

ROBERT STEFANICKI

**INFORMACJE JAKO ŚRODEK OCHRONY
SŁABSZEJ STRONY UMOWY W PRAWIE WSPÓLNOTOWYM****I. WPROWADZENIE**

System ochrony konsumenta w prawie wspólnotowym oparty został na fundamentalnej zasadzie ochrony przez informację i kierowaną do niego ustawiczną edukację. Dobrze poinformowany konsument, przygotowany do recepcji komunikacji handlowej powinien dokonywać racjonalnych i suwerennych decyzji rynkowych, a więc odpowiedzialnie decydować o własnej konsumpcji. Podstawowy, aczkolwiek nie jedyny, motyw ochrony konsumenta we Wspólnocie wiąże się z jego zasadniczą rolą, jaką ma do odegrania na jednolitym wewnętrznym rynku w warunkach przewagi podaży nad popytem. Ochrona ekonomicznych interesów tej grupy uczestników rynku, zagwarantowanie im korzyści płynących z rozwoju gospodarki europejskiej ma niewątpliwie wymiar sprzyjający integracji, pozwala bowiem wiązać cele w zakresie osiągania wysokich standardów ochrony konsumenta z ochroną konkurencji uczciwej, lojalnej, faktycznie decydującej o normalnym niezakłóconym funkcjonowaniu wymiany transgranicznej.

Europejskie prawo ochrony konsumenta jest obecnie rozproszone w wielu aktach wtórnych, mających przeważnie charakter regulacji pionowych, obejmujących swoim zakresem pewne segmenty tego prawa i wyznaczających minimalne standardy ochrony. Rodzi to brak spójności i przejrzystości systemu ochrony. Ostatnio dużą wagę w polityce legislacyjnej Wspólnoty przywiązuje się do daleko posuniętej konwergencji porządków krajowych, upraszczania i gwarancji przejrzystości stanowionego na szczeblu europejskim prawa. Niewątpliwie istotne znaczenie w realizacji tego ambitnego programu przypisać należy regulacji ramowej opartej na formule zupełnej harmonizacji¹, jaką stanowi dyrektywa 2005/29 Parlamentu Europejskiego

¹ Zasadnie przyjmuje H.W. Micklitz, *The concept of competitive contract law*, „Penn State International Law Review” 2005, zima, s. 584, że przesunięcie europejskiej polityki legislacyjnej z minimalnej do pełnej harmonizacji stanie się punktem zwrotnym w europejskim prawie kontraktów. Również J. Karsten, G. Petri, *Towards a Handbook on European Contract Law and Beyond: The Commission's 2004 Communication „European Contract Law and the Revision of the Acquis: The Way Forward”*, „Journal of Consumer Policy” 2005, nr 1, s. 33 i n., wskazują, że technika zupełnej harmonizacji jest

i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym². Określa ona wspólne, obowiązujące w całej Unii Europejskiej ramy zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów w umowach sprzedaży lub w promocji bezpośrednio związanej z tego rodzaju umowami. Efektem takiej regulacji ma być przejrzyste ukształtowanie dozwolonych granic praktyk handlowych przedsiębiorcy wobec konsumenta w przedmiotowym zakresie.

Do uregulowań zawartych w tym akcie nawiązywać będę w niniejszych rozważaniach wielokrotnie z uwagi na bezpośredni związek materii normowanej dyrektywą z podjętym tematem i znaczenie nowej regulacji dla kształtowania wysokich standardów ochrony konsumenta. Dyrektywa 2005/29 zasługuje na uwagę również dlatego, że ochronę interesu ekonomicznego konsumenta opiera na mieszanej kompozycji odpowiednich instrumentów. Następuje bowiem powiązanie fundamentalnej w europejskim prawie konsumenta koncepcji ochrony przez informację z uzupełniającą ochroną przez zakazy skuteczne w każdych warunkach stypizowanych nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych wobec konsumenta. Tej uzupełniającej konstrukcji służącej gwarancji pewności prawa, a więc i budowaniu zaufania konsumenta do umów transgranicznych towarzyszą zróżnicowane oceny w literaturze przedmiotu. Dotyczą one zarówno metody osadzenia wyjątków, nadania „czarnej listy” charakteru katalogu zamkniętego, jak i jej modyfikacji jedynie w drodze nowelizacji dyrektywy. Komisja pragnie z „czarnej listy” uczynić instrument elastyczny, nadążający za potrzebami praktyki gospodarczej i wymogami kształtowania wysokich standardów ochrony konsumenta. Świadczą o tym m.in. ostatnio wydane dokumenty Komisji³.

Nie sposób jednak pominąć faktu, że kierunek uzupełniania modelu ochrony konsumenta przez informację o środki interweniujące głębiej w relacje umowne między przedsiębiorcą a konsumentem może być w przyszłości wzmocniony. Świadczą o tym zamieszczone przez Komisję w Zielonej Księdze z 2007 r. w sprawie przeglądu dorobku wspólnotowego w dziedzinie praw konsumenta⁴ propozycje wykorzystania omawianej konstrukcji w przyszłym instrumencie horyzontalnym, który by modernizował przynajmniej w pewnym stopniu dotychczasowy dorobek wspólnotowy, gdyż miałby objąć materię regulowaną obecnie przez kilka dyrektyw pionowych. Za regulacją przekrojową umów sprzedaży konsumenckiej wyraźnie opowiada się Komisja, łącząc te projekty z ambitnymi planami sięgającymi europejskiego prawa umów, a w dalszej przestrzeni czasowej wspólnego kodeksu cywilnego.

wielkim projektem wymagającym dużego zaangażowania i nieporównywalnego z dotychczasowym normowaniem powiązania z prawem kontraktów.

² 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, OJ 2006, L 149, s. 22.

³ Zwłaszcza w Komunikacie z dnia 21 czerwca 2006 r. dotyczącym wdrożenia dyrektywy 98/6 (COM (2006) 325) Komisja WE dostrzega możliwości nowelizacji dyrektywy cenowej przez ewentualne wprowadzenie kolejnego elementu do aneksu I dyrektywy 2005/29.

⁴ Dz.Urz. UE C 61 z 15 marca 2007 r., s. 1.

II. POJĘCIE KOMUNIKACJI HANDLOWEJ

W europejskim prawie ochrony konsumenta oraz orzecznictwie ETS, które dokonuje interpretacji tego prawa, pojęcie informacji gospodarczej jest rozumiane szeroko. W zasadzie poza wąsko ujętymi sytuacjami wymagającymi utrzymania podziału na informację *sensu stricte* i informację *sensu largo* obejmującą swoim zakresem instrumenty służące promocji i marketingowi bezpośredniemu, cała komunikacja handlowa, w tym reklama, traktowana jest jako źródło użytecznych informacji o do-
brach rynkowych, warunkach zawierania i wykonywania umów, a także informacji pozwalających na identyfikację samego przedsiębiorcy. W Zielonej Księdze Komisji Europejskiej z dnia 8 maja 1996 r.⁵ zatytułowanej *Komunikacja handlowa w krajach wspólnego rynku* zdefiniowano „komunikację handlową” jako wszelkie formy komunikacji, które mają na celu wspieranie sprzedaży towarów i usług bądź budowanie na rynku wyobrażenia o przedsiębiorstwie lub organizacji, w tym wszelkie formy marketingu bezpośredniego, sponsoringu, wspierania sprzedaży, włączając w ten zakres wykończenie produktu i jego opakowanie. Zatem komunikacja handlowa w systemie wspólnotowym ujmowana jest bardzo szeroko jako prezentacja towaru i przedsiębiorstwa, przyjmująca różne formy i postaci, ponieważ zwłaszcza w związku z rozwojem komunikacji elektronicznej i postępem technologicznym wzbogaceniu ulegają jej środki wyrazu. Granicą prawną wolności przedsiębiorcy w tym przedmiocie jest wymóg rzetelności i transparentności komunikacji. Spełnienie tych warunków daje podstawę do tego, aby konsument mógł samodzielnie i racjonalnie decydować o własnych wyborach i konkretnych decyzjach rynkowych. Również w najpotężniejszym nośniku promocji przedsiębiorstwa i jego produktów, jakim jest reklama gospodarcza, dostrzega się przede wszystkim jej funkcję informacyjną. W związku z uznaniem ochrony praw konsumenta za jeden z głównych celów polityki wspólnotowej następuje przesunięcie punktu ciężkości z ochrony konkurencji rynkowej przez rywalizację uczciwą przedsiębiorców na bezpośrednią ochronę konsumenta przed zniekształceniem jego zachowań rynkowych, które może mieć miejsce w wyniku oddziaływania nierzetelnej komunikacji handlowej. Przy czym rzetelność, uczciwość komunikacji w prawie europejskim ściśle wiązana jest z ochroną interesu ekonomicznego konsumenta, a nie z innymi wartościami. Na to ekonomiczne ograniczenie wskazuje wprost uzasadnienie preambuły. Zgodnie z brzmieniem motywu 7 preambuły „niniejsza dyrektywa odnosi się do praktyk handlowych bezpośrednio związanych z wywieraniem wpływu na decyzje dotyczące transakcji podejmowane przez konsumentów względem produktów. (...) Nie odnosi się ona do wymogów prawnych związanych z poczuciem dobrego smaku i przyzwoitości, które różnią się znacznie między Państwami Członkowskimi. Praktyki handlowe, takie jak np. namawianie do kupna produktów na ulicy, mogą być niepożądane w Państwach Członkowskich ze względów kulturowych. Stosownie do tego Państwa Członkowskie powinny nadal mieć możliwość zakazywania na swoim terytorium praktyk handlowych ze względu na poczucie dobrego smaku i przyzwoitości, w zgodzie z prawem wspólnotowym,

