

ANNA MOKRYSZ-OLSZYŃSKA

Szkoła Główna Handlowa w Warszawie

OCRONA KONSUMENTÓW PRZED WPROWADZAJĄCYMI W BŁĄD PRAKTYKAMI RYNKOWYMI JAKO WARUNEK ZABEZPIECZANIA PRZEJRZYSTOŚCI RYNKU¹

Konsumenci odgrywają istotną rolę w procesie funkcjonowania mechanizmu rynkowego: to ich decyzje zakupowe wyrokuje o cenie i jakości ofert na rynku, umożliwiając przebicie się oferty najlepszej — co jest celem i istotą konkurencji. Sprawne funkcjonowanie mechanizmu konkurencji wymaga w istocie spełnienia łącznie dwóch warunków: właściwego poinformowania konsumenta oraz racjonalności w podejmowaniu decyzji z jego strony. Na założeniu spełnienia tych warunków opiera się cały model konkurencji jako mechanizmu prowadzącego do optymalnego wykorzystania zasobów i racjonalności gospodarczej.

Wraz z rosnącym skomplikowaniem warunków rynkowych: złożonością technologiczną produktów, coraz bardziej wyrafinowanymi technikami marketingowymi, rozwojem zawierania umów na odległość — szczególnej ostrości nabiera problem asymetrii informacji pomiędzy uczestnikami rynku: profesjonalistą z jednej a konsumentem z drugiej strony. W dobie rozwoju technik telekomunikacyjnych niebywale rozszerzyły się możliwości nakłonienia konsumenta przez profesjonalistę do podjęcia decyzji, których ten bez takiego oddziaływania, przy pełnym stanie wiedzy, by nie podjął. Zagrożona tym samym staje się podstawowa zasada warunkująca właściwe funkcjonowanie rynku: zasada transparenacji, ze wszystkimi negatywnymi tego skutkami dla indywidualnych konsumentów, konkurentów oraz samego mechanizmu konkurencji.

Wysoki stopień fikcyjnego różnicowania towarów w powiązaniu z ogromną skalą działalności reklamowej, nastawionej przede wszystkim na realizowanie funkcji nakłaniającej,² „szum informacyjny” — nasilają nieprzejrzystość rynku,

¹ Artykuł powstał w ramach projektu pt. *Potencjał naukowo-dydaktyczny Wydziału Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego w służbie ochrony prawnej konsumenta* współfinansowanego przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

² W nauce marketingu funkcję nakłaniającą reklamy traktuje się priorytetowo w stosunku do funkcji informacyjnej; „reklama jest formą oddziaływania na psychikę odbiorcy, która ma prowadzić

utrudniają konsumentom podejmowanie racjonalnych decyzji i sprzyjają generalnemu obniżaniu jakości towarów (zjawisko *market for lemons* — rynku buble)³. Deficyt informacji po stronie konsumenta powoduje faktyczną nierównorzędną pozycję stron umowy w obrocie konsumenckim⁴.

Asymetria informacji stanowi formę zawodności rynku: podejmowanie decyzji w warunkach niedostatecznej informacji prowadzi do nieefektywności w funkcjonowaniu mechanizmu konkurencji⁵. Właściwa informacja handlowa odgrywa zatem ważną rolę nie tylko dla samego konsumenta, warunkując możliwość dokonywania przez niego racjonalnego wyboru, w istocie rzeczy stanowi ona istotny instrument sterujący w działalności rynkowej.

Zabezpieczenie transparentności rynku, warunkującej ład rynkowy i funkcjonowanie mechanizmu konkurencji, wymaga ingerencji państwa; stanowi zadanie (a zważywszy na jego trudność — wręcz wyzwanie) dla ustawodawcy. W warunkach rynku nieograniczonego granicami państwowymi, zabezpieczenie jego transparentności staje się jednym z istotnych celów regulacji konkurencji w skali ponadpaństwowej, w szczególności — w skali rynku wewnętrznego Unii Europejskiej⁶.

do dobrowolnego przyjęcia, realizowania i utrwalania celów przez nią przedstawianych” (tłum. — A.M.-O.), R. Seyffert, *Werbelehre. Theorie und Praxis der Werbung*, Stuttgart 1966, s. 7; por. też: A. Kozłowska, *Reklama. Techniki perswazyjne*, Warszawa 2011.

