

## Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym – model ochrony, zasady, zakres ochrony, implikacje dla systemu prawa konkurencji i konsumentów

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym stanowi, przynajmniej w założeniu, stosunkowo wierną implementację dyrektywy 2005/29/WE<sup>1</sup>, zatem także zastanawiając się nad zasadniczymi cechami polskiej ustawy implementacyjnej, zasadne wydaje się zwrócenie uwagi na to, w jakim zakresie ogólny model ochrony przyznany konsumentom przez dyrektywę i zasady, na których się ona opiera, wpływają na skutki, jakie wdrożenie dyrektywy będzie miało dla systemu prawnego państwa członkowskiego. Oczywiście dyrektywa nie wyraża wprost wszystkich założeń, na jakich została oparta, a identyfikacja jej „zasadniczych” elementów będzie zawsze wyborem nieco subiektywnym (podobnie jak kolejność ich omówienia wskazująca na wzrastające lub malejące ich znaczenie). Nie powinno jednak budzić sporu, że dla określenia modelu ochrony konsumenta proponowanego przez dyrektywę należy uwzględnić przynajmniej następujące założenia:

- a. tzw. informacyjny model ochrony, w istotnym stopniu zekonomizowany, nakierowany na umożliwienie konsumentowi podjęcia racjonalnej decyzji rynkowej;
- b. objęcie zakresem regulacji zachowań rynkowych uznanych za relewantne z uwagi na skutek, jaki mogą wyrzucić na zachowanie konsumenta, niezależnie od „tradycyjnej” kwalifikacji prawnej danej sytuacji; chodzi tu w szczególności o oderwanie się od konkretnego etapu procesu kontraktowego, a zwłaszcza o wyjście poza sferę czysto przedkontraktową;

---

<sup>1</sup> Na temat dyrektywy w literaturze zagranicznej zob. np. H. Collins, *Harmonisation by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices*, „The Modern Law Review” 2010, nr 1, s. 89 i n.; S. Weatherill, U. Bernitz, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Oxford 2007; H. Collins (red.), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, The Hague 2004; H. Collins, *The Unfair Commercial Practices Directive*, ERCL 2005, nr 4, s. 417; W. Schuhmacher, *The Unfair Commercial Practices Directive*, w: R.M. Hilty, F. Henning-Bodewig (red.), *Law Against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe?*, Berlin–Heidelberg–New York 2007, s. 127.

- c. oparcie się na klauzulach generalnych zawierających terminologię raczej nieużywaną przez systemy prawne państw członkowskich, a nawet przed wcześniej wydane akty prawa unijnego dotyczące ochrony konsumentów;
- d. usytuowanie dyrektywy jako aktu z zakresu najogólniej rozumianego prawa nieuczciwej konkurencji, chociaż ma ona skutki także dla innych dziedzin prawa, również wtedy gdy dyrektywa stara się temu zaprzeczyć;
- e. objęcie zakresem regulacji dyrektywy wyłącznie stosunków przedsiębiorca – konsument (B2C);
- f. pozostawienie państwom członkowskim znacznej swobody jeśli chodzi o wybór systemu egzekwowania postanowień dyrektywy w krajowych porządkach prawnych;
- g. zastosowanie mechanizmu harmonizacji maksymalnej.

Już na pierwszy rzut oka można zauważyć, że wskazane powyżej punkty pozostają z sobą z jednej strony w związku, z drugiej zaś niektóre z nich wydają się niespójne, jeśli nie wzajemnie sprzeczne. Ta ostatnia okoliczność niewątpliwie utrudnia bezproblemowe wprowadzenie postanowień dyrektywy do ustawodawstw krajowych. Model ochrony proponowany przez dyrektywę jest bowiem modelem w znacznym stopniu nowym, a jego nowość bierze się w dużej mierze z tego, że zamiast regulacji tylko niektórych zagadnień związanych na przykład z pewnymi rodzajami praktyk, umów itp., otrzymujemy regulację o charakterze generalnym, która ma ambicję objąć całość problematyki jej poddanej. Czyniąc to, ustawodawca unijny pokusił się o skonstruowanie systemu, który miał być wewnętrznie spójny i całościowy. System ten został oparty na wcześniejszych doświadczeniach prawa wspólnotowego (model konsumenta, podejście „informacyjne”), ale nie można dyrektywę sprowadzić jedynie do kodyfikacji i konsolidacji uprzednio przyjętych rozwiązań (oczywiście w zakresie, który dyrektywa reguluje). Konstrukcja dyrektywy zawiera bowiem bardzo wyraźne zamierzenie usystematyzowania regulowanej przez nią problematyki. Zamknięcie luk miało zostać zrealizowane nie przez zestaw postanowień szczegółowych, lecz przez klauzule generalne oparte na pewnych założeniach metodologicznych. Paradoksalnie, ten systematyzujący zamysł ustawodawcy wspólnotowego jest odpowiedzialny za to, że bardzo trudno jest państwom członkowskim zachować systematykę własnych systemów prawnych przy implementowaniu dyrektywy. Jest to konsekwencją faktu, że założenia konstrukcyjne dyrektywy nie odpowiadają w pełni żadnemu z wzorców krajowych – wydaje się zresztą, że było to na płaszczyźnie unijnej niemożliwe do osiągnięcia. Gdyby ustawodawca wspólnotowy zdecydował się ustanowić przepisy bardziej „częstkowe”, nierealizujące żadnej konstrukcyjnie spójnej koncepcji, ich wdrożenie do prawa krajowego byłoby łatwiejsze w tym sensie, że państwa członkowskie mogłyby bez większych trudności (gdyby oczywiście chciały i potrafiły, co, jak wiadomo, do ustawodawcy polskiego nie zawsze się odnosi) implementować dyrektywę, zachowując koherentność konstrukcyjną i aksjologiczną prawa wewnętrznego. Właśnie dlatego, że ustawodawca wspólnotowy

zdecydował się na rozwiązanie konstrukcyjnie spójne (czego brak często się mu przecież zarzuca), zagrożenie dla spójności systemów prawa krajowego okazało się większe. Powyższe nie oznacza, że same założenia dyrektywy 2005/29/WE mogą być oceniane bezkrytycznie. Ważne jest jednak, by zwrócić uwagę, że wiele (słusznie) wytykanych prawu europejskiemu wad związanych z destabilizacją krajowych porządków prawnych jest w istocie dla niego immanentnych. Okazuje się, że wady posiada nie tylko teoretycznie niespójna legislacja oparta na zasadzie harmonizacji minimalnej, lecz także legislacja oparta na teoretycznie spójnych założeniach i stosująca model harmonizacji maksymalnej. Warto w tym miejscu przyjrzeć się zatem wyżej zidentyfikowanym najważniejszym cechom dyrektywy, oczywiście w kontekście dalszych rozważań na temat ich znaczenia dla prawa polskiego w związku z uchwaleniem ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

### a. Informacyjny model ochrony

Przyjęty w dyrektywie model ochrony wydaje się zasadniczy dla zrozumienia całej regulacji. Określany jest on często mianem modelu informacyjnego, bowiem jego założeniem jest umożliwienie konsumentowi podjęcie racjonalnej decyzji rynkowej<sup>2</sup>. Przyjmuje się zaś, że dokonanie racjonalnego wyboru wymaga dostępu do odpowiednich informacji. Oczywiście model informacyjny jako podstawa regulacji dyrektywy nasuwa się sam przez się w odniesieniu do praktyk wprowadzających w błąd, jednakże w istocie jest on obecny także w przypadku praktyk agresywnych, których proste oddzielenie od praktyk wprowadzających w błąd nie jest wcale tak jednoznaczne (bardzo często przykłady praktyk agresywnych dotyczą sytuacji, w których osoba poddana takiej praktyce może podjąć zniekształconą decyzję rynkową dlatego, że nie wie, iż praktyka taka nie będzie miała przewidywanego skutku; np. osoba, u której przedstawiciel handlowy stwarza wrażenie, iż nie może opuścić lokalu bez dokonania transakcji, w istocie najczęściej nie wie, że zachowania tego nie powinna ona traktować poważnie i dlatego nie potrafi racjonalnie ocenić sytuacji, w której się znalazła).

Model ten ma wyraźnie ekonomiczną genezę, co zresztą jest także przedmiotem krytyki<sup>3</sup>. Wskazuje się, iż czysty model informacyjny opiera się na założeniach klasycznej teorii ekonomii, które zostały już negatywnie zweryfikowane przez nowsze prądy w tej nauce. Zwraca się uwagę, że po pierwsze, model osoby po-

---

<sup>2</sup> R. Stefanicki, *Informacje jako środek ochrony słabszej strony umowy w prawie wspólnotowym*, SP 2008, nr 1, s. 65 i n.

