

Ewa Nowińska

Wprowadzające w błąd praktyki rynkowe

1. Uwagi wprowadzające

Zakaz wywoływania mylnych wyobrażeń stanowi konsekwencję zasady posługiwania się w obrocie prawdziwymi oznaczeniami i informacjami. Zakłada ona, iż podmioty uczestniczące w walce konkurencyjnej nie będą podejmowały działań celowo fałszywych lub mogących wywołać omyłki (zwykle na korzyść działającego) po to, aby przyciągnąć klientów. O tym, czy w konkretnym przypadku z działaniem takim mamy do czynienia, decyduje szereg okoliczności towarzyszących, a jedną z bardziej istotnych jest ustalenie, o jaki produkt chodzi (tzw. masowy czy kupowany bardziej okazjonalnie), co zwykle determinuje równocześnie kategorię odbiorców, a więc również poziom ich percepcji (por. definicję przeciętnego konsumenta, zawartą w art. 2 pkt 8 u.p.n.p.r., w której m.in. stwierdzono, iż odpowiednich ocen dokonuje się z uwzględnieniem przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa.

O znaczeniu ochrony rynku w tym zakresie świadczy dyrektywa nr 2005/29/ o nieuczciwych praktykach handlowych. W pkt 14 preambuły podkreślono mianowicie, że *nieuczciwe praktyki handlowe wprowadzające w błąd, uniemożliwiają konsumentowi dokonanie świadomego, a zatem efektywnego wyboru*. Działania takie zostały zdefiniowane w art. 6 dyrektywy, zaś w art. 7 wskazano niedozwolone zaniechania wywołujące taki skutek. W załączniku wymieniono niedozwolone w każdych okolicznościach praktyki handlowe, także te wprowadzające w błąd. Rozwiązania te przeniesiono do polskiego systemu prawnego właściwie w zmienionym kształcie.

Wywoływanie konfuzji należy uznać za praktykę mającą szczególnie negatywny wpływ na decyzje konsumenckie. Zwykle poprzez zawartą w nich zachętę mobilizują nabywcę do dokonania wyboru, którego – znając rzeczywisty stan rzeczy – raczej by nie podjął. Nie dziwi zatem staranna, prawna ochrona rynku w tym zakresie. Nie oznacza to, że jest ona skuteczna. Ciągłe bowiem spotykamy w obro-

cie komunikaty, które bądź są nieprawdziwe, bądź mylące, zaś taka właśnie ich treść lub forma jest dla klientów atrakcyjna (w rodzaju sms-sów o treści: *wygrałeś 10 tys. zł! Wystarczy przesłać pusty sms na numer...*). Zagrożona jest w ten sposób swoboda podejmowania świadomych decyzji rynkowych, mających przecież bezpośrednie skutki ekonomiczne. Z tego choćby względu uważa się, że wprowadzanie w błąd należy do jednego z najbardziej konsekwentnie zwalczanych naruszeń uczciwych stosunków rynkowych. Delikt taki został także wskazany we wspomnianej pierwszej regulacji dot. zakazu działań nieuczciwych, tj w art. 10 bis Konwencji paryskiej o ochronie własności przemysłowej z 1883 r.¹

W ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji został ujęty jako jeden z podstawowych czynów niedozwolonych (por. np art. 5, 10,14, 16 ust. 1 pkt 2).

Szczegółowe wskazanie w omawianym akcie prawnym działań i zaniechań stanowiących przypadki czynów wprowadzających w błąd, niewątpliwie pomoże także w zidentyfikowaniu analogicznych deliktów na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nadto, naruszenie postanowień ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym może także zostać ocenione jako działanie sprzeczne z prawem w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Poniżej przedstawiono bliższe uwagi dotyczące zakazu wprowadzania w błąd w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

2. Wprowadzające w błąd praktyki rynkowe

W art. 5 ustawy znajdujemy nie tylko wskazanie, kiedy praktyka rynkowa wprowadzająca w błąd jest niedozwolona (ust. 1), lecz także ustawodawca przykładowo wskazuje te spośród nich, które uznał za podstawowe naruszenia ekonomicznych interesów konsumenta (ust. 2 i 3). Przepis ten otrzymał brzmienie:

1. Praktykę rynkową uznaje się za działanie wprowadzające w błąd, jeżeli działanie to w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.
2. Wprowadzającym w błąd działaniem może być w szczególności:
 - 1) rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji;
 - 2) rozpowszechnianie prawdziwych informacji w sposób mogący wprowadzać w błąd;
 - 3) działanie związane z wprowadzeniem produktu na rynek, które może wprowadzać w błąd w zakresie produktów lub ich opakowań, znaków towarowych, nazw handlowych lub innych oznaczeń indywidualizujących przedsiębiorcę lub jego produkty, w szczególności reklama porównawcza w rozumieniu art. 16 ust. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
 - 4) nieprzestrzeganie kodeksu dobrych praktyk, do którego przedsiębiorca dobrowolnie przystąpił, jeżeli przedsiębiorca ten informuje w ramach praktyki rynkowej, że jest związany kodeksem dobrych praktyk.

¹ Por. E. Nowińska, M. du Vall, w: *Konwencja paryska o ochronie własności przemysłowej*, praca zbiorowa, Warszawa 2008, s. 283 i n.

3. Wprowadzające w błąd działanie może w szczególności dotyczyć:
 - 1) istnienia produktu, jego rodzaju lub dostępności;
 - 2) cech produktu, w szczególności jego pochodzenia geograficznego lub handlowego, ilości, jakości, sposobu wykonania, składników, daty produkcji, przydatności, możliwości i spodziewanych wyników zastosowania produktu, wyposażenia dodatkowego, testów i wyników badań lub kontroli przeprowadzanych na produkcie, zezwoleń, nagród lub wyróżnień uzyskanych przez produkt, ryzyka i korzyści związanych z produktem;
 - 3) obowiązków przedsiębiorcy związanych z produktem, w tym usług serwisowych i procedury reklamacyjnej, dostawy, niezbędnych usług i części;
 - 4) praw konsumenta, w szczególności prawa do naprawy lub wymiany produktu na nowy albo prawa do obniżenia ceny lub do odstąpienia od umowy;
 - 5) ceny, sposobu obliczania ceny lub istnienia szczególnej korzyści cenowej;
 - 6) rodzaju sprzedaży, powodów stosowania przez przedsiębiorcę praktyki rynkowej, oświadczeń i symboli dotyczących bezpośredniego lub pośredniego sponsorowania, informacji dotyczących sytuacji gospodarczej lub prawnej przedsiębiorcy lub jego przedstawiciela, w tym jego imienia i nazwiska (nazwy) i majątku, kwalifikacji, statusu, posiadanych zezwoleń, członkostwa lub powiązań oraz praw własności przemysłowej i intelektualnej lub nagród i wyróżnień.
4. Przy ocenie, czy praktyka rynkowa wprowadza w błąd przez działanie, należy uwzględnić wszystkie jej elementy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposób jego prezentacji.

Jak widzimy, w przywołanym powyżej przepisie wskazane zostały praktyki niedozwolone, polegające na **działaniu**. W kolejnym art. 6 ustawy wskazano niedozwolone **zaniechania**, wywołujące bądź mające zdolność wywołania wprowadzającego w błąd skutku. O praktyce tej będzie dalej mowa.

Jak wspomniano, w art. 5 ust. 1 opisano sytuację, w której ocenianemu działaniu można przypisać niedozwolony skutek. Otóż ma to miejsce wówczas, gdy działanie *w jakikolwiek sposób powoduje lub powodować może podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął²*.

W ten sposób nawiązano do klauzuli generalnej tej ustawy, równocześnie na potrzeby uregulowanego tu deliktu wskazano, że ocenie tej podlega **wstępny etap decyzyjny**, mianowicie jej **podejmowanie**, poprzez możliwość zniekształcenia lub faktyczne zniekształcenie zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta, które dodatkowo musi być „istotne”. W ten sposób ukierunkowano dokonywanie stosownych ocen. I tak, zawarta w danym przekazie konfuzja musi mieć co najmniej **potencjalną możliwość** wpływania na decyzje rynkowe przeciętnego konsumenta danego rynku asortymentowego, podejmowane na etapie przedmownym. Jest to możliwość abstrakcyjna, nie jest tu zatem wymagane wykazanie, że doszło do dezinformacji.

Kolejno w ust. 2 art. 5 ustawodawca przykładowo („w szczególności”) wymienia wprowadzające w błąd działania. Zostaną one przybliżone poniżej.

² Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*s. 185 i n.; M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 92 i n.

Rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji

Nie wymaga bliższego uzasadnienia ujęty w przepisie zakaz. Nieprawdziwa informacja o towarze lub usłudze, jeśli ma zdolność wpływania na decyzje konsumentów, zawsze stanowi działanie niedozwolone, naruszając nie tylko interesy ekonomiczne konsumenta lecz także negatywnie wpływając na sytuację rynkową innych jego uczestników (por. np. art. 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Prawdziwość kierowanych do konsumentów przekazów jest nie tylko obowiązkiem etycznym, lecz także wynika z odpowiednich rozwiązań prawnych. Zgodnie bowiem z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 27.07.2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie kodeksu cywilnego (Dz.U. nr 141, poz. 1176 ze zm.), informacja przekazywana do konsumenta powinna być „jasna, rzetelna i uczciwa”. Choćby dwie ostatnie przesłanki wykluczają posługiwanie się w obrocie nieprawdą. Zakaz powyższy jest wzmocniony treścią omawianego przepisu u.p.n.p.r.

Nieprawdziwy komunikat rynkowy to taki, który buduje mylne wyobrażenie o rzeczywistym stanie rzeczy. Najczęściej jest on zawarty w działaniach marketingowych okołoproduktowych. Niekiedy także niedozwolony skutek wprost wywiera opakowanie i zawarte na nim informacje (np. o „delikatesowym” charakterze wyrobu, o jego „naturalności” czy skuteczności). Najczęstszą formą komunikacji przedsiębiorcy z klientami jest jednak reklama, która z zasady „przerysowuje” właściwości oferty. Trudno jest generalnie wskazać przypadki, w których do niedozwolonego skutku dochodzi (por. art. 16 ust. 1 pkt. 2 u.z.n.k.). Ułatwiałoby niewątpliwie stosowne oceny przeniesienie do tekstu ustawy zawartego w art. 5 ust. 3 *in fine* dyrektywy 2005/29 zwrotu wskazującego, że *powszechna i zgodna z prawem jest praktyka reklamowa polegająca na wygłaszaniu przesadzonych twierdzeń lub twierdzeń, których nie należy rozumieć dosłownie*. Jeśli zważyć, iż także polski przeciętny uczestnik rynku generalnie „nauczył” się już „odczytywać” przesadę reklamową, to o nieprawdziwości zawartego w niej przekazu będą decydowały konkretne okoliczności zindywidualizowanego przypadku (takie jak: jego treść i forma, w świetle percepcji modelowego przeciętnego uczestnika danego segmentu rynku, warunki sprzedaży, rodzaj towaru i inne). Przykładowo, zapewne prawidłowo oceni „wyjątkową” skuteczność kolejnego szamponu, ale już nie do końca trafnie zrozumie komunikat opisujący korzyści płynące z takiego czy innego kredytu bankowego. Korzyści wynikające z tekstu reklamy, nie zawsze pokrywają się z rzeczywistością, której adresat zwykle nie zna, a nawet nie rozumie odpowiednich informacji o charakterze ekonomicznym.

Rozpowszechnianie prawdziwych informacji w sposób mogący wprowadzić w błąd

I takie informacje mogą mieć wprowadzający w błąd charakter. Zwykle skutek ten wywołuje np. komunikat typu: *naturalne płatki kukurydziane*. Jest to twierdzenie, które implikuje rzecz oczywistą, a mianowicie, że mają one „naturalne” pochodzenie, co może wywołać wrażenie, że inne są „nienaturalne”. Podobnie może być

odebrana reklama „Sok bez dodatku cukru”. Informację taką należy sprawdzić w składzie, gdyż producenci zgodnie z odpowiednimi przepisami mogą cukier dodać, choć w ograniczonej, niewielkiej ilości (praktykę tę można także zakwalifikować do grupy nieprawdziwych informacji).

Za niedozwolone wprowadzenie w błąd Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) uznał reklamę „Laptop z modemem i Podem tylko za 1 zł”. Cena umieszczona była na laptopie, a tymczasem wskazana w tekście kwota tego produktu nie dotyczyła. Zasadniczo zatem, informacja była prawdziwa, jednak sposób jej umieszczenia wywoływał mylący skutek.

Działanie związane z wprowadzeniem produktu na rynek, które może wprowadzać w błąd w zakresie produktów lub ich opakowań, znaków towarowych, nazw handlowych lub innych oznaczeń indywidualizujących przedsiębiorcę lub jego produkty, w szczególności reklama porównawcza w rozumieniu art. 16 ust. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zakaz powyższy powinien przenosić do ustawy rozwiązanie zawarte w art. 6 ust. 2 pkt a) dyrektywy, za niedozwoloną praktykę uznające

każdy rodzaj wprowadzenia produktu na rynek, w tym reklamę porównawczą, który powoduje mylenie produktów, znaków towarowych, nazw handlowych, lub innych znaków rozpoznawczych przedsiębiorcy i jego konkurenta.

Zastosowana w polskich przepisach terminologia nawiązuje do odpowiednich przepisów zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności wprost przywołując jej art. 16 ust. 3. Także w odniesieniu do innych wprowadzających w błąd działań możemy znaleźć odpowiedniki we wskazanym ostatnio akcie prawnym. Pozwoli to na pomocnicze sięgnięcie do utrwalonych na jej gruncie interpretacji. Zauważyć w tym kontekście należy, iż w omawianej ustawie zawężono reklamę komparatywną do jej postaci zdefiniowanej przepisem. Podobnego ograniczenia nie znajdujemy w odpowiedniej regulacji unijnej, co może prowadzić do odmiennych ocen, aniżeli w pozostałych państwach, jeśli zważyć, iż definicja reklamy porównawczej ujęta w dyrektywie Rady 84/450/EWG z 10 września 1984 r. dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (zmienionej dyrektywą 97/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6.10.1997 r.) jest nieco odmienna od polskiej.

W omawianym przepisie zawarty został – nieznanym dotąd polskiemu systemowi – termin w postaci „nazw handlowych” wskazanych w dyrektywie, zaś wcześniej ujętych w postanowieniach Konwencji paryskiej. W tym zakresie należy przede wszystkim przywołać oceny wyrażane na gruncie Konwencji, wskazujące przedmiot ochrony. Otóż przez nazwę handlową (*trade name, nom commercial, Handelsname*) rozumie się zwykle nazwę, pod którą przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą. Tym różni się od firmy czy innego oznaczenia indywidualizującego przedsiębiorcę, że musi spełniać funkcję dystynktywną. Na marginesie, historycznie projektowano wprowadzenie odpowiedniej ochrony do prze-

pisów ustawy Prawo własności przemysłowej, jednakże w końcowej części prac nad jej przygotowaniem zrezygnowano z tego pomysłu.

Przechodząc do bardziej szczegółowych uwag, na wstępie należy podkreślić, iż w omawianym przepisie ustawodawca ocenia działanie „wprowadzające produkt na rynek”. *Prima facie* wydawałoby się, że obejmują one jedynie fazę wstępną, tj. pierwszy moment rynkowego zaistnienia produktu w obrocie. Należy jednak uznać, że z niedozwoloną praktyką będziemy mieli do czynienia także wówczas, gdy w trakcie jego funkcjonowania na rynku dochodzi np. do mylącej zmiany jego wyglądu zewnętrznego, opakowania. W każdym jednak razie, poza ocenami dokonywanymi na gruncie art. 5 ust. 1 pkt 3) należy pozostawić fazę wstępną, poprzedzającą wejście produktu do obrotu (cyrkulacja wewnętrzna produktu, łącznie z obrotem hurtowym, w którym nie uczestniczy konsument w rozumieniu ustawy).

Przepis ten chroni konsumenta przed każdym rodzajem działań związanych z wprowadzeniem produktu, choć wskazano, na czym wywołanie niedozwolonej na jego gruncie konfuzji może polegać. Praktyki takie określane są mianem niebezpieczeństwa wprowadzenia zamieszania na rynku.

Zawarte w omawianym przepisie wyliczenie niedozwolonych działań rozpoczyna wprowadzenie w błąd, co do „produktów lub ich opakowań”. Zwykle ma to miejsce w odniesieniu do ich wyglądu zewnętrznego. W interpretacji tej przesłanki pomocne może być sięgnięcie do odpowiednich rozwiązań zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i przyjmowanych na jej tle stanowisk. W szczególności podobną kwestię reguluje art. 13 ustawy, zgodnie z którym:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest naśladowanie gotowego produktu, polegające na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu.
2. Nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji naśladowanie cech funkcjonalnych produktu, w szczególności budowy, konstrukcji i formy zapewniającej jego użyteczność. Jeżeli naśladowanie cech funkcjonalnych gotowego produktu wymaga uwzględnienia jego charakterystycznej formy, co może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu, naśladowca jest zobowiązany odpowiednio oznaczyć produkt.

Artykuł ten sankcjonuje naśladownictwo w wąskim zakresie, a mianowicie obejmuje nim przypadki, w których dla przeciętnego odbiorcy nie jest właściwie możliwe odróżnienie kopii od oryginału (tzw. niewolnicze naśladownictwo). Z istoty swojej naśladownictwo jest działaniem zamierzonym (świadomym).

