

Agresywne praktyki rynkowe

1. Uwagi ogólne

Dyrektywa 2005/29/WE wprowadziła szczególną kategorię nieuczciwych praktyk handlowych w postaci praktyk agresywnych, które dla swej kwalifikacji nie wymagają wykazania przesłanki wprowadzenia w błąd konsumenta. Stanowią one istotne novum dla systemu ochrony konsumentów zarówno w europejskim, jak i polskim systemie prawa. Ustawodawca europejski kierował się, jak się wydaje, potrzebą ustanowienia jednolitego standardu skuteczniejszego zwalczania najbardziej szkodliwych praktyk handlowych skierowanych do konsumenta. Stworzył zatem osobną kategorię praktyk agresywnych¹, która tym samym została powielona przez systemy krajowe.

W grupie praktyk agresywnych wymienionych w załączniku I dyrektywy i w rezultacie w art. 9 u.p.n.p.r. znalazły się działania z jednej strony często stosowane przez przedsiębiorców, z drugiej jednoznacznie negatywnie oceniane z uwagi na wysoki stopień zagrożenia dla interesów ekonomicznych konsumenta i samego funkcjonowania jednolitego rynku europejskiego. Źródłem wyodrębnienia tej grupy praktyk były również liczne skargi konsumenckie wnoszone do organów unijnych. W ten sposób otrzymaliśmy grupę praktyk, która – patrząc z perspektywy czynów stypizowanych – nie zawsze jednak odznacza się agresywnością postępowania przedsiębiorcy, rozumianą w sposób tradycyjny w zgodzie z dyrektywami płynącymi z języka, a niezależnie od treści nadanej im przez ustawodawcę. Niemniej, doszło do ustanowienia osobnej normatywnej subkategorii agresywnych działań przedsiębiorców, mieszczącej się w ogólnej grupie nieuczciwych praktyk rynkowych.

¹ W doktrynie krytycznie odniesiono się do ogólnej formuły „praktyk agresywnych”: M. Kępiński, *Opinia z 22 stycznia 2007 r. o projekcie ustawy o zwalczaniu nieuczciwych praktyk handlowych*, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 2, s. 231; R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 425 i n.

2. Pojęcie agresywnej praktyki handlowej

Punktem wyjścia do analizy agresywnych praktyk handlowych powinna zostać definicja praktyk agresywnych. Przyjrzyjmy się zatem zestawieniu definicji praktyki agresywnej w dyrektywie oraz ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Dyrektywa 2005/29/WE (art. 8)	Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (art. 8)
Praktyka, która w konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy i okoliczności, poprzez nękanie, przymus, w tym z użyciem siły fizycznej, lub bezprawny nacisk, w znaczny sposób ogranicza lub może ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowanie względem produktu i tym samym powoduje lub może spowodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął.	Praktyka, która przez niedopuszczalny nacisk w znaczny sposób ogranicza lub może ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowanie względem produktu i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął.

Nie ulega wątpliwości, że także agresywne praktyki handlowe muszą spełniać ogólne przesłanki nieuczciwej praktyki rynkowej, omówione już wcześniej. Zatem zgodnie z definicją praktyk handlowych i podstawową klauzulą generalną omawianej regulacji praktyka agresywna musi posiadać związek z promocją lub nabyciem produktu, posiadać nieuczciwy charakter i wpływać w sposób istotny na zachowanie rynkowe konsumenta.

Konstrukcja art. 8 u.p.n.p.r. pozwala na przyjęcie, że mamy do czynienia z małą klauzulą generalną właściwą wyłącznie dla kwalifikacji praktyk agresywnych. Posłużono się bowiem zwrotami, które co prawda nie polegają na klasycznym odesłaniu do norm pozaprawnych, jak przyjęto w art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r. i art. 3 u.z.n.k., lecz są na tyle pojemne i niedookreślone, iż mogą służyć do abstrakcyjnej kwalifikacji zachowań przedsiębiorców jako praktyk agresywnych. Taki rezultat przynosi odwołanie do „ograniczenia swobody wyboru lub zachowania przez niedopuszczalny nacisk” oraz „potencjalnego lub rzeczywistego podjęcia decyzji, której inaczej by się nie podjęło”.

Posługiwanie się klauzulami generalnymi zapewnia elastyczność stosowania prawa, co pozwala na pełniejszą realizację celu ustawy. Niewątpliwie zabieg ten spełnia funkcję definiującą agresywne zachowania rynkowe oraz funkcję uzupełniającą w odniesieniu do praktyk stypizowanych, pozwalając na kwalifikację innych zachowań przedsiębiorcy niż wprost wymienione w ustawie, a spełniających przesłanki klauzuli generalnej, jako zakazanych praktyk agresywnych². Oddając jednak szerokie pole swobody decyzyjnej organom orzekającym, negatywnie

² Na temat dopuszczalności funkcji korygującej zob. uwagi poczynione niżej.

wpływa się na pewność prawa. Skutek ten bardziej jednak dotyczy przedsiębiorców niż konsumentów.

Aby praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorcę została uznana za praktykę agresywną, musi łącznie spełnić następujące przesłanki:

- 1) ograniczyć w sposób rzeczywisty lub potencjalny:
 - swobodę wyboru konsumenta lub
 - zachowanie się konsumenta względem produktu,co jest skutkiem niedopuszczalnego nacisku, oraz
- 2) spowodować lub móc spowodować podjęcie przez konsumenta decyzji, której inaczej by nie podjął.

Przy czym przesłanka druga nie może być rozpatrywana niezależnie od pierwszej. W konkretnym przypadku należy wykazać, że każda z nich była odpowiednio – dalszym lub bliższym rezultatem niedopuszczalnego nacisku. Przedstawione podejście oznacza również, że ograniczenie swobody wyboru powinno mieć charakter na tyle istotny (lub znaczny), aby mogło wpłynąć na decyzję konsumenta. Otrzymaliśmy w ten sposób wieloskładnikową, złożoną konstrukcję, negatywnie wpływającą na przejrzystość regulacji i jej stosowanie w praktyce. Jest to jednak typowa cecha całej regulacji w zakresie nieuczciwych praktyk rynkowych.

Jednym z istotnych mankamentów klauzuli generalnej wydaje się ujęcie przesłanki zniekształcenia zachowań rynkowych klienta. Jest ona tak skonstruowana, że jej realizacja może mieć miejsce w zasadzie tylko w wypadku praktyk przedkontraktowych. Sformułowanie „podjęcie decyzji wobec umowy, której inaczej by nie podjął” sugeruje bowiem, że umowa nie została jeszcze zawarta. Konsument, znajdując się pod wpływem informacji oraz szczególnych zachowań przedsiębiorcy, dokonuje określonego wyboru względem nabycia produktu. Wybór ten może dotyczyć samego faktu nabycia bądź też określonego elementu umowy wiążącej go z przedsiębiorcą. W ten sposób powinna wyglądać modelowa interpretacja tej sytuacji, co znajduje pełne zastosowanie w przypadku praktyk określonych w art. 9 pkt 1–3 oraz 5–8 u.p.n.p.r. Jednakże przełożenie testu deformacji zachowań rynkowych konsumenta na: sferę po zawarciu umowy, jak ma to miejsce w przypadku praktyki opisanej w art. 9 pkt 4 u.p.n.p.r., lub praktyki agresywnej spoza katalogu odnoszącej się do realizacji umowy lub okresu po jej zakończeniu, napotyka trudności. Powinniśmy się bowiem doszukiwać hipotetycznej decyzji konsumenta względem umowy, którą podjąłby już bez niedopuszczalnego nacisku. Tymczasem wspomniana praktyka agresywna w zakresie realizacji roszczeń konsumenta ze stosunków ubezpieczeniowych może w ogóle nie dotyczyć stosunku umownego. Pamiętajmy też, że generalna konstrukcja ustawy (jak i dyrektywy) oparta na przesłance zniekształcenia rynkowych działań konsumenta posługuje się testem przeciętnego konsumenta wywodzącym się przecieź z interpretacji przesłanki wprowadzenia w błąd, co ma miejsce na etapie przedkontraktowym.

Sposobem wyjścia z sytuacji jest szeroka interpretacja „decyzji względem umowy”, która co do zasady wydaje się dopuszczalna ze względu na wyraźnie sformułowany cel całej regulacji. Chodziłoby tutaj zatem o decyzje konsumenta względem szeroko rozumianego stosunku zobowiązaniowego między konsumentem a przedsiębiorcą, obejmującego również realizację umowy (lub roszczeń powstałych z popełnienia czynów niedozwolonych, jak w przypadku realizacji roszczeń odszkodowawczych ze stosunku ubezpieczenia) oraz sferę po zakończeniu umowy (roszczenia o nienależyte wykonanie umowy). Ale także i wtedy pojawiają się wątpliwości w znalezieniu modelowej decyzji konsumenta, jaką podjąłby bez niedopuszczalnego nacisku. Dla przykładu, można postawić pytanie – o jaką inną decyzję konsumenta może chodzić w przypadku milczenia przedsiębiorcy ubezpieczeniowego wobec kierowanej do niego korespondencji? W przypadku niesty-pizowanej praktyki agresywnej dotyczącej sfery realizacji umowy należałoby raczej odnieść test zniekształcenia zachowań rynkowych do sytuacji sprzed umowy. Sytuacja rozpatrywana byłaby według schematu: „gdyby konsument wiedział, jak będzie wyglądała realizacja umowy, to by jej nie zawarł”.

