

ANALIZA PRAWNA

„Ochrona konsumentów przed nieuczciwymi praktykami handlowymi w UE”



Hubert Plichta

Wrocław, lipiec 2021

Spis treści

1.	Okoliczności przyjęcia Dyrektywy 2005/29/WE	4
1.1.	Rynek wewnętrzny a konsumenci	4
1.2.	Przyczyny przyjęcia Dyrektywy 2005/29/WE	7
1.3.	Podstawy normatywne obowiązywania Dyrektywy 2005/29/WE	9
2.	Zakres zastosowania Dyrektywy 2005/29.....	10
2.1.	Reguła pełnej harmonizacji w odniesieniu do Dyrektywy 2005/29/WE.....	11
2.2.	Pojęcie praktyki handlowej	13
2.3.	Pojęcie przedsiębiorcy.....	15
3.	Rodzaje nieuczciwych praktyk handlowych	19
3.1.	Klauzula generalna zakazująca nieuczciwych praktyk.....	20
3.2.	Praktyki wprowadzające w błąd	21
3.3.	Agresywne praktyki	23
3.4.	Czarna lista praktyk handlowych	24
4.	Kodeksy postępowania w świetle Dyrektywy 2005/29/WE	26
5.	Środki zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych przewidziane w Dyrektywie 2005/29/WE..	28

Słowo wstępu

Niniejsza analiza prawna dotyczy ochrony konsumentów w świetle Dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych¹. Dyrektywa ta jest aktem prawnym stanowiącym podstawę wspólnotowego systemu ochrony konsumentów opartego na paradygmacie przejrzystości informacji handlowej, mającym wspierać niezakłócone funkcjonowanie rynku wewnętrznego oraz budować zaufanie konsumentów do transakcji (w szczególności transgranicznych). Głównym jej celem jest przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom handlowym stosowanym przez przedsiębiorców względem konsumentów.

Warto podkreślić, że temat ten jest istotny chociażby z tego względu, że ilość oraz wartość umów zawieranych przez konsumentów w Unii Europejskiej² jest obecnie tak znacząca, że ich suma generuje ponad połowę PKB³ Unii. Aby jednak zagwarantować równowagę stron w stosunkach gospodarczych pomiędzy konsumentami a przedsiębiorcami niezbędny jest odpowiedni system ochrony konsumentów. Konsumentom o silnej pozycji, którzy funkcjonują w solidnych ramach, zapewniających im bezpieczeństwo, informację, edukację, uprawnienia, środki dochodzenia roszczeń i egzekwowania praw, mogą bowiem aktywnie uczestniczyć w rynku i czerpać z niego korzyści. Z tego względu rola dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych jest kluczowa.

W nierniejszej analizie omówiono model ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami handlowymi w UE. Wychodząc od genezy powstania Dyrektywy 2005/29/WE, wskazano jak istotną rolę odgrywa ona w całej gospodarce. W dalszej części szczegółowo przedstawiono zakres podmiotowy oraz przedmiotowy Dyrektywy 2005/29/WE odwołując się przy tym do licznych orzeczeń zarówno Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jak i sądów państw członkowskich. Dzięki temu praca oprócz zagadnień czysto teoretycznych pokazuje jak w praktyce wykorzystywane są obowiązujące instytucje prawne.

¹ Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca 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 i Rady (Dz.U. L 149 z 11.6.2005). Dalej jako Dyrektywa2005/29/WE.

² Dalej jako UE lub Unia.

³ Produkt krajowy brutto.

1. Okoliczności przyjęcia Dyrektywy 2005/29/WE

Dyrektywa w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych (dalej jako Dyrektywa 2005/29/WE) została przyjęta dnia 11 maja 2005 r. i stanowi nadrzędny akt prawny Unii Europejskiej regulujący kwestie nieuczciwych zachowań przedsiębiorców wobec konsumentów na rynku wewnętrznym. Państwa członkowskie musiały opublikować i przyjąć swoje środki transponujące dyrektywę do dnia 12 czerwca 2007 r., tak aby weszły one w życie na szczeblu krajowym nie później niż dnia 12 grudnia 2007 r. Dyrektywa 2005/29/WE jest instrumentem oryginalnym w porównaniu z dotychczasowymi dyrektywami konsumenckimi i jednoczesnym przykładem nowego podejścia do kwestii unijnej polityki ochrony konsumentów. Celem dyrektywy jest pełna harmonizacja zasad uczciwości w obrocie handlowym z udziałem konsumentów, poprzez zastąpienie wewnętrznych regulacji państw członkowskich jednolitym modelem normatywnym na poziomie całej UE⁴. Dyrektywa 2005/29 jest aktem prawnym, który stanowi podstawę wspólnotowego systemu ochrony konsumentów opartego na paradygmacie przejrzystości informacji handlowej, mającym wspierać niezakłócone funkcjonowanie rynku wewnętrznego oraz budować zaufanie konsumentów do transakcji transgranicznych.

1.1. Rynek wewnętrzny a konsumenci

Jedną z podstaw funkcjonowania Unii Europejskiej a wcześniej Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej jest idea stworzenia rynku wewnętrznego⁵. Zamierzeniem Traktatu Ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą z 1957 r., było ustanowienie wspólnego rynku poprzez zniesienie barier handlowych, w celu rozwoju działalności gospodarczej oraz zwiększenia dobrobytu gospodarczego⁶. W konsekwencji, w latach 70. i 80. przyjęło liczne akty prawa wtórnego, konieczne do zrealizowania ówczesnego rynku wspólnego, które następnie przyczyniły się do ukonstytuowania rynku wewnętrznego⁷. Zgodnie bowiem z postanowieniami

⁴ A. Kunkiel-Kryńska, *Nowe rozwiązania prawa ochrony konsumentów w dyrektywie o nieuczciwych praktykach handlowych*, Europejski Przegląd Sądowy 2007, Nr 8, s. 26.

⁵ Geneza rynku wewnętrznego oraz analiza relacji między pojęciem rynku wspólnego i wewnętrznego oraz możliwości ich zamiennego stosowania zob. A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. 1. *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009, s. 3–7.

⁶ Art. 2 Traktatu ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą z dnia 25 marca 1957 r. (nieopublikowany w Dzienniku Urzędowym).

⁷ A. Cieśliński, *Konstrukcja prawna swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Wrocław 2013, s.31

Jednolitego aktu europejskiego z 1986 r.⁸ do Traktatu EWG włączono cel stopniowego ustanowienia rynku wewnętrznego, definiowanego jako obszar bez granic wewnętrznych, w którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału.

Obecnie jednolity rynek wewnętrzny (największy obszar gospodarczy na świecie – zamieszkiwany przez ponad 500 milionów obywateli, o łącznym PKP ponad 13 bilionów euro⁹), jako obszar funkcjonujący na podobieństwo rynku krajowego, uważa się za najważniejsze osiągnięcie całego procesu integracji. Jednolity rynek stanowi kluczowe narzędzie, dzięki któremu urzeczywistniana jest wizja Europy jako wysoce konkurencyjnej społecznej gospodarki rynkowej¹⁰. Pozwala on podnieść konkurencyjność państw członkowskich na globalnym rynku, a komplementarny i spójny charakter polityki wewnętrznej i zewnętrznej przyczynia się do zwiększenia wymiany handlowej i pobudzenia wzrostu gospodarczego.

Komisja Europejska podkreśla jednak, że budowa jednolitego rynku to proces trwały a jego sukces uzależniony będzie od skutecznego implementowania przepisów dotyczących jednolitego rynku w poszczególnych państwach. Tej tematyce Komisja poświęciła całą swoją uwagę w komunikacie z czerwca 2012 r.¹¹

Regulacje dotyczące ochrony konkurencji są nieodłączną częścią otoczenia prawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego. Wynika to z faktu, iż konkurencja, jako zjawisko instytucjonalne jest mechanizmem skorelowanym z gospodarką rynkową¹² na której oparty jest rynek wewnętrzny. Tezę tę potwierdza Protokół w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji¹³, zgodnie z którym rynek wewnętrzny zdefiniowany w artykule 2 Traktatu o Unii Europejskiej¹⁴ obejmuje system zapewniający niezakłóconą konkurencję.

Konkurencja jako pewien mechanizm, jest instrumentem nakierowanym na rozwój przedsiębiorczości i produktywności. Jest on korzystny dla przedsiębiorców i konsumentów. Skutkiem niezakłóconej konkurencji jest rywalizację podmiotów obrotu gospodarczego, co powinno przekładać się na niższe ceny produktów/usług, ich wyższą jakość, innowacyjność, dostępność.

⁸ Jednolity akt europejski (Dz.U. L 169 z 29.6.1987).

⁹ Komunikat Komisji Europejskiej, COM (2012) 573 final, Bruksela 3.10.2012.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Komunikat Komisji Europejskiej, COM (2012) 259 final, Bruksela 8.6.2012.

¹² R. Stefanicki, *Prawo uczciwej konkurencji a ochrona konsumentów w świetle ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, Studia Prawa Prywatnego 2011, nr 2, s. 36.

¹³ Protokół (27) w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji (Dz.U. C 202 z 7.6.2016)

¹⁴ Traktat o Unii Europejskiej (Dz.U. C 202 z 7.6.2016).

Jednym z zasadniczych elementów prawa konkurencji są regulacje chroniące interesy konsumentów. Ma to związek z celem konkurencji jakim jest zwiększanie efektywności działalności gospodarczej poprzez przeciwdziałanie zachowaniom przedsiębiorców wypaczających tę ideę, co ma bezpośrednie przełożenie na dobrobyt konsumentów¹⁵. Rynki konsumenckie są bowiem złożonymi systemami, w których stykają się podaż i popyt a także interesy usługodawców, producentów, detalistów i konsumentów. Skuteczna polityka konsumencka oraz regulacje dotyczące konkurencji są zatem konieczne w celu zapewnienia wydajności rynków. Komisja Europejska zwraca na ten aspekt szczególną uwagę w komunikacie ze stycznia 2008 r.¹⁶ wskazując, że *„[...] skuteczne i elastycznie reagujące rynki konsumenckie w całej gospodarce są kluczowym motorem konkurencyjności i dobrobytu obywateli. [...] Rynki, na których konsumenci są zdezorientowani, wprowadzani w błąd, na które nie mają dostępu lub też mają na nich niewielki wybór, będą mniej konkurencyjne”*.

