

Tomasz Targosz*

FORMY WPLYWU PRAWA WSPÓLNOTOWEGO NA PRAWO PAŃSTW CZŁONKOWSKICH NA PRZYKŁADZIE REKLAMY

1. Wprowadzenie

Truizmem jest stwierdzenie, że prawo Wspólnot Europejskich wpływa na systemy prawne państw członkowskich i że wpływ ten obejmuje także regulacje należące do sfery prawa prywatnego, a zatem m.in. prawo nieuczciwej konkurencji. Jednak mechanizmy owego wpływu mogą się okazać niezwykle złożone, a ich wzajemny ze sobą związek skomplikowany. Niniejszy artykuł zmierza do przedstawienia różnych sposobów, w jakie prawo wspólnotowe może oddziaływać na prawo krajowe państw członkowskich na przykładzie wybranej dziedziny, jaką jest reklama. Wybór tej właśnie dziedziny motywowany jest okolicznością, że w przypadku reklamy bardzo wyraźnie wskazać można różne, wzajemnie na siebie oddziałujące, formy wpływu prawa wspólnotowego na regulacje krajowe. Nie bez znaczenia jest także uchwalenie dyrektywy 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych, która stanowi szczególnie dobry przykład problemów związanych z nakładaniem się na siebie różnych aktów wspólnotowych oraz problemów, jakie rodzą dyrektywy zmierzające do pełnej harmonizacji.

Wyróżnić można dwa podstawowe modele wpływu prawa wspólnotowego na prawo krajowe: model pozytywny i negatywny. W modelu pozy-

* Dr Tomasz Targosz – asystent w Instytucie Prawa Własności Intelektualnej UJ, adwokat.

tywnym prawo wspólnotowe tworzy określone rozwiązania merytoryczne i tym samym zmienia reguły obowiązujące w porządkach prawnych państw członkowskich, co ma oczywiście bezpośredni związek z zasadą nadrzędności prawa wspólnotowego nad prawem krajowym oraz obowiązku po stronie państw członkowskich do zapewnienia zgodności swego prawa z prawem wspólnotowym. W modelu negatywnym prawo wspólnotowe działa „kasatoryjnie”. Z nadrzędności prawa wspólnotowego nad prawem krajowym wynika bowiem, że przepisy krajowe, które nie dają się pogodzić z prawem wspólnotowym nie mogą być stosowane. Konsekwencją działania prawa wspólnotowego będzie zatem obowiązek niezastosowania do danego stanu faktycznego przepisu prawa wewnętrznego, prawo wspólnotowe nie określa jednak bezpośrednio co powinno zapełnić tak powstałą lukę.

Zmierzając do zbliżenia porządków prawnych państw członkowskich Wspólnota posługuje się różnymi instrumentami. Prawo pochodne tj. dyrektywy, mające dokonać harmonizacji przepisów prawa państw członkowskich w objętych dyrektywną dziedzinach oraz rozporządzenia wprowadzające po prostu jednolite normy dla wszystkich państw członków Wspólnoty, służy do realizacji celu „pozytywnego”. Tak też nazywa się wynikającą z działania prawa pochodnego harmonizację (harmonizacja pozytywna). Prawo pierwotne, a zatem w pierwszym rzędzie postanowienia Traktatu o tzw. swobodach wspólnotowych (Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską – Traktat Rzymski¹ – statuuje pięć podstawowych wolności wspólnotowych, nazywanych także często swobodami traktatowymi: swobodę przepływu towarów, swobodę świadczenia usług, swobodę przepływu osób, swobodę zakładania przedsiębiorstw oraz swobodę przepływu kapitału²) oraz interpretujące (a niekiedy wprost rozwijające je w sposób, który nie da się określić inaczej niż prawotwórstwo) orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości realizują natomiast w zasadniczym zakresie ideę harmonizacji negatywnej, usuwają

¹ Tekst skonsolidowany, uwzględniający zmiany wprowadzone Traktatem z Nicei, OJ C 325 z 24 grudnia 2002 r.

² Zob. art. 28 i n. TWE (swoboda przepływu towarów), art. 39 i n. TWE (swoboda przepływu osób), art. 43 i n. (swoboda zakładania przedsiębiorstw), art. 49 i n. (swoboda świadczenia usług) oraz art. 56 i n. TWE (swoboda przepływu kapitału). W niniejszym opracowaniu uwzględniam jedynie aktualną numerację przepisów Traktatu (wprowadzoną Traktatem Amsterdamskim), także w odniesieniu do orzeczeń i wypowiedzi doktrynalnych, które pochodzą z okresu, kiedy obowiązywała inna numeracja. Przykładowo obecny art. 28 TWE nosił był pierwotnie art. 30 TWE, a art. 30 to dawny art. 36 TWE.

bowiem z systemów prawnych państw członkowskich regulacje, które są sprzeczne w prawie wspólnotowym, pozornie nie wprowadzając nic w zamian.³

Obok tych dwóch podstawowych metod ustawodawca wspólnotowy posługuje się w coraz większym zakresie metodą trzecią, tj. wprowadza w wybranych dziedzinach tzw. zasadę kraju pochodzenia (*country of origin*, *Herkunftslandprinzip*), zwaną inaczej zasadą wzajemnego uznania. Konsekwencje zastosowania tej zasady różnią się zarówno od typowej harmonizacji pozytywnej, jak również typowej harmonizacji negatywnej.

Jeśli jeszcze uświadomimy sobie, że:

- stosując harmonizację pozytywną ustawodawca wspólnotowy może odwołać się do kryterium minimum ochrony (i tym samym zezwolić państwom członkowskim na przyjęcie rozwiązań dalej idących), bądź też, co wydaje się dziś znacznie zyskiwać na znaczeniu, odwołać się do harmonizacji pełnej, a nadto akty będące wyrazem tych dwóch filozofii zbliżania (lub właściwie ujednolicania) porządków prawnych państw członkowskich mogą dotyczyć jednej dziedziny (tak jak to ma miejsce w przypadku reklamy),

- natomiast w zakresie harmonizacji negatywnej może się zdarzyć, że ten sam stan faktyczny objęty zostanie zakresem różnych swobód traktatowych, które w świetle orzecznictwa ETS (a także postanowień samego Traktatu) różnią się od siebie w zakresie przesłanek uznania regulacji krajowej za niezgodną z prawem pierwotnym,

okaże się jak złożony wpływ prawo wspólnotowe może wywierać na prawo krajowe i w związku z tym jak skomplikowana może być w konkretnym stanie faktycznym odpowiedź na pytanie czy możemy zastosować jakiś przepis krajowy, czy też jest to wykluczone z uwagi na jego sprzeczność z prawem wspólnotowym.

2. Wpływ prawa pochodnego na prawo reklamy

2.1. Harmonizacja niepełna

Istnieje szereg regulacji prawa pochodnego, które mają związek z „prawem reklamy”. Możemy je z grubsza podzielić na regulacje o walorze ogólnym oraz

³ W rzeczywistości niezastosowania regulacji krajowej, która zazwyczaj wprowadza jakieś zakazy czy ograniczenia powoduje, że owe zakazy i ograniczenia faktycznie nie obowiązują. Jeśli regulacja krajowa ma charakter wyjątku, zastosowanie znajduje najczęściej krajowa reguła ogólna.

regulacje sektorowe. Najważniejsze akty z pierwszej kategorii to dyrektywa 84/450/EWG z 10 września 1984 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawodawczych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących reklamy wprowadzającej w błąd⁴, dyrektywa 97/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywę 84/450/EWG w celu włączenia do niej reklamy porównawczej⁵ oraz dyrektywa 2005/29/WE w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych.⁶

Regulacje sektorowe dotyczą m.in. reklamy produktów leczniczych, usług finansowych i turystycznych, wyrobów tytoniowych, żywności, kosmetyków i produktów biobójczych. Szczególny, pośredni charakter mają regulacje odnoszące się do określonych kanałów przekazu, jak dyrektywa 89/552/EWG w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej, zmienionej dyrektywą 97/36/WE (tzw. dyrektywa „Telewizja bez granic”), oraz dyrektywa 2000/31/WE w sprawie niektórych aspektów prawnych społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego (tzw. dyrektywa *e-commerce*).

Nie jest przedmiotem niniejszego opracowania omawianie konkretnych rozwiązań przyjętych we wskazanych aktach prawa pochodnego, można jednak np. w zakresie reklamy wprowadzającej w błąd i porównawczej odesłać do art. 16 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁷, który stanowi implementację do prawa polskiego przepisów wspomnianych wyżej dyrektyw. Interesować nas będzie natomiast mechanizm zbliżania ustawodawstw państw członkowskich, jakim posługuje się prawo wspólnotowe.

Przykład najprostszy i najbardziej typowy daje dyrektywa 84/450/EWG o reklamie wprowadzającej w błąd, która wybiera metodę minimalnej harmonizacji.⁸ W zakresie reklamy wprowadzającej w błąd państwo członkowskie może zatem na gruncie dyrektywy wprowadzić rozwiązania bardziej jeszcze chroniące adresata reklamy przed wprowadzeniem w błąd, aniżeli minimum określone w dyrektywie. Metoda ta jest zresztą powszechnie stosowana w dyrektywach z zakresu prawa konsumenckiego. Skutkiem minimalnej jedynie harmonizacji jest oczywiście utrzymanie się różnic między

⁴ OJ L 250/1984, s. 17.

⁵ OJ L 290/1997 s. 18.

⁶ Dz. Urz. WE z 2005 r., Nr L 149, s. 22.

⁷ Ustawa z 16 kwietnia 1993 – tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.

⁸ Art. 7 ust. 1 Dyrektywy. Nie dotyczy to jej postanowień o reklamie porównawczej (art. 7 ust. 2).

przepisami państw członkowskich, ponieważ niektóre państwa członkowskie zdecydują się pójść dalej, aniżeli wymaga tego dyrektywa (przy czym w różnych państwach może to wyglądać w różny sposób), a inne poprzestaną na implementacji poziomu ochrony wymaganego przez dyrektywę. W konsekwencji, patrząc na przepis prawa krajowego, który wydany został w objętej harmonizacją dziedzinie nie możemy przez proste porównanie go z treścią postanowienia dyrektywy stwierdzić, czy narusza on prawo wspólnotowe, jeżeli tylko idzie dalej, aniżeli dyrektywa tego wymaga. To, że w takiej sytuacji wyjście poza minimum oferowane przez dyrektywę może jednak być sprzeczne z prawem wspólnotowym (mimo, że dyrektywa wyraźnie mówi o minimum harmonizacji) wynika już z postanowień prawa pierwotnego, a zwłaszcza przepisach o swobodach traktatowych. Na gruncie reklamy zajmować nas będą swoboda przepływu towarów (art. 28 TWE) oraz swoboda świadczenia usług (art. 49 TWE). Jeśli bowiem rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę krajowego okaże się dalej idące niż tego wymaga ochrona przed wprowadzeniem w błąd na gruncie dyrektywy 84/450/EWG, to stosowanie takich zaostrzonych zasad może ograniczać handel między państwami członkowskimi, np. dlatego, że nie można będzie reklamować produktu w innym kraju członkowskim.⁹ Można zatem powiedzieć, że o ile co do zasady wprowadzanie dalej idącej ochrony jest dopuszczalne, to jednak prawo pierwotne pełni „funkcję korygującą”, nie pozwalając na to by odchodząc od rozwiązań dyrektywy państwo członkowskie utrudniało funkcjonowanie wewnętrznego rynku¹⁰ w rozumieniu art. 14 TWE.

