

Status prawny agencji reklamowej w ustawodawstwie polskim

Zamiast wstępu:

„Rozłożyłem szachownicę. Napełniłem fajkę, poustawiałem figurki, sprawdziłem, jak się prezentują i rozegrałem partię Goczakov – Meninkin – z turnieju mistrzów – remis po siedemdziesięciu dwóch ruchach. Jest to klasyczny przykład zmagania żywiołowego ataku z upartą obroną; taka bitwa bez broni, bezkrwawa wojna a jednocześnie wyszukane marnotrawstwo ludzkiej inteligencji, które można porównać tylko z pracą w agencji reklamowej” – z rozważań Philipa Marlowe, głównego bohatera powieści kryminalnych Raymonda Chandlera *The Long Good-Bye* z 1954 r.

Intensywnemu rozwojowi reklamy, który obserwujemy w ostatnim okresie przemian społecznych, w szczególności związanych z nowymi technologiami oraz globalizacją rynku, towarzyszy zaangażowanie różnych środowisk twórczych, specjalistów socjologii, psychologii oraz ekspertów w zakresie marketingu. Tłem tych działań są nowe zachowania konsumenckie w sieci. Dotychczasowe techniki marketingowe, zwłaszcza wykorzystywanie 30-sekundowego spotu reklamowego, stają się przestarzałym, chociaż ciągle aktualnym narzędziem marketingowym, które w wojnie o klienta można porównać do drewnianego miecza w walce ze smokiem ziejącym ogniem¹. Z pojawieniem się nowych mechanizmów i przestrzeni reklamowych (VOD, sieciowe gry multimedialne, fora dyskusyjne, eksperymentalne działania reklamowe w wyszukiwarkach, prywatne blogi, aplikacje na urządzeniach przenośnych) powstała nowa specyfika rynku reklamy. Istotnym uczestnikiem procesu reklamowego ciągle pozostają wyspecjalizowani pośrednicy, czyli agencje reklamowe. Podmioty, które znają rynek, upodobania konsumenckie (w tym

* Dr prawa, zastępca dyrektora Narodowego Instytutu Audiowizualnego, adiunkt w Instytucie Prawa i Administracji Wydział Bezpieczeństwa Narodowego Akademii Obrony Narodowej.

¹ Na temat nowych technik marketingu oraz przyszłości technik reklamowych zob. J. Jaffe, *Life after the 30-second spot. Energize Your brand with a bold mix of alternatives to traditional advertising*, New Jersey 2005.

psychologię zachowań konsumenckich) i coraz częściej nowe technologie przekazu informacji, przyjmują pozycję pomysłodawcy oraz doradcy w kwestiach związanych z reklamą konkretnej usługi czy produktu. Zadania agencji reklamowych można podzielić na obszar doradczy, twórczy, czyli kreatywny oraz usługowy. Od lat wszystkie działania agencji reklamowej zmierzają do jednego celu – zaspokojenia potrzeb jej klienta i w tym zakresie działalność agencji reklamowej jest działalnością gospodarczą w zakresie reklamy (odnosi się to do samego procesu reklamowego), ale również agencyjną, w relacjach klient reklamodawca – agencja.

W związku ze zmianami organizacji rynku reklamy zmieniała się rola agencji reklamowej. Coraz częściej mamy do czynienia z podmiotami wyspecjalizowanymi w bardzo konkretnym obszarze marketingu, których zadaniem jest zaspokojenie coraz bardziej zindywidualizowanych potrzeb rynkowych klienta. Sytuację tę odzwierciedlają słowa R. Hilla z Ogilvy South Africa, który definiując nowe wyzwania w świecie marketingu stwierdził, że „In a way, the industry needs to take another step forward in terms of maturity. And I think communications planning will do this. It will become a fundamentally strategic lever, and not just a lever that has a lingering question mark. It will drive accountability in the industry which will see a second revolution. It will drive forward what you could call the »professionalisation« of marketing”². W sposób szczególny proces ten dotyka nowego statusu agencji reklamowej. Specjalizacja na działania agencyjne w zakresie sieci teleinformatycznej, działania kreatywne związane z tworzeniem wizerunkowym kampanii reklamowej, czy działania związane z tradycyjnymi technikami reklamowymi (tradycyjne mass media w ramach 30-sekundowych spotów) powoduje pewne problemy interpretacyjne w sferze odpowiedzialności prawnej agencji reklamowej. Trudności ze zdefiniowaniem statusu prawnego agencji reklamowej, a w szczególności z ustaleniem zakresu jej odpowiedzialności, wymagają dookreślenia sytuacji prawnej agencji poprzez analizę jej podstawowej i tradycyjnej już roli, czyli agenta³. Nie można także pominąć odpowiedzialności agencji jako podmiotu, który opracował reklamę. Należy też zauważyć, iż agencja reklamowa może być podmiotem autorskich praw majątkowych oraz producentem utworu audiowizualnego, jeśli opracowana przez nią reklama spełnia przesłanki definicyjnego utworu. Za wyjściową definicję agencji reklamowej należy przyjąć de-

² J. Taylor, *Space race, An inside view of the future of communications planning*, West Sussex England 2005, s. 246.

³ Por. P. Książak, *Odpowiedzialność cywilna agencji reklamowej*, [w:] *Reklama. Aspekty prawne*, red. M. Namysłowska, Warszawa 2012, s. 729–741.

finicję R. Skubisza, zgodnie z którą jest to podmiot, który niezależnie od swojej nazwy, przygotowuje koncepcję przeprowadzenia reklamy, planuje realizację tej koncepcji, opracowuje (kształtuje) konkretną treść wypowiedzi reklamowej, pośredniczy w jej wyemitowaniu w radiu, telewizji oraz opublikowaniu w prasie, rozpowszechnianiu w formie ulotek, plakatów⁴. Można tu rozszerzyć zakres usług reklamowych o nowe sposoby dotarcia do jej odbiorcy poprzez korzystanie z różnych nowych środków przekazu, nie wyłączając przestrzeni internetowej, a w szczególności coraz częściej wykorzystywanych w celach reklamowych portali społecznościach i związanych z nimi technik przekazu komunikacji bezpośredniej z odbiorcą, opartej w głównej mierze na interakcji (np. tzw. marketing szeptany). Wszystkie tego typu działania stanowią domenę współczesnej agencji reklamowej. Z przytoczonej powyżej definicji wynika, iż agencją reklamową jest przedsiębiorca, czyli osoba, która zawodowo przygotowuje wypowiedź reklamową i koordynuje jej realizację w praktyce. To oznacza, że niezależnie od zadań i profesjonalizacji tego podmiotu, działania podejmowane przez agencję reklamową można zaliczać do jednego obszaru regulacyjnego.