Pojęciem nieostrym jest również termin „niedopuszczalny nacisk”. W dodatku, podczas procesu implementacji doszło do uchwalenia tekstu różniącego się w sposób istotny od wersji przyjętej w dyrektywie (o czym niżej), co nie wpływa korzystnie na poprawną interpretację tego terminu. Pomocne będzie tutaj poniższe zestawienie, należy pamiętać również o uwzględnieniu art. 8 dyrektywy.

Dyrektywa 2005/29/WE (art. 2 lit. j)	Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (art. 8 ust. 2)
<p>Bezprawny nacisk oznacza wykorzystanie przewagi względem konsumenta w celu wywarcia na niego presji, także bez użycia siły fizycznej lub groźby jej użycia, w sposób znacznie ograniczający zdolność konsumenta do podjęcia świadomej decyzji.</p>	<p>Za niedopuszczalny nacisk uważa się każdy rodzaj wykorzystania przewagi wobec konsumenta, w szczególności użycie lub groźbę użycia przymusu fizycznego lub psychicznego, w sposób znacznie ograniczający zdolność przeciętnego konsumenta do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej umowy.</p>

Niedopuszczalny nacisk jest następną nową kategorią, która, jak należy uznać, posiada również charakter autonomiczny³. Polski ustawodawca zrezygnował z posłużenia się pojęciem bezprawnego nacisku, definiując pojęcie niedopuszczalnego nacisku częściowo w sposób niezależny od dyrektywy, częściowo przejmując jej postanowienia.

Nie ulega wątpliwości, że ocena, czy doszło do stosowania praktyki agresywnej, powinna nastąpić *ad casum*, przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności. Sugeruje to wprost sama ustawa w ust. 3 art. 9 u.p.n.p.r. (niezależnie od wniosków wpływających z klauzuli generalnej), nakazując uwzględnienie wszystkich cech

³ A. Michalak, *Przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 109.

praktyki oraz okoliczności wprowadzenia produktu na rynek. Organ orzekający powinien w szczególności uwzględnić:

- a) czas, miejsce, rodzaj lub uciążliwość danej praktyki;
- b) celowe wykorzystanie przez przedsiębiorcę przymusowego położenia konsumenta lub innych okoliczności na tyle poważnych, że ograniczają one zdolność konsumenta do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej umowy;
- c) uciążliwe lub niewspółmierne bariery pozaumowne, które przedsiębiorca wykorzystuje, aby przeszkodzić konsumentowi w wykonaniu jego praw umownych, w tym prawa do odstąpienia i wypowiedzenia umowy lub do rezygnacji na rzecz innego produktu lub przedsiębiorcy;
- d) groźbę podjęcia działania niezgodnego z prawem lub użycie obraźliwych sformułowań bądź sposobów zachowania.

Również i tutaj znajdujemy wyraźne odniesienia do sfery po zawarciu umowy, jak ma to miejsce w pkt c.

Zgodność z dyrektywą 2005/29/WE

Już zwykle zestawienie przedstawione powyżej wskazuje na spore różnice treściowe pomiędzy dyrektywą a ujęciem zastosowanym w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Przede wszystkim zwraca tu uwagę pominięcie przez ustawodawcę polskiego niektórych sformułowań oraz o wiele bardziej zwięzła redakcja. Dla pełniejszego obrazu można dodać, że projekt ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym nie zawierał w tym względzie odmiennej – w stosunku do ostatecznej wersji ustawy – redakcji⁴. Pojawia się zatem pytanie, czy w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym znalazła się właściwa implementacja dyrektywy 2005/29/WE. W literaturze wskazuje się, że ustawodawca pominął niektóre postanowienia dyrektywy⁵, zmierzając jednak do osiągnięcia celów dyrektywy innymi środkami.

Można przyjrzeć się temu zagadnieniu dokładniej. Dyrektywa przewiduje trzy formy zjawiskowe praktyk agresywnych: nękanie, przymus, bezprawny nacisk, przy czym tylko pojęcie bezprawnego nacisku zostało normatywnie zdefiniowane⁶. Tymczasem w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym pojawia się jedna forma zjawiskowa zdefiniowana w sposób szeroki. Można przyjąć, jak w uzasadnieniu projektu, że:

różnica między definicją z art. 2 lit. j dyrektywy polega wyłącznie na zastosowaniu pojęć znanych prawu polskiemu, bez konieczności modyfikacji zakresu definicyjnego. Tym

⁴ Druk sejmowy nr 1682 z 2007 r.

⁵ M. Rogowski, *Agresywne praktyki handlowe oraz ich implementacja do prawa polskiego*, MoP 2008, nr 2, s. 84.

⁶ Por. M. Namysłowska, *Zwalczanie nieuczciwych praktyk handlowych na podstawie dyrektywy 2005/29/WE*, cz. II, PPH 2007, nr 6.

samym pod pojęciem niedopuszczalnego nacisku należy rozumieć każdy rodzaj perswazyjnego przymusu, wykorzystującego słabość drugiej strony, w tym zarówno przymus fizyczny, jak też przymus psychiczny, [...] użyty w celu ograniczenia konsumentowi swobody podjęcia decyzji względem produktu. Należy podkreślić, że definicja obejmuje również nękanie i przymus, co jest zgodne z systematyką prawa polskiego.

Powyższe podejście może budzić wątpliwości, wskazuje się bowiem, że krok ten może przeszkodzić realizacji celu udzielenia szerszej ochrony, jaką chciał uzyskać ustawodawca europejski, wprowadzając trzy formy zjawiskowe praktyki agresywnej⁷.

Na obronę można przyjąć, że dla zastosowania dyrektywy podstawowe znaczenie ma cel konkretnego środka prawnego⁸. Państwa członkowskie muszą zatem zapewnić realizację zamierzeń dyrektywy, co nie oznacza jednolitości w zakresie poszczególnych środków, jakie zostały użyte podczas implementacji; również i w przypadku zastosowania zasady harmonizacji maksymalnej. Zastanówmy się zatem, czy pomimo odmiennego ujęcia w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym można zagwarantować realizację celu dyrektywy, tzn. czy skutki kwalifikacji praktyki agresywnej opartej na niedopuszczalnym nacisku będą takie same jak w przypadku kryteriów nękania, przymusu i bezprawnego nacisku.

Nękanie powinno się rozumieć jako działanie odznaczające się istotnym stopniem uciążliwości, posiadającym element kontynuacji w pewnym okresie (brak jednorazowości), ingerującym w sferę prywatności konsumenta. Typowym przykładem będzie tu praktyka z art. 9 pkt 3 u.p.n.p.r. Bezprawny nacisk polega na wykorzystywaniu jakiegokolwiek przewagi wobec konsumenta, niezależnie od jej źródła, na przykład przewagi intelektualnej, organizacyjnej, ekonomicznej itp. Przymus jest działaniem idącym najdalej, wywołującym poczucie lęku i zagrożenia (przymus psychiczny), strachu lub wprost pozbawienia możliwości decydowania zgodnego z rzeczywistą wolą (przymus fizyczny). Nakładając tak rozumiane postaci zjawiskowe praktyk agresywnych na krajową kategorię „niedopuszczalnego nacisku”, można jednak dojść do zadowolających wniosków. W zasadzie każde z nich zostaną objęte działaniem art. 8 u.p.n.p.r., być może poza niektórymi przypadkami nękania. Na przykład uciążliwa niezamawiana korespondencja elektroniczna nie zawsze musi oznaczać stosowanie niedopuszczalnego nacisku, spełniając, moim zdaniem, przesłankę nękania⁹. Tym samym wydaje się uprawnione twierdzenie, że polski ustawodawca zapewnił (przynajmniej w przeważającej części) realizację ochronnego celu dyrektywy.

⁷ M. Rogowski, *Agresywne praktyki handlowe...*, s. 86.

⁸ Opinia Rzecznika Generalnego z 3 września 2009 r. w sprawie C-304/08 (*Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. przeciwko Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*).

⁹ Pojawiają się głosy, które w ogóle kwestionują kwalifikację niezamawianej komunikacji jako nieuczciwej praktyki handlowej z uwagi na niespełnianie przesłanki ograniczenia swobody wyboru. Por. G. Howels, *Aggressive Commercial Practices*, w: G. Howels, H.-W. Micklitz, T. Wilhelmsson, *EU Fair Trading Law*, Ashgate 2006, s. 175 i n. Zob. też M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 216 i n.

3. Czarna lista agresywnych praktyk rynkowych

Lista agresywnych praktyk rynkowych, zarówno w dyrektywie, jak i w ustawie, obejmuje osiem pozycji, będąc znacznie krótsza niż odpowiednia czarna lista praktyk wprowadzających w błąd. Niemniej na liście znajdują się najbardziej typowe praktyki powszechnie kojarzone z wysokim stopniem szkodliwości dla interesów konsumentów. Warto zauważyć, że poziom agresji w poszczególnych praktykach jest różny¹⁰, poza tym jedna z nich stanowi wręcz typowy przykład praktyki wprowadzającej w błąd (art. 9 pkt 8 u.p.n.p.r.). Nie przeczy to jednak podstawowej zalece czarnej listy, jaką jest możliwość bardziej efektywnego zwalczania stypizowanych praktyk agresywnych bez konieczności analizy *in concreto* pod kątem spełniania ogólnych przesłanek praktyki agresywnej z art. 8 u.p.n.p.r.

