

Anna Zielińska \*

## POJĘCIE REKLAMY PORÓWNAWCZEJ W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ

### Wprowadzenie

Reklama porównawcza to w uproszczeniu przekaz reklamowy zawierający odniesienie komparatywne. Celem takiego przekazu reklamowego jest niewątpliwie przedstawienie wyższości prezentowanej oferty nad ofertą konkurencyjną bądź co najmniej podkreślenie równowagi obu ofert. W kwestii takiego często dyskredytującego porównania pojawiają się wątpliwości nie tylko natury etycznej, ale i prawnej. Dotyczą one m.in. przedmiotowych i podmiotowych aspektów pojmowania reklamy porównawczej.

Przez lata na szczeblu wspólnotowym toczyły się długie spory o potrzebę uregulowania reklamy porównawczej. Ostatecznie zdecydowano się uchwalić dyrektywę 97/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6.10.1997 r. zmieniającą dyrektywę 84/450/EWG dotyczącą reklamy wprowadzającej w błąd w celu włączenia do niej reklamy porównawczej<sup>1</sup>. Wprowadziła ona regulację reklamy porównawczej do obowiązującej dyrektywy 84/450/EWG Rady z 10.9.1984 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących reklamy wprowadzającej w błąd<sup>2</sup>. Aktualnie dyrektywa 84/450/EWG, zmieniona m.in. dyrektywą

---

\* Mgr Anna Zielińska – broker. Specjalista w STBU Brokerzy Ubezpieczeniowi Sp. z o.o.

<sup>1</sup> Dz.Urz. WE 1997 Nr L 290.

<sup>2</sup> Dz.Urz. WE 1984 Nr L 250.

97/55/WE, została zastąpiona dyrektywą 2006/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.12.2006 r. dotyczącą reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (wersja ujednolicona)<sup>3</sup>. Dyrektywa ta uporządkowała dotychczasowe przepisy, dzięki czemu przedmiotowa regulacja stała się bardziej przejrzysta, chociażby przez zebranie w jednym artykule definicji reklamy, reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej. Jednakże dyrektywa 2006/114/WE poza drobnym uzupełnieniem niektórych przepisów powyżej wskazanych dyrektyw nie wniosła nic nowego, co miałyby istotny wpływ na wyznaczenie zakresu pojęcia reklamy porównawczej. Dlatego też w dalszej części niniejszego opracowania, pomimo obowiązywania wspomnianej wersji ujednoliconej, będą przytaczane nazwy dyrektyw źródłowych. Pozwoli to odpowiednio zobrazować konkretne etapy kształtowania się regulacji reklamy porównawczej.

Ponadto należy również przywołać, pozostającą w związku z powyższymi regulacjami, dyrektywę 2005/29/WE dotyczącą nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającą dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady<sup>4</sup>. *Prima facie* wprowadziła ona jedynie kosmetyczne zmiany do dyrektywy 84/450/EWG w wersji już wcześniej zmienionej dyrektywą 97/55/WE. Okazało się jednak, że wskutek ukierunkowania tej regulacji wyłącznie na ochronę gospodarczych interesów konsumentów, pojawił się problem co do regulacji zakresów podmiotowych dyrektywy 84/450/EWG i dyrektywy 2005/29/WE w kwestii reklamy porównawczej. Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych nie precyzuje wprost czy przejęła regulację reklamy porównawczej w części dotyczącej wyrządzenia szkody konsumentowi, dlatego też w doktrynie spotyka się różne interpretacje danego zagadnienia. Wyjaśnienie powyższych wątpliwości ma istotne znaczenia dla wyznaczenia pojęcia reklamy porównawczej dlatego również zostaną one omówione w dalszej części opracowania.

## 1. Ewolucja wspólnotowej regulacji reklamy porównawczej

W literaturze europejskiej reklama porównawcza została wyodrębniona na początku XX w. przez J. Kohlera. Autor podkreślił różnice, jakie

---

<sup>3</sup> Dz.Urz. UE 2006 Nr L 376.

<sup>4</sup> Dz.Urz. UE 2005 Nr L 149.

zachodzą pomiędzy reklamą „rzeczową” a „osobistą”, wskazując tym samym, że nie można tworzyć własnej pozycji rynkowej przez równoczesne obniżanie dobrego imienia konkurenta. Natomiast „porównawczą” nazwał ją w latach trzydziestych W. Notis-Hauff. Według niego był to przekaz, w którym reklamujący się sam porównuje własne przedsiębiorstwo, towary lub usługi do podobnych rodzajowo produktów lub świadczeń dającego się rozpoznać konkurenta. Uznał jednocześnie taką praktykę za naruszającą dobre obyczaje<sup>5</sup>.

Regulacją reklamy porównawczej na poziomie wspólnotowym zainteresowano się w latach siedemdziesiątych XX w., jednakże ze względu na brak wspólnej dla państw członkowskich koncepcji rozwiązania tej kwestii nie opracowano stosownej regulacji. Od czasu wyodrębnienia pojęcia reklamy porównawczej uważano ją w Europie za nieuczciwą formę reklamy. Na przyjęcie takiego stanowiska ogromny wpływ miał wyrok Sądu Rzeszy z 1931 r., w sprawie *Hellegoldmotiv*. Poruszono w nim kwestię dopuszczalności reklamy, w której rozpoznanie przedsiębiorstwa i produktu konkurencyjnego nie stanowiło żadnego problemu. Najważniejszy jednakże był fakt, że dany przedsiębiorca, do którego się odwoływano, miał niewielki udział w rynku i przez to nie mógł stanowić konkurencji dla reklamującego się. Dopiero w latach dziewięćdziesiątych, na skutek podwyższenia standardów ochrony konsumenta i uwypuklenia tego czynnika w ramach Wspólnoty Europejskiej zdecydowano się wyodrębnić regulację reklamy porównawczej. Uchwalono dyrektywę 97/55/WE harmonizującą przepisy regulujące formę, treść oraz wykorzystanie reklamy porównawczej. Dostrzeżono bowiem istotny wpływ tej formy reklamy na stymulację konkurencji, co w rzeczywistości służy szczególnie interesom konsumentów. Niewątpliwie reklama porównawcza przyczynia się do obiektywnego wydobycia zalet porównywalnych towarów bądź usług. Reklama zawierająca prawdziwe, rzetelne porównanie dostarcza użytecznej wiedzy, zwłaszcza w przypadku wprowadzenia nowych produktów na rynek. Wszelkie nowości rynkowe niewątpliwie najlepiej ocenia się metodą porównawczą. Ponadto występująca na rynku nadprodukcja towarów często wręcz wymusza zastosowanie porównania, aby wskazać istotne cechy, wyróżniające konkretną ofertę, np. różnice technologiczne produkcji<sup>6</sup>. Niemniej pojawiały się też wątpliwości co do zasadności jej dopuszczalności, bowiem taka reklama może wspierać potentatów i monopolistów w eliminowaniu z rynku mniejszych producentów<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> E. Nowińska, J. Szwaja, *Reklama wprowadzająca w błąd i reklama porównawcza* [w:] *Opracowanie analityczne*, cz. 1, Warszawa 1998, s. 159.

<sup>6</sup> E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy*, Kraków 2002, s. 160.

<sup>7</sup> R. Walczak, *Prawne aspekty reklamy w ustawodawstwie polskim, europejskim i międzynarodowym. Orzecznictwo*, Warszawa-Poznań 2001, s. 83.

Wprowadzając dyrektywę 97/55/WE podkreślano dążenia Wspólnoty Europejskiej do ustanowienia jednolitego rynku wewnętrznego. Jednakże osiągnięcie tego celu wymagało ujednoczenia przepisów prawnych regulujących reklamę porównawczą. Miało to usunąć ewentualne przeszkody mogące mieć wpływ na rozwój handlu wewnątrzspółnotowego. Już w projekcie dyrektywy 84/450/EWG zamieszczono przepis regulujący reklamę porównawczą, który uznawał ją za dopuszczalną, ale pod warunkiem, że oparta jest na porównaniu rzeczywistych i weryfikowalnych cech produktów oraz nie wprowadza w błąd i jest uczciwa<sup>8</sup>. W ostateczności przepis ten został usunięty, bowiem państwa członkowskie posiadały zbyt zróżnicowane przepisy wewnętrzne, co utrudniało osiągnięcie konsensusu w tej kwestii. Dopiero po kilkunastu latach zmagania z materialem udało się opracować stosowną regulację. Wskutek czego dyrektywa 97/55/WE wymogła wprowadzenie dopuszczalności stosowania reklamy porównawczej w państwach członkowskich UE, które zakazywały stosowania tej formy reklamy, gdyż uznawały ją za przejaw nieuczciwej konkurencji.

