

REKLAMA

**Aspekty prawne
Nowe wyzwania**

REDAKCJA NAUKOWA

Monika Namysłowska

REKLAMA

Aspekty prawne
Nowe wyzwania

REKLAMA

**Aspekty prawne
Nowe wyzwania**

REDAKCJA NAUKOWA

Monika Namysłowska

Stan prawny na 1 września 2022 r.

Recenzent

Dr hab. Monika Jagielska, prof. UŚ

Wydawca

Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący

Livia Śpiewak

Opracowanie redakcyjne

JustLuk

Projekt okładek serii

Wojtek Janikowski

prawolubni

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przystługających im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujmy prawo i własność

Więcej na www.legalnakultura.pl

Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2022

ISBN 978-83-8286-757-2

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 728 313 462

e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	11
Słowo wstępne	19

I. Zamiast wprowadzenia

<i>Ewa Nowińska</i> Kilka słów o reklamie na przestrzeni wieków tytułem wstępu do rozważań prawnych	23
---	----

II. Reklama interdyscyplinarnie

<i>Andrzej Falkowski, Zuzanna Słupicka</i> Reklama zawodów prawniczych –perspektywa psychologiczna	41
<i>Anna Tischner, Katarzyna Stasiuk</i> Przeciętny normatywno-empiryczny konsument, czyli czego prawnik może dowiedzieć się od psychologa o zachowaniach rynkowych konsumenta i co z tą wiedzą może zrobić?	51
<i>Agnieszka Pyrzyńska</i> Wpływ reklamy na treść istniejącego stosunku zobowiązaniowego	79
<i>Dorota Sylwestrzak</i> Wolność (swoboda) reklamy i jej administracyjnoprawne ograniczenia	92
<i>Iga Małobęcka-Szwast</i> Nadużycie pozycji dominującej na rynkach reklamy internetowej	111

Bartosz Targański

Ograniczanie działalności reklamowej dystrybutora w internecie – perspektywa prawa konkurencji Unii Europejskiej	139
---	-----

Iwona B. Mika

Przejrzystość w reklamie politycznej – generalne uwagi na tle propozycji nowej regulacji	153
---	-----

III. Zwalczanie nieuczciwej reklamy

Robert Stefanicki

Dyferencjacja modelu przeciętego konsumenta	177
---	-----

Jakub Kępiński

Reklama sprzeczna z dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka	188
--	-----

Piotr Chańko

Reklama naruszająca zasady moralne i uczciwość obrotu gospodarczego – uwagi na tle wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 3.02.2017 r., I ACa 740/16	214
--	-----

Małgorzata Sieradzka

Istotność zniekształcenia zachowania rynkowego jako przesłanka ochrony konsumenta przed nieuczciwymi praktykami reklamowymi	228
--	-----

Michał Strzelecki, Łukasz Wroński

Istotność wprowadzenia w błąd – dwugłos na kanwie wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-281/12, Trento Sviluppo	243
---	-----

Jarosław Sroczyński

Reklama wywołująca lęk	261
------------------------------	-----

Monika Namysłowska, Karolina Sztobryn

Reklama coraz bardziej ukryta. O nowych wyzwaniach dla prawnej regulacji reklamy ukrytej	275
---	-----

Joanna Affre, Katarzyna Kozyra, Marta Miszczuk

Greenwashing, czyli marketing pseudoekologiczny – ekorewolucja regulacyjna	287
---	-----

Monika Namysłowska

Nieuczciwa reklama w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości w latach 2011–2021	306
--	-----

IV. Prawo reklamy a nowe technologie i ochrona danych osobowych

Witold Chomiczewski, Dominik Lubasz, Adam Szkurlat

Reklama online a dane osobowe	329
-------------------------------------	-----

Dariusz Kasprzycki

Wokół problematyki zgody na kontakty o charakterze marketingowym	347
--	-----

Elwira Macierzyńska-Franaszczyk

Technologia mieszanej rzeczywistości w reklamie w zderzeniu z prawem do prywatności	360
--	-----

Joanna Mazur

Jak prawo umożliwia funkcjonowanie kapitalizmu inwigilacji? Elementy prawa ochrony danych osobowych Unii Europejskiej dotyczące profilowania i zautomatyzowanego podejmowania decyzji a targetowanie reklam w świetle koncepcji kapitalizmu inwigilacji	387
--	-----

Joanna A. Luzak

Influencerzy a reklama – aspekty prawne	401
---	-----

Arkadiusz Michalak

Reklama a oprogramowanie komputerowe – uwagi z perspektywy zwalczania nieuczciwej konkurencji	417
--	-----

Maciej Kubiak, Karolina Kucharska

Prawne aspekty cyfrowego i dynamicznego lokowania produktu	433
--	-----

V. Reklama a prawo własności intelektualnej

Beata Giesen

Naśladowcza reklama – rozważania z perspektywy prawa autorskiego oraz prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji	445
---	-----

Urszula Promińska

Zakres zakazanego naśladownictwa	479
--	-----

Jarosław Dudzik, Ryszard Skubisz

Użycie znaku towarowego konkurenta w reklamie porównawczej (w prawie Unii Europejskiej i prawie polskim)	491
---	-----

Katarzyna Grzybczyk

<i>Body Image Advertising</i> i regulacje prawne	518
--	-----

Łukasz Maryniak

Wykorzystywanie folkloru w przekazach reklamowych	534
---	-----

VI. Ograniczenia reklamy towarów i usług

Zbigniew Okoń

Niepubliczna reklama i promocja napojów alkoholowych	551
--	-----

Małgorzata Balwicka-Szczyrba, Łukasz Balwicki

Zakaz reklamy i promocji podgrzewanych wyrobów tytoniowych (<i>heated tobacco products</i>)	563
--	-----

Agnieszka Jabłowska, Natalia Brzozowska

Regulacja reklamy hazardu internetowego a ochrona konsumentów w dobie mediów społecznościowych i aplikacji inwestycyjnych	575
--	-----

Marcin Balicki

<i>Press start to advertise</i> – aspekty prawne reklam w branży gier wideo	592
---	-----

Paweł Wojciechowski

Reklama żywności dla dzieci, w tym dla niemowląt i małych dzieci	619
--	-----

Justyna Nowak

O reklamie suplementów diety z trzech punktów widzenia – analiza prawa materialnego, procesowego i samoregulacji	642
---	-----

Marek Świerczyński, Zbigniew Więkowski

Nowe technologie w reklamie leków biologicznych	658
---	-----

Joanna Adamczyk

Reklama wyrobów medycznych – stan regulacji	672
---	-----

Katarzyna Południak-Gierz, Piotr Artur Olechowski

Personalizacja reklam produktów ubezpieczeniowych – między teorią a praktyką	697
---	-----

Michał Rafał Walczak

Ryzyko prawne w reklamie odwróconego kredytu hipotecznego skierowanej do konsumentów	715
--	-----

Dominik Lubasz

Reklama internetowa radców prawnych i adwokatów jako zawodów zaufania publicznego	725
---	-----

VII. Dochodzenie roszczeń w sprawach dotyczących reklamy

Dominik Wolski

Zwalczanie nieuczciwej konkurencji w reklamie – uwagi z pogranicza prawa publicznego i prywatnego	743
---	-----

Jacek Olma

Zwalczanie nieuczciwej konkurencji w reklamie – praktyczne aspekty postępowania sądowego. 10 lat później	764
--	-----

Aleksandra Wędrychowska-Karpińska

Ciężar dowodu prawdziwości oznaczeń, informacji i wypowiedzi reklamowych – uwagi na tle art. 18a u.z.n.k.	780
--	-----

Anna Zientara

Możliwość stosowania art. 25 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do reklamy sprzecznej z prawem	790
--	-----

Jagna Mucha

Ochrona zbiorowych interesów konsumentów oraz zbiorowe dochodzenie roszczeń wynikających z reklamy wprowadzającej w błąd	803
--	-----

Jarosław Kończak

Reklamowa samoregulacja w Polsce	818
--	-----

Bibliografia	829
---------------------------	-----

Autorzy	865
----------------------	-----

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- dyrektywa 77/94/EWG – dyrektywa Rady 77/94/EWG z 21.12.1976 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego (Dz.Urz. UE L z 1997 r., Nr 26, s. 55)
- dyrektywa 84/450/EWG – dyrektywa Rady 84/450/EWG z 10.09.1984 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących reklamy wprowadzającej w błąd (Dz.Urz. UE L 250, s. 17, ze zm.)
- dyrektywa 89/104/EWG – Pierwsza dyrektywa Rady z 21.12.1988 r. mająca na celu zbliżenie ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do znaków towarowych (89/104/EWG) (Dz.Urz. UE L 40, s. 1, ze zm.) (nie obowiązuje)
- dyrektywa 89/398/EWG – dyrektywa Rady z 3.05.1989 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego (Dz.Urz. UE L 186, s. 27) (nie obowiązuje)
- dyrektywa 97/55/WE – dyrektywa 97/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6.10.1997 r. zmieniająca dyrektywę 84/450/EWG dotyczącą reklamy wprowadzającej w błąd w celu włączenia do niej reklamy porównawczej (Dz.Urz. UE L 290, s. 18)
- dyrektywa 2000/31/WE – dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 8.06.2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym) (Dz.Urz. UE L 178, s. 1)
- dyrektywa 2001/83/WE – dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6.11.2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz.Urz. UE L 311, s. 67 ze zm.)

- dyrektywa 2002/58/WE – dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.07.2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz.Urz. UE L 201, s. 37, ze zm.)
- dyrektywa 2003/33/WE – dyrektywa 2003/33/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.05.2003 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich, odnoszących się do reklamy i sponsorowania wyrobów tytoniowych (Dz.Urz. UE L 152, s. 16)
- dyrektywa 2005/29/WE – dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.05.2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych) (Dz.Urz. UE L 149, s. 22, ze zm.)
- dyrektywa 2006/114/WE – dyrektywa 2006/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.12.2006 r. dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (Dz.Urz. UE L 376, s. 21)
- dyrektywa 2009/39/WE – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/39/WE z 6.05.2009 r. w sprawie środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego (Dz.Urz. UE L 124, s. 21)
- dyrektywa 2010/13/UE – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z 10.03.2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych, wersja ujednolicona) (Dz.Urz. UE L 95, s. 1, ze zm.)
- dyrektywa 2016/97 – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/97 z 20.01.2016 r. w sprawie dystrybucji ubezpieczeń (Dz.Urz. UE L 26, s. 19, ze zm.)
- dyrektywa 2018/1808 – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1808 z 14.11.2018 r. zmieniająca dyrektywę 2010/13/UE w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) ze względu na zmianę sytuacji na rynku (Dz.Urz. UE L 303, s. 69)
- dyrektywa 2019/771 – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2019/771 z 20.05.2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów sprzedaży towarów, zmieniająca rozporządzenie (UE) 2017/2394 oraz dyrektywę 2009/22/WE i uchylająca dyrektywę 1999/44/WE (Dz.Urz. UE L 136, poz. 28)

EKPC	– Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)
k.c.	– ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.)
k.k.	– ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.)
k.k.s.	– ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2022 r. poz. 859 ze zm.)
Kodeks Etyki Reklamy	– Kodeks Etyki Reklamy uchwalony przez Radę Reklamy, https://radareklamy.pl/kodeks-etyki/ (dostęp: 12.07.2022 r.)
Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
k.p.c.	– ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.)
k.w.	– ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2021 r. poz. 2008 ze zm.)
p.o.ś.	– ustawa z 27.04.2001 r. – Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2021 r. poz. 1973 ze zm.)
pr. aut.	– ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1062 ze zm.)
pr. farm.	– ustawa z 6.09.2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2021 r. poz. 1977 ze zm.)
pr. pras.	– ustawa z 26.01.1984 r. – Prawo prasowe (Dz.U. z 2018 r. poz. 1914)
pr. tel.	– ustawa z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2022 r. poz. 1648)
p.w.p.	– ustawa z 30.06.2000 r. – Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2021 r. poz. 324)
Ramowa Konwencja WHO	– Ramowa Konwencja Światowej Organizacja Zdrowia o ograniczeniu użycia tytoniu, Genewa, 21.05.2003 r. (Dz.U. z 2007 r. Nr 74, poz. 487)
RODO	– rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE L 119, s. 1)
rozporządzenie 2016/127	– rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2016/127 z 25.09.2015 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 609/2013 w odniesieniu do szczegółowych wymogów dotyczących składu preparatów do początkowego żywienia niemowląt i preparatów do dalszego żywienia niemowląt oraz informacji na ich temat, a także w odniesieniu do informacji dotyczących żywienia niemowląt i małych dzieci (Dz.Urz. UE L z 2016 r. Nr 25, s. 1, ze zm.)

- rozporządzenie 2017/745 – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z 5.04.2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylenia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (Dz.Urz. UE L 117, s. 1, ze zm.)
- rozporządzenie 2017/746 – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/746 z 5.04.2017 r. w sprawie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro oraz uchylenia dyrektywy 98/79/WE i decyzji Komisji 2010/227/UE (Dz.Urz. UE L 117, s. 176 ze zm.)
- rozporządzenie 2017/1001 – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1001 z 14.06.2017 r. w sprawie znaku towarowego Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE L 154, s. 1)
- rozporządzenie 2022/720 – rozporządzenie Komisji (UE) 2022/720 z 10.05.2022 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.Urz. UE L 134, s. 4)
- rozporządzenie nr 609/2013 – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 609/2013 z 12.06.2013 r. w sprawie żywności przeznaczonej dla niemowląt i małych dzieci oraz żywności specjalnego przeznaczenia medycznego i środków spożywczych zastępujących całodzienną dietę, do kontroli masy ciała oraz uchylające dyrektywę Rady 92/52/EWG, dyrektywy Komisji 96/8/WE, 1999/21/WE, 2006/125/WE i 2006/141/WE, dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/39/WE oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 41/2009 i (WE) nr 953/2009 (Dz.Urz. UE L 181, s. 35, ze zm.)
- rozporządzenie nr 1169/2011 – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z 25.10. 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności, zmiany rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1924/2006 i (WE) nr 1925/2006 oraz uchylenia dyrektywy Komisji 87/250/EWG, dyrektywy Rady 90/496/EWG, dyrektywy Komisji 1999/10/WE, dyrektywy 2000/13/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, dyrektyw Komisji 2002/67/WE i 2008/5/WE oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 608/2004 (Dz.Urz. UE L 304, s. 18, ze zm.)
- rozporządzenie nr 1924/2006 – rozporządzenie (WE) nr 1924/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 20.12.2006 r. w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności (Dz.Urz. UE L 404, s. 9, ze zm.)
- TFUE – Traktat z 26.10.2012 r. o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 326, s. 47, wersja skonsolidowana)
- u.b.ż.ż. – ustawa z 25.08.2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 2021 ze zm.)

u.COVID-19	– ustawa z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2021 r. poz. 2095 ze zm.)
u.d.p.	– ustawa z 21.03.1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1693 ze zm.)
u.d.r.p.g.	– ustawa z 17.12.2009 r. o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym (Dz.U. z 2020 r. poz. 446)
u.d.u.	– ustawa z 15.12.2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń (Dz.U. z 2022 r. poz. 905)
u.g.h.	– ustawa z 19.11.2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2022 r. poz. 888 ze zm.)
u.k.k.	– ustawa z 12.05.2011 r. o kredycie konsumenckim (Dz.U. z 2022 r. poz. 246)
u.o.k.h.	– ustawa z 23.10.2014 r. o odwróconym kredycie hipotecznym (Dz.U. z 2022 r. poz. 158)
u.o.k.k.	– ustawa z 6.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275)
u.o.p.w.w.	– ustawa z 29.07.2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1983, ze zm.)
u.o.z.n.	– ustawa z 9.11.1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych (Dz.U. z 2021 r. poz. 276)
u.p.n.p.r.	– ustawa z 23.08.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. z 2017 r. poz. 2070 ze zm.)
u.p.p.k.	– ustawa z 4.10.2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1342 ze zm.)
u.p.z.p.	– ustawa z 27.03.2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. z 2022 r. poz. 503)
u.r.t.	– ustawa z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1722)
u.s.g.	– ustawa z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2022 r. poz. 559 ze zm.)
u.ś.u.d.e.	– ustawa z 18.07.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2020 r. poz. 344)
u.w.m.	– ustawa z 7.04.2022 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. poz. 974)
u.w.m.2010	– ustawa z 20.05.2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1565) (nie obowiązuje)
u.w.t.p.a.	– ustawa z 26.10.1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz.U. z 2021 r. poz. 1119 ze zm.)
u.z.n.k.	– ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.)

Wytyczne 2021	– Zawiadomienie Komisji – Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym (Dz.Urz. UE C 526 z 2021 r., s. 1)
zalecenie Komisji 2014/478/UE	– zalecenie Komisji 2014/478/UE z 14.07.2014 r. w sprawie zasad ochrony konsumentów i graczy korzystających z usług hazardowych online i w sprawie ochrony nieletnich przed grami hazardowymi online (Dz.Urz. UE L 214, s. 38)

Czasopisma i publikatory

Dz.Urz. UOKiK	– Dziennik Urzędowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dz. Urz. Woj. Kuj.-Pom.	– Dziennik Urzędowy Województwa Kujawsko-Pomorskiego
Dz.Urz. Woj. Mazow.	– Dziennik Urzędowy Województwa Mazowieckiego
Dz.Urz. Woj. Warm.-Maz.	– Dziennik Urzędowy Województwa Warmińsko-Mazurskiego
EPS	– Europejski Przegląd Sądowy
GRUR	– Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	– Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GRUR-Prax	– Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	– Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report
iKAR	– internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny
KPP	– Kwartalnik Prawa Prywatnego
M. Praw.	– Monitor Prawniczy
OSA	– Orzecznictwo Sądów Administracyjnych
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich
PiP	– Państwo i Prawo
PPH	– Przegląd Prawa Handlowego
PUG	– Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
ZNUJ	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego
ZNUJ PIPWI	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej
ZNUJ PWiOWI	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej
ZUM	– Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	– Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht Rechtsprechungsdienst

Inne

BGH	– Bundesgerichtshof (Sąd Najwyższy, Niemcy)
CBE	– Council of Bars and Law Societies of Europe (Rada Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Europy)
EROD	– Europejska Rada Ochrony Danych
ETPC	– Europejski Trybunał Praw Człowieka
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
SA	– sąd apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
SOKiK	– Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TS	– Trybunał Sprawiedliwości
UE	– Unia Europejska
UOKiK	– Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
WSA	– wojewódzki sąd administracyjny

SŁOWO WSTĘPNE

Impulsem do poproszenia wyśmienitych naukowców i praktyków o przygotowanie tekstów tworzących niniejszą monografię był upływ 10 lat od opublikowania nakładem wydawnictwa Wolters Kluwer monografii *Reklama. Aspekty prawne* pod moją redakcją. W ciągu dekady zmieniły się nie tylko przepisy prawne, lecz także, a może przede wszystkim – same praktyki reklamowe. Reklama zdobyła świat online. Przedsiębiorcy, wykorzystując postęp technologiczny, stosują coraz bardziej wyrafinowane metody zdobywania klientów. Pojawiają się nowe regulacje, lecz prawo nie zawsze nadąża za zmianami, co rodzi wiele pytań o zapewnienie właściwego poziomu ochrony na podstawie obowiązujących przepisów.

W monografii *Reklama. Aspekty prawne. Nowe wyzwania* przyglądamy się temu zjawisku. Teksty zgodziło się przygotować wielu Autorów z pierwszej części, dołączyli też nowi. Wszyscy doskonale uchwycili przeobrażenia na rynku reklamowym i związaną z tym konieczność nowego spojrzenia na dotychczasowe akty prawne bądź zastanowienia się nad stosowaniem nowych. Nie została zaniedbana jednak tematyka reklamy tradycyjnej, gdyż także te dobrze znane problemy nadal stanowią wyzwania.

Chciałabym gorąco podziękować Autorom i Recenzentce – dr hab. Monice Jagielskiej, prof. UŚ. To dzięki Państwu powstała niniejsza monografia. Mam nadzieję, że w ślad za opracowaniem *Reklama. Aspekty prawne* z 2012 r. zyska ona uznanie Czytelników ze względu na różnorodność i aktualność tematyki, a także głębię analizy oraz wpisze się na długo w doktrynę poświęconą prawu reklamy.

Monika Namysłowska

I. ZAMIAST WPROWADZENIA

Ewa Nowińska

KILKA SŁÓW O REKLAMIE NA PRZESTRZENI WIEKÓW TYTUŁEM WSTĘPU DO ROZWAŻAŃ PRAWNYCH

„Same zasługi objawiające się w taniości lub dobroci produkcyi nie wystarczą na ściąganie odbiorców; trzeba jeszcze na te przymioty zwrócić uwagę, a środkiem jest tu reklama”¹.

1. Reklama w starożytności i nieco później

Truizmem jest konstatacja, że reklama towarzyszyła człowiekowi „od zawsze”. Na początku było słowo, głośnie zwrócenie uwagi na oferowany towar, choć taki okrzyk – dzięki intonacji – zapewne nie był pozbawiony zachęty. Gliniane tabliczki pełniły funkcję ulotek, w Pompejach w tym celu wykorzystywano nawet mozaiki uliczne – dobrą pomysł na stałą promocję.

Należy zauważyć pojawienie się w przestrzeni publicznej „afiszowych” reklam wyborczych². Przykładowo przywołuje się odnalezione w ruinach Pompejów takie teksty: „Tego, kto odmówi głosu Quinctusowi, niechaj przepędzą przez miasto na ośle jako błazna” – można przeczytać na jednym z 2800 „plakatów wyborczych”, które zachowały się w ruinach tego miasta³. Inne zachwalały Procliniusa, ubiegającego się wybór na urząd publiczny w następujący sposób: „Nasz kandydat jest godnym republikaninem. Jest skromny, a uczciwość jego nie ulega żadnej wątpliwości. Jest szlachetniejszy, bardziej wspaniałomyślny niż wszyscy inni ludzie. Gdy go obierze, będziecie mieli najpiękniejsze igrzyska i chleb najlepszy. Jego młodość stanowi najlepszą ręk-

¹ F. Zoll, *Nieuczciwa konkurencja i jej pokrewne objawy ze stanowiska prawa prywatnego*, Lwów 1897, s. 6.

² Z. Bajka, *Krótką historia reklamy w świecie i w Polsce*, „Zeszyty Prasoznawcze” 1993/4, s. 21–22.

³ B. Maciejowska, *Pompeje. Barwy kampanii*, „Gazeta Wyborcza” z 24.08.2015 r.

kojmię jego uczciwości. Głosujcie więc na niego. Płaci dobrze. Gdy teraz będziecie głosować za nim, to w przyszłym roku on na was głosować będzie. Proclinius to człowiek szlachetny”⁴. Jak widać, także ludzie stanowili „przedmiot” zabiegów propagandowych, uczestnicząc w rywalizacji na wielce szczególnym rynku ubiegania się o urzędy, co zresztą jest i dziś kontynuowane.

Odpowiednie działania zachęcające obejmowały zatem różnorodne dziedziny ludzkiej aktywności, choć nie były indywidualizowane i odrywane od samego aktu sprzedaży (czy rywalizacji o urząd). W tym kontekście przywołuje się wypowiedź Cyserona (106–43 r. p.n.e.), który wspominając pewnego kupca, podkreśla, że tenże *annonas clamavit*, umiejętnie zachwalał („wywoływał”) sprzedawane przez siebie figi. 2000 lat później czasownik *clamare* stał się rdzeniem słowa „reklama”⁵.

Handel, znakomicie rozwinięty w basenie Morza Śródziemnego, wymuszał zachwalanie oferowanych towarów i usług, zwracające uwagę potencjalnych nabywców na tyreńską purpurę, arabskie pachnidła, bursztyn z dalekich krajów północy itp. Reklama ówczesna nie miała przy tym charakteru masowego w dzisiejszym rozumieniu tego słowa, ograniczała się bowiem do miejsc targowych lub konkretnych, zainteresowanych określonym produktem środowisk.

Nasuwa się pytanie, czy działania takie podlegały ocenom. Nie jest ryzykowna teza, że niekiedy działania takie pozostawały w konflikcie z powszechnie przyjmowanymi w danym społeczeństwie zasadami uczciwości, a nawet z kanonami wiary. Nie znajduję przykładów świadczących o negatywnym postrzeganiu „czystej” reklamy, choć niektóre aktywności rynkowe były formalnie sankcjonowane, jak np. lichwa w starożytnym Rzymie, zakazywały jej także, jako działania niezgodnego z podstawowymi założeniami, religie monoteistyczne, traktujące ją jako niedozwolony wyzysk. Z tego choćby względu banki, jako instytucje pożyczające pieniądze na procent, rozwinęły się późno, w każdym razie tam, gdzie religie te wyznaczały także stosunki gospodarcze; mechanizmy kredytów znane były przecież w Mezopotamii i cywilizacji sumeryjskiej.

Falszowanie miar i wag w starożytnym Rzymie zagrożone było odpowiedzialnością karną określoną – jak się na podstawie dalszych interpretacji przyjmowało – już w *Lex Cornelia de falsis* z 81 r. p.n.e.⁶ Odpowiedzialność ta była następnie rozszerzana także na inne fałszerstwa popełniane tak w obrocie rynkowym, jak i poza nim⁷.

⁴ Z. Bajka, *Krótką historia reklamy...*, s. 23.

⁵ Z. Bajka, *Krótką historia reklamy...*, s. 23.

⁶ Zasadniczym celem tej ustawy miało być zapewnienie bezpieczeństwa publicznego obywatelom Rzymu.

⁷ Pierwotny tekst przewidywał odpowiedzialność prawną z tytułu fałszowania testamentów. Jednakże prawotwórcza rola cesarzy i senatu znacząco rozszerzyła zakres stosowania tych przepisów, które znajdowały zastosowanie do oceny szeregu działań polegających na fałszerstwie. Co do dalszych interpretacji

Do ciekawych dla tych uwag wniosków dochodzą niektórzy badacze, wskazując, że być może ustawa powyższa, zakazując zasadniczo fałszowania nazwiska, mogła służyć także do ochrony używanych przez rzemieślników oznaczeń warsztatowych⁸.

Mijają wieki, okrzyk targowy nadal pełnił podstawową funkcję zachęcającą. Zmiany wprowadził dopiero wynalazek Gutenberga; drukarze chwalili najpierw siebie, później drukowali również cudze informacje handlowe (tzw. listy kupieckie i gazety z dołączanymi anonsami rynkowymi).

Plakaty drukowane, choć znane wcześniej, aczkolwiek nie w wersji papierowej⁹, upowszechniły się dopiero w XVIII w. (pewną przeszkodą była tu nieumiejętność czytania); w tym samym czasie modne stały się wizytówki reklamowe, podobne pod względem układu do dzisiejszych folderów.

Rozwija się prasa. Początek regularnie wydawanych czasopism to także pojawienie się ogłoszeń. Drukowały je na swoich stronach gazety informacyjne (choć początkowo niechętnie); powstają w XVII w. pisma już ściśle ogłoszeniowe; znacznie wcześniej powoływane były wyspecjalizowane biura ogłoszeniowe. Nie zawsze przy tym otrzymywano odpowiednią zgodę na jego otwarcie. Przykładowo w 1636 r. pewien profesor Uniwersytetu Wiedeńskiego zwrócił się do władz o pozwolenie na założenie biura informacyjnego dla kupców – *Öffentliche Fragstube*, jednak ze względu na to, że mogło ono stać się „gniazdem grzechu i zepsucia”, zgody nie udzielono¹⁰.

Trudno nie wspomnieć o cechach. Ich genezy można poszukiwać w organizacji rzemieślników dworskich we włościach karolińskich (VIII–IX w.), a także w bractwach religijnych, choć nie były to instytucjonalne organizmy wprost odpowiadające późniejszym związkom rzemieślniczym. Te pojawiły się wraz z rozwojem gospodarki i odrodzeniem życia miejskiego w zachodniej Europie w X–XI w., najwcześniej we Włoszech. Zadaniem cechów była kontrola jakości oraz ilości produkcji, jak również eliminowanie z rynku osób, które do cechu nie należały, a oferowały tożsame (choć tańsze) wyroby. Odpowiednie gwarancje, zakazy i nakazy zawarte były w przepisach cechowych, które przykładowo nie pozwalały np. na „odwabianie” klientów, czeladników i uczniów, „przeszkadzanie” przy zakupie surowców lub wykonywaniu

tego aktu prawnego por. K. Amielińczyk, *Twórcza interpretacja legis Corneliae de sicariis et veneficis przez Hadrianą i jursprudenccję cesarską*, „Studia Prawnoustrojowe” 2007/7, s. 23 i n.; o wpływie fałszerstw na pewność obrotu handlowego pisał m.in. M. Kuryłowicz, *Ustawodawstwo rzymskie w sprawie fałszywych miar i wag*, „Folia Societatis Scientiarum Lublinensis” 1991–1992/1–2, s. 73–77.