Dla wyznaczenia właściwego zakresu zastosowania przepisu art. 13 u.z.n.k. konieczne jest ustalenie, co należy rozumieć pod pojęciem „gotowy produkt”. Po pierwsze, zgodnie z językowym znaczeniem sformułowanie gotowy produkt oznacza wytwór w ostatecznej postaci, tzn. takiej, w której jest (lub może być) wprowadzany do obrotu³. Gotowym produktem w tym znaczeniu jest zarówno

³ M. Poźniak–Niedzielska, S. Sołtysiński, w: *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, pod red. J. Szwai, wyd. 2, Warszawa 2006 (cyt. dalej Szwaja, *Komentarz*, 2006), s. 521.

wyrób finalny, jak i jego określone, będące przedmiotem samodzielnego obrotu, elementy (części zamienne). Może to być również skopiowany element zestawu konkurenta, zapewniający jego kompatybilność z zestawem własnym. Zawarty w hipotezie art. 13 wymóg **skopiowania gotowego** produktu powoduje, że do jej zrealizowania nie wystarcza kopiowanie jedynie używanych przez konkurenta oznaczeń i opatrywanie nimi wprowadzanych do obrotu wyrobów; gotowym produktem są bowiem te wyroby, a nie oznaczenia. Po drugie, z art. 13 wynika, iż prawnie relevantny jest taki tylko gotowy produkt, który został na tyle zindywidualizowany, żeby mógł być przedmiotem walki konkurencyjnej; klienci muszą go łączyć z określonym producentem lub szczególnymi cechami produktu. Po trzecie, hipotezą art. 13 ust. 1 objęte są akty naśladownictwa wyrobów konkretnego przedsiębiorcy⁴. Chodzi tutaj więc o przypadki zawłaszczania owoców cudzej pracy. Brak zatem podstaw do sankcjonowania przypadków, w których naśladowany produkt nie stanowiłby osiągnięcia przedsiębiorcy, lecz byłby już wcześniej składnikiem wiedzy powszechnej. Podobnie należy ocenić sytuację, gdy wyrób wprowadzony do obrotu przez danego przedsiębiorcę stałby się następnie częścią wiedzy powszechnej (np. gdyby ustały prawa wyłączne, o czym była wyżej mowa). Błąd stanowi delikt nieuczciwej konkurencji wówczas, gdy dochodzi do tego skutku lub dojść może w odczuciu przeciętnego konsumenta (uczestnika) danego rynku asortymentowego. Zostaje on usunięty poprzez np. wyraźne wskazanie, kto jest rzeczywistym producentem.

Nieco inne przesłanki decydują o popełnieniu czynu niedozwolonego, opierającego się o wprowadzenie w błąd na gruncie art. 10 ustawy. Zgodnie z tym przepisem:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów lub usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich.
2. Czynem nieuczciwej konkurencji jest również wprowadzenie do obrotu towarów w opakowaniu mogącym wywołać skutki określone w ust. 1, chyba że zastosowanie takiego opakowania jest uzasadnione względami technicznymi.

Ustawodawca objął hipotezą art. 10 nie tylko oznaczenia indywidualizujące, lecz także **informacje opisowe** związane z towarem (usługą).

Przepis ten chroni uczestników rynku przed wprowadzaniem w błąd co do pochodzenia oraz co do innych istotnych cech (właściwości) towarów lub usług. W tym zakresie wprowadza on wyłączność (monopol) korzystania z danego oznaczenia (kolorystyki, grafiki, układu), kształtu opakowania itp. po stronie pierwszego używającego.

Jeśli chodzi o pierwszą przesłankę, to obejmuje ona w każdym razie wszelkie oznaczenia indywidualizujące towar, tj. przede wszystkim znak towarowy lub

⁴ Por. P. Podrecki, E. Traple, *Przejęcie lub naśladownictwo formy zewnętrznej cudzego produktu jako czyn nieuczciwej konkurencji*, ZNUJ PIPWI 2001, z. 77, s. 29 i n.

nazwę (firmę) przedsiębiorstwa, jak również inne elementy, np. charakterystyczną kolorystykę, która wywołuje jednoznaczne skojarzenia z określonym producentem (typu: charakterystyczna kolorystyka wyrobów czekoladowych *Milka*). Indywidualizacja co do pochodzenia następuje nie tylko przez znaki towarowe i nazwę (firmę) – rolę tę pełnią również np. zdjęcia, symbole, kształt opakowania. Zakaz, o którym mowa, jest istotny, gdyż często z pochodzeniem od określonego przedsiębiorstwa wiąże się jakość towaru, na którą klienci zwracają uwagę i która przyciąga odbiorców do danego produktu.

Warto podkreślić, iż szczególnie dobra konsumpcyjne jednorazowego użytku (np. artykuły spożywcze, kosmetyczne, używki) kupuje się niejako automatycznie, nie koncentrując uwagi na finezyjnych różnicach w zakresie oznaczeń indywidualizujących. Stąd w odniesieniu do takich produktów zwiększa się ryzyko konfuzji co do pochodzenia, maleje w znacznym stopniu w odniesieniu do towarów (usług) trwałego użytku, które nabywa się na dłuższy czas. Zwykłą tendencją jest tu większa staranność w wyborze, w szczególności w odniesieniu do ich producenta⁵.

Wracając do art. 10 ust. 2, za wprowadzające w błąd może być uznane także zastosowane **opakowanie**. Jest ważnym elementem marketingu – w wielu przypadkach właśnie ono decyduje o powodzeniu rynkowym produktu. Dlatego też zdarza się, że nieuczciwi przedsiębiorcy stosują opakowania, które mogą klientów wprowadzić w błąd co do pochodzenia towaru lub usługi albo sugerować, że mają oni do czynienia z produktem takim jak ten, który już funkcjonuje na rynku, bądź takim, który stanowi jego substytut. Tacy przedsiębiorcy naśladują opakowanie innego producenta, w różny zresztą sposób⁶.

Artykuł 10 pozwala na dokonanie ocen w zakresie możliwości wprowadzenia w błąd nie tylko w zakresie kształtu opakowania, lecz także jego kolorystyki, użytej grafiki, napisów. Szczególnie często dochodzi do wykorzystania w sposób nieuczciwy pierwszego ze wskazanych elementów, tj. kolorystyki. Ma ona istotne znaczenie dla produktów kupowanych masowo, przy których mniejszą uwagę zwraca się na producenta, kierując się przy wyborze właśnie znaną sobie kolorystyką. Niekiedy także nowatorski kształt opakowania produktów kupowanych masowo może być rynkowo istotny. Przejęcie go przez kolejnego producenta może wprowadzić w błąd co do pochodzenia właśnie ze względu na wypromowanie tego kształtu przez pierwszego przedsiębiorcę. W wyroku z 11 października 2001 r.⁷ Sąd Najwyższy podkreślił, iż dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji w postaci niedozwolonego naśladownictwa opakowań innego przedsiębiorcy i sprzedaż w nich wyrobów własnych, stanowi czyn niedozwolony w ro-

⁵ Por. E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 160 i n.

⁶ Zob. M. Poźniak-Niedzielska, *Różne oblicza tego samego czynu nieuczciwej konkurencji*, w: *Księga pamiątkowa ku czci profesora Janusza Szewczyka*, ZNUJ PIPWI 2004, z. 88, s. 225 i n.

⁷ II CKN 578/99, OSNC 2002, nr 6, poz. 83.

zumieniu art. 10 ust. 2 i może uzasadniać odpowiedzialność deliktową także za szkodę w postaci *lucrum cessans*.

W tym kontekście przywołać należy również orzeczenie Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z 29 kwietnia 2004 r.⁸, w którym stwierdzono, iż zarzut naruszenia tego przepisu jest w rozpatrywanym przypadku zasadny, gdyż powód jako pierwszy wprowadził do obrotu produkty z określonymi oznaczeniami słownymi i graficznymi. Porównanie opakowań stron nie pozostawia wątpliwości, co do licznych, ewidentnych, nieprzypadkowych podobieństw. Stwarza to ryzyko pomyłki w zakresie pochodzenia produktu. Istotne jest przy tym także stwierdzenie sądu, iż wśród ogromnej liczby możliwych zastosowań charakterystycznych oznaczeń wybrano podobną kompozycję etykiet czy opakowań.

Dla omawianego zakazu, zawartego w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym znaczenie może mieć także art. 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wedle tego przepisu:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.
2. Wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o:
 - 1) osobach kierujących przedsiębiorstwem;
 - 2) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach;
 - 3) stosowanych cenach;
 - 4) sytuacji gospodarczej lub prawnej.
3. Rozpowszechnianiem wiadomości, o których mowa w ust. 1, jest również posługiwanie się:
 - 1) nieprzystługującymi lub niecisłymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami o kwalifikacjach pracowników;
 - 2) nieprawdziwymi atestami;
 - 3) nierzetelnymi wynikami badań;
 - 4) nierzetelnymi informacjami o wyróżnieniach lub oznaczeniach produktów lub usług.

Jak widzimy, wskazano tu przykładowo szereg przypadków, w których ma miejsce możliwość wywołania niedozwolonego skutku. Mając na uwadze, iż literatura i orzecznictwo są na gruncie u.z.n.k. stosunkowo bogate, można posiłkowo odpowiednimi wskazówkami kierować się także w omawianym zakresie niedozwolonych praktyk.

Ustawa ta kolejno w pkt 3 ust. 2 art. 5 wprost nawiązuje do jednego z szeregu działań reklamowych, które zakłócić mogą konsumencki proces decyzyjny. Mowa jest o **reklamie porównawczej**, uregulowanej w art. 16 ust. 3 u.z.n.k. Całość zatem ocen dotyczących tej praktyki kierować się musi treścią przywołanego przepisu u.z.n.k. Jest to dość obszerna i trudna interpretacyjnie regulacja, o następującej treści:

⁸ V GC 125/03, niepubl.

Reklama umożliwiająca bezpośrednio lub pośrednio rozpoznanie konkurenta albo towarów lub usług oferowanych przez konkurenta, zwana dalej „reklamą porównawczą”, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami. Reklama porównawcza nie jest sprzeczna z dobrymi obyczajami, jeżeli łącznie spełnia następujące przesłanki:

1. nie jest reklamą wprowadzającą w błąd, o której mowa w ust. 1 pkt 2;
2. w sposób rzetelny i dający się zweryfikować na podstawie obiektywnych kryteriów porównuje towary lub usługi zaspokajające te same potrzeby lub przeznaczone do tego samego celu;
3. w sposób obiektywny porównuje jedną lub kilka istotnych, charakterystycznych, sprawdzalnych i typowych cech tych towarów i usług, do których może należeć także cena;
4. nie powoduje na rynku pomyłek w rozróżnieniu między reklamującym a jego konkurentem, ani między ich towarami albo usługami, znakami towarowymi, oznaczeniami przedsiębiorstwa lub innymi oznaczeniami odróżniającymi;
5. nie dyskredytuje towarów, usług, działalności, znaków towarowych, oznaczeń przedsiębiorstwa lub innych oznaczeń odróżniających, a także okoliczności dotyczących konkurenta;
6. w odniesieniu do towarów z chronionym oznaczeniem geograficznym lub chronioną nazwą pochodzenia odnosi się zawsze do towarów z takim samym oznaczeniem;
7. nie wykorzystuje w nieuczciwy sposób renomy znaku towarowego, oznaczenia przedsiębiorstwa lub innego oznaczenia odróżniającego konkurenta ani też chronionego oznaczenia geograficznego lub chronionej nazwy pochodzenia produktów konkurencyjnych;
8. nie przedstawia towaru lub usługi jako imitacji czy naśladownictwa towaru lub usługi opatrzonych chronionym znakiem towarowym, chronionym oznaczeniem geograficznym lub chronioną nazwą pochodzenia albo innym oznaczeniem odróżniającym.

Jednakże podstawowy jest dla prowadzonych rozważań pkt. 2 ust. 1 art. 16 wskazujący, że *reklama nie może wprowadzać w błąd, jeżeli błąd ten wpływa lub może wpłynąć na podjęcie przez klienta odpowiedniej decyzji rynkowej.*

Skuteczne postawienie odpowiedniego zarzutu wymaga **równoczesnego** spełnienia dwóch przesłanek. Pierwsza to wprowadzenie w błąd, tj. wywołanie u klienta niezgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy wyobrażenia o towarze lub usłudze⁹. Drugą jest możliwość podjęcia pod wpływem błędu decyzji dotyczącej nabycia towaru lub usługi. Obojętne jest przy tym, czy treść reklamy jest fałszywa (nieprawdziwa), czy myląca, jak również obojętne jest wina sprawcy. Niedozwolony skutek wywołać mogą różnego rodzaju przekazy, w tym przede wszystkim informacje nieprawdziwe, niepełne mimo że prawdziwe, zbyt ogólnikowo sformułowane bądź wieloznaczne. Jak podkreślił to Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z 19 maja 2005 r.¹⁰, wprowadzenie w błąd może polegać na pominięciu w reklamie istotnej dla konsumenta informacji, za którą należy uznać cenę towaru. Sprawa dotyczyła reklamy, której przedmiotem była sprzedaż mieszkań. Podano w niej m.in. cenę metra kwadratowego, która nie odpowiadała jego cenie rzeczywistej, gdyż nie uwzględniała podatku. Postęp techniczny pociąga za sobą nowe możliwości, w tym niestety także w zakresie dokonywanych naruszeń.

⁹ Por. I. Wiszniewska, w: J. Szwaia, *Komentarz* 2006, s. 688 i n.

¹⁰ XVII Ama 11/04, Lex Polonica nr 407644.

Mowa o Internecie, który stosowany na potrzeby przedsiębiorców może wywoływać błędne przeświadczenia, w szczególności co do pochodzenia produktu, w związku z posługiwaniem się określonym znakiem towarowym lub nazwą (firmą) w tzw. meta-tags czy odwołaniach.

Klientem jest przeciętny adresat reklamy, traktowany *in abstracto*. Tak więc rolą sędziego jest jego określenie na potrzeby rozpatrywanej sprawy. Jeśli kierować się treścią tego przepisu na potrzeby omawianej praktyki, to byłby nim przeciętny konsument. Wzorzec ten ma charakter ocenny. Przypomnieć należy, iż w pkt 18 preambuły dyrektywy 2005/29/WE podkreślono, iż test przeciętnego konsumenta nie jest testem statycznym. W celu ustalenia typowej reakcji przeciętnego konsumenta w danym przypadku krajowe sądy i organy administracyjne będą musiały polegać na własnej umiejętności oceny. Z doświadczeń wynika także, że do wyników badań należy się odnosić z dużą dozą krytycyzmu. Nie podważając prawidłowości stosowanych metod i rzetelności ośrodków badawczych, należy podkreślić, iż często to treść zadanych pytań podpowiada odpowiedź, nie mówiąc już o tym, iż respondenci kierują się niekiedy nie własnymi przekonaniem, lecz „odgadują”, jakiej odpowiedzi oczekuje pytający.

Krajowe sądy z konieczności budowały model, o którym mowa. I tak – przykładowo – w orzeczeniu Sądu Najwyższego z 3 grudnia 2003 r.¹¹, podkreślono, że kryteria mające kształtować wzorzec przeciętnego konsumenta i ustalenia dotyczące przesłanek określonych w art. 16 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. nie mogą pomijać możliwości samodzielnej weryfikacji uzyskanych informacji i wyobrażeń przez adresata reklamy o towarze, warunkach panujących na określonym segmencie rynku, a także potrzeb, do zaspokojenia których uczestnik rynku zmierza, podjąwszy decyzję o nabyciu reklamowanego towaru. Znaczenie rodzaju oferty i jej wpływu na tworzenie modelu konsumenta rozważał warszawski Sąd Apelacyjny w wyroku z 6 grudnia 2007 r.¹² Wskazał mianowicie, że specyfika wyszukiwania, rezerwacji zakupu biletów lotniczych przez Internet w systemie on-line powoduje, że rozmieszczona w nim reklama usług tanich linii lotniczych kierowana jest do oznaczonego kręgu konsumentów. Wprowadzająca w błąd (niepełna) reklama nie ma w tych okolicznościach zdolności do wpływania na decyzję jej adresatów co do zakupu usług. Podkreślić warto, iż sąd w przywołanym orzeczeniu odniósł się także do wielce istotnej kwestii, a mianowicie wskazał, iż wprowadzająca w błąd treść reklamy musi mieć realną zdolność wpływania na decyzje klientów. Okoliczność tę podkreślił warszawski Sąd Apelacyjny w orzeczeniu z 20 grudnia 2007 r., I ACa 905/07¹³, wskazując, że zamieszczenie nieprawdziwych informacji o gratisowym lub częściowo gratisowym nabyciu produktu w sytuacji, gdy klient nabywa go odpłatnie lub po cenie nie zawierającej obniżki, jako reklama wprowadzająca w błąd, jest czynem nieuczciwej konkurencji.

¹¹ I CK 358/02, Lex Polonica nr 367103.

¹² VI ACa 842/07, OSA 2009, nr 2, poz. 7.

¹³ OSA 2009, nr 8, poz. 26, s. 44.

Podkreślić należy, że nie jest przy tym konieczne rzeczywiste nabycie towaru czy usługi, omawiany przepis zakazuje bowiem prowadzenia reklamy wprowadzającej w błąd w wypadku, gdy **może** ona wpłynąć na decyzję klienta. Dokonując stosownych ocen, organ orzekający nie ma więc obowiązku ustalania faktycznych skutków rynkowych takiej reklamy.

Nieprzestrzeganie kodeksu dobrych praktyk, do którego przedsiębiorca dobrowolnie przystąpił, jeżeli przedsiębiorca ten informuje w ramach praktyki rynkowej, że jest związany kodeksem dobrych praktyk.

Od kilku lat panuje w Polsce „moda” na dobrowolne przyjmowanie, zwykle w ramach branż, zespołu reguł określających normy akceptowanych zachowań, niekiedy nawet bardziej restrykcyjne aniżeli odpowiednie rozwiązania prawne. Zwykle sporo miejsca zajmuje nich określenie zasad prowadzenia reklamy. Definicję takich kodeksów znajdujemy w art. 2 lit. f) dyrektywy, wedle której:

„kodeks postępowania” oznacza umowę lub zbiór zasad, które nie są wymagane na mocy przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych Państwa Członkowskiego i które definiują postępowanie przedsiębiorców, którzy zobowiązali się do przestrzegania kodeksu w odniesieniu do jednej lub większej liczby określonych praktyk handlowych lub sektorów działalności gospodarczej.

Zmieniona nieco w polskiej ustawie terminologia nie opisuje odmiennego od wskazanego w dyrektywie kodeksu.