Na tym etapie rozwoju wspólnotowego prawodawstwa, regulacja zwalczania nieuczciwej konkurencji, ograniczona jedynie do wykorzystania reklamy, nadal była fragmentaryczna. Uzupełniła ją dopiero dyrektywa 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych. Celem tej dyrektywy jest ochrona interesów gospodarczych konsumentów, a więc zwalczanie nieuczciwych zachowań rynkowych w relacji przedsiębiorca–konsument. Dyrektywa ta porusza również kwestię reklamy porównawczej. Zgodnie z pkt. 7 preambuły dyrektywy 2005/29/WE zasadność wprowadzenia wymogów dopuszczalności dla reklamy porównawczej powinna umożliwić wyodrębnienie tych praktyk, które mogą prowadzić do zakłócenia konkurencji, przynieść szkodę konkurentom oraz mieć negatywny wpływ na wybory dokonywane przez konsumentów. Jeśli bowiem zabronimy reklamy jakiegoś towaru lub generalnie jakiejś formy reklamy, to mniejszy będzie popyt na rynku krajowym. W konsekwencji może to mieć wpływ na import z innych krajów, a więc tym samym na handel wewnątrzspółnotowy<sup>9</sup>.

W związku z powyższym pojęcie reklamy porównawczej należy rozpatrywać zarówno przez pryzmat dyrektywy 84/450/EWG wraz z późniejszymi

---

<sup>8</sup> Z. Okoń, *Reklama jako czyn nieuczciwej konkurencji* [w:] *Prawo reklamy i promocji*, (red. E. Traple), Warszawa 2007, s. 628.

<sup>9</sup> T. Targosz, *Formy wpływu prawa wspólnotowego na prawo państw członkowskich na przykładzie reklamy* [w:] *Problemy współczesnego prawa międzynarodowego, europejskiego i porównawczego*, Kraków 2007, s. 42.

mi zmianami ujętymi w tekście jednolitym wprowadzonym dyrektywą 2006/114/WE, jak i dyrektywy 2005/29/WE. Jednak należy mieć na uwadze, że kilkakrotnie zmieniana dyrektywa 84/450/EWG reguluje wyłącznie reklamę, podczas gdy dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych dotyczy wszelkich praktyk promocyjnych związanych ze sprzedażą lub dostawą produktu. Takie rozszerzenie dotychczasowej regulacji powstało wskutek rozwoju środków i form komunikacji handlowej oraz wynikających z nich zagrożeń dla konsumenta<sup>10</sup>. Zatem potrzeba unormowania rzetelnego wykorzystania tego rodzaju praktyk nie budzi wątpliwości.

### 3. Pojęcie reklamy porównawczej w prawodawstwie UE

#### 3.1. Reklama porównawcza według dyrektywy 84/450/EWG w wersji zmienionej dyrektywą 97/55/WE

Obserwując rynek reklamy należy stwierdzić, że odniesienie komparatywne może zaistnieć wówczas, kiedy przedsiębiorca:

- mówi o własnej ofercie rynkowej;
- o ofercie konkurenta;
- o stosunku obu ofert do siebie, a więc gdy porównanie dotyczy produktów pochodzących od różnych przedsiębiorców.

Niewątpliwie trzecia forma porównania jest spotykana najczęściej, ale należy zaznaczyć, że nie każdy przekaz reklamowy zawierający odniesienie komparatywne będzie uznany za reklamę porównawczą, której dopuszczalność oceniałoby się na podstawie przepisów wprowadzonych dyrektywą 97/55/WE<sup>11</sup>. Zgodnie z tą regulacją za reklamę porównawczą uznaje się reklamę, która wyraźnie lub przez domniemanie identyfikuje konkurenta albo towary bądź oferowane przez niego usługi, tj. zawiera takie porównania, w których podmiot pozostający w stosunku konkurencji z przedsiębiorcą prowadzącym reklamę jest rozpoznawalny z treści reklamy.

Ponadto Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: ETS) wyraźnie wskazał, że za reklamę porównawczą można też uznać odniesienie do określonego rodzaju towarów, a nie tylko do konkretnego dobra. Okolicz-

---

<sup>10</sup> R. Stefanicki, *Nieuczciwe praktyki handlowe w świetle prawodawstwa UE*, Warszawa 2007, s. 160.

<sup>11</sup> E. Nowińska, J. Szwaja, op.cit., s. 170.

ność, że można zidentyfikować więcej niż jednego konkurenta reklamującego się bądź oferowane przez nich towary lub usługi jest bez znaczenia dla uznania porównawczego charakteru danej reklamy<sup>12</sup>.

Może zatem wystąpić bezpośrednie lub pośrednie odwołanie porównawcze. Istotne jest, aby przez ten fakt możliwa była identyfikacja konkurenta, czyli osoby fizycznej lub prawnej działającej na wspólnym rynku i oferującej produkty lub usługi o charakterze subsydiarnym bądź identyfikacja tych towarów i usług.

O bezpośrednim porównaniu możemy mówić wówczas, kiedy reklamowany produkt lub usługa jest porównywana z konkretnym produktem lub usługą konkurenta, np. cena naszej usługi jest u nas niższa niż u X. Używając oznaczeń indywidualizujących towar lub usługę konkurenta, bezpośrednio wskazujemy, kim on jest. Na podstawie orzecznictwa ETS należy wnioskować, że możliwość bezpośredniego zidentyfikowania konkurenta powinna być interpretowana szeroko. Bezpośrednie odwołanie do konkurenta lub jego produktu może np. zaistnieć w przypadku samego użycia oznaczenia indywidualizującego chronionego prawami wyłącznymi, a zwłaszcza znaku towarowego. Jak wskazano w pkt. 14 i 15 preambuły dyrektywy 97/55/WE, osiągnięcie celu wyznaczonego reklamą porównawczą może wymagać identyfikacji towarów bądź usług konkurenta przez odwołanie się do jego znaku towarowego. W takiej sytuacji nie można stwierdzić naruszenia praw wyłącznych konkurenta, do którego odwołujemy się w porównaniu reklamowym. Jest tak pod warunkiem, że zachowane są reguły wyznaczone dyrektywą 97/55/WE, a porównanie to ma na celu wyłącznie odróżnienie w sposób obiektywny produktów i usług reklamującego się od oferty konkurencyjnej<sup>13</sup>.

Natomiast w dwóch podobnych sprawach: *Toshiba v. Katun*<sup>14</sup> oraz *Siemens v. VIPA*<sup>15</sup>, ETS uznał za oznaczenia indywidualizujące numery katalogowe materiałów eksploatacyjnych, części zamiennych i podzespołów produktów wytwarzanych przez Toshiba i Siemens. W efekcie użycie numerów katalogowych w materiałach niezależnych dostawców, zarówno w wersji oryginalnej z własnym numerem katalogowym niezależnego dostawcy, jak i w wer-

---

<sup>12</sup> ETS, sprawa C-381/05 *De Landtsheer Emmanuel SA v. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne i Veuve Clicquot Ponsardin SA* Zb.Orz. 2007 I-3115.

<sup>13</sup> ETS, sprawa C-112/99 *Toshiba Europe GmbH v. Katun Germany GmbH* Zb.Orz. 2001 I-7945.

<sup>14</sup> *Ibidem*, § 14.

<sup>15</sup> ETS, sprawa C-59/05 *Siemens AG v. VIPA Gesellschaft für Visualisierung und Prozessautomatisierung GmbH* Zb.Orz. 2006 I-2147.

sji zmodyfikowanej, ale z zachowaniem istotnych elementów systemu identyfikacji podzespołów konkurenta, przemawiało na rzecz uznania takiej reklamy za porównawczą<sup>16</sup>. Niniejsze orzeczenie *prima facie* pokazało, że dla oceny zaistnienia reklamy porównawczej jest mało ważne, czy komparatywne odniesienie zestawia cechy porównywalnych produktów, bowiem wystarczy już samo przywoływanie produktu konkurencyjnego lub jego producenta. Jednakże ETS stwierdził, że przywołanie numerów katalogowych było potrzebne z uwagi na umożliwienie odbiorcy zestawienie ekwiwalentnych parametrów technicznych konkurencyjnych produktów. Tym samym położył nacisk na zachowanie istoty porównywalności w reklamie porównawczej<sup>17</sup>.