⁸ Por. uwagi K. Krezlewicz, *Falszowanie oznaczeń autorstwa w starożytnym Rzymie a ustawa lex Cornelia de falsis*, „Zeszyty Prawnicze” 2016/14, s. 155 i n.

⁹ W starożytnym Rzymie funkcję taką pełniły napisy na murach i informacje zamieszczane na marmurowych tablicach. Zawierały komunikaty urzędowe, jak też informowały o walkach gladiatorów.

¹⁰ Za bliżej J. Bajka, *Krótką historią reklamy...*, s. 27–28.

czynności handlowych¹¹. Chroniono w ten sposób zasadniczo interesy członków cechu, rynek jako taki nie stanowił przedmiotu zainteresowania. Istotne jest przy tym, że zrzeszeni w nich majstrowie mieli nie tylko prawo, lecz także niekiedy obowiązek oznaczania swoich wyrobów „cechą”, której wygląd był zwykle narzucany. Przykładowo w XIII-wiecznej Anglii prawo cechowe nakazywało piekarzowi znakować każdy bochenek chleba, a złotnikowi każdy opuszczający warsztat wyrób. Niewątpliwie taka indywidualizacja nie tylko realizowała obowiązek cechowy, lecz także pełniła funkcję tak informacyjną, jak i reklamową.

Burzliwy rozwój przemysłu końca XVIII w., związany z wykorzystaniem wielu wynalazków ułatwiających tak produkcję, jak i transport, spowodował intensyfikację wymiany handlowej¹². Przedsiębiorców i produktów przybywało, z oczywistymi tego konsekwencjami; rynek stał się obszarem walki konkurencyjnej, prowadzonej nie zawsze zgodnie z zasadami etyki kupieckiej¹³. Znakomicie tę sytuację ilustruje opinia komentatorów do pierwszej polskiej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a mianowicie: „przyjęcie zasad właściwych dla tzw. wolnej konkurencji spowodowało, że znikły wszelkie ograniczenia, opierające się na ciasnych regulaminach cechowych i licznych normach państwa policyjnego. Skruszono pęta sił ujarzmionych, ale nie tylko dobrych, ale także i złych [...] przy wyścigach o pozyskanie jak największej liczby odbiorców pojawiały się i pojawiają także różne środki etycznie naganne, złe, których represją zajęło się lub zająć powinno prawo. Nazwano je najogólniej objawami nieuczciwej konkurencji”¹⁴.

W walce o nabywców niewątpliwie coraz bardziej znaczącą rolę odgrywa reklama, szczególnie że XIX w. sprzyja rozwojowi prasy drukowanej, staje się ona dostępna, dzięki wielości tytułów i zwiększonym nakładom zyskuje bowiem na popularności, choć nadal przeszkodą jest tu nieznajomość słowa pisanego. Powszechne jest już zamieszczanie w gazetach ogłoszeń handlowych, powoli wzbogacanych ilustracjami. Nie wszyscy akceptowali „zaśmiecanie” prasy płatnymi ogłoszeniami. I tak, w 1848 r. Francuz Louis Blanc narzekał, że „niektóre pisma stały się heroldami spekulacji”, a miejsce, które w periodykach powinny zajmować nauka, filozofia, literatura itp., „jest zagarnięte przez fałszywe obwieszczenia i płatne polecenia”¹⁵. Zapewne dla wielu i dzisiaj uwaga powyższa jest aktualna.

¹¹ Por. L. Górnicki, *Nieuczciwa konkurencja, w szczególności przez wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, i środki ochrony w prawie polskim*, Wrocław 1997, s. 11–13.

¹² Por. E. Nowińska [w:] E. Nowińska, K. Szczepanowska-Kozłowska, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, 2022, s. 22–23.

¹³ Por. A. Mokrysz-Olszyńska, *Zagadnienia prawne nieuczciwej konkurencji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1983/3, s. 115 i n.

¹⁴ A. Kraus, F. Zoll, *Polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z objaśnieniami*, Poznań 1929, s. 13–14.

¹⁵ Przywołuję za: Z. Bajka, *Krótką historią reklamy...*, s. 36.

Prawdziwa rewolucja na rynku reklamy miała miejsce z chwilą rozpowszechnienia się mediów elektronicznych, początkowo radia i telewizji, do których kolejno dołączył internet. I tak, w 1920 r. stacja radiowa KDKA w Pittsburgu jako pierwsza w historii wprowadziła sponsoring audycji; producent kawy finansował audycję „The Maxwell House Hour”. Dwa lata później amerykańska stacja Wind & Earth & Air & Fire nadała pierwszą reklamę radiową. W początkowych latach funkcjonowania radia reklamy nie przypominały tych dzisiejszych. Były śpiewane lub wygłaszane na żywo, nie powtarzano ich, nie były bowiem nagrywane.

Niewiele lat później na rynek wchodzi telewizja. Niezwykle szybko rozwija się w USA i tak w 1941 r. nadaje już regularnie dziesięć stacji telewizyjnych. Jedną z nich, mianowicie WNBT (obecnie WNBC), emituje pierwszą w historii płatną reklamę. Przed audycją pojawiła się tablica z zegarem odmierzającym czas, na którego tarczy widniał logotyp zegarków Bulowa; obrazowi towarzyszył tekst: „America runs on Bulova time”; nie został katetyryczny ustalony rzeczywisty koszt emisji, jednak zwykle przyjmuje się, że wyniósł 9 dol.

W Polsce 8.04.1926 r. rozpoczęła nadawanie oficjalna stacja nadawcza Polskiego Radia w Warszawie. Pierwszą reklamę nadała niecały rok później (3.05.1927 r.) poznańska rozgłośnia radiowa Merkury. Jeżeli chodzi o przekaz telewizyjny, to pierwsze nadanie programowe datowane jest na 1952 r. Długo jednak nie emitowano reklam, pierwsza z nich, nadana w 1983 r., promowała środek przeciw owadom Prusakolep. Rozwój tego sektora gospodarki przypada w Polsce na wczesne lata 90. ubiegłego wieku i jak dotąd to telewizja stanowi podstawowy nośnik reklamy, choć wyraźnie daje się zauważyć kaskadowe zwiększanie się udziału internetu.

Oczywiście reklamie zamieszczanej w prasie drukowanej, następnie elektronicznej i kolejno w internecie towarzyszą też inne instrumenty rozpowszechniające treści promocyjne. Reklama stała się nieodzowną częścią coraz bardziej konkurencyjnego rynku, nie zawsze stosując atrybowane społecznie metody i środki promocji. Wszystko to powoduje, że konieczna stała się interwencja ustawodawcy, co zresztą – choć na mniejszą skalę – miało również wcześniej miejsce. I o tym poniżej kilka uwag.

2. Jak kontrolowano reklamy?

Przez wieki zachwalanie oferowanych produktów jako takie właściwie nie stanowiło przedmiotu szczególnego zainteresowania prawników, choć dość wcześnie dostrzeżono niebezpieczeństwa związane z oszustwami rynkowymi¹⁶. Pewne zainteresowanie nowymi problemami pojawiło się w cechach zakazujących – przykładowo – oczerniania warsztatów konkurencyjnych.

¹⁶ Można choćby wspomnieć Lex Cornelia.

Jednakże sytuacja ulega zmianie w XVIII w. Wywołana była znaczącym rozpowszechnieniem się reklamy w różnych jej formach, uznano zatem za konieczne wprowadzenie pewnych ograniczeń. I tak, np. w Wielkiej Brytanii wydano dekret zakazujący rozwieszania reklam w poprzek ulicy oraz ponad wysokość domów¹⁷. W Paryżu natomiast w ogóle zabroniono drukowania i rozlepiania plakatów bez odpowiedniego zezwolenia¹⁸. Reklama bywała czasem nakazywana, jak np. w Prusach (tzw. *Inserationszwang*): każda, aby móc być dalej rozpowszechniana, musiała najpierw ukazać się w kontrolowanym przez państwo piśmie ogłoszeniowym – „Intelligenzblätter”¹⁹.

Usprawniające zarówno produkcję, jak i handel wynalazki XIX w. znacząco ożywiły rynek, lecz także wpłynęły na zaostrzenie się walki konkurencyjnej prowadzonej nie zawsze zgodnie z zasadami etyki kupieckiej²⁰. W komentarzu do pierwszej polskiej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podkreślono, że „wprowadzenie zasad właściwych dla tzw. wolnej konkurencji spowodowało, że znikły wszelkie ograniczenia, opierające się na ciasnych regulaminach cechowych i licznych normach państwa policyjnego. Skruszono pęta sił ujarzmionych, ale nie tylko dobrych, ale także i złych (...) przy wyścigach o pozyskanie jak największej liczby odbiorców pojawiały się i pojawiają także różne środki etycznie naganne, złe, których represją zajęło się lub zająć powinno prawo. Nazwano je najogólniej objawami nieuczciwej konkurencji”²¹. Jakże znacząca była uwaga F. Zolla, który pod koniec XIX w. w pierwszym krajowym opracowaniu przybliżającym znane wówczas w Europie prawne zasady zwalczania nieuczciwej konkurencji zauważył: „Piszę o rzeczy starej jak świat, a mimo to jako odrębne pojęcie dopiero od kilkudziesięciu lat lepiej znane. (...) Pełno przykładów naszego występku jak śledzi w morzu – pełno w życiu społecznym i ekonomicznym. Ludzie nazywają je powszechnie «szwindlem», winowajcy dowodzą, że jest to tylko dowcip lub spryt”²². Przywołany autor dostrzega także gospodarcze znaczenie reklamy, podkreślając m.in.: „Same zasługi objawiające się w taniości lub dobroci produkcji nie wystarczają na ściąganie odbiorców; trzeba jeszcze na te przymioty zwrócić uwagę, a środkiem jest tu reklama. (...). Reklama obiecuje nadzwyczajne przymioty, znakomite pochodzenie, bajeczną taniość towarów lub znowu kreśli wielkie zasługi przedsiębiorców, dekoruje go medalami i orderami, a liczy się, gdy kłamię, tylko z tem, aby nie wejść w kolizję z ustawami karnymi”²³.

¹⁷ Por. M. Lisowska-Magdziarz, *Reklama na świecie* [w:] *Wiedza o reklamie. Od pomysłu do efektu*, Bielsko-Biała 2009, s. 22. Na marginesie, podobnie czyni się i obecnie, przyjmując w miastach tzw. uchwały krajobrazowe.

¹⁸ Za: Z. Bajka, *Zarys historii reklamy na świecie i w Polsce* [w:] *Zarządzanie reklamą*, red. B. Nierenberg, Kraków 2015, s. 19.

¹⁹ Z. Bajka, *Historia mediów*, Kraków 2008, s. 184.

²⁰ Por. A. Mokrysz-Olszyńska, *Zagadnienia prawne...*, s. 115 i n.

²¹ Por. A. Kraus, F. Zoll, *Polska ustawa...*, s. 13–14.

²² F. Zoll, *Nieuczciwa konkurencja...*, s. 1.

²³ F. Zoll, *Nieuczciwa konkurencja...*, s. 6–7.

Jak widać, zjawisko zostało zidentyfikowane i nazwane: we Francji określono je terminem *concurrency déloyale*, w Niemczech zaś początkowo przyjęto określenie *unredlicher Wettbewerb*, zastąpione następnie pojęciem *unlauterer Wettbewerb*. Oczywiście jednym z przejawów nieuczciwości rynkowej była niekiedy i reklama, oceniana początkowo przez przepisy karne dotyczące oszustwa. Poszukiwano także podstaw do uruchomienia odpowiedzialności cywilnej, np. w przypadku informacji oczerniających konkurenta lub w odniesieniu do nieprawdziwych przekazów dotyczących korzystnych warunków sprzedaży²⁴.

We Francji, gdy już zindywidualizowano rynkowe działania niepożądane, do ich zwalczania zaczęto stosować przepisy Kodeksu cywilnego, celowi temu miały służyć art. 1382 i 1383 Kodeksu Napoleona (*Code civil*)²⁵. Przepisy te klasycznie służyły (i służą nadal) jako podstawa odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną czynem zawinionym; twórczo rozwijana przez sędziów powyższa zasada oparta była na prawie przedsiębiorcy do klientów, przesądzającym o jego powodzeniu²⁶. Stąd wdzieranie się w tę klientelę uznawano za czyn nieuczciwy, wymagający represji²⁷.

Podobne zasady ocenne wynikały z Kodeksu cywilnego włoskiego (1865 r.) i austriackiego (z 1911 r.). Należy jednak wspomnieć, że w ostatnim z wymienionych państw funkcjonowały przepisy szczególne, mogące służyć ochronie przed nieuczciwą reklamą, jak np. ustawa o wyprzedających z 1895 r., zwalczająca nadużycia reklamowe w anonsach pod hasłem „wyprzedają”.

Nieco inaczej kształtowała się prawna sytuacja w Niemczech. Do 1896 r. nie obowiązywał wspólny dla państw Rzeszy Kodeks cywilny²⁸, choć poszczególne dobra niematerialne, jak wynalazki, znaki towarowe i utwory, były już odrębnie chronione. Nieuczciwa konkurencja pozostawała poza regulacją. Jednakże w Niemczech sądy nie uznawały zawartych w pierwszym zunifikowanym Kodeksie cywilnym z 1896 r. przepisów dotyczących czynów niedozwolonych za wystarczającą podstawę zwalczania nieuczciwej konkurencji, pozostawała ona zatem zasadniczo poza ocenami prawnymi. Pod naciskami wielu środowisk uchwalona została w 1896 r. ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, enumeratywnie wymieniająca czyny niedozwolone. Jak się okazało, nie spełniła pokładanych w niej nadziei na ukrócenie rynkowych procedur nieuczciwych.

²⁴ Por. F. Zoll, *Nieuczciwa konkurencja...*, s. 12, 17, 19 i n.

²⁵ Por. bliżej E. Nowińska, K. Szczepanowska-Kozłowska, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, 2022, s. 23.

²⁶ Por. zamiast wielu B. Giesen [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 15, red. M. Kępiński, s. 75.

²⁷ Por. J. Schmidt-Szalewska, *L'évolution du droit français de la concurrence déloyale* [w:] *Księga pamiątkowa ku czci prof. Janusza Szewca*, red. E. Nowińska, M. du Vall, Kraków 2004, s. 183.

²⁸ Choć i tak podważano zasadność stosowania jego przepisów do czynów nieuczciwych. Por. bliżej A. Mokrysz-Olszyńska, *Ochrona interesów uczestników działalności rynkowej w głównych systemach prawnych państw kapitalistycznych*, Warszawa 1989, s. 73.

W Wielkiej Brytanii źródłem ochrony były zasady wynikające z *common law* i *equity*. Podstawowym instrumentem ochronnym była (i zasadniczo jest nadal) skarga *passing off*, stosowana przede wszystkim w przypadkach korzystania z cudzej reputacji²⁹. Odwoływano się także do ogólnej zasady odpowiedzialności za szkody wynikłe z czynów niedozwolonych (*tort*).

Nieco inaczej przebiegały procesy legislacyjne dotyczące ochrony konkurencyjnego rynku w USA. W 1890 r. wszedł w życie tzw. Sherman Act, stanowiący podstawowe uregulowanie stosunków rynkowych. Na jego tle wykształciło się pojęcie konkurencji niedozwolonej. Określeniem tym obejmowano wszelkie działania zmierzające do „nieracjonalnego” ograniczenia swobody konkurowania, choćby nawet jako takie nie stanowiły czynu nieuczciwego³⁰. W takich przypadkach szkoda wyrządzana była podstawowej dla rynku zasadzie wolności konkurowania. Oceny w tym zakresie dokonywane były na drodze administracyjnoprawnej. Dodać należy, że w 1911 r. wszedł w życie Printer Ink Statute, zawierający zakaz wprowadzającej w błąd, mylącej reklamy.

Jak widać, żaden z przywołanych XIX-wiecznych porządków krajowych nie odnosił się wprost do zwalczania nieuczciwej reklamy, może z wyjątkiem przypadków ogólnie wymienionych w ustawie niemieckiej. Pomocnicze stosowanie rozwiązań zawartych w kodeksach cywilnych nie było wystarczające do ochrony rozwijającego się w szybkim tempie rynku, co wprost zachęcało i prowadziło do podejmowania działań nie zawsze zgodnych z normami etycznymi.

Pilne zatem stało się przyjęcie odpowiednich zasad ochrony, i to o charakterze międzynarodowym, tak aby coraz intensywniejsza wymiana handlowa, w tym publiczne prezentowanie niedostatecznie bądź w ogóle niechronionych nowości technicznych, odbywała się z poszanowaniem praw podmiotów uprawnionych.

W 1873 r. podjęte zostały prace zmierzające do wyznaczenia międzynarodowych standardów ochrony przede wszystkim rozwiązań o charakterze technicznym³¹ oraz towarzyszącym ofercie rynkowej oznaczeń indywidualizujących³². Przygotowanie odpowiedniego tekstu zajęło 10 lat. Ich efektem było podpisanie w 1883 r. w Paryżu Konwencji związkowej paryskiej o ochronie własności przemysłowej, 20.03.1883 r.³³ Pracom tym towarzyszyła myśl, aby do odpowiednich regulacji dołączyć przepisy,

²⁹ Por. D. Kasprzycki, *Skarga passin off jako forma zwalczania nieuczciwej konkurencji w Wielkiej Brytanii* [w:] *Cui bene dubitat, bene sciet. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Ewie Nowińskiej*, red. J. Barta, J. Chwalba, R. Markiewicz, P. Wasilewski, Warszawa 2018, s. 207 i n.

³⁰ Por. Z. Gawroński, *Zwalczanie trustów i niełojalnej konkurencji w Stanach Zjednoczonych*, Warszawa 1927, s. 28–32.

³¹ Por. J. Bleszyński [w:] *Konwencja paryska o ochronie własności przemysłowej. Komentarz*, red. A. Adamczak, A. Szewc, Warszawa 2008, s. 24–25.

³² Por. W. Kowalski [w:] *Konwencja paryska o ochronie...*, s. 190 i n.

³³ Dz.U. z 1992 r. Nr 8, poz. 58 ze zm.

które miałyby chronić uczciwą walkę rynkową, wraz z sankcjami w przypadku ich naruszenia. W jej tekście pierwotnym nie znalazły się jednak odpowiednie uregulowania, nie udało się bowiem ustalić wspólnego określenia takiego czynu. Co jednak istotne, uznano, że konwencja mająca na celu ochronę praw wyłącznych z zakresu „własności przemysłowej” jest odpowiednim miejscem dla takiej regulacji. Uzgodniono, że problematyka zwalczania nieuczciwości obrotu zostaje jedynie odłożona i będzie podejmowana w czasie dalszych prac nad udoskonaleniem przyjętego tekstu. W konsekwencji tych decyzji na kolejnej konferencji rewizyjnej mającej miejsce w Brukseli w 1900 r. udało się wprowadzić art. 10 bis, zobowiązujący strony do zapewnienia skutecznej ochrony przed nieuczciwą konkurencją³⁴.

Przepis ten ma aktualnie, w wersji tekstu sztokholmskiego Konwencji z 1967 r., następującą treść: „1. Państwa będące członkami ustanowionego przez ten akt Związku Ochrony Własności Intelektualnej są zobowiązane zapewnić osobom fizycznym i prawnym państw, będących członkami Związku, skuteczną ochronę przeciw nieuczciwej konkurencji. 2. Aktem nieuczciwej konkurencji jest każdy akt konkurencji sprzeczny z uczciwymi zwyczajami w dziedzinie przemysłu lub handlu”. Zgodnie zaś z art. 10bis ust. 3 w szczególności powinny być zabronione: „1) wszelkie działania mogące w jakikolwiek sposób spowodować pomyłkę co do przedsiębiorstwa, produktów albo działalności przemysłowej lub handlowej konkurenta; 2) fałszywe dane w wykonywaniu handlu mogące narazić na utratę opinii przedsiębiorstwo, produkty bądź działalność przemysłową lub handlową konkurenta; 3) oznaczenie lub dane, których używanie w handlu może wprowadzić odbiorców w błąd co do rodzaju, sposobu wytwarzania, cech, nadawania się do użycia lub ilości towarów”.

Niewątpliwie powyższe uregulowanie wyznaczyło zasady ochrony rynku przed przejawami nieuczciwości pojawiającymi się także w przekazach reklamowych. Na podkreślenie zasługuje i to, że pierwotnie przepisy z zakresu zwalczania nieuczciwości w obrocie służyły zasadniczo ochronie interesów przedsiębiorców, dopiero z upływem lat nabrały także znaczenia dla ochrony nabywców, a zwłaszcza konsumentów. Na podkreślenie zasługuje, że pierwsza polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dostrzegała zagrożenia w powyższym zakresie, dzieląc działania niedozwolone na te, które bezpośrednio zagrażają interesom przedsiębiorców, i te, które szkodzić mogą interesom nabywców. Te ostatnie były chronione przede wszystkim przepisami karnymi, jak podkreślono bowiem w literaturze, normy prawa cywilnego są nieadekwatne na tym obszarze³⁵.

³⁴ Por. E. Nowińska, M. du Vall, [w:] *Konwencja paryska...*, s. 284 i n. Przepis ten był także przedmiotem dalszych prac. Ostateczny tekst nadany został w czasie konferencji, która miała miejsce w Sztokholmie w 1967 r.

³⁵ Por. T. Dolata, *Polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 1926 r. a inne regulacje z zakresu praw na dobrach niematerialnych*, „*Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego*” 2009/XII, s. 267.

Postanowienia konwencji paryskiej miały bezpośredni wpływ na budowanie odpowiednich regulacji krajowych stanowiących także podstawę oceny działań reklamowych³⁶.

Kolejno zatem przyjmowane były przepisy zwalczające przejawy nieuczciwości w obrocie w następujących krajach: Niemcy (1909 r., choć pierwszą była ustawa z 1896 r.); Austria – 1923 r.; Szwecja – 1931 r.; Szwajcaria – 1943 r.³⁷ Jak wspomniano, we Francji i Włoszech podstawą ochrony rynku w omawianym zakresie były (a częściowo – pomimo rozbudowywania odpowiednich przepisów – są nadal) regulacje zawarte w kodeksach cywilnych.

Od początku funkcjonowania tej grupy przepisów nie było wątpliwości, że zakresem ich oddziaływania objęta jest i reklama³⁸. Na uwagę zasługują pierwsze, obszerne opracowania teoretyczne z tej dziedziny. Przykładowo z początkiem ubiegłego wieku szczegółowo rozpracowano w doktrynie niemieckiej przypadki zaliczone następnie do niedozwolonej na gruncie prawa konkurencji reklamy porównawczej³⁹. Na wiele lat za słynnym orzeczeniem Sądu Rzeszy z 6.10.1931 r.⁴⁰, w którym podkreślono m.in., że nikt nie może być sędzią we własnej sprawie, także i inne sądy europejskie uznały ją za naruszającą zasady uczciwości rynkowej.

Dopiero uwzględnienie informacyjnego interesu konsumentów powoli w latach 90. ubiegłego wieku uczyniło w tym kategoriycznym zakazie pewien wyłom, choć zwykle obwarowany określonymi warunkami.

Zasadniczo nie było wątpliwości co do szkodliwości rynkowej rozpowszechniania reklam wprowadzających w błąd⁴¹ z punktu widzenia zarówno przedsiębiorców, jak i nabywców. Ostatnio wskazana grupa uczestników rynku, a w szczególności konsumenci, w dalszych latach stała się głównym adresatem odpowiednich ograniczeń, o czym niżej.

³⁶ Por. A. Mokrysz-Olszyńska, *Ochrona prawna przed nieuczciwą reklamą*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1974/1, s. 20 i n. wraz z powołaną tam literaturą.

³⁷ Ustawa ta weszła w życie w 1945 r.

³⁸ Por. F. Zoll, *Nieuczciwa konkurencja...*, s. 6. Także wiele czynów skierowanych przeciw spokojnemu funkcjonowaniu przedsiębiorcy, w tym oczernianie, stanowić mogło przypadki nieuczciwej reklamy. Por. A. Kraus, F. Zoll, *Polska ustawa...*, s. 185 i n.

³⁹ Za wyodrębnionymi przez J. Kohlera przypadkami reklamy rzeczowej i osobistej reklamą porównawczą nazwał ją W. Notig-Hauff, *Die personliche Reklame*, GRUR 1931/2, s. 342 i n. Por. E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy...*, s. 159 i n.; A. Mokrysz-Olszyńska, *Ochrona prawna...*, s. 15.

⁴⁰ GRUR, 1931/12, s. 1299. W orzeczeniu tym uznano za sprzeczną z dobrymi obyczajami nawet taką reklamę, która zawiera prawdziwe porównanie do innego przedsiębiorcy lub jego towarów.

⁴¹ Por. bliżej A. Mokrysz-Olszyńska, *Ochrona konsumentów przed wprowadzającymi w błąd praktykami rynkowymi jako warunek zabezpieczania przejrzystości rynku*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2011, s. 141 i n.

3. Już bardziej współcześnie

3.1. Zwalczanie nieuczciwej reklamy w międzynarodowych aktach prawnych

Konwencja paryska jest pierwszą i podstawową, ale nie jedyną wielostronną konwencją międzynarodową regulującą kwestie związane ze zwalczaniem nieuczciwości w obrocie, w tym w reklamie. Niektóre z kolejnych aktów prawnych uzupełniały jej postanowienia, niektóre były od niej niezależne. Wśród pierwszych wymienić należy choćby Porozumienie madryckie z 14.04.1891 r. dotyczące zwalczania fałszywych oznaczeń pochodzenia towarów, przejrane w Waszyngtonie 2.06.1911 r. i w Hadze 6.11.1925 r.⁴², wprowadzie niewskazujące wprost na reklamowe użycie takich oznaczeń, jednakże niewątpliwie i do tego celu zawarte tu zakazy oraz ograniczenia mogą służyć.

Z kolei stanowiące „przedłużenie” i uzupełnienie konwencji paryskiej Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej, Marrakesz, 15.04.1994 r.⁴³ (porozumienie TRIPS) do kwestii związanych z prawem konkurencji nawiązuje w odniesieniu do znaków towarowych, oznaczeń geograficznego pochodzenia towarów oraz ochrony informacji poufnych, jednakże jego postanowienia posiłkowo mogą stanowić podstawę oceny reklam.

Europejska konwencja o telewizji ponadgranicznej, podpisana w Strasburgu w 1989 r., opracowana w ramach Rady Europy, zawiera szereg postanowień dotyczących reklamy. Równolegle, o czym niżej, pracowano nad bliźniaczym aktem prawnym w ramach prawa ówczesnej Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, tak że niemal jednocześnie weszły w życie dwie zbliżone regulacje.

Niewątpliwie do dokonywania stosownych ocen przydatne być mogą i inne międzynarodowe akty prawne, w tym sektorowe, jak np. Ramowa Konwencja Światowej Organizacji Zdrowia o ograniczeniu użycia tytoniu, Genewa, 21.05.2003 r.⁴⁴

3.2. Zwalczanie nieuczciwej reklamy w unijnych aktach prawnych

W ramach prac podejmowanych przez Unię Europejską (EWG) stosunkowo późno zajęto się problematyką zwalczania nieuczciwej konkurencji. Wobec braku konsen-

⁴² Dz.U. z 1932 r. Nr 47, poz. 446 ze zm. Por. E. Nowińska, *Porozumienie madryckie w sprawie zwalczania fałszywych lub oszukańczych oznaczeń pochodzenia towarów*, ZNUJ PWiOWI 1977/10, s. 145 i n.

⁴³ Dz.Urz. UE L 336, s. 214, ze zm.

⁴⁴ Por. bliżej I.B. Mika, *Ramowa Konwencja Antytytoniowa...*, s. 296 i n.

susu⁴⁵ uwagę skoncentrowano na reklamie⁴⁶. Po wielu dyskusjach zdecydowano się uregulować problematykę związaną z wprowadzaniem w błąd takimi przekazami, co nie spotkało się ze sprzeciwem, dostrzeżono bowiem istotne zagrożenie interesów wszystkich uczestników obrotu. Podsumowaniem wieloletnich prac⁴⁷ było wejście w życie w 1984 r. dyrektywy Rady 84/450/EWG w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących reklamy wprowadzającej w błąd⁴⁸. W dalszych pracach legislacyjnych miały zostać uwzględnione również inne przejawy nieuczciwej konkurencji. Jak dotąd nadal nie ma kompleksowej regulacji w tym zakresie, choć uzgodniono poszczególne kwestie. I tak, po wielu latach dyskusji, zwłaszcza ze względu na interesy konsumentów, wskazana powyżej dyrektywa została rozszerzona o postanowienia dotyczące jakże dyskusyjnej przez dziesięciolecia i rozmaicie ocenianej przez ustawodawstwa państw członkowskich – reklamy porównawczej. Ujednolicenie dotyczących jej zasad było więc jak najbardziej uzasadnione. W 1997 r. weszła w życie dyrektywa 97/55/WE, uzupełniająca dyrektywę 84/450/EWG o przepisy wskazujące zasady prowadzenia dozwolonej reklamy porównawczej. Zakończyło to długotrwały proces legislacyjny, ponieważ już w czasie dyskusji nad przepisami dotyczącymi reklamy wprowadzającej w błąd rozważano – wobec panujących rozbieżności – ujednolicenie przepisów także co do stosowanych w reklamie odniesień komparatywnych.