Zakazem wskazanym w art. 6 ust. 2 lit. b) dyrektywy objęte zostało

nieprzestrzeganie przez przedsiębiorcę obowiązków zawartych w kodeksach postępowania, do których przestrzegania się zobowiązał, jeżeli: 1) obowiązek taki nie opiera się jedynie na samym zamiarze jego wykonania lecz jest wiążący i możliwy do zweryfikowania; 2) przedsiębiorca zaznacza w ramach praktyki handlowej, że jest związany kodeksem.

Omawianym przepisem zarówno unijny, jak i polski ustawodawca, chronią zaufanie konsumenta do przedsiębiorcy, budowane m.in. informacją od niego pochodzącą, iż w swojej praktyce rynkowej stosuje się do określonych obowiązków, których przestrzeganie ma także służyć prawidłowemu komunikowaniu się z nabywcami, przestrzeganiu godziwych zasad w ramach konkurencji, samoograniczeniu w odniesieniu do treści i formy promocji itp. Konsument otrzymując taką informację pozostaje zatem w przekonaniu, że ma do czynienia z rzetelnym przedsiębiorcą, godzącym się na ograniczenia ze względu na dobro wszystkich uczestników obrotu.

W świetle omawianego przepisu, za niedozwoloną praktykę uznano **nieprzestrzeganie postanowień kodeksu**, choć **jedynie** w sytuacji, gdy **informuje** konsumentów o fakcie związania takimi postanowieniami.

Rozwiązanie zawarte w ustawie różni się nieco od przywołanego rozwiązania unijnego, nie zawiera bowiem cytowanego powyżej pkt 1. Pamiętając, że jest to

dyrektywa zupełna, dla interpretacji krajowych przepisów należy kierować się przywołanym art. 6 ust. 2 lit. b).

Dalsze przypadki wprowadzających w błąd działań – ust. 3 art. 5 ustawy

Obszerny art. 5 ustawy wskazuje przykładowo szereg dalszych przypadków **działań** wprowadzających w błąd. Za takie uznaje (w kolejności) komunikaty dotyczące **istnienia produktu, jego rodzaju i dostępności** (pkt 1) ust. 3 art. 5). Niewątpliwie mogą one mieć decydujący wpływ na rynkowe wybory konsumentów, jeśli więc są mylące muszą zostać uznane za nieuczciwe. Za takie uznać można np. zapewnienia co do możliwości otrzymywania nagród w programach lojalnościowych, jeśli nagrody te są trudno dostępne choćby ze względów czasowych. Jeśli produkt taki jest w ogóle niedostępny, to dodatkowo może to być **przypadek reklamowej przyneęty**, niedozwolony w każdych okolicznościach (art. 7 pkt 5 ustawy). Co do rodzaju produktu można wskazać, że np. informacja o jego „delikatesowym” smaku, czy ekskluzywności wykonania może w tym zakresie wprowadzać w błąd. Na marginesie warto podkreślić, iż analizując poszczególne przesłanki omawianego czynu można zauważyć pokrywanie się ich. I tak, konfuzja co do **rodzaju produktu** może stanowić równocześnie przypadek **informacji nieprawdziwej lub mylącej**, czy też (o czym niżej) wprowadzających w błąd informacji co do **cech produktu**, jego jakości itp. – pkt 2 ust. 3 art. 5. Przepis ten wskazuje, że jako niedozwoloną praktykę traktuje się w szczególności wprowadzenie w błąd co do:

cech produktu, w szczególności jego pochodzenia geograficznego lub handlowego, ilości, jakości, sposobu wykonania, składników, daty produkcji, przydatności, możliwości i spodziewanych wyników zastosowania produktu, wyposażenia dodatkowego, testów i wyników badań lub kontroli przeprowadzanych na produkcie, zezwoleń, nagród lub wyróżnień uzyskanych przez produkt, ryzyka i korzyści związanych z produktem.

Lektura przepisu po raz kolejny prowadzi do refleksji, że ustawodawca usilnie starał się dopasować tę ustawę do postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przywołany przepis znajduje odbicie w hipotezach takich przepisów u.z.n.k., jak art. 8 i 9, ust. 1, art. 10 czy art. 14. Nie do końca jednak ujęte zostały przesłanki zawarte w art. 6 ust. 1 lit. b) dyrektywy, w którym to przepisie mowa jest o *głównych cechach produktu, takich jak jego dostępność, związane z nimi korzyści i ryzyko, wykonanie, skład, wyposażenie dodatkowe, usługi po sprzedaży i procedura reklamacyjna, sposób i data produkcji lub wykonania, dostawa, przydatność, zastosowanie, ilość, specyfikacja, pochodzenie geograficzne lub handlowe, spodziewane rezultaty jego zastosowania lub wyniki i istotne cechy testów lub kontroli przeprowadzonych na produkcie*. Po raz kolejny zatem oba teksty wykazują różnice, wbrew pełnemu charakterowi dyrektywy¹⁴. Oznacza to jednak, że przy interpretacji

¹⁴ Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 219; M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 119 i n.

ustawowych rozwiązań musimy sięgać do unijnych przesłanek i w ich duchu prowadzić oceny¹⁵.

Jeśli zważyć, co podkreślono powyżej, iż większość przywołanych przesłanek ustawowych powiela te, które zawarte są w u.z.n.k., to wobec braku praktyki ugruntowanej na tle ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, niewątpliwie co najmniej pomocniczo stosować należy poglądy i orzecznictwo wyrażane na gruncie pierwszej ze wskazanych ustaw.

Ilustracyjnie zatem przedstawię kilka uwag. Niewątpliwie, w szeregu przypadków dokonujemy zakupu kierując się **pochożeniem geograficznym** towaru (usługi). Dotyczy to nie tylko (choć przede wszystkim) towarów spożywczych lecz także i przemysłowych (hawańskie cygara, niemieckie auta, amerykańskie jeansy, włoskie buty i inne). Stąd jesteśmy skłonni zapłacić więcej właśnie ze względu na miejsce wytworzenia produktu. Niewątpliwie zatem wprowadzenie w błąd w tym zakresie ma bezpośredni wpływ na decyzje rynkowe. Z tego choćby względu przepisy zarówno międzynarodowe jak i krajowe czuwają nad prawidłowością ich używania. W Polsce odpowiednie zakazy zawarte są przede wszystkim w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie zatem z art. 8

czynem nieuczciwej konkurencji jest opatrywanie towarów lub usług fałszywym lub oszukańczym oznaczeniem geograficznym wskazującym bezpośrednio albo pośrednio na kraj, region lub miejscowość ich pochodzenia albo używanie takiego oznaczenia w działalności handlowej, reklamie, listach handlowych, rachunkach lub innych dokumentach.

Delikt ten może zostać popełniony zarówno poprzez fałszywe, bezpośrednie przywołanie nazwy geograficznej w obojętnej formie gramatycznej (np. krakowskie dla określenia towaru nie pochodzącego z tego miasta) lecz także mylące (oszukańcze posłużenie się jednoznacznie kojarzonym symbolem, takim jak zamki wawelski, warszawska Syrenka, czy londyński Big Ben¹⁶).

A z przypadkami takimi mamy w praktyce do czynienia. Tak np. gdański Sąd Wojewódzki uznał, iż umieszczenie na etykiecie alkoholu produkowanego poza Szkocją oznaczenia „Rob Roy” jest oszukańcze¹⁷. Sąd niemiecki uznał oznaczenie „Holenderski Likier” dla alkoholu produkowanego wprawdzie z holenderskich ziół lecz poza terenem tego kraju, za niedozwolone¹⁸. Istnieje jednak pewna różnica w porównywanych regulacjach. Otóż art. 8 u.z.n.k. dla skutecznego postawienia zarzutu **nie wymaga** wykazania nawet **potencjalnego wprowadzenia w błąd**, podczas gdy **jest to warunek** zawarty w omawianym przepisie ustawy o przeciw-

¹⁵ Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 219 i n.

¹⁶ Por. M. Poźniak-Niedzielska, w: Szwaja, *Komentarz*, 2006, s. 340 i n.; E. Nowińska, w: E. Nowińska, M. du Vall, U. Promińska, *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2011, s. 436 i n.; I. Barańczyk, *Ochrona prawna oznaczeń geograficznych*, Warszawa 2008, s. 161 i n.

¹⁷ Wyrok z 27.02.1996 r., sygn. IXGC 543/95, niepubl. Por. E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 129 i n.

¹⁸ Por. I. Barańczyk, *Ochrona prawna oznaczeń geograficznych*, Warszawa 2009, s. 164.

działaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, przesądzający o możliwości skorzystania z gwarantowanej nim ochrony.

Kolejny przepis, tj. art. 9 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje:

1. Jeżeli towar lub usługa w miejscu pochodzenia korzysta z ochrony, a z pochodzeniem z określonego regionu lub miejscowości są związane ich szczególne cechy lub właściwości, czynem nieuczciwej konkurencji jest fałszywe lub oszukańcze używanie takich chronionych oznaczeń geograficznych i chronionych nazw pochodzenia.
2. Czynem nieuczciwej konkurencji jest także używanie oznaczeń i nazw, o których mowa w ust. 1, nawet z dodatkiem „rodzaj”, „typ”, „metoda” albo równoznacznym.

Przywołana regulacja obejmuje tzw. kwalifikowane oznaczenia geograficzne tj. takie, którymi opatrywane są towary o szczególnych właściwościach, wynikających z przymiotów miejsca geograficznego, z którego pochodzą. Znamy wina Tokaj, szynkę parmeńską, koniaki. Nazwy takie **korzystają z ochrony w kraju pochodzenia** i z tego względu uprawnieni mogą także i w Polsce powoływać się na wskazany przepis. Ochrona jest także i tu **niezależna od wprowadzenia w błąd**, co do pochodzenia geograficznego, gdyż – jak się podkreśla – w tym przypadku chodzi o wyeliminowanie z obrotu pasożytniczego działania polegającego na wykorzystywaniu renomy, jaką cieszy się dany produkt ze względu na miejsce pochodzenia¹⁹. Również interesy nabywców mogą być zagrożone w przypadku fałszywego lub oszukańczego używania chronionych oznaczeń geograficznych i nazw²⁰. Na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, kierując się generalnie treścią art. 9 u.z.n.k. należy pamiętać, że i tu musi się wykazać **co najmniej możliwość wywołania błędu** co do geograficznego pochodzenia. Zazwyczaj nie będzie to trudne, gdyż oznaczenia kwalifikowane są powszechnie znane, jak również przymioty opatrywanych nimi towarów. Jednakże możemy mieć do czynienia także z przypadkami, w których ochrona odniesień geograficznych obejmuje produkty, które w innym państwie nie są dostatecznie rozpoznawalne. Wówczas strona dowodowa może być utrudniona.

Zgodnie z art. 9 u.z.n.k., nie jest także dozwolone – spotykane przecież w obrocie – używanie zwrotów: typ, rodzaj, metoda. Zakaz ten jest niezależny od możliwości wywołania wprowadzającego w błąd skutku. O tym, czy działanie takie będzie także niedozwolone na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, przesądzać będzie ocena, czy zwrot taki może wywołać konfuzję co do rzeczywistego pochodzenia produktu (np. wino typu Tokaj), która to cecha zwykle decyduje o wyborze rynkowym konsumenta.

Jeśli chodzi o błąd co do **ilości**, to z punktu widzenia art. 10 ust. 1 u.z.n.k., istotne jest także wrażenie, jakie wywołuje towar wraz z opakowaniem. Do wprowadzenia w błąd często może dochodzić w odniesieniu do tych produktów, które

¹⁹ Por. M. Poźniak-Niedzielska, w: Szwaja, *Komentarz*, 2006, s. 358.

²⁰ Co do tej terminologii por. E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 139 i n.; I. Barańczyk, *Ochrona prawna...*, s. 162 i n.

oferowane są w tubach czy umieszczane w dodatkowym opakowaniu (często tak się dzieje w przypadku produktów kosmetycznych).

Powodem wątpliwości klientów może być informacja o jakości produktu w powiązaniu z opisem ocennym typu „delikatesowe wyroby wiejskie” czy „najzdrowsza karma dla zwierząt”. Dla współczesnej diety istotna jest informacja o zawartości cukru. Stąd wskazanie, że produkt jest go pozbawiony w istotny sposób wpływa na decyzje rynkowe nabywcy. Może to być mylące, gdyż np. do soku dodano inne substancje słodzące. Na marginesie, aktualnie do 1 litra soku może być dodane 150 g cukru. Na podstawie projektowanych zmian w prawie Unii, ma to być zabronione. Chętnie także wabi się klienta komunikatem o „ekologicznym” produkcie, czy że nie zawiera on konserwantów. Z oczywistych względów dla klientów istotne jest, aby nie wprowadzać ich w błąd co do jakości czy zawartości **produktów żywnościowych**. W tym zakresie zarówno w Polsce, jak i w Unii Europejskiej, przewidziano wiele przepisów szczególnych. Jeśli chodzi o rozwiązania krajowe, to należy przywołać przykładowo ustawę z 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia²¹ czy ustawę z 21 grudnia 2000 r. o jakości handlowej artykułów rolnospożywczych²².

Przypomnę, że w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zakaz wprowadzających w błąd działań zawarty został także w art. 14, który jako delikt traktuje m.in. rozpowszechnianie nieprawdziwych lub mylących wiadomości o produkcie, stosowanych cenach, posługiwanie się nierzetelnymi wynikami badań, rozpowszechnianie nierzetelnych informacji o wyróżnieniach czy odznaczeniach. Praktyki takie zostały wskazane także w omawianym art. 5 ust. 3 pkt 2) u.p.n.p.r., można zatem sięgnąć pomocniczo także do literatury i orzecznictwa wydanego na gruncie art. 14 u.z.n.k. Przykładowo, obie ustawach za nieuczciwe uznają powoływanie się na wprowadzające w błąd atesty i takie wyróżnienia czy nagrody. W praktyce z takimi przypadkami mamy do czynienia np. w sytuacji, gdy w reklamie wskazuje się na wynikające z przeprowadzonych badań akceptowanie produktu, podczas gdy badania były prowadzone na niewielkiej grupie uczestników bądź w odległym czasie. Z chwaleniem się nagrodami czy wyróżnieniami może być podobnie. Ich przyznanie jest niekiedy efektem odpowiedniego zamówienia, przeprowadzonego nieprofesjonalnie nie przez merytoryczną instytucję badawczą. Warto niekiedy sprawdzić, co oznacza taka nagroda, kto ją przyznaje i na jakich zasadach.

Niedozwolony i wskazany omawianym przepisem ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym skutek może zostać wywołany w odniesieniu do **ryzyka i korzyści**, jakie są związane z używaniem produktu. Informacje takie mają szczególne znaczenie w odniesieniu do produktów leczniczych. W zakresie ich reklamy restrykcyjne zasady przewidziane są w ustawie z 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tekst jednolity Dz.U. 2004, nr 53, poz. 533 ze zm.).

²¹ Dz.U. nr 171, poz. 1225 ze zm.

²² tekst jedn. Dz.U. 2005, nr 187, poz. 1577 ze zm.

W szczególności odpowiednie zakazy obejmują wprowadzanie w błąd, nieobiektywne prezentowanie takiego produktu, nakazując komunikować o racjonalnym stosowaniu leku – art. 53 ustawy. W literaturze podkreślono, że w świetle powyższej regulacji pominięcie jakiegoś elementu doniosłego dla kupującego lub wskazanie na nieadekwatną do rzeczywistej skalę zagrożeń, nie będzie uważane za przedstawienie obiektywne. Nawet gdy w pozostałym zakresie dostarczono w przekazie informacje prawdziwe²³. Przykładowo GIF wstrzymał reklamę leku Atrozol w związku z pominięciem informacji o niezbędnych środkach ostrożności przy stosowaniu leku i konsekwencjach niestosowania się do nich. Wskazując możliwe naruszenia przypomnę, że otrzymujemy niekiedy zapewnienie, że inny lek nie jest tak skuteczny, co w wielu przypadkach nie jest prawdą; zapewnia się nas o pozytywnym skutku zdrowotnym, co jest możliwe, ale w określonych sytuacjach itd. Podobnie wiele reklam preparatów kosmetycznych zawiera co najmniej mylące informacje. Tak np. wskazanie, że dany produkt zmniejsza wypadanie włosów „o 66%” musi być potwierdzone rzetelnymi badaniami. Podobnie informacja o „widocznym” wpływie kremu na redukcję zmarszczek, czy skutecznością produktu dietetycznego. Wszystkie dające się zweryfikować informacje muszą być prawdziwe i dostosowane do percepcji przeciętnego nabywcy takiego produktu.

Kolejno w pkt. 3) ust. 3 art. 5 za wprowadzające w błąd praktyki uznano działania polegające na podawaniu informacji o takim właśnie skutku, dotyczących **obowiązków przedsiębiorcy związanych z produktem, w tym usług serwisowych i procedury reklamacyjnej, dostawy, niezbędnych usług i części**. Aby nie naruszyć cyt. przepisu przedsiębiorca powinien nie tylko powstrzymać się od pewnych działań, lecz także **podejmować starania** w celu właściwego poinformowania konsumenta o produkcie i o umownych warunkach korzystania z niego. Jeśli chodzi o procedurę reklamacyjną, to odpowiednie postępowanie nie powinno być nadmiernie utrudnione, co zwykle wpływa na odstąpienie nabywcy od skorzystania z takich możliwości. W tym zakresie szereg razy interweniował Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, m.in. w odniesieniu do koniecznych dokumentów przedstawianych przewoźnikowi lotniczemu w celu reklamacji zaginionego bagażu.

Procedura reklamacyjna została uregulowana w ustawie z 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej (Dz.U. nr 141, poz. 1176 ze zm.). Przedsiębiorca (sprzedawca) ma obowiązek umieszczania w dokumencie gwarancyjnym informacji, że gwarancja na sprzedany towar nie wyłącza, nie ogranicza ani nie zawiesza uprawnień kupującego, wynikających z niezgodności towaru z umową – art. 13 ust. 4 tej ustawy²⁴. To uprawnienie nabywcy nie może być zatem zmienione umownie. Szczególnie istotne dla konsumenta w świetle tych postanowień jest to, że przedsiębiorca nie może ograniczać jego praw przyznając nabywcy np. jedynie uprawnienie do naprawy lub wymiany towaru.

²³ Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 235.

²⁴ Por. M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 128.

