

Dominik Świerdza*

SPRZEDAŻ PREMIOWANA W PRAWIE POLSKIM I PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ W ŚWIETLE ORZECZNICTWA ETS

I. Charakterystyka sprzedaży premiowanej

Jako część ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹ regulacja sprzedaży premiowanej służy zapobieganiu i zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej. Sprzedaż premiowana stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czyli działanie sprzeczne z prawem, naruszając (lub zagrażając) interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jednakże z ekonomicznego punktu widzenia sprzedaż premiowana stanowi bardzo atrakcyjne narzędzie promocji. Dlatego też istnieją pewne wyjątki od ogólnego zakazu stosowania tej postaci promocji.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zabrania stosowania sprzedaży konsumentom towarów lub usług połączonych z przyznaniem wszystkim albo niektórym nabywcom towarów lub usług nieodpłatnej premii w postaci towarów lub usług odmiennych od stanowiących przedmiot sprzedaży. Wyjątkiem są premie w postaci towarów lub usług o niewielkiej wartości lub próbki towaru albo wygrane w loteriach promocyjnych organizowanych na podstawie przepisów o grach hazardowych lub konkursach, których wynik nie zależy od przypadku.

Na podstawie art. 535 k.c.² sprzedaż to umowa zobowiązująca sprzedawcę do przeniesienia na kupującego własności rzeczy i wydania mu rzeczy. Kupujący zobowiązuje się zaś rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę. Artykuł 555 k.c. rozszerza zakres zastosowania przepisów o sprzedaży do przenoszenia innych niż własność zbywalnych praw podmiotowych. Świadczenie usług reguluje między innymi ustawa

* Mgr Dominik Świerdza – doktorant w Katedrze Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego Uniwersytetu Śląskiego.

¹ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm., dalej: u.z.n.k.).

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm., dalej: k.c.).

o świadczeniu usług³ oraz kodeks cywilny. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 u.ś.u. usługą jest świadczenie wykonywane przez usługodawcę na własny rachunek, zwykle za wynagrodzeniem, w szczególności można wyróżnić usługi budowlane, handlowe oraz usługi świadczone w ramach wykonywanego zawodu.

W ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zamieszczono legalnej definicji towaru, dlatego należy przyjąć jego powszechne szerokie rozumienie. Nie wskazano również znaczenia „premi”⁴. Według słowników języka polskiego⁴ oraz potocznego rozumienia tego pojęcia „ premia” jest synonimem podwyżki rozumianej jako zwiększenie, podniesienie, powiększenie się, podwyższenie, pomnożenie. W zakresie tej grupy synonimów znajdują się także pojęcia: rewaloryzacja, rewaluacja, indeksacja, wyrównanie, dopłata. Natomiast antonimy to: obniżka, zniżka, ulga, rabat, wyprzedaż, dewaloryzacja, dewaluacja, zwolnienie z opłat. Ukazuje to, że premia to podniesienie, zwiększenie wartości podstawowej⁵. Premię mogą stanowić rzeczy, usługi lub znaki legitymacyjne uprawniające do określonych świadczeń⁶. Natomiast zniżki czy rabaty, obniżające jedynie cenę, którą konsument będzie musiał zapłacić, nie stanowią premii. Powoduje to pozostawienie poza ramami regulacji art. 17a u.z.n.k. wszelkiego rodzaju upustów, niezależnie od ich wartości⁷. Nadużywanie upustów cenowych może być jednak w pewnych okolicznościach potraktowane jako czyn nieuczciwej konkurencji utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu (zob. art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.).

Na podstawie art. 7 pkt 20 u.p.n.p.⁸ towar lub usługa prezentowana jako premia nie może wiązać się ze świadczeniem przez konsumenta jakiegokolwiek należności, z wyjątkiem bezpośrednich kosztów związanych z odpowiedzią na praktykę rynkową, odbiorem lub dostarczeniem produktu. W takiej sytuacji powstaje niejasność, czy przedsiębiorca zwiększający cenę towaru lub usługi w związku z dołączeniem do niego premii popełnia czyn nieuczciwej konkurencji z art. 17a u.z.n.k. Literalna wykładnia tego przepisu wskazuje, że zakaz obejmuje sytuacje, w których konsument otrzymuje premię bez ponoszenia dodatkowych kosztów. Takie rozumowanie prowadzi do wniosku, że jakakolwiek postać zapłaty za premię spowoduje, że przesłanki przepisu nie zostaną spełnione. Jednakże trzeba zauważyć, że zastosowanie symbolicznej opłaty może pociągnąć zarzut omijania przepisów ustawy (zob. art. 58 k.c. i art. 3 u.z.n.k.).

³ Ustawa z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 47, poz. 278, dalej: u.ś.u.).

⁴ Zob. np. *Uniwersalny słownik języka polskiego*, (red.) S. Dubisz, Warszawa 2003, s. 549; *Słownik współczesnego języka polskiego*, (red.) B. Dunaj, Warszawa 1996, s. 850–851.

⁵ E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2005, s. 281.

⁶ Z. Okoń (w): *Prawo reklamy i promocji*, (red.) E. Traple, Warszawa 2007, s. 741.

⁷ E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz...*, 2005, s. 232; decyzja Dyrektora Izby Skarbowej w Rzeszowie z dnia 24 lipca 2007 r., IS.I/1/4231-6/07.

⁸ Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206 z późn. zm., dalej: u.p.n.p.).

Podmiotem ochrony art. 17a u.z.n.k. są wyłącznie konsumenci. Zgodnie z kodeksem cywilnym konsumentem jest osoba fizyczna dokonująca czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą (zob. art. 22¹ k.c.). Jednakże M. Zdyb uważa za przekonywujący pogląd umożliwiający stosowanie do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji modelu przeciętnego klienta określonego w art. 2 pkt 8 u.p.n.p. W tym modelu za przeciętnego konsumenta uważa się takiego konsumenta, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny; oceny dokonuje się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa.

Artykuł 17a ust. 1 u.z.n.k. zakazuje dodawania do towarów lub usług premii odmiennych od stanowiących przedmiot sprzedaży, a *contrario* dozwolone jest dołączanie takich samych towarów lub usług jak świadczenie główne, np. dwóch puszek krojonych ananasów w cenie jednej. Podstawowe znaczenie, szczególnie dla praktyki obrotu, ma „towar odmienny”. Pojęcie to oznacza rzecz lub usługę inną niż rzecz lub usługa główna. Należy uznać za towary odmiennie np. kubek jako dodatek do okularów. Jednakże rzecz lub usługa służąca korzystaniu z rzeczy lub usługi głównej nie stanowi „towaru odmiennego”, np. ściereczka czyszcząca dodana do okularów⁹. K. Korus uważa, że towar, usługa główna oraz premia, aby nie zostać uznane za będące odmiennymi, powinny należeć przynajmniej do tej samej linii produktów, w których towary i usługi są zazwyczaj wytwarzane we współczesnym przemyśle lub pozostawać w zwyczajowym związku funkcjonalnym, ponieważ nawet mniejsi przedsiębiorcy mogą stosować premie w postaci towarów i usług, które sami wytwarzają, w odróżnieniu od często atrakcyjniejszych towarów i usług dostarczanych przez podmioty zewnętrzne¹⁰.

Artykuł 17a u.z.n.k. nie znajduje zastosowania w stosunkach profesjonalnych między przedsiębiorcami, dlatego też dozwolone jest stosowanie przez nich tego typu premii. Omawiana regulacja nie znajduje także zastosowania do praktyk handlowych polegających na przyznawaniu premii osobie, która nie jest rzeczywistym nabywcą, tylko osobie, która do zawarcia danej umowy doprowadziła, np. przedstawicielowi handlowemu, osobie odpowiedzialnej za zaopatrzenie. Umowa sprzedaży jest bowiem zawierana pomiędzy sprzedawcą a podmiotem, który dana osoba reprezentuje.

