

SABINA WENCEL

Uniwersytet Wrocławski

SPRZEDAŻ AGRESYWNA W KONTEKŚCIE ART. 9 USTAWY O PRZECIWDZIAŁANIU NIEUCZCIWYM PRAKTYKOM RYNKOWYM

Konsumenci, jako słabsza strona kontraktu, narażeni są na niezgodne z prawem zachowania ze strony przedsiębiorców, coraz szybszy rozwój gospodarczy sprzyja praktykom wpływającym na ekonomiczne decyzje najsłabszych uczestników gry rynkowej, zwalczać takie działania ma dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 maja 2005 roku dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych w relacji *business-to-consumer* (B2C). Dyrektywa 2005/29/WE¹ ma na celu nie tylko ochronę ekonomicznych interesów konsumentów, ale także zapewnienie wysokich standardów ochrony² oraz konwergencję systemów prawnych państw członkowskich w przedmiotowym zakresie. Należy podkreślić, że przedmiotowa dyrektywa opiera się na modelu harmonizacji maksymalnej³, a nie jak dotychczasowe dyrektywy konsumenckie na modelu harmonizacji minimalnej⁴, co oznacza, że państwa członkowskie nie mogą wprowadzać przepisów bardziej nakazowych, ani takich regulacji ochronnych, które wyznaczałyby niższy poziom niż ten określony w dyrektywie 2005/29/WE⁵. Akt wtórny

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 maja 2005 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) Nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego oraz Rady (Dz.Urz. L Nr 149 z 11 czerwca 2005 r., s. 22–39), dalej jako dyrektywa 2005/29/WE.

² R. Stefanicki, *Komentarz do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 18 lipca 2013 r. (C-265/12)*, „Wrocławskie Studia Sądowe” 2014, nr 3, s. 102.

³ Szerzej: R. Stefanicki, *Nieuczciwe praktyki handlowe w świetle prawodawstwa Unii Europejskiej — dyrektywa 2005/29/WE*, Warszawa 2007, s. 35.

⁴ A. Mokrzyś-Olszyńska, *Ochrona interesów konsumentów na rynku UE — spojrzenie z perspektywy ochrony konkurencji i ładu rynkowego*, [w:] J. Frąckowiak, R. Stefanicki, *Ochrona konsumenta w prawie polskim na tle koncepcji effet utile*, Wrocław 2011, s. 150.

⁵ Wyrok ETS z 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-205/07, postępowanie karne przeciwko Lodewijk Gysbrechts and Santurel Inter BVBA, ECR 2008, s. I-9947, pkt 34.

prawa unijnego wprowadza w swych uregulowaniach trójstopniowy test uczciwości praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorców⁶, mianowicie w art. 5 ust. 1 ustawodawca unijny wprowadził ogólny zakaz stosowania nieuczciwych praktyk handlowych, którymi są w szczególności praktyki wprowadzające w błąd oraz agresywne, oprócz tego załącznik I do przedmiotowej dyrektywy zawiera egemplifikację praktyk handlowych nieuczciwych w każdych okolicznościach⁷, które są uznane przez legislatora za nieuczciwe *ex lege*.

AGRESYWNE PRAKTYKI HANDLOWE

Agresywne praktyki handlowe stanowią istotne *novum* zarówno w europejskim, jak i polskim systemie prawnym. Dyrektywa 2005/29/WE jest pierwszym aktem unijnym, który reguluje zagadnienie agresywnych praktyk handlowych występujących w relacjach B2C w związku z promocją i sprzedażą⁸. Legislador krajowy w art. 8 ustawy z 23 sierpnia 2007 roku o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (dalej również jako u.p.n.p.r.), będącej efektem transpozycji art. 8 i art. 9 przedmiotowej dyrektywy do polskiego porządku prawnego, zdefiniował pojęcie agresywnych praktyk rynkowych. Zgodnie z omawianym przepisem, agresywną praktyką rynkową będzie taka praktyka, która przez niedopuszczalny nacisk w znaczny sposób ogranicza lub może ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowanie względem produktu i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął⁹. Normodawca krajowy w konstrukcji analizowanego przepisu posłużył się klauzulą generalną, stosując terminy, które mają niedookreślony charakter i są bardzo pojemne, nie mają one wprawdzie charakteru tradycyjnych zwrotów niedookreślonych¹⁰, tak jak klauzula generalna zastosowana w art. 4 analizowanej ustawy. Charakter taki mają na przykład takie zwroty jak „ograniczenia swobody wyboru” lub „zachowania przez niedopuszczalny nacisk”¹¹.