W pkt. 4 ust. 3 art. 5 wskazano, iż wprowadzenie w błąd może dotyczyć **praw konsumentów, w szczególności prawa do naprawy lub wymiany produktu na nowy albo prawa do obniżonej ceny lub do odstąpienia od umowy**. Niebezpieczna dla podejmowanych decyzji jest oczywiście myląca informacja o cenach. To ona zwykle wabi klienta, zachęca do kupna. Rozmaite są przy tym „sposoby” wywoływania konfuzji: od komunikatów o znacznych obniżkach cen towarów, podczas gdy tylko nieliczne z nich są objęte obniżką, po komunikaty o promocji, choć jest to „zwykła” wyprzedaż. W tym przypadku nieuczciwość tkwi w użyciu słowa „promocja”, które niesie za sobą określony przekaz, a mianowicie, że czas trwania oferty jest z jednej strony krótki, zaś w tym czasie ceny niższe, aniżeli po jej ustaniu.

Szczególnie narażone na wprowadzające w błąd praktyki są osoby kupujące za pośrednictwem Internetu. Odpowiednie prawa i obowiązki przy tak dokonywanym zakupie reguluje umowa zawierana na odległość²⁵. Ustawa obejmuje najróżniejsze usługi, z których korzysta się za pośrednictwem Internetu, np. usługi turystyczne, tzw. hostingowe, udostępnianie domen internetowych, usługi providerskie, przesyłanie różnych informacji i danych, usługi bankowe, finansowe itp. Wiele osób kupuje takie towary w ten właśnie sposób. Brakuje tu bezpośredniego kontaktu nie tylko ze sprzedawcą, ale i z nabywanym produktem. Może to wywoływać szereg nieporozumień i zawodów; np. kupujemy biżuterię, która w rzeczywistości jest zupełnie inna niż na zdjęciu; wymiar ubrania nie pasuje do sylwetki itd. Ze względu na sposób zakupu ustawa przewiduje możliwość odstąpienia od umowy bez podania przyczyn, składając pisemne oświadczenie w terminie 10 dni od dnia wydania rzeczy lub od zawarcia umowy (jeśli dotyczy ona usług). Informacja o takiej możliwości musi znajdować się na stronie. Jest to swoisty wyjątek od zasady swobody zawierania umów oraz zasady pewności obrotu cywilnoprawnego. Został wprowadzony do umów z udziałem konsumentów właśnie z uwagi na specyfikę handlu elektronicznego, czyli zawieranie umowy bez fizycznej obecności stron, na odległość. Niestety, informacja ta jest bardzo często pomijana lub zawiera błędy (wskazuje np. termin odstąpienia od umowy krótszy niż wspomniane 10 dni). Czasami można spotkać się z zastrzeżeniem, że konsumentowi wolno odstąpić od umowy za zapłatą oznaczonej sumy (odstępne). Jest to niedopuszczalne. Podobnie jak zastrzeżenie np. „sklep internetowy nie wypożycza sprzętu do testowania i z tego powodu klient nie może odstąpić od umowy kupna”. Nie oznacza to, że klient od umowy odstąpić nie może.

Z kolei przepisy dotyczące umów zawieranych poza lokalem przedsiębiorstwa²⁶ przewidują możliwość odstąpienia od umowy bez podania przyczyny. Jest to przejaw troski ustawodawcy o konsumenta, który kupując poza sklepem,

²⁵ ustawa z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną; Dz.U. z 2002 r. nr 144, poz. 1204 (dalej: u.ś.u.d.e.)

²⁶ ustawa z 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny; Dz.U. nr 22, poz. 271 ze zm.

punktem sprzedaży, jest zwykle narażony na natarczywe nagabywanie sprzedawcy. Może zatem podjąć niekorzystną czy niechciana decyzję rynkową, chcąc zakończy spotkanie. Także ustawa o kredycie konsumenckim z 20 lipca 2001 r. (Dz.U. nr 100, poz. 1081 ze zm.) zawiera własne postanowienia dotyczące zasad odstąpienia od umowy. Inna sprawa, czy konsument właściwie je rozumie. Zawilgość procedur oceniana oczami przeciętnego konsumenta, może stanowić podstawę oceny, czy są one zgodne z uczciwymi zasadami rynkowymi.

Wskazane powyżej akty prawne mogą służyć interpretacji praw konsumenta, o których mowa także w omawianym pkt 3 ust. 3 art. 5 u.p.n.p.r. Jeśli chodzi o uprawnienia związane z **naprawą lub wymianą produktu**, to wskazuje je ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej w art. 8.

Omawiany przepis ustawy poprzez użycie zwrotu „w szczególności” wskazuje, że w zakresie działań wprowadzających w błąd co praw przysługujących konsumentowi, mogą mieć miejsce i inne, niewymienione praktyki.

Kolejny, pkt 4) ust. 3 art. 5 ustawy, zakazuje praktyki polegającej na wprowadzaniu w błąd konsumenta co do jego praw, w szczególności prawa do **naprawy lub wymiany produktu na nowy lub prawa do obniżenia ceny lub do odstąpienia od umowy**. Komentarz do tego punktu ustawy jest właściwie tożsamy z uwagami zamieszczonymi powyżej, co do praw konsumenta. Są one więc aktualne i w tym miejscu rozważać.

Wedle kolejnego pkt. 5 ust. 3 art. 5 ustawy, **niedozwolone jest wprowadzanie w błąd co do ceny, sposobu obliczania ceny lub istnienia szczególnej korzyści cenowej**. Jest oczywiste, że to zwykle cena przesądza o decyzjach rynkowych konsumentów. Ma istotną wagę w odniesieniu do towarów kupowanych masowo co nie oznacza, że w odniesieniu do produktów luksusowych nie ma znaczenia. Zasady jej ustalania reguluje ustawa z 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. nr 97, poz. 1050 ze zm.). Zgodnie z jej art. 3 ust. 1 pkt 1 oraz art. 12 ust. 2, przedsiębiorca jest zobowiązany do udzielenia konsumentowi rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji w tym zakresie. Cena powinna być ceną brutto. W taki też sposób powinna być podawana do informacji publicznej na każdym etapie cyrkulacji rynkowej towaru czy usługi, a więc i w reklamie. Wprowadzić w błąd może w szczególności niepełna informacja cenowa przewoźnika lotniczego, np. nie uwzględniająca dodatkowych, obowiązkowych opłat lotniskowych czy konieczności płacenia za bagaż powyżej określonej wagi. Ostatnio wiele z osób korzystających z komórek otrzymuje informacje w wielce zachęcającej formie, z których wynika, że po przesłaniu sms-a otrzymają atrakcyjną nagrodę. Zwykle, zachęcenie komunikatem, wysyłamy odpowiednią wiadomość, co uruchamia lawinę dalszych sms-ów od organizatora. Są one płatne, o czym właściwie nie jesteśmy informowani w sposób, który jest czytelny dla przeciętnego konsumenta. Cena jest tu zatem tak podana, że wprowadza w błąd, stanowiąc – moim zdaniem – niedozwoloną praktykę rynkową.

Jak wspomniano, w szeregu przypadków w błąd wprowadza komunikat reklamowy, np. zestawienie dwóch produktów, z których jeden jest wysokiej klasy

i z tego względu powinien być drogi, drugi zaś był dość przyjemnym dodatkiem. Niska cena, którą przeciętny konsument mógł łączyć z drogim produktem, *de facto* dotyczyła tego właśnie dodatku, co z reklamy nie wynikało²⁷.

Omawiając niedozwolone praktyki cenowe, można przywołać zakaz zawarty w art. 16 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przewidujący, że

reklama porównawcza związana z ofertą specjalną powinna, w zależności od jej warunków, jasno i jednoznacznie wskazywać datę wygaśnięcia tej oferty lub zawierać informację, że oferta jest ważna do czasu wyczerpania zapasu towarów bądź zaprzestania wykonywania usług, a jeżeli oferta specjalna jeszcze nie obowiązuje, powinna wskazywać również datę, od której specjalna cena lub inne szczególne warunki oferty będą obowiązywały²⁸.

Celem takich akcji jest zachęcenie do skorzystania z oferty, której główną zaletą jest niższa cena. Z tego względu ustawodawca starał się wskazać, jakie są konieczne elementy takiej reklamy²⁹. Ograniczenia te są także wskazówką dla omawianej praktyki.

Zdarza się, że informacje bankowe, szczególnie zawarte w reklamie, są wprowadzające w błąd co do korzyści pieniężnych związanych z określoną ofertą. Nieczytelne wskazanie czasu trwania promocji, realnego oprocentowania za czas lokaty, a nie w skali rocznej, niepełność komunikatu – stanowią podstawowe sposoby mające na celu zachęcenie do skorzystania z oferowanej lokaty, konta, pożyczki itp. Podobna uwaga dotyczy ofert w zakresie sprzedaży nieruchomości, często dopiero z umowy dowiadujemy się, jaka jest rzeczywista cena np. metra mieszkania, z reklamy nie wynikała, gdyż nie uwzględniono podatku od towarów i usług, niejasno informowano o waloryzacji w trakcie trwania budowy. Charakterystyczny przykład przytacza R. Stefanicki³⁰. Otóż w umowie znalazła się klauzula w brzmieniu: *Cena zwiększy się według procentowego wskaźnika wzrostu cen w budownictwie (...) określonego w opracowaniu „Secocenbud” dla obiektu X*. Wprawdzie poinformowano o możliwej zmianie, ale w sposób, który dla przeciętnego nabywcy jest nie do ustalenia. A przecież zgodnie z zasadami uczciwego obrotu, to nie do nabywcy należy obliczanie ceny. Oczywiście, szczególnie w odniesieniu do długoterminowych inwestycji, nie da się z góry określić ceny końcowej, która może ulec zmianie np. poprzez działania ustawodawcy czy ruchy cenowe innych przedsiębiorców związane ze zwiększonym zapotrzebowaniem na dane towary (np. zwiększenie podatku VAT). Jednakże takie sytuacje są z góry nie do przewidzenia, stąd odpowiednie postanowienia kontraktowe jasno powinny wskazać sytuacje, w których do nieprzewidzianych zmian cenowych dojść może.

Kolejno, za niedozwolone uznano – zgodnie z pkt. 6 ust. 3 art. 5 ustawy – wprowadzające w błąd praktyki dotyczące:

²⁷ Por. bliżej R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 256–257.

²⁸ Por. bliżej E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 270.

²⁹ Por. J. Szwaja, w: Szwaja, *Komentarz*, 2006, s. 550.

³⁰ R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 262.

rodzaju sprzedaży, powodów stosowania przez przedsiębiorcę praktyki rynkowej, oświadczeń i symboli dotyczących bezpośredniego lub pośredniego sponsorowania, informacji dotyczących sytuacji gospodarczej lub prawnej przedsiębiorcy lub jego przedstawiciela, w tym jego imienia i nazwiska (nazwy) i majątku, kwalifikacji, statusu, posiadanych zezwoleń, członkostwa lub powiązań oraz praw własności przemysłowej i intelektualnej lub nagród i wyróżnień.

Jak podkreślono, pojęciu „rodzaj sprzedaży” należy nadać szerokie znaczenie. Zwrot ten obejmuje np. miejsca zawierania umowy, sposób spełnienia świadczeń albo warunków, w jakich odbywa się sprzedaż. Konsument musi zatem zostać wyraźnie poinformowany, czy ma do czynienia z ofertą specjalną (por. art. 16 ust. 4 u.z.n.k.), wyprzedają, promocją. Często – szczególnie w reklamach – spotykamy się z informacjami niepełnymi, opierającymi się na podkreślanii opcyjności wyboru (w rodzaju: umowa kredytowa z ubezpieczeniem lub bez)³¹. Wskazywałoby to na wyjątkowość oferty. Tymczasem opcje takie są zwykle w ofertach innych przedsiębiorców także przewidywane, nie jest to zatem szczególna, wyróżniająca cecha dla reklamowanego produktu.

Rynkową pozycję przedsiębiorcy buduje również jego **uczestnictwo w akcjach społecznie korzystnie postrzeganych**, np poprzez sponsorowanie określonych wydarzeń. Szczególnie finansowanie lub współfinansowanie akcji charytatywnych, wspieranie cieszących się zainteresowaniem wydarzeń kulturalnych, sportowych wzbudza zaufanie do sponsora, przekładające się na dokonywane następnie wybory rynkowe. Niezgodne z prawdą, wprowadzające w błąd oświadczenia w tym zakresie oczywiście mogą zakłócić podejmowanie prawidłowych decyzji ekonomicznych przez konsumentów.

Niedozwolony skutek może wywołać kolejna wskazana przywołanym powyżej przepisem praktyka, tj. rozpowszechnianie *informacji dotyczących sytuacji gospodarczej lub prawnej przedsiębiorcy lub jego przedstawiciela, w tym jego imienia i nazwiska (nazwy) i majątku, kwalifikacji*. Zakaz ten jest zbliżony do deliktu ujętego w art. 14 ust. 2 u.z.n.k., w postaci rozpowszechniania nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji, w szczególności o *osobach kierujących przedsiębiorstwem czy o sytuacji gospodarczej lub prawnej przedsiębiorstwa*. Z tego względu prowadzone na gruncie tego przepisu rozważania będą aktualne i w odniesieniu do omawianej praktyki³². Na szczególną uwagę zasługuje wprowadzanie w błąd w zakresie kwalifikacji, np. posługiwanie się w obrocie tytułem „doktora”, który się *de facto* posiada tyle, że w dziedzinie zupełnie niezwiązanej z prowadzoną działalnością gospodarczą (np. doktor filozofii zatrudniony w sklepie oferującym zdrową żywność).

³¹ Por. także R. Poźdźnik, Praktyki banków naruszające interesy konsumentów na przykładzie kart kredytowych, EPS 2008, nr 3, s. 13 i n.

³² Por. bliżej M. Kępiński, w: Szwaja, *Komentarz*, 2006, s. 548 i n.; E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 146 i n.

Omawiana praktyka obejmuje zakazem także posługiwanie się w obrocie w sposób wprowadzający w błąd prawami własności przemysłowej. I tak, umieszczenie literki „R” przy znaku towarowym zgodnie z przepisami jest dozwolone wówczas, gdy znak taki jest formalnie chroniony odpowiednią decyzją Urzędu Patentowego. Podobnie ogólna informacja, że produkcja objęta jest patentem nie będzie dozwolona, gdy tylko część z nich w ten sposób jest chroniona, a więc stanowi wynalazek spełniający rygorystyczne przesłanki ochronne, wskazane w ustawie Prawo własności przemysłowej.

Analiza omawianej grupy przepisów prowadzi do wniosku, że po pierwsze – dokonując oceny w konkretnym przypadku niekiedy nie możemy się ograniczyć do jednej praktyki, gdyż działanie przedsiębiorcy spełnia znamiona kilku czynów niedozwolonych. W związku z tym, konsument dochodząc odpowiednich roszczeń powinien tę wskazówkę uwzględniać i odpowiednio przywołać dowody. Po drugie, w każdym przypadku kluczowe jest zbudowanie modelu przeciętnego uczestnika danego rynku asortymentowego, bowiem to jego percepcja będzie decydowała o tym, czy dana praktyka rynkowa wyrzuci może wprowadzający w błąd skutek. I po trzecie, nie można zapominać, że negatywnej ocenie podlega ta spośród nich, która realizuje przesłanki wskazane w art. 3 ustawy, a więc musi mieć zdolność **wpływu na sposób istotny na rynkowe decyzje modelowego uczestnika rynku.**

Zadanie to ułatwić ma ust. 4 art. 5 u.p.n.p.r., zgodnie z którym *przy ocenie, czy praktyka rynkowa wprowadza w błąd przez działanie, należy uwzględnić wszystkie jej elementy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposób jego prezentacji.* Tak więc, w konkretnym przypadku badaniu podlegają „wszystkie elementy” danej praktyki, „okoliczności związane z wprowadzaniem produktu na rynek” oraz „sposób jego prezentacji”. Nie jest to proste zważywszy, że oceny muszą uwzględniać szerokie spectrum gospodarcze, całą „otoczkę” marketingową produktu, zwyczaje rynkowe, zachowania psychologiczne nabywców.

3. Wprowadzające w błąd zaniechania

Wzorem dyrektywy, ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym dzieli praktyki wprowadzających w błąd na **działania** i **zaniechania**. W polskim systemie prawa konkurencji jest to pierwsze tak wyraźne wskazanie na różne możliwości zakłócenia pożądanego równowagi rynkowej. Nie oznacza to, że zaniechania nie mogły być traktowane jako delikt w świetle postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim w art. 10 wprost wskazano, że **brak** oznaczenia towaru lub usługi stanowi czyn niedozwolony. Zapewne szereg spośród wymienionych w art. 6 zaniechań można by uznać za delikt w postaci naruszenia dobrych obyczajów. Aktualnie, wobec omawianej regulacji zawartej w u.p.n.p.r. odpowiednia interpretacja na gruncie u.z.n.k. może być znacznie łatwiejsza.

Niedozwolone zaniechanie definiuje art. 6 ust. 1, w następujący sposób:

Praktykę rynkową uznaje się za zaniechanie wprowadzające w błąd, jeżeli pomija istotne informacje potrzebne przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy i tym samym powoduje lub może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.

Kluczem do skutecznego postawienia zarzutu zaniechania, jest „istotność” treści pominiętej informacji dla konsumenckiego procesu decyzyjnego. Oczywiście chodzi o przeciętnego konsumenta, a nie o nabywcę, który szuka ochrony w konkretnych warunkach obrotu. Pomocniczo sięgnąć należy do lit. e) art. 2 dyrektywy (przepis definicyjny), w którym wskazano, że

istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumentów oznacza wykorzystanie praktyki handlowej w celu znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i skłonienia go tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął.

Zasadniczo ustawowe rozwiązanie powiela przywołany przepis unijny. Jednakże znajdujemy tu istotną wskazówkę w postaci „**znacznego ograniczenia**” możliwości podjęcia przez przeciętnego konsumenta prawidłowej decyzji ekonomicznej. Jest to kolejny przepis chroniący konsumenta na etapie **podejmowania decyzji** – art. 6 ust. 2³³. Wcześniejszy czas, obejmujący **zaproszenie do nabycia produktu** chroni ust. 4 tego artykułu.

