zobligowane do przyjęcia oraz opublikowania przepisów krajowych niezbędnych do wykonania dyrektywy 2019/633.
- **Do 1 listopada 2021 r.** – termin, do którego państwa członkowskie miały najpóźniej rozpocząć stosowanie nowych przepisów.

Poza Polską jeszcze pięć państw członkowskich UE nie implementowało na czas przepisów dyrektywy 2019/633. Są to: Belgia, Cypr, Hiszpania, Rumunia oraz Włochy. ©℗

⇨ Od kiedy należy stosować przepisy nowej ustawy do zawieranych umów?
Nowa ustawa o przewadze kontraktowej wejdzie w życie po 14 dniach od jej opublikowania. Oznacza to, że umowy zawarte po tym czasie muszą być dostosowane do nowej ustawy.

⇨ Co z już zawartymi umowami?
Jeżeli umowy pomiędzy dostawcami a nabywcami zostały zawarte przed wejściem w życie nowej ustawy, to do 30 kwietnia 2022 r. można je stosować w dotychczasowym kształcie. Od 1 maja 2022 r. wszystkie umowy (zarówno nowo zawierane, jak i te już obowiązujące) powinny być dostosowane do nowej ustawy.

Kogo dotyczą nowe przepisy

Nowy akt prawny będzie dotyczył znacznie szerszego niż do tej pory kręgu podmiotów – głównie za sprawą rozszerzenia definicji nabywcy oraz dostawcy.

Według nowego brzmienia definicji:

- **dostawcą** – będzie przedsiębiorca, który wytwarza lub przetwarza produkty rolne lub spożywcze, lub odpłatnie zbywa je nabywcy (art. 3 pkt 1 nowej ustawy o przewadze kontraktowej);
- **nabywcą** – będzie przedsiębiorca lub podmiot publiczny, o którym mowa w art. 4 ustawy o zamówieniach publicznych (np. gmina organizująca przetarg), który bezpośrednio lub pośrednio nabywa od dostawcy produkty rolne lub spożywcze (art. 3 pkt 3 nowej ustawy o przewadze kontraktowej).

W praktyce oznacza to, że każdy przedsiębiorca bądź podmiot publiczny, który nabywa bądź zbywa produkty rolne lub spożywcze, podlega przepisom nowej ustawy. Tym samym zarówno producenci, jak i hurtownicy, dystrybutorzy, dostawcy, sieci handlowe, mali detaliści (np. pojedyncze sklepy), a także rolnicy muszą zwracać większą uwagę na treść zawieranych umów (przy czym przy sprawdzaniu umów pod kątem potencjalnego wykorzystania przewagi kontraktowej należy brać pod uwagę progi opisane w dalszej części poradnika). Należy pamiętać, że zarówno działania nabywcy wobec dostawcy, jak i dostawcy wobec nabywcy mogą zostać uznane za naruszenie prawa.

WAŻNE! Nowe przepisy znacząco rozszerzają krąg podmiotów podlegających regulacjom ustawy o przewadze kontraktowej. W praktyce nowa ustawa będzie dotyczyć każdego przedsiębiorcy bądź podmiotu publicznego, który nabywa bądź zbywa produkty rolne lub spożywcze.

PRZYKŁAD 1

Łańcuch dostawców i nabywców

Producent cydru zawiera umowę z sadownikiem, od którego pozyskuje jabłka. Produkuje z owoców cydr i sprzedaje go dalej hurtowni, a ta sklepom. W ramach zawartej umowy między producentem jabłek a producentem cydru sadownik będzie dostawcą, a producent cydru nabywcą. Jabłka oraz cydr są uznawane za produkty rolne/spożywcze w rozumieniu nowej ustawy. Po wyprodukowaniu cydru producent, sprzedając go hurtownikom, będzie dostawcą, a hurtownik nabywcą.
Z kolei hurtownik, zawierający umowy z detalistą (siecią handlową), który odsprzedaje cydr do klientów końcowych (konsumentów), w tej relacji będzie pełnił rolę dostawcy, sieć handlowa zaś rolę nabywcy.
W efekcie sadownik, producent cydru, hurtownik, a także sieć handlowa będą musieli stosować się do nowych przepisów ustawy o przewadze kontraktowej.

PRZYKŁAD 2

Przy produkcji piwa

Producent piwa zawiera umowę ze słodownią, z której nabywa słód i chmiel. Słód oraz chmiel są uznawane za produkty rolne/spożywcze w rozumieniu nowej ustawy. W ramach zawartej umowy słodownia będzie dostawcą, a producent nabywcą w rozumieniu jej przepisów.
Po wyprodukowaniu piwa producent sprzedaje je sieci handlowej. W tym wypadku producent będzie dostawcą, a sieć nabywcą. Umowa zawarta z siecią handlową podlega pod nowe przepisy, gdyż piwo to produkt przetworzony z przeznaczeniem do spożycia, z wykorzystaniem ww. produktów.
W tym przypadku słodownia, producent piwa oraz sieć handlowa muszą przestrzegać przepisów ustawy o przewadze kontraktowej.

PRZYKŁAD 3

Piekarnia i jej kontrahenci

Piekarnia nabywa od rolnika zboże. Zboże oraz mąka są uznawane za produkty rolne/spożywcze. W tym przypadku rolnik jest dostawcą, a piekarnia nabywcą. Piekarnia wytwarza ze zboża mąkę, a z mąki bułki, które sprzedaje do sklepu. Bułki również są uznawane za produkty spożywcze, bo są to produkty przetworzone z przeznaczeniem do spożycia z wykorzystaniem ww. produktów. W tym przypadku piekarnia jest dostawcą, a nabywcą jest sklep. W przypadku pierwszej i drugiej transakcji zarówno rolnik, piekarnia, jak i sklep muszą przestrzegać przepisów nowej ustawy o przewadze kontraktowej.

PRZYKŁAD 4

Wytworca paszy dla zwierząt też w reżimie

Zboża oraz pasza są uznawane za produkty rolne/spożywcze. Producent paszy dla zwierząt pozyskuje np. buraki cukrowe od rolnika. W tym przypadku rolnik jest dostawcą, a producent paszy nabywcą. Następnie producent paszy sprzedaje ją hurtowni. W tym przypadku producent paszy jest dostawcą, a hurtownik nabywcą. Wszyscy – rolnik, producent paszy oraz hurtownik – muszą przestrzegać przepisów nowej ustawy o przewadze kontraktowej.

Dostawcy pod lupą

Objęcie zakresem ustawy dostawców jest inicjatywą polskiego ustawodawcy. Dyrektywa 2019/633 w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych wskazuje, że wykorzystywanie przewagi kontraktowej może mieć miejsce w przypadku relacji nabywca – dostawca. Dyrektywa nie porusza kwestii odpowiedzialności dostawcy względem nabywcy. Nawet w uzasadnieniu do polskiej ustawy wskazano, że do tej pory w historii działania prezesa UOKiK nie zdarzyło się, aby to dostawca wykorzystywał przewagę kontraktową względem nabywcy. Mimo to polski ustawodawca dopuszcza możliwość nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej przez dostawcę.

W obecnym reżimie prawnym przedsiębiorca będący dostawcą nie musiał zwracać uwagi na przepisy o przewadze kontraktowej. Zmiana przepisów sprawi, że już tak nie będzie. Bardzo możliwe, że w najbliższym czasie prezes UOKiK dokona kontroli umów dostawców produktów rolnych i spożywczych – szczególnie tych mających największe udziały na rynku.

Warto zwrócić uwagę, że zgodnie z dyrektywą 2019/633 przepisy stosują się do praktyk występujących na każdym etapie sprzedaży produktu rolnego lub spożywczego, w tym także przed dokonaniem sprzedaży, w jej trakcie lub po jej zakończeniu. W związku z tym należy się spodziewać, że prezes UOKiK będzie sprawdzać, czy do naruszenia przewagi kontraktowej nie doszło na którymkolwiek etapie transakcji.

Więcej produktów objętych ochroną

Definicja produktów rolnych i spożywczych ulegnie rozszerzeniu. Nowe przepisy obejmować będą również m.in. alkohol, zboża, zwierzęta żywe, tytoń nieprzetworzony, odpady tytoniowe, pasze oraz konopie.

Nowa ustawa o przewadze kontraktowej rozszerza zakres produktów, do których będzie miała zastosowanie. Dotychczasowe przepisy obejmowały „żywność" (lub „środek spożywczy"), czyli m.in. produkty:

- przetworzone (np. konserwy, dżemy, cukier),
- częściowo przetworzone (np. surowe produkty powstające w wyniku uboju zwierząt), oraz
- nieprzetworzone (np. warzywa, owoce, mięso), przeznaczone do spożycia przez ludzi.

Jako „żywność" traktowano również napoje, gumy do żucia, substancje dodane do żywności podczas jej wytwarzania oraz wodę.

Obowiązująca dotychczas ustawa o przewadze kontraktowej nie uznawała natomiast za „środek spożywczy": pasz, żywych zwierząt, roślin przed zbiorem, produktów leczniczych, kosmetyków, tytoniu i wyrobów tytoniowych, narkotyków lub substancji psychotropowych oraz pozostałości i zanieczyszczeń.

Jak będzie

Nowe przepisy wprost wskazują, że produktem rolnym lub spożywczym będą produkty wymienione w załączniku I do TFUE oraz produkty niewymienione w tym załączniku, ale przetworzone z przeznaczeniem do spożycia z wykorzystaniem produktów wymienionych w ww. załączniku (art. 3 pkt 4 nowej ustawy o przewadze kontraktowej). Pozycji w załączniku jest 40, a większość z nich obejmuje również wiele produktów pokrewnych.

Nowa ustawa obejmuje m.in. następujące produkty:

- zwierzęta żywe,
- żywe drzewa i inne rośliny,
- kawę, herbatę i przyprawy,
- zboża,
- gotową paszę dla zwierząt,
- ziarna kakaowe,
- wino ze świeżych winogron,
- napoje na bazie fermentacji,
- alkohol etylowy o jakiejkolwiek mocy otrzymany z produktów rolnych z wyłączeniem: wódek, likierów i innych napojów spirytusowych,
- inne napoje na bazie fermentacji (np. jabłecznik, wino z gruszek i miód pitny),
- tytoń nieprzetworzony,
- odpady tytoniowe,
- konopie naturalne.

Wskazówki dla przedsiębiorców

Ze względu na rozszerzenie zakresu produktowego przedsiębiorcy będą musieli sprawdzić, czy produkty, którymi handlują, nie zostały uwzględnione w nowej ustawie. Szczególną uwagę powinni zwrócić na to ci przedsiębiorcy, którzy są dostawcami/nabywcami produktów takich jak: alkohol, rośliny (zboża), zwierzęta żywe, tytoń nieprzetworzony, odpady tytoniowe, pasze oraz konopie. Produkty te w większości nie podlegały pod dotychczasową ustawę o przewadze kontraktowej. Należy również zwrócić uwagę na pozycje, w których załącznik I do TFUE wymienia poszczególne produkty z danej kategorii, a nie cały dział.

Sprawę komplikuje również brak konkretnego dookreślenia listy zawartej w załączniku I do TFUE. Lista ta przedstawia w większości ogólnie zakreślone kategorie produktowe, na które składają się dziesiątki konkretnych produktów. W konsekwencji przedsiębiorca musi sam zweryfikować, czy produkt, którym handluje, znajduje się w załączniku I do TFUE, a jeśli ma jakieś wątpliwości – powinien spojrzeć do rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2020/1577 z 21 września 2020 r. ws. nomenklatury taryfowej i statystycznej (Dz.Urz. UE z 2020 r. L 361, s. 1), które doprecyzowuje ogólne działy wskazane w załączniku I do TFUE.

Poza produktami wymienionymi w załączniku I do TFUE objęte zakresem ustawy są również inne produkty przeznaczone do spożycia, o ile są przetworzone z wykorzystywaniem tych wymienionych w ww. załączniku. Co to oznacza dla przedsiębiorców? Nabywcy oraz dostawcy będą musieli dokonać analizy, czy dane produkty zostały „przetworzone".

PRZYKŁAD 5

Surowiec przesądza o traktowaniu wyrobu

Piekarnia produkuje pieczywo. Do produkcji pieczywa zużywa się mąkę, która jest uznawana za produkt rolny lub spożywczy. Pieczywo jest produkowane z mąki i przeznaczone do spożycia. W konsekwencji pieczywo również będzie uznawane za produkt spożywczy.

Łatwo psujące się, czyli jakie

Ustawa wprowadza również nowe określenie – „łatwo psujące się produkty rolne lub spożywcze". Za takie produkty uważa się produkty rolne lub spożywcze, które ze względu na swoją naturę lub etap przetwarzania mogą przestać nadawać się do sprzedaży lub przetworzenia w okresie 30 dni od ich zebrania, wyprodukowania lub przetworzenia.