Mimo wskazanej korzyści posłużenia się listą praktyk agresywnych (w każdych okolicznościach), co notabene jest częstym zabiegiem ustawodawcy europejskiego w przypadku regulacji konsumenckich, pojawiają się jednak w związku z tym pewne wątpliwości. Omawiana metoda regulacji może powodować bowiem pewne trudności przy kwalifikacji innych praktyk przedsiębiorców niezajdujących się na czarnej liście praktyk agresywnych. Rzeczywistość udowadnia bowiem, że zbudowanie zarzutu (jak i rozstrzygnięcia) na podstawie normy prawnej w postaci klauzuli ogólnej wymaga podjęcia trudu skonstruowania czynu zabronionego niejako na nowo. Może to implikować pewną niechęć organów orzekających do negatywnej kwalifikacji praktyk przedsiębiorców spoza czarnej listy. Wskazaną sytuację może potęgować również większy niż zwykle¹¹ stopień skomplikowania, jaki towarzyszy małej klauzuli generalnej z art. 8 ust. 1 u.p.n.p.r. Poza tym, posłużenie się regulacją opartą na klauzuli generalnej i części szczegółowej powoduje pojawienie się kontrowersji związanych z dopuszczalnością zastosowania korygującego oddziaływania klauzuli generalnej. Problem ten jest dobrze znany prawu zwalczania nieuczciwej konkurencji, gdzie w przeważającej części doktryna i orzecznictwo odnoszą się jednak przychylnie do możliwości korygowania kwalifikacji opartej na stypizowanym czynie nieuczciwej konkurencji. Sytuacja ta znajdzie swój wyraz także na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Otóż nie można wykluczyć, a nawet z dużym prawdopodobieństwem można się spodziewać¹², że niektóre praktyki agresywne nie zawsze będą wiązać się z przejawami agresji deformującej zachowania rynkowe konsumentów. Ponieważ praktyki z listy są zakazane w każdych okolicznościach, nie ma możliwości na ich odmienną kwalifikację, jeśli literalnie spełniają znamiona czynu zabronionego. Odmienną kwalifikację mogłoby zapewnić dopuszczenie korygującego oddziaływania art. 8 ust. 1 u.p.n.p.r., co nie wydaje się wszakże

¹⁰ Tak też A. Michalak, *Przeciwdziałanie...*, s. 113.

¹¹ Chodzi tu o przepis art. 3 u.z.n.k.

¹² Tak jak w przypadku praktyki agresywnej z pkt 7 art. 9 u.p.n.p.r. polegającej na informowaniu konsumenta o możliwej utracie pracy lub środków do życia w celu skłonienia go do zakupu.

oczywiste. Podstawową przeszkodą do zastosowania funkcji korygującej jest bowiem wyraźne sformułowanie, że lista zawiera praktyki nieuczciwe „w każdych okolicznościach”. Tak kategorycznego ujęcia nie spotykamy na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Co za tym idzie, wydaje się, że ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym nie pozostawia miejsca na wskazywanie przyczyn/okoliczności uzasadniających zastosowanie funkcji korygującej klauzuli generalnej, i to zarówno z art. 8 ust. 1, jak i art. 4 ust. 1 u.p.n.p.r. Powyższą konkluzję zdaje się potwierdzać również przewodnik dotyczący implementacji i stosowania dyrektywy 2005/29/WE w sprawie nieuczciwych praktyk rynkowych, który jednoznacznie podkreśla, że organy krajowe są zwolnione od oceny (*case-by-case assessment*) spełniania kryteriów art. 5 lub 9 dyrektywy w przypadku praktyk stypizowanych¹³.

Wyjściem z impasu mogłoby być postulowane¹⁴ zastosowanie tzw. szarej listy. Jej funkcjonowanie polegałoby na wprowadzeniu domniemania agresywności poszczególnych praktyk z listy, co zmieniłoby w konsekwencji jedynie rozkład ciężaru dowodowego. W konsekwencji pozwoliłoby na ocenę konkretnego zachowania przedsiębiorcy w świetle ogólnych przesłanek praktyki agresywnej.

Ponadto, poszczególne zredagowanie praktyk agresywnych budzi zastrzeżenia, co przekłada się na uznanie celowości wprowadzenia konkretnego zakazu. Dzieje się tak albo z uwagi na wątpliwości pod względem jej agresywnego charakteru, albo z racji niejasnego sformułowania przesłanek. Do tej grupy zaliczyłbym praktyki zdefiniowane w: pkt 4 (nadmierne formalności lub beczynność w realizacji umów ubezpieczenia); pkt 5 (wezwanie dzieci do dokonania zakupu); pkt 7 (informowanie o położeniu przedsiębiorcy).

Katalog praktyk agresywnych

a. Sprzedaż agresywna w lokalu przedsiębiorcy

Wskazana sytuacja polega na wywieraniu szczególnego rodzaju nacisku na decyzje konsumenta. Ograniczenie swobody wyboru i zniekształcenie decyzji konsumenta jest tutaj szczególnie widoczne. Mimo iż przepis mówi jedynie o „wywołaniu wrażenia” zatrzymania, sposoby oddziaływania przedsiębiorców mogą powodować daleko idące skutki w sferze emocjonalnej konsumenta. Wskazuje się także, że praktyka ta (jak i następna zdefiniowana w pkt 2 art. 9 u.p.n.p.r.) stanowi przejaw naruszenia zagwarantowanej konstytucyjnie ochrony życia prywatnego¹⁵. Nie ulega bowiem wątpliwości, że opisywana forma sprzedaży opierająca się na zwiększonym poziomie aktywności przedsiębiorcy zmierzającej do „przytrzy-

¹³ Zob. Przewodnik, s. 53.

¹⁴ M. Rogowski, *Agresywne praktyki handlowe...*, s. 83.

¹⁵ M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 210.

mania” klienta w lokalu stanowi szczególną ingerencję w sferę prywatności. Sfera prywatności obejmuje bowiem wolność (także konsumenta) od ingerowania w sferę decyzji gospodarczych¹⁶.

Ocena, czy konsument został poddany tego typu wymuszeniom, powinna nastąpić z jego perspektywy, ale w sposób zbiektywizowany. Indywidualne odczucia i postawy konsumentów mogą dalece się różnić, chodzi zatem o ocenę uwzględniającą model przeciętnego konsumenta. Innymi słowy, o stwierdzenie, czy przeciętny konsument w konkretnej sytuacji odniósłby wrażenie o braku możliwości opuszczenia pomieszczeń przedsiębiorcy.

Omawiany przepis używa sformułowania „pomieszczenia przedsiębiorcy”, co interpretowane wprost oznaczałoby w rezultacie lokal, w którym przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą, zbliżając go do interpretacji w duchu art. 97 k.c. Można jednak wskazać bardzo podobne praktyki, których miejscem będzie nie siedziba przedsiębiorcy, lecz pomieszczenia okazjnie wykorzystywane do kontaktu z klientem (np. boksy targowe, pomieszczenia wynajęte na czas prezentacji połączonej z zakupem itp.). Co więcej, mogą to także być miejsca inne niż pomieszczenie rozumiane jako pewne przestrzennie wyodrębnione części budynku, jak na przykład stoiska na wolnym powietrzu, autobusy¹⁷ itp. Sam opis praktyki świadczy o tym, że chodzi o nacisk powodowany lub spotęgowany wrażeniem braku możliwości lub co najmniej niestosowności opuszczenia terenu w jakiś sposób kontrolowanego przez przedsiębiorcę. Taki sam skutek można osiągnąć w autokarze oraz, jak się wydaje, otwartym stoisku, które otoczone przez pracowników przedsiębiorcy utrudnia konsumentom zakończenie kontaktu z ofensywnym sprzedawcą. Interpretując przedmiotowe sformułowanie poprzez cel regulacji, nie powinno jednak budzić wątpliwości, że przetrzymywanie uczestników wycieczki w autokarze w celu wymuszenia na nich zakupu prezentowanego przy tej okazji towaru powinno zostać zakwalifikowane jako „wywoływanie wrażenia o niemożliwości opuszczenia pomieszczenia przedsiębiorcy”. Chodziłoby zatem o wskazanie, że przedsiębiorca nawet w sposób tymczasowy jest dysponentem szeroko rozumianego „pomieszczenia”.

Zgodność z dyrektywą

Sprzedaż agresywna w lokalu przedsiębiorcy	
Dyrektywa 2005/29/WE	Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym
Stwarzanie wrażenia, że konsument nie może opuścić pomieszczeń przedsiębiorcy, dopóki nie zostanie zawarta umowa.	Wywoływanie wrażenia, że konsument nie może opuścić pomieszczeń przedsiębiorcy bez zawarcia umowy.

¹⁶ Szerzej na ten temat E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999, s. 32.

¹⁷ W przypadku autobusów opisywana praktyka znajduje swe potwierdzenie w rzeczywistych działaniach przedsiębiorców.