⁶ R. Stefanicki, *Prawo uczciwej konkurencji a ochrona konsumentów w świetle ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, „Studia Prawa Prywatnego” 2011, nr 2, s. 51.

⁷ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych — pierwszy etap wspólnotowego prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji?*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 1, s. 21.

⁸ R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, Komentarz*, Warszawa 2009, s. 425.

⁹ Art. 8 ustawy z 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr 171, poz. 1206).

¹⁰ G. Howells, N. Reich, *The current limits of European harmonisation in consumer contract law*, „ERA Forum” 2011, nr 12, s. 45.

¹¹ E. Nowińska, D. Kasprzycki, *Nieuczciwe praktyki rynkowe. Obecna regulacja*, Kraków 2012, s. 230.

Warto wskazać, że przepis art. 8 u.p.n.p.r. odbiega w nieznacznym stopniu od art. 8 przedmiotowej dyrektywy. Zgodnie z dyrektywą 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych, agresywną praktyką handlową jest taka praktyka, która w konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy i okoliczności, poprzez nękanie, przymus, w tym z użyciem siły fizycznej, lub bezprawny nacisk w znaczny sposób ogranicza lub może ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowanie względem produktu i tym samym powoduje lub może spowodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął¹². Przepis implementujący akt unijny ogranicza zakres agresywnych praktyk rynkowych do niedopuszczalnego nacisku¹³. Legislators krajowy definiuje pojęcie niedopuszczalnego nacisku w art. 8 ust. 2 omawianej ustawy, mianowicie jest nim każdy rodzaj wykorzystania przewagi wobec konsumenta, w szczególności użycie lub groźba użycia przymusu fizycznego lub psychicznego, w sposób znacznie ograniczający zdolność przeciętnego konsumenta do świadomej decyzji dotyczącej umowy¹⁴. W uzasadnieniu do komentowanej ustawy wskazano, że pod pojęciem niedopuszczalnego nacisku rozumiany powinien być perswazyjny przymus, który wykorzystuje słabość słabszej strony kontraktu. Będziemy tutaj zaliczać zarówno przymus fizyczny, jak i przymus psychiczny. W rozumieniu terminu „niedopuszczalny nacisk” mieszczą się też nękanie oraz przymus¹⁵. Aby dana praktyka rynkowa mogła zostać zakwalifikowana jako agresywna, musi wystąpić skutek w postaci znacznego ograniczenia swobodnego wyboru przeciętnego konsumenta. W tym wypadku wystarczy już sama możliwość takiego zagrożenia. Analizowana dyrektywa nie definiuje tego pojęcia. Ustawodawca polski pomija w przedmiotowym akcie prawnym trzy postacie praktyki agresywnej: nękanie, przymus oraz bezprawny nacisk, decydując się tym samym na zastosowanie jedynie terminu „niedopuszczalny nacisk”, w którym to mieścić ma się zarówno nękanie, jak i przymus. W doktrynie wskazuje się na niewielkie znaczenie zmiany zastosowanej przez legislatora polskiego w stosunku do regulacji dyrektywy 2005/29/WE¹⁶. Jednym z elementów definicji agresywnych praktyk handlowych określonych w art. 8 analizowanej ustawy jest „podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji, której inaczej by nie podjął”. Termin ten został implementowany do polskiego porządku prawnego na zasadzie

¹² Art. 8 dyrektywy 2005/29/WE.

¹³ M. Namysłowska, *Czarna lista nieuczciwych praktyk handlowych a granice prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji w Unii Europejskiej. Analiza prawnoporównawcza*, Warszawa 2014, s. 260.

¹⁴ Art. 8 ust. 2 ustawy z 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

¹⁵ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, s. 33.