Określenie, czy produkt jest łatwo psujący się, ma istotne znaczenie w zakresie praktyki odnoszącej się do zapłaty dostawcy oraz anulowania zamówienia w terminie krótszym niż 30 dni przed przewidywanym terminem dostarczenia tych produktów (szerzej w dalszej części poradnika). Niestety ustawodawca nie wprowadził żadnej listy produktów łatwo psujących się. W praktyce oznacza to, że przedsiębiorca każdorazowo będzie musiał ocenić, czy dany produkt należy do kategorii łatwo psujących się czy też nie. Zapewne ustawodawca miał na myśli takie produkty jak owoce czy warzywa. Jednakże nawet w tych kategoriach pojawiają się pytania. Czy np. orzech będzie produktem łatwo psującym się? Raczej nie. Z kolei tzw. soki świeżo wyciskane mogą zostać uznane za produkty łatwo psujące się.

WAŻNE! Ze względu na brak jakichkolwiek wskazówek od ustawodawcy lub prezesa UOKiK, jeśli mamy co do jakiegoś produktu wątpliwości, bezpieczniej będzie uznać go za produkt łatwo psujący się.

Tabela 1. Graniczne progi

Nabywca (np. sieć handlowa) ma przewagę kontraktową wobec dostawcy (np. rolnika), gdy:	
Obrót dostawcy	**Obrót nabywcy**
do 2 000 000 euro	powyżej 2 000 000 euro
2 000 000–10 000 000 euro	powyżej 10 000 000 euro
10 000 000–50 000 000 euro	powyżej 50 000 000 euro
50 000 000–150 000 000 euro	powyżej 150 000 000 euro
150 000 000–350 000 000 euro	powyżej 350 000 000 euro
mniej niż 350 000 000 euro	podmiot, o którym mowa w art. 4 prawa zamówień publicznych*
Dostawca ma przewagę kontraktową wobec nabywcy, gdy obroty kontrahentów wynoszą odpowiednio:	
Obrót dostawcy	**Obrót nabywcy**
powyżej 2 000 000 euro	do 2 000 000 euro
powyżej 10 000 000 euro	2 000 000–10 000 000 euro
powyżej 50 000 000 euro	10 000 000–50 000 000 euro
powyżej 150 000 000 euro	50 000 000–150 000 000 euro
powyżej 350 000 000 euro	150 000 000–350 000 000 euro

* Artykuł 4 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129; ost.zm. Dz.U. z 2021 r. poz. 2054) określa cztery kategorie podmiotów traktowanych jako zamawiający publiczny. Może nim być np. gmina organizująca przetarg.

Jak się zmieni definicja przewagi kontraktowej

Po zmianach przekroczenie progów rocznego obrotu przez dostawcę lub nabywcę będzie oznaczało, że przedsiębiorca dysponuje przewagą kontraktową.

Nowa ustawa o przewadze kontraktowej definiuje przewagę kontraktową jako znaczną dysproporcję w potencjale ekonomicznym jednej ze stron umowy wobec drugiej (np. sieci handlowej wobec dostawcy albo producenta wobec rolnika). Chodzi o sytuacje, gdy jedna ze stron jest znacznie silniejszym ekonomicznie przedsiębiorcą i może dzięki temu narzucić nieuczciwe warunki umowy stronie słabszej. Kryterium, które w praktyce decydować będzie o występowaniu przewagi kontraktowej, jest wysokość rocznego obrotu obu stron relacji. Przy czym ustalono kilka progów. [tabela 1]

Obowiązująca do tej pory ustawa nie określała przewagi kontraktowej w tak szczegółowy sposób. Można mieć wrażenie, że popadamy ze skrajności w skrajność. O ile wcześniej największym ryzykiem dla przedsiębiorcy było arbitralne przypisanie mu przewagi kontraktowej przez prezesa UOKiK, o tyle teraz nawet drobna różnica w wysokości zaledwie 1 euro obrotu rocznego może prowadzić do uznania, że przedsiębiorca ma przewagę kontraktową wobec drugiej strony umowy. W efekcie większa liczba relacji handlowych objęta będzie działaniami ustawy.

Ale uwaga! Określone w ustawie progi są jedynie domniemaniem, które przedsiębiorca w ewentualnym postępowaniu może obalić, wykazując, że mimo różnicy w obrocie między nim a jego kontrahentem nie jest znacznie silniejszym ekonomicznie podmiotem. Inaczej mówiąc, przedsiębiorca, któremu w ten sposób prezes UOKiK przypisze przewagę kontraktową, będzie mógł udowodnić, że mimo różnicy w obrocie między nim a jego kontrahentem nie jest znacznie silniejszym ekonomicznie podmiotem.

Trudniej niż u sąsiadów

Ważną informacją dla przedsiębiorcy jest znajomość potencjału ekonomicznego drugiej strony. Jeżeli strony już na etapie negocjacji wymienią się informacjami dotyczącymi wysokości ich obrotu rocznego (przynajmniej w przybliżonym zakresie), to pozwoli to zmniejszyć ryzyko zamieszczenia w umowie zakazanych postanowień.

Problem w tym, że polskie przepisy nie zobowiązują przedsiębiorców do informowania się w toku negocjacji o wysokości obrotów. Takie obowiązki możemy odnaleźć w innych państwach członkowskich, które implementowały dyrektywę 2019/633 (np. par. 10 ust. 3 niemieckiej ustawy wprowadza taki obowiązek). Ponieważ polski ustawodawca nie zdecydował się na ten krok, warto zadbać samodzielnie o uzyskanie takich informacji.

Terminy zapłaty za dostawy produktów, których przekroczyć nie wolno

Zależeć będą one m.in. od tego, czy dostawy są regularne i czy dostarczony produkt należy do grupy łatwo psujących się. Ich naruszenie oznaczać będzie nieuczciwe wykorzystanie przewagi kontraktowej.

Dotychczasowa praktyka prezesa UOKiK związana ze stosowaniem obowiązującej ustawy o przewadze kontraktowej pokazuje, że dużą bolączką sektora rolno-spożywczego są opóźnienia w płatnościach za dostarczony towar. Jednym z celów nowej ustawy jest zwiększenie dyscypliny płatniczej największych nabywców produktów rolnych lub spożywczych.

Na potrzeby dalszej części poradnika przyjmujemy założenie, że nabywca ma wobec dostawcy przewagę kontraktową w rozumieniu art. 7 nowej ustawy. Po wejściu w życie nowych przepisów kwestie rozliczeń między dostawcami i nabywcami produktów rolnych lub spożywczych będą regulowały dwie ustawy opierające się na różnych założeniach. Z jednej strony przedsiębiorcy będą musieli zwracać uwagę na ustawę o przewadze kontraktowej, w której, dla wyznaczania maksymalnych terminów zapłaty, decydujące znaczenie ma dzień dostawy produktów lub okres dostarczania produktów. Z drugiej strony będą musieli podporządkować się ustawie z 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 424; dalej: ustawa o zatorach płatniczych), która zakłada liczenie terminów zapłaty od dnia doręczenia faktury potwierdzającej dostawę produktów.

Od czego zależy podział

Nowa ustawa o przewadze kontraktowej zawiera bardzo rozbudowaną regulację dotyczącą rozliczania dostaw produktów rolnych lub spożywczych. Najprościej ujmując, sama ustawa o przewadze kontraktowej wprowadza cztery modele rozliczeń między przedsiębiorcami z sektora rolno-spożywczego.

Nowe przepisy rozróżniają po pierwsze regularne i nieregularne dostarczanie produktów. Po drugie w obu przypadkach mamy dodatkowe rozróżnienie na dostawy produktów łatwo psujących się (np. mięso, ryby) i innych niż łatwo psujące się (np. mąka, cukier, ryż).

▸ **Regularne dostarczanie produktów.** Ani uzasadnienie projektu nowej ustawy o przewadze kontraktowej, ani motywy dyrektywy 2019/633 nie dają wskazówek, co należy rozumieć pod pojęciem „regularnego dostarczania produktów". W naszej ocenie każda relacja handlowa, w której wykorzystywane są umowy ramowe, ogólne warunki lub podobne dokumenty kontraktowe, będzie wypełniać przesłankę „regularnego dostarczania produktów".

▸ **Nieregularne dostarczanie produktów.** Dla odróżnienia umowy, które wyczerpująco regulują kwestię tego, ile towaru oraz za ile dostarczy kontrahent, będą zaliczać się do tej drugiej kategorii. Będzie tak również w sytuacji, gdy taka skonkretyzowana umowa przewiduje dostarczanie zamówionego towaru partiami.

Pojęcia „produktów łatwo psujących się" i „produktów innych niż łatwo psujące się" omawialiśmy we wcześniejszej części poradnika.

Zapłata za produkty łatwo psujące się, gdy dostawy są regularne

Przy regularnym dostarczaniu produktów łatwo psujących się nabywca złamie prawo, jeśli zapłaci dostawcy później niż po upływie 30 dni, licząc od:

- dnia zakończenia uzgodnionego przez dostawcę i odbiorcę okresu dostarczania produktów, albo
- dnia ustalenia przez dostawcę kwoty do zapłaty za uzgodniony okres dostarczania produktów

– w zależności od tego, które z tych zdarzeń nastąpi później.

Pojęcie „okresu dostarczania produktów" też jest nowością i nie ma swojej definicji ustawowej. Nowa ustawa zastrzega jedynie, że „okres dostarczania towarów" nie może przekraczać 30 dni (art. 8 ust. 3). W dyrektywie 2019/633 mowa z kolei o maksymalnie miesięcznym okresie dostarczania towarów. Trudno zrozumieć, dlaczego polski ustawodawca odchodzi w tym zakresie od brzmienia dyrektywy. Rozwiązanie w niej przyjęte wydaje się znacznie rozsądniejsze, ponieważ pozwala stronom umowy podzielić rok kalendarzowy na 12 okresów rozliczeniowych. Nie da się natomiast podzielić roku na równe okresy 30-dniowe. Analizując projekt ustawy, można odnieść wrażenie, że ustawodawca chce zachęcić przedsiębiorców do stosowania krótszych okresów rozliczeniowych (dwutygodniowych lub tygodniowych).

PRZYKŁAD 6

Trzeba rozliczyć się po 30 dniach od zakończenia okresu dostaw

Cukrownia zawiera z rolnikami umowy ramowe na dostawy buraków cukrowych w czasie tzw. kampanii buraczanej. Umowy przewidują 30-dniowe okresy dostarczania produktów, począwszy od 1 września 2022 r. Jeden z rolników dostarczył produkty do cukrowni 20 i 26 września 2022 r. Faktury VAT zostały doręczone w dniu dostawy. Cukrownia powinna zapłacić za te dostawy najpóźniej do 30 października 2022 r. Termin 30-dniowy liczymy od końca okresu dostarczania produktów – w tym wypadku od 30 września 2022 r.

Zapłata za produkty łatwo psujące się, gdy dostawy są nieregularne
Przy nieregularnym dostarczaniu produktów łatwo psujących się nabywca złamie prawo, jeśli zapłaci dostawcy później niż po upływie 30 dni, licząc od:
- dnia, w którym produkty zostały dostarczone albo
- dnia ustalenia przez dostawcę kwoty do zapłaty za tę dostawę

– w zależności od tego, które z tych zdarzeń nastąpi później.

W przypadku obu wariantów dostaw wątpliwości budzi rozróżnienie dwóch możliwych zdarzeń, od których swój bieg zaczyna maksymalny termin na zapłatę zgodny z przepisami o przewadze. Nie jest jasne, co należy rozumieć pod pojęciem „dnia ustalenia kwoty do zapłaty za uzgodniony okres dostarczania produktów". Czy wystawienie faktury za dostawy w danym okresie rozliczeniowym będzie oznaczało ustalenie kwoty do zapłaty, czy może decydujące będzie doręczenie faktury? Być może w pewnych sytuacjach kwota do zapłaty będzie ustalona, zanim dostawca w ogóle wystawi fakturę. Nabywca może przecież już wcześniej wiedzieć, na jaką sumę będzie opiewać faktura (np. ma taką informację w systemie informatycznym). Czytelniejsze reguły w tym zakresie wypracował ustawodawca niemiecki. Na gruncie niemieckiego odpowiednika ustawy o przewadze kontraktowej strony mogą się umówić, że doręczenie faktury lub innego dokumentu rozliczeniowego zastępuje moment dostawy lub moment zakończenia okresu dostarczania produktów.