⁵ COM (1996) 389 final.

nawet w przypadku gdy takie praktyki nie ograniczają konsumentom swobody wyboru”. Z powyższego ujęcia wynika, że kwestie etyczne i estetyczne w komunikacji handlowej służącej stymulacji zbytu pozostają wprawdzie poza zasięgiem wymienionego aktu, ale ochronę tych wartości i praw należy oceniać przez pryzmat krajowych regulacji z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności między regułą swobody przepływu dóbr na jednolitym rynku a jej zasadnymi ograniczeniami⁶.

W preambule dyrektywy 2005/29 nawiązuje się wprawdzie wprost do Zielonej Księgi z 8 maja 1996 r., czerpiąc z niej inspiracje także w przedmiocie ustaleń podstawowych pojęć, do których należy również komunikacja handlowa, ale w samej dyrektywie legislator europejski nie przywiązuje zbytnej wagi do, zakładanego dla dobrej legislacji i uspołnienienia prawa, jednolitego posługiwania się prawnymi terminami w tym samym akcie, jeżeli nic innego nie wynika z kontekstu lub definicji. Z reguły treść dyrektyw wspólnotowych, na co zwraca się uwagę w piśmiennictwie⁷, nie jest wyrażona precyzyjnym językiem prawnym, który mógłby być swobodnie przenoszony do krajowych porządków. Rodzi to szczególne problemy przy ich transpozycji w sytuacji, gdy zawierają klauzule zupełnej harmonizacji, która nie pozostawia krajowemu legislatorowi swobody w zakresie materialnoprawnych rozwiązań. W przepisach niniejszego aktu normodawca europejski nie tylko nie definiuje wielu pojęć o zasadniczym znaczeniu dla stosowania aktu, ale posługuje się mało precyzyjnym językiem, zwłaszcza przy wyszczególnieniu form praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorcę wobec konsumenta. Kluczowe dla celów niniejszej dyrektywy pojęcie „praktyk handlowych” ujęte jest bardzo szeroko, co miało zapewnić komplementarność regulacji z przygotowywanym rozporządzeniem dotyczącym promocji sprzedaży. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 zakresem wymienionego pojęcia obejmuje się „praktyki handlowe stosowane przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów oznaczające 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”. Natomiast w art. 7 ust. 5 wymienionej dyrektywy wskazuje się, iż „wymogi informacyjne ustanowione w prawie wspólnotowym, dotyczące komunikacji handlowej, w tym reklamy i marketingu, których niewyczerpujący wykaz zamieszczono w załączniku II, uznaje się za istotne”. Zabrakło również przejrzystości definicyjnej i spójnego rozumienia tych samych terminów w całym akcie w odniesieniu do tytułu tego załącznika, który jest następujący: „Przepisy prawa wspólnotowego określające zasady reklamy i komunikacji handlowej”. Ten brak precyzyjnych ustaleń treści poszczególnych pojęć składających się na ogólną konstrukcję „komunikacja handlowa” nie powinien jednak przekładać się na zróżnicowaną wykładnię merytorycznych postanowień dyrektywy, ponieważ cel regulacji został ustalony przejrzysto. Należy zakresem pojęcia „nieuczciwe praktyki handlowe” objąć wszelkie działania

⁶ Szerzej R. Stefanicki, *Nieuczciwe praktyki handlowe w świetle prawodawstwa Unii Europejskiej – dyrektywa 2005/29/WE*, Warszawa 2007, s. 81 i n. i przedstawione przez autora piśmiennictwo.

⁷ Z. Radwański, *Prawo zobowiązań*, w: Z. Radwański (red.), *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 100.

lub zaniechania przedsiębiorcy skierowane do konsumenta mogące zniekształcić jego zachowania rynkowe.

III. PRAWO KONSUMENTA DO INFORMACJI O HANDLOWYM CHARAKTERZE KOMUNIKACJI KIEROWANEJ DO NIEGO PRZEZ PROFESJONALISTĘ

Obowiązek dostarczenia przez przedsiębiorcę informacji o handlowym charakterze komunikacji jest korelatem prawa konsumenta i wynika wprost z przepisów wielu aktów europejskiego prawa oraz Europejskiej konwencji o telewizji ponadgranicznej z dnia 5 maja 1989 r.⁸, w tym dyrektywy 2005/29 oraz dyrektyw regulujących pewne sfery prawa konsumenckiego (regulacje pionowe). Chodzi tutaj o niezbędne gwarancje przejrzystości działań rynkowych⁹, których respektowanie leży w interesie zarówno konsumenta, jak i rzetelnie działających przedsiębiorców. W orzecznictwie ETS ta spójność obydwu celów rzetelności działań promocyjnych przedsiębiorcy jest wyraźnie akcentowana. Z powyższej perspektywy oddzielenie podmiotowej ochrony w nowym akcie przez objęcie nim ochrony interesu ekonomicznego konsumenta od ochrony przedsiębiorcy przed nieuczciwymi praktykami handlowymi (przeniesienie tej ochrony do odrębnego aktu, znowelizowanej ostatnio dyrektywy 84/450 o reklamie wprowadzającej w błąd) wydaje się rozwiązaniem sztucznym i niepotrzebnym¹⁰. Zgodzić się należy z poglądem wyrażonym w literaturze przedmiotu¹¹ że nieuczciwe praktyki handlowe przedsiębiorców wobec konsumentów objęte zakresem przedmiotowej dyrektywy z jednej strony wymuszają niezbędność ochrony prawnej konsumenta przed skutkami wprowadzenia w błąd i działaniami agresywnymi, z drugiej zaś stanowią problem ochrony rzetelności konkurencji. Nakładanie się powyższych perspektyw oceny powoduje, że każda regulacja prawna i każde rozstrzygnięcie ETS musi uwzględnić tę podwójną perspektywę. W art. 7 ust. 2 dyrektywy 2005/29 za wprowadzające w błąd zaniechanie uznaje się m.in. nieujawnianie 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 podjął. Dla zapewnienia kompleksowości powyższego rozwiązania dyrektywa w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w aneksie II odwołuje się do przepisów poszczególnych dyrektyw konsumenckich statuujących podobne zastrzeżenia. Dyskusyjne moim zdaniem jest wielokrotne odwoływanie się

⁸ Dz.U. z 1995 r. Nr 32, poz. 160.

⁹ Szerzej R. Skubisz, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Komentarz*, w: J. Szwaja (red.), Warszawa 2006, s. 736.

¹⁰ Szerzej A. Mokrysz-Olszyńska, *Swoboda promocji a ochrona przed nieuczciwymi praktykami handlowymi w projektach prawa Unii Europejskiej*, PiP 2005, z. 2, s. 61; zob. także *A European Contract Law, or an EU Contract Law Regulation for Consumers?*, „Journal of Consumer Policy” 2005, nr 4, s. 400; C. Żuławska, *O niektórych zmianach w regulacjach stosunku klienteli*, w: A. Nowicka (red.), *Prawo prywatne czasu przemian*. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu, Poznań 2005, s. 319.

¹¹ E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 192 i n.

w niniejszym załączniku do przepisów poszczególnych aktów statuujących podobną zasadę. Być może rozwiązaniem problemu uproszczenia i ujednolicenia zasad byłoby uchwalenie instrumentu horyzontalnego, za którym wyraźnie opowiada się Komisja Europejska w Zielonej Księdze z 2007 r. Obowiązek jasnego, niebudzącego wątpliwości przedstawienia konsumentowi, że przekazywana mu informacja ma charakter handlowy, zawarty jest m.in. w dyrektywie dotyczącej umów zawieranych na odległość¹² oraz w dyrektywie o handlu elektronicznym¹³. Zakaz kryptoreklamy zawarty został także w aneksie I dyrektywy 2005/29. W świetle załącznika I obejmującego praktyki handlowe uznawane za nieuczciwe w każdych okolicznościach¹⁴ praktyką handlową wprowadzającą w błąd jest (pkt 11) wykorzystywanie treści publicystycznej w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu w sytuacji, gdy przedsiębiorca zapłacił za tę promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści lub z obrazów lub dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta (kryptoreklama). Pozostaje to bez uszczerbku dla dyrektywy 89/552/EWG¹⁵. Jeżeli się zestawia fragment art. 7 ust. 2 dyrektywy, dotyczący zakazu kryptoreklamy, z cytowanym wyżej załącznikiem, to się okaże, że treść zakazu z klauzuli jest węższa, ponieważ dotyczy jedynie kryptoreklamy w przekazach publicystycznych, które nie zostały zdefiniowane w aneksie.