Porównanie brzmienia obu przepisów prowadzi do wniosku o braku różnic w zakresie treści i ewentualnego ich stosowania.

b. Sprzedaż agresywna w miejscu zamieszkania konsumenta

W pewnym sensie możemy mówić tutaj o odwróceniu sytuacji w stosunku do praktyki opisywanej powyżej. Chodzi bowiem o „pomieszczenia” konsumenta, podczas gdy elementem wspólnym jest, jak i poprzednio, swoista nachalność w zachowaniu przedsiębiorcy. Ochrona sfery prywatności jest jeszcze bardziej widoczna, bowiem miejsce zamieszkania/pobytu konsumenta tradycyjnie wiąże się z ochroną jego życia prywatnego.

Chroniona sfera prywatności w tym wypadku obejmuje wszystkie jej aspekty, a więc nie tylko wolność od ingerowania w proces decyzyjny w zakresie gospodarczym, ale i wolność od niepokojenia, prawo do pozostawienia w spokoju. Co więcej, można dodać tu potrzebę ochrony życia rodzinnego. Tym samym, jakiegokolwiek działania podejmowane w miejscu zamieszkania konsumenta powinny się odbywać w oparciu o jego wyraźne przyzwolenie¹⁸. Nie do zaakceptowania jest zatem sytuacja, w której przedsiębiorca (osoba działająca w jego imieniu) kontynuuje próby sprzedaży pomimo wyraźnego wezwania konsumenta do opuszczenia pomieszczenia. Na równi należy potraktować samo złożenie wizyty, w sytuacji wcześniejszego wezwania do nieskładania ponownych odwiedzin (działałby więc tutaj swoisty system *opt-out*). Warunkiem koniecznym kwalifikacji pozostanie wezwanie wyrażone przez konsumenta do opuszczenia jego miejsca pobytu. Wezwanie owo może nastąpić w zasadzie w każdej formie. Ustawodawca użył sformułowania „prośba”, nie powinno jednak budzić wątpliwości, że bardziej sugestywne formy wypraszania również będą spełniały przesłanki tego przepisu.

W tym miejscu pojawia się też doniosłe praktycznie pytanie, czy skuteczne będą generalne zakazy odwiedzin podane do publicznej wiadomości przed miejscem zamieszkania konsumenta. Chodzi więc o stwierdzenie, czy w sytuacji, kiedy w miejscu pobytu konsumenta znajdują się wywieszki typu „przedstawicielom handlowym dziękujemy”, a pomimo tego wizyta przedsiębiorcy zostaje złożona, to przedsiębiorca dopuszcza się automatycznie stosowania agresywnej praktyki handlowej. Wydaje się, że nie ma większych przeszkód do takiej interpretacji. Podobne komunikaty mieszczą się w pojęciu prośby o zaprzestanie dokonywania wizyt.

Omawiana praktyka w zasadzie nie wymaga analizy pod kątem ewentualnej jej uciążliwości, jedynym elementem wystarczającym do kwalifikacji jest zako-

¹⁸ Prawo do ochrony sfery prywatności konsumenta zostało potwierdzone przez TS w wyroku z 16 maja 1989 r. w sprawie *R. Buet i Educational Business Services (EBS) v. Ministère Public (C-382/87, ECR 1989, s. I-1235)*, gdzie rozpatrywano sprawę dotyczącą marketingu materiałów edukacyjnych w prywatnych mieszkaniach.

munikowany sprzeciw konsumenta co do składania lub kontynuowania wizyty. Należy przyjąć, że ustawodawca przesądził tym samym automatycznie o istotnej jej uciążliwości dla konsumenta.

Nieobjęte zakazem pozostają przypadki wizyt składanych konsumentowi w celu egzekwowania zobowiązań umownych, w takim zakresie, na jaki pozwalają obowiązujące przepisy. Zauważmy, że przypadki egzekucji dokonywanej przez upoważnione do tego organy państwowe pozostają poza ustawą o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, chociażby z braku relacji przedsiębiorca–konsument. Chodziłoby zatem wyłącznie o wizyty składane przez przedsiębiorcę w celu egzekucji zobowiązań. Wydaje się w zasadzie niemożliwe, aby w polskim stanie prawnym podać przepisy dające podstawy prawne do składania wizyt konsumentom wbrew ich woli, które zmierzają do egzekucji zobowiązań umownych¹⁹.

Zgodność z dyrektywą

Sprzedaż agresywna w miejscu zamieszkania konsumenta	
Dyrektywa 2005/29/WE	Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym
Składanie wizyt osobiście w domu konsumenta w celu wyegzekwowania zobowiązania umownego, ignorując jego prośbę o opuszczenie domu lub zaprzestanie takich wizyt, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie uzasadnionym przez prawo krajowe.	Składanie wizyt w miejscu zamieszkania konsumenta, nawet jeżeli nie przebywa on tam z zamiarem stałego pobytu, ignorując prośbę konsumenta o jego opuszczenie lub zaprzestanie takich wizyt, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie dozwolonym przez obowiązujące przepisy.

Również jak i w poprzednim przypadku porównanie obu przepisów prowadzi do wniosku o treściowej zgodności ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym z dyrektywą. Jednakże w trakcie prac nad implementacją dyrektywy podniesiono zarzut niejasnego sformułowania wyłączenia w postaci egzekwowania zobowiązań umownych przez przedsiębiorców dzięki nie dość dokładnym określeniom celu wyłączenia, zwłaszcza w odniesieniu do wersji angielskiej, co miałyby wpływ także na realizację zobowiązań, a nie tylko ich egzekucję. Argumentacja powyższa nie wydaje się jednak przekonująca²⁰.

c. Uciążliwe nakłanianie do nabycia produktów przez środki porozumiewania się na odległość

Przepis ten dotyczy popularnych form marketingu wykorzystujących techniczne środki komunikacji umożliwiające porozumiewanie się na odległość. Chodzi tu zarówno o środki porozumiewania się w czasie rzeczywistym (telefon, komuni-

¹⁹ Por. też na temat R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 441.

²⁰ *Ibidem*, s. 438 i n.

katory internetowe), jak i pozostałe środki umożliwiające komunikację odsuniętą w czasie (faks, poczta elektroniczna). Katalog środków porozumiewania się na odległość ma charakter otwarty. Nie ma zatem przeszkód, aby dodać do niego wszystkie środki wymienione w art. 6 ust. 1 u.n.p.k. regulującej zawieranie umów na odległość. Będą to także drukowany lub elektroniczny formularz zamówienia niezadresowanego lub zadresowanego, list seryjny w postaci drukowanej lub elektronicznej, reklama prasowa z wydrukowanym formularzem zamówienia, reklama w postaci elektronicznej, katalog, telefaks, radio, telewizja, automatyczne urządzenie wywołujące, wizjofon, wideotekst. Nie jest to również lista o charakterze wyczerpującym, mogą to także być inne środki komunikacji, na przykład środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Już na pierwszy rzut oka widać, że niektóre z wymienionych środków rzadko są traktowane jako narzędzie agresywnego marketingu (np. radio, katalogi, wideotekst itp.)²¹. Nie jest to jednak okoliczność decydująca. Postawienie zarzutu stosowania agresywnej praktyki handlowej wobec reklamy radiowej czy też telewizyjnej uniemożliwia w zasadzie sama konstrukcja omawianego przepisu. Otóż, konieczne jest wykazanie, że uciążliwe nakłanianie nie jest rezultatem działania lub zaniechania konsumenta. Zatem brak odpowiedniej aktywności konsumenta (czyli wyłączenie telewizora lub radia) uniemożliwia negatywną kwalifikację. Taki skutek następuje w stosunku do wszystkich środków komunikacji na odległość, ze względu na ich naturę, stosowanych w systemie *opt-out* (gdzie przeciw konsumenta tamuje ich użycie).

W polskim (w dużej mierze podobnie do europejskiego) systemie prawnym w stosunku do sporej grupy środków komunikacji na odległość przyjęto jednak system *opt-in*, wymagający uprzedniej zgody odbiorcy na ich użycie w celach marketingowych. Tak dzieje się w przypadku środków komunikacji elektronicznej (a więc przede wszystkim poczty elektronicznej), co wynika z art. 10 u.ś.u.d.e. oraz innych środków wymienionych w art. 6 ust. 3 u.n.p.k. Oznacza to, że nawet pierwsze i jednorazowe posłużenie się tymi środkami w celu przesłania informacji handlowej bądź złożenia propozycji zawarcia umowy bez posiadania zgody odbiorcy/konsumenta jest niedopuszczalne. Tym samym posługiwanie się trzema wymienionymi środkami w przepisie art. 9 pkt 3 u.p.n.p.r. już jest niezgodne z prawem! Regulacja wyrażona w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym i dyrektywie wydaje się więc w dużym zakresie niepotrzebna²².

²¹ Na przykład praktyka dowodzi, że dystrybucja reklamowych ulotek druków bezadresowych itp. dostarczanych do miejsca zamieszkania konsumenta jest działaniem powszechnie stosowanym przez przedsiębiorców. Chodziłoby tu zatem o przekroczenie zwyczajowo przyjętej częstotliwości docierania do klienta z podobnymi komunikatami.