<sup>3</sup> Na temat ekonomicznej poprawności założeń dyrektywy 2005/29/WE oraz zastosowania analizy ekonomicznej w prawie nieuczciwej konkurencji zob. F. Gomez, *The Unfair Commercial Practices Directive: a Law and Economics perspective*, ERCL 2006, nr 1, s. 4 i n.; M. Leistner, *Behavioural Economics und Lauterkeitsrecht Versuch einer Annäherung*, „Zeitschrift für Geistiges Eigentum” 2009, nr 1, s. 3 i n.; W.B. Schünemann, *Der Beitrag der Ökonomik für das Europäische Lauterkeitsrecht*, w: R.M. Hilty, F. Henning-Bodewig (red.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire*, Berlin–Heidelberg 2009, s. 97.

dejmującej racjonalne wybory nie odpowiada najczęściej rzeczywistości, bowiem przeciętny człowiek kieruje się w znacznym zakresie także innymi czynnikami, na przykład emocjami, po drugie zaś, nadmiar informacji prowadzi do skutków odwrotnych do zamierzonych, ponieważ osoba, której przedstawiono zbyt dużą ilość informacji, nie jest w stanie ich przetworzyć. W związku z tym jej decyzja rynkowa może być równie nieracjonalna (a nawet bardziej nieracjonalna) aniżeli decyzja osoby posiadającej deficyt informacyjny. Obu tym zarzutom trudno odmówić słuszności, jednakże w kontekście modelu ochrony konsumenta jako modelu normatywnego winny one być postrzegane z dużą ostrożnością. Opisany wyżej model istotnie nie ma za punkt odniesienia „rzeczywistego” konsumenta, lecz konsumenta rozumianego jako pewien idealny typ. Ów idealny wzorzec ma mieć w danych okolicznościach możliwość podjęcia decyzji racjonalnej, co wcale nie oznacza, że ją podejmie. Należy zwrócić uwagę, że w ten sposób prawo unika zdecydowanie dalej posuniętego paternalizmu i cena ta, jak się wydaje, jest ceną rozsądną. Inaczej mówiąc, model informacyjny opiera się na założeniu podobnym do na przykład równości szans w edukacji – każdy konsument ma otrzymać szansę podjęcia racjonalnej decyzji rynkowej, ale to, czy tak się stanie, zależy od wielu innych okoliczności, w tym takich dotyczących samej osoby danego konsumenta, na przykład jego rzeczywistej wiedzy, inteligencji, stopnia, w jakim jest podatny na emocje, itp. Wpływ przez prawo na owe inne okoliczności w związku z podejmowaniem przez konsumenta decyzji rynkowej byłby niezwykle trudny i najprawdopodobniej niepożądany. Byłby on właściwie niemożliwy do realizacji bez szczegółowej kontroli danej umowy lub innej czynności rynkowej z perspektywy z góry określonej słuszności kontraktowej. Z oczywistych względów wybór takiego rozwiązania znacznie skomplikowałby stosunki rynkowe, a w szczególności utrudniłby sytuację przedsiębiorców na rynku. Przedsiębiorca może bowiem dokonać analizy stosowanych przez siebie praktyk pod kątem ich zgodności z pewnym abstrakcyjnie określonym modelem, trudno byłoby mu natomiast dokonywać takiej oceny z punktu widzenia „rzeczywistego” konsumenta. Nie można także nie zauważyć, że odejście od modelu normatywnego w kierunku modelu konsumenta bardziej odpowiadającego realiom życia codziennego utrudniałoby harmonizację praw państw członkowskich, co jest niewątpliwie podstawowym celem dyrektywy 2005/29/WE. Zarzut dotyczący nadmiaru informacji jest natomiast co do zasady słuszny, nie odnosi się on jednak do „modelu informacyjnego” jako takiego, lecz bardziej szczegółowo określonych w ramach takiego modelu obowiązków informacyjnych. W kontekście dyrektywy 2005/29/WE i implementującej ją legislacji krajowej dotyczy on zatem nie podstawowych konstrukcji, na jakich została ona oparta, lecz rozwiązań szczegółowych mających wpływ na ilość i postać przedstawianych konsumentom informacji.

Model informacyjny stanowi więc podstawę dyrektywy, ale nie został on w niej zastosowany w wersji czystej. Wynika to przede wszystkim z tego, że wyraźnie

uznano konieczność dokonywania oceny praktyk przedsiębiorców z perspektywy uszczegółowionych wzorców, w tym grupy konsumentów szczególnie wrażliwych (art. 5 ust. 3 dyrektywy)<sup>4</sup>. Taka korekta ma, jak się wydaje, w znacznym stopniu aspekt słusznościowy<sup>5</sup> i jest aksjologicznie uzasadniona.

Druga korekta modelu czysto informacyjnego nastąpiła zaś w interesie przedsiębiorców i wynika w moim przekonaniu z art. 7 ust. 3 dyrektywy, który każe przy ocenie zaniechań wprowadzających w błąd brać pod uwagę czynniki wpływające na sposób prezentacji informacji przez przedsiębiorcę, w tym ograniczone miejsce (np. na opakowaniu) dostępne na prezentację informacji lub krótki czas przekazu reklamowego. Oznacza to, że zachowanie niedostarczające pełnej informacji będzie mogło być uznane za zgodne z prawem, jeśli, w pewnym uproszczeniu, podanie informacji pełnej byłoby zbyt uciążliwe lub nie współgrałoby z charakterystycznymi cechami danej formy przekazu (np. zwięzłość reklamy).

W istocie szeroki zakres ochrony konsumenta oparty na „prawie do racjonalnej decyzji” może budzić wątpliwości z punktu widzenia, który właściwie nigdy w dyskusji nad regulacjami chroniącymi konsumenta nie jest poruszany, tj. negatywnego wpływu tych regulacji na gospodarkę. Należy mieć na uwadze, że przeciętny konsument w kraju członkowskim Unii Europejskiej (a zwłaszcza w tzw. starych krajach członkowskich) jest osobą zamożną, której większość podstawowych i mniej podstawowych potrzeb życiowych została już zaspokojona (trzeba tu wyjaśnić, że mówiąc o zamożności porównujemy konsumenta unijnego z innymi państwami świata – ta perspektywa nie pozostawia wątpliwości, że konsument unijny należy do konsumentów najbardziej uprzywilejowanych). Wiele decyzji rynkowych konsumentów tego rodzaju może być określonych jako „nieracjonalne” na przykład dlatego, że konsument został zwabiony do nabycia rzeczy, która nie była mu potrzebna i czego później żałuje. Jednakże transakcja taka nie stanowi dla niego z reguły żadnego istotnego obciążenia, gdyby zaś liczba takich transakcji miała ulec znaczącej redukcji, mogłoby się to okazać niekorzystne dla gospodarki (mówi się przecież, że w wielu branżach sukces rynkowy polega na kreacji potrzeb konsumentów, które w świetle obiektywnej oceny mogłyby zostać uznane za nieuzasadnione). Analiza tych kwestii znacznie przekracza jednak ramy niniejszego opracowania.

Normatywnym wyrazem modelu informacyjnego, na którym opiera się dyrektywa, jest art. 5 zawierający podstawową klauzulę generalną. Przepis ten posługuje się pojęciami charakterystycznymi bardziej dla ekonomistów niż prawników, zamiast licznych w systemach prawnych państw członkowskich kryteriów ocenianych, takich jak dobre obyczaje czy dobra wiara, odwołując się do wzorca „sta-

---

<sup>4</sup> Zob. M. Sieradzka, *Wzorzec „przeciętnego konsumenta” w dyrektywie 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych i jego implikacje dla prawa polskiego*, EPS 2008, nr 6, s. 20–21.

<sup>5</sup> Należy przy tym zauważyć, że model ekonomiczny oraz model „słusznościowy” znajdują się w pewnej opozycji. Zob. K.-N. Peifer, *Schutz ethischer Werte im Europäischen Lauterkeitsrecht oder rein wirtschaftliche Betrachtungsweise?*, w: R.M. Hilty, F. Henning-Bodewig (red.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire*, Berlin–Heidelberg 2009, s. 125 i n.

ranności zawodowej”. Także opis wpływu praktyki na zachowanie konsumenta został dokonany w sposób „ekonomiczny”, chociaż samo zastosowane kryterium po bliższej analizie nie okazuje się wcale rewolucyjne (jest ono np. w istocie znane regulacjom dotyczącym błędu jako wady oświadczenia woli). Z tego względu nie wydaje się trafne stwierdzenie, że pierwsza i główna klauzula generalna dyrektywy (art. 5) jest w istocie nieistotna, ponieważ wystarczające byłyby klauzule generalne drugiego stopnia odnoszące się do praktyk wprowadzających w błąd lub agresywnych, te bardziej szczegółowe klauzule w mniejszym stopniu wyrażają bowiem „ducha” dyrektywy.

### Realizacja modelu ochrony w polskiej ustawie

Jak wiadomo, polska ustawa implementacyjna miała za zadanie wiernie przejąć postanowienia dyrektywy do polskiego porządku prawnego. Dokonany przez polskiego ustawodawcę wybór polegał więc na uchwaleniu odrębnego aktu prawnego i na niewielkich odstępstwach od tekstu dyrektywy. Takie podejście powinno zagwarantować bezproblemowe przejście modelu ochrony (niezgodności mogłyby się ujawnić co najwyżej w przypadku rozwiązań szczegółowych). Oczywiście odpowiedź na pytanie, czy tak się stało, da ostatecznie praktyka stosowania ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, jednakże można zauważyć, że ustawodawca polski zdecydował się na rozwiązanie, które jawi się jako co najmniej kontrowersyjne. Konstruując generalną klauzulę nieuczciwej praktyki rynkowej, wprowadzono bowiem do niej klauzulę dobrych obyczajów (zamiast staranności zawodowej), zachowując jednak drugi element, tj. istotny wpływ na rynkowe zachowanie konsumenta. Rozwiązanie takie kryje w sobie potencjalnie pewne zagrożenia.

Pojęcie dobrych obyczajów jest elementem klauzuli generalnej z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co zresztą było podstawowym powodem posłużenia się tą terminologią także w art. 4 u.p.n.p.r. Obrosło ono całkiem znacznym orzecznictwem sądowym i stało się przedmiotem licznych wypowiedzi doktryny<sup>6</sup>, przy czym istotne jest, że zarówno w teorii, jak i w praktyce stosowania prawa dochodzi do poważnych rozbieżności w jego rozumieniu. Zaobserwować można rosnącą tendencję do nadawania klauzuli dobrych obyczajów wymiaru w znacznym stopniu moralnego, co znalazło kumulację w orzecznictwie, w którym dobre obyczaje „skonkretyzowano” jako nakaz szacunku dla drugiego człowieka<sup>7</sup>. Abstrahując od trafności tej tendencji, jej przeniesienie na grunt ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym byłoby, jak się wydaje, oczywiście niezgodne z dyrektywą 2005/29/WE<sup>8</sup>. Nie oznacza to oczywiście, że za-

<sup>6</sup> Zob. E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2010, s. 59 i n.