IV. WIĄŻĄCY PRAWNIE CHARAKTER SFERY PRZEDKONTRAKTOWEJ

Wspólną cechą dyrektyw konsumenckich, podyktowaną potrzebą ochrony słabszej strony przed podejmowaniem decyzji rynkowej w warunkach oddziaływania na nią nieuczciwych praktyk handlowych, jest nadanie sferze przedkontraktowej wiążącego prawnie charakteru. Rozbudowany obowiązek informacyjny ciążyący na przedsiębiorcy na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, wiązany z kompleksowością i transparentnością komunikacji handlowej, ma w założeniu ustawodawcy wspólnotowego przekształcać niewiążące w tradycyjnej dogmatyce prawa cywilnego zapewnienia handlowe w wiążącą profesjonalistę propozycję, co znacznie wzmacnia pozycję prawną konsumenta¹⁶. Dla skuteczności prawnej komunikacji handlowej przedsiębiorcy kierowanej do konsumenta nie jest konieczne – chyba że taki

¹² Dyrektywa 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 20 maja 1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość, OJ 1997, L 144, s. 19.

¹³ Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego, OJ 2000, L 178, s. 1.

¹⁴ Klauzule objęte tym aneksem są zakazane wprost, a zakaz ich stosowania jest skuteczny w każdych warunkach we wszystkich państwach członkowskich i nie ma charakteru wzruszalnego.

¹⁵ Dyrektywa Rady 89/552/EWG z 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej (Dz.Urz. L 298 z 17 października 1989 r., s. 23). Dyrektywa zmieniona dyrektywą 97/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. L 202 z 30 lipca 1997 r., s. 60).

¹⁶ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 275; R. Schulze, *Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law*, „European Review of Private Law” 2005, nr 6, s. 847 i n.

wymóg wynika z przepisów szczególnych – aby komunikat wyczerpywał znamiona oferty¹⁷.

Jedną z pierwszych dyrektyw, która nadała skuteczność prawną sferze przedkontraktowej, jest dyrektywa Rady z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (90/314/EWG)¹⁸. Nadano w niej wiążący charakter propozycji, której źródłem może być powszechnie dostępny katalog (broszura) odnoszący się do umów usług turystycznych. Usługi te to bardzo dynamiczna i ważna branża współczesnej gospodarki europejskiej zyskująca na znaczeniu w związku z występowaniem w tego rodzaju umowach także elementu transgranicznego. Tego rodzaju umowy pakietowe niosą dodatkowe zagrożenie dla interesu usługobiorcy, zwłaszcza konsumenta, który z reguły nie dysponuje wystarczającym doświadczeniem i zasobem niezbędnych informacji w stosunku do pozycji i wiedzy profesjonalnego kontrahenta. Wymienione czynniki przesądziły o tym, że kwestie te zostały uregulowane stosunkowo wcześniej w europejskim prawie ochrony konsumenta. Art. 3 wzmiankowanego aktu dyrektywy poza zawartą w ust. 1 generalną dla europejskiego prawa konsumenckiego zasadą zakazu wprowadzenia w błąd¹⁹, w ust. 2 określa precyzyjnie obowiązki informacyjne ciążyące na potencjalnym usługodawcy na etapie poprzedzającym zawarcie umowy²⁰, jeżeli upubliczni on (udostępni) propozycje sprzedaży tego rodzaju produktu potencjalnemu konsumentowi.

Fundamentalne zmiany umacniające pozycję prawną konsumenta w tym zakresie wprowadza przede wszystkim dyrektywa 1999/44 w sprawie niektórych aspektów sprzedaży i gwarancji²¹. W jej świetle, a także w rozumieniu przepisów ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej (która implementuje akt europejski) „zapewnienia publiczne” odnoszące się do właściwości towaru zawarte

¹⁷ Zasadnie przyjmuje E. Łętowska, *Trzydzieści pięć lat później (żywołność koncepcji tzw. „przysiężenia gwarancyjnego”*, w: A. Nowicka (red.), *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtyśińskiemu*, Poznań 2005, s. 183), że na tle nowej regulacji sprzedaży konsumenckiej nie jest merytoryczną lub metodologiczną koniecznością wykorzystywanie konstrukcji przysiężenia publicznego jako oferty (art. 4 ust. 3 ustawy – „jest to zabieg czysto kwalifikacyjny, gdyż w każdym wypadku dogmatyka prawa skłonna jest przypisać istnienie zgody na ponoszenie odpowiedzialności za stypizowane skutki zachowań bez związku z konkretną umową”). Stanowisko to zachowuje aktualność na tle przepisów dyrektywy 2005/29, na co wskazuje wprost jej preambuła.

¹⁸ Powołana w aneksie II dyrektywy o nieuczciwych praktykach.

¹⁹ Ust. 1 stanowi, iż „materiały opisowe dotyczące usług składających się na imprezę turystyczną i dostarczone konsumentowi przez organizatora lub punkt sprzedaży detalicznej, cena imprezy i pozostałe warunki umowy nie mogą zawierać informacji wprowadzających w błąd”.

²⁰ Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, jeżeli konsumentowi udostępnia się broszurę, to powinna ona w sposób czytelny, wyczerpujący i rzetelny określać cenę, jak również zawierać odpowiednie informacje dotyczące: a) celu podróży oraz charakterystyki i kategorii środków transportu, b) zakwaterowania, jego lokalizacji, kategorii lub standardu wraz z jego potwierdzeniem według klasyfikacji turystycznej państwa, w którym się ono znajduje, c) wyżywienia, d) trasy podróży, e) ogólnej informacji o wymogach paszportowych i wizowych dla obywateli państw członkowskich lub ośnośnych państw oraz warunkach zdrowotnych, jakie należy spełnić w czasie podróży i pobytu, f) kwoty zaliczki wyrażonej w walucie lub procentowo w stosunku do ceny oraz terminu płatności pozostałej sumy, g) minimalnej liczby uczestników jako warunku odbycia imprezy, jak również nieprzekraczalnego terminu, w którym konsument musi być poinformowany o ewentualnym jej odwołaniu.

²¹ Dyrektywa z dnia 25 maja 1999 r., OJ 1999, L 171, s. 12.

w szczególności w reklamie i oznaczeniach towarzyszących towarowi są wiążące sprzedawcę wobec jego kontrahenta, którym jest finalny nabywca dobra konsumpcyjnego, osoba fizyczna działająca w celu niezwiązanym z przedmiotem umowy. Związanie to obejmuje zarówno gwarancję ustawową stanowiącą, gdy chodzi o pełnione funkcje, odpowiednik tradycyjnej rękojmi, jak również dobrowolną gwarancję handlową, określaną w dokumentach organów europejskich także jako komercyjna, jeżeli w przypadku tej ostatniej treść komunikatu (reklamy) zawiera zobowiązanie gwaranta do przywrócenia stanu zgodności towaru z umową w okolicznościach wystąpienia braku zapewnianych właściwości. Związanie materialnoprawnej odpowiedzialności sprzedawcy z zapewnieniami publicznymi podmiotów będących ogniwami umowy sprzedaży powinno sprzyjać eliminacji komunikacji handlowej nierzetelnej, wprowadzającej w błąd potencjalnych konsumentów i zakłócającej normalne funkcjonowanie jednolitego rynku. Koncepcja prawna „zapewnienia publicznego” jest obecna w wielu fragmentach prawa wspólnotowego, w tym przy odpowiedzialności za produkt.

Rozbudowany obowiązek informacyjny powiązany z powinnością utrwalenia warunków umowy na piśmie lub w innej równorzędnej postaci ciąży na przedsiębiorcy w fazie poprzedzającej zawarcie umowy sprzedaży, zwłaszcza w odniesieniu do umów zawieranych bez fizycznej obecności stron kontraktu, bo skala zagrożenia interesu kupującego jest w nich odpowiednio wyższa. Taki wiążący charakter nadano informacjom wstępnym kierowanym przez przedsiębiorcę do konsumenta w dyrektywie 97/7/WE dotyczącej umów zawieranych na odległość. Art. 4 ust. 1 tej dyrektywy zawiera kazuistyczny zestaw wymaganych informacji. Dotyczą one przedmiotu sprzedaży, warunków umowy i jej wykonania oraz obowiązkowych informacji o prawach przysługujących konsumentowi. Jest to rozwiązanie spójne z koncepcją „zaproszenia do zakupu” określoną w art. 7 ust. 4 dyrektywy 2005/29. Kwestią otwartą pozostaje zasadność powielania w wielu aktach wtórnych podobnych wymogów.