Dodatkowo należy pamiętać, że według aktualnego brzmienia nowej ustawy możliwość liczenia terminu od dnia ustalenia kwoty do zapłaty dotyczy wyłącznie sytuacji, w których kwotę do zapłaty ustala dostawca. Jeśli nabywca ustala kwotę do zapłaty, to termin w każdym wypadku liczymy od zakończenia okresu dostarczania towarów (zob. art. 8 ust. 4).

PRZYKŁAD 7

Za jednorazową partię szparagów

W związku z rozpoczęciem sezonu szparagowego sieć handlowa zawarła umowę z producentem szparagów na jednorazową dostawę produktów. Do magazynu sieci 1 czerwca 2022 r. przyjechała dostawa szparagów. Faktura VAT została wysłana do nabywcy w formie elektronicznej – kilka dni przed dostawą. Szparagi niewątpliwie należy uznać za produkt łatwo psujący się. Zapłata powinna nastąpić nie później niż po upływie 30 dni, licząc od dnia, w którym produkty zostały dostarczone (albo od dnia ustalenia przez dostawcę kwoty do zapłaty za tę dostawę, w zależności od tego, które z tych zdarzeń nastąpi później). A zatem w opisanym przypadku sieć handlowa powinna zapłacić za dostawę najpóźniej 1 lipca 2022 r.

Zapłata za inne produkty
Przy regularnym dostarczaniu produktów innych niż łatwo psujące się nabywca złamie prawo, jeśli zapłaci dostawcy później niż po upływie 60 dni, licząc od:
- dnia zakończenia uzgodnionego przez dostawcę i odbiorcę okresu dostarczania produktów, albo
- dnia ustalenia przez dostawcę kwoty do zapłaty za uzgodniony okres dostarczania produktów

– w zależności od tego, które z tych zdarzeń nastąpi później.

Z kolei przy nieregularnym dostarczaniu produktów innych niż łatwo psujące się, nabywca złamie prawo, jeśli zapłaci dostawcy później niż po upływie 60 dni, licząc od:
- dnia, w którym produkty zostały dostarczone, albo
- dnia ustalenia przez dostawcę kwoty do zapłaty za tę dostawę.

Jak widać, przy produktach innych niż łatwo psujące się mechanizm jest taki sam jak przy łatwo psujących się. Jedyną różnicą jest długość maksymalnego terminu zapłaty dopuszczalnego przez prawo.

Nowa ustawa a przepisy o zatorach płatniczych

Najwięksi nabywcy produktów rolnych lub spożywczych nie mogą zapominać, że niezależnie od ograniczeń wynikających z przepisów o przewadze kontraktowej ustawa o zatorach płatniczych zawiera osobne uregulowania chroniące pozycję wierzyciela (tu: dostawcy).

Ustawa o zatorach płatniczych wprowadza zasadę, zgodnie z którą maksymalny termin zapłaty w transakcjach tzw. asymetrycznych (tj. gdzie duży przedsiębiorca płaci małemu, mikro lub średniemu) wynosi 60 dni od dnia doręczenia faktury potwierdzającej dostawę produktów.

Po nałożeniu na siebie reżimu prawnego ustawy o przewadze kontraktowej i ustawy o zatorach widać, że mogą wystąpić sytuacje, w których nabywca wprawdzie nie naruszy przepisów o przewadze kontraktowej, ale naruszy ustawę zatorową.

PRZYKŁAD 8

Zapłata zgodna z jedną ustawą, z inną – już nie

Sieć handlowa X – duży przedsiębiorca – nabywa ryż (produkt inny niż łatwo psujący się) od hurtowni A, która ma status średniego przedsiębiorcy. Strony uzgodniły dwutygodniowe okresy rozliczeniowe. Dla potrzeb przykładu analizujemy okres rozliczeniowy obejmujący 9. i 10. tydzień 2022 r. (28 luty – 13 marca). Dostawy były 1 marca, 4 marca i 8 marca 2022 r. Wraz z ostatnią dostawą, tj. 8 marca 2022 r., dostawca doręczył nabywcy fakturę. Zgodnie z „ogólnymi warunkami zakupu dla produktów innych niż łatwo psujące się" stosowanymi przez sieć X nabywca ma obowiązek zapłaty za produkty w terminie 60 dni od dnia zakończenia okresu rozliczeniowego. Termin płatności faktury upływa więc 12 maja 2022 r. Jednocześnie, zgodnie z przepisami ustawy o zatorach płatniczych, nabywca powinien zapłacić fakturę najpóźniej w terminie 60 dni od jej otrzymania. W tym wypadku będzie to 7 maja 2022 r. Jeśli nabywca zapłaci dostawcy 12 maja 2022 r., to nie naruszy przepisów o przewadze kontraktowej, ale naruszy przepisy o terminach zapłaty.

Na co zwrócić uwagę, zawierając umowę

Nikogo nie trzeba przekonywać, że w związku z wejściem w życie nowej ustawy o przewadze kontraktowej nabywcy produktów rolnych lub spożywczych będą musieli uważnie przyjrzeć się stosowanym zasadom rozliczeń z dostawcami. Projektując nowe systemy rozliczeniowe do umów z dostawcami, przedsiębiorcy powinni zadać sobie następujące pytania:
- Czy umowa dotyczy produktów łatwo psujących się czy innych?
- Czy umowa przewiduje regularne dostarczanie produktów? Jeśli tak, to jaką długość okresu rozliczeniowego należy przyjąć?
- W jakich terminach dostawca będzie wystawiał faktury?
- Czy wypracowane rozwiązanie zapewnia zgodność zarówno z przepisami o przewadze kontraktowej, jak i z przepisami o zatorach płatniczych?

Więcej zakazów i z rozróżnieniem

Chociaż katalog nieuczciwych praktyk wykorzystujących przewagę kontraktową również znacząco się rozrósł, to wciąż pozostaje otwarty (przykładowy). Wyróżniono praktyki czarne (bezwzględnie zakazane) oraz szare (dopuszczalne pod pewnymi warunkami).

Kluczową rolę dla nowej regulacji odgrywa art. 8. Został w nim opisany katalog praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową. Jest ich w sumie 16, co znacznie rozszerza dotychczasowy przykładowy katalog, w którym wymieniono jedynie cztery praktyki.

Praktyki 1–10 to praktyki bezwzględnie zakazane (praktyki czarne). Praktyki 11–16 to praktyki dozwolone pod pewnymi względami (szare).

Co istotne, katalog nieuczciwych praktyk handlowych jest otwarty. To oznacza, że za zakazane mogą być uznane jeszcze inne, nienazwane praktyki. W konsekwencji prezes UOKiK na podstawie klauzuli generalnej zawartej w nowej ustawie będzie mógł karać przedsiębiorców, nakładając na nich kary pieniężne.

Praktyki bezwzględnie zabronione (czarne)

Nowa ustawa o przewadze kontraktowej przewiduje 10 praktyk czarnych, czyli bezwzględnie zakazanych.

▶ Praktyka 1. Nieterminowa zapłata dostawcy

Czego nie wolno. Za niedozwoloną praktykę uznano łamanie ustawowych terminów zapłaty (opisaliśmy je szczegółowo powyżej w części poradnika „Terminy zapłaty za dostawy produktów, których przekroczyć nie wolno").

Komentarz. Jak uzasadniono w dyrektywie: „Płatności za produkty łatwo psujące się dokonane po upływie 30 dni od ich dostarczenia, 30 dni od zakończenia uzgodnionego okresu dostarczenia, gdy produkty są dostarczane regularnie, lub 30 dni od daty ustalenia kwoty do zapłaty nie są zgodne z zasadami uczciwego handlu. Aby zapewnić większą ochronę rolników i ich płynności finansowej, dostawcy innych produktów rolnych i spożywczych nie powinni być zmuszeni do oczekiwania na płatność dłużej niż 60 dni od ich dostarczenia, 60 dni od zakończenia uzgodnionego okresu dostarczenia, gdy produkty są dostarczane regularnie, lub 60 dni od daty ustalenia kwoty do zapłaty".

▶ Praktyka 2. Anulowanie zamówienia

Czego nie wolno. Zakazane jest anulowanie złożonego zamówienia na produkty łatwo psujące się w terminie krótszym niż 30 dni przed przewidywanym terminem ich dostarczenia (art. 8 ust. 1 pkt 2). Inaczej mówiąc – jeśli przedsiębiorca zamówi tego typu produkty, to na 30 dni przed dostawą nie może anulować takiej dostawy.

Komentarz. Praktykę stosuje się w przypadku produktów łatwo psujących się. Przy tego rodzaju produktach dostawca może mieć trudności ze znalezieniem nowego nabywcy w tak krótkim terminie. Ciekawostką jest to, że ustawodawca unijny pozwolił państwom członkowskim skrócić termin 30 dni w takich sektorach, w których mimo anulowania dostawy przez nabywcę dostawca będzie mógł jeszcze taki produkt sprzedać lub wykorzystać na potrzeby własne. Polski ustawodawca nie skorzystał z tej możliwości i przyjął sztywny 30-dniowy termin, w którym anulowanie zamówienia przed dostawą jest nieodpuszczalne.

▶ Praktyka 3. Jednostronna zmiana warunków umowy.

Czego nie wolno. Zakazane są jednostronne zmiany umowy w zakresie: częstotliwości, sposobu realizacji, miejsca, terminu lub wielkości dostaw produktów rolnych lub spożywczych, standardów jakości tych produktów, warunków płatności lub cen, świadczenia usług/wykonywania czynności obejmujących m.in. promocję, reklamowanie produktów (art. 8 ust. 1 pkt 3).

Komentarz. Mimo że praktyka jest bezwzględnie zakazana, dyrektywa 2019/633 wskazuje, iż ta praktyka nie będzie miała zastosowania, gdy umowa wyraźnie wskazuje, że niektóre z jej elementów zostaną dookreślone w przyszłości.

WAŻNE! Zakazane są również zmiany umów w zakresie: częstotliwości dostaw, sposobu ich realizacji, miejsca, terminu, wielkości, standardów jakości produktów, warunków płatności oraz warunków świadczenia dodatkowych usług (np. marketingowych).

PRZYKŁAD 9

Zmiana miejsc dostawy

Producent soków zawarł umowę z siecią handlową. W umowie określono, że dostawca dostarcza produkty do centrum logistycznego sieci. W trakcie trwania umowy sieć handlowa jednostronnie zmienia miejsce realizacji zamówienia z centrum logistycznego na poszczególne sklepy, co z kolei przekłada się na znaczący wzrost kosztów transportu. Takie działanie jest sprzeczne z nową ustawą. Umowy muszą być przewidywalne dla dostawców oraz nabywców.

▶ Praktyka 4. Pobieranie płatności niezwiązanych ze sprzedażą

Czego nie wolno. Zakazane jest żądanie płatności niezwiązanych z dostawą produktów rolnych lub spożywczych (art. 8 ust. 1 pkt 4).

Komentarz. Ta praktyka znana jest z obowiązującej ustawy. Wskazywała ona, że z nieuczciwym wykorzystywaniem przewagi kontraktowej mamy w szczególności do czynienia, gdy zawarcie lub kontynuowanie umowy jest uzależnione od przyjęcia lub spełnienia przez jedną ze stron innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy.

Obecnie prezes UOKiK prowadzi akurat postępowanie z tego zakresu. Producent cukru żądał, aby dostawcy dostarczający mu buraki cukrowe kupowali od niego nasiona. W przypadku odmowy producent cukru mógł odmówić przyjęcia dostawy buraka.

▶ Praktyka 5. Żądanie zapłaty za niezawinione przez dostawcę pogorszenie się stanu lub utratę produktów

Czego nie wolno. Zakazane jest żądanie zapłaty za niezawinione przez dostawcę pogorszenie się stanu lub utratę produktów rolnych lub spożywczych w obiektach nabywcy lub po przejściu własności tych produktów na nabywcę.

Komentarz. Praktyka ta jest modelowym przykładem przerzucenia ryzyka i odpowiedzialności z nabywcy na dostawcę. Nabywca zwolniony jest z jakiejkolwiek dbałości o dostarczone produkty, ponieważ niezależnie od wszystkiego to na dostawcy spoczywa całe ryzyko ich odpowiedniego stanu (jakości) i zabezpieczenia od utraty (kradzieży).

PRZYKŁAD 10

Zakazane przerzucanie winy

Producent rolny dostarcza nabywcy (sieci sklepowej) maliny. Na skutek złego przechowywania w wilgotnym, ciepłym pomieszczeniu wszystkie owoce spleśniały. Nabywca winą za złą jakość malin obarcza dostawcę, mimo że sam nie zapewnił w swoim obiekcie odpowiednich warunków. Taka praktyka jest zakazana.

▸ Praktyka 6. Odmowa pisemnego potwierdzenia warunków zawartej umowy

Czego nie wolno. Nabywca nie może odmawiać dostawcy pisemnego potwierdzenia warunków zawartej umowy.

Komentarz. Wyjątkiem są tu sytuacje, kiedy produkty rolne lub spożywcze mają być dostarczone przez członka grupy/organizacji, którego akt założycielski lub umowa zawiera postanowienia o skutkach podobnych do warunków umowy.

Umowy na dostawy produktów rolnych lub spożywczych nie muszą być zawierane w formie pisemnej. Dopuszczalne jest zawarcie takiej umowy w formie innej niż pisemna, tj. w formie dokumentowej (czyli np. za pomocą wiadomości e-mail) lub w formie elektronicznej (czyli z kwalifikowanym podpisem elektronicznym). Ta ostatnia forma będzie się coraz bardziej popularyzować, ponieważ ma taki sam skutek jak forma pisemna. Pozwala podpisywać dokumenty na odległość, co w czasach pandemii, ograniczania kontaktów i wszechobecnego internetu jest bardzo wygodne.

▸ Praktyka 7. Ujawnianie tajemnicy przedsiębiorstwa

Czego nie wolno. Zakazane jest bezprawne pozyskiwanie, wykorzystywanie, ujawnianie tajemnicy przedsiębiorstwa dostawcy.

Komentarz. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności (art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913; ost.zm. Dz.U. z 2021 r. poz. 1655).

▸ Praktyka 8. Działania odwetowe

Czego nie wolno. Zakazane jest grożenie podjęciem handlowych działań odwetowych lub faktyczne podejmowanie ich, jeżeli druga strona korzysta ze swoich praw wynikających z umowy lub przepisów prawa.

Komentarz. Dyrektywa 2019/633 jako przykłady działań odwetowych wskazuje grożenie zmniejszeniem ilości zamawianych produktów lub zaprzestaniem świadczenia usług dodatkowych, np. marketingowych.

PRZYKŁAD 11

Zmniejszenie zamówień od niezadowolonego dostawcy

Dostawca żąda od nabywcy zapłaty odsetek za opóźnienie i odsetek kapitałowych za tzw. kredyt kupiecki. W odpowiedzi nabywca grozi mu, że zmniejszy dostawy, jeżeli dostawca dalej będzie domagał się zrealizowania swoich praw. Takie działanie nabywcy jest działaniem odwetowym.

▸ Praktyka 9. Rekompensowanie kosztów rozpatrzenia niezawinionych przez dostawcę skarg konsumenckich

Czego nie wolno. Zakazane jest żądanie, aby dostawca rekompensował koszty rozpatrywania niezawinionych przez siebie skarg konsumentów związanych z dostawą produktów rolnych lub spożywczych.

Komentarz. Ta praktyka jest kolejnym w katalogu praktyk przykładem przerzucania ryzyka i odpowiedzialności z nabywcy na dostawcę. Ustawa mówi o zakazie rekompensowania „niezawinionych" skarg. Oznacza to, że jeżeli skargi powstały z winy dostawcy, to strony umowy mogą umówić się tak, że to on pokrywa ich koszty.

PRZYKŁAD 12

Zakaz pobierania opłat za niezawinione skargi

Dostawca dostarczający produkty spożywcze do dużej sieci handlowej zostaje zmuszony do zapłaty za rozpatrzenie skarg konsumentów w każdym przypadku – nawet gdy skargi nie wystąpiły z jego winy. Na taką praktykę dostawca może poskarżyć się do prezesa UOKiK. Sieć handlowa może się co najwyżej domagać, by dostawca pokrył koszty rozpatrywania skarg, które wynikają z winy tego ostatniego.

▸ Praktyka 10. Stosowanie tzw. rabatów retro

Czego nie wolno. Zakazane jest stosowanie rabatów retrospektywnych (rabatów retro, wstecznych). Ustawa definiuje je jako „nieuzasadnione obniżanie należności z tytułu dostarczenia produktów rolnych lub spożywczych po ich przyjęciu przez nabywcę w całości albo w umówionej część, w szczególności na skutek żądania udzielenia rabatu".

Komentarz. Rabaty retrospektywne odnoszą się do zakupów dokonanych w przeszłości. Dodanie tej praktyki to inwencja własna naszego ustawodawcy. W ten sposób ustawodawca zdecydował się rozszerzyć katalog praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową o jedną dodatkową praktykę niewymienioną w dyrektywie 2019/633. Rodzimy ustawodawca argumentował, że wprowadzenie takiej dodatkowej pozycji jest uzasadnione sytuacją na polskim rynku produktów rolnych i spożywczych. Według UOKiK w praktyce stosowane są różne systemy wstecznego przyznawania rabatów. Zasadniczo chodzi tu o sytuacje, gdy nabywca żąda od dostawcy rabatu za towar po pewnym czasie po jego otrzymaniu. W niektórych sytuacjach dostawca, zawierając umowę, nie jest w stanie określić, czy i w jakiej wysokości będzie musiał przyznać sieci handlowej rabat oraz na podstawie jakich kryteriów.

Dodanie tej praktyki jest pokłosiem analiz rynku dostaw produktów rolnych i spożywczych prowadzonych przez prezesa UOKiK. Organ wziął pod lupę postępowanie 19 z 20 działających w Polsce największych sieci handlowych. Poprosił także o informacje 20 dostawców produktów rolnych lub spożywczych. W rozsyłanych ankietach prezes UOKiK pytał przedsiębiorców m.in. o to, w jaki sposób funkcjonują rabaty, w szczególności rabaty obrotowe, i jak wyglądają zasady ich przyznawania. Urzędnicy dużo uwagi poświęcili tzw. rabatom retrospektywnym (rabatom retro).

Skutkiem wskazanych powyżej działań było wszczęcie przez prezesa UOKiK pięciu postępowań mających na celu wyjaśnienie, czy stosowane przez sieci rabaty mogą naruszać postanowienia obowiązującej ustawy. Zdaniem prezesa UOKiK sposób przyznawania niektórych rabatów budzi zastrzeżenia. Wnioski z kontroli zostały zebrane w wydanym w kwietniu 2021 r. w raporcie „Rabaty handlowe. Raport podsumowujący prowadzone przez prezesa UOKiK postępowania wyjaśniające dotyczące rabatów handlowych stosowanych w relacjach sieci handlowych z dostawcami produktów rolnych lub spożywczych" (raport dostępny pod adresem: https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=17420). Wskazano w nim m.in., że szczególnie naganne jest wprowadzanie nowych rabatów nieprzewidzianych na początku współpracy (ewentualnie mniej korzystnych warunków jego naliczania), dotyczących produktów już dostarczonych i opłaconych. Sytuacja ta powoduje, że dostawca tak naprawdę nie wie i nie jest w stanie wyliczyć, ile zarobi, bo może zostać objęty dodatkowym rabatem. Ponadto raport wskazuje, że co najmniej wątpliwe jest zawieranie umów na dostawy produktów rolnych lub spożywczych z mocą wsteczną. Strony zawierają np. umowę na dany rok w kwietniu i ustalają, że zasady z niej wynikające (także rabaty) obowiązują już od stycznia, czyli do dostaw już zrealizowanych.

Jednocześnie nie każde nałożenie rabatu retro będzie kwestionowane przez prezesa UOKiK. Legalny rabat retro powinien wynikać z uprzedniej umowy między dostawcą a nabywcą. Taka umowa powinna dokładnie określać mechanizm rabatowania, jak również warunki jego zmiany. Dostawca musi mieć możliwość wyliczenia (nie trzeba wprost podawać kwoty) wysokości swojego ostatecznego wynagrodzenia. Przyczyna nałożenia rabatu retro musi być obiektywnie uzasadniona. Nabywca nie może jednostronnie narzucić konieczności nałożenia rabatu na już dostarczone produkty z wyłącznie sobie wiadomego powodu.

Praktyki szare

Nowa ustawa o przewadze kontraktowej wskazuje również sześć praktyk szarych. Praktyki tego typu są dozwolone pod pewnymi warunkami, tj.:

- praktyki mają być ustalone przed ich stosowaniem – co wyklucza stosowanie nowo ustalonych zasad do zakończonych okresów rozliczeniowych czy zrealizowanych dostaw; oraz
- uzgodnienia mają być jasne i jednoznacznie wyrażone w umowie zawartej między nabywcą a dostawcą.

Wskazane w nowej ustawie praktyki szare w większości koncentrują się na czynnościach, które można łącznie określić jako „marketingowe". W naszej ocenie najbardziej przejrzyste będzie przeniesienie tych zagadnień z umów głównych do odrębnych aneksów/postanowień i uregulowanie ich tam zgodnie z wytycznymi wskazanymi przez ustawodawcę w nowej ustawie.

▸ Praktyka 11. Zwrot niesprzedanych produktów

Czego nie wolno. Zakazane jest zwracanie dostawcy niesprzedanych produktów rolnych lub spożywczych bez zapłaty za te produkty lub za ich unieszkodliwianie (art. 8 ust. 1 pkt 11).

Komentarz. Taka sytuacja może dotykać produktów sezonowych, np. czekoladowych serduszek na walentynki.

▸ Praktyka 12. Pobieranie dodatkowych opłat

Czego nie wolno. Zakazane jest 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).

Komentarz. Koszty związane z przechowywaniem, prezentowaniem lub oferowaniem produktów co do zasady powinien ponosić nabywca. Wyjątkowo koszty te mogą obciążać obie strony relacji kontraktowej, ale muszą być jasno i jednoznacznie uzgodnione w umowie oraz wynikać z obiektywnych i racjonalnych szacunków.

▸ Praktyka 13. Przenoszenie kosztów organizowania promocji

Czego nie wolno. Zakazane jest żądanie przez nabywcę od dostawcy ponoszenia całości lub części kosztów obniżek cen produktów rolnych lub spożywczych sprzedawanych przez nabywcę w ramach organizowanej przez nabywcę promocji (art. 8 ust. 1 pkt 13).

Komentarz. W odniesieniu do tej praktyki ustawodawca, poza koniecznością wypełnienia standardowych wymogów legalizujących stosowanie praktyk szarych, dodał, że niezbędne jest zawarcie tej umowy przed przewidywanym terminem promocji i określenie:

- terminu rozpoczęcia promocji,
- czasu jej trwania,
- ilości produktów rolnych lub spożywczych, które będą objęte promocją.

▸ Praktyka 14. Zapłata za reklamowanie produktów

Czego nie wolno. Zakazane jest, aby nabywca żądał od dostawcy zapłaty za to, że nabywca reklamuje produkty rolne lub spożywcze (art. 8 ust. 1 pkt 14).

Komentarz. Po tym, jak dostawca dostarczy nabywcy produkty rolne lub spożywcze, co do zasady kończy się jego rola i związek z tymi produktami. Nabywca nie może żądać, aby dostawca płacił mu za to, że będzie reklamował dostarczone przez niego produkty rolne lub spożywcze, ponieważ to w gestii nabywcy jest sprzedaż tych produktów.

W sytuacji, gdy dostawca chce, aby nabywca reklamował jego produkty, należy wypełnić przesłanki legalizujące reklamowanie produktów rolnych dostawcy przez nabywcę, tj. przed reklamowaniem tych produktów zawrzeć umowę, która jasno i jednoznacznie będzie regulować to zagadnienie.

▸ Praktyka 15. Prowadzenie marketingu (wprowadzanie na rynek)

Czego nie wolno. Zakazane jest żądanie przez nabywcę od dostawcy zapłaty za prowadzenie przez nabywcę marketingu produktów rolnych lub spożywczych (art. 8 ust. 1 pkt 15).

Komentarz. Ta praktyka została źle przetłumaczona z dyrektywy 2019/633. Słowo „marketing" nie zawsze oznacza „marketing" w polskim rozumieniu jako „działanie mające na celu wynajdowanie, badanie, pobudzanie i zaspokajanie potrzeb klientów" (wg Słownika Języka Polskiego), ale także „wprowadzanie na rynek". Złe przetłumaczenie tej praktyki potwierdza wersja dyrektywy 2019/633 w języku francuskim, angielskim, niemieckim oraz hiszpańskim.

Jeżeli nie byłaby to pomyłka, trudno jest wyjaśnić różnice pomiędzy praktyką wcześniejszą dotyczącą „żądania przez nabywcę od dostawcy zapłaty za reklamowanie produktów rolnych lub spożywczych" a tą praktyką dotyczącą „żądania przez nabywcę od dostawcy zapłaty za prowadzenie przez nabywcę marketingu produktów rolnych lub spożywczych".

▸ Praktyka 16. Czynności wykonywane przez pracowników nabywcy

Czego nie wolno. Zakazane jest żądanie przez nabywcę od dostawcy ponoszenia opłat za czynności wykonywane przez pracowników dostawcy zajmujących się urządzeniem lokalu wykorzystywanego do sprzedaży produktów rolnych lub spożywczych (art. 8 ust. 1 pkt 16).

