

Robert Stefanicki

Granice prawne reklamy w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz kodeksów etycznych (na przykładzie Kodeksu Etyki Zawodowej Notariusza)

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest podstawowym i najważniejszym aktem prawnym określającym *expressis verbis* typowe czyny nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy. Poddanie naszej gospodarki zasadzie wolności gospodarczej i zmiana stosunków własnościowych spowodowały, że również w dziedzinie usług prawnych mamy do czynienia z przedsiębiorcami w rozumieniu art. 2 niniejszej ustawy, co oznacza podległość również tej grupy reprezentantów wolnych zawodów jej przepisom¹. Adwokaci, radcy prawni i notariusze podlegają zakazowi reklamowania swoich usług. Ustawy szczególne, regulujące ich działalność, zawierają jedynie ogólne nakazy postępowania zgodnie z zasadami etyki zawodowej, pozostawiając odpowiednim ciałom kolegialnym (samorządom) dookreślenie treści tych zasad w kodeksach etyki zawodowej. Abstrahując w tym miejscu od globalnej oceny zasadności restrykcyjnego stanowiska korporacji w kwestii zakazu reklamy usług prawniczych², warto się jednocześnie zastanowić nad tym, jakie możliwości w praktyce stosowania prawa daje wskazana ustawa. To właśnie w oparciu o ten akt prawny, a przede wszystkim kluczową dla całej ustawy

¹ J. Szwaj, [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, pod red. J. Szwaj, Warszawa 1994, s. 39.

² Interesujący głos w tej sprawie: J. Preussner-Zamorska, *Uwagi na temat zakazu reklamowania wolnych zawodów*, Rejent 1994, nr 3, s. 14-32.

klauzulę generalną, sędziowie będą określać instrumenty, po które należy sięgnąć w każdym zróżnicowanym stanie faktycznym, a także wyważać, właściwie uwzględniać różne, czasem sprzeczne z sobą interesy, które wchodzi w grę. Chodzi tu o wymagania wymiaru sprawiedliwości dotyczące zachowania etyki i godności zawodowej, prawo każdej osoby do otrzymania informacji prawnej oraz umożliwienie adwokatom, radcom prawnym i notariuszom przekazywania informacji zainteresowanym o ich usłudze prawnej. Na tle regulacji reklamy w przepisach niniejszej ustawy pojawiły się wskazywane w doktrynie trudności interpretacyjne, a niedobór orzecznictwa także nie sprzyja kształtowaniu świadomości prawnej.

Prawodawca w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wprowadził w kluczowym dla regulacji reklamy przepisie art. 16 otwarty katalog, z założenia najbardziej typowych czynów nieuczciwej reklamy. Sam zabieg legislacyjny, polegający na wprowadzeniu oprócz przepisu ogólnego, zawierającego klauzulę generalną, również przepisów konkretyzujących art. 3 ust. 1 ustawy, zasługuje na aprobatę, i to głównie z uwagi na niedostatki orzecznictwa sądowego w omawianej materii i trudności pojawiające się w związku z tym w procesie stosowania prawa. Sposób urzeczywistnienia intencji ustawodawcy budzi jednak poważne wątpliwości wyrażane w literaturze prawniczej m.in. dlatego, że przepis art. 16 został „nadmiernie rozbudowany”, a mimo to okazał się niełatwy do odkodowania, co powoduje liczne trudności pojawiające się w trakcie jego wykładni. Tak szczegółowa regulacja reklamy jako czynu nieuczciwej konkurencji nie jest to potrzebna – stwierdza J. Preussner-Zamorska³.

Podstawowe trudności interpretacyjne przy wykładni omawianego przepisu ujawniają się przede wszystkim w odniesieniu do jego ust. 1 pkt 1, zgodnie z brzmieniem którego czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności reklama sprzeczna z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka⁴.

³ J. Preussner-Zamorska, *Problematyka funkcjonowania klauzul generalnych na tle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1997, nr 1, s. 98-115; t e j ż e, *Problematyka klauzul generalnych na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Klauzula dobrych obyczajów w art. 16*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1998, nr 4, s. 658 i nast.; por. uwagi S. Rudnickiego sformułowane na tle orzecznictwa Trybunału Federalnego, *Monitor Prawniczy* 1997, nr 4, s. 166 i nast.

⁴ Na trudności w interpretacji tego uregulowania wskazują m.in.: I. Wiśniewska,

Pomijając reklamę uchybiającą godności człowieka, nietrudno dostrzec, że pozostałe dwie przesłanki zawarte w przepisie art. 16 ust. 1 pkt 1 są powtórzeniem przesłanek ujętych w art. 3 ust. 1 ustawy, a to zaś – stwierdza J. Preussner-Zamorska⁵ – podważyć może tezę o konkretyzującej roli czynów nieuczciwej konkurencji zawartych w części szczegółowej aktu, przynajmniej w odniesieniu do reklamy.

Problemem bardziej złożonym jest tutaj fakt, że ustawodawca zarówno w art. 3 ust. 1, jak i w art. 16 ust. 1 pkt 1 nie dał żadnej wskazówki, jak należy interpretować przesłankę dobrych obyczajów w nich powołaną. Zgodnie z regułami poprawnej legislacji, wielokrotnie użyty termin (charakteryzujący się pewną niedookreślonością swoich desygnatów) w obrębie tego samego aktu prawnego powinien być rozumiany w ten sam sposób, jeżeli z danego aktu nie wynikają wskazówki pozwalające na różne „odczytanie” tych samych zwrotów⁶.

Odmienne poglądy na tle stosowania omawianej ustawy prezentuje R. Skubisz⁷, który stwierdza, że termin „dobre obyczaje” należy rozumieć odmiennie w art. 16 ust. 1 pkt 1, przyjmując „wąskie”, a więc tylko w kontekście reklamy rozumienie powyższego zwrotu, aniżeli w art. 3 ust. 1 ustawy („szerokie” znaczenie i zakres desygnatów mieszczących się w pojęciu dobrych obyczajów). Jeżeli bowiem przyjmuje się – stwierdza autor – że w obydwu przepisach użyto tego samego terminu w tym samym znaczeniu, to nie sposób wyjaśnić, dlaczego w art. 16 ust. 1 pkt 1 zakazuje się dodatkowo reklamy uchybiającej godności człowieka, a w art. 16 ust. 1 pkt 2-6 zabrania się innych form nieuczciwej reklamy, które są ogólnie

Polskie prawo reklamy, Warszawa 1998, s. 44; R. Skubisz, Recenzja książki E. Nowińskiej, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy*, [w:] Państwo i Prawo 1999, nr 4, s. 90; E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilnoprawne*, Kraków 1997, s. 69 i nast.; J. Preussner-Zamorska, *Problematyka klauzul...*, s. 660-663; J. Preussner-Zamorska, *Problematyka funkcjonowania...*, s. 144 i nast.; E. Nowińska, *Nowe uregulowania działalności reklamowej w ustawodawstwie polskim*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1994, nr 2, s. 126 i nast.

⁵ J. Preussner-Zamorska, *Problematyka funkcjonowania...*, s. 115.

⁶ K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienie teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 247; R. Stefanicki, *Racjonalne tworzenie prawa*, Prawo Spółek 1998, nr 5, s. 48 i powołana tam literatura.