<sup>7</sup> Wyrok SOKiK z 23 lutego 2006 r., XVII Ama 118/04, Lex nr 183979.

<sup>8</sup> Tak też M. Strzelecki, *Klauzula generalna nieuczciwej praktyki rynkowej*, PPH 2008, nr 11, s. 41.

pewnienie podmiotowi prawa możliwości podjęcia rozsądnej decyzji nie posiada żadnych uwarunkowań pozaekonomicznych (co oznacza, że często nakaz moralny będzie w pełni zgodny z ekonomicznym rozumieniem dobrych obyczajów), jednakże nie można przyjąć znaku równości między „szacunkiem do drugiego człowieka” a „zawodową starannością”. Posłużenie się przez ustawodawcę pojęciem dobrych obyczajów w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym może mieć dwa rodzaje skutków. Pierwszy scenariusz zakłada „skażenie” ocen dokonywanych na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym rozumieniem pojęcia dobrych obyczajów przeniesionego z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w wersji przyjmowanej przez niektóre sądy (rzadziej przedstawicieli doktryny). Wpływ na takie „skażenie” może mieć powszechnie akceptowane na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowisko o korekcyjnej roli klauzuli generalnej<sup>9</sup>. Na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym korekta nie byłaby w zasadzie możliwa w odniesieniu do katalogów czarnych praktyk, mogłaby natomiast mieć wpływ na interpretację „małych klauzul generalnych” oraz oczywiście praktyk innych niż wprowadzające w błąd lub agresywne (mogłoby się w szczególności okazać, że praktyk tych będzie więcej, niż ustawodawca wspólnotowy mógł się spodziewać). Drugi scenariusz zakładałby natomiast wpływ w kierunku odwrotnym. Skoro nie wydaje się budzić wątpliwości, że dyrektywa 2005/29/WE posługuje się kryteriami ekonomicznymi, to zapewnienie zgodności ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym z dyrektywą w drodze wykładni wymaga interpretacji pojęcia „dobrych obyczajów” także w duchu „ekonomicznym”. Ponieważ tego samego pojęcia użyto w art. 3 ust. 1 u.z.n.k., może być to argument za koniecznością jego analogicznego rozumienia także w przepisach tej drugiej ustawy (byłby to więc argument za jedną z dwóch istniejących koncepcji rozumienia pojęcia dobrych obyczajów w prawie nieuczciwej konkurencji)<sup>10</sup>. Zdecydowanie lepiej byłoby, gdyby w praktyce zrealizował się ten ostatni scenariusz<sup>11</sup>.

## b. Zachowanie rynkowe

Większość „tradycyjnych” regulacji prawa konsumenckiego obejmowała swoim zakresem przede wszystkim sferę przedkontraktową, na przykład obowiązki in-

<sup>9</sup> Tak np. SN w wyroku z 30 maja 2006 r., I CSK 85/06, OSP 2008, z. 5, poz. 55.

<sup>10</sup> Należy zaznaczyć, że zagadnienie to nie jest tożsame z problemem, czy nieuczciwa praktyka rynkowa może zostać zawsze lub prawie zawsze uznana za czyn nieuczciwej konkurencji jako zachowanie bezprawne lub sprzeczne z dobrymi obyczajami na gruncie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (zob. niżej).

<sup>11</sup> Z tego, jak się wydaje, powodu, Ł. Wściubiak, *Dobre obyczaje w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, PPH 2007, nr 11, s. 41 i n., uznaje posłużenie się przez ustawodawcę tym samym pojęciem dobrych obyczajów co w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za zabieg korzystny, ponieważ pozwala on na wybór ekonomiczno-funkcjonalnego stanowiska co do jego rozumienia w obu regulacjach (s. 44 i n.).

formacyjne spoczywające na przedsiębiorcy. Także prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji odnosi się z reguły do zachowań leżących poza sferą kontraktową, tj. albo poprzedzających lub mogących poprzedzić zawarcie umowy, albo w ogóle niezwiązanych z zawieraniem umów. Prawo nieuczciwej konkurencji nie ingeruje co do zasady w wykonywanie już zawartej umowy, bowiem byłoby to niezgodne z deliktowym charakterem przypisywanym powszechnie jego normom. Takie podejście, z punktu widzenia ochrony konsumenta, prowadzić mogło do regulacji niespójnej, w której pozycja prawna konsumenta byłaby niejednokrotnie słabsza po zawarciu umowy niż przed jej zawarciem. Dyrektywa 2005/29/WE zmierza do wypełnienia owych luk ochrony za pomocą stosunkowo prostego zabiegu – mianowicie definiując przedmiot zainteresowania dyrektywy (nieuczciwe praktyki rynkowe), pojęcie praktyki określono w sposób szeroki, pozwalający na zastosowanie go także do zachowań mających miejsce w związku z wykonywaniem umowy, a nawet już po jej wykonaniu (czyli po zakończeniu stosunku umownego). Warto zwrócić uwagę, że, być może w sposób nie do końca zamierzony, podejście takie nawiązuje do niektórych konstrukcji cywilistycznych, znanych przede wszystkim germańskim systemom prawnym. Ich najbardziej rozwiniętym przykładem jest konstrukcja jednolitego stosunku zobowiązaniowego akceptowana powszechnie na gruncie prawa niemieckiego<sup>12</sup>. Uważa się tam, że z chwilą zaistnienia „kontaktu” lub zachowania mogącego prowadzić do zawarcia umowy (*Vertragsanbahnung*) dochodzi do powstania między stronami stosunku zobowiązaniowego o charakterze ustawowym (*gesetzliches Schuldverhältniss*), który, zgodnie z poglądem części doktryny (C.-W. Canaris), utrzymuje się także w trakcie trwania stosunku umownego (równoległe do niego) i może istnieć już po jego zakończeniu. Treść tego stosunku określają obowiązki o charakterze ochronnym (*Schutzpflichten*), których celem nie jest realizacja świadczenia głównego (to zadanie spełnia stosunek umowny), lecz ochrona istniejących dóbr i interesów stron. W fazie przedkontraktowej instytucja ta nosi dobrze znaną także na gruncie prawa polskiego nazwę *culpa in contrahendo*. Konstrukcja jednolitego stosunku ustawowego nie jest ograniczona do obrotu konsumenckiego, jednakże pokazuje, że podejście traktujące różne sfery „okołokontraktowe” w jednolity sposób nie jest wcale zupełną nowością, lecz znajduje wyraz w teoriach cywilistycznych znanych już od wielu lat.

Kontrola zachowań przedsiębiorców na etapie innym niż przedkontraktowy winna być spójna z przyjętym na gruncie dyrektywy modelem informacyjnym. Oznacza to, że po zawarciu umowy, jeśli nie doszło do nieuczciwych praktyk

---

<sup>12</sup> C.-W. Canaris, *Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen*, JZ 1965, nr 15/16, s. 475 i n.; W. Thiele, *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung. Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungssystem des Zivilrechts*, JZ 1967, nr 21, s. 649 i n.; H.-H. Jacobs, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn 1969, s. 38 i n.; W. Gerhardt, *Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schuldverhältnis (positive Vertragsverletzung und culpa in contrahendo)*, JuS 1970, s. 597 i n.; M. Lehmann, *Vertragsanbahnung durch Werbung*, München 1981, s. 296 i n.; E. Kramer, w: *Münchener Kommentar zum BGB, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil*, München 2003, s. 41.



o charakterze przedkontraktowym, na przykład wprowadzenia w błąd, przedmiotem kontroli nie jest „słuszność” rozkładu praw i obowiązków stron umowy, a zwłaszcza okoliczności związane ze świadczeniem głównym, lecz takie zachowania, które w nieuczciwy sposób wpływają na decyzje konsumenta odnoszące się do przysługujących mu uprawnień umownych<sup>13</sup>. W praktyce będą to najczęściej uprawnienia wynikające z niezgodności towaru z umową lub gwarancji.

W przypadku praktyk mających miejsce już po zawarciu umowy praktyczne znaczenie dyrektywy 2005/29/WE będzie się zapewne przejawiało najczęściej w sytuacjach, w których konsument na skutek zaniechań informacyjnych, aktywnego wprowadzenia w błąd lub innego zakazanego nacisku nie wykona uprawnienia, którego wykonanie zależy od określonych przesłanek, w tym zachowania ustawowego terminu.

Należy zauważyć, że nie tylko w ustawie polskiej, lecz także w tekście dyrektywy rozciągnięcie jej zakresu poza sferę przedkontraktową sprawiło pewne problemy legislacyjne, znajdujące wyraz już w samej definicji praktyki rynkowej. Zarówno definicja zawarta w art. 2 c) dyrektywy, jak i definicja z art. 2 pkt 4 u.p.n.p.r., rozumiane literalnie, odnoszą się do zachowań związanych ze sferą promocji i reklamy oraz nabycia (sprzedaży i dostawy). Sfera „nabycia” winna być jednak rozumiana jako dotycząca nie tylko samej decyzji zakupowej, lecz także dalszych decyzji związanych z wykonywaniem już zawartej umowy. Wymagany przez ustawodawcę „bezpośredni związek” da się uzasadnić tym, iż wspomniane decyzje są realizacją uprawnień umownych, a zatem zapadają w tym samym stosunku prawnym.

Nie może ulegać wątpliwości, że zachowania rynkowe mogące stanowić nieuczciwe praktyki w rozumieniu dyrektywy nie muszą polegać na składaniu oświadczeń woli w rozumieniu prawa cywilnego, a zatem nie muszą dotyczyć czynności prawnych (polski ustawodawca nie zauważył tego, odwołując się wprost do pojęcia konsumenta w znaczeniu nadanym mu przez kodeks cywilny).