Ostatni z wymienionych przepisów ma szczególne znaczenie ze względu na nadanie wiążącego charakteru komunikacji profesjonalnego oferenta wobec konsumenta. Nie sposób w tym miejscu pominąć faktu, że dyrektywa 2005/29 w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych ma nie tylko ramowy charakter, ale jednocześnie stanowi regulację zupełną, wyznaczającą jednolite standardy we wszystkich państwach członkowskich. Będzie ona zatem miała duży wpływ na standard ochrony konsumenta i uspołnienie systemu ochrony, w tym na stosowanie krajowych przepisów wprowadzających do porządku krajowego postanowienia dyrektywy 1999/44. Zgodnie z brzmieniem art. 7 ust. 4 w przypadku „zaproszenia do dokonania zakupu” za istotne uważa się następujące informacje, jeżeli nie wynikają one jasno z kontekstu: a) istotne cechy produktu, w takim zakresie, w jakim jest to właściwe dla danego środka przekazu i produktu; b) adres i tożsamość przedsiębiorcy, np. firma i, w stosownych przypadkach, adres i tożsamość przedsiębiorcy, na którego rzecz działa; c) cena wraz z podatkami lub gdy charakter produktu nie pozwala w sposób racjonalny na wcześniejsze obliczenie ceny, sposób, w jaki cena jest obliczana, jak również, w odpowiednich przypadkach, wszelkie dodatkowe opłaty za transport, dostawę lub usługi pocztowe lub gdy wcześniejsze obliczenie tych opłat nie jest

w sposób racjonalny możliwe, informacja o możliwości powstania takich dodatkowych kosztów; d) uzgodnienia dotyczące sposobu płatności, dostawy lub wykonania oraz procedury rozpatrywania reklamacji, jeżeli odbiegają one od wymogów staranności zawodowej; e) w odniesieniu do produktów i transakcji obejmujących prawo odstąpienia lub unieważnienia, istnienie takiego prawa.

Z uwagi na fakt, że powyższe elementy oferty, pojmowane kumulatywnie, niosą dla przedsiębiorcy, kierującego komunikację handlową do potencjalnych nabywców towarów i usług, duże obciążenie, o każdy z wyznaczników toczyły się w procesie legislacyjnym i w dyskursie społecznym spory. Ostateczny kształt wymienionej dyrektywy jest wynikiem osiągnięcia trudnego kompromisu. W wyniku ustępstw na rzecz kół biznesowych zrezygnowano z bardzo ważnego elementu egzemplifikacji – zawierał go projekt art. 7 ust. 4 dyrektywy – który Parlament Europejski usilnie próbował wprowadzić do tekstu wymienionego aktu. W świetle tej propozycji praktyką wprowadzającego w błąd zaniechania objąć miano „wszelkie ograniczenia warunków ogólnych serwisu gwarancyjnego, gdzie warunki takie są konkretnym czynnikiem zachęcającym konsumenta do nabycia produktów”.

Z przedstawionego katalogu wynika, że informacja o towarze i transakcji rozumiana jest szeroko, ma ona bowiem wskazywać nie tylko na właściwości samego towaru (usługi), dane o jego używaniu, informacje identyfikujące przedsiębiorcę, ale również informacje dotyczące sposobów wykonania umowy, w tym przysługujących konsumentowi praw. Jest to podejście zgodne z szerokim zakresem regulacji objętej wymienionym aktem. Na tle niniejszej dyrektywy pojawiły się wątpliwości co do charakteru prawnego zwrotu „zaproszenie do zakupu”. W literaturze przedmiotu i orzecznictwie sądowym²² wyraźnie podkreśla się, że o klasyfikacji oferty decyduje nie jej nazwa, ale istotne elementy przesądzające o takim charakterze komunikatu handlowego²³. Zarówno z treści preambuły wymienionego aktu, jak i elementów wymienionych w art. 7 ust. 4 jasno wynika, że chodzi o wiążącą oferenta propozycję, spełniającą wszystkie warunki stawiane ofercie handlowej. Oferta handlowa jest oświadczeniem woli osoby ją składającej zmierzającym do wywołania skutku prawnego z momentem przystąpienia oblata do umowy. Profesjonalny kontrahent (sprzedawca, producent) nie może w wypadku niewypełnienia dobrowolnego ze swej natury zobowiązania wycofać się, np. twierdząc, że jego intencją była tylko niewiążąca propozycja. Decyduje tutaj przede wszystkim odbiór propozycji rynkowej przez jej przeciętnych adresatów lub osoby, do których ona dociera²⁴. Chronione jest w ten sposób zaufanie kupującego do zapewnień przedsiębiorcy. Odpowiednikiem respektowania zasady uzasadnionych oczekiwań słabszej strony przyszłego kontraktu jest wzmocnienie odpowiedzialności przedsiębiorcy za prowadzoną przez niego komunikację handlową służącą stymulacji zbytu. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2i dyrektywy 2005/29 „zaproszenie do dokonania zakupu” oznacza komunikat

²² Wyrok SN z 28 września 1990 r., II CZP 33/90, OSNC 1991, nr 1, poz. 3.

²³ S. Szer, *Prawo cywilne*, Warszawa 1962, s. 206; S. Włodyka (red.), *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001, s. 39.

²⁴ R. Skubisz, *Wprowadzenie*, w: R. Skubisz, R. Sagan (red.), *Prawo reklamy. Wprowadzenie. Zbiór przepisów. Orzecznictwo. Literatura*, Lublin 1998, s. 18.

handlowy, który określa cechy produktu i jego cenę w sposób właściwy dla użytego środka komunikacji handlowej i umożliwia w ten sposób konsumentowi dokonanie zakupu". O tym, że normodawca pragnął nadać „zaproszeniu do zakupu” charakter wiążącej oferty, świadczy, w sposób nie budzący wątpliwości, zawarty w aneksie I dyrektywy zakaz reklamy „przynęty”. Poszczególne zakazy wymienione w załączniku I tej dyrektywy skuteczne są *ex lege* w każdych warunkach. Praktyki wprowadzające w błąd uwzględnione w pkt. 5 aneksu dotyczą sytuacji zaproszenia do dokonania zakupu produktów po określonej cenie bez ujawniania, że przedsiębiorca ma uzasadnione podstawy sądzić, że nie będzie w stanie zaoferować dostawy lub zamówić u innego przedsiębiorcy dostawy tych lub równorzędnych produktów po takiej cenie, przez taki okres i w takich ilościach, jakie są uzasadnione, biorąc pod uwagę produkt, zakres reklamy produktu i oferowaną cenę. Z kolei pkt 6 wzmiankowanego załącznika zakazuje praktyk polegających na zaproszeniu do dokonania zakupu produktów po określonej cenie, a następnie odmowie pokazania konsumentom reklamowanego produktu lub odmowie przyjęcia zamówień na artykuł lub dostarczenia go w racjonalnym terminie. Metoda określenia wyjątków zakazanych z mocy prawa powinna być starannie wyważona, układ klauzul przejrzysty i ograniczony do przypadków rażących naruszeń prawa konsumenckiego. W literaturze przedmiotu podważa się zasadność umieszczenia niektórych elementów w aneksie. Trudno byłoby uznać za zasadne wprowadzenie w aneksie aż dwóch klauzul dotyczących oferty „przynęty”, zważywszy, że podstawowe elementy nieuczciwego przyciągania konsumenta do propozycji rynkowej pojawiają się w każdej z nich.

