

Wojciech Janik*

Wina jako element nieuczciwości praktyki rynkowejGlosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8 marca 2018 r.,
VII AGa 1356/18**Spis treści**

- I. Stan faktyczny
- II. Ocena prawna
- III. Podsumowanie

Słowa kluczowe: ochrona konsumentów; nieuczciwe praktyki handlowe; wina.**JEL:** K2**I. Stan faktyczny**

Decyzją z dnia 31 grudnia 2013 r. nr RWR 44/2013 Prezes UOKiK stwierdził stosowanie przez przedsiębiorcę czterech praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, o których mowa w art. 24 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)¹, tj. wprowadzających w błąd praktyk rynkowych, określonych w art. 5 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz.U. 2017, poz. 2070; dalej: upnpr), polegających na zamieszczeniu we wzorcu umownym, stanowiącym ogólne warunki ubezpieczenia, postanowień określających wzajemne uprawnienia stron umowy ubezpieczenia w sposób sprzeczny z treścią art. 827 § 1, § 3 i § 4 k.c. Od powyższego rozstrzygnięcia przedsiębiorca wniósł odwołanie do Sądu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), w którym zarzucił wiele naruszeń formalnych oraz merytorycznych. Wśród nich podniesiony został zarzut naruszenia prawa materialnego polegający na przypisaniu przedsiębiorcy stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych, pomimo niestwierdzenia winy umyślnej po stronie powoda w stosowaniu tych praktyk, podczas gdy przesłanką nieuczciwej praktyki rynkowej jest umyślność działania przedsiębiorcy. Sąd pierwszej instancji nie uznał przedstawionych zarzutów za zasadne i oddalił odwołanie.

Odmienne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny, który wyrokiem z dnia 8 marca 2018 r. sygn. VII AGa 1356/18, uchylił w całości zaskarżoną decyzję Prezesa Urzędu. Uzasadniając rozstrzygnięcie, sąd odniósł się do problematyki związanej z implementacją dyrektywy o nieuczciwych

* Radca Prawny w Departamencie Prawnym Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; e-mail: wojciech.janik@uokik.gov.pl.

¹ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2018, poz. 798 i 650).

praktykach handlowych² do krajowego porządku prawnego. Otóż w dniu wydania przedmiotowej decyzji art. 4 ust. 2 upnpr stanowił, że za nieuczciwą praktykę rynkową uznaje się w szczególności praktykę rynkową wprowadzającą w błąd oraz agresywną praktykę rynkową, a także stosowanie sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk, jeśli działania te spełniają przesłanki określone w art. 4 ust. 1 tej ustawy (zwanym dalej również ogólną klauzulą generalną nieuczciwych praktyk rynkowych). Przepis ten z kolei stanowi, że praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorcę wobec konsumenta jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta. W konsekwencji, zgodnie z brzmieniem ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, do uznania praktyki przedsiębiorcy za praktykę wprowadzającą w błąd, poza wykazaniem przesłanek określonych w art. 5 upnpr, niezbędne było również wykazanie przesłanek zawartych w ogólnej klauzuli generalnej nieuczciwych praktyk rynkowych³.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Sądu Apelacyjnego, zakwestionowane działania przedsiębiorcy należało poddać badaniu przez pryzmat przesłanek z art. 4 ust. 1 upnpr. Na wstępie sąd przypomniał, że polska ustawa jest implementacją dyrektywy opartej na zasadzie harmonizacji pełnej⁴. Jej celem było zapewnienie wysokiego poziomu ochrony konsumentów we wszystkich państwach członkowskich przez ustanowienie jednolitych zasad jego ochrony i wyjaśnienie na poziomie wspólnotowym znaczenia pewnych pojęć prawnych. To założenie uzasadnia odwołanie się wprost do treści dyrektywy przy dokonywaniu wykładni krajowych aktów prawnych. W przypadku ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym taka konieczność pojawia się w związku z nieokreśleniem w niej definicji pojęcia „istotne zniekształcenie zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta”, którym posługuje się art. 4 ust. 1 upnpr.

Zgodnie z art. 2 lit. e dyrektywy 2005/29/WE istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumentów oznacza wykorzystanie praktyki handlowej **w celu** (podkreślenie własne) znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i skłonienia go tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął. Mając na uwadze brzmienie tej definicji Sąd Apelacyjny wyprowadził wniosek, że zakłada ona konieczność występowania zamiaru po stronie przedsiębiorcy do wpłynięcia na decyzję konsumenta. Oznacza to więc, że nawet niedochowanie ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, które skutkuje lub może skutkować zniekształceniem decyzji konsumenta nie jest wystarczające do uznania działania przedsiębiorcy za nieuczciwą praktykę rynkową, w rozumieniu art. 4 ust. 1 upnpr⁵. Zdaniem sądu, z przytoczonej definicji jasno wynika, że do wykorzystania praktyki w celu znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i skłonienia go tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął, może dojść tylko w wyniku działań, które zostały podjęte właśnie w tym celu. Skoro więc Prezes UOKiK w swojej decyzji nie stwierdził,

² 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 („Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych”), (Dz.U. L 149 z 11.06.2005 r., s. 22–39); dalej: dyrektywa 2005/29/WE lub dyrektywa.

