

Marcin Kolasiński*

Samoregulacja działalności reklamowej w Polsce – szanse oraz zagrożenia dla ochrony konkurencji i konsumentów

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Istota samoregulacji
- III. Dobrowolność jako konstytutywna cecha samoregulacji
- IV. Samoregulacja branży reklamowej w Polsce
- V. Działalność Rady Reklamy w świetle konstytutywnych zasad samoregulacji
- VI. Działalność orzecznicza Rady Reklamy w świetle przepisów prawa konkurencji
- VII. Zakończenie

Streszczenie

Artykuł porusza problemy samoregulacji działalności reklamowej w Polsce. Praktyka pokazuje, iż realizacja celów ochrony konsumentów nie idzie w parze z zagwarantowaniem ochrony praw przedsiębiorców pozostających poza systemem samoregulacji. W związku z tym poddano analizie istotę samoregulacji i wymogi niezbędne do uznania jej za zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. W opracowaniu przedstawiono także argumenty za tym, iż są podstawy do oceny działalności samoregulacyjnej w świetle przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Słowa kluczowe: samoregulacja; reklama; branża reklamowa; kodeks branżowy; Rada Reklamy; Prezes UOKiK.

JEL: K20, K21

I. Wprowadzenie

Jesteśmy aktualnie świadkami bezprecedensowej, w porównaniu z dotychczasowymi działaniami, aktywności Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) w zakresie oceny reklam produktów rozpowszechnianych przez przedsiębiorców. Prezes UOKiK wraz z innymi 11 instytucjami rozpoczął szeroko zakrojoną akcję informacyjną dotyczącą wymogów, jakie powinny spełniać reklamy suplementów diety¹.

* Radca prawny; partner w KRK Kieszkowska Rutkowska Kolasiński Kancelaria Prawna sp. j.; pozarządowy doradca Prezesa UOKiK (*non-governmental advisor*) w Międzynarodowej Sieci Konkurencji (*International Competition Network*); osoba afiliowana przy Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych; e-mail: marcin.kolasinski@krklegal.pl.

¹ Informacja Prasowa Prezesa UOKiK z 27.11.2015 r. pt. „Suplementy diety – wspólna akcja 12 instytucji”. Pozyskano z: https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=12027 (1.02.2016).

Akcja powodowana jest faktem, iż zdaniem Prezesa UOKiK, reklamy niektórych suplementów diety skierowane do polskich konsumentów budzą poważne wątpliwości pod kątem tego czy nie wprