

MACIEJ REJZEREWICZ

WYKROCZENIE NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI
W ZAKRESIE REKLAMY**1. Wprowadzenie**

Głównymi zasadami gospodarki rynkowej jest wolność gospodarcza i związana z nią zasada konkurencji. Aby utrzymać się na rynku, przedsiębiorcy muszą rywalizować między sobą w celu zdobycia i utrzymania klientów. Wśród działań marketingowych najważniejszym instrumentem zachęcania klientów do oferty danego przedsiębiorstwa jest reklama. Jest ona podstawowym sposobem oddziaływania na konsumenta. Informuje go o nowych produktach oraz próbuje wpłynąć na decyzje zakupu. Reklama stała się nieodłącznym elementem naszego życia społecznego. Postępujący rozwój środków masowego przekazu i nowych technologii pozwala na pojawianie się reklam w coraz to nowych miejscach aktywności człowieka, w coraz to nowej, często niebanalnej, wyszukanej i przyciągającej uwagę formie. Jak każdy rozwój aktywności ludzkiej w sferze życia społecznego, także rozwój w sferze reklamy rodzi problemy, które często muszą być poddane wartościowaniu przez normy prawne. Regulacje cywilnoprawne okazują się być niewystarczające dla ochrony przed zagrożeniami związanymi z reklamą, dlatego wprowadzono szereg uregulowań o charakterze prawnokarnym. Jednym z takich uregulowań jest wprowadzone ustawą z dnia 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹, wykroczenie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy. Wykroczenie to jest ujęte w art. 25 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji², który obecnie brzmi: „Tej samej karze podlega, kto dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy lub sprzedaży, o której mowa w art. 17a”. Sposób sformułowania znamion tego wykroczenia budzi poważne zastrzeżenia.

¹ Dz.U. z 2002 r., Nr 126, poz. 1071

² Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zmianami, zwaną dalej ZNKU.

2. Pojęcie reklamy

Podstawowe znaczenie z punktu widzenia stosowania przepisów dotyczących reklamy ma sposób jej rozumienia. W prawie polskim, jak również w prawie europejskim nie ma jednolitej, powszechnie przyjętej definicji reklamy. W ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji brak definicji reklamy. Jednakże w innych ustawach, wiążących Rzeczpospolitą Polską aktach prawa międzynarodowego, a także w wielu aktach prawa wspólnotowego można odnaleźć definicję reklamy³. W szczególności według ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji⁴, reklamą jest każdy przekaz nie pochodzący od nadawcy, zmierzający do promocji sprzedaży albo innych form korzystania z towarów lub usług, popierania określonych spraw, lub idei albo osiągnięcia innego efektu pożądanego przez reklamodawcę, nadawany za opłatą lub inną formą wynagrodzenia (art. 4 pkt 6). W prawie Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (art. 2 § 1 dyrektywy Rady Ministrów EWG z dnia 10 września 1984 r. nr 450/84 o wprowadzającej w błąd reklamie) reklamą jest każda wypowiedź przy wykonywaniu działalności handlowej, produkcyjnej, rzemieślniczej lub wykonywaniu wolnego zawodu, mająca na celu zwiększenie zbytu towarów lub usług. W europejskiej konwencji o telewizji ponadgranicznej z dnia 5 maja 1989 r.⁵, w art. 2 pkt f stwierdza się, że reklama oznacza wszelkie publiczne obwieszczenia mające na celu popieranie sprzedaży, zakupu lub wynajmu produktu lub usługi, promocję idei czy sprawy lub spowodowanie innego skutku pożądanego przez reklamującego, dla których to celów udzielono reklamującemu czasu transmisyjnego na zasadach odpłatności lub za inne podobne wynagrodzenie.

W polskiej nauce prawa spotkać się można z różnymi definicjami reklamy. A. Kraus i F. Zoll przyjmowali, że reklamą jest wszelkiego rodzaju oddziaływanie przedsiębiorców na potencjalnych konsumentów podejmowane w tym celu, aby przez zachwalanie towaru, usługi wywołać zainteresowanie dla warunków transakcji, z jakimi przedsiębiorca zwraca się do konsumentów⁶. E. Drobieńko określił reklamę jako wszelkie sposoby oddziaływania organizacji przemysłowych i handlowych na przyszłych nabywców towarów i usług⁷. B. Jaworska-Dębska określa reklamę, jako wszelkie działania, aby przy użyciu prawdziwych informacji na temat określonych towarów i usług zwrócić na nie uwagę potencjalnych zainteresowanych jako odbiorców, a jeśli to możliwe, jako stałych klientów⁸.

³ Szerzej zob. R. Skubisz (w:) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, (red.) J. Szwaja, Warszawa 2006, s. 638–646.

⁴ Dz.U. z 2004 r., Nr 253, poz. 2531 ze zmianami.

⁵ Dz.U. z 1995 r., Nr 32, poz. 160.

⁶ A. Kraus, F. Zoll, *Polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Poznań 1929, s. 258–259.

⁷ E. Drobieńko, *Wybrane zagadnienia prawne w działalności reklamowej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 6/1975, s. 183.

⁸ B. Jaworska-Dębska, *Wokół pojęcia reklamy*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 12/1993, s. 21.

E. Nowińska i M. du Vall definiują reklamę jako świadome działanie przedsiębiorcy zmierzające do promowania towarów lub usług przez wskazanie na ich cechy w taki sposób, aby u klientów (konsumentów) wywołać lub wzmocnić potrzeby⁹. Według R. Skubisza, reklamą jest każda wypowiedź, która zmierza do stymulowania zbytu lub innego korzystania z towarów i usług¹⁰. W ramach każdej reklamy (niezależnie od sposobu jej pojmowania) występują dwa elementy: informacja o towarze (usłudze) oraz zachęta do jego nabycia lub innego odpłatnego wykorzystania. Ta zachęta może być bardzo zróżnicowana, może to być subtelna sugestia, bardzo wyraźna perswazja, a nawet wywieranie przymusu psychicznego przez elementy perswazyjne, wartościujące, ocenne, zachęcające do zakupu określonego towaru lub usługi. Brak wskazanych składników sugerujących lub perswazyjnych świadczy, iż dany przekaz nie jest reklamą. Charakter reklamowy ma także wypowiedź, która zachwalając określony towar (usługę) zarazem zniechęca do propozycji rynkowej konkurenta. W praktyce powstają trudności w przeprowadzeniu dystynkcji między reklamą a informacją handlową. Ogólnie należy stwierdzić w przypadkach wątpliwych, że rozpowszechniana wypowiedź jest reklamą, gdy nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru¹¹.

3. Podstawy formułowania znamion wykroczenia nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy

Stosownie do przepisu art. 25 ust. 2 ZNKU penalizacji podlega czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy. Dekodowanie znamion wykroczenia w zakresie reklamy stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji popełnionego na gruncie ZNKU nie jest sprawą łatwą, bowiem przepis art. 25 ust. 2 ZNKU, posługując się cywilistycznym pojęciem „czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy”, zmusza do analizy innych przepisów ZNKU (w szczególności art. 16, art. 3 ust. 1, art. 2 oraz art. 17) celem ustalenia, czy czyn taki zaistniał. Dopiero wykładnia tychże przepisów zastosowanych łącznie pozwala na sformułowanie znamion tego wykroczenia. Co oczywiste, dla prawidłowej interpretacji przepisów ustanawiających to wykroczenie, konieczne jest posiłkowanie się opracowaniami z zakresu prawa cywilnego, z uwzględnieniem konieczności prowadzenia zawężonej interpretacji przepisów formułujących odpowiedzialność karną.

Art. 16 ust. 1 ZNKU formułuje szczególne przypadki czynów nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy. Przepis ten stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności: 1) reklama sprzeczna z przepi-

⁹ E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2008, s. 214.

¹⁰ R. Skubisz (w:) *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 642.

¹¹ Tamże s. 643–644.

sami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka; 2) reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi; 3) reklama odwołująca się do uczuć klientów przez wywołanie lęku, wykorzystywanie przesądów lub łatwowierności dzieci; 4) wypowiedź, która, zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji; 5) reklama, która stanowi istotną ingerencję w sferę prywatności, w szczególności przez uciążliwe dla klientów nagabywanie w miejscach publicznych, przesyłanie na koszt klienta nie zamówionych towarów lub nadużywanie technicznych środków przekazu informacji. Przepis ten, zgodnie z jego literalnym brzmieniem, zawiera jedynie przykładowe wyliczenie czynów nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy. Dlatego też na gruncie prawa cywilnego za czyny nieuczciwej konkurencji uznaje się także zachowania niewyczerpujące znamion art. 16 ust. 1 ZNKU, lecz wynikające z zastosowania definicji ujętej w art. 3 ust. 1 ZNKU, według którego czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jak podkreśla się w literaturze, tak skonstruowany przepis, formułujący klauzulę generalną, definiujący czyn nieuczciwej konkurencji w sposób ogólny, pełni funkcję uzupełniającą, uzupełnia katalog czynów wskazanych w części szczegółowej ustawy. Wyliczenie typowych czynów nieuczciwej konkurencji, zawarte w art. 3 ust. 2 ZNKU nie jest wyczerpujące, ponieważ niepodobna przewidzieć i zdefiniować wszystkie możliwe, także w przyszłości zachowania naruszające zasady uczciwej konkurencji. Jeżeli zatem, przy wykonywaniu działalności gospodarczej dojdzie do popełnienia czynu nieujętego przepisami, a zakłócającego uczciwe stosunki rynkowe – wówczas podstawę dla jego oceny stanowić może samodzielnie art. 3 ust. 1 ZNKU¹². Jednakże, przy ocenie czy konkretne zachowanie sprawcy może być zakwalifikowane jako wykroczenie w zakresie reklamy z art. 25 ust. 2 ZNK, należy brać pod uwagę jedynie zachowania wyliczone enumeratywnie w art. 16 ust. 1 ZNKU (nazwane deliktami nieuczciwej reklamy)¹³. Nie mogą podlegać penalizacji zachowania nieujęte w katalogu opisanym w art. 16 ust. 1 ZNKU, a stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu cywilistycznym jako wynikające z bezpośredniego zastosowania normy art. 3 ust. 1 ZNKU. Za takim nakreśleniem znamion tego wykroczenia przemawia wyrażona w art. 1 § 1 k.w. zasada *nullum crimen sine lege*

¹² Tak też J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 130–137; E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilnoprawne*, Kraków s. 64; E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz do ustawy...*, s. 44; zob też SN w uzasadnieniach orzeczeń: z dnia 22 października 2002 r. (III CKN 271/2001) – OSNC 2004/2, poz. 26, z dnia 26 listopada 1998 r. (I CKN 904/97) – OSNC 1999, Nr 5, poz. 97, z dnia 2 lutego 2001 r. (IV CKN 255/00) – OSNC 2001, Nr 9, poz. 137, z dnia 11 lipca 2002 r. (I CKN 1319/00) – OSNC 2004, Nr 5, poz. 73, z dnia 11 października 2002 r. (III CKN 271/01) – OSNC 2004, Nr 2, poz. 26.

¹³ Tak też M. Błaszczak, *Nowe przepisy karne ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Cz. II*, „Monitor Prawniczy” 24/2003, s. 1128.

certa, a właściwie *nulla contraventio sine lege certa*¹⁴, wymagająca określoności wykroczenia w obowiązujących przepisach ustawowych¹⁵. Nie sposób uznać, za wystarczająco dookreślone, w kontekście tejże zasady, ujęcie czynu zabronionego jako „działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami w zakresie reklamy zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta” (przy uwzględnieniu jedynie przepisu art. 3 ust. 1 i art. 25 ust. 2 ZNKU). Tak zdefiniowane znamiona, w szczególności w odniesieniu do „sprzeczności z dobrymi obyczajami” są zbyt ogólnikowe jak na formułowanie podstaw odpowiedzialności za wykroczenie i mogą prowadzić do dowolnych interpretacji. Powyższej konstatacji nie zmienia fakt, iż do określenia znamion wykroczenia w zakresie reklamy stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 16 ZNKU w ust. 1 w punkcie 1, także użyto pojęcia „sprzeczności z przepisami prawa lub dobrymi obyczajami”¹⁶, podobnie jak w samym art. 3 ust. 1 ZNKU. Jednolite rozumienie terminów „dobre obyczaje”¹⁷, użytych w przepisach art. 3 ust. 1 ZNKU oraz art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU, czyniłoby bezcelowym rozważanie, czy czyny nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, sformułowane jedynie na podstawie art. 3 ust. 1 ZNKU, podlegają penalizacji z art. 25 ust. 2 ZNKU, skoro te wszystkie zawierałyby się w kręgu czynów nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy typizowanych już na podstawie szczególnego przepisu, jakim jest art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU. W literaturze cywilistycznej termin „dobre obyczaje” rozumie się odmiennie w art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU (wąskie znaczenie) aniżeli w art. 3 ust. 1 ZNKU (szerokie znaczenie)¹⁸. Zatem skoro interpretacje cywilistyczne przepisów ZNKU szerzej rozumieją termin „dobre obyczaje” z art. 3 ust. 1 ZNKU niż ten sam termin użyty w przepisie art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU, a do rozpoznania znamion wykroczenia z art. 25 ust. 2 ZNKU konieczne jest posługiwanie się cywilistycznym rozumieniem czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, to poza zakresem penalizacji z art. 25 ust. 2 ZNKU pozostawić należy niestypizo-

¹⁴ Jak się wydaje odmienny pogląd wyrażają E. Nowińska i M. du Vall w *Komentarzu do ustawy...*, s. 340, gdzie za dopuszczaną została uznana sytuacja, w której oskarżyciel publiczny dookreślałby znamiona czynu nieuczciwej reklamy, aczkolwiek uznane to zostało za bliskie naruszeniu zasady *nullum crimen sine lege certa*.

¹⁵ Tak M. Błaszczuk, *Nowe przepisy karne...*, s. 1128.

¹⁶ Art. 16 ust. 1 p 1 ZNKU: *Czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności reklama sprzeczna z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka.*

¹⁷ Szerzej o pojęciu „dobrych obyczajów” na gruncie art. 3 ust. 1 ZNKU zob. w J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 154–168.

¹⁸ Uzasadnia się to w ten sposób, że jeśli przyjmie się, iż w obu przepisach użyto tego terminu w tym samym znaczeniu, to nie sposób wyjaśnić dlaczego w art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU zakazuje się dodatkowo reklamy uchybiającej godności człowieka, a w art. 16 ust. 1 pkt 2–5 ZNKU zabrania się innych form nieuczciwej reklamy, które są przecież ogólnie zakazane w art. 3 ZNKU jako sprzeczne z dobrymi obyczajami. Odejście od zasady interpretacji przepisów, w myśl której identycznym terminom w jednej i tej samej ustawie nadaje się to samo znaczenie, pozwala na racjonalną wykładnię art. 16 ZNKU; zob. szerzej R. Skubisz (w): *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 676–678, tam też przywołano poglądy odmiennie, sprzeciwiające się rozróżnieniu pojęcia „dobre obyczaje” na tle art. 3 ust. 1 ZNKU i art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU. Podobnie E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz do ustawy...*, s. 219.

wane w art. 16 ZNKU czyni nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, które wynikają z zastosowania jedynie art. 3 ust. 1 ZNKU. Takie rozumienie przepisów pozostaje w zgodzie z postulatem prowadzenia zawężonej interpretacji przepisów formułujących odpowiedzialność za wykroczenia¹⁹.

Ważkość czynionych wyżej uwag na temat konieczności prowadzenia zawężonej interpretacji, w kontekście uregulowania karnego, przepisów cywilnych formułujących odpowiedzialność z tytułu czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, zdaje się być zniweczona poprzez nad wyraz niedookreślone z punktu widzenia prawa karnego znamiona wykroczenia określone w art. 16 omawianej ustawy.

Powyższe rozważania prowadzące do wniosku, iż przy formułowaniu karnoprawnej odpowiedzialności za wykroczenie z art. 25 ust. 2 ZNKU należy zarzucić korzystanie z art. 3 ust. 1 ZNKU w zakresie jego funkcji uzupełniającej, nie mogą prowadzić do poglądu, iż wystarczająco ustawowo dookreślone pozostaje wykroczenie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, przy uwzględnieniu znamion tego wykroczenia sformułowanych w art. 16 ust. 1 ZNKU. W szczególności znamię reklamy sprzecznej z dobrymi obyczajami lub uchybiającej godności człowieka²⁰ ujęte jest nad wyraz nieostro. Pojęcia te obejmują zbyt dużą ilość możliwych do pomyślenia desygnatów, by obwarować przepisem penalizującym zachowania mieszczące się w ich granicach. Z tego też powodu należy zdecydowanie krytycznie ocenić tak sformułowane wykroczenie jako godzące w zasadę *nullum crimen sine lege certa*.

4. Funkcja korygująca przepisu art. 3 ust. 1 ZNKU i jej zastosowanie celem dekompletacji znamion wykroczenia stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy

Doniósłoby znaczenie dla ustalania karnoprawnej odpowiedzialności sprawcy czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy ma przepis art. 3 ust. 1 ZNKU z uwzględnieniem jego funkcji korygującej. Dla ustalenia, czy konkretne zachowanie sprawcy czynu realizuje znamiona wykroczenia, konieczna jest po ustaleniu, iż wyczerpane zostały znamiona przepisu art. 16 ZNKU, analiza przepisu art. 3 ust. 1 z uwzględnieniem jego funkcji korygującej. Funkcja korygująca przepisu art. 3 ust. 1 ZNKU realizuje się w ten sposób, iż jeżeli określony czyn, co prawda wypełnia hipotezę normy wynikającej z przepisu rozdziału 2 ustawy, jednakże nie wystąpi zarazem określona w art. 3 ust. 1 ZNKU przesłanka zagrożenia

¹⁹ Postulat ten wynika wprost z zasady *nullum crimen sine lege stricta* – zob. A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Zakamycze 2004, s. 44; P. Kozłowska-Kalisz (w:) *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, (red.) M. Mozgawa, Wolters Kluwer 2007, s. 19.

²⁰ O szczególnych typach reklamy stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji zob. w dalszej części opracowania.

lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, to uznać należy, że nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji²¹. Przyjmuje się także, iż już niewielkie natężenie nieuczciwości lub minimalny stopień naruszenia interesów innego uczestnika rynku uzasadnia odstąpienie od negatywnej oceny danego czynu na gruncie tegoż właśnie przepisu²². Skoro zatem, stosując przepis art. 3 ust. 1 ZNKU, dochodzi się do wniosku, iż konkretne zachowanie nie jest „czynem nieuczciwej konkurencji”, to też jest oczywiste, iż zachowanie takie, choć wyczerpujące znamiona przepisu szczególnego (art. 16 ust. 1 ZNKU), nie podlega penalizacji z art. 25 ust. 2 ZNKU.

5. Podmiot

Pewną trudność na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi ustalenie podmiotów odpowiedzialnych za wykroczenie nieuczciwej reklamy. Niewątpliwie do odpowiedzialności za wykroczenie pociągnięte mogą być jedynie osoby fizyczne. Przy tym art. 3 ust. 1 ZNKU stanowi, iż czyn nieuczciwej konkurencji ma zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy (...). Ze sformułowania, iż czynu nieuczciwej konkurencji dopuścić się można jedynie wobec „innego przedsiębiorcy”, należy wywieźć, iż zasadą jest, że sprawca czynu nieuczciwej konkurencji sam musi być przedsiębiorcą²³.

²¹ Tak SN w wyroku z 30 maja 2006 r. (I CSK 85/06, OSP 2008/5 poz. 55). G. Tylec w Glosie do tego wyroku (OSP 2008/5 s. 383), twierdzi, iż *każdy typowy delikt nieuczciwej konkurencji opisany w art. 5-17e jest sam przez się czynem sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami kupieckimi; nie jest potrzebne, jak uczynił to SN, nałożenie na sądy obowiązku każdorazowego, uwidocznionego w treści uzasadnienia wyroku, analizowania typowych deliktów nieuczciwej konkurencji przez pryzmat sprzeczności z prawem i dobrymi obyczajami kupieckimi, gdyż ustawodawca, opisując w sposób kazuistyczny delikty nieuczciwej konkurencji w rozdziale 2 ustawy, dał wyraz temu, iż są one zjawiskami niepożądanymi i tylko szczególne, nadzwyczajne okoliczności mogą sprawić, iż nie spotkają się one z sankcją; powód, który domaga się ochrony prawnej z tytułu naruszenia zasad uczciwej konkurencji i powołuje się w pozwie na któryś z deliktów z rozdziału 2 ustawy, nie powinien udowadniać, iż w zaistniałej sprawie zostały spełnione również przesłanki art. 3 ust. 1 ZNKU. Autor nie zgadza się przy tym ze stwierdzeniem SN, jakoby zawsze zachodziła potrzeba jednoczesnej oceny postępowania przedsiębiorcy z punktu widzenia przepisów zarówno rozdziału 2, jak i art. 3 ust. 1 ZNKU. J. Szwaia (red.), *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 139, twierdzi, iż korzystanie przez sądy (cywilne) z art. 3 ust. 1 ZNKU jako instrumentu korygującego powinno następować tylko w rzadkich, szczególnie uzasadnionych przypadkach, zaś ciężar udowodnienia takich wyjątkowych okoliczności spoczywa na pozwanym (art. 6 KC). Nie siląc się na próbę rozstrzygnięcia o słuszności którejś z przedstawionych wyżej koncepcji powstałych na gruncie prawa cywilnego, stwierdzić jedynie należy, iż na gruncie formułowania karnoprawnej oceny zachowania sprawcy czynu nieuczciwej konkurencji (szczególnie w zakresie reklamy), zawsze, z uwagi na rządzące procedurą karną zasady domniemania niewinności, prawdy materialnej oraz działania z urzędu organów procesowych, sąd rozstrzygający sprawę zobligowany będzie do badania zachowania sprawcy czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy także z punktu widzenia przepisu art. 3 ust. 1 ZNKU. Szerzej o funkcji korygującej przepisu art. 3 ust. 1 ZNKU zob. w J. Szwaia (red.), *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 137-141; E. Nowińska i M. du Vall, *Komentarz...*, s. 45, 63, 216.*

²² E. Nowińska i M. du Vall, *Komentarz...*, s. 44.

²³ Wyjątki od tej zasady występują m.in. w art. 11 i 12 ZNKU. Podobnie E. Nowińska i M. du Vall, *Komentarz...*, s. 60-61.

Stosownie do art. 2 ZNKU przedsiębiorcami, w rozumieniu ustawy, są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności gospodarczej.

Na podstawie art. 2 ZNKU „przedsiębiorcą” jest każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą zarobkowo lub zawodowo, bez względu na to, czy działalność jest jego działalnością główną czy uboczną oraz niezależnie od tego, czy został on lub nie został wpisany do rejestru przedsiębiorców lub ewidencji działalności gospodarczej, czy też wpisowi nie podlegał. Rozstrzyga zatem faktyczne uczestniczenie w obrocie gospodarczym, przy czym za takie może być uznane podjęcie działań zmierzających do uruchomienia działalności gospodarczej lub jej likwidowanie²⁴.

Zabieg prawodawcy, który formułując typ czynu zabronionego w art. 25 ust. 2 ZNKU, w prosty sposób odniósł się do sprawy czynu nieuczciwej konkurencji ustanowionego na gruncie prawa cywilnego, sprawia, iż osobami zdatnymi do pociągnięcia do odpowiedzialności za wykroczenie w zakresie reklamy z art. 25 ust. 2 ZNKU mogą być jedynie osoby fizyczne, które prowadząc chociażby ubocznie działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności gospodarczej. Niezrozumiałe jest pozostawienie wolnymi od odpowiedzialności za to wykroczenie osób wchodzących w skład organów osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, lub też w inny sposób działających w imieniu i na rzecz tychże podmiotów, np. jako ich pracownicy. Wyłączenie wyżej wymienionych osób spod odpowiedzialności za wykroczenie nie wydaje się słusznym zabiegiem i znacznie ogranicza podmiotowy zakres odpowiedzialności za wykroczenie. Osoby te, pomimo podjęcia przez nie działań i inicjatyw wymagających poddania ich negatywnej ocenie z punktu widzenia przepisów formułujących odpowiedzialność za wykroczenie, same nie będąc przedsiębiorcą a działając za takiego, będącego osobą prawną lub jednostką organizacyjną niemającą osobowości prawnej i doprowadzając przez swoje zachowanie do popełnienia przez tego przedsiębiorcę czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, pozostają wolne od odpowiedzialności za wykroczenie. Interpretacja odmienna formułująca szerszy krąg osób zdatnych do pociągnięcia do odpowiedzialności za wykroczenie z art. 25 ust. 2 ZNKU, byłaby nieuprawniona i musiałaby wynikać z rozszerzającej interpretacji przepisów cywilistycznych, dokonanej na użytek prawa wykroczeń, co należałoby ocenić jako niedopuszczalne w kontekście zasady *nullum crimen sine lege stricta*.

Przepis art. 17 ZNKU, stanowi, iż czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 16, dopuszcza się również agencja reklamowa albo inny przedsiębiorca, który reklamę opracował. Wobec występującego w tym przepisie sformułowa-

²⁴ Tak J. Szwaia (red.), *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 106, tam też szerzej o pojęciu przedsiębiorcy, zob. s. 103–129.

nia „albo inny przedsiębiorca”, nie budzi wątpliwości, że także podmioty w nim określone muszą być przedsiębiorcami²⁵. Także w kontekście przepisu art. 17 ZNKU krytycznie należy ocenić pozostawienie wolnymi od odpowiedzialności za wykroczenie w zakresie reklamy stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji osób wchodzących w skład organów osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej lub też w inny sposób działających w ich imieniu i na ich rzecz, na przykład jako ich pracownicy, będących agencjami reklamowymi lub innymi przedsiębiorstwami, które w ramach swej działalności opracowują reklamę.

6. Szczególne typy czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy

6. 1. Reklama sprzeczna z przepisami prawa

Sprzeczność z prawem na tle art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU zachodzi w razie prowadzenia reklamy z naruszeniem następujących prawnych regulacji dotyczących reklamy: zakazu reklamy towarów i usług, zakazu używania w reklamie pewnych określeń i nazw towarów i usług, zasad prowadzenia reklamy w środkach masowego przekazu.

Zakazy reklamy towarów i usług dzieli się na bezwzględne i względne. Bezwzględny zakaz wyłącza całkowicie reklamę konkretnych towarów i usług. Względny zakaz dotyczy natomiast jedynie określonych sposobów reklamy konkretnych towarów lub usług²⁶.

Do bezwzględnych zakazów należy zakaz reklamy alkoholu z wyjątkiem reklamy piwa (która objęta jest zakazem względnym). Zakaz reklamy alkoholu formułuje przepis art. 13¹ ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi²⁷, który stanowi, że zabrania się na obszarze kraju reklamy i promocji napojów alkoholowych, z wyjątkiem piwa, którego reklama i promocja jest dozwolona pod warunkami ściśle określonymi w dalszej części przepisu. Ten sam przepis w dalszych ustępach (3 i 4) zabrania reklamy produktów i usług, których nazwa, znak towarowy, kształt graficzny lub opakowanie wykorzystuje podobieństwo lub jest tożsame z oznaczeniem napoju alkoholowego lub innym symbolem obiektywnie odnoszącym się do napoju alkoholowego oraz zabrania reklamy przedsiębiorców oraz innych podmiotów, które w swoim wizerunku reklamowym wykorzystują nazwę, znak towarowy, kształt graficzny lub opakowanie związane z napojem alkoholowym, jego producentem lub dystrybutorem.

²⁵ Szerzej o agencjach reklamowych oraz o zasadach ponoszenia przez nie odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, zob. R. Skubisz (w:) *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 761–762.

²⁶ R. Skubisz (w:) *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 660; M. Mozgawa, *Zwalczanie nieuczciwej konkurencji środkami prawa karnego*, Gdańsk 1997, s. 83.

²⁷ Dz.U. z 2007 r., Nr 70, poz. 473 ze zm.

Bezwzględny zakaz reklamy dotyczy także reklamowania i promocji gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości, zakładów wzajemnych oraz gier na automatach; wyżej opisany zakaz nie obejmuje reklamy i promocji prowadzonej wewnątrz kasyna gry i punktu przyjmowania zakładów wzajemnych oraz oznaczenia nazwą, na zewnątrz budynku, miejsca, w którym znajduje się kasyno gry lub punkt przyjmowania zakładów wzajemnych (art. 29 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych²⁸).

Względny zakaz reklamy formułuje przepis art. 8 ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych²⁹, w którym zabrania się reklamowania i promocji wyrobów tytoniowych, rekwizytów tytoniowych i produktów imitujących wyroby lub rekwizyty tytoniowe oraz symboli związanych z używaniem tytoniu, a w szczególności: 1) w telewizji, radiu, kinach, zakładach opieki zdrowotnej, szkołach i placówkach oświatowo-wychowawczych, w prasie dziecięcej i młodzieżowej, na terenie obiektów sportowo-rekreacyjnych oraz w innych miejscach publicznych, 2) w prasie innej niż wymieniona w pkt 1, 3) na plakatach, w tym plakatach wielkoformatowych, 4) w środkach usług informatycznych; zabrania się sponsorowania przez firmy tytoniowe działalności sportowej, kulturalnej, oświatowej, zdrowotnej i społeczno-politycznej³⁰.

Przepis art. 57 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne³¹ zabrania kierowania do publicznej wiadomości reklamy dotyczącej produktów leczniczych: 1) wydawanych wyłącznie na podstawie recepty; 2) zawierających środki odurzające i substancje psychotropowe; 3) umieszczonych na wykazach leków refundowanych, zgodnie z odrębnymi przepisami, oraz dopuszczonych do wydawania bez recept o nazwie identycznej z umieszczonymi na tych wykazach; dotyczy to również reklamy produktu leczniczego, którego nazwa jest identyczna z nazwą produktu leczniczego wydawanego wyłącznie na podstawie recepty. Szczególne zasady prowadzenia reklamy produktów farmaceutycznych zawierają pozostałe przepisy artykułów od 52 do 61 powołanej wyżej ustawy³².