³ Rozwiązanie przyjęte przez polskiego ustawodawcę było krytykowane przez niektórych przedstawicieli doktryny, jako niezgodne z zamierzeniami unijnego prawodawcy (Sieradzka, 2008). Już po wydaniu przedmiotowej decyzji, 25 grudnia 2014 r. art. 4 ust. 2 upnpr został zmieniony w ten sposób, że wskazano w nim wprost, iż praktyki wprowadzające w błąd, agresywne praktyki oraz stosowanie kodeksu dobrych praktyk sprzecznego z prawem nie podlegają ocenie w świetle przesłanek ogólnej klauzuli generalnej z art. 4 ust. 1 upnpr. Zmiana ta stanowiła reakcję na wyrok TS z 19.09.2013 r. w sprawie C-435/11 *CHS Tour Services GmbH przeciwko Team4 Travel GmbH*.

⁴ Por. motyw 14 dyrektywy.

⁵ Także za praktyki, o których mowa w ust. 2 tego przepisu, jeśli miały one miejsce przed 24 grudnia 2014 r.

jakoby działania przedsiębiorcy były umyślne, to nie można, w ocenie sądu, uznać, że jego działania były ukierunkowane na osiągnięcie takiego efektu, co wyłącza możliwość stwierdzenia, iż stanowiło to „istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumentów”.

Jednocześnie Sąd Apelacyjny podkreślił, że dostrzega postępujący w prawie unijnym proces relatywizowania elementu celowego działania w odniesieniu do innych niż praktyki wprowadzające w błąd nieuczciwych praktyk rynkowych. Powołał się w tym zakresie na dokument Komisji Europejskiej „Wytyczne dotyczące wykonania/stosowania dyrektywy 2005/29 w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych, SWD(2016) 163 final”, w którym stwierdza się, że elementem przesądzającym, czy na gruncie art. 5 ust. 2 dyrektywy dana praktyka rynkowa w sposób istotny zniekształca lub może w istotny sposób zniekształcić zachowanie gospodarcze konsumenta jest to, czy dana praktyka wywołuje lub może wywołać skutek w postaci podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej konsument by nie podjął. Wpływ na tę przemianę w podejściu do interpretacji przepisów dyrektywy ma wywierać TS, którego działalności orzeczniczej przypisuje się obecnie rolę prawnotwórczą. Nie przesądzając jednoznacznie, czy w istocie na obecnym etapie rozwoju unijnego prawa konsumenckiego art. 2 lit. e interpretowany jest bez uwzględniania kierunkowości działania przedsiębiorcy, Sąd Apelacyjny wskazał, że takiej wykładni nie można zastosować w rozpatrywanej sprawie, jest to bowiem element nowości normatywnej wprowadzony do porządku prawnego przez orzecznictwo unijne. Z tego względu wyciągnięcie wobec przedsiębiorców konsekwencji prawnych w oparciu o taką interpretację skutkowałoby złamaniem zasady *nullum crimen sine lege*. Podsumowując powyższe, sąd wskazał, że przy jasnym brzmieniu literalnym art. 2 lit. e dyrektywy, przyjęcie założenia, iż przesłankę wykorzystania praktyki handlowej w celu zniekształcenia zachowania konsumenta spełnia działanie nieumyślne miałyby wyrażnie represyjny charakter, a wobec faktu, iż wiązać się może to z nałożeniem na podmiot wysokich kar pieniężnych, jest nie do zaakceptowania w świetle standardów karnych.

II. Ocena prawna

W komentowanym orzeczeniu pojawiają się co najmniej dwa istotne wątki, na które warto zwrócić uwagę. Pierwszy z nich dotyczy konsekwencji związanych z nieprawidłową implementacją dyrektywy do polskiego porządku prawnego. Rozważenia wymaga, czy w odniesieniu do wprowadzających w błąd i agresywnych praktyk rynkowych, popełnionych przed 25 grudnia 2014 r., należy stosować przesłanki określone w art. 4 ust 1 upnr (zgodnie z ówczesnym brzmieniem art. 4 ust 2 upnr), czy należy zastosować wykładnię tych przepisów zgodną z wyrokiem TS w sprawie C-435/11 *CHS Tour Services* oraz treścią dyrektywy. Zagadnienie to ma jedynie uboczne znaczenie dla zakreślonego tematu, z tego powodu nie zostało ujęte w rozważaniach.