Zakres regulacji dyrektywy, a za nią polskiej ustawy implementującej, został zatem „rozszerzony” dzięki funkcjonalnemu zdefiniowaniu zasadniczego dla stosowania tych regulacji pojęcia „praktyki” rynkowej. Z drugiej strony jednak wspomniane definicje zawierają także element, który można by określić jako zawężający. Chodzi tu o wymóg bezpośredniego związku praktyki z promocją lub nabyciem produktu. Oczywiście samo rozumienie „bezpośredniości” może być różne, jeśli jednak pojawia się ono w tekście normatywnym, to nie powinno być lekceważone. Nie można jednak nie zauważyć, że cecha bezpośredniości została odniesiona nie do wpływu praktyki na decyzję konsumenta, lecz do związku zachowania z promocją lub sprzedażą. Wynika stąd, że zachowanie przedsiębiorcy

---

<sup>13</sup> Należy podkreślić, że takie stanowisko nie jest w zachodnioeuropejskiej nauce prawa powszechnie przyjmowane. Zdarzają się poglądy postulujące zdecydowanie dalej idącą kontrolę i zmianę treści umów w kierunku ochrony konsumenta. Tak np. B. Lurger, *Vertragliche Solidarität. Entwicklungschance für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union*, Baden-Baden 1998.

mające na celu wywarcie pośredniego wpływu na konsumenta przez skłonienie go do nabycia produktu może być praktyką rynkową podlegającą omawianym regulacjom. Takie ujęcie utrudnia wytyczenie tu precyzyjnych granic, jednakże wymóg bezpośredniego związku eliminuje spoza zakresu dyrektywy (i ustawy) te zachowania przedsiębiorców, które, obiektywnie oceniając, nie mogłyby wywrzeć wpływu na decyzję rynkową przeciętnego konsumenta<sup>14</sup>. O tym, czy praktyka ma bezpośredni związek z promocją lub nabyciem produktu, decyduje jednak, jak się wydaje, przynajmniej częściowo, perspektywa przedsiębiorcy – jeśli dla przedsiębiorcy dane zachowanie ma takie znaczenie, to może ono być praktyką rynkową, pod warunkiem że może choćby pośrednio wpłynąć na przeciętnego konsumenta. Przykładem mogą tu być wizerunkowe kampanie promocyjne, nienawiązujące do żadnych konkretnych produktów.

### Realizacja w polskiej ustawie

Poza niezręcznością polegającą na odesłaniu do definicji konsumenta z kodeksu cywilnego zawierającej odwołanie do czynności prawnych, ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym realizuje założenia dyrektywy polegające na wyjściu poza sferę przedkontraktową (reklamy, promocji, przedumownych obowiązków informacyjnych). Byłoby to jednak bardziej czytelne, gdyby powtórzono w ustawie postanowienie art. 3 ust. 1 dyrektywy. Jakkolwiek nie ma to, moim zdaniem, istotnych implikacji praktycznych, zastanawiające jest, że polska ustawa implementująca zawiera braki lub nieścisłości akurat w zakresie tych rozwiązań, które dla dyrektywy są najbardziej charakterystyczne (zob. też niżej).

### c. Nowy kształt klauzul generalnych

Jak już wspomniano, dyrektywa 2005/29/EC posługuje się w kluczowych dla niej klauzulach generalnych dość szczególną terminologią. Teza o jej absolutnej nowości nie nadaje się jednak do obrony, w istocie bowiem użyte pojęcia odnoszą się do okoliczności już od dawna znanych i stosowanych, choćby w prawie cywilnym. Znaczenie owej terminologii przejawia się moim zdaniem przede wszystkim w nadaniu określonego kierunku interpretacji postanowień dyrektywy, zbliżonego, gdyby odnieść się do polskich sporów doktrynalnych, do ekonomicznego rozumienia pojęcia dobrych obyczajów na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na gruncie art. 5 ust. 2 dyrektywy, czyli podstawowej klauzuli generalnej, określającej pojęcie praktyki nieuczciwej, pojawia się następująca konstrukcja oceny zachowania przedsiębiorcy: zacho-

---

<sup>14</sup> M. Namysłowska, *Zwalczanie nieuczciwych praktyk handlowych na podstawie dyrektywy 2005/29/WE*, cz. I, PPH 2007, nr 2, s. 38, wskazuje, iż wymóg wpływu na zachowanie konsumenta oznacza, że dyrektywa nie chroni „uczciwości konkurencji” jako takiej.

wanie to musi być praktyką handlową (rynkową) (art. 2 lit. d) oraz musi być nieuczciwe. Nieuczciwość funkcjonuje tu konstrukcyjnie jako kryterium bezprawności zachowania. Bezprawność (negatywna ocena przez system prawny) wymaga spełnienia (łącznie) dwóch warunków: sprzeczności zachowania z wymogami staranności zawodowej (pojęcie zdefiniowane w art. 2 lit. h) oraz możliwości zniekształcenia zachowania przeciętnego konsumenta. Konstrukcja ta jest ciekawa, ponieważ w tradycyjnym ujęciu bezprawność byłaby powiązana z brakiem zachowania staranności zawodowej (podobnie jak niezachowanie należytej staranności w prawie deliktowym), tu zaś jej elementem jest bezspornie także przynajmniej potencjalny wpływ zachowania na konsumenta, co należy do sfery skutków zachowania (szkody). Podobnie zatem jak w przestępstwach materialnych, „skutek” jest konieczny dla bezprawności. Rozwiązanie to nie jest jednak nowe – funkcjonowało ono na przykład w dotychczasowej regulacji dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd. Pewnym novum jest natomiast wymóg istotności, którego znaczenie poznamy zapewne dopiero w praktyce stosowania nowych przepisów<sup>15</sup>. Praktyka rynkowa jest bowiem nieuczciwa tylko wtedy, gdy:

w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta, do którego dociera bądź do którego jest skierowana, lub przeciętnego członka grupy konsumentów, jeżeli praktyka handlowa skierowana jest do określonej grupy konsumentów.

Artykuł 2 lit. h „wyjaśnia”, że:

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

Można mieć wątpliwości, czy drugi element definicji rzeczywiście coś tłumaczy, jednak także w nim znajduje się określenie wskazujące na szczególne natężenie wpływu praktyki („znaczne ograniczenie zdolności”). Niewątpliwie precyzyjne rozdzielenie przypadków, w których mamy do czynienia tylko z ograniczeniem zdolności do podjęcia przez konsumenta racjonalnej decyzji, od sytuacji, w których to ograniczenie jest znaczne, będzie stanowiło niezwykle skomplikowane zadanie. Wydaje się, iż ów wymóg istotności powinno się rozumieć jako wyraz swoistej *rule of reason*.

Bardziej charakterystyczny jest niewątpliwie ten element definicji, który odnosi się do staranności zawodowej, użytej tu w miejsce takich tradycyjnych pojęć jak

---

<sup>15</sup> Wskazuje się niekiedy, że wymóg ten stanowi realizację zasady proporcjonalności – M. Strzelecki, *Klauzula generalna...*, s. 42.

na przykład dobre obyczaje<sup>16</sup>. Niestety, prawidłowe opisanie, co przez to pojęcie należy rozumieć, sprawiło ustawodawcy unijnemu duże trudności – zamieszczona w art. 2 lit. h definicja została skonstruowana raczej nieporadnie. Jej podstawową wadą jest oczywisty błąd *idem per idem*. Zgodnie z definicją normatywną „staranność zawodowa” oznacza standard dotyczący szczególnej wiedzy i staranności (*sic!*), których można w racjonalny sposób oczekiwać od przedsiębiorcy w jego relacjach z konsumentami, zgodnie z uczciwymi praktykami rynkowymi i/lub ogólną zasadą dobrej wiary w zakresie jego działalności. Innymi słowy, nieco być może upraszczając, staranność zawodowa to szczególna staranność, jakiej można oczekiwać ze względu na zawodowy charakter działalności. Skoro nieuczciwość praktyki rynkowej jest oceniana przez pryzmat niedochowania staranności zawodowej, niewątpliwie rozczarowujące jest odwołanie się w definicji owej staranności zawodowej do zgodności zachowania przedsiębiorcy z „uczciwymi praktykami rynkowymi”. Jedyne elementy definicji, które wnoszą coś nowego, są zatem pojęcia raczej tradycyjne, tj. standard „racjonalności”, odniesiony tu do oczekiwań konsumenta, i zasada dobrej wiary. Przez zasadę dobrej wiary w prawniczym dyskursie prawnoporównawczym rozumie się zazwyczaj dyrektywę uwzględniania w rozsądnych granicach interesów drugiej strony (innych podmiotów)<sup>17</sup>. Inaczej mówiąc, zasada dobrej wiary stanowi swego rodzaju przeciwieństwo systemu, w którym strona jest uprawniona do bezwzględnego wykorzystywania wszelkiego rodzaju przewag, w tym przewagi informacyjnej (można powiedzieć, że stanowi ona korektę czysto „liberalnych” założeń kodyfikacji dziewiętnastowiecznych). Nieprzypadkowo więc konkretne zastosowania zasady dobrej wiary często dotyczą właśnie obowiązków informacyjnych. Zasada dobrej wiary jako ogólna zasada porządku prawnego (przede wszystkim prawa prywatnego) budzi liczne kontrowersje i jest odrzucana przez państwa systemu *common law*. Stanowi ona z kolei fundament systemów germańskich (*Treu und Glauben*) i nie jest obca prawu polskiemu (np. obowiązek lojalności kontraktowej, *culpa in contrahendo*). Odwołanie się w dyrektywie 2005/29/WE do zasady dobrej wiary ma oczywiście niezwykle istotne implikacje dla prawa kontraktowego, na które dyrektywa ta rzekomo nie chciała wywierać wpływu, jest to jednak zagadnienie wykraczające poza zakres niniejszego opracowania. Jakkolwiek będzie to jedynie

---

<sup>16</sup> W literaturze wskazuje się, że jest to jednak pojęcie pokrewne – I.B. Nestoruk, *Europejskie prawo o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji? (Prezentacja projektu dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych)*, ZNUJ. PIPWI 2005, z. 89, s. 160.