Metoda pełnej harmonizacji prowadzi nie tyle do zbliżenia, co raczej ujednolicenia regulacji krajowych. W objętej harmonizacją dziedzinie państwa członkowskie mają obowiązek implementować dyrektywę w ściśle

⁹ Niezwykle bogate w tym zakresie orzecznictwo ETS dotyczy w przeważającej mierze ochrony przed wprowadzeniem konsumenta w błąd w świetle obowiązującego w prawie wspólnotowym modelu (wzorca) konsumenta, którym jest konsument odpowiednio poinformowany, spostrzegawczy i ostrożny (zob. A. Tischner: *Model przeciętnego konsumenta w prawie europejskim*, KPP 2006, nr 1, s. 199 i n.).

¹⁰ Nietrafny jest natomiast pogląd S. Grundmann'a, *EG-Richtlinie und nationales Recht*, Juristenzeitung (dalej: JZ) 1996, s. 274 i n., zwł. s.279 i n., który uważa, że jeśli dyrektywa określa minimum ochrony, to minimum to wyznacza w sposób wiążący, w jakim zakresie ograniczenie w handlu może być uzasadnione przez interes ogólny. (zob. T. Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tübingen 2004, s. 92, zob. też O. Remien, *Einheit, Mehrstufigkeit und Flexibilität im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (dalej: *RabelsZ*) 1998, s. 642).

określonym zakresie i nie mogą wprowadzać rozwiązań dalej idących. Konsekwencją harmonizacji pełnej jest zatem (a raczej powinien być) brak różnic między systemami państw członkowskich w danej dziedzinie. Ponieważ nie można odstępować od rozwiązań przyjętych w dyrektywie brak też na pierwszy rzut oka miejsca na korygującą funkcję przepisów Traktatu. Aby zrozumieć, w czym te dwa modele różnią się między sobą, a także co się stanie, kiedy zostaną równolegle zastosowane możemy sięgnąć właśnie do dyrektywy 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych.

Wprowadzenie zasady kraju pochodzenia także pełni funkcję harmonizującą, chociaż jest to specyficzna metoda harmonizacji, którą należałoby określić jako pośrednią. Pojęcie „zasady kraju pochodzenia” budzi wiele kontrowersji. Bywa ona rozumiana jako reguła kompetencyjna¹¹ (tj. przyznanie państwu „z którego pochodzi” towar kompetencji do określania przesłanek jego wprowadzania do obrotu) lub reguła kolizyjna¹², ewentualnie quasi-kolizyjna¹³ (inaczej mówiąc, norma, która nakazywałaby stosowanie do produktu pochodzącego z kraju A, prawa tego kraju). Oba poglądy budzą zastrzeżenia.¹⁴

Wpływ zasady kraju pochodzenia na systemy prawne państw członkowskich wynika stąd, że zapewnienie przedsiębiorcom możliwości działania na jednolitym rynku wcale nie zawsze wymaga usunięcia wszystkich różnic prawnych – wystarczające będzie, że przedsiębiorca może prowadzić działalność wg reguł obowiązujących w jego kraju pochodzenia. Z upływem czasu może to doprowadzić do sytuacji, że wybierane będzie prawo tego kraju, które zostanie uznane za najbardziej przyjazne dla prowadzenia działalności gospodarczej, podobnie jak to ma miejsce w USA w odniesieniu do spółek. Większość spółek ma tam siedzibą w stanie Delaware, słynącym z przyjaznego dla inwestorów prawa. Jeśli inne stany chcą uniknąć emigracji spółek muszą zbliżać swoje prawo do tego modelu. Podobnie, jeśli, jak to ma np. miejsce na gruncie dyrektywy *e-commerce*, wprowadzi się zasadę

¹¹ H. Weyer, *Freier Warenverkehr und nationale Regelungsgewalt in der Europäischen Union*, Berlin et. al. 1997, s. 301.

¹² W. Drasch, *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht*, Baden-Baden 1997, s. 313.

¹³ Wiąże się to z zagadnieniem ukrytej „kolizyjnoprawnej” treści przepisów o swobodach wspólnotowych.

¹⁴ Por. T. Körber, *Grundfreiheiten...*, s. 135 i n. Zob. też A. Ohly, *Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht*, GRURInt 2001, nr 11, s. 899 i n. zvl. s. 902, który uważa, że zasada kraju pochodzenia nie jest regułą kolizyjną, ale zawiera pewien „element kolizyjnoprawny”, ponieważ zakaz stosowania ograniczającego swobodny przepływ towarów lub usług przepisu krajowego nie wywodzi się bezpośrednio z prawa wspólnotowego, lecz z systemu prawnego „kraj pochodzenia”.

kraju pochodzenia w stosunku do usług społeczeństwa informacyjnego, to przedsiębiorcy mogą wybierać na swą siedzibę to państwo, które stawia im najmniej ograniczeń. Inne kraje, chcąc zatrzymać przedsiębiorców u siebie, będą się starać dostosować do prawa kraju, uznawanego za najbardziej atrakcyjne. Obawy związane z tego typu dochodzeniem do zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich związane są z konstatacją, że w ten sposób upowszechniają się regulacje najmniej chroniące interes podmiotów trzecich (w tym konsumentów) i interes publiczny (tzw. *race to the bottom*).

Sformułowana w wyroku *Cassis de Dijon*¹⁵ zasada kraju pochodzenia sprawia, że produkt funkcjonujący w obrocie w jednym kraju członkowskim może być wprowadzany do obrotu na terenie całej Wspólnoty, w takim stanie, w jakim jest sprzedawany w kraju swego pochodzenia. Przepisy krajowe, które wprowadzają ograniczenia, np. utrudniając jego reklamę mogą być zaś uznawane za niezgodne z zasadą swobodnego przepływu towarów.

2.2. Harmonizacja pełna – Dyrektywa 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych

U genezy dyrektywy 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych¹⁶ leżało przekonanie, że brak harmonizacji przepisów krajowych w zakresie prawa nieuczciwej konkurencji stoi na przeszkodzie funkcjonowania wspólnego rynku. Nawet bowiem w dziedzinach, w których wydane zostały już akty prawa pochodnego, jak np. w dziedzinie reklamy, wciąż utrzymywały się i utrzymują znaczące różnice. W pkt 5 preambuły do dyrektywy¹⁷, wskazuje

¹⁵ Wyrok ETS w sprawie 120/78, ECR [1979], 649, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*.

¹⁶ Zob. w literaturze polskiej I. Nestoruk: *Europejskie prawo o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji? (prezentacja projektu dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych)*, ZNUJ PWiOWI, 2005, z. 89.

¹⁷ (5) Wobec braku jednolitych przepisów na poziomie wspólnotowym przeszkody w transgranicznym swobodnym przepływie usług i towarów oraz w swobodzie przedsiębiorczości mogłyby znaleźć uzasadnienie w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, o ile służą ochronie ogólnie uznanych celów związanych z interesem publicznym i o ile są do tych celów proporcjonalne. Zgodnie z celami Wspólnoty określonymi w postanowieniach Traktatu oraz w prawie wtórnym Wspólnoty odnoszącym się do swobodnego przepływu oraz zgodnie z polityką Komisji w zakresie komunikacji handlowej, o której mowa w komunikacie Komisji „Działania uzupełniające do Zielonej Księgi w sprawie komunikacji handlowej na rynku wewnętrznym”, przeszkody takie powinny zostać wyeliminowane. Można tego dokonać jedynie

się, że dyrektywa zmierza do likwidacji różnic między regulacjami państw członkowskich, i to co więcej różnic które były uznawane za dopuszczalne w świetle orzecznictwa ETS¹⁸ (szerzej o tym niżej – chodzi tu zwłaszcza o linię orzecznictwa zapoczątkowaną wyrokiem w sprawie *Keck*). Co prawda jeśli ETS stwierdził w sprawie *Keck*, iż regulacje dotyczące tzw. zasad (okoliczności) sprzedaży (*selling arrangements, Verkaufsmodalitäten*) z reguły nie stanowią ograniczeń w handlu wewnątrzspółnotowym, istnieje wątpliwość, czy Wspólnota ma kompetencję by harmonizować prawo państw członkowskich w tym zakresie.¹⁹ Na poczet przyszłych rozważań założymy jednak, że kompetencja taka istnieje. Już sam fakt, że preambuła dyrektywy odwołuje się do dozwolonych w świetle orzecznictwa ETS na gruncie swobód traktatowych ograniczeń „okoliczności sprzedaży” oraz formuły *Cassis de Dijon* pokazuje na „dialog” prawa pochodnego z prawem pierwotnym i ich wzajemny na siebie wpływ.

Definicja kluczowego dla dyrektywy pojęcia „praktyk handlowych” (art.2 (d) dyrektywy) mówi, że są to „każde działani[a] przedsiębiorcy, jego zaniechanie, sposób postępowania, oświadczenie lub komunikat handlowy, **w tym reklama i marketing**,²⁰ bezpośrednio związane z promocją, sprzedażą lub dostawą produktu do konsumentów.” Co się tyczy zakresu przedmiotowego, dyrektywa zajmuje się dwoma podstawowymi rodzajami nieuczciwych praktyk: praktykami agresywnymi i praktykami wprowadzającymi w błąd, wprowadzając w art. 5 klauzulę generalną zakazującą tego rodzaju zachowań rynkowych. Widzimy więc, że reklama, a zwłaszcza reklama wprowadzająca w błąd, jest objęta zakresem harmonizacji. Z tego powodu dyrektywa 2005/29 /WE zmienia także dyrektywę 84/450/EWG o reklamie wprowadzającej w błąd,²¹ jednak ich wzajemna relacja nie jest wcale łatwa do ustalenia.

poprzez ustanowienie na poziomie Wspólnoty jednolitych zasad zapewniających wysoki poziom ochrony konsumentów oraz poprzez wyjaśnienie na poziomie Wspólnoty pewnych pojęć prawnych w takim zakresie, w jakim jest to konieczne dla właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego oraz dla spełnienia wymogu pewności prawa.

¹⁸ Na temat wpływu Dyrektywy na zmniejszenie barier w handlu wewnątrzspółnotowym zob. S. Grundmann, *European Contract Law of What Colour?* European Contract Law Review (dalej: ERCL), 2005, nr 2, s. 184 i n.; K. Riesenhuber: *System and Principles of EC Contract Law*, ERCL, 2005, nr 3, s. 303 i n.

¹⁹ Zob. G. Davies, *Can Selling Arrangements be Harmonised?*, European Law Review (dalej: E.L.Rev.) 2005, nr 3, s. 371 i n.

²⁰ Podkreślenia autora (TT).

²¹ Zob. art. 14 dyrektywy 2005/29/WE, Dz. Urz. WE z.2005 r., Nr L 149, s. 22.

Dyrektywa w zakresie swego działania dąży do pełnej (a nie minimalnej) harmonizacji.²² Nie zdecydowano się natomiast na wybór tzw. zasady kraju pochodzenia (wzajemnego uznania)²³. Prawidłowa implementacja dyrektywy we wszystkich państwach członkowskich ma zatem doprowadzić do sytuacji, w której w zakresie objętym harmonizacją nie będzie mogło dojść do zastosowania art. 28 lub 49 TWE z tej prostej przyczyny, że żadna krajowa regulacja nie będzie mogła być uznana za środek o podobnym skutku do ograniczeń ilościowych. Nie będzie także potrzeby odwoływania się do prawa kraju pochodzenia, skoro ma ono być tożsame z prawem kraju w którym dokonuje się oceny praktyki handlowej. Jaki jest jednak wpływ przepisów dyrektywy na krajowe przepisy dotyczące reklamy? Jak już wspomniano, odpowiedź nie jest taka prosta.