Komentarz. Chodzi np. o sytuację, gdy sieć handlowa żąda od dostawcy opłaty za przygotowanie tematycznej ekspozycji na terenie sklepu z produktami spożywczymi dostawcy z okazji dużej imprezy sportowej.

Pisemne informacje

Przy okazji omawiania praktyk szarych nie można zapomnieć o uprawnieniu, jakie przysługuje dostawcy zgodnie z art. 8 ust. 5 nowej ustawy o przewadze kontraktowej. Mianowicie w przypadku, gdy stosowane są praktyki szare, wymienione powyżej pod numerami od 12 do 16, dostawca może żądać, aby nabywca pisemnie określił mu szacunkową wysokości stawek jednostkowych lub płatności całkowitych, jak również w określonych przypadkach także szacunkową wysokości kosztów danej usługi oraz podstawę ich wyliczenia. Jest to dodatkowy obowiązek nabywcy, który aktualizuje się w momencie przedstawienia żądania przez dostawcę. Nabywca nie może odmówić jego spełnienia.

Postępowanie przed prezesem UOKiK

W porównaniu z innymi państwami UE nowe przepisy proceduralne nie będą dużym zaskoczeniem dla przedsiębiorców. Polska, w odróżnieniu od większości państw członkowskich, już w 2016 r. uchwaliła, a od 2017 r. wprowadziła przepisy dotyczące przeciwdziałania nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej.

Najważniejsze zmiany, jakie wprowadza uchwalona 17 listopada 2021 r. nowa ustawa w procedurze postępowania przed prezesem UOKiK, to:

- przedsiębiorca będący osobą fizyczną zyskał prawo do odmowy przekazania informacji i dokumentów, gdyby naraziło to jego lub osoby najbliższe na odpowiedzialność karną (art. 18 ust. 4);
- doprecyzowano przepisy dotyczące udziału policji podczas przeprowadzania kontroli (art. 23);
- przyznano prezesowi UOKiK uprawnienie do wydania decyzji zobowiązującej przedsiębiorcę do zaniechania określonych działań w toku toczącego się postępowania (art. 33);
- przyznano przedsiębiorcom możliwość ubiegania się o dobrowolne poddanie się karze oraz negocjowania jej warunków (art. 34).

Poniżej omawiamy, na czym polegają wymienione zmiany. Omówienie instytucji dobrowolnego poddania się karze podzieliliśmy na dwie części. W pierwszej części opisujemy, jak instytucja dobrowolnego poddania się karze wpłynie na przebieg postępowań w sprawach o nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej. W kolejnej części poradnika, który dotyczy sankcji, porównamy sankcję dobrowolnego poddania się karze według nowej ustawy z analogiczną instytucją z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

▸ Zmiana 1: Prawo do odmowy przekazania informacji lub dokumentów narażających na odpowiedzialność karną

Prezes UOKiK dysponuje bardzo szerokimi uprawnieniami umożliwiającymi mu przeprowadzanie kontroli i przeszukań u przedsiębiorców. Może on m.in.:

- żądać od przedsiębiorcy przekazania informacji i dokumentów dotyczących praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową (np. umów z dostawcami lub porozumień logistycznych);

- żądać udostępnienia korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną (np. wiadomości e-mail dotyczących negocjacji warunków umowy dostawy produktów rolnych);
- żądać od kontrolowanego lub osób przez niego upoważnionych ustnych wyjaśnień dotyczących kontroli (np. gdzie spółka przechowuje dokumenty księgowe);
- nagrywać przebieg kontroli lub niektóre czynności kontrolne (np. kamerą lub dyktafonem).

Takie uprawnienia mocno ingerują w swobodę działalności gospodarczej. Przedsiębiorca, przeciwko któremu prezes UOKiK prowadzi postępowanie, powinien mieć zagwarantowane prawo do obrony i wolność od samooskarżenia. Nowa ustawa doprecyzowuje prawo do obrony przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną. Taki przedsiębiorca będzie mógł odmówić przekazania informacji i dokumentów, jeżeli naraziłoby to jego lub osoby jemu najbliższe na odpowiedzialność karną (art. 18 ust. 4). Do tej pory prawo to przysługiwało wyłącznie kontrolowanemu i osobie przez niego upoważnionej (np. zatrudnionemu pracownikowi).

Według starej ustawy odpowiedzialność karną rozumie się jako odpowiedzialność za przestępstwo lub wykroczenie. Jeżeli treść dokumentu nie naraża przedsiębiorcy na odpowiedzialność karną, to ma on obowiązek przekazać taki dokument na żądanie prezesa UOKiK. Gdy wówczas przedsiębiorca nie przekaże żądanych informacji i dokumentów, to prezes UOKiK będzie mógł wymierzyć mu karę nawet do 50 mln euro.

Prawo do odmowy przekazania informacji i dokumentów narażających na odpowiedzialność karną podobne jest do prawa świadka do odmowy odpowiedzi na pytanie w postępowaniu karnym. Tak jak sąd w postępowaniu karnym nie może żądać od świadka wyjaśnienia, dlaczego chce on odmówić odpowiedzi na pytanie i badać podstawy odmowy – tak samo nie może tego robić prezes UOKiK w prowadzonym postępowaniu. Jeżeli więc przedsiębiorca odmówi przekazania dokumentu, powołując się na art. 18 ust. 4 nowej ustawy, prezes UOKiK nie powinien żądać udowodnienia, że przekazanie takiego dokumentu faktycznie narazi przedsiębiorcę na odpowiedzialność karną.

Jeżeli prezes UOKiK uzna, że przedsiębiorca będący osobą fizyczną bezzasadnie odmówił przekazania określonego dokumentu, prawdopodobnie przeprowadzi kontrolę w siedzibie tego przedsiębiorcy. Gdyby wówczas prezes UOKiK zdobył dowód narażający przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną na odpowiedzialność karną, należy zaskarżyć takie działanie prezesa UOKiK do sądu. Jeżeli sąd uzna rację przedsiębiorcy, że dokument naraża go na odpowiedzialność karną, to dokument ten nie będzie mógł być wykorzystany ani w postępowaniach prowadzonych przez prezesa UOKiK, ani w innych postępowaniach (np. w postępowaniu karnym).

Droga od zgłoszenia do decyzji

W przypadku gdy dojdzie do podejrzenia nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej, postępowanie przed prezesem UOKiK może wyglądać następująco:

Krok 1. Wpłynięcie zawiadomienia

Każdy może zgłosić prezesowi UOKiK zawiadomienie dotyczące podejrzenia stosowania praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową.

W zawiadomieniu należy:

1) wskazać podmiot, któremu jest zarzucane stosowanie praktyki nieuczciwie wykorzystującej przewagę kontraktową,
2) opisać sytuację będącą podstawą zawiadomienia,
3) uprawdopodobnić naruszenia przepisów ustawy (opisać praktyki i dowody),
4) wskazać zakres informacji niepodlegających ujawnieniu w toku postępowania,
5) podać dane identyfikujące zgłaszającego to zawiadomienie.

Krok 2. Postępowanie wyjaśniające

Postępowanie w sprawie nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej może, chociaż nie musi, być poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym. W 2020 r. prezes UOKiK, w odpowiedzi na płynące z rynku sygnały, wszczął np. postępowania wyjaśniające wobec 19 z 20 największych sieci handlowych w Polsce. Następnie wobec części z podejrzewanych przedsiębiorców wszczął postępowania w sprawie (czyli przedstawił im zarzuty).

Prezes UOKiK wszczyna postępowanie w sprawie nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej, gdy:

a) otrzyma zawiadomienie o podejrzeniu stosowania praktyk nieuczciwie wykorzystujących przewagę kontraktową – każdy może przesłać prezesowi UOKiK takie zawiadomienie, co nie oznacza, że prezes UOKiK musi zawsze wszcząć postępowanie, gdy je otrzyma;
b) sam podejrzewa nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej przez określonego przedsiębiorcę.

Krok 3. Postępowanie w sprawie

Rozpoczyna się od przedstawienia przedsiębiorcy zarzutu nieuczciwego wykorzystania przewagi kontraktowej. W toku postępowania prezes UOKiK wzywa do udzielenia informacji i przekazania wskazanych dokumentów. Żądanie takie zawiera termin na udzielenie odpowiedzi na pismo. Jego niedotrzymanie albo udzielenie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji będzie prowadzić do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej w wysokości nawet do równowartości 50 mln euro. Jeżeli zakres żądanych informacji jest bardzo szeroki, to warto wystąpić do prezesa UOKiK o przedłużenie terminu i zawężenie zakresu żądanych informacji.

W trakcie postępowania prezes UOKiK może również przeprowadzić kontrolę u przedsiębiorcy. Celem kontroli jest zdobycie dokumentów dotyczących prowadzonej sprawy (np. ksiąg rachunkowych) lub uzyskanie informacji o tym, gdzie się znajdują. Jeżeli jest to niezbędne do przeprowadzenia kontroli, to urzędnicy mogą ją przeprowadzić w asyście Policji.

Kontrolę kończy protokół, do którego przedsiębiorca może zgłosić zastrzeżenia. Ponadto może on wnieść do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zażalenie na czynności kontrolne, jeżeli urzędnicy przekroczyli podczas kontroli swoje uprawnienia.

Krok 4. Zakończenie postępowania

Postępowanie w sprawie może się zakończyć:

a) decyzją stwierdzającą stosowanie nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej i wymierzającą karę pieniężną;
b) decyzją zobowiązującą – nakłada ona na przedsiębiorcę obowiązek zaniechania stosowania nieuczciwej praktyki oraz usunięcia jej skutków; decyzja szczegółowo określa, do czego zobowiązany jest przedsiębiorca; musi on regularnie informować prezesa UOKiK o stanie realizacji zobowiązań; jeżeli przedsiębiorca nie wykonuje zobowiązań albo okaże się, że udzielił w postępowaniu nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji, to prezes UOKiK uchyla decyzję zobowiązującą i nakłada karę pieniężną na przedsiębiorcę;
c) umorzeniem postępowania.

Przedsiębiorca, który nie zgadza się z decyzją prezesa UOKiK, może ją zaskarżyć do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia.

Może on zaskarżyć zarówno decyzję stwierdzającą stosowanie nieuczciwej praktyki, jak i decyzję zobowiązującą. Przedsiębiorca może zaskarżyć również decyzję, którą prezes UOKiK wydał wskutek dobrowolnego poddania się karze. Jeżeli SOKiK nie podzieli argumentacji skarżącego przedsiębiorcy, to może zostać na niego nałożona kara pieniężna w pełnej wysokości. ©℗

▸ Zmiana 2: Doprecyzowanie przepisów dotyczących kontroli w asyście policji

Obowiązująca dotychczas ustawa z 2016 r. nie określa zasady współpracy między urzędnikami a policją w toku kontroli. Z jej treści wynika jedynie, że prezes UOKiK zawsze może zwrócić się o pomoc policji. Przepisy mówią o obowiązku wykonywania przez policjantów czynności na polecenie kontrolującego, ale nie wyjaśniają zasad współpracy. Chociaż nowe przepisy dokładniej określają, w jakich sytuacjach prezes UOKiK może poprosić o pomoc policji oraz na czym taka pomoc polega, to wciąż kilka kwestii pozostaje nieuregulowanych. Zgodnie z nowymi przepisami prezes UOKiK będzie musiał wystąpić z wnioskiem do komendanta wojewódzkiego policji oraz wykazać, że pomoc policjantów jest niezbędna do przeprowadzenia kontroli (art. 23 ust. 1). Nowe przepisy nie wskazują jednak, w jakiej formie komendant będzie rozpatrywał wniosek oraz czy i komu będzie przysługiwało odwołanie od takiego rozstrzygnięcia. Przedsiębiorca, u którego ma zostać przeprowadzona kontrola w asyście policji, powinien móc zaskarżyć takie rozstrzygnięcie do sądu.

Zarówno nowa ustawa, jak i ustawa, która do tej pory obowiązywała, nie odnoszą się do przeszukania. Podczas przeszukania urzędnicy, często w asyście policji, podejmują czynności i gromadzą materiał dowodowy, niezależnie od woli współpracy przeszukiwanego przedsiębiorcy. Uprawnienia takie przysługują prezesowi UOKiK na podstawie art. 91 i 105n ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 275) – nie znajdują one zastosowania do spraw z zakresu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej.

Warto również zwrócić uwagę na art. 23 ust. 3 projektu ustawy – określa on zadania policji w trakcie przeprowadzania kontroli. Są nimi: zapewnienie porządku w miejscu przeprowadzania kontroli, zapewnienie osobistego bezpieczeństwa osobom tam obecnym oraz ustalenie ich tożsamości. W nowych przepisach nie będzie już mowy o obowiązku wykonywania przez policjantów poleceń osoby przeprowadzającej kontrolę (urzędnika).