Zgodnie z definicją reklamy porównawczej, do identyfikacji konkurenta może również dojść drogą pośrednią, kiedy porównując, nie wskazuje się konkretnego towaru lub usługi konkurenta. Wystarczy podać informację mniej lub bardziej jednoznaczną, na podstawie której z łatwością można się domyślić, o jaki towar lub usługę chodzi, np. cena naszej usługi jest niższa niż u wiodącego usługodawcy Y. Oceniając zatem pośrednią możliwość identyfikacji konkurenta, należy brać pod uwagę całokształt przekazu reklamowego jako pewnego rodzaju sugestii dla odbiorcy reklamy. Będą to np. kolorystyka, kształt opakowania, inne charakterystyczne elementy oraz kontekst sytuacyjny jego rozpowszechniania (np. emisja reklamy w radiu lub telewizji po reklamach produktów konkurencyjnych, umieszczenie plakatów reklamowych przed punktami sprzedaży konkurenta). Ponadto istotne są też czynniki występujące poza treścią przekazu reklamowego, np. wyraźna dominacja rynkowa jednego producenta, istnienie oligopolu czy szczególnej renomy produktu. Powyższe należy oceniać z punktu widzenia przeciętnego konsumenta<sup>18</sup>.

Nawet jeśli w konkretnym przekazie reklamowym udaje się zidentyfikować konkurenta, to zgodnie z dyrektywą 97/55/WE zastosowanie porównania zostało ograniczone do bezpośredniego stosunku konkurencji, czyli do produktów i usług oferowanych na tym samym rynku i tożsamy rodzajowo. Zgodnie z orzeczeniem ETS w sprawie *De Landtsheer Emmanuel SA v. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne i Veuve Clicquot Ponsardin SA* istnienie stosunku konkurencji pomiędzy reklamującym i przedsiębiorstwem, które jest identyfikowane w wypowiedzi reklamowej nie może być ustalone

<sup>16</sup> Z. Okoń, op.cit., s. 718.

<sup>17</sup> F. Henning-Bodewig, *Unfair competition law: European Union and member states*, Kluwer Law International 2006, s. 42–43.

<sup>18</sup> R. Skubisz, *Reklama porównawcza [w:] Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczynnej konkurencji*, red. J. Szwaja, Warszawa 2000, s. 751.

w oderwaniu od oferowanych przez niego towarów lub usług. W celu ustalenia istnienia stosunku konkurencji należy uwzględnić:

- aktualną sytuację na rynku i zwyczaje konsumenckie, a także ich możliwą ewolucję;
- część terytorium wspólnotowego, na którym rozpowszechniana jest reklama, niemniej jednak bez wyłączenia w odpowiednim przypadku skutków, jakie zmiana stwierdzonych zwyczajów konsumenckich w innym państwie członkowskim może wyrzucić na danym rynku krajowym oraz
- cechy charakterystyczne towaru, który reklamujący chce promować oraz wizerunek, który zamierza mu przypisać<sup>19</sup>.

Takie szerokie sformułowanie definicji ma na celu objęcie przepisami dyrektywy już sam czyn konfrontacji dwóch konkurentów w komunikacie reklamowym. Może to być odwołanie werbalne bądź wizualne – oceniane na podstawie warunków dopuszczalności konkretnego przekazu zawartych w przepisach wprowadzonych dyrektywą 97/55/WE<sup>20</sup>. Często samo odniesienie komparatywne jest zauważane automatycznie, jednakże ustalenie, czy dany przekaz jest dopuszczalną reklamą porównawczą, jest procesem bardzo szczegółowym. W konsekwencji, jeśli reklama porównawcza nie spełnia wymogów przypisanych prawem, uznawana jest za czyn nieuczciwej konkurencji i podlega stosownym sankcjom.

### 3.2. Reklama porównawcza jako nieuczciwa praktyka handlowa według dyrektywy 2005/29/WE

Dyrektywa 97/55/WE miała za zadanie ochronę zarówno interesów konsumenta, przedsiębiorcy, jak i interesu publicznego. Stąd cała regulacja skupiona była wokół pogodzenia interesów wszystkich uczestników rynku. Wprowadzenie dyrektywy 2005/29/WE ukierunkowanej na konsumenta, a jedynie pośrednio na działających na rynku przedsiębiorców, skłoniło do analizy, która część dotychczasowej regulacji reklamy porównawczej jest szczególnie istotna z punktu widzenia konsumenta. Dyrektywa regulująca nieuczciwe praktyki handlowe nie nawiązuje wprost do reklamy porównawczej jako jednego z przejawów nieuczciwej konkurencji i nie tworzy jej odrębnej definicji.

---

<sup>19</sup> ETS, sprawa C-381/05 *De Landtsheer Emmanuel SA v. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne i Veuve Clicquot Ponsardin SA*.

<sup>20</sup> Opinia rzecznika generalnego Leger do sprawy C-112/99, § 30.



Niemniej, jeśli przyjąć, że dyrektywa ta zawiera regulację reklamy porównawczej szkodzącej konsumentowi, to interpretacja reklamy będzie się odbywać w ramach definicji nieuczciwej praktyki handlowej. Zatem zabroniona będzie reklama porównawcza sprzeczna z wymogami staranności zawodowej, która w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie przeciętnego konsumenta (grupy konsumentów). Przesłanki te muszą zostać spełnione łącznie. Przez staranność zawodową należy rozumieć zgodnie z art. 2 pkt h) dyrektywy 2005/29/WE „standard dotyczący szczególnej wiedzy i staranności, których można w racjonalny sposób oczekiwać od przedsiębiorcy w jego relacjach z konsumentami, zgodnie z uczciwymi praktykami rynkowymi i/lub ogólną zasadą dobrej wiary w zakresie jego działalności”. Ponadto ustawodawca wymaga, aby przedsiębiorca przewidywał jakie skutki dla przeciętnego konsumenta może mieć jego działanie<sup>21</sup>, a ono ma mieć istotny wpływ, więc stwierdzenie tego nie powinno sprawić trudności przedsiębiorcy. Ponadto przy staranności zawodowej konieczne jest wskazanie winy, chociażby nieumyślnej. Przedsiębiorca może uwolnić się od odpowiedzialności przez wykazanie, że dołożył należytej staranności, aby zapobiec deliktowi nieuczciwej praktyki<sup>22</sup>. Taka interpretacja może doprowadzić do uznania odniesień komparatywnych zawartych w reklamie za niedozwolone, nawet jeśli, zgodnie z przepisami dyrektywy 97/55/WE, ten rodzaj reklamy byłby dopuszczalny.

W praktyce proces poszerzania definicji reklamy porównawczej wprowadza stan niepewności co do wymogów jej dopuszczalności. UE powinna poszukiwać prostych rozwiązań mogących ułatwić interpretację sukcesywnie powstających reklam, które wykraczają poza dotychczasowe ramy dopuszczalności. Natomiast zamiast tego, na szczeblu wspólnotowym, powstają dodatkowe regulacje, które zgodnie z przewidywaniami P. Miskolczi-Bodnar, powodują rozbieżne interpretacje reklamy porównawczej<sup>23</sup>.

Praktyki, które są szczególnie niebezpieczne dla konsumenta, to m.in. takie praktyki, które wprowadzają w błąd. Badając zatem stosunek reklamy porównawczej do reklamy wprowadzającej w błąd można zauważyć, że obie reklamy w pewnym sensie wykluczają się. Jeśli porównanie reklamowe spełnia przesłanki dopuszczalności, to jednocześnie nie wprowadza w błąd. Natomiast jeśli takie porównanie wprowadza w błąd, to nie będzie już reklamą

<sup>21</sup> M. Strzelecki, *Klauzula Generalna Nieuczciwej Praktyki Rynkowej*, PPH 2008, nr 11, s. 41.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> P. Miskolczi-Bodnar, *Definition of comparative advertising*, „European Integration Studies” 2004, nr 1, s. 43.

porównawczą ze względu na brak elementów obiektywnie porównywalnych<sup>24</sup>. W tej rozłączności odnajdujemy pewnego rodzaju powiązanie, bowiem według art. 3a dyrektywy 84/450/EWG reklama porównawcza, aby była dopuszczalna, to nie może m.in. wprowadzać w błąd, zarówno w rozumieniu pozostałych przepisów dyrektywy 84/450/EWG, jak i dyrektywy 2005/29/WE. Obie dyrektywy *de facto* zawierają tożsame kryteria wprowadzenia w błąd przez reklamę czy też szerzej rozumianą praktykę rynkową.