Po pierwsze, zakres działania dyrektywy obejmuje jedynie takie praktyki handlowe które są „**bezpośrednio** związane z promocją, sprzedażą lub

²² Art. 3 ust. 5. Wyjątek przewidziano w art. 3 ust. 5: „Przez okres sześciu lat od 12.6.2007 r. (czyli do 2013 r.) Państwa Członkowskie mogą 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. Środki te muszą być niezbędne dla zapewnienia odpowiedniej ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami handlowymi i muszą być proporcjonalne do tego celu. Przegląd, o którym mowa w art. 18, może, o ile zajdzie taka potrzeba, zawierać wnioszek o przedłużenie niniejszej derogacji na dalszy ograniczony okres.” Przewidziano także wyjątki sektorowe dla usług finansowych (w rozumieniu dyrektywy 2002/65/WE zob. w ust. 9 art. 3 Dyrektywy 2005/29/WE), zawodów regulowanych (art. 3 ust. 8) i regulacji dotyczących ochrony zdrowia i bezpieczeństwa konsumentów.

²³ H. Collins, *The Unfair Commercial Practices Directive*, ERCL 2005, nr 4, s. 30. Po też. F. Henning-Bodewig, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, GRUR Int. 2005, nr 8-9, 2005, s. 634, B. Buchner, *Rom II und das Internationale Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, GRURInt 2005 nr 12, s. 1010. Przeciwno stanowisku, że z art. 4 dyrektywy wyprowadzić można zasadę kraju pochodzenia przemawia historia legislacyjna tego przepisu, który został świadomie zmieniony w ten sposób, by nie był sformułowany jak reguła kolizyjna. zob. F. Henning-Bodewig, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, s. 634, A. Piekenbrock, *Die Bedeutung des Herkunftslandprinzips im europäischen Wettbewerbsrecht*, GRURInt 2005, nr 12, s. 977 i n. Skreslenie art. 4 ust. 1 z projektu dyrektywy 2005/29/WE miało także na celu uniknięcie konfliktu z art. 5 ust. 1 projektu rozporządzenia o prawie właściwym dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II), zgodnie z którym prawem właściwym w przypadku czynu nieuczciwej konkurencji ma być prawo „dotkniętego” rynku (tzn. tam, gdzie wystąpią gospodarcze skutki) Na temat rozporządzenia zob. M. Fabjańska, M. Świerczyński, *Ujednoczenie norm kolizyjnych dotyczących zobowiązań pozaumownych*, KPP 2004, nr 3, s. 717 i n. Argument ten zachowuje moc na gruncie zrewidowanej wersji projektu, w którym zasada ta znajduje się w art. 7. Zmiany obejmują m.in. zastąpienie terminu „czyn nieuczciwej konkurencji” terminem „nieuczciwej praktyki handlowej”, jak w dyrektywie 2005/29/WE.

dostawą produktu do konsumentów.” Dyrektywa nie obejmuje zatem wszystkich form reklamy, które spełniają przesłanki definicji reklamy przyjęte w dyrektywie 84/455/EWG o reklamie wprowadzającej w błąd i reklamie porównawczej,²⁴ jak np. sponsoring czy public relations. Nie są bezpośrednio związane z nakłanianiem do zakupu takie praktyki jak usuwanie materiałów reklamowych konkurencji,²⁵ lub klasyczna reklama oczerniająca²⁶ (chyba żeby oczernianie nastąpiło w reklamie porównawczej). Po drugie, dyrektywa 2005/29/WE dotyczy jedynie tzw. stosunków B2C (*business to customer*). W stosunkach między przedsiębiorcami reklama podlega nadal dyrektywie 84/455/EWG i implementującym ją przepisom krajowym²⁷. Prowadzi to niewątpliwie do ogromnych trudności w prawidłowej i zachowującej spójność prawa wewnętrznego implementacji,²⁸ ponieważ reklamę w stosunkach między przedsiębiorcami i w stosunkach B2C trudno sensownie rozdzielić (w szczególności wprowadzenie w błąd konsumenta za pomocą reklamy narusza także interesy przedsiębiorców konkurencyjnych). Ponieważ dyrektywa 84/455/EWG nie stosuje metody pełnej harmonizacji, nie jest wykluczone rozciągnięcie nowych zasad także na relacje B2B, ale trzeba się liczyć z korygującą funkcją wolności traktatowych. Po trzecie, zgodnie z art. 3 ust. 4 dyrektywy pierwszeństwo przed postanowieniami dyrektywy będą miały obowiązujące regulacje sektorowe min dotyczące reklamy w telewizji i Internecie. Dyrektywa 2005/29/WE stosująca metodę pełnej harmonizacji stanowi też przykład na ilustrację tezy, że nawet mimo takiego właśnie charakteru postanowień dyrektywy cel pełnej rzeczywistej harmonizacji nie musi zostać osiągnięty. Wynika to z faktu, że dyrektywa zawiera klauzulę generalną (art. 5 ust. 1),²⁹ i wiele pojęć ocennych,³⁰ które mogą być interpretowane zgodnie z dotychczasowym rozumieniem

²⁴ Zob. np. R. Skubisz (w) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, pod red. J. Szwajgi, Warszawa 2006, s. 638 i n.

²⁵ H. Köhler, *Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, GRUR 2005 nr 10, s. 801.

²⁶ H. Köhler, *Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, s. 802.

²⁷ F. Henning-Bodewig, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, s. 630.

²⁸ Na temat problemów związanych z implementacją tej dyrektywy zob. np. H. Köhler, *Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, s. 793 i n.

²⁹ H. Collins, *EC Regulation of Unfair Commercial Practices*, in H. Collins (red.), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, The Hague, London, New York 2003, s. 17.

³⁰ „staranność zawodowa”, „przeciętny konsument”, „wprowadzenie w błąd” por. F. Gomez, *The Unfair Commercial Practices Directive: a Law and Economics perspective*, ERCL 2006, nr 1, s. 17.

podobnych pojęć w poszczególnych krajach, te zaś, o czym nie trzeba przypominać, niejednokrotnie znacznie się różnią.³¹ Tu jednak pomoc może znów prawo pierwotne. Jeśli bowiem dyrektywa zmierza do eliminacji ograniczeń w handlu, to przy wykładni jej postanowień trzeba uwzględnić orzecznictwo ETS na gruncie postanowień Traktatu o wolnościach wspólnotowych. Jak więc widać, także w przypadku pełnej harmonizacji prawo pierwotne ma istotną rolę do odegrania.

3. Prawo pierwotne – wolności traktatowe

3.1. Swoboda przepływu towarów

Ograniczenia dotyczące reklamy mogą zostać uznane za naruszenia art. 28 lub 49 TWE. Zgodnie z art. 28 TWE „Ograniczenia ilościowe w przywozie oraz wszelkie środki o skutku równoważnym są zakazane między Państwami Członkowskimi”.

Pojęcie „środków” rozumiane jest szeroko obejmuje ono nie tylko przepisy prawa, ale także czynności faktyczne, takie jak bojkot lub „zalecenia” postępowania w określony sposób.³² Środki o „podobnym skutku” do ograniczeń ilościowych nie dotyczą bezpośrednio wielkości importu, ale faktycznie wywołują analogiczne konsekwencje. Ograniczenia reklamy lub zakazy reklamowe mogą działać w ten sposób, jeśli bowiem zakazemy reklamy towarów, to mniejszy będzie na nie popyt wewnętrzny, a konsekwencji spadnie także import towarów z innych krajów członkowskich.

Art. 28 TWE dotyczy sytuacji, kiedy ograniczenie ma źródło w kraju „przyjmującym”, czyli tym, do którego są sprowadzane towary. Art. 29 TWE

³¹ Przykładem wpływu krajowych przyzwyczajęń na interpretację przepisów prawa jest głośna sprawa *Ryanair v. British Airways*. (*British Airways v. Ryanair*, [2001] ETMR 235). *Ryanair* określił w swej kampanii reklamowej BA mianem „Expensive ba.....ds.”, co jako reklama dyskredytująca musiało być zakazane w świetle dyrektywy 84/450/EWG zmienionej dyrektywą 97/55/EG (zob. art. 7 ust. 2). Angielski High Court oddalił jednak powództwo, na co niewątpliwym wpływ miała inna tradycja prawna, w znacznie większym zakresie pozwalająca na tego typu formy wypowiedzi reklamowej, aniżeli w państwach Europy kontynentalnej. Zob. A. Piekenbrock, *Die Bedeutung des Herkunftslandprinzips im europäischen Wettbewerbsrecht*, GRURInt 2005, nr 12, s. 999. Podobnie różnie w poszczególnych krajach przyjmowano kontrowersyjne kampanie reklamowe firmy Benetton – zob. A. Vahrenwald, *The Advertising Law of the European Union*, E.I.P.R. 1996, nr 5, s. 281.

³² T. Körber: *Grundfreiheiten...*, s. 122.

dotyczy zaś regulacji państwa, z którego następuje wywóz towarów. Art. 28 TWE ma nie tylko większe znaczenie praktyczne,³³ ale także szerszy zakres, ponieważ art. 29 TWE interpretowany jest przez ETS jedynie jako zakaz środków ograniczających eksport o charakterze dyskryminującym³⁴, podczas gdy art. 28 TWE obejmuje także te środki, które co prawda nie są dyskryminujące, ale jednak wywierają ograniczający skutek.³⁵

Art. 28 TWE jako zakaz dyskryminacji (jawnej i ukrytej) oznacza, że towary pochodzące z innych państw WE nie mogą być traktowane gorzej niż towary krajowe. Punktem odniesienia jest wyłącznie porządek prawny państwa do którego towary są sprowadzane. Dyskryminacja jawna występuje wtedy, gdy dany środek krajowy wprost różnicuje podmioty lub produkty pochodzące z państwa, w którym został wydany i podmioty lub produkty obce, przy czym różnicowanie to prowadzi do gorszego traktowania podmiotów zagranicznych.³⁶ Ocena odnosi się do zastosowania konkretnej regulacji, nawet gdyby inne przepisy krajowe „wyrównały” pozycję towarów importowanych i krajowych.³⁷ W konsekwencji, także w sytuacji gdy przepisy państwa członkowskiego, z którego towar jest sprowadzany są w zakresie reklamy bardziej restrykcyjne

³³ Państwo ma interes w tym, by chronić własne podmioty (ograniczając dostęp do rynku towarom z innych krajów), z reguły nie ma natomiast interesu by utrudniać eksport własnym podmiotom.

³⁴ Punktem odniesienia jest handel wewnątrz krajowy państwa, które stosuje dany środek. Jeśli środek ten dotyka obrotu krajowego i eksportu w porównywalnym zakresie, nie jest uznawany za „środek o podobnym skutku” – zob. wyrok ETS w sprawie 15/79, *P.B. Groenveld BV v Produktschap voor Vee en Vlees*, ECR [1979], 3409. W konsekwencji nawet zupełny zakaz wytwarzania danego produktu w państwie członkowskim nie jest sprzeczny z art. 29 TWE, także wtedy, gdy w innych państwach członkowskich wytwarzanie i handel tym produktem są legalne. To samo dotyczy określonych sposobów dystrybucji, regulacji prawa zobowiązań, itp.

³⁵ Por. niżej.

³⁶ Zob. np. wyrok ETS w sprawach 80 i 159/85, *Nederlandse Bakkerij Stichting and others v Edah BV*, ECR [1986], 3359, w którym zróżnicowane traktowanie nie zostało uznane za dyskryminację właśnie dlatego, że nie stawiało podmiotów obcych w gorszej sytuacji.