³ Por. G. A. Akerlof, *The market for “lemons”: Quality uncertainty and the market mechanism*, „The Quarterly Journal of Economics” 83, 1970, nr 3.

⁴ Co implikuje różnorodność instrumentów prawnych zapewniających realizację obowiązków informacyjnych w stosunkach umownych pomiędzy profesjonalistą a konsumentem; szerzej na ten temat, w kontekście prac nad kodyfikacją prawa cywilnego w Polsce oraz w kontekście problemu harmonizacji zupełnej zob. P. Mikłaszewicz, *Antymonie paradygmatu ochrony konsumenta przez informację — prawo Unii Europejskiej a prace nad nowym polskim Kodeksem cywilnym*, referat na konferencję pt. *Kierunki rozwoju europejskiego prawa prywatnego. Wpływ europejskiego prawa konsumenckiego na prawo krajowe*, WPiA UŚ w Katowicach, 23–24 września 2010 roku. Te aspekty problemu wykraczają poza ramy niniejszego artykułu.

⁵ G.A. Akerlof, *op. cit.*; por. też S. Mann, H. Wüstemann, *Public governance of information asymmetries — The gap between reality and economic theory*, „The Journal of Socio-Economics” 2010, nr 39.

⁶ Obszernie i wieloaspektowo na temat informacji w ochronie konsumenta zob. E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, rozdz. V–VIII, s. 161 nn.; R. Stefanicki, *Prawo reklamy w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji na tle prawnopórownawczym*, Poznań 2003, s. 27: kwestie definicyjne pojęć „informacja” i „reklama” (w niniejszym artykule pominięte); por. też: A. Mokrysz-Olszyńska, *Europejska strategia ochrony konsumenta przez informację*, [w:] *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Calusowi*, red. A. Janik, Warszawa 2009. Tu konieczne jest wyraźne zastrzeżenie, że stwierdzenie istotności zabezpieczania transparentności rynku nie może oznaczać zredukowania ochrony konsumenta do ochrony jego wyborów rynkowych, na co słusznie zwraca uwagę N. Reich. Zob. N. Reich, *Full harmonisation of EU consumer law*, [w:] *Aktualne tendencje w prawie konsumenckim*, red. R. Stefanicki, Wrocław 2010, s. 163 nn.

W istocie rzeczy chodzi nie tylko o to, aby — w sensie negatywnym — eliminować wszelkie formy wprowadzenia w błąd (przy czym istotne znaczenie ma zakres tego pojęcia), ale także o to, żeby — w sensie pozytywnym — wyrównywać, na ile to możliwe, deficyt informacji po stronie konsumenta, będący wynikiem istniejącej i stale powiększającej się asymetrii informacji w relacji profesjonalista–konsument, tak aby konsument był w stanie podejmować swobodne i świadome decyzje.

Znacznie trudniejszy do rozwiązania jest problem ochrony przed nadmiarem informacji, w przeważającej mierze bezwartościowych lub nieczytelnych dla odbiorców i w ostatecznym wyniku źle służących racjonalności ich wyborów rynkowych. Realizacja tego celu wiedzie przez różnego rodzaju ograniczenia działalności reklamowej: reklamy określonych produktów (lekarstw, produktów dysfunkcyjnych lub szkodliwych), reklamy kierowanej do wrażliwych grup odbiorców (dzieci, młodzieży, osób chorych), określonych form reklamy agresywnie zawłaszczającej przestrzeń publiczną. Niewątpliwie najbardziej skutecznym środkiem ograniczania „szumu informacyjnego” byłoby wprowadzenie ograniczeń w odniesieniu do tak zwanej reklamy nierzeczowej, to jest pozbawionej funkcji informacyjnej⁷, co jednak na obecnym etapie rozwoju nie wydaje się możliwe, przynajmniej w drodze ingerencji ustawodawczej; większe szanse mają w tym zakresie rozwiązania przyjmowane w drodze samoregulacji lub wspólnej regulacji. Na uwagę zasługują przykłady zastosowania metody wstępnego badania i zatwierdzania ogłoszeń reklamowych przed ich publikacją (*pre-vetting*) — stosowane na przykład w Wielkiej Brytanii w zakresie reklamy radiowej i telewizyjnej, generalnie przyczyniające się do podnoszenia standardów działalności reklamowej.