▸ Zmiana 3: Decyzja zabezpieczająca

Prezes UOKiK uzyska uprawnienie do wydania decyzji zabezpieczającej w toku postępowania w sprawie nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej (art. 33). Jest to decyzja o charakterze tymczasowym, a jej treścią jest zakaz podejmowania, w czasie trwania postępowania, określonych działań przez przedsiębiorcę. Prezes UOKiK będzie mógł ją wydać, aby zapobiec powstaniu dalszych szkód dla dostawcy albo nabywcy. Taka decyzja będzie wydawana na czas określony, nie dłuższy niż do zakończenia postępowania. Prezes UOKiK będzie mógł wydać taką decyzję wyłącznie wtedy, gdy uprawdopodobni, że dalsze stosowanie przez stronę postępowania zarzucanej jej praktyki może spowodować poważne i trudne do usunięcia szkody.

Nowe przepisy dają prezesowi UOKiK możliwość wymierzenia kary pieniężnej za niewykonanie decyzji zabezpieczającej. Oznacza to, że jeżeli przedsiębiorca, mimo decyzji, nie powstrzyma się od określonych w niej działań, które wyrządzają szkodę dostawcy lub nabywcy, to będzie musiał liczyć się z karą pieniężną do równowartości 10 tys. euro za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu decyzji. Decyzja o wymierzeniu kary pieniężnej za niewykonanie decyzji jest odrębną decyzją. Prezes UOKiK stwierdza w takiej decyzji, że przedsiębiorca nie wykonuje obowiązku oraz wskazuje wysokość kary pieniężnej i datę, od której jest ona naliczana.

Praktyka pokaże, czy takie decyzje zabezpieczające będą regułą czy wyjątkiem w prowadzonych postępowaniach. Przedsiębiorca będący adresatem takiej decyzji będzie mógł się od niej wprawdzie odwołać do sądu – ten jednak będzie miał aż dwa miesiące na rozpoznanie takiego odwołania. Odwołanie nie będzie wstrzymywało wykonania decyzji. Oznacza to, że postępowanie o nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej może się zakończyć, zanim sąd rozpozna odwołanie.

▸ Zmiana 4. Dobrowolne poddanie się karze

Nowa ustawa wprowadza do postępowań w sprawach nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej procedurę dobrowolnego poddania się karze (w art. 34). Prezes UOKiK będzie mógł zwrócić się do przedsiębiorcy z propozycją dobrowolnego poddania się karze. Sam przedsiębiorca będzie również mógł wystąpić do prezesa UOKiK z wnioskiem o rozpoczęcie takiej procedury. Będzie to bardzo elastyczne narzędzie, które pozwoli na przyspieszenie postępowania. Przedsiębiorca, który dobrowolnie podda się karze, będzie mógł uzyskać zmniejszenie wysokości grzywny nawet do 50 proc. Wymagać to będzie jednak od przedsiębiorcy przyznania się do naruszenia zakazu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej oraz współpracy z prezesem UOKiK.

Sama procedura ubiegania się o obniżenie kary pieniężnej będzie mieć charakter zbliżony do negocjacji. Przedsiębiorca i prezes UOKiK będą w jej toku wymieniać się propozycjami i stanowiskami dotyczącymi warunków dobrowolnego poddania się karze (szerzej o tym w dalszej części artykułu).

⇨ Czy decyzje wydane w wyniku dobrowolnego poddania się karze wyprą decyzje zobowiązujące?

Do tej pory prezes UOKiK dosyć często kończył postępowanie decyzją zobowiązującą. Jest ona korzystnym rozwiązaniem dla przedsiębiorcy, ponieważ nie otrzymuje on kary pieniężnej za naruszenie przepisów. Ma on jednak obowiązek zmienić umowy tak, aby były zgodne z prawem. Dodatkowo decyzja zobowiązująca pozwala uniknąć ewentualnych roszczeń odszkodowawczych od byłych kontrahentów, gdyż nie stwierdza się w niej jednoznacznie, czy przedsiębiorca stosował zakazaną praktykę. Decyzja taka jest korzystna również dla prezesa UOKiK – do jej wydania wystarczy uprawdopodobnienie, że do naruszenia prawa mogło dojść.

Od początku 2020 r. prezes UOKiK coraz częściej decyduje się na wydanie decyzji stwierdzającej naruszenie i wymierzenie przedsiębiorcy kary. Taki sposób procedowania jest bardzo czasochłonny. Jak wynika ze sprawozdania z działalności UOKiK, w 2020 r. prezes UOKiK wszczął aż 42 sprawy z zakresu nadużywania przewagi kontraktowej. W tym samym czasie zapadło jednak tylko pięć decyzji.

Niewykluczone, że wielu przedsiębiorców może być zainteresowanych w takiej sytuacji możliwością dobrowolnego poddania się karze. Skrócenie czasu postępowania jest bowiem korzystne również dla przedsiębiorcy. Toczące się postępowanie przeciwko przedsiębiorcy utrudnia mu prowadzenie bieżącej działalności gospodarczej.

Uwaga! Na gruncie nowych przepisów prezes UOKiK będzie mógł odstąpić od tej procedury, jeżeli uzna, że przedsiębiorca korzysta z niej tylko po to, aby odwlec zakończenie postępowania (art. 34 ust. 10). Stwarza to ryzyko stosunkowo dużej uznaniowości ze strony prezesa UOKiK. Dopiero praktyka pokaże, czy procedura dobrowolnego poddania się karze okaże się korzystną z perspektywy przedsiębiorców zmianą.

Sankcje

Zasady nakładania przez prezesa UOKiK kar na przedsiębiorców oraz osoby kierujące przedsiębiorstwami nieco się zmienią, ale można tu mówić raczej o ewolucji niż rewolucji.

Jeżeli w wyniku przeprowadzonego postępowania prezes UOKiK stwierdzi, że przedsiębiorca dopuścił się (choćby nieumyślnie) naruszenia zakazu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej, to będzie mógł nałożyć niego karę w wysokości do 3 proc. rocznego obrotu – a więc sankcja będzie taka sama jak w dotychczasowej regulacji.

Kara za naruszenie zakazu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej będzie liczona od obrotu osiągniętego przez ukaranego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Ten roczny obrót będzie obliczany jako:

- suma przychodów wykazanych w rachunku zysków i strat albo rocznym sprawozdaniu finansowym lub innym dokumencie podsumowującym przychody – w zależności od tego, jaki dokument dany przedsiębiorca przygotowuje zgodnie z wymogami ustawy o rachunkowości,
- suma udokumentowanych przychodów uzyskanych w danym roku obrotowym (np. ze sprzedaży, z przychodów finansowych) – w razie braku dokumentów sprawozdawczych, o których mowa powyżej.

Co szczególnie ważne dla przedsiębiorców nowo utworzonych (również w wyniku przekształcenia lub połączenia), nowa ustawa przewiduje też odstępstwa od wyżej podanych ogólnych zasad – zarówno co do podstawy obliczenia kary (czyli obrotu), jak i jej wysokości. [tabela 2]

Tabela 2. Zasady nakładania kar w sytuacjach szczególnych

Przypadek szczególny	Wpływ na karę lub podstawę jej obliczenia (obrót)
Karany przedsiębiorca powstał w wyniku przekształcenia lub połączenia innych podmiotów.	Uwzględnia się obrót osiągnięty przez te podmioty połączone lub przekształcone w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary.
Przedsiębiorca nie ma danych finansowych niezbędnych do ustalenia obrotu za rok poprzedzający rok nałożenia kary.	Uwzględnia się obrót z jeszcze wcześniejszego roku obrotowego.
Przedsiębiorca w roku poprzedzającym rok nałożenia kary nie osiągnął obrotu lub osiągnął obrót maks. 100 000 euro.	Uwzględnia się obrót średni w trzech kolejnych latach obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary.
Przedsiębiorca w okresie trzech lat obrotowych poprzedzających rok nałożenia kary nie osiągnął obrotu lub osiągnął obrót maks. 100 000 euro.	Kara może wynosić maks. równowartość 100 000 euro.

Proporcjonalnie do naruszenia

Stosowane sankcje powinny być skuteczne i odstraszające, ale jednocześnie proporcjonalne do naruszenia. W myśl nowej ustawy o przewadze kontraktowej wysokość kary powinna być wyznaczona z uwzględnieniem w szczególności okresu, stopnia i skutków rynkowych naruszenia ustawy, przy czym ocena stopnia naruszenia powinna obejmować okoliczności dotyczące natury naruszenia i działalności przedsiębiorcy. Prezes UOKiK powinien kompleksowo zbadać te okoliczności, zanim wymierzy karę.

PRZYKŁAD 13

Nieproporcjonalna wysokość

Nabywca naruszył ustawę, ponieważ żądał od dostawców rekompensaty kosztów rozpatrywania skarg konsumenckich. Skargi te wystąpiły z przyczyn niezawinionych przez dostawców. Powyższe naruszenie dotyczyło tylko kilkunastu spośród ponad setki dostawców produktów rolnych, z którymi współpracuje nabywca. Nabywca stosował praktykę krótko i po zwróceniu uwagi przez dostawców od razu jej zaniechał. W takim przypadku np. kara w wysokości 2 proc. obrotu byłoby zdecydowanie zbyt wysoka i nieproporcjonalna do czasu trwania, stopnia i rynkowych skutków naruszenia.

Praktyka wymierzania, czyli trudne początki

Celem nowej ustawy jest ochrona podmiotów słabszych przed stosowaniem nieuczciwych praktyk handlowych przez ich większych i silniejszych kontrahentów. Ustawa nie może mieć celu quasi-fiskalnego w zakresie stosowanych kar. Odpowiednie miarkowanie nakładanych kar będzie szczególnie istotne w początkowym okresie jej obowiązywania.

Ustawa operuje pojęciami nieostrymi jak np.: „jasne i jednoznaczne uzgodnienie danej praktyki w umowie". W przypadku niektórych (tzw. szarych) praktyk takie uzgodnienie dokonane przed ich zastosowaniem będzie wyłączało możliwość uznania tych praktyk za nieuczciwe i w efekcie uchylało możliwość nałożenia kary na przedsiębiorcę, który taką praktykę zastosuje. Zapewne strony, organy stosujące ustawę i sądy będą spierać się o dokładne określenie, kiedy dana praktyka jest „jasno i jednoznacznie uzgodniona w umowie". Wykładnia nowych przepisów powinna usunąć te wątpliwości. Prezes UOKiK przy nałożeniu kary powinien brać pod uwagę, że obecnie przedsiębiorcy nie mają jeszcze punktu odniesienia w postaci orzecznictwa ułatwiającego rozumienie tego i innych użytych w ustawie pojęć nieostrych. Ponieważ przepisy ustawy ingerują w zasadę swobody umów, jak również wyrażoną w prawie przedsiębiorców zasadę, że „co nie jest zabronione, jest dozwolone", to postulujemy ścisłą wykładnię przepisów ustawy w tym zakresie.

Dobrowolne poddanie się – szansa czy rosyjska ruletka

Nowa ustawa przewiduje również, jak wspomniano wcześniej, możliwość dobrowolnego poddania się karze (art. 34). Z propozycją występuje prezes UOKiK z własnej inicjatywy lub na wniosek przedsiębiorcy, jeżeli uzna, że przyspieszy to postępowanie. Jeżeli przedsiębiorca zaakceptuje tę propozycję, to prezes UOKiK przedstawi mu wstępne ustalenia prowadzonego postępowania, a także treść przewidywanej decyzji, w tym – co szczególnie ważne dla przedsiębiorcy – wysokość kary, obniżonej w związku z procedurą dobrowolnego poddania się karze. Następnie dochodzi do wymiany stanowisk między prezesem UOKiK a przedsiębiorcą. Jej celem jest ustalenie ostatecznego stanowiska przedsiębiorcy. To stanowisko powinno obejmować m.in.:

- potwierdzenie naruszenia przepisów ustawy przez przedsiębiorcę (przyznanie się do naruszenia),
- wysokość kary zaakceptowanej przez przedsiębiorcę,
- informację o tym, że w razie odwołania od decyzji prezesa UOKiK wydanej z uwzględnieniem dobrowolnego poddania się karze prezes UOKiK nie będzie związany tą obniżoną karą (a więc może wydać decyzję nakładającą karę w pełnej wysokości).