Powyższe potwierdzają badania przeprowadzone na zlecenie Parlamentu Europejskiego, z których wynika, że skuteczna polityka ochrony praw konsumentów jest niezbędna dla efektywnego i dobrego funkcjonowania rynku europejskiego¹⁷. Zwiększenie przejrzystości a także świadome zawieranie transakcji przez konsumentów w skutek odpowiednio wdrożonej i przemyślanej polityki przyczyniają się do zwiększenia wydajności rynku oraz lepszych rozwiązań dla konsumentów. Niezbędny element należycie funkcjonującego rynku jest zatem skuteczny system ochrona konsumentów czego następstwem jest tendencja do ścisłego wiązania go w polityce europejskiej z prawem konkurencji.

Jak wynika z analiz wydatki konsumentów stanowią 56% PKB Unii Europejskiej¹⁸ mając tym samym istotny wpływ na rozwoju jednolitego rynku. Większość z tych wydatków nie ma jednak charakteru transgranicznego co w istotny sposób hamuje integrację i rozwój gospodarczy. Jest to następstwem wielu czynników, wśród których dominującym jest brak zaufania konsumentów do tego typu transakcji. Z badań opublikowanych w 2011 r. wynika, że w 2010 r. jedna piąta europejskich konsumentów miała problem z usługą lub produktem dający ich zdaniem podstawę do

¹⁵ R. Stefanicki, *Prawo uczciwej konkurencji a ochrona konsumentów w świetle ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, Studia Prawa Prywatnego 2011, nr 2, s. 36.

¹⁶ Komunikat Komisji Europejskiej, COM (2008) 31 final, Bruksela 29.1.2008.

¹⁷ Studium pt. „*Consumer protection aspects of financial services*” („Usługi finansowe – aspekty związane z ochroną konsumenta”), przygotowane dla komisji IMCO, Departament Tematyczny A, 2014,

¹⁸ Komunikat Komisji Europejskiej, COM (2012) 225 final, Bruksela 22.5.2012.

złożenia skargi¹⁹. W tym samym badaniu ponad 33% konsumentów stwierdziła, że nie jest dostatecznie dobrze poinformowanych o swoich prawach. Jedyne 2 % badanych udzieliło właściwej odpowiedzi na pytania dotyczące np. gwarancji czy ochrony przed nieuczciwymi praktykami handlowymi. Co prawda dane te uległy częściowej dezaktualizacji, a na chwilę obecną brak jest nowszych badań odpowiadających zakresem tym z 2011 r., jednak późniejsze analizy poszczególnych sektorów handlu konsumenckiego, w szczególności handlu elektronicznego, pokazują niewielkie zmiany. Ze wspólnotowych badań Eurostatu z 2015 r.²⁰ wynika, że w 2015 r. jedynie 9 % sprzedawców detalicznych i 8 % małych i średnich przedsiębiorców prowadziło sprzedaż internetową na rzecz konsumentów w innych państwach UE, a tylko 16 % konsumentów robiło zakupy przez internet w innym kraju UE, podczas gdy 47 % dokonało zakupu na stronach krajowych.

1.2. Przyczyny przyjęcia Dyrektywy 2005/29/WE

Obecnie wzmocnienie pozycji konsumentów oraz skuteczna ochrona ich bezpieczeństwa i interesów ekonomicznych stanowią samodzielny cel polityki europejskiej i w konsekwencji przedmiot zabiegów legislacyjnych²¹. Ochrona konsumentów została uznana także przez Trybunał Sprawiedliwości za jeden z nadrzędnych wymogów interesu publicznego²².

W tym kontekście interesujące są działania podejmowane przez Unię Europejską mające zwalczać nieuczciwe praktyki handlowe na rynku wewnętrznym. W Zielonej Księdze o ochronie konsumenta w Unii Europejskiej z 2001 r.²³ Komisja Europejska zaproponowała przygotowanie dyrektywy ramowej, która miała zharmonizować normy państw członkowskich odnoszących się do praktyk handlowych w obrocie gospodarczym z udziałem przedsiębiorców i konsumentów. W założeniu, dyrektywa miała funkcjonować obok regulacji szczegółowych, stanowiąc swoistą sieć

¹⁹ Consumer Empowerment survey, Eurobarometr nr 342, 2010 r.

²⁰ Wspólnotowe badania Eurostatu z 2015 r. z korzystania z ICT w gospodarstwach domowych.

Jak wynika ze sprawozdania Komisji Europejskiej (COM(2016) final 284, Bruksela 25.5.2016) poziom braku przestrzegania przepisów prawa wspólnotowego przez przedsiębiorstwa wskazuje, że normy nie są wystarczająco egzekwowane. Według szacunków np. podstawowe prawa konsumentów naruszane są przez 37 % stron internetowych zajmujących się rezerwacjami lub handlem elektronicznym co generuje straty konsumentów robiących transgraniczne zakupy internetowe w dziedzinach rozrywki, podróży, odzieży, usług finansowych i dóbr elektronicznych wynoszą ok. 770 mln EUR rocznie.

²¹ <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/pl/sheet/46/polityka-ochrony-konsumentow-zasady-i-instrumenty> [dostęp na dzień 5 marca 2019r.].

²² m.in. Wyrok TSUE z dnia 15 stycznia 1982 r. w sprawie C-286/81 Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, ECLI:EU:C:1982:438.

²³ Komunikat Komisji Europejskiej, COM (2001) 531 final, Bruksela 2.10.2001.

bezpieczeństwa poprzez objęcie swoim zakresem wszelkich nieuczciwych praktyk handlowych, nieobjętych dotąd wspólnotowymi dyrektywami sektorowymi²⁴. Tym samym Komisja uwzględniła potrzebę ochrony konsumentów oraz zwalczania nieuczciwej konkurencji, ale tylko w stosunkach pomiędzy konsumentami a przedsiębiorcami.

Potrzeba przyjęcia dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych (dalej Dyrektywa 2005/29/WE)²⁵ wynikała z wielu powodów. W uzasadnieniu do projektu Dyrektywy 2005/29/WE²⁶ Komisja Europejska zwróciła szczególną uwagę, że nieuczciwe praktyki handlowe w sposób istotny zakłócają funkcjonowanie rynku wewnętrznego a także podważają zaufanie konsumentów do transakcji transgranicznych.

Z uwagi, że przepisy prawne państw członkowskich dotyczące nieuczciwych praktyk handlowych istotnie różniły się, powodowało to znaczne zakłócenia konkurencji oraz tworzenie się barier uniemożliwiających sprawne funkcjonowanie rynku wewnętrznego²⁷. Różnice prawodawstw szkodziły interesom gospodarczym konsumentów oraz pozbawiały ich pewności co do praw, sprawiając, że tracili oni zaufanie do rynku wewnętrznego. Powstałe bariery zwiększały również koszty przedsiębiorstw w związku z korzystaniem przez nie ze swobód na jednolitego rynku, w szczególności w przypadku prowadzenia przez przedsiębiorstwa działalności transgranicznej w dziedzinie marketingu, kampanii reklamowych i promocji sprzedaży²⁸. Komisja Europejska wskazała także, iż nieuczciwe praktyki rynkowe naruszają konkurencję, gdyż udział w rynku przedsiębiorców, którzy przestrzegają zasad handlowych jest odbierany przez przedsiębiorców działających w sposób nieuczciwy.

Warto podkreślić, że w omawianym okresie funkcjonowały już szczegółowe regulacje dotyczące ochrony konsumentów, w tym przed nieuczciwymi praktykami handlowymi, np. w zakresie reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej

²⁴ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych – pierwszy etap wspólnotowego prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji?*, Przegląd Prawa Handlowego 2007, nr 1, s. 21.

²⁵ Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca 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 i Rady (Dz.U. L 149 z 11.6.2005).

²⁶ Komunikat Komisji Europejskiej, COM(2003) final 356, Bruksela 18.06.2003.

²⁷ Ustęp 3 Dyrektywy 2005/29/WE.

²⁸ Ustęp 4 Dyrektywy 2005/29/WE.

obowiązywała dyrektywa 84/450/EWG²⁹, która ustanawiała minimalne kryteria harmonizacji przepisów prawnych w zakresie reklamy wprowadzającej w błąd, w sprawach kredytu konsumenckiego obowiązywała dyrektywa 87/102/EWG³⁰. Uznano jednak za konieczne przyjęcie aktu prawnego, który będzie stanowił podstawę wspólnotowego systemu ochrony konsumentów opartego na paradygmacie ochrony przez informację³¹, mającego zastosowanie w przypadku wszystkich sektorów gospodarki. Z uwagi na dynamiczny rozwój sektorów rynków konsumenckich oraz produktów na nich występujących ustanowienie aktu dostosowującego się do zmiennych realiów wydawało się być słusznym rozwiązaniem.

1.3. Podstawy normatywne obowiązywania Dyrektywy 2005/29/WE

Zgodnie z art. 4 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej TfUE) ochrona konsumentów należy do kompetencji dzielonych pomiędzy państwa członkowskie a UE. Oznacza to, że organy UE mogą podejmować działania prawodawcze w tej dziedzinie, jeśli za pomocą środków krajowych, nie można osiągnąć zakładanych celów istotnych dla funkcjonowania wspólnego rynku.

W tym kontekście istotne znaczenie ma art. 169 TfUE (dawniej artykuł 153 TfUE), który dał podstawę traktatową do prowadzenia na szczeblu unijnym polityki na rzecz ochrony konsumentów. Zgodnie z jego brzmieniem Unia dąży do popierania interesów konsumentów i zapewnienia im wysokiego poziomu ochrony. W tym celu UE na podstawie artykułu 114 TfUE (dawniej artykuł 95 TfUE), przy poszanowaniu zasady subsydiarności, przyjmie środki w ramach urzeczywistniania rynku wewnętrznego, które wspierają, uzupełniają i nadzorują politykę państw członkowskich.