¹⁶ T. Targosz, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym — model ochrony, zakres ochrony, implikacje dla systemu prawa konkurencji i konsumentów*, [w:] E. Nowińska, D. Kasprzycki, *op. cit.*, s. 43.

„lustrzanego odbicia”, elementem wystarczającym jest sama możliwość podjęcia takich decyzji ekonomicznych przez konsumenta, których w innej sytuacji by nie podjął¹⁷.

Oceny danej praktyki handlowej należy dokonywać *ad casum*. Mianowicie zgodnie z art. 8 ust. 3 u.p.n.p.r. przy ocenie, czy praktyka rynkowa jest agresywna, należy uwzględnić wszystkie jej cechy i okoliczności wprowadzenia produktu na rynek, a w szczególności:

- 1) czas, miejsce, rodzaj lub uciążliwość danej praktyki;
- 2) celowe wykorzystywanie przez przedsiębiorcę przymusowego położenia konsumenta lub innych okoliczności na tyle poważnych, że ograniczają one zdolność konsumenta do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej umowy;
- 3) uciążliwe lub niewspółmierne bariery pozaumowne, które przedsiębiorca wykorzystuje, aby przeszkodzić konsumentowi w wykonaniu jego praw umownych, w tym prawa do odstąpienia i wypowiedzenia umowy lub do rezygnacji na rzecz innego produktu lub przedsiębiorcy;
- 4) groźby podjęcia działania niezgodnego z prawem lub użycie obraźliwych sformułowań bądź sposobów zachowania¹⁸.

Artykuł 8 ust. 3 jest odpowiednikiem art. 9 dyrektywy 2005/29/WE. Przedmiotowy przepis ma na celu ułatwić kwalifikację określonych praktyk rynkowych jako agresywnych, wskazując elementy na które należy zwrócić uwagę. Elementy wskazane w przedmiotowym przepisie mogą występować zarówno łącznie, jak i alternatywnie¹⁹. Są to swego rodzaju wskazówki interpretacyjne, które nie różnią się zasadniczo od aktu unijnego²⁰.

WYWOŁYWANIE WRAŻENIA NIEMOŻNOŚCI OPUSZCZENIA POMIESZCZEŃ PRZEDSIĘBIORCY BEZ ZAWARCIA UMOWY

Jedną z agresywnych praktyk handlowych nieuczciwych w każdych okolicznościach jest wywoływanie wrażenia przez przedsiębiorcę, że konsument nie będzie mógł opuścić pomieszczeń przedsiębiorcy bez zawarcia umowy. Praktyka ta została skodyfikowana w art. 9 pkt 1 u.p.n.p.r. i jest efektem transpozycji pkt. 24 załącznika I do dyrektywy 2005/29/WE do polskiego porządku prawnego. Można stwierdzić, że polski legislator w należyty sposób dokonał transpozycji tegoż przepisu do rodzimego systemu prawnego, jedyna dyferencja dotyczy

¹⁷ M. Rogowski, *Agresywne praktyki handlowe oraz ich implementacja do prawa polskiego*, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 2, s. 85.

¹⁸ Art. 8 ust. 3 ustawy z 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr 171, poz. 1206).

¹⁹ R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 433.

²⁰ M. Rogowski, *op. cit.*, s. 85.

wyrażenia „dopóki nie zostanie zawarta umowa”, które w polskiej ustawie ma swój odpowiednik „bez zawarcia umowy”. Różnica ta nie ma jednak wpływu na poprawność implementacji²¹. W polskiej regulacji pojawia się także zwrot „pomieszczenie przedsiębiorcy”, tak jak w analizowanej dyrektywie. Pojęcie te powoduje trudności interpretacyjne, ponieważ zarówno przedmiotowa dyrektywa, jak i ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym pojęcia tego nie definiują²².