W ramach dobrowolnego poddania się karze przedsiębiorca może uzyskać obniżkę nie wyższą niż 50 proc. kary. Wizja obniżenia kary o połowę brzmi kusząco. Jednak nie przewidziano minimalnego progu, o który kara zostanie obniżona. Dla przedsiębiorców to, czy mogą liczyć na zmniejszenie kary o 5 proc. czy o 50 proc., stanowi kolosalną różnicę. W związku z brakiem minimalnego progu obniżenia kary (np. 10 proc.) przedsiębiorcy mogą oceniać przystąpienie do procedury jako ryzykowne.

Propozycję obniżenia kary (konkretnie procent proponowanej obniżki) przedsiębiorca pozna dopiero po wszczęciu procedury w sprawie dobrowolnego poddania się karze. Tymczasem w jej trakcie przedsiębiorca, odnosząc się do pism prezesa UOKiK, może dostarczyć obciążających go dowodów. Wprawdzie w razie odstąpienia od procedury dobrowolnego poddania się karze (niezależnie od tego, czy zrobi to prezes UOKiK, czy przedsiębiorca) uzyskane informacje i dowody, mające charakter oświadczenia strony, nie mogą być wykorzystywane jako dowód w postępowaniu. Jednak objęcie tym zakazem tylko tego, co ma „charakter oświadczenia strony" sprawia, że nieobjęte nim będą np. dokumenty przedstawione przez stronę w toku postępowania ws. dobrowolnego poddania się karze. Przedsiębiorcy będą musieli więc zważyć potencjalne korzyści i ryzyka płynące z wyrażenia zgody na procedurę dobrowolnego poddania się karze przed przystąpieniem do niej. Ponadto „co raz się zobaczy, tego nie można już odzobaczyć" i prezes UOKiK będzie mógł dążyć do wprowadzenia do postępowania nowych dowodów, które będą potwierdzały prawdziwość teoretycznie pominiętych oświadczeń.

Za naruszenie procedury

Oprócz kar za nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontaktowej ustawa przewiduje również kary związane z samą procedurą, tj. za utrudnianie postępowania lub niewykonanie decyzji. Przedsiębiorca, który nie udzieli informacji na żądanie prezesa UOKiK, udzieli informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd, uniemożliwi lub utrudni kontrolę będzie zagrożony karą do 50 mln euro. Natomiast opóźnienie w wykonaniu decyzji prezesa UOKiK jest zagrożone karą w wysokości do 10 tys. euro za każdy dzień opóźnienia.

Kierownicy i prezesi też mogą dostać po kieszeni

Oprócz przedsiębiorców prezes UOKiK będzie mógł ukarać również menedżerów i członków zarządów, ale na innych zasadach. Osoba fizyczna może być ukarana m.in. za:

- niewykonanie decyzji, postanowień lub wyroków,
- utrudnianie lub uniemożliwianie przeprowadzenia kontroli,
- udzielenie w toku kontroli informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd.

W takich przypadkach kara pieniężna może maksymalnie wynieść 50-krotność przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw, za ostatni miesiąc kwartału poprzedzającego dzień wydania decyzji, wg danych GUS. We wrześniu 2021 r. (ostatni miesiąc III kwartału) wynagrodzenie to wynosiło np. 5841,16 zł. W przypadku wydania decyzji nakładającej karę w listopadzie 2021 r. (IV kwartał) jej maksymalna wysokość to 292 058 zł.

Płatność i przymusowa egzekucja

Kary nałożone przez prezesa UOKiK w ramach nowej ustawy o przewadze kontraktowej będą płatne w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji o nałożeniu kary pieniężnej. Oznacza to, że wszczęcie procedury odwoławczej od decyzji nakładającej karę wstrzymuje jej płatność do czasu prawomocnego zakończenia postępowania. Kara nieopłacona w terminie podlega ściągnięciu w ramach postępowania egzekucyjnego w administracji.

Jakie działania powinna podjąć branża FMCG

W branży produktów szybko zbywalnych – zresztą jak w każdym biznesie – najważniejsza jest przewidywalność. Każdy rodzaj rywalizacji rynkowej czy sportowej opiera się na określonych regułach, które warto znać przed jej rozpoczęciem.

Obecni gracze na rynku FMCG (producenci i dostawcy produktów rolnych i spożywczych, rolnicy, hurtownie, sieci handlowe czy nawet małe sklepy) tych reguł jeszcze nie znają, choć już za kilka dni powinni być gotowi na stosowanie nowych przepisów o przewadze kontraktowej. W tym miejscu niejeden zapyta – czy nowe przepisy są na tyle istotne, żeby uczestnicy rynku mieli się nimi przejmować? Może po prostu powinni przez jakiś czas stosować stare przepisy? Aby odpowiedzieć na te pytania, warto sobie uzmysłowić, w jakich sytuacjach i jak często będę one stosowane.

Otóż rynek FMCG to jeden wielki tętniący życiem organizm, który nie zatrzymuje się nawet na chwilę. Dostawy produktów spożywczych dojeżdżają codziennie do sklepów czy hurtowni, za co sklepy i hurtownie rozliczają się ze swoimi kontrahentami. Każda taka dostawa czy płatność to odrębna transakcja, która będzie podlegać nowym przepisom o przewadze kontraktowej. Pierwotnie przepisy miały wejść w życie 1 maja 2021 r., później przesunięto ten termin na 1 listopada 2021 r. Zgodnie z ostatecznym tekstem ustawy wejdzie ona w życie w terminie 14 dni od ogłoszenia.

Jak w takim stanie mają się odnaleźć przedsiębiorcy z branży FMCG? Mamy koniec jesieni, co dla większości z nich oznacza okres wytężonych przygotowań do świąt Bożego Narodzenia oraz czas intensywnych negocjacji umów na nowy rok kalendarzowy. Wiele sieci handlowych i dostawców rozpoczyna właśnie rozmowy na temat nowych umów i warunków handlowych, które będę obowiązywać w całym 2022 r., a często nawet dłużej. Na podstawie takich umów strony będą przeprowadzać tysiące, a może nawet miliony dostaw i transakcji. Dlatego odpowiednie negocjacje umów handlowych na kolejny rok – ze znajomością nowych przepisów – odgrywają kluczową rolę dla każdego uczestnika tego rynku.

Wbrew pozorom negocjacje nie sprowadzają się jedynie do kwestii ceny. Nie jest to prosty schemat: dostarczę tonę jabłek za kwotę x. W ramach negocjacji ustala się dodatkowo m.in. asortyment dostarczanych produktów, terminy i sposób płatności, rabaty (ich rodzaje i wysokość), miejsca i zasady dostaw, zasady zwrotu produktów, sposób ich promowania czy umiejscowienia w sklepie oraz wiele innych kwestii. Wszystkich tych zagadnień dotyczą właśnie nowe przepisy o przewadze kontraktowej. W świecie idealnym, negocjując zasady współpracy na rok 2022, dostawcy i sieci handlowe powinni już uwzględniać zasady wynikające z nowych przepisów. W świecie idealnym przepisy powinny być już uchwalone od kilku miesięcy, żeby przedsiębiorcy mogli się do nowych zasad przygotować, np. przez zmiany w systemach informatycznych czy księgowych.

W praktyce obecna sytuacja i negocjacje na rynku FMCG wyglądają trochę jak rozgrzewka przed meczem. Gracze rozgrzewają się i przygotowują się na nadchodzące wydarzenie (tutaj: nowe przepisy o przewadze kontraktowej), ale jeszcze nie wiedzą, czy będą grali w piłkę nożną czy w rugby. Marnym pocieszeniem jest jedynie to, że wszyscy konkurenci oraz sędzia (tutaj: prezes UOKiK) są w takiej samej sytuacji. Mamy nadzieję, że w tym meczu sędzia przed podniesieniem czerwonej kartki poinstruuje, jakie są zasady gry.

⇨ Czy umowy net-net są lekiem na całe zło?

Wielu przedsiębiorców po analizie projektu nowej ustawy o przewadze kontraktowej zastanawia się, czy to już czas, żeby przejść na system tzw. rozliczeń net-net. Innymi słowy, czy pod nowym reżimem prawnym relacje handlowe między dostawcami produktów rolnych i spożywczych a sieciami handlowymi powinny zostać ograniczone do prostego schematu: dostawa i płatność. Odpowiedź na to pytanie nie jest jednoznaczna. Wyjaśnijmy: umowy net-net nie przewidują świadczenia przez sieci handlowe jakichkolwiek usług na rzecz dostawców. Oznaczałoby to zaprzestanie świadczenia zarówno usług marketingowych (np. promowania produktów w gazetkach), jak i usług logistycznych, czyli przypadków, kiedy sieć handlowa przejmuje na siebie ciężar dostaw produktów dostawcy do poszczególnych sklepów. W konsekwencji sieć handlowa sama decydowałaby, czy w ogóle reklamować produkt X, w jaki sposób, z jaką częstotliwością oraz w jakich środkach przekazu. Dostawca mógłby się tylko biernie przyglądać, czy i jak promowany jest jego produkt. Jeden dostawca (mający więcej szczęścia) zobaczyłby swój produkt w reklamie telewizyjnej, inny zaś dostawca (bardziej pechowy) – jedynie w lokalnej gazetce wydrukowanej w 100 egzemplarzach.

Podobnie uznanie świadczenia usług logistycznych za „nieuczciwe wykorzystanie przewagi kontraktowej" dla wielu dostawców oznaczałby nie lada problemy. Obecnie dostawcy bardzo często dostarczają swoje produkty jedynie do wybranych punktów (magazynów, centrów logistycznych), z których sieć sama rozwozi je po wszystkich swoich sklepach. Gdyby takie usługi zostały zakazane (jako niezwiązane ze sprzedażą produktów rolnych lub spożywczych), duże sieci handlowe, posiadające sklepy rozsiane po całej Polsce, mogłyby oczekiwać dostaw bezpośrednio do wskazanych przez sieć sklepów. Gospodarstwo rolne z Podlasia musiałoby np. zorganizować transport 10 ton jabłek do Szczecina zamiast do najbliższego magazynu.

Ustawodawca lub prezes UOKiK nie powinni więc zbytnio ingerować w swobodę wyboru zasad rozliczeń czy świadczenia usług między dostawcami a sieciami handlowymi. Każdy dostawca czy każda sieć handlowa może mieć inne cele biznesowe czy marketingowe. Jeden dostawca (np. indywidualny rolnik) może nie być w ogóle zainteresowany promowaniem swoich produktów przez sieć czy sklep, podczas gdy inny (np. producent napojów) będzie opierał całą swoją sprzedaż na bardzo intensywnym marketingu. Jest to szczególnie istotne przy wprowadzaniu nowych produktów na rynek. W takich sytuacjach to producentowi czy dystrybutorowi zależy bardziej na promowaniu produktu niż samej sieci handlowej. Sklep detaliczny, przyjmując nowy, nieznany wcześniej produkt do sprzedaży, ponosi ryzyko jego niskiej rozpoznawalności, a tym samym słabej sprzedaży.

Dlatego słowo klucz przy projektowaniu relacji czy nowych umów pod reżimem nowej ustawy o przewadze kontraktowej to „wybór". Dostawca powinien mieć wybór – czy i z jakich usług świadczonych przez sklepy chce korzystać (np. czy woli sam dostarczać swoje produkty do poszczególnych sklepów, czy woli to zlecić sieci handlowej i samemu skupić się jedynie na produkcji). Jednocześnie sieć handlowa powinna mieć wybór – czy i jakie formy promocji czy usług logistycznych może zaoferować swoim dostawcom. W konsekwencji narzucanie wszystkim przedsiębiorcom jednego schematu postępowania czy modelu biznesowego może przynieść więcej szkód niż korzyści. Najczęściej na takich zmianach najbardziej tracą ci najmniejsi.

Jakie przygotowania warto podjąć już dziś

Jedno jest pewne: nowa ustawa o przewadze kontraktowej niebawem wejdzie w życie. Od tego momentu gracze na rynku FMCG powinni kształtować swoje relacje biznesowe według nowych zasad. Ich odzwierciedleniem powinny być prawidłowo skonstruowane umowy, warunki handlowe, ogólne warunki współpracy (OWU), porozumienia czy inne dokumenty regulujące współpracę z kontrahentami.

Poniżej przedstawiamy naszą subiektywną listę ośmiu działań, które każdy przedsiębiorca z branży FMCG powinien przeprowadzić, aby zmniejszyć ryzyko naruszenia nowej ustawy.

1. Przenalizuj, czy produkty, którymi handlujesz, podlegają nowej ustawie o przewadze kontraktowej. Jeśli podlegają, to zweryfikuj, czy należą do kategorii produktów łatwo psujących się (np. mleko, mięso) czy też innych (ma to wpływ na terminy płatności za dostawy).

2. Sprawdź poziom twoich rocznych obrotów (i ewentualnie całej twojej grupy kapitałowej).

Przy obrotach przekraczających 350 mln euro istnieje duże prawdopodobieństwo występowania przewagi kontraktowej wobec większości kontrahentów. Występowanie takiej przewagi samo w sobie nie oznacza niczego złego. Tylko nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej jest karane.