Drugą kwestią, znacznie donioślejszą z perspektywy wpływu na system przeciwdziałania nieuczciwym praktykom rynkowym, jest dokonana przez Sąd Apelacyjny wykładnia art. 2 lit. e dyrektywy w związku z art. 4 ust. 1 upnr, zgodnie z którą dla zaistnienia nieuczciwej praktyki rynkowej, o której mowa w tym przepisie, konieczne jest występowanie po stronie przedsiębiorcy umyślnego działania ukierunkowanego na chęć zniekształcenia zachowania gospodarczego konsumenta. To zagadnienie dotyczyć będzie wszystkich spraw orzekanych w oparciu o ogólną klauzulę generalną, stanowiącą jedną z najczęściej powoływanych podstaw w decyzjach Prezesa UOKiK dotyczących nieuczciwych praktyk rynkowych. Co jednak ważniejsze, te same przepisy

znajdują zastosowanie w indywidualnych sporach konsumentów z zakresu nieuczciwych praktyk rynkowych. Chociaż więc można domniemywać, że za motywami sądu stała przede wszystkim chęć ochrony przedsiębiorców przed wysokimi karami nakładanymi przez organ antymonopolowy, w praktyce implikacje wyroku będą sięgać znacznie dalej poza kompetencję orzeczniczą Prezesa UOKiK. Mogą bowiem wyrzeć wpływ także na orzecznictwo sądowe w indywidualnych sprawach dotyczących sporów z konsumentami.

Analiza przedmiotowego zagadnienia wymaga pogłębionej znajomości unijnego systemu ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi, w szczególności istotnego dorobku orzeczniczego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego tej tematyki z kilkunastu ostatnich lat. Z uwagi na ograniczone ramy niniejszej glosy przypomnę skrótkowo jedynie kwestie fundamentalne dla tej materii.

Celem dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych jest ustanowienie jednolitych zasad uznawania wskazanych w niej praktyk jako nieuczciwych i poważnie szkodzących interesom gospodarczym konsumentów. Przyjęta w tej regulacji zasada pełnej harmonizacji przepisów ma przyczynić się do stworzenia wysokich standardów ochrony konsumentów w całej Unii Europejskiej. Normy dyrektywy opierają się na ogólnej klauzuli generalnej, definiującej nieuczciwą praktykę handlową (art. 5 ust. 2) oraz dwóch stypizowanych praktyk, uznawanych za nieuczciwe, tj. praktyk handlowych wprowadzających w błąd (art. 6 i 7) oraz agresywnych praktyk handlowych (art. 8 i 9). Dodatkowo, w myśl art. 5 ust 5 dyrektywy, w załączniku I wskazano wykaz praktyk, które uznaje się za nieuczciwe w każdych okolicznościach⁶.

Systematyka konstrukcji prawnej nieuczciwych praktyk prowadzi do wniosku, że regulacja prawna ma charakter trójstopniowy. Na samym szczycie znajdują się enumeratywnie wymienione niedozwolone praktyki handlowe z tzw. czarnej listy, obejmujące praktyki wprowadzające w błąd lub agresywne praktyki handlowe, które prawodawca unijny uznał za bezprawne w każdych okolicznościach. Niżej znajdują się dwa skonkretyzowane przykłady najpowszechniejszych nieuczciwych praktyk handlowych, tj. praktyki wprowadzające w błąd oraz agresywne praktyki. Całość oparta jest na ogólnej klauzuli generalnej nieuczciwej praktyki rynkowej, która ma stanowić tzw. siatkę bezpieczeństwa i obejmować swoim szerokim zakresem te rodzaje praktyk, które nie mieszczą się w kategoriach działań agresywnych lub wprowadzających w błąd.

Zgodnie z ogólną klauzulą generalną, praktyka handlowa jest nieuczciwa, jeżeli: a) jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej i b) w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta, do którego dociera bądź do którego jest skierowana, lub przeciętnego członka grupy konsumentów, jeżeli praktyka handlowa skierowana jest do określonej grupy konsumentów. Istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumentów oznacza wykorzystanie praktyki handlowej w celu znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i skłonienia go tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął (art. 2 lit. e).

Prawodawca krajowy zdecydował się na przyjęcie bliźniaczych rozwiązań. Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym nie zawiera jednak definicji pojęcia „istotnego zniekształcenia zachowania rynkowego konsumenta”. Ustawodawca uznał bowiem, że pojęcie to

⁶ Wykaz ten może być zmieniany jedynie przez modyfikację samej dyrektywy (tzw. czarna lista nieuczciwych praktyk).

ma charakter klauzuli generalnej, której treść powinna zostać ukształtowana i wypełniona przez orzecznictwo sądowe, z uwzględnieniem wykładni pronunijnej⁷.