Aby dana praktyka handlowa mogła zostać uznana za nieuczciwą w świetle art. 9 pkt 1, należy mieć na uwadze model przeciętnego konsumenta. Każdy konsument w inny sposób odbiera bodźce ze świata zewnętrznego, dlatego też należy w sposób obiektywny odnieść się do postawy przedsiębiorcy i ocenić, czy rzeczywiście wypełnione zostały przesłanki z art. 9 pkt 1²³. W doktrynie podkreśla się, że jest to, niestety, jedna z negatywnych cech czarnej listy, wskazująca na jej niedoskonałość i słabość²⁴.

Jako przykład takiej praktyki można podać „wymuszanie” na konsumentach zawierania umów sprzedaży podczas różnorakiego rodzaju prezentacji, takich jak na przykład sprzętu medycznego czy przedmiotów gospodarstwa domowego.

Pojęcie „wywoływanie wrażenia” ma bardzo szerokie znaczenie, będzie się tutaj zaliczać zarówno przymus fizyczny, jak i psychiczny²⁵. W doktrynie podkreśla się, że oddziaływanie na konsumenta może polegać zarówno na zastosowaniu przymusu fizycznego czy przymusu psychicznego, jak i obu tych elementów jednocześnie, prowadząc tym samym do zniekształcenia zachowań rynkowych konsumenta²⁶. Słabsza strona umowy, „osaczona” i w pewnym stopniu „zmaniupulowana” przez przedsiębiorcę, ma wrażenie, że nie ma innego „wyjścia”, jak tylko zawrzeć daną umowę.

AGRESYWNA AKWIZYCJA

Przepis art. 9 pkt 2 u.p.n.p.r. jest odpowiednikiem zakazu zawartego w pkt 25 aneksu dyrektywy. Zgodnie z przepisami przedmiotowej ustawy zakazana jest praktyka agresywna, polegająca na składaniu wizyt w miejscu zamieszkania konsumenta, nawet jeżeli nie przebywa on tam z zamiarem stałego pobytu, ignorując prośbę konsumenta o jego opuszczenie lub zaprzestanie takich wizyt, z wyjątkiem

²¹ M. Namysłowska, *op. cit.*, s. 486.

²² *Ibidem*.

²³ D. Kasprzycki, *Agresywne praktyki rynkowe*, [w:] E. Nowińska, D. Kasprzycki, *op. cit.*, s. 237.

²⁴ Np. M. Namysłowska, *op. cit.*, s. 487.

²⁵ A. Michalak, *Przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 114.

²⁶ R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 437.

przypadków egzekwowania zobowiązań umownych w zakresie dozwolonym przez obowiązujące przepisy²⁷.

Przepis ten różni się w nieznacznym sposób²⁸ od regulacji zawartej w dyrektywie 2005/29/WE, mianowicie zgodnie z pkt 25 aneksu dyrektywy zakazane jest składanie wizyt osobiście w domu konsumenta w celu wyegzekwowania zobowiązania umownego, ignorując jego prośbę o opuszczenie domu lub zaprzestanie takich wizyt, z wyjątkiem przypadków egzekwowania zobowiązań umownych, w zakresie uzasadnionym przez prawo krajowe²⁹.

Wątpliwości co do art. 9 pkt 2 w trakcie prac legislacyjnych wniesione zostały przez Konfederację Przedsiębiorstw Finansowych, które dotyczyły kwestii egzekwowania zobowiązań umownych. Podkreślono, że przepis ten może prowadzić do różnorakiej wykładni. Konfederacja zarzuciła także, że analizowany przepis ma odmienne brzmienie w dyrektywie 2005/29/WE, dotyczy to części, w której mowa o egzekwowaniu zobowiązań umownych. Postulowano także, aby w omawianym przepisie znalazł się człon informujący, że przepis ten nie pozostaje w sprzeczności z realizacją zobowiązań umownych wynikających z zawartej umowy³⁰.

Analizowana agresywna praktyka handlowa polega na „nachalnej” akwizycji w miejscu pobytu konsumenta wbrew jego woli, mimo prób o opuszczenie jego miejsca pobytu. Działanie przedsiębiorcy powoduje wrażenie, że opuści on miejsce pobytu dopiero po zawarciu umowy³¹. Jako przykład można podać „nachalną” akwizycję w domu konsumenta, wykorzystywanie naiwności i niedoświadczenia „potencjalnej ofiary” i wymuszanie zawarcia umowy. Przedsiębiorca taki, oferując określony produkt, podkreśla jego zalety, posługuje się elaboratywnym językiem i tym samym wywiera presję na konsumenta.