Zgodnie z dyrektywą 2005/29/WE, każdy rodzaj wprowadzenia produktu na rynek, w tym reklama porównawcza powodująca mylenie produktów, znaków towarowych, nazw handlowych lub innych znaków rozpoznawczych przedsiębiorcy i jego konkurenta powodująca lub mogąca spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej nie podjąłby, będzie uznana za praktykę wprowadzającą w błąd<sup>25</sup>. Patrząc szerzej na definicję praktyki handlowej, będzie ona wprowadzała w błąd nie tylko wówczas, kiedy zawiera fałszywe informacje i w związku z tym jest niezgodna z prawdą. Mogą to być informacje prawdziwe, ale przedstawione w taki sposób, że sterują zachowaniem konsumenta, przedstawiając towar jako zupełnie inny niż jest on w rzeczywistości. Taki konsument może mieć wrażenie, że np. zakup tego towaru może być intratną inwestycją lub przedstawiony towar posiada inne możliwości jego wykorzystania niż wskazywałaby natura jego przeznaczenia. Poszukując argumentów na postawienie zarzutu wprowadzenia w błąd, nieistotny jest sposób, w jaki powstało mylne wyobrażenie o produkcie. Najważniejsze jest to, aby konkretne działanie (zaniechanie) miało zdolność zniekształcania zachowań rynkowych konsumentów przez swój negatywny wpływ<sup>26</sup>. Tym samym wystarczy, aby istniało potencjalne zagrożenie o podjęciu decyzji, której inaczej by nie podjął. Jest to kontrola prewencyjna, która niewątpliwie rozszerza zakres ochrony konsumentów.

### 3.3. Relacje prawne dyrektywy 84/450/EWG w wersji zmienionej dyrektywą 97/55/WE do dyrektywy 2005/29/WE

Dyrektywa 84/450/EWG w wersji zmienionej dyrektywą 97/55/WE oraz dyrektywa 2005/29/WE są wyrazem początkowych założeń działalności

---

<sup>24</sup> M. Leroy, B. Mouffe, *Le droit de la publicité*, Bruxelles 2001, s. 345 – „Sera trompeuse la publicité qui justement, ne sera plus comparative parce que ne mettant pas en parallèle des éléments objectifs comparables”.

<sup>25</sup> Art. 6 ust. 2 dyrektywy 2005/29/WE.

<sup>26</sup> R. Stefanicki, *op.cit.*, s. 156–157.

Wspólnoty Europejskiej zmierzających do opracowania regulacji mającej na celu zwalczanie nieuczciwej konkurencji, zarówno w obronie przedsiębiorcy, jak i konsumenta. Regulacja w tym zakresie powstawała sukcesywnie i przez wiele lat była jedynie fragmentaryczna z uwagi na różnice w podejściu do rozwiązania tej kwestii przez poszczególne państwa członkowskie.

Jedną z form nieuczciwej praktyki handlowej jest niedozwolona reklama porównawcza. Ta forma reklamy została uregulowana jako druga po reklamie wprowadzającej w błąd. Dopełnieniem tych regulacji w zakresie zwalczania nieuczciwej konkurencji jest dyrektywa 2005/29/WE. Niemniej ta ostatnia regulacja skupia się wyłącznie wokół ochrony gospodarczych interesów konsumenta. Dyrektywa 84/450/EWG oraz dyrektywa 2005/29/WE zostały podzielone zakresem podmiotowym. Dyrektywy reklamowe znajdują zastosowanie do relacji między przedsiębiorcami, natomiast dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych między przedsiębiorcą i konsumentem. W przypadku zbieżności z innymi przepisami wspólnotowymi pierwszeństwo wskazuje art. 3 ust. 4 dyrektywy 2005/29/WE. Stwierdza on, że w razie kolizji między przepisami dyrektywy i innymi przepisami prawa wspólnotowego, regulującymi szczególne aspekty nieuczciwych praktyk handlowych, pierwszeństwo mają te ostatnie<sup>27</sup>.

Należy zauważyć, że reklama porównawcza potencjalnie może być jedną z nieuczciwych praktyk rynkowych, zatem będzie mieściła się w definicji praktyki handlowej wyznaczonej dyrektywą 2005/29/WE. Różnica polega jednak na tym, że ochrona wyznaczona tą dyrektywą nie bierze po uwagę przedsiębiorcy, stąd kryteria dopuszczalności jej stosowania różnią się w stosunku do tych, które zostały uregulowane dyrektywą 97/55/WE.

Dyrektywa 2005/29/WE skupia się na zagrożeniach płynących wyłącznie dla konsumenta i są to głównie praktyki wprowadzające w błąd, w tym m.in. występujące za pośrednictwem reklamy porównawczej. Dlatego dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych przejmując część regulacji dyrektywy 84/450/EWG nie nawiązała wprost do reklamy porównawczej, a jedynie do reklamy wprowadzającej w błąd, choć pośrednio dotyczy również tej pierwszej. W związku z powyższym należy stwierdzić, że pojęcie reklamy porównawczej wynikające z dyrektywy 2005/29/WE ma rozumienie węższe niż to wprowadzone dyrektywą 97/55/WE.

---

<sup>27</sup> Z. Okoń, op.cit., s. 630.

#### 4. Problemy dotyczące zakresu przedmiotowego reklamy porównawczej według dyrektywy 84/450/EWG w wersji zmienionej dyrektywą 97/55/WE

##### 4.1. Kryteria elementów komparatywnych w reklamie porównawczej

Ocena reklamy porównawczej nie jest prosta, bowiem nie ma ona jednolitej postaci. Wyróżnić można porównania:

- 1) krytyczne (zawiera element dyskredytujący towar lub usługę konkurenta);
  - a) odwołujące się do osoby innego przedsiębiorcy (reklama osobista);
  - (i) nawiązujące do indywidualnych cech konkurenta (np. do jego wykształcenia, obywatelstwa, poglądów politycznych czy religijnych, rasy, płci);
  - (ii) nawiązujące do pozycji rynkowej konkurenta (do jego nazwy, praw wyłącznych, jakości oferty, które zadecydowały o wysokiej pozycji rynkowej konkurenta);
  - b) wskazujące na inne przedsiębiorstwo;
  - c) wskazujące na cudze towary lub usługi (odwołanie do jego trwałości, przydatności, sposobu korzystania, skuteczności, ceny);
  - d) odwołujące się do reklamy prowadzonej przez innego przedsiębiorcę (reklama opierająca się);
- 2) systemowe (odwołująca się do „zwykłych” produktów tego typu dostępnych na rynku);
- 3) superlatywne (typu: mój towar jest najlepszy, u mnie kupisz najtaniej, numer 1 w Europie, najstarsza firma);
- 4) własnych ofert.

Wcześniejsze rozważania pokazały, że istnieją dwa rodzaje interpretacji pojęcia reklamy porównawczej. Termin ten może odnosić się do rzeczywistego porównania, mającego za przedmiot dające się porównać towary lub usługi bądź w ogóle nie zawierać porównania. Dlatego zwrot „reklama porównawcza” może być trochę mylący - dzieje się to za sprawą stopniowego rozszerzania interpretacji pojęcia reklamy porównawczej. Pojęcie to zmienia się pod wpływem rozwijającej się legislacji wspólnotowej oraz praktyki orzeczniczej ETS i sądów krajowych.

Widząc pewien przekaz zawierający odniesienie do konkurenta bądź jego produktu z reguły automatycznie uznajemy go za reklamę porównawczą.

Takie spostrzeżenie jest naturalną konsekwencją obserwacji, ale niekoniecznie prawidłową. Reklama porównawcza może bowiem nie zawierać porównania, gdyż cel takiego przekazu może zostać osiągnięty, nawet jeśli porównanie nie jest widoczne. Reklama nie zawierająca bezpośredniego porównania może być szczególnie szkodliwa, chociażby przez wykorzystanie czyjejś renomy. Dlatego każdy przekaz reklamowy zawierający odniesienie komparatywne pozwalające zidentyfikować konkurenta cieszącego się dużym uznaniem, jego towar lub usługę bądź znak towarowy powinien być oceniany w świetle przepisów wprowadzonych dyrektywą 97/55/WE<sup>28</sup>.