Należy zgodzić się z Sądem Apelacyjnym, że w celu dokonania prawidłowej wykładni art. 4 ust. 1 upnr, niezbędne jest odwołanie się bezpośrednio do przepisów dyrektywy, w tym do definicji zawartej w art. 2 lit. e. Sąd dokonał jednak błędnych założeń w przyjętej metodologii wykładni tych przepisów. Przede wszystkim nieprawidłowe jest twierdzenie, że sięganie w procesie wykładni prawa Unii do reguł celowościowych oraz aksjologii regulacji ma jedynie charakter subsydiarny w stosunku do reguł językowych. Być może na gruncie krajowych dyrektyw interpretacji prawa taki pogląd mógłby spotkać się z szerszą akceptacją. W przypadku prawa unijnego sytuacja kształtuje się jednak zgoła odmiennie. W piśmiennictwie dotyczącym tego zagadnienia panuje powszechne przekonanie, że prawo to jest przepełnione podejściem celowym (Tridimas, 1996). Wykładnia celowościowa prawa unijnego jest znakiem rozpoznawczym orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, co ma swoje głębokie uzasadnienie w specyfice tego systemu prawnego⁸. To podejście jest szczególnie dostrzegalne w sprawach dotyczących stosowania dyrektyw. Jak wiadomo, dyrektywa jest specyficznym rodzajem aktu normatywnego, określającym jedynie ogólny cel, który państwa członkowskie mają osiągnąć, lecz nie narzucającym konkretnych rozwiązań, za pomocą których ten cel ma zostać zrealizowany. Bardzo często posługuje się przy tym niejasnymi sformułowaniami, które w istocie przybierają charakter techniczny, co uniemożliwia odczytanie ich treści normatywnej przez proste zestawienie ich językowego brzmienia z jego znaczeniem na gruncie języka potocznego (Koncewicz, 2009). W sprawie *van Gend en Loos* Trybunał wskazał, że istota prawidłowej interpretacji prawa Unii polega na uwzględnieniu ducha, ogólnego systemu oraz brzmienia niejasnego postanowienia⁹. Z czasem do tego katalogu dołączono konieczność uwzględniania systemu i celów traktatów, kontekstu użycia określenia oraz celu regulacji, którego jest ono częścią¹⁰. Chociaż więc za punkt wyjścia w każdym wypadku należy przyjąć badanie treści przepisu przez pryzmat znaczeń językowych, jest to jedynie pierwszy etap procesu wykładni. W dalszej kolejności należy odwołać się do aksjologii badanej regulacji oraz wykładni systemowej.

Już na samym etapie wykładni gramatycznej ujawniają się istotne wady w przyjętej przez sąd interpretacji. Za nietrafne należy uznać założenie Sądu Apelacyjnego, że definicja art. 2 lit. e. dyrektywy jest na tyle jednoznaczna, iż na gruncie językowym nie daje ona podstaw do występowania konkurencyjnych względem siebie wersji znaczeniowych. Błąd ten wynika najprawdopodobniej z tego, że sąd skupił się jedynie na badaniu semantycznym słów użytych w samej definicji zawartej w art. 2 lit. e, pomijając pozostałe dyrektywy wykładni gramatycznej, w tym konieczność poszukiwania relewantnych elementów normy prawnej zawartych w pozostałych przepisach aktu prawnego (tzw. rozczłonkowanie norm). Sąd pominął również fakt istnienia rozbieżności pomiędzy polską wersją dyrektywy a innymi wersjami językowymi.

⁷ Por. uzasadnienie do projektu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, nr druku sejmowego: 1682.

⁸ Mowa tu w szczególności o jego wielojęzycznym charakterze, ogólności przepisów traktatowych i nietypowej konstrukcji aktów prawnych, który ten system wypełniają. Już chociażby ten pierwszy element uwidacznia ogrom problemów związanych z przyznawaniem wyłączności regułom językowym w toku wykładni prawa europejskiego. Z wielojęzycznością tego prawa wiąże się z zasada równości językowej oznaczająca, że wszystkie języki krajów członkowskich są w równym stopniu obowiązujące. Wielokrotnie zdarzało się jednak, że określony termin budził wątpliwości na gruncie jednej wersji językowej, w pozostałych zaś był on znacznie jaśniejszy. W takiej sytuacji pojawia się konieczność zestawiania ze sobą tekstu prawnego w jednym z języków z pozostałymi i ewentualnego przesądzenia, do której wersji należy się odwoływać. Problem ten zresztą pojawia się na gruncie niniejszej sprawy.

⁹ Wyr. TS z 5.02.1963 r. w sprawie C-26/62 *van Gend en Loos v. Netherlands*.

¹⁰ Por. m.in. wyr. TS z 17.11.1983 r. w sprawie C-292/82 *Merck v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*; wyr. TS z 5.12.1996 r. w sprawie C-85/95 *Bosphorus v. Minister for Transport*; wyrok TS z 17.10.1995 r. C-83/94 *Peter Leifer i inni*; wyr. TS z 30.01.1997 r. w sprawie C-340/94 *Court. E.J.M. de Jaeck*.