²² Gdyby nie sformułowanie w dyrektywie, że regulacja ta „pozostaje bez uszczerbku dla art. 10 dyrektywy 97/7/WE oraz dyrektyw 95/46/WE i 2002/58/WE”, można by się w ogóle zastanawiać, czy jest zgodna z zasadą harmonizacji maksymalnej.

Trudno się bowiem zgodzić z twierdzeniem, że poza zakresem agresywności spammingu pozostaje przesyłanie treści o charakterze wyłącznie reklamowym²³. Zgodnie z powszechnie aprobowanym rozumieniem reklamy to właśnie bezpośrednia lub pośrednia zachęta do nabycia produktów stanowi o jej istocie. Tym samym trudno wyłączyć działania reklamowe²⁴ spoza zakresu omawianego przepisu. Powyższą argumentację należy podtrzymać także w świetle definicji informacji handlowej²⁵ posiadającej bezpośredni wpływ na zakres zakazu użycia poczty elektronicznej w celach marketingowych.

Na obronę regulacji zawartej w pkt 3 art. 9 u.p.n.p.r. można przytoczyć jednak kilka argumentów. Po pierwsze, system *opt-in* w stosunku do telefonu i faksu dotyczy tylko ich użycia przez przedsiębiorcę, który przynajmniej ubocznie prowadzi działalność polegającą na sprzedaży na odległość, co wynika z art. 6 ust. 1 u.p.n.p.k. Ponieważ mogą zdarzyć się agresywne nakłaniania także przez przedsiębiorców, którzy nie zorganizowali w ten sposób swojej działalności, przepis ten zrealizowałby swą ochronną funkcję w tym zakresie. Argument ten nieco traci na znaczeniu przy uwzględnieniu art. 16 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k., który zakazując reklamy uciążliwej, w ogóle prowadzi do wątpliwości nad sensownością wprowadzenia regulacji zawartej w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Zakaz ten dotyczy reklamy ingerującej w sposób istotny w sferę prywatności, między innymi poprzez nadużywanie technicznych środków przekazu informacji, w obrębie których znajdują się naturalne środki porozumiewania się na odległość. Tym samym należy uznać, że regulacja odpowiadająca celowi zakazu omawianej praktyki agresywnej już istniała w polskim prawie.

Po drugie, dzięki kwalifikacji przypadku uciążliwego nakłaniania jako praktyki agresywnej konsument zyskuje dodatkową możliwość podnoszenia roszczeń z art. 12 u.p.n.p.r., na co nie pozwala regulacja zawarta w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Po trzecie, jako praktyka agresywna jest to działanie zagrożone sankcją karną, co w większości przypadków kreuje nowe możliwości zwiększające skuteczność zwalczania omawianych praktyk²⁶. Po czwarte, przepis ten zyskuje na

²³ Zob. M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 216 i n.

²⁴ Nie wiadomo bowiem, jaka jest różnica pomiędzy działaniem wyłącznie o charakterze reklamowym a działaniem reklamowym w bardziej szerokim rozumieniu.

²⁵ Art. 2 pkt 2 u.s.u.d.e. stanowi, że: „informacja handlowa oznacza każdą informację przeznaczoną bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy lub osoby wykonującej zawód, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia wymagań określonych w odrębnych ustawach, z wyłączeniem informacji umożliwiającej porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej z określoną osobą oraz informacji o towarach i usługach niesłużącej osiągnięciu efektu handlowego pożądanego przez podmiot, który zleca jej rozpowszechnianie, w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści od producentów, sprzedawców i świadczących usługi”.

²⁶ W przypadku środków komunikacji elektronicznej nie dochodzi tutaj do żadnej zmiany dzięki już istniejącemu podobnemu zagrożeniu karą grzywny w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

znaczeniu w kontekście zawartego w nim wyjątku, dotyczącego przypadków egzekwowania zobowiązań umownych.

Niezależnie od powołanych powyżej zbieżności z innymi ustawami, można zwrócić jeszcze uwagę na fakt, że za uciążliwe powinno się uznać nie tylko powtarzające się wielorazowe nagabywanie, ale także i kontakty jednorazowe, których okoliczności użycia pozostają nietypowe i nie są zwyczajowo przyjęte, na przykład składanie propozycji marketingowych późnym wieczorem lub w dni wolne od pracy.

W zakresie wyjątku przewidzianego dla możliwości egzekwowania zobowiązań umownych uwagi poczynione powyżej pozostają aktualne jedynie w pewnym zakresie. Należy zauważyć, że użycie środków komunikacji na odległość w celu egzekwowania zobowiązań umownych jest praktyką w zasadzie powszechną i co do zasady dozwoloną. Dochodzenie należności przez przedsiębiorcę nie może jednak przekraczać pewnych granic uciążliwości. Potwierdza to decyzja Prezesa UOKiK stwierdzająca naruszenie zbiorowych interesów konsumentów przez agresywne czynności windykacyjne. Stwierdzono w niej, że:

zamieszczanie w pismach kierowanych do konsumentów w toku czynności windykacyjnych haseł, treści, znaków graficznych oraz kolorystyki mających na celu zastraszenie konsumentów, wywołanie u nich uczucia lęku, wywarcia presji psychicznej²⁷.

Na koniec można zauważyć, że konstrukcja tego przepisu jest wewnętrznie niespójna. Z jednej strony zakazuje się uciążliwego nakłaniania do nabycia produktów, co wprost odnosi się do fazy przedkontraktowej, z drugiej strony natomiast dozwala się na dochodzenie należności umownych. W zasadzie, dla czytelności tego przepisu ustawodawcy europejski i polski mogliby wyjątek ten pominąć bez szkody dla jego zastosowania w praktyce.

Zgodność z dyrektywą

Uciążliwe nakłanianie do nabycia produktów przez środki porozumiewania się na odległość	
Dyrektywa 2005/29/WE	Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym
Uporczywe i niechciane namawianie do zakupu produktów przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki komunikacji na odległość, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie uzasadnionym przez prawo krajowe. Pozostaje to bez uszczerbku dla art. 10 dyrektywy 97/7/WE oraz dyrektyw 95/46/WE i 2002/58/WE.	Uciążliwe i niewywołane działaniem albo zaniechaniem konsumenta nakłanianie do nabycia produktów przez telefon, faks, pocztę elektroniczną lub inne środki porozumiewania się na odległość, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie dozwolonym przez obowiązujące przepisy.

²⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 7 kwietnia 2005 r., nr NWR-15/2005.

Różnice w zakresie redakcji obu przepisów są nieco większe. Wyrażenie „uporczywe i niechciane namawianie” zostało zastąpione przez „uciążliwe i niewywołane działaniem lub zaniechaniem nakłanianie”. Mimo tego nie doszło tutaj do wprowadzenia różnic treściowych, co więcej, wydaje się, że redakcja zawarta w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym jest nawet bardziej czytelna.

Natomiast pominięcie określenia relacji tego przepisu do wcześniejszych dyrektyw jest działaniem naturalnym. Tego typu zabiegi nie leżą w zakresie kompetencji państw członkowskich. Odpowiednio polski ustawodawca mógł pokusić się o określenie relacji do krajowych ustaw, w których implementowano wskazane dyrektywy. Nie wydaje się to jednak konieczne, nawet w kontekście zasady harmonizacji maksymalnej.

d. Nieuzasadnione żądanie dokumentacji lub bezczynność w wykonywaniu umów ubezpieczenia

Powyższa praktyka na tle pozostałych wymienionych w art. 9 u.p.n.p.r. posiada wyjątkowy charakter. Po pierwsze, z uwagi na fakt, że została ograniczona przedmiotowo tylko do praktyk związanych z umowami ubezpieczenia, po drugie, odnosi się wyłącznie do fazy realizacji umowy, a nie – sfery przedkontraktowej, jak większość opisywanych agresywnych praktyk rynkowych²⁸. Tym samym może zostać ona popełniona wyłącznie przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność ubezpieczeniową w stosunku do konsumentów, którzy już zawarli z nim umowę ubezpieczenia (ewentualnie konsumentów opierających swe roszczenia na innej podstawie, o czym niżej).

Sektor ubezpieczeń odznacza się w istocie większymi zagrożeniami w zakresie naruszania interesów konsumentów, o czym mogą świadczyć działania Prezesa UOKiK²⁹, można jednak wskazać również i inne dziedziny działalności gospodarczej, gdzie realizacja roszczeń konsumentów jest sabotowana przez przedsiębiorców. Nie do końca zatem jest zrozumiałe zawężenie oddziaływania tego przepisu tylko do umów ubezpieczenia.

Najczęściej praktyka ta będzie dotyczyła postanowień umownych zawartych w samych umowach ubezpieczenia lub wzorcach umownych (regulaminach, ogólnych warunkach umów), które wprowadzają uciążliwe dla konsumentów postanowienia w zakresie dokumentacji. Niemniej wiele działań przedsiębiorców stanowiących w rezultacie przejaw tej praktyki niekoniecznie musi wpływać

²⁸ Zgodnie z art. 4 u.p.n.p.r. praktyka rynkowa może mieć także miejsce po zawarciu umowy.