Norma wyrażona we wspomnianym artykule przyznaje UE prawo do podejmowania działań prawodawczych w celu ustanowienia i umocnienia rynku wewnętrznego jako obszaru bez granic wewnętrznych ze swobodnym przepływem

²⁹ Dyrektywa 84/450/EWG dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd w celu włączenia do niej reklamy porównawczej z dnia 10 września 1984 r. (Dz.U. L 250 z 19.9.1984) zmieniona dyrektywą 97/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. L 290 z 23.10.1997). Obecnie obowiązuje dyrektywa 2006/114/WE dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej z dnia 12 grudnia 2006 r. (Dz. U. L 376, 27.12.2006).

³⁰ Dyrektywa 87/102/EWG w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących kredytu konsumenckiego z dnia 22 grudnia 1986 r. Obecnie obowiązuje dyrektywa 2008/48/WE w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylająca dyrektywę Rady 87/102/EWG z dnia 23 kwietnia 2008 r (Dz. U. L 133 z 22.5.2008).

³¹ R. Stefanicki, *Prawo uczciwej konkurencji a ochrona konsumentów w świetle ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, Studia Prawa Prywatnego 2011, nr 2, s. 39.

towarów, usług i przedsiębiorczości³². Z uwagi, że jedną z funkcji art. 114 TfUE jest oddziaływanie na jednolity rynek oraz eliminacja barier w handlu transgranicznym, to budowa systemu ochrony konsumentów musi być skorelowany z działaniami prointegracyjnymi.

Powyższe regulacje traktatowe stały się podstawą do przyjęcia Dyrektywy 2005/29/WE³³. W literaturze zwrócono jednak uwagę, że KE, która jest wnioskodawcą w tworzeniu aktów prawa wtórnego, wykorzystuje w sposób wątpliwy funkcjonowanie rynku wspólnego oraz ochronę konkurencji jako główne ratio legis zabiegów legislacyjnych mających na celu ochronę interesów konsumentów, w szczególności przed nieuczciwymi praktykami handlowymi³⁴.

2. Zakres zastosowania Dyrektywy 2005/29

Dyrektywa w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych ma charakter horyzontalny i chroni interesy gospodarcze konsumentów. Jej postanowienia obejmują szeroki zakres praktyk przedsiębiorców i są na tyle kompleksowe, że nie dezaktualizują się w dynamicznie zmieniającym się obrocie gospodarczym czy to z uwagi na nowe produkty, usługi, czy też metody sprzedaży. Dyrektywa 2005/29/WE odnosi się do praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów bezpośrednio związanych z wywieraniem wpływu na decyzje dotyczące transakcji handlowych podejmowanych przez konsumentów względem produktów przed zawarciem transakcji, w trakcie jej zawierania oraz po jej zawarciu. Poza zakresem regulacji zawartych w Dyrektywie 2005/29/WE pozostają praktyki między przedsiębiorcami, w tym czyny nieuczciwej konkurencji.

Zastosowanie przepisów Dyrektywy 2005/29/WE nie jest uzależnione od istnienia tzw. pierwiastka transgranicznego, co oznacza, że przepisy dotyczą także krajowych stanów faktycznych. Warto jednak zauważyć, że postanowienia wspólnotowe nie ingerują w przepisy prawa zobowiązań umownych, w tym przepisów dotyczących ważności, zawierania lub skutków umowy a także przepisów określających właściwość sądów oraz wspólnotowych i krajowych przepisów prawnych dotyczących

³² R. Stefanicki, *Prawo uczciwej konkurencji a ochrona konsumentów w świetle ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, Studia Prawa Prywatnego 2011, nr 2, s. 41.

³³ Ustęp 1 Dyrektywy 2005/29/WE.

³⁴ H. Collins, *EC Regulation of Commercial Practices*, [w:] H. Collins (red.), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices: Contract, Consumer and Competition Law Implication*, Kluwer 2004, s 8 i nast.

aspektów produktów związanych z bezpieczeństwem i zdrowiem. Z uwagi jednak, że Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych jest regulacją ramową w sytuacji kiedy dojdzie do kolizji między jej przepisami a innymi normami wspólnotowymi, które regulują szczególne aspekty nieuczciwych praktyk handlowych pierwszeństwo będą miały te ostatnie. Natomiast w przypadku gdy dana regulacja sektorowa ma zastosowanie tylko, do niektórych aspektów np. obowiązków informacyjnych przed zawarciem umowy pozostałe aspekty praktyk handlowych przedsiębiorców będą objęte zakresem.

2.1. Reguła pełnej harmonizacji w odniesieniu do Dyrektywy 2005/29/WE

Postanowienia Dyrektywy 2005/29/WE oparte są na regule pełnej harmonizacji. Wskazuje na to zarówno sama dyrektywa³⁵ jak i jak i deklaracje przyjęte w celu jej wprowadzenia. Jest to novum ponieważ regulacje chroniące interesy konsumentów miały dotychczas charakter harmonizacji minimalnej, co w praktyce oznaczało, że państwa członkowskie mogły przyjmować przepisy zapewniające dalej idącą ochronę konsumentom pod warunkiem ich zgodności z Traktatami. W literaturze podnosi się jednak argument, że zbliżanie prawodawstw krajowych w zakresie regulacji konsumenckich przy wykorzystaniu harmonizacji minimalnej jest mało skuteczne³⁶. Także Komisja Europejska stoi na stanowisku, że przyjęcie tej metody prowadzi do zróżnicowania poziomu ochrony, z uwagi na odmienność stosowania prawa w systemie common law i kontynentalnym a także brak instytucji oraz jednolitych definicji na poziomie wspólnotowym³⁷. Odmienny pogląd, wyraził natomiast Komitet Regionów, wskazując, że kompleksowa, pełna harmonizacja niesie ryzyko utraty zaufania konsumentów do handlu transgranicznego oraz zmusza państwa członkowskie do rezygnacji ze szczególnych regulacji w dziedzinie ochrony konsumentów³⁸.

Należy jednak zgodzić się, że Dyrektywa 2005/29/WE zbliżyła przepisy prawne państw członkowskich, niwelując różnicę w nich występującą. Co warto podkreślić stosowanie Dyrektywy 2005/29/WE nie jest uzależnione od istnienia pierwiastka zagranicznego co potwierdził w jednym ze swoich wyroków Trybunał Sprawiedliwości

³⁵ Np. ustęp 14 i 15 Dyrektywy 2005/29/WE.

³⁶ A. Kunkiel-Kryńska, Nowe Rozwiązania prawa ochrony konsumentów w dyrektywie o nieuczciwych praktykach handlowych, Europejski Przegląd Sądowy 2007, nr 8, s. 27.

³⁷ R. Stefanicki, Prawo uczciwej konkurencji a ochrona konsumentów w świetle ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, Studia Prawa Prywatnego 2011, nr 2, s. 42.

³⁸ Opinia Komitetu Regionów w sprawie praw konsumentów z dnia 22 kwietnia 2009 r. (Dz. Urz. UE C 2009.200.76).

UE³⁹. Zgodnie z art. 3 ust. 1 Dyrektywy 2005/29/WE ma zastosowanie do wszystkich nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów. Oznacza to, że dyrektywa będzie oddziaływała w postępowaniu przed organem stosującym prawo, w imię zasady bezpośredniego obowiązywania prawa wspólnotowego, niezależnie od tego, czy sprawa będzie miała charakter jedynie wewnętrzny czy też transgraniczny.

Reguła pełnej harmonizacji nakłada na państwa obowiązek takiej implementacji Dyrektywy 2005/29/WE, której skutkiem będzie zapewnienie poziomu ochrony wynikającego z samej dyrektywy. Co za tym idzie obowiązywanie krajowych regulacji bardziej restrykcyjnych lub liberalnych aniżeli te przewidziane w Dyrektywie 2005/29/WE jest niedopuszczalne, nawet gdyby miały one zapewnić jeszcze wyższy poziom ochrony konsumentów. Potwierdza to, ugruntowane orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁴⁰. W wyroku z dnia 14 stycznia 2009 r. w sprawie Wettbewerbs⁴¹ TSUE orzekł, że *„dyrektywa 2005/29/WE [...] stoi na przeszkodzie uregulowaniom krajowym [...], które z zasady zakazują praktyk handlowych uzależniających udział konsumentów w konkursie z nagrodami lub loterii od nabycia towaru lub usługi, bez względu na konkretne okoliczności właściwe dla danego przypadku.”* Wynikało to z faktu, iż Dyrektywa 2005/29/WE zawiera w załączniku I wyczerpujące wyliczenie 31 praktyk handlowych, które uważane są za nieuczciwe „w każdych okolicznościach”. Jedynie te praktyki mogą być uznane za nieuczciwe bez poddania ich ocenie w ramach konkretnego przypadku. Tym samym przepisy krajowe zakazujące *in abstracto* praktyk handlowych uzależniających udział konsumentów w loterii lub konkursie od nabycia towarów lub usług, nie spełniają wymogów ustanowionych przez dyrektywę 2005/29/WE ponieważ są one bardziej restrykcyjne. W innym wyroku TSUE orzekł, że *„uregulowania krajowe zakazujące w sposób ogólny praktyk, które nie zostały wymienione w załączniku I do dyrektywy 2005/29, bez przeprowadzenia indywidualnego badania ich „nieuczciwego” charakteru w świetle art. 5–9 tej dyrektywy, stoją w sprzeczności z treścią art. 4 tej dyrektywy i są sprzeczne z celem*

³⁹ Wyrok TSUE z dnia 14 stycznia 2009 r. w sprawie C-304/08 *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV* przeciwko *Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*.

⁴⁰ Zob. wyroki TSUE: wyrok TSUE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawach połączonych C-261/07 i C-299/07 *VTB-VAB NV* przeciwko *Total Belgium* i *Galatea BVBA* przeciwko *Sanoma Magazines Belgium NV*, ECLI:EU:C:2009:244; wyrok TSUE z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie sprawa C-540/08, *Mediaprint*; wyrok TSUE z dnia 11 marca 2010 r. w sprawie sprawa C-522/08, *Telekomunikacja Polska*, ECLI:EU:C:2010:135.

⁴¹ Wyrok TSUE z dnia 14 stycznia 2009 r. w sprawie C-304/08 *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV* przeciwko *Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*.

pełnej harmonizacji, do jakiego dąży ta dyrektywa, nawet jeśli wspomniane uregulowania mają na celu zapewnienie wyższego poziomu ochrony konsumentów”⁴².