Spod zakazu stosowania premii w postaci towarów lub usług odmiennych od przedmiotu stanowiącego przedmiot sprzedaży wyłączono towary lub usługi o niewielkiej wartości. Nie wskazano jednak znaczenia pojęcia niewielkiej wartości ani sposobu jego określenia, a z powodu braku definicji również w prawie cywilnym

⁹ A. Sobczak, *Sprzedaż z premią*, Rzeczpospolita z 28.08.2002, nr 2708, dodatek *Vademecum Rzeczypospolitej: Ochrona przed nieuczciwą konkurencją*, s. 6; M. Błaszczak, *Nowe przepisy karne ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, *Monitor Prawniczy* 2003, nr 24, s. 1125–1126.

¹⁰ K. Korus, *Komentarz do art. 17a ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, *LEX/el.* 2002, uwaga do art. 17a ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

pozostaje ono zwrotem niedookreślonym. Ocena, co stanowi niewielką wartość, jest trudna, ponieważ nie można jednoznacznie wskazać, czy chodzi wartość niewielką obiektywnie, czy też wartość niewielką w odniesieniu do wartości sprzedawanego produktu. W rządowym projekcie nowelizacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji można było znaleźć jaśniejsze oznaczenie niewielkiej wartości. Premia nie mogła przekraczać ceny jednostkowej towaru lub usługi objętych sprzedażą premioną¹¹. Jednakże w trakcie prac parlamentarnych zrezygnowano z takiego odniesienia wartości premii do wartości sprzedawanego towaru lub usługi. W związku z powyższym możliwe są następujące sposoby rozumienia „niewielkiej wartości premii”:

1. Porównywanie wartości premii do wartości towaru lub usługi będącej przedmiotem sprzedaży. Zastosowanie takiego kryterium umożliwiałoby dołączanie premii o znacznej wartości do drogiej towarów lub usług, np. ekskluzywne wycieczki zagraniczne, co wpłynęłoby na uprzywilejowanie pozycji bardziej zamożnych konsumentów. Jednakże w praktyce obrotu często można spotkać społecznie akceptowane przypadki dołączania premii znacznie przewyższających wartość produktu, np. dołączanie do dzienników lub tygodników premii w postaci płyt kompaktowych, książek, toreb itp.¹² Ponadto dodatkowe wątpliwości zastosowania tego kryterium może budzić odstępianie od takiego określenia wartości premii przez ustawodawcę na etapie prac parlamentarnych.
2. Porównanie wartości towaru lub usługi stanowiących premie do kosztu sprzedawanego towaru lub usługi albo ich ceny. Stwarza to wszystkim podmiotom jednakowe szanse promocji, niezależnie od sprzedawanych przez nie dóbr¹³. Zastosowanie takiego kryterium wpłynęłoby na umocnienie pozycji przedsiębiorstw w wielkich rozmiarach wobec przedsiębiorstw mniejszych, gdyż duża liczba nabywanych lub zbywanych dóbr wpływa na obniżenie ich kosztu jednostkowego. Jednakże byłoby to sprzeczne z celem wprowadzenia tego artykułu¹⁴.
3. Zastosowanie obiektywnie niewielkiej wartości towaru lub usługi stanowiących premie. Przyjęcie teorii wartości obiektywnej prowadzi do swoistej nierówności. Dodanie premii o niskiej wartości do produktu, którego wartość również jest niska, może spowodować znaczący wzrost atrakcyjności handlowej takiego produktu. Natomiast w przypadku przedmiotu o wysokiej wartości dodatek w postaci dodatkowego produktu o obiektywnie niskiej wartości nie stanowi żadnej zachęty. Rodziłoby to także kolejne problemy w ustaleniu obiektywnie niewielkiej wartości ze względu na różnice w za-

¹¹ Zob. uzasadnienie rządowego projektu ustawy, druk sejmowy nr 375, IV kadencja.

¹² M. Piłka, *Nieuczciwa konkurencja – co to znaczy*, Rzeczpospolita z 28.08.2002, nr 2708, dodatek *Vademecum Rzeczypospolitej: Ochrona przed nieuczciwą konkurencją*, s. 4–5; J. Wrona, *Pytania i odpowiedzi*, Rzeczpospolita z 28.08.2002, nr 2708, dodatek *Vademecum Rzeczypospolitej: Ochrona przed nieuczciwą konkurencją*, s. 8–9; J. Szwaia, *Ostatnie nowelizacje ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, cz. 1, *Monitor Prawniczy* 2002, nr 24, s. 1112.

¹³ K. Szczepanowska, *Co przepis to wątpliwości*, Rzeczpospolita z 17.10.2002, nr 2751, s. C3.

¹⁴ Zob. uzasadnienie..., druk sejmowy nr 375, IV kadencja.

możności konsumentów, ponieważ to, co dla uboższych będzie premią dużej wartością, dla bogatych może mieć znikome znaczenie ze względu na siłę nabywczą, jaką oni dysponują.

4. Porównanie wartości premii z oceną konsumenta, który tę premię otrzymuje. Zgodnie z tą teorią premią większą od niewielkiej będzie premia na tyle atrakcyjna dla konsumenta, że może prowadzić do istotnego zaburzenia jego zachowań gospodarczych. Teoria ta ma za podstawę odnoszenie się art. 17a u.z.n.k. do sprzedaży konsumenckiej. Przyjęcie tej teorii byłoby dość ryzykowne ze względu na brak możliwości przewidzenia ocen konsumentów, niemożliwą do przyjęcia przez praktykę gospodarczą.

J. Szwaja stoi na stanowisku, że jedynym rozwiązaniem wydaje się być ocena konkretnych przypadków, uwzględniając przy tym wszystkie okoliczności sprawy w świetle dobrych obyczajów w obrocie konsumenckim¹⁵. Natomiast Z. Okoń uważa, że w pierwszej kolejności za premie o niewielkiej wartości należy uznać takie premie, których atrakcyjność rozpatrywana z punktu widzenia przeciętnego konsumenta danego produktu jest w bezwzględnych wartościach nieznaczna. Natomiast w przypadku towarów lub usług drogie lub nabywanych w dużych ilościach niewielką wartość premii należałoby rozpatrywać już nie w kategoriach obiektywnych, a w relacji do ceny premiiowanego towaru. Podczas oceny niewielkiej wartości premii uwzględnić należy stosunek do dobrych obyczajów oraz ukształtowanej na danym rynku praktyki¹⁶. W ustawie o podatku od towarów i usług¹⁷ funkcjonuje pojęcie prezentu niewielkiej wartości. Oznacza to przekazywane przez podatnika jednej osobie towary:

- 1) o łącznej wartości nieprzekraczającej w roku podatkowym kwoty 100 zł, jeżeli podatnik prowadzi ewidencję pozwalającą na ustalenie tożsamości tych osób;
- 2) których przekazania nie ujęto w ewidencji, o której mowa w pkt 1, jeżeli jednostkowa cena nabycia towaru (bez podatku), a gdy nie ma ceny nabycia – jednostkowy koszt wytworzenia, określone w momencie przekazywania towaru, nie przekraczają 10 zł (zob. art. 7 ust. 4 ustawy o VAT).

Brak definicji utrudnia prawidłową wykładnię pojęcia premii. Zaznaczono tylko, że prezenty powinny być wręczane konkretnym osobom. Jednakże zaakcentowanie słowa „prezent” zamiast „towar” wskazuje na konieczność rozróżnienia znaczeń prezentu niewielkiej wartości i premii niewielkiej wartości¹⁸.

Nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji dołączanie do sprzedawanych towarów lub usług premii w postaci próbki towaru, rozumianej jako niewielka ilość, niebędąca przedmiotem zwykłego obrotu. Na dopuszczalność stosowania premii w postaci próbki towaru nie ma wpływu wartość próbki. Na gruncie prawa podatkowego próbka oznacza niewielką ilość towaru reprezentującą określony rodzaj lub

¹⁵ J. Szwaja, *Komentarz...*, s. 771.

¹⁶ Z. Okoń (w:) *Prawo reklamy i promocji*, (red.) Elżbieta Traple, s. 745.

¹⁷ Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn zm., dalej: ustawa o VAT).