Także ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji³³ zawiera uregulowania dotyczące przede wszystkim sposobu emisji reklamy³⁴ oraz odnoszące się do zakazów reklamowych³⁵.

²⁸ Dz.U. z 2009 r., Nr 201, poz. 1540 ze zm.

²⁹ Ustawa z dnia 9 listopada 1995 r. (Dz.U. z 1996 r., Nr 10, poz. 55 ze zmianami).

³⁰ Zob. też M. Mozgawa, *Zwalczanie...*, s. 84.

³¹ Dz.U. z 2008 r., Nr 45, poz. 271 ze zm.

³² Przepisy te formułują szczególne zasady prowadzenia reklamy produktu leczniczego oraz obostrzenia dotyczące treści takiej reklamy.

³³ Dz.U. z 2004 r., Nr 253, poz. 2531 ze zm.

³⁴ Zob. przepisy art. 16 do 16a, które odnoszą się do sposobu wyodrębnienia reklamy od pozostałego przedmiotu emisji, dotyczą one długości i częstotliwości pojawiania się reklam oraz rodzaju audycji, które nie mogą być przerywane reklamą.

³⁵ Zob. przepis art. 16b oraz art. 16c, które zakazują nadawania poszczególnych rodzajów reklam.

Przepisy innych ustaw formułują obostrzenia w zakresie reklamy, których naruszenie może w szczególnych okolicznościach stanowić czyn nieuczciwej konkurencji³⁶.

Oprócz ustawy, do źródeł prawa zgodnie z art. 87 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej należą także konstytucja, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia. Należy poddać w wątpliwość w kontekście wynikającej z art. 42 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zasady *nullum crimen sine lege*, możliwość poddawania odpowiedzialności za wykroczenie z art. 25 ust. 2 ZNKU sprawy

³⁶ Zob. w szczególności art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 ze zm.), gdzie zastrzeżono, iż wyraz „bank” może być w reklamie używany jedynie dla określenia podmiotu będącego bankiem na gruncie tejże ustawy; zob. też art. 230 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U. z 2010 r., Nr 11, poz. 66 ze zm.), gdzie wprowadzono przepięstwo polegające na używaniu w reklamie wyrazów wskazujących na wykonywanie działalności ubezpieczeniowej lub reasekuracyjnej, gdy podmiot używający takiej nazwy nie jest zakładem ubezpieczeń ani zakładem reasekuracji; w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r. (Dz.U. z 2008 r., Nr 25, poz. 150 ze zmianami) prawo ochrony środowiska art. 80 stanowi, że reklama lub inny rodzaj promocji towaru lub usługi nie powinny zawierać treści propagujących model konsumpcji sprzeczny z zasadami ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju, a w szczególności wykorzystywać obrazu dzikiej przyrody do promowania produktów i usług negatywnie wpływających na środowisko przyrodnicze; podobnie ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. z 2007 r., Nr 14, poz. 89 ze zmianami), w szczególności w przepisie art. 18b, zakazuje zakładom opieki zdrowotnej reklamy udzielanych przez nie świadczeń zdrowotnych; na podstawie art. 30 ustawy z dnia 11 stycznia 2001 r. (Dz.U. z 2009 r., Nr 152, poz. 1222) o substancjach i preparatach chemicznych zabroniona jest także reklama substancji niebezpiecznej bez wymienienia kategorii niebezpieczeństwa związanej z tą substancją; każda reklama preparatu niebezpiecznego, która umożliwia konsumentom nabycie takiego preparatu bez uprzedniego obejrzenia oznakowania na jego opakowaniu, musi zawierać informację o rodzaju lub rodzajach zagrożeń wymienionych na oznakowaniu opakowania; zob. też art. 14 ust. 4 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz.U. z 2004 r., Nr 146, poz. 1546 ze zm.), dotyczy on używania w reklamie oznaczenia „fundusz inwestycyjny”, oraz art. 229 tejże ustawy, który określa warunki prowadzenia reklamy funduszu inwestycyjnego; zob. art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o udostępnianiu informacji gospodarczych i wymianie danych gospodarczych (Dz.U. z 2010 r., Nr 81, poz. 530), który ogranicza używanie w reklamie słów „biuro informacji gospodarczych” jedynie do podmiotów prowadzących tego rodzaju działalność w rozumieniu tejże ustawy; zob. też liczne przepisy ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U. z 2010 r., Nr 136, poz. 914), które określają warunki i zasady prowadzenia reklamy określonych środków spożywczych; zob. art. 36 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe (Dz.U. z 1984 r., Nr 5, poz. 24 ze zm.), który dotyczy sposobu prawidłowego oznaczenia reklamy w prasie; zob. art. 39 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U. z 2007 r., Nr 19, poz. 115 ze zm.) zabraniający umieszczania reklam w pasie drogowym poza obszarami zabudowanymi, z wyjątkiem parkingów; zob. też przepisy art. 46 i 47 z dnia 13 września 2002 r. o produktach biobójczych (Dz.U. z 2007 r., Nr 39, poz. 252 ze zm.) dotyczące sposobu reklamowania produktu biobójczego; zob. art. 29 oraz art. 134 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009 r., Nr 201, poz. 1540), gdzie zakazuje się reklamy określonych gier hazardowych; zob. art. 16 ustawy z dnia 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim (Dz.U. z 2001 r., Nr 100, poz. 1081 ze zm.), nakazujący podawanie rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania, wyliczonej od całkowitego kosztu kredytu w reklamie zawierającej jakiegokolwiek dane dotyczące kosztu kredytu konsumenckiego; zob. art. 215 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz.U. z 2010 r., nr 34, poz. 189 ze zm.), który formułuje przepięstwo polegające między innymi na bezprawnym posługiwaniu się w reklamie określeniami „fundusz emerytalny”, „powszechne towarzystwo emerytalne” lub „pracownicze towarzystwo emerytalne”; zob. też przepisy art. 14, 27 oraz 48 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz.U. z 2003 r., Nr 124, poz. 1154 ze zm.) gdzie wprowadzono obwarowania m.in. co do używania w reklamie określeń wskazujących na wykonywanie czynności agencyjnych albo czynności brokerskich w zakresie ubezpieczeń lub reasekuracji.

czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, który dopuścił się tego czynu, naruszając przepisy sformułowane w rozporządzeniu wykonawczym³⁷. Czyn zabroniony i rodzaj oraz wysokość kar, a także zasady ich wymierzania muszą zostać określone bezpośrednio w ustawie, przy tym konstytucja nie wyklucza doprecyzowania niektórych tylko elementów przez akty podustawowe³⁸. Rola takiego aktu polega wówczas na dookreśleniu pewnych elementów czynu zabronionego, który jako taki został wyraźnie określony w ustawie³⁹. Jednakże podstawowe znamiona czynu zabronionego muszą zostać określone w ustawie w sposób odpowiadający pewnym minimalnym wymogom precyzji, tak aby adresat normy prawnej mógł się zorientować na podstawie samej tylko ustawy co do zasadniczej treści ustanowionego zakazu⁴⁰. Tymczasem norma przepisu art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU, formułując czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy sprzecznej z przepisami prawa, ma charakter blankietowy. Pozostawia w całości uregulowanie znamion czynu innym przepisom prawnym, nie wyłączając spośród nich tych o charakterze podustawowym. Przepis ten nie pozwala jego adresatowi na zorientowanie się co do zasadniczej treści zakazu, skoro ten na dobrą sprawę nie został określony – różnorodność możliwych zachowań naruszających w jakikolwiek sposób przepisy prawa (także przepisy rozporządzeń wykonawczych) przy tworzeniu reklamy, jest trudna do ogarnięcia i poważnie utrudnia rozczytanie zakazu. Z uwagi na powyższe, dokonując interpretacji przepisu art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU na potrzeby ustalania odpowiedzialności za wykroczenie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy (art. 25 ust. 2 ZNKU), należy wykluczyć z katalogu „przepisów prawnych”, o jakich mowa w art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU rozporządzenia, bowiem te nie pozwalają na zachowanie zasady *nullum crimen sine lege*, skoro miałyby samodzielnie i w całości regulować znamiona czynu zabronionego.