Dokonując analizy pojęcia reklamy porównawczej w oparciu o dyrektywę 84/450/EWG w wersji zmienionej 97/55/WE oraz biorąc pod uwagę wymienione powyżej formy tego rodzaju przekazu, można stwierdzić, że nie obejmuje ona porównań, w których przedsiębiorca mówi sam o sobie. Jest to tzw. reklama superlatywna, w której porównuje się własne oferty lub odnosi się do całej grupy konkurentów. Z definicji reklamy porównawczej wynika, że porównanie dwóch produktów tej samej kategorii, z jednoczesnym brakiem ścisłego ich określenia nie będzie reklamą porównawczą i tym samym nie będzie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. Należy zauważyć, że takie praktyki zdarzają się dosyć często, bowiem odniesienie do „zwykłych”, „innych”, „normalnych” produktów (reklama systemowa) wydaje się być codziennością. Zatem dopóki produkt, do którego odwołuje się reklamodawca, nie daje się zidentyfikować przez odbiorcę, tak długo reklama nie będzie reklamą porównawczą i nie będzie oceniana na podstawie przesłanek jej dopuszczalności zawartych w dyrektywie<sup>29</sup>. Jednakże z chwilą, kiedy na danym rynku określone produkty byłyby łatwo rozpoznawalne art. przez ograniczoną liczbę samych producentów, to wówczas należałoby odwołać się do przepisów regulujących reklamę porównawczą celem ustalenia jej dopuszczalności.

Podobnie reklama osobista nie jest regulowana przez prawo wspólnotowe. Zdaniem ETS należy ją interpretować na podstawie przepisów krajowych<sup>30</sup>.

Natomiast większe trudności sprawia rozstrzygnięcie, czy przepisy wprowadzone dyrektywą 97/55/WE dotyczą tzw. opierającej się reklamy porównawczej. Polegać ona może w szczególności na tym, że przedsiębiorca później wprowadzający swój towar na rynek wzoruje swoją kampanię na udanej reklamie innego przedsiębiorcy (art. podobieństwo sloganów, kolorystyki, te-

<sup>28</sup> P. Miskolczy-Bodnár, op.cit., s. 43.

<sup>29</sup> P. Białecki, H. Tuchołka, *Nieuczciwa lub zakazana reklama*, Warszawa 2002, s. 68.

<sup>30</sup> ETS, sprawa C-381/05 *De Landtsheer Emmanuel SA v. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne i Veuve Clicquot Ponsardin SA*.

matyki art.) lub bezpośrednio nawiązuje do pozycji rynkowej jego produktów (typu „porównywalny efekt z...”). E. Nowińska i J. Szwaja uważają, że niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do takich stanów faktycznych, choć uznają, że jeden z przypadków, w którym może mieć miejsce opierająca się reklama porównawcza został w dyrektywie odrębnie uregulowany<sup>31</sup>. Dotyczy to zapisu mówiącego o porównawczym odwołaniu się do innej oferty jako jej imitacja czy naśladownictwo (art. 3a pkt g) dyrektywy 84/450/EWG w wersji zmienionej dyrektywą 97/55/WE), gdzie należy mieć cały czas na uwadze, że przedmiotem porównania mogą być towary i usługi spełniające cztery przesłanki pozwalające na obiektywne porównanie. Są to: cechy istotne, stosowne, weryfikowalne (sprawdzalne), typowe (reprezentatywne). Zatem w tym przepisie „zakaz prowadzenia opierającej się reklamy porównawczej nie jest pełny. Uchylony zostanie bowiem wówczas, gdy reklamujący się przedsiębiorca wskaże na wszystkie istotne, charakterystyczne, weryfikowalne i reprezentatywne cechy własne i wyrobu lub świadczenia konkurencyjnego, te zaś są poziomem równe. Na taką możliwość interpretacyjną wskazuje brak wyraźnego określenia w przepisach, że dozwolone porównanie ma mieć charakter krytyczny, oczywiście pod warunkiem, że jego celem lub skutkiem nie jest oczernianie wyrobów lub usług konkurencyjnych”<sup>32</sup>.

#### 4.2. Ocena możliwości stosowania reklamy porównawczej

Wraz z ewolucją środków i form zjawiskowych przedstawienia towaru, stopniowo ulega zmianie prawna definicja reklamy. Mówi się o przedstawieniu produktu ukierunkowanym na pozyskanie klienta, co prowadzi do stworzenia prezentacji wybiegającej poza ramy prostej informacji. Zatem istotne jest ograniczenie środka przekazu i nakazanie oceny zachowań mogących wprowadzić w błąd uczestników rynku z uwzględnieniem całego kontekstu konkretnego przekazu. Przekaz informacji połączony z nakłanianiem adresata do konkretnego działania ogranicza swobodny wybór konsumenta. Konsument nie powinien być wprowadzany w błąd ani skłaniany do podejmowania nieracjonalnych wyborów<sup>33</sup>.

Regulacja wprowadzona dyrektywą 97/55/WE dotyczy wielu sektorów działalności. Niemniej dyrektywa musi pozostać bez uszczerbku dla szczegó-

---

<sup>31</sup> E. Nowińska, J. Szwaja, op.cit., s. 171.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> R. Stefanicki, op.cit., s. 100.

łowych regulacji, dotyczących reklamy produktów farmaceutycznych, produktów żywnościowych, papierosów lub reklamy skierowanej dla dzieci. Nie może również naruszać regulacji narodowych respektujących dyspozycje TWE, np. w przypadku wolnych zawodów<sup>34</sup>.

W poprzednich fragmentach niniejszego opracowania zostało już ustalone, że zgodnie z przepisami dyrektywy 97/55/WE pod pojęciem reklamy porównawczej kryje się akcja gospodarcza, którą można uznać za reklamę, a ponadto zawiera ona odniesienia komparatywne przy spełnieniu przesłanki „rozpoznawalności” podmiotu pozostającego w bezpośrednim stosunku konkurencji z przedsiębiorcą wprowadzającym reklamę, tj. działającym na wspólnym rynku. Reklama, która nie identyfikuje konkurenta lub oferowanych przez niego produktów nie jest oceniana z punktu widzenia przepisów wprowadzonych dyrektywą 97/55/WE.

Przepisy wspólnotowe wprowadziły zasadę dopuszczalności stosowania reklamy porównawczej, ale dopiero po łącznym spełnieniu enumeratywnie wyliczonych przesłanek. Zgodnie bowiem z pkt. 11 preambuły omawianej dyrektywy, wymagania stawiane przed reklamą porównawczą powinny mieć charakter komplementarny i być respektowane w całości. Jeśli reklama porównawcza spełnia przesłanki określone w dyrektywie, to powinna być zawsze dozwolona. Warunki dopuszczalności reklamy porównawczej powinny być oceniane w świetle przepisów prawa krajowego lub w odpowiednim przypadku, w świetle przepisów prawa wspólnotowego, niezależnie od tego, że oznaczać to może zmniejszoną ochronę konsumentów lub przedsiębiorstw konkurencyjnych<sup>35</sup>.

Artykuł 3a dyrektywy 84/450EWG wprowadzony dyrektywą 97/55/WE i następnie zmieniony dyrektywą 2005/29/WE stanowi, że reklama porównawcza, w zakresie w jakim dotyczy porównania, jest dozwolona, jeżeli spełnia następujące warunki:

- a) nie wprowadza w błąd w rozumieniu art. 2 ust. 2, art. 3 i art. 7 ust. 1 dyrektywy 84/450/EWG lub w rozumieniu art. 6 i 7 dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.5.2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym;

---

<sup>34</sup> Ch. Dianoux, J.L. Hermann, *La publicité comparative en Europe: Bilan et Perspectives*, Convengo „Le tendenze del marketing in Europa”, Università Ca’ Foscari Venezia 24.11.2000, s. 5, dostępne na: <http://www.escp-eap.net/conferences/marketing/pdf/dianoux.pdf>

<sup>35</sup> ETS, sprawa C-381/05 *De Landtsheer Emmanuel SA v. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne i Veuve Clicquot Ponsardin SA*.

- b) dokonuje porównania towarów lub usług realizujących te same potrzeby lub przeznaczonych do tego samego celu;
- c) porównuje w sposób obiektywny jedną lub kilka istotnych, odpowiednich, możliwych do zweryfikowania i typowych cech tych towarów i usług, przy czym jedną z tych cech może być cena;
- d) nie dyskredytuje ani nie przedstawia w złym świetle znaków towarowych, nazw handlowych, innych znaków rozpoznawczych, towarów, usług, działalności lub sytuacji konkurenta;
- e) w przypadku produktów posiadających oznaczenie pochodzenia, odnosi się w każdym przypadku do produktów o tym samym oznaczeniu;
- f) nie korzysta w sposób nieuczciwy z renomy znaku towarowego, nazwy handlowej lub innych znaków wyróżniających konkurenta lub oznaczenia pochodzenia konkurujących produktów;
- g) nie przedstawia towaru lub usługi jako imitacji bądź repliki towaru lub usługi noszącej zastrzeżony znak towarowy lub zastrzeżoną nazwę handlową;
- h) nie prowadzi do mylenia przez przedsiębiorców przedsiębiorcy reklamującego z jego konkurentem lub też mylenia znaków towarowych, nazw handlowych, innych znaków rozpoznawczych, towarów lub usług przedsiębiorcy reklamującego i jego konkurenta.