⁷ *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, pod red. J. Szwai, Warszawa 1994, s. 143 i nast.

zakazane w art. 3 jako sprzeczne z dobrymi obyczajami. Odejście od zasady interpretacji przepisów, w myśl której identycznym terminom w jednej i tej samej ustawie nadaje się to samo znaczenie – w przekonaniu komentatora ustawy – pozwala na „racjonalną” wykładnię art. 16 ustawy⁸. Sugestie co do kierunku interpretacji niniejszego przepisu, płynące z powyższego komentarza, znalazły pewną – choć wydaje się nie pozbawioną słusznych wahań – aprobatę ze strony niektórych przedstawicieli literatury przedmiotu⁹.

E. Nowińska z jednej strony stwierdza, że zgodnie z regułami poprawnej legislacji, należałoby jednakowym terminom w ustawie przypisać tożsamość ich desygnatów i że założenie takie staje się tym bardziej zasadne, gdy tak jak w omawianym przypadku, dany zwrot stanowi element klauzuli generalnej, wyznaczającej ogólny kierunek stosowanej skali ocen, z drugiej zaś strony autorka wypowiada opinię opartą na domniemaniu, że zamiarem ustawodawcy mogło być wskazanie na odrębność deliktów reklamowych w ramach niniejszej ustawy, a tym samym na odrębność skali odniesienia. Wówczas „mniejsze znaczenie” należałoby przypisać związkowi zachodzącemu między dobrymi obyczajami a działalnością gospodarczą, zaś społeczne poczucie tego, co moralne i tego, co za takie uznać nie można, powinno być dla reklamy odnośnikiem podstawowym. W tym znaczeniu – konkluduje E. Nowińska – dobre obyczaje i godność człowieka stanowiłyby *terminus technicus*, a więc byłyby zwrotami niedookreślonymi¹⁰. Próba odczytania przepisu w wyżej wymieniony sposób, który – jak to określiła J. Preussner-Zamorska – „bardziej przypomina jednak usprawiedliwienie ustawodawcy niż stanowi interpretację tekstu ustawy”, również mnie nie przekonuje. W pełni natomiast podpisuję się pod poglądami E. Nowińskiej, które zostały przez nią wyrażone wkrótce po uchwaleniu niniejszej ustawy. Zastanawiając się nad wzajemnym stosunkiem przepisów art. 16 ust. 1 pkt 1 i art. 3, autorka między innymi stwierdza, że „podstawową

⁸ Odmienne S. Rudnicki, *ibidem*, s. 167; E. Nowińska, *Nowe uregulowania działalności reklamowej w ustawodawstwie polskim*, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny* 1994, nr 2, s. 126.

⁹ I. Wiszniewska, *Polskie prawo...*, s. 43 i nast.; E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy...*, s. 69 i nast.

¹⁰ Polemikę ze stanowiskiem E. Nowińskiej prowadzi J. Preussner-Zamorska, *Problematyka klauzul...*, s. 659.

regułą interpretacyjną jest jednolite rozumienie tych samych określeń, jeżeli użyte są w jednym akcie prawnym. Uwaga ta ma szczególnie znaczenie na gruncie ustawodawstw nieuczciwej konkurencji, zwrot «dobre obyczaje» stanowi tu podstawową przesłankę aksjologiczną ze względu na swój generalny charakter, art. 3 u.z.n.k. niewątpliwie odnosi się do wszystkich czynów, w tym także reklamy⁷. Wprawdzie E. Nowińska zauważa również pewne opcje na rzecz odmiennego zastosowania przesłanki „dobrych obyczajów”, jeżeli została ujęta w przepisie szczegółowym, to jednak uważa je za niewystarczające do obrony przyjętego przez ustawodawcę rozwiązania. „Reklama jest wprawdzie szczególną sferą aktywności gospodarczej, jednak nie na tyle odrębną, aby uzasadnić różne rozumienie tych samych zwrotów”¹¹. Jak słusznie zauważa E. Nowińska, z podobnymi, choć zwykle na mniejszą skalę, problemami spotykamy się przecież w przypadku naruszeń w zakresie znaków towarowych (w szczególności cieszących się dobrą sławą) popularnych nazw (firm)¹² przedsiębiorstw czy w odniesieniu do ocen stosowanych przy wprowadzaniu w błąd. Wydaje się jednak, że te same rezultaty dałaby ocena konkretnego stanu faktycznego oparta na art. 3 u.z.n.k., stąd użycie tych samych określeń powtórnie w przepisie art. 16 ust. 1 należy uznać za „zbędne”¹³.

Z kolei J. Preussner-Zamorska¹⁴ formułuje bardziej surowe oceny dla przyjętej przez ustawodawcę konstrukcji prawnej. Jej zdaniem, przepis art. 16, a w szczególności omawiany w niniejszych rozważaniach jego fragment (art. 16 ust. 1 pkt 1), nie jest wyrazem i nie stanowi realizacji określonego, w pełni świadomego założenia legislacyjnego; dodaje przy tym, że takie podejście nie ułatwia bynajmniej procesu wykładni, bowiem zawartych w nim regulacji nie można ani traktować *per non est*, ani odwoływać się do uświadomionych przez ustawodawcę racji. Na trudności w interpretowaniu tego przepisu szczegółowego, a szczególnie jego pierwszego punktu, wskazują prawie wszyscy zajmujący się na tle niniejszej ustawy problematyką prawną reklamy. Jednym z problemów do rozstrzygnięcia,

¹¹ Tak również J. Preussner-Zamorska, *Problematyka klauzuli...*, s. 659.

¹² Szerzej na temat ochrony nazwy (firmy) także w kontekście ochrony renomy poprzez uzupełniającą i korygującą funkcję klauzuli dobrych obyczajów R. Stefanicki, *Prawo do nazwy (firmy) i jego ochrona*, Zakamycze 1999, s. 106 i nast.

¹³ E. Nowińska, *Nowe uregulowania...*, s. 126 i nast.

¹⁴ J. Preussner-Zamorska, *Problematyka klauzuli...*, s. 660.

jaki się tutaj wyłania, jest ustalenie relacji art. 3 ust. 1 do art. 16 ust. 1 pkt 1. L. Leszczyński¹⁵, wywodząc swoją argumentację z systemowej budowy tekstów prawnych, słusznie stwierdza, że odwołanie się do przepisu szczegółowego nie wyklucza posiłkowego korzystania z klauzuli o szerszym zakresie zastosowania¹⁶. Zdaniem M. Kępińskiego¹⁷, wszystkie czyny zakazanej reklamy powinny być w zasadzie również oceniane z punktu widzenia dobrych obyczajów, chociaż jest to wyraźnie wysłowione tylko w art. 16 ust. 1 pkt 1¹⁸. Ustalenie treści dobrych obyczajów, a szczególnie wartości, do których się odwołują w obydwu przepisach, jest istotne z punktu widzenia konieczności określenia w praktyce stosowania prawa podstawy odpowiedzialności. Jeżeli przyjmiemy wzgląd na konsekwencje systemowej budowy danego aktu prawnego, to uzasadnione będzie nadanie priorytetu w naszym przypadku art. 16 ust. 1 pkt 1 przy rozstrzyganiu deliktu nieuczciwej reklamy (z powołaniem się na dobre obyczaje, ich naruszenie). Z kolei naruszenie etyki zawodowej przez działalność reklamową – zdaniem J. Preussner-Zamorskiej¹⁹ – powinno być rozstrzygane z powołaniem się na przepis art. 3 ust. 1, jeżeli przyjęlibyśmy interpretację „wąskiego” ujęcia dobrych obyczajów w rozumieniu przepisu szczegółowego, przyjętą w komentarzu do ustawy przez R. Skubisza. J. Szwaja²⁰, reprezentujący podejście ekonomiczno-funkcjonalne przy określaniu kryteriów powołania się na „dobre obyczaje” w rozumieniu art. 3 ust. 1, przyjmuje, że czyny zabronione zasadami deontologii zawodowej lub tzw. kodeksami etyki zawodowej należy rozpatrywać w oparciu o ten przepis²¹. Oznacza to np.,

¹⁵ L. Leszczyński, *Właściwości posługiwania się klauzulami generalnymi w prawie prywatnym (Perspektywa zmiany trendu)*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1995, nr 1, s. 292 i nast.