³⁷ Por. wyrok ETS w sprawie 320/93, *Lucien Ortscheit GmbH v Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH*, ECR [1994], I-5257. W stanie faktycznym sprawy chodziło o niemiecką regulację zakazującą reklamy sprowadzonych do Niemiec lekarstw, które nie zostały tam dopuszczone do obrotu. Mimo że sytuacja produktów niemieckich była jeszcze gorsza, ponieważ w ogóle nie mogły być sprzedawane, (podczas gdy do produktów importowanych odnosił się jedynie zakaz reklamy) ETS wskazał na formalny aspekt dyskryminacji, uznając jednak ograniczenie za usprawiedliwione na gruncie art. 30.

niż przepisy państwa docelowego, to jeśli te ostatnie są dyskryminujące, zostaną uznane za sprzeczne z Traktatem. Przykładowo jeśli w kraju A reklama towaru X jest zakazana, towar ten jest następnie sprowadzany do kraju B, w którym jego reklama podlega tylko ograniczeniom, ale te ograniczenia dyskryminują towary zagraniczne, przepisy kraju B naruszają swobodę przepływu towarów.

Rozwój orzecznictwa ETS dotyczącego ograniczeń w handlu o charakterze niedyskryminującym rozpoczyna się od wyroku w sprawie *Dassonville*. Zgodnie z słynną „formułą *Dassonville*” środkiem o skutkach podobnych do ograniczeń ilościowych jest „każda regulacja państwa członkowskiego, która może, pośrednio lub bezpośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie, ograniczyć handel wewnątrzspółnotowy”.³⁸ Formuła ta została ograniczona³⁹ (i skonkretyzowana) w wyroku w sprawie *Cassis de Dijon*.⁴⁰ Przedmiotem rozstrzygnięcia była niemiecka regulacja dotycząca minimalnej zawartości alkoholu w napojach alkoholowych, której nie spełniał francuski likier porzeczkowy *Cassis de Dijon*.⁴¹ Regulacja nie miała charakteru dyskryminującego,⁴² natomiast mimo to została uznana za środek natomiast podobnych skutkach do ograniczeń ilościowych.

W wyroku tym ETS wprowadził do prawa wspólnotowego pojęcie wymogów koniecznych, które mogą usprawiedliwiać krajowe ograniczenia obok przyczyn wyraźnie wymienionych w Traktacie w art. 30, a ich zastosowanie połączył z testem proporcjonalności. W *Cassis de Dijon* wskazano, że co prawda

³⁸ Wyrok ETS w sprawie 8/74 *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville*, ECR [1974], 853, par. 5.

³⁹ Jest to jednak sporne. Niektórzy (np. w doktrynie polskiej M. Szpunar, *Promocja towarów w prawie wspólnotowym*, Kraków 2002, s. 33 i n.) uważają, że orzeczenie w sprawie *Cassis de Dijon* poszerzyło formułę *Dassonville*.

⁴⁰ Por. E. Łętowska, *Zawrotna, podwójna kariera likieru porzeczkowego* (w) *Valeat aequitas – księga pamiątkowa ofiarowana Księdzu Profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu*, pod. red. M. Pazdana, Katowice 2000; A. Wróbel, *Znaczenie orzecznictwa „Cassis de Dijon” Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich a rozwój europejskiego prawa żywnościowego*, Rejent 1995, nr 10, s. 24 i n.

⁴¹ Likier miał od 15 do 20%, a wg regulacji niemieckiej powinien mieć min. 25%.

⁴² Inaczej G. Marengo, K. Banks, *Intellectual Property and the Community Rules on Free Movement: Discrimination Unearthed* E.L.Rev. 1990 s. 239 i n., J. Gundel, *Die Rechtsfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EGV*, Jura 2001, nr 1, s. 82. Za dominującym poglądem T. Körber, *Grundfreiheiten...*, s. 130 i cytowana tam literatura. Zob. M. Ahlfeld, *Zwingende Erfordernisse im Sinne des Cassis-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 30 EGV*, Baden Baden 1997, s. 30, M. Szpunar, *Promocja towarów*, s. 30.

ochrona zdrowia konsumenta może być „wymogiem koniecznym”, jednakże zakaz niemiecki jest nieproporcjonalny, ponieważ wystarczające dla ochrony tego interesu byłoby właściwe oznaczenie produktu (tzw. *labelling doctrine*⁴³). Ograniczenie jest zaś proporcjonalne jeśli: jest zdolne do osiągnięcia zamierzonego celu i cel ten nie może zostać osiągnięty za pomocą środka mniej restrykcyjnego (łagodniejszego). W *Cassis de Dijon* sformułowano także „zasadę wzajemnego uznania”,⁴⁴ lub zasadę kraju pochodzenia (*Herkunftslandprinzip, country of origin*), zgodnie z którą towar wyprodukowany i wprowadzony do obrotu zgodnie z prawem w jednym kraju członkowskim⁴⁵ może być sprzedawany we wszystkich pozostałych krajach członkowskich. Zasada ta wpłynęła także na akty prawa pochodnego i zaczęła być wprowadzana do dyrektyw (zob. niżej).

Po *Cassis de Dijon* Trybunał zajmował się wielokrotnie krajowymi regulacjami dotyczącymi reklamy. W sprawie *Oosthoek*⁴⁶ oceniał zgodność z prawem wspólnotowych prawa holenderskiego, które zakazywało formy promocji polegającej na dodawaniu do sprzedawanego towaru innych towarów gratis (w tym konkretnym przypadku dodawano atlas świata do książki). ETS stanął na stanowisku, że przepisy holenderskie mogły prowadzić do zmniejszenia wielkości importu,⁴⁷ m.in. dlatego, że zmuszały przedsiębiorców do prowadzenia różnych form reklamy i promocji w różnych państwach członkowskich, lub do rezygnacji z metody, którą przedsiębiorca uważa za skuteczną, a zatem utrudniały mu sprowadzanie książek do Holandii.⁴⁸ Uznano zatem, że ograniczenie o podobnych skutkach może być uzasadnione już samym zmniejszeniem ogólnej wielkości importu (nie zaś jedynie utrudnieniem importu w relacji do handlu krajowego). Zdaniem ETS także regulacje

⁴³ Samo to pojęcie wiąże się z „informatywnym” modelem ochrony konsumenta, przyjmowanym przez prawo wspólnotowe. Na temat aktualnego modelu konsumenta w prawie europejskim zob. A. Tischner: *Model przeciętnego konsumenta w prawie europejskim*, KPP 2006, nr 1 zvl. s. 231 i n.

⁴⁴ M. Szpunar: *Promocja towarów...*, s. 32.

⁴⁵ Powtarzam tu sformułowanie ETS. Jak jednak wynika z dalszego orzecznictwa chodzi o towar znajdujący się zgodnie z prawem w obrocie w kraju Wspólnoty, niezależnie od tego, czy został w tym kraju wyprodukowany. Towar taki może „krążyć” po całej Wspólnocie.

⁴⁶ Wyrok ETS w sprawie 286/81, *Postępowanie karne przeciwko Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV*, ECR [1982], 4575,

⁴⁷ Nie budziło wątpliwości, że regulacja ma charakter niedyskryminujący.

⁴⁸ Por. zwłaszcza dość generalnie sformułowany par. 15 orzeczenia w sprawie 286/81, *Postępowanie karne przeciwko Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV*, ECR [1982], 4575.

dotyczące różnych form i sposobów sprzedaży mogły wywołać taki skutek. W sprawie *Yves Rocher*⁴⁹ za środek o podobnym skutku uznano zakaz reklamy porównującej ceny danego przedsiębiorcy z własnymi cenami stosowanymi wcześniej, w sprawie *GB-INNO-BM*,⁵⁰ za niezgodną z Traktatem uznano regulację luksemburską zakazującą porównywania cen oraz wprowadzania ofert czasowych. Problematyki reklamy dotyczyły m.in. sprawy *Aragonesa*⁵¹ (zakaz reklamy wysokoprocetowych napojów alkoholowych) i *Delattre*⁵² (zakaz sprzedaży niektórych farmaceutyków poza aptekami).

Ponieważ przy niezwykle szerokiej formule *Dassonville* prawie każda regulacja krajowa, która w jakiś sposób ograniczała wolność gospodarczą mogła potencjalnie wpłynąć na wielkość importu z innych krajów,⁵³ a orzecznictwo było niejednokrotnie wzajemnie sprzeczne konieczne stało się dokonanie rewizji orzecznictwa. ETS dokonał tego w wyroku w sprawie *Keck & Mithouard*.⁵⁴ Konieczność zmian unaocznili rzecznik generalny Trybunału G. Tesauro w opinii do sprawy *Hünermund*,⁵⁵ w której oceniano zakaz reklamy towarów sprzedawanych w aptekach poza apteką. Jak pokazał G. Tesauro, dotychczasowe orzecznictwo ETS nie pozwala rozstrzygnąć tego przypadku, albowiem gdyby przyjął kryteria ze sprawy *Oebel*⁵⁶ zakaz, jako dotyczący jedynie reklamy, nie mógłby być uznany za ograniczenie o skutkach podobnych do ograniczeń ilościowych. W świetle wyroków w sprawach *Torfaen*⁵⁷ i *Blesgen*,⁵⁸ środek o podobnym skutku mógł ale nie musiał występować,

⁴⁹ Wyrok ETS w sprawie C-126/91, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. v Yves Rocher GmbH* ECR [1993], I-2361.

⁵⁰ Wyrok ETS w sprawie 362/88, *GB-INNO-BM v Confédération du commerce luxembourgeois*, ECR [1990], I-683.

⁵¹ Sprawy C- 1 i 176/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior SA and Publivia SAE v Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña*, ECR [1991], I-4151.

⁵² Wyrok ETS w sprawie 369/88 *Postępowanie karne przeciwko Jean-Marie Delattre*, ECR [1991], I-1487.

⁵³ Należy pamiętać, że chodzi o wpływ ogólny, nie zaś wpływ większy niż na towary krajowe.

⁵⁴ Sprawy C-267 i 268/91, *Postępowanie karne przeciwko Bernardowi Keck and Danielowi Mithouard*, ECR [1993], I-6097.

⁵⁵ Wyrok ETS w sprawie C-292/92, *Ruth Hünermund i inni v Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, ECR [1993], I-6787,. Por. zwł. opinię rzecznika Generalnego G. Tesauro, par. 20 i nast.

⁵⁶ Wyrok ETS w sprawie 155/80, *Postępowanie w sprawie nałożenia grzywny na Sergiusa Oebel*, ECR [1981], 1993.

⁵⁷ Wyrok ETS w sprawie 145/88, *Torfaen Borough Council v B & Q plc*, ECR [1989], 3851, 3888.

⁵⁸ Wyrok ETS w sprawie 75/81, *Joseph Henri Thomas Blesgen v Belgii*, ECR [1982], 1211.

a według wyroku w sprawie *Oosthoek* oceniana regulacja musiałaby zostać uznana za środek o skutkach podobnych do ograniczeń ilościowych.

Aby skonkretyzować, ale i ograniczyć formułę *Dassonville*, Trybunał posłużył się kryterium „okoliczności sprzedaży” (sposobów sprzedaży),⁵⁹ które w literaturze zaproponował E.L. White.⁶⁰ Zgodnie z nim należy inaczej traktować regulacje, które dotyczą właściwości towaru i te które odnoszą się jedynie okoliczności jego sprzedaży (*characteristics* i *circumstances*).⁶¹ Do właściwości należą np. skład, rozmiar, kształt, wagę towarów oraz sposób ich przedstawienia i oznaczenia, natomiast do „okoliczności sprzedaży” to „gdzie, kiedy, kto i jak” można towary sprzedawać lub używać.