Zacytowane warunki dopuszczalności stosowania reklamy porównawczej mają charakter pozytywny bądź negatywny, tzn. że dla oceny porównania reklama musi zawierać pewne cechy wskazane w dyrektywie i jednocześnie pewnych nie posiadać. Najpierw stwierdzić należy, czy przekaz jest reklamą, później czy zawiera porównanie i dopiero ocenić jego legalność. Jeśli reklama w zakresie porównania nie spełnia przesłanek dopuszczalności, to jest reklamą zakazaną. Ponadto należy zauważyć, że dyrektywa ta nie mówi nic na temat niedopuszczalności reklamy porównawczej. W doktrynie przeważa pogląd, że jeśli chociażby jedna przesłanka nie jest spełniona, to taka reklama jest niedozwolona. Istnieje jednak odrębny pogląd, według którego pominięcie kwestii, kiedy reklama powinna być niedozwolona stwarza pewną lukę, bowiem sformułowanie wspomnianego powyżej art. 3a nie stanowi wystarczającej podstawy do wnioskowania *a contrario*, że reklama porównawcza nie spełniająca wskazanych przesłanek powinna być zawsze zakazana<sup>36</sup>. Nie jest

---

<sup>36</sup> I. Wiszniewska, *Nowelizacja ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, PPH 1999, nr 12, s. 3.



to zasadne twierdzenie, gdyż w dyrektywie po prostu zastosowano formułę wyliczenia przesłanek na rzecz dopuszczalności stosowania reklamy porównawczej. Nie ma tu luki prawnej, bowiem bezcelowe byłoby tworzenie odrębnego wyliczenia przesłanek zakazujących, a jedynie inaczej sformułowanych.

## 5. Problemy dotyczące zakresu podmiotowego reklamy porównawczej w prawodawstwie UE

### 5.1. Definicja konsumenta i przedsiębiorcy

Dyrektywa 97/55/WE wprowadziła do dyrektywy 84/450/EWG regulację dotyczącą reklamy porównawczej, a mianowicie ustaliła warunki, według których można uznać taką formę reklamy za dopuszczalną. Jednocześnie cel obu regulacji jest zbieżny z art. 1 dyrektywy 84/450/EWG, według którego priorytetem jest ochrona konsumentów, osób prowadzących działalność handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub wykonujących wolne zawody oraz interesu ogółu społeczeństwa.

Obie wspomniane powyżej dyrektywy, nie definiują bezpośrednio kim jest według nich konsument, a kim pozostałe podmioty wskazane w art. 1 dyrektywy 84/450/EWG. Jednakże z dokładnej analizy przepisów obu dyrektyw, jak również z innych dyrektyw konsumenckich<sup>37</sup> możemy wywnioskować, że przez każdą osobę fizyczną lub prawną prowadzącą działalność handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub wykonującą wolne zawody należy rozumieć przedsiębiorcę. Ponadto za taką interpretacją bezpośrednio przemawia dyrektywa 2006/114/WE wskazująca definicję przedsiębiorcy<sup>38</sup>, której wcześniej nie było ani w dyrektywie 84/450/EWG ani 97/55/WE. Co do konsumenta, ustalenie jednoznacznej definicji w prawie wspólnotowym nie jest łatwe. Niewątpliwie jest to podmiot, który nabywa, konsumuje, generalnie korzysta z oferowanych towarów lub usług, zatem jest stroną słabszą w relacjach z przedsiębiorcą. W związku z tym, w przypadku reklamy ochrona konsumenta jest szczególnie istotna, zwłaszcza ze względu na jego interesy ekonomiczne. Poza tym dyrektywa 97/55/WE wyraźnie wskazuje w preambule,

<sup>37</sup> Porównaj np. art. 2 pkt (a) dyrektywy 2005/29/WE oraz art. 2 ust. 2 dyrektywy 97/7/WE.

<sup>38</sup> Art. 2 pkt d) Dyrektywy 2006/114/WE „przedsiębiorca oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną, która działa w celu związanym z jej działalnością handlową, rzemieślniczą, gospodarczą lub wolnym zawodem, oraz każdą osobę działającą w imieniu lub na rzecz przedsiębiorcy”.

że reklama porównawcza może stymulować konkurencję między dostawcami towarów i usług w interesie konsumentów. Zatem pracom nad tą dyrektywą towarzyszyła bezpośrednia ochrona konsumenta, zaś przedsiębiorca chroniony miał być pośrednio.

Pojęcie konsumenta na gruncie prawa wspólnotowego przez długi czas nie było bliżej dookreślone, jednakże na skutek wprowadzenia Traktatem z Maastricht ochrony konsumenta jako jednego z samodzielnych celów polityki Wspólnoty, okoliczności wymagały doprecyzowania definicji konsumenta. Ten proces był jednak dosyć problematyczny. Istniało bowiem kilka koncepcji, przykładowo: zgodnie ze stanowiskiem Komisji stworzonym do celów Planu Działania na lata 1993–1995 w sprawie polityki konsumenckiej, konsumenci były to osoby fizyczne lub prawne wyposażone w większe lub mniejsze możliwości zakupu, które zaopatrują się lub korzystają z towaru lub usług na użytek nieprofesjonalny, a więc jako użytkownik końcowy<sup>39</sup>. Natomiast, jeśli wziąć pod uwagę cechę profesjonalności transakcji dla jednej ze stron przy jednoczesnym braku takiej cechy u drugiej strony, to *prima facie* zauważa się pewną formę protekcjonizmu na rzecz konsumenta ze względu na lepszą wiedzę, organizację, doświadczenie ze strony przedsiębiorcy. Chociaż ochrona konsumenta w prawie wspólnotowym nie wynika z jego słabszej pozycji. W przypadku udzielonej informacji wyrównuje się pozycja konsumenta i wzrasta jego zaufanie do przedsiębiorcy. Zatem można objąć ochroną nie tylko osoby fizyczne, lecz również drobnych przedsiębiorców nie mających siły ekonomicznej w negocjacjach z przedsiębiorcą bardziej doświadczonym w branży, w której zawierana jest transakcja<sup>40</sup>.

Generalnie w prawie wspólnotowym dąży się do ściślejszego określenia kim jest konsument. Widać to na przykładzie dyrektywy 99/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25.5.1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji<sup>41</sup>, zgodnie z którą konsumentem jest osoba fizyczna, która w umowach nią objętych działa w celach niezwiązanych z handlem, przedsiębiorstwem lub zawodem. Powtórzenie tej definicji w dyrektywie 2005/29/WE opartej na zupełnej harmonizacji, świadczy o tendencji do wąskiego rozumienia tego pojęcia, które wytyczyło orzecznictwo ETS<sup>42</sup>. Ponadto dyrektywa 2005/29/WE idzie jeszcze

---

<sup>39</sup> M. Radeideh, *Fair Trading in EC Law – Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen 2005, s. 185, cyt. za: R. Stefanicki, op.cit., s. 105.

<sup>40</sup> R. Stefanicki, op.cit., s. 105.

<sup>41</sup> Dz.Urz. WE 1999 Nr L 171.

<sup>42</sup> R. Stefanicki, op.cit., s. 108.

dalej, wskazując w punkcie 18 preambuły definicję przeciętnego konsumenta<sup>43</sup>, zaczerpniętą z orzecznictwa ETS i wyszczególnia w art. 5 ust. 3 grupę konsumentów szczególnie podatnych<sup>44</sup> na nieuczciwe praktyki handlowe.

## 5.2. Wątpliwości co do zakresu podmiotowego reklamy porównawczej

Dyrektywa 2005/29/WE zmodyfikowała dyrektywę 84/450/EWG zarówno w kwestii reklamy wprowadzającej w błąd, jak i reklamy porównawczej. Potrzeba tych zmian, zgodnie z motywem 10 preambuły dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych, wyniknęła z naturalnego wymogu zapewnienia spójności pomiędzy dwiema wspomnianymi powyżej regulacjami, zwłaszcza w przypadkach, w których szczegółowe przepisy dotyczące nieuczciwych praktyk handlowych mają zastosowanie do reklamy. Wskutek nowopowstałej regulacji pojawił się problem co do zakresu podmiotowego obu dyrektyw w kwestii reklamy porównawczej.