¹⁸ D. Walcerian, *Marketing a podatki w 2009 roku: reklama, reprezentacja, promocja, skutki w PIT, CIT i VAT*, Warszawa 2009, s. 168.

kategorię towarów, która zachowuje skład oraz wszystkie właściwości fizyczne, fizykochemiczne i chemiczne lub biologiczne towaru, przy czym ilość lub wartość przekazywanych (wręczanych) przez podatnika próbek nie wskazuje na działanie mające charakter handlowy (zob. art. 7 ust. 7 ustawy o VAT). Problemy interpretacyjne może budzić pojęcie niewielkiej ilości. Granica ilościowa nie jest *explicite* wskazana, dlatego też konieczne jest każdorazowe jej badanie. Wielkość próbki powinna umożliwić nabywcy zapoznanie się i zbadanie towaru, tak żeby były widoczne efekty działania i różnice w odniesieniu do konkurencyjnych produktów¹⁹. W doktrynie podatkowej zwrócono uwagę na problem udzielenia w ramach próbki pełnowartościowego produktu w przypadku, gdy kupujący zainteresowany jest nabyciem większej ilości danych produktów. W takiej sytuacji nie można mówić o próbce towaru. Przepisy ustawy o VAT nie odnoszą się także do próbki usługi. Nieprecyzyjny jest też zwrot „nie wskazuje na działanie mające charakter handlowy” ze względu na to, że handlować można także pojedynczymi przedmiotami. Próbką nie może zaspokajać zapotrzebowania na dany towar i usuwać potrzeby kupna tego towaru²⁰, lecz jej istotą jest pobudzenie potrzeby konsumpcyjnej odbiorcy²¹. Próbką towaru powinna ponadto posiadać specjalne oznaczenie, wskazujące, że jest to próbka. Najtrafniej wydaje się interpretować ten przepis ze względu na cel, jakim jest umożliwienie wypróbowania danej rzeczy²². Wykładnia instytucji próbki funkcjonująca w prawie podatkowym ułatwia ustalenie znaczenia próbki na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podczas kwalifikacji, czy dany towar stanowi próbkę, należy uwzględnić wszystkie okoliczności sprawy.

Nie stanowi także czynu nieuczciwej konkurencji przyznawanie premii w postaci towarów lub usług wygranych na loteriach promocyjnych organizowanych na podstawie przepisów o grach hazardowych. Loteriami promocyjnymi w rozumieniu ustawy o grach hazardowych²³ są loterie, w których uczestniczy się przez nabycie towaru, usługi lub innego dowodu udziału w grze i tym samym nieodpłatnie uczestniczy się w loterii, a podmiot zarządzający loterię oferuje wygrane pieniężne lub rzeczowe (zob. art. 2 ust. 1 pkt 10 u.g.h.).

Ostatnim wyjątkiem od generalnego zakazu sprzedaży premiiwanej są wygrane w konkursach, których wynik nie zależy od przypadku. W takich konkursach bez

¹⁹ Postanowienie Naczelnika Drugiego Śląskiego Urzędu Skarbowego w Bielsku-Białej z dnia 03.10.2006 r., PP/443-94/06/AZ-64188, <http://interpretacje.tmxp.pl/Podatek-od-towarow-i-uslug/Zakres-opodatowania/129116-obnizenie-podatku-nalezego-probka-towaru-przekazanie-towarow.html>.

²⁰ Postanowienie Naczelnika Trzeciego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Radomiu z dnia 28.11.2005 r., 1473/WV/443/329/225/2005/SK, <http://interpretacje.tmxp.pl/Podatek-od-towarow-i-uslug/Odlisczenie-i-zwrot-podatku.-Odlisczanie-czesciowe/Odlisczenie-i-zwrot-podatku/113318-materialy-materialy-drukowane-materialy-reklamowe-odlisczenia.html>.

²¹ Postanowienie Naczelnika Pierwszego Śląskiego Urzędu Skarbowego w Sosnowcu z dnia 23.02.2006 r., PSUS/PPOI-443/436/05/MS, <http://www.podatki.biz/interpretacje/0043399.txt>.

²² D. Walerian, *Marketing a podatki...*, s. 170 i n.

²³ Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. Nr 201, poz. 1540 z późn. zm., dalej: u.g.h.).

znaczenia pozostaje wartość wygranej²⁴. Podstawową przesłanką tego wyjątku jest, aby wynik, a także wygrana w konkursie, faktycznie nie zależały od przypadku, ponieważ konkurs jest współzawodnictwem, którego celem jest dokonanie określonej czynności lub wykonanie konkretnego dzieła²⁵. W związku z tym uczestnik konkursu powinien pokonać pewne trudności o określonym poziomie. Mogą one mieć postać na przykład wymagań co do wiedzy lub zręczności uczestnika. W przypadku braku tej przesłanki lub ustanowienia jedynie pozornych trudności, które nie wywierają istotnego wpływu na przebieg konkursu, działanie przedsiębiorcy może zostać uznane za loterię promocyjną w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 10 u.g.h.²⁶

Sprzedaż premiiowaną należy odróżnić od tzw. sprzedaży wiązanej. Specyfika sprzedaży wiązanej lub umowy sprzężonej polega na zobowiązaniu jednej strony do świadczenia dwóch lub więcej różnych towarów lub usług, w efekcie czego nabywca otrzymuje co najmniej dwa różne świadczenia. Sprzedaż wiązana może budzić pewne zastrzeżenia z powodu zaciemniania ekonomicznej treści umowy, mimo wszystko jednak nie jest zakazana²⁷. Zakazane jest natomiast narzucanie nabywcom sprzedaży wiązanej, kiedy są oni zainteresowani nabyciem wyłącznie jednego z dwóch towarów lub usług, których sprzedaż została przez przedsiębiorcę związana w taki sposób, że przedmiotem umowy muszą być oba świadczenia lub żadne. Przedsiębiorca wywiera tym samym presję na konsumentie, wymuszając od niego nabycia oprócz towaru, który potrzebuje także towaru, który jest z nim związany, a którym konsument niekoniecznie musi być zainteresowany. Takie działanie przedsiębiorcy, przy spełnieniu także innych przesłanek, może stanowić przykład nadużywania pozycji dominującej określonej w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 4 u.o.k.k.²⁸, polegający na uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy. Jednakże na gruncie orzeczenia ETS²⁹ sprzedaż wiążaną należy rozumieć jako ofertę podstawową powiązaną z ofertą dodatkową w taki sposób, że klient, dokonując zakupu towaru lub usługi, otrzymuje oprócz świadczenia głównego inne lub takie same towary lub usługi³⁰. W związku z tym w interpretacji ETS pojęcie sprzedaży premiiowanej może zawierać się w tak określonym terminie sprzedaży wiązanej.

Stosowanie sprzedaży premiiowanej może wiązać się z licznymi zagrożeniami. Utrudnia ona konsumentowi obiektywne porównanie ceny do ilości i jakości towaru czy usługi. Wpływa pośrednio na faktyczne podniesienie poziomu cen ze względu na kapitalistyczne reguły obrotu gospodarczego, gdzie celem jest zysk. Może ponadto

²⁴ E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz...*, 2010, s. 283.

²⁵ M. Sieradzka (w:) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, komentarz*, (red.) M. Zdyb, M. Sieradzka, Warszawa 2011 s. 718.

²⁶ J. Szwaia, *Komentarz...*, s. 778–779.

²⁷ E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 534 i n.

²⁸ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm., dalej: u.o.k.k.).

²⁹ Orzeczenie ETS z dnia 23 kwietnia 2009 r. w połączonych sprawach C-261/07 i C-299/07, *VTB-VAB NW v. Total Belgium NV* oraz *Galatea BVBA v. Sanoma Magazines Belgium NV*.