Pretekstem⁶² do zastosowania nowej formuły była w sprawie *Keck i Mithouard*,⁶³ obowiązująca we Francji regulacja dotycząca zakazu sprzedaży towaru poniżej ceny nabycia. Zakaz obwarowany był sankcją karną

⁵⁹ Termin „okoliczności sprzedaży” wydaje się bardziej właściwy od „sposobów” czy „zasad”, albowiem jest szerszy i lepiej odpowiada pojęciem „*Selling arrangements*” czy „*Verkaufsmodalitäten*”.

⁶⁰ E.L. White, *In Search of the Limits to Art. 30 of the EEC Treaty* (1989) *Common Market Law Review*, (dalej: C.M.L.Rev.) vol. 26, s. 235 i n.

⁶¹ E.L. White, *In Search of the Limits...*, s. 246 i n.

⁶² Mimo że stan faktyczny sprawy nie wykazywał właściwie żadnych elementów wspólnotowych T. Körber, *Grundfreiheiten...*, s. 157.

⁶³ Zob. M.in. D. Chalmers, *Repackaging the Internal Market – the Ramifications of the Keck Judgement*, E.L.Rev. 1994, nr 4, s. 385 i n., L. Gormley, *Two years after Keck*, *Fordham International Law Journal*, 1996, vol. 19, s. 866 i n. P. Koutrakos: *On Groceries, Alcohol and Olive Oil: More on Free Movement of Goods after Keck*, E. L.Rev. 2001, nr 4, s. 391 i n., S. Weatherill, *After Keck: some thoughts on how to clarify the clarification*, C.M.L.Rev., 1996, vol. 33, s. 885–906. W literaturze niemieckiej zob. m.in. S. Feiden, *Die Bedeutung der „Keck“-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten. Ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten*, Berlin 2003, P. W. Heermann, *Artikel 30 EGV im Lichte der „Keck“-Rechtsprechung: Anerkennung sonstiger Verkaufsmodalitäten und Einführung eines einheitlichen Rechtfertigungstatbestands?* GRURInt 1999, nr 7, s. 579 i n., R. Sack, *Auswirkungen der Art. 30, 36 und 59 ff. EG-Vertrag auf das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb*, GRUR 1998, nr 11, s. 871 i n., J. Stuyck, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs und der Freie Waren- und Dienstleistungsverkehr in der Europäischen Union. Zugleich ein Kommentar zum Urteil des EuGH vom 24. November 1993 „Keck und Mithouard”*, Wettbewerb in Recht und Praxis (dalej: WRP) 1994, nr 9, s. 578 i n. W literaturze francuskiej zob. m.in. L. Gonzales Vaqué, *La jurisprudence relative à l'article 28 CE (ex article 30) après l'arrêt „Keck et Mithouard”*, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2000, nr 2, s. 395–419. W literaturze polskiej zob. m.in. C. Mik, *Formuła Keck-Mithouard i jej znaczenie dla europejskiego prawa wspólnotowego* (w): *Księga pamiątkowa ku czci profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997, s. 89; E. Skrzydło Tefelska, *Krajowe programy promocji towarów a swobodny przepływ*

i stosował się jednakowo do towarów krajowych i importowanych. Przepisy francuskie nie były zdaniem Trybunału zdolne do wywarcia wpływu na obrót towarami między państwami członkowskimi, właśnie dlatego, że dotyczą „okoliczności sprzedaży”. W par. 16 orzeczenia stwierdzono:

16. W przeciwieństwie do dotychczasowej linii orzecznictwa zastosowanie przepisów prawa krajowego, ograniczających lub zakazujących dokonywania określonych czynności związanych ze sprzedażą produktów z innych państw członkowskich, nie wpływa bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie, na handel między państwami członkowskimi w rozumieniu orzeczenia w sprawie 8/74 Dassonville [1974] ECR 837 tak długo, jak długo przepisy te znajdują zastosowanie do wszystkich przedsiębiorców prowadzących działalność na terytorium danego państwa oraz tak długo, jak długo wpływają one w takim samym stopniu, pod względem prawnym lub faktycznym, na wprowadzanie do obrotu i sprzedaż produktów krajowych i importowanych z innych państw członkowskich.

Można powiedzieć, że kryterium przyjęte przez ETS jest stosunkowo proste, a równocześnie ustanawia coś na kształt domniemania, że regulacje krajowe, które dotyczą jedynie okoliczności sprzedaży nie wpływają na handel wspólnotowy. ETS nie przyjął natomiast postulowanego w literaturze kryteriów „odczuwalności” ograniczenia (*Spürbarkeit*),⁶⁴ które wymagałoby każdora-

towarów w Unii Europejskiej (w) Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Pionka, pod. red. A. Łazowskiego R. Ostrihansky'ego, Kraków 2005, s. 267–285; R. Skubisz (w) Komentarz do art. 16 ZNKU w: Komentarz ZNKU, pod. red. J. Szwejki, Warszawa 2006, s. 627–638; M. Szpunar, Promocja towarów w prawie wspólnotowym, Kraków 2002; J. Szwejka, Wprowadzenie (w): Komentarz..., s. 26–28., D. Kiedrowska, Formuła Keck w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, EPS 2006, nr 3, s. 37 i n.

⁶⁴ W doktrynie niemieckiej zwolennikiem tego podejścia jest R. Sack, *Staatliche Regelungen sogenannter „Verkaufmodalitäten“ und Art. 30 EG-Vertrag*, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 1994, nr 1, s., 45; tenże, *Staatliche Werbebeschränkungen und die Art. 30 und 59 EG-Vertrag*, *WRP* 1998, nr 2, s. 116 ff.; tenże, *Auswirkungen der Art. 30, 36 und 59 ff. EG-Vertrag auf das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb*, *GRUR* 1998, nr 11, s. 873. Pogląd ten uzasadnił także szeroko rzecznik generalny F. Jacobs w opinii do sprawy 412/93, *Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v TFI Publicité SA and M6 Publicité SA*, ECR [1995], I-179, (zob. D. Kiedrowska, *Formuła Keck...*, s. 43), jednakże ETS nie przyjął go w tej sprawie.

zowego badania czy dany środek jest w istotny sposób (odczuwalnie) wpłynąć na sprzedaż towarów importowanych. Odczuwalność jest w wyroku *Keck* niejako założona w przypadku regulacji odnoszących się wprost do produktu (np. przepisy dotyczące dopuszczenia produktu do obrotu, określające zasady wytwarzania produktów, ich właściwości produktu), a także analogicznie traktowanych zakazów obrotu produktem w ogóle⁶⁵ oraz regulacji krajowych, które wymagają zmian w opakowaniu i oznaczaniu produktów importowanych.⁶⁶

W świetle *Keck* regulacje dotyczące reklamy rozpadły się na dwie grupy. Jeśli reklama jest nierozzerwalnie związana z produktem, jej ograniczenia mogą być sprzeczne z art. 28 TWE. Przykładem orzeczeń z tej grupy są:

- sprawa *Clinique*,⁶⁷ w której za sprzeczne z Traktatem uznano prawo niemieckie, zakazujące wprowadzania do obrotu kosmetyków *Clinique* z tej przyczyny, że nazwa tego produktu miała sugerować właściwości lecznicze.⁶⁸

- sprawa *Mars*,⁶⁹ w której prawo niemieckie miało⁷⁰ zakazywać umieszczania na napisie „+10%” na opakowaniu batonu czekoladowego jako rzekomo wprowadzające w błąd, ponieważ napis zajmował więcej niż 10 % powierzchni opakowania.

- sprawa *Familiapress*,⁷¹ w której w wyniku austriackiego zakazu umożliwiania nabywcom czasopism udziału w konkursach i grach losowych nie mógł być w Austrii sprzedawany niemiecki magazyn dla kobiet, w którym umieszczono kupony konkursowe.

We wszystkich tych sprawach krajowe ograniczenia oznaczały, że nie mógł być w jednym państwie członkowskim przedmiotem obrotu towar z innego kraju członkowskiego w takim stanie, w jakim był w tym innym państwie sprzedawany. W sprawach tych regulacje krajowe dotykały działań mających integralny, **fizyczny** związek z produktem (w tym z jego opakowaniem).

⁶⁵ Wyrok ETS w sprawie C-67/97, *Postępowanie karne przeciwko Ditlev'owi Bluhme*, ECR [1998], I-08033.

⁶⁶ Wyrok ETS w sprawie C-217/99, *Komisja v. Belgii*, ECR [2000], I-10251.

⁶⁷ Wyrok ETS w sprawie C-315/92, Zb. Orz. z 1994 r., s. I-317, *Clinique*.

⁶⁸ Z tego powodu sprzedawane było one w Niemczech pod nazwą „Liniue”.

⁶⁹ Wyrok ETS w sprawie C-470/93, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. v Mars GmbH*, ECR [1995], I-1923.

⁷⁰ Wydaje się, że wątpliwości w tym zakresie nie były zasadne nawet przy uwzględnieniu przyjmowanego w Niemczech wówczas modelu konsumenta raczej nieuważnego i łatwo dającego się wprowadzić w błąd.

⁷¹ Wyrok ETS w sprawie C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v Heinrich Bauer Verlag*, ECR [1997] I-3689.

Reklama nie posiadająca takiego związku z produktem, a zatem np. reklama prasowa czy telewizyjna z reguły musiałaby być natomiast traktowana jako należąca do sfery „okoliczności sprzedaży”. W rezultacie nawet restrykcyjne ograniczenia krajowe okazują się zgodne z Traktatem.⁷² Jako przykład można podać francuski zakaz reklamy telewizyjnej dla sektora dystrybucji,⁷³ lub szwedzki zakaz reklamy telewizyjnej skierowanej do dzieci poniżej lat 12.⁷⁴ Regulacja dotycząca reklamy nie związanej integralnie (fizycznie) z produktem nie jest uznawana za ograniczenie o podobnym skutku „tak długo, jak długo przepisy te znajdują zastosowanie do wszystkich przedsiębiorców prowadzących działalność na terytorium danego państwa oraz tak długo, jak długo wpływają one w takim samym stopniu, pod względem prawnym lub faktycznym, na wprowadzanie do obrotu produktów krajowych i importowanych z innych państw członkowskich”.⁷⁵ Ograniczenia reklamy wprowadzające dyskryminację podmiotową (ze względu na pochodzenie przedsiębiorcy) jak i przedmiotową (ze względu na pochodzenie towarów), nie są więc dopuszczalne.

W świetle dotychczasowego orzecznictwa ETS można wskazać, że jako środki o podobnym skutku do ograniczeń ilościowych mogą być kwalifikowane absolutne zakazy reklamowe, nawet jeśli są niedyskryminujące. W sprawie *Franzén*⁷⁶ ETS nieco mechanicznie stosując kryteria ze sprawy *Keck* uznał, że obowiązujący w Szwecji niemal całkowity zakaz reklamy alkoholu nie jest sprzeczny z art. 28 TWE. Jednakże w sprawie *Gourmet*⁷⁷

⁷² Twierdzi się w związku z tym, że swobody traktatowe po wyroku w sprawie *Keck* coraz słabiej oddziałują na prawo reklamy – F.S. Hakura, *The Weakening Impact of Art. 30 on Advertising*, Entertainment Law Review, (dalej: Ent. L.R 1998, nr 4, s. 170-173.