Problemy zakwalifikowania danej praktyki handlowej jako spełniającej przesłanki z art. 9 pkt 2 mogą się pojawić w sytuacji, gdy konsument informuje przedsiębiorcę na tabliczce wywieszonej przed drzwiami o braku zgody na akwizycję. Może to prowadzić do swoistych wątpliwości dotyczących kwestii, czy wywieszona informacja będzie kwalifikowała daną praktykę automatycznie jako nieuczciwą z tytułu braku zgody³².

Miejscem, w którym słabsza strona kontraktu zostaje wystawiona na nieuczciwe działanie ze strony przedsiębiorcy, nie musi być koniecznie jego miejsce zamieszkania, może być to także miejsce, w którym przebywa czasowo, jako przykład można wskazać hotel czy pensjonat, w którym to konsument spędza wolny czas³³. Przepis krajowy, w przeciwieństwie do przedmiotowej dyrektywy,

²⁷ Art. 9 pkt 2 ustawy z 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. Nr 171, poz. 1206).

²⁸ Tak też uważa: D. Kasprzycki, *op. cit.*, s. 239.

²⁹ Pkt 25 aneksu I do dyrektywy 2005/29/WE.

³⁰ R. Stefanicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 438–439.

³¹ M. Namysłowska, *op. cit.*, s. 489.

³² D. Kasprzycki, *op. cit.*, s. 238.

³³ A. Michalak, *op. cit.*, s. 114–115.

nie posługuje się pojęciem domu, lecz terminem „miejsce zamieszkania”. Może to powodować pewne rozbieżności interpretacyjne. Duży wpływ na zakwalifikowanie danej praktyki handlowej jako spełniającej przesłanki wyrażone w art. 9 pkt 2 ma także częstotliwość odwiedzin konsumenta w domu przez „nachalnego” przedsiębiorcę. Jednakże zachowanie takie może mieć także charakter jednorazowy, wystarczy bowiem, aby było wbrew woli słabszej strony kontraktu³⁴.

Warto wskazać, że analizowana tu agresywna praktyka handlowa, zakazana *per se*, narusza zasadę ochrony życia prywatnego zdefiniowanego w art. 47 Konstytucji³⁵, zgodnie z którym każdy ma prawo do ochrony życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym³⁶. Prawo do ochrony miru prywatnego zostało także wyrażone w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości³⁷. Warto także wskazać, że takie praktyki są niezgodne z prawem na mocy art. 16 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bardzo często naruszają także zbiorowe interesy konsumentów, czego wyraz można znaleźć w reakcjach prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK).

AGRESYWNA SPRZEDAŻ Z WYKORZYSTANIEM ŚRODKÓW POROZUMIEWANIA SIĘ NA ODLEGŁOŚĆ

Zakaz agresywnych praktyk handlowych nieuczciwych w każdych okolicznościach skodyfikowany w art. 9 pkt 3 u.p.n.p.r. odnosi się do zawierania umów z wykorzystaniem środków porozumiewania się na odległość, jest on efektem wdrożenia do polskiego porządku prawnego pkt. 26 załącznika I do dyrektywy 2005/29/WE. W dobie szybkiego rozwoju mediów elektronicznych przepis ten zyskuje na znaczeniu, ponieważ to właśnie z ich wykorzystaniem zawieranych jest coraz więcej umów. Umowa może zostać zawarta nie tylko poza lokalem przedsiębiorstwa, ale także za pomocą środków porozumiewania się na odległość.

Należy podkreślić, że aby dana praktyka handlowa mogła zostać zakwalifikowana jako spełniająca kryteria określone w art. 9 ust. 3 u.p.n.p.r., muszą zostać spełnione następujące przesłanki:

- 1) uciążliwe nakłanianie do nabycia produktów,
- 2) działanie to nie zostało wywołane z działania i zaniechaniem konsumenta,
- 3) wykorzystane zostały środki porozumiewania się na odległość w celu zawarcia umowy z konsumentem³⁸.