³⁰ M. Sieradzka, *Oferta wiązana jako rodzaj praktyki handlowej*, EPS 2010, nr 8, s. 53.

wprowadzać w błąd konsumenta co do sytuacji prawnej oraz dokonywanej czynności prawnej³¹. Jednakże tak ujęte zagrożenie dla uczciwości obrotu może budzić wiele kontrowersji. Przede wszystkim podobny do art. 17a u.z.n.k. zakres ochrony konsumentów przedstawiały przepisy już istniejące przed wprowadzeniem regulacji sprzedaży premiowanej w 2002 r. Kontrowersje może budzić także ograniczenie zakresu obowiązywania ustawy wyłącznie do konsumentów, gdy równie niebezpieczne może być przyznawanie różnego rodzaju nagród kontrahentom, a także sprzedawcom, przedstawicielom handlowym czy innym osobom podejmującym decyzje o dokonaniu zakupu przez kontrahenta. Ponadto dość ryzykowne wydaje się ograniczanie dostępu do tego środka marketingowego małym przedsiębiorcom, gdyż jest on dla nich wyjątkowo atrakcyjny ze względu na jego relatywnie niskie koszty, np. w porównaniu do reklamy telewizyjnej.

II. Odpowiedzialność za czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie sprzedaży premiowanej

Dokonanie czynu nieuczciwej konkurencji skutkuje odpowiedzialnością cywilną określoną w rozdziale 3 u.z.n.k. Normy wskazane w tym rozdziale stanowią *lex specialis* względem kodeksu cywilnego. Przyjmuje się, że art. 18 u.z.n.k. nie zawiera wyczerpującej listy roszczeń wynikających z popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Pokrzywdzony może dochodzić roszczeń z czynu zabronionego na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, a także wówczas, gdy czyn narusza przepisy innych ustaw, również na podstawie tychże ustaw³².

Sprzedaż premiowana stanowi wykroczenie penalizowane w art. 25 ust. 2 u.z.n.k. Ponieważ wskazany artykuł jest odesłaniem blankietowym z odesłaniem dynamicznym, znamiona tego czynu są takie same jak w przypadku deliktu o charakterze cywilnym. Może to budzić pewne zastrzeżenia w świetle wymogów właściwych dla określoności typu czynu niedozwolonego, które odpowiadałby gwarancyjnej funkcji prawa karnego, a także zasadzie *nullum crimen sine lege certa*. Nie uwzględniono faktu, że rygoryzm definiowania czynu nieuczciwej konkurencji nie musi odpowiadać wymaganiom regulacji typu czynu zabronionego. Sprawcą tego wykroczenia może być każda osoba fizyczna, która może dopuścić się czynu nieuczciwej konkurencji z art. 17a u.z.n.k. Artykuł 17a u.z.n.k. wprowadza generalny zakaz sprzedaży premiowanej, ale jest on następnie łagodzony wyłączeniami zawartymi w ust. 2³³. Przyjmuje się, że wykroczenie to może zostać popełnione zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie³⁴, jednakże można spotkać opinie przypisujące odpowiedzialność jedynie zachowaniu dokonanemu z zamiarem bezpośrednim (*dolus directus*). Za popełnienie tego wykroczenia grożą kary występujące alternatywnie: kara aresztu

³¹ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 534.

³² Wyrok SN z dnia 23 października 2008 r., V CSK 109/08, LEX nr 479328.

³³ Zdaniem J. Raglewskiego w razie zaistnienia przesłanek z art. 17a ust. 2 u.z.n.k. sprzedaż premiowana nie stanowi czynu bezprawnego. W związku z tym nie można postrzegać takiej sytuacji jako kontratypu. J. Raglewski (w:) *Ustawa...*, (red.) M. Zdyb, M. Sieradzka, s. 911.

³⁴ Tamże, s. 912; M. Mozgawa (w:) *Komentarz...*, (red.) J. Szwejca, s. 1012.

w wymiarze od 5 do 30 dni (zob. art. 25 ust. 1 u.z.n.k. w zw. z art. 19 k.w.³⁵) albo kara grzywny od 20 do 5000 zł (zob. art. 25 ust. 1 u.z.n.k. w zw. z art. 24 § 1 k.w.). Sprawca ma możliwość skorzystania z warunkowego zawieszenia kary, jeżeli ze względu na okoliczności popełnienia wykroczenia, właściwości i warunki osobiste oraz jego zachowanie po popełnieniu wykroczenia należy przypuszczać, że pomimo niewykonania kary nie popełni on nowego podobnego przestępstwa lub wykroczenia (zob. art. 42 § 1 k.w.). Jeżeli natomiast wykroczeniem została wyrządzona szkoda w mieniu, warunkowe zawieszenie wykonania kary może być orzeczone tylko wtedy, gdy szkoda została w całości naprawiona (zob. art. 42 § 3 k.w.). Naprawienie szkody musi być dobrowolne, ponieważ ze względu na tzw. prosty model warunkowego zawieszenia kary aresztu sąd nie jest władny do nakładania na sprawcę obowiązków probacyjnych. Wobec sprawcy tego wykroczenia nie można orzec żadnego środka karnego, np. podania orzeczenia o ukaraniu do publicznej wiadomości w szczególny sposób (zob. art. 28 § 1 i 2 k.w.), ponieważ brak wyraźnej podstawy szczególnej do jego zastosowania.

Wykroczenie sprzedaży premiiwanej ścigane jest na żądanie pokrzywdzonego. Może ono być złożone na piśmie lub ustnie do protokołu. Na podstawie art. 27 § 1 k.p.w.³⁶ pokrzywdzony może samodzielnie wystąpić z własnym wnioskiem o ukaranie – oskarżenie posiłkowe konkurencyjne. Karalność wykroczenia ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynął rok, a jeżeli w tym okresie wszczęto postępowanie, karalność wykroczenia ustaje z upływem 2 lat od popełnienia czynu. Orzeczona kara lub środek karny nie podlega wykonaniu, jeżeli od daty uprawomocnienia się rozstrzygnięcia upłynęły 3 lata (zob. art. 45 k.w.).

Na podstawie art. 24 u.o.k.k. Prezes UOKK³⁷ może wydawać decyzje w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Artykuł 24 u.o.k.k. jest klauzulą generalną zakazującą stosowania wskazanych praktyk. Praktyka przedsiębiorcy narusza zbiorowe interesy konsumentów, jeżeli zostaną spełnione następujące przesłanki:

- 1) działanie przedsiębiorcy;
- 2) każde zachowanie przedsiębiorcy w tym także zaniechanie działania;
- 3) bezprawność działania (zob. s. 24);
- 4) godzenie w zbiorowy interes konsumentów;
- 5) działanie skierowane wobec z góry określonej grupy konsumentów naruszające ich interes prawny o charakterze ekonomicznym.

Jednakże nie jest to definicja stała oraz jednoznaczna i powinna być rozpatrywana indywidualnie w każdej sprawie³⁸. Przy czym interesem zbiorowym konsumentów nie jest sumą indywidualnych interesów konsumentów. Godzeniem w zbiorowy interes konsumentów jest także zagrożenie naruszeniem.

³⁵ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz. U. Nr 12, poz. 114 z późn. zm.).

³⁶ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz. U. Nr 106, poz. 1148 z późn. zm.).

³⁷ Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

³⁸ C. Banasiński, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, komentarz*, Warszawa 2009, s. 450 i n.

Zakres tak określonego czynu może pokrywać się z czynem nieuczciwej konkurencji z art. 17a u.z.n.k. W takim przypadku sprzedaż premiowana będzie podlegać reżimowi określonemu w ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Postępowania prowadzone na podstawie tych ustaw są od siebie niezależne. Istnieje jednakże spór co do prejudycjalnego charakteru orzeczeń Prezesa UOKK³⁹. Przyjmuje się jednak, że wydanie przez Prezesa UOKK decyzji uznającej daną praktykę za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów nie blokuje dochodzenia przez poszkodowanego konsumenta roszczeń indywidualnych. Analogiczna sytuacja może mieć miejsce w przypadku kolizji z nieuczciwą praktyką rynkową określoną w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom.

Decyzja uznająca praktyki za naruszające konkurencję ma charakter deklaracyjny. Na podstawie art. 106. ust. 1 pkt 4 u.o.k.k. Prezes UOKK może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości do 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Nie wszczyna się postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok.