Zakres podmiotowy dyrektywy 84/450/WE został zawężony dyrektywą 2005/29/WE. Art. 1 dyrektywy 84/450/EWG w jego aktualnej treści brzmi następująco: „celem niniejszej dyrektywy jest ochrona przedsiębiorców przed reklamą wprowadzającą w błąd i jej negatywnymi skutkami oraz określenie warunków, w których reklama porównawcza jest dozwolona”. Łatwo można zauważyć, że w tej dyrektywie konsument został pominięty, mimo że w preambule dyrektywy 84/450/EWG nadal istnieje odwołanie do ochrony konsumentów. Takie sformułowanie wprowadza konsternację. Co prawda mogłoby się wydawać, że zmiana ta uwzględnia fakt, że to przedsiębiorca jest podmiotem, który przez wprowadzającą w błąd reklamę traci najwięcej. Jednakże zazwyczaj to konsument jest wprowadzany w błąd, choć jego koszty ekonomiczne są przeważnie mniejsze niż przedsiębiorcy konkurującego na określonym rynku.

Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych przejęła tę część postanowień dyrektywy 84/450/EWG, która służy ochronie konsumenta, a za-

---

<sup>43</sup> Pkt 18 preambuły dyrektywy 2005/29/WE: przeciętny konsument jest „dostatecznie dobrze poinformowany oraz dostatecznie uważny i ostrożny, z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych i językowych, zgodnie z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości”.

<sup>44</sup> Zgodnie z art. 5 ust. 3 dyrektywy 2005/29/WE grupa konsumentów szczególnie podatnych to „dająca się jednoznacznie zidentyfikować grupa konsumentów, szczególnie podatna na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na, niepełnosprawność fizyczną lub umysłową, wiek lub łatwowierność, w sposób racjonalnie możliwy do przewidzenia przez przedsiębiorcę”.

tem ograniczyła dyrektywę 84/450/EWG do stosunków profesjonalnych, czyli do działań, które szkodzą konkurentowi, a nie konsumentom<sup>45</sup>. Co do tej kwestii istnieją pewne wątpliwości, ale powyższa zmiana zapewne ogranicza zakres podmiotowy dyrektywy 84/450/EWG, tym bardziej że *prima facie* formalny podział podmiotów chronionych przez dwa różne akty prawne doprowadził do usunięcia z art. 1 dyrektywy 84/450/EWG kwestii ochrony interesu publicznego<sup>46</sup>. Interes publiczny zazwyczaj jest rozumiany jako „zachowanie konkurencji jako jedno z kół zamachowych gospodarki oraz ochrony prawidłowego i efektywnego jej funkcjonowania zgodnie z uczciwymi regułami gry rynkowej”<sup>47</sup>. Jednakże ani dyrektywa ani inne akty europejskie nie wyjaśniają tego pojęcia. Ochrony interesu publicznego nie wskazano również w celu dyrektywy 2005/29/WE, ale wskazano go jako jeden z czynników istotnych przy wyborze środków do wykonania niniejszej dyrektywy. Niemniej należy zauważyć, że pomimo usunięcia, zacytowanego powyżej przepisu art. 1 dyrektywy 84/450/EWG, interesu społecznego jest on nadal pośrednio chroniony przez jedną z funkcji reklamy porównawczej: funkcję stymulacyjną rynku wspólnotowego.

Przy wprowadzeniu nowej regulacji nie wskazano jednoznacznie – być może przez przeoczenie - podziału zakresu podmiotowego co do reklamy porównawczej, więc pojawił się problem, czy wspomniane przejęcie części regulacji dyrektywy 84/450/EWG dotyczy obu reklam, czy jakby wynikało z literalnego brzmienia motywu 6 dyrektywy, jedynie reklamy wprowadzającej w błąd. Mówi on jedynie o przejęciu części regulacji i nie jest w tej kwestii precyzyjny. Traktuje on generalnie o przepisach dotyczących reklamy porównawczej bez rozróżnienia na podmiot chroniony, tak jak to jest w przypadku reklamy wprowadzającej w błąd<sup>48</sup>.

Sam podział ochrony konkurencji i konsumenta nie jest uzasadniony, bowiem deklarowana przejrzystość *de facto* powoduje różnice interpretacyjne. Reklama porównawcza może mieć szkodliwy wpływ zarówno na interes

---

<sup>45</sup> Patrz art. 14 dyrektywy 2005/29/WE oraz J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych – pierwszy etap wspólnotowego prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji?*, PPH 2007, nr 1, s. 22.

<sup>46</sup> A. Mokrysz-Olszyńska, *Reforma prawa o nieuczciwej konkurencji w Niemczech (w świetle projektu dyrektywy WE o nieuczciwych praktykach handlowych)*, PiP 2004, nr 6, s. 27.

<sup>47</sup> J. Szwaja, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 1994, s. 28.

<sup>48</sup> „Niniejsza dyrektywa nie obejmuje również ani nie wpływa na przepisy dyrektywy 84/450/EWG dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd przedsiębiorstwa, ale nie wprowadzającej w błąd konsumentów, oraz dotyczącej reklamy porównawczej”.

konkurenta, jak i na interes konsumenta, dlatego też trudno jest w sytuacji istnienia dwóch odrębnych regulacji ustalić, która jest w konkretnym przypadku właściwa, czyli którą zastosujemy. Relacje gospodarcze między wspomnianymi podmiotami są ze sobą często ściśle powiązane, jednakże o ile w przypadku innych form nieuczciwej reklamy interesy konkurentów i konsumentów są generalnie ze sobą zbieżne, to w przypadku reklamy porównawczej pozostają w sprzeczności<sup>49</sup>. Dzieje się tak dlatego, że reklama porównawcza identyfikuje konkurenta i tym samym jego produkty, dzięki czemu wyszczególnia informację istotną z punktu widzenia konsumenta. Jednakże informacja ta nie jest korzystna dla producenta produktu konkurencyjnego, który jest zasadniczo przedstawiony jako produkt gorszej jakości bądź jako produkt porównywalny, ale droższy.

Często zachowania zarówno konsumenta, jak i konkurenta nie dają się definitywnie rozdzielić, dlatego też należy je oceniać pod jednym kątem i na podstawie jednolitej regulacji prawnej. Tymczasem w przypadku, kiedy ustawodawca wprowadza dwa odrębne reżimy prawne dla regulacji tej samej kwestii, uzależnione od rodzaju podmiotów znajdujących się w konflikcie (relacje przedsiębiorca–przedsiębiorca lub przedsiębiorca–konsument), to pojawi się problem, kiedy poszkodowanym będą dwa podmioty jednocześnie, a interes publiczny nie będzie w ogóle brany pod uwagę.

Przykładowo P. Miskolczy-Bodnár wskazuje trzy powody, dla których nie zgadza się z koncepcją takiego podziału:

- nie można oddzielić aspektu wyrządzenia szkody konsumentowi i przedsiębiorcy. Z tego też powodu implementacja przepisów dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych może okazać się trudna do zastosowania w praktyce;
- dyrektywa 2005/29/WE wprowadza własną definicję konsumenta, a jak wiadomo, często bardzo ona różni się w poszczególnych państwach członkowskich UE;
- nowa regulacja sugeruje, że istnieją tylko dwa rodzaje podmiotów, których interes należy brać pod uwagę w tej przedmiotowej kwestii. Podczas gdy oprócz interesu konsumenta i konkurenta przy ustalaniu dopuszczalności reklamy porównawczej należy równoważyć interesy jeszcze innych podmiotów m.in. dysponujących prawami autorskimi i prawami własności przemysłowej.

Być może w ramach Wspólnoty Europejskiej planowano chronić interesy zarówno konkurentów, jak i posiadaczy praw autorskich, ale zdaniem

---

<sup>49</sup> Z. Okoń, op. cit., s. 712.

autora interesy tych dwóch podmiotów nie powinny być oceniane w ten sam sposób. Interes uprawnionych z tytułu praw autorskich jest bardziej zbliżony do interesu konsumenta niż do interesu konkurenta, mimo że konkurent i posiadacz praw autorskich często jest jedną i tą samą osobą. Poza tym należy mieć też na uwadze interes publiczny, który uwzględnia się dbając o prawidłowe funkcjonowanie gospodarki rynkowej<sup>50</sup>.

W doktrynie trudno jest spotkać jednoznaczną opinię na temat podziału zakresu podmiotowego omawianych regulacji lub przynajmniej taką, która bardziej rozwinęłaby dany problem. Zdania zarówno wśród autorów polskich, jak i zagranicznych są podzielone i co ciekawe bardzo diametralnie. Nie jest także łatwo doszukać się uzasadnień zajętych przez nich stanowisk.