W kolejnych postanowieniach przybliżono ujęte w cyt. przepisie praktyki wskazując:

2. W razie wątpliwości za istotne informacje, o których mowa w ust. 1, uważa się informacje, które przedsiębiorca stosujący praktykę rynkową jest obowiązany podać konsumentom na podstawie odrębnych przepisów.
3. Wprowadzającym w błąd zaniechaniem może w być w szczególności:
 - 1) zatajenie lub nieprzekazanie w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji dotyczących produktu;
 - 2) nieujawnienie handlowego celu praktyki, jeżeli nie wynika on jednoznacznie z okoliczności i jeżeli powoduje to lub może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.
4. W przypadku propozycji nabycia produktu, za istotne informacje, o których mowa w ust. 1, uznaje się w szczególności:
 - 1) istotne cechy produktu w takim zakresie, w jakim jest to właściwe dla danego środka komunikowania się z konsumentami i produktu;
 - 2) imię, nazwisko (nazwę) i adres przedsiębiorcy (siedzibę) oraz przedsiębiorcy, na którego rzecz działa;
 - 3) cenę uwzględniającą podatki lub, w przypadku gdy charakter produktu nie pozwala w sposób racjonalny na wcześniejsze obliczenie ceny, sposób, w jaki cena jest obliczana, jak również wszelkie dodatkowe opłaty za transport, dostawę lub usługi pocz-

³³ Por. M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 146.

- towe lub, w sytuacji gdy wcześniejsze obliczenie tych opłat nie jest w sposób racjonalny możliwe, informację o możliwości powstania takich dodatkowych kosztów;
- 4) uzgodnienia dotyczące sposobu płatności, dostawy lub wykonania produktu oraz procedury rozpatrywania reklamacji;
 - 5) informacje o istnieniu prawa do odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy, jeżeli prawo takie wynika z ustawy lub umowy.
5. Przy ocenie, czy praktyka rynkowa wprowadza w błąd przez zaniechanie, należy uwzględnić wszystkie jej elementy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposób jego prezentacji.
6. W przypadku gdy ze specyfiki środka komunikowania się z konsumentami stosowanego dla danej praktyki rynkowej wynikają ograniczenia przestrzenne lub czasowe, ograniczenia te i wszystkie środki podjęte przez przedsiębiorcę w celu udostępnienia informacji konsumentom w inny sposób uwzględnia się przy ocenie, czy doszło do pominięcia informacji.

Poniżej kolejno zostaną przybliżone ujęte w przepisie niedozwolone zaniechania z zastrzeżeniem, że jeśli pokrywają się z odpowiednimi działaniami, nie zostaną ponownie omówione.

Jak wspomniano, w ust. 1 art. 6 zdefiniowano praktyki, o których mowa. Generalnie niedozwolone zaniechanie polegać ma na pominięciu **istotnych** informacji, niezbędnych w rynkowym procesie decyzyjnym. Ze względu na treść art. 4 ustawy, oczywiste jest, iż informacje te muszą mieć taki „ciężar gatunkowy”, aby sterować wyborem dokonywanym przez konsumenta³⁴. Nieostry termin „istotne informacje” ustawodawca stara się przykładowo przybliżyć w kolejnych przepisach omawianego artykułu. Za takie uznano informacje, które przedsiębiorca jest **zobowiązany** udzielić nabywcom ust. 2 art. 6 ustawy. Odpowiedni obowiązek może wynikać przede wszystkim z przepisów prawnych lub z treści zawartej umowy³⁵. Podstawy negatywnej oceny omawianego zaniechania są zatem wyrażone wskazanymi.

W przepisie ust. 3 art. 6 ustawy wymieniono przykładowo te praktyki (zaniechania), które ustawodawca – wzorem dyrektywy – uznał za spełniające warunki niedozwolonego wprowadzania w błąd. I tak, jako taką wskazano praktykę polegającą na *zatajeniu lub nieprzekazaniu w sposób jasny, jednoznaczny lub we właściwym czasie istotnych informacji dotyczących produktu*. Zaniechanie, o którym mowa, polega na świadomej decyzji przedsiębiorcy – „zatajenie” – oraz na zapewne nie do końca kontrolowanym wprowadzeniu (działanie!) istotnych informacji, jednakże w sposób, który nie może zostać właściwie odczytany przez przeciętnego konsumenta. Przykładem może tu być szereg komunikatów przesyłanych przez organizatorów różnego rodzaju loterii, w których mogą uczestniczyć posiadacze telefonu komórkowego. Dowiadują się np, że pieniądze są już zapakowane, a o ich przesłaniu zadecyduje kolejny sms. Jest to mianowicie in-

³⁴ Por. E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 299; R. Skubisz, w: Szwaja, *Komentarz*, 2006, s. 691.

³⁵ Por. przykłady wskazane przez M. Sieradzką, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 147–148.

formacja „niejasna lub niejednoznaczna”. Konfuzja może zostać wywołana także przez prawidłowe podanie jej treści, jednak dotrze ona do nabywcy po czasie, tj. po podjęciu decyzji dotyczącej umowy, której by nie podjął, gdyby znał jej treść. W literaturze podkreśla się, że niekiedy nadmiar informacji może wywołać chaos informacyjny u konsumenta, który może nie umieć „wyłowić” spośród nich tych komunikatów, które są istotne³⁶. Na przedsiębiorcy spoczywa zatem odpowiedzialność zarówno za odpowiedni dobór „istotnych” informacji, jak i przekazanie ich w sposób zrozumiały dla przeciętnego konsumenta w określonych warunkach obrotu.

Niedozwolony skutek może wywołać także posługiwanie się obcojęzycznymi zwrotami lub narzucenie konsumentowi języka kontraktu, którego nie może zrozumieć prawidłowo.

Kolejno w pkt. 2. ust. 3 art. 6 ustawy wymieniono *nieujawnienie handlowego celu praktyki, jeżeli nie wynika on jednoznacznie z okoliczności i jeżeli powoduje to lub może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął*. Jest to kolejny zakaz, służący ochronie tak istotnej dla uczciwej konkurencji i dla konsumentów zasady, za którą uznać należy transparentność działań rynkowych³⁷. Ukrycie rynkowego celu ma niekiedy podstawowy wpływ na decyzje konsumenta. Zwabiony podstępnie może nie skorygować prawidłowości podejmowanej decyzji rynkowej.

Za praktykę niedozwoloną w każdym razie należy uznać **ukrytą reklamę**, czy zamieszczanie w sponsorowanych audycjach telewizyjnych czy radiowych (seriałach) **towarów sponsora**³⁸. Zresztą zasadniczo nie wchodzi ona w zakres omawianego przepisu, gdyż stanowi praktykę „czarną” (art. 7 pkt 11 ustawy) i jako taka nie może być usprawiedliwiona żadnymi okolicznościami. Do grupy tej, jak się wydaje, można zaliczyć np. informację o charytatywnym celu, jaki dana praktyka ma realizować, podczas gdy tylko część zysku na takie cele ma być przeznaczona.

W literaturze wskazuje się, że za niedozwolone w świetle omawianego przepisu, należy uznać nadawanie różnego rodzaju przesyłkom charakteru korespondencji prywatnej, np. poprzez familiarne zwracanie się do adresata (zdrobnieniami imion), przyznawanie szczególnych wyróżnień itp.³⁹

Kolejny, ustęp 4 art. 6 ustawy, dotyczy tak istotnej kwestii, jaką dla konsumenta jest etap przedumowny, określony jako „**propozycja nabycia produktu**”. Została zdefiniowana w art. 2 pkt 6) ustawy w następujący sposób:

rozumie się przez to informację handlową określającą cechy produktu oraz jego cenę, w sposób właściwy dla użytego środka komunikowania się z konsumentami, która bezpośrednio wpływa bądź może wpływać na podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej umowy.

³⁶ Por. A. Tischner, *Model przeciętnego konsumenta...*, s. 243.

³⁷ Por. bliżej R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 290 i n.

³⁸ Por. M. Namysłowska, K. Sztobryn, *Ukryta reklama po implementacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych*, PiP 2008, nr 11, s. 52 oraz uwagi zamieszczone w tym opracowaniu.

³⁹ Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 312–313 oraz art. 7 pkt 2 ustawy.

W polskim systemie prawnym propozycje takie zwykle znajdujemy w ofertach (art. 66 k.c.) oraz w różnego rodzaju zaproszeniach do zawarcia umowy, takich jak ogłoszenia, reklamy, cenniki i inne (art. 71 k.c.). W art. 7 ust. 4 dyrektywy przewidziano, iż

w przypadku zaproszenia do dokonania zakupu za istotne uważa się następujące informacje, jeżeli nie wynikają one jasno z kontekstu: a) istotne cechy produktu, w takim zakresie, w jakim jest to właściwe danego środka przekazu i produktu; b) adres i tożsamość przedsiębiorcy np nazwa firmy i, w stosownych przypadkach, adres i tożsamość przedsiębiorcy, na rzecz którego działa; c) cena wraz z podatkami lub w przypadku, gdy charakter produktu nie pozwala w sposób racjonalny na wcześniejsze obliczenie ceny, sposób, w jaki cena jest obliczana, jak również w odpowiednich przypadkach wszelkie dodatkowe opłaty za transport, dostawę lub usługi pocztowe lub w sytuacji, gdy wcześniejsze obliczenie tych opłat nie jest w sposób racjonalny możliwe, informacja o możliwości powstania takich dodatkowych kosztów; d) uzgodnienia dotyczące sposobu płatności, dostawy lub wykonania oraz procedury rozpatrywania reklamacji, jeżeli odbiegają one od wymogów staranności zawodowej; e) w odniesieniu do produktów i transakcji obejmujących prawo odstąpienia lub unieważnienia, istnienie takiego prawa.

W art.2 lit.i) dyrektywy zdefiniowano „zaproszenie do dokonania zakupu” uznając, że *oznacza komunikat handlowy, który określa cechy produktu i jego cenę w sposób właściwy dla użytego środka komunikacji handlowej i umożliwia w ten sposób konsumentowi dokonanie zakupu*. Zakaz powyższy uzupełniają niedozwolone w każdych okolicznościach praktyki (np pkt 5 i 6 Załącznika nr I). Jak podkreśla się w literaturze, rozwiązania te nie tylko promują lecz i wymuszają reguły uczciwego zawierania umów⁴⁰.

Wracając do rozwiązań krajowych, ustawodawca przyjął inną od kodeksowej terminologię, co wskazuje na częściową chociaż odmienną regulacji⁴¹. Nie oznacza to, że nie możemy korzystać z dorobku opartego o wskazane przepisy Kodeksu cywilnego, jednakże omawiane postanowienia ustawy wymagają uzupełniającej interpretacji, jeśli takie będą okoliczności konkretnego przypadku. Przede wszystkim stosowne oceny muszą uwzględniać percepcję przeciętnego konsumenta i warunki obrotu wskazujące na możliwość wywołania wprowadzającego w błąd skutku.

Propozycje niedozwolone mogą znajdować się w różnego rodzaju sposobach komunikacji: od reklamy, przez ekspozycję towaru po informację umieszczoną wprost na towarze. Zgodnie z definicją zaniechania, w „propozycji” **nie zostały zamieszczone informacje istotne**, a w szczególności te, o których mowa w dalszej części przepisu⁴².

Jak się wydaje, w świetle omawianego postanowienia najwięcej niedozwolonych zaniechań znajdziemy w reklamie. Także w odniesieniu do tej praktyki bra-

⁴⁰ R. Stefanicki, *Nieuczciwe praktyki...*, s. 184 i n.

⁴¹ Inaczej R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 178.

⁴² Por. Ibidem, s. 322 i n.

kuje zastrzeżenia, jakie znajdujemy w art. 5 ust. 3 *in fine* dyrektywy, w którym wskazano, że *powszechna i zgodna z prawem jest praktyka reklamowa polegająca na wygłaszaniu przesadzonych twierdzeń lub twierdzeń, których nie należy rozumieć dosłownie*. Pewne zalecenie możemy w tej mierze odczytać z treści pkt. 1) ust. 4 art. 6 ustawy, który nakazuje oceniać zaniechanie dotyczące istotnych cech produktu, uwzględniając właściwości środka komunikacji, podkreślone w ust. 6 art. 6 ustawy.

Niewątpliwie, obok istotnych cech produktu, o których mowa w pkt 1 ust. 4 omawianego artykułu, dla konsumenta podstawową wagę ma – omawiana już – informacja cenowa. Za niedozwolone uznano zatem zaniechanie obejmujące

cenę uwzględniającą podatki lub, w przypadku gdy charakter produktu nie pozwala w sposób racjonalny na wcześniejsze obliczenie ceny, sposób, w jaki cena jest obliczana, jak również wszelkie dodatkowe opłaty za transport, dostawę lub usługi pocztowe lub, w sytuacji gdy wcześniejsze obliczenie tych opłat nie jest w sposób racjonalny możliwe, informację o możliwości powstania takich dodatkowych kosztów.

Cena stanowi zwykle podstawowa „przynętę” dla nabywcy. Przypomnę, że choćby z tego względu wprowadzenie w błąd działaniem zostało uznane za niedozwolone (art. 5 ust. 3 pkt 5 ustawy). W porównaniu jednak z ostatnio wskazana regulacją, odpowiednie zaniechanie jest uregulowane znacznie bardziej szczegółowo, stanowiąc obowiązkową informację, której zaniechanie jest niedozwolone. Na ten przepis szczególną uwagę powinni zwrócić przedsiębiorcy oferujący przeloty odpowiednimi liniami⁴³ oraz bankowcy zachwalający kolejne kredyty, pożyczki, „darmowe” konta.

Z omawianą powyżej praktyką łączy się bezpośrednio kolejna, wskazana w pkt 3) ust. 3 art. 6 ustawy, polegająca na zaniechaniu podania istotnych informacji na etapie propozycji nabycia produktu, w zakresie *uzgodnień dotyczących sposobu płatności, dostawy lub wykonania produktu oraz procedury rozpatrywania reklamacji*. Szczególnie sposób płatności jest dla konsumenta ważny, wpływający w wielu przypadkach na podjęcie decyzji rynkowej⁴⁴. Podobna uwaga dotyczy sposobu dostawy, zwłaszcza, jeżeli z odpowiednich anonsów konsument może poznać wiadomość, że jest to usługa bezpłatna.

Do zniekształcenia decyzji konsumenckich dojść może także poprzez nieotrzymanie prawidłowych informacji dotyczących *istnienia prawa do odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy, jeżeli prawo takie wynika z ustawy lub umowy* – pkt. 5) ust. 4 art. 6 ustawy. Wskazane cyt. przepisem uprawnienia mają dla konsumenta podstawowe znaczenie, szczególnie w sytuacji zawierania umów na odległość, w których nabywany towar można dokładnie obejrzeć zasadniczo dopiero po jego nabyciu. W tym przypadku, zgodnie z 3 ust. 1 ustawy z 2 marca 2000 r. *o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wy-*

⁴³ Por. bliżej R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 328 i n.

⁴⁴ Por. M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 159.

rzządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. nr 22, poz. 271 ze zm.), informacje o możliwości odstąpienia od umowy w ciągu 10 dni od jej zawarcia, konsument musi otrzymać na piśmie we właściwym czasie, a więc najpóźniej z chwilą przystąpienia do umowy.

Kolejny, ust. 5 art. 6 ustawy, podobnie jak czyni to ust. 4 art. 5, nakazuje uwzględnić przy dokonywaniu stosownych danej praktyki *wszystkie jej elementy oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, w tym sposób jego prezentacji*. Jest to zalecenie oczywiste zważywszy na to, że wskazane w przepisie art. 6 zaniechania nie są zabronione *per se*, a zatem niekiedy można je usprawiedliwić okolicznościami związanymi z wprowadzaniem produktu na rynek, a więc rodzaj produktu, zastosowany środek kontaktu z nabywcą, sposób prezentacji, modelowego uczestnika danego segmentu rynku i inne.

Uzupełnieniem powyższego wskazania jest ust. 6 art. 6, nakazujący uwzględnić specyfikę *środka komunikowania się z konsumentami stosowanego dla danej praktyki rynkowej wynikają ograniczenia przestrzenne lub czasowe, ograniczenia te i wszystkie środki podjęte przez przedsiębiorcę w celu udostępnienia informacji konsumentom w inny sposób uwzględnia się przy ocenie, czy doszło do pominięcia informacji*. Oba ostatnio wskazane przepisy nawiązują do standardów wypracowanych na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wprawdzie jej postanowienia nie przewidują wprost odnoszenia się do powyższych okoliczności, jednak muszą być stosowane ze względu na prawidłową ocenę wprowadzających w błąd deliktów.

Powyższa regulacja ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym kieruje uwagę w szczególności na specyfikę związaną z reklamą rozpowszechniana w rozmaity sposób i za pośrednictwem rozmaitych środków przekazu. Obliguje to organy orzekające do starannego badania możliwości wpływania na zachowania rynkowe konsumentów nie podania określonej informacji w wybranym do komunikacji rynkowej przez przedsiębiorcę medium rynkowej komunikacji.