²⁹ Zob. np. raport z kontroli wzorców umownych stosowanych przez zakłady ubezpieczeń czy też raport z kontroli wzorców umownych ubezpieczeń na życie, dostępne na: <http://www.uokik.gov.pl/raporty2.php>.

z określonych postanowień umownych³⁰. Sama konstrukcja tego przepisu prowadzi do wniosku, że praktyka ta w swej istocie jest niezależna od istnienia bądź nieistnienia relatywnej w tym względzie klauzuli umownej. Tym samym o jej stosowaniu mogą stanowić wyłącznie działania faktyczne, o czym wprost świadczy fakt, że w hipotezie przepisu pojawia się także długotrwałe nieudzielanie odpowiedzi na korespondencję.

Nie oznacza to jednak, że konkretna praktyka nie będzie mogła spełniać przesłanek dwóch przepisów prawnych, tzn. będzie mogła być kwalifikowana jako nieuczciwa praktyka rynkowa i jednocześnie jako abuzywna klauzula umowna. Kumulacja ta nie wydaje się też niekorzystna dla klienta. Możemy wskazać dla przykładu praktykę określoną w art. 385³ pkt 21 k.c., polegającą na stosowaniu w umowach z konsumentami niedozwolonych postanowień umownych, które:

uzależniają odpowiedzialność kontrahenta od wykonania zobowiązania przez osoby, za pośrednictwem których kontrahent konsumenta zawiera umowę, lub przy których pomocy wykonuje swoje zobowiązanie, albo uzależniają tę odpowiedzialność od spełnienia przez konsumenta nadmiernie uciążliwych formalności.

Właśnie określenie „nadmierne formalności” wydaje się podstawowym kryterium świadczącym o agresywności tej praktyki obok „długotrwałej bezczynności” przedsiębiorcy w prowadzeniu korespondencji z konsumentem (przepis nie daje jednak podstaw do rozszerzenia bezczynności przedsiębiorcy na inne aspekty jego relacji z konsumentem!). Oba kryteria odznaczają się dużym stopniem nieprecyzyjności, co w powiązaniu z wąskim zakresem przedmiotowym omawianego zakazu może prowadzić do nikłego zastosowania w praktyce.

Konstrukcja tego przepisu rodzi jeszcze jedną kontrowersję. Otóż sugeruje ona, że dotyczy on tylko konsumentów, którzy zawarli umowę z przedsiębiorcą ubezpieczeniowym. Tymczasem powstanie stosunku pomiędzy konkretnym przedsiębiorcą i konsumentem w tej sferze gospodarki bardzo często nie będzie miało swego źródła w umowie zawartej między nimi. Chodzi tu o wszelkie przypadki realizacji roszczeń z umowy ubezpieczenia zawartej przez inny podmiot ubezpieczający. Roszczenia może podnosić inny podmiot, jak: ubezpieczony, uposażony, uprawniony z umów ubezpieczenia, jak i osoba trzecia kierująca roszczeniem odszkodowawcze do sprawcy deliktu³¹.

³⁰ Por. stanowisko M. Sieradzkiej zdającej się utożsamiać stosowanie tej praktyki ze stosowaniem klauzul umownych, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 217 i n.

³¹ Powszechną sytuacją będzie tu realizacja roszczeń z tytułu OC sprawcy wypadków komunikacyjnych, kiedy to w stosunek z ubezpieczycielem wstępuje osoba poszkodowanego, niebędąca stroną umowy ubezpieczenia. Zob. w tej kwestii R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 449.

Zgodność z dyrektywą

Nieuzasadnione żądanie dokumentacji lub bezczynność w wykonywaniu umów ubezpieczenia	
Dyrektywa 2005/29/WE	Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym
Żądanie od konsumenta zgłaszającego roszczenie na podstawie polisy ubezpieczeniowej przedstawienia dokumentów, których w sposób racjonalny nie można uznać za istotne dla ustalenia ważności roszczenia, lub systematyczne nieodpowiadanie na stosowną korespondencję, w celu odwołania konsumenta od zamiaru wykonania jego praw umownych.	Żądanie od konsumenta zgłaszającego roszczenie, w związku z umową ubezpieczenia, przedstawienia dokumentów, których w sposób racjonalny nie można uznać za istotne dla ustalenia zasadności roszczenia, lub nieudzielanie odpowiedzi na stosowną korespondencję, w celu nakłonienia konsumenta do odstąpienia od zamiaru wykonania jego praw wynikających z umowy ubezpieczenia.

Porównanie obu przepisów, mimo drobnych różnic, prowadzi do wniosku o ich treściowej zbieżności. W zasadzie jedynie zastąpienie przez polskiego ustawodawcę „polisy ubezpieczeniowej” przez „umowę ubezpieczenia” mogłoby rodzić pewne wątpliwości, które jednak można usunąć na drodze wykładni celowościowej.

e. Wezwanie dzieci w działaniach reklamowych do zakupu

Wskazana praktyka dotyczy szczególnie wrażliwej sfery, jaką jest reklama skierowana do dzieci. Sfera ta jest również objęta działaniem wielu przepisów, począwszy od regulacji reklamy nierzeczowej w art. 16 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k., który zabrania reklamy wykorzystującej łatwowierność dzieci, po szczegółowe unormowania przewidziane dla reklamy telewizyjnej, zawarte w ustawie o radiofonii i telewizji³², posiadającej jednak ograniczony zakres zastosowania.

Omawiany przepis art. 9 pkt 5 u.p.n.p.r. ma szerokie zastosowanie do każdego przypadku reklamy, niezależnie od użytego rodzaju mediów, reklamowanych produktów itp. Tym samym obok wspomnianej regulacji reklamy nierzeczowej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może stać się istotną normą prawną w sposób generalny wskazującą granice treści reklamowych. Tym bardziej że zakresy obu wspomnianych przepisów nie nakładają się³³. Pierwszy z nich zakazuje wykorzystywania w reklamie szczególnej cechy psychiki właściwej dla tej grupy docelowej, drugi zakazuje posługiwania się określoną techniką konstruowania reklam.

Zastosowanie omawianego przepisu w praktyce zależy w istocie od wykładni przesłanki „bezpośredniego wezwania”. Agresywność tej praktyki polega na sto-

³² Ustawa z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz.U. z 2004 r. Nr 253, poz. 2531 ze zm.).

³³ Co nie oznacza, że konkretna reklama może zostać zakwalifikowana jako sprzeczna z oboma wskazanymi przepisami.

sowaniu komunikatów bezpośrednio skierowanych do dzieci, których treścią jest wezwanie do nabycia reklamowanych produktów. Skutek w postaci nabycia może zostać zrealizowany przez same dzieci albo inne osoby za namową dzieci. Naturalnie nie jest konieczne, aby on wystąpił. Przepis nie zabrania zatem ani reklamy z udziałem dzieci, ani reklamy skierowanej do dzieci, ani też reklamy produktów przeznaczonych dla dzieci.

Artykuł 9 pkt 5 u.p.n.p.r. zabrania natomiast dwojakiego rodzaju czynności adresowanych do dzieci, mianowicie: wezwania do zakupu lub wezwania do nakłonienia innych osób do zakupu. Oba z nich muszą posiadać cechę bezpośredniości. Nie ulega wątpliwości, że komunikaty reklamowe w formie poleceń z wykorzystaniem trybu rozkazującego („kup”, „powiedz rodzicom, że”) taką cechę będą posiadać i tym samym spełniać znamiona opisywanej praktyki agresywnej.

Trudności pojawią się przy kwalifikacji reklam posługujących się zwrotami niewątpliwie stwarzającymi presję, niekoniecznie jednak polegającymi na wezwaniu³⁴. Mimo iż przedmiot ochrony i jego uwarunkowania aksjologiczne dają bardzo silne podstawy do szerokiej interpretacji zakazu, to nadanie „wezwanii” charakteru bezpośredniego wskazuje na wyraźne intencje ustawodawcy. Wskazywałoby to na konieczność wąskiego rozumienia zakazu, z wyłączeniem presji stwarzanej w reklamie przez sugestie i prośby. Sytuację komplikuje jednak zestawienie z nakłanianiem rodziców lub innych osób, które choć również rozpoczyna się od bezpośredniego wezwania, to jednak polega w istocie na stwarzaniu presji skierowanej do rodziców lub innych osób. Należałoby mimo tego przyjąć, że to, co pozostaje zabronione przez omawiany zakaz, będzie polegało jedynie na kierowaniu do dzieci komunikatów wprost skierowanych ich do rodziców lub innych osób traktowanych jako swoiste „narzędzie” umożliwiające zdobycie reklamowanego towaru. Tym samym nadal pozostawalibyśmy na gruncie wąskiej interpretacji. Niejasna redakcja tego przepisu sprawia jednak, że inna argumentacja również wydaje się możliwa, co będzie owocować problemami z jego stosowaniem.

Podsumowując, warto podkreślić, że omawiany przepis nie może być rozumiany jako ustanowienie granic dla treści zawartych w reklamie dziecięcej ze względu na ich nieodpowiedniość, niemoralność, wątpliwości natury etycznej itp. Jego oddziaływanie polega na zakazie posługiwania się określoną techniką reklamową, wywołującą skutki określone w przepisie.

³⁴ W dotychczasowych wypowiedziach doktryny zarysowały się dwa stanowiska. M. Sieradzka ogranicza działanie tego przepisu do bezpośrednich poleceń (*Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 223). R. Stefanicki, ze względu na naturę zakazu i jego aksjologiczne uwarunkowania, dopuszcza jego szersze stosowanie, także do wypowiedzi stwarzających presję na dzieci (*Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 453).