Powyższe dyrektywy zostały ujednolicone w kolejnym tekście, tj. w dyrektywie 2006/114/WE.

Istotnym instrumentem ochrony rynku przed nieuczciwą reklamą jest dyrektywa 2005/29/WE dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym. Jej postanowienia, a w szczególności zindywidualizowane w tych przepisach tzw. czarne praktyki, mogą z powodzeniem służyć także do eliminowania z obrotu wielu nagannych działań reklamowych⁴⁹.

W ramach regulacji unijnych znajdujemy cały szereg przepisów, przede wszystkim na poziomie dyrektyw, które mogą znaleźć zastosowanie do oceny treści lub formy

⁴⁵ Choć w latach 60. ubiegłego wieku, kiedy dostrzeżono problem, członkami EWG było tylko sześć państw, jednakże o wielce zróżnicowanych systemach prawnych.

⁴⁶ Por. M. Namysłowska, *Zwalczanie nieuczciwych praktyk handlowych między przedsiębiorcami w prawie Unii Europejskiej. W poszukiwaniu modelu ochrony*, Warszawa 2022, s. 137 i n.

⁴⁷ Rozpoczęto je bowiem w latach 60. ubiegłego wieku, choć początkowo z zamysłem ujednolicenia krajowych regulacji generalnie w zakresie zwalczania nieuczciwości rynkowej.

⁴⁸ Por. E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy...*, s. 95 i n.; M. Namysłowska, *Zwalczanie nieuczciwych praktyk handlowych...*, s. 141 i n.

⁴⁹ Jak np. reklamy wprowadzającej w błąd, czy reklamy uciążliwej. Por. uwagi M. Namysłowskiej, *Czarna lista nieuczciwych praktyk handlowych a granice prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji w Unii Europejskiej*, LEX 2014.

reklamy. Spośród wielu wskazać należy dyrektywę 2010/13/UE⁵⁰. Jest to istotny dla rynku reklamy akt prawny, zawierający definicje wielu pojęć z dziedziny marketingu, w tym reklamy, określający zasady jej emisji, przewidujący zakazy i ograniczenia wiążące nadawców krajowych.

Ponadto w Unii Europejskiej funkcjonuje wiele rozwiązań prawnych o charakterze sektorowym, w których znajdujemy odniesienia do działań promocyjnych, jak choćby dyrektywa 2014/40/UE⁵¹. Szczegółowo uregulowano tu zasady etykietowania i ich prezentacji.

W odniesieniu do produktów leczniczych weszła w życie dyrektywa 2001/83/WE, przewidująca m.in. zasady prowadzenia ich reklamy.

Niezależnie od odpowiednich przepisów niewątpliwie zasady prowadzenia reklamy w krajach członkowskich kształtuje obfite orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, w tym przede wszystkim wskazać należy na wyroki w sprawach Dassonville⁵² i Cassis de Dijon⁵³.

4. Słów kilka o reklamie wyborczej

Wprawdzie powyższa problematyka nie ma bezpośredniego związku z głównym tematem niniejszego rozdziału, niemniej wydaje się, że ze względu na jej społeczne znaczenie warto poświęcić jej kilka uwag.

Termin „reklama”, wywodzący się z marketingu, nie bardzo pasuje do promowania ludzi i ich poglądów politycznych. Niekiedy, choć coraz rzadziej, działania takie określane są mianem propagandy. Wykorzystuje się przy tym instrumenty komunikacyjne właściwe dla reklamy gospodarczej, jeśli chodzi zarówno o nośniki takich treści (a więc przede wszystkim telewizja, plakaty, ulotki, aktualnie internet staje

⁵⁰ Znowelizowana dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1808 z 14.11.2018 r. zmieniającą dyrektywę 2010/13/UE w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych) ze względu na zmianę sytuacji na rynku (Dz.Urz. UE L 303, s. 69).

⁵¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2014/40/UE z 3.04.2014 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich w sprawie produkcji, prezentowania i sprzedaży wyrobów tytoniowych i powiązanych wyrobów oraz uchylająca dyrektywę 2001/37/WE (Dz.Urz. UE L 127, s. 1).

⁵² Wyrok TS z 11.07.1974 r., C-8/74, Dassonville, EU:C:1974:82.

⁵³ Wyrok TS z 20.02.1979 r., C-120/78, EU:C:1979:42. Oba orzeczenia obszernie przywołane zostały w: S. Dudzik, R. Skubisz [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, Warszawa 2019, s. 622 i n. Por. także D.E. Harasimiuk, *Reklama towarów sensytywnych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej* [w:] *Reklama. Aspekty prawne*, red. M. Namysłowska, s. 257 i n.; M. Namysłowska, *Wpływ Trybunału Sprawiedliwości...*, s. 793 i n.

się podstawowym źródłem przekazu dla wielu polityków), jak i środki zachęcające. Przekazy takie odwołują się do typowych dla reklamy skojarzeń związanych z seksem, humorem, strachem, nostalgią, choć częściej nawiązują do uczuć patriotycznych, a nawet nacjonalistycznych.

Nie jest to przy tym zjawisko nowe, o czym świadczą choćby przywołane powyżej anonsy wyborcze znalezione w Pompejach. Znaczenie reklamy wyborczej jest istotne w państwach demokratycznych, w których podstawowe funkcje zarządzające pełnią osoby wyłonione w wyborach. Nic zatem dziwnego, że zainteresowani, chcąc wyróżnić się spośród innych, sięgają po rozmaite środki perswazji, tak podkreślając zalety własne, jak i zniechęcając do konkurenta. Dążenia te są zbliżone do zachwalania towaru. O znaczeniu takich działań pisał już wybitny prawnik okresu międzywojennego W. Makowski⁵⁴. Zestawiając reklamę handlową i polityczną, podkreślał, że nie widzi tu sprzeczności, ponieważ: „Istota, podstawy psychologiczne, nauka i technika reklamy politycznej i handlowej są w zasadniczych linjach te same”⁵⁵. Wskazując na łatwowierność adresatów takich przekazów, podkreślił kwestię nadal aktualną, a mianowicie że „słabość myślenia jest siłą reklamy”⁵⁶. W opracowaniu tym znajdujemy szereg wskazówek, w jaki sposób docierać do odbiorców, istotnych i dla współczesnej reklamy politycznej. Oczywiście w miarę upływu lat uwagi te były przez wielu znawców problematyki uzupełniane, wzbogacane o dalsze przemyślenia, jednak podstawowy kierunek został tu wyznaczony, choć nieco zapomniany.

Jak wspomniano, nie ma odrębnych, wyczerpujących regulacji w powyższym zakresie, choć pewne wskazówki znajdujemy w ordynacjach wyborczych do Sejmu i Senatu, jak również do Parlamentu Europejskiego.

Nietrudno zauważyć, że w ramach takiej aktywności stosowane są środki, które zmierzają niekiedy do dezawuowania konkurentów w sposób nie zawsze etycznie i prawnie akceptowalny.

Problem jest istotny i został dostrzeżony w trakcie unijnych prac legislacyjnych. I tak, 25.11.2021 r. został opublikowany projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie przejrzystości i targetowania reklamy politycznej⁵⁷. Generalnie rozporządzenie zmierza do zapewnienia wysokiego poziomu i przejrzystości usług świadczonych w tym zakresie, co wiąże się z obowiązkiem zapewnienia właściwej publikacji czytelnego oświadczenia, z którego odbiorca dowie się, że ma do czynienia z reklamą polityczną, a także pozna tożsamość podmiotu finansującego. Co istotne,

⁵⁴ W. Makowski, *Reklama polityczna a tzw. wola społeczna*, Warszawa 1932.

⁵⁵ W. Makowski, *Reklama polityczna...*, s. 31.

⁵⁶ W. Makowski, *Reklama polityczna...*, s. 25.

⁵⁷ COM(2021) 731 final.

przepisy powyższe nie ingerują w treść merytoryczną reklamy. Projekt ten został poddany zakończonym w kwietniu 2022 r. konsultacjom społecznym. Na razie nie są znane dalsze prace legislacyjne w tym zakresie.

5. Wnioski

Pomimo mijających lat i podejmowanych wysiłków, aby reklamę ująć w odpowiednie ramy prawne, nadal pozostaje wiele problemów do rozwiązania. Wynikają one w szczególności z wykorzystywania w tym celu nowych technologii, jak też z dostrzeżenia, że z przekazem promocyjnym można dotrzeć do adresatów w inny aniżeli klasyczny sposób. Nieuczciwe treści w marketingu „szeptanym”, influencer marketing, działania typu *ambush marketing* nie zawsze wprost poddają się ocenom właściwym dla dotychczasowych form reklamy. Nieograniczona wyobraźnia ludzi niewątpliwie podpowie i dalsze możliwości zachwalania oferty rynkowej, co prowadzić może do powstania kolejnych problemów prawnych.

II. REKLAMA INTERDYSCYPLINARNIE

Andrzej Falkowski, Zuzanna Słupicka

REKLAMA ZAWODÓW PRAWNICZYCH – PERSPEKTYWA PSYCHOLOGICZNA

1. Wprowadzenie

Niewątpliwie reklama jest wpisana w wolny rynek, w którym kluczową rolę odgrywa konkurencja. Aby osiągnąć sukces, firma działająca na rynku konkurencyjnym musi wykazać, że oferowane przez nią produkty i usługi mają właściwości, które konsument silnie z nią kojarzy, pozytywnie je ocenia i jest przekonany, iż nie znajdzie ich w takim samym stopniu w produktach i usługach firm konkurencyjnych. Takie właściwości są elementami wyróżniającymi firmę od konkurencji (*points of difference*) i skuteczność ich oddziaływania na zachowanie klientów zależy od trafnie skonstruowanych komunikatów perswazyjnych¹.

W zasadzie wszystkie firmy i instytucje, tak publiczne, jak i prywatne, posługują się komunikatami perswazyjnymi stosowanymi w różnych strategiach marketingowych, także w reklamie, i z pewnością są one jednym z ważnych czynników rozwoju w dziedzinie gospodarczej, społecznej i politycznej. Są jednak pewne wyjątki, gdzie reklama jest zakazana lub w pewnym stopniu ograniczona, do których należą zawody prawnicze, w szczególności adwokaci i radcy prawni. Sprawę informowania o swoim zawodzie regulują tutaj Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej)² oraz Kodeks Etyki Radcy Prawnego³. Zgodnie z § 23 Kodeksu Etyki Adwokackiej: „Adwokata obowiązuje zakaz korzystania z reklamy, jak również zakaz pozyskiwania klien-

¹ K.L. Keller, *Strategic brand management. Building, Measuring and Managing Brand Equity*, New Jersey 2013, s. 83.

² Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej), uchwalony przez Naczelną Radę Adwokacką 10.10.1998 r. (uchwała nr 2/XVIII/98) ze zm., http://www.nra.pl/admin/wgrane_dokumenty/20210701kodeksetykiadwokackiejtekst-jednolity.pdf (dostęp: 20.09.2022 r.).

³ Kodeks Etyki Radcy Prawnego przyjęty uchwałą nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z 22.11.2014 r., <https://kirp.pl/etyka-i-wykonywanie-zawodu/etyka/kodeks-etyki-radcyprawnego/> (dostęp: 20.09.2022 r.).

tów w sposób sprzeczny z godnością zawodu oraz współpracy z podmiotami pozyskującymi klientów z naruszeniem prawa lub zasad współżycia społecznego”. Z kolei Kodeks Etyki Radcy Prawnego nie wprowadza wprost zakazu reklamy, jednakże funkcję quasi-zakazu pełni ograniczenie informowania wyrażone w art. 32 tego Kodeksu⁴. Zgodnie z powołanym przepisem *in principio*: „Zakazane jest informowanie sprzeczne z prawem, dobrymi obyczajami lub naruszające godność zawodu radcy prawnego”.

W tym miejscu należy wskazać, że adwokaci i radcy prawni mają możliwość informowania o wykonywaniu zawodu oraz o prowadzonej działalności. W takich komunikatach można przekazywać przede wszystkim nazwy, adresy kancelarii, imiona i nazwiska. Należy zatem uznać prawo klienta do rzetelnej i wiarygodnej informacji o prowadzonej przez adwokata lub radcę prawnego działalności. Przy czym uznaje się, że adwokat albo radca prawny nie świadczy usług w taki sposób, jak to jest rozumiane w relacjach biznesowych, tylko udziela pomocy prawnej.

Rozdział pokazuje mechanizmy psychologiczne, jakie są uruchamiane u klientów poszukujących kancelarii prawniczej, a następnie przedstawia analizę porównawczą zachowań klientów wobec kancelarii z ich zachowaniami wobec firm produkcyjnych i usługowych w dziedzinie gospodarczej. W związku z tym podstawowe pytanie, jakie należy w tym miejscu postawić, jest następujące: jak zachowuje się klient, który stoi przed koniecznością korzystania z pomocy adwokata lub radcy prawnego? Analizę zagadnienia reklamy w kontekście zawodów prawniczych trzeba zatem rozpocząć z perspektywy klienta i jego oczekiwanej relacji z podmiotami świadczącymi usługi prawne.

2. Relacja klient – prawnik

Popatrzmy na zagadnienie relacji klienta z prawnikiem w szerszej perspektywie, jaką jest relacja konsument – sprzedawca. Zachowanie się klienta poszukującego usług prawnych w niczym nie odbiega od zachowania się konsumenta poszukującego usług w dziedzinie gospodarczej, np. związanych z budownictwem, transportem, łącznością lub wypoczynkiem, gdzie są stosowane dobrze rozwinięte strategie marketingowe. Firmy oferujące takie usługi działają na rynku konkurencyjnym i skuteczność ich walki o klientów zależy od trafności przekazywanych w reklamach komunikatów perswazyjnych.

Przed wszystkim każdy klient znajdujący się w sytuacji wyboru firmy oferującej usługi, także kancelarii prawniczej, zawsze stosuje heurystykę maksymalizacji satysfakcji, która wynika z realizowania w zachowaniach konsumentckich tzw. zasady

⁴ G. Dźwigala [w:] *Kodeks Etyki Radcy Prawnego. Komentarz*, red. T. Scheffler, Warszawa 2021, art. 31, nb 8.

poznawczej ekonomii. Mianowicie klient, maksymalizując satysfakcję, jednocześnie minimalizuje koszty, czyli chce osiągnąć maksimum przy jak najmniejszym wysiłku⁵. Takie zachowanie się jest dobrze znane w mikroekonomii i jest ściśle związane z zachowaniem się na rynku konkurencyjnym firm, które żeby przetrwać, stosują strategie marketingowe, w tym reklamę, w taki sposób, aby jak najlepiej dostosować się do potrzeb konsumentów⁶.

W związku z powyższym pierwszym krokiem konsumenta jest poszukiwanie informacji na temat wybranych alternatyw (firm) i ich ocena. Na podstawie analizy porównawczej wybranych firm konsument wybiera tę, która jest najlepiej dostosowana do realizacji jego potrzeb. Należy zatem poddać analizie dwa procesy istotne w zachowaniach konsumenckich. Pierwszy dotyczy poszukiwania informacji na temat kancelarii prawniczych, a drugi odnosi się do porównywania ich ze sobą. Każdy z tych procesów jest uwarunkowany psychologicznymi prawidłowościami, które kształtują zarówno ocenę odbieranej informacji, jak i oceny porównawcze wybranych alternatyw. W każdym procesie, tak w ocenie alternatywnych rozwiązań, jak i w ich porównywaniu, istotną rolę odgrywa reklama.

3. Poszukiwanie i ocena informacji na temat firm prawniczych

Każdy klient poszukujący pomocy prawnej ma prawo do rzetelnej i wiarygodnej informacji na temat prowadzonej przez adwokata lub radcę prawnego działalności. Charakter przekazywanych przez prawników informacji na temat własnej działalności szczególnie gólowo przedstawiają Kodeks Etyki Adwokackiej i Kodeks Etyki Radcy Prawnego.

Z perspektywy psychologicznej należy od razu podkreślić, że odbierana przez klienta informacja dotycząca oferowanych usług prawniczych nie ma innego charakteru niż handlowy, nawet jeżeli jest sformułowana zgodnie z wyżej wymienionymi kodeksami etyki. Mianowicie w zasadzie każda relacja społeczna ma charakter handlowy, często jest zawarta *implicite* i dlatego mało widoczna. Wystarczy popatrzeć na środowisko pracy, gdzie pracownicy starają się zdobywać uznanie swoich przełożonych, na uczelni nauczyciele chcą być akceptowani przez swoich studentów, w każdym kręgu społecznym staramy się pokazywać z jak najlepszej strony. Można więc powiedzieć, że w każdej relacji społecznej, także na rynku usług, sprzedajemy swój wizerunek i mamy coś z tego. W środowisku pracy osiągamy w zamian dobre oceny przełożonych, na uczelni otrzymujemy dobre oceny studentów, co wpływa na poczucie satysfakcji i komfort wykonywanej pracy. W odbiorze informacji na temat ofero-

⁵ W.D. Hoyer, *An examination of consumer decision making for a common repeat-purchase product*, „Journal of Consumer Research” 1984/11, s. 822–829.

⁶ R.H. Frank, *Microeconomics and behavior*, New York 2008, s. 61–139.

wanych usług zawsze zatem ma miejsce wymiana. Jest ona mało widoczna, ponieważ transakcja nie ma tutaj charakteru pieniężnego. Natomiast handlowy charakter relacji społecznych znakomicie pokazał R. Cialdini na podstawie analizy różnych reguł wpływu społecznego⁷.

Należy teraz przejść do procesu poszukiwania informacji na temat kancelarii prawnych. We współczesnym rozwoju technologii informacyjnej klient naturalnie będzie szukał informacji o kancelariach na stronach internetowych, jeśli nie ma innych możliwości zdobycia wiedzy na ich temat. Jest to najszybszy sposób zebrania informacji, których ocena jest kształtowana na podstawie odbieranej treści. Kodeks Etyki Adwokackiej oraz Kodeks Etyki Radcy Prawnego umożliwiają przekazywanie przez prawników potencjalnym klientom „suchych” faktów o swojej działalności. Prawnik może więc umieszczać informacje takie, jak m.in.: znak towarowy lub graficzny swojej kancelarii, lista współpracowników, ich doświadczenie i umiejętności zawodowe, posiadane tytuły.

W rzeczywistości społecznej nie ma jednak bodźców, które byłyby „suche”, czyli neutralne, każdy wzbudza jakieś emocje. Nie patrzymy po prostu na „dom”, natomiast widzimy „miły dom”, „okropny dom” bądź „pretensjonalny dom”⁸. Szczególnie dotyczy to znaków towarowych i graficznych – w im większym stopniu spełniają one prawidłowości organizacji percepcyjnej, takie jak symetria, regularność i prostota, tym bardziej się podobają⁹. Takie prawidłowości tworzą prototypowy bodziec graficzny wzbudzający duży afekt. Podobnie firmy, których nazwy są łatwe do wymówienia, są poznawczo płynne (*cognitive fluency*), wzbudzają większy afekt i wiarygodność niż firmy, których nazwy są trudne do wymówienia. Na przykład „Bodo Wallmeyer” jest nazwą łatwą, ale „Maribel Alconero” jest już nazwą trudną¹⁰.

4. Strony internetowe

Przeglądając strony internetowe różnych kancelarii prawnych, widzimy z reguły zespół pracowników i przedstawione osiągnięcia każdego z nich, np.: „Specjalizuje się w projektach regulacyjnych”, „Posiada bogate doświadczenie w zakresie inwestycji i negocjacji”, „Doradza w kwestiach środowiskowych”. Prezentowane są także takie informacje, jak: „Rekomendowany prawnik w kategorii prawo własności intelektualnej i przemysłowej” lub „Mecenas rekomendowany przez międzynarodowe rankingi

⁷ R. Cialdini, *Wydieranie wpływu na ludzi. Teoria i praktyka*, Gdańsk 2000, s. 14–31.

⁸ R.B. Zajonc, *Uczucia a myślenie: nie trzeba się domyslać, by wiedzieć, co się woli*, „Przegląd Psychologiczny” 1985/1, s. 27–72.

⁹ R.W. Veryzer, J.W. Hutchinson, *The Influence of Unity and Prototypicality on Aesthetic Responses to New Product Designs*, „Journal of Consumer Research” 1998/24, s. 374–394.

¹⁰ E.J. Newman, M. Sanson, E.K. Miller, A. Quigley-McBride, J.L. Foster, D.M. Bernstein, M. Garry, *People with Easier to Pronounce Names Promote Truthiness of Claims*, „Plos One” 2014/9, s. 1–5.

prawnicze”. Przedstawiane są też miejsca w rankingach kancelarii prawnych, tworzonych przez różne media. Takie sformułowania wskazują na wysokie kompetencje kancelarii prawniczych.

5. Sieci społecznościowe

Niezależnie od własnych stron internetowych kancelarie prezentują także swoje specjalności w różnych sieciach społecznościowych, przede wszystkim na platformie międzynarodowego serwisu społecznościowego LinkedIn, przeznaczonego do kontaktów biznesowych, w którym prezentowane są różne treści dostępne publicznie. Należy zatem przyjrzeć się, w jaki sposób prawnicy prezentują swoje kancelarie. Poza samymi informacjami na temat działalności pod nazwami kancelarii często umieszczane są sformułowania, które przypominają hasła lub slogany reklamowe. Na przykład: „Łączymy wiedzę z wieloletnim doświadczeniem i kreatywnością w doradztwie prawnym” (SK&S Sołtysiński Kawecki & Szlęzak), „Dostarczmy klientom pragmatyczne rozwiązania na miarę potrzeb” (PCS Paruch Chruściel Schiffter Stępień), „More than law” („więcej niż prawo”, Domański Zakrzewski Palinka, DZP).

Takie sformułowania mają za zadanie ułatwienie skojarzenia i rozpoznania danej firmy, która wówczas jest lepiej zapamiętywana. Przedstawione powyżej przykłady sformułowań są podobne do tych, jakie znajdują się w reklamach produktów i usług gospodarczych oraz na opakowaniach produktów, np. hasło z reklamy napoju energetyzującego Red Bull: „Red Bull doda Ci skrzydeł”, hasło reklamowe pralinek Raffaello: „Wyraża więcej niż tysiąc słów”, lub hasło dostawcy usług informatycznych Optimusa: „Optimus i jesteś wśród najlepszych”.

Ponadto hasła reklamowe niosą za sobą silny ładunek perswazyjny, który uruchamia w umyśle konsumenta myślenie przyczynowo-skutkowe: „jeżeli – to”. Na przykład na podstawie stwierdzenia „Łączymy wiedzę z wieloletnim doświadczeniem i kreatywnością w doradztwie prawnym” klient poszukujący porady prawnej może wywnioskować, że kancelaria jest kompetentna. Takie wnioskowanie o cechach kancelarii na podstawie jej haseł reklamowych dobrze opisuje psychologiczna teoria atrybucji¹¹, która w analizowanym przykładzie odnosi się do osobowości marki (*brand personality*)¹².

Inną siecią społecznościową, w której także prezentowane są kancelarie prawne, jest Facebook. Charakterystyczne dla Facebooka są tzw. polubienia danej kancelarii; klient oglądający profile różnych kancelarii może od razu zobaczyć liczbę takich polubień dokonanych przez czytelników odwiedzających profil. Odnoszą się one do jednej z re-

¹¹ D.G. Myers, *Psychologia*, Poznań 2021, s. 102–112.

¹² J. Aaker, *Dimensions of Brand Personality*, „Journal of Marketing Research” 1997/34, s. 447–356.

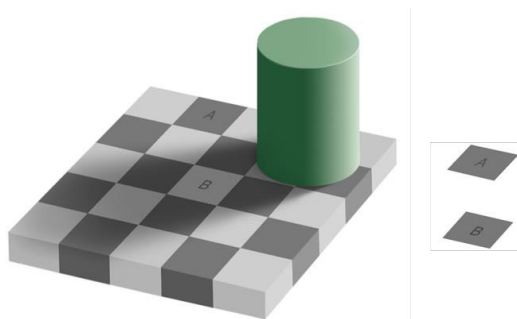
guł wpływu społecznego, jakim jest społeczny dowód słuszności¹³, który również uruchamia następujące myślenie przyczynowo-skutkowe u klienta: „Jeśli inni lubią tę kancelarię, to jest ona warta uwagi. Większość wie lepiej”. Reguła ta dostarcza nam wygodnej „drogi na skróty” przy podejmowaniu decyzji, jak należy postąpić. Czyni nas jednak podatnymi na manipulacje tych, którzy chcą tę regułę wykorzystać¹⁴.

6. Porównywanie

Z pewnością wybór jednej z dwóch firm jest dokonywany po ich porównaniu, a więc klient analizujący strony internetowe firm porównuje je ze sobą. W tym miejscu należy stwierdzić, że nie ma ocen absolutnych, porównywanie jest istotą psychologicznej oceny doświadczanych zdarzeń i ściśle zależy od punktu odniesienia (*point of reference*), który może być przedmiotem (zdarzeniem) konkurencyjnym, i dlatego bardzo silnie oddziałują na nas reklamy porównawcze¹⁵. Zwróćmy uwagę na prosty przykład: Czesiek i Małgorzata mają tyle samo pieniędzy, po 5 mln zł. Czy oboje są jednakowo zadowoleni? Jeżeli wczoraj Czesiek miał 1 mln zł, a Małgorzata miała 10 mln zł, to Czesiek jest szczęśliwy, a Małgorzata smutna.

Szczególną rolę w tworzeniu subiektywnej wartości przedmiotu odgrywa kontekst, w jakim on jest przedstawiany, który może silnie różnicować przedmioty konkurencyjne, chociaż w rzeczywistości mogą się one niewiele różnić lub w ogóle się nie różnić. Popatrzmy na rycinę 1, która jest dość prostym, ale świetnym tego przykładem, znanym jako tzw. szachownica Adelsona.

Rycina 1. Szachownica Adelsona



Źródło: A. Falkowski, *Podobieństwo oznaczeń a niebezpieczeństwo wprowadzenia w błąd. Perspektywa psychologiczna* [w:] *Znaki towarowe i ich ochrona*, red. R. Skubisz, Warszawa 2019, s. 101.

¹³ R. Cialdini, *Wywieranie...*, s. 110–150.

¹⁴ R. Cialdini, *Wywieranie...*, s. 111–113.

¹⁵ M. Jabłońska, A. Falkowski, *Framing in Political Evaluations. An Empirical Study on the Role of Positive and Negative Comparisons in Affect and Preference Construction*, „Journal of Political Marketing” 2021/20, s. 4–16.

Jeśli popatrzymy na kwadraty A i B znajdujące się na szachownicy, to od razu widzimy, że one się różnią, kwadrat A jest ciemny, a kwadrat B jest jasny. Taka ich właściwość, jaką jest jasność, mocno je różnicuje. To różnicowanie wynika z wiedzy człowieka, która kształtuje spostrzegany przedmiot. Istotą szachownicy jest bowiem to, że sąsiadujące ze sobą kwadraty różnią się, ciemne kwadraty zawsze występują obok jasnych.

Co jednak się stanie, jeśli wiedza o szachownicy zostanie usunięta z umysłu obserwatora w taki sposób, że będzie on spostrzegał tylko same kwadraty A i B tak, jak to pokazuje prawa część ryciny 1? Z pewnością stwierdzi, że te kwadraty są identyczne i pod względem tej ich właściwości, jaką jest jasność, są nieodróżnialne¹⁶. Taką wiedzę na temat firmy prawniczej, odróżniającą ją od konkurencji w umyśle klienta, są z pewnością wyżej przedstawione jej sformułowania, a także osiągnięcia pracowników zamieszczone na stronach internetowych firmy.

Przedstawiony przykład pokazuje, jak wiedza na temat rzeczywistości wpływa na różnicowanie jej elementów. Dwa bodźce, które w kontekście wiedzy są wyraźnie różne, pozbawione tego kontekstu są już spostrzegane jako identyczne. Tę plastyczność umysłu w percepcji dwóch takich samych bodźców wykorzystuje się w pozycjonowaniu marki na rynku konkurencyjnym. W obecnych czasach na rynku gospodarczym walka toczy się nie na jakość, tylko na obrazy kształtowane w umyśle konsumenta, ponieważ technologia produkcji i usług przekroczyła już granice naszych zmysłów i w wielu przypadkach nie da się różnicować produktów i usług pod względem jakościowym.