⁷³ Wyrok ETS w sprawie C-412/93, *Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v TFI Publicité SA and M6 Publicité SA*, ECR [1995], I-179.

⁷⁴ Połączone sprawy C-34-36/95, *Konsumentombudsmannen (KO) v De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) i TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 i C-36/95*, ECR [1997], I-3843.

⁷⁵ Sprawy C-267 i 268/91, *Postępowanie karne przeciwko Bernardowi Keck and Danielowi Mithouard*, ECR [1993], I-6097, par. 16.

⁷⁶ Wyrok ETS w sprawie C-189/95, *Postępowanie karne przeciwko Harry'emu Franzén*, ECR [1997], I-5909.

⁷⁷ Wyrok ETS w sprawie C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP)* ECR [2001], I-1795 Zob. A. Biondi, *Advertising Alcohol and the Free Movement Principle: the Gourmet Decision*, E.L.Rev. 6/2001, s. 616 i n.. Ocenę proporcjonalności zakazu w relacji do chronionych interesów (zwłaszcza ochrony zdrowia publicznego) ETS pozostawił sądowni krajowemu.

skorygował swoje stanowisko, zauważając, że z uwagi na niezwykle szeroki zasięg zakazu (nie poszczególne formy reklamy, lecz reklama jako taka) zakaz prowadzić może do uzyskania naturalnej przewagi przez towary krajowe, które konsument lepiej zna. Tym samym zakaz reklamowy nie jest tak naprawdę jedynie regulacją zasad sprzedaży.

Powyższe stanowisko wcale nie wymaga korekty formuły *Keck*, ani nie jest tym bardziej odejściem od niej. Podobnie należy oceniać orzeczenie w sprawie, *De Agostini*,⁷⁸ w szczególności zaś wyrok ten nie jest zmianą stanowiska ETS w kierunku teorii ograniczenia dostępu do rynku.⁷⁹ W sprawie tej Trybunał oceniał obowiązujący w Szwecji zakaz reklamy telewizyjnej produktów przeznaczonych dla dzieci poniżej 12 lat i nie był pewny czy taki zakaz rzeczywiście „wpływa prawnie i faktycznie w identyczny sposób na zbyt towarów krajowych i importowanych”. Nie można bowiem wykluczyć, że z uwagi na właściwości rynku szwedzkiego i znaczenie reklamy telewizyjnej dla tej kategorii produktów zakaz byłby faktycznie równoważny całkowitemu zakazowi reklamy.⁸⁰ Z kolei w sprawie *Douwe Egberts*,⁸¹ ETS uznał, iż nakazanie przedsiębiorcy rezygnacji ze sposobu reklamy, który uważa on za szczególnie skuteczny prowadzić może do ograniczenia importu, a absolutny zaś zakaz reklamy **określonych właściwości produktu** jest zdolny ograniczyć import z innych krajów członkowskich bardziej niż handel wewnętrzny, ponieważ konsumenci są lepiej zaznajomieni z towarami krajowymi. Także z innych orzeczeń ETS⁸² wynika, że Trybunał nadal stosuje „formułę *Keck*”.⁸³

⁷⁸ Połączone sprawy C- 34-36/95, *Konsumentombudsmannen (KO) v De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) i TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 i C-36/95)*. ECR [1997], I-3843.

⁷⁹ Zob. słusznie M. Szpunar: *Promocja...*, s. 185 i n.

⁸⁰ Np. gdyby okazało się, że w stosunku do tego rodzaju produktów inne formy reklamy są praktycznie nieistotne. Zob. Wyrok ETS w sprawie C-71/02, *Herbert Karner Industrie v. Auktionen GmbH*, Zb. Orz. [2004] s. I-3025; Wyrok ETS w sprawie C-20/03, *Postępowanie karne przeciwko Marcel'owi Burmanjer, René Alexander Van Der Linden i Anthony'emu De Jong*, Zb. Orz. [2005], s. I-4133 oraz S. Weatherill: *Recent Developments in the law Governing the Free Movement of Goods in the EC's Internal Market*, ERCL 2006, nr 1, s. 99.

⁸¹ Wyrok ETS w sprawie C-239/02, *Douwe Egberts NV v. Westrom Pharma NV i inni*, Zb. Orz. [2004], s. I-7007, zwł. par. 52, 53.

⁸² Wyrok ETS w sprawie C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV v. 0800 DocMorris NV i Jacques Waterval*, ECR [2003], I-14887; Wyrok ETS w sprawie C-71/02, *Herbert Karner Industrie v. Auktionen GmbH*, Zb. Orz. [2004] s. I-3025.

⁸³ Por. D. Kiedrowska, *Formuła Keck...*, s. 45 i n.

W świetle zasad wypracowanych w wyroku w sprawie *Keck* nie można uważać za aktualne powołanego wyżej orzeczenia w sprawie *Oosthoek*.⁸⁴ Co prawda w sprawie tej chodziło o utrudnienia prowadzenia kampanii promocyjnych o wymiarze europejskim (tzw. Euromarketingu⁸⁵), tzn. takich, które od początku planowane są w taki sposób by wykorzystać istnienie wspólnego rynku, to jednak pogląd utrzymujący tezy tego wyroku w mocy⁸⁶ jest nie do pogodzenia z wyrokiem w sprawie *Keck*. Dlatego także w przypadku strategii reklamowych o wymiarze europejskim należy brać pod uwagę przepisy obowiązujące w poszczególnych państwach członkowskich.⁸⁷

3.2. Reklama a swoboda świadczenia usług

Swoboda świadczenia usług obejmuje zarówno zakaz dyskryminacji (jawnej i ukrytej),⁸⁸ tj. każdej regulacji lub praktyce, która utrudnia świadczenie usług między państwami członkowskimi w porównaniu do świadczenia usług wewnątrz danego państwa członkowskiego,⁸⁹ jak też zakaz ograniczeń niedyskryminujących⁹⁰ zgodnie z regułą *Cassis de Dijon*.⁹¹

Sporne pozostaje, czy i w jakim zakresie na swobodę świadczenia usług można przenieść rozróżnienie na regulacje dotyczące bezpośrednio produktu

⁸⁴ Za poglądem, że ETS zmienił swoje stanowisko wypowiadają się m.in. R. Joliet, *Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung*, GRURInt 1994, nr 12, s.106 i n., T. Körber: *Grundfreiheiten...*, s. 200-219.

⁸⁵ Na temat tego pojęcia zob. J. Kotthoff, *Der Schutz des Euro-Marketings über Art. 30 EGV*, WRP 1996 nr 2, s. 79-84.

⁸⁶ J. Basedow: *Keck on the facts*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, (dalej: EuZW) 1994, s. 225, K-H. Fezer, *Europäisierung des Wettbewerbs*, JZ 1994, nr 7, s. 323, E. Steindorff: *Unvollkommener Binnenmarkt*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (dalej: ZHR), 1994, s. 164 i n., tenże, *EG-Vertrag und Privatrecht*, Baden-Baden 1996, s. 102. W tym kierunku także rzecznik generalny G. Tesauo w opinii do 292/92, *Ruth Hünernmund i inni v Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, ECR [1993], I-6787, par. 22.

⁸⁷ Por. C. Rohlser, *Pan European Advertising Clearance*, Ent. L.R. 2004, nr 8, s. 249 i n.

⁸⁸ Wyrok ETS w sprawie 15/78, *Société générale alsacienne de banque SA v Walter Koestler*, ECR [1978], 1971

⁸⁹ Tak wyraźnie ETS w sprawie C-158/96, *Raymond Kohll v Union des caisses de maladie*, ECR [1998], I-1931

⁹⁰ Wyrok ETS w sprawie C-76/90, *Manfred Säger v Dennemeyer & Co. Ltd*, ECR [1991], I-4221, par. 12.

⁹¹ Por. zwł. wyrok ETS w sprawie 279/80, *Postępowanie karne przeciwko Alfredowi Johnowi Webb*, ECR [1981], 3305, par 17.

i okoliczności sprzedaży.⁹² W sprawie *Alpine Investments*,⁹³ w której przedmiotem oceny był obowiązujący w prawie holenderskim zakaz reklamy usług finansowych polegającej na rozmowach telefonicznych bez uprzedniej zgody adresata (*cold calling*), ETS odniósł się do tego argumentu, ale odrzucił go, ponieważ w sprawie tej nie chodziło o ograniczenie „okoliczności sprzedaży” nakładane przez państwo przyjmujące, lecz o ograniczenie wynikające z prawa kraju pochodzenia (prawo holenderskie zakazywało telefonicznej reklamy bez uprzedniej zgody adresata także, gdy, jak w stanie faktycznym tej sprawy, odbiorca usługi znajdował się za granicą), które bezpośrednio utrudniało dostęp do rynków innych państw członkowskich.

Wzajemny stosunek swobody świadczenia usług i swobody przepływu towarów budzi szereg wątpliwości.⁹⁴ W zakresie reklamy wypada zwrócić uwagę na fakt, że dla zastosowania art. 49 TWE wymagany jest element transgraniczności w świadczeniu usługi, co ma np. miejsce jeśli reklama jest nadawana z innego państwa członkowskiego niż państwo, do którego jest ona kierowana. Jeżeli natomiast reklama jest prowadzona w kraju, w którym sprzedawane są towary/usługi stan faktyczny sprawy ma z punktu widzenia art. 49 TWE charakter wewnętrzny i sięgać należy do przepisów o swobodzie przepływu towarów (art. 28 TWE).

W przypadkach, w których dany stan faktyczny mógłby być teoretycznie oceniany zarówno pod kątem zasady swobody przepływu towarów, jak i swobody świadczenia usług, należy badać punkt ciężkości danej transakcji.⁹⁵ Stosując te zasadę w sprawie *Schindler*,⁹⁶ Trybunał doszedł do wniosku, że zakaz

⁹² Przeciwno potrzebie rozciągnięcia zasad wypracowanych w wyroku *Keck* na sferę swobody świadczenia usług P. Oliver, W-H. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms*, C.M.L.Rev. 2004, vol. 41, s. 414 i n.

⁹³ Wyrok ETS w sprawie C-384/93, *Alpine Investments BV v Minister van Financiën*, ECR [1995], I-1141 (por. par. 33).

⁹⁴ Zob. M. Andenas, W-H. Roth (red.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2002, J. Snell, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship Between the Freedoms*, Oxford, 2002., J. Snell, M. Andenas, *How Far? The Internal Market and Restrictions on the Free Movement of Goods and Services: Part 1*, International and Comparative Corporate Law Journal, 2000 nr 2, s. 239, J. Snell, M. Andenas, *How Far? The Internal Market and Restrictions on the Free Movement of Goods and Services: Part 2* International and Comparative Corporate Law Journal 2000, nr 3, s. 361, P. Oliver, W-H. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms*, C.M.L.Rev. 2004, vol. 41, s. 407–441.

⁹⁵ T. Körber, *Grundfreiheiten...*, s. 322 i n.

⁹⁶ Wyrok w sprawie C-275/92, *Her Majesty's Customs and Excise v Gerhart Schindler i Jörg Schindler*, ECR [1994], I-1039.

importu materiałów reklamowych związanych z loterią jest związany ze sferą świadczenia usług, chociaż materiały jako takie miały postać fizyczną i były „towarami”. Trzeba było jednak wziąć pod uwagę, że, zakaz ten wynikał wprost z zakazu organizowania loterii, a celem importu materiałów reklamowych było umożliwienie obywatelom jednego państwa udziału w loterii organizowanej w innym państwie (prowadzenie loterii jest kwalifikowane jako usługa).