¹⁶ Por. stanowisko SN wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 stycznia 1998 r. II CKN 517/97, Monitor Prawniczy 1998, nr 9, s. 358.

¹⁷ M. Kępiński, *Problemy ogólne nowej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1994, nr 2, s. 8.

¹⁸ Tak J. Preussner-Zamorska w cytowanych artykułach; por. uwagi J. Wiszniewskiej, *Polskie prawo...*, s. 39 i nast. oraz s. 43 i nast.

¹⁹ J. Preussner-Zamorska, *Problematyka klauzul...*, s. 661 i nast.

²⁰ J. Szwaja, *U.z.n.k. Komentarz*, Warszawa 1994, s. 41-43.

²¹ Ciekawe uwagi na tle stosowania art. 3 formułują J. Barta, R. Markiewicz, *Nieuczciwa konkurencja w środowiskach masowego przekazu*, Rzeczpospolita z dnia 7 listopada 1996 r.; por. stanowisko R. Sagna, *Zakaz reklamy notariuszy*, Rejent 1996, nr 4-5, s. 110 i nast.

że w każdym przypadku naruszenia w praktyce zasad etyki adwokackiej czy zasad etyki zawodowej radcy prawnego odnośnie do reklamy, poza zakazami wymienionymi *expressis verbis* w art. 16, znajdzie zastosowanie klauzula generalna określona w przepisie ogólnym (art. 3 ust. 1 ustawy)²².

Okazuje się ponadto, że nie jest również jasne stanowisko doktryny w kwestii stosunku omawianej wyżej części art. 16 ust. 1 pkt 1, regulującego reklamę do deliktów wymienionych w pozostałych punktach tego przepisu. Reasumując uwagi na temat roli tej klauzuli, E. Nowińska stwierdza, iż działania reklamowe, które nie są objęte hipotezą dalszych postanowień art. 16 (tj. pkt 2-6), stanowić mogą czyn zakazany wedle pkt 1 tego przepisu²³. Równocześnie – dodaje autorka – art. 3 u.z.n.k. będzie podstawą korygującą dla szczegółowo wymienionych tu deliktów reklamowych²⁴. Wydaje się jednak, że funkcję uzupełniającą może i powinna spełniać wyłącznie klauzula generalna zawarta w przepisie art. 3. Inne odczytanie art. 16 ust. 1 pkt 1 może podważyć tezę o konkretyzującej roli stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji – w tym przypadku w odniesieniu do reklamy²⁵ – z równoczesnym ograniczeniem pola oddziaływania klauzuli generalnej zawartej w części ogólnej ustawy, a mającej razem z art. 1 ustawy kluczowe znaczenie w całym akcie. Pozostaje jednak problemem otwartym, co zrobić z klauzulą zawartą w art. 16. Na dzień dzisiejszy jesteśmy, w związku z powstałą „usterką legislacyjną”²⁶, świadkami przypadkowych rozstrzygnięć sądowych, zróżnicowanej interpretacji doktrynalnej w niniejszej materii. W moim przekonaniu, przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja omawianego tutaj fragmentu przepisu szczegółowego jest nie do utrzymania. Zgodność regulacji art. 3 ustawy i art. 16 ust. 1 pkt 1 można było zapewnić w sposób, jaki zaproponowano w toku prac w senacie nad ustawą, przez zastąpienie w art. 16 zwrotu „dobre obyczaje” określeniem „godność człowieka”²⁷.

²² Odmienne R. S a g a n, *Zakaz reklamy...*

²³ E. N o w i ń s k a, *Zwalczanie...*, s. 72; por. M. K ę p i ń s k i, *Problemy...*, s. 8; R. S k u b i s z, *U.z.n.k. Komentarz...*, s. 143 i nast.

²⁴ Por. I. W i s z n i e w s k a, *Polskie prawo...*, s. 44.

²⁵ J. P r e u s s n e r - Z a m o r s k a, *Problematyka funkcjonowania...*, s. 115.

²⁶ Tym zwrotem posłużył się R. S k u b i s z, Recenzja książki E. Nowińskiej..., s. 90.

²⁷ R. S k u b i s z, Recenzja książki E. Nowińskiej..., s. 90; por. też J. P r e u s s n e r - Z a m o r s k a, *Problematyka klauzul...*, s. 658 i nast.

Nie będę tutaj próbował rozstrzygać wzajemnych relacji między zakresem desygnatów, które w największym przybliżeniu można przyporządkować do zwrotu „dobre obyczaje”, a wartościami, które składają się na treść terminu „godność człowieka”.

W literaturze prawniczej²⁸ przedstawia się na tle niniejszego przepisu przykładowy katalog nieuczciwych zachowań w zakresie reklamy, bez wprowadzenia podziału na zachowania naruszające dobre obyczaje oraz uchybiające godności człowieka. Mam zresztą wątpliwości co do tego, czy taką linię demarkacyjną dałoby się w sposób odpowiedzialny w ogóle wyznaczyć. Tymczasem ustawa w art. 16 ust. 1 pkt 1 wprowadza wyraźnie koniunkcję, zakazując reklamy bądź sprzecznej z prawem, bądź z dobrymi obyczajami, bądź uchybiającej godności człowieka²⁹. Wystarczy więc uznanie jej za sprzeczną z którąkolwiek z wymienionych tutaj przesłanek³⁰.

Godność człowieka jest najwyższą wartością naszego porządku konstytucyjnego oraz celem innych podstawowych wartości³¹, na co wskazuje preambuła oraz bezpośrednio art. 30 Konstytucji RP. Pojęcie godności musi być – stwierdzają autorzy komentarza do Konstytucji RP³² – rozumiane bardzo szeroko i utożsamiane z poszanowaniem wszystkich wartości uznawanych i reprezentowanych przez człowieka. Na tle powyższego rozumienia tego pojęcia trudno byłoby pokusić się o przedstawienie wyczerpującego katalogu zachowań (działań) „uchybiających” godności człowieka oraz stworzenia jednolitego określenia odnoszącego się do wszystkich ludzi, dlatego konieczne jest wiązanie tej gwarancji z indywidualnym przypadkiem³³. „Jeżeli pojmiemy godność jako minimalne standardy traktowania przez innych, jako prawo bycia uważanym za osobę, a nie jako narzędzie realizacji ambicji, planów, przedsięwzięć innych osób (...) oraz jako opór

²⁸ R. Skubisz, *U.z.n.k. Komentarz...*, s. 143 i nast.; E. Nowińska, *Zwalczanie...*, s. 71 i nast.

²⁹ J. Preussner-Zamorska, *Problematyka klauzul...*, s. 659.

³⁰ Por. R. Skubisz, *U.z.n.k. Komentarz...*, s. 143 i nast.; E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy...*, s. 71 i nast., też uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 6 listopada 1996 r. I ACr 839/96, OSA 1997, z. 10, s. 25 i nast.

³¹ Konstytucja Rzeczypospolitej oraz *Komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, pod redakcją J. Bocia, Wrocław 1998, s. 11.

³² *Ibidem*, s. 67.