Zakaz praktyk wprowadzających w błąd jako główny element zabezpieczania konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi ma w prawie długą tradycję i towarzyszy mu bogaty dorobek doktryny i orzecznictwa. Pojawił się jako zakaz fałszywej, wprowadzającej w błąd lub mylącej reklamy w amerykańskiej ustawie *Printers Ink Statute* z 1911 roku, a następnie w ramach ogólnego zakazu (*unfair methods of competition*) w ustawie powołującej Federalną Komisję Handlu (*The Federal Trade Commission Act*, 1914) uszczegółowionego w drodze poprawki wniesionej ustawą *Wheeler-Lea* w 1938 roku, zakazującej *deceptive*

⁷ Pojęciem reklamy nierzeczowej określa się reklamę niezawierającą informacji o żadnej z cech przedmiotu reklamy, lecz posługującą się wyłącznie argumentacją skierowaną do sfery psychicznej odbiorcy, wykorzystującą irracjonalne, ukryte motywy podejmowania decyzji. Z jednej strony stwierdzona skuteczność oddziaływania bezpośrednio na psychikę konsumenta, z pominięciem instancji rozsądkowych, prowadzi do dynamicznego rozwoju tego rodzaju reklamy (reklamy niektórych produktów, np. alkoholi, mają prawie wyłącznie taki charakter), z drugiej — zamierzone wyłączenie racjonalności w podejmowaniu decyzji prowadzi do manipulowania zachowaniami konsumentów, jednocześnie zakłócając przejrzystość rynku.

*acts or practices in commerce*⁸. W Europie najwcześniej sformułowany został w pierwszej niemieckiej Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 1896 i powtórzony w kolejnej z 1909 roku⁹, a następnie — we wzorowanych na niemieckiej ustawie, analogicznych ustawach o nieuczciwej konkurencji wydawanych w latach 30. XX wieku w innych krajach Europy kontynentalnej (między innymi Austrii, Szwecji, Polsce). W krajach, gdzie brakuje specjalnych ustaw o nieuczciwej konkurencji, ogólne zakazy reklamy, czy szerzej informacji handlowej wprowadzającej w błąd, pojawiły się w przepisach administracyjnych, na przykład we Francji w Ustawie o stabilności ekonomicznej i finansowej z 2 lipca 1962 roku, następnie zastrzone Ustawą o ukierunkowaniu handlu i rzemiosła z 27 grudnia 1973 roku (la loi Royer)¹⁰, a wreszcie w Ustawie o ochronie i informacji konsumentów z 10 stycznia 1978 roku¹¹; w Wielkiej Brytanii — w Ustawie o oznaczeniach handlowych z 30 maja 1968 roku¹². Co istotne, pierwotnym motywem tych zakazów, zarówno w ramach prawa antytrustowego w Stanach Zjednoczonych, jak i w ramach zwalczania nieuczciwej konkurencji oraz regulacji działalności rynkowej w Europie, była nie ochrona interesów konsumentów, traktowanych wówczas jeszcze wyłącznie jako „grunt, na którym spotykają się konkurencji”, ale właśnie ochrona interesów tychże konkurentów oraz samego mechanizmu konkurencji w celu zabezpieczania funkcjonowania rynku; konsumenci byli jedynie „przy okazji” beneficjentami tych regulacji. Motyw bezpośredniej ochrony interesów konsumentów „dołączył” dopiero w latach 30. ubiegłego stu-

⁸ Współcześnie w USA zakaz obejmuje „unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce”. The Federal Trade Commission Act 1914, 15 U.S.C. § 45 a; <http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/statutes/ftc.html> [dostęp: 26 listopada 2011 roku].