Zasada pełnej harmonizacji napotyka jednak pewne ograniczenia. Art. 3 ust. 9 Dyrektywy 2005/29/WE wskazuje, że w odniesieniu do usług finansowych oraz nieruchomości (i tylko do nich) państwa członkowskie mogą nakładać wymogi o charakterze bardziej restryktywnym lub nakazowym niż wymogi nałożone przez dyrektywę, pod warunkiem że są one zgodne z pozostałymi przepisami prawa UE⁴³. Argumentem przemawiającym za tym odstępstwem jest złożony i skomplikowany charakter stosunków prawnych oraz produktów występujących w tych sektorach. Możliwość przyjęcia przez państwa członkowskie regulacji podnoszących poziom ochrony w odniesieniu do w/w usług wydaje się być rozwiązaniem właściwym.

W omawianym zagadnieniu warto zwrócić także uwagę na motyw 14 Dyrektywy 2005/29/WE, który wyjaśnia, iż dyrektywa nie uniemożliwia państwom określenia w prawie krajowym głównych elementów charakterystyki poszczególnych produktów, których pominięcie byłoby istotne w przypadku zaproszenia do zakupu.

2.2. Pojęcie praktyki handlowej

Zgodnie z art. 3 ust. 1 Dyrektywy 2005/29/WE dyrektywę stosuje się do nieuczciwych praktyk handlowych w rozumieniu art. 5, stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów przed zawarciem transakcji handlowej dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania oraz po jej zawarciu.

W art. 2 lit. d) prawodawca zawarł natomiast definicję legalną praktyki handlowej stosowanej przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów wskazując, że oznaczają one każde działanie przedsiębiorcy, jego zaniechanie, sposób postępowania, oświadczenie lub komunikat handlowy, w tym reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją, sprzedażą lub dostawą produktu do konsumentów. W tym miejscu należy zaznaczyć, że na gruncie Dyrektywy 2005/29/WE przez pojęcie

⁴² Wyrok TSUE z dnia 10 lipca 2014 r. w sprawie C-421/12, Komisja Europejska przeciwko Królestwu Belgii, ECLI:EU:C:2014:2064.

⁴³ W Wyroku TSUE z dnia 18 lipca 2013 r. w sprawie C-265/12 Citroën Belux NV przeciwko Federatie voor Verzekerings- en Financiële Tussenpersonen (FvF), ECLI:EU:C:2013:498, Trybunał orzekł, że artykuł 3 ust. 9 dyrektywy 2005/29/WE oraz art. 56 TFUE nie sprzeciwiają się przepisowi państwa członkowskiego, który przewiduje ogólny zakaz, kierowania do konsumenta ofert wiązanych, których co najmniej jeden z elementów jest usługą finansową.

produktu rozumie się nie tylko towar jako rzecz ruchomą, ale także usługę, nieruchomości, prawa i obowiązki⁴⁴.

Trybunał Sprawiedliwości dokonując wykładni przepisów dyrektywy stwierdził, że jedynym kryterium w art. 2 lit. d) jest, żeby praktyka przedsiębiorcy była bezpośrednio powiązana z promocją, sprzedażą lub dostawą produktu konsumentom⁴⁵. W oparciu o dotychczasowe orzecznictwo trudno jest jednak zdefiniować granicę, kiedy praktyka handlowa przestaje być „bezpośrednio związana” z promocją produktu.

W praktyce orzeczniczej powstało pytanie czy za praktykę rynkową można uznać pojedyncze działanie przedsiębiorcy względem tylko jednego konsumenta. Jest to o tyle istotne zagadnienie bowiem wyznacza granice zastosowania Dyrektywy 2005/29/WE. W sprawie tej wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości zwracając uwagę, że Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych ma na celu zapewnienie wysokiego poziomu ochrony konsumentów poprzez przeprowadzenie pełnej harmonizacji zaś względy jednolitego stosowania prawa Unii wskazują na to, że treści przepisu prawa UE, który nie zawiera wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich dla określenia jego znaczenia i zakresu, należy zwykle nadać w całej Unii autonomiczną i jednolitą wykładnię⁴⁶. Trybunał uznał, że okoliczność, iż działanie przedsiębiorcy miało miejsce tylko jeden raz i dotyczyło tylko jednego konsumenta, jest pozbawiona wszelkiego znaczenia w tym kontekście, bowiem ani definicje zawarte w Dyrektywie 2005/29/WE, ani Dyrektywa 2005/29/WE jako całość nie zawierają postanowień, zgodnie z którymi działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy musi mieć powtarzający się charakter lub dotyczyć więcej niż jednego konsumenta⁴⁷.

W tym miejscu należy również zasygnalizować, że także stosowanie środków podjętych przez państwa członkowskie w celu zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych jest niezależne od dowodu zamiaru czy choćby niedbalstwa ze strony przedsiębiorcy, jak również od dowodu rzeczywistej szkody poniesionej przez konsumenta⁴⁸.

Jak wskazano wcześniej praktyki handlowe występują nie tylko na etapie marketingu i dostawy (np. rzetelne informacje o produkcie przekazywane w reklamach

⁴⁴ Art. 2 lit. c Dyrektywy 2005/29/WE.

⁴⁵ Wyrok TSUE z dnia 16 kwietnia 2015 r. w sprawie C 388/13 Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság przy udziale UPC Magyarország Kft.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem.

internetowych), ale także po realizacji samej transakcji zarówno w stosunkach pozaumownych, po zawarciu umowy (np. roszczenia gwarancyjne), jak i w trakcie jej wykonywania. Co ciekawe z bogatego orzecznictwa sądów oraz decyzji właściwych organów państw członkowskich wynika, że także działania windykacyjne niezależnie od tego, czy przedsiębiorca dokonał przeniesienia wierzytelności na osobę trzecią powinny być traktowane jako posprzedażowe praktyki handlowe, ponieważ windykacja jest bezpośrednio związana ze sprzedażą lub dostawą produktów⁴⁹. Trybunał Sprawiedliwości rozszerzył zakres interpretacji wskazując, że zakresem praktyk rynkowych objęty jest stosunek prawny między dłużnikiem będącym w zwłoce a spółką windykacyjną, która nabyła dług w drodze cesji. Natomiast pojęciem „produktu” objęte są praktyki stosowane przez taką spółkę w celu odzyskania przysługującej jej wierzytelności i nie jest istotne, że dług został stwierdzony orzeczeniem sądowym, które następnie zostało przekazane komornikowi w celu jego wyegzekwowania⁵⁰.

Pojęciem praktyk rynkowych nie są objęte te praktyki, które nie szkodzą interesom gospodarczym konsumentów⁵¹. W związku z tym Dyrektywa 2005/29/WE nie wpływa na uprawnienia państw członkowskich do ustalania zasad regulujących praktyki handlowe ze względu na zdrowie, bezpieczeństwo lub ochronę środowiska⁵². Zgodnie z motywem 7 także przepisy wewnętrzne państw członkowskich dotyczące marketingu i reklamy, oparte na zasadzie „dobrego smaku i przyzwoitości” (np. odnoszące się do dyskryminacji, przemocy) nie są objęte zakresem dyrektywy.

2.3. Pojęcie przedsiębiorcy

Definicja normatywna przedsiębiorcy w rozumieniu Dyrektywy w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych została wyrażona w art. 2 lit. b), zgodnie z którym przedsiębiorca oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną, która w ramach praktyk handlowych objętych niniejszą dyrektywą działa w celu związanym z jej działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub wolnym zawodem, oraz każdą osobę działającą w imieniu lub na rzecz przedsiębiorcy. Obejmuje ona nie tylko

⁴⁹ Np. Decyzja Prezesa UOKiK nr 23/2007 z dnia 31 grudnia 2007 r.; Decyzja słowackiego Sądu Okręgowego w Preszowie z dnia 27 października 2011 r. sygn. akt. 2Co/116/2011 [dostęp na dzień 24.04.2019 r. pod adresem <https://www.justice.gov.sk/Stranky/Ministerstvo/Komisia-na-posudzovanie-podmienok-v-spotrebitelskych-zmluvach/Rozhodnutia-slovenskych-sudov-vo-veciach-ochrany-spotrebitela-detail.aspx?Ic=559>].

⁵⁰ Wyrok TSUE z dnia 20 lipca 2017 r. w sprawie C 357/16 „Gelvora” UAB przeciwko Valstybinė vartotojų teisių apsaugos tarnyba, ECLI:EU:C:2017:573.

⁵¹ Art. 1 Dyrektywy 2005/29/WE.

⁵² SDW (2016) 163 final, Bruksela 25.5.2016

przedsiębiorców, którzy działają na własny rachunek, ale również osoby, w tym konsumentów, działających „w imieniu” lub „na zlecenie” innego przedsiębiorcy⁵³. Jako przykład można podać orzeczenie łotewskiego sądu, który uznał za przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów krajowych transponujących Dyrektywę 2005/29/WE spółkę, która umieszczała reklamy na portalach społecznościowych na zlecenie i w interesie innej spółki będącej zleceniodawcą⁵⁴.

Prawodawca unijny przyjął bardzo szeroką definicję przedsiębiorcy. Z tego względu mogą zaistnieć sytuacje, kiedy osoby fizyczne wydające się być konsumentami w rzeczywistości sami są przedsiębiorcami lub działają na zlecenie przedsiębiorców. Aby trafnie zidentyfikować status danego podmiotu należy dokonać indywidualnej analizy. W tym kontekście przydatne mogą posłużyć się kryteria wyartykułowane w Dokumencie roboczym Służb Komisji – Wytyczne dotyczące wykonywania/stosowania Dyrektywy 2005/29 w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych⁵⁵. Wskazano w nim, że dla ustalenia czy podmiot jest przedsiębiorcą powinno się brać pod uwagę kryteria, takie jak zamiar osiągnięcia zysku, liczba, wartość i częstotliwości transakcji, obroty czy też okoliczność, że podmiot kupuje produkty w celu ich odsprzedaży.

W praktyce może pojawić się również zagadnienie, czy organizacje charytatywne mogą być kwalifikowane jako przedsiębiorcy w świetle Dyrektywy 2005/29/WE. Należy na tę wątpliwość odpowiedzieć twierdząco pod warunkiem, że organizacje te angażują się w działalność handlową (np. odpłatne świadczenie usług edukacyjnych) w transakcjach z konsumentami. W takiej sytuacji kiedy podmioty działają jako przedsiębiorcy, zobowiązane są przestrzegać przepisów Dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych w zakresie realizowanej przez nie działalności handlowej. Okoliczność, że dana organizacja została założona „dla celów niezarobkowych”, jest bez znaczenia dla oceny, czy kwalifikuje się ona do uznania za przedsiębiorcę.