³³ *Ibidem*, s. 68; por. I. Wisniewska, *Polskie prawo...*, s. 43.

wobec ingerencji czy manipulacji innych, wówczas argumenty oparte na godności wydają się słuszniejszymi dla ograniczenia niż gwarantowania różnych rodzajów wypowiedzi³⁴. M. Ossowska³⁵ z naruszeniem godności kojarzy między innymi zniewagę, zniesławienie, poniżenie, upokorzenie. Jeżeli posłużymy się wymienioną tutaj terminologią do oceny zachowań w dziedzinie reklamy z punktu widzenia przeciętnego odbiorcy komunikatu – i to zarówno co do treści, jak i sposobów kreacji przekazu – nagannymi będą reklamy przekraczające społecznie uznane normy. W literaturze prawniczej wskazuje się, że na podstawie omawianego przepisu „występować” można m.in. przeciwko reklamom eksponującym nędzę, poniżenie, cierpienie człowieka czy wykorzystujących symbole religijne w sposób naruszający uczucia religijne osób wierzących³⁶. Godność osoby ludzkiej nie przyzwala więc na jakąkolwiek dyskryminację z powodu urodzenia, rasy, płci, poglądów...³⁷.

Słusznie się akcentuje w literaturze przedmiotu fakt, że uchybiającym godności w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 1 może być zarówno przekaz reklamowy traktujący „przedmiotowo” człowieka poprzez zawartą w nim treść, jak również poprzez dobrane środki wyrazu w formie obraźliwych i nieprzyzwoitych epitetów, rysunków, ilustracji, skojarzeń³⁸. W desygnatach składających się na treść pojęcia „godność człowieka” mieści się poszanowanie istoty ludzkiej, nienaruszanie jej integralności. Reklama odwołująca się do uczuć, a raczej ich „nadużywająca” – jak to określa

³⁴ F. Schauer, *Mówiąc o godności*, [w:] *Godność człowieka jako źródło wolności i praw jednostki*, Wrocław 1999.

³⁵ M. Ossowska, *Normy moralne – próba systematyzacji*, Warszawa 1970, s. 52.

³⁶ I. Wiszniewska, *Polskie prawo...*, s. 43 i nast.; C. Kosikowski, T. Ławicki, *Ochrona prawna konkurencji i zwalczanie praktyk monopolistycznych*, Warszawa 1994, s. 211; S. Rudnicki, *Reklama sprzeczna z dobrym obyczajem lub uchybiająca godności człowieka*, *Monitor Prawniczy* 1996, nr 11, s. 4 i nast.; tegoż uwagi na tle orzecznictwa niemieckiego w: *Monitor Prawniczy* 1997, nr 4, s. 167; R. Skubisz, *U.z.n.k. Komentarz...*, s. 143.

³⁷ Orzecznictwo hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego o godności ludzkiej, [w:] *Godność człowieka...*, s. 36; por. art. 12 Dyrektywy Rady nr 89/552 EWG z dnia 3 października 1989 r. w sprawie przekazu i działalności telewizyjnej, w której dokonano klasyfikacji rozłącznej w materii godności człowieka i dyskryminacji oraz innych wyznaczników, które mieszczą się w omawianym przez mnie pojęciu godności.

³⁸ R. Skubisz, *U.z.n.k. Komentarz...*, s. 143; I. Wiszniewska, *Polskie prawo...*, s. 43 i nast.

E. Nowińska – wskazana jako delikt nieuczciwej konkurencji w pkt 3 omawianego przepisu przeważnie jednocześnie godzi w przesłankę zawartą w pkt 1 tegoż artykułu³⁹. Można by nawet bronić stanowiska, że przepis ten chroniący uczestników rynku przed zalewem reklamy nierzeczowej mógłby zastąpić w dużym stopniu „małą klauzulę generalną”⁴⁰, problem jednak tkwi m.in. w obecnej konstrukcji niniejszego przepisu ustawy, który nie stwierdza *expressis verbis*, że chodzi o regulację reklamy „nierzeczowej”, a takim pojęciem posłużono się w projekcie ustawy i utrzymano je w doktrynie⁴¹.

Problem jednak tkwi nie w nazewnictwie, ale w zawartości przepisu. Zdaniem E. Łętowskiej⁴², jest w nim „egzemplifikacja dość przypadkowa” i dlatego pogląd, że reklama nierzeczowa miałaby być ograniczona do przypadków określonych w art. 16 ust. 1 pkt 3, „nie wydaje się zasadny”. Przepis zakazuje apelowania do uczuć klienta przez wywoływanie lęku, wykorzystywanie przesądów oraz łatwowierności dzieci. R. Skubisz⁴³ m.in. stwierdza, że „wyliczenie to jest przykładowe, chociaż redakcja przepisu zdaje się prowadzić do innego wniosku”. Odwołanie się do uczuć może – zdaniem komentatora – dotyczyć wykorzystywania motywów seksualnych (co znajdowało odzwierciedlenie w projekcie ustawy), pobudek ekologicznych, skłonności altruistycznych czy w ogóle łatwowierności ludzi. W moim przekonaniu, wyznaczniki reklamy nierzeczowej określone przez autora są reprezentatywne jako delikty nieuczciwej konkurencji w dziedzinie rekla-

³⁹ C. Kosikowski, T. Łowicki, *Ochrona prawna...*, s. 211 i nast.; A. Świstawska, *Nieuczciwa reklama jako przykład czynu nieuczciwej konkurencji*, PPH 1994, nr 7-8, s. 25; por. I. Wiszniewska, *Polskie prawo...*, s. 44.

⁴⁰ Takim określeniem posługuje się m.in. A. Tomaszek, *Dobre obyczaje czy zasady współżycia*, Rzeczpospolita z dnia 21 XI 1997 r. przeważa jednak stanowisko, że w przypadku przepisu art. 16 ust. 1 pkt 1 mamy do czynienia z klauzulą generalną; tak między innymi E. Nowińska, *Zwalczanie...* s. 69; J. Preussner-Zamorska, *Problematyka klauzul...*, s. 645, odmiennie J. Szwałba, *U.z.n.k. Komentarz...*, s. 35, który stwierdza, że „nowa u.z.n.k. zawiera tylko jedną klauzulę generalną” zawartą w przepisie art. 3.

⁴¹ R. Skubisz, *U.z.n.k. Komentarz...*, s. 147 i nast.; E. Nowińska, *Zwalczanie...*, s. 102 i nast.; I. Wiszniewska, *Polskie prawo...*, s. 42; A. Świstawska, *Nieuczciwa reklama...*, s. 28.

⁴² E. Łętowska, *Ochrona dziecka jako konsumenta – problemy legislacyjne*, Biuletyn Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu 1998, nr 2, s. 111.

⁴³ R. Skubisz, *U.z.n.k. Komentarz...*, s. 147.

my. Problem jednak tkwi w tym, że zgodnie z wykładnią gramatyczną tego przepisu, ma on *de lege lata* charakter zamknięty⁴⁴, można więc zaryzykować stwierdzenie, że jego przydatność w obecnej regulacji dla praktyki stosowania prawa jest co najmniej ograniczona.