Zastosowanie do oceny krajowych regulacji dotyczących reklamy postanowień TWE o swobodzie przepływu towarów i swobodzie świadczenia usług prowadzi niekiedy do odmiennych konsekwencji. Można to pokazać na przykładzie emisji reklamy jako części programu telewizyjnego, co uznawane jest za usługę.⁹⁷ Jeśli reklama towaru X jest nadawana z innego państwa członkowskiego (reklama jako taka przekracza granice), a prawo krajowe zakazuje lub ogranicza tę formę reklamy, zastosowanie art. 49 TWE prowadzi do dalej idących skutków niż zastosowanie art. 28 TWE. Na gruncie tego ostatniego przepisu reklama najczęściej będzie kwalifikowana jako należąca do sfery okoliczności sprzedaży, a zatem ograniczenie nie będzie ograniczeniem o skutku podobnym do ograniczeń ilościowych. Na gruncie art. 49 TWE, ograniczenia dotyczące reklamy traktowanej jako usługi mogą utrudniać dostęp do rynku usługi w stanie, w jakim jest ona dozwolona w innym państwie członkowskim. Ten sam zakaz (np. zakaz reklamy w niedzielę lub inne ograniczenia długości lub częstotliwości reklamy) może być zwolniony spod badania zgodności z art. 28 TWE a jednocześnie stanowić ograniczenie na gruncie art. 49 TWE, które trzeba dopiero usprawiedliwić⁹⁸ przez odwołanie się do przyczyn wymienionych w Traktacie lub tzw. wymogów koniecznych.

Ilustracją powyższych uwag jest orzeczenie w sprawie *De Agostini*,⁹⁹ w której ETS zastosował art. 28 TWE do oceny sytuacji wewnętrznej (emisji reklamy przez nadawców szwedzkich) i art. 49 TWE do oceny sytuacji z elementem transgranicznym (emisji tej samej reklamy przez nadawcę z Wlk. Brytanii). Na gruncie Art. 28 TWE zastosowano test *Keck & Mithouard* (ETS pozostawił sądowi krajowemu ustalenie czy zakaz oddziałuje w tym

⁹⁷ Wyrok ETS w sprawie 155/73, *Włochy v. Giuseppe Sacchi*, ECR [1974], 409, par. 6-7, Wyrok ETS w sprawie 52/79, *Procureur du Roi v. Marc J.V.C. Debaue i inni*, ECR [1980], 33, wyrok ETS w sprawie 352/85, *Bond van Adverteerders inni v. Holnadia*, ECR [1988], 2085.

⁹⁸ Wyrok ETS w sprawie C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda i inni v. Commissariaat voor de Media*, ECR [1991], I-4007.

⁹⁹ Połączone sprawy 34-36/95, *Konsumentombudsmannen (KO) v. De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) i TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 i C-36/95)*, ECR [1997], I-3843.

samym stopniu na produkty krajowe i pochodzące z innych państw członkowskich), natomiast nie budziło wątpliwości, że istnieje ograniczenie swobody świadczenia usług.¹⁰⁰

Wpływy swobody świadczenia usług na krajowe ograniczenia dotyczące reklamy obrazują także wyroki ETS w sprawie francuskiej ustawy *Loi Evin* (zakaz wszelkiej reklamy napojów alkoholowych o zawartości alkoholu wyżej niż 1,2%, chyba że jest ona wyraźnie dozwolona).¹⁰¹ W praktyce obowiązywanie ustawy okazało się szczególnie uciążliwe w związku z transmisjami wydarzeń sportowych odbywających się za granicą, albowiem reklama alkoholu często znajduje się np. na billboardach, bandach okalających stadion, a nawet strojach zawodników. Trybunał stwierdził, że francuska ustawa ogranicza swobodę świadczenia usług, ponieważ podmioty wynajmujące powierzchnie reklamowe muszą przewencyjnie odmówić wynajęcia tej powierzchni na reklamę alkoholu, jeśli jest prawdopodobne, że dane wydarzenie sportowe będzie retransmitowane do Francji. Z kolei nadawca telewizyjny jest ograniczany w swej usłudze transmisji programu telewizyjnego do Francji. Okazało się jednak, że przepisy francuskie mogą zostać usprawiedliwione koniecznością ochrony zdrowia publicznego.¹⁰²

4. Zasada kraju pochodzenia

Zasada kraju pochodzenia działa w jeszcze inny sposób niż pełna harmonizacja lub „kasatoryjne” skutki zastosowania postanowień Traktatu o wonnościach wspólnotowych. W dziedzinie reklamy zasadą kraju pochodzenia posługują się dyrektywa 31/2000/WE o handlu elektronicznym¹⁰³ oraz

¹⁰⁰ R. Greaves, *Advertising Restrictions and the Free Movement of Goods and Services*, E.L.Rev. 1998, nr 4 s. 318 i n.

¹⁰¹ Wyrok ETS w sprawie C-262/02, *Komisja v. Francja*, Zb. Orz. [2004] s. I-06569; Wyrok ETS w sprawie C- 429/02, *Bacardi France SAS v. Télévision française 1 SA (TF1) i inni*, Zb. Orz. [2004], s. I-06613. Zob. H. Fleming, *Is There a Threat to the Legal Status of Alcohol Advertising*, Ent. L.R. 2005, nr 5, s. 102 i n.

¹⁰² Należy na marginesie zauważyć, że „pośrednie” formy reklamy, takie jak reklama na billboardach czy strojach sportowych nie spełniały definicji reklamy z dyrektywy 89/552EWG „Telewizja bez granic” i dlatego nie podlegały wprowadzonej przez dyrektywę regule kraju pochodzenia (kraju nadawcy).

¹⁰³ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, OJ L 178/2000, s. 1. Por. art. 2 tej dyrektywy.

dyrektywa 552/89/EWG¹⁰⁴ (zmienioną dyrektywą 36/97/WE)¹⁰⁵ : „Telewizja bez granic”.¹⁰⁶

4.1. Dyrektywa telewizyjna

Zgodnie z dyrektywą 89/552/EWG¹⁰⁷ w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej (dyrektywa „telewizja bez granic”¹⁰⁸) Państwa Członkowskie nie mogą stwarzać przeszkód dla rozpowszechniania na ich terytorium retransmisji z innych Państw Członkowskich z powodów należących do dziedzin z zakresu koordynacji tej dyrektywy. Uważa się, że w ten sposób dyrektywa realizuje zasadę kraju pochodzenia w rozumieniu *Cassis de Dijon*,¹⁰⁹ nakazując nadawcy spełnienie wymagań jedynie państwa, którego kompetencji podlega. Jeśli więc emituje się reklamę zgodną z przepisami tego kraju, to w państwie, do którego ona dociera nie można powoływać się na wewnętrzne przepisy, które tego rodzaju reklamę ograniczają lub jej zakazują. Jednak zasada kraju pochodzenia obowiązuje w dyrektywie jedynie w zakresie zagadnień, które dyrektywa reguluje. Ponieważ dyrektywa ta nie zajmuje się np. kwestią reklamy wprowadzającej w błąd nie można bronić się twierdzeniem, że reklama taka jest dozwolona w państwie, którego kompetencji podlega nadawca. Inaczej mówiąc, reklama nie została w dyrektywie „Telewizja

¹⁰⁴ Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, OJ L 298/1989, s. 23.

¹⁰⁵ Directive 97/36/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, OJ L 202/1997, s. 60.

¹⁰⁶ Zob. art. 3 tej dyrektywy.

¹⁰⁷ Zob. też projekt Komisji dyrektywy zmieniającej dyrektywę 89/552/EWG Rady: SEC(2005) 1625/KOM(2005,) 646 z. 13.12.2005, dostępny na http://europa.eu.int/information_society/newsroom/cf/itemlongdetail.cfm?item_id=2343.

¹⁰⁸ Zob. A. Matlak (w) *Prawo Mediów*, pod. red. J. Barty, A. Matlaka, R. Markiewicza, Warszawa, 2005, s. 84 i n.

¹⁰⁹ S. van den Bogaert, *Dyrektywa Rady Unii Europejskiej o nadawaniu programów telewizyjnych. Podstawowe problemy*, PUG 2004, nr 1, s. 11., A. Matlak (w) *Prawo Mediów*, pod. red. J. Barty, A. Matlaka, R. Markiewicza, Warszawa, 2005, s. 85 i n.

bez granic” w pełni zharmonizowana,¹¹⁰ a zatem dyrektywa ta nie eliminuje automatycznie oceny reklamy pod kątem przepisów innych niż te, które odnoszą się do transmisji programów,¹¹¹ w szczególności zaś przepisów dotyczących reklamy wprowadzającej w błąd w tych dziedzinach, które nie zostały objęte regulacją dyrektywy telewizyjnej. W tym ostatnim zakresie nadal istotne są zatem postanowienia Traktatu o wolnościach wspólnotowych.

4.2. Dyrektywa o handlu elektronicznym

Zasada kraju pochodzenia w dyrektywie 2000/31 o handlu elektronicznym¹¹² wynika z art. 3, który zakazuje ograniczania swobodnego przepływu usług społeczeństwa informacyjnego pochodzących z innego państwa członkowskiego z powodów wchodzących w zakres koordynacji zamierzonej przez dyrektywę. Przyjmuje się, że zasada kraju pochodzenia wyrażone w dyrektywie 2000/31/WE ma zasięg szerszy niż dziedziny przez nią uregulowane i rozciąga się na wszystkie dziedziny prawa objęte zbliżeniem na płaszczyźnie wspólnotowej, jeśli dotyczą świadczenia usług społeczeństwa informacyjnego.¹¹³

Konsekwencją zastosowania zasady kraju pochodzenia jest ocena wymogów, które odnoszą się do usług świadczonych drogą elektroniczną w kraju siedziby usługodawcy. Dlatego przeważający w literaturze pogląd traktuje art. 3 I jako regułę kolizyjną,¹¹⁴ aczkolwiek pogląd ten budzi wątpliwości. Wydaje się, że art. 3 dyrektywy działa w inny sposób. Gdyby przepis ten

¹¹⁰ Zob. na ten temat A. Criscuolo, *The „TV Without Frontiers Directive” and the Legal Regulation of Publicity in the European Community*, E.L. Rev. 1998, nr 4, s. 357 i n.

¹¹¹ Połączone sprawy 34-36/95, *Konsumentombudsmannen (KO) v De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) i TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 i C-36/95)*. ECR [1997], I-3843.

¹¹² Na temat zasady kraju pochodzenia zob. D. Kot, *Dyrektywa Unii Europejskiej o handlu elektronicznym i jej implikacje dla prawa cywilnego*, KPP 2001, nr 1, s. 50 i n., tenże (w): *Handel elektroniczny. Problemy prawne*, pod. red. J. Barty i R. Markiewiczza, Kraków 2005, s. 17 i n., A. Wiebe (w): R. Cisek, J. Jezioro, A. Wiebe: *Dobra i usługi informacyjne w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2005, s. 299 i n., M. Świerczyński (w): *Prawo Internetu*, pod. red. P. Podreckiego, Warszawa 2005, s. 146 i n., tenże, *Delikty internetowe w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2006, s. 262 i n.

¹¹³ M. Świerczyński, *Delikty internetowe...*, s. 271.