Dotychczasowe badania rynkowe bardzo dobrze pokazują zjawisko różnicowania jakościowego takich samych produktów i usług na zasadzie uruchomienia wiedzy konsumenta, np. te same chipsy mogą różnie smakować, jeśli są w różnych opakowaniach, lub obraz w telewizorze Sony jest postrzegany jako lepszy niż w telewizorze Panasonic lub LG, pomimo że technologia konstrukcji ekranu może być taka sama¹⁷. Nazwa marki (firmy) ma w takim różnicowaniu strategiczne znaczenie w ocenie produktu.

W taki sam sposób można kształtować podobieństwo różnych oznaczeń, czyli zbliżać lub oddalać od siebie nazwy kancelarii prawniczych, ale tylko w umyśle człowieka. Taki proces kształtowania podobieństwa między różnymi nazwami wynika z przemysłanych komunikatów perswazyjnych uruchamiających naszą wiedzę i nie

¹⁶ Szczegółową analizę szachownicy Adelsona przedstawia A. Falkowski, *Podobieństwo oznaczeń...*, s. 99–118.

¹⁷ C. McDaniel, R.C. Baker, *Convenience Food Packaging and the Perception of Product Quality*, „Journal of Marketing” 1977/41, s. 57–58; A. Falkowski, T. Tyszka, *Psychologia zachowań konsumenckich*, Gdańsk 2009, s. 15 i n.

ma w zasadzie związku z rzeczywistością fizyczną, czyli z fonetyczną lub graficzną strukturą znaków towarowych.

Wiedza kształtująca obraz firmy prawniczej tworzy kontekst, który może silnie polaryzować konkurencyjne firmy także wówczas, kiedy są one oceniane sekwencyjnie, a nie jednocześnie, jak wyżej przedstawione kwadraty w szachownicy Adelsona. Natomiast usunięcie takiego kontekstu mocno zbliża do siebie takie firmy, one już nie różnią się tak bardzo od siebie lub w ogóle się nie różnią, jak to ilustrują dwa kwadraty w prawej części ryciny 1.

7. Demokracja rynkowa: paradoks

Prawo do rzetelnej informacji, jakiej oczekuje klient, jest podstawową wartością w demokratycznym państwie prawnym, co jest związane z wolnością wypowiedzi. Wolność sprzyja tworzeniu coraz bardziej wymyślnych strategii marketingowych, których celem jest skłonienie klienta do wyboru usług jakiejś firmy. Mamy zatem do czynienia z sytuacją paradoksalną, ponieważ ubocznym efektem tych strategii jest właśnie ograniczenie wolności klienta w podejmowaniu przez niego decyzji rynkowych.

Charakter ograniczania wolności w krajach demokratycznych jest inny niż w państwach totalitarnych. W tych ostatnich to ograniczenie wolności przychodziło z zewnątrz. Ustawy prawne, przepisy państwowe i inne urzędowe rozporządzenia skutecznie hamowały swobodę działania zwykłych obywateli, jak to miało miejsce w byłych komunistycznych krajach Europy Centralnej i Wschodniej. Obywatele ci byli świadomi ograniczeń ich wolności nałożonych przez państwo. W krajach demokratycznych natomiast to ograniczenie pojawia się od wewnątrz, przez wytworzenie w umyśle człowieka określonego obrazu pewnego fragmentu rzeczywistości, stymulującego oczekiwane zachowanie. Charakter takiego wewnętrznego ograniczania jest zdecydowanie bardziej niebezpieczny niż ograniczania zewnętrznego, ponieważ często człowiek nie zdaje sobie sprawy, że jest ograniczany w swojej wolności, oraz nie ma żadnych formalnych sposobów na przeciwdziałanie takiemu stanowi rzeczy¹⁸. Podobnie jak w państwach totalitarnych, tak i w państwach demokratycznych organizacje społeczne i polityczne, jak też firmy gospodarcze i usługowe, w tym prawnicze, mogą osiągać cele, stosując czyny nieuczciwej konkurencji, przez zniekształcanie, a nawet fałszowanie swoich wizerunków przez przemyślane komunikaty perswazyjne. Jednak to fałszowanie nie dokonuje się już na zewnątrz, poza klientami, ale od ich wnętrza, przez wytworzenie w ich umysłach zniekształconego obrazu i fałszywej pamięci (*false memory*) odnośnie do obiektu zainteresowań.

¹⁸ A. Falkowski, *Umysł konstrukcyjny: fałszywa pamięć, wolność i demokracja* [w:] *Demokracja w Polsce. Doświadczenie zmian*, red. U. Jakubowska, K. Skarżyńska, Warszawa 2005, s. 161–175.

Wolność wyrażania myśli została zapisana w pierwszej poprawce do Konstytucji Stanów Zjednoczonych, która w interpretacji Sądu Najwyższego odnoszącej się do rynku wyborczego brzmi następująco: „Wolność myśli krążących w danym społeczeństwie polega na tym, że wyborcy mogą wybrać te, które według nich wydają się być najbliższej prawdy”¹⁹. Zdrowa demokracja polega na tym, że klientom przedstawia się różnorodne koncepcje i pozwala, na podstawie krytycznej oceny, odrzucić te, które wydają się nie do przyjęcia. Jednak mechanizmy rynkowe pozwalające kontrolować docieranie informacji do różnych grup klientów powodują, że całkowita swoboda w tworzeniu i emisji reklam nie przyczynia się do wolności wyrażania idei gospodarczych lub politycznych, ale tę wolność ogranicza. Jednak cel takich reklam jest sprzeczny z klasycznym pojęciem wolności i demokracji, według którego powinny one przyczyniać się do świadomej dyskusji i krytycznej refleksji potencjalnych klientów²⁰. Reklamy, zamiast stymulować krytyczne myślenie, skutecznie do niego nie dopuszczają, nie przekazują prawdziwej informacji, tylko ją ukrywają lub zniekształcają, jak pokazuje to wiele reklam na gospodarczym rynku usług i produktów²¹.

Przykład takiej relacji, odnoszącej się do demokracji rynkowej i wolności, jest przedstawiony w książce B. Newmana²², której już sam tytuł wskazuje, że proces kreowania różnych wizerunków polityków, podmiotów gospodarczych, a także kancelarii prawniczych, nabiera szczególnego znaczenia we współczesnych demokracjach. Przedstawiona w pracy analiza porównawcza zachowań klientów wobec kancelarii prawniczych i innych firm pokazuje zatem, że działalność informacyjna firm prawniczych z perspektywy klienta szukającego pomocy prawnej niewiele odbiega od działalności marketingowej gospodarczych firm produkcyjnych i usługowych na rynku konkurencyjnym.

8. Wnioski

Przedstawiona w pracy analiza porównawcza zachowań klientów wobec kancelarii prawniczych i innych firm pokazuje zatem, że działalność informacyjna kancelarii prawniczych z perspektywy klienta szukającego pomocy prawnej niewiele odbiega od działalności marketingowej gospodarczych firm produkcyjnych i usługowych na rynku konkurencyjnym. W gospodarce wolnorynkowej, w której mamy szereg podmiotów konkurujących ze sobą, uruchamiają się psychologiczne mechanizmy w prezen-

¹⁹ I. Ward, I. Cook, *Televised political advertising, media freedom, and democracy*, „Social Alternatives” 1992/11, s. 23.

²⁰ Poglębiającą analizę ograniczania wolności w krajach demokratycznych przedstawia autor w: A. Falkowski, *Umysł konstrukcyjny...*, s. 161–175.

²¹ A. Falkowski, M. Szymański, A. Woźnica, *Deprecjacja marki w negatywnej reklamie porównawczej*, „Marketing i Rynek” 2009/16, s. 15–21; A. Falkowski, *Podobieństwo oznaczeń...*, s. 99–118.

²² B.I. Newman, *The mass marketing of politics. Democracy in an age of manufactured images*, London 1999.

tacji swojej firmy tak, aby maksymalnie przybliżyć się do klienta i jednocześnie mocno oddalić od konkurencji. Ten proces pozycjonowania firmy na rynku konkurencyjnym jest zdecydowanie ułatwiony przez rozwój technologiczny i ma miejsce m.in. w rozwiniętych sieciach społecznościowych, z których korzystają także kancelarie prawnicze.

Anna Tischner, Katarzyna Stasiuk

PRZECIĘTNY NORMATYWNO-EMPIRYCZNY KONSUMENT, CZYLI CZEGO PRAWNIK MOŻE DOWIEDZIEĆ SIĘ OD PSYCHOLOGA O ZACHOWANIACH RYNKOWYCH KONSUMENTA I CO Z TĄ WIEDZĄ MOŻE ZROBIĆ?

1. Wprowadzenie

Prawo jako regulator stosunków społecznych powinno pozostawać w stałym kontakcie z rzeczywistością, którą organizuje. W szczególności nie powinno być tworzone i stosowane w izolacji od osiągnięć dziedzin nauki, które zajmują się badaniem i opisem tych realiów. Mogą być one przydatne zarówno w rozstrzyganiu indywidualnych sporów, jak i na poziomie bardziej ogólnym, w ustalaniu pożądanых społecznie kierunków rozwoju prawodawstwa. Prawo reklamy lub szerzej – prawo zajmujące się praktykami rynkowymi przedsiębiorców wobec konsumentów – jest dziedziną genetycznie związaną z dynamiką rynku. Wiele konstrukcji prawnych, w tym w szczególności kryterium wprowadzającego w błąd charakteru reklamy, opiera się na postrzeganiu i reakcjach konsumentów. Percepcja konsumentów rozstrzyga o legalności przekazów reklamowych.

W komunikacji rynkowej, której jedną z form jest reklama, znaczenie ma nie tylko komunikat wysyłany przez nadawcę odbiorcy wybranym kanałem komunikacyjnym, lecz także język komunikacji (kod), kontakt i kontekst¹. Ocena wprowadzającego w błąd charakteru komunikacji rynkowej uwzględnia nie tylko treść komunikatu, ale i sposób, w jaki odbiorcy odkodowują przekaz, na co wpływa ich perspektywa poznawcza, oraz to, jak na niego reagują (np. decyzją rynkową wyrażającą się w go-

¹ Por. model komunikacji R. Jakobsona zaprezentowany w: *Poetyka w świetle językoznawstwa* [w:] *Współczesna teoria badań literackich za granicą. Antologia*, t. 2, opr. H. Markiewicz, Kraków 1976, s. 27.

towości do zakupu²). Trudno w sposób przekonujący prowadzić rozważania na temat zasad uczciwej komunikacji rynkowej w oderwaniu od realiów rynku, szczególnie jeśli te podlegają rewolucyjnym przemianom. Współcześnie reakcje konsumenckie są przedmiotem intensywnych badań w dynamicznie rozwijających się dziedzinach nauk społecznych, takich jak psychologia poznawcza, społeczna, kognitywistyka, neuronauki.

Przedsiębiorcy powszechnie wykorzystują najnowsze badania w prowadzonych strategiach marketingowych (np. neuromarketing, spersonalizowany marketing bazujący na analizach *big data* i algorytmach, targetowanie, spersonalizowane ustalanie cen w oparciu o śledzenie w internecie i profilowanie zachowań konsumentów)³. Specjaliści od marketingu w oparciu o najnowsze badania zachowań wymyślają coraz bardziej wyrafinowane metody wpływania na decyzje konsumenckie⁴. Rewolucja cyfrowa i stała łączność (ang. *connectivity*) zmieniają również zachowania konsumenta; powodują, że konsumenci nie są już biernymi uczestnikami rynku – pasywnymi odbiorcami reklam i ofert. Komunikacja rynkowa przestała mieć wyłącznie jednostronny i wertykalny (B2C) charakter; jest aktywnie prowadzona w płaszczyźnie horyzontalnej, angażując i integrując pojedynczych konsumentów i całe społeczności. Konsumenci wyposażeni w wiedzę i wsparcie oferowane przez media społecznościowe są w stanie lepiej chronić się przed wprowadzającymi w błąd praktykami rynkowymi⁵.

Realia decyzji konsumenckich, w dużym stopniu sterowanych algorytmami, dalekie są często od modelu wolnej, świadomej i opartej na informacji decyzji, która jest osią wielu konstrukcji prawnych⁶. Może to rodzić przekonanie, że prawo nie nadąża za rozwojem nauki w dziedzinie zachowań konsumenckich ani za jej praktycznymi zastosowaniami w reklamie. Historycznie prawo reklamy było jedną z pierwszych dziedzin prawa, w której badania empiryczne dotyczące zachowań konsumenckich znalazły praktyczne zastosowanie w rozwiązywaniu sporów. Współcześnie miejsce dowodów empirycznych w ocenie uczciwości zachowań rynkowych jest mniej pewne, co nie oznacza jednak, że obie dziedziny, tzn. prawo reklamy i nauki społeczne ba-

² Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 19.12.2013 r., C-281/12, Trento Sviluppo i Centrale Adriatica, EU:C:2013:859, uznał, że z samej treści art. 2 lit. k dyrektywy 2005/29/WE wynika, iż pojęcie decyzji dotyczącej transakcji jest zdefiniowane w sposób ogólny. Zgodnie bowiem z treścią tego przepisu decyzją dotyczącą transakcji jest „każda podejmowana przez konsumenta decyzja co do tego, czy, jak i na jakich warunkach dokona zakupu”.

³ Zob. na ten temat obszernie P. Kotler, H. Kartajaya, I. Setiawan, *Marketing 4.0. Era cyfrowa*, Warszawa 2017.

⁴ Nowym praktykom rynkowym w sektorze cyfrowym poświęcono dużą część nowego wydania Wytycznych dotyczących wykładni i stosowania dyrektywy 2005/29/WE z 2021 r., (Wytyczne 2021), zob. pkt 4.2.

⁵ P. Kotler, H. Kartajaya, I. Setiawan, *Marketing...*, s. 34.

⁶ M. Gal, N. Elkin-Koren, *Algorithmic Consumers*, „Harvard Journal of Law and Technology” 2017/30, s. 309.

dające zachowania konsumentów, powinny chodzić własnymi drogami. Jest wiele powodów, dla których warto, by drogi te czasem się schodziły.

Choć bezpośrednie zastosowanie badań empirycznych w rozstrzyganiu sporów podlega ograniczeniom wynikającym ze specyfiki orzekania, o czym poniżej (w pkt 3), to nie ma wątpliwości, że lepsza komunikacja między obiema dziedzinami jest bardzo pożądana; może pomóc zmniejszyć, na poziomie bardziej ogólnym, rozróżnienie między założeniami normatywnymi ujętymi w konkretnych konstrukcjach prawnych a rzeczywistością rynku⁷. Jej skutkiem może być lepsze rozumienie zjawisk rynkowych, na które prawodawca próbuje znaleźć właściwą odpowiedź normatywną, tzn. taką, która będzie efektywnie regulować te zjawiska w sposób korzystny zarówno dla interesów poszczególnych uczestników rynku, jak i dla interesów ogólnych.

2. Metody empiryczne – ilościowe i jakościowe

Badania empiryczne są niezastąpionym źródłem wiedzy o zachowaniach konsumentów. Korzystają z nich zarówno naukowcy, interesujący się mechanizmami tych zachowań, jak i praktycy, których celem jest rozwiązanie konkretnych problemów marketingowych. Badania empiryczne to szeroka kategoria obejmująca metody różniące się procedurami badawczymi, wielkością próby oraz sposobem analizowania i interpretowania wyników. Podjęcie decyzji o skorzystaniu z dowodów empirycznych powinno być więc związane z dokładną analizą problemu, pozwalającą na wybór metody, która będzie najbardziej odpowiednia do jego rozwiązania.

Najprostszym sposobem klasyfikacji badań będących źródłem wiedzy o zachowaniach konsumentów jest ich podział na badania jakościowe i badania ilościowe⁸. Różnice między badaniami jakościowymi i ilościowymi dotyczą wielu różnych aspektów, poczynając od rodzaju stawianych pytań badawczych aż po rodzaj wyciąganych wniosków. Podstawową różnicą między badaniami ilościowymi i jakościowymi jest specyfika problemów, których dotyczą. Badania ilościowe koncentrują się najczęściej na ilościowym opisie rzeczywistości konsumenckiej, odpowiadają na pytania: „ile?” (np. ile osób w Polsce zna daną markę produktów), „kto?” (np. jacy konsumenci są użytkownikami danej marki) „jak często?” (np. ile razy w roku konsumenci kupują produkty z danej kategorii). Natomiast cele badań jakościowych są najczęściej eksploracyjne; służą one zrozumieniu konsumentów i znalezieniu odpowiedzi na pytanie, „dlaczego” formułują oni określone sądy lub podejmują takie, a nie inne decyzje.

⁷ Zob. dyskusję na ten temat w prawie znaków towarowych: R. Burrell, K. Weatherall, *Towards a New Relationship between Trade Mark Law and Psychology*, „Current Legal Problems” 2018/1, vol. 71, s. 106; G. Dinwoodie, D. Gangjee, *The Image of the Consumer in European Trade Mark Law* [w:] *The Image(s) of the Consumer in EU Law*, red. D. Leczykiewicz, S. Weatherill, Oxford–Portland 2016, s. 377.

⁸ K. Stasiuk, D. Maison, *Psychologia konsumenta*, Warszawa 2014, s. 51 i n.

W badaniach ilościowych podstawowym narzędziem pomiaru jest najczęściej kwestionariusz złożony z pytań zamkniętych. Pytania są zadawane każdemu badanemu w tej samej formie, dzięki czemu ich odpowiedzi mogą być porównywane, a ewentualne różnice są odzwierciedleniem różnic między osobami, a nie różnic pomiaru. W badaniach jakościowych badacz dysponuje zwykle tylko zestawem zagadnień będących podstawą do dyskusji na dany temat (np. motywów wybierania określonych marek produktów), a nie dopracowanym zbiorem pytań. Na ich podstawie prowadzi wywiad, dostosowując formę, kolejność i treść pytań do celów badania⁹.

Badania jakościowe i ilościowe różnią też wielkość badanej próby i sposób analizy wyników. W przypadku badań jakościowych liczba respondentów jest dużo mniejsza niż w badaniach ilościowych; próby liczą najczęściej kilkadziesiąt osób (20–50). Należy jednak pamiętać, że zebrany w tych badaniach od pojedynczych respondentów materiał jest często bardziej obszerny (np. jest nim zapis 1,5-godzinnego wywiadu) niż dane z badań ilościowych (np. odpowiedzi na 30 pytań zamkniętych). W badaniach jakościowych nie ma jednoznacznych kryteriów opracowywania wyników. Interpretacja wypowiedzi respondentów zależy w dużym stopniu od doświadczenia i umiejętności badacza, dlatego też wyniki badań jakościowych cechuje duży subiektywizm. Zarzuca się im często małą wielkość badanych prób, brak możliwości ilościowej generalizacji wyników i subiektywizm interpretacji wyników badań jakościowych. W efekcie metody te są wykorzystywane w badaniach naukowych w psychologii dużo rzadziej niż badania ilościowe. Natomiast w praktycznych badaniach marketingowych odgrywają one istotną rolę, ponieważ dostarczają wielu cennych informacji, trudnych do uzyskania metodami ilościowymi i łatwo przekładalnych na decyzje marketingowe.

W badaniach ilościowych próby są duże – od kilkuset do kilku tysięcy respondentów. Te wielkości są konieczne, żeby zmniejszyć błąd pomiaru, móc analizować wyniki w podgrupach (np. dzieląc badanych ze względu na płeć, wiek, wykształcenie) lub generalizować je na populację. Należy podkreślić, że badania ilościowe stanowią szeroką kategorię, do której zalicza się różne metody, jak np. badania sondażowe i badania eksperymentalne. Sondaże są badaniami ilościowymi najczęściej wykorzystywanymi w marketingu. Przeprowadza się je na dużych próbach (najczęściej powyżej 1000 osób), dobieranych w sposób losowy, tak żeby stanowiły jak najlepsze odzwierciedlenie struktury populacji (tzw. reprezentatywność próby). Badania te dostarczają najczęściej informacji opisowych dotyczących np. oceny marek, używania danej kategorii produktu lub bardziej ogólnych opinii i zwyczajów konsumentów (np. postaw wobec ekologii albo zwyczajów żywieniowych). Dzięki zastosowaniu kilku rozłożonych w czasie pomiarów na tej samej lub porównywalnej próbie i w oparciu o ten sam zestaw pytań można też monitorować zmiany w postawach i zachowaniach kon-

⁹ Zob. szerzej K. Stasiuk, D. Maison, *Psychologia...*; D. Maison, *Jakościowe metody badań marketingowych*, Warszawa 2010, s. 19.

sumentów związane np. z prowadzeniem danej kampanii reklamowej lub społecznej (są to tzw. badania trackingowe)¹⁰.

Zupełnie inną metodą ilościową są badania eksperymentalne. Stosuje się w nich dobór celowy, oparty na konkretnych cechach osób badanych, istotnych z punktu widzenia badanego problemu (np. do testowania kilku rozważanych wersji reklamy nowego produktu zaprasza się osoby będące jego grupą docelową). Najważniejszą cechą wyróżniającą eksperymenty jest ich cel, jakim jest odnalezienie i zrozumienie związków przyczynowo-skutkowych w sądach i zachowaniach ludzi (m.in. w kontekście konsumenckim). Żeby je poznać, stosowane są specjalne schematy badawcze, w których manipuluje się różnymi czynnikami związanymi z tematem badania. Przykładem może być badanie skuteczności nowego systemu oznaczeń klas energetycznych, który został wprowadzony w Unii Europejskiej na początku 2021 r. Jednej grupie badanych prezentowano zdjęcia lodówek ze starymi klasami energetycznymi (A+++ i A), a drugiej grupie zdjęcia tych samych lodówek z nowymi klasami energetycznymi (C i F). Okazało się, że badani z drugiej grupy oceniali jakość lodówek oznaczonych nowymi klasami istotnie niżej niż jakość lodówek oznaczonych starymi klasami, chociaż zużycie energii jest obu przypadkach podobne (stara klasa A+++ odpowiada obecnej klasie C, a stara klasa A obecnej klasie F)¹¹.

Badania eksperymentalne są wykorzystywane przede wszystkim w naukowych badaniach psychologicznych i często uważane za najlepszą metodę badań, ponieważ pozwalają na ustalanie związków przyczynowo-skutkowych. Natomiast w praktyce marketingowej są mniej popularne, co prawdopodobnie wynika z ich złożoności (konieczności kontrolowania warunków i czynników wpływu) oraz konieczności posiadania wiedzy i doświadczenia z obszaru metodologii, bez których trudno jest rzetelnie przeprowadzić eksperyment.

Wnioski z badań ilościowych – zarówno eksperymentalnych, jak i sondaży – wyciąga się w oparciu o wskaźniki liczbowe (średnie, procenty) i wyniki analiz statystycznych. Jest wiele rodzajów metod statystycznych, a ich wybór powinien być dostosowany do celu badania i używanego schematu – inaczej analizuje się wyniki badań eksperymentalnych, których celem jest sprawdzenie, czy podobieństwo opakowania produktu z niższej półki do opakowania lidera na rynku powoduje zwiększenie zainteresowania zakupem produktu – naśladowcy w grupie docelowej, a inaczej wyniki badań sondażowych, mających pokazać, które grupy konsumentów chętniej wybierają produkty stanowiące podróbki znanych marek¹².

¹⁰ K. Stasiuk, D. Maison, *Psychologia...*, s. 57.

¹¹ Zob. K. Stasiuk, D. Maison, *The influence of new and old energy labels on consumer judgements and decisions about household appliances*, „Energies” 2022/15, s. 1260.

¹² Szerzej: D. Maison, A. Noga-Bogomilski, *Badania marketingowe*, Gdańsk 2010.

3. Badania empiryczne jako dowód w postępowaniu sądowym i administracyjnym

Wyniki badań empirycznych mogą mieć duże znaczenie na etapie przedsądowym lub pozasądowym rozstrzygania sporów, motywując bądź do wszczynania postępowań, bądź do polubownego zakończenia sporu¹³. Wiedza pochodząca z badań empirycznych może również przenikać w różnych formach do prowadzonych postępowań. Najbardziej typowa jest opinia biegłego lub opinia instytutu naukowego lub naukowo-badawczego w sprawach wymagających wiadomości specjalnych, którą przewiduje zarówno procedura cywilna (art. 278 k.p.c.), jak i postępowanie przed Prezesem UOKiK w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów (art. 54 u.o.k.i.k.).

Opinia biegłego lub instytutu naukowego może mieć charakter abstrakcyjny w tym sensie, że przekazuje sądowi ogólną wiedzę teoretyczną na określony temat w odezwaniu od zebranego w sprawie materiału dowodowego¹⁴. Opinia tego typu bazować będzie na naukowej wiedzy specjalistycznej, w tym literaturze przedmiotu uogólniającej i systematyzującej prowadzone wcześniej badania zachowań konsumenckich. Przykładowo biegły może dostarczyć informacji na temat specyfiki określonego kanału komunikacji rynkowej i konsumenckiego postrzegania, co pozwoli następnie sędziemu przyjąć na tej podstawie pewne założenia lub domniemania niezbędne w rozstrzygnięciach normatywnych¹⁵.

Opinia biegłego lub instytutu naukowego może opierać się również na badaniach empirycznych przeprowadzonych *ad hoc* na potrzeby konkretnego sporu¹⁶. Badania

¹³ S. Seidman Diamond, D.J. Franklyn, *Trademark Surveys: An Undulating Path*, „Texas Law Review” 2014/92, s. 2067.

¹⁴ K. Knoppek, *Rodzaje i podziały opinii biegłego* [w:] *System Prawa Procesowego Cywilnego*, red. Ereciński, t. 2, cz. 2, *Postępowanie procesowe przed sądem pierwszej instancji*, red. T. Wiśniewski, Warszawa 2016, s. 422.

¹⁵ Ten sposób wykorzystania wiedzy psychologicznej w procesie jako bardziej właściwy niż badania empiryczne *ad hoc* proponuje A.-L. Sibony, *Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive*, „European Review of Private Law” 2014/6, s. 939.

¹⁶ Zob. wyrok SN z 23.04.2008 r., III CSK 377/07, OSNC 2009/6, poz. 88, w którym sąd przyjął, że skoro „możliwość wprowadzenia w błąd jest okolicznością faktyczną istotną dla rozstrzygnięcia sprawy, staje się zrozumiałe, iż okoliczność ta podlega dowodzeniu zgodnie z regułami określonymi w prawie procesowym cywilnym (art. 227–305 k.p.c.). Mogą być zatem na tę okoliczność powoływane środki dowodowe z katalogu określonego w tych przepisach, w tym również dowód z opinii biegłego sądowego na okoliczność zarówno podobieństwa towarów lub ich opakowań, jak i możliwości konfuzji co do określonych ich cech. Nie jest jednak niezbędne, wbrew twierdzeniom skarżącego, oparcie się w tym zakresie na dowodzie z opinii biegłego sądowego, uwzględniającej badania statystyczne. W większości spraw sądy nie opierają się na wynikach badań ankietowych, chociaż oczywiste jest, że dowody tego rodzaju mogą być w konkretnej sprawie dopuszczalne. Rzecz w tym jednak, że dowody te podlegają swobodnej ocenie sądu, zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c. Ocena swobodna nie oznacza dowolności i musi uwzględniać określony wzorzec konsumenta. Przy określaniu tego wzorca sąd powinien kierować się przede wszystkim własną oceną, opartą na całokształcie okoliczności ujawnionych w sprawie i przy uwzględnieniu zachowań gospodarczych konsumentów względem określonego produktu. (...) Trafne jest zatem twierdzenie, że przeprowadzenie

empiryczne jako dowód wprowadzającego w błąd charakteru przekazu reklamowego budzą jednak liczne kontrowersje. Sędziowie (oraz organy administracji) z jednej strony mają potrzebę poznania rzeczywistości rynku i zachowań konsumenckich na nim, z drugiej jednak odczuwają pewien dyskomfort w kontakcie z wynikami takich badań, który częściowo wynika z braku wiedzy o specyfice i rodzajach badań empirycznych¹⁷. W ostatnim czasie coraz więcej publikacji opisuje i popularyzuje zasady właściwego prowadzenia badań sondażowych i eksperymentalnych na potrzeby postępowań prawnych¹⁸. Poznanie metodologii badań empirycznych i przeprowadzania ich *lege artis* z pewnością może ograniczyć niewygodę sędziów w obcowaniu z wynikami badań empirycznych.