W literaturze prawniczej powszechnie jest używany termin „godność zawodu”. Liczne kodeksy etyczne wyłaniają ten zwrot ze zbioru zasad „przyzwoitego” zachowania określonych grup, zawodów, branż, że wymienię dla przykładu uchwalony przez Naczelną Radę Adwokacką *Zbiór zasad etyki adwokackiej i godności zawodu* z dnia 26 września 1993 r.⁴⁵ oraz *Kodeks Etyki Zawodowej Notariusza*⁴⁶. Krajowa Rada Notarialna, działając na podstawie art. 40 § 1 pkt 7 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie⁴⁷, w uchwale uzasadniającej wprowadzenie tego aktu zawarła następującą konkluzję: „notariusz zapewnia stronom bezpieczeństwo obrotu, a swoją pracę wykonuje w ramach wolnego zawodu, stosując przepisy obowiązującego prawa i przestrzegając zasad etyki i praw człowieka oraz dbając o godność zawodu”. Zgodnie z brzmieniem § 4 niniejszego Kodeksu „naruszenie obowiązków wynikających z zasad objętych niniejszym Kodeksem stanowi uchybienie powadze i godności zawodu, za które notariusz odpowiada dyscyplinarnie na podstawie art. 50 prawa o notariacie”. Można więc bronić tezy, że pogwałcenie zasad deontologicznych ma moc powszechnie obowiązującego prawa w stosunku do notariuszy⁴⁸. Paragraf 10 Kodeksu akcentuje okoliczność wyrażoną także w uzasadnieniu niniejszej uchwały, że notariusz wykonuje funkcje publiczne: „notariusz jako osoba zaufania publicznego wyposażona przez Państwo w określone funkcje władcze, powinien dokładać starań, aby w działaniach zachować równowagę między publicznym ich charakterem, a swym statu-

⁴⁴ Tak E. Nowińska, *Zwalczanie...*, s. 102 i nast.; odmiennie I. Wiśniewska, *Polskie prawo...*, s. 42.

⁴⁵ Ciekawe refleksje na temat godności niektórych zawodów zawarła J. Preussner-Zamorska, *Uwagi na temat reklamowania wolnych zawodów*, Rejent 1994, nr 3, s. 14 i nast.

⁴⁶ Uchwała nr 19/97 Krajowej Rady Notarialnej z dnia 12 grudnia 1997 r.

⁴⁷ Dz.U. Nr 22, poz. 91.

⁴⁸ Tak M. Kulesza, *Pozycja ustrojowa i funkcje samorządu zaufania publicznego*, Rzeczpospolita z dnia 9 lutego 1996 r.; por. R. Sagan, *Zakaz reklamy notariuszy*, Rejent 1996, nr 4-5, s. 110.

sem wolnego zawodu”. Jako osoba zaufania publicznego notariusz powinien nie tylko dokonywać czynności zawodowe zgodnie z prawem, według najlepszej woli i wiedzy oraz z należytą starannością (§ 11), ale również kierować się zasadą lojalności i szacunku w stosunku do innych notariuszy, zachowując wszakże prawo do oceny ich pracy, a zarazem wystrzegając się jakichkolwiek form nieuczciwej konkurencji zawodowej (§ 25). Kodeks w formie wyliczenia otwartego w § 26 wskazuje czyny nieuczciwej konkurencji, które mogą stanowić również przejaw nieuczciwej reklamy w rozumieniu przepisów u.z.n.k., szczególnie jej art. 14 i 16. Natomiast zakaz prowadzenia reklamy notariuszy wyrażony został *expressis verbis* w § 27 Kodeksu: „do działań nieuczciwej konkurencji zalicza się również uprawianie reklamy osobistej w jakiegokolwiek postaci”. Nie ulega wątpliwości, że twórcom Kodeksu chodziło o całkowity zakaz reklamy notariuszy, ale sposób urzeczywistnienia założonego celu budzi istotne wątpliwości. Po pierwsze zawiera on domniemanie faktyczne, że każda reklama notariuszy jest czynem nieuczciwej konkurencji. Taka opcja byłaby trudna do obrony także w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, które ma charakter precedensowy. W uzasadnieniu orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24 lutego 1994 r.⁴⁹ Trybunał stwierdził, że w pewnych okolicznościach możliwe jest ograniczenie nie tylko reklamy w celu zapobieżenia nieuczciwej konkurencji, ale w pewnych okolicznościach możliwe są restrykcje wobec reklamy obiektywnej i prawdziwej, aby zapewnić poszanowanie praw innych osób lub ze względu na specjalne wymagania związane ze specyfiką określonego zawodu. Po drugie, omawiany Kodeks nie definiuje pojęcia reklamy, wprowadza jedynie dookreślenie – które niewiele zresztą mówi – że zakaz dotyczy reklamy osobistej. Wyrażenie to nie jest jednoznaczne⁵⁰. Zasady deontologiczne wyrażone w kodeksach, podobnie jak przepisy aktów prawnych, powinny być formułowane w sposób jasny i nie prowadzący do wieloznacznych interpretacji. Warunki takie spełnia art. 32 kodeksu deontologicznego radców prawnych: „radców prawnych obowiązuje zakaz reklamowania się,

⁴⁹ W sprawie A 285 Casado Coca przeciwko Hiszpanii, powołując za R. Skubisz, R. Sağan, *Prawo reklamy*, Lublin 1999, s. 331 i nast.

⁵⁰ W projekcie u.z.n.k. z 1991 r. art. 26 ust. 1 pkt 3 pod pojęciem reklamy osobistej rozumiano reklamę odwołującą się nie do rzeczowych cech oferty, ale do takich cech, jak np. narodowość, poglądy polityczne czy religijne [w:] Orzecznictwo Gospodarcze 1991, nr 4.

jak też zakaz korzystania z reklamy w jakiegokolwiek formie”. Art. 33 określa w szczególności niedopuszczalne praktyki w tym zakresie⁵¹. Wyrażone wyżej zastrzeżenia na tle rozwiązań zawartych w kodeksie notariuszy są istotne także z punktu widzenia kształtowania jednolitych standardów ochrony prawnej w perspektywie integracji Polski z europejską kulturą prawną. W powołanej już uchwale wskazano, że „notariat jest niezbędnym uczestnikiem tworzenia i urzeczywistnienia struktur prawnych wolnego rynku”. Zgodnie z przepisami kodeksu spółek handlowych⁵², notariusze mogą tworzyć spółki partnerskie (być partnerami takich spółek), co zakłada prowadzenie przedsiębiorstwa zarobkowego (art. 86 i nast.). Dokonujące się przemiany w naszym kraju na rzecz gospodarki rynkowej, także widoczna ich dynamika w odniesieniu do usług prawnych, upodmiotowienie – gwarantowane przepisami konstytucji – współczesnego społeczeństwa, które podnosi poprzeczkę co do bycia informowanym o możliwościach pomocy prawnej, zmiernają w kierunku wyważenia proporcji między ochroną etyki i godności zawodowej na drodze ograniczenia czy zakazów reklamy a prawem klientów do dokonywania w danych warunkach rynkowych optymalnych wyborów usług prawniczych⁵³. Na marginesie dodam, że w świetle szczególnie art. 30 (obecnie 28) wyrażającego zasadę swobodnego przepływu towarów na jednolitym rynku Unii oraz art. 52 i 59 traktatu założycielskiego EWG⁵⁴, doktryna zachodnia krytycznie, z punktu widzenia ich niezgodności z prawem wspólnotowym, ocenia zasady deontologiczne zawarte w kodeksach zawodowych zakazujących reklamy⁵⁵. W ocenie niektórych autorów⁵⁶ *Kodeks Postępowania Prawników Wspólnoty Eu-*

⁵¹ Tekst kodeksu [w:] Radca Prawny 1999, nr 6, dodatek, s. 13.

⁵² Kodeks spółek handlowych z dnia 16 września 2000 r., Presspublica, Warszawa 2000.