Z rozwiązania ustanowionego w art. 7 ust. 4 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych stosowanych przez przedsiębiorcę wobec konsumentów wcale nie wynika, że każda komunikacja handlowa mająca na celu stymulację zbytu musi zawierać egzemplifikację określoną tym przypisem. W pkt. 14 preambuły wymienionej dyrektywy stanowi się, że odnośnie do zaniechań niniejsza dyrektywa wyznacza ograniczony zakres podstawowych informacji, które są potrzebne konsumentowi do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej transakcji. Informacji takich nie trzeba będzie ujawniać we wszystkich ogłoszeniach reklamowych, lecz tylko w tych przypadkach, gdy przedsiębiorca składa zaproszenie do dokonania zakupu, które jest pojęciem jasno zdefiniowanym w niniejszej dyrektywie. Z przedstawionego wyżej fragmentu preambuły wynika, że obowiązek dostarczenia konsumentowi kompleksowej informacji powiązany został z komunikacją handlową, której celem jest umożliwienie mu dokonania racjonalnej i samodzielnej decyzji rynkowej. Profesjonalista zostaje w takich wypadkach zobligowany do dotrzymania słowa. W pozostałym zakresie granicą wolności reklamy gospodarczej jest generalny zakaz stosowania nieuczciwych praktyk handlowych przez przedsiębiorcę wobec konsumenta, w tym przede wszystkim działań bądź zaniechań wprowadzenia w błąd. Zważywszy na częstotliwość ich występowania w praktyce gospodarczej i szkodliwość z punktu widzenia zasad rzetelnej konkurencji i interesu ekonomicznego konsumenta, praktyki tego rodzaju są konsekwentnie zwalczane w systemach krajowych i w prawie europejskim. Za utrwalony w orzecznictwie i doktrynie pogląd należy uznać, że z reklamą – czy szerzej problem ujmując – komunikacją handlową wprowadzającą w błąd

mamy do czynienia wtedy, gdy powstałe na jej podstawie wyobrażenie o towarze i korzyściach płynących z umowy nie są zgodne ze stanem rzeczywistym²⁵. Zawarta w art. 6 ust. 1 dyrektywy definicja praktyk handlowych polegających na działaniu wprowadzającym w błąd obejmuje swoim zakresem m.in. komunikaty zawierające informacje prawdziwe, ale posiadające zdolność zniekształcenia zachowań rynkowych konsumentów. Ten fragment definicji zasługuje na szczególne potraktowanie, ponieważ wybiórczy i nierzetelny dobór informacji o towarze i warunkach transakcji może kreować mylne wyobrażenie o towarze.

V. UZALEŻNIENIE RODZAJÓW OBOWIĄZKÓW PRZEDSIĘBIORCY WOBEC KONSUMENTA OD CHARAKTERU UMOWY I SKALI ZAGROŻEŃ Z NIĄ ZWIĄZANYCH

Każda ochrona stanowi reakcję na zagrożenie. Im to potencjalne zagrożenie (skala naruszeń) ma większy ciężar gatunkowy, tym głębiej sięgać powinna interwencja ustawodawcy w zasady umowy przedsiębiorcy z konsumentem. W europejskim prawie konsumenta podstawowy model ochronny dotyczy dostarczenia konsumentowi przejrzystych, zrozumiałych informacji niezbędnych do podjęcia decyzji rynkowej. Zakres obowiązku informacyjnego spoczywającego na przedsiębiorcy wobec finalnego odbiorcy produktu uzależniony jest od rodzaju umowy, jej złożoności i w konsekwencji wzmiankowanego wyżej stopnia zagrożenia interesów konsumentów. W preambule dyrektywy 2005/29 duży akcent położono na powyższe zależności. M.in. w pkt. 10 uzasadnienia aktu stwierdza się, że niniejsza dyrektywa (...) zakazuje przedsiębiorcom stwarzania fałszywych wyobrażeń o charakterze produktu. Jest to szczególnie ważne w przypadku produktów złożonych, z którymi wiąże się wysoki poziom ryzyka dla konsumentów, np. niektórych produktów finansowych. Także w dalszej części preambuły uwypuklono zależności między złożonym charakterem i specyfiką danej umowy a zakresem i rodzajem dostarczanych konsumentowi informacji. W zakresie usług finansowych z uwagi na ich specyfikę i związane z tymi umowami poważne ryzyko dla usługobiorcy niezbędne jest ustanowienie szczegółowych wymogów, w tym nałożenie na przedsiębiorców (usługodawców) promujących takie produkty pozytywnych obowiązków. Na te kwestie zwrócił szczególną uwagę także Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 26 stycznia 2005 r.²⁶ W pkt. 4 uzasadnienia orzeczenia stwierdza się m.in., że obowiązki informacyjne są bardziej rozwinięte i intensywne na tle relacji dotyczących wysoko specjalistycznych stosunków prawnych, do których bez wątpienia należą usługi finansowe, przy czym obowiązki informacyjne związane z dokonywaną czynnością prawną należy rozumieć szeroko, jako obejmujące nie tylko wyjaśnienie treści i znaczenia dokonywanej czynności (przedmiotu i charakteru świadczenia podstawowego) i płynących z niej konsekwencji

²⁵ A. Kołodziej, *Cywilnoprawne konsekwencje wypowiedzi reklamowych w obrocie konsumenckim*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” nr LXXIII, Wrocław 2005, s. 33; I. Wiszniewska, *Ochrona przed reklamą wprowadzającą w błąd*, PPH 1996, nr 2, s. 1 i n.

²⁶ P 10/04, OTK-A 2005, nr 1, s. 7.

prawnych, ale także tych wszystkich elementów ubocznych, pozostających w funkcjonalnym związku z przedmiotem świadczenia, które mogą mieć istotne znaczenie dla sytuacji prawnej kontrahenta profesjonalisty, w rozważanym wypadku – klienta banku, a więc także te, które wiążą się z warunkami rozwiązania umowy, jej zabezpieczeniem, skutkami niespełnienia świadczenia. Wymienione usługi niosą szczególne zagrożenie dla interesu ekonomicznego konsumenta ze względu na ich specyficzne cechy. Zalicza się do nich zwłaszcza nieporównywalnie wyższy w zestawieniu z innymi umowami stopień trudności w przełamywaniu deficytu transparentności informacji kierowanej do konsumenta i to na każdym etapie umowy, czyli przed, w czasie i po jej zawarciu²⁷.

VI. ODPOWIEDZIALNE DORADZTWO

Z uwagi na złożoność niektórych umów i duży stopień ryzyka dla klientów²⁸ z nimi związanych ustawodawca wspólnotowy statuuje obowiązki także w zakresie doradztwa. Funkcje, rodzaje i zakres doradztwa w zakresie usług finansowych w prawie europejskim są przejrzysto określone. M.in. w art. 19 ust. 4 dyrektywy 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r.²⁹ w sprawie rynków instrumentów finansowych³⁰ stanowi się, iż „świadcząc usługi doradztwa inwestycyjnego lub zarządzania pakietem akcji, przedsiębiorstwo inwestycyjne uzyskuje niezbędne informacje dotyczące wiedzy i doświadczenia klientów lub potencjalnych klientów w dziedzinie inwestycji odpowiedniej do określonego rodzaju produktu czy usługi, jego sytuacji finansowej oraz celów inwestycyjnych, tak aby przedsiębiorstwo mogło polecić klientowi lub potencjalnemu klientowi odpowiednie dla niego usługi inwestycyjne i instrumenty finansowe”. Jest to rodzaj doradztwa rozumianego jako niezależna usługa. Natomiast w kolejnym – ust. 5 tego artykułu wskazuje się na obowiązek ostrzegania przez usługodawcę klientów (potencjalnych klientów) przed podjęciem przez nich nieodpowiednich do oczekiwań i możliwości ekonomicznych decyzji. Aby zrealizować tę powinność, instytucja finansowa jest zobligowana do zwrócenia się do osoby zainteresowanej usługą z prośbą o przekazanie przez nią informacji wskazujących na stan jej wiedzy i doświadczenia w przedmiotowym zakresie. Zgromadzone dane stają się podstawą oceny, czy produkt jest odpowiedni dla danego klienta. W przypadku oceny negatywnej przedsiębiorstwo inwestycyjne lub podmiot działający w imieniu usługodawcy (pośrednik) ostrzega potencjalnego usługobiorcę, że produkt jest nieodpowiedni dla niego. Ostateczna decyzja o przystąpieniu do umowy należy do klienta. We wzmiankowanym już wyroku TK z 26 stycznia 2005 r.

²⁷ Szerzej E. Łętowska, *Prawo umów...*, op. cit., s. 453 i n.

²⁸ W tego rodzaju usługach przepisami ochronnymi obejmuje się szerszy zakres podmiotów niż finalni usługobiorcy będący osobami fizycznymi, nieprofesjonalnymi w danej dziedzinie.

²⁹ Wymienione w tym materiale przepisy dyrektywy 2004/39/WE, a także przepisy innych aktów wtórnych prawa WE powołane są w aneksie II dyrektywy 2005/29 jako zawierające istotne wyznaczniki komunikacji handlowej w rozumieniu art. 7 ust. 5 ostatniego z wymienionych aktów.