Wydaje się, że spełnienie którejkolwiek z przesłanek wymienionych we wskazanej definicji kwalifikuje dany podmiot jako agencję, nawet, jeśli nie użyjemy tego pojęcia wprost. W konsekwencji należy przyjąć, że do każdego rodzaju działalności podmiotu stosującego praktyki reklamowe stosowalibyśmy zakres regulacji prawnych, które odnoszą się bezpośrednio do agencji reklamowej.

Agencja reklamowa jako przedsiębiorca

Istotnym elementem ustalenia statusu prawnego agencji reklamowej jest jej geneza oraz warunki rozwoju i funkcjonowania. Według definicji Amerykańskiego Stowarzyszenia Agencji Reklamowych (American Association of Advertising Agencies – 4 AS)⁵ agencja reklamowa to niezależna jednostka organizacyjna składająca się z ludzi biznesu i personelu kreatywnego, którzy przygotowują, opracowują oraz umieszczają reklamę w środkach przekazu dla sprzedających i szukających klientów na swoje produkty i usługi.

Działalność agencji reklamowej zapoczątkowały media, a właściwie prasa drukowana. Za prowizyjne wynagrodzenie agenci reklamowi poszukiwali

⁴ R. Skubisz, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – komentarz*, Warszawa 2001, s. 489.

⁵ J.Th. Russel, W.R. Lane, *Reklama według Ottona Kleppnera*, Warszawa 2000, s. 131.

klientów, którzy umieszczali swoje ogłoszenia w prasie. Był to rodzaj akwizycji dla rynku prasowego. Z czasem działalność agentów reklamowych zaczęła bardziej skupiać się na potrzebach reklamodawcy. Klientem agencji stały się osoby, które chciały się ogłaszać w mediach. Przestrzeń reklamowa, w tym czas reklamowy, stały się narzędziem pracy agencji. W początkowym okresie rozwoju agencja reklamowa przypominała współczesny „dom mediowy”. Dopiero u schyłku XIX w. pojawili się „kreatywni”, którzy sprzedawali swoje usługi w postaci pomysłu na reklamę i jej kampanię. Agencja zaczęła tworzyć teksty, oprawę plastyczną, wreszcie zamieszczać reklamę w mediach. W następnych latach rozwinęła się praktyka, że prowizję przyznawano tzw. agencjom „uznanym”. Warunkiem uznania statusu agencji były m.in. posiadanie zamówień reklamy w celu jej zamieszczenia w mediach oraz kompetencje w zarządzaniu reklamą. Te zasady obowiązują także dzisiaj. Standardem działania agencji są negocjacje w sprawie prowizji jaką agencje obciążają swoich klientów. Współcześnie istnieje wiele agencji *full service*, które zajmują się planowaniem mediów, tworzeniem i produkcją reklamy. Większość agencji ma działy przyjmujące różne modele organizacji, które specjalizują się w danej usłudze.

W warunkach globalizacji szczególnego znaczenia nabral marketing międzynarodowy. Największe agencje to często duże holdingi z przedstawicielstwami na całym świecie, zatrudniające specjalistów zajmujących się specyfiką konkretnego rynku⁶. W ostatnim okresie rozwoju rynku w kierunku wzmożonej konsumpcji, szczególne znaczenie na rynku reklamowym ma tzw. „dom mediowy”, czyli podmiot, który dokonuje zakupu powierzchni lub czasu reklamowego. Domy mediowe biorą udział w przetargach. Przystępując do przetargu dom mediowy przygotowuje określone szacunkowo koszty planowanej kampanii, przeprowadza badania oraz określa pozycję usługi czy produktu na rynku. Bazując na tych danych wygrywa przetarg, a następnie podpisuje umowę przeważnie na rok, ze względu na planowane przez reklamodawców budżety. Poza „planowaniem” mediów (planem – zakupem czasu antenowego czy powierzchni reklamowej itp.), dom mediowy przedstawia raporty o dotarciu (*trucking*), deklarację zakupu towaru, badania dotyczące aktywności konkurencji w mediach, dostarcza planowane wskaźniki, a zdarza się, że także spoty konkurencji wypożyczone od instytutów badawczych. Działalność kreatywnych w porównaniu z rolą, jaką ma do spełnienia dom mediowy jest

⁶ Wyróżniamy wiele rodzajów agencji, m.in.: Mega agencje, Agencje talentów – kreatywne, Agencje a la carte, Agencje wewnętrzne in – house agencies, Agencje z notatnika – rolodex, Agencje of record – Domy mediowe.

nieporównywalnie mniejsza. Mechanizm odejścia w działaniach reklamowych od tych, wpływających na podświadomość, uczucia, w tym estetykę, do działań typowo skupionych na „technicznych” sposobach dotarcia (np. poprzez tzw. pozycjonowanie stron klienta, samego produktu czy usługi) powoduje przeobrażenie agencji w dom mediowy, który – skupiony na działaniach marketingowych – walczy o wynagrodzenie, coraz częściej zależne od pozycji rynkowej i zysków klienta.

Bez względu na formę prowadzonej działalności, w świetle przepisów prawa, agencja reklamowa charakteryzuje się szczególnym i niejednoznacznym statusem. Taka sytuacja w oczywisty sposób wpływa na zakres jej odpowiedzialności. Współcześnie działalność agencji reklamowej nie skupia się jedynie na tworzeniu rzetelnej wiadomości dla konsumentów, czyli przekazie zmierzającym do promocji sprzedaży albo innych form korzystania z towaru lub usług, lecz także na wielu innych czynnościach, które powodują, że klient agencji dociera ze swoimi produktami czy usługami do konsumenta w sposób przemyślany, co następuje dzięki analizie wszelkich warunków i okoliczności rynkowych, nie wyłączając skrupulatnych badań, w tym psychologicznych.

Status agencji reklamowej należy rozpatrywać w odniesieniu do kilku sytuacji prawnych, w jakich ten podmiot działa. Przede wszystkim należy zauważyć, że agencja reklamowa może być przedsiębiorcą.

W rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁷ zgodnie z art. 4 ust. 1 przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Działalność gospodarcza została zdefiniowana jako zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły (art. 2 ww. ustawy). Przy spełnieniu tych przesłanek definicyjnych agencja reklamowa będzie przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o swobodzie gospodarczej.

Z kolei w świetle przepisów ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym⁸ agencja reklamowa będzie ponosić odpowiedzialność za takie praktyki jako przedsiębiorca, przez którego rozumie się osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które prowadzą działalność gospodarczą lub zawodo-

⁷ Tj. Dz.U. 2013, poz. 672.

⁸ Dz.U. 2007, nr 171, poz. 1206.

wą, nawet jeżeli działalność ta nie ma charakteru zorganizowanego i ciągłego, a także osoby działające w ich imieniu lub na ich rzecz. Do praktyk tych zalicza się działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informację handlową, w szczególności reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta. Jako praktyki nieuczciwe ustawodawca określił takie działania przedsiębiorców wobec konsumentów, które są sprzeczne z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształcają lub mogą zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta, przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu. Odpowiedzialność agencji reklamowych za nieuczciwe praktyki, o których mowa we wskazanej regulacji, wydaje się oczywista, niezależnie od formy i zakresu działania takiego podmiotu.