⁹ Art. 3 i 4 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) z 1909 roku; art. 3 zabraniał podawania w obrocie gospodarczym wprowadzających w błąd danych dotyczących szeroko rozumianych warunków handlowych, przewidując roszczenie o zaniechanie takiego działania, a art. 4 wprowadzał odpowiedzialność karną za podawanie w publicznych ogłoszeniach, w zamiarze wywołania szczególnie korzystnej oferty, wiadomości nieprawdziwych lub mających wprowadzić w błąd danych. Obecnie obowiązująca w Niemczech nowa ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, implementująca dyrektywę o NPH, zawiera rozbudowane przepisy dotyczące praktyk wprowadzających w błąd, analogiczne do przepisów dyrektywy (§ 5 — Irreführende geschäftliche Handlungen; § 5a — Irreführung durch Unterlassen). Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), zmieniona ustawą z 29 lipca 2009 roku (BGBl. I S. 2413).

¹⁰ Art. 5 i 6 Loi 63/628 du 2 juillet 1963, J.C.P. 1963, 329, 229; Art. 44-II Loi 73/1193 d'orientation du commerce et l'artisanat du 27 décembre 1973, Journal Officiel, 30 décembre 1973, s. 14139.

¹¹ Art. 39–41, Loi 78/23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services (Loi Scrivener), Journal Officiel, 11 janvier 1978, s. 301; obecnie: Code de la consommation, Version consolidée au [14 avril] 1 octobre 2011, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565> [dostęp: 26 listopada 2011 roku].

¹² Trade Descriptions Act 1968 (za: *The Public General Acts 1968*, t. 1, London 1969, s. 659). Przepisy ustawy zostały częściowo zmienione i uchylone ustawą implementującą dyrektywę o NPH, Consumer Protection from Unfair Trade Regulations, która weszła w życie 26 maja 2008 roku.

lecia (początkowo w Stanach Zjednoczonych), a na dobre — pod koniec lat 60. i w latach 70. (także w Europie).

Rozwój ochrony przed wprowadzaniem w błąd w działalności rynkowej jest procesem, w którym można wyodrębnić kolejne etapy związane z rozszerzaniem się zakresu tej ochrony. Stosunkowo wcześniej, praktycznie od samego początku, pojęcie reklamy wprowadzającej w błąd obejmuje zarówno reklamę fałszywą w sensie materialnym (informacje obiektywnie niezgodne z rzeczywistością), jak i reklamę zdolną do wprowadzenia w błąd ze względu na sposób jej zrozumienia przez odbiorców,¹³ przy czym jako kryterium przyjęto wrażenie, jakie wywiera na przeciętnym i ufnie nastawionym odbiorcy¹⁴. Dostrzegano przy tym potrzebę szczególnego traktowania niektórych grup odbiorców z racji braku doświadczenia i ograniczonego krytycyzmu. Takie podejście upowszechniło się w latach 60. i 70. XX wieku w głównych systemach prawnych Europy (podobnie jak w prawie federalnym i prawach stanowych USA), co niewątpliwie ułatwiło przyjęcie w 1984 roku dyrektywy 84/450/EWG o wprowadzającej w błąd reklamie i wytyczyło kierunek regulacji, przyjęty w dyrektywie 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych z 11 maja 2005 roku. W dyrektywie 2005/29/WE zakaz praktyk wprowadzających w błąd wprowadzony został jako jedna z dwóch „małych” klauzul generalnych, przywołanych w art. 5, a doprecyzowanych w art. 6 i art. 7. Zgodnie z art. 6, działania wprowadzające w błąd obejmują takie, które zawierają fałszywe informacje i w związku z tym są niezgodne z prawdą, oraz takie, które w jakikolwiek sposób, w tym poprzez okoliczności prezentacji, wprowadzają w błąd lub mogą wprowadzić w błąd przeciętnego konsumenta¹⁵, nawet jeżeli zawierają informacje zgodne z rzeczywistością, przy czym istotną przesłanką dodatkową w każdym z tych przypadków jest wpływ — rzeczywisty lub tylko potencjalny — danej praktyki na decyzje konsumenta.