³⁰ OJ 2004, L 145, s. 1.

mówi się wprost o odpowiedzialnym udzielaniu pożyczek. Odpowiedzialne podejście sprowadza się do precyzyjnego określenia zakresu i rodzaju informacji, które powinny być dostarczone konsumentowi przed zawarciem umowy kredytowej, oraz do zobiektywizowanej oceny zdolności kredytowej konsumenta. Trybunał, wskazując na powyższą formułę, nawiązuje w tym zakresie wprost do projektu dyrektywy o kredycie konsumenckim³¹: „odpowiedzialne udzielanie pożyczek oznacza, że kredytodawca, a także tam, gdzie ma to zastosowanie, pośrednik kredytowy są związani wymogiem wywiązania się ze swoich zobowiązań odnośnie do dostarczenia informacji przed zawarciem umowy, a kredytodawca związany jest wymogiem oceny zdolności kredytowej konsumenta na podstawie dostarczonej przez niego informacji oraz tam, gdzie jest to właściwe, na podstawie informacji z bazy danych”. Zatem udzielenie klientowi wszechstronnej pomocy w wyborze najbardziej właściwego dla niego produktu (kredytu)³² oznacza uwzględnienie jego możliwości finansowych, celu kredytu i istniejącego ryzyka ekonomicznego.

VII. ZASADA TRANSPARENTNOŚCI KOMUNIKACJI HANDLOWEJ

Jak podniesiono na wstępie, fundamentalnym aksjologicznym wyznacznikiem europejskiego prawa konsumenckiego jest zasada jego ochrony przez informację, a także ustawiczną edukację. Ta ostatnia w kulturze prawnej państw zachodnich rozpoczyna się już na etapie edukacji przedszkolnej i otwiera drogę do krytycznego, rozsądnego odbioru komunikacji handlowej. Prawo do otrzymywania przez konsumenta odpowiedniej informacji warunkującej dokonywanie racjonalnych i suwerennych wyborów uwzględnia zarówno merytoryczną treść, jak i transparentność komunikacji handlowej. Na uwagę zasługuje fakt, że ustawodawca wspólnotowy nadaje szerokie rozumienie pojęciu komunikacja handlowa, tak aby nim objąć wszelkie przejawy aktywności przedsiębiorcy (producenta, sprzedawcy, importera) mające za bezpośredni lub pośredni cel stymulację zbytu³³.

³¹ Projekt z 28 października 2004 r., COM(2004) 747 końcowy.

³² Pełna harmonizacja, w szczególności pięciu zasadniczych kwestii ujętych w dyrektywie (informacji udzielanych przed zawarciem umowy i podawanych w umowie, rocznej stopy oprocentowania, prawa do odstąpienia od umowy i prawa do przedterminowej spłaty), ma przyczynić się do stworzenia jednolitego rynku w zakresie umów o kredyt konsumencki, gdyż kredytodawcy nie będą musieli dostosowywać swoich produktów do różnych przepisów krajowych państw członkowskich. Marginesy elastyczności przyznane państwom członkowskim, jako część kompleksowego porozumienia, pozwolą na ustanowienie wysokiego poziomu ochrony konsumenta, tworząc warunki dla rzeczywistego rynku wewnętrznego kredytów konsumenckich, tak Opinia Komisji na mocy art. 251 ust. 2 akapit 3 lit. c Traktatu WE dotycząca poprawek Parlamentu Europejskiego do wspólnego stanowiska Rady w odniesieniu do wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie umów o kredyt konsumencki, zmieniającego projekt Komisji na mocy art. 250 ust. 2 WE, zmieniająca wniosek komisji na mocy art. 250 ust. 2 WE, COM 2008/0117 wersja ostateczna – COD 2002/0222.

³³ Por. wąskie rozumienie reklamy gospodarczej przez SN w wyroku z 14 stycznia 1997 r., OSNC 1997, nr 6–7, poz. 7–8 z glosami: J. Jacyna, *Komentarz do wyroku SN z dnia 14 stycznia 1997 r.*, ICKN 52/96, „M.P.” 1997, nr 10, s. 411; R. Stefanicki, *Glosa do wyroku SN z dnia 14 stycznia 1997 r.*, I CKN 52/96, „Rejent” 1999, nr 1, s. 157 i n. Zdaniem M. Kępińskiego, w: J. Szwaia (red.), *Komentarz...*, op. cit., s. 378) teza wymienionego wyroku jest błędna.

Niezadośćczynienie wymogowi transparentności przez emitenta jest równoznaczne z niemożnością wykorzystania merytorycznej treści komunikatu przez jego adresata, tj. przeciętnego konsumenta³⁴. W świetle art. 7 ust. 2 dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych za wprowadzające w błąd uznaje się również zaniechanie, jeżeli uwzględniając szczegółowe postanowienia ust. 1³⁵, przedsiębiorca zataja lub w sposób niejasny, niezrozumiały, wieloznaczny lub z opóźnieniem przekazuje istotne informacje. Na szczególne podkreślenie zasługuje włączenie naruszenia zasady transparentności w szerszy merytorycznie obszar praktyk wprowadzających w błąd przez zaniechanie. Przez transparentność należy rozumieć nie tylko jasność, komunikacji handlowej w rozumieniu jej przystępności dla przeciętnego jej adresata, lecz także „w intelektualnym” wymiarze wyłączającym m.in. formułowanie wieloznacznych komunikatów handlowych³⁶. W poszczególnych dyrektywach konsumenckich wymóg transparentności jest z reguły określony wprost. Przeważnie ustawodawca wspólnotowy, a także orzecznictwo ETS dokonujące interpretacji prawa europejskiego posługują się formułą zrozumiałości przekazu odnoszoną do pewnego modelu (wzorca) konsumenta.

Na marginesie niniejszych rozważań warto co najmniej zasygnalizowania jest wprowadzenie w nowej dyrektywie ramowej dyferencjacji wzorca konsumenta w związku z wyodrębnieniem w ogólnym modelu szczególnej kategorii konsumentów. W pkt. 18 preambuły dyrektywy stanowi się, iż „w przypadku gdy określona praktyka handlowa przeznaczona jest dla szczególnej grupy konsumentów, jak np. dzieci, oddziaływanie tej praktyki należy ocenić z perspektywy przeciętnego członka tej grupy. Dlatego też wskazane jest dodanie do wykazu praktyk, które są nieuczciwe w każdych okolicznościach, przepisu, który nie wprowadzając całkowitego zakazu reklamy skierowanej do dzieci, chroni je przed bezpośrednimi namowami do dokonania zakupu”. Na wyłom od podstawowego wzorca, wypracowanego przez orzecznictwo ETS, a odnoszącego się do przeciętnego, wyedukowanego, racjonalnego i uważnego konsumenta wskazuje się w ust. 3 art. 5 niniejszej dyrektywy. Przepis ten stanowi, iż: „praktyki handlowe, które mogą w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze wyłącznie dającej się jednoznacznie zidentyfikować grupy konsumentów szczególnie podatnej na tę praktykę lub na produkt, którego ona dotyczy, ze względu na niepełnosprawność fizyczną lub umysłową, wiek lub łatwowierność,

³⁴ Zob. także wyrok z 22 grudnia 2004 r., XVII AMA 23/04, „Wokanda” 2005, nr 11, s. 56.

³⁵ Przepis ten stanowi, iż praktykę handlową uznaje się za wprowadzającą w błąd, jeżeli w konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę wszystkie jej cechy i okoliczności oraz ograniczenia środka przekazu, pomija ona 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 dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął.

³⁶ C. Collard, C. Roquilly, *Droit de la concurrence et de la consommation*, w: L. Morot-Simon, S. Blomme (red.), *Droit de l'entreprise*, Paris 2000, s. 606; M.P. Garcia Rubio, H.G. Koppensteiner, BGH, *Urteil vom 20.10.1999 – Orient – Teppichmuster – Zur Frage der irreführenden Gestaltung einer Werbebeilage*, „European Review of Private Law” 2002, nr 5, s. 699. Na nagminność naruszania zasady transparentności w komunikacji handlowej wskazał Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w raporcie z kontroli wzorców umownych oferowanych konsumentom przy sprzedaży nowych samochodów, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, czerwiec 2004, s. 29.

w sposób racjonalnie możliwy do przewidzenia przez przedsiębiorcę, oceniane są z perspektywy przeciętnego członka tej grupy³⁷.