⁵³ Ciekawe spostrzeżenia w powyższym kontekście wyraża J. Preussner-Zamorska, *Uwagi na temat zakazu reklamy wolnych zawodów*, Rejent 1994, nr 3, s. 13-32.

⁵⁴ Traktat podpisany w Rzymie dnia 25 marca 1957 r.

⁵⁵ J.M. Wall Bake, Y. Comtois, *Restrictive Publicity Rules for Lawyers, Towards a „Community” Definition of the „Standing of the Profession”*, European Law Review Vol. 18, No. 2 April 1993, s. 109 i nast. (ostatnio przykładowo o kompatybilności z zasadami Wspólnot w kontekście art. 30: Opinion of Advocate General Jacobs z 25.05.2000 r. w sprawie C-312/98, Opinion of Advocate General Fennelly z 15.06.2000 r. w sprawie C-74/99 i C-376/96).

⁵⁶ M. Wall Bake, Y. Comtois, *Restrictive...*, s. 113.

ropejskiej z września 1998 r., zawierający restrykcyjne przepisy dotyczące zakazu reklamy usług prawniczych, jest niezgodny m.in. z zasadami niedyskryminacji, sprawiedliwości i proporcjonalności stosowanych środków.

W moim przekonaniu, wyłonienie kategorii godności z etyki zawodowej miało za cel wskazanie, uwypuklenie szczególnego prestiżu społecznego pewnych grup społeczeństwa, którym np. reklamowanie się nie przystoi, chociaż jest to już dzisiaj kwestia dyskusyjna, wybiegająca jednak poza przedmiot niniejszych rozważań. Dyskusyjna jedynie w tym sensie, że do ochrony godności zawodu niekoniecznie należy odnosić generalny zakaz reklamy, ale raczej tylko nieetyczne i nieodpowiednie metody promocji. W tym kierunku poszło orzecznictwo Stanów Zjednoczonych, znacznie liberalizując stanowisko w kwestii reklamy usług prawniczych⁵⁷. W Europie zakaz ten jest utrzymywany, ale widoczne są już symptomy jego łagodzenia. Natomiast spornym zagadnieniem pozostaje kwestia związana z wyborem podstawy odpowiedzialności w przypadku powoływania się na przepisy u.z.n.k., gdy określona reklama „uchybia godności” człowieka. Chodzi o to, czy w każdym stanie faktycznym będzie to przepis szczegółowy, czy w niektórych przypadkach, gdy w grę będzie wchodziło łamanie kodeksów etycznych z naruszeniem godności zawodowej, klauzula zawarta w art. 3. O roli danej klauzuli i aksjologii odesłań zadecyduje praktyka. „Klauzula generalna – wskazuje L. Leszczyński⁵⁸ – jak chyba żadna inna konstrukcja prawna, odsuwając od prawodawcy część odpowiedzialności za treść prawa, w istocie bardzo mocno osłabia możliwość prawodawczego oddziaływania na treść porządku prawnego”. Szczegółowe wnioski dotyczące warunków prawidłowego funkcjonowania klauzuli generalnej, jakie nasuwa aktualnie obowiązująca ustawa – o ile mogłyby zasługiwać na miano odpowiedzialnych – należałoby wyprowadzić z pogłębionej analizy tzw. nazwanych czynów nieuczciwej konkurencji⁵⁹, w tym przypadku deliktów nieuczciwej reklamy. Powyższą operację utrudnia przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja art. 16 ustawy, z uwagi na „wewnętrzną relację” pomiędzy określonymi w tym przepisie stypizowanymi czynami nieuczci-

⁵⁷ Por. jednak J. P i e t z c k e r, *The U.S. Commercial Speech „Doctrine”*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59, 1 (1999), s. 6.

⁵⁸ L. L e s z c z y Ń s k i, *Dobre obyczaje zamiast zasad współżycia społecznego*, *Rzeczpospolita* z dnia 30 stycznia 1998 r.

⁵⁹ J. P r e u s s n e r - Z a m o r s k a, *Problematyka funkcjonowania...*, s. 115.

wej konkurencji w omawianej materii. Mamy w tych relacjach „zachodzenie na siebie zakresów pojęciowych”, „dublowanie” przesłanek⁶⁰. Jak zauważa E. Łętowska⁶¹, reklama nierzeczowa określona przesłankami hipotezy art. 16 ust. ust. 1 pkt 3 jest pewną odmianą reklamy wprowadzającej w błąd. Zakazana w pkt 5 reklama z powodu istotnej ingerencji w sferę prywatności „nakłada się” na przesłanki zarówno zawarte w pkt 3, gdyż tu również mamy do czynienia z ingerencją w sferę prywatności, jak również w pkt 1 (m.in. w materii „uchylenia godności człowieka”)⁶². Wypracowane przez L. Dawida⁶³ podstawowe zasady wykładni klauzuli generalnej, zawartej w szwajcarskiej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (z dnia 19 grudnia 1996 r.), mieszczą zbliżone do rozwiązań przyjętych w art. 16 polskiej ustawy przesłanki w kwestii „poszanowania osobowości odbiorcy”.

Nasza ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest w zasadzie wyjątkiem, jeżeli chodzi o ustawodawstwo tego typu w Europie, z tej przyczyny, że zawiera odrębne uregulowanie odnoszące się *expressis verbis* do reklamy ingerującej w sferę prywatności, „przez uciążliwe dla klientów nagabywanie w miejscach publicznych, przesyłanie na koszt klienta nie zamówionych towarów lub nadużywanie technicznych środków przekazu informacji”. Cytowane wyżej formy nieuczciwej reklamy – ujęte w nadmiernie rozbudowanej i do tego otwartej konstrukcji – powinny być regulowane przepisem zawierającym klauzulę generalną w u.z.n.k., w odpowiednim zakresie także aktami szczególnymi czy wreszcie kontrolowane przez organizacje samokontroli. Niewątpliwie pewne wskazane w niniejszym przepisie praktyki handlowe mogą być uciążliwe i wywoływać protesty konsumentów stanowiących najsłabsze ogniwo na konkurencyjnym rynku. Klienci wnosili ostatnio liczne skargi do Urzędu Ochrony Konku-

⁶⁰ J. Preussner-Zamorska, *Problematyka funkcjonowania...*, s. 114-115.

⁶¹ E. Łętowska, *Ochrona dziecka...*, s. 111.

⁶² W polskiej doktrynie próby szerokiego ujęcia prywatności dokonał A. Koppff, *Koncepcja prawa do intymności i prywatności życia osobistego*, Studia Cywilistyczne, t. XX 1974 s. 6 i nast. Również daleko poza klasyczne ujęcie prawa do prywatności jako prawa do pozostawienia w spokoju wyszedł Europejski Trybunał Praw Człowieka, przyjmując, że chodzi tu również o prawo do własnej tożsamości i godności – A. Mednis, *Prawna ochrona danych osobowych*, Warszawa 1995, s. 9.