Dodatkowo agencja może być także przedsiębiorcą, o którym mowa w art. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁹. Ta ostatnia definicja ma charakter autonomiczny w stosunku do regulacji zawartej w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Powstała dla celów konkretnej regulacji. Takie stanowisko przyjął Sąd Najwyższy w wyroku z 22.10.2013 r.¹⁰ uznając, iż działanie w celu osiągnięcia zysku nie jest konieczną przesłanką posiadania statusu przedsiębiorcy w szczególnych warunkach regulacyjnych. Według Sądu Najwyższego¹¹ definicja zawarta w ustawie odnoszącej się do warunków prowadzenia działalności gospodarczej jest definicją na użytek tej ustawy. Poza nią w porządku prawnym funkcjonuje jeszcze kilka definicji przedsiębiorcy, w tym – mająca charakter szczególny i autonomiczny – definicja sformułowana w art. 2 u.z.n.k., dla potrzeb tej szczególnej regulacji. Definicja ta wyraźnie odbiega od określenia, którego używa się w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Według SN, ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji posługuje się szerszym pojęciem przedsiębiorcy, obejmując nim osoby fizyczne i prawne oraz organizacje, które prowadząc działalność zarobkową lub zawodową, uczestniczą w działalności gospodarczej, bowiem „(...) zwraca się uwagę na odróżnienie podmiotów prowadzących działalność zarobkową od podmiotów prowadzących działalność zawodową. Działanie w celu osiągnięcia zysku (zarobkowe) nie jest konieczną przesłanką zakwalifikowania określonego podmiotu jako przedsiębiorcy w rozumieniu art. 2 ust. 2 u.z.n.k. Przedsiębiorcami w rozumieniu tego przepisu mogą więc

⁹ Dz.U. 1993, nr 47, poz. 211 z póź. zm., dalej „u.z.n.k.”

¹⁰ Sygn. akt. II CK 161/02, OSNC 2004/11/186.

¹¹ Dalej „SN”.

także być podmioty prowadzące działalność zawodową, nie w celu osiągnięcia zysku. Oczywiście, owo działanie, aby miało charakter „zawodowy”, musi odpowiadać określonym cechom (stałość, ciągłość, organizacja). Chociaż więc przedmiotem ustawy jest zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej (art. 1), to pojęcie tej działalności w rozumieniu ustawy nie jest nierozdzielnie związane z działaniem nastawionym na osiągnięcie zysku”.

Jednocześnie Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, iż podobnie przepisy ustawy z 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny¹² wprowadzają analogiczne odróżnienie w art. 43¹³, który definiuje przedsiębiorcę jako osobę fizyczną, prawną oraz jednostkę organizacyjną (o której mowa w art. 33¹ § 1 kodeksu cywilnego, czyli jednostki organizacyjnej niebędącej osobą prawną, którym ustawa przyznaje zdolność prawną), prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Ogólna formuła tego przepisu dopuszcza działalność gospodarczą nienastawioną na osiągnięcie zysku. Ponadto Sąd Najwyższy zauważył, że art. 2 u.z.n.k. posługuje się pojęciem „uczestniczenia” w działalności gospodarczej, a więc pojęciem znaczeniowo pojemnym. Określony podmiot może zatem, prowadząc działalność zawodową, uczestniczyć w działalności gospodarczej, chociaż nie działa dla zarobku. Uczestniczenie w obrocie gospodarczym może polegać na różnych zachowaniach, które mogą mieć wpływ na bieżące albo przyszłe wyniki działalności przedsiębiorców lub interesy klientów. Według SN o tym, czy takie uczestnictwo występuje, decyduje nie tylko wola danego podmiotu, ale przede wszystkim obiektywna ocena charakteru i rozmiaru jego działania. Cechy te mogą powodować, że dany podmiot, sam nie działając w celu osiągnięcia zysku, oddziałuje na określoną sferę gospodarczą. Zatem sytuacja taka dotyczy wszystkich agencji reklamowych, działających w różnych formach organizacyjno-prawnych (nie wyłączając np. fundacji), których działalność można zakwalifikować jako działania związane z procesem reklamy.

Należy zatem przyjąć, iż agencja reklamowa, w warunkach spełnienia określonych przesłanek definicyjnych, będzie przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy kodeks cywilny, tudzież ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, a także ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, niezależnie od przyjętej formy orga-

¹² Dz.U. 1964, nr 16, poz. 93 z póź. zm., dalej „kodeks cywilny”.

¹³ Przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 331 § 1, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Przepis wprowadzony przez ustawę z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2003, nr 49, poz. 408).

nizacyjno-prawnej jej działalności. Tym samym, w różnych sytuacjach prawnych, będzie się kształtował zakres jej uprawnień i obowiązków.

Agencja reklamowa jako podmiot prowadzący działalność agencyjną

Każda z powyżej przytoczonych definicji przedsiębiorcy odnosi do tej samej roli oraz celów działania agencji, czyli świadczenia usług na rzecz innego podmiotu w zakresie reklamy. Agencyjny charakter tych usług wydaje się być niewątpliwy. Jednak w rezultacie zmian rynkowych i zachowań konsumenckich powstają trudności nie tylko w zdefiniowaniu samego pojęcia współczesnej agencji reklamowej, ale także w określeniu generalnym jaką funkcję pełni podmioty specjalizujące się w usługach reklamowych w kontekście ich statusu formalnoprawnego oraz w jaki sposób kształtuje się zakres ich odpowiedzialności wobec klienta i wobec konsumenta. Dotyczy to w szczególności oceny tego statusu w związku z usługami polegającymi na bardzo konkretnym działaniu związanym z zakupem czasu antenowego, przestrzeni reklamowej, także w sieci teleinformatycznej oraz w zupełnie innych, nowych obszarach działania człowieka, gdzie mogło wydawać się do tej pory, że przestrzeń ta jest zarezerwowana wyłącznie dla sfery prywatnych relacji (np. poczta e-mail).

W celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących statusu prawnego agencji reklamowej należy przede wszystkim dokonać analizy powiązań działania agencji reklamowej z agentem w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego odnoszących się do umowy agencyjnej (art. 758 i nast. kodeksu cywilnego).