Zgodność z dyrektywą

Wezwanie dzieci w działaniach reklamowych do zakupu	
Dyrektywa 2005/29/WE	Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym
Umieszczanie w reklamie bezpośredniego wezwania dzieci do nabycia reklamowanych produktów lub do nakłonienia rodziców lub innych osób dorosłych do kupienia im reklamowanych produktów. Niniejsze postanowienie pozostaje bez uszczerbku dla art. 16 dyrektywy 89/552/EEG o wykonywaniu telewizyjnej działalności transmisyjnej.	Umieszczanie w reklamie bezpośredniego wezwania dzieci do nabycia reklamowanych produktów lub do nakłonienia rodziców lub innych osób dorosłych do kupienia im reklamowanych produktów.

Ustawodawca polski pominął określenie relacji do regulacji ustanowionej przez tzw. dyrektywę telewizyjną. Mimo iż jest to zabieg istotny na poziomie europejskim, analogiczny zabieg na gruncie prawa polskiego wskazujący na regulację reklamy dziecięcej w ustawie o radiofonii i telewizji nie wydaje się konieczny. Jest to bowiem sektorowa regulacja *lex specialis* niepowodująca sprzeczności z zasadą harmonizacji maksymalnej.

f. Sprzedaż inercyjna (dostawa niezamówiona)

Działanie polegające na wysyłkowej sprzedaży towarów niezamówionych przez konsumenta jest praktyką od dawna rozpoznaną przez prawo konsumenckie i jednoznacznie kwalifikowaną w sposób negatywny z uwagi na zagrożenie interesów konsumentów. Jednakże poszczególne właściwe w tej mierze normy prawne różnią się od siebie zarówno zakresem zakazu, jak i skutkami związanymi z jego naruszeniem.

W pierwszym rzędzie chodzi o art. 15 u.n.p.k., stanowiący, że „spełnienie świadczenia niezamówionego przez konsumenta następuje na ryzyko przedsiębiorcy i nie nakłada na konsumenta żadnych zobowiązań”. Regulacja, która pojawiła się dzięki dyrektywie w sprawie sprzedaży na odległość, realizuje w swej istocie jedynie funkcję ochronną. Konsument może bowiem bez obawy o konsekwencje odbierać i przechowywać niezamówione przesyłki, nie będąc zobowiązanym do ich zwrotu ani tym bardziej zapłaty. W gruncie rzeczy rozwiązanie to jest prawidłowo wyartykułowaną konsekwencją ogólnych zasad prawa cywilnego, które zakazują arbitralnego kształtowania reguł znaczeniowych do ustalenia treści oświadczenia woli. Mogłyby zatem zostać uznane za samodzielną podstawę prawną prowadzącą do podobnych rezultatów. Nie można bowiem z faktu bierności, milczenia konsumenta wnioskować (ani tym bardziej narzucać takie wnioski) o zawarciu umowy, co zwykle w tego rodzaju praktykach miałyby nastąpić w razie braku odesłania niezamówionego

towaru³⁵. Przepis art. 15 u.p.n.p.k. nie zabrania natomiast samego wysyłania niezamówionych towarów.

Regulacja zawarta w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym idzie o krok dalej, jej istotą jest skonstruowanie zakazu, czyli czynu zabronionego w postaci żądania zapłaty za towar lub jego przechowywanie, co wyczerpuje możliwe działania, do jakich można zobowiązać konsumenta. Z perspektywy przedsiębiorcy różnica jest znacząca, ponieważ od momentu wejścia w życie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym jego działanie będzie kwalifikowane jako wprost sprzeczne z prawem, za które ponosi odpowiedzialność cywilną i karną. Z perspektywy konsumenta, dodanie omawianej praktyki do czarnej listy praktyk agresywnych również pociąga za sobą dodatkowe możliwości, przede wszystkim w postaci wystąpienia z roszczeniami, po drugiej stronie złożeniem żądania ścigania wykroczenia.

Wyjątkiem, pozostającym poza zakresem zakazu, będzie spełnienie świadczenia w postaci produktu zastępczego zgodnie z regulacją poświęconą realizacji umów zawartych na odległość. Powołany art. 12 ust. 3 u.p.n.p.k. dotyczy sytuacji niemożności spełnienia świadczenia o właściwościach zamówionych przez konsumenta. Pozwala on na zwolnienie się z zobowiązania przez spełnienie świadczenia zastępczego, odpowiadającego tej samej jakości i przeznaczeniu, za tę samą cenę lub wynagrodzenie. Warunkiem jest tutaj wcześniejsze zawarcie takiego zastrzeżenia w umowie z konsumentem. Jest to więc jedyny przypadek, kiedy niezamówiony wprost towar przez konsumenta może zostać skutecznie doręczony w sensie spełnienia świadczenia.

Zgodność z dyrektywą

Sprzedaż inercyjna	
Dyrektywa 2005/29/WE	Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym
Żądanie natychmiastowej lub odroczonej zapłaty za produkty bądź zwrotu lub przechowania produktów, które zostały dostarczone przez przedsiębiorcę, ale nie zostały zamówione przez konsumenta (dostawa niezamówiona), z wyjątkiem sytuacji, gdy produkt jest produktem zastępczym dostarczonym zgodnie z art. 7 ust. 3 dyrektywy 97/7/WE.	Żądanie natychmiastowej lub odroczonej zapłaty za produkty bądź zwrotu lub przechowania produktów, które zostały dostarczone przez przedsiębiorcę, ale nie zostały zamówione przez konsumenta, z wyjątkiem sytuacji, gdy produkt jest produktem zastępczym dostarczonym zgodnie z art. 12 ust. 3 ustawy z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. Nr 22, poz. 271 ze zm.).

³⁵ Samo milczenie pozbawione kontekstu nic nie oznacza i nie może stanowić oświadczenia woli. Wyjątkiem są sytuacje wyraźnie przewidziane przez przepisy prawa, precyzyjnie określające sens znaczeniowy biernego zachowania się podmiotu. Wśród nich można odnaleźć takie, które z faktu milczenia podmiotu wywodzą złożenie oświadczenia woli, oraz takie, które z biernym zachowaniem się łączą skutki prawne, nie zakładając jednak, że dana osoba zamierzała je wywołać (art. 18 § 3, art. 103 § 2 k.c.).

Przepis art. 9 pkt 6 u.p.n.p.r. stanowi wierne powielenie jego europejskiego odpowiednika.

g. Informowanie konsumenta o tym, że jeżeli nie nabędzie produktu, przedsiębiorcy może grozić utrata pracy lub środków do życia

Jest to kolejna praktyka agresywna wywołująca więcej kontrowersji. Mimo iż jej typowe przejawy³⁶ mogą być kojarzone z agresywnością postępowania sprawy, co jest właściwym przedmiotem omawianej regulacji, to jednak jej redakcja prowadzi do subsumcji także tych zachowań przedsiębiorcy, które są pozbawione nawet cienia agresji, co już ogólnym celem ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym z pewnością nie jest. Powodem takiego stanu rzeczy jest sformułowanie hipotezy czynu zabronionego w oparciu o samo „informowanie” konsumenta o sytuacji finansowej, zmierzające do wywarcia na nim presji zakupu. Okoliczność, czy konsument podjął spodziewaną przez przedsiębiorcę decyzję, ma charakter irrelevantny. Ze względu na usytuowanie na czarnej liście praktyk zakazanych w każdych okolicznościach, również potencjalne zniekształcenie decyzji rynkowej konsumenta w rezultacie „informowania” należy określić podobnie³⁷.

Zatem jedynym elementem podlegającym ocenie będzie to, czy przedsiębiorca informował konsumenta o swojej sytuacji finansowej. Powinno to być jednak działanie celowe, tzn. przedsiębiorca musi wiedzieć i/lub godzić się na to, że przekazywanie informacji może wyrzucić skutek w postaci presji na konsumentie w kontekście podjęcia decyzji o zakupie. Bez znaczenia dla kwalifikacji praktyki pozostanie to, czy przekazywane informacje będą prawdziwe³⁸. Biorąc powyższe okoliczności pod uwagę, pozostaną kłopotliwe do oceny przypadki podawania informacji, które mają charakter rzetelny, rzeczowy i prawdziwy, a zwłaszcza sytuacje, kiedy to „informowanie” nastąpiło na prośbę konsumenta. Literalna wykładnia przepisu oznacza bowiem uznanie takiego działania jako praktyki agresywnej. Być może argumentacja opierająca się na uznaniu, że zgoda konsumenta (w tym wypadku przyzwolenie na przekazywanie informacji) uchyla bezprawność czynu zabronionego (niespełnienie przesłanek nieuczciwej praktyki rynkowej), mogłaby tu mieć zastosowanie. Na przeszkodzie stoi jednak kategoryczne ujęcie listy praktyk agresywnych, nakazujące w konsekwencji odstąpienie od przeprowadzania testu nieuczciwości praktyki.

W praktyce owo „informowanie” najczęściej będzie następować przez pracowników i osoby działające w imieniu przedsiębiorcy. Dzięki szerokiemu ujęciu podmiotowemu przedsiębiorcy w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym zostaną spełnione przesłanki omawianej praktyki także

³⁶ Chodzić tu będzie przede wszystkim o przekazywanie informacji nieodpowiadających prawdzie.