Zgodnie z art. 5 ust. 2 dyrektywy praktyka handlowa jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej i w sposób istotny zniekształca lub może zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta, do którego dociera bądź do którego jest skierowana, lub przeciętnego członka grupy konsumentów, jeżeli praktyka handlowa skierowana jest do określonej grupy konsumentów. Obie przesłanki muszą zostać spełnione łącznie. Test na nieuczciwość składa się zatem z dwóch elementów:

- 1) badania zgodności zachowania przedsiębiorcy z obiektywnym wzorcem wyznaczonym przez standardy rzetelnego działania przedsiębiorców, wymogi staranności oraz normy słusznościowe wyrażające się w powinności uczciwego traktowania kontrahentów;
- 2) badania hipotetycznego skutku praktyki pod względem jej zdolności do wpływania na zmianę zachowania gospodarczego konsumenta.

Oba te zabiegi są badaniami w oparciu o obiektywne kryteria i muszą wystąpić kumulatywnie, aby móc stwierdzić istnienie nieuczciwej praktyki. Pierwszy z nich wykonywany jest przez pryzmat obiektywnego wzorca uczciwego przedsiębiorcy, drugi zaś – przez ocenę potencjalnego wpływu praktyki na zachowanie zobiektywizowanego modelu przeciętnego odbiorcy praktyki.

Pojęcie „istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumenta” odnosi się więc do skutku wynikającego ze stosowania praktyki. Dyrektywa w tłumaczeniu na język polski definiuje to określenie jako **wykorzystanie** praktyki handlowej **w celu** znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i **skłonienia go** tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął. Posłużenie się określeniami „wykorzystanie” oraz „w celu” może w istocie sugerować, że do zniekształcenia zachowania dochodzi tylko wówczas, gdy przedsiębiorca ukierunkowuje praktykę na osiągnięcie właśnie takiego rezultatu. Ta interpretacja budzi jednak wątpliwości. Mowa przecież o definicji skutku działań przedsiębiorcy, a więc zmianie wywołanej przez jego zachowanie (lub mogącej potencjalnie powstać w jego wyniku). Celem tego przepisu jest zatem opisanie tej zmiany i wskazanie, na czym dokładnie ma ona polegać. Nie ma więc w nim miejsca na okoliczności odnoszące się do pozostałych elementów konstrukcyjnych nieuczciwej praktyki rynkowej, takich jak strona podmiotowa działania przedsiębiorcy. Tym bardziej, że przesłanki określające praktykę przedsiębiorcy zostały opisane w art. 5 ust. 2 dyrektywy i oddzielnie zdefiniowane w art. 2 lit. d i h. Również powiązanie tej praktyki z istotnym zniekształceniem zachowania konsumenta (relacja przyczynowo-skutkowa) zostało określone w art. 5 ust. 2 dyrektywy. Definicja skutku praktyki nie musi więc – a wręcz nie powinna – zawierać elementów kreujących dodatkowe przesłanki, odnoszące się do strony podmiotowej zachowania przedsiębiorcy, tym bardziej, że przesłanek tych nie przewidziano w odpowiednich przepisach definiujących to zachowanie.

Powyższe wątpliwości wzmacnia dodatkowo analiza treści spornej definicji w innych wersjach językowych dyrektywy. W pierwszej kolejności warto zwrócić uwagę na rozbieżność pomiędzy brzmieniem tego przepisu w języku angielskim i polskim. W wersji angielskiej przedmiotowa definicja brzmi: *to materially distort the economic behaviour of consumers – means using a commercial practice to appreciably impair the consumer's ability to make an informed decision, thereby causing the consumer to take a transactional decision that he would not have taken otherwise*, co można dosłownie przetłumaczyć w następujący sposób: „istotnie zniekształcić ekonomiczne zachowanie konsumenta oznacza posłużyć się/wykorzystać/zastosować praktykę handlową do

znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia świadomej decyzji, co skutkuje podjęciem przez konsumenta decyzji, której inaczej by nie podjął”. W takim rozumieniu nie znajdujemy już sugestii co do konieczności występowania intencji u przedsiębiorcy w jego czynach. Brakuje w nim określeń, które nadawałyby psychologiczny stosunek do działań ze strony przedsiębiorcy takich jak „w celu” czy „skłonić”. Różnica ta jest jeszcze wyraźniej dostrzegalna na gruncie francuskiego przekładu dyrektywy. Brzmi on: *altération substantielle du comportement économique des consommateurs: l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement*, co przetłumaczyć należy następująco: „znaczne zaburzenie zachowań ekonomicznych konsumentów – wykorzystanie praktyki handlowej ograniczające znacznie zdolność konsumenta do podjęcia świadomej decyzji i w konsekwencji powodujące podjęcie przez niego decyzji handlowej, której w innym przypadku by nie podjął”.