Poniżej przedstawione zostaną reprezentatywne opinie na temat omawianej kwestii. Wśród polskich autorów za przejęciem regulacji reklamy porównawczej przez dyrektywę 2005/29/WE w relacji przedsiębiorca-konsument opowiadają się m.in. R. Stefanicki<sup>51</sup> oraz J. Maliszewska-Nienartowicz<sup>52</sup>. Ich zdaniem zakres podmiotowy ochrony przed negatywnymi skutkami reklamy porównawczej został podzielony między dwie wspomniane powyżej dyrektywy. Przeciwnie stanowisko zajmuje m.in. M. Kępiński<sup>53</sup> oraz Z. Okoń<sup>54</sup> twierdząc, że dyrektywa o nieuczciwych praktykach rynkowych nie przejęła regulacji reklamy porównawczej. Według ich opinii reklama porównawcza kierowana zarówno do przedsiębiorców, jak i konsumentów nadal ma być normowana dyrektywą 84/450/EWG w wersji zmienionej dyrektywą 97/55/WE.

Wśród autorów zagranicznych np. P. Miskolczy-Bodnár stwierdza, że dyrektywa 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym przejęła regulację reklamy porównawczej szkodzącej interesom konsumenta. Ponadto jednoznacznie wyraża swoje negatywne stanowisko w zakresie podziału regulacji nieuczciwych praktyk handlowych w oparciu o objęty ochroną podmiot. Natomiast to zagadnienie odmiennie interpretuje F. Henning-Bodewig twierdząc, że dyrektywa z 2005 r. nie zmieniała dyrektywy 84/450/EWG w odniesieniu do reklamy porównawczej, pozostawiając ten sam cel ochrony zarówno konsumenta, jak i przedsiębiorcy oraz interesu publicznego<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> P. Miskolczy-Bodnár, *op.cit.*, s. 42.

<sup>51</sup> R. Stefanicki, *op.cit.*, s. 43.

<sup>52</sup> J. Maliszewska-Nienartowicz, *op.cit.*, s. 22.

<sup>53</sup> Opinia do projektu polskiej ustawy o zwalczaniu nieuczciwych praktyk handlowych (RL-0303-138/06), dostępna na: <http://www.radalegisacyjna.gov.pl/index.php?id=53>

<sup>54</sup> Z. Okoń, *op.cit.*, s. 715.

<sup>55</sup> F. Henning-Bodewig, *op.cit.*, s. 42.

Reasumując, należy zaznaczyć, że większość przedstawicieli doktryny uważa, że wskutek wprowadzenia dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych dokonano podziału regulacji reklamy porównawczej. Myślę, że jest to prawidłowa interpretacja – zgodna z celem dyrektywy 2005/29/WE, czyli ochroną interesu gospodarczego konsumenta. Tym bardziej, że konsument jest szczególnie narażony na praktyki wprowadzające w błąd, a te niewątpliwie mogą wystąpić w reklamie tak samo porównawczej, jak i w innym prostym przekazie reklamowym. Praktyka mogłaby to założenie jednoznacznie potwierdzić, ale dyrektywa jest aktem harmonizującym prawo, więc większość państw członkowskich, chcąc uniknąć sporów interpretacyjnych, osiągnęło cel wskazany dyrektywą, bazując na dotychczasowych regulacjach. Tak zrobiła m.in. Polska, gdzie istniał już akt regulujący reklamę porównawczą, a nowa ustawa wdrażająca dyrektywę 2005/29/WE nie wprowadziła rozgraniczenia zakresu podmiotowego między przedsiębiorcą i konsumenta. Od czasu wdrożenia dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych minęło kilka lat, a państwa członkowskie nie zgłosiły pytań w tym zakresie do ETS. Potwierdza to, że w porządkach krajowych rozwiązano powyższe wątpliwości odnośnie zakresu podmiotowego reklamy porównawczej w sposób dogodny dla każdego z państw członkowskich.

## 6. Podsumowanie

Regulacja w zakresie zwalczania nieuczciwej konkurencji na szczeblu wspólnotowym była wprowadzana etapowo. Brakowało bowiem przez wiele lat konsensusu wśród państw członkowskich, co do określenia definicji nieuczciwości w praktykach handlowych, zwłaszcza w kontekście reklamy. W pierwszej kolejności uregulowano reklamę wprowadzającą w błąd, następnie reklamę porównawczą. Jednakże dopiero dyrektywa 2005/29/WE stała się próbą zbudowania spójnego systemu zwalczania nieuczciwej konkurencji na szczeblu wspólnotowym. Niemniej, o ile wcześniejsze regulacje miały na celu ochronę wszystkich uczestników rynku, to dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych dokonała podziału zakresu podmiotowego przejmując ochronę gospodarczych interesów konsumenta w relacji z przedsiębiorcą.

Jedną z najbardziej kontrowersyjnych form przekazu uregulowaną w prawie wspólnotowym jest reklama porównawcza. Jest ona szczególnie podatna na wykorzystanie w procesie nieuczciwej konkurencji, dlatego też przepisy wprowadzone dyrektywą 97/55/WE nadały jej szeroką definicję, choć ograni-

czoną do wymiaru gospodarczego. Dyrektywa ta pozwala uznać za reklamę porównawczą zróżnicowane formy przekazu doprowadzające do bezpośredniej lub pośredniej identyfikacji konkurenta bądź jego towaru lub usługi. Oznacza to, że niekoniecznie prezentacja musi zestawiać porównywalne produkty – można by powiedzieć, że w ogóle może nie być *stricte* porównania, a jedynie odniesienie do konkurenta. Jednakże musi być to konkurent działający na tym samym rynku, oferujący produkty tożsame rodzajowo. Samo stosowanie reklamy porównawczej również zostało uwarunkowane kilkoma przesłankami, które powinny zostać spełnione łącznie. Przede wszystkim przekaz nie może wprowadzać w błąd. Porównanie powinno dotyczyć wyłącznie istotnych cech produktu przedstawionych w sposób rzetelny, niedyskredytujący i dający możliwość weryfikacji. Ponadto nie może prowadzić do pomyłek w rozróżnieniu reklamującego i konkurenta oraz ich produktów ani wykorzystywać w nieuczciwy sposób znaku towarowego konkurenta. Te warunki *prima facie* skupiają się głównie na ochronie interesów przedsiębiorcy, do którego odnosi się porównanie. Ochrona konsumenta ma charakter pośredni, choć odwrotne było założenie towarzyszące powstawaniu dyrektywy 97/55/WE. Dlatego też opracowanie dyrektywy 2005/29/WE ukierunkowanej wyłącznie na ochronę interesów gospodarczych konsumenta i powstałe rozbieżności interpretacyjne w kwestii podziału regulacji reklamy porównawczej, skłoniły do analizy okoliczności szczególnie zagrażających konsumentowi. Takie ryzyko przynoszą zachowania mieszczące się w kategorii nieuczciwej praktyki rynkowej, a zatem mogące wprowadzić w błąd konsumenta i jednocześnie wpłynąć na podjęcie decyzji dla niego niekorzystnej.

W związku z powyższym określając pojęcie reklamy porównawczej trzeba opierać się zarówno na przepisach dyrektywy 84/450/EWG w wersji zmienionej dyrektywą 97/55/WE, jak i dyrektywy 2005/29/WE, a zatem mając na uwadze odrębne przesłanki ochrony dla poszczególnych uczestników rynku. Choć interesy przedsiębiorcy i konsumenta mają różne podłoże, to taki podział regulacji nie jest uzasadniony. Oceniając bowiem konkretny przekaz reklamowy, należy łącznie rozpatrywać wszelkie korzyści i zagrożenia dla konsumenta i przedsiębiorcy płynące z zastosowanego porównania.

Wolna i uczciwa konkurencja przyczynia się m.in. do spadku cen i wzrostu jakości oferowanych dóbr i usług, ale zupełnie niekontrolowana niesie też zagrożenia. Dzięki dodatkowej informacji obiektywnie wydobywającej zalety oferty, konsument podejmuje korzystniejszą dla siebie decyzję. Z drugiej strony nierzetelny komunikat porównawczy wywołuje u niego mylne wyobrażenie rzeczywistości i w efekcie skłania go do zachowań dla niego niekorzystnych. Natomiast przedsiębiorca dzięki takiej formie reklamy ma łatwiejszy



dostęp do rynku, przyciąga uwagę wskazując wyższość swojego produktu nad konkurencyjnym. Jednakże takie odwołanie, często nierzetelnie, dyskredytuje konkurenta. Zatem jeśli reklama porównawcza ma mieć pozytywny wpływ na gospodarkę, tj. prawidłowo stymulować podaż i popyt, to muszą być przestrzegane reguły rynku wspólnotowego. Wszelkie utrudnienia na tym polu niewątpliwie działają na niekorzyść konkurencji i konsumentów.