Zauważalna niechęć do uwzględniania badań empirycznych w procesie rozstrzygania sporów ma jednak i inne, głębsze podłoże. Sędziowie wykazują sceptycyzm względem dowodów empirycznych w postaci badań konsumenckich, gdyż dostrzegają ich często wątpliwą wartość dla rozstrzygania zasadniczych problemów, które są normatywne, a nie empiryczne. Dodatkowo dopuszczenie tego typu dowodów ma miejsce rzadko ze względu na wysokie koszty badań rynkowych w stosunku do realnych korzyści, jakich dostarczają dla efektywnego rozstrzygnięcia sprawy. Niejednokrotnie powstają również wątpliwości co do bezstronności i obiektywizmu wyników badań rynkowych zamawianych przez strony procesu dla wykazania dowodzonych przez nie okoliczności. Wysokie standardy metodologiczne i transparentność mogą część tych uprzedzeń zniwelować. Źródłem sceptycyzmu wobec dowodów empirycznych nie są jednak wyłącznie ich jakość i wiarygodność. Zarówno badania ankietowe, jak i eksperymenty mają swe ograniczenia i trudno w nich odtworzyć rzeczywiste doświadczenie konsumenta na rynku z uwzględnieniem kontekstu sytuacyjnego, co ma kluczowe znaczenie przy ocenie wprowadzającego w błąd charakteru praktyki rynkowej. Tymczasem w modelu przeciętnego konsumenta, który jest punktem odniesienia w ocenach normatywnych, obie rzeczywistości się mieszają.

dowodu z opinii biegłego sądowego, opartej na badaniach statystycznych, nie jest niezbędne, chociaż może być przydatne do ustalenia ryzyka niebezpieczeństwa wprowadzenia konsumentów w błąd. Nie można natomiast podzielić zarzutu, że w razie przeprowadzenia takiego dowodu, sąd jest nim związany, nie dysponuje bowiem, w przeciwieństwie do biegłego sądowego, wiadomościami specjalnymi. Nie można też narzucać sądowi ograniczenia się przy ustalaniu wzorca konsumenta, jaki w konkretnej sprawie powinien być brany pod uwagę, do uwzględniania tylko tych potencjalnych konsumentów, którzy byli objęci badaniami statystycznymi”.

¹⁷ G. Dinwoodie, D. Gangjee, *The Image of the Consumer...*, s. 370.

¹⁸ Zob. np. Wspólna Praktyka (CP 12) w kwestii dowodów w postępowaniu odwoławczym w sprawach dotyczących znaku towarowego – dokument opublikowany przez sieć Własności Intelektualnej Unii Europejskiej (EUIPN) w marcu 2021 r., https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPDFs/EUIPN/common_communication/cp12/common_communication_cp12_pl.pdf (dostęp: 3.08.2022 r.), w którym omówiono metodologię badań konsumenckich w sprawach dotyczących znaków towarowych (s. 36–45).

4. Wpływ reklamy wprowadzającej w błąd na zachowanie przeciętnego konsumenta

Mimo rozdwojenia regulacji standardów uczciwości na rynku i zakazów wprowadzającej w błąd reklamy w prawie polskim model przeciętnego konsumenta jest zwornikiem zasad przewidzianych zarówno w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, które jedynie inaczej lokują punkt ciężkości w zwalczaniu nieuczciwych zachowań na rynku (koncentrując się na ochronie interesów bądź przedsiębiorców, bądź konsumentów). W świetle dyrektywy 2005/29/WE i ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym odpowiednio zakazane są praktyki rynkowe wprowadzające w błąd, a więc takie, które zawierają fałszywe, nieprawdziwe informacje lub informacje, choć zgodne z rzeczywistością, to ze względu na okoliczności ich prezentacji wprowadzające w błąd, albo też takie, które pomijają istotne informacje potrzebne przeciętnemu konsumentowi do podjęcia świadomej decyzji (art. 6 ust. 1 dyrektywy 2005/29/WE i art. 5 u.p.n.p.r.). Miarą nieuczciwości takich praktyk jest istotne zniekształcenie zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta, które skutkuje podjęciem decyzji rynkowej, której w innych okolicznościach by nie podjął (art. 2 lit. e i k dyrektywy 2005/29/WE i art. 4, 5, 6 i 8 u.p.n.p.r.). Efekt tego typu powinien wystąpić u części zainteresowanego kręgu odbiorców¹⁹. Nieznaczące (nieistotne) zniekształcenia zachowań konsumenckich nie są brane pod uwagę²⁰.

Czynnik doniosłości wprowadzenia w błąd, choć nieco inaczej sformułowany, jest wbudowany również w definicję reklamy wprowadzającej w błąd w dyrektywie 2006/114/WE²¹ wiążącej w relacjach między przedsiębiorcami oraz w zakaz reklamy wprowadzającej w błąd w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²². W świetle art. 2 lit. b dyrektywy 2006/114/WE reklama wprowadzająca w błąd oznacza każdą reklamę, która w jakikolwiek sposób, w tym przez swoją formę, wprowadza lub może wprowadzić w błąd osoby, do których jest skierowana lub dociera, i która, z powodu swojej zwodniczej natury, może wpłynąć na ich postępowanie gospodarcze lub która, z tych powodów, szkodzi lub może szkodzić konkurentowi. Zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi.

¹⁹ Wyrok TS z 9.11.2010 r., C-540/08, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG v. "Österreich"-Zeitungsverlag GmbH, EU:C:2010:660, pkt 44–45.

²⁰ Motyw 6 zdanie drugie dyrektywy 2005/29/WE: „Zgodnie z zasadą proporcjonalności niniejsza dyrektywa chroni konsumentów przed konsekwencjami takich nieuczciwych praktyk handlowych w przypadku, gdy konsekwencje te są istotne, ale uznaje, że w niektórych przypadkach skutki dla konsumentów mogą być znikome”.

²¹ Zob. szerzej J. Dudzik [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 15, red. M. Kępiński, s. 466–468.

²² Art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k.: „Czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności: reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi”.

Faktor istotności wprowadzenia w błąd z jednej strony otwiera oceny prawne na zjawiska i procesy poznawcze badane i opisywane w dziedzinie psychologii zachowań rynkowych. Z drugiej jednak – ma charakter normatywny. Na rynku odbiorcy poddawani są rozmaitym zabiegom, które mają na celu wpływanie na ich zachowania. Większość z nich jest naturalna dla gry rynkowej i warunkuje wymianę. Dla zastosowania zakazu pewnych praktyk ma znaczenie jedynie wpływ prawnie relewantny. Samo wpływanie na zachowania odbiorców bez konfuzji, jak też nieistotna konfuzja pozostają poza zasięgiem zakazu praktyk (reklamy) wprowadzających w błąd.

Dobrze to widać na przykładzie stosunku prawodawcy Unii Europejskiej do produktów z grupy *look-alike*. Wyraża go motyw 14 dyrektywy 2005/29/WE: „Niniejsza dyrektywa nie zmierza do ograniczenia konsumentom wyboru poprzez zakaz promocji produktów, które przypominają wyglądem inne produkty, chyba że podobieństwo to utrudnia konsumentom ustalenie handlowego pochodzenia produktu, a zatem wprowadza ich w błąd”. Nieuczciwe jest więc wywoływanie mylnych wyobrażeń o pochodzeniu produktu, a nie samo wpływanie na konsumenckie wybory wyglądem, który nawiązuje do innych produktów lub rodzi pewne skojarzenia z nimi. W efekcie całe spektrum rozmaitych form manipulacji i wpływu na zachowania i wybory konsumentów może zostać pominięte w ocenach prawnych jako nierелеwantne dla zastosowania zakazu wprowadzania w błąd na gruncie dyrektywy 2005/29/WE. Trudność interpretacji przepisów zakazujących reklamy wprowadzającej w błąd tkwi właśnie w wyważeniu między rzeczywiście ustalonym wpływem na zachowania konsumenta a stwierdzeniem podstaw normatywnych do zastosowania zakazu.

W świetle zarówno dyrektywy 2005/29/WE, jak i dyrektywy 2006/114/WE jedynie potencjalny wpływ na zachowanie odbiorców wystarcza do stwierdzenia nieuczciwości praktyki (art. 6 ust. 1 dyrektywy 2005/29/WE i art. 5 ust. 1 u.p.n.p.r.) lub reklamy (art. 2 lit. b dyrektywy 2006/114/WE i art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k.)²³. Ocena prawna dotyczy drzemającego w konkretnej praktyce (reklamie) potencjału wywoływania tego efektu u odbiorcy. Nie są wymagane dowody empiryczne rzeczywistej zmiany zachowania, choć ich istnienie nie jest całkowicie obojętne dla rozstrzygnięcia (motyw 18 dyrektywy 2005/29/WE). Modelowy przeciętny konsument jako miernik ryzyka konfuzji realizuje cele normatywne i pozwala sędziom lub organom rozstrzygającym wyznaczyć zakres ochrony niezależnie od tego, czy konsumenci zostali faktycznie wprowadzeni w błąd.

Kryterium istotności (doniosłości), tj. potencjalnego wpływu konfuzji na zachowania odbiorcy (konsumenta), otwiera możliwość prowadzenia ocen normatywnych z uwzględnieniem zasady proporcjonalności. Model przeciętnego konsumenta pomaga też pośrednio wyznaczyć zakres obowiązków uczestników obrotu – w szczególności poziom oczekiwanej należytej staranności zarówno konsumentów (ostroż-

²³ Zob. wyrok TS z 16.01.1992 r., C-373/90, X, EU:C:1992:17, pkt 16.

ności, uwagi, poinformowania)²⁴, jak i przedsiębiorców (np. zakres obowiązku informacyjnego)²⁵. Standard staranności zawodowej obowiązujący przedsiębiorców obejmuje dodatkowo oczekiwania co do wiedzy przedsiębiorcy i przewidywań na temat tego, jak wrażliwi i podatni na konfuzję konsumenci (ang. *vulnerable*) mogą zareagować na daną praktykę²⁶.

Test wprowadzającego w błąd charakteru przekazu marketingowego jest z natury rzeczy bardziej konkretny aniżeli pokrewny test ryzyka konfuzji w prawie znaków towarowych, który cechują formalizm i schematyzm (tzn. podobieństwo oznaczeń i podobieństwo towarów lub usług nimi oznaczanych prowadzi zwykle do konkluzji o ryzyku konfuzji u przeciętnego odbiorcy). Ocena na gruncie prawa znaków towarowych jest zobiektywizowana i wyabstrahowana; koncentruje się na samych oznaczeniach i w niewielkim stopniu uwzględnia kontekst rynkowy oraz okoliczności ich używania²⁷.

Tymczasem dla oceny wprowadzającego w błąd charakteru reklamy, na gruncie zarówno ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, jak i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, okoliczności rynkowe praktyki marketingowej i jej kontekst mają ogromne znaczenie. Badanie jest mniej sformalizowane i mniej schematyczne; jest w nim miejsce na poznanie realiów rynku i ich wpływu na zachowanie konsumenta (art. 5 ust. 4 u.p.n.p.r. i art. 16 ust. 2 u.z.n.k.). Decyduje percepcja przeciętnego konsumenta, ustalana z uwzględnieniem wszystkich istotnych okoliczności²⁸. W ocenie istotności zniekształcenia zachowania rynkowego konsumenta określoną praktyką rynkową znaczenie mają wszystkie cechy i okoliczności praktyki marketingowej oraz ograniczenia środka przekazu (art. 6 ust. 2 i art. 7 ust. 1 dyrektywy 2005/29/WE oraz art. 3 dyrektywy 2006/114/WE). Konieczność odniesienia się do realiów rynkowych zachęca również do uwzględnienia w konkretnym przypadku zarówno najnowszej wiedzy na temat zachowań konsumentów, jak i dowodów empirycznych zmian w tych zachowaniach.

²⁴ Tak J. Trzaskowski, *Behavioural Innovations in Marketing Law* [w:] *Research Methods in Consumer Law*, red. H.-W. Micklitz, A.-L. Sibony, F. Esposito, Cheltenham–Northampton 2018, s. 310.

²⁵ Por. art. 5 ust. 3 dyrektywy 2005/29/WE.

²⁶ Tak J. Trzaskowski, *Behavioural...*, s. 314. Zob. wyrok TS z 7.09.2016 r., C-310/15, Vincent Deroo-Blanquart v. Sony Europe Limited, EU:C:2016:633, pkt 37: „prawidłowe poinformowanie konsumenta, zgodność oferty wiązanej z oczekiwaniami znacznej części konsumentów, a także umożliwienie konsumentowi zaakceptowania wszystkich elementów tej oferty bądź odstąpienia od umowy sprzedaży, mogą spełniać przesłanki uczciwych praktyk rynkowych lub ogólnej zasady dobrej wiary w dziedzinie produkcji sprzętu informatycznego przeznaczonego dla szerokiego kręgu nabywców, jako że przedsiębiorca daje w ten sposób dowód dochowania staranności względem konsumenta”. Por. raport z 2016 r. *Study on consumer vulnerability in key markets across the European Union* (EACH/2013/CP/08), http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/market_studies/vulnerability/index_en.htm (dostęp: 3.08.2022 r.).

²⁷ Zob. jednak wyrok TS z 18.07.2013 r., C-252/12, Specsavers International Healthcare Ltd i in. v. Asda Stores Ltd, EU:C:2013:497, pkt 37.

²⁸ Zob. wyrok TS z 18.11.2010 r., C-159/09, Lidl SNC v. Vierzon Distribution SA, EU:C:2010:696, pkt 48.

Środowisko prawa nieuczciwych praktyk rynkowych i prawa reklamy wydaje się więc bardziej przyjazne wiedzy o zachowaniach konsumenckich, która pochodzi z badań empirycznych. Paradoksalnie jednak, mimo że test wprowadzającego w błąd charakteru reklamy jest podatny na ustalenia empiryczne i zorientowany na rzeczywiste zachowania konsumenta, dowody empiryczne nie mają współcześnie największego znaczenia w rozstrzyganiu sporów tego typu. Dyrektywa 2005/29/WE jest kontynuatorką linii orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości, który przez lata zmuszony był godzić krajowe standardy i metodologię oceny wprowadzającego w błąd charakteru przekazów reklamowych²⁹ z celami europejskiej integracji gospodarczej i zasadami wspólnego rynku. Potrzeba promowania swobód traktatowych (w szczególności swobody przepływu towarów) spowodowała, że normatywne zabarwienie zdominowało model przeciętnego konsumenta. Było ono konieczne, by przeciwdziałać protekcjonizmowi państw członkowskich realizowanemu pod przykrywką wysokich standardów ochrony konsumentów. W niektórych państwach członkowskich Unii Europejskiej (np. w Niemczech) dowody empiryczne wykorzystywano przez lata jako narzędzie do prowadzenia paternalistycznej polityki konsumenckiej³⁰.

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości zmieniło istotnie krajobraz w tej kwestii, minimalizując rolę dowodów empirycznych i korygując krajowe modele przeciętnego konsumenta, istotnie odbiegające od wzorca konsumenta dostatecznie dobrze poinformowanego, uważnego i ostrożnego. Model przeciętnego konsumenta stał się narzędziem potrzebnym do urzeczywistnienia idei wspólnego rynku³¹. Motyw 18 dyrektywy 2005/29/WE wyraża potrzebę wyważania różnych interesów i wartości w ramach modelu normatywnego³² oraz wyznacza rolę okoliczności faktycznych i dowodów empirycznych w ocenach normatywnych³³. Choć dowody empiryczne nie są z góry i całkowicie wykluczone z rozstrzygania w konkretnym sporze, to mają podrzędne i służebne znaczenie w ostatecznych ocenach, które są ocenami normatywnymi³⁴.

²⁹ Na gruncie dyrektywy 84/450/EWG, zastąpionej obecnie dyrektywą 2006/114/WE.

³⁰ Szerzej A. Tischner, *Model przeciętnego konsumenta w prawie europejskim*, KPP 2006/1, s. 207–210.

³¹ H.-W. Micklitz, *Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising* [w:] *European Consumer Law*, red. N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner, Cambridge–Antwerpen–Portland 2014, s. 101.

³² „Zgodnie z zasadą proporcjonalności oraz w celu umożliwienia skutecznego stosowania środków ochrony zawartych w niniejszej dyrektywie, za punkt odniesienia uznaje ona przeciętnego konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany oraz dostatecznie uważny i ostrożny, z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych i językowych, zgodnie z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości, jednak zawiera ona również przepisy mające na celu zapobieganie wykorzystywaniu konsumentów, których cechy czynią ich szczególnie podatnymi na nieuczciwe praktyki handlowe”.

³³ „Test przeciętnego konsumenta nie jest przy tym testem statystycznym. W celu ustalenia typowej reakcji przeciętnego konsumenta w danym przypadku krajowe sądy i organy administracyjne będą musiały polegać na własnej umiejętności oceny, z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości”.

³⁴ Odniesienie w motywie 18 dyrektywy 2005/29/WE do przeciętnej osoby może sugerować potrzebę poszukiwania statystycznej średniej w ramach jakiejś grupy. Podejście statystyczne jest jednak nieprawidłowe i zostało wyraźnie odrzucone przez Trybunał Sprawiedliwości. Zob. uwagi poniżej.

Ilustracją podejścia niechętnego dowodom empirycznym jest sprawa wprowadzającego w błąd charakteru reklamy prowadzonej przed laty pod hasłem „Power LTE bez limitu danych / Poczuj moc braku limitów danych przez całą umowę”, która została zakazana jako praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów w decyzji Prezesa UOKiK RKR 14/2016 z 30.12.2016 r. Wbrew bowiem literalnemu brzmieniu reklamy rzeczywiste warunki promocji przewidywały ograniczenia zarówno co do wielkości transferu danych w postaci pakietów danych, jak i co do prędkości transmisji danych po wykorzystaniu pakietu. W odwołaniu od decyzji Prezesa UOKiK poczynione zostały zarzuty braku odniesienia się w decyzji do wiedzy empirycznej – w szczególności zaniechania przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu psychologii lub fizjologii percepcji na okoliczność, czy zastosowana wielkość czcionki, długość komunikatu oraz czas jego emisji spowodowały lub nie spowodowały „trudności w odczytaniu” danego komunikatu.

W sprawach tego typu po wydaniu decyzji kończącej postępowanie przed Prezesem UOKiK istnieje możliwość dochodzenia praw w pełnym zakresie przed sądem, który orzeka *in merito*, w szczególności przytaczania faktów i okoliczności, które uważa się za istotne, zgłaszania wniosków dowodowych, kontestowania ustaleń Prezesa UOKiK oraz przeprowadzonych przez niego dowodów. W postępowaniu sądowym przed SOKiK, które jest postępowaniem kontradiktoryjnym, uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym; można w nim również zgłaszać nowe twierdzenia faktyczne i nowe dowody według zasad obowiązujących w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych³⁵.

Sąd okręgowy rozpoznający odwołanie w tej sprawie³⁶ oddalił jednak wnioski o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu psychologii, zachowań konsumenckich, marketingu oraz telekomunikacji na okoliczność, że konsumenci na rynku usług telekomunikacyjnych są przyzwyczajeni, iż główny przekaz reklamy nie zawiera pełnej informacji oraz stosowane są znacznie mniejsze tzw. legale, w których znajduje się taka informacja lub zawarte są odesłania do innego miejsca, w którym się ona znajduje (np. oznaczenie regulaminu promocji)³⁷. W ocenie sądu pierwszej instancji dowody te były irrelewantne dla zasadniczego problemu sprawy – dotyczyły zakresu informacyjnego, nie zaś zarzutu stosowania reklamy wprowadza-

³⁵ Por. wyroki SN: z 19.10.2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011/9–10, poz. 144; z 3.10.2013 r., III SK 67/12, LEX nr 1463676.

³⁶ Zob. wyrok SOKiK z 7.08.2019 r., XVII AmA 21/17, LEX nr 2785811.

³⁷ W „legalach” znajdują się informacje uzupełniające główny przekaz reklamy. Zdaniem powoda w tej sprawie samo umieszczenie „legala” (nawet bez zapoznania się konsumenta z jego treścią) jest sygnałem dla konsumenta, że nie wszystkie istotne informacje o ofercie znajdują się w głównym przekazie reklamy i należy je ustalić w innym źródle. Umieszczenie wszystkich istotnych cech oferty w reklamie skutkowałoby nieczytelnością oferty. Powód zmierzał w tym wniosku dowodowym do ustalenia cech modelowego konsumenta usług telekomunikacyjnych, w szczególności korzystającego z ofert długoterminowych, i zwyczajów zakupowych polskich konsumentów w okresie świątecznym, w tym procesu podejmowania decyzji zakupowych w takim okresie.

jącej w błąd. Zdaniem sądu skrótność przekazu reklamowego wynikająca z uwarunkowań formy reklamy nie legitymizowała działania wprowadzającego w błąd. Sąd apelacyjny³⁸ zgodził się z tym stanowiskiem i ocenił jako prawidłowe ustalenia faktyczne oraz wyprowadzone ze zgromadzonego materiału dowodowego wnioski prawne. Również zdaniem sądu apelacyjnego wnioski dowodowe w postaci opinii biegłych psychologów nie dotyczyły faktów istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

W przekonaniu sądu wnioski dowodowe, które zmierzały do ustalenia charakterystyki konsumentów na rynku usług telekomunikacyjnych, nie były zasadne z uwagi na ukształtowaną w orzecznictwie metodologię oceny oddziaływania na konsumentów przekazów marketingowych, opartą na normatywnym modelu przeciętnego konsumenta, którego cechy ustalane są przez prawodawcę³⁹. Choć trudno zaprzeczyć trafności rozstrzygnięcia o wprowadzającym w błąd charakterze tej konkretnej reklamy, bardziej pożądane byłoby szersze objaśnienie powodów, dla których motyw normatywny zdominował potrzebę poznania realiów rynku i percepcji reklam tego typu. W kontekście rozstrzygnięć opisywanych w dalszej części (zob. pkt 7), w których istotną rolę odegrały badania empiryczne, postulat większej przejrzystości w wyjaśnianiu powodów, dla których w konkretnej sprawie sąd (organ) zdecydował się pominąć dowody empiryczne w ocenach normatywnych, wydaje się uzasadniony. Usunęłoby to wrażenie pewnej uznaniowości i nieprzewidywalności w korzystaniu z dowodów tego typu w ocenach prawnych.

5. Przeciętny konsument – perspektywa normatywna

Europejskie prawo nieuczciwej konkurencji, którego zręby zawarte są w dyrektywie 2006/114/WE i dyrektywie 2005/29/WE, bazuje na pryncypiach neoklasycznej ekonomii opartej na zasadzie wolnej konkurencji oraz na założeniu, że *homo oeconomicus* podejmuje racjonalne decyzje, mając do dyspozycji odpowiednie informacje, maksymalizując użyteczność, dążąc do osiągnięcia dobrobytu i realizując własne interesy⁴⁰. Model normatywny przeciętnego konsumenta ucieleśnia szereg założeń na temat racjonalności decyzji konsumenckich⁴¹. Model przyjęty w unijnym prawie reklamy opiera się na pewnej dozie oczekiwań co do standardu staranności i kompetencji konsumenta w poruszaniu się po współczesnym rynku. Cechy konsumenta przeciętnego

³⁸ Zob. wyrok SA w Warszawie z 31.12.2020 r., VII AGa 889/19, LEX nr 3230565.

³⁹ Wyrok SA w Warszawie z 31.12.2020 r., VII AGa 889/19, LEX nr 3230565.

⁴⁰ Teoria racjonalnego wyboru zakłada, że przy podejmowaniu decyzji jednostki (konsumentów) biorą pod uwagę wszystkie dostępne informacje oraz podejmują korzystne dla siebie i powtarzalne w czasie decyzje.

⁴¹ J.-U. Franck, K.P. Purnhagen, *Homo Economicus, Behavioural Sciences, and Economic Regulation: On the Concept of Man in Internal Market Regulation and Its Normative Basis* [w:] *Law and Economics in Europe*, red. M. Klaus, Springer 2014, s. 329–365.

(odpowiednio poinformowany, uważny, ostrożny) ilustrują związek z teorią świadomej decyzji i paradygmatem informacyjnym. Model przeciętnego konsumenta ucieleśnia raczej prognozę tego, jak powinien funkcjonować rynek w Unii Europejskiej, by zapewnić dobrostan jej obywateli, niż diagnozę opartą na badaniach i analizach empirycznych.

Kwestia dowodów empirycznych jako narzędzia pomocnego w ustaleniu wprowadzającego w błąd charakteru wypowiedzi promocyjnych była przedmiotem rozważań Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Gut Springenheide⁴². Jeszcze przed wydaniem tego wyroku Trybunał zwykł brać pod uwagę w swoich rozstrzygnięciach „domniemane oczekiwania przeciętnego konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany oraz dostatecznie uważny i ostrożny, bez zamawiania ekspertyzy lub zlecania badań konsumenckich”⁴³. To konsekwentnie utrwalane w kolejnych wyrokach stanowisko Trybunału było odpowiedzią na empiryczne podejście niektórych sądów krajowych, które opierały swoje rozstrzygnięcia na badaniach opinii publicznej i przyjmowały sztywne i niezbyt wysokie progi procentowe, których osiągnięcie skutkowało stwierdzeniem ryzyka wprowadzenia w błąd⁴⁴.

Trybunał Sprawiedliwości odrzucił kwotowe podejście do problemów prawnych z wykorzystaniem czysto empirycznych (statystycznych) testów konfuzji konsumenckiej. W kontekście wspólnego rynku podejście empiryczne zostało uznane za przejaw protekcjonizmu wobec konsumentów krajowych i niektórych rynków geograficznych, co stanowiło poważne zagrożenie dla realizacji celów polityki wspólnotowej. Założone cechy przeciętnego konsumenta były dla Trybunału narzędziem gwarantującym, że krajowe standardy uczciwości handlowej nie podważą wysiłków Unii Europejskiej na rzecz integracji gospodarczej oraz realizacji celu, jakim jest rynek wewnętrzny. Trybunał Sprawiedliwości konsekwentnie unikał wiązania się progami procentowymi i automatyzmem wynikającym z ich stosowania. Zapewnienie wolnej konkurencji w Unii Europejskiej wymusiło pewien stopień tolerancji dla pomyłek konsumenckich, a empirycznie udowodnione przypadki konfuzji były niejednokrotnie ignorowane w imię wyższych celów. Model przeciętnego konsumenta umożliwił zachowanie równowagi między swobodnym przepływem a polityką wewnętrzną państw członkowskich. Test proporcjonalności, skoncentrowany na adekwatności środka ograniczającego handel w Unii Europejskiej do realizacji wyznaczonych ce-

⁴² Wyrok TS z 16.07.1998 r., C-210/96, Gut Springenheide i Tusky v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt, EU:C:1998:369.

⁴³ Zob. wyroki TS: z 7.03.1990 r., C-362/88, GB-INNO-BM v. Confédération du Commerce Luxembourgeois, EU:C:1990:102; z 13.12.1990 r., C-238/89, Pall v. Dahlhausen, EU:C:1990:473; z 18.05.1993 r., C-126/91, Schutzverband gegen Unwesen i.d. Wirtschaft v. Rocher, EU:C:1993:191; z 2.02.1994 r., C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb v. Clinique Laboratories i Estée Lauder, EU:C:1994:34; z 29.06.1995 r., C-456/93, Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs v. Langguth, EU:C:1995:206; z 6.07.1995 r., C-470/93, Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln v. Mars, EU:C:1995:224.

⁴⁴ Przez lata 10–15% wprowadzonych w błąd konsumentów wystarczyło do stwierdzenia wprowadzającego w błąd charakteru reklamy w Niemczech.

łów, pozwolił wyeliminować środki krajowe nadmiernie restrykcyjne w przypadkach, gdy cele te mogły być osiągnięte za pomocą narzędzi mniej inwazyjnych (np. odpowiedniej informacji zamiast zakazu handlu orzeczanego w konkretnym przypadku).

Propagowany przez Trybunał Sprawiedliwości model normatywny przeciętnego konsumenta i imperatyw wspólnego rynku spowodowały, że najnowsza wiedza o zachowaniach konsumenckich z trudem przenikała do rozstrzygnięć prawnych⁴⁵. W sprawie Gut Spingenheide Trybunał poczynił jednak pewne ustępstwo na rzecz ustaleń empirycznych, przyjmując, że „przynajmniej w pewnych okolicznościach sąd krajowy może zdecydować, zgodnie z własnym prawem krajowym, o zamówieniu opinii biegłego lub zleceniu przeprowadzenia badania konsumenckiego w celu wyjaśnienia, czy opis lub stwierdzenie o charakterze promocyjnym wprowadza w błąd, czy też nie”⁴⁶. To *dictum* jest uważane za akceptację uwzględnienia dowodów empirycznych w ocenie wprowadzającego w błąd charakteru przekazu handlowego bez zmiany normatywnego zabarwienia konstrukcji prawnej przeciętnego konsumenta. W sprawie Gut Springenheide Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że dowody empiryczne nie są wykluczone, ale nie powinny być rutynowym, standardowym i jedynym sposobem ustalania ryzyka wprowadzenia w błąd⁴⁷. Dyrektywa 2005/29/WE potwierdza w motywie 18, że przeciętny konsument nie jest testem statystycznym, co oznacza, iż dowody empiryczne mogą być dostarczane, ale same w sobie nie przesadzają o wprowadzającym w błąd charakterze praktyki handlowej. Ponieważ kwestie proceduralne pozostawiono w gestii prawa krajowego (art. 11 dyrektywy 2005/29/WE), nadal widoczne są rozbieżności pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej co do roli tego rodzaju dowodów w rozstrzygnięciach prawnych.