III. Sprzedaż premiowana jako czyn nieuczciwej konkurencji w prawie wspólnotowym

W prawie wspólnotowym w zakresie prawa konsumenckiego istotne znaczenie ma preambuła Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴⁰, ustanawiająca cel zagwarantowania uczciwości w konkurencji, oraz art. 3 TFUE stanowiący, że Unia ma wyłączne kompetencje w ustanawianiu reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego. Prawodawstwo konsumenckie można uważać za kolejny etap polityki integracji mającej na celu swobodny przepływ towarów, usług, pracowników, kapitału, zapewnienie swobody przedsiębiorczości i innych form działalności gospodarczej. Obrazuje to „teoria ścieżki” polegająca na konieczności przyjęcia rozwiązań stosunkowo szczegółowych, które są następstwem integracji w pewnym zakresie ogólnym. We wtórnym prawie wspólnotowym można zauważyć spójność systemowego uregulowania ochrony konsumentów obejmującej cykl technicznego wytworzenia produktu, jego dystrybucję, marketing, reklamę i sprzedaż, a także użytkowanie i zużycie.

W zakresie prawa konkurencji oprócz wskazanych już wyżej przepisów traktatowych należy przytoczyć art. 101–105 TFUE obejmujące zakaz praktyk ograniczających konkurencję oraz normy kompetencyjne i proceduralne służące ich implementacji.

³⁹ A. Stawicki przypisuje takiej decyzji charakter prejudycjalny (w:) J. Baehr, A. Stawicki, E. Stawicki, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, komentarz*, Warszawa 2011, s. 385, natomiast przeciwko takiemu charakterowi opowiada się C. Banasiński, *Ustawa...*, s. 457.

⁴⁰ Traktat z dnia 25 marca 1957 r. o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010).

Dnia 11 maja 2005 r. została wydana dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca nieuczciwych praktyk rynkowych⁴¹, w której w aneksie nr 1 zamieszczono listę wszystkich nieuczciwych praktyk rynkowych dotyczących konsumentów. Zasadniczym celem regulacji jest przyczynienie się do właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego i osiągnięcie wysokiego poziomu ochrony konsumentów poprzez zbliżenie przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich odnoszących się do nieuczciwych praktyk handlowych szkodzących interesom gospodarczym konsumentów (zob. art. 3 ust. 1 dyrektywy 2005/29).

Podstawową zasadą dyrektywy jest generalny zakaz nieuczciwych praktyk handlowych. Praktyka handlowa jest nieuczciwa, jeżeli:

- a) jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej i
- b) w sposób istotny zniechęca lub może w sposób istotny zniechęcać do produktu przeciętnego konsumenta, do którego dociera lub do którego jest skierowana, lub przeciętnego członka grupy konsumentów, jeżeli praktyka jest skierowana do określonej grupy konsumentów (zob. art. 5 dyrektywy 2005/29).

Uzupełnieniu zakresu klauzuli generalnej i zwiększeniu pewności obrotu służy **czarna lista** praktyk handlowych niedozwolonych w każdych okolicznościach. Zdaniem przeważającej części doktryny ma ona charakter wyczerpujący. W związku z tym jest wykazem konkretnych działań, a nie tylko przykładów oraz praktyki wyłączone w niej wskazane można zawsze uznać za nieuczciwe⁴².

IV. Orzecznictwo ETS

Do czasu wprowadzenia dyrektywy 2005/29 istotne znaczenie dla sprzedaży premiowanej miał wyrok ETS⁴³ w sprawie 286/81, *Oosthoek*. Holenderskie przepisy będące przedmiotem postępowania w znacznym stopniu ograniczały możliwość oferowania darmowych premii klientom, którzy zdecydowali się na zakup innego towaru u tego samego przedsiębiorcy. Belgijska spółka *Oosthoek* sprzedawała w Holandii encyklopedie w języku niderlandzkim wyprodukowane w Belgii, a osobom, które dokonały subskrypcji encyklopedii, oferowano bezpłatnie atlas świata. Na podstawie pytania sądu krajowego ETS rozstrzygał o zgodności z traktatami przepisów prawa holenderskiego zakazujących dodawania do sprzedawanego towaru innych towarów gratis. Trybunał orzekł, że wskazane przepisy ograniczające lub zakazujące prowadzenia niektórych form reklamy lub promocji, pomimo tego, że nie dotyczą bezpośrednio importu towarów, mogą wywierać wpływ na jego wielkość,

⁴¹ Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk stosowanych przez przedsiębiorców wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 149 z 11.06.2005).

⁴² M. Rogowski, *Agresywne praktyki handlowe oraz ich implementacja do prawa polskiego*, Monitor Prawniczy 2008, nr 2, s. 83.

⁴³ Europejski Trybunał Sprawiedliwości, obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

ponieważ zmuszają producenta do stosowania różnych form aktywności marketingowej w różnych państwach członkowskich lub do rezygnacji z tych form, które przedsiębiorca uważa za skuteczne⁴⁴. Trybunał nawiązał tu do tzw. Formuły Keck przeciwstawiającej regulacje dotyczące produktu i regulacje dotyczące sprzedaży. Artykuł 28 TWE⁴⁵ ma zastosowanie w wypadku, gdy dana regulacja dotyczy produktu, czyli zasad jego wytwarzania, właściwości lub inne cechy towaru lub jego opakowania, które warunkują dopuszczalność wprowadzania go do obrotu⁴⁶. Niemniej powołując się na orzeczenie *Cassis de Dijon*, Trybunał uznał, iż regulacje te muszą być tolerowane tak długo, jak długo mają one charakter niedyskryminujący oraz są usprawiedliwione ze względu na ochronę jednego z tzw. wymogów koniecznych, jeśli zachowana jest ich proporcjonalność. W rezultacie Trybunał uznał, że ze względu na biorców w celu ochrony interesów konsumentów i uczciwości obrotu handlowego regulacja holenderska nie jest sprzeczna z art. 30 i 34 TEWG⁴⁷.

Rozróżnienie regulacji dotyczącej produktu i regulacji dotyczącej sprzedaży ma zasadnicze znaczenie dla zgodności przepisów holenderskich z prawem wspólnotowym. Potwierdza to wyrok ETS w sprawie C-368/95, *Familiapress*. W austriackiej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji znajdował się przepis ograniczający możliwość proponowania przez wydawców czytelnikom czasopism udziału w grach losowych. Przepisy niemieckie takiego zakazu nie przewidywały. Dlatego też nie mogło być rozpowszechniane niemieckie czasopismo *Laura*, które zawierało krzyżówki z nagrodami. Sąd krajowy wystąpił z pytaniem o zgodność z art. 30 TWE austriackich przepisów zawierających zakaz oferowania nagród związanych ze sprzedażą towarów lub świadczeniem usług, które zezwalają na prowadzenie loterii i konkursów o ograniczonej kwotowo wysokości nagród, przy czym wyjątek ten nie dotyczy prasy. Podczas postępowania rząd austriacki popierany przez Komisję argumentował konieczność utrzymania takiego zakazu celem utrzymania pluralizmu prasy. Oferowanie atrakcyjnych nagród w ramach wydawnictw prasowych mogłoby odwrócić uwagę czytelników od rzeczywistej wartości prasy. Mogłoby to spowodować znaczne osłabienie pozycji rynkowej mniejszych wydawców, których nie stać na fundowanie równie atrakcyjnych nagród. Trybunał stwierdził, że wskazana regulacja dotyczy bezpośrednio treści czasopisma, w związku z czym musi być uznana za regulującą cechy produktu, co dodatkowo potwierdza fakt, że produkt legalnie dopuszczony do obrotu w jednym kraju członkowskim nie może być w niezmienionej postaci wprowadzony do obrotu w innym państwie członkowskim⁴⁸. Powyższe ustalenia wskazują, że austriackie regulacje mogą zostać uznane za środki o skutku podobnym w rozumieniu art. 28 TWE.

⁴⁴ Zob. pkt 15 orzeczenia w sprawie 286/81, *Oosthoek*.

⁴⁵ Traktat z dnia 8 kwietnia 1965 r. ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 321E z 29.12.2006).