<sup>17</sup> Na temat pojęcia „dobra wiara” zob. O. Lando, *Is Good Faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law*, w: M. Andenas S. Diaz Alabart, B. Markesinis, H. Micklitz, N. Pasquini, *Liber Amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems*, London 2007, s. 601; E. McKendrick, *The Meaning of Good Faith*, w: M. Andenas S. Diaz Alabart, B. Markesinis, H. Micklitz, N. Pasquini, *Liber Amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems*, London 2007, s. 687; R. Zimmermann, S. Whittaker (red.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000; M.W. Hesselink, *The concept of good faith in Towards a European Civil Code, Third Fully Revised and Expanded Edition*, The Hague 2004.

kolejne „przybliżenie” znaczenia standardu staranności zawodowej w ujęciu art. 2 lit. h dyrektywy, można zaryzykować tezę, iż na gruncie dyrektywy przedsiębiorca zobowiązany jest do traktowania konsumenta tak, by uniknął on (w racjonalnych granicach) niekorzystnych decyzji rynkowych. Dyrektywa nie neguje, iż zazwyczaj przedsiębiorca i konsument mogą mieć sprzeczne interesy (np. przedsiębiorca chce sprzedać jak najszybciej i jak najdrożej, a konsument chce pełnej informacji i jak najniższej ceny), ale zakazuje przedsiębiorcy „wygrywania” przewag także poza granicą szczegółowych obowiązków informacyjnych lub zakazu podawania nieprawdziwych informacji. Jest to model pośredni między modelem w pełni liberalnym a modelem w pełni paternalistycznym, w którym strony pozbawione byłyby w istocie wpływu na treść obiektywnie „słusznej” umowy. Konkretnie granice tego modelu będą musiały zostać wyznaczone w praktyce stosowania prawa.

Małe klauzule generalne (zakaz wprowadzenia w błąd przez działanie, zakaz wprowadzenia w błąd przez zaniechanie, zakaz praktyk agresywnych – art. 6–8 dyrektywy) mogą zostać bez trudu uzgodnione z podstawową klauzulą generalną z art. 5 dyrektywy<sup>18</sup>. Charakterystyczne dla nich jest podkreślenie konieczności oceny sytuacji w konkretnych okolicznościach i powiązanie z wpływem na decyzję rynkową konsumenta.

### Implementacja w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym zawiera inaczej sformułowaną podstawową klauzulę generalną aniżeli wyżej omówiona klauzula z art. 5 dyrektywy. Artykuł 4 ust. 1 u.p.n.p.r. „zastępuje” kryterium zgodności ze starannością zawodową kryterium zgodności z dobrymi obyczajami<sup>19</sup>. Z uwagi na plastyczność pojęcia dobrych obyczajów możliwe jest zachowanie zgodności prawa polskiego z dyrektywą bez konieczności korekt legislacyjnych, jednakże, jak wspomniano, różnica ta nie jest wcale pozbawiona znaczenia. Ponieważ ustawa nie odwołuje się do pojęcia staranności zawodowej, nie zawiera też oczywiście jego definicji. Nie zawiera ona także definicji dobrych obyczajów. Znow, jakkol-

---

<sup>18</sup> Nie jest natomiast zasadne negowanie wagi „dużej” klauzuli generalnej, np. z powołaniem się na argument, że nie odsyła ona do systemu ocen pozanormatywnych, a zatem w ogóle nie powinna być określana jako klauzula generalna (tak M. Rogowski, *Agresywne praktyki handlowe oraz ich implementacja do prawa polskiego*, MoP 2008, nr 2, s. 82). Traktowanie art. 5 wyłącznie jako „wskazówki interpretacyjnej” jest wykluczone już z tego powodu, że zawężyłoby zakres praktyk zakazanych. Tymczasem raczej nie budzi wątpliwości uzupełniająca funkcja podstawowej klauzuli generalnej (M. Strzelecki, *Klauzula generalna...*, s. 44). Należy także zauważyć, że klauzula ta w sposób oczywisty odsyła do pozanormatywnych źródeł (systemów ocen), bowiem jest to konieczne dla wypełnienia treścią użytych w niej pojęć. To, że jest to niekiedy trudniejsze niż na gruncie prawa krajowego, nie jest zmianą o charakterze jakościowym.

<sup>19</sup> Krytycznie co do tego R. Stefanicki, *Dyrektywa 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych i jej implementacja do krajowego systemu*, PUG 2001, nr 1, s. 13 i n.; P. Podrecki, *Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych i jej implementacja do prawa polskiego*, ZNUJ. PIPWI 2007, z. 100, s. 381.

wiek nie jest to moim zdaniem prawidłowe rozwiązanie, nie musi spowodować niezgodności prawa polskiego z dyrektywą, zwłaszcza że definicje zawarte w dyrektywie pozostawiają wiele do życzenia.

Pierwsza mała klauzula (wprowadzenie w błąd przez działanie) różni się od jej odpowiednika z dyrektywy użyciem terminu „umowa” zamiast „transakcja”, co samo w sobie nie wydaje się szczególnie doniosłe. W pozostałym zakresie istota postanowienia dyrektywy została zachowana mimo nieco innego sformułowania przepisu. Druga mała klauzula generalna (wprowadzenie w błąd przez zaniechanie), obok tego samego, pozornego moim zdaniem problemu („umowa” zamiast „transakcja”), zawiera jedną dość ważną niezgodność z dyrektywą. Artykuł 6 ust. 2 u.p.n.p.r. za istotne uznaje bowiem wszystkie informacje, jakie przedsiębiorca jest zobowiązany podać konsumentom na podstawie odrębnych przepisów<sup>20</sup>, podczas gdy na gruncie dyrektywy za istotne uznano wyłącznie wymogi informacyjne wynikające z prawa wspólnotowego, co i tak może wywoływać kontrowersje jako regulacja zbyt rygorystyczna. Nie powinno budzić wątpliwości, że wobec maksymalnego charakteru harmonizacji wykluczone jest uznanie za praktykę wprowadzającą w błąd, a tym samym nieuczciwą, każdego naruszenia obowiązku informacyjnego przewidzianego przez prawo krajowe (w tym przypadku polskie). Sprawy nie ratuje rozpoczynające art. 6 ust. 2 u.p.n.p.r. zastrzeżenie „w razie wątpliwości”, bowiem i tak nadaje ono prawu krajowemu swoiste domniemanie istotności, które sprawia, iż naruszenie „krajowego” obowiązku informacyjnego nie jest oceniane na podstawie odpowiednich klauzul generalnych analogicznie do innych przypadków praktyk wprowadzających w błąd, lecz zostaje uprzywilejowane przez uznanie za spełnione kryterium istotności informacji, co do których nastąpiło zaniechanie ich podania konsumentowi. Oczywiście można przypuszczać, iż w praktyce problem ten nie będzie dawał o sobie zbyt często znać, niemniej nie należy go pomijać.

Klauzula dotycząca praktyk agresywnych (art. 8 u.p.n.p.r.), poza znanym już zastąpieniem słowa „transakcja” słowem „umowa”, zawiera dodatkowe, moim zdaniem nieuprawnione, stwierdzenie, zgodnie z którym: „Za niedopuszczalny nacisk uważa się każdy rodzaj wykorzystania przewagi wobec konsumenta”. Stwierdzenie takie idzie w oczywisty sposób zbyt daleko i nie jest zgodne z przedstawionym wyżej rozumieniem zasady dobrej wiary. Wyklucza ona wykorzystanie niektórych przewag, ale nie wszystkich, każda bowiem transakcja jest swego rodzaju grą. Posługując się terminologią sportową, prawo może zakazywać fauli, ale nie powinno zakazywać wykorzystywania przewag uczciwych. Zakaz wykorzystania każdej przewagi właściwy byłby dla modelu pełnego paternalizmu, którego dyrektywa nie przyjęła. Tego rodzaju odstępstwo od dyrektywy, ponownie w zakresie, który dotyczy jej istoty, należy ocenić negatywnie, sprawia bowiem

---

<sup>20</sup> R. Stefanicki, *Dyrektywa 2005/29/WE...*, s. 15, określa to odesłanie jako zbyt ogólne, jednakże problem wydaje się głębszy.

ono wrażenie, jakby ustawodawca polski nie rozumiał w pełni zasad, na których zbudowano założenia dyrektywy – dziwne jest to, iż pewne drobne odstępstwa (w znaczeniu zastosowania innej terminologii lub systematyki) pojawiają się w polskiej ustawie implementującej akurat tam, gdzie nie było to wskazane. W tym świetle nie jest wadą to, iż w znacznej części dyrektywa została praktycznie „przepisana” do polskiej ustawy, ponieważ „własna inicjatywa” polskiego ustawodawcy nie była najwyższej jakości.

W doktrynie zgłoszono także zastrzeżenia w związku z tym, że regulacja polska nie powtarza trzech postaci praktyki agresywnej (nękanie, przymus i bezprawny nacisk)<sup>21</sup>, uznając, że niedopuszczalny nacisk obejmuje także (w polskiej definicji) nękanie i przymus. Nie wydaje się jednak, by w praktyce stosowania prawa odstępstwo to mogło mieć istotne znaczenie.