Tę definicję należy więc odczytywać jako opis skutków wywoływanych przez praktykę handlową. Nieświadome przekazanie wprowadzających w błąd istotnych informacji, z obiektywnego punktu widzenia będzie więc stanowiło przejaw zastosowania praktyki, który zmierza, nie ze względu na intencję przedsiębiorcy, lecz ze względu na obiektywną nieuchronność skutków tego działania (obiektywny test) do wpłynięcia na zachowanie gospodarcze konsumenta. Tylko takie znaczenie nie przelamuje dość wyraźnie zakreślonego sensu w art. 5 ust 2 dyrektywy, w myśl którego istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumenta jest hipotetycznym (tj. który może nastąpić, lecz nie musi) skutkiem sprzecznej z wymogami staranności zawodowej praktyki przedsiębiorcy. Wprowadzenie do definicji zniekształcenia zachowania konsumenta konieczności występowania *mens rea* (strony podmiotowej sprawcy), w dodatku przybierającej najwęższą jej postać, jaką jest zamiar bezpośredni (*dolus directus*), zmienia diametralnie sens tego przepisu. Co więcej, wątpliwe jest, czy przy takim założeniu możliwe jest skonstruowanie prawidłowej normy prawnej. Podstawienie definicji istotnego zniekształcenia zachowania konsumenta w rozumieniu nadanym przez Sąd Apelacyjny pod brzmienie ogólnej klauzuli generalnej nieuczciwych praktyk rynkowych, jak się okazuje, nie jest prostym zabiegiem technicznym. Ogólna klauzula obejmuje bowiem zarówno przypadek realnego zniekształcenia zachowania konsumenta („zniekształca”), jak i potencjalnego („może zniekształcać”). O ile więc połączenie obu norm w tym pierwszym przypadku sprowadza się do dosyć prostego zabiegu: nieuczciwą praktyką rynkową jest sprzeczne z wymogami staranności zawodowej działanie, które celowo istotnie zniekształca zachowanie konsumenta, o tyle sprawa ta znacznie się komplikuje w odniesieniu do drugiego z nich. Próba zredagowania przepisu, uwzględniającego w swojej treści zamiar bezpośredni wpłynięcia na zachowanie konsumenta przy zachowaniu przesłanki „hipotetyczności”, sprawia językowe trudności. Przyjmowałby on mniej więcej takie znaczenie, że nieuczciwą praktyką handlową byłoby działanie przedsiębiorcy, które (1) celowo istotnie zniekształca zachowanie konsumenta bądź (2) może celowo istotnie zniekształcać takie zachowanie. W odniesieniu do tego drugiego przypadku nie sposób wyprowadzić procesu wykładni, który wyjaśniłby, na czym właściwie taki stan rzeczy miałby polegać.

Jeśli jednak przyjmujemy, że rzeczywiście wolą prawodawcy unijnego było zawężenie nieuczciwych praktyk rynkowych wyłącznie do działań ukierunkowanych na zmianę procesu decyzyjnego

konsumenta, wówczas znacznie lepszym i czytelniejszym rozwiązaniem byłoby sformułowanie art. 5 ust 2 dyrektywy w taki sposób, iż nieuczciwą praktyką rynkową jest zachowanie sprzeczne z wymogami staranności zawodowej stosowane w celu istotnego zniekształcenia zachowania gospodarczego konsumenta. Dopiero przy takiej konstrukcji przesłanka umyślności działania zostałaby wyeksponowana we właściwy sposób, co jednocześnie czyniłoby powyższy przepis całkowicie nieefektywnym, na co wskazuję w dalszej części glosy. Niemniej jednak, brakuje takich uregulowań w dyrektywie. Próżno również szukać w tekście dyrektywy, jej motywach lub uzasadnieniu zwrotów wskazujących na konieczność występowania takiego zamiaru. Określenie *intention*, rozumiane jako zamiar lub umyślność, pojawia się jedynie w art. 11 ust 2. dyrektywy, w dodatku w całkowicie przeciwnym celu. Sąd Apelacyjny całkowicie pominął treść tego przepisu. Wynika z niego zaś jednoznacznie, że państwa członkowskie mają przyznać sądom lub organom administracyjnym uprawnienia do nakazania zaprzestania nieuczciwych praktyk handlowych lub wszczęcia właściwego postępowania sądowego lub administracyjnego w celu nakazania zaprzestania takich praktyk (...) nawet w przypadku braku dowodu rzeczywistej straty lub szkody bądź zamiaru (*intention*) lub niedbalstwa (*negligence*) ze strony przedsiębiorcy. Z normy tej wynika wprost, że organy orzekające w sprawach nieuczciwych praktyk rynkowych mają być wyposażone w kompetencje do wydania nakazu zaniechania tych praktyk, nawet jeśli nie ma dowodu wskazującego na umyślność działania przedsiębiorcy lub co najmniej jego niedbalstwo. *A contrario* oznacza to, że prawodawca unijny chciał, aby konstrukcja prawna nieuczciwych praktyk handlowych budowana była w oparciu o kryteria obiektywne. Elementy subiektywne, takie jak stosunek psychiczny sprawcy do czynu, są więc irrelevantne dla samego stwierdzenia nieuczciwego charakteru tych praktyk.