⁴⁶ Wyrok ETS z 24 listopada 1993 r. w połączonych sprawach C-267/91 i C-268/91, *postępowanie karne przeciwko B. Keck i D. Mithouard*, s. I-6097.

⁴⁷ E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 59.

⁴⁸ Wyrok ETS z 26 czerwca 1997 r. w sprawie C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlagsund vertriebs GmbH v. Heinrich Bauer Verlag*, s. I-3689.

W tym kontekście zasadna wydaje się wątpliwość, czy informacja o promocji znajdująca się na opakowaniu produktu może powodować konieczność oceniania zgodności danej regulacji z art. 28 TWE. Należałoby jednak przyjąć, że dla Trybunału oceniana regulacja dalej dotyczyłaby wyłącznie sposobów sprzedaży, ponieważ jej powiązanie z produktem nie musiało być obiektywne. Ponadto nielogiczne byłoby, aby ten sam przepis prawa krajowego mógł znajdować się poza zakresem zastosowania art. 28 TWE w zależności od postępowania importera⁴⁹.

Po wprowadzeniu dyrektywy 2005/29 regulacja sprzedaży premiowanej uległa zmianie. Na podstawie tej dyrektywy ETS wydał orzeczenia stwierdzające sprzeczność z tą dyrektywą przepisów będących uregulowaniami bardzo podobnymi do aktualnie obowiązujących przepisów polskich, zawierających generalny zakaz sprzedaży wiązanej (premiowej) bez względu na okoliczności, w jakich jest ona prowadzona⁵⁰.

W sprawie C-261/07 spółka Total Belgium będąca spółką zależną grupy Total, zajmującą się głównie dystrybucją paliw na stacjach benzynowych, zaoferowała konsumentom kartę Total Club, dzięki której po zatankowaniu do własnego samochodu co najmniej 25 l paliwa lub do własnego motoroweru co najmniej 10 l paliwa konsument uzyskiwał nieodpłatną pomoc drogową przez okres 3 tygodni. 5 lutego 2007 r. spółka VTB, świadcząca usługi w zakresie pomocy drogowej, wniosła powództwo o zaniechanie tej praktyki przez Total Belgium, ponieważ stanowi ona niedozwoloną na podstawie art. 54 belgijskiej ustawy o praktykach handlowych⁵¹ sprzedaż wiążaną. Artykuł 54 belgijskiej ustawy o praktykach handlowych stanowi, że sprzedaż wiązana występuje wtedy, gdy ma miejsce odpłatne lub nieodpłatne nabycie towarów, usług, innego rodzaju korzyści lub kuponów uprawniających do ich nabycia i jest związane z nabyciem innych, nawet takich samych towarów lub usług, z wyjątkiem odstępstw przewidzianych poniżej, które sprzedawcy nie mogą oferować konsumentom sprzedaży wiązanej. Także oferta wiązana skierowana do konsumenta jest zakazana, jeżeli pochodzi od większej liczby sprzedawców działających we wspólnym zamiarze.

Rozpatrujący sprawę Rechtbank von Koophandel te Antwerpen postanowił zawiesić postępowanie i skierować do ETS pytanie prejudycjalne w celu ustalenia, czy dyrektywa 2005/09 nie stoi w sprzeczności z przepisami krajowymi, takimi jak art. 54 belgijskiej ustawy o praktykach handlowych zakazujący sprzedającemu składania ofert konsumentom, na podstawie której nabycie towarów, usług, innego rodzaju korzyści lub kuponów uprawniających do ich nabycia jest związane z nabyciem innych, nawet takich samych towarów lub usług bez względu na okoliczności sprawy, a także niezależnie od wpływu, jaki może być wywarty przez tę ofertę na przeciętnego konsumenta, jak również niezależnie od tego, czy dana oferta może być

⁴⁹ M. Szpunar, *Promocja towarów w prawie wspólnotowym*, Kraków 2002, s. 172.

⁵⁰ M. Surdek, *Wyrok ETS ułatwi firmom prowadzenie sprzedaży premiowanej*, *Gazeta Prawna* z 14.07.2009, nr 135.

⁵¹ Ustawa z dnia 14 lipca 1991 r. o praktykach handlowych oraz informowaniu i ochronie konsumentów (*Moniteur belge* z dnia 29 sierpnia 1991 r.).

uznana za naruszenie wymogu staranności zawodowej lub uczciwych zwyczajów handlowych⁵².

W sprawie C-299/07 Sanoma, spółka zależna fińskiej grupy Sanoma, będąca wydawcą różnych czasopism między innymi tygodnika *Flair*, w wydaniu z 13 marca 2007 r. tego tygodnika wpięto dodatek uprawniający do rabatu w okresie od 13 marca do 15 maja 2007 r. w wysokości 15–25 % wartości na towary sprzedawane w sklepach z bielizną znajdujące się na terenie regionu flamandzkiego. 22 marca 2007 r. Galatea wniosła powództwo o zaniechanie tej praktyki przez firmę Sanoma, powołując się na art. 54 belgijskiej ustawy o praktykach handlowych. Rozpatrujący sprawę Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, analogicznie jak w przypadku sprawy C-261/07, zawiesił postępowanie i skierował do ETS pytanie prejudycjalne⁵³. Pomimo wątpliwości VTB oraz rządów Belgii i Hiszpanii, ETS stwierdził dopuszczalność wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym przedłożonego przez sąd krajowy⁵⁴.

W toku postępowania strony wносиły uwagi. Total Belgium, rząd portugalski i Komisja Wspólnot Europejskich podnosiły, że dyrektywa jest sprzeczna z zakazem składania ofert wiązanych, co w bezpośredni sposób dotyczy art. 54 belgijskiej ustawy o praktykach handlowych. Total Belgium, Sanoma i Komisja wskazują, że oferta z art. 54 belgijskiej ustawy o praktykach handlowych objęta jest zakresem pojęcia „praktyki handlowej” w rozumieniu dyrektywy 2005/09. Dlatego też sprzedaż wiązana, jako niewymieniona w wyczerpującym katalogu niedozwolonych praktyk handlowych⁵⁵, nie może zostać uznana za niedozwoloną, o ile nie spełnia specyficznych przesłanek określonych w art. 5 dyrektywy 2005/09. W efekcie, jak uważa rząd Portugalii, ustanowienie generalnego zakazu ofert wiązanych byłoby sprzeczne z dyrektywą 2005/09. Strony przeciwne VTB, rząd Francji oraz Belgii podnosiły, że „praktyki handlowe” wskazane w dyrektywie 2005/09 nie obejmują swoim zakresem zastosowania oferty wiązanej z art. 54 belgijskiej ustawy o praktykach handlowych. Rząd Belgii wskazywał, że oferty wiązane były przedmiotem projektu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie promocji sprzedaży na rynku wewnętrznym (Dz. Urz. 2002, C 75, s. 11), gdzie wyraźnie rozgraniczono reżim prawny mający zastosowanie do ofert wiązanych i reżim właściwy dla praktyk handlowych. Wycofanie projektu w 2006 r. daje podstawę rządowi Belgii do poglądu o braku regulacji wspólnotowej dotyczącej sprzedaży wiązanej. Rząd

⁵² Postanowienie z dnia 24 maja wydane przez Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, które wpłynęło do ETS 1 czerwca 2007 r., mające za przedmiot wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 234 TWE.

⁵³ Postanowienie z dnia 21 czerwca wydane przez Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, które wpłynęło do ETS 27 czerwca 2007 r., mające za przedmiot wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 234 TWE. Pytanie prejudycjalne postawione przez Rechtbank van Koophandel te Antwerpen w sprawie C-299/07 jest analogiczne, w omawianym zakresie, jak pytanie prejudycjalne ze sprawy C-261/07.

⁵⁴ Zob. uzasadnienie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, pkt 29–41 wyroku ETS z dnia 23 kwietnia 2009 r., sprawy połączone C-261/07 i C-299/07.

⁵⁵ Katalog niedozwolonych praktyk handlowych unormowany na podstawie art. 5 ust. 5 dyrektywy 2005/09 w jej załączniku I.