Istotnym postępowaniem było przyjęcie zasady uznawania twierdzeń dotyczących faktów za nieprawdziwe, jeżeli przedsiębiorca nie przedstawi wystarczającego dowodu na ich prawdziwość na żądanie sądu lub organu administracyjnego. Najwcześniej, bo już na początku lat 70. XX wieku, reguła tak zwanej racjonalnej zasadności twierdzeń w działalności marketingowej (*substantiation of claims*) — zgodnie z którą obowiązek udowodnienia prawdziwości twierdzeń reklamowych

¹³ Por. m.in. komentarze do art. 3 i art. 4 UWG 1909 oraz P. Schmitt, *Die Grenze der erlaubten Reklame*, Würzburg 1939, s. 29 nn.; R. Jagberger, *Die Grenzen der wirtschaftlichen Werbung*, Stuttgart 1967, s. 35 nn.; definicje zawarte w sect. 2 i 3 angielskiej ustawy Trade Descriptions Act 1968; art. 5 i 6 francuskiej ustawy nr 63-628 oraz F. Greffe, P. Greffe, *La publicite et la loi*, Paris 1970, s. 169. Zob. też P. Kotler, *Marketing Management*, Englewood Cliffs 1972, s. 831; M.I. Simon, *The Law for Advertising and Marketing*, New York 1956, s. 257.

¹⁴ P. Schmitt, *op. cit.*, s. 30; M.I. Simon, *op. cit.*, s. 257; R. Zeller, *Die rechtlichen Grenzen der Werbung*, Nürnberg 1972, s. 79–90.

¹⁵ Na temat sposobu rozumienia tzw. przeciętnego konsumenta istnieje bogata literatura. Przykładowo zob. E. Łętowska, *op. cit.*, s. 45–76; A. Mokrysz-Olszyńska, *Europejska strategia...*, 636–642 i podana tam bibliografia.

spoczywa na ich nadawcy, a wszelkie twierdzenia, których prawdziwość nie może zostać udowodniona, uważa się za nieuczciwe (*unfair*) — została przyjęta przez Federalną Komisję Handlu w USA. Jej przyjęcie uzasadniano tym, że „z punktu widzenia ekonomicznego racjonalniejsze i oszczędniejsze jest żądanie od nadawcy potwierdzenia zasadności jego stwierdzeń zachwalających towar niż obarczanie ciężarem badania lub eksperymentowania na sobie przez każdego indywidualnego konsumenta”¹⁶. Obecnie zasada *substantiation of claims* jest szeroko stosowana w praktyce Komisji, która wymaga, aby nadawca reklamy dysponował dowodami na poparcie wszelkich zawartych w niej twierdzeń dotyczących faktów przed jej publikacją¹⁷.

Analogicznie, zgodnie z art. 12 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych (w ślad za art. 6 lit. b dyrektywy 84/450/EWG o reklamie wprowadzającej w błąd z 10 września 1984 roku), państwa członkowskie przyznają sądom lub organom administracyjnym uprawnienia umożliwiające im w ramach postępowań cywilnych lub administracyjnych a) żądanie, aby przedsiębiorca przedstawił dowód na prawdziwość swoich twierdzeń o faktach związanych z praktyką handlową, jeżeli biorąc pod uwagę uzasadniony interes przedsiębiorcy i innych uczestników postępowania, żądanie takie wydaje się właściwe z uwagi na okoliczności danej sprawy; b) uznanie twierdzeń o faktach za nieprawdziwe, jeżeli dowód zażądany zgodnie z lit. a) nie zostanie przedstawiony lub jeżeli zostanie on uznany przez sąd lub organ administracyjny za niewystarczający.