⁶³ Powołuję go za T.M. Knyplęm, *Zwalczanie nieuczciwej konkurencji w Polsce i w Europie*, Sopot 1994, s. 46 i nast.

rency i Konsumenta. W związku z tym nasza poczta zobowiązała się wstrzymać przesyłki o charakterze reklamowym na pisemne żądania adresatów złożone w urzędzie pocztowym. Temu pierwszemu krokowi towarzyszyć powinna w najbliższym czasie nowelizacja przepisów w sprawie warunków korzystania z powszechnych usług pocztowych, w których przewidziano by prawną możliwość wspomnianego sprzeciwu. We Francji od 1991 r. ograniczono swobodę wrzucania ulotek reklamowych do skrzynek na podstawie odpowiedniego zastrzeżenia osoby fizycznej lub prawnej. Podstawę taką daje ustawa⁶⁴. Niewątpliwie naruszają zasady uczciwego konkurowania również praktyki przekazywania nie zamówionych reklam drogą telefaksową oraz rozsyłania poprzez e-mail do użytkowników sieci Internetu nie oczekiwanych przez odbiorcę tekstów reklamowych⁶⁵. Nawiasem mówiąc, kwestia reklamy internetowej to problem bardzo złożony, co sygnalizuje już dzisiaj opinia społeczna i literatura prawnicza. Wymaga on jednak odrębnego potraktowania.

W sprzeczności z regułami uczciwego rynku pozostaje przyjmująca zróżnicowaną postać reklama ukryta. Z uwagi na zakaz reklamowania usług prawnych, reklama ukryta niewątpliwie może stanowić próbę obejścia prawa. Stąd też wypowiedzi publiczne w mediach prawników, o których w niniejszych rozważaniach mowa, powinny cechować reguły szczególnej staranności w dobieraniu środków wyrazu i treści, aby przy okazji zabierania głosów w istotnych społecznie sprawach nie reklamować swoich usług i kancelarii⁶⁶. Ograniczenia dotyczą również materiałów „odredakcyjnych”. Problematyka jest skomplikowana. Zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 4 ustawy, za czyn nieuczciwy reklamy uznaje się wypowiedź, która zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji. Nieliczne ustawy krajowe regulujące materię nieuczciwej konkurencji zakaz taki wprost wyrażają⁶⁷. Najczęściej jednak zakazy takiej reklamy wynikają z przepisów medialnych. Postanowienia takie mają miejsce w Dyrektywie Rady z dnia 3 października 1989 r. w sprawie ujednoczenia przepisów prawnych i administracyjnych państw członkowskich Wspólnoty Europej-

⁶⁴ Nr 89-1008, powołuję za E. Nowińską, *Zwalczanie...*, s. 132.

⁶⁵ J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków 1998, s. 249.

⁶⁶ Por. R. Sagan, *Zakaz reklamy...*, s. 106 i nast.

⁶⁷ Szerzej na ten E. Nowińską, *Zwalczanie...*, s. 122.

skiej, dotyczących przekazu i działalności telewizyjnej⁶⁸. Odpowiednie regulacje mają miejsce w naszej ustawie o radiofonii i telewizji z dnia 29 grudnia 1993 r. (art. 16 ustawy) oraz w ustawie – Prawo prasowe z dnia 26 stycznia 1984 r.⁶⁹ W wielu państwach funkcję istotną w kształtowaniu przejrzystości w zakresie podejmowanych przez przedsiębiorców działań marketingowych odgrywa judykatura i doktryna, interpretując zachowania rynkowe przez pryzmat klauzuli dobrych obyczajów⁷⁰.

Statystycznie rzecz ujmując, najczęściej występują w praktyce przypadki reklamy wprowadzającej w błąd⁷¹. Przepis art. 16 ust. 1 pkt 2 uznaje za czyn nieuczciwy reklamę wprowadzającą w błąd i mogącą przez to wpłynąć na decyzję klienta. Ustęp 2 tego przepisu wskazuje, że przy ocenie reklamy wprowadzającej w błąd należy uwzględnić wszystkie jej elementy. Zważywszy na otwarty charakter przyjętego przez ustawodawcę wyliczenia tych elementów, istnieje możliwość – w drodze wykładni funkcjonalnej postanowień zawartych w dyrektywach unii – wzbogacania tej listy⁷².

Praktyka ostatniego okresu wskazuje na dużą rolę, jaką również w Polsce zaczyna odgrywać reklama porównawcza. Żaden jednak inny rodzaj reklamy nie podlegał tak zmiennym ocenom prawnym, jak ta postać reklamy, polegająca najczęściej na odwoływaniu się reklamującego do cudzych towarów bądź usług przy reklamowaniu swoich ofert rynkowych. Przepis art. 16 ust. 1 pkt 6 ustawy zakazywał co do zasady prowadzenia reklamy porównawczej, wprowadzając wyjątek dla jej stosowania, jeżeli „zawierała informacje prawdziwe i użyteczne dla klienta”. Poglębiona analiza przyjętego w tej materii przez ustawodawcę uregulowania dawała podstawę do wyrażenia poglądu, że kumulatywne potraktowanie przesłanki dopuszczenia reklamy porównawczej mogło się okazać niewystarczającą tamą dla nieetycznych zachowań przedsiębiorców na rynku wobec konkurentów.

⁶⁸ Art. 1 lit. C oraz art. 10 pkt 4.

⁶⁹ Art. 36 ust. 1 pkt 3 oraz art. 12 ust. 2.

⁷⁰ S. R u d n i c k i, *RFN: przesłanki uznania ukrytej reklamy prasowej za sprzeczną z dobrymi obyczajami*, Monitor Prawniczy 1997, nr 4, s. 166 i nast.

⁷¹ R. S k u b i s z, *Wprowadzenie*, [w:] R. S k u b i s z, R. S a g a n, *Prawo reklamy zbiór przepisów, orzecznictwo, literatura*, Lublin 1998, s. 20.

⁷² Dyrektywa Rady nr 84/450 EWG z dnia 10 września 1984 r. w sprawie ujednoczenia przepisów prawnych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących reklamy wprowadzającej w błąd.

U.z.n.k. nie wprowadzała definicji reklamy, aczkolwiek jest to pojęcie kluczowe dla interpretacji przepisów regulujących niniejszą materię. Lukę w tym zakresie w pewnym sensie wypełniła ustawa, o której niżej.

Nowelizacja u.z.n.k.⁷³ jest bardzo ważnym krokiem naprzód w zakresie prawnego porządkowania rynku reklamy w naszym kraju. Na przyjętą przez ustawodawcę konstrukcję normatywną, legalizującą reklamę porównawczą, można patrzeć pod kątem zrealizowania przez Polskę obowiązku dostosowania kolejnej materii z zakresu doskonalenia ochrony własności intelektualnej, przemysłowej i handlowej do ustawodawstwa Unii. Nie można jednak nie dostrzegać faktu, że od momentu dostrzeżenia i dookreślenia zjawiska, jakim jest reklama porównawcza (pocz. XX w.), konsekwentnie traktowano ją jako praktykę nieuczciwą, zagrażającą innym niż reklamodawca przedsiębiorcom. Dopiero od końca lat 60-tych zaczęto podnosić, że klient do dokonywania właściwego wyboru rynkowego musi dysponować niezbędnymi informacjami, których źródłem może być także komparatywne odniesienie do produktu konkurenta. Obserwując bacznie dokonującą się w ustawodawstwie państw Europy Zachodniej stopniową liberalizację przepisów dotyczących tej szczególnej materii, jaką jest omawiana tutaj reklama, nietrudno dostrzec prawidłowości, że wszędzie tam, gdzie się ją prawnie dopuszcza – Dyrektywa WE z dnia 6 X 1997 r.⁷⁴ nie daje możliwości wprowadzenia jej generalnego zakazu – obwarowana jest ściśle ujętymi warunkami, od których spełnienia zależy jej zgodność z prawem. Jednym z bezspornych warunków prowadzenia kampanii opartej na odwoływaniu się do innego przedsiębiorcy (produktów lub przedsiębiorstwa) jest w zachodniej kulturze prawnej nieszkodzenie w nieuczciwy sposób konkurencji reklamodawcy. Polski normodawca, nowelizując art. 16 u.z.n.k. i wprowadzając definicję reklamy porównawczej jako „reklamy umożliwiającej bezpośrednio lub pośrednio rozpoznanie konkurenta albo towarów lub usług oferowanych przez konkurenta”, jednocześnie wskazał w niniejszym fragmencie przepisu (art. 16 ust. 3), że tak określana reklama stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami. Z wyjątkiem odwołania się do kryterium pozaprawnego przy ocenie zgodno-

⁷³ Ustawa z dnia 16 marca 2000 r., Dz.U. Nr 29, poz. 356.