4. Praktyki niedozwolone w każdych okolicznościach

Nieco inaczej, aniżeli uczynił to ustawodawca unijny (Załącznik I do dyrektywy), wprost do tekstu krajowej ustawy włączono listę niedozwolonych w każdych okolicznościach praktyk, a więc praktyk, które żadnymi okolicznościami nie mogą być usprawiedliwione – tzw. czarna lista. Stwierdzenie zatem, że miały one miejsce oznacza, że nie musi się badać, czy spełnione zostały przesłanki art. 4 ustawy, tj. nie bada się ich nieuczciwości. Zaliczono do nich:

1. podawanie przez przedsiębiorcę informacji, że zobowiązał się on do przestrzegania kodeksu dobrych praktyk, jeżeli jest to niezgodne z prawdą;
2. posługiwanie się certyfikatem, znakiem jakości lub równorzędnym oznaczeniem, nie mając do tego uprawnienia;

3. twierdzenie, że kodeks dobrych praktyk został zatwierdzony przez organ publiczny lub inny organ, jeżeli jest to niezgodne z prawdą;
4. twierdzenie, że:
 - 1) przedsiębiorca uzyskał stosowne uprawnienie od organu publicznego lub podmiotu prywatnego,
 - 2) praktyki rynkowe lub produkt zostały zatwierdzone, zaaprobowane lub uzyskały inne stosowne uprawnienie od organu publicznego lub podmiotu prywatnego – przy jednoczesnym niespełnieniu warunków zatwierdzenia, aprobaty lub warunków niezbędnych do uzyskania innego stosownego uprawnienia;
5. reklama przynęta, która polega na propozycji nabycia produktu po określonej cenie, bez ujawniania, że przedsiębiorca może mieć uzasadnione podstawy, aby sądzić, że nie będzie w stanie dostarczyć lub zamówić u innego przedsiębiorcy dostawy tych lub równorzędnych produktów po takiej cenie, przez taki okres i w takich ilościach, jakie są uzasadnione, biorąc pod uwagę produkt, zakres reklamy produktu i oferowaną cenę;
6. reklama przynęta i zamiana, która polega na propozycji nabycia produktu po określonej cenie, a następnie odmowie pokazania konsumentom reklamowanego produktu lub odmowie przyjęcia zamówień na produkt lub dostarczenia go w racjonalnym terminie lub demonstrowaniu wadliwej próbki produktu, z zamiarem promowania innego produktu;
7. twierdzenie, że produkt będzie dostępny jedynie przez bardzo ograniczony czas lub że będzie on dostępny na określonych warunkach przez bardzo ograniczony czas, jeżeli jest to niezgodne z prawdą, w celu nakłonienia konsumenta do podjęcia natychmiastowej decyzji dotyczącej umowy i pozbawienia go możliwości świadomego wyboru produktu;
8. zobowiązanie się do zapewnienia usług serwisowych konsumentom, z którymi przedsiębiorca przed zawarciem umowy komunikował się w języku niebędącym językiem urzędowym państwa członkowskiego, na którego terytorium przedsiębiorca ma swoją siedzibę, a następnie udostępnienie takich usług jedynie w innym języku, bez wyraźnego poinformowania o tym konsumenta przed zawarciem przez niego umowy;
9. twierdzenie lub wywoływanie wrażenia, że sprzedaż produktu jest zgodna z prawem, jeżeli jest to niezgodne z prawdą;
10. prezentowanie uprawnień przysługujących konsumentom z mocy prawa, jako cechy wyróżniającej ofertę przedsiębiorcy;
11. kryptoreklama, która polega na wykorzystywaniu treści publicystycznych w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu w sytuacji gdy przedsiębiorca zapłacił za tę promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści lub z obrazów lub dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta;
12. przedstawianie nierzetelnych informacji dotyczących rodzaju i stopnia ryzyka, na jakie będzie narażone bezpieczeństwo osobiste konsumenta lub jego rodziny, w przypadku gdy nie nabędzie produktu;
13. reklamowanie produktu podobnego do produktu innego przedsiębiorcy w sposób celowo sugerujący konsumentowi, że produkt ten został wykonany przez tego samego przedsiębiorcę, jeżeli jest to niezgodne z prawdą;
14. zakładanie, prowadzenie lub propagowanie systemów promocyjnych typu piramida, w ramach których konsument wykonuje świadczenie w zamian za możliwość otrzymania korzyści materialnych, które są uzależnione przede wszystkim od wprowadzenia innych konsumentów do systemu, a nie od sprzedaży lub konsumpcji produktów;
15. twierdzenie, że przedsiębiorca wkrótce zakończy działalność lub zmieni miejsce jej wykonywania, jeżeli jest to niezgodne z prawdą;

16. twierdzenie, że nabycie produktu jest w stanie zwiększyć szansę na wygraną w grach losowych;
17. twierdzenie, że produkt jest w stanie leczyć choroby, zaburzenia lub wady rozwojowe, jeżeli jest to niezgodne z prawdą;
18. przekazywanie nierzetelnych informacji dotyczących warunków rynkowych lub dostępności produktu, z zamiarem nakłonienia konsumenta do zakupu produktu na warunkach mniej korzystnych niż warunki rynkowe;
19. twierdzenie, w ramach praktyki rynkowej, że organizowany jest konkurs lub promocja z nagrodami, a następnie nieprzyznanie opisanych nagród lub ich odpowiedniego ekwiwalentu;
20. prezentowanie produktu jako „gratis”, „darmowy”, „bezpłatny” lub w podobny sposób, jeżeli konsument musi uiścić jakąkolwiek należność, z wyjątkiem bezpośrednich kosztów związanych z odpowiedzią na praktykę rynkową, odbiorem lub dostarczeniem produktu;
21. umieszczanie w materiałach marketingowych faktury lub podobnego dokumentu, sugerującego obowiązek zapłaty, który wywołuje u konsumenta wrażenie, że już zamówił reklamowany produkt, mimo że tego nie zrobił;
22. twierdzenie lub stwarzanie wrażenia, że sprzedawca nie działa w celu związanym z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, lub podawanie się za konsumenta, jeżeli jest to niezgodne z prawdą;
23. wywoływanie u konsumenta wrażenia, że usługi serwisowe dotyczące danego produktu są dostępne w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie, w którym produkt ten został sprzedany, jeżeli jest to niezgodne z prawdą.

Jak widzimy, wymienione zostały 23 praktyki, stanowiące swoiste *numerus clausus* ustawy. Poniżej, w koniecznym skrócie, zostaną one omówione w kolejności ich wymienienia w przywołanym przepisie z zastrzeżeniem, że pominięte zostaną te, które są oczywiste.

Niezgodne z prawdą powoływanie się przez przedsiębiorcę na fakt, że zobowiązał się do **przestrzegania** kodeksu dobrych praktyk, zostało uznane za mające niewątpliwą wpływ na decyzje rynkowe konsumentów. Rozwiązanie krajowe powieła odpowiednią regulację unijną. Wskazać należy, że ta ostatnia zawiera definicję takich kodeksów w art. 2 lit. f). Są to mianowicie

umowy lub zbiory zasad nie wymagane na mocy ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych Państwa Członkowskiego, które definiują postępowanie przedsiębiorców, którzy zobowiązali się do przestrzegania kodeksu w odniesieniu do jednej lub większej liczby określonych praktyk handlowych lub sektorów działalności gospodarczej.

Na marginesie, odpowiednia zakazana praktyka, zawarta w aneksie do dyrektywy, polega na podawaniu przez przedsiębiorcę, że jest **sygnatariuszem** kodeksu postępowania, gdy jest to niezgodne z rzeczywistością.

Polskiemu konsumentowi kodeksy takie są znane, a w każdym razie powinny być znane, gdyż zwykle przedsiębiorcy starają się na nie powoływać w działalności promocyjnej. Uważają bowiem, że większa to zaufanie do nich, co może wpłynąć na dokonywane wybory rynkowe.

Niedozwolona praktyka, o której mowa, znajduje swój odpowiednik w art. 5 ust. 2 pkt 4 ustawy. Przepis ten za wprowadzające w błąd działanie uznaje podawanie przez przedsiębiorcę, że jest **związany** kodeksem, a w rzeczywistości nie jest to informacja prawdziwa. Praktyka ta jest dość łatwa do sprawdzenia, podobnie jak i dwa kolejne przypadki wymienione we wskazanym przepisie ustawy⁴⁵.

Nieco więcej wątpliwości budzi pkt 5 i 6 art.7 ustawy, odnoszące się do nienazwanej dotąd wyraźnie polskiemu systemowi praktyki, w postaci **reklamy przynęty i reklamy przynęty i zamiany**. Przypomnę, że w świetle pierwszej ze wskazanych regulacji

reklama przynęta, (...) polega na propozycji nabycia produktu po określonej cenie, bez ujawniania, że przedsiębiorca może mieć uzasadnione podstawy, aby sądzić, że nie będzie w stanie dostarczyć lub zamówić u innego przedsiębiorcy dostawy tych lub równorzędnych produktów po takiej cenie, przez taki okres i w takich ilościach, jakie są uzasadnione, biorąc pod uwagę produkt, zakres reklamy produktu i oferowaną cenę.

Nieco inaczej zakaz ten został uregulowany w dyrektywie – Załącznik I pkt 5) i 6). Zgodnie z tymi przepisami:

- 5) Zaproszenie do dokonania zakupu produktów po określonej cenie bez ujawniania, że przedsiębiorca ma uzasadnione podstawy, aby sądzić, że nie będzie w stanie zaoferować dostawy lub zamówić u innego przedsiębiorcy dostawy tych lub równorzędnych produktów po takiej cenie, przez taki okres i w takich ilościach, jakie są uzasadnione, biorąc pod uwagę produkt, zakres reklamy produktu i oferowaną cenę („reklama przynęta”).
- 6) Zaproszenie do dokonania zakupu produktów po określonej cenie, a następnie:
 - a) odmowa pokazania konsumentom reklamowanego produktu;
lub
 - b) odmowa przyjęcia zamówień na artykuł lub dostarczenia go w racjonalnym terminie;
lub
 - c) demonstrowanie wadliwej próbki produktu;
z zamiarem promowania innego produktu („przynęta i zamiana”).

Jak widzimy, wprost skierowano uwagę na etap, na którym dochodzi do niedozwolonych działań, jest to mianowicie „**zaproszenie do dokonania zakupu**”, określone *in fine* jako „reklama przynęta” i „reklama przynęta i zamiana”⁴⁶. Dalsza część omawianych regulacji jest zbieżna.

Ustawodawca krajowy zdefiniował zatem takie działania, równocześnie pozostawiając szeroki margines swobody w dokonywaniu stosownych ocen. Także i ten przepis będzie dostarczał wielu możliwości jego różnych interpretacji, szczególnie jeśli chodzi o zwrot dotyczący ocen dokonywanych przez przedsiębiorcę („...*przedsiębiorca może mieć uzasadnione podstawy...*”). Pomocne zapewne będzie

⁴⁵ Por. bliżej R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 367 i n.; M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 169 i n.

⁴⁶ Por. R. Stefanicki, *Nieuczciwe praktyki...*, s. 211 i n.

sięganie do określonych w dyrektywie wymogów dotyczących wymaganego od nich poziomu staranności zawodowej (art. 2 pkt h) w brzmieniu:

„staranność zawodowa” oznacza standard dotyczący szczególnej wiedzy i staranności, których można w racjonalny sposób oczekiwać od przedsiębiorcy w jego relacjach z konsumentami, zgodnie z uczciwymi praktykami rynkowymi i/lub ogólną zasadą dobrej wiary w zakresie jego działalności.

Jak wspomniano, zarówno reklama przynęta, jak i reklama przynęta i zamiana dotyczą okresu **sprzed zawarcia umowy**, kiedy to na podstawie wprowadzającej w błąd informacji, dotyczącej ceny, okresu dostępności, w tym ilości tego lub równorzędnego produktu, konsument podejmuje decyzję co do jego nabycia. Raz jeszcze zatem ustawodawca podkreślił znaczenie informacji zawartych w reklamie: są one mianowicie dla przedsiębiorcy **wiążące**. Omawiana praktyka nie musi doprowadzić do dokonania zakupu, gdyż niekiedy nie będzie takiej możliwości, a mianowicie wówczas, gdy przedsiębiorca nie dysponuje odpowiednią ilością produktu dla zaspokojenia wzbudzonego reklamą zainteresowania nim. W tym zakresie powinien on dokonać **wstępnych ocen**, zanim rozpowszechni reklamę przynętę, „**biorąc pod uwagę produkt, zakres reklamy produktu i oferowaną cenę**”. Musi więc dysponować odpowiednią wiedzą tak, aby w razie ewentualnego procesu wykazać, że na tym etapie działań rynkowych dochował staranności zawodowej.

Zawarta w pkt 6 art. 7 ustawy niedozwolona praktyka, zasadza się na zakazie podobnym do powyższego, jednakże w odmiennych nieco warunkach rynkowych. Przypomnę, że zgodnie z tym przepisem

reklama przynęta i zamiana, która polega na propozycji nabycia produktu po określonej cenie, a następnie odmowie pokazania konsumentom reklamowanego produktu lub odmowie przyjęcia zamówień na produkt lub dostarczenia go w racjonalnym terminie lub demonstrowaniu wadliwej próbki produktu, z zamiarem promowania innego produktu.

Jak widzimy, zasadniczym celem przedsiębiorcy jest tu **promowanie innego**, aniżeli reklamowany, produktu (*przynęta i zamiana*). Dla jego osiągnięcia wabi on konsumentów poprzez cenę (korzystną) reklamowanej oferty, której nie zamierza zrealizować. Naganny jest tu zatem fakt prowadzenia reklamy w innym celu, aniżeli promocja produktu, do którego zakupu dojść nie może, gdyż przedsiębiorca odmawia jego pokazania, przyjęcia zamówienia, dostarczenia go „w racjonalnym terminie”. Jeśli chodzi o „inny produkt”, to może to być produkt zarówno rodzajowo tożsamy, jak i odmienny. Przepis kwestii tej wyraźnie nie przesądza.

In fine omawianego przepisu, jako kolejną przesłankę negatywną wskazano „*demonstrowanie wadliwej próbki*”. Próbki którego z produktów? Reklamowanego czy tego, który jest przedmiotem zamiany? Ze zwrotu tego wynika, że chodzi raczej o próbkę reklamowanego towaru. Musi ją cechować bliżej nieokreślona „wadliwość”. Może ona dotyczyć bądź tego, że „wada” jest okoliczność, że próbka nie odpowiada produktowi „zamiennemu” bądź – to zapewne jest prawidłowa

interpretacja, że jakość czy inne jej walory nie odpowiadają produktowi rzeczywiście promowanemu.

„Czarna” praktyka, wskazana w pkt 7) art. 7 ustawy, to zakaz wywierania nacisku psychicznego na konsumenta w postaci twierdzenia, że produkt jest dostępny w *bardzo ograniczonym czasie*” lub na „*określonych warunkach przez bardzo ograniczony czas*, jeśli jest to niezgodne z prawdą. Nieuczciwy zamiar przedsiębiorcy jest tu oczywisty, zwykłą bowiem cechą jest chęć skorzystania z oferty, jeśli ma się informację, że może ona zniknąć z rynku lub mogą zmienić się warunki nabycia produktu, oczywiście na gorsze.

W pkt 8) i 9) omawianego artykułu wskazane są dość oczywiste, niedozwolone praktyki, nie wymagające przybliżenia⁴⁷.

Kilka słów o zakazie zawartym w pkt 10) art. 7 ustawy. Zgodnie z nim nieuczciwą praktyką rynkową jest *prezentowanie uprawnień przysługujących konsumentom z mocy prawa, jako cechy wyróżniającej ofertę przedsiębiorcy*. Jest to także oczywisty czyn niedozwolony, gdyż jeśli ustawodawca nakłada na przedsiębiorcę jakieś obowiązki, to obejmują one **wszystkich**, którzy funkcjonują w danym sektorze gospodarki. Nie jest zatem dozwolone wabienie konsumentów poprzez wskazanie jako wyróżniającej cechy, która jest przymiotem wielu.

Kolejną praktyką niedozwoloną w każdych okolicznościach jest *kryptoreklama, która polega na wykorzystywaniu treści publicystycznych w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu w sytuacji, gdy przedsiębiorca zapłacił za te promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści lub z obrazów lub z dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta* – pkt 11) art. 7 ustawy. Przepis ten przejmuje treść pkt 11 Załącznika I do dyrektywy, właściwie w niezmienionej formie. Jest to także nawiązanie do art. 6 ust. 3 pkt 2 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, zgodnie z którym – przypomnę –

wprowadzającym w błąd zaniechaniem może być w szczególności (...) nieujawnienie handlowego celu praktyki, jeżeli nie wynika on jednoznacznie z okoliczności i jeżeli powoduje to lub może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.

Nie jest to jednak rozwiązanie tożsame z omawianym zakazem, gdyż za niedozwolone uznaje zaniechanie, zaś praktyka, o której mowa, polega na działaniu (umieszczaniu reklamowanego produktu w treściach publicystycznych).

W systemie prawa polskiego jest to kolejny zakaz dotyczący prowadzenia reklamy **ukrytej** (bardziej prawidłowe od „kryptoreklamy” określenie). Podstawowy znajduje się w pkt 4 ust. 1 art. 16 u.z.n.k. Kolejny, to art. 16c ustawy o radiofonii i telewizji. Zgodnie z pierwszym ze wskazanych przepisów, czynem niedozwolonym jest *wypowiedź, która, zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji*. Poniżej kilka uwag dotyczących przywołanej ostatnio regulacji.

⁴⁷ Por. uwagi R. Stefanickiego, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 382 i n.

Przedsiębiorcy zdają sobie sprawę z coraz bardziej zmniejszającej się skuteczności tradycyjnej perswazji rynkowej. Przyzwyczajeni do banalnych treści reklamowych adresaci, nie przywiązują większej wagi także do informacyjnego ich celu. Z tego względu reklama przesłana w przesyłce noszącej cechy prywatnego listu zostanie zapewne przeczytana. Informacja o cechach towaru czy usługi (np. artykuły o skuteczności określonych kosmetyków czy opis kolekcji mody, zamieszczone w tzw. damskich pismach) zawarta w materiale pochodzącym od redakcji, wzbudzi zaufanie w odróżnieniu od odrębnie oznaczonego przekazu, który o ile w ogóle, zwykle niezbyt starannie się przegląda. Stale przywoływana przez dziennikarza nazwa produktu czy znak towarowy, będący słowem lub zwrotem powtarzanym w piosence, wykonywanej przez znanego artystę, utrwali produkt w świadomości odbiorców, wywołując ponadto zwykle pozytywne skojarzenia przeniesione z osoby wykonawcy. Z tych powodów ukryte oddziaływania promocyjne są chętnie stosowane przez przedsiębiorców przede wszystkim ze względu na swą zwiększoną skuteczność. W związku z tym np. reklama ukrywana w filmach to znakomity interes dla wielu firm oraz osób biorących udział w ich realizacji (aktor odtwarzający rolę Jamesa Bonda otrzymał wysokie honorarium za użycie do ulubionego drinka wódki określonej marki). Z reklamą ukrytą mamy do czynienia wówczas, gdy odbiorca odnosi mylne wrażenie, że chodzi nie o przekaz promocyjny, lecz o informację obiektywną, której przedmiotem są towary lub usługi⁴⁸.