Tym samym dyrektywa, a w ślad za nią przepisy krajowe państw członkowskich, wyposażyły sądy i organy administracyjne w oręż; o faktycznej skuteczności decyduje jednak jego stosowanie. Dopiero bowiem poczucie nieuchronności odpowiedzialności z tytułu niedysponowania wystarczającym dowodem prawdziwości twierdzeń reklamowych skutkować będzie podniesieniem wiarygodności i odpowiedzialności komunikacji handlowej.

Kolejnego przełomu w rozwoju ochrony przed wprowadzeniem w błąd dokonuje dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych, wyraźnie nazywając nieuczciwą praktyką rynkową wprowadzenie w błąd przez zaniechanie (art. 7). Definiując zaniechanie wprowadzające w błąd jako pominięcie istotnych infor-

¹⁶ W sprawie dotyczącej reklamy środka przeciwbólowego *In re Pfizer* (1972). Wcześniej FTC zażądała udokumentowania reklamy produktu Hi-C, firmy Coca-Cola, jako bogatego w witaminy i polecanego dla dzieci, i przyjęła taką zasadę na przyszłość. Zob. *Legal developments in marketing*, „Journal of Marketing” 1971, nr 2, s. 77.

¹⁷ Zgodnie z opublikowanym w marcu 1983 roku przez Federalną Komisję Handlu oświadczeniem w sprawie stosowania zasady *substantiation of claims* — 48 FR 10471, March 11, 1983; szerzej zob. *FTC Policy Statement Regarding Advertising Substantiation, Appended to Thompson Medical Co.*, 104 F.T.C. 648, 839 (1984), *aff'd*, 791 F.2d 189 (D.C. Cir. 1986), *cert. denied*, 479 U.S. 1086 (1987), <http://www.ftc.gov/bcp/guides/ad3subst.htm> [dostęp: 14 kwietnia 2011 roku]; por. też jedną z ostatnich spraw dotyczącą reklamy jogurtów firmy Dannon — *FTC Approves Final Order Settling Charges That Dannon Made Deceptive Claims for Activia Yogurt and DanActive Dairy Drink*, <http://www.ftc.gov/opa/2011/02/dannon.shtm> [dostęp: 14 kwietnia 2011 roku].

macji potrzebnych przeciętnemu konsumentowi do podjęcia świadomej decyzji, dyrektywa ustanawia ogólny pozytywny obowiązek profesjonalisty dostarczenia konsumentowi określonej informacji rynkowej. Jednak na pytanie, czy asymetria informacji może być skutecznie ograniczana w drodze formułowania obowiązków informacyjnych profesjonalisty, czy też nieuchronne jest jej narastanie, trudno udzielić odpowiedzi pozytywnej: efektywność ekonomiczna stanowi granicę celowości nakładania obowiązków informacyjnych na profesjonalistę¹⁸. Koniecznym do uwzględnienia aspektem jest też ilościowy wymiar informacji, który — przy przekroczeniu rozsądnej granicy, wyznaczonej możliwościami percepcyjnymi odbiorcy — prowadzi w konsekwencji do zmniejszenia, a nie zwiększenia przejrzystości.

Proces rozwoju ochrony przed wprowadzającymi w błąd praktykami rynkowymi nadal nie jest zakończony, jeśli zważyć pojawiające się stale nowe zagrożenia dla transparentności rynku, związane z zastosowaniem coraz bardziej wyrafinowanych praktyk marketingowych, zwłaszcza w warunkach rozwoju technik telekomunikacyjnych.

Przykładem jest marketing z wykorzystaniem komunikacji nieformalnej, tzw. marketing szeptany (*word-of-mouth marketing*)¹⁹, wymykający się spod obowiązujących dziś w Unii Europejskiej i w Polsce przepisów prawnych²⁰, czy balansujące na granicy prawa i wykorzystujące luki w istniejącej regulacji formy marketingu mobilnego (z wykorzystaniem telefonii komórkowej), wymagające bliższego rozpoznania i odpowiedniej reakcji prawa.