To założenie jest oczywiste, gdy weźmie się pod uwagę cel, jaki ma realizować dyrektywa 2005/29/WE, czyli chęć zapewnienia wysokiego poziomu ochrony konsumentów przez stworzenie skutecznego i efektywnego mechanizmu eliminacji nieuczciwych praktyk rynkowych. W motywie pierwszym dyrektywa odwołuje się do art. 153 ust. 1 i ust. 3 lit. a WE (obecnie art. 169 ust. 1 i ust. 2 lit. a TFUE). Zgodnie z tymi postanowieniami, dążąc do popierania interesów konsumentów i zapewnienia wysokiego poziomu ochrony konsumentów, Unia przyczynia się do ochrony zdrowia, bezpieczeństwa i interesów gospodarczych konsumentów, jak również wspierania ich prawa do informacji, edukacji i organizowania się w celu zachowania ich interesów. Również Trybunał Sprawiedliwości potwierdził, np. w wyroku *Trento Sviluppo i Centrale Adriatica* (C-281/12, pkt 31), że celem dyrektywy 2005/29/WE, opartej na art. 169 TFUE, jest zapewnienie wysokiego poziomu ochrony konsumentów przez zbliżenie przepisów państw członkowskich dotyczących nieuczciwych praktyk handlowych, które naruszają gospodarcze interesy konsumentów.

Jedną z gwarancji osiągnięcia tego stanu ma być wykorzystanie zasady harmonizacji maksymalnej dla tej regulacji. Nie dotyczy ona jednak wszystkich kwestii. Komisja wyraźnie wskazała w uzasadnieniu do projektu dyrektywy, że nie harmonizuje ona systemów egzekwowania prawa¹¹. Wyznacza ona jednak pewne ramy, których państwa członkowskie muszą dochować przy tworzeniu odpowiednich środków egzekwowania przepisów dyrektywy. Art. 11 ust. 1 dyrektywy stanowi

¹¹ Por. Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego z 14.03.2013 r. „Pierwsze Sprawozdanie w sprawie stosowania dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu i Rady z 11.05.2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym. COM (2013) 139 final.

więc, że „państwa członkowskie zapewniają w interesie konsumentów odpowiednie i skuteczne środki zwalczania nieuczciwych praktyk w celu zapewnienia zgodności z przepisami niniejszej dyrektywy”. Środki te mają zapewnić możliwość doprowadzenia do wszczęcia postępowania sądowego w odniesieniu do nieuczciwych praktyk handlowych i/lub umożliwić złożenie do odpowiednich organów administracyjnych skargi na takie praktyki.

Prawodawca unijny jednoznacznie przesądził, że wymogi określone w powyższym przepisie realizują się tylko wtedy, gdy odpowiedni organ krajowy posiada kompetencje do zakazania dalszego stosowania nieuczciwej praktyki rynkowej, nawet w przypadku braku dowodu rzeczywistej straty lub szkody bądź zamiaru (*intention*) lub niedbalstwa (*negligence*) ze strony przedsiębiorcy. Osiągnięcie zakładanego efektu wysokiej ochrony konsumentów nie byłoby bowiem możliwe, gdyby na konsumentie spoczywał obowiązek udowodnienia występowania intencji po stronie przedsiębiorcy do umyślnego zniekształcenia zachowania konsumenta. Trudności dowodowe w wykazaniu zamiaru kierunkowego sprawiłyby, że zastosowanie tego instrumentu byłoby w praktyce niemożliwe lub co najmniej wielce utrudnione dla przeciętnego konsumenta, niedoświadczonego i pozbawionego szczególnej wiedzy prawniczej oraz środków pozyskiwania dowodów mogących zaświadczyć o stronie podmiotowej przedsiębiorcy, występującej w chwili dokonywania czynu. Uregulowania dotyczące nieuczciwych praktyk rynkowych byłyby zbędne, sprowadzałyby się bowiem do zastosowania tych samych przesłanek, co w przypadku już istniejących rozwiązań z zakresu prawa cywilnego odnoszących się do deliktów.

Niezwykle cennego materiału badawczego w tym zakresie może dostarczyć również doświadczenie płynące ze stosowania art. 286 kodeksu karnego, tj. przestępstwa oszustwa. Zamiar po stronie sprawcy, istniejący w chwili popełnienia czynu stanowi jedno ze znamion tego czynu zabronionego. Powszechnie znane są trudności związane z wykazaniem tego elementu przez oskarżyciela publicznego. Niemożliwość udowodnienia zamiaru sprawcy jest główną przyczyną niepowodzenia przy stosowaniu tego przepisu. W odróżnieniu zaś od konsumenta, prokuratura jest wyspecjalizowanym organem, posiadającym szereg narzędzi umożliwiających pozyskiwanie materiału dowodowego, niedostępnego dla przeciętnego człowieka.