¹¹⁴ P. Mankowski, *Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht der e-commerce-Richtlinie*, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, 2001, nr 2, s. 137 i n., M. Świerczyński, *Delikty internetowe...*, s. 285 i n. Zob. jednak przekonujące uwagi krytyczne A. Ohly’ego, *Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht...*, s. 899 i n.

zawierał treść kolizyjnoprawną, to musielibyśmy powiedzieć, że do oceny działalności usługodawcy właściwe jest prawo kraju jego pochodzenia. Do prawa kraju, w którym odbierana jest usługa nie musielibyśmy w ogóle sięgać. Tymczasem należy przyjąć, że wskazanie prawa właściwego nadal odbywa się wg „powszechnych” reguł kolizyjnoprawnych (tzn. do czasu wejścia w życie rozporządzenia Rzym II¹¹⁵ znajdują zastosowania krajowe przepisy p.p.m.), a zatem w związku np. z reklamą najczęściej wskazane będzie prawo kraju, w którym wystąpią jej gospodarcze skutki (zwykle prawo kraju usługobiorcy). Jeśli jednak przepisy tego kraju nakładają jakieś ograniczenia nieznanne w kraju usługodawcy, nie można ich stosować.

Zakaz stosowania ograniczeń reklamy rozciąga się także na te przypadki, w których oceniając dany stan faktyczny na gruncie art. 28 lub 49 TWE powiedzielibyśmy, że zakaz krajowy nie stanowi środka o podobnym skutku do ograniczeń ilościowych, lub też, że jest usprawiedliwiony przyczynami wymienionymi w art. 30 TWE lub tzw. wymogami koniecznymi.

Działanie zasady kraju pochodzenia z art. 3 dyrektywy 2000/31/WE dotyczy usług społeczeństwa informacyjnego (w tym reklamy on-line), ale nie dotyczy regulacji dotyczących towarów i usług świadczonych poza siecią, także wtedy, gdy są sprzedawane i/lub reklamowane w internecie. Przykładu może dostarczyć stan faktyczny orzeczenia w sprawie *DocMorris*,¹¹⁶ w którym ETS badał zgodność z Traktatem niemieckich przepisów zakazujących sprzedaży wysyłkowej produktów leczniczych i reklamy takiej sprzedaży. Trybunał uznał, że zakazy te stanowią środek o skutkach równoważnych do ograniczeń ilościowych (art. 28 TWE). Gdyby oceniać ten stan faktyczny w stanie prawnym po prawidłowej implementacji art. 3 dyrektywy 2000/31/WE reklama takiego sposobu sprzedaży w internecie, jak też samo świadczenie usługi umożliwiającej zamawianie leków przez Internet byłyby obecnie objęte działaniem zasady kraju pochodzenia. Niemiecki zakaz

¹¹⁵ Zob. Brussels, 21.02.2006 COM(2006) 83 final, 2003/0168 (COD) Amended proposal for a European Parliament and Council Regulation on the Law Applicable to Non-contractual (“ROME II”).

¹¹⁶ Wyrok ETS w sprawie C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV v. 0800 DocMorris NV i Jacques Waterval*, ECR [2003], I-14887. Zob. R. Streinz, *Das Verbot Apothekenversandhandels mit Arzneimitteln*, EuZW 2003, nr 2, s. 37 i n., E. Mand, *Online-Werbung für Arzneimittel im Europäischen Binnenmarkt*, WRP 2003, nr 2, s. 192 i n., R. A. Lorz, *Internetwerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive*, GRURInt 2005, nr 11, s. 894 i n., M. Świerczyński, *Delikty internetowe...*, s. 273.

nie mógłby znaleźć zastosowania na mocy przepisu niemieckiego (implementującej zasadę kraju pochodzenia z dyrektywy), przy czym zastosowanie tego przepisu wymagałoby porównania regulacji niemieckiej z przepisami obowiązującymi w kraju usługodawcy (tu; Holandii). Nie doszłoby zatem do oceny, czy prawo niemieckie nie stanowi przeszkody dla handlu wewnątrzspółnotowego. Jak więc widać, zasada kraju pochodzenia idzie faktycznie dalej niż art. 28 lub 49 TWE, bo przecież w świetle orzecznictwa ETS, a zwłaszcza zasad wypracowanych w wyroku *Keck*, zakaz reklamy leków on-line mógłby być traktowany jako regulacja „okoliczności sprzedaży”.¹¹⁷ Jeśli jednak ktoś nabyłby w Niemczech farmaceutyk składając zamówienie przez Internet to zasada kraju pochodzenia z dyrektywy 2000/31/WE nie chroniłaby go przez przepisami krajowymi odnoszącymi się wprost do produktu i jego wymagań. W tym zakresie nadal jedynym środkiem zwalczania ograniczeń krajowych może być art. 28 TWE., przy czym może się okazać, że nawet jeśli są one środkami o podobnym skutku, to są jednak środkami usprawiedliwionymi.

5. Podsumowanie

Powyższe uwagi miały za zasadnie pokazać, w jaki sposób funkcjonują i jak się wzajemnie uzupełniają cztery podstawowe sposoby zbliżania ustawodawstw państw członkowskich i usuwania barier w handlu: harmonizacja minimalna, harmonizacja pełna, bezpośrednie działanie swobód traktatowych oraz zasada kraju pochodzenia. Wszystkie one mogą, jak się okazało, znaleźć zastosowanie w tej samej dziedzinie, a bywa, że wszystkie one mogą mieć znaczenie w jednym stanie faktycznym.

Przykład reklamy jest także niezwykle pouczający co się tyczy efektywności poszczególnych metod harmonizacji. Dwa sposoby stosowane dotychczas w największym zakresie, tzn. harmonizacja minimalna oraz wykorzystanie harmonizacji negatywnej na podstawie przepisów Traktatu o swobodach wspólnotowych (swobodzie przepływu towarów i swobodzie świadczenia usług) okazały się jedynie w ograniczonym zakresie efektywne.

Harmonizacja minimalna z istoty swojej nie może doprowadzić do daleko idącego zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich, ponieważ dopuszcza odstępstwa od rozwiązań przyjętych w dyrektywach. Co prawda

¹¹⁷ Por. E. Mand, *Online-Werbung für Arzneimittel...*, s. 197 i n.

odstępstwa są możliwe tylko w jednym kierunku, ale okazuje się, że wystarcza to do utrzymania istotnych różnic w poziomie ochrony w poszczególnych krajach członkowskich. Dobitym przykładem tego stanu rzeczy jest dyrektywa 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych (zakładająca pełną harmonizację) która została uchwalona właśnie dlatego, że rezultaty dotychczasowej harmonizacji minimalnej są rozczarowujące.

Harmonizacja minimalna uzupełniania była działaniem swobód traktatowych. Art. 28 i 49 TWE służyły po pierwsze usunięciu pewnych ograniczeń w handlu w dziedzinach niezharmonizowanych, pod drugie zaś „stały na straży” zachowania przez ustawodawców krajowych esencji rozwiązań przyjmowanych na skutek harmonizacji minimalnej. Co prawda bowiem państwo członkowskie może pójść dalej niż wymaga dyrektywa, ale nie może pójść tak daleko, by wprowadzone środki krajowe stały się środkami o skutkach podobnych do ograniczeń ilościowych (chyba, że można je usprawiedliwić).

Harmonizacja negatywna za pomocą wolności wspólnotowych także nie okazała się wolna od wad. Po pierwsze zakres takiej harmonizacji jest wysoce ograniczony – nie mówi ona w istocie jakie rozwiązania należy przyjąć, ale jakich nie należy przyjmować. Po drugie, nie przyczynia się ona do stanu pewności sytuacji prawnej. Ocena czy dana regulacja krajowa jest środkiem o podobnym skutku do ograniczeń ilościowych, a następnie czy jest ona usprawiedliwiona (a zatem czy chroni interes wyraźnie uznany w Traktacie lub zaliczony do tzw. wymogów koniecznych i czy jest proporcjonalna w stosunku do celu ochrony) jest bardzo skomplikowana i trudno niekiedy przewidzieć jej rezultat.

Nie oznacza to jednak, że dwie „nowsze” metody nie budzą żadnych zastrzeżeń. Metoda harmonizacji pełnej może okazać się jedynie pozornie skuteczna w tych dziedzinach prawa (a należy do nich prawo reklamy), w których z konieczności posługiwać się trzeba klauzulami generalnymi oraz szeregiem pojęć nieostrych i ocennych. Poza tym nie można zapominać, że Wspólnota Europejskie nie osiągnęły jeszcze tego poziomu integracji co państwa federalne, a nawet w tych ostatnich uznaje się za konieczne istnienie praw lokalnych, biorących pod uwagę lokalne (np. stanowe) uwarunkowania. Nie jest więc wcale oczywiste, czy zawsze jednolita regulacja na poziomie europejskim jest rozwiązaniem optymalnym.

Zasada kraju pochodzenia niesie ze sobą ryzyko „dostosowania” się wszystkich systemów prawnych do standardu najniższej ochrony (*race to the bottom*). Oprócz tego jest ona prosta do stosowania jedynie na papierze.

W rzeczywistości posługiwanie się zasadą kraju pochodzenia wymaga znajomości systemów prawnych innych państw członkowskich (jedynie wtedy możemy stwierdzić, czy prawo kraju pochodzenia np. usługodawcy rzeczywiście nie zawiera ograniczeń analogicznych jak prawo kraju usługobiorcy). We Wspólnocie złożonej z 25 państw nie jest to bynajmniej takie łatwe.

Podsumowując, można powiedzieć, że dominująca niegdyś minimalna harmonizacja pozytywna uzupełniona harmonizacją negatywną (zastosowaniem swobód traktatowych) charakteryzuje się większą elastycznością. Z kolei harmonizacja pełna i zasada kraju pochodzenia mogą skuteczniej usuwać przeszkody w handlu wewnątrzspółnotowym, wynikające z różnic w systemach prawnych państw członkowskich. Jednakże „przy okazji” mogą także spowodować wiele nie zawsze korzystnych skutków.

Na przykładzie reklamy możemy powiedzieć, że istnieje pewien chronologiczno-przedmiotowy porządek posługiwania się poszczególnymi instrumentami harmonizacji i jest to, wypada dodać, porządek słuszny. Wydaje się, że najpierw harmonizowana dziedzina powinna być poddana harmonizacji minimalnej oraz harmonizacji negatywnej. Dopiero po pewnym czasie, kiedy najbardziej jaskrawe różnice zostaną wyeliminowane lub złagodzone, zasadne będzie sięgnięcie do metody harmonizacji zupełnej. Zrozumiałe natomiast wydają się na obecnym etapie rozwoju Wspólnoty obawy przed metodą zasady kraju pochodzenia zastosowaną w szerokim zakresie.¹¹⁸ Inną bowiem ma ona rangę, gdy ograniczona jest do pewnych sektorowych regulacji dotyczących sfer działalności, które z istoty swojej aż proszą się o takie rozwiązanie (telewizja, Internet), inną natomiast gdyby miała stać się powszechnie obowiązującą zasadą prawa wspólnotowego.¹¹⁹ To, że obawy przed zasadą kraju pochodzenia są zrozumiałe, nie powinno jednak determinować stanowiska Polski w stosunku do tej zasady. Wydaje się bowiem, że akurat dla polskich przedsiębiorców jej upowszechnienie byłoby ze wszech miar korzystne.

¹¹⁸ Jak np. w pierwotnym projekcie tzw. dyrektywy usługowej – zob. Zob. projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie usług na rynku wewnętrznym COM/2006/0160 końcowy – COD 2004/0001.

¹¹⁹ Obecnie nie można powiedzieć, by zasada kraju pochodzenia była zasadą prawa wspólnotowego, wynikającą wprost z przepisów Traktatu. Jest ona co najwyżej środkiem osiągnięcia celów integracji gospodarczej.