Wobec nieograniczonych możliwości manipulowania zachowaniami konsumentów na rynku rodzi się pytanie o możliwość skutecznego przeciwdziałania takim zjawiskom w drodze zakazów wprowadzania w błąd ewentualnie nakładania

¹⁸ Szerzej P. Mikłaszewicz, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 76 nn.

¹⁹ W roli kanału komunikacji nieformalnej występują z reguły faktyczni lub potencjalni konsumenci („źródła o charakterze nieformalnym”). O ile sam przekaz, będący informacją o produkcie (firmie, marce), jest komunikatem nieformalnym z założenia (niepochodzącym od przedsiębiorstwa), o tyle narzędzia i działania, które mają ten przekaz inicjować, wspierać i rozwijać, stanowią istotę marketingu szeptanego. Gwałtowny rozwój marketingu szeptanego wiąże się ze stworzonymi przez Internet możliwościami prowadzenia niskobudżetowych kampanii w sieci, jak również spadkiem skuteczności tradycyjnych form marketingu. W 2004 roku rozpoczęła w Polsce działalność pierwsza w Europie agencja marketingu szeptanego Streetcom sp. z o.o.; w 2005 roku w USA powstało światowe stowarzyszenie agencji marketingu szeptanego WOMMA Word of Mouth Marketing Association, które obecnie zrzesza około 400 firm zajmujących się marketingiem szeptanym.

²⁰ Obowiązujące unijne i krajowe przepisy prawne nie dają odpowiedzi na pytanie o granice dopuszczalnego sterowania przez przedsiębiorstwo (agencję reklamową) informacją, która występuje na rynku jako informacja nieformalna (niezależna od przedsiębiorstwa). Stosowna regulacja wprowadzona została w USA w postaci nowelizacji *Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising*, która weszła w życie 1 grudnia 2010 roku; szerzej na ten temat A. Mokrysz-Olszyńska, *Komunikacja nieformalna w marketingu a zakaz reklamy ukrytej*, „Zeszyty Naukowe Kolegium Gospodarki Światowej” 27, 2010, s. 79 nn.

obowiązków informacyjnych na przedsiębiorców. Należy sądzić, że z jednej strony temat przeciwdziałania wprowadzającym w błąd praktykom rynkowym na drodze rozwiązań prawnych jest nadal rozwojowy, z drugiej zaś wymaga dodatkowych rozwiązań pozaprawnych, w szczególności w dziedzinie edukowania konsumentów i dostarczania im możliwie szerokiej informacji. Chodzi zarówno o uświadamianie zagrożeń (w tym na przykład przez nagłaśnianie orzeczeń sądowych i decyzji organów administracyjnych zwalczających naruszenia), jak i podejmowanie działań zmierzających do podniesienia świadomości i racjonalności wyborów.

Godnym uwagi dodatkowym rozwiązaniem wydaje się informacja niezależna od producentów, w pewien sposób konkurencyjna w stosunku do reklamy — uzupełniająca istotne dla konsumenta informacje, a jednocześnie wpływająca na podniesienie standardów komunikacji handlowej. Próby wprowadzenia takiej obiektywnej informacji w postaci porównawczych testów produktów (wzorem funkcjonującej z powodzeniem od kilkadziesiąt lat w RFN Stiftung Warentest) były podejmowane w ostatnich latach w wielu krajach; idea taka pojawiała się też w Komisji Europejskiej²¹, jednak dotąd nie stworzono odpowiednio skutecznego, a więc powszechnie znanego i łatwo dostępnego dla konsumentów, systemu takiej informacji w Unii Europejskiej.

Tymczasem problem transparenacji rynku, w powiązaniu z zabezpieczaniem prawa konsumentów do informacji, dotyczy rynku rozumianego jako całość, a zatem w odniesieniu do rynku wewnętrznego UE konieczne jest ujednolicanie zasad i poszukiwanie wspólnych rozwiązań. Nie stoi to w sprzeczności z potrzebą uwzględniania specyfiki kulturowej, językowej i społecznej poszczególnych grup konsumentów, wyodrębnianych zresztą nie tyle wedle granic państwowych (choć także), ile według stopnia ich wrażliwości w stosunku do określonej praktyki rynkowej, co przewidziano w dyrektywie o nieuczciwych praktykach handlowych²². Sądy powinny brać pod uwagę czynniki kulturowe, językowe i społeczne przy ocenie nieuczciwego charakteru praktyki handlowej ze względu na sposób jej odbioru, na równi z innymi okolicznościami wpływającymi na ryzyko błędnego zrozumienia przez daną grupę konsumentów. W szczególności, uwzględnienie specyficznych czynników i warunków mających wpływ na wprowadzenie w błąd danej grupy konsumentów może uzasadniać żądanie od zagranicznego profesjonalisty dostarczenia dodatkowych informacji. Nie stoi tu na przeszkodzie zupełny charakter harmonizacji²³. Podkreślając tę kompetencję sądów, Komisja zwraca uwagę na

²¹ Projekt SANCO, http://ec.europa.eu/consumers/empowerment/cons_tests_en.htm [dostęp: 26 listopada 2011].

²² W dyrektywie uwzględniono wcześniejsze orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości, między innymi w sprawach C-220/98 Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v. Lancaster Group GmbH (2000) ECR I-00117 oraz C-313/94 F.lli Graffine SNC v. Ditta Fransa (1996) ECR I-06039, co znajduje wyraz w objaśnieniu zawartym w p. 18 preambuły.

²³ „Therefore, on the basis of the average consumer test and despite the Directive’s full harmonization character, requiring the foreign trader to provide an additional piece of information could be

art. 114 TFUE, zakładający wysoki standard ochrony konsumentów i aprobującą przywołuje przykład orzeczenia włoskiego trybunału administracyjnego, który uznał, iż luka informacyjna pomiędzy konsumentami i profesjonalistami na rynku energii elektrycznej, jaka wystąpiła wskutek przejścia od monopolu do rynku zliberalizowanego, nakazuje uwzględnienie stanu nieprzystosowania przeciętnego konsumenta do nowej sytuacji rynkowej²⁴.

Podsumowując, o ile w wielu obszarach prawa konsumenckiego ujawniają się mniej lub bardziej wyraźne sprzeczności pomiędzy interesami podmiotów rynkowych i konieczne jest rozplątywanie skomplikowanego splotu wpływów oraz wyważanie interesów (indywidualnych, grupowych, interesu publicznego), o tyle w obszarze zwalczania praktyk wprowadzających w błąd, generalnie rzecz ujmując, mamy do czynienia z rzadką zbieżnością celów i interesów: wprowadzanie w błąd — czyli doprowadzanie do podejmowania przez konsumentów takich decyzji rynkowych, których przy właściwym rozpoznaniu oferty rynkowej nie podjęliby — stanowi przejaw bezpośredniego naruszania interesów konsumentów, a jednocześnie powoduje zakłócenie prawdziwych relacji konkurencyjnych i przechwytywanie klientów kosztem uczciwych konkurentów. Stąd ochrona przed wprowadzeniem w błąd w działalności rynkowej jest nie tylko ochroną konsumenta i jego interesów, ale w istotnym stopniu stanowi też ochronę interesów konkurentów, jak również ochronę samego mechanizmu konkurencji, którego funkcjonowanie jest uwarunkowane przejrzystością rynku. Warto mieć to na uwadze w procesie tworzenia i stosowania prawa.

justified on the basis of social, cultural or linguistic factor”. Cytat pochodzi z dokumentu roboczego komisji z 3 grudnia 2009 roku Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, SEC (2009) 1666, s. 27.

²⁴ Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione I, Sentenza del 25 Marzo 2009 caso Enel S.p.A. contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, za: *ibidem*, s. 26.