Powyższe rozważania można przenieść także w odniesieniu do organów publicznych, które w zależności od okoliczności mogą również zostać uznane za przedsiębiorcę. W orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości w sprawie BKK Mobil Oil⁵⁶

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Administratīvās rajona tiesas spriedums lietā Nr. A420632710, 8 marca 2012 r. [przywołany w SDW (2016) 163 final, Bruksela 25.5.2016.].

⁵⁵ SDW (2016) 163 final, Bruksela 25.5.2016.

⁵⁶ Wyrok TSUE z dnia 3 października 2013 r. w sprawie C 59/12 BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechys przeciwko Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV, ECLI:EU:C:2013:634.

Trybunał uznał, że status prawny oraz szczególne cechy podmiotu prawa w świetle prawa krajowego nie mają znaczenia dla wykładni Dyrektywy 2005/29/WE, która ma być dokonana przez TSUE. Interpretując definicję przedsiębiorcy zawartą w art. 2 lit. b) Trybunał podkreślił, że nie wyklucza ona wyraźnie z jej zakresu podmiotów prawa publicznego realizujących zadania w interesie ogólnym. W relacji między przedsiębiorcą a konsumentem ten ostatni jest stroną słabszą, zasługującą na szczególną ochronę. Stąd przepisy dyrektywy sformułowane zostały z perspektywy ochrony interesów konsumentów a zatem tak szeroka wykładnia miała, w opinii Trybunału, służyć zapewnieniu wysokiego poziomu ochrony konsumentów i pełnej skuteczności przepisów dyrektywy 2005/29/WE.

2.4. Pojęcie konsumenta

Podmiotowy i przedmiotowy zakres ochrony przed nieuczciwymi praktykami handlowymi w dużej mierze określają definicje legalne. Powyższa uwaga dotyczy także pojęcia konsumenta. W rozumieniu Dyrektywy 2005/29/WE oznacza on każdą osobę fizyczną, która w ramach praktyk handlowych objętych niniejszą dyrektywą działa w celu niezwiązanym z jej działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub wolnym zawodem⁵⁷.

Dla prawidłowego wyznaczenie zakresu zastosowania Dyrektywy 2005/29/WE kluczowe jest jednak odwołanie się do motywu 18, w którym to wskazano, że zgodnie z zasadą proporcjonalności za punkt odniesienia uznaje ona przeciętnego konsumenta. Przeciętny konsument to taki, który jest dostatecznie dobrze poinformowany oraz dostatecznie uważny i ostrożny, z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych i językowych, zgodnie z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości⁵⁸. Trybunał bowiem w swych orzeczeniach wskazał, że przeciętny konsument jest dostatecznie krytyczną osobą, świadomą i ostrożną w swoim postępowaniu na rynku. I tak na przykład *„dostatecznie ostrożny konsument nie uwierzy, że wielkość oznaczenia promocyjnego na opakowaniu odpowiada promocyjnemu zwiększeniu wielkości produktu”*⁵⁹. *„Zwykle przeciętny konsument nie będzie przypisywać towarom noszącym*

⁵⁷ Art. 2 lit. a) Dyrektywy 2005/29/WE.

⁵⁸ Zob. Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 1998 r. w sprawie C 210/96 Gut Springenheide GmbH przeciwko Rudolf Tusky, ECLI:EU:C:1998:369.

⁵⁹ Wyrok TSUE dnia 6 lipca 1995 r. w sprawie C 470/93 Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. przeciwko Mars GmbH, ECLI:EU:C:1995:224.

*oznaczenie testowane dermatologicznie właściwości zdrowotnych, których takie towary nie posiadają*⁶⁰.

Pojęcie przeciętnego konsumenta zostało sformułowane i rozwinięte przez Trybunał Sprawiedliwości jeszcze przed przyjęciem Dyrektywy 2005/29/WE. Niemniej jednak to w niej skodyfikowano definicję w celu wskazania państwowemu członkowskim, w tym organom stosującym prawo, jak należy pojęcie przeciętnego konsumenta rozumieć. Zabieg ten miał na celu zmniejszyć występujące rozbieżności w orzecznictwie.

W przywołanym już Dokumencie roboczym Służb Komisji – Wytyczne dotyczące wykonywania/stosowania Dyrektywy 2005/29 zwraca się uwagę, że przeciętny konsument w świetle postanowień dyrektywy nie oznacza osoby, która potrzebuje jedynie niskiego poziomu ochrony z tego tylko względu, że zawsze może ona uzyskać informacje niezbędne do podjęcia racjonalnej decyzji. Wręcz odwrotnie, test przeciętnego konsumenta odbywa się z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, co wynika z motywu 18. Jest to następstwo potrzeby znalezienia równowagi między zapewnieniem wysokiego poziomu ochrony konsumentów a realizacją idei jednolitego rynku opartego o zasadę uczciwej konkurencji. Dodać jednak należy, że test przeciętnego konsumenta nie jest tworzony w oparciu o statystykę. Z tego względu to na organach administracyjnych lub sądach krajowych spoczywa obowiązek ustalenia w drodze samodzielnej oceny czy dana praktyka handlowa jest nieuczciwa (np. wprowadzająca w błąd), uwzględniając przy tym ogólne domniemane oczekiwania konsumentów, bez zlecenia opinii biegłym czy też realizacji badań opinii konsumentów⁶¹.

W pewnych okolicznościach test przeciętnego konsumenta każe jednak uwzględnić dodatkowe aspekty mające na celu zapobieganie wykorzystywaniu konsumentów, których cechy czynią ich szczególnie podatnymi na nieuczciwe praktyki handlowe. Kiedy określona praktyka handlowa przedsiębiorcy kierowana jest względem szczególnej grupy konsumentów (np. dzieci) wpływ tej praktyki należy ocenić z perspektywy przeciętnego członka tej grupy. W sytuacji kiedy niektóre cechy, *takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa lub łatwowierność czynią konsumentów*

⁶⁰ Wyrok TSUE dnia 24 października 2002 r. w sprawie C 99/01 Gottfried Linhart i Hans Biffel, ECLI:EU:C:2002:618.

⁶¹ Zob. Wyrok TSUE z dnia 16 lipca 1998 r. w sprawie C 210/96 Gut Springenheide GmbH przeciwko Rudolf Tusky.

szczególnie podatnymi na praktykę handlową lub produkt, którego ona dotyczy, i jeżeli praktyka ta może zniekształcić zachowanie gospodarcze jedynie takich konsumentów w sposób racjonalnie możliwy do przewidzenia przez przedsiębiorcę, należy zadbać o ich odpowiednią ochronę poprzez ocenę danej praktyki z perspektywy przeciętnego członka tej grupy⁶².

3. Rodzaje nieuczciwych praktyk handlowych

Struktura Dyrektywy 2005/29/WE została oparta na trójstopniowym teście mającym na celu zidentyfikowanie nieuczciwych praktyk handlowych. Strukturę tę tworzą tzw. duża klauzula generalna (przewidująca ogólny zakaz stosowania nieuczciwych praktyk), dwie małe klauzule generalne (zabraniające stosowania agresywnych praktyk oraz praktyk wprowadzających w błąd) oraz lista czarnych praktyk handlowych, niedozwolonych w każdych okolicznościach⁶³.

Chcąc obrazowo przedstawić model badania czy dana praktyka handlowa jest nieuczciwa a tym samym zakazana można posłużyć się poniższym schematem. Polega on na filtrowaniu praktyk przez poszczególne poziomy (od 1 do 3). W sytuacji kiedy praktyka zostanie uznana za nieuczciwą już na poziomie 1 nie bada się jej czy jest ona nieuczciwa także na poziomie 2 i 3. To samo dotyczy sytuacji kiedy praktyka zostanie uznana za nieuczciwą dopiero na poziomie 2. Wówczas nie bada się czy jest ona nieuczciwa także w świetle przesłanek z poziomu 3.

Schemat 1⁶⁴

	Praktyka handlowa jest zabroniona...
Poziom 1.	... w każdych okolicznościach, jeśli wchodzi w zakres czarnej listy nieuczciwych praktyk handlowych wymienionych w załączniku I do Dyrektywy 2005/29/WE lub...
Poziom 2.	... jeśli wprowadza w błąd (art. 6 i 7) lub jest agresywna (art. 8 i 9) lub...
Poziom 3.	... jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej i w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta (art. 5).

⁶² Motyw 19 Dyrektywy 2005/29/WE.

⁶³A. Kunkiel-Kryńska, *Nowe rozwiązania prawa ochrony konsumentów w dyrektywie o nieuczciwych praktykach handlowych*, Europejski Przegląd Sądowy 2007, Nr 8, s. 31.

⁶⁴ Opracowanie własne.

3.1. Klauzula generalna zakazująca nieuczciwych praktyk

Elementem determinującym całą strukturę Dyrektywy 2005/29/WE jest duża klauzula generalna z art. 5 zabraniająca stosowania nieuczciwych praktyk handlowych. Zgodnie z nią praktyka handlowa jest nieuczciwa, a tym samym zabroniona, jeżeli spełnia kumulatywnie dwie przesłanki. Po pierwsze jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej a po drugie w istotny sposób zniekształca (może zniekształcić) zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta.

Na co wskazano już wcześniej, jeżeli praktyka handlowa skierowana jest do określonej grupy konsumentów, okoliczność istotnego zniekształcenia zachowania gospodarczego bada się z perspektywy przeciętnego członka tej grupy konsumentów. Natomiast praktyki handlowe, które są kierowane wyłącznie do konkretnej grupy konsumentów, których cech takie jak niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa, wiek lub łatwowierność czynią ich szczególnie podatnymi na tą praktykę lub na produkt, którego ona dotyczy, oceniane są z perspektywy przeciętnego członka tej grupy. W tym kontekście, na co wskazuje art. 5 ust. 3 Dyrektywy 2005/29/WE, nieuczciwymi praktykami nie będą działania reklamowe polegające na używaniu przesadzonych twierdzeń lub takich których nie należy rozumieć dosłownie.