6. Przeciętny konsument – perspektywa behawioralna

Przez wiele lat, próbując wyjaśniać zachowania konsumentów, sięgano przede wszystkim do klasycznych koncepcji ekonomicznych zakładających, że człowiek jest świadomy motywów własnych wyborów, podejmuje decyzje racjonalnie, ważąc zyski, które może osiągnąć, i straty, które może ponieść. Konsekwencją takiego sposobu myślenia o konsumencie były klasyczne modele opisujące kilka etapów procesu podejmowania decyzji lub oddziaływania reklamy. Według jednego z najbardziej znanych modeli podejmowania decyzji konsumenckich, zwanego też modelem EKB⁴⁸, decyzja wyboru i zakupu produktu jest bezpośrednią i logiczną konsekwencją przejścia konsumenta przez pięć etapów: od rozpoznania problemu, przez poszukiwa-

⁴⁵ A.-L. Sibony, *Can EU Consumer Law...*, s. 905.

⁴⁶ Wyrok TS C-210/96, Gut Spingenheide, pkt 35.

⁴⁷ Podobnie w wyroku TS z 13.01.2000 r., C-220/98, Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v. Lancaster Group GmbH, EU:C:2000:8, pkt 30–31.

⁴⁸ Nazwa pochodzi od nazwisk trzech autorów: Engela, Kollata oraz Blackwella, którzy opracowali ten model w 1968 r.

nie informacji o dostępnych opcjach, ocenę tych opcji, decyzję zakupową, do oceny postdecyzyjnej. Model ten zakłada dużą racjonalność podjętej decyzji, będącej konsekwencją świadomych ocen zebranych na drugim i trzecim etapie informacji. Autorzy wprawdzie przyjmują, że czasami konsument może pominąć niektóre etapy, ale tylko w przypadku podejmowania decyzji rutynowych; zakładają również, iż większość decyzji jest podejmowana zgodnie z modelem, a decyzje przebiegające inaczej są raczej wyjątkiem⁴⁹. Podobnie klasyczne modele wyjaśniające działanie reklamy (takie jak model AIDA⁵⁰ lub DAGMAR⁵¹) zakładały, że aby reklama była efektywna, odbiorca musi zaangażować swoje zasoby poznawcze i przejść kolejne etapy, takie jak zwrócenie uwagi na produkt, zrozumienie, co odróżnia go od konkurencji i jakie są korzyści z jego użytkowania, wzbudzenie chęci posiadania go i podjęcie decyzji o jego zakupie⁵².

Opisane powyżej koncepcje bardzo często pojawiały się w popularnych podręcznikach i opracowaniach jako podstawowe modele decyzji konsumenckich. Jednak koncepcje przedstawiane w ostatnich latach w literaturze z obszaru psychologii i ekonomii behawioralnej każą zrewidować założenia o racjonalności wielu decyzji konsumenckich i introspekcyjnym dostępie konsumentów do tych procesów⁵³. Koncepcje te łączy założenie, że przetwarzanie informacji i podejmowanie decyzji to procesy, które mogą zachodzić dwoma różnymi torami. Jeden z nich reprezentuje racjonalność opisywaną w klasycznych koncepcjach ekonomicznych za pomocą modelu człowieka ekonomicznego (*homo oeconomicus*). Ma on charakter dokładnej, głębokiej analizy, w trakcie której człowiek zwraca uwagę na różne aspekty problemu lub na argumenty przekazu (np. reklamy), próbuje je zrozumieć i ocenić. Następnie integruje wszystkie informacje i formułuje sąd na dany temat lub podejmuje decyzję. Ten tor w zależności od koncepcji jest nazywany torem centralnym⁵⁴, przetwarzaniem kontrolowanym⁵⁵ lub systemem 2⁵⁶. Żeby uruchomiony został ten sposób przetwarzania informacji i podejmowania decyzji, muszą być spełnione dwa warunki – człowiek musi mieć motywację, żeby się zaangażować w przetwarzanie informacji, oraz posiadać możliwości poznawcze.

⁴⁹ D.W. Hoyer, D. MacInnis, R. Pieters, *Consumer Behavior*, Boston 2018, s. 150.

⁵⁰ Nazwa jest akronimem angielskich pojęć: *Attention, Interest, Desire, Action*. Model został sformułowany w 1925 r. przez E.K. Stronga.

⁵¹ Model marketingowy zaproponowany przez R. Colleya w 1961 r. Nazwa jest akronimem angielskiego wyrażenia *Defining Advertising Goals for Measured Advertising Results*.

⁵² D. Maisson, *Jakościowe metody...*, s. 35.

⁵³ Zob. m.in. *Heuristics: The foundations of adaptive behavior*, red. G. Gigerenzer, R. Hertwig, T. Pachur, Oxford University Press 2011; D. Kahneman, *Thinking fast and slow*, Penguin 2019.

⁵⁴ R. Petty, J. Cacioppo, *Communication and persuasion: central and peripheral routes to attitude change*, New York 1986, s. 48.

⁵⁵ J. Bargh, J.S. Uleman, *Unintended Thought*, New York 1989, s. 69.

⁵⁶ D. Kahneman, *Thinking...*, s. 17.

Jeżeli motywacja lub możliwości są niskie, uruchamia się drugi tor przetwarzania informacji i podejmowania decyzji. Wymaga on dużo mniej wysiłku poznawczego; człowiek koncentruje się w tym przypadku na dostępnych informacjach, które pozwalają mu na skorzystanie z gotowych schematów i prostych reguł wnioskowania (tzw. heurystyk). Pozwalają one na sformułowanie sądów w sposób szybki, automatyczny, bez analizy większości dostępnych danych, często w oparciu o intuicję lub emocje. Ten tor nazywany jest torem peryferycznym⁵⁷, przetwarzaniem automatycznym⁵⁸ lub systemem 1⁵⁹.

Wbrew założeniom klasycznej ekonomii to ten sposób przetwarzania informacji i podejmowania decyzji uruchamiany jest częściej. Dzieje się tak, ponieważ liczba informacji dopływających do ludzkiego umysłu znacznie przekracza możliwości ich przetworzenia, a liczba decyzji – możliwość ich przemyślanego podjęcia. Wiele badań z obszaru zachowań konsumenckich pokazuje, jak działa system 1 w tym kontekście. Konsumenty bardzo często opierają się na heurystykach; formułując oceny produktów, wnioskuje o ich wysokiej jakości na podstawie znanej marki, wysokiej ceny, nawet koloru opakowania. Wybory konsumenckie często nie są też poprzedzone analizą informacji na temat dostępnych opcji ani nawet racjonalnym rozpoznaniem problemu. Przyjmują natomiast formę zakupów impulsywnych, niezaplanowanych i dokonywanych pod wpływem emocji. Istnieje też wiele dowodów świadczących o tym, że konsumenci bardzo często nie są świadomi motywów swoich wyborów i nie zdają sobie sprawy z tego, jak bardzo różne elementy otoczenia marketingowego (np. muzyka w sklepach, elementy opakowania produktów, ich rozmieszczenie na półce) wpływają na ich oceny, decyzje i zachowania. Co więcej, pomimo to konsumenci są przekonani o swojej umiejętności poruszania się po rynku produktów i usług, a także o tym, że w przeciwieństwie do innych konsumentów nie są podatni na oddziaływanie marketingowe⁶⁰. Te odkrycia nauk społecznych (głównie psychologii) mają ogromne znaczenie dla prowadzenia badań empirycznych. Dotarcie do prawdziwych motywów ocen i wyborów konsumentów wymaga często wyjścia poza badania oparte na deklaracyjnych pomiarach (np. sondaże), które zakładają, że człowiek jest świadomy własnych postaw, trafnie je spostrzega i nie ma trudności w ich ujawnianiu.

7. Przeciętny konsument normatywno-empiryczny – przykłady z orzecznictwa

Konsument jako adresat przekazów reklamowych i uczestnik rynku występuje w różnych rolach – jego interesy są przedmiotem ochrony bezpośredniej w regulacjach

⁵⁷ R. Petty, J. Cacioppo, *Communication and persuasion...*, s. 48.

⁵⁸ J. Bargh, J.S. Uleman, *Unintended...*, s. 4.

⁵⁹ D. Kahneman, *Thinking...*, s. 16.

⁶⁰ K. Stasiuk, D. Maison, *Psychologia konsumenta*, Warszawa 2014, s. 141.

zakazujących wprowadzającej w błąd reklamy (dyrektywa 2005/29/WE i ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym) lub refleksowej/pośredniej (dyrektywa 2006/114/WE i ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Jest on też miarą legalności tych przekazów, co powoduje, że właściwa identyfikacja przeciętnego konsumenta z góry skazana jest na błędzenie między normatywizmem i empiryzmem⁶¹.

Lepsze rozumienie zachowań konsumenckich, możliwe dzięki osiągnięciom nauk społecznych – głównie psychologii i ekonomii behawioralnej, powoduje, że zasadne są próby rozważnego uwzględniania tej wiedzy w ocenach prawnych dotyczących nieuczciwości praktyk rynkowych. W literaturze obrazowo wskazuje się, że model przeciętnego konsumenta, w szczególności zaś konsumenta podatnego na pewne praktyki, jest „porowaty” (ang. *porous to insights from psychology*)⁶² – mieści w sobie przestrzeń na uwzględnianie najnowszej wiedzy o zachowaniach konsumenta⁶³. Z jednej strony ma on silne osadzenie normatywne, z drugiej jednak umożliwia przenikanie wiedzy psychologicznej o zachowaniach konsumenckich. Zarówno przepisy (art. 6 i 7 dyrektywy 2005/29/WE), jak i Wytyczne 2021⁶⁴ otwierają oceny prawne na czynniki zewnętrzne wobec treści przekazu marketingowego, które mają wpływ na zachowanie konsumenta.

Wytyczne *explicite* odwołują się do osiągnięć dziedzin pozaprawnych w pkt 2.8: „Wyniki analiz z dziedziny ekonomii behawioralnej wskazują, że nie tylko treści udostępnianych informacji, ale także sposób prezentacji informacji mogą mieć znaczący wpływ na to, jak konsumenci na nie reagują. Z tego powodu art. 6 [dyrektywy 2005/29 – przyp. aut.] wyraźnie dotyczy sytuacji, w których praktyki handlowe mogą prawdopodobnie wprowadzać w błąd konsumentów «w jakimkolwiek sposób, w tym poprzez wszystkie okoliczności prezentacji [informacji przyp. aut.],» «nawet jeżeli informacje te są zgodne z rzeczywistością». Do krajowych sądów i organów administracji należy ocena, czy dana praktyka handlowa ma wprowadzający w błąd charakter, przez uwzględnienie ostatnich wyników badań z dziedziny ekonomii behawioralnej. Na przykład korzystanie z ustawień domyślnych (wybory, jakich zgodnie z przyjętymi założeniami konsumenci najpewniej dokonają, chyba że wyraźnie wskażą inaczej) lub przekazywanie w sposób niepotrzebny skomplikowanych informacji może być uznawane za wprowadzający w błąd”.

⁶¹ G. Dinwoodie, D. Gangjee, *The Image of the Consumer...*, s. 339.

⁶² A.-L. Sibony, *Can EU Consumer Law...*, s. 922.

⁶³ F. Esposito, *Conceptual Foundations for a European Consumer Law and Behavioural Sciences* [w:] *Research Methods in Consumer Law*, red. H.-W. Micklitz, A.-L. Sibony, F. Esposito, Cheltenham–Northampton 2018, s. 41; C. Poncibò, R. Incardona, *The average consumer...*, s. 30; J. Trzaskowski, *Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practices Directive*, „Journal of Consumer Policy” 2011/34, vol. 34, s. 377.

⁶⁴ Zob. przypis 4.

Mimo otwartości samego modelu normatywnego i zachęt do uwzględniania osiągnięć nauk empirycznych w indywidualnych rozstrzygnięciach rzadko można odnaleźć wyraźne odwołanie do tego rodzaju wiedzy i badań pozaprawnych. W wyrokach Trybunału Sprawiedliwości dotyczących reklamy wprowadzającej w błąd jest to z proceduralnych względów niemożliwe lub bardzo utrudnione⁶⁵, ale poniżej przedstawiona sprawa odbierana jest jako zielone światło dla perspektywy poszerzonej o wiedzę pozaprawną. W sprawie Teekanne⁶⁶ powód (niemiecka organizacyjna konsumencka BVV) zarzucił producentowi herbaty owocowej Teekanne, sprzedawanej pod nazwą „Felix malinowo-waniliowa przygoda” w opakowaniu z ilustracjami malin i kwiatów wanilii oraz oznaczeniem „herbata owocowa z naturalnymi aromatami”, wprowadzanie konsumenta w błąd co do składu tej herbaty. Herbata nie zawierała bowiem żadnego składnika przedstawionego graficznie na opakowaniu ani aromatu wanilii lub maliny, a jedynie aromaty, które nie zostały uzyskane z wanilii i maliny, lecz miały ich smak. W wykazie składników, sporządzonym mniejszą czcionką i zamieszczonym na jednej ze ścian opakowania, znalazły się: hibiskus, jabłko, liście jeżyny słodkiej, skórka pomarańczy, dzika róża, aromat naturalny o smaku wanilii, skórka cytryny, aromat naturalny o smaku maliny, jeżyna, truskawka, borówka czarna, dziki bez. Werbalny przekaz informował więc, że herbata ta zawiera naturalne aromaty o smaku wanilii i o smaku maliny, a w konsekwencji herbata nie zawiera naturalnych składników uzyskanych z wanilii lub maliny ani aromatu z nich uzyskanego.

W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał przyjmował, że prawdziwa i wyczerpująca informacja podana na opakowaniu, np. w wykazie składników, jest wystarczająca do wykluczenia ryzyka wprowadzenia konsumenta w błąd, nawet jeśli wygląd produktu może być dla niego mylący⁶⁷. W sprawie Teekanne Trybunał przyjął jednak, że etykietowanie środka spożywczego oraz sposób, w jaki zostało ono wykonane, mogą sugerować, poprzez wygląd, opis lub graficzne przedstawienie określonego składnika, obecność tego składnika w promowanym środku spożywczym, podczas gdy w rzeczywistości składnik ten w nim nie występuje, a jego brak można wywieść wyłącznie z wykazu składników zamieszczonego na opakowaniu owego środka. Trybunał wskazał, że „wykaz składników – nawet zawierający prawdziwe i wyczerpujące informacje – może w niektórych sytuacjach nie mieć mocy skorygowania w dosta-

⁶⁵ Zob. jednak art. 25 Statutu Trybunału Sprawiedliwości UE Protokół (nr 3) w sprawie Statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 210), który dopuszcza korzystanie z opinii ekspertów. Na ten temat obszernie E. Barbier de La Serre, A.-L. Sibony, *Expert evidence before the EC courts*, „Common Market Law Review” 2008/45 (4), s. 941–985.

⁶⁶ Wyrok TS z 4.06.2015 r., C-195/14, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. v. Teekanne GmbH & Co. KG, EU:C:2015:361.

⁶⁷ Począwszy od wyroku TS z 20.02.1979 r., C-120/78, Rewe v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, EU:C:1979:42, pkt 13. Zob. też późniejsze wyroki TS: z 26.06.1980 r., C-788/79, Gilli, EU:C:1980:171, pkt 7; z 9.12.1981 r., C-193/80, Komisja v. Włochy, EU:C:1981:298, pkt 27; z 14.07.1988 r., C-407/85, 3 Glocken i in. v. USL Centro-Sud i in., EU:C:1988:401, pkt 22; z 13.03.1984 r., C-16/83, Prantl, EU:C:1984:101, pkt 26, i wiele innych.

tecznym stopniu mylnego lub niejednoznacznego wrażenia w odniesieniu do cech środka spożywczego, jakie na konsumencie wywarły pozostałe elementy składające się na etykietowanie tego środka”⁶⁸.

W celu ustalenia, czy przeciętny, odpowiednio poinformowany oraz dostatecznie uważny i rozsądny konsument może zostać wprowadzony w błąd co do obecności w składzie tej herbaty maliny i kwiatów wanilii lub aromatów uzyskanych z tych składników, sąd krajowy powinien dokonać ogólnej analizy poszczególnych elementów składających się na etykietowanie herbaty owocowej, zwłaszcza wziąć pod uwagę użyte wyrażenia i obrazy oraz rozmieszczenie, wielkość, kolor, czcionkę, język, składnię i interpunkcję poszczególnych elementów umieszczonych na opakowaniu herbaty owocowej⁶⁹. Wyrok ten jest odczytywany jako sygnał, że Trybunał Sprawiedliwości dostrzega dużo większe znaczenie informacji wizualnej i całościowego postrzegania we współczesnej komunikacji rynkowej i w konkretnym przypadku przyznaje prymat obrazu nad tekstem jako bardziej skutecznej metody przyciągnięcia uwagi konsumenta. Pokazuje to, że przy ocenie ryzyka wprowadzenia w błąd znaczenie ma nie tyle zapewnienie dostępu do prawdziwej informacji, ile całościowy kontekst i stopień konsumenckiej uwagi. Dotychczasowy paradygmat informacyjny, bazujący na przekonaniu, że odpowiednia informacja dostatecznie chroni konsumenta, został poddany korekcie. Stanowisko Trybunału Sprawiedliwości w tej sprawie interpretowane jest jako mniej normatywne i bardziej otwarte na realia rynku⁷⁰.

Spraw cywilnych dotyczących nieuczciwych praktyk rynkowych wszczynanych z powodztwa konsumentów jest znikoma liczba. Tym bardziej trudno wyobrazić sobie zlecenie w takich sprawach kosztownych dowodów w postaci opinii biegłych lub instytutów badawczych opartych na badaniach empirycznych. Jedynie w sporach między przedsiębiorcami o zakazanie czynów nieuczciwej konkurencji w postaci reklamy wprowadzającej w błąd dopuszczanie tego typu dowodów jest częściej praktykowane. Pobieżny przegląd decyzji Prezesa UOKiK w sprawie wprowadzających w błąd praktyk rynkowych naruszających zbiorowe interesy konsumentów pokazuje nieco większy stopień zaangażowania wiedzy behawioralnej i badań empirycznych w poszczególne rozstrzygnięcia.

Odwołanie do badań empirycznych może odbyć się na poziomie bardziej ogólnym, oderwanym od okoliczności indywidualnego sporu i służyć lepszemu zrozumieniu postrzegania i zachowań konsumenckich. Przykładowo w decyzji Prezesa UOKiK RGD – 7/2019 z 20.11.2019 r.⁷¹ uwzględniono badania nad postrzeganiem druku

⁶⁸ Wyrok TS C-195/14, Teekanne, pkt 40.

⁶⁹ Wyrok TS C-195/14, Teekanne, pkt 42–43.

⁷⁰ Tak H. Schebesta, K.P. Purnhagen, *The Behaviour of the Average Consumer: A Little Less Normativity and a Little More Reality In CJEU's Case Law? Reflections on Teekanne*, „European Law Review” 2016/41, s. 590–598.

⁷¹ Zob. przypis 14 w tej decyzji.

w rozstrzygnięciu o czytelności wzorca umownego (jako kryterium decydującego o jego zrozumiałości). Tego typu użytek z wiedzy behawioralnej wydaje się niezwykle pożądanym. Na podstawie uogólnionych wyników badań empirycznych, opisanych i usystematyzowanych w literaturze z dziedziny psychologii zachowań konsumentów na potrzeby konkretnego rozstrzygnięcia mogą być przyjmowane domniemania dotyczące skutków pewnych działań na zachowania konsumentów, które można wzruszyć dowodem przeciwnym⁷². Żeby tego typu użytek był możliwy, potrzebne jest upowszechnianie najnowszej wiedzy na temat zachowań konsumentów wśród podmiotów, które rozstrzygają tego typu przypadki w praktyce, tj. sędziów i organów administracji (np. w formie szkoleń, badań, raportów).

W decyzjach dotyczących praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów badania empiryczne są rzadko zlecane przez Prezesa UOKiK w celu poznania oddziaływania konkretnej spornej praktyki na zachowania konsumentów. Wyjątkowe na tym tle są dwie decyzje dotyczące suplementów diety: decyzja Prezesa UOKiK DOIK-5/2017 z 12.10.2017 r. (RenoPuren Zatoki HOT i Junior) i decyzja RBG – 10/2017 z 29.12.2017 r. (Magmisie). Obie dotyczyły bardzo intensywnie rozwijającego się w Polsce rynku reklam suplementów diety, poddanego jedynie ograniczonemu i mało efektywnemu nadzorowi prawnemu, a wywierającego duży (często negatywny) wpływ na zdrowie publiczne⁷³. Wydaje się, że wszystkie te okoliczności spowodowały, iż Prezes UOKiK zdecydował się zlecić w obu sprawach dowód z badania socjologicznego. Szczególny rynek oraz szczególna grupa konsumentów podatnych i wrażliwych (ang. *vulnerable*) spowodowały, że Prezes zdecydował się rozpoznać z pomocą badań empirycznych postrzeganie przez konsumentów reklam szczególnej grupy produktów (suplementów diety). W wielu innych sprawach, które dotyczą rynków produktów dobrze znanych oraz szerokiego grona konsumentów, badania takie nie są zlecane⁷⁴.

W obu decyzjach przyjęto, że reklamy suplementów diety skierowane były do szczególnie wrażliwej grupy konsumentów – osób zainteresowanych nabyciem produktów, które pomogą im (lub ich dzieciom) w dolegliwościach zdrowotnych związanych z zatokami lub w rozwiązywaniu problemów z aktywnością fizyczną, koncentracją, rozdrażnieniem. Praktyki te powinny być zatem oceniane pod kątem możliwości wprowadzenia w błąd takiego właśnie konsumenta (podatnego na sugestie i mniej krytycznego). Być może i ten czynnik spowodował, że wiedzę dotyczącą percepcji i zachowań tej grupy zdecydowano się pozyskać z pomocą dowodów empirycznych.

⁷² Użytek z wiedzy behawioralnej w formie domniemań proponuje A.-L. Sibony, *Can EU Consumer Law...*, s. 939.

⁷³ Zob. analizę rynku i występujących na nim ryzyk dla zbiorowych interesów konsumentów w decyzji DOIK-5/2017 (RenoPuren Zatoki HOT i Junior), s. 28–30.

⁷⁴ Zob. opisaną wyżej decyzję Prezesa UOKiK RKR 14/2016 z 30.12.2016 r. w sprawie reklamy „Power LTE bez limitu danych/ Poczuć moc braku limitów danych przez całą umowę”.

Przeprowadzone na zlecenie UOKiK badania ilościowe na temat wpływu spotów reklamowych na postrzeganie i rozumienie roli suplementu diety przez konsumentów potwierdziły, że znaczna część badanych konsumentów myśli, iż suplementy diety mają właściwości lecznicze⁷⁵. Z przeprowadzonych badań wynika, że przeciętny konsument nie dostrzega różnicy między suplementami diety a produktami medycznymi⁷⁶, nie ma dostatecznego rozeznania co do rzeczywistych właściwości suplementów diety, nie ma także wystarczającego poziomu wiedzy na temat różnic między produktami leczniczymi dostępnymi bez recepty a suplementami będącymi w rzeczywistości środkami spożywczymi. Co więcej, większość osób oglądających reklamę suplementów RenoPurenHot była przekonana, że osoba, która w nich występuje, jest lekarzem.

W toku postępowania podważana była dopuszczalność opierania ocen prawnych w kwestii wprowadzającego w błąd charakteru praktyk rynkowych na badaniach statystycznych. Kwestionowane były również poprawność metodologiczna i dobór próby badawczej, sposób interpretacji wyników, obiektywizm i wiarygodność badania⁷⁷. W celu podważenia prawidłowości metodologii badań zadawano bardzo szczegółowe pytania oraz przygotowano ekspertyzy na temat uchybień metodologicznych⁷⁸.

W sprawie tej widać dobitnie, że dopuszczenie dowodów empirycznych oznacza często otwarcie puszek Pandory – rozpoczyna niekończące się dyskusje nad prawidłowością metodologii, co naturalnie przedłuża postępowanie i generuje koszty. Odpierając wszystkie zarzuty dotyczące jakości i przydatności przeprowadzonych badań socjologicznych, Prezes UOKiK wyraźnie zaznaczył w decyzji, że badania przeprowadzone przez ośrodek badawczy o wieloletnim doświadczeniu i renomie miały charakter pomocniczy w samodzielnie przeprowadzonej ocenie prawnej – stanowiły istotny materiał dowodowy uzupełniający ocenę dokonaną przez Prezesa UOKiK. Wyniki przeprowadzonych badań wsparły wnioski o wprowadzającym w błąd charakterze reklam suplementów diety co do cech reklamowanego produktu, jego przydatności, możliwości i spodziewanych wyników zastosowania produktu oraz korzyści związanych z produktem poprzez sugerowanie i stwarzanie wrażenia, że produkt ten po-

⁷⁵ Badania socjologiczne o charakterze pomocniczym, wspierające ocenę prawną Prezesa UOKiK – s. 41 decyzji DOIK-5/2017 (RenoPuren Zatoki HOT i Junior).

⁷⁶ 64% osób uczestniczących w badaniu zdecydowanie zgadza się lub raczej zgadza się z tezą, że: „Suplementy diety mają działanie lecznicze, ale można je zażywać bez konsultacji z lekarzem”. Co więcej aż 53% osób uczestniczących w badaniu zdecydowanie zgadza się lub raczej zgadza się z tezą, że: „Suplement diety to inna nazwa na lek bez recepty”. Niemal połowa respondentów (ok. 44% ogółu badanych, 45% badanych rodziców) pod wpływem wyemitowanego spotu reklamowego przyjęła, iż przyczyną złego samopoczucia chłopca z reklamy jest właśnie brak magnezu.

⁷⁷ Zob. s. 41–47 decyzji DOIK-5/2017 (RenoPuren Zatoki HOT i Junior).

⁷⁸ Ośrodek badawczy, którego opinia była kwestionowana w tej sprawie, wskazał na brak fundamentalnej wiedzy w zakresie jakości i standardów badań rynkowych prezentowany przez pełnomocników przedsiębiorcy, któremu zarzucano nieuczciwą praktykę, co uniemożliwiało merytoryczną polemikę z formułowanymi wobec opinii zarzutami. Popularyzacja wiedzy na temat metodologii badań empirycznych prowadzonych na potrzeby sporów prawnych powinna więc objąć również tę grupę.

siada właściwości lecznicze, co mogło powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął. W ocenie Prezesa UOKiK przeciętny konsument, do którego kierowane były kwestionowane w niniejszym postępowaniu filmy reklamowe, nie ma dostatecznego rozeznania co do rzeczywistych właściwości suplementów diety, nie ma także wystarczającego poziomu wiedzy na temat różnic między produktami leczniczymi dostępnymi bez recepty a suplementami diety, będącymi w rzeczywistości środkami spożywczymi. Przekaz reklamowy mógł zatem bezpośrednio wpłynąć na podjęcie przez konsumentów decyzji o nabyciu suplementu diety, której nie podjęliby, gdyby rozpowszechniane przekazy zawierały informacje rzetelne i zgodne z prawdą.

We wcześniejszej decyzji z 2.05.2013 r., DDK-2/2013 (Samsung), dotyczącej reklamy odbiorników telewizyjnych naśladującej informacyjną kampanię społeczną na temat cyfryzacji telewizji naziemnej w Polsce, Prezes UOKiK nie uwzględnił jednak badań empirycznych przeprowadzonych przez (ten sam) niezależny ośrodek badawczy na zlecenie przedsiębiorcy, któremu zarzucano nieuczciwą praktykę rynkową. W reklamie odbiorników telewizyjnych firmy Samsung wykorzystano postaci i motywy z rządowej kampanii informacyjnej, co zdaniem Prezesa UOKiK przesądziło, że wprowadzała w błąd co do jej charakteru.