⁷⁴ Zmieniająca Dyrektywę Nr 84/450/EWG dotyczącą reklamy wprowadzającej w błąd w celu uwzględnienia reklamy porównawczej, Dz.Urz. WE Nr L 290, 23/10/1997, s. 18.

ści z prawem reklamy porównawczej, wymieniona definicja jest zbieżna z legalną definicją zawartą w art. 2a omawianej Dyrektywy. Trudno przecenić znaczenie wprowadzenia do krajowego aktu definicji reklamy porównawczej. Takie rozwiązanie powinno sprzyjać jednolitości orzecznictwa zapadającego na tle posługiwania się w praktyce gospodarczej reklamą porównawczą⁷⁵.

Zgodnie z treścią znowelizowanego przepisu art. 16 ust. 3 u.z.n.k, który stanowi powielenie art. 3a ust. 1 Dyrektywy, reklama porównawcza będzie dozwolona pod warunkiem, że porównanie zawarte w reklamie:

- a) nie wprowadza w błąd⁷⁶;
- b) porównuje towary i usługi zaspakajające te same potrzeby lub przeznaczone do tego samego celu;
- c) w sposób obiektywny porównuje jedną lub większą liczbę, istotnych, adekwatnych, sprawdzalnych i reprezentatywnych cech tych towarów (usług), co może obejmować również cenę;
- d) nie wprowadza zamieszania na rynku pomiędzy reklamującym się oraz konkurentem lub pomiędzy znakami towarowymi, nazwami handlowymi, innymi wyróżniającymi oznaczeniami reklamującego się, towarami lub usługami reklamującego się i konkurenta;
- e) nie dyskredytuje ani nie oczernia znaków towarowych, nazw handlowych, innych wyróżniających oznaczeń, towarów, usług, działań lub okoliczności dotyczących konkurenta;
- f) dla produktów o oznaczonym miejscu pochodzenia, odnosi się w każdym przypadku do tego samego miejsca;
- g) nie wykorzystuje w sposób nieuczciwy reputacji, znaku towarowego, nazwy handlowej lub innych oznaczeń wyróżniających konkurenta lub oznaczenia miejsca pochodzenia konkurencyjnych produktów;
- h) nie przedstawia towarów i usług jako imitacji lub kopii towarów lub usług opatrzonych znakiem towarowym lub nazwami handlowymi.

⁷⁵ Por. R. Stefanicki, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 1997 r. I CKN 52/96*, Rejent 1999, nr 1.

⁷⁶ Z uwagi na fakt, że u.z.n.k nie zawiera ogólnego na potrzeby tej ustawy pojęcia reklamy oraz definicji reklamy wprowadzającej w błąd, konieczne jest nawiązanie do definicji obowiązujących w prawie wspólnotowym. Art. 16 ust. 3 pkt 2 ma brzmienie: „nie jest reklamą wprowadzającą w błąd, o której mowa w ust. 1 pkt 2”.

Art. 16 ust. 4 u.z.n.k i jego odpowiednik art. 3a ust. 2 Dyrektywy precyzuje ponadto warunki, na jakich mogą być prowadzone porównania w tzw. ofertach specjalnych. Jako że tego typu akcje niosą potencjalne niebezpieczeństwo zagrożeń interesów uczestników obrotu, nie tylko konsumenta, reklama porównawcza związana z ofertą specjalną powinna – w zależności od jej warunków – jasno i jednoznacznie wskazywać datę, wygaśnięcia tej oferty lub zawierać informację, że oferta jest ważna do czasu wyczerpania zapasu towarów bądź zaprzestania wykonywania usług, a jeżeli oferta specjalna jeszcze nie obowiązuje – powinna wskazywać również datę, od której specjalna cena lub inne szczególne warunki oferty będą obowiązywały. Włączenie do znowelizowanego przepisu art. 16 warunków – w dosłownym z Dyrektywą brzmieniu – na jakich reklama porównawcza może być dozwolona, odzwierciedla nasze myślenie o integracji w kategoriach „tekstocentrycznych”⁷⁷, a nie z perspektywy takiego dostosowania prawa, które powinno mieć utylitarny wymiar. Wspólnocie Europejskiej zależy przede wszystkim na dostosowaniu standardów faktycznych. Przykładem odmiennego podejścia do implementacji prawa krajowego do ustawodawstwa Unii są Niemcy, którzy legalność reklamy porównawczej oparli na klauzuli generalnej, zawartej w u.z.n.k. (§ 1 UWG), odsyłającej również, tak jak u nas, do kryterium dobrych obyczajów⁷⁸.

Reasumując, należy przyjąć, że wprowadzona przez ustawodawcę regulacja (konkretyzacja) czynów nieuczciwej konkurencji w przedmiocie reklamy nie tworzy wystarczająco czytelnych i spójnych jej granic prawnych. Rozbudowana konstrukcja art. 16 – budząca zresztą liczne wątpliwości co do techniki prawodawczej precyzowania stypizowanych czynów naruszających reguły uczciwej gry rynkowej – nie stwarza optymalnych możliwości operowania klauzulą generalną ujętą w art. 3 ust. 1 ustawy. Tymczasem przez pryzmat dobrych obyczajów (handlowych), powołanych w przepisie ogólnym, powinna być oceniana uczciwość zachowań także w zakresie reklamy. Wielokrotne odwołanie do identycznego kryterium poza-

⁷⁷ E. Łętowska, *Bariery naszego myślenia o prawie w perspektywie integracji z Europą*, PiP 1996, nr 4-5, s. 44 i nast.

⁷⁸ Szerzej na ten temat A. Mokrysz-Olszyńska, *Niemieckie prawo o reklamie porównawczej w świetle Dyrektywy 97/55 WE z dnia 6 X 1997 r.*, KPP 1999, nr 2, s. 369-389.

prawnego w tej samej ustawie wydaje się zbyteczne. O jakości prawa decyduje jednak nie tylko jego litera, ale i praktyka stosowania. Niewątpliwie duże znaczenie w kształtowaniu świadomości prawnej społeczeństwa w zakresie tego, co w reklamie uczciwe oraz nieuczciwe, powinno mieć szerokie publikowanie orzecznictwa sądowego, także na tle niedozwolonych zachowań w promowaniu wolnych zawodów prawniczych. Ranga usług prawniczych jest tak silnie powiązana z etyką, że to właśnie przede wszystkim klauzula generalna powinna w zmieniających się warunkach społecznych określać priorytety ochrony interesów stron. Wcale to jednak nie oznacza, że generalne zakazy reklamy usług prawniczych ostatecznie się obronią w świetle ustawodawstwa Wspólnoty. Z uwagi na okoliczność, że szybkimi krokami zmierzamy do jednolitego rynku europejskiego, interpretacji przepisów u.z.n.k. należy jednocześnie dokonywać w oparciu o postanowienia przedmiotowych dyrektyw Unii Europejskiej oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości WE.