Pierwszą przesłanką uznania praktyki handlowej za nieuczciwą w świetle dużej klauzuli generalnej jest jej sprzeczność z wymogami staranności zawodowej. Staranność zawodowa została zdefiniowana w art. 2 lit. h) i oznacza standard dotyczący szczególnej wiedzy i staranności, których można w racjonalny sposób oczekiwać od przedsiębiorcy w jego relacjach z konsumentami, zgodnie z uczciwymi praktykami rynkowymi i/lub ogólną zasadą dobrej wiary w zakresie jego działalności. Pojęcie staranności zawodowej obejmuje także zasady, które podkreślają normatywne wartości i już zostały ugruntowane w ustawodawstwie krajowym państw członkowskich takie jak uczciwa praktyka rynkowa, dobra wiara i dobra praktyka rynkowa⁶⁵.

Żeby stwierdzić nieuczciwość praktyki handlowej musi zostać wykazane także, że może ona w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze przeciętnego konsumenta. Zgodnie z definicją legalną istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumentów oznacza wykorzystanie praktyki handlowej w celu znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i

⁶⁵ Zob. Decyzja Prezesa UOKIK nr DDK 6/2007 z dnia 23 grudnia 2014 r.

skłonienia go tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji⁶⁶, której inaczej by nie podjął⁶⁷

Co wynika z powyższego, Dyrektywa 2005/29/WE nie ogranicza badania pod kątem istotnego zniekształcenia do oceny, czy decyzja konsumenta dotycząca transakcji rzeczywiście uległa zniekształceniu. Wymaga jedynie weryfikacji, czy praktyka handlowa może mieć taki wpływ na przeciętnego konsumenta. Oznacza to, że sądy i organy administracyjne państw członkowskich powinny zbadać fakty i okoliczności każdej indywidualnej sprawy, ale także ocenić prawdopodobieństwo wpływu takiej praktyki na decyzją dotyczącą transakcji podejmowaną przez przeciętnego konsumenta⁶⁸.

3.2. Praktyki wprowadzające w błąd

W strukturze Dyrektywy 2005/29/WE umieszczono dwie tzw. małe klauzule generalne, które stanowią szczegółowe uregulowanie dwóch najczęstszych typów nieuczciwych praktyk handlowych tj. praktyk wprowadzających w błąd (działaniem lub zaniechaniem) oraz agresywnych praktyk handlowych.

Do działań wprowadzających w błąd należą praktyki, które zawierają fałszywe informacje i w związku z tym są niezgodne z prawdą lub w jakikolwiek sposób, w tym poprzez wszystkie okoliczności ich prezentacji, wprowadzają lub mogą wprowadzić w błąd przeciętnego konsumenta, nawet jeżeli informacje te w odniesieniu do jednego lub większej liczby wymienionych niżej elementów są zgodne z rzeczywistością, i które w każdym przypadku powodują lub mogą spowodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął⁶⁹.

Tak szerokie ujęcie działań wprowadzających w błąd pozwala, zweryfikować praktycznie każdą praktykę handlową pod kątem rzeczywistego lub tylko potencjalnego

⁶⁶ Art. 2 lit. k) Dyrektywy 2005/29/WE „decyzja dotycząca transakcji” oznacza każdą podejmowaną przez konsumenta decyzję co do tego, czy, jak i na jakich warunkach dokona zakupu, zapłaci za produkt w całości lub w części, zatrzyma produkt, rozporządzi nim lub wykona uprawnienie umowne związane z produktem, bez względu na to, czy konsument postanowi dokonać czynności, czy też powstrzymać się od jej dokonania”; Zob. np. w Wyroku TSUE z dnia 13 grudnia 2013 r. w sprawie C 281/12 Trento Sviluppo srl i Centrale Adriatica Soc. coop. arl przeciwko Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ECLI:EU:C:2013:859, Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że „decyzja dotycząca transakcji” obejmuje nie tylko decyzję o zakupie produktu, ale również decyzje bezpośrednio związane z powyższą decyzją, w szczególności decyzję o wejściu do sklepu.

⁶⁷ Art. 2 lit. e) Dyrektywy 2005/29/WE.

⁶⁸ SDW (2016) 163 final, Bruksela 25.5.2016.

⁶⁹ Art. 6 ust. 1 Dyrektywy 2005/29/WE. W przepisie tym wskazano również elementy, których może dotyczyć działanie wprowadzające w błąd. Są to m.in. cena produktu i sposób jej obliczania, pochodzenie geograficzne, rodzaj produktu, zakres obowiązków przedsiębiorcy, prawa konsumenta.

wprowadzenia konsumenta w błąd⁷⁰. W odróżnieniu od przesłanek z dużej klauzuli generalnej, art. 6 nie przewiduje, aby do uznania praktyki handlowej za wprowadzającą w błąd konieczne było naruszenie przez przedsiębiorcę wymogów staranności zawodowej⁷¹. Natomiast praktyka ta musi co najmniej potencjalnie spowodować podjęcie przez konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął⁷².

W przepisie art. 6 ust. 2 Dyrektywy 2005/29/WE oddzielnie uregulowano natomiast praktyki handlowe odnoszące się do marketingu produktu oraz naruszeń kodeksów postępowania⁷³.

Do zaniechań wprowadzających w błąd Dyrektywa 2005/29/WE zalicza natomiast praktyki handlowe, w których pomija się istotne informacje potrzebne przeciętnemu konsumentowi, stosownie do okoliczności, do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej transakcji i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji jej dotyczącej, której inaczej by nie podjął. Podobnie traktowane jest zatajanie przez przedsiębiorcę istotnych informacji lub przekazanie ich w sposób niejasny, niezrozumiały, dwuznaczny lub z opóźnieniem oraz nieujawnienie komercyjnego celu praktyki, jeżeli nie wynika on jasno z kontekstu i jeżeli powoduje to lub może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął⁷⁴.

⁷⁰ Np. Włoski AGCM podjął działania przeciwko przedsiębiorcy, który promował pojemności pamięci produktów IT znacznie odbiegające od faktycznej pojemności pamięci produktów (Decyzja Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato (tłumaczenie własne: Urząd ds. Konkurencji i Organ Nadzoru Rynku) nr 25138 z dnia 19 grudnia 2014 r. w sprawie PS9678 – Samsung – Caratteristiche Tecniche Smartphone) [przywołana w SDW (2016) 163 final, Bruksela 25.5.2016.].

⁷¹ Zob. Wyrok TSUE z dnia 19 września 2013 r. w sprawie C 435/11 CHS Tour Services GmbH przeciwko Team4 Travel GmbH, ECLI:EU:C:2013:574.

⁷² Sąd Apelacyjny w Paryżu uznał, że spółka z Dominikany, która sprzedawała wyprodukowany przez siebie rum w UE, posługując się przy tym szeregiem odniesień do Kuby na butelkach i w materiałach handlowych, wprowadzała konsumentów w błąd. Wynikało to z faktu, że produkt w rzeczywistości nie pochodził z Kuby, na co miały wskazywać odniesienia zawarte w materiałach marketingowych. (Cour d'appel de Paris, 10 maja 2012 r., Société Havana Club International i SA Pernod przeciwko SAS Etablissements Dugas i Société 1872 Holdings VOF (nr ref 10/04016)) [przywołany w SDW (2016) 163 final, Bruksela 25.5.2016.].

⁷³ I tak w świetle art. 6 ust. 2 Dyrektywy 2005/29/WE praktykę handlową uznaje się za wprowadzającą w błąd, jeżeli w konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy i okoliczności, powoduje ona lub może spowodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął, i obejmuje:

- każdy rodzaj wprowadzenia produktu na rynek, w tym reklamę porównawczą, który powoduje mylenie produktów, znaków towarowych, nazw handlowych lub innych znaków rozpoznawczych przedsiębiorcy i jego konkurenta;
- nieprzestrzeżenie przez przedsiębiorcę obowiązków zawartych w kodeksach postępowania, do których przestrzeżenia się zobowiązał, jeżeli obowiązek taki nie opiera się jedynie na samym zamiarze jego wykonania, lecz jest wiążący i możliwy do zweryfikowania i przedsiębiorca zaznacza w ramach praktyki handlowej, że jest związany kodeksem.

⁷⁴ Art. 7 Dyrektywy 2005/29/WE.

W art. 7 ust. 4 Dyrektywy 2005/29/WE wyartykułowano także informacje uznawane za istotne dla konsumenta, których nie można pominąć lub zataić, w zaproszeniu do dokonania zakupu. Wśród nich, są m. in. istotne cechy produktu (ale w takim zakresie, w jakim jest to właściwe dla danego środka przekazu i produktu)⁷⁵, adres i tożsamość przedsiębiorcy, cena wraz z podatkami lub sposób, w jaki cena jest obliczana, w odniesieniu do produktów i transakcji obejmujących prawo odstąpienia lub unieważnienia, istnienie takiego prawa. W załączniku nr 2 do Dyrektywy 2005/29/WE zawarto natomiast wykaz postanowień prawa wspólnotowego, które określają wymagania informacyjne w odniesieniu do komunikacji handlowej, w tym reklamy i marketingu. W tym zakresie należy zatem korzystać z przepisów szczególnych, zawartych w poszczególnych dyrektywach konsumenckich lub dotyczących usług⁷⁶.

3.3. Agresywne praktyki

Do kategorii nieuczciwych praktyk handlowych Dyrektywa 2005/29/WE zalicza również agresywne praktyki handlowe. W świetle art. 8 Dyrektywy 2005/29/WE praktyka handlowa jest agresywna jeżeli w konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę wszystkie cechy i okoliczności praktyki handlowej, poprzez nękanie, przymus (także fizyczny), lub bezprawny nacisk, praktyka ta:

- w znaczny sposób ogranicza lub może ograniczyć swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowanie względem produktu oraz
- powoduje lub może spowodować podjęcie przez niego decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął.