#### d. Usytuowanie dyrektywy jako aktu z zakresu najogólniej rozumianego prawa nieuczciwej konkurencji

Różnorakie regulacje mające za zadanie ochronę konsumentów należeć mogą do różnych dziedzin prawa. Tytułem przykładu rozwiązania dotyczące klauzul niedozwolonych lub obowiązków informacyjnych w określonych typach umów znajdują się w sferze prawa cywilnego (a bardziej dokładnie, prawa zobowiązań). Dyrektywa 2005/29/WE jest natomiast aktem, który przy wszystkich zastrzeżeniach powinno się zakwalifikować jako należący do zakresu regulacji nieuczciwej konkurencji (szeroko rozumianej)<sup>22</sup>. Tak na przykład trzeba będzie traktować te przepisy na potrzeby prawa prywatnego międzynarodowego (m.in. rozporządzenie Rzym II). Tego rodzaju podejście stawia w centrum uwagi zachowanie przedsiębiorcy na rynku i poddaje je pozakontraktowym regulacjom. Oczywiście istotną komplikację powoduje ograniczenie dyrektywy tylko do sfery stosunków B2C, ponieważ tym samym z pola zainteresowania usuwane są w istocie procesy konkurencji, chronione jedynie pośrednio, jednakże mimo wszystko dyrektywie 2005/29/WE bliżej jest do prawa nieuczciwej konkurencji niż na przykład do prawa umów. Inną kwestią jest natomiast to, na ile wyprowadzenie ochrony konsumenta jako uczestnika gry rynkowej poza tradycyjne regulacje z zakresu nieuczciwej konkurencji jest pomysłem godnym poparcia i dającym jakieś wymierne, praktyczne korzyści.

Polska implementacja zachowuje taki właśnie charakter regulacji. Wybór ustawodawcy polskiego mógł, jak się wydaje, wyrazić się tylko w jednym aspek-

<sup>21</sup> M. Rogowski, *Agresywne praktyki handlowe...*, s. 85–86.

<sup>22</sup> Na temat granic tego pojęcia zob.: F. Henning-Bodewig, *Was gehört zum Lauterkeitsrecht?*, w: R.M. Hilty, F. Henning-Bodewig (red.), *Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire*, Berlin–Heidelberg 2009, s. 9 i n. Na temat zamazywania granic między prawem nieuczciwej konkurencji a ochroną konsumenta zob. M. Schmidt, *Zur Annäherung von Lauterkeitsrecht und Verbraucherprivatrecht*, JZ 2007, nr 2, s. 78 i n.

cie, a mianowicie tego, czy nieuczciwe praktyki rynkowe objąć zakresem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>23</sup> (dokonując odpowiednich dopasowań i modyfikacji), czy też uchwalić odrębną ustawę<sup>24</sup>. Każde rozwiązanie ma swoje wady i zalety, jednakże uważam decyzję polskiego ustawodawcy za co do zasady słuszną, w sytuacji, w której ustawodawca europejski nie pozostawił właściwie ustawodawcom krajowym dobrego rozwiązania. Integracja regulacji dotyczących nieuczciwych praktyk rynkowych do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji byłaby zadaniem trudnym. Spójne przeprowadzenie takiego zamierzenia wymagałoby moim zdaniem rozszerzenia ochrony przedsiębiorców, tzn. rozciągnięcia na nich rozwiązań przyjętych dla konsumentów, co nie byłoby zakazane przez dyrektywę, bowiem dotyczy zakresu, którym ona się nie zajmuje. Wydaje się jednak, iż takie rozwiązanie szłoby zbyt daleko, ponieważ nie ma racjonalnych przesłanek ekonomicznych, aby przedsiębiorców i konsumentów chronić tak samo<sup>25</sup>. Każdy inny wariant pozwoliłby zaś co prawda ująć kategorie czynów nieuczciwej konkurencji i nieuczciwych praktyk rynkowych w jednym akcie prawnym, tyle że w sposób nie w pełni zsynchronizowany, co i tak musiałoby prowadzić do komplikacji. Pamiętać przy tym należy, że być może rozwój europejskiego prawa konkurencji nie jest zamkniętą kartą, a zatem poddanie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wpływom ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym mogłoby się okazać rozwiązaniem nietrwiałym.

Bazując na podobieństwie regulacji, polski ustawodawca przeniósł za to do ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym pewne elementy z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co najbardziej widoczne jest w pojęciu dobrych obyczajów oraz, jeszcze bardziej, w katalogu roszczeń, a także samym modelu indywidualnego dochodzenia na drodze postępowania cywilnego. Obie decyzje ocenić można krytycznie. Prowadzą one jedynie do pozornej spójności prawa, a nie do końca przystają do specyfiki nieuczciwych praktyk rynkowych postrzeganych z perspektywy dotkniętego nimi konsumenta.

---

<sup>23</sup> W tym kierunku m.in. M. Kępiński, *Opinia z 22 stycznia 2007 r. o projekcie ustawy o zwalczaniu nieuczciwych praktyk handlowych*, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 2, s. 232; P. Podrecki, *Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych...*, s. 376 i n.

<sup>24</sup> Było to przedmiotem dyskusji – zob. np. J. Szwaja, A. Tischner, *Implementacja dyrektywy 2005/29/WE o zwalczaniu nieuczciwych praktyk handlowych do prawa polskiego*, MoP 2007, nr 20, s. 1117 i n. Autorzy ci uważają, że możliwym rozwiązaniem było także wprowadzenie odpowiednich przepisów do kodeksu cywilnego (*ibidem*, s. 1118), co jednak wydaje się iść zbyt daleko. Moim zdaniem kodeks cywilny nie byłby właściwą platformą implementacji dyrektywy.

<sup>25</sup> Rozwiązaniem mogłoby być ewentualnie zastosowanie takich rozwiązań legislacyjnych, które dzięki swej elastyczności mogłyby być „inaczej” stosowane w sprawach z udziałem konsumentów, a inaczej w obrocie profesjonalnym – np. takie klauzule generalne jak staranność zawodowa łatwo mogą być interpretowane w ten sposób, że wymagana staranność jest wyższa wobec konsumenta niż profesjonalisty. Konstrukcje takie miałyby jednak również wady, przede wszystkim dużą niepewność prawa.



### e. Objęcie zakresem regulacji dyrektywy wyłącznie stosunków przedsiębiorca – konsument (B2C)

Jedną z najbardziej charakterystycznych i najbardziej krytykowanych<sup>26</sup> cech dyrektywy 2005/29/WE jest ograniczenie jej do relacji B2C. Prowadzi to do poważnych i niemożliwych do pełnego usunięcia problemów w porządkach prawnych niektórych państw członkowskich, i to, co ciekawe, tych, które posiadają bardziej rozwiniętą gałąź prawa obejmującą relacje konkurencyjne na rynku (prawo nieuczciwej konkurencji). Wydaje się, że nikomu nie udało się dotychczas przekonująco obronić<sup>27</sup> decyzji ustawodawcy wspólnotowego w tym zakresie<sup>28</sup>. Podstawowy problem nie dotyczy tu oczywiście samych pojęć czy klasyfikacji, lecz wynika stąd, że uznawana choćby na gruncie polskiego prawa nieuczciwej konkurencji triada celów-interesów chronionych, tj. interesu konkurentów, konsumentów oraz interesu publicznego<sup>29</sup> rzeczywiście najtrafniej opisywała zadania tej dziedziny prawa i sposób jego działania<sup>30</sup>. Zachowania rynkowe bardzo często uderzają w więcej niż jedną grupę interesów, a bezpośrednie naruszenie interesów jednego rodzaju może być równocześnie bezpośrednim lub pośrednim naruszeniem interesów innego rodzaju<sup>31</sup>. Przeprowadzanie w tej materii chirurgicznych cięć musi skończyć się wieloma problemami. Nie ulega wątpliwości, że bardzo znaczna część nieuczciwych praktyk rynkowych, zwłaszcza tych wprowadzających w błąd, co najmniej pośrednio dotyka interesów przedsiębiorców konkurencyjnych (w przypadku gdy wprowadzenie w błąd dotyczy oznaczeń odróżniających, zasadny wydaje się pogląd, że to interesy przedsiębiorcy, którego oznaczenie jest kopiowane, naruszone są nawet bardziej lub co najmniej równie bezpośrednio co interesy konsumentów, którzy mogą paść ofiarą pomyłek) i dlatego także konsekwencje prawne są trudne do rozdzielenia. Powstaje na przykład pytanie, czy w przypadku, gdy reklama danego produktu kierowana do konsumentów wprowadza w błąd, ocena tego stanu rzeczy może odbywać się wyłącznie na podstawie przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym czy też także ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (por. niżej). Pozostawienie poza zakresem regulacji sfery B2B sprawia także, że harmonizacja maksymalna, pożądana przez dyrektywę, nie będzie w pełni udana, bowiem ciągle „przecięcia się” ze sferą niepoddaną regula-

<sup>26</sup> Zob. J. Szwaja, A. Tischner, *Implementacja dyrektywy 2005/29/WE...*, s. 1120.

<sup>27</sup> Zwłaszcza że jednym z głównych powodów była chęć przyspieszenia prac: M. Namysłowska, *Nowa ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, MoP 2007, nr 23, s. 1288.

<sup>28</sup> Na temat problemu rozdzielenia zakresów B2B i B2C zob. M. Hesselink, *Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive*, ERPL 2010, nr 1, s. 57 i n.

<sup>29</sup> Tak też J. Szwaja, A. Tischner, *Dokąd zmierza prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji*, ZNUJ. PIPWI 2007, z. 100, s. 513.

<sup>30</sup> Rozważania na temat zadań prawa nieuczciwej konkurencji przedstawia R.M. Hilty, *The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces*, w: R.M. Hilty, F. Henning-Bodewig (red.), *Law Against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe?*, Berlin–Heidelberg–New York 2007.

<sup>31</sup> M. Namysłowska, *Nowa ustawa...*, s. 1288.

cji dyrektywy sprawią, że ocena prawna tego samego zachowania nadal nie będzie identyczna we wszystkich państwach członkowskich.

Jak wspomniano, trudności tych nie da się do końca uniknąć, jednak implementacja krajowa może je złagodzić lub spotęgować. W przypadku polskiej ustawy bliżej jest niestety tego drugiego skutku. Przyczyną tego stanu rzeczy nie jest samo rozdzielenie regulacji ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, lecz odmowa przyznania przedsiębiorcom legitymacji czynnej w sprawach z zakresu nieuczciwych praktyk rynkowych (por. szerzej niżej). Taki wybór sprawia, iż zasadniczego znaczenia nabiera kwalifikacja danego zachowania jako naruszenia jednej lub drugiej ustawy, może bowiem od tego zależeć, czy podmiot zainteresowany będzie mógł wystąpić na drogę sądową.