³⁴ M. Sieradzka, *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 212.

³⁵ *Ibidem*, s. 210.

³⁶ Art. 47 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

³⁷ Wyrok z dnia 16 maja 1989 r. w sprawie R. Buet i Educational Business Service (EBS) v. Ministère Public (C-382/87, ECR 1989), I-1235.

³⁸ M. Sieradzka, *op. cit.*, s. 213.

Analizując daną regulację, warto zwrócić uwagę na decyzję Prezesa UOKiK z 7 kwietnia 2005 roku nr NWR-15/2005, w której stwierdzono, że zamieszczanie w pismach kierowanych do konsumentów w toku czynności windykacyjnych haseł, treści, znaków graficznych oraz kolorystyki mającej na celu zastraszenie konsumentów, wywołanie u niech uczucia lęku, wywarcia presji psychicznej narusza zbiorowe interesy konsumentów. Warto wspomnieć także, że Prezes UOKiK w swej decyzji uznał za praktykę rynkową naruszającą art. 9 pkt 3 oraz zbiorowe interesy konsumentów praktyki stosowane przez Polską Telefonię Cyfrową S.A., polegające na rozsyłaniu do słabszych uczestników gry rynkowej wiadomości SMS zachęcających do udziału w konkursie „100 Mercedesów od Ery”, bez uprzedniej zgody odbiorców na otrzymywanie takich informacji handlowych lub posłużenie się przez owego przedsiębiorcę wiadomością SMS w celu złożenia propozycji zawarcia umowy³⁹.

Na marginesie należy wskazać, że ustawodawca krajowy zdecydował się na przyjęcie w stosunku do sporej grupy środków porozumiewania się na odległość systemu *opt-in*, który wymaga wcześniejszej zgody konsumenta na stosowanie środków porozumiewania się na odległość w celach marketingowych, odzwierciedleniem czego jest między innymi art. 10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną⁴⁰. Zgodnie z powoływanym przepisem niezgodnie z prawem jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej. Warto także podkreślić, że dana informacja handlowa będzie uznana za zamówioną w sytuacji, gdy odbiorca wyraził zgodę na otrzymywanie takiej informacji, w szczególności udostępnił w tym celu identyfikujący go adres elektroniczny⁴¹.

W literaturze podkreśla się wewnętrzny konflikt zachodzący w tym przepisie, z jednej strony dotyczy on etapów przedkontraktowych zawierania umowy, a z drugiej kwestii egzekwowania zobowiązań umownych czy fazy po zawarciu umowy. Co ważne, zgoda konsumenta na tego rodzaju działania będzie prowadziła do niemożności zakwalifikowania postępowania przedsiębiorcy jako wypełniającego przesłanki z art. 9 pkt 3. Konsument, nie sprzeciwiając się działaniom przedsiębiorcy, daje pełne przyzwolenie na taką praktykę, dlatego też nie znajdzie tutaj zastosowania przytoczona regulacja⁴².

Analizując sprzedaż agresywną w kontekście wykorzystania środków porozumiewania się na odległość oraz umów zawieranych poza lokalem przedsiębiorstwa, nie sposób pominąć zagadnienia odstąpienia od tego rodzaju umów.

³⁹ Decyzja Prezesa UOKiK nr DDK 18/2011 z dnia 30 grudnia 2011 r., s. 1–2.

⁴⁰ Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. Nr 144, poz. 1204 z późn. zm.).

⁴¹ Art. 10 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. Nr 144, poz. 1204 z późn. zm.).

⁴² M. Sieradzka, *op. cit.*, s. 215.

Po pierwsze, należy wskazać, że na mocy ustawy o prawach konsumenta z dnia 30 maja 2014 roku, stanowiącej efekt implementacji do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25 października 2011 roku w sprawie konsumentów⁴³, uchylona została ustawa z 2 marca 2000 roku o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną za produkt niebezpieczny, regulująca kwestie odstąpienia od umowy zawieranej na odległość oraz poza lokalem przedsiębiorstwa⁴⁴. Nowa regulacja prawna ma na celu dostosowanie ustawodawstwa polskiego do regulacji unijnych w kontekście obowiązków informacyjnych w stosunku do słabszej strony kontraktu, wymogów formalnych dotyczących umów zawieranych na odległość oraz poza lokalem przedsiębiorstwa oraz w zakresie odstąpienia od umowy.