Dyrektywa 2005/29/WE wprowadziła w całej UE jednolitą definicję agresywnych praktyk handlowych, których stosowanie przez przedsiębiorców jest zakazane jeśli przy użyciu przymusu, bezprawnego nacisku lub nękania ograniczają (mogą ograniczyć) one swobodny wybór przeciętnego konsumenta i tym samym wpływają (mogą wpłynąć) na jego zachowanie gospodarcze (handlowe). Praktyki te

⁷⁵ W wyroku TSUE z dnia 12 maja 2011 r. w sprawie C 122/10 Konsumentombudsmannen przeciwko Ving Sverige AB, ECLI:EU:C:2011:299, Trybunał Sprawiedliwości uznał, że „wystarczające może być podanie tylko niektórych głównych cech produktu i aby przedsiębiorca mógł odnieść się do swojej strony internetowej, pod warunkiem że na tej stronie znajdują się istotne informacje na temat głównych cech produktu, ceny i innych warunków zgodnie z wymogami art. 7 tej dyrektywy”.

⁷⁶ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych – pierwszy etap wspólnotowego prawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji?*, Przegląd Prawa Handlowego 2007, nr 1, s. 24.

mogą one obejmować zachowania na etapie marketingu jak również w trakcie realizacji lub po transakcji. Art. 9 Dyrektywy 2005/29/WE wymienia dodatkowo okoliczności jakie należy uwzględnić przy weryfikowaniu czy w ramach praktyki handlowej stosuje się nękanie, przymus lub bezprawny nacisk. Są to m.in. ich czas, miejsce, rodzaj i uporczywość; uciążliwe lub niewspółmierne bariery pozaumowne⁷⁷; wykorzystanie przez przedsiębiorcę konkretnego poważnego nieszczęścia; groźby podjęcia działania niezgodnego z prawem.

Agresywne praktyki handlowe mogą obejmować także zachowania, które są objęte zakresem innych przepisów prawa krajowego państw członkowskich np. prawa karnego, prawa wykroczeń czy prawa zobowiązań. Dyrektywa 2005/29/WE zapewnia w tym przypadku dodatkowy poziom ochrony konsumentów, który można zastosować w oparciu o nią oraz przepisy transponujące, bez konieczności wszczynania np. postępowania karnego⁷⁸.

3.4. Czarna lista praktyk handlowych

W celu zapewnienia większej pewności prawnej, ogólne zakazy stosowania nieuczciwych praktyk handlowych, w tym praktyk agresywnych oraz wprowadzających w błąd (działaniem lub zaniechaniem), zostały uzupełnione przez tzw. czarną listę praktyk uznanych za zakazane w każdych okolicznościach. Wykaz ten, stanowiący załącznik I do Dyrektywy 2005/29/WE, obowiązuje jednolicie we wszystkich państwach członkowskich i może zostać zmodyfikowany jedynie poprzez zmianę samej Dyrektywy 2005/29/WE. Są to jedyne praktyki handlowe, które można uznać za nieuczciwe bez konieczności oceny konkretnego przypadku w świetle przepisów art. 5-9 Dyrektywy 2005/29/WE⁷⁹.

Z treści załącznika I wynika, że praktyki handlowe w nim wyartykułowane, są praktykami agresywnymi (załącznik I wymienia 8 rodzajów agresywnych praktyk handlowych) lub wprowadzającymi w błąd (załącznik I wymienia 23 rodzaje praktyk handlowych wprowadzających w błąd). Z uwagi na ich charakter oraz sposób

⁷⁷ Sąd Najwyższy Bułgarii w orzeczeniu z dnia 3 listopada 2011 r. sygn. akt VII 15182/2011 uznał praktykę handlową przedsiębiorcy, polegającą na stosowaniu względem swoich klientów bardzo uciążliwych sposobów rozwiązywania umów (wpadali oni w pułapkę automatycznego przedłużania się umów) za agresywną praktykę handlową [niepublikowany, przywołany w SDW (2016) 163 final, Bruksela 25.5.2016.].

⁷⁸ SDW (2016) 163 final, Bruksela 25.5.2016.

⁷⁹ Motyw 17 Dyrektywy 2005/29/WE.

oddziaływania na zachowania gospodarcze konsumentów zostały ona zabronione w każdych okolicznościach.

Do praktyk rynkowych zabronionych w każdych okolicznościach Dyrektywy 2005/29/WE zalicza m.in.

- posługiwanie się znakiem jakości bez odpowiedniego zezwolenia (załącznik I Dyrektywy 2005/29/WE pkt. 2),
- fałszywe twierdzenie, że produkt będzie dostępny jedynie przez ograniczony czas lub że będzie on dostępny na określonych warunkach przez bardzo ograniczony czas, w celu nakłonienia konsumentów do podjęcia natychmiastowej decyzji i pozbawienia ich możliwości świadomego wyboru lub czasu potrzebnego do jego dokonania (załącznik I Dyrektywy 2005/29/WE pkt. 7),
- zakładanie, prowadzenie lub propagowanie systemów promocyjnych typu „piramida”, w ramach których konsument wykonuje świadczenie w zamian za możliwość otrzymania wynagrodzenia, które jest uzależnione przede wszystkim od wprowadzenia innych konsumentów do systemu, a nie od sprzedaży lub konsumpcji produktów⁸⁰ (załącznik I Dyrektywy 2005/29/WE pkt. 14),
- żądanie natychmiastowej lub odroczonej zapłaty za produkty bądź zwrotu lub przechowania produktów, które zostały dostarczone przez przedsiębiorcę, ale nie zostały zamówione przez konsumenta (dostawa niezamówiona)⁸¹ (załącznik I Dyrektywy 2005/29/WE pkt. 29),
- stwarzanie fałszywego wrażenia, że konsument już uzyskał, uzyska lub po wykonaniu określonej czynności uzyska nagrodę lub inną porównywalną korzyść, gdy w rzeczywistości nagroda lub inna porównywalna korzyść nie

⁸⁰ W wyroku TSUE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie C 515/12 „4finance” UAB Przeciwno Valstybinė vartotojų teisių apsaugos tarnyba i Valstybinė mokesčių inspekcija prie Lietuvos Respublikos finansų ministerijos, ECLI:EU:C:2014:211, Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „system promocyjny typu „piramida” stanowi praktykę handlową uznawaną za nieuczciwą w każdych okolicznościach tylko wówczas, gdy system taki wymaga od konsumenta świadczenia finansowego, niezależnie od jego wysokości, w zamian za możliwość otrzymania wynagrodzenia, które jest uzależnione przede wszystkim od wprowadzenia innych konsumentów do systemu, a nie od sprzedaży lub konsumpcji produktów”.

⁸¹ W wyroku TSUE z dnia 13 września 2018 r. w sprawie C 54/17 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato przeciwko Wind Tre SpA i Vodafone Italia SpA, ECLI:EU:C:2018:710, Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „pojęcie „niezamówionej dostawy” [...] należy interpretować w ten sposób, że [...] zachowanie [...] polegające na sprzedaży przez operatorów telekomunikacji kart SIM [...], na których uprzednio zostały zainstalowane i aktywowane pewne usługi, takie jak dostęp do Internetu i poczta głosowa, bez uprzedniego i adekwatnego poinformowania konsumenta o takim uprzednim zainstalowaniu i aktywowaniu ani o koszcie tych usług”.

istnieje lub możliwość wykonania określonej czynności w związku z uzyskaniem nagrody lub innej porównywalnej korzyści uzależniona jest od wpłacenia przez konsumenta określonej kwoty pieniędzy lub poniesienia kosztów⁸² (załącznik I Dyrektywy 2005/29/WE pkt. 31).

Wykaz zabronionych praktyk handlowych w załączniku I Dyrektywy 2005/29/WE sporządzono w celu umożliwienia sądom, organom kontroli, przedsiębiorcom, specjalistom od marketingu oraz konsumentom identyfikacji pewnych praktyk i zapewnienia szybszej reakcji w kontekście ochrony praw. Jeżeli bowiem zostanie udowodnione, że przedsiębiorca dopuścił się praktyki handlowej znajdującej się na tzw. czarnej liście, to nie jest konieczna ocena wpływu tej praktyki na zachowanie gospodarcze przeciętnego konsumenta. Wręcz przeciwnie, wynik ewentualnej oceny nie może stać się dodatkową przesłanką do uznania działań przedsiębiorcy za nieuczciwą praktykę rynkową.

4. Kodeksy postępowania w świetle Dyrektywy 2005/29/WE

Na prawidłowe funkcjonowanie rynku a także system ochrony konsumentów od dawna istotny wpływ mają samoregulacje oraz inne dobrowolne rozwiązania przyjmowane przez przedsiębiorców. Funkcjonują one obok przepisów prawnych w wielu państwach członkowskich i przyjmują formę m.in. kodeksów postępowania, które mogą „implementować” założenia i rozwiązania przewidziane w dyrektywach.

Istota samoregulacji sprowadza się do dobrowolnego przyjęcia przez podmioty gospodarcze funkcjonujące na rynku (np. w ramach organizacji je zrzeszających) mechanizmów ograniczających ich działania. W praktyce oznacza to, dobrowolne związanie się przez te podmioty określonymi zasadami postępowania oraz stworzeniu

⁸² W wyroku TSUE z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C 428/11 Purely Creative Ltd, i inni przeciwko Office of Fair Trading, ECLI:EU:C:2012:651, Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „Punkt 31 tiret drugie załącznika I [...] należy interpretować w ten sposób, że zakazuje on agresywnych praktyk handlowych, w ramach których przedsiębiorstwa stwarzają fałszywe wrażenie, iż konsument wygrał nagrodę, podczas gdy dokonanie czynności związanych z jej otrzymaniem, jak zasięgnięcie informacji o charakterze nagrody czy wejście w jej posiadanie, wiąże się dla konsumenta z koniecznością zapłaty określonej kwoty pieniędzy lub poniesienia jakichkolwiek kosztów. Jest bez znaczenia, że koszt nałożony na konsumenta, na przykład koszt znaczka pocztowego, jest nieistotny w stosunku do wartości nagrody oraz że nie przynosi żadnego dochodu przedsiębiorstwu. Jest również bez znaczenia, że czynności związanych z otrzymaniem nagrody można dokonać na kilka sposobów zaproponowanych konsumentowi przez przedsiębiorstwo, z których co najmniej jeden jest bezpłatny, jeżeli jeden lub kilka z zaproponowanych konsumentowi sposobów wymaga od konsumenta poniesienia kosztów w celu uzyskania informacji o charakterze nagrody lub możliwościach jej otrzymania.”

regulacji ich egzekwowania. Co istotne, mechanizmy samoregulacji mają zastosowanie wyłącznie względem przedsiębiorców, którzy je dobrowolnie zaakceptowali.