W niektórych umowach wyróżniających się złożonością i stopniem zagrożenia dla konsumenta wymóg transparentności sięga głębiej i jest precyzyjniej określony. Dotyczy to zwłaszcza usług finansowych. W świetle art. 13 ust. 1 dyrektywy 2002/92/WE „wszystkie informacje, jakie mają zostać dostarczone klientom zgodnie z art. 12, są przekazywane w formie pisemnej lub za pomocą jakiegokolwiek innego trwałego nośnika informacji dostępnego dla klienta, w jasny, dokładny i zrozumiały sposób, w języku urzędowym Państwa Członkowskiego zobowiązania lub w dowolnym innym języku, uzgodnionym przez strony”. Kwestia języka komunikacji handlowej (umów zawieranych z konsumentem) w kontekście zasady transparentności pojawiła się m.in. w wyroku TK z 13 września 2005 r.³⁸ Trybunał zasadnie wyszedł w swoich argumentacjach od kwestii niezbędnych gwarancji autentycznej ochrony konsumenta przez informację do niego kierowaną (rzeczywistych standardów ochrony przez likwidację deficytu informacyjnego), a nie tylko polegającą na spełnieniu formalnych wymogów w tym zakresie. Mając te okoliczności na uwadze, akcentowane zresztą także przez orzecznictwo ETS, Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim w powyższym zakresie. W uzasadnieniu powyższego orzeczenia Trybunał m.in. stwierdził, że posługiwanie się językiem niezrozumiałym dla konsumenta narusza gwarancje ochronne zawarte w art. 76 Konstytucji oraz standardy wymagane w tym zakresie przez europejskie prawo ochrony konsumenta. Spełnienie formalnego warunku wyrażenia zgody na język kontraktu należy w ocenie Sądu uznać za zdecydowanie niewystarczające z punktu widzenia niezbędnych gwarancji rzeczywistych mechanizmów ochronnych, które powinny być respektowane wobec słabszej, nieprofesjonalnej strony umowy. Na uwagę zasługuje fakt nawiązywania w wielu wyrokach TK do art. 76 Konstytucji i do dyrektywy 2005/29, która oparta jest na podobnej aksjologii ochrony konsumenta³⁹. Zarówno w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, jak i w wyrokach ETS potencjalne standardy ochrony konsumenta wyznaczone literą prawa spina klamrą prokonsumencka ich wykładnia⁴⁰.

Na szczególną uwagę zasługuje fragment *in fine* art. 19 ust. 3 dyrektywy 2004/39 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych⁴¹ statuujący zasadę zrozumiałości i rzetelności komunikacji handlowej. W rozumieniu tego przepisu informacje kierowane do potencjalnych usługobiorców powinny być przygotowane w taki sposób, aby klienci (również potencjalni) mogli zrozumieć charakter oraz ryzyko związane z usługą inwestycyjną oraz

³⁷ W literaturze obcej „arbitralne”, „restryktywne” dookreślenie grupy konsumentów szczególnie podatnych na praktyki handlowe przedsiębiorców budzi poważne zastrzeżenia, ponieważ dokonany w przepisie dobór kryteriów wyodrębnienia nie odpowiada potrzebom praktyki. Zgłasza się więc wątpliwości w kwestii, dlaczego wśród wyznaczników dokonanego wyodrębnienia nie uwzględniono takich czynników jak edukacja, rasa, etniczność, poziom dochodu.

³⁸ K 38/04, OTK-A 2005, nr 8, s. 92.

³⁹ Szerzej R. Stefanicki, *Nieuczciwe praktyki...*, op. cit., s. 45 i n.

⁴⁰ Zob. wyrok z 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-412/06, jeszcze nieopublikowany.

⁴¹ OJ 2004, L 145, s. 1.

określonym rodzajem oferowanego instrumentu finansowego, a co z tym się łączy, mogli podjąć świadome decyzje inwestycyjne. Informacje te należy przekazywać w ujednoliconym formacie. Do fragmentu końcowego wymienionego uregulowania należy przywiązywać szczególną wagę w procesie stosowania przepisów. Zwłaszcza nasza praktyka gospodarcza wskazuje na nagminność nieuczciwych działań handlowych przedsiębiorcy w tym zakresie w ogóle, a w odniesieniu do usług finansowych w szczególności. Z reguły bowiem informacje o korzyściach płynących z zawieranej umowy, mające przyciągnąć klientelę do propozycji, są wyeksponowane przez centralne ich położenie oraz wielkość i wyłuszczenie czcionki, natomiast wszelkie bardzo poważne dla klienta ograniczenia w korzystaniu z dobrodziejstw umowy przekazywane są drobnym, a w związku z tym mało czytelnym, w stosunku do całości przekazu, drukiem. Problem nieuczciwości takich praktyk w kontekście ochrony interesów zbiorowych konsumentów podnoszony jest w orzecznictwie UOKiK⁴².

VIII. SKUTKI NIEWYPEŁNIENIA OBOWIĄZKÓW INFORMACYJNYCH

Komisja Europejska w Zielonej Księdze z 2007 r. podsumowującej wykonanie niektórych dyrektyw konsumenckich, także pod kątem poziomu respektowania przez przedsiębiorców obowiązków informacyjnych wynikających z konsumenckiego prawa umów przedstawia pod rozważę alternatywne propozycje przyszłych rozwiązań. Przedmiotem dyskursu prawniczego i opinii zainteresowanych gremiów czyni problem: jakie powinny być skutki umowne niespełnienia obowiązków informacyjnych zawartych w dorobku prawnym Wspólnoty w dziedzinie praw konsumenta? W otwartym zestawie opcji możliwych do przyjęcia w instrumencie horyzontalnym znajduje się: wariant 1 obejmujący opcję wydłużonego okresu możliwości bezwarunkowego odstąpienia od umowy. Byłby to jednolity środek odwoławczy w przypadku niespełnienia obowiązków informacyjnych przez profesjonalistę – przykładowo: do trzech miesięcy. W wariantcie 2 zawarto propozycję wprowadzenia, zależnie od wagi naruszenia interesu konsumenta, różnych środków odwoławczych. Niektóre naruszenia na etapie przed zawarciem umowy i po zawarciu byłyby podstawą do zastosowania środków odwoławczych, np. udzielenie błędnej informacji o cenie produktu upoważniałoby konsumenta do unieważnienia umowy, podczas gdy inne uchybienia co do obowiązku informacyjnego byłyby traktowane inaczej, np. powodowałyby jedynie wydłużenie okresu przysługującego prawa do odstąpienia od umowy lub nie powodowałyby powstania konsekwencji umownych. Wariant ostatni dotyczy utrzymania obecnego, zróżnicowanego w państwach członkowskich stanu rzeczy⁴³. Skutki złamania obowiązków informacyjnych byłyby w dalszym ciągu regulowane w różny sposób dla różnych rodzajów umów. Mało prawdopodobne wydaje się przy-

⁴² Zob. m.in. wyrok z 22 grudnia 2004 r., XVII Ama 23/04, „Wokanda” 2005, nr 11, s. 56.

⁴³ Różnice wynikają z tego, że niektóre państwa członkowskie wykorzystwały klauzule minimalnej harmonizacji zawartą w dyrektywach konsumenckich dla podniesienia standardów ochrony konsumenta powyżej wyznaczonych aktem wspólnotowym.

jęcie ostatniego wariantu w przyszłym europejskim instrumencie horyzontalnym, który swoim zakresem objąłby rozproszoną obecnie w kilku dyrektywach pionowych materię, a to z uwagi na preferowanie przez Komisję Europejską legislacji zupełnej, a więc niepozostawiającej państwom członkowskim w sferze materialnoprawnej swobody transpozycji, a w konsekwencji prowadzącej do uspoźnienia prawa. Plany Komisji są ambitne, zmierzają do wypracowania i przyjęcia jednolitych zasad stosunków umownych oraz w dalszej perspektywie wspólnego kodeksu cywilnego. Do jego przyjęcia brak jest jednak dzisiaj traktatowej podstawy.

IX. KIERUNEK ZMIAN W EUROPEJSKIM PRAWIE OCHRONY KONSUMENTA

Komisja Europejska w Zielonej Księdze z 2007 r. wskazuje na możliwość przyjęcia w części ogólnej przyszłego aktu horyzontalnego, regulującego umowy sprzedaży konsumenckiej, opartego na zasadzie zupełnej harmonizacji, zmodyfikowanej formuły nieuczciwych klauzul umownych, dla których aktualnie podstawę unormowania w porządkach krajowych stanowi dyrektywa 93/1344. Część ewentualnych zmian w tej dziedzinie dotyczyłaby zakresu stosowania prawodawstwa UE o nieuczciwych warunkach w umowach konsumenckich przez objęcie klauzul negocjowanych indywidualnie treścią tego unormowania. W związku z powyższym Komisja stawia pod dyskusję społeczną problem: do jakiego stopnia reżim prawny charakterystyczny dla nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich powinien zostać rozszerzony na warunki negocjowane indywidualnie, proponując następujące alternatywne rozwiązania:

Wariant 1: Zakres stosowania dyrektywy w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich zostaje rozszerzony na warunki negocjowane indywidualnie.

Wariant 2: Do warunków negocjowanych indywidualnie stosowałby się jedynie wykaz klauzul umownych załączony do dyrektywy.

Wariant 3: Utrzymanie obecnej sytuacji – zasady wspólnotowe w dalszym ciągu stosują się wyłącznie do warunków nienegocjowanych lub sformułowanych uprzednio.