W art. 2 przedmiotowej ustawy zdefiniowane zostało pojęcie umowy zawieranej na odległość, co będzie miało charakter pomocniczy w procesie kwalifikacyjnym danej praktyki rynkowej jako spełniającej przesłanki sprzedaży agresywnej z art. 9 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3.

Mianowicie zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy o prawach konsumenta jako umowę zawartą na odległość należy rozumieć umowę, która została zawarta z konsumentem w ramach zorganizowanego systemu zawierania umów na odległość, bez jednoczesnej fizycznej obecności stron, z wyłącznym wykorzystaniem jednego lub większej liczby środków porozumiewania się na odległość do chwili zawarcia umowy wyłącznie⁴⁵.

Artykuł 27 ustawy o prawach konsumenta wprowadza w swych uregulowaniach instytucję odstąpienia od umowy, która to została zawarta przez konsumenta na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa. Należy mieć na uwadze, że instytucja odstąpienia od umowy jest wyłomem od zasady *pacta sunt servanda*, umożliwiając słabszej stronie kontraktu powrót do stanu sprzed zawarcia umowy⁴⁶.

⁴³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L 304 z 22 listopada 2011 r., s. 64), dyrektywy 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz.Urz. UE L 171 z 7 lipca 1999 r., z późn. zm.) oraz dyrektywy 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 września 2002 r. dotyczącej sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość oraz zmieniającej dyrektywę Rady 90/619/EWG oraz dyrektywy 97/7/WE i 98/27/WE (Dz.Urz. UE L 271 z 9 października 2002 r., s. 16, z późn. zm.), ostatnio zmienionej dyrektywą 2007/64/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. (Dz.Urz. UE L 319 z 5 grudnia 2007 r., s. 1).

⁴⁴ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania — część ogólna*, Warszawa 2014, s. 175.

⁴⁵ Art. 2 ust. 1 ustawy z 30 maja 2014 r. o prawach konsumentów (Dz.U. z 2014 r., poz. 827).

⁴⁶ M. Królikowska-Olczak, B. Pacucha-Smulska, *Ochrona konsumenta w prawie polskim i Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 312.

Zgodnie z przedmiotowym przepisem słabsza strona kontraktu ma prawo odstąpienia od umowy w terminie 14 dni bez podawania przyczyny i bez ponoszenia kosztów, z wyjątkami wprowadzonym przez art. 33, art. 34 ust. 2 oraz art. 35 przedmiotowej ustawy. Analizowany przepis jest efektem implementacji art. 9 ust. 1 dyrektywy 2011/83/UE do rodzimego porządku prawnego. Warto wskazać, że bieg terminu do odstąpienia zasadniczo rozpoczyna się od zawarcia umowy, jednakże w niektórych przypadkach bieg terminu rozpocznie się od momentu objęcia w posiadanie danej rzeczy, będzie to dotyczyć między innymi umowy, w wyniku której przedsiębiorca wydaje rzecz, będąc tym samym zobowiązanym do przeniesienia jej własności⁴⁷. Warto także wspomnieć, iż konsumentowi nie zawsze będzie przysługiwało prawo odstąpienia, co wynika z wyłączeń wprowadzonych przez legislatora w art. 38 ustawy o prawach konsumenta.

Prawo do odstąpienia po upływie terminu 14-dniowego wygasa. Warto podkreślić, że strony mogą określić w umowie dłuższy termin do odstąpienia od umowy, co byłoby korzystniejsze dla słabszej strony kontraktu, jaką jest konsument⁴⁸. Przepisy dotyczące zawierania umów na odległość nie znajdują zastosowania w sytuacji, gdy słabsza strona kontraktu zobowiązana jest do zapłaty kwoty nieprzekraczającej 50 zł⁴⁹.