W ramach umowy agencyjnej przyjmujący zlecenie (agent) zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, do stałego pośredniczenia, za wynagrodzeniem, przy zawieraniu z klientami umów na rzecz dającego zlecenie przedsiębiorcy albo do zawierania ich w jego imieniu, przy czym do zawierania umów w imieniu dającego zlecenie oraz do odbierania oświadczeń agent musi mieć stosowne umocowanie. Umowa agencyjna jest umową, która należy do umów o świadczenie usług. Może to być umowa z pełnomocnictwem, umowa pośrednictwa lub mieszana. Z tym ostatnim rodzajem mamy do czynienia w przypadku agencji reklamowej. Agencja reklamowa uczestniczy przy zawieraniu umów w imieniu reklamodawcy (usługi obejmują czynności prawne, np. wspomniany zakup czasu reklamowego), ale również wykonuje dla reklamodawcy czynności faktyczne, np. opracowanie reklamy przez dział kreatywny. W tym ostatnim przypadku relacje pomiędzy agencją a reklamodawcą nie mają charakteru umowy agencyjnej, a raczej typowej umowy o dzieło. Jed-

nak zauważyć należy, że jeśli opracowanie reklamy wiązać się będzie z przeprowadzeniem określonych badań, relacja ta będzie miała charakter usługi agencyjnej. W ramach pośrednictwa agencja reklamowa wykonuje różne czynności, np. przeprowadza negocjacje w sprawie stawek i rabatów za korzystanie z wybranej przez nią przestrzeni reklamowej.

Umowa agencyjna jest umową odpłatną o stałe świadczenie usług agencyjnych. Zgodnie z wcześniejszym opisem działalności reklamowej, w przypadku agencji reklamowej mamy do czynienia z takim charakterem relacji pomiędzy agencją a klientem – reklamodawcą, która pozwala odróżnić właśnie ten rodzaj umowy od umowy o pośrednictwo, czy też od umowy o pracę. Wątpliwości budzi jednak sposób rozliczeń pomiędzy zlecającym a agencją.

Zgodnie z art. 761 kodeksu cywilnego, agent może żądać prowizji od umów zawartych z jego udziałem. W braku odmiennego postanowienia umowy agencyjnej, agent nabywa prawo do prowizji z chwilą, w której dający zlecenie powinien był, zgodnie z umową z klientem, spełnić świadczenie albo faktycznie je spełnił, albo też swoje świadczenie spełnił klient. Jednakże strony nie mogą umówić się, że agent nabywa prawo do prowizji później niż w chwili, w której klient spełnił świadczenie albo powinien był je spełnić, gdyby dający zlecenie spełnił świadczenie. Ponadto, jeżeli umowa zawarta pomiędzy dającym zlecenie i klientem ma być wykonywana częściami, agent nabywa prawo do prowizji w miarę wykonywania tej umowy. Roszczenie o zapłatę prowizji staje się wymagalne z upływem ostatniego dnia miesiąca następującego po kwartale, w którym agent nabył prawo do prowizji. Postanowienie umowy mniej korzystne dla agenta jest nieważne.

W praktyce działania agencji reklamowej mamy do czynienia z kilkoma modelami wynagrodzenia dla agencji reklamowej:

- stała opłata miesięczna w całym okresie współpracy z klientem;
- prowizja czyli procent od budżetu klienta – reklamodawcy, czyli od planowanych przez klienta wydatków na kampanię reklamową – w zasadzie budżet taki odnosi się głównie do kampanii mediowej;
- procent od kosztów przeznaczonych na reklamę

oraz – w zależności od charakteru usługi – jedynie wynagrodzenie za dzieło w postaci opracowanej przez agencję reklamową reklamy, czyli utworu w rozumieniu prawa autorskiego. Z reguły wynagrodzenie jest ustalane w postaci pokrycia kosztów plus zysk¹⁴.

¹⁴ Według T. Sztuckiego procent od kosztów jest niechętnie stosowany przez klientów ze względu na obawy zawyżania przez agencję jej kosztów celem osiągnięcia wyższej prowizji, zaś honorarium według kosztów zwiększonych o zysk polega na stałej opłacie

W tym miejscu mogą pojawić się wątpliwości, co do uznania zasad dotyczących prowizji agenta za równoznaczne z regułami wynagradzania agencji reklamowej. Z reguły roszczenie agencji o prowizję rodzi się w chwili zawarcia umowy z klientem, podczas gdy kodeksowe prawo do prowizji jest rezultatem skuteczności działań agenta. W praktyce działań agencji reklamowej zawarcie umowy przez agencję reklamową z konkretnym medium nie ma znaczenia dla jej wynagrodzenia z tytułu umowy zawartej z klientem – zlecającym agencji. Kodeksowo, w sytuacji braku odmiennego postanowienia umowy agencyjnej, agent nabywa prawo do prowizji z chwilą, w której dający zlecenie powinien był, zgodnie z umową z klientem, spełnić świadczenie albo faktycznie je spełnił, albo też swoje świadczenie spełnił klient. W tych okolicznościach należałoby uznać, że dopuszcza się inne reguły wynagradzania agenta poprzez wprowadzenie ich w drodze umownej. Nie jest jednak dopuszczalne, aby strony umówiły się, że agent nabywa prawo do prowizji później niż w chwili, w której klient spełnił świadczenie albo powinien był je spełnić, gdyby dający zlecenie spełnił świadczenie.

W praktyce zasada ta ma chronić sytuację prawną agenta. Pozostaje także możliwość skorzystania z reguły, według której jeżeli umowa zawarta pomiędzy dającym zlecenie i klientem ma być wykonywana częściami, agent nabywa prawo do prowizji w miarę wykonywania tej umowy. Zgodnie z art. 761 (4) kodeksu cywilnego agent nie może żądać prowizji, gdy oczywiste jest, że umowa z klientem nie zostanie wykonana na skutek okoliczności, za które dający zlecenie nie ponosi odpowiedzialności, jeżeli zaś prowizja została już agentowi wypłacona, podlega ona zwrotowi. Postanowienie umowy agencyjnej mniej korzystne dla agenta jest nieważne.

Z kolei postanowienia określające prawo agenta do zwrotu wydatków związanych z wykonaniem zlecenia również nie mają znaczenia dla relacji reklamodawcy i agencji reklamowej, chociaż ustawa pozostawia te rozwiązania woli stron w ramach zawartej umowy agencyjnej. Podobnie będzie z postanowieniami dotyczącymi prawa zastawu dla zabezpieczenia roszczeń o prowizję oraz roszczeń o zwrot wydatków i zaliczek udzielonych dającemu zlecenie. Ważnym postanowieniem dla określenia statusu agencji jest treść art. 760¹

zwiększonej o ustalony wskaźnik zysku dla agencji (przeważnie 15%). Stosowana jest także premia od planowanego wzrostu sprzedaży, ustalonego jako efekt końcowy reklamy. Podstawa ustalenia wynagrodzenia może być także cena przewodnia (*recomendet, reference price*), która jest równowartością usługi czołowej agencji na danym rynku. T. Sztucki, *Promocja, reklama, aktywizacja sprzedaży*, Warszawa 1997.

kodeksu cywilnego, zgodnie z którym agent jest zobowiązany w szczególności przekazywać wszelkie informacje mające znaczenie dla dającego zlecenie oraz przestrzegać jego wskazówek uzasadnionych w danych okolicznościach, a także podejmować, w zakresie prowadzonych spraw, czynności potrzebne do ochrony praw dającego zlecenie. W tym przypadku mamy do czynienia z analogią obowiązków agencji reklamowej i kodeksowego agenta. Ustawodawca nadał temu przepisowi szczególne znaczenie, obarczając umowy z innym postanowieniem – rygorem nieważności. Jednocześnie, zgodnie z art. 760² kodeksu cywilnego, dający zlecenie zobowiązany jest przekazywać agentowi dokumenty i informacje potrzebne do prawidłowego wykonania umowy.