Przedsiębiorca, któremu zarzucano nieuczciwą praktykę rynkową, zaprezentował – w oparciu o badania empiryczne rynku⁷⁹ – specyfikę procesu decyzyjnego konsumenta. Wskazał, że na decyzję o zakupie odbiornika telewizyjnego, która jest długotrwałym i przemyślanym procesem, wpływają informacje z różnych źródeł, a reklama telewizyjna nie należy do najistotniejszych⁸⁰. Dodatkowo przedsiębiorca zlecił ośrodkowi badawczemu przeprowadzenie badania na temat postrzegania reklamy przez konsumentów⁸¹. Wyniki przeprowadzonych badań pokazały, że przeciętnemu konsu-

⁷⁹ Międzynarodowe badania konsumenckie BAS realizowane przez Samsung dwa razy do roku w dużych miastach, mających na celu monitoring podstawowych czynników wpływających na zakup – marki, wizerunku, źródeł informacji i czynników decyzyjnych – i przedstawiających stopień istotności, jaki konsumenci przypisują poszczególnym źródłom informacji o telewizorach. Zob. s. 6–7 decyzji DDK-2/2013 (Samsung).

⁸⁰ Zgodnie z wynikami badań Consumer Shopping Behaviour Study przeprowadzonych przez Kantar Retail.

⁸¹ Zob. s. 7–8 decyzji DDK-2/2013 (Samsung). Badaniem TNS objęto reprezentatywną grupę 800 osób w wieku 15 lat lub więcej (określanych w decyzji mianem przeciętnych konsumentów) oraz dodatkową grupę 300 osób w wieku 50 lat lub więcej (osoby starsze). Wyniki badania TNS przedstawiono osobno dla obu powyższych grup. W przekonaniu przedsiębiorcy zastosowana metoda badawcza (tj. metoda CAPI) oraz fakt przeprowadzenia badania na stosunkowo dużej grupie respondentów (znacznie większej niż w wypadku innych badań opinii konsumentów) pozwalały polegać na jego wynikach. Większość respondentów – 61% przeciętnych konsumentów i 58% osób starszych – uznała, że przedmiotem reklamy jest telewizor. 90% wszystkich przeciętnych konsumentów i 88% osób starszych nie skojarzyło postaci występujących w reklamie z jakąkolwiek firmą lub instytucją. Z przytoczonych w decyzji wyników badań wynika, że żaden z grupy tzw. przeciętnych konsumentów nie skojarzył aktorów występujących w reklamie z ministerstwem/rządem, a 1,52% z nich skojarzyło ich z kampanią informacyjną dotyczącą procesu cyfryzacji, jedynie niewielka liczba osób starszych skojarzyła ich z ministerstwem/rządem (0,67%) lub

mentowi nie utkwiła w pamięci kampania społeczna; tym mniej prawdopodobne jest, aby konsumenci skojarzyli reklamę z kampanią informacyjną ministerstwa dotyczącą procesu cyfryzacji telewizji naziemnej. Przedsiębiorca twierdził, że nawet w przypadku zastosowania w reklamie elementów, które przypominają kampanię społeczną, nie jest możliwe, aby reklama wprowadzała przeciętnego konsumenta w błąd przez wykorzystanie autorytetu ministerstwa lub sugerowanie przeciętnemu konsumentowi, że stanowi ona element kampanii informacyjnej ministerstwa dotyczącej procesu cyfryzacji telewizji naziemnej. Dodatkowo w reklamie wyraźnie widoczne było logo przedsiębiorcy oraz emitowana była ona w innych blokach niż kampania społeczna.

Reklama kierowana była do szerokiego kręgu odbiorców. Jednakże w przekonaniu Prezesa UOKiK praktyka ta generowała niebezpieczeństwo wprowadzenia w błąd osób starszych, zagrożonych wykluczeniem cyfrowym, które charakteryzują się zwykle wysokim poziomem zaufania oraz łatwowiernością wobec przekazów reklamowych. Osoby te, zdaniem Prezesa, z reguły nie orientują się w mechanizmach rynkowych dotyczących reklamy, często nie są w stanie odróżnić przekazu o charakterze komercyjnym od przekazu pochodzącego od instytucji publicznych (nie odróżniają bloków reklamowych od bloków przeznaczonych na ogłoszenia społeczne).

Prezes UOKiK ocenił badania konsumenckie przeprowadzone na zlecenie przedsiębiorcy, któremu zarzuca się nieuczciwe praktyki rynkowe, jako całkowicie nieprzydatne do oceny niniejszej sprawy. Podobnie nie miały jego zdaniem żadnego znaczenia w przedmiotowej sprawie przywołane w pismach spółki badania samego Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji przedstawiające wyniki rozpoznawalności poszczególnych reklam społecznych ministerstwa składających się na kampanię informacyjną ministerstwa. Zdaniem Prezesa UOKiK kampania spółki Samsung mogła wprowadzić odbiorcę w błąd co do jej charakteru oraz wywołać przekonanie o przewadze telewizorów Samsung nad produktami innych przedsiębiorców przez sugerowanie związków produktów Samsung z Ministerstwem Administracji i Cyfryzacji.

Łaskawszym okiem na celowość przeprowadzania badań empirycznych w tego typu sprawach popatrzył w tej sprawie dopiero sąd apelacyjny, który uchylił decyzję Prezesa UOKiK⁸². Sąd apelacyjny odwołał się do wyników badań empirycznych prowa-

kampanią informacyjną dotyczącą procesu cyfryzacji (1,36%). 86% przeciętnych konsumentów skojarzyło reklamę z marką Samsung. W badaniu zadano również pytanie o główne czynniki decydujące o wyborze przez konsumenta telewizora dowolnej marki oraz telewizora marki Samsung. Kluczowym czynnikiem dla 52% przeciętnych konsumentów i 63% osób starszych była cena telewizora. W przypadku telewizorów Samsung odsetek ten wyniósł 55% przeciętnych konsumentów i 67% osób starszych. W badaniu standardową listę czynników decydujących o wyborze danego telewizora rozszerzono o pozycję „zalecany przez ministerstwo”. Żaden z respondentów nie wskazał tego czynnika jako istotnego przy podejmowaniu decyzji o zakupie telewizora marki Samsung ani telewizora innej marki.

⁸² Wyrok SA z 24.11.2015 r. VI ACa 1725/14, <https://nieuczciwepraktikyrynkowe.pl/wp-content/uploads/2016/01/VI-ACa-1725.14-wyrok-z-uzasadnieniem-Samsung-Babcia-Lodzian-oznaczenia-DJ.pdf> (dostęp: 20.09.2022 r.).

dzonych przez niezależny ośrodek badawczy na zlecenie przedsiębiorcy reklamującego swoje telewizory, według których żaden z respondentów nie wskazał czynnika „zalecany przez ministerstwo” jako istotnego przy podejmowaniu decyzji o zakupie telewizora marki Samsung lub innej⁸³. Sąd apelacyjny, dostrzegając przejęcie charakterystycznych elementów kampanii społecznej w reklamie, nie stwierdził występowania drugiego czynnika oceny normatywnej wprowadzającego w błąd charakteru praktyki, tj. istotnego zniekształcenia tym wprowadzeniem w błąd zachowania konsumenta. Dodatkowo wskazał, że „nawet starsze osoby potrafią odróżnić rządową kampanię informacyjną zapowiadającą wprowadzenie sygnału cyfrowego dla telewizji naziemnej od kampanii reklamowej promującej sprzedaż odbiorników telewizyjnych określonej marki, a przynajmniej w toku postępowania nie wykazano niczego przeciwnego”. Reklama powoda zawierała oznaczenie jego znakiem towarowym, oferowała telewizory tej marki do sprzedaży i nie zawierała żadnych informacji wskazujących na to, że telewizory te są zalecane przez rząd.

W sporze tym duże znaczenie miały więc badania empiryczne, które okazały się istotnym źródłem wiedzy o konsumenckim postrzeganiu. Ich rola może być szczególnie ważna, gdy konsumenckie postrzeganie ewoluuje w czasie. Dotyczy to polskich konsumentów, którzy wraz z nastaniem gospodarki wolnorynkowej musieli odrobić spore zapóźnienia w kontaktach z praktykami marketingowymi⁸⁴. Trudno w takich przypadkach zakładać, że sposób odbierania tych praktyk nie uległ zmianie w ciągu kilkudziesięciu lat obcowania z coraz bardziej wyszukаныmi i wyrafinowanymi praktykami⁸⁵. Sprawa ta pokazuje również istotną rolę ocen normatywnych, które wyznaczają granicę legalności działań wpływających w rozmaity sposób na zachowania konsumenta.

⁸³ Z badań wynikało, że reklama tylko w ok. 8–9% wpływa na decyzje konsumentów odnośnie do zakupu telewizorów.

⁸⁴ Zob. wyrok SOKiK z 8.06.2009 r., XVII Ama 101/08, Dz.Urz. UOKiK 2009/4, poz. 31, w którym przed laty sąd przyjął, że „wyniki badania opinii publicznej przeprowadzone na zlecenie pozwanego świadczą o niskim poziomie wyrobienia przeciętnego polskiego konsumenta. Okres funkcjonowania na krajowym rynku profesjonalnej reklamy to zaledwie kilkanaście lat. W tak krótkim okresie czasu przeciętny polski konsument nie osiągnął jeszcze takiej odporności i dystansu do prezentowanych mu akcji reklamowych, jaki posiada przeciętny konsument europejski, stykający się z emisją reklam praktycznie przez całe życie i dzięki temu bardziej świadomy i racjonalny w ich odbiorze”.

⁸⁵ Ewolucję tę dobrze ilustruje zestawienie z wcześniejszym rozstrzygnięciem w sprawie dotyczącej zaangażowania w reklamie Krystyny Czubówny, odgrywającej w filmach reklamowych Telekomunikacji Polskiej rolę dziennikarza prowadzącego neutralny komercyjnie serwis informacyjny, która była przedmiotem decyzji Prezesa UOKiK z 30.07.2004 r., nr RBG 23/2004, w której wykorzystano również wyniki badań empirycznych postrzegania przekazu reklamowego przez konsumentów. W tej sprawie SOKiK w wyroku z 23.02.2006 r., XVII Ama 118/04, LEX nr 183979, przyjął, iż podstawy oceny, czy reklama ma charakter ukryty, nie może stanowić wzorzec przeciętnego konsumenta wypracowany w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, ponieważ polski konsument nie jest wyrobiony w analogicznym stopniu jak konsumenci innych państw.

8. Wnioski

Osiągnięcia nauk posługujących się metodami empirycznymi w badaniu zachowań ludzkich są uznawane za jeden z najbardziej wpływowych czynników oddziałujących na nauki prawne w XXI w.⁸⁶ Jakielkolwiek wysiłki na rzecz lepszej komunikacji między obydwiema dziedzinami należy jednak poprzedzić wyjaśnieniem podstawowych różnic, które powodują, że nie jest możliwa pełna symbioza prawa i psychologii. Prawnicy i psychologowie myślą inaczej, a ich działania zmierzają do innych celów⁸⁷. Wiele nieporozumień co do właściwego miejsca empirycznie zebranych dowodów i wiedzy psychologicznej wynika z rozmycia fundamentalnych różnic między podejściem empirycznym a normatywnym. Podstawowe pytania studiów prawniczych i dziedzin opartych na badaniach empirycznych, takich jak psychologia i socjologia, są bowiem inne.

Podejście normatywne poszukuje odpowiedzi na pytanie: „Jak powinno być?”. Analiza prawna prowadzi do przyjęcia konkretnego punktu widzenia w kontekście indywidualnych okoliczności, zaś od sędziów oczekuje się ostatecznego rozstrzygnięcia problemu, który oceniają⁸⁸. Prawnik musi zidentyfikować w konkretnym przypadku prawnie doniosłe interesy, wyważyć je, a następnie dokonać wyboru, uwzględniając chronione wartości. Z uwagi na naturę decyzji normatywnych, które muszą uwzględniać więcej czynników niż tylko to, co dostrzega „szkiełko i oko”, jest w nich ograniczone pole dla wiedzy pochodzącej z badań empirycznych⁸⁹. W podejściu empirycznym kluczowa jest odpowiedź na pytanie: „Jak jest?”, w oparciu o zebrane dane i zaobserwowane zachowania. Analiza empiryczna generuje dane, by znaleźć odpowiedź na pytania badawcze, weryfikuje hipotezy, potwierdza lub podważa przyjęte założenia. Nauki empiryczne rozwijają nasze rozumienie świata rzeczywistego przez przeprowadzanie eksperymentów, które często jedynie w przybliżeniu odzwierciedlają warunki panujące w świecie rzeczywistym. Choć nie dostarczają one odpowiedzi na pytanie, jak należy rozstrzygać poszczególne sporne przypadki, to mogą być źródłem cennych podpowiedzi w pracy prawników.

Rozstrzygnięcia prawne nie muszą odzwierciedlać prawdy obiektywnej ustalonej z pomocą narzędzi empirycznych i nie jest właściwe delegowanie rozwiązywania problemów prawnych badaniom empirycznym. Nieprawidłowe byłoby szukanie w ustaleniach empirycznych wyłącznych podstaw do zakazywania pewnych działań. Ewentualne ustalenia empiryczne muszą zostać skonfrontowane z innymi normatywnie doniosłymi czynnikami. Proces ten można określić mianem „korekty norma-

⁸⁶ F. Esposito, *Conceptual Foundations...*, s. 38.

⁸⁷ F. Leeuw, J.J.G. Schmeets, *Empirical Legal Research: A Guidance Book for Lawyers, Legislators and Regulators*, Cheltenham–Northampton 2016, s. 1 i n.

⁸⁸ J.M. Smits, *Law and interdisciplinarity: on the inevitable normativity of legal studies*, „Critical Analysis of Law” 2014/1, s. 81.

⁸⁹ Por. A.-L. Sibony, *Can EU Consumer Law...*, s. 916.

tywnej” wyników badań empirycznych. Obowiązkiem organu rozstrzygającego jest wyjaśnienie w takim przypadku przyczyn, dla których wyniki badań empirycznych w konkretnej sprawie mogą zostać pominięte przez wzgląd na inne ważne interesy lub cele, które muszą zostać osiągnięte.

Psychologia może pomóc prawnikom poznać i zrozumieć różne formy manipulacji i wpływu na zachowania konsumentów, ale nie odpowie na pytanie, które formy wpływu i przez wzgląd na jakie doniosłe prawnie interesy powinny zostać zakazane, a które są prawnie akceptowalne. Dobrze widać to na przykładzie tzw. produktów *look-alike*. Przedsiębiorcy stosują wiele zabiegów, by przyciągnąć uwagę konsumenta (np. kolorystyką, wyglądem opakowania, charakterystyczną tematyką typową dla produktu określonego rodzaju). W praktyce jednak nie wszystkie tego typu działania są zakazywane jako nieuczciwe, gdyż nie wszystkie wprowadzają w błąd lub stanowią czerpanie nieuczciwych korzyści z renomy; przeciwnie – często są naturalne w środowisku wolnej konkurencji oraz bazują na elementach, które są przedmiotem wolnego dostępu⁹⁰.

Badania empiryczne, choć nie mogą być wyłączną bazą indywidualnych rozstrzygnięć, mogą przyczynić się do lepszego zrozumienia świata rzeczywistego. Wyniki badań pomagają zrozumieć, w jaki sposób konsumenci przetwarzają informacje i podejmują decyzje⁹¹. Sędziowie, którzy rozumieją realia rynku i zachowania konsumentów, są bardziej wrażliwi na tę wiedzę w konkretnych spornych przypadkach⁹². Badania zachowań konsumentów mogą odgrywać istotną rolę również na poziomie bardziej ogólnym i abstrakcyjnym (w poznawaniu dynamicznych realiów rynkowych i ustalaniu celów ochrony). Wiedza psychologiczna na temat zachowań konsumentów może być następnie wykorzystywana do tworzenia lepszego prawa i/lub skuteczniejszego jego stosowania; może przyczynić się do pełniejszego wglądu w to, „jak być powinno”.

Wiedzę na temat zachowań ludzkich uwzględnia się w coraz szerszym zakresie na poziomie kształtowania polityki i tworzenia przepisów⁹³. Komisja Europejska publikuje wykaz zamówionych studiów behawioralnych, które mają znaczenie dla kształto-

⁹⁰ Zob. szerzej M. Senftleben, F. van Horen, *The Siren Song of the Subtle Copycat – Revisiting Trademark Law with Insights from Consumer Research*, „The Trademark Reporter” 2021/4, vol. 111, s. 739–777. Autorzy trafnie porównują oddziaływanie produktów *copycat* na konsumentów do śpiewu syren.

⁹¹ F. Esposito, *Conceptual Foundations...*, s. 39.

⁹² Zob. https://ec.europa.eu/info/policies/consumers/consumer-protection-policy/evidence-based-consumer-policy/behavioural-research_enEg. Study based on behavioural experiments on consumer vulnerability in key markets across the European Union (EACH/2013/CP/08), http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/market_studies/vulnerability/index_en.htm (dostęp: 3.08.2022 r.).

⁹³ Zob. obszerny raport na ten temat: J. Sousa Lourenco, E. Ciriolo, S. Rafael Rodrigues Vieira De Almeida, X. Troussard, *Behavioural Insights Applied to Policy – European Report*, Luxemburg 2016, <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC100146> (dostęp: 3.08.2022 r.).

wania polityki ochrony konsumenta⁹⁴. Przykładowo w kontekście reklamy i innych praktyk marketingowych prowadzonej w mediach społecznościowych w 2018 r. został przygotowany raport oparty na badaniach zachowań konsumentów⁹⁵, który następnie stał się podstawą zmian w dyrektywie 2005/29/WE⁹⁶. Wiedza na temat specyfiki zachowań konsumentów przebiega również z nowego wydania Wytycznych na temat interpretacji dyrektywy 2005/29/WE, w szczególności w częściach dotyczących nowych zjawisk na rynku cyfrowym. Wydaje się, że ta ścieżka zastosowania wiedzy behawioralnej na poziomie tworzenia maksymalnych unijnych standardów ma ogromny sens. Wyniki badań zachowań konsumentów mogą mieć szczególne znaczenie przy tworzeniu nowych zakazów *per se* w dyrektywie 2005/29/WE. Obecna czarna lista praktyk zakazanych uwzględnia różne formy wpływu badane i opisywane przez psychologów (zob. np. praktyki nr 7 i 15 zamieszczone w załączniku I do dyrektywy 2005/29, które opisują działania wykorzystujące efekt limitowanej dostępności produktu – ang. *scarcity bias*)⁹⁷.

⁹⁴ Zob. https://ec.europa.eu/info/policies/consumers/consumer-protection-policy/evidence-based-consumer-policy/behavioural-research_en (dostęp: 3.08.2022 r.).

⁹⁵ *Behavioural Study on Advertising and Marketing Practices in Online Social Media*, https://ec.europa.eu/info/publications/behavioural-study-advertising-and-marketing-practices-social-media-0_en (dostęp: 3.08.2022 r.).

⁹⁶ Zob. zmiany wprowadzone dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2161 z 27.11.2019 r. zmieniającą dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, 2005/29/WE oraz 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia unijnych przepisów dotyczących ochrony konsumenta (Dz.Urz. UE L 328, s. 7).

⁹⁷ Tak A.-L. Sibony, *Can EU Consumer Law...*, s. 935 i n., z odwołaniem do różnych psychologicznych mechanizmów wpływu na zachowania ludzkie.

Agnieszka Pyrzyńska

WPŁYW REKLAMY NA TREŚĆ ISTNIEJĄCEGO STOSUNKU ZOBOWIĄZANIOWEGO

1. Wprowadzenie

W obecnym stanie prawnym przyjmuje się, że reklama może oddziaływać na konkretny umowny stosunek zobowiązaniowy¹. Wpływ ten wiąże się z reguły z sytuacją, w której wypowiedź reklamowa jest kierowana do potencjalnego nabywcy przed zawarciem umowy lub w trakcie jej zawierania². Rzadko natomiast podejmuje się rozważania, czy publikacja wypowiedzi reklamowej po nawiązaniu zobowiązania umownego może wpływać na jego treść. Zarówno jednak praktyka obrotu gospodarczego, jak i poszczególne regulacje ustawowe dają podstawę do stwierdzenia, że oddziaływanie takie może mieć miejsce.

W świetle ustaleń nauk ekonomicznych wypowiedź reklamowa może mieć cel informacyjny, nakłaniający, przypominający oraz wzmacniający³. Reklama jako narzędzie komunikacji marketingowej pełni bowiem określone funkcje nie tylko na etapie nakłaniania do nabycia towaru lub usługi (reklama nakłaniająca), lecz także później, stymulując ponowne zakupy (reklama przypominająca) lub utrwalając przekonanie, że zakup był dobrą decyzją (reklama wzmacniająca). Wynika to z faktu, że funkcjonowanie na rynku wiąże się z koniecznością komunikacji marketingowej zarówno z potencjalnymi, jak i obecnymi interesariuszami oraz z opinią publiczną⁴. Z tych względów w obrocie gospodarczym przekaz reklamowy jest kierowany również

¹ Zob. np. Z. Radwański, K. Mularski [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, Warszawa 2019, s. 51–52.

² Zob. np. J. Krzynówek, *Czy reklama zobowiązuje? Treści zamieszczane w reklamach, które wchodzą do umowy zawartej z konsumentem. Uwagi na tle nowelizacji przepisów KC o rękojmi* [w:] *Ochrona prawna konsumenta na rynku mediów elektronicznych*, red. M. Królikowska-Olczak, B. Pachuca-Smulka, Warszawa 2015 s. 37 i n.; T. Targosz, *Wpływ reklamy...*, s. 137 i n.

³ Zob. P. Kotler, K.L. Keller, *Marketing*, Poznań 2012, s. 540–541.

⁴ Zob. P. Kotler, K.L. Keller, *Marketing...*, s. 509.

do osób, które pozostają już albo pozostawały w relacji zobowiązaniowej z przedsiębiorcą odnoszącym korzyść z tego przekazu.

W kontekście analizowanego tematu podstawowe znaczenie ma ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym⁵. W jej rozumieniu praktyką rynkową jest m.in. oświadczenie lub informacja handlowa przedsiębiorcy, w szczególności reklama i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta (art. 2 pkt 4 u.p.n.p.r.). Praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu (art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r.).

Przywołana regulacja ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym daje podstawę do sformułowania dwóch wniosków istotnych dla dalszych rozważań. Po pierwsze, zawarcie umowy przez przedsiębiorcę i konsumenta ani nie stanowi przesłanki zastosowania ustawy⁶, ani zastosowania tego nie wyłącza⁷. Ustawa znajduje więc zastosowanie również do oświadczenia lub informacji handlowej przedsiębiorcy – w szczególności reklamy i marketingu, bezpośrednio związanych z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta – kierowanych po nawiązaniu stosunku zobowiązaniowego. Po drugie, definiując nieuczciwą praktykę rynkową, w tym przybierającą postać wskazanego oświadczenia lub informacji handlowej, ustawodawca kładzie nacisk na określony wpływ (możliwość wpływu) danej praktyki na zachowanie rynkowe konsumenta, natomiast jedynie w sposób ogólny wyznacza granice czasowe między stosowaniem tej praktyki a podjęciem określonego zachowania przez konsumenta⁸. Pozwala to, w odniesieniu do sytuacji, w której przedsiębiorca i konsument zawarli umowę, wyróżnić trzy podstawowe grupy przypadków:

- 1) nieuczciwa praktyka rynkowa ma miejsce przed zawarciem umowy i wpływa na zachowanie rynkowe konsumenta przed zawarciem umowy, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu;
- 2) nieuczciwa praktyka rynkowa ma miejsce w trakcie zawierania umowy i wpływa na zachowanie rynkowe konsumenta w tym czasie lub w czasie po zawarciu umowy;
- 3) nieuczciwa praktyka rynkowa ma miejsce po zawarciu umowy i wpływa na zachowanie rynkowe konsumenta w ramach nawiązanego stosunku zobowiązaniowego.

⁵ Należy przy tym zaznaczyć, że ustawa znajduje zastosowanie nie tylko do relacji zobowiązaniowych, ale do wszystkich relacji cywilnoprawnych (zob. w szczególności art. 2 pkt 3 u.p.n.p.r.).

⁶ Zob. uzasadnienie projektu ustawy, V kadencja, druk sejm. nr 1682, s. 5, oraz np. A. Michalak, *Przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2008, art. 2, nb 5.

⁷ Potwierdza to w szczególności art. 2 pkt 7 u.p.n.p.r.

⁸ Podstawą wyznaczenia granic czasowych jest m.in. kryterium istotnego wpływu badanej praktyki rynkowej na zniekształcenie (możliwość zniekształcenia) zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta (art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r.) oraz kryterium bezpośredniego związku danego oświadczenia lub informacji handlowej z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta (art. 2 pkt 4 u.p.n.p.r.).

Rozważania zawarte w niniejszym opracowaniu odnoszą się do trzeciej grupy przypadków.

Do analizowanej grupy przypadków podobna jest sytuacja, w której nieuczciwa praktyka rynkowa ma miejsce po zawarciu umowy, wywierając jednak wpływ na zachowanie rynkowe konsumenta odnoszące się do kolejnej odrębnej umowy (tj. kreującej odrębny stosunek zobowiązaniowy)⁹, pozostającej jednak z pierwszą z umów w takim powiązaniu, że możliwe jest przyjęcie związku tych umów¹⁰. Ze względu na zbliżony cel społeczno-gospodarczy umów związanych zasadne jest – pomimo występujących różnic¹¹ – uwzględnienie tej sytuacji w ramach niniejszego opracowania. Pewnego argumentu w tym zakresie dostarcza również art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r. Przepis ten jedynie w sposób ogólny określa granice czasowe między stosowaniem danej praktyki a podjęciem określonego zachowania przez konsumenta, przez co użyte w nim sformułowanie „po zawarciu umowy dotyczącej produktu” można odnosić również do zachowania rynkowego konsumenta dotyczącego kolejnej umowy, pozostającej w związku z pierwszą.

2. Reklama a prawo umów

W ostatnich latach wzrasta liczba regulacji prawnych odnoszących się do reklamy. Dotyczą one w szczególności reklamy nieuczciwej¹², reklamy związanej z identyfikacją przedsiębiorcy lub prowadzonej przez niego działalności¹³, wymogów dotyczących reklamy, w tym związanych z obowiązkami informacyjnymi¹⁴ oraz zaka-

⁹ W zakresie regulacji prawnych – z uwzględnieniem różnorodnego charakteru powiązania między umowami – zob. np. art. 8 pkt 6 i art. 37 ustawy z 30.05.2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. z 2020 r. poz. 287 ze zm.); art. 5 pkt 14 lit. b i c, art. 55 i 57 u.k.k., art. 30 ustawy z 16.09.2011 r. o timeshare (Dz.U. Nr 230, poz. 1370) i art. 7 pkt 23 u.p.n.p.r.

¹⁰ W kwestii związku umów zob. np.: P. Machnikowski [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2020, s. 643–648; A. Olejniczak, *Transakcje kompensacyjne w handlu międzynarodowym. Studium cywilnoprawne*, Poznań 1994, s. 123 i n.; J. Pisuliński, *Umowy związane (na przykładzie umowy sprzedaży lub umowy o świadczenie usług i umowy o kredyt konsumencki)*, M. Praw. 2002/21, s. 973; Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 230–234; D. Rogoń, *Instytucja umów powiązanych w perspektywie nowego polskiego Kodeksu cywilnego* [w:] *Kierunki rozwoju europejskiego prawa prywatnego. Wpływ europejskiego prawa konsumenckiego na prawo krajowe*, red. M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, A. Wiewiórowska-Domagalska, Warszawa 2012, s. 243 i n.

¹¹ Podstawowa różnica polega na tym, że zawarcie kolejnej umowy może nastąpić po wygaśnięciu pierwszego stosunku zobowiązaniowego.

¹² Podstawowe znaczenie w tym zakresie mają art. 16 u.z.n.k. oraz ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

¹³ Zob. np. ograniczenia w używaniu określeń: „bank” lub „kasa” (art. 3 ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe, Dz.U. z 2021 r. poz. 2439 ze zm.), „fundusz emerytalny” (art. 10 ust. 2 ustawy z 28.08.1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, Dz.U. z 2020 r. poz. 105 ze zm.), „usługi płatnicze” oraz „wydawanie pieniądza elektronicznego” (art. 4 ust. 4 i 6 ustawy z 19.08.2011 r. o usługach płatniczych, Dz.U. z 2021 r. poz. 1907 ze zm.).