Francji uważa, że dyrektywa określa jedynie minimalny zakres ochrony, co nie stoi na przeszkodzie wprowadzaniu bardziej restrykcyjnych regulacji przez kraje wspólnotowe.

ETS, podziеляjąc opinię rzecznika generalnego, stwierdził, że oferty wiązane są działaniami handlowymi należącymi do zakresu strategii handlowej przedsiębiorców, stosowanymi w celach promocyjnych oraz wspomaganie płynności sprzedaży. Wskazuje to, że oferta wiązana mieści się w zakresie stosowania art. 2 lit. d dyrektywy 2005/09, ponieważ stanowi ona praktykę handlową w jego rozumieniu. Stosownie do motywów 5 i 6, a także art. 1 głównym zadaniem dyrektywy 2005/09 jest wprowadzenie jednolitych norm chroniących konsumentów przed nieuczciwymi praktykami handlowymi przedsiębiorców w celu poprawy funkcjonowania rynku wewnętrznego oraz zagwarantowanie konsumentom wysokich standardów ochrony. W obrębie państw wspólnoty dokonuje więc pełnej harmonizacji tych przepisów. Na podstawie art. 4 dyrektywa 2005/09 określa maksymalny poziom restrykcyjności środków ochrony, w związku z czym państwa członkowskie nie mają możliwości ich zaostżania, w tym także w celu zapewnienia jeszcze wyższych standardów ochrony konsumenta. Artykuł 5 dyrektywy 2005/09 ustanawia generalny zakaz nieuczciwych praktyk handlowych, ust. 2 tego artykułu precyzuje, że praktyka jest nieuczciwa, jeżeli stoi w sprzeczności z wymogami staranności zawodowej i w sposób istotny zniekształca lub może zniekształcać zachowanie gospodarcze przeciętnego konsumenta względem produktu. Natomiast na podstawie ust. 4 zakazuje praktyk, które powodują lub mogą powodować, mając na uwadze ich cechy i okoliczności faktyczne, w których są stosowane, podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji o charakterze handlowym, której w przeciwnym razie by nie podjął.

Dodatkowo dyrektywa 2005/09 w załączniku I zawiera wyczerpujący katalog praktyk uznanych za niedozwolone w każdych okolicznościach, co oznacza brak wymogu ich kontroli z perspektywy art. 5–9 dyrektywy 2005/09. Oferta wiązana nie została wymieniona w tym załączniku, w związku z czym ustanowienie przez państwo ogólnej zasady zakazującej stosowania takich ofert nie spełnia wymogów dyrektywy⁵⁶. Nawet dodanie szeregu wyjątków do tej zasady nie może być uznane za wystarczające w stosunku do badania z perspektywy art. 5–9 dyrektywy, ze względu na ich ograniczony i z góry określony charakter.

Przykładowo belgijska ustawa o praktykach handlowych umożliwia składanie ofert wiązanych po cenach globalnych w przypadku, gdy taka oferta dotyczy towarów lub usług stanowiących całość albo towarów lub usług, które są identyczne. ETS, podziеляjąc opinię Komisji, stwierdził, że nie można wykluczyć, zwłaszcza w sytuacji prawidłowego poinformowania konsumentów, że oferta wiązana obejmująca odmienne towary lub usługi niestanowiące całości i niebędące identyczne będzie jednak spełniać ustanowione przez dyrektywę przesłanki uczciwości.

⁵⁶ Za taką interpretacją opowiada się m.in. M. Sieradzka, *Oferta wiązana jako rodzaj praktyki handlowej*, EPS 2010, nr 8, s. 55; M. Namysłowska, *Znaczenie czarnej listy nieuczciwych praktyk handlowych – uwagi na tle orzecznictwa TS*, EPS 2010, nr 8, s. 29. Przeciwną koncepcję prezentuje uzasadnienie..., druk sejmowy V kadencji nr 1682.

Podsumowując powyższe, Trybunał uznał, że wykładnia dyrektywy 2005/09 wykazuje jej niezgodność z art. 54 belgijskiej ustawy o praktykach handlowych jako zasady zakazującej składania konsumentom ofert wiązanych⁵⁷.

W wyroku ETS C-304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft* dotyczącym uzależnienia udziału konsumentów w loterii od nabycia towarów, Trybunał stwierdził, że sporna praktyka handlowa niewymieniona w załączniku I do dyrektywy 2005/29, natomiast zakazana w prawie krajowym z jednym wyjątkiem, nie zastępuje analizy uczciwości z art. 5–9 dyrektywy 2005/29. Potwierdził tym samym, powołując się na wyrok ETS 261/07 i 299/07, że pełna harmonizacja przepisów dotyczących nieuczciwych praktyk handlowych przewidziana w dyrektywie 2005/29 nie dopuszcza stosowania przez kraje członkowskie środków bardziej restrykcyjnych nawet w interesie konsumentów⁵⁸.

Analogiczną opinię potwierdzającą wskazaną zasadę wydał ETS w wyroku C-522/08, *Telekomunikacja Polska*. Sprawa dotyczyła uzależniania przez Telekomunikację Polską zawarcia umowy o świadczenie szerokopasmowego internetu Neostrada TP od zawarcia umowy o świadczenie usługi telefonicznej. Naczelny Sąd Administracyjny wystąpił do ETS z pytaniem, czy prawo wspólnotowe pozwała krajom członkowskim stosować generalny zakaz uzależniania zawarcia umowy o świadczenie usług od zawarcia umowy o świadczenie innej usługi, w szczególności w odniesieniu do dyrektywy ramowej i o usłudze powszechnej. TS orzekł, że wskazana regulacja nie stoi w sprzeczności z wymienionymi dyrektywami. Jednakże, przytaczając sprawy połączone 261/07 i 299/07, TS uznał, że ogólny zakaz ofert wiązanych jest sprzeczny z dyrektywą 2005/29⁵⁹.

W sprawie C-540/08, *Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag*, sąd krajowy zwrócił się z pytaniami prejudycjalnymi, czy ogólny zakaz sprzedaży z dodatkami, który ma na celu nie tylko ochronę konsumentów, lecz także m.in. ochronę pluralizmu mediów lub ochronę słabszych konkurentów, jest sprzeczny z dyrektywą 2005/29 oraz czy w przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze, sprzedaż z dodatkami należy uważać za nieuczciwą praktykę handlową w rozumieniu art. 5 ust. 2 dyrektywy 2005/29 jedynie dlatego, że możliwość wygranej stanowi decydujący powód zakupu głównego towaru dla części potencjalnych odbiorców. ETS stwierdził, że ze względu na wyjątkowo szeroki zakres przedmiotowy dyrektywy 2005/29 obejmujący wszystkie praktyki handlowe mające bezpośredni związek z promocją sprzedażą lub dostawą jakiegoś produktu konsumentom nie dotyczy ona jedynie przepisów krajowych dotyczących nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach B2B. Nie przewiduje ona odstępstw od zakresu stosowania dla dodatkowych środków ochronnych w celu utrzymania pluralizmu mediów (zob. motywy 6 i 9

⁵⁷ Zob. The Belgian prohibition on Joint offers to consumers has been abolished: How a lingerie Coupon Led to a fundamental change of Belgian commercial practices rules 2009, <http://www.altius.com/en/news/2009/04/26/the-belgian-prohibition-on-joint-offers-to-consumers-has-been-abolished-how-a-lingerie-coupon-led-to-a-fundamental-change-of-the-belgian-commercial-practices-rules/>.

⁵⁸ Wyrok TS z dnia 14 stycznia 2010 r. w sprawie C-304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft*.