Intersującym zagadnieniem jest wprowadzona przez ustawodawcę klauzula ograniczenia działalności konkurencyjnej. Strony mogą w formie pisemnej pod rygorem nieważności ograniczyć działalność agenta, mającą charakter konkurencyjny, po rozwiązaniu umowy agencyjnej na okres nie dłuższy niż dwa lata, w zamian za wypłacanie na jego rzecz sumy pieniężnej (kwoty o wartości proporcjonalnej do korzyści osiągniętych przez dającego zlecenie na skutek ograniczenia działalności konkurencyjnej oraz utraconych z tego powodu możliwości zarobkowych agenta). Trudności z ustaleniem takiego odszkodowania oraz przeważnie wysokie koszty klauzuli zniechęcają zlecających do jej stosowania. Poza tym, byłoby to niemożliwe zważywszy na zakres czasowy usług agencji reklamowej, który – jak wspomniano powyżej – często obejmuje ściśle określoną kampanię reklamową lub rok budżetowy.

Innym zagadnieniem, o naturze nie tylko prawnej, ale i etycznej, jest obsługa klientów konkurencyjnych przez tą samą agencję. Zjawisko to zdarza się dość często i w różny sposób wprowadzane są rozwiązania zabezpieczające interesy klientów. W świetle przepisów kodeksu cywilnego dotyczących usług agencyjnych wydaje się, że obsługa klientów konkurencji byłaby trudna do uzasadnienia. Ciekawą regulacją dla powyższego zagadnienia jest art. 764(3) kodeksu cywilnego, zgodnie z którym po rozwiązaniu umowy agencyjnej agent może żądać od dającego zlecenie świadczenia wyrównawczego, jeżeli w czasie trwania umowy agencyjnej pozyskał nowych klientów lub doprowadził do istotnego wzrostu obrotów z dotychczasowymi klientami, a dający zlecenie czerpie nadal znaczne korzyści z umów z tymi klientami¹⁵. Roszczenie to przysługuje agentowi, jeżeli biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności, a zwłaszcza

¹⁵ Por. na temat świadczenia wyrównawczego wyrok SN z dnia 8 listopada 2005 r., I CK 207/05 OSNC 2006, nr 9, poz. 150 oraz I. Mycko-Katner, *Umowa agencyjna*, Warszawa 2012, s. 248–252 oraz cytowana tam literatura.

cza utratę przez agenta prowizji od umów zawartych przez dającego zlecenie z tymi klientami, przemawiają za tym względy słuszności. Jest to trudny zapis do realizacji w praktyce reklamowej, zwłaszcza kiedy faktycznie w każdym przypadku celem działania agencji reklamowej jest zwiększenie kręgu klientów czy konsumentów zlecającego.

Różnice i podobieństwa opisane powyżej świadczą o tym, że umowa zawierana pomiędzy agencją reklamową a jej klientem nie jest typową umową agencyjną, jaką reguluje kodeks cywilny.

Charakter stosunków pomiędzy agencją reklamową a klientem pozwala na stwierdzenie, że pomimo historycznego i tradycyjnego potraktowania tych usług jako agencyjnych – mogą one przybierać różne formy cywilnoprawne, takie jak: umowy o dzieło (opracowanie reklamy), umowy zlecenia (obsługa mediów) do umowy tradycyjnej, czyli agencyjnej, jednak w tym ostatnim przypadku w dość ograniczonej formule, w sytuacji kiedy dopuszcza się odstępstwa od reguł generalnych w postanowieniach umownych.

Niezależnie od różnic, o których mowa powyżej, prawa i obowiązki agencji reklamowej są zbliżone do praw i obowiązków agenta, uregulowanych na gruncie prawa cywilnego. Agencja reklamowa jest pośrednikiem, działającym w imieniu zlecającego, jednak w ocenie zakresu odpowiedzialności agencji, jej współczesna struktura organizacyjna oraz charakter jej działań, wymagają rozszerzenia przedmiotowego, zarówno w ocenie relacji pomiędzy podmiotami działań reklamowych, jak i w zakresie definicyjnym samej agencji reklamowej. Zagadnienie to odnosi się przede wszystkim do kwestii odpowiedzialności za czyny nieuczciwej konkurencji.

Odpowiedzialność agencji reklamowej w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zgodnie z przytoczoną definicją R. Skubisza, w każdym przypadku, także w ramach działań domów mediowych będziemy mieli do czynienia z agencją reklamową. Takie zdefiniowanie agencji wymaga analizy jej odpowiedzialności w ocenie postanowień ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dom mediowy, współczesna agencja reklamowa, która niekoniecznie uczestniczy w procesie kreacji reklamy, opracowania przekazu reklamowego, a jej celem jest techniczno-organizacyjny proces przeprowadzenia kampanii w mediach, działając jako przedsiębiorca może być traktowany jako podmiot inny niż agencja reklamowa, która świadczy zawodowo usługi w zakresie opracowywania konkretnej treści reklamy. Takie podejście definiuje

agencje reklamową w wąskim zakresie. W obecnych warunkach rozwoju rynku reklamowego definicja i związana z nią odpowiedzialność agencji reklamowej byłyby uregulowane w sposób dość zawężony. Temat odpowiedzialności agencji reklamowej został uregulowany w art. 17 ww. ustawy. Zgodnie z tym przepisem, czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 16, czyli reklamy nieuczciwej, dopuszcza się również agencja reklamowa albo inny przedsiębiorca, który reklamę opracował. W konsekwencji działalność agencji reklamowej jako przedsiębiorcy, o którym mowa w art. 17 u.z.n.k. byłaby ograniczona do tej związanej z samą kreacją przekazu reklamowego. Redakcja tego przepisu wyraźnie wskazuje na element opracowania reklamy. W praktyce nie byłaby agencją reklamową, jako podmiotem odpowiedzialnym z art. 17 u.z.n.k., tak pojmowana agencja, która zajmuje się wyłącznie organizacją procesu reklamowego w zakresie kampanii medialnych, czyli „dom mediowy”. Redakcja art. 17 u.z.n.k. pozwala uznać, iż w przypadku reklamy czynem nieuczciwej konkurencji może być sytuacja powstania takiego czynu w wyniku samego procesu powstawania przekazu reklamowego, który dopiero w następnej kolejności będzie rozpowszechniony. Zatem zakres odpowiedzialności podmiotowej w rozumieniu art. 17 u.z.n.k. odnosi się do agencji reklamowej bądź innego przedsiębiorcy, który reklamę opracował. Należy tu zauważyć, że ciekawym zagadnieniem będzie sytuacja, kiedy będziemy mieli do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji na etapie product placement, kiedy nieuczciwa reklama jest eksponowana w treści przekazu (przykładem może być prezentowanie w złym świetle produktów jednego producenta w audycji sponsorowanej przez konkurencję). Należy zauważyć, że nie będziemy mieli tu do czynienia z przekazem reklamowym w tradycyjnym jego znaczeniu. Trudno także stwierdzić, kto i na jakim etapie taki przekaz opracował i kto ponosi odpowiedzialność za działania sprzeczne z zasadami prawidłowej konkurencji rynkowej.

W świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, agencja reklamowa jest jednym z podmiotów legitymowanych biernie (materialnie i procesowo), czyli odpowiadających za nieuczciwą reklamę. Przedmiotowo odpowiedzialnością została objęta reklama, o której mowa w art. 16 ustawy. Ustawa ta stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 415 i n. kodeksu cywilnego, co jest istotne w szczególności w zakresie odpowiedzialności agencji reklamowej. Wobec takiego stanu prawnego, agencja reklamowa pozbawiona ustawowej definicji powinna odpowiadać w zakresie swojej działalności reklamowej za naruszenia art. 16, ponadto za naruszenia art. 3 ustawy, który odnosi się w ogóle do czynów nieuczciwej konkurencji, a także w ramach art. 415 i n. kodeksu cywilnego. Jednak szczególne znaczenie ustawodawca przyznał agencji

reklamowej w zakresie jej odpowiedzialności za czyny nieuczciwej reklamy. Należy zaznaczyć, że w omawianym tu akcie prawnym wyliczenie czynów nieuczciwej reklamy pozostaje przykładowe, a to oznacza, że wszelkie inne przypadki czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy też będą opierać się na regulacjach odnoszących się do art. 16 ustawy (tym samym również do art. 17 u.z.n.k.). Oczywiście, za inne czyny nieuczciwej konkurencji agencja reklamowa będzie odpowiadać na podstawie art. 3 ustawy, chociaż jej działania nadal będą zaliczane do działań reklamowych, ale nie będą stanowić czynu nieuczciwej reklamy, według zakresu przedmiotowego, na który wskazuje art. 16 u.z.n.k.

Jak już wspomniano, na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która poza ustawą o radiofonii i telewizji, stanowi najistotniejszy akt regulujący zagadnienia reklamowe, agencja reklamowa nie została zdefiniowana. Jednak art. 17 ww. ustawy nadaje agencji reklamowej szczególną rangę. Zatem jest ona traktowana przez ustawodawcę jako sprawca bezpośredni deliktu reklamowego. Dodatkowo można powiedzieć, że taka konstrukcja prawna ogranicza działalność agencji reklamowej w zakresie kreacji, a to oznacza, że w pewien sposób ustawodawca celowo wprowadził bariery prawne dla swobodnego procesu twórczego, ograniczając działania twórcze do działań zgodnych z prawem, podczas gdy proces twórczy nie podlega ograniczeniom. Podobnie, spełnienie definicyjnych przesłanek utworu zawartych w art. 1 Ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁶ powoduje, że mamy do czynienia automatycznie z ustawową ochroną autorsko-prawną, niezależnie od tego, czy utwór powstał np. z naruszeniem innych przepisów prawa (np. dzieło z nielegalnymi zapożyczeniami). Należy zauważyć, iż z tym tematem wiąże się szersza problematyka dotycząca statusu agencji reklamowej jako podmiotu uprawnionego z tytułu majątkowych praw autorskich.

Zakres odpowiedzialności agencji reklamowej kształtują jej relacje z pozostałymi uczestnikami procesu tworzenia i rozpowszechniania reklamy. Nie budzi wątpliwości fakt, iż agencja reklamowa odpowiada za naruszenia reguł przewidzianych dla uczciwej reklamy względem podmiotów, o których mowa w art. 18 i 19 ww. ustawy. Odpowiedzialnością agencji reklamowej na gruncie prawa o zwalczaniu nieuczciwej reklamy nie została objęta sytuacja, kiedy agencja jako strona umowy z reklamodawcą (ale tylko wówczas, kiedy nie miał on wpływu na postać reklamy, w przeciwnym przypadku również mamy do czynienia z odpowiedzialnością solidarną – art. 441 kodeksu cywilnego) naruszyła reguły uczciwej reklamy, a w ten sposób jednocześnie dopuści-

¹⁶ Tj. Dz.U. 2006, nr 90, poz. 631 z późn. zmian.

ła się czynu niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy (wówczas mamy do czynienia z odpowiedzialnością w zakresie art. 471 i n. kodeksu cywilnego).

E. Nowińska i M. du Vall¹⁷ zaznaczają, że wyżej wspomniane zagadnienia stanowią problematykę związaną z zastosowaniem przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie odpowiedzialności „(...) dla oceny stosunków zobowiązaniowych w ogóle”. Jednak niewykluczona jest sytuacja odwrotna, kiedy reklamodawca poprzez swoje działania prowadzi do naruszenia ustawy, a agencja reklamowa jest odpowiedzialna za czyn w związku z art. 17 u.z.n.k. Zaznaczyć należy, iż agencja ma obowiązek działania na rzecz swojego klienta, jednak jako profesjonalista na rynku reklamy musi wykazać się szczególną uwagą w zakresie działań, które można byłoby uznać za sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji.

Opisując zjawisko prawne, jakim jest odpowiedzialność agencji reklamowej należy rozpatrywać je w kontekście współczesnej praktyki działania agencji reklamowych, która daleko odbiega od tej, związanej z tradycyjnymi formami przekazu reklamowego. Przyjmując stanowisko R. Skubisza, który w aspekcie standardowo zawieranych umów charakteryzuje agencję jako podmiot zawodowo zajmujący się prowadzeniem działalności reklamowej oraz uznaje tę okoliczność za uzasadnienie dla wprowadzenia szerszego zakresu jej odpowiedzialności, należy wyróżnić trzy warunki, których spełnienie powinno gwarantować skuteczne i zgodne z prawem działania agencji:

1) Zachowanie informacji poufnych – jako obowiązek agencji wobec reklamującego się, który jednocześnie zobowiązany jest do dostarczania wszelkich niezbędnych informacji dla przygotowania i przeprowadzenia kampanii (por. art. 760² kodeksu cywilnego). Agencja często musi wykazać pełne zaufanie wobec reklamodawcy w zakresie jego znajomości reklamowanego produktu, czy wymogów prawnych związanych z jakością, przyjętymi normami lub generalnie rzecz ujmując doświadczeniem marketingowym i merytorycznym reklamodawcy. Trudno wyobrazić sobie sytuację, kiedy przedstawiciel agencji obsługujący przedsiębiorcę może stwierdzić prawdziwość twierdzeń zawartych w tzw. Brief-ie przekazanych mu przez klienta. Można nawet przyjąć tezę, że agencja reklamowa poprzez szczególny rodzaj zaufania zgadza się na brief¹⁸,

¹⁷ E. Nowińska, M. Du Vall, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Poznań 2001, s. 179.