3. Zweryfikuj dotychczas obowiązujące umowy dostawy produktów rolnych lub spożywczych.

4. Sprawdź zasady podpisywania i obowiązywania umów z kontrahentami.

Strony powinny unikać ustaleń (w szczególności dotyczących polityki rabatowej), które miałyby zastosowanie do przeszłych i zamkniętych już okresów rozliczeniowych. Innymi słowy, strony umowy nie powinny stosować nowych lub zmienionych zasad (np. wyższych rabatów czy zmienionych terminów płatności) do dostaw lub transakcji, które zostały już zrealizowane w przeszłości. W ocenie prezesa UOKiK takie ustalenia mogą zaburzyć płynność finansową dostawców (głównie rolników), którzy na początku roku lub kwartału – polegając na zawartej umowie – zakładają określone przychody.

5. Usuń z umów najbardziej jednostronne i wątpliwe postanowienia, np. przyznające uprawnienia do jednostronnej zmiany wysokości rabatów lub terminu i miejsca dostawy produktów.

6. Przeanalizuj usługi świadczone przez nabywców na rzecz dostawców (w szczególności w zakresie promowania produktów) i zweryfikuj, czy zostały one jasno i jednoznacznie określone w umowie.

7. Przeanalizuj terminy, w jakich rozliczasz się z kontrahentami za dostarczone produkty rolne i spożywcze. Analiza powinna obejmować zarówno długość tych terminów, sposób ich obliczania, jak i weryfikację, czy te terminy są dotrzymywane.

8. Zbadaj zasady dostaw produktów (np. do sklepów lub fabryki producenta). Powinny być one jasno i wyraźnie określone w umowie. Nabywcy (odbiorcy) powinni ustalać z dostawcami przynajmniej przybliżone terminy dostaw poszczególnych partii produktów, tak, aby dostawcy nie byli zaskakiwani żądaniem dostarczenia produktów z dnia na dzień.

Czas na dostosowanie

Jedno z kluczowych pytań, jakie zadawać mogą sobie dziś przedsiębiorcy, brzmi: czy prezes UOKiK da przedsiębiorcom czas na dostosowanie umów, czy też będzie karał od razu po wejściu w życie nowych przepisów. Przypomnijmy, że dotychczas obowiązująca ustawa o przewadze kontraktowej została opublikowana pod koniec 2016 r., a weszła w życie w połowie 2017 r. Dodatkowo prezes UOKiK dał przedsiębiorcom czas na zapoznanie się i wdrożenie nowych przepisów, zanim zaczął nakładać na nich pierwsze kary. Pierwsza decyzja z zakresu wykorzystywania przewagi kontraktowej została wydana bowiem dopiero w maju 2018 r. – była to decyzja RBG-3/2018 w sprawie spółki Cykoria. Dotyczyła braku określenia sposobu wyznaczania terminów odbioru korzenia marchwi, pobierania od dostawców ustalonej odgórnie składki na Związek Producentów Cykorii i Warzyw oraz nieuzasadnionego wydłużania terminów płatności. Mimo stwierdzenia naruszeń prawa prezes UOKiK zdecydował się jedynie do zobowiązania spółki do zmiany zawartych z dostawcami umów – zrezygnował z nałożenia kary pieniężnej. Z kolei pierwsza kara pieniężna została nałożona dopiero w październiku 2019 r.
Analizując dotychczasowe działania prezesa UOKiK na rynku rolno-spożywczym, można wysnuć wniosek, że organ po pierwsze musiał sam nauczyć się nowych przepisów i stworzyć zasadną argumentację w sprawach z zakresu przewagi kontraktowej. Po drugie prezes UOKiK dał przedsiębiorcom czas na dostosowanie umów – pierwsza kara finansowa została nałożona ponad dwa lata od momentu obowiązywania przepisów. Dotychczasowe podejście pozwala zachować lekki optymizm w kontekście nowelizacji. Mamy nadzieję, że pierwsze sankcje nie pojawią się prędko oraz że raczej będą miały charakter zobowiązaniowy, a nie finansowy. ©℗

Działania organu nadzoru w zakresie przewagi kontraktowej

Aktualna ustawa o przewadze kontraktowej obowiązuje od czterech lat. Od momentu wejścia przepisów w życie w połowie 2017 r. organ wydał osiem decyzji, z czego w pięciu zdecydował się jedynie nałożyć zobowiązania do zmian zawartych umów, a w trzech nałożył na przedsiębiorców kary.

Aż siedem spraw dotyczyło przetwórców, a tylko jedna – najświeższa – sieci handlowej. Suma kar finansowych nałożonych na przedsiębiorców wyniosła 733 mln zł (z czego 723 mln zł pochodziło z kary nałożonej na sieć handlową Biedronka). Większość decyzji w sprawie przewagi kontraktowej dotyczyła nieuzasadnionego wydłużania terminów płatności oraz niedotrzymywania uzgodnionych terminów płatności. Zdecydowanie rzadziej organ karze za wykorzystywanie przewagi kontraktowej w postaci np. pobierania nieuzgodnionych wcześniej z kontrahentem rabatów retro.

Oto przykładowe praktyki kwestionowane przez prezesa UOKiK:

▶ **Brak określenia sposobu wyznaczania terminów odbioru**
(decyzja nr RBG-3/2018 w sprawie firmy Cykoria)
Co zakwestionowano? Zgodnie z umową dostawcy byli informowani o terminie i miejscu dostawy najpóźniej na trzy dni przed planowaną datą dostawy. W konsekwencji rolnik nie mógł zaplanować prac polowych i zbiorów, bo nigdy nie wiedział, kiedy zostanie wezwany do dostawy. Taka klauzula nie dawała gwarancji równomiernego odbioru surowca od zakontraktowanych dostawców. Jedni mogli być wzywani regularnie, a inni bardzo rzadko.

Jaka była rekomendacja prezesa UOKiK? Zasadne byłoby wskazanie w sposób przybliżony początku dostaw konkretnych odmian korzenia marchwi oraz sposobu wyznaczania kolejnych terminów dostaw dla producentów, przy zachowaniu zasady równomierności w zakresie odbioru surowca.

Sankcja: zobowiązanie do zmiany umowy.

▶ **Nieuzasadnione wydłużanie terminu płatności – 60 dni od zakończenia dostaw w danym miesiącu**
(decyzja nr RBG-3/2018 w sprawie firmy Cykoria)
Co zakwestionowano? Postanowienia zawarte w umowie wydłużały termin płatności do 60 dni od zakończenia dostaw w danym miesiącu. Skutkowało to tym, że dostawcy musieli czekać na płatność czasem nawet 90 dni od daty dostawy. Dostawa odbywała się pierwszego dnia miesiąca, a termin był liczony 60 dni od końca miesiąca. Dodatkowo opóźniono moment, od którego liczony był termin zapłaty. Prezes UOKiK uznał powyższe postanowienia za naruszenie prawa.

Sankcja: zobowiązanie do zmiany umowy.

▶ **Nieuzasadnione wydłużanie terminów płatności**
(decyzja nr RBG-7/2019 w sprawie firmy Südzucker)
Co zakwestionowano? Termin płatności zawarty w umowach wynosił sześć miesięcy od dnia doręczenia faktury. Organ uznał tak znaczące wydłużenie terminu płatności za wykorzystywanie przewagi kontraktowej.

Sankcja: zobowiązanie do zmiany umowy.

▶ **Niedotrzymywanie uzgodnionych terminów płatności**
(decyzja nr RBG-15/2019 w sprawie firmy T.B. Fruit)
Co zakwestionowano? Prezes UOKiK uznał niedotrzymywanie uzgodnionych terminów płatności za wykorzystywanie przewagi kontraktowej. Przedsiębiorca w umowie deklarował 30 dni na zapłatę, jednak faktyczny termin wykonania opłat wynosił 100 dni z uregulowaniem należności, a najdłuższe opóźnienie wyniosło prawie rok.

Sankcja: kara pieniężna ok. 8,3 mln zł.

▶ **Pobieranie rabatów retro nieuzgodnionych wcześniej z dostawcami**
(decyzja nr RBG-13/2020 w sprawie sieci Biedronka)
Co zakwestionowano? Prezes UOKiK zakwestionował żądanie przez sieć rabatu retro. Udzielenie tego rabatu następowało na podstawie porozumień/aneksów zawieranych między stronami dopiero na koniec okresu rozliczeniowego lub już po jego upływie. Istnienie rabatu ani możliwość jego udzielenia nie zostały uregulowane w łączącej strony umowie. To sprawiło, że dostawca nie miał wiedzy, czy w danym okresie rozliczeniowym będzie zobowiązany do udzielenia rabatu ani jaka będzie jego wysokość. To z kolei mogło mieć znaczący wpływ na opłacalność prowadzonej przez niego działalności. Brak pewności wpływał na planowane inwestycje, opracowywanie i wprowadzanie innowacji, nowych linii produktów czy rozwiązań technologicznych. Dodatkowo niepewność co do ostatecznego poziomu cen sprzedanych już produktów utrudniała dostawcy rzetelne przygotowanie się do negocjacji warunków kontraktu na przyszłość.

Sankcja: kara pieniężna ok. 723 mln zł.

Obecnie wiadomo o co najmniej siedmiu nowych toczących się postępowaniach, z czego cztery dotyczą przetwórców, a trzy – sieci handlowych. Możemy zatem zauważyć, że prezes UOKiK zaczął uważniej przyglądać się wykorzystywaniu przewagi kontraktowej przez detalistów. Trend ten zapewne utrzyma się w najbliższym czasie. ©℗

Inna aktywność prezesa UOKiK

Prezes UOKiK wykazał się dużą aktywnością w ostatnim czasie w zakresie postępowań dotyczących przewagi kontraktowej.

▶ **Akcja COVID 100.** W związku z rozwojem pandemii od kwietnia do czerwca 2020 r. prezes UOKiK prowadził na szeroką skalę akcję „COVID 100". W jej ramach organ skontrolował ok. 100 podmiotów z sektora rolno-spożywczego pod kątem płacenia na czas swoim dostawcom oraz sprawdził, czy epidemia nie była pretekstem do wprowadzania niekorzystnych zmian w umowach z mniejszymi kontrahentami. Prezes UOKiK sprawdzał m.in. sieci handlowe oraz największych producentów w branży mięsnej, mleczarskiej, przetwórstwa owoców, warzyw, zbóż i roślin oleistych. Organ chwalił się, że na skutek jego działań przedsiębiorcy uregulowali niemal 500 mln zł zaległych należności swoim dostawcom oraz powstrzymali się od wprowadzenia gorszych niż dotychczas warunków współpracy.

▶ **Raport o rabatach handlowych.** Po zakończonej akcji „COVID 100" prezes UOKiK w 2021 r. opublikował raport o stosowanych przez sieci handlowe rabatach handlowych. Z raportu m.in. wynika, że praktyką naruszającą przepisy ustawy o przewadze kontraktowej może być stosowanie polityki rabatowej, która w sposób nieuczciwy obniża należności kontrahentów z tytułu dostawy produktów rolnych lub spożywczych. Poza tym prezes UOKiK co do zasady nie zamierza ingerować w ustalenia stron umowy w zakresie wysokości ceny produktów dostarczanych do sieci handlowej. Nie wyklucza jednak ingerencji w zakresie polityki rabatowej sieci handlowej.
Jaki wniosek płynie z raportu dla pozostałych firm? Przedsiębiorcy powinni zwrócić uwagę, aby główne ustalenia dotyczące kontraktów z dostawcami, w tym rabatów, były finalizowane przy zawarciu pierwotnej umowy lub jej przedłużeniu na kolejny okres. Inne przypadki zmiany warunków handlowych pomiędzy stronami powinny wynikać z nadzwyczajnych i obiektywnych okoliczności. Z kolei rabaty ustalane dopiero na etapie współpracy (czyli po podpisaniu umowy na dany okres) mogą budzić zastrzeżenia UOKiK. Poza tym prezes UOKiK uznaje za niekorzystne dla dostawców jednoczesne stosowanie wobec nich wielu rabatów (np. miesięcznych, kwartalnych i rocznych). ©℗

PRENUMERATA: Cena prenumeraty DZIENNIKA GAZETA PRAWNA: Wersja Standard – miesięczna (listopad 2021 r.): 158,00 zł; listopad – grudzień 2021 r.: 339,70 zł; Wersja Premium – miesięczna (listopad 2021 r.): 177,00 zł; listopad – grudzień 2021 r.: 380,55 zł; wszystkie ceny brutto (zawierają 8% VAT). Więcej informacji na stronie www.gazetaprawna.pl/prenumerata