⁵⁹ Wyrok TS z dnia 11 marca 2010 r. w sprawie C-522/08, *Telekomunikacja Polska*, pkt 31.

oraz art. 3 dyrektywy 2005/29). Dodatkowo dyrektywa dokonuje pełnej harmonizacji przepisów dotyczących nieuczciwych praktyk handlowych przedsiębiorstw wobec konsumentów. W związku z powyższym ETS orzekł, że dyrektywę należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie przepisowi krajowemu, takiemu jak ten rozpatrywany w postępowaniu przed sądem krajowym, który przewiduje ogólny zakaz sprzedaży z dodatkami, który ma na celu nie tylko ochronę konsumentów, ale zmierza także do innych celów. Odnośnie pytania drugiego ETS stwierdził, że sama okoliczność, iż dla części zainteresowanego kręgu odbiorców możliwość udziału w konkursie stanowi decydujący powód zakupu gazety, nie pozwala na uznanie sprzedaży z dodatkami za nieuczciwą praktykę handlową w rozumieniu dyrektywy, a jedynie jest jednym z elementów, które sąd krajowy może wziąć pod uwagę w ramach takiej analizy nieuczciwości danej praktyki rynkowej⁶⁰.

V. Podsumowanie

Poddając analizie przytoczone akty prawa Unii Europejskiej oraz najnowsze orzecznictwo ETS, należy stwierdzić, że zgodność z nimi regulacji z art. 17a u.z.n.k. budzi poważne wątpliwości. W przypadku sporu na etapie postępowania sądowego sąd powinien zwrócić się do ETS z pytaniem prejudycjalnym o zgodność tej regulacji z dyrektywą 2005/29. W świetle przedstawionego orzecznictwa ETS (w tym orzeczeń w sprawach C-261/07 i C-299/07) wynik takiego postępowania wydaje się być przesądzony. Zakładając, że TS podaży wyznaczoną linią orzecniczą, można przyjąć, że stwierdzi niezgodność art. 17a u.z.n.k. z dyrektywą 2005/29. Spowodowane jest to tym, że art. 17a u.z.n.k. zawiera generalny zakaz sprzedaży premiiwanej, natomiast dyrektywa 2005/29 takiego zakazu nie przewiduje. Bez znaczenia będzie tu szereg wyjątków przewidzianych w art. 17a u.z.n.k., ponieważ nie zmieniają charakteru generalnego zakazu opisywanego artykułu, zwłaszcza że belgijska ustawa o praktykach handlowych przewidywała znacznie więcej wyjątków. W związku z tym, że orzeczenie ETS jest dla sądu wiążące⁶¹, ewentualne postępowanie karne zostanie umorzony lub wydany zostanie wyrok uniewinniający, a w postępowaniu cywilnym sąd oddali powództwo⁶². Wprawdzie dyrektywa 2005/29, która weszła w życie 12 czerwca 2005 r. zastrzegła, że państwa członkowskie mogą przez 6 lat w dziedzinie zbliżonej niniejszą dyrektywą nadal stosować przepisy krajowe o charakterze bardziej restryktywnym lub nakazowym niż niniejsza dyrektywa, służące wykonaniu dyrektyw oraz zawierające klauzule minimalnej harmonizacji. Jednak

⁶⁰ Wyrok TS z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*; Can we add a bonus to the goods we have for sale so as to attract more consumers? ECJ case C-540/08 *Mediaprint*, Recent developments in european consumer law 2010, <http://recent-ecl.blogspot.com/2010/11/can-we-add-bonus-to-goods-we-have-for.html>.

⁶¹ E. Wojtaszek-Mik, *Charakter i skutki orzeczenia prejudycjalnego (w:) Pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, (red.) E. Wojtaszek-Mik, M. Wąsek-Wiaderek, Warszawa–Kraków 2007, s. 79–80.

⁶² D. Miąsik, *Stosowanie orzeczenia wstępnego przez sąd krajowy (w:) Pytanie prejudycjalne w orzecznictwie ETS*, (red.) C. Mik, Toruń 2006, s. 126.

środki te muszą być niezbędne do zapewnienia odpowiedniej ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami handlowymi i muszą być proporcjonalne do tego celu. Jednakże ETS, rozstrzygając sprawy (261/07, 299/07, C-304/08, C-522/08 i C-540/08), nie wziął pod rozwagę we wskazanych przypadkach takiej możliwości.

Należy jednak zauważyć, że w żadnym wyroku ETS nie przeprowadził analizy sprzedaży premiowanej jako czynu nieuczciwej konkurencji. Badał jedynie, czy dany przepis prawa krajowego zawiera generalny zakaz określonej praktyki handlowej i jednocześnie nie jest wymieniony na czarnej liście. Następnie po dojściu do wniosku, że taka sytuacja występuje, stwierdzał niezgodność regulacji z dyrektywą 2005/29, co można uznać za uproszczenie.

Możliwe jest uznanie zachowania scharakteryzowanego w art. 17a u.z.n.k. za czyn nieuczciwej konkurencji lub nawet nieuczciwą praktykę rynkową na podstawie przepisów ogólnych ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub ustawy o praktykach handlowych. Nie będzie to z góry przesądzało o nieuczciwym charakterze sprzedaży premiowanej, ale będzie wymagać każdorazowego spełnienia przesłanek wskazanych w klauzulach generalnych ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom. W konsekwencji określone zachowanie odpowiadające przesłankom art. 17a u.z.n.k. zostanie zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji w przypadku, gdy będzie to, jak stanowi art. 3 ust. 1 u.z.n.k., działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a jako nieuczciwa praktyka rynkowa – w przypadku gdy praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu, jak stanowi art. 4 ust. 1 u.p.n.p. Wyłączy to znaczenie przesłanek czynu z art. 17a u.z.n.k., jak również wyjątków od czynu sprzedaży premiowanej. Mogą one mieć jednakże znaczenie pomocnicze. W takim przypadku ewentualne orzeczenie ETS nie znosiłoby odpowiedzialności wiążącej się z dokonaniem czynu nieuczciwej konkurencji, a jedynie ograniczałoby zastosowanie sankcji zastrzeżonej wyłącznie dla sprzedaży premiowanej. W miejsce sankcji właściwych dla sprzedaży premiowanej znajdą zastosowanie sankcje czynu nieuczciwej konkurencji lub nieuczciwej praktyki rynkowej *in genere*.

Takie podejście do sprzedaży premiowanej może spotkać się z aprobatą ETS, ponieważ jak dotąd nie przeprowadził on analizy nieuczciwości tej formy promocji w konkretnym przypadku. Ponadto umożliwi to przedsiębiorcom dużo bardziej swobodne sięganie po ten bardzo istotny instrument promocji w „uczciwym” zakresie.

SUMMARY

BONUS SALES IN POLISH AND EUROPEAN LAW AGAINST THE BACKGROUND OF THE JURISPRUDENCE OF THE ECJ

Bonus sales is the act of unfair competition, which can be referred to as an illegal activity infringing or threatening the interest of another entrepreneur or customer. Law Against Unfair Competition prohibits the sale of consumer goods or services associated with the granting of all or some of the purchasers of goods or services free bonus in form of goods or services different from those covered by the sale. The exceptions are bonuses in form of either 1. goods or services of low value or samples or 2. promotional winnings in lotteries or contests, the outcome of which does not depend on the case.

Committing the act of unfair competition results in a civil liability under section 3 of Law on Unfair Competition standards. Sales bonus is an offense penalized in paragraph 25. 2 Law on Unfair Competition and is also pursuant to paragraph 24 of Law on Protection of Competition. President of the Office of Protecting Competition and Consumers may issue decisions in cases of practices infringing collective consumer interests.

The directive of the European Parliament and the Council concerning unfair market practices was issued on the 11th of May 2005. In the directive's appendix I a comprehensive catalog of practices regarded as illegal in all circumstances was enclosed, which means that there is no requirement to control them pursuant to paragraph 5 to 9 of Directive 2005/09. Since bonus sale was not listed in this Annex, the establishment of the general rule, which was enforced by State and prohibits the use of such offers, does not meet the requirements of the Directive.

European Court of Justice in cases C-261/07 and 299/07 held that the interpretation of directive 2005/09 indicated its discrepancy with paragraph 54 of the Belgian Trade Practices Act, an act that enforces a general prohibition of the market practice, not mentioned in the directive. This ruling proves that conformity of paragraph 17a Law on Unfair Competition with directive 2005/09 raises serious doubts.