¹⁸ Brief – lista zadań, jakie spełniać ma reklama by marka osiągnęła sukces rynkowy. Brief jest bezpośrednim odzwierciedleniem strategii marki (*Brand strategy*). Zwykle opracowywany jest przez reklamodawcę, ale dla mniej wymagających klientów może go

ale też przy obecnie trwającej dużej rywalizacji, w fazie „wojny” o klienta, nie bardzo może pozwolić sobie na szczegółową analizę produktu lub usługi, a tym bardziej na obciążanie odpowiedzialnością za uzyskane informacje reklamodawcę w zapisach umownych. W tym miejscu należy wskazać na kolejny problem omawianego zagadnienia, jakim jest kwestia odpowiedzialności klienta wobec agencji, która przez nieuczciwe działania reklamodawcy dopuściła się czynu określonego powyższą ustawą.

2) Udzielanie reklamodawcy informacji i porad niezbędnych do prawidłowego przebiegu kampanii reklamowej – ten warunek odnosi się w zasadzie do zagadnień związanych z procesem twórczym samej reklamy. Można nawet powiedzieć, że ma charakter porządkujący działania reklamodawcy oraz agencji w zakresie procesu twórczego w szerokim tego słowa znaczeniu. Agencja ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą za zaniedbanie tych działań, jednak będzie ona ściśle związana przede wszystkim z postanowieniami umownymi.

3) Osiągnięcie oczekiwanego rezultatu – biorąc pod uwagę obowiązek starannego działania, który wynika z charakteru umowy agencyjnej, w praktyce agencja spełnia swoje zobowiązanie przeprowadzając kampanię reklamową – efektem końcowym jest dotarcie z produktem bądź usługą do ostatecznego odbiorcy i konsumenta w jak najszerszym zakresie. Ustawodawca w ustawie o zakazie nieuczciwej konkurencji, wprowadzając obciążenia dla agencji, nie definiuje przedmiotowo zakresu działania agencji, które objęte będzie odpowiedzialnością. W sposób uproszczony objął nią wszelką działalność związaną z opracowaniem reklamy i jej rozpowszechnieniem, o ile jej wynikiem będzie reklama nieuczciwa.

Spełnienie obowiązku informacyjnego wobec reklamodawcy o możliwościach naruszenia przepisów prawa nie zwalnia agencji od odpowiedzialności prawnej wobec osób trzecich. W takim przypadku jedynym rozwiązaniem będzie roszczenie regresowe wobec klienta, jeśli czyn taki byłby efektem jego działań (np. zaplanowanych w brief-ie). Z praktycznego punktu widzenia, trudno wyobrazić sobie taką sytuację. Wiąże się to ze statusem agencji jako podmiotu popełniającego czyn nieuczciwy, czyli podmiotu, który bezwzględnie odpowiada za działania reklamowe jak za czyn własny. Analizując bliżej relacje pomiędzy reklamodawcą a agencją, zapis art. 17 u.z.n.k. należy uznać za zbyt restrykcyjny dla agencji, nawet w okolicznościach, kiedy znane są granice ryzyka, jakie agencja musi ponosić. Odpowiedzialność solidarna tych podmiotów nie daje odpowiedzi na pytania co do zakresu odpowiedzialności

agencji za czyn nieuczciwej reklamy. Dodatkowo, jak już wspomniałam, możemy spotkać się z sytuacją naruszenia dobrego imienia klienta¹⁹, a w konsekwencji uznania określonej sytuacji medialnej za czyn nieuczciwej konkurencji. Czy wówczas odpowiedzialność za taki czyn również obejmie agencję reklamową? Z kolei w sytuacji, kiedy dom mediowy nie opracował reklamy, a jedynie przygotował strategię kampanii reklamowej oraz w celu jej przeprowadzenia dokonał zakupu czasu reklamowego lub przestrzeni reklamowej, czy będzie odpowiadał za działania związane z nieuczciwą reklamą? Wydaje się, że na gruncie ochrony cywilnoprawnej wynikającej z kontraktowej ochrony prawa cywilnego, jak i przy tak szeroko ujętej ustawowo odpowiedzialności agencji reklamowej, powyższe pytania wymagają interpretacji określonych, indywidualnych warunków działania wszystkich uczestników konkretnego procesu reklamowego. Teza rozszerzająca zakres odpowiedzialności agencji reklamowej wydaje się zbyt daleko idąca. Można nawet wyrazić pogląd, że agencja reklamowa została potraktowana przez ustawodawcę w regulacji art. 17 u.z.n.k. w sposób niewspółmierny do rzeczywistego jej wpływu na treść, jakość reklamy i proces jej upublicznienia. Działania agencji determinują sposoby dotarcia do konsumenta, które są często ograniczane czy też narzucane przez zlecającego przedsiębiorcę. W warunkach wskazanego powyżej stanu prawnego, zagadnienie ograniczenia odpowiedzialności agencji reklamowej trudno uregulować w ramach postanowień umownych.

Zgodnie z treścią art. 429 kodeksu cywilnego, kto powierza wykonanie czynności drugiemu, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną przez sprawcę przy wykonaniu powierzonej mu czynności, chyba że nie ponosi winy w wyborze albo, że wykonanie czynności powierzył osobie, przedsiębiorstwu albo zakładowi, które w zakresie swej działalności zawodowej trudnią się wykonywaniem takich czynności. Przepis ten obarcza odpowiedzialnością wykonawcę powierzonych czynności, w szczególności gdy jest on profesjonalistą. Trudno wątpić w fakt, iż agencja reklamowa zajmuje się profesjonalnie opracowaniem reklamy lub przeprowadzeniem kampanii reklamowej. W tych warunkach prawnych na zakres odpowiedzialności agencji nie będzie miał wpływu cel, do jakiego dążył wykonujący powierzoną czynność. Bowiern istotne jest, czy powierzenie czynności ułatwiło wykonanie tego celu i czy zlecający mógł przewidzieć tego typu konsekwencje. Jednocześnie szkody związane z reali-

¹⁹ Przykładem może być przypadek naruszenia renomy przedsiębiorcy działającego pod znakiem firmowym Prymat w serialu *M jak miłość* przez konkurencję oraz działania obsługującego domu mediowego. Zakres działań obejmował nie tylko zagadnienia samej kampanii reklamowej, ale także zagadnień product placement.