W Dyrektywie 2005/29/WE zwrócono uwagę na rolę mechanizmów samoregulacji oraz podmiotów stosujących kodeksy postępowania. Zgodnie z definicją legalną, kodeks postępowania oznacza umowę lub zbiór zasad, które nie są wymagane na mocy powszechnie obowiązujących przepisów państwa członkowskiego, a które definiują postępowanie przedsiębiorców, którzy zobowiązali się do przestrzegania kodeksu w odniesieniu do jednej lub większej liczby określonych praktyk handlowych lub sektorów działalności gospodarczej⁸³. Dodatkowo sama Dyrektywa 2005/29/WE nie wyklucza kontroli nieuczciwych praktyk handlowych przez twórców kodeksów postępowania⁸⁴. Aprobowany jest również mechanizm odwoływania się do takich instytucji jeżeli postępowanie przed nimi ma charakter dodatkowy i nie ogranicza uprawnień właściwych podmiotów do wniesienia odwołania na drodze postępowania sądowego lub administracyjnego zgodnie z przyjętymi przez dane państwo członkowskie rozwiązaniami.

Należy zgodzić się, że w sytuacji gdy zasady zawarte w kodeksach postępowania są rygorystyczne oraz przestrzegane przez podmioty je stosujące, mogą one rzeczywiście przyczynić się do zmniejszenia potrzeby wszczynania postępowania administracyjnego lub sądowego w celu wykonania przepisów Dyrektywy 2005/29/WE⁸⁵. Dodatkowo, gdy poziom regulacji kodeksów jest wysoki, a przedsiębiorcy go przestrzegają, takie zasady mogą być punktem odniesienia dla organów stosujących prawo podczas oceny, czy praktyka handlowa jest nieuczciwa. Z tego względu państwa członkowskie powinny zachęcać przedsiębiorców i twórców kodeksów do informowania konsumentów o swoich kodeksach postępowania⁸⁶.

Z uwagi na rolę jaką mogą pełnić kodeksy postępowania, w tym oddziaływanie na zachowania gospodarcze konsumentów, w Dyrektywie 2005/29/WE zawarto szereg przepisów regulujących praktyki przedsiębiorców z nimi związanych. I tak na przykład praktyką handlową wprowadzającą w błąd, która jest zabroniona w każdych okolicznościach jest podawanie się przez przedsiębiorcę za sygnatariusza

⁸³ Art. 2 lit. f) Dyrektywy 2005/29/WE.

⁸⁴ W świetle art. 2 lit. g) Dyrektywy 2005/29/WE twórca kodeksu oznacza każdy podmiot, w tym przedsiębiorcę lub grupę przedsiębiorców, odpowiedzialny za redagowanie kodeksu postępowania, wprowadzanie do niego zmian i/lub nadzór nad jego przestrzeganiem przez wszystkich, którzy zobowiązali się do jego przestrzegania.

⁸⁵ SDW (2016) 163 final, Bruksela 25.5.2016.

⁸⁶ Art. 17 Dyrektywy 2005/29/WE.

kodeksu postępowania lub twierdzenie, że kodeks postępowania został zatwierdzony przez organ publiczny lub inny organ, gdy jest to niezgodne z rzeczywistością⁸⁷.

Jak zauważa się w literaturze⁸⁸, z uwagi na specyfikę oraz trudności uregulowania zasad uczciwości w obrocie gospodarczym z udziałem konsumentów, odwołanie się w Dyrektywie 2005/29/WE do mechanizmów samoregulacji jest kwestią dyskusyjną. Wynika to z faktu, że tzw. miękkie prawo jest inaczej postrzegane i stosowane w każdym z państw członkowskich. Widać to szczególnie porównując państwa z systemem *common law* (np. Wielka Brytania), gdzie prawo miękkie wywiera doniosłe skutki prawne, a państwa z systemem kontynentalnym (np. Polska), w których kodeksy postępowania raczej nie są traktowane nawet jako punkt odniesienia przy rozstrzyganiu spraw. Niemniej jednak należy zgodzić się, że tego typu regulacje mogą pomóc w doprecyzowaniu ogólnych przepisów normatywnych oraz zapobiec występowaniu luk prawnych. Wydaje się, że użycie w Dyrektywie 2005/29/WE mechanizmów samoregulacji jest rozwiązaniem prawidłowym, które ma szansę stworzyć nowe perspektywy rozwoju kodeksów postępowania jako mechanizmów ochrony konsumentów.

5. Środki zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych przewidziane w Dyrektywie 2005/29/WE

Dyrektywa 2005/29/WE zobowiązuje państwa członkowskie do wprowadzenia odpowiednich i skutecznych środków zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorców. Co wynika z art. 11 Dyrektywy 2005/29/WE środki te mają umożliwić osobom lub organizacją mającym uzasadniony interes w zwalczaniu nieuczciwych praktyk handlowych (w tym konkurentom) wszczęcie postępowania sądowego w odniesieniu do takich praktyk lub ich zaskarżenie na drodze administracyjnej przed właściwym organem. Każde państwo członkowskie może jednak zdecydować, który z powyższych środków (czy też oba) będzie dostępny. Dyrektywa 2005/29/WE wskazuje przy tym, że środki te mają być dostępne bez względu na to, czy poszkodowani konsumenci przebywają na terytorium państwa członkowskiego w którym przedsiębiorca ma swoją siedzibę.

⁸⁷ Załącznik I do Dyrektywy 2005/29/WE pkt 1 i 3.

⁸⁸ A. Kunkiel-Kryńska, *Nowe rozwiązania prawa ochrony konsumentów w dyrektywie o nieuczciwych praktykach handlowych*, Europejski Przegląd Sądowy 2007, Nr 8, s. 35.

W każdym z obu modeli ochrony przed nieuczciwymi praktykami handlowymi (tj. na drodze postępowania sądowego lub administracyjnego) przewiduje się dwa zasadnicze środki, które muszą być stosowane przy uwzględnieniu interesu wszystkich zainteresowanych, a w szczególności interesu publicznego. Do środków tych zalicza się:

- nakazanie zaprzestania nieuczciwych praktyk handlowych;
- wszczęcie właściwego postępowania sądowego lub administracyjnego w celu nakazania zaprzestania takich praktyk.

Istotnym z punktu widzenia systemu ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami handlowymi jest upoważnienie dla państw członkowskich zawarte w Dyrektywie 2005/29/WE do stosowania działań prewencyjnych. W sytuacji, której nieuczciwa praktyka handlowa nie została jeszcze zastosowana, ale jej zastosowanie jest bliskie, sąd lub organ administracyjny mogą ją zakazać lub podjąć decyzję o wszczęciu właściwego postępowania sądowego lub administracyjnego w celu wydania zakazu jej stosowania.

Co istotne stosowanie powyższych środków jest niezależne od dowodu zamiaru czy choćby niedbalstwa ze strony przedsiębiorcy, jak również od dowodu rzeczywistej szkody poniesionej przez konsumenta⁸⁹.

Dyrektywa 2005/29/WE przewiduje także dwa dodatkowe środki mające na celu usunięcie trwałych skutków nieuczciwych praktyk handlowych, które państwa członkowskie mogą przyznać sądom lub organom administracyjnym. Są to nakazanie publikacji prawomocnego orzeczenia, w którym zaprzestanie stosowania nieuczciwych praktyk handlowych zostało nakazane lub nakaz publikacji sprostowania.

Jednym z najistotniejszych przepisów, z perspektywy zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych, jest art. 12 Dyrektywy 2005/29/WE regulujący kwestie dotyczące ciężaru dowodu. Przepis ten pozwala bowiem państwom członkowskim przerzucić na przedsiębiorcę, ciężar udowodnienia, że dana praktyka rynkowa nie jest nieuczciwa⁹⁰. Zgodnie z jego treścią sąd lub organ administracyjny, biorąc pod uwagę uzasadniony interes przedsiębiorcy i innych uczestników postępowania oraz okoliczności sprawy, jest uprawniony żądać od przedsiębiorcy przedstawienia dowodu na prawdziwość

⁸⁹ Wyrok TSUE z dnia 16 kwietnia 2015 r. w sprawie C 388/13 Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság przy udziale UPC Magyarország Kft.

⁹⁰ Konstrukcja odwróconego ciężaru dowodowego ma zastosowanie w Polsce. Art. 12 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. z 2017 r. poz. 2070.) stanowi, że ciężar dowodu, że dana praktyka rynkowa nie stanowi nieuczciwej praktyki wprowadzającej w błąd spoczywa na przedsiębiorcy, któremu zarzuca się stosowanie nieuczciwej praktyki rynkowej.

swoich twierdzeń o faktach związanych z praktyką handlową. W sytuacji, której dowód ten nie zostanie przedstawiony lub jeżeli zostanie on uznany przez sąd lub organ administracyjny za niewystarczający, sąd lub organ administracyjny jest uprawniony uznać twierdzenia przedsiębiorcy o faktach za nieprawdziwe.

W celu wykonania postanowień Dyrektywy 2005/29/WE państwa członkowskie zostały zobowiązane do ustanowienia sankcji za naruszenie krajowych przepisów transponujących Dyrektywę 2005/29/WE oraz podjęcia wszelkich niezbędnych działań w celu zapewnienia ich egzekwowania⁹¹. Co podkreśla motyw 22 Dyrektywy 2005/29/WE ustanowione sankcje muszą być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające. Jest to kluczowe dla osiągnięcia rezultatu do jakiego państwa członkowskie są zobligowane na mocy Dyrektywy 2005/29/WE⁹².

⁹¹ Art. 13 Dyrektywy 2005/29/WE.

⁹² Np. zgodnie z Rezolucją Parlamentu Europejskiego z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie stosowania dyrektywy 2005/29/WE dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych (2013/2116(INI) (2017/C 093/05) pkt.19 [Parlament Europejski] „*uważa, że kary za naruszenie dyrektywy nie powinny w żadnym wypadku być niższe od wielkości zysku zrealizowanego w następstwie nieuczciwej lub wprowadzającej w błąd praktyki; przypomina państwom członkowskim, iż dyrektywa stanowi, że sankcje muszą być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające[...]*”.