Trudno przewidzieć kierunek rzeczywistych zmian i głębokość interwencji w krajowe porządki w przyszłym akcie wtórnym prawa WE. Nie ulega jednak wątpliwości, że samo podjęcie problemu świadczy o tym, że obecne rozwiązania krajowe oparte na dyrektywie 93/13 nie są wystarczające dla statuowania wysokich standardów ochrony konsumenta w przedmiotowym zakresie. W komentowanej Zielonej Księdze Komisja ponadto przedmiotem dyskursu czyni kwestię, czy zakres kontroli nieuczciwości klauzul umownych z dyrektywy w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich powinien zostać rozszerzony, wskazując na możliwe opcje:

⁴⁴ Komisja nie wyklucza wprowadzenia nowelizacji poszczególnych dyrektyw pionowych, ale konstrukcja horyzontalna wydaje się jej bardziej odpowiednia ze względu na założone cele polityki europejskiej w zakresie ochrony konsumenta i przyszłego prawa umów.

Wariant 1: Zakres kontroli nieuczciwości klauzul umownych zostałby rozszerzony w celu objęcia nim głównego przedmiotu umowy i ceny.

Wariant 2: Utrzymanie obecnego stanu rzeczy: bez zmian obecnie obowiązującego zakresu kontroli nieuczciwości klauzul umownych.

Przedstawione wyżej propozycje przyszłych rozwiązań stanowią odzwierciedlenie wyniku badań z zakresu wykonania niektórych aktów wtórnych prawa konsumenckiego przez państwa członkowskie. Diagnozą objęto także krajowe orzecznictwo sądowe oraz administracyjne z zakresu wykonania m.in. dyrektywy 93/13 z dnia 5 kwietnia 1993 r. o niedozwolonych klauzulach⁴⁵. Szczególnie doniosłe dla standardów ochrony konsumenta mogłoby być urzeczywistnienie modelu dodatkowej ochrony przez różnie statuowane zakazy klauzul nieuczciwych. Komisja stawia bowiem problem: jaki status prawny powinien zostać nadany ewentualnym wykazom nieuczciwych klauzul umownych włączonym do instrumentu horyzontalnego, i proponuje zróżnicowane środki:

Wariant 1: Utrzymanie obecnego stanu rzeczy, tj. poprzestanie na wykazie o charakterze orientacyjnym.

Wariant 2: W przypadku niektórych klauzul zostałoby ustanowione wzruszalne domniemanie nieuczciwości (szara lista). Ten wariant to połączenie określonych wytycznych (wariant 1) z elastycznością oceniania uczciwości klauzul.

Wariant 3: Nowy, przypuszczalnie znacznie krótszy od istniejącego, wykaz klauzul uznawanych za nieuczciwe w każdych okolicznościach (czarna lista).

Wariant 4: Połączenie wariantów 2 i 3: niektóre klauzule zostałyby zupełnie zakazane, natomiast w stosunku do pozostałych miałoby zastosowanie wzruszalne domniemanie nieuczciwości.

Na uwagę zasługuje niewykluczenie przez Komisję możliwości wykorzystania wariantu 3. Byłoby to rozwiązanie spójne z podejściem, które realizuje dyrektywa 2005/29 w przywoływanym wyżej aneksie I. Pomocne przy stanowieniu „czarnej listy” mogłyby się okazać m.in. oceny towarzyszące ostatniemu z wymienionych aktów.

X. ZAKOŃCZENIE

Od traktatu z Maastricht ochrona konsumenta urasta do rangi jednego z autonomicznych, strategicznych celów Wspólnoty. Jedną z konsekwencji zaliczenia tej polityki do priorytetów w działaniach organów wspólnotowych jest stopniowe przesuwanie punktu ciężkości z ochrony – przez uczciwą rywalizację – konkurencji rynkowej, na bezpośrednio ukierunkowane na konsumenta zabiegi służące słabszej stronie umów ze względu na występujący u niej deficyt informacyjny i brak doświadczenia w porównaniu z profesjonalnym kontrahentem. Aksjologia ochrony prawnej konsumenta ma umocowanie w obowiązках ciążących w tym zakresie na przedsiębiorcy promującym dobra konsumpcyjne.

⁴⁵ OJ 1993, L 95, s. 29.

Za podstawę dyrektyw konsumenckich z reguły przyjmowany jest art. 95 TWE⁴⁶, co stawia pod znakiem zapytania możliwość pełnej realizacji celów w zakresie ochrony konsumenta, a w każdym razie wysuwania jej na plan pierwszy. Zarówno jednak przegląd ostatnich aktów wtórnych prawa WE odnoszących się do omawianego zakresu, w tym zwłaszcza zmian, jakie wprowadza dyrektywa 2005/29, jak i przewidziane w Zielonej Księdze z 2007 r. kierunki i zakres modyfikacji konsumenckiego prawa w przedmiocie umów sprzedaży pozwalają co najmniej na umiarkowany optymizm. Wyrывkowo przedstawione przeze mnie propozycje ewentualnego kształtu przyszłego aktu wspólnotowego o charakterze – co wynika z argumentacji Komisji Europejskiej – horyzontalnym i pełnym standardzie zmierzają do umocnienia pozycji prawnej konsumenta, zapewnienia jednolitego wysokiego poziomu tej ochrony we wszystkich państwach członkowskich. U nas jednak świadomość faktu, że z prawidłową transpozycją aktów europejskich przez harmonijne ich włączenie do porządku krajowego wiązać należy nie tylko potencjalne wyznaczone literą prawa standardy, ale także funkcjonalny i instytucjonalny jego wymiar, jest stosunkowo niska.

INFORMATION AS A WAY TO PROTECT THE WEAKER CONTRACTING PARTY IN THE COMMUNITY LAW

Contract law attempts in various ways to regulate the information that contracting parties exchange. Uninformed consumers do not know in advance their match values with firms, whereas informed consumers do, because being a well-informed consumer is best protection in today's marketplace. That means the weak contractual party becoming informed about purchases, understanding rights as a consumer, and practicing responsible management of private financial and personal information. European consumer policy increasingly places emphasis on the role of information in allowing consumers to protect themselves and consequently promoting a competitive economy. Increasing the transparency information available to consumers is *de lege lata* undoubtedly beneficial. Although the solution may be relaxed enforcement of the regulatory framework and self-regulation to avoid over-regulation and hindrances to the technological development by codes of conduct. It is not at all certain that this will contribute to consumer protection and confidence. However, certainty may be ensured by at least accepting that consumers will have the possibility of choosing the preferred way of accessing the required information, to the more general principle

⁴⁶ Por. ostatnio Opinię Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów użytkowania nieruchomości w oznaczonym czasie, długoterminowych produktów wakacyjnych, wymiany i odsprzedaży z 16 lutego 2008 r., OJ 2008, C 44, s. 27 i n., w której Komitet uważa, że za podstawę prawną powinien służyć w tytułowej materii art. 153 traktatu, a nie art. 95, gdyż nie chodzi tu o kwestię dotyczącą wyłącznie rynku wewnętrznego, ale odnoszącą się do polityki ochrony konsumentów.

of good-faith in contractual relationships, which should hinder the party from hiding relevant information.

The article examines the merit of the test of the average consumer as a basis for judicial and regulatory action. The average consumer may be described as an interesting, anti-paternalistic view based on his sovereignty and, to some extent, useful notion because of asymmetry in the allocation of information. It is, on the other hand, an overly one-dimensional concept with little correspondence with the real world of individual consumer behaviour (behavioural decision theory offer a more realistic view) and should be reinterpreted more flexibly, or even abandoned to mirror the weak contractual party behaviour more effectively. Therefore to be assessed taking account of the presumed expectation of the average consumer, who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect. In the light of directive 2005/29 commercial practices which are likely to materially distort the economic behaviour only of a clearly identifiable group of consumers who are particularly vulnerable to the practice or the underlying product because of their mental or physical infirmity, age or credulity in a way which the trader could reasonably be expected to foresee, shall be assessed from the perspective of the average member of that group.

In the 2007 Green Book concerning the overview of consumer acquis communautaire, the Commission presented alternative proposals. The standard of consumer protection is determined not only by the provisions of the substantive law, but to an equal degree also the procedures, functional and institutional dimension of the legislation, promulgation of new Solutions. In system european law is taken commercial information into account widely as a commercial Communications. The term commercial Communications covers all forms of advertising, direct marketing, sponsorship, sales promotions and public relations promoting products and services. Clear statements, on the other hand, have to be present not only during the formulation of the contract, but also in a pre-contractual phase. The contract should be governed only by conditions which are well-known to both of parties, and the entrepreneur should be subjected to a "duty of information" towards the weak party, with the consequent burden of proving his diligence. As the information society evolves, new forms of commercial Communications will undoubtedly assume greater importance in this field.