Negatywna ocena działań, zmierzających do ukrycia reklamy, realizuje zasadę przejrzystości poczynąń gospodarczych, która w opisywanym przypadku polega na możliwości odróżnienia przekazów reklamowych od innych, neutralnych komunikatów rynkowych.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dla postawienia zarzutu niezbędne jest, aby wypowiedź, w której ukryty został przekaz reklamowy, **sprawiła wrażenie neutralnej informacji**. Jest to niewątpliwie przesłanka trudna do wykazania. W zakresie działalności prasowej można mówić, że przekaz został ukryty, gdy nie dotrzymano warunków przewidzianych w przepisach, dotyczących obowiązku wyraźnego oddzielania reklam od innych publikacji.

Dla skutecznego postawienia zarzutu na podstawie tego przepisu istotny jest **zamiar ukrycia reklamy**, odpowiednie działanie musi być zatem podjęte celowo⁴⁹. W literaturze wskazano, że jeżeli informacji o towarze lub usłudze towarzyszy niewątpliwa intencja zachęcania do jego nabycia, to jest to przypadek reklamy zakazanej przez art. 16 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.⁵⁰. Pogląd ten należy uznać za słuszny, z zastrzeżeniem, że intencja zachęcania do nabycia powinna być następstwem związku prawnego lub faktycznego, zachodzącego między wypowiadającym się a przedsiębiorcą, będącym producentem towaru czy usługodawcą. Czyn reklamy

⁴⁸ R. Skubisz, w: *Komentarz*, 2006, s. 735; E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 315.

⁴⁹ Por. E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 315.

⁵⁰ Zob. R. Skubisz, w: *Szwaja, Komentarz*, 2006, s. 736.

zakazanej będzie czytelny w razie ustalenia istnienia wzajemnych korzyści. Z tego względu np. własne przekonanie dziennikarza, że produkt, o którym mówi, jest godny polecenia, o czym informuje czytelnika (słuchacza, widza), nie jest działaniem nagannym w rozumieniu tego przepisu.

Działania takie podejmuje się nie tylko w prasie (rozumianej szeroko pojęcie to obejmuje więc zarówno prasę drukowaną, jak i media elektroniczne – por. art. 7 ust. 1 pkt 1 p.pras.). Odpowiedni skutek zostaje wywołany również przez świadome ukrycie treści reklamowej np. w filmie (serialu), książce, imprezie kulturalnej czy piosence⁵¹. Szczególnym przypadkiem ukrytej reklamy są treści publikowane w Internecie. Marketing „szeptany”, sterowany przez przedsiębiorców, blogi prowadzone przez ich pracowników, „neutralne” wpisy chwalfące określoną ofertę itd.

Jeszcze kilka uwag o tzw. *product placement*, czyli o lokowaniu produktów⁵². Jest to chętnie stosowany sposób na znalezienie pieniędzy, szczególnie na produkcję filmową, w tym na seriale czy innego rodzaju audycje. Często zatem dostrzegamy „pierwszoplanową” rolę określonej marki samochodu czy urządzenia kuchenne konkretnego producenta, które dominują w audycjach o gotowaniu. Szczególnie starannie prezentowane są znaki towarowe użytych w filmach alkoholi itd. Odgrywający rolę Jamesa Bonda aktor, po emisji filmu pt. „Śmierć nadejdzie jutro”, został nazwany „Mr Brand” („Pan Marka”), gdyż film przypominał długą reklamówkę. W „Facetach w czerni” eksponowane były okulary Ray Ban. Przykłady można mnożyć. Jeśli widz nie zostanie uprzedzony o związkach finansowych zachodzących między przedsiębiorcą rynkowym a producentem filmowym, można uznać, że spełnione zostały przewidziane ustawą przesłanki zakazu prowadzenia reklamy ukrytej, choć dokonywanie konkretnych ocen może być dość trudne, gdyż przedmioty, które nas otaczają, muszą „grać” w filmach czy sztukach, jeśli dramaturgia scen wymaga ich przedstawienia. Ustalenie, gdzie kończy się swoboda twórcza, a zaczyna ukrywanie przekazów reklamowych, będzie zatem wymagało analizy konkretnych okoliczności, w jakich doszło do lokowania produktu.

Zjawisko to jest w Europie powszechnie dostrzegane i po wielu latach sporów i dyskusji doczekało się unijnej regulacji. Chodzi o dyrektywę 2007/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 grudnia 2007 r. o audiowizualnych usługach medialnych, zmieniającą dyrektywę Rady 89/552/EWG w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej (Dz. Urz. UE 2007 L 332/27). W preambule w pkt 90 i 91 czytamy:

Niniejsza dyrektywa zakazuje ukrytego handlowego przekazu audiowizualnego, ponieważ ma on negatywny wpływ na konsumentów. Zakaz ukrytego handlowego przekazu

⁵¹ Zob. E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy*, Warszawa 2000, s. 116 i n.; R. Skubisz, w: Szwaja, *Komentarz*, 2006, s. 736–737; E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 315.

⁵² Por. E. Nowińska, *Zwalczanie...*, s. 127 i n.; R. Skubisz, w: Szwaja, *Komentarz*, 2006, s. 739 i n.; E. Nowińska, *Lokowanie produktu*, w: *Prawo mediów*, J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak (red.), s. 374.

audiowizualnego nie powinien dotyczyć przypadków, gdy lokowanie produktu jest dozwolone prawnie w ramach niniejszej dyrektywy – kiedy to widz został odpowiednio poinformowany o zastosowaniu lokowania produktu. Poinformowanie takie może mieć formę zasygnalizowania faktu, że w audycji stosuje się lokowanie produktu, na przykład za pomocą neutralnego symbolu graficznego. Lokowanie produktu jest zabiegiem obserwowanym w utworach kinematograficznych i utworach audiowizualnych produkowanych dla telewizji. W celu zapewnienia równej konkurencji, a przez to zwiększenia konkurencyjności europejskiego sektora mediów, przepisy dotyczące lokowania produktu są konieczne. Definicja lokowania produktu ustalona na mocy niniejszej dyrektywy powinna obejmować dowolną formę handlowego przekazu audiowizualnego polegającą na tym, że w zamian za opłatę lub podobne wynagrodzenie w audycji przedstawia się produkt, usługę lub ich znak towarowy lub nawiązuje się do nich tak, iż stanowią one element samej audycji. Bezpłatne dostarczanie towarów lub usług, takich jak rekwizyty lub nagrody, należy traktować jako lokowanie produktu jedynie wtedy, gdy dane towary lub usługi mają znaczną wartość.

Powyższe zalecenia muszą zostać przejęte do polskiej ustawy (w czasie pisania niniejszych uwag prace na nowelizacją ustawy o radiofonii i telewizji nadal trwały).

Wyraźny zakaz prowadzenia reklamy ukrytej, znajdujemy w ustawie o radiofonii i telewizji, definiującej takie działania w następujący sposób:

reklamą ukrytą jest przedstawianie w audycjach towarów, usług, nazwy, firmy, znaku towarowego lub działalności przedsiębiorcy będącego producentem towaru lub świadczącego usługi, zamiarem nadawcy, w szczególności związanym z wynagrodzeniem lub uzyskaniem innej korzyści, jest osiągnięcie skutku reklamowego oraz jeżeli możliwe jest wprowadzenie publiczności w błąd co do charakteru przekazu.

Tak zdefiniowana reklama ukryta jest zakazana – art. 16c ustawy. Przesłanki uznania danego przekazu za reklamę ukrytą, to:

- **zamiar** ustawodawcy w rozpowszechnianiu takiego przekazu oraz
- **możliwość** wprowadzenia w błąd, co do jego charakteru.

Zamiar nadawcy ustawodawca przybliży wskazując, że jest on w szczególności związany z „wynagrodzeniem lub uzyskaniem innej korzyści” w zamian za reklamowy skutek przekazu, o wskazanej w ustawie treści. Tak więc, to **zamiar nadawcy** skierowany na osiągnięcie **skutku reklamowego** jest istotny dla dokonania stosownej oceny negatywnej.

Powracając do głównego nurtu tej części opracowania, podkreślić należy, że zakaz prowadzenia omawianej praktyki został przewidziany w Załączniku I do dyrektywy. Mianowicie, zgodnie z jego pkt 11

niedozwolone jest wykorzystywanie treści publicystycznej w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu, gdy przedsiębiorca zapłacił za tę promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści obrazów lub z dźwięku łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta.

Polskie rozwiązanie przywołane powyżej zasadniczo powieli regulację unijną. Uzupełniająco wskazać należy na art. 6 ust. 3 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym

zaniechaniem wprowadzającym w błąd jest nieujawnienie handlowego celu praktyki, jeżeli nie wynika on jednoznacznie z okoliczności i jeżeli powoduje to lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.

Porównując przywołane przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i ustawy o radiofonii i telewizji z zakazem zawartym w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym widzimy istotne różnice (niezależne od użytego zwrotu „kryptoreklama” – „reklama ukryta”). Na wstępie podkreślić należy, że omawiane rozwiązanie, zawarte w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym dotyczy wszelkich „środków masowego przekazu”, a więc przede wszystkim gazet, radia, telewizji i zapewne określonych komunikatów rozpowszechnianych w Internecie. O masowym charakterze każdego środka decyduje jego upowszechnianie, dostępność. Masowymi środkami stawały się kolejno: XIX wiek – prasa, lata 20 XX wieku – film, lata 30. XX wieku – radio, lata 50. XX wieku – telewizja. W latach 90. XX wieku – technologie internetowe. Zapewne zatem wszystkie one będą polegały ocenie na podstawie tego przepisu.

Na intencję ustawodawcy w tym zakresie wskazuje użycie zwrotu „treści publicystyczne”, wyraźnie kierujące nas w stronę szeroko rozumianej „prasy”. „Publicystyka” to zbiorcza nazwa dla gatunków dziennikarskich, w którym autor wypowiada się na tematy aktualne, zaznaczając własne stanowisko⁵³. W materiale takim nie tylko omawia się, przedstawia rzeczywistość, ale także ją interpretuje, wpływając w ten sposób na stanowisko odbiorcy. W odpowiednich tekstach (audycjach) stawia się diagnozy, hipotezy, zgłasza postulaty itd. Tematyka takich publikacji to zarówno kwestie polityczne, jak i społeczne, kulturalne czy gospodarcze. Charakter publicystyczny ma np. reportaż, felieton, komentarz, esej, wywiady, talk-shows, o ile wyrażają wyraźnie spersonalizowane opinie i interpretacje określonych zjawisk i faktów⁵⁴.

Przywołanie w pkt 11 art. 7 ustawy tego właśnie gatunku dziennikarskiego jest – wydaje się – pewnym uproszczeniem, ukryć reklamę można bowiem w każdym materiale umieszczanym w środkach masowego przekazywania (np. w fotografii, wywiadzie, sesji mody itp.) i zapewne taka była intencja ustawodawcy, choć kategoryczny charakter tego zakazu nakazuje interpretować go ściśle, szczególnie kierując się zasadami interpretacji gramatycznej. Podkreślić w związku z tym należy, iż ocena, czy mamy do czynienia z reklamą ukrytą, musi opierać się o staranną analizę treści danego przekazu, z uwzględnieniem kontekstu, w jakim jest rozpowszechniony⁵⁵.

Jeśli zważyć na zasady rozpowszechniania reklamy w mediach (w prasie drukowanej w szczególności), to dla prawidłowo prowadzonej reklamy podstawowe

⁵³ Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 389 i n.; M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 179 i n.

⁵⁴ Por. L. Słupek, w: *Słownik terminologii medialnej*, praca zbiorowa, Kraków 2006.

⁵⁵ Por. E. Nowińska, *Wolność wypowiedzi prasowej*, Warszawa 2007, s. 79 i n.

jest jej **wyraźne oddzielenie** od innych treści, w szczególności od redakcyjnych, co zgodnie z przepisami oznacza jej łatwą odróżnialność od innych tekstów, bądź w sposób nakazany przepisami (art. 16 ustawy o radiofonii i telewizji), bądź zwyczajowo przyjęty właściwy dla danego medium (np. ramki, napisy, charakterystyczny układ graficzny). Istotne jest, aby przeciętny konsument bez wysiłku mógł dostrzec, że ma do czynienia z reklamą, a nie z przekazem reklamowo neutralnym.

Na gruncie omawianego przepisu, stanowiącego jedną z praktyk niedozwolonych w każdych okolicznościach, istotne jest, iż w sytuacji, gdy przedsiębiorca **nie zapłacił** za reklamę, jego odpowiedzialność może być ewentualnie oparta o inne postanowienia ustawy. Jak się wydaje, termin „zapłata” należy rozumieć nie tylko jako przekazanie określonej kwoty pieniężnej lecz także jako każdą formę wynagrodzenia, a więc także i świadczenie barterowe.

Kolejno, za niedozwoloną w każdych okolicznościach praktykę („czarną”) zostało uznane *przedstawianie nierzetelnych informacji dotyczących rodzaju i stopnia ryzyka, na jakie będzie narażone bezpieczeństwo osobiste konsumenta lub jego rodziny, w przypadku, gdy nie nabędzie produktu*. Ograniczenie powyższe ma – jak się wydaje – swój odpowiednik w art. 9 ustawy, zakazującym stosowania praktyk agresywnych, polegających na wywieraniu „niedopuszczalnego nacisku”, mogącego ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta. Niewątpliwie podkreślanie ryzyka związanego z nienabyciem produktu, a połączonego z **bezpieczeństwem** nabywcy lub osób bliskich, stanowić może taki przypadek oddziaływania na psychikę konsumenta, który uznać można za agresywny. Zapewne zaliczyć tu można niektóre treści reklamowe, oceniane także przez przepis art. 16 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., zgodnie z którym nieuczciwa jest m.in. reklama wywołująca lęk⁵⁶. Wszystkie wskazane powyżej przypadki, zaliczane do kręgu działań niedozwolonych, nawiązują do emocji, uznanych przez ustawodawcę za pozostające w kręgu koniecznej ochrony. Nie chodzi przy tym o generalny zakaz odwoływania się do nich w działalności gospodarczej, lecz o ograniczenie bazowania na nich w sytuacji, w której stawia się kupującego niejako pod przymusem psychicznym, związanym z uczuciem lęku o siebie lub o najbliższych. Niewątpliwie dochodzi wówczas, bądź dochodzić może, do dokonania zakupu, którego inaczej by nie dokonano.

Nierzetelność informacji dotyczącej ryzyka związanego z nienabyciem produktu, jak podkreśla się w literaturze, może polegać na sugestywnym wyolbrzymieniu go, rozbudzając w ten sposób potrzeby i wskazując sposoby zaspokojenia ich.

Praktyką niedozwoloną w każdych okolicznościach jest kolejno wskazana w ustawie *reklama produktu podobnego do produktu innego przedsiębiorcy w sposób celowo sugerująca konsumentowi, że produkt ten został wykonany przez tego samego przedsiębiorcę, jeżeli jest to niezgodne z prawdą* – pkt 13 art. 17. Zakaz ten nawiązuje do podstawowej zasady rynku wolnej konkurencji, tj. do prawdziwości

⁵⁶ Por. R. Skubisz, w: Szwaja, *Komentarz*, 2006, s. 729 i n.; E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 103.

funkcjonujących na nim przekazów. Jest to kolejny przykład czynu niedozwolonego, mogącego wprowadzić w błąd, a więc obszernie zakazanego nie tylko przepisami omawianego aktu prawnego, lecz także ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Omawiana, „czarna” praktyka polega na **świadomym**, celowym działaniu producenta, zmierzającym do takiego ukształtowania **przekazu reklamowego**, który sugeruje jego pochodzenie od innego, ze względu na konieczną tożsamość rodzajową produktu – konkurencyjnego wytwórcy. Intencję ustawodawcy dobrze ilustruje treść uzasadnienia Parlamentu Europejskiego do odpowiedniego pkt 13 aneksu do dyrektywy 2005/29, w którym podkreślono, że *jeżeli producenci mają prawo do produkowania tańszych, alternatywnych wersji jakiegokolwiek produktu, również konsumenci muszą być możliwie najskuteczniej chronieni przed oszustwami*⁵⁷. Podkreślenia wymaga to, iż omawiany przepis zasadniczo **nie dotyczy kwestii naśladowania samego produktu**, w szczególności w sposób, o którym mowa w art. 13 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (*Czynem nieuczciwej konkurencji jest naśladowanie gotowego produktu polegające na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzić klienta w błąd co do tożsamości producenta lub produktu*). Odnosi się bowiem do przekazów reklamowych i pozwala na ich ocenę w zakresie, w jakim rodzajowo podobne lub nawet tożsame produkty (typu: produkty chemii gospodarczej, obuwie, środki kosmetyczne itd.) są w nim prezentowane. Odpowiedni zarzut nie będzie zasadny w przypadku, w którym ani treść ani forma reklamy nie pozwolą na łączenie promowanego produktu z innym, wcześniej na rynku oferowanym, a pochodzącym od innego producenta.

Wiele osób poszukując źródeł dochodów daje wiarę zapewnieniom, że uczestniczenie w „łańcuchu” pozyskiwania od różnych osób środków finansowych, przyniesie im wymierne korzyści. Nie biorą przy tym pod uwagę, że zabraknie kolejnych chętnych, a tym samym skończy się dopływ pieniędzy przeznaczonych do podziału dla wcześniejszych uczestników piramidy⁵⁸. Bazowanie na naiwności ludzkiej, wykorzystywanie ich nieświadomości, stanowiło „od zawsze” czyn nieuczciwej konkurencji. Przykładowo, w pierwszej polskiej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 1926 r. zawarty był zakaz zawierania umów lawinowych, obecnie przewiduje go art. 17c ust. 1, jednak z pewnym ograniczeniem, wskazanym w ust. 2 tego artykułu.