zacja celu, powstałe w wyniku umyślnego działania reklamodawcy – zlecającego, nawet jeśli powstały w wyniku działania agencji, nie powinny zwalniać z odpowiedzialności zlecającego – reklamodawcy. Można tu powołać się na wykładnię Sądu Najwyższego z 09.07.1998 r. Zgodnie z tezą tego wyroku²⁰, inwestor, który zlecił prowadzenie budowy i wykonanie nadzoru wyspecjalizowanemu przedsiębiorstwu nie może skutecznie powołać się na przewidziane w art. 429 kodeksu cywilnego przesłanki zwolnienia od odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną osobie trzeciej w trakcie budowy w sytuacji, gdy mógł z łatwością przewidzieć wystąpienie tej szkody już na etapie zatwierdzenia projektu realizacji inwestycji. Należy podkreślić, że w procesie reklamowym reklamodawca zawsze zatwierdza projekt reklamy i jej kampanię. Zważywszy na fakt, iż ustawa o zakazie nieuczciwej konkurencji stanowi *lex specialis* w stosunku do kodeksu cywilnego i wprowadza tak szeroko pojęty zakres odpowiedzialności agencyjnej, nie precyzując podziału tej odpowiedzialności pomiędzy wszystkich uczestników procesu tworzenia reklamy, w konkluzji można postawić tezę, że agencja reklamowa może stać się także pokrzywdzonym z tytułu popełnienia wobec niej czynu nieuczciwej konkurencji (oczywiście przy spełnieniu przesłanki z art. 3 ww. ustawy). Nie zmienia to faktu, iż regulacja odnosząca się do odpowiedzialności agencji reklamowej na gruncie przepisów prawa o zakazie nieuczciwej konkurencji wydaje się mało precyzyjna. Niezręczność przepisu art. 17 u.z.n.k. polega na braku odpowiedzi, czy agencja jako podmiot współodpowiedzialny (z zaznaczeniem wspomnianych powyżej problemów, które odnoszą się do przedmiotowego zakresu odpowiedzialności) łącznie z reklamodawcą i innym przedsiębiorstwem, ponosi odpowiedzialność tylko w stosunku opracowania reklamy spełniającej przesłanki z art. 16 czy za wszystkie czynności związane z udziałem agencji w procesie reklamowym, których efektem jest reklama nieuczciwa. Z przyjętej tu definicji i stanu faktycznego działania rynku reklamowego wynika, że agencją reklamową jest także dom mediowy, który zajmuje się szczególnym rodzajem usług reklamowych, tzn. przeprowadzaniem kampanii mediowej. W świetle omawianego przepisu art. 17 u.z.n.k. wydaje się, że agencja reklamowa odpowiada za wszelkie podjęte działania, nie tylko wtedy gdy opracowuje reklamę, mimo że redakcja tego przepisu pozwala uznać, iż zakres odpowiedzialności wyraźnie odnosi się do agencji reklamowej lub innego przedsiębiorcy, który reklamę opracował, a przedmiotem tego czynu byłby proces tworzenia prze-

²⁰ Wyrok SN z dnia 9.07.1998 r. II CKN 8735/97 OSNC 1998/12/225.

kazu reklamowego. Zgodnie ze stanowiskiem M. Romanowskiego²¹, „(...) elementem przedmiotowo istotnym definicji agencji reklamowej jest świadczenie w sposób zawodowy i za wynagrodzeniem usług w zakresie tworzenia strategii kampanii reklamowych i związanych z nią przekazów reklamowych, zasadny jest pogląd, że warunkiem *sine qua non* przypisania legitymacji procesowej, na podstawie art. 17 ustawy, jest popełnienie czynu polegającego na opracowaniu reklamy w sposób sprzeczny z art. 16 ustawy. Odmienny pogląd jest sprzeczny z *ratio legis* art. 17 ustawy oraz istotą odpowiedzialności deliktowej agencji reklamowej jako sprawcy bezpośredniego”. Przytoczona tu interpretacja wskazuje, na czym polega czyn zawiniony agencji, a odnosi się on bezpośrednio do opracowania reklamy w sposób sprzeczny z art. 16. Można stąd wysnuć wniosek, że jeśli agencja w ramach zadań powierzonych przez reklamodawcę nie opracowuje reklamy, nie odpowiada za czyn wymieniony w art. 16 u.z.n.k, oczywiście, ponosi wówczas odpowiedzialność na zasadach ogólnych za czyn określony w art. 3 u.z.n.k. Natomiast nie można przyjąć za słuszne stanowisko, iż agencją reklamową nie jest podmiot, który zawodowo zajmuje się wyłącznie rozpowszechnianiem reklam, bądź inną działalnością reklamową a niezwiązaną z procesem kreacji przekazu reklamowego. Potrzeba i konieczność taka wynikają przede wszystkim z charakteru agencyjnego świadczonych usług. Zarówno kreatywne agencje reklamowe o charakterze tradycyjnym, jak i inne szczególnego rodzaju podmioty zajmujące się działalnością reklamową (np. domy mediowe), wykonują działalność agencyjną na rzecz zlecającego klienta.

Przy takim założeniu, w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji mamy do czynienia ze swoistą konwergencją. Jeżeli postanowienie art. 16 ww. ustawy ma być integralne w stosunku do art.3 u.z.n.k., czyli regulacji obejmującej generalnie całą problematykę odpowiedzialności za nieuczciwą reklamę, agencja reklamowa jest jednym z podmiotów współodpowiedzialnych za ten czyn, wydaje się, że tylko w granicach opracowania takiej reklamy. W świetle powyższych rozważań należałoby przyjąć, że ustawodawca próbował w ten sposób objąć ochroną agencję reklamową, ograniczając jej odpowiedzialność proporcjonalnie do rzeczywistego jej wkładu w proces reklamowy, którego efektem stałby się czyn nieuczciwej reklamy. Jednak takie podejście należałoby uznać za niekonstytucyjne w zakresie równości podmiotów wobec prawa. Dlatego należy przyjąć, iż zważywszy na agencyjny charakter świadczonych usług przez agencję reklamową, niezależnie od tego, czy mamy do czy-

²¹ M. Romanowski, *Legitymacja procesowa agencji reklamowej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000, nr 7, s. 17.

nienia z opracowaniem przekazu reklamowego, czy z przeprowadzeniem kampanii reklamowej, jeżeli efektem takich działań będą czyny określone w art. 16 u.z.n.k., podmiot ten ponosi odpowiedzialność w zakresie ustalonym w art. 17 wskazanej powyżej ustawy. Nie jest to jednoznaczne z faktem, iż redakcja tego przepisu nie wymagałaby zmian w kierunku podmiotowego dookreślenia wyrażonej w nim regulacji, adekwatnie do przeobrażającego się rynku reklamy.