## f. Egzekwowanie postanowień dyrektywy

Dyrektywa pozostawia państwom członkowskim bardzo znaczny zakres swobody, jeśli chodzi o skutki prawne nieuczciwych praktyk rynkowych, w tym oczywiście sankcje. Także to rozwiązanie bardzo osłabia zamierzenie harmonizacji maksymalnej, jakie przyświecało ustawodawcy wspólnotowemu. Wybór instrumentów prawnych, które przysługują w przypadku stwierdzenia nieuczciwej praktyki rynkowej, i określenie katalogu podmiotów, którym instrumenty te będą przysługiwać, stanowi zatem ten obszar, na którym ustawodawca krajowy posiada największą swobodę decyzyjną. Mogłoby się także wydawać, iż z tych samych powodów trudno będzie w tym zakresie mówić o niezgodności prawa krajowego z dyrektywą. Wniosek taki byłby jednak przedwczesny.

Ustawodawca polski przewidział, patrząc na to funkcjonalnie, trzy rodzaje instrumentów prawnych w przypadku zaistnienia nieuczciwej praktyki rynkowej. Najbardziej widoczne już na podstawie lektury ustawy jest przyznanie roszczeń bezpośrednio konsumentowi, który wykaże, iż dana praktyka może naruszać lub zagrażać jego interesowi. Możemy nazwać to trybem indywidualnego dochodzenia roszczeń<sup>32</sup>. Mimo że najbardziej eksponowany, będzie on miał zapewne najmniejsze znaczenie w praktyce<sup>33</sup>, bowiem konsumenci nie będą najczęściej skłonni wszczynać spraw sądowych, wymagających od nich poświęcenia czasu, a także środków pieniężnych<sup>34</sup>. Obok indywidualnego dochodzenia roszczeń ustawy

---

<sup>32</sup> Por. M. Sieradzka, *Actio popularis jako instrument ochrony interesów konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi*, PPH 2008, nr 3, s. 40 i n.

<sup>33</sup> Jako nieoperatywny przyjęty model określają J. Szwaja, A. Tischner, *Implementacja dyrektywy 2005/29/WE...*, s. 1121.

<sup>34</sup> Nowe możliwości mogą pojawić się w związku z tzw. pozwami zbiorowymi. Zob. na gruncie europejskim F. Cafaggi, H.-W. Micklitz, *Collective Enforcement of Consumer Law: A Framework for Comparative Assessment*, ERPL 2008, nr 3, s. 391 i n. Na temat polskiej regulacji M. Sieradzka, *Postępowanie grupowe – kolejny krok w kierunku wzmocnienia ochrony interesu wielu podmiotów w jednym postępowaniu*, PPH 2010, nr 4, s. 11 i n.

o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym przyznaje legitymację czynną innym kategoriom podmiotów (art. 12 ust. 2 u.p.n.p.r.). Należy uznać, że podmioty te nie działają na rzecz konkretnego konsumenta, lecz posiadają w pełni „własną” pozycję prawną. Roszczenia im przyznane są jednak roszczeniami „indywidualnymi” w tym znaczeniu, że są to niektóre z roszczeń, których dochodzić mógłby sam konsument i dochodzone muszą być w tym samym trybie, tj. w cywilnym postępowaniu sądowym. Trzecią ścieżką jest kwalifikacja zachowania będącego nieuczciwą praktyką rynkową jako naruszenia zbiorowych interesów konsumentów (należy nadmienić, że nie zawsze będzie to dopuszczalne, jednakże np. praktyka wprowadzająca w błąd bardzo często będzie mogła zostać zakwalifikowana w ten sposób), co umożliwi wszczęcie postępowania o naruszenie zbiorowych interesów konsumentów przez Prezesa UOKiK i zastosowanie środków przewidzianych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym nałożenie bardzo znacznej wysokości kary pieniężnej<sup>35</sup>. Można przypuszczać, że w praktyce to trzeci, ewentualnie drugi, model dochodzenia praw będzie najbardziej istotny<sup>36</sup>.

Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym nie wymienia przedsiębiorców jako podmiotów legitymowanych do występowania z roszczeniami przewidzianymi w tej ustawie. Przedsiębiorca nie może także w sposób wiążący zainicjować postępowania przed Prezesem UOKiK, bowiem na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie przewiduje się już postępowań wszczynanych na wniosek. Istnieją wątpliwości, czy stan ten można uznać za zgodny z dyrektywą, skoro w art. 11 dyrektywy czytamy, że państwa członkowskie winny wprowadzić: „przepisy prawne, zgodnie z którymi osoby lub organizacje uznawane na mocy prawa krajowego za mające uzasadniony interes w zwalczaniu nieuczciwych praktyk handlowych, w tym konkurencji, mogą:

- a) wszcząć postępowanie sądowe w odniesieniu do takich nieuczciwych praktyk handlowych;

i/lub

- b) zaskarżyć takie nieuczciwe praktyki handlowe przed organem administracyjnym właściwym do rozpatrywania skarg lub do wszczynania właściwych postępowań sądowych.

---

<sup>35</sup> Zob. np. A. Wędrychowska-Karpińska, A. Wiercińska-Krużewska, w: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 611 i n. Odrębną kwestią jest to, że w kontekście maksymalnego charakteru harmonizacji dyrektywą 2005/29/WE wielce wątpliwe jest, czy np. zbiorowe naruszenie interesów konsumentów może być wywodzone z art. 24 ust. 2 pkt 2 u.o.k.k., w sytuacji gdyby naruszenie nakazu prawidłowej informacji nie mogło być uznane za nieuczciwą praktykę wprowadzającą w błąd.

<sup>36</sup> Wydaje się, że to właśnie niewielka praktycznie doniosłość „trybu indywidualnego” zapobieganie ziszczeniu się obaw o „wywrócenie” systemu prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (na takie niebezpieczeństwo wskazują J. Szwaja, A. Tischner, *Dokąd zmierza prawo...*, s. 508).

Do każdego Państwa Członkowskiego należy decyzja, który z powyższych środków będzie dostępny oraz czy należy umożliwić sądom lub organom administracyjnym żądanie wcześniejszego przeprowadzenia postępowania przed innymi istniejącymi organami powołanymi do rozpatrywania skarg, w tym przed instytucjami, o których mowa w art. 10<sup>37</sup>.

Jak więc widać, dyrektywa nie wymaga, by indywidualny konsument mógł wszcząć postępowanie sądowe lub administracyjne, ale zdaje się wymagać, by mógł to zrobić konkurent przedsiębiorcy, któremu zarzuca się stosowanie nieuczciwej praktyki rynkowej. Jak już wspomniano, konkurent nie może wystąpić z żadnym z roszczeń wskazanych w art. 12 ust. 1 u.p.n.p.r. Konkurent nie może także wszcząć postępowania administracyjnego w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, a nawet gdyby miał takie prawo, nie każda nieuczciwa praktyka rynkowa może zostać równoległe zakwalifikowana w ten sposób. W doktrynie pojawiło się więc stanowisko, zgodnie z którym konkurent może wystąpić z roszczeniami wskazanymi w art. 18 u.z.n.k., jako podstawę podając art. 3 ust. 1 u.z.n.k. w związku z odpowiednim przepisem ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym<sup>37</sup>. Twierdzi się mianowicie, że skoro na podstawie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. konstruować można tzw. nienazwane czyny nieuczciwej konkurencji, to mogą być nimi także czyny stanowiące nieuczciwe praktyki rynkowe. Czyny takie, jako sprzeczne z ustawą o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, są bezprawne (ewentualnie sprzeczne z dobrymi obyczajami), a zatem powód wykazać musi jedynie naruszenie lub zagrożenie swego interesu, co często wynika z samej istoty kwestionowanej praktyki. Konsekwencją takiego poglądu jest przyjęcie, iż praktycznie każda nieuczciwa praktyka rynkowa może stać się równoległe czynem nieuczciwej konkurencji, a przedsiębiorcy będą mogli wówczas dochodzić roszczeń określonych w art. 18 u.z.n.k., w znacznej części tożsamy z roszczeniami na gruncie art. 12 u.p.n.p.r. Problem ten ma ogromne znaczenie praktyczne, bowiem można pokusić się o tezę, iż tylko w przypadku gdy przedsiębiorcy będą mogli aktywnie inicjować postępowania dotyczące nieuczciwych praktyk rynkowych, ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym będzie wystarczająco często stosowana przez sądy, by rzeczywiście wywrzeć istotny wpływ na stosunki rynkowe w Polsce.