³⁷ Funkcja korygująca art. 8 u.p.n.p.r. nie może być, jak stwierdzono powyżej, stosowana.

³⁸ Por. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 456.

i w tym przypadku. Może to jednak posiadać skutek w postaci odpowiedzialności przedsiębiorcy – pracodawcy/zleceniodawcy za zachowania swoich podwładnych lub osób, którym powierzył wykonanie czynności. Nie zawsze działanie w postaci informacyjnego szantażu będzie zaleceniem przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą, niekoniecznie też może być on świadomy takiego postępowania, co nie będzie miało wpływu na poniesienie odpowiedzialności. Nie jest to jednak konstrukcja nieznaną prawu polskiemu³⁹, nie oznacza też tym samym szczególnego rozszerzenia granic odpowiedzialności.

Z drugiej strony, przedmiotowe przekazywanie informacji może nastąpić również przez środki komunikacji masowej (np. przez informacje prasowe, strony www itp.) niekoniecznie w obecności konsumenta. Wydaje się, że ze względu na naganność takiego postępowania w wypadku rozpowszechniania nierzetelnych informacji, właśnie tego rodzaju praktyka była celem ustawodawcy. W tym kontekście jednak w zasadzie kluczowa pozostaje ocena przekazywanych informacji pod względem ich prawdziwości. W przeciwnym wypadku można by dojść do wniosku, że każde przekazanie informacji o złej sytuacji przedsiębiorstwa będzie zakazane na gruncie tego przepisu, co byłoby wnioskiem zbyt daleko idącym.

Pamiętajmy też, że art. 14 u.z.n.k. już spełnia podobną funkcję, zabraniając rozpowszechniania informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd o swoim przedsiębiorstwie w celu przysporzenia korzyści. Jediną różnicą w stosunku do art. 9 pkt 7 u.p.n.p.r. jest w istocie konieczność oceny, czy przekazane informacje miały charakter wprowadzający w błąd lub były niezgodne z prawdą.

Zgodność z dyrektywą

Informowanie konsumenta w celu wywołania presji zakupu	
Dyrektywa 2005/29/WE	Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym
Wyraźne informowanie konsumenta o tym, że jeżeli nie nabeździe produktu lub usługi, przedsiębiorcy może grozić utrata pracy lub środków do życia.	Informowanie konsumenta o tym, że jeżeli nie nabeździe produktu, przedsiębiorcy może grozić utrata pracy lub środków do życia.

Implementacja przepisu dyrektywy do prawa polskiego polegała na usunięciu „wyraźnego” charakteru informowania oraz „usługi” jako przedmiotu nabycia. Ten drugi zabieg może określić jako doprowadzenie do poprawnej redakcji treści przepisu. Ustawodawca europejski zapomniał bowiem, że zdefiniował produkt, szeroko obejmując nim także usługi. Natomiast usunięcie określenia „wyraźne informowanie” nie prowadzi do odmiennych rezultatów, trudno bowiem wyobrazić sobie, na czym polegałaby istotna różnica między „informowaniem” a „wyraźnym informowaniem”.

³⁹ Por. przepisy dotyczące odpowiedzialności osób powierzających wykonanie czynności innej osobie.

h. Wywoływanie wrażenia wygranej

Przepis ten dotyczy praktyki, której istotą jest wprowadzenie konsumenta w błąd co do uzyskania wygranej. Bez przeszkód, zapewniając także poprawność konstrukcyjną regulacji, mogłaby ona zostać wymieniona w art. 7 u.p.n.p.r. Polski ustawodawca musiał jednak podążyć w tym względzie śladami prawodawcy europejskiego. Można zatem tłumaczyć ten krok jako szczególne napiętnowanie bardziej szkodliwej praktyki wprowadzającej w błąd, co pod względem praktycznej doniosłości różni się istotną konsekwencją w postaci odpowiedzialności karnej.

Praktyka ta dotyczy dość powszechnego nieuczciwego działania przedsiębiorców starających się w sposób nierzetelny zdobyć klientelę swego przedsiębiorstwa lub wprost zarabiających wyłącznie na organizowaniu złudnej sprzedaży o cechach loterii. W dodatku była ona przedmiotem orzecznictwa, kwalifikującego ją jako działanie reklamowe sprzeczne z dobrymi obyczajami⁴⁰ czy też jako reklamę wprowadzającą w błąd i naruszającą zbiorowe interesy konsumentów⁴¹. Wydaje się zatem, że kontynuując dotychczasową linię orzeczniczą sądy i organy administracji państwowej zyskały nową oręż w zwalczaniu podobnych praktyk, co może mieć swoje znaczenie, zwłaszcza że owe działania były oceniane jako niewystarczające⁴².

Oddziaływanie omawianego zakazu powinno zostać wzmocnione dzięki użyciu sformułowania „wywoływanie wrażenia” decydującego w istocie o kwalifikacji działań przedsiębiorcy jako praktyki agresywnej. O tym, czy u przeciętnego konsumenta zostało wywołane wrażenie wygranej, decydować będzie całokształt okoliczności. Tym samym mogą o tym stanowić informacje reklamowe, komunikaty kierowane wprost do konsumenta (np. SMS-y), ulotki adresowane i nieadresowane itp. Także kontekst sytuacyjny i inne okoliczności powinny zostać wzięte pod uwagę.

Należy zauważyć, że skutek w postaci wywołania wrażenia będzie się różnić także w odniesieniu do przynależności konsumenta do danej szczególnej grupy. Osoby mniej wyedukowane, posiadające mniejsze rozeznanie technik marketingowych będą bardziej podatne na wprowadzenie w błąd. W przypadku jednak

⁴⁰ Wyrok SA w Gdańsku z 6 listopada 1996 r. (I ACr 839/96), stwierdzający przy tym, że nieuczciwą reklamą, a tym samym – reklamą sprzeczną z dobrymi obyczajami – jest reklama, która wykorzystując usprawiedliwioną okolicznościami łatwowierność odbiorcy oraz przeciętną nieumiejętność skomplikowanego kojarzenia i wnioskowania na podstawie tekstu eksponującego treści pożądane przez reklamującego, wywołuje u przeciętnego odbiorcy przeświadczenie o istnieniu faktów, które w rzeczywistości nie mają miejsca i przez to wywołuje odczucie zawodu, zlekceważenia czy wręcz oszukania.

⁴¹ Wyrok SOKiK z 2 stycznia 2006 r. (XVII Ama 100/04), w którym stwierdził, że narusza zbiorowe interesy konsumentów, w rozumieniu art. 23a ust. 2 ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, wprowadzająca w błąd reklama prowadzona przez przedsiębiorcę, sugerująca konsumentowi, iż wygrał konkurs, gdy w rzeczywistości żaden konkurs nie był prowadzony, a jedynie konsument był jednym z wielu abonentów wybranych przez komputer, tym bardziej w sytuacji, gdy przy przyjęciu oferty konsument nie był informowany o rzeczywistych kosztach związanych z jej przyjęciem, „Wokanda” 2006, nr 7–8, s. 107.

⁴² Zob. R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 457.

praktyki skierowanej do ogółu nie znajdziemy podstaw do zróżnicowanego określenia osoby hipotetycznego przeciętnego konsumenta. Wskazana przykładowa grupa klientów będzie zatem chroniona w mniejszym stopniu, ponieważ będą oni stanowić jedynie część większej grupy konsumentów, relewantnej dla określenia osoby przeciętnego konsumenta.

Zgodność z dyrektywą

Wywoływanie wrażenia wygranej	
Dyrektywa 2005/29/WE	Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym
<p>Stwarzanie fałszywego wrażenia, że konsument już uzyskał, uzyska lub po wykonaniu określonej czynności uzyska nagrodę lub inną porównywalną korzyść, gdy w rzeczywistości:</p> <ul style="list-style-type: none"> – nagroda lub inna porównywalna korzyść nie istnieje lub – możliwość wykonania określonej czynności w związku z uzyskaniem nagrody lub innej porównywalnej korzyści uzależniona jest od wpłacenia przez konsumenta określonej kwoty pieniędzy lub poniesienia kosztów. 	<p>Wywoływanie wrażenia, że konsument już uzyskał, uzyska bezwarunkowo lub po wykonaniu określonej czynności nagrodę lub inną porównywalną korzyść, gdy w rzeczywistości nagroda lub inna porównywalna korzyść nie istnieje lub uzyskanie nagrody lub innej porównywalnej korzyści uzależnione jest od wpłacenia przez konsumenta określonej kwoty pieniędzy lub poniesienia innych kosztów.</p>

Porównanie obu przepisów prowadzi do wniosku o braku różnic treściowych. Pominięcie określenia „fałszywe” w odniesieniu do wywoływania wrażenia nie ma w istocie znaczenia, ponieważ treść całego przepisu jednoznacznie przesądza o niezgodnym z rzeczywistością stanie rzeczy. Podobnie rzecz się ma z dodaniem „bezwarunkowego” uzyskania, jeżeli zestawimy to sformułowanie z „uzyskaniem po wykonaniu określonej czynności”. Można nawet pokusić się o stwierdzenie, że krajowa redakcja przepisu jest czytelniejsza.