Nic zatem dziwnego, że odpowiednia klauzula została zamieszczona w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, gdyż to właśnie konsumenci padali zwykle ofiarą takich praktyk. I tak pkt 14 art. 17 przewiduje, że niedozwoloną w każdych okolicznościach praktyką jest

zakładanie, prowadzenie lub propagowanie systemów promocyjnych typu piramida, w ramach których konsument wykonuje świadczenie w zamian za możliwość otrzymania ko-

⁵⁷ Przytaczam za R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 396.

⁵⁸ Por. E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 294 i n.

rzyści materialnych, które są uzależnione przede wszystkim od wprowadzenia innych konsumentów do systemu, a nie od sprzedaży lub konsumpcji produktów.

Jak widzimy, w odniesieniu do konsumentów zakaz jest kategoriyczny, co oznacza, że nie wyłącza go żadne okoliczności przywołane na usprawiedliwienie praktyki. Pozostaje to w pewnej kontradycji z ust. 2 art. 17 u.z.n.k., przewidującym możliwość organizowania sprzedaży lawinowej, w określonych warunkach prawnych. Mając na uwadze, iż aktualnie ustawa ta nie znajduje zastosowania dla bezpośredniej ochrony konsumentów, przepis ten będzie obejmował inne podmioty, aniżeli konsumenci właśnie.

Twierdzenie, że przedsiębiorca wkrótce zakończy działalność lub zmieni miejsce jej wykonywania, jeżeli jest to niezgodne z prawdą, stanowi kolejny przykład „czarnej” praktyki handlowej (pkt 15 art. 7 ustawy). Zakaz jest właściwie oczywisty i obejmuje sytuacje, w których do wiadomości konsumenta dociera **nieprawdziwa** informacja o treści wskazanej przepisem.

Kolejny zakaz, obejmujący *twierdzenie, że nabycie produktu jest w stanie zwiększyć szansę na wygraną w grach losowych* (pkt 17 art. 7 ustawy) ma na celu ochronę konsumenta przed dokonaniem zakupu ze względu na to, że czynność taka – wedle zapewnień – zwiększy szansę na nagrodę w grze losowej, towarzyszącej danemu produktowi. Odpowiednie oceny, jak wiadomo, muszą być oparte o percepcję przeciętnego konsumenta, uczestnika danego segmentu rynku (określonego rodzaju gra losowa), rozumianego zgodnie z definicją ustawową. Zapewne należy go zaliczyć do grupy osób szczególnie podatnych na taką praktykę, choćby ze względu na to, że miraż wygranej ogranicza zwykle zdolność do realnego ustalenia możliwości jej otrzymania.

Umieszczenie powyższego zakazu w art. 7 ustawy, określającym „czarne” praktyki wprowadzające w błąd wskazuje, że przekaz ten musi wywoływać powyższy skutek bądź potencjalnie posiadać taką zdolność. Można zatem wnosić, że komunikat nie wywołujący tego skutku – jest dozwolony (jeśli w ogóle taki przypadek może mieć miejsce). Zgodnie bowiem z art. 2 ust. 1 ustawy o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r.⁵⁹, *grami losowymi są gry o wygrane pieniężne lub rzeczowe, których wynik w szczególności zależy od przypadku* (podkreślenie E.N.), *a warunki gry określa regulamin*.

Moim zdaniem, interpretacja może iść i w takim – wydaje się poprawnym – kierunku, iż jest to zakaz niezależny od tego, czy mamy do czynienia z przekazem nieprawdziwym, mylącym, gdyż ograniczenie takie jest wprost uzasadnione treścią klauzuli generalnej, odnosząc się do praktyki zakłócającej decyzje rynkowe konsumenta. Można także przyjąć argumentację, iż ze względu na niepewność wygranej w grze, przeciw losowej, szansę na jej otrzymanie są właśnie „losowe”, a więc wprowadzeniem w błąd jest każde zapewnienie, o którym mowa w omawianym przepisie⁶⁰.

⁵⁹ Dz.U. Nr 201, poz. 1540.

⁶⁰ Tak też M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu*, s. 189.

Powyższy zakaz nie oznacza, iż każdy przypadek łączenia w kampanii promocyjnej nabycia produktu z udziałem w loterii – jest *ex lege* niedozwolona. Odpowiednie ograniczenie może jednak wynikać w konkretnych okolicznościach z innych postanowień ustawy⁶¹.

Istotne znaczenie rynkowe ma kolejny zakaz, zawarty w pkt 17 art. 7 ustawy, a mianowicie: *nie jest dozwolone twierdzenie, że produkt jest w stanie leczyć choroby, zaburzenia lub wady rozwojowe, jeżeli jest to niezgodne z prawdą*. Chodzi w tym przypadku o wykluczenie z obiegu rynkowego informacji mających istotne znaczenie zdrowotne, lecz **nieprawdziwych**. Nie ma wątpliwości, że najbardziej wrażliwą na przekazy rynkowe grupą konsumentów są matki i osoby chore. Szczególnie te ostatnie poszukują informacji, które mogą im pomóc w walce z bólem, określoną chorobą, tymczasową przypadłością. Przywołany powyżej tekst ustawy nawiązuje do takich produktów, które mogą „leczyć choroby”, a więc do leków, czy do „produktów” mogących wywołać taki skutek. Niewątpliwie głównie chodzić będzie o pierwsze ze wskazanych środków leczniczych – o leki. Podstawowym aktem prawnym, regulującym m.in. reklamę produktów leczniczych, jest ustawa Prawo farmaceutyczne z 6 września 2001 r. (tekst jedn. Dz. U. 2008, nr 45, poz. 271), przewidująca szereg zakazów i ograniczeń⁶². Odnosi się do „**produktów leczniczych**”, zdefiniowanych w art. 2 pkt 32 ustawy. Jest to mianowicie

substancja lub mieszanina substancji, przedstawiana jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi i zwierząt lub podawana w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne.

W języku potocznym produkty takie określamy mianem leku. Prawo farmaceutyczne definiuje także specyficzne rodzaje produktów leczniczych (leków) tj.: produktów leczniczych przeznaczonych do specjalnych celów żywieniowych, produktów leczniczych homeopatycznych, produktów immunologicznych, produktów krwiopochodnych, produktów roślinnych. W omawianym zakresie tekst ustawy Prawo farmaceutyczne poszerzono w kolejnej nowelizacji, dodając art. 3a w brzmieniu: *do produktu spełniającego jednocześnie kryteria produktu leczniczego oraz kryteria innego rodzaju produktu, w szczególności suplementu diety lub kosmetyku, określone odrębnymi przepisami, stosuje się przepisy niniejszej ustawy*. Ustawodawcy chodziło przede wszystkim o ukrócenie działań polegających na tzw. *switch* tj. na zmianie statusu produktu leczniczego i zarejestrowaniu go jako środka dietetycznego czy kosmetyku, co ułatwia nie tylko wprowadzenie takiego produktu na rynek, lecz również prowadzenie jego reklamy (np. z wykorzystaniem porównań czy sięgając po osoby znane publicznie).

Powyższe określenia ustawowe oznaczają, że produktem leczniczym jest taki produkt, który:

⁶¹ Por. wyrok TS z 14.01.2010 w sprawie C-304/80, *Plus*, glosa M. Sieradzkiej, MoP 2010, nr 21, s. 1190 i n.

⁶² Por. M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, *Prawo farmaceutyczne*, Warszawa 2008, s. 285 i n.

- został zaprezentowany w sposób sugerujący, że jest to produkt posiadający właściwości lecznicze lub zapobiegający chorobom lub
- w rzeczywistości posiada właściwości modyfikowania funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne i jest podawany w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji funkcji organizmu⁶³.

Dozwoleń, ograniczeń i zakazów reklamy takich produktów, zostały ujęte w art.52 i nast. ustawy Prawo farmaceutyczne⁶⁴.

Wracając do omawianego zakazu ustawowego podkreślić należy, że obejmuje on **kategoryczne, nieprawdziwe twierdzenia** dotyczące **właściwości leczniczych** bliżej niewskazanych „produktów”. Zwrot ten należy rozumieć szeroko, a więc wykracza poza wskazane powyżej – produkty farmaceutyczne. Zgodnie zaś z definicją zawartą w omawianej ustawie, pojęcie to obejmuje *każdy towar lub usługę, w tym nieruchomości, prawa i obowiązki wynikające ze stosunków cywilnoprawnych* – pkt 3 art. 2. Obejmuje zatem także odpowiedniego rodzaju usługi.

Podkreślenia wymaga i to, że przepis ten nie ogranicza możliwości podawania **prawdziwych informacji**. W odniesieniu do produktów leczniczych można i w tym obszarze znaleźć w prawie farmaceutycznym odpowiednie ograniczenia.

Kolejny zakaz (pkt 18) obejmuje *przekazywanie nierzetelnych informacji dotyczących warunków rynkowych lub dostępności produktu, z zamiarem nakłonienia konsumenta do zakupu produktu na warunkach mniej korzystnych niż warunki rynkowych*.

Jak podkreśla się w literaturze, klauzule takie jak komentowana, mają służyć eliminowaniu z praktyki gospodarczej nieuczciwej reklamy lub innych form przyciągania konsumentów do nabycia produktu w interesie zarówno konsumenta, jak również lojalnie działających konkurentów⁶⁵. Jeśli przyjrzeć się niektórym reklamom produktów bankowych, to można dopatrzeć się w nich niekiedy naruszenia powyższego zakazu.

Zawarta w pkt 19 art. 7 ustawy wprowadzająca w błąd „czarna” praktyka, za niedozwolone uznaje twierdzenie, że *organizowany jest konkurs lub promocja z nagrodami, a następnie nieprzyznanie opisanych nagród lub ich odpowiedniego ekwiwalentu*. Każdy z uczestników rynku doskonale wie, że dobrą zachętą jest informacja w rodzaju: „nagroda gwarantowana”. Wabienie polega tu na wzbudzeniu nadziei na otrzymanie dodatkowej gratyfikacji. Działanie takie, w świetle cyt. przepisu, polega więc na „czystym” rozpowszechnianiu przez sprawcę (przedsiębiorcę) komunikatu o fakcie istnienia konkursu lub promocyjnej sprzedaży, a następnie nieprzyznanie obiecanych nagród. Niedozwolony skutek może przy tym zostać wywołany także w sytuacji, gdy konkurs (promocja) wprowadzie *de facto*

⁶³ Por. M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, *Prawo...*, s. 41.

⁶⁴ Por. *Ibidem*, s. 287 i n.

⁶⁵ Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 408.

ma miejsce, jednakże osoby spełniające jego warunki nie otrzymują należnej im nagrody (ekwiwalentu). Jest to więc zachęta bez pokrycia, konkurs (promocja) jedynie z nazwy. Jak wskazuje się w literaturze, konsument powinien być wyraźnie powiadomiony, w jakiej umowie uczestniczy, jakie warunki powinien spełniać dla otrzymania nagrody lub innego przysporzenia⁶⁶.

Omawiany zakaz nie wiąże ocen z nabyciem produktu, obejmuje bowiem rozpowszechnianie twierdzenia, o powyżej wskazanych skutkach.

Podobne ograniczenie znajdujemy w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Mianowicie, zgodnie z art. 17 a, za delikt uznano *przyznanie premii w postaci towarów lub usług odmiennych od będących przedmiotem sprzedaży*. Równocześnie ograniczono jej wysokość w stosunku do ceny produktu. Jak wiadomo, aktualnie jest to przepis odnoszący się bezpośrednio jedynie do przedsiębiorców.

Zachęcanie konsumentów do nabywania produktów może polegać m.in. na wskazywaniu **nieistniejących korzyści cenowych**. Nawiązuje do nich pkt 20 art. 7 ustawy za niedozwoloną praktykę

traktując prezentowanie produktów jako „gratis”, „darmowy”, „bezpłatny” lub w podobny sposób, jeżeli konsument musi uiścić jakąkolwiek należność, z wyjątkiem bezpośrednich kosztów związanych z odpowiedzią na praktykę rynkową, odbiorem lub dostarczeniem produktu.

Przepis ten zawiera dwa ważne wskazania. Po pierwsze, do wiadomości konsumenta ma zostać przekazany komunikat, że produkt jest za darmo, podczas gdy – po drugie – otrzymaniu go towarzyszy „jakakolwiek należność”. Ostatnie wskazanie oznacza, że nie jest tu istotna wysokość „należności”, nie musi ona pozostawać w jakiegokolwiek zgodności (zależności) do wartości darmowego produktu.

Niedozwolone wywołanie błędu polega tu będzie na złamaniu odwołania się do „bezpłatności” danej oferty. Konsument zachęcony takim jej charakterem, chcąc z niej skorzystać – nie może ponosić **żadnych dodatkowych kosztów**, za wyjątkiem wskazanych przepisem. Zakazana praktyka ma na celu wymuszenie na przedsiębiorcach rzetelnego przekazywania odpowiednich informacji. Jeśli zatem wczasy stanowiące np. nagrodę – są wedle komunikatu płynące od przedsiębiorcy – „darmowe”, to nie może temu towarzyszyć żaden koszt, związany z rozumieniem bezpłatnego wypoczynku. Nie jest więc dozwolone, aby towarzyszyły temu opłaty z tytułu wyżywienia, choć już konsument sam powinien zapłacić np. takse klimatyczną.

Niewątpliwie w praktyce może przysparzać trudności ustalenie, kiedy mamy do czynienia z „bezpośrednimi” kosztami, związanymi z „odpowiedzią” na gratysową praktykę⁶⁷. Być może można tu zaliczyć np. koszt karty kredytowej (wartość odpowiedniego druku), którą posługiwanie się w dowolnych bankomatach nie jest

⁶⁶ Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 415.

⁶⁷ Ibidem.

obciążane prowizją. Nieco przybliżyła omawiane pojęcia terminologia dyrektywy, która w odpowiednim pkt 20 załącznika nr I używa zwrotu „nieunikniony” koszt.

Umieszczanie w materiałach marketingowych faktury lub podobnego dokumentu, sugerującego obowiązek zapłaty, który wywołuje u konsumenta wrażenie, że już zamówił reklamowany produkt, mimo że tego nie zrobił, stanowi „czarną” praktykę, ujętą w pkt 21 art. 7 ustawy. Ochrona konsumenta jest tu oczywista: wykorzystujący naiwność – polegającą nie nieprzygotowaniu do właściwego odczytywania dokumentów handlowych – przedsiębiorca stawia takiego nabywcę niejako przed faktem dokonanym w jego mniemaniu, a mianowicie, że „zamówił reklamowany” produkt. Chodzi przy tym o wprowadzenie w błąd polegające na mylącym posłużeniu się w „materiałach marketingowych” np. fakturą (lub innym tego rodzaju dokumentem), która zwykle potwierdza złożone wcześniej zamówienie. O takim jej znaczeniu konsument zwykle wie. Treść przepisu będzie w praktyce budziła wątpliwości. Wynika z niej w każdym razie, iż ocenie będzie podlegało każde działanie marketingowe, w którym „umieszczono” dokument „sugerujący obowiązek zapłaty”, pomimo że taki obowiązek w ogóle nie powstał (powstać nie może). A zatem nie chodzi o faktyczną możliwość wywołania konfuzji, lecz o sam fakt działania opisanego cyt. przepisem.

Kolejno nie jest dozwolone *twierdzenie lub stwarzanie wrażenia, że sprzedawca nie działa w celu związanym z jego działalnością gospodarczą lub zawodową lub podawanie się za konsumenta, jeżeli jest to niezgodne z prawdą* (pkt 22 art. 7). Wprowadzenie w błąd u konsumenta polega tu na tym, że odnosi on lub może odnieść wrażenie, że jego rozmówca nie uczestniczy w grze rynkowej, a zatem że nie ma do czynienia ze sprzedawcą czy przedsiębiorcą. Takiej osobie zwykle bardziej się ufa, traktuje otrzymywane informacje jako neutralne gospodarczo. Niewątpliwie dochodzi tu do istotnego zakłócenia podstawowej zasady rynku wolnej lecz uczciwej konkurencji, za jaką uznać należy jego transparentność, przejrzystość.

Zarzut obejmować może różnego rodzaju sytuacje: od bezpośredniego kontaktu do wymiany korespondencji. Aktualnie dość często stosowanym „chwyt” jest tzw. marketing szeptany. Ma on wiele form: od informacji wprost przekazywanych przez sprzedawców o produkcie do odpowiedniego wykorzystanie internetu, stwarzając wrażenie, że dany komunikat o treści rynkowej nie pochodzi od zainteresowanego reklamą podmiotu. Szczególnie groźny jest ostatnio wskazany przykład. W sieci roi się od ofert związanych z usługami obejmującymi rozpowszechnianie odpowiednich komunikatów, jako rzekomo pochodzących od konsumentów, a w rzeczywistości rozpowszechnianych na zamówienie przedsiębiorcy.

Wykaz praktyk niedozwolonych w każdych okolicznościach kończy pkt 23 art. 7 ustawy, zakazujący *wywoływania u konsumenta wrażenia, że usługi serwisowe dotyczące danego produktu są dostępne w państwie członkowskim innym, niż państwo członkowskie, w którym produkt ten został sprzedany, jeżeli jest to niezgodne z prawdą.* Ograniczenie polega tu na zakazie wprowadzania w błąd w odniesieniu

do „geograficznego” dostępu do usług serwisowych. Wyrażono w tym zakresie stanowisko, że chodzi tu o wrażenie, że jest on dostępny we wszystkich państwach Unii⁶⁸. Wydaje się, że bardziej poprawne jest stanowisko, wedle którego chodzi o „inne państwo”, a więc o inny kraj aniżeli miejsce zakupu. Jak podkreślono, sens promocji tego typu zasadza się w informacji o dostępności takiej usługi w kraju zamieszkania konsumenta, jeśli korzysta z oferty w innym państwie⁶⁹.

W powyższy sposób ukształtowana została lista praktyk rynkowych niedozwolonych w każdych okolicznościach. Nie można ich usprawiedliwić, są zatem dla przedsiębiorcy niezwykle niebezpieczne. Dlatego też tak istotna jest klarowność sformułowań, której niestety w tekście brakuje.

⁶⁸ Por. A. Michalak, *Przeciwdziałanie...*, s. 106 n.

⁶⁹ Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 423 i n.