Przeciwko przyjętej przez Sąd Apelacyjny interpretacji przemawia również systematyka dyrektywy. W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, że szeroki zakres ogólnej klauzuli nieuczciwych praktyk rynkowych powoduje, że może ona objąć zakazem również inne nieuczciwe działania, które nie zostały wprost wymienione, a które są współcześnie podejmowane, jak również takie, które dopiero się pojawiają w związku z rozwojem rynku i postępem technologicznym¹². Irracjonalne byłoby więc, aby zakres przepisu, który ma stanowić taką właśnie „siatkę bezpieczeństwa” był węższy od zakresu pozostałych dwóch praktyk. A tak właśnie by było, gdyby przyjęć, że ogólne nieuczciwe praktyki rynkowe mogą być popełnione wyłącznie z zamiarem kierunkowym. Za ugruntowane w orzecznictwie i doktrynie należy bowiem przyjąć stanowisko, że praktyki wprowadzające w błąd, praktyki agresywne czy praktyki z czarnej listy, mogą być popełnione także nieumyślnie.

Ostatecznie prezentowaną w niniejszej glosie wykładnię potwierdził również TS w wyroku z dnia 16 kwietnia 2015 r. w sprawie C-388/13. Trybunał wskazał, że niezamierzony charakter działania przedsiębiorcy pozbawiony jest znaczenia. W tym zakresie powołał się na przytaczany już art. 11 dyrektywy, który przewiduje wyraźnie, że stosowanie środków podjętych przez państwa

¹² Por. wyr. SN z 16.04.2015 r., sygn. III SK 24/14.

członkowskie w celu zwalczania nieuczciwych praktyk rynkowych jest niezależne od dowodu zamiaru czy choćby niedbalstwa ze strony przedsiębiorcy, jak również od dowodu rzeczywistej szkody poniesionej przez konsumenta. Trybunał podkreślił, że tylko taka interpretacja pozwala zapewnić pełną skuteczność dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych, gwarantując zgodność z wymogiem zapewnienia wysokiego poziomu ochrony konsumentów.

III. Podsumowanie

Wydaje się, że przytoczone przeze mnie argumenty w dostateczny sposób przemawiają za odrzuceniem wykładni przedstawionej przez Sąd Apelacyjny w komentowanym orzeczeniu. Zagadnienie to jest o tyle istotne, że nie ogranicza się wyłącznie do spraw związanych z odwołaniem od decyzji Prezesa UOKiK, lecz wpływa na zakres ochronny każdego konsumenta w jego indywidualnych sporach z przedsiębiorcą. Obarczenie konsumentów ciężarem wykazania istnienia zamiaru po stronie przedsiębiorcy oznaczałoby ogromny regres w zakresie możliwości skutecznego stosowania w postępowaniu sądowym przepisów dotyczących nieuczciwych praktyk rynkowych. Chociaż można zauważyć, że w ostatnim czasie zwiększa się świadomość – zarówno wśród konsumentów, jak i sędziów – w przedmiocie korzyści wynikających z tych rozwiązań, poziom ich wykorzystywania w praktyce, przy dotychczasowo przyjmowanej korzystnej interpretacji, wciąż należy uznać za niezadowalający. Być może powodu do chłodnego optymizmu może dostarczać fakt, że w kolejnym postępowaniu dotyczącym bliźniaczego stanu faktycznego i prawnego Sąd Apelacyjny, mając na uwadze powyższe argumenty, powziął wątpliwości co do wcześniej przyjętej wykładni i postanowił skierować w tym przedmiocie zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu. Na jednoznaczne rozwiązanie tego problemu przyjdzie jeszcze zatem poczekać. Należy mieć jedynie nadzieje, że orzekające w sprawie sądy dostrzegą, podobnie jak Trybunał Sprawiedliwości, że przepisy o zwalczaniu nieuczciwych praktyk handlowych są skonstruowane z punktu widzenia przeciętnego konsumenta jako adresata i ofiary nieuczciwych praktyk i to jemu mają służyć. Narzędzia w nich przewidziane muszą więc gwarantować, że to właśnie przeciętny konsument będzie w stanie z nich skutecznie skorzystać. Tylko takie rozwiązania mogą być uznane za zapewniające wysoki poziom ochrony konsumentów, o którym mowa w art. 1 dyrektywy 2005/29/WE.

Bibliografia

- Koncewicz, T. (2009). *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. O jurysdykcyjnych granicach i wyborach w dynamicznej „wspólnocie praw”*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Sieradzka, M. (2008). *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Komentarz*. Warszawa: Lex online.
- Tridimas, T. (1996). *The Court of Justice and Judicial Activism*. 21 *European Law Review*, 199.
- Uzasadnienie do projektu ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, nr druku sejmowego: 1682*.