¹⁴ Zob. np. art. 7–8 u.k.k.; art. 7 i 8 ustawy z 23.03.2017 r. o kredycie hipotecznym oraz o nadzorze nad pośrednikami kredytu hipotecznego i agentami (Dz.U. z 2020 r. poz. 1027 ze zm.); art. 197 ust. 1 ustawy z 28.08.1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych; art. 13 ustawy z 29.08.2014 r. o charakterystyce energetycznej budynków (Dz.U. z 2021 r. poz. 497); art. 15 ust. 1 ustawy o timeshare.

zów¹⁵ lub ograniczeń¹⁶ reklamy określonych produktów lub usług. Dokonując coraz głębszej ingerencji w zjawisko reklamy, ustawodawca nie ustanawia jednak norm znajdujących bezpośrednie zastosowanie w prawie umów, w szczególności prawie zobowiązań umownych. Podejście to wydaje się uzasadnione. Zgodnie z dominującym poglądem wypowiedź reklamowa nie jest sama przez się oświadczeniem woli. Do jej istotnych (konstytutywnych) elementów należy zamiar wywołania określonej reakcji po stronie adresatów (chęci nabycia danego dobra), nie zaś stanowcza decyzja zawarcia odpowiedniej umowy przez reklamującego się¹⁷. Dla prawa umów wypowiedź reklamowa jest więc, w pewnym sensie, kategorią obcą.

Potwierdza to terminologia stosowana przez ustawodawcę. W obrębie prawa umów użycie wyrazu „reklama” ma charakter wyjątkowy¹⁸. Jeśli ustawodawca wyróżnia kategorię publicznie składanych oświadczeń, które mogą oddziaływać na konkretny stosunek umowny, do jej oznaczenia z reguły używa nazwy ogólnej (np. „publiczne zapewnienie”¹⁹, „oświadczenia publiczne”²⁰), obejmującej różne formy komunikacji, w tym reklamę, informację handlową lub komunikat handlowy. Z tych względów na potrzeby niniejszego opracowania za wystarczające można uznać stwierdzenie, zgodnie z którym termin „reklama” oznacza wypowiedź kierowaną publicznie w powiązaniu z komunikacją handlową²¹ w celu informacyjnym, nakłaniającym, przypominającym lub wzmacniającym. Można przy tym dostrzec, że ustawodawca rezygnuje z formułowania jednolitej dla całego systemu prawnego definicji reklamy²².

¹⁵ Zob. np. art. 29 i 29c u.g.h.; art. 56 i 57 pr. farm.; art. 4 ustawy z 15.09.2017 r. o ochronie zdrowia przed następstwami korzystania z solarium (Dz.U. z 2017 r. poz. 2111); art. 13 pkt 1 ustawy z 15.04.2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. z 2022 r. poz. 633 ze zm.); art. 15 ust. 3 ustawy o timeshare.

¹⁶ Zob. np. art. 7a ust. 1 ustawy z 7.10.1999 r. o języku polskim (Dz.U. z 2021 r. poz. 672); art. 80 p.o.s.; art. 29b u.g.h.; art. 25 ust. 1 u.b.ż.; art. 53–55 pr. farm.

¹⁷ Zob. np. wyrok SN z 14.01.1997 r., I KKN 52/96, OSN 1997/6–7, poz. 78, oraz Z. Radwański [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 29.

¹⁸ Zob. np. art. 71 i 577 § 1 k.c. oraz art. 17 ust. 1 dyrektywy 2019/771.

¹⁹ Zob. np. art. 556¹ § 2, art. 557 § 3 k.c. oraz art. 4 ust. 3 i 4 nieobowiązującej już ustawy z 27.07.2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz.U. Nr 141, poz. 1176) – ustawa utraciła moc 25.12.2014 r.

²⁰ Zob. np. art. 7 ust. 1 lit. d i ust. 2 dyrektywy 2019/771 oraz art. 2 ust. 2 lit. d i ust. 4 dyrektywy 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25.05.1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz.Urz. UE L 171, poz. 12) – dyrektywa utraciła moc 31.12.2021 r.

²¹ Jest to nawiązanie do wąskiego ujęcia reklamy (zob. w szczególności R. Skubisz [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, Warszawa 2006, art. 16, nb 16), z uwzględnieniem dyrektywy 2005/29/WE (zob. np. art. 2 lit. d i art. 7 ust. 5 tej dyrektywy).

²² W zakresie definicji o charakterze ogólnym zob. w szczególności art. 2 lit. a dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/114/WE z 12.12.2006 r. dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (Dz.Urz. UE L 376, s. 21); art. 2 pkt 16a u.p.z.p. oraz art. 4 pkt 17 u.r.t.; w zakresie reklamy odnoszącej się do szczególnych produktów, usług lub sposobu prezentacji oferty na rynku zob. np.: art. 2¹ ust. 1 pkt 3 u.w.t.p.a.; art. 2 pkt 25 u.o.z.n.; art. 52 ust. 1 pr. farm.; art. 29 ust. 6 u.g.h.; art. 2 lit. k rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE z 14.06.2017 r. 2017/1129 w sprawie prospektu, który ma być publikowany w związku z ofertą publiczną papierów wartościowych lub dopuszczeniem ich do obrotu na rynku regulowanym oraz uchylenia dyrektywy 2003/71/WE (Dz.Urz. UE L 168, s. 12, ze zm.).

Rozważając znaczenie reklamy w prawie umów, należy jednak uwzględnić to, że prawo cywilne akceptuje sytuację, w której dana wypowiedź (znak) pełni równocześnie więcej niż jedną funkcję. System prawa cywilnego nie może bowiem ignorować zjawiska upraszczania procesu komunikacji, w tym w obrocie gospodarczym o charakterze masowym. Poszczególne wypowiedzi reklamowe mogą więc – obok funkcji perswazyjnej – pełnić np. funkcję zaproszenia do zawarcia umowy (art. 71 k.c.) lub funkcję informacyjną²³. Jeśli ponadto uwzględni się, że w prawie cywilnym obowiązuje reguła, zgodnie z którą – z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych – oświadczenie woli może być składane za pomocą jakichkolwiek aktów komunikacji lub ich wytworów²⁴, to należy stwierdzić, iż wypowiedź reklamowa może pełnić również funkcję oświadczenia woli, przybierając w szczególności postać oferty²⁵, oświadczenia gwarancyjnego²⁶ lub wzorca umowy²⁷. Niezależnie jednak od pełnionych funkcji wypowiedź reklamowa nie jest powiązana z żadną formą konsensu.

Można ponadto odnotować przypadek szczególny, gdy skutki prawne wywoływane przez reklamę mają pierwszeństwo przed skutkami prawnymi wyrażonymi w oświadczeniu woli. Rozwiązanie takie wprowadza art. 17 ust. 1 dyrektywy 2019/771, stanowiąc, że jeżeli warunki określone w oświadczeniu o gwarancji handlowej są mniej

²³ Funkcja informacyjna reklamy może mieć zarówno charakter obligatoryjny (zob. np. art. 7 u.k.k.), jak i fakultatywny (zob. np. art. 7 ust. 1 lit. d dyrektywy 2019/771).

²⁴ Zob. w szczególności art. 60, 62 i 65 k.c. Zob. np. Z. Radwański [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, red. Z. Radwański, 2008, s. 42. W orzecznictwie zob. np. uchwała SN (7) z 28.09.1990 r., III CZP 33/90, OSNCP 1991/1, poz. 3; wyrok SN z 11.09.1997 r., III CZP 39/97, OSNC 1997/12, poz. 191, oraz orzeczenie Głównej Komisji Arbitrażowej z 10.11.1987 r., DO-8835/87, OSPiKA 1990/5–6, poz. 241, z głosem J. Skąpskiego.

²⁵ W kwestii odróżnienia zaproszenia do zawarcia umowy od oferty na przykładzie prospektu reklamowego zob. np. wyrok SN z 17.06.2010 r., III CSK 297/09, LEX nr 852669.

²⁶ Zgodnie z art. 577 § 1 zdanie drugie k.c. oświadczenie gwarancyjne może zostać złożone w reklamie. W świetle reguł ogólnych (zob. w szczególności art. 60 k.c.) wyraźne rozstrzygnięcia tej kwestii w ustawie należy uznać za zbędne. Wymogu takiego nie wprowadzają również dyrektywy regulujące oświadczenie gwarancyjne (zob. art. 6 ust. 1 dyrektywy 1999/44/WE oraz art. 17 ust. 1 dyrektywy 2019/771). W obecnym stanie prawnym zasadne przy tym jest stwierdzenie, że funkcja reklamy sprowadza się przede wszystkim do wyznaczenia zakresu uprawnień konsumenta w ramach stosunku gwarancji handlowej (art. 17 ust. 1 dyrektywy 2019/771) w celu ewentualnej korekty treści oświadczenia o gwarancji handlowej, nie zaś do złożenia tego oświadczenia. W projektach ustawy implementującej dyrektywę 2019/771 dotychczasowe ujęcie nadal jednak jest podtrzymywane (zob. projekt ustawy o zmianie ustawy o prawach konsumenta i kodeksu cywilnego, KPP 2021/1, s. 143, oraz IX kadencja, druk sejm. nr 2425). Pojawia się przy tym wątpliwość, czy projektowany art. 43g ust. 2 ustawy o prawach konsumenta prawidłowo implementuje art. 17 ust. 1 dyrektywy 2019/771. Projekt wiąże bowiem sprostowanie jedynie z przypadkiem złożenia oświadczenia gwarancyjnego w reklamie. Albo więc proponuje się wprowadzenie ograniczenia nieprzewidzianego w dyrektywie, albo też każde współwyznaczanie treści stosunku gwarancji przez reklamę uznaje się za złożenie oświadczenia o gwarancji handlowej, co budzi wątpliwości. W kwestii odmiennego ujęcia zob. projekt art. 577 § 1–3 k.c. akademickiego projektu zmiany kodeksu cywilnego).

²⁷ Za przykład takiej sytuacji można uznać złożenie oświadczenia o gwarancji handlowej w reklamie. U podstaw takiej kwalifikacji leży jednak założenie, że źródłem gwarancji handlowej (gwarancji przy sprzedaży) jest umowa zobowiązaniowa, nie zaś jednostronna czynność prawna (w zakresie powiązania wzorca umowy z umową zobowiązaniową zob. np. A. Pyrzyńska [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz*. Art. 353–626, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, art. 384, nb 3).

korzystne dla konsumenta niż warunki określone w związanej z nią reklamie, a reklama nie została w odpowiedni sposób skorygowana przed zawarciem umowy, gwarancja handlowa jest wiążąca na warunkach określonych w reklamie związanej z tą gwarancją. Przepis ten w istotny sposób modyfikuje regułę wyrażoną w art. 56 k.c., przyznając pierwszeństwo w wyznaczaniu skutków czynności prawnej oświadczeniu niebędącemu oświadczeniem woli. Takie rozwiązanie służy ochronie konsumentów, zwalniając z konieczności stosowania innych przepisów, w tym dotyczących wprowadzenia ich w błąd. Regulację tę można również odczytywać w kontekście ochrony konkurentów gwaranta przed nieuczciwymi praktykami w zakresie reklamy. Być może jednak podstawowym argumentem przemawiającym na rzecz rozwiązania przyjętego w art. 17 ust. 1 dyrektywy 2019/771 jest powszechna dla umów sprzedaży z udziałem konsumentów praktyka jednostronnego kształtowania treści stosunku gwarancji przy sprzedaży przez gwaranta. Niezależnie więc od tego, czy za źródło zobowiązania uznaje się w tym przypadku umowę, czy też jednostronną czynność prawną, praktyka ta w ocenie ustawodawcy może przemawiać za wyznaczaniem skutków czynności prawnej według odrębnych reguł.

3. Publikacja reklamy w czasie trwania zobowiązania umownego – przykłady

Przed podjęciem rozważań dotyczących wpływu reklamy na treść istniejącego stosunku zobowiązaniowego zasadne jest wskazanie przykładów takiej sytuacji. Użyteczna może być również propozycja ich grupowania. W tym zakresie można odwołać się do zawartej w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym definicji pojęcia decyzji dotyczącej umowy (art. 2 pkt 7 u.p.n.p.r.)²⁸. Ustawa ujmuje to pojęcie szeroko, obejmując nim nie tylko podejmowaną przez konsumenta decyzję co do tego, czy, w jaki sposób i na jakich warunkach dokona zakupu, ale również czy zapłaci za produkt w całości lub w części, zatrzyma go, rozporządzi nim lub wykona uprawnienie umowne z nim związane, bez względu na to, czy konsument postanowi dokonać określonej czynności, czy też powstrzymać się od jej dokonania.

Wskazana definicja stwarza podstawy do przyporządkowania poszczególnych sytuacji do trzech grup. Grupą pierwszą można objąć sytuacje związane z decyzją o dokonaniu zakupu produktu, drugą – z zapłatą za produkt w całości lub w części, zatrzymaniem go oraz wykonaniem uprawnienia umownego związanego z nim, trzecią – z decyzją dotyczącą rozporządzenia produktem. W odniesieniu do każdej grupy, zgodnie z art. 2 pkt 7 u.p.n.p.r., należy przyjąć, że chodzi zarówno o sytuacje, w których konsument postanowi dokonać określonej czynności, jak i o sytuacje, w których powstrzymuje się od tego. Ponadto w każdym przypadku chodzi o podjęcie decyzji oraz o sposób lub warunki jej dokonania. Wskazując przykłady po-

²⁸ Zob. też definicję decyzji dotyczącej transakcji zwartą w art. 2 lit. k dyrektywy 2005/29/WE.

szczególnych sytuacji, należy również uwzględnić to, że stosunek zobowiązaniowy trwa w czasie, niezależnie od tego, czy umowa zobowiązuje do świadczeń jednorazowych, czy też świadczeń, których rozmiar jest wyznaczany z uwzględnieniem czynnika czasu²⁹. Trwanie w czasie jest uwarunkowane m.in. sposobem spełnienia świadczenia³⁰, wymogiem wykonania określonych obowiązków po jego spełnieniu³¹, upływem czasu niezbędnym dla skorzystania z uprawnienia kształtującego³² lub zmianą pierwotnej treści zobowiązania, w tym ze względu na naruszenie zobowiązania.

Grupa pierwsza obejmuje przypadki, w których konsument podejmuje decyzję co do tego, czy, w jaki sposób i na jakich warunkach dokona zakupu produktu. Użycie przez ustawodawcę określenia „zakup”³³ pozwala przyjąć, że wskazana grupa wiąże się z decyzją dotyczącą zawarcia umowy w rozumieniu właściwym prawu cywilnemu³⁴. W obrębie tej grupy – zgodnie z przyjętym wcześniej założeniem – można wyróżnić dwie podgrupy przypadków: pierwszą, w której decyzja dotycząca zakupu produktu jest podejmowana w ramach istniejącego już stosunku zobowiązaniowego, oraz drugą, w której decyzja dotyczy nawiązania nowego zobowiązania (przypadek związku umów). Ponieważ pierwsza podgrupa obejmuje sytuacje, w których zobowiązanie już istnieje, „zakup produktu” polega na zawarciu umowy zmieniającej lub rozwiązującej to zobowiązanie albo na zawarciu umowy wykonawczej w ramach umowy ramowej. W sytuacji natomiast drugiej podgrupy decyzja dotyczy – co do zasady – zawarcia kolejnej odrębnej umowy³⁵.

Nawet pobieżna obserwacja praktyki obrotu gospodarczego pozwala stwierdzić, że sytuacje przynależące do grupy pierwszej, w szczególności do pierwszej podgrupy, nie są odosobnione. Są to przede wszystkim przypadki kierowania przez przedsiębiorców oświadczeń lub informacji handlowej, w tym reklamy lub marketingu, bezpośrednio w celu podjęcia przez konsumentów decyzji o zmianie warunków umowy. Dotyczy to z reguły umownych stosunków zobowiązaniowych o charakterze ciągłym,

²⁹ Szerzej np. T. Dybowski, A. Pyrżyńska [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, red. K. Osajda, s. 234–242.

³⁰ Może on wynikać np. ze sposobu oznaczenia terminu zapłaty, rozłożenia świadczenia na raty lub specyfiki spełniania świadczenia ciągłego.

³¹ Zob. np. zwrot rzeczy po wygaśnięciu uprawnienia do korzystania z niej (np. art. 675 § 1 k.c.).

³² Przykładem jest upływ czasu, w którym konsument może wykonać konsumenckie prawo odstąpienia od umowy (np. art. 27 i n. ustawy z 30.05.2014 r. o prawach konsumenta).

³³ Ten sam termin jest użyty w art. 2 lit. k dyrektywy 2005/29/WE.

³⁴ Decyzja ta jest przy tym rozumiana szeroko, tj. jako każda decyzja bezpośrednio związana z decyzją o dokonaniu bądź niedokonaniu zakupu produktu. Zob. np. wyrok TS z 19.12.2013 r., C-281/12, Trento Sviluppo i Centrale Adriatica, EU:C:2013:859, w którym przyjęto, że jest to również decyzja mająca bezpośredni związek z dokonaniem zakupu produktu, w szczególności decyzja o wejściu do sklepu; wyrok SOKiK z 10.04.2013 r., XVII AmA 72/11, LEX nr 1898459, w którym przyjęto, iż decyzja ta odnosi się także do zapoznania z ofertą lub podjęcia działań zmierzających do zawarcia umowy.

³⁵ Nie należy jednak wykluczać, że może to być również decyzja dotycząca zawarcia umowy zmieniającej lub rozwiązującej zobowiązanie wykreowane przez kolejną umowę.

w tym m.in. o świadczenie usług telekomunikacyjnych, usług finansowych³⁶ oraz związanych z dostarczaniem paliw gazowych lub energii. Oświadczenie lub informacja handlowa wiąże się w szczególności z nakłonieniem konsumenta do zawarcia umowy zmieniającej w zakresie sposobu rozliczeń (np. taryfy), rozszerzenia zakresu świadczenia (w szczególności o usługi dodatkowe), wysokości oprocentowania, sposobu indeksacji lub czasu wiązania umową³⁷. W praktyce obrotu można ponadto odnotować przypadki, w których przedsiębiorca kieruje do konsumenta oświadczenie lub informację handlową w ramach wiążącej strony umowy ramowej (umowy o zbliżonym charakterze) w celu zawarcia umowy wykonawczej³⁸. Przykładem należącym do drugiej podgrupy jest natomiast działanie przedsiębiorcy polegające na nakłanianiu konsumenta do zawarcia umowy o usługi serwisowe, świadczone w ramach odrębnej umowy³⁹.

Do grupy drugiej można zaliczyć sytuacje, w których konsument podejmuje decyzję co do tego, czy, w jaki sposób i na jakich warunkach zapłaci za produkt w całości lub w części, zatrzyma go oraz wykona uprawnienie umowne z nim związane. Za zaliczeniem tych trzech przypadków do jednej grupy przemawia kilka argumentów. Każdą z tych decyzji – niezależnie od tego, kiedy przedsiębiorca stosuje praktykę rynkową – konsument może podjąć jedynie w czasie trwania stosunku umownego. Ponadto w każdym przypadku podjęcie decyzji następuje w drodze jednostronnej czynności prawnej konsumenta, ewentualnie czynności do niej podobnej. Podnieść również można, że brzmienie art. 2 pkt 7 u.p.n.p.r. nie daje podstaw do rozgraniczenia zakresów poszczególnych decyzji⁴⁰. Wątpliwości dotyczą przede wszystkim relacji między pojęciami „zatrzymanie produktu” i „wykonanie uprawnienia umownego związanego z produktem”⁴¹. Zaliczenie wskazanych decyzji do jednej grupy zwalnia

³⁶ W rozumieniu art. 2 pkt 12 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającej dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L 304, s. 64, ze zm.). Zob. też art. 4 ust. 2 ustawy z 30.05.2014 r. o prawach konsumenta.

³⁷ Zob. np.: wyrok SN z 4.03.2014 r., III SK 34/13, LEX nr 1463897, dotyczący kampanii reklamowej w zakresie promocyjnego dostępu do internetu w telefonie komórkowym; wyrok SOKiK z 5.08.2015 r., XVII AmA 167/14, LEX nr 1840908, dotyczący prezentowania w kampanii reklamowej promującej nową usługę możliwości uzyskania pakietu darmowych SMS-ów do wykorzystania w ramach wykupionego doładowania konta; wyrok SOKiK z 23.03.2018 r., XVII AmA 52/17, LEX nr 2483078, dotyczący prezentowania w kampanii reklamowej telefonii *prepaid* informacji, że cena połączenia telefonicznego do wszystkich w ramach przedmiotowej oferty wynosi 29 gr za minutę; wyrok SOKiK z 7.08.2019 r., XVII AmA 21/17, LEX nr 2785811, dotyczący kampanii reklamowej dostępu do internetu bez limitu danych.

³⁸ Zob. wyrok SOKiK z 13.01.2021 r., XVII AmA 34/19, LEX nr 3117975, dotyczący zawarcia przez przedsiębiorcę i konsumenta umowy dostępu do systemu sprzedaży pożyczek, w ramach której konsumentom przedstawiono oferty nabycia praw majątkowych z tytułu umów pożyczek.

³⁹ Przykładem jest reklama nakłaniająca do zawarcia umowy obejmującej przegląd techniczny samochodów danej marki lub modelu, wyprodukowanych w określonym roczniku (określonych rocznikach).

⁴⁰ Podobnie art. 2 lit. k dyrektywy 2005/29/WE.

⁴¹ Kwestia ta nie jest bliższej wyjaśniana w literaturze. Przykładowo A. Michalak, *Przeciwdziałanie nieuczciwym...*, art. 2, nb 8, jako przykład zatrzymania produktu wskazuje przypadek sprzedaży na próbę, natomiast jako przykład wykonania uprawnień umownych – egzekwowanie praw z gwarancji oraz

z konieczności prowadzenia analizy dotyczącej rozgraniczenia poszczególnych przypadków, skazanej – jak się wydaje – na niepowodzenie.

Przykładem sytuacji przynależącej do grupy drugiej jest wykonanie (niewykonanie) uprawnień określonych w treści zobowiązania⁴², uprawnień związanych z naruszeniem zobowiązania, w tym w przypadku braku zgodności towaru z umową, wypowiedzenie umowy, odstąpienie od umowy oraz rezygnacja z członkostwa⁴³. Na tle tych przykładów można w szczególności wskazać sytuację, w której z treści oświadczenia lub informacji handlowej przedsiębiorcy wynika, że kontynuowanie umowy dotyczącej produktu przyniesie konsumentowi określoną korzyść, wskutek czego podejmuje on decyzję o braku wypowiedzenia umowy (przez co może ona ulec przedłużeniu na kolejny okres) lub o wykonaniu uprawnienia umownego (np. złożenie oświadczenia w sprawie indeksacji składki i sumy ubezpieczenia). Przykładem jest również oświadczenie przedsiębiorcy w sprawie jakości produktu (w tym poparte twierdzeniem o uzyskaniu przez produkt odpowiedniego medalu, certyfikatu lub pozycji w określonym rankingu), wskutek czego konsument rezygnuje z wykonania konsumenckiego prawa odstąpienia lub nie dokonuje zapłaty za produkt w całości, uznając, że późniejsza zapłata jest dla niego korzystniejsza.

Do grupy trzeciej należą natomiast przypadki, w których konsument podejmuje decyzję co do tego, czy, w jaki sposób i na jakich warunkach rozporządzi produktem. Uzasadnione jest stwierdzenie, że słowo „rozporządzić” należy rozumieć zgodnie z terminologią prawa cywilnego, tj. jako określenie czynności prawnej rozporządzającej, czyli polegającej na przeniesieniu, obciążeniu, ograniczeniu lub zniesieniu prawa podmiotowego⁴⁴. Można ponadto przyjąć, że jest to rozporządzenie na rzecz zarówno osoby trzeciej, jak i samego przedsiębiorcy. Przykładem z grupy trzeciej jest sytuacja, w której konsument rezygnuje z rozporządzenia wierzytelnością, uznając, że w przypadku trudności w uzyskaniu zaspokojenia od osoby trzeciej wierzytelność tę nabe-

korzystanie z usług serwisowych. Autor wyróżnia ponadto kategorię decyzji dotyczącej zwrotu produktu (np. odstąpienie od umowy, zwrot produktu z powodu wad lub niezgodności z umową, odstąpienie bez podania przyczyn), której nie wprowadza jednak ani ustawa, ani dyrektywa. Zagadnienie to pomija M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 55–56; R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2009, art. 2, s. 131–132, oraz A. Wiewiórowska-Domagalska, A. Kunkiel-Kryńska, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym [w:] Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 7, *Prawo konsumenckie. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2019, art. 2, nb 81–83.

⁴² Zob. np. wyrok SA w Warszawie z 30.11.2015 r., VI ACa 1685/14, LEX nr 2019933, dotyczący kampanii reklamowej banku w zakresie odpłatności za usługi świadczone w ramach umowy rachunku bankowego, w tym za korzystanie z powiązanej z tym rachunkiem karty płatniczej.

⁴³ Zob. np. wyrok TS z 3.10.2013 r., C-59/12, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, EU:C:2013:634, dotyczący rozpowszechniania przez przedsiębiorcę (kasę chorych) informacji o skutkach rezygnacji przez konsumenta z członkostwa. Należy przy tym uwzględnić, że na gruncie dyrektywy 2005/29/WE przyjmuje się szerokie rozumienie przedsiębiorcy, a dyrektywa może znaleźć zastosowanie również poza obszarem stosunków zobowiązaniowych (stosunek członkostwa jest stosunkiem korporacyjnym).

⁴⁴ Zob. np. S. Grzybowski [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 1, *Część ogólna*, red. S. Grzybowski, Osso-lineum 1985, s. 491.

dzie od niego przedsiębiorca⁴⁵. Innym przykładem jest sytuacja, w której konsument na skutek oświadczenia lub informacji handlowej przedsiębiorcy podejmuje decyzję o obciążeniu składnika swojego majątku w celu uzyskania niższego oprocentowania (szczególny przypadek związku umów).

4. Skutki prawne reklamy publikowanej w czasie trwania stosunku zobowiązaniowego

Konsekwencją stanowiska, zgodnie z którym wypowiedź reklamowa publikowana po nawiązaniu stosunku zobowiązaniowego może wywierać wpływ na treść tego stosunku, jest pytanie, według jakich reguł należy określać skutki prawne takiej wypowiedzi⁴⁶.

W świetle dotychczasowych rozważań można przyjąć, że podstawową regulację zawiera ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Jeżeli więc oświadczenie lub informacja handlowa – w szczególności reklama lub marketing – bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta stanowią nieuczciwą praktykę rynkową, konsumentowi, którego interes został zagrożony lub naruszony, przysługują roszczenia określone w art. 12 ust. 1 u.p.n.p.r. Wykładnia tego przepisu uzasadnia stwierdzenie, że fakt wiązania przedsiębiorcy i konsumenta stosunkiem zobowiązaniowym wpływa na zakres oraz treść roszczeń przysługujących konsumentowi.

W pierwszej kolejności dotyczy to roszczenia o naprawienie wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych (art. 12 ust. 1 pkt 4 u.p.n.p.r.). Konsument może w szczególności żądać unieważnienia umowy z obowiązkiem wzajemnego zwrotu świadczeń oraz zwrotu przez przedsiębiorcę kosztów związanych z nabyciem produktu. Z istoty tego żądania wynika jednak, że może być ono podniesione jedynie wówczas, gdy strony zawarły umowę. W kontekście niniejszych rozważań istotne jest, że żądanie może dotyczyć umowy: pierwotnej (tj. kreującej stosunek zobowiązaniowy), zmieniającej, wykonawczej (w przypadku zawarcia umowy ramowej lub umowy podobnej) oraz rozwiązującej. Ponadto w sytuacji, w której strony zawarły umowę, a konsument podnosi roszczenie o naprawienie szkody inne niż żądanie unieważnienia umowy, zastosowanie znajdują przepisy o odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nie należytego wykonania zobowiązania (art. 471 i n. k.c.)⁴⁷. Jeśli natomiast umowa nie

⁴⁵ Zob. stan faktyczny w przywołanym już wyroku SOKiK z 13.01.2021 r., XVII AmA 34/19, LEX nr 3117975.

⁴⁶ W dalszych rozważaniach pominięto przypadki, w których wypowiedź reklamowa może być kwalifikowana jako oświadczenie woli. Zastosowanie wówczas znajdują ogólne reguły prawa cywilnego.

⁴⁷ Wątpliwości budzi stanowisko T. Targosza, zgodnie z którym w przypadku zawarcia umowy i braku żądania jej unieważnienia dochodzenie przez konsumenta odszkodowania nie ma praktycznego znaczenia (T. Targosz, *Wpływ reklamy...*, s. 166–167). Zgodnie z zasadami ogólnymi (art. 363 § 1 k.c.) wybór roszczenia należy do poszkodowanego konsumenta, a przyznanie przez ustawodawcę uprawnienia do żądania unieważnienia umowy jest jedynie wskazaniem szczególnego sposobu naprawienia szkody (zob. też uchwała SN z 11.09.2020 r., III CZP 80/19, OSNC 2021/3, poz. 17).