6.2. Reklama sprzeczna z dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka

Jak zostało to już wyżej zaznaczone⁴¹, termin „dobre obyczaje” należy rozumieć odmiennie w art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU (wąskie znaczenie), aniżeli w art. 3 ust. 1 ZNKU (szerokie znaczenie). Za reklamę sprzeczną z dobrymi obyczajami i uchybiającą godności człowieka na tle art. 16 ust. 1 pkt 1 ZNKU, należy uznać reklamę sprzeczną z ogólnie przyjętymi w Polsce zasadami moralności. Chodzi o wszystkie przypadki używania w reklamie wyrazów, rysunków, ilustracji, uznawanych za obraźliwe lub nieprzyzwoite, jak również eksponowanie nędzy, poniżenia, cierpienia człowieka, wreszcie wykorzystanie symboli religijnych w sposób,

³⁷ Tak też M. Błaszczuk, *Nowe przepisy karne...*, s. 1128.

³⁸ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 czerwca 2005 r. (V KK 41/2005; OSNKW z 2005 r. Nr 9, poz. 83).

³⁹ P. Kozłowska-Kalisz (w:) *Kodeks karny...*, s. 18–19.

⁴⁰ Tamże.

⁴¹ Zob. uwagi ujęte w punkcie 3 „Podstawy formułowania znamion wykroczenia nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy” niniejszego opracowania.

który narusza uczucia religijne osób wierzących⁴². Pojęcie dobrych obyczajów jest w dużym stopniu ocenne i uznanie określonego stanu faktycznego za naruszający dobre obyczaje zależy w znacznej mierze od indywidualnych odczuć. Jak zostało już wyżej zauważone, pojęcie reklamy sprzecznej z dobrymi obyczajami lub uchylającej godności człowieka ujęte jest wyjątkowo nieostro jak na przepis formułujący podstawę odpowiedzialności za wykroczenie. Dlatego też, w kontekście przywoływanej już w niniejszym opracowaniu zasady *nullum crimen sine lege certa*, należy stwierdzić, iż ta przesłanka zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy na gruncie prawa cywilnego, bardzo rzadko może stanowić samodzielną podstawę formułowania odpowiedzialności za wykroczenie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy. Będą to jedynie sytuacje niebudzące wątpliwości – oczywiście naruszenia dobrych obyczajów lub godności człowieka.

6.3. Reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi

Reklama wprowadzająca w błąd jest jednym z najczęściej spotykanych w praktyce przypadków nieuczciwej reklamy. Reklama taka polega na wywołaniu w obrocie stanu niepewności przede wszystkim co do pochodzenia towaru, jego jakości, właściwości, przeznaczenia, wartości czy ilości. Do omyłek może dochodzić wskutek używania mylących, dwuznacznych czy też celowo nieprecyzyjnych oznaczeń i informacji⁴³. Reklama wprowadzająca w błąd to taka, która doprowadziła (lub mogła doprowadzić) do powstania wyobrażenia o towarze (usłudze) niezgodnego z obiektywnie istniejącym stanem rzeczy. Decydujące znaczenie mają tu wyobrażenia adresatów reklamy, a nie opinie reklamujących czy agencji reklamowych; pod uwagę powinno być brane rozumienie reklamy przez przeciętnego klienta⁴⁴. Przez pojęcie „przeciętnego klienta” rozumieć należy osobę należycie poinformowaną, odpowiednio ostrożną i uważną (sposstrzegawczą)⁴⁵. Mając na uwadze konieczność zawężonego i ścisłego interpretowania przepisów formułujących odpowiedzialność za wykroczenie, należy odrzucić rozumienie „przeciętnego klienta” jako osoby nieuważnej i łatwo poddającej się sugestiom. Elementem konstytutywnym reklamy wprowadzającej w błąd jest również możliwość wpływu tej reklamy na decyzję klienta co do nabycia towaru. Ta przesłanka określana jest jako (doniosłość) istotność wprowadzenia w błąd klienta. Jeżeli zatem dana reklama wprowadza w błąd, ale nie ma to wpływu na decyzję w kwestii nabycia towaru lub usługi, to jest ona obojętna w świetle art. 16 ust. 1 pkt 2 ZNKU⁴⁶.

⁴² R. Skubisz (w:) *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 679, tak też M. Mozgawa, *Zwalczanie...*, s. 84–86.

⁴³ I. Wiszniewska, *Ochrona przed reklamą wprowadzającą w błąd*, PPH 1996, nr 2, s. 1.

⁴⁴ M. Mozgawa, *Zwalczanie...*, s. 86.

⁴⁵ E. Nowińska i M. du Vall, *Komentarz...*, s. 238; M. Błaszczuk, *Nowe przepisy karne...*, s. 1129.

⁴⁶ R. Skubisz (w:) *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 691.

6.4. Reklama nierzeczowa

Przepis art. 16 ust. 1 pkt 3 ZNKU zakazuje stosowania reklamy nierzeczowej (tj. reklamy odwołującej się do uczuć klientów przez wywołanie lęku, wykorzystywanie przesądów lub łatwowierności dzieci). W literaturze cywilistycznej dominuje pogląd, iż wskazane wyżej wyliczenie ma charakter przykładowy i dlatego należy dyspozycją art. 16 ust. 1 pkt 3 ZNKU objąć również inne przypadki apelowania w reklamie do uczuć klienta poprzez podanie okoliczności nieistotnych z punktu widzenia cech oferowanego towaru lub usługi⁴⁷. Na gruncie formułowania karnoprawnej odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy wynikający z przepisu art. 16 ust. 1 pkt 3 ZNKU, należy przyjąć, iż znajdujące się w tym przepisie wyliczenie przypadków odwołania się do uczuć konsumenta za wyczerpujące. Wymaga tego zachowanie zasady *nullum crimen sine lege certa*.

6.5. Reklama ukryta

O tak zwanej reklamie ukrytej traktuje przepis art. 16 ust. 1 pkt 4 ZNKU, który stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest wypowiedź, która zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji. Uznaje się, że maskowanie reklamowego charakteru danego materiału narusza zasady uczciwej konkurencji. W każdym przypadku odbiorca reklamy powinien mieć możliwość łatwego odróżnienia materiałów reklamowych od innych niemających takiego charakteru⁴⁸. Pewne trudności praktyczne w kontekście rozpoznania reklamy ukrytej może stwarzać nowoczesna i skuteczna forma reklamy, jaką jest product placement. Jest to pokazywanie pozornie przypadkowo, najczęściej w filmach fabularnych i serialach telewizyjnych, określonego produktu z wyraźnym wskazaniem jego marki w celu wywołania skutku reklamowego⁴⁹.

6.6. Reklama uciążliwa

Przepis art. 16 ust. 1 pkt 5 ZNKU, ustanawiając czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie tzw. uciążliwej reklamy, zabrania reklamy, która stanowi istotną ingerencję w sferę prywatności, w szczególności przez uciążliwe dla klientów nabywanie w miejscach publicznych, przesyłanie na koszt klienta niezamówionych towarów lub nadużywanie technicznych środków przekazu informacji. Reklama uciążliwa polega na istotnej ingerencji w sferę prywatności odbiorcy reklamy, skutkiem czego jest ograniczenie swobody adresata reklamy co do podejmowania decyzji dotyczącej nabycia towaru lub usługi. Decyzja co do wyboru towaru

⁴⁷ Zob. ibidem, s. 730 oraz literatura tam podana.