Warto wskazać, że termin 14-dniowy do odstąpienia do umowy nie będzie znajdował zastosowania do innych umów zawieranych przez słabszych uczestników gry rynkowej, a sama instytucja odstąpienia jest uprawnieniem prawnokształtującym i ma charakter *lex specialis* w stosunku do normy zawartej w art. 494 kodeksu cywilnego⁵⁰, zgodnie z którą strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy, a druga strona obowiązana jest to przyjąć. Strona, która odstępuje od umowy, może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również na zasadach ogólnych naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania⁵¹.

Warto mieć na uwadze, że jeżeli stroną jest konsument, wtedy zwrot świadczenia powinien nastąpić niezwłocznie⁵². Odstąpienie od umowy ma skutek *ex tunc*, czyli z mocą wsteczną⁵³.

⁴⁷ Art. 28 ustawy z 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. z 2014 r., poz. 827).

⁴⁸ Z. Radwański, A. Olejniczak, *op. cit.*, s. 184.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 179.

⁵⁰ *Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg)*, red. B. Kaczmarek-Templin, P. Stec, D. Szostek, Warszawa 2014, s. 151.

⁵¹ Art. 494 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

⁵² *Ibidem*, art. 494 § 2.

⁵³ Z. Radwański, A. Olejniczak, *op. cit.*, s. 352.

PODSUMOWANIE

Ochrona konsumenta należy w Unii Europejskiej do celów priorytetowych i autonomicznych, ustawodawca unijny, wdrażając dyrektywę 2005/29/WE, poczynił pewne kroki mające na celu zapewnienie wysokiego poziomu ochrony najsłabszych uczestników gry rynkowej przed nieuczciwymi zachowaniami ze strony przedsiębiorców. Wdrożenie przez państwa członkowskie dyrektywy opartej na zasadzie harmonizacji maksymalnej było dużym wyzwaniem, polski normodawca w procesie transpozycji zastosował metodę „lustrzanego odbicia”, która nie zapewnia przejrzystości i spójności systemowej. Pragmatyczne podejście polskiego legislatora nie zapewnia pełnej ochrony słabszej strony umowy, należy więc optować za włączeniem przedmiotowej regulacji do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁵⁴, jak uczynił to wcześniej ustawodawca niemiecki⁵⁵. Warto także podkreślić, że w związku z zawarciem w przedmiotowej dyrektywie zamkniętego katalogu praktyk zakazanych z mocy prawa, państwa członkowskie utraciły możliwości wprowadzania innych praktyk szczególnie niebezpiecznych dla konsumenta, a nieumieszczonych na czarnej liście. Wszelkie zmiany mogą zostać dokonane jedynie przez modyfikację dyrektywy 2005/29/WE.

Transpozycja przepisów dotyczących sprzedaży agresywnej zakazanej w każdych okolicznościach została dokonana do polskiego porządku prawnego zasadniczo w sposób poprawny oraz spójny z prawem unijnym, pewne wątpliwości pojawiają się w procesie szczegółowej analizy tych uregulowań. Zastosowane przez prawodawcę unijnego nie do końca jasne pojęcia mogą powodować istotne problemy interpretacyjne.

AGGRESSIVE SALE IN THE CONTEXT OF ARTICLE 9 OF THE ACT ON COMBATING UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES

Summary

The subject of the article is an analysis of aggressive sale in the context of Article 9 of the Act on Combating Unfair Commercial Practices, which has implemented Directive 2005/29/EC of the European Parliament and the Council of 11 May 2005 into the Polish legal system. The study describes the aggressive commercial practices connected with sale regarded as unfair in all circumstances and presents the practical application of those practices. Moreover, the contribution

⁵⁴ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

⁵⁵ Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG-Novelle 2008), BGBl z 29 grudnia 2008 r., I, s. 2949.

sheds light on aggressive practices being used by traders while concluding distant and off-premises contracts.

Among the issues being discussed is the full harmonization nature of Directive 2005/29/EC. Given this, the member states cannot introduce regulations with a lower level of protection and as well raise the protection level above that stipulated in Directive 2005/29/EC. The study also suggests that the Polish lawmakers should have implemented Directive 2005/29/EC into the Act on Combating Unfair Competition to create a coherent system of protection against unfair competition.