Przedstawiony wyżej problem jest niewątpliwie niezwykle złożony, zauważyć jednak należy, że proponowane rozwiązanie neguje zamierzony najwyraźniej przez ustawodawcę podział regulacji B2C i B2B (jakkolwiek jest on, jak wskazano, nierozsądny). Jeśli możliwe byłoby kreowanie czynów nieuczciwej konkurencji za pomocą art. 3 ust. 1 u.z.n.k., nie doszłoby w istocie do rozdzielenia regulacji z zakresu praktyk rynkowych i nieuczciwej konkurencji, ponieważ nieuczciwa praktyka rynkowa stawałaby się automatycznie czynem

---

<sup>37</sup> Por. E. Nowińska, M. du Vall, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, s. 66–67; D. du Cane, *Nieuczciwa konkurencja a dobre obyczaje oraz class action po polsku*, PPH 2009, nr 3, s. 57.

nieuczciwej konkurencji, jeśli tylko mogłaby naruszać lub zagrażać interesowi przedsiębiorcy. Jeśli natomiast uznamy opisany wyżej zabieg za nieuprawniony, dokonana przez polskiego ustawodawcę implementacja ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym doprowadzi w praktyce do pogorszenia możliwości zwalczania nieuczciwych praktyk rynkowych w drodze postępowania sądowego. Skutek taki może nastąpić, gdy uzna się, iż nieuczciwe praktyki rynkowe, które przed wejściem w życie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym mogły być czynami nieuczciwej konkurencji (np. wprowadzająca w błąd reklama), podlegają obecnie ocenie wyłącznie na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, co sprawia, że jedyne podmioty najczęściej zainteresowane we wszczynaniu postępowań sądowych, tj. konkurencyjni przedsiębiorcy, zostaną tej możliwości pozbawieni. Powstaje oczywiście pytanie, czy możliwa jest taka wykładnia przepisów, która wyklucza „transformację” nieuczciwych praktyk rynkowych w czyny nieuczciwej konkurencji. Wydaje się, że na to pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej, biorąc pod uwagę to, iż w systemie prawnym mogą istnieć regulacje o podmiotowo ograniczonym zakresie zastosowania. Przykładem takiej regulacji jest sama ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która przewiduje, że z roszczeniami w niej przewidzianymi może występować jedynie przedsiębiorca. Jeśli spojrzymy na podstawowe konstrukcje prawa deliktowego, to można by dojść do wniosku, że podmiot niebędący przedsiębiorcą mógłby dochodzić roszczeń na gruncie art. 415 k.c., argumentując co więcej, że kwalifikacja danego czynu jako czynu nieuczciwej konkurencji sprawia, iż spełniona jest przesłanka bezprawności zachowania. Jak jednak wiadomo, pogląd taki nie rozpowszechnił się w praktyce stosowania ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jest więc także możliwe, że w praktyce stosowania prawa zostanie przyjęte, iż przedsiębiorca nie może wykorzystywać ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji po to, by „obejść” wykluczenie go z grona podmiotów czynnie legitymowanych na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

Jak zatem widać, implementacja polska po raz kolejny nie poradziła sobie z charakterystyczną cechą dyrektywy, tj. jej ograniczeniem do relacji B2C. Z pozorów rozwiązanie to zachowano, przewidując dwie odrębne regulacje (nieuczciwe praktyki w relacji przedsiębiorca – konsument i czyny nieuczciwej konkurencji w pozostałym zakresie), jednakże w zależności od przyjętego poglądu rozdział ten zostanie albo szybko zanegowany (klauzula generalna czynu nieuczciwej konkurencji), albo doprowadzony aż do przesady (wykluczenie przedsiębiorców z grona podmiotów czynnie legitymowanych na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym).

## g. Zastosowanie mechanizmu harmonizacji maksymalnej

Ostatnią z wyżej zidentyfikowanych cech dyrektywy 2005/29/WE jest maksymalny charakter harmonizacji<sup>38</sup>. Wymienienie tej cechy na ostatnim miejscu nie oznacza uznania jej za najmniej istotną, lecz spowodowane jest tym, że nie dotyczy ona samej konstrukcji nieuczciwej praktyki, ale instrumentów użytych przez ustawodawcę unijnego. Określenie dyrektywy 2005/29/WE jako dyrektywy harmonizacji maksymalnej jest faktem i musi być uwzględnione w związku z jej implementacją. Inną sprawą jest natomiast to, że rozwiązanie takie może być zasadnie krytykowane<sup>39</sup>. Niewątpliwie rzeczywista harmonizacja maksymalna (czyli w istocie ujednolicenie) nie może zostać przez ten akt osiągnięta. Wynika to z kilku przyczyn: po pierwsze, dyrektywa posługuje się klauzulami generalnymi, które z pewnością będą różnie interpretowane przez sądy poszczególnych państw członkowskich, po drugie, dyrektywa jest ograniczona do relacji B2C, co sprawia, że niekiedy to samo zachowanie może być oceniane na podstawie przepisów niezharmonizowanych (np. ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji na gruncie prawa polskiego), po trzecie, dyrektywa wkracza na teren regulacji niezharmonizowanych, takich jak prawo kontraktowe, deliktowe i quasi-deliktowe (*culpa in contrahendo*), co sprawia, że na przykład dane zachowanie nie będzie nieuczciwą praktyką rynkową, ale będzie przejawem *culpa in contrahendo*, umożliwi powołanie się na wady oświadczenia woli, delikt lub nienależyte wykonanie zobowiązania<sup>40</sup>.

Z perspektywy polskiej implementacji zwraca się przede wszystkim uwagę na objęcie zakresem ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym praktyk niewymienionych w treści dyrektywy 2005/29/WE, tj. systemów konsorcjalnych. Problematyka ta omówiona została w innej części niniejszego opracowania i, jak się wydaje, nie będzie miała dużego praktycznego znaczenia. Bardziej problematyczne byłyby te przypadki, w których polska ustawa prowadzi do przyznania konsumentom ochrony dalej idącej, co może być zrealizowane przede wszystkim przez uznanie danego zachowania za zakazane mimo braku spełnienia przesłanek klauzuli generalnej oraz braku umieszczenia go na liście tzw. czarnych praktyk. Przykład takiej regulacji podany został wyżej w związku z omówieniem małej klauzuli generalnej dotyczącej praktyk wprowadzających

---

<sup>38</sup> Zob. o tej tendencji V. Mak, *Review of Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonization?*, ERPL 2009, nr 1, s. 55 i n.

<sup>39</sup> Zob. np. A. Kunkiel-Kryńska, *Implementacja dyrektywy opartych na zasadzie harmonizacji pełnej na przykładzie dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych*, MoP 2007, nr 18, s. 989 i n., zwłaszcza s. 991 i n. Trafnie wskazuje się, że harmonizacja maksymalna powoduje liczne problemy w systemach prawnych państw członkowskich, a i tak najczęściej nie jest w stanie osiągnąć swego celu.

<sup>40</sup> Jest to zresztą wyrazem immanentnych związków łączących regulacje dotyczące ochrony konsumentów z prawem cywilnym, zwłaszcza zaś prawem zobowiązań. Zob. H. Schulte-Nölke, *EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the 'Blue Button'*, ERCL 2007, nr 3, s. 332 i n.; F.R. Stamer, *Die Bindung an öffentliche Äusserungen Dritter im vertragsrechtlichen Acquis communautaire*, Baden-Baden 2007.

w błąd przez zaniechanie, gdzie ustawodawca polski uznał wszelkie obowiązki informacyjne przewidziane przepisami prawa krajowego za istotne w tym znaczeniu, że ich naruszenie będzie prowadziło do uznania, iż oceniane zaniechanie mogło wyrzucić wystarczająco znaczny wpływ na decyzję konsumenta.

W polskiej praktyce stosowania ustawy świadomość maksymalnego charakteru dyrektywy wydaje się raczej nikła. W działalności organu, który, jak można przypuszczać, odegra największą praktyczną rolę w stosowaniu przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, tj. Prezesa UOKiK, odnaleźć można bowiem wiele decyzji, i to wydanych w ostatnich miesiącach, które oparte są na założeniach wprost sprzecznych z ideą harmonizacji maksymalnej. Mam tu na myśli decyzje dotyczące praktyk bezprawnych, stanowiących naruszenie zbiorowych interesów konsumentów, w których Prezes UOKiK jako podstawę prawną bezprawności zachowania przedsiębiorcy podaje przede wszystkim art. 17 u.s.d.g.<sup>41</sup> w sposób, który nie pozostawia wątpliwości, że dzięki temu Prezes UOKiK ma nadzieję uniknąć szczegółowej analizy przesłanek koniecznych do wykazania nieuczciwej praktyki rynkowej. Abstrahując od nietrafności tego stanowiska możliwej do wykazania w kontekście czysto krajowym, stanowisko Prezesa UOKiK w sprawie stosowania art. 17 u.s.d.g. jest także oczywiście sprzeczne z prawem unijnym. Skoro bowiem prawo unijne zawiera obecnie wyczerpującą regulację dotyczącą praktyk rynkowych przedsiębiorców, w tym polegających na wprowadzeniu konsumentów w błąd, to znaczy to, że nie pozwala państwom członkowskim na wprowadzenie dalej idącej ochrony konsumenta w sprawach objętych jej zakresem, a zatem między innymi w zakresie praktyk wprowadzających w błąd. Maksymalny charakter dyrektywy wyraźnie podkreślił także Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawach C-261/07 *VTB-VAN NV v. Total Belgium* oraz C-299/07 *Galatea BVBA v. Sanoma Magazines Belgium NV*. Jeśli więc Prezes Urzędu uważa, że art. 17 u.s.d.g. umożliwia mu uznanie za bezprawne zachowań przedsiębiorców, które spełniają definicję praktyki rynkowej z wyżej wymienionej dyrektywy (implementowanej w tym zakresie przez art. 2 pkt 4 i art. 4 u.p.n.p.r.), ale nie stanowiłyby nieuczciwej praktyki rynkowej na gruncie dyrektywy, to tym samym narusza prawo unijne, bowiem dyrektywa 2005/29/WE celowo i wyraźnie wyklucza tego rodzaju rozwiązania krajowe<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Np. decyzja z 28 października 2010 r., RŁO 33/10.

<sup>42</sup> Niezależnie od tego praktyka ta winna być negatywnie oceniona na gruncie czysto krajowym, bowiem art. 17 u.s.d.g. nie może stanowić podstawy takich ocen – zob. D. Miąsik, w: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 957.

## Wnioski

Przedstawione wyżej podstawowe cechy regulacji dotyczącej nieuczciwych praktyk rynkowych powinny być wspólne dla prawa unijnego oraz implementującego je prawa krajowego. Niestety, ocena polskiej implementacji prowadzi do wniosku, że w ustawie stanowiącej w znacznej części dość dokładną kopię dyrektywy, dopuszczono się jednak pewnych błędów właśnie w tych miejscach, które decydują o „oryginalności” dyrektywy. Brak danych empirycznych nie pozwala niestety na wnioskowanie, czy będzie to miało duże znaczenie praktyczne. Podkreślanie tych kwestii wydaje się jednak ważne, być może pozwoli bowiem uniknąć przyjmowania wykładni prawa sprzecznej z założeniami prawa unijnego.