⁴⁸ M. Mozgawa, *Zwalczanie...* s. 87.

⁴⁹ Szerzej R. Skubisz (w:) *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 739–740.

lub usługi może być podyktowana chęcią uwolnienia się od sytuacji wywołującej dyskomfort psychiczny lub fizyczny⁵⁰. Wyliczenie z art. 16 ust. 1 pkt 5 ZNKU ma charakter przykładowy. Także w tym przypadku, skuteczniając postulat określoności czynu zabronionego należy opowiedzieć się za ścisłym interpretowaniem tego przepisu przy formułowaniu odpowiedzialności za wykroczenie z art. 25 ust. 2 ZNKU. W takiej sytuacji należy brać pod uwagę jedynie zachowania wymienione w art. 16 ust. 1 pkt 5 ZNKU, a stanowiące ingerencję w sferę prywatności.

6.7. Reklama porównawcza

Także reklama porównawcza (tj. reklama umożliwiająca bezpośrednio lub pośrednio rozpoznanie konkurenta albo towarów lub usług oferowanych przez konkurenta) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji o ile jest sprzeczna z dobrymi obyczajami⁵¹.

7. Strona podmiotowa

Według przepisu art. 5 KW, wykroczenie można popełnić zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie, chyba że ustawa przewiduje odpowiedzialność tylko za wykroczenie umyślne. Przepis art. 25 ust. 2 ZNKU nie wypowiada się o stronie podmiotowej wykroczenia, którego znamiona formułuje, z czego płynie prosty wniosek, iż wykroczenie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy może być popełnione także nieumyślnie⁵². Co oczywiste zlecający lub tworzący reklamę świadomy będzie celów do jakich dąży oraz skutków jakie reklama ma osiągnąć. Z powyższego nie płynie jednak wniosek, iż wykroczenie opisane w art. 25 ust. 2 ZNKU może być popełnione jedynie umyślnie. Do pomyślenia bowiem jest sytuacja, w której zlecający reklamę lub jej twórca nieroztropnie (nieostrożnie) popełnia wykroczenie (czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy), nie uświadamiając sobie przed jej publikacją skutków wynikających ze społecznego odbioru tejże reklamy. Nieuprawnione na gruncie wyżej powołanego przepisu art. 5 KW, jest – moim zdaniem – twierdzenie, iż taki przedsiębiorca powinien być uwolniony od odpowiedzialności karnoprawnej za czyn nieuczciwej konkurencji, którego się dopuścił.

⁵⁰ Ibidem, s. 743.

⁵¹ Szerzej o reklamie porównawczej zob. ibidem, s. 753–760; E. Nowińska i M. du Vall, *Komentarz...*, s. 262–270.

⁵² Tak też M. Mozgawa (w:) *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 1012. Odmienny pogląd prezentują M. Błaszczak (w:) *Nowe przepisy karne...*, s. 1130; E. Nowińska i M. du Vall, *Komentarz...*, s. 430.

8. Zbieg przepisów

Wykroczenia czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy może być jednocześnie poddawane wartościowaniu na podstawie innych przepisów ustawy karnej. Sytuacja taka ma miejsce wówczas, gdy czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy polega na „reklamie sprzecznej z przepisami prawa” (art. 16 ust. 1 p. 1 ZNKU). Czyn wyczerpujący znamiona omawianego wykroczenia może wyczerpywać jednocześnie znamiona przestępstwa. Zastosowanie wówczas znajdzie przepis art. 10 KW⁵³. Jednakże o jednoczynowym zbiegu przestępstwa i wykroczenia, można mówić dopiero po wykluczeniu, iż miał miejsce pomijalny zbieg znamion przestępstwa i wykroczenia, wynikający z całkowitego pochłonięcia znamion wykroczenia przez znamiona przestępstwa. Tylko ustalenie *in concreto*, iż realizacja znamion przestępstwa zawiera realizację całości znamion wykroczenia pozwala na stwierdzenie, iż wykroczenie podlega regule konsumpcji (*lex consumens derogat legi consumpte*)⁵⁴. Ze względu na szczególne i niepowtarzalne w innych przepisach formułujących odpowiedzialność karną znamię wykroczenia czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, polegające na „zagrożeniu lub naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy lub klienta”, nie dojdzie do wyłączenia wielości ocen tego samego czynu. Z uwagi na występowanie tego niepoddającego się „pochłonięciu” przez inne przepisy karne znamienia stosować należy przepis art. 10 k.w.⁵⁵.

Wyczerpując znamiona wykroczenia czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, można jednocześnie wyczerpać znamiona innego wykroczenia. W takiej

⁵³ Art. 10 § 1. Jeżeli czyn będący wykroczeniem wyczerpuje zarazem znamiona przestępstwa, orzeka się za przestępstwo i za wykroczenie, z tym że jeżeli orzeczono za przestępstwo i za wykroczenie karę lub środek karny tego samego rodzaju, wykonuje się surowszą karę lub środek karny. W razie uprzedniego wykonania łagodniejszej kary lub środka karnego zalicza się je na poczet surowszych.

⁵⁴ Zob. M. Mozgawa, *Kodeks karny...*, s. 38; tak też. W. Marcinkowski, *Kilka zagadnień z obszarów wspólnych przestępstw i wykroczeń*, „Prokurator” 2001, nr 2–3, s. 22–32.

⁵⁵ Do pomyślenia wydaje się zbieg z przestępstwami: – sformułowanym w art. 45² powołanej wyżej ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, penalizującym prowadzenie reklamę napojów alkoholowych wbrew art. 45². 1w postanowieniom zawartym w art. 13¹ teże ustawy; – ustanowionym w art. 12 powołanej wyżej ustawy o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych, który penalizuje reklamowanie wyrobów tytoniowych wbrew postanowieniom art. 8 teże ustawy; – wynikającym z przepisu art. 230 powołanej wyżej ustawy o działalności ubezpieczeniowej, który penalizuje bezprawne posługiwanie się w reklamie wyrazami wskazującymi na wykonywanie działalności ubezpieczeniowej lub reasekuracyjnej; – ustanowionym w przepisie art. 215 powołanej wyżej ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, gdzie poddano odpowiedzialności karnej m.in. bezprawne posługiwanie się w reklamie określeniami „fundusz emerytalny”, „powszechnie towarzystwo emerytalne” lub „pracownicze towarzystwo emerytalne”; – sformułowanym w art. 48 powołanej wyżej ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, gdzie penalizowane jest bezprawne posługiwanie się w reklamie określeniami wskazującymi na wykonywanie czynności agencyjnych albo czynności brokerskich w zakresie ubezpieczeń lub reasekuracji; – wynikającym z art. 296 powołanej wyżej ustawy o funduszach inwestycyjnych, przewidującym odpowiedzialność karną za bezprawne posługiwanie się w reklamie oznaczeniami „fundusz inwestycyjny” lub „towarzystwo funduszy inwestycyjnych”.

sytuacji należy zastosować przepis art. 9 k.w.⁵⁶, przy czym przepis ten ma zastosowanie jedynie do właściwego zbiegu przepisów. W przypadku zbiegu z przepisami formułującymi odpowiedzialność za wykroczenia wydaje się, że wykroczenie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, polegające na „reklamie sprzecznej z przepisami prawa”, będzie konsumowało inne przepisy formułujące wykroczenia popełnione w zakresie reklamy, jeżeli penalizują one prowadzenie reklamy sprzecznej z przepisami prawa. Każde takie wykroczenie będzie swoimi znamionami (polegającymi na powstaniu reklamy sprzecznej z przepisami prawa) „zawierało się” w wykroczeniu czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy. Działanie zasady konsumpcji należy ustalać *in concreto*. Jeżeli zatem czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy będzie wyczerpywał znamiona wykroczenia z art. 129 ust. 2⁵⁷ powołanego wyżej prawa farmaceutycznego albo z art. 129a ust. 1⁵⁸ tejże ustawy, wówczas zastosowanie znajdzie reguła *lex consumens derogat legi consumpte* i przepisy prawa farmaceutycznego nie będą brane pod uwagę przy formułowaniu odpowiedzialności za wykroczenie. Podobna sytuacja będzie miała miejsce, gdy wykroczenie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy sprzecznej z przepisami prawa będzie jednocześnie wyczerpywało znamiona wykroczenia z art. 37 powołanej wyżej ustawy o substancjach i preparatach chemicznych⁵⁹. Także wtedy wykroczenie z ustawy o substancjach i preparatach chemicznych, jako w całości skonsumowane, nie będzie brane pod uwagę przy dokonywaniu kwalifikacji prawnej popełnionego czynu i nie znajdzie zastosowania przepis art. 9 k.w.

⁵⁶ Art. 9. Art. 1. § 1. Jeżeli czyn wyczerpuje znamiona wykroczeń określonych w dwóch lub więcej przepisach ustawy, stosuje się przepis przewidujący najsurowszą karę, co nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu środków karnych na podstawie innych naruszonych przepisów.

⁵⁷ 2. Tej samej karze podlega, kto: 1) prowadzi reklamę produktów leczniczych niedopuszczonych do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub 2) prowadzi reklamę niezgodną z Charakterystyką Produktu Leczniczego albo z Charakterystyką Produktu Leczniczego Weterynaryjnego lub 3) nie przechowuje wzorów reklam lub 4) nie prowadzi ewidencji dostarczanych próbek produktów leczniczych lub 5) nie wykonuje niezwłocznie decyzji nakazujących: a) zaprzestania ukazywania się lub prowadzenia reklamy produktów leczniczych sprzecznej z obowiązującymi przepisami, b) publikację wydanej decyzji w miejscach, w których ukazała się reklama sprzeczna z obowiązującymi przepisami, oraz publikację sprostowania błędnej reklamy, c) usunięcia stwierdzonych naruszeń.

⁵⁸ Art. 129a. 1. Kto kieruje do publicznej wiadomości reklamę produktów leczniczych: 1) wydawanych wyłącznie na podstawie recepty lub 2) których nazwa jest identyczna z nazwą produktu leczniczego wydawanego wyłącznie na podstawie recepty lub 3) zawierających środki odurzające lub substancje psychotropowe lub 4) umieszczonych na wykazach leków refundowanych lub produktów leczniczych wydawanych bez recepty o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych umieszczonych na tych wykazach, podlega grzywnie.

⁵⁹ Art. 37. 1. Kto reklamuje substancję niebezpieczną bez wymienienia kategorii niebezpieczeństwa związanej z tą substancją – podlega karze grzywny. 2. Tej samej karze podlega ten, kto zamieszcza reklamę niebezpiecznego preparatu, która nie zawiera informacji o rodzaju lub rodzajach zagrożeń wymienionych na oznakowaniu opakowania takiego preparatu, jeżeli reklama ta umożliwiła konsumentom nabycie takiego preparatu bez uprzedniego obejrzenia oznakowania na jego opakowaniu.

9. Zagrożenie karne

Popełnienie omawianego wykroczenia zagrożone jest karą aresztu albo grzywny. Zgodnie z art. 19 k.w. kara aresztu trwa najkrócej 5, najdłużej 30 dni; wymierza się ją w dniach. Karę grzywny reguluje przepis art. 24 § 1 k.w., wskazując, iż grzywnę wymierza się w wysokości od 20 do 5000 złotych.

W przepisach ZNKU formułujących to wykroczenie nie zostały przewidziane środki karne, zatem zgodnie z art. 28 § 2k.w. w zw. z art. 48 k.w. nie można ich zastosować przy skazywaniu za popełnienie tego wykroczenia.

10. Wnioski

Sformułowane w art. 25 ust. 2 ZNKU wykroczenie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, z powodu jego prostego odniesienia do skomplikowanych unormowań prawa cywilnego, rodzi wiele wątpliwości. Zakres zachowań podlegających penalizacji jest wyjątkowo nieostry i dyskusyjny, a przez to godzący w zasadę *nullum crimen sine lege*. Przy stosowaniu tego przepisu należy zachować daleko idącą ostrożność oraz mieć na uwadze reguły rządzące procedurą w sprawach o wykroczenia. Dlatego też na przykład przy ustalaniu, czy w kontekście art. 25 ust. 2 ZNKU doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, jest oczywiste, że nie będzie miał zastosowania przepis art. 18a ZNKU [który stanowi, że ciężar dowodu prawdziwości (...) wypowiedzi zawartych w reklamie spoczywa na osobie, której zarzuca się czyn nieuczciwej konkurencji związany z wprowadzeniem w błąd]. Wątpliwości budzi także zakres podmiotów podlegających odpowiedzialności z tytułu sformułowanego wykroczenia.

Należy krytycznie ocenić sposób sformułowania omawianego wykroczenia, jednakże spoglądając na dynamikę reklamy, jako nieodłącznego obecnie elementu życia społecznego oraz dostrzegając wiele zagrożeń z niej płynących, konieczne wydaje się poddanie penalizacji przynajmniej niektórych zachowań stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy (jak chociażby reklamy wprowadzającej w błąd). Doprecyzowanie znamion omawianego wykroczenia wydaje się niezbędne w przyszłości dla umożliwienia jego szerokiego stosowania, a przez to rzeczywistego uskutecznienia ochrony przed reklamą stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji.

STRESZCZENIE

W artykule poddano analizie wykroczenie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy, sformułowane w art. 25 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis sformułowany w sposób prosty („tej samej karze

podlega, kto dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy”) rodzi poważne problemy interpretacyjne. Posługując się cywilistycznym pojęciem „czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy”, prawodawca zmusza do analizy innych przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w szczególności art. 16, art. 3 ust. 1, art. 2 oraz art. 17) celem ustalenia, czy czyn taki zaistniał. Dopiero wykładnia tychże przepisów zastosowanych łącznie pozwala na sformułowanie znamion tego wykroczenia. Oczywiście, dla prawidłowej interpretacji przepisów ustanawiających to wykroczenie jest konieczne posiłkowanie się opracowaniami z zakresu prawa cywilnego, z uwzględnieniem konieczności prowadzenia zawężonej interpretacji przepisów formułujących odpowiedzialność karną. W opracowaniu zwrócono uwagę na zbyt ogólne sformułowanie podstaw odpowiedzialności omawianego wykroczenia, a także poddano krytyce sposób określenia kręgu podmiotów zdalnych do przypisania im odpowiedzialności za omawiane wykroczenie.

SUMMARY

The article analyzes an offence of unfair competition in the field of advertising as it is defined in Article 25 item 2 of the Act on Fighting against Dishonest Competition of 16 April 1993. The regulation formulated in a simple way (“who commits an act of dishonest competition in the field of advertising is subject to the same punishment”) produces serious interpretational problems. Using the civil law concept of “an act of dishonest competition in the field of advertising”, the legislator demands the analysis of other regulations of the Act on Fighting against Dishonest Competition (especially Article 16, Article 3 item 1, Article 2 and Article 17) in order to establish whether this kind of act has been committed. Only the interpretation of all these provisions applied together enables the formulation of the features of that offence. Obviously, for the appropriate interpretation of the provisions identifying this offence it is necessary to make use of works in the field of civil law, including the necessity to carry out a limited interpretation of the provisions formulating criminal liability. The actual work highlights too general formulation of liability grounds for this kind of offence and criticizes the way of defining entities which can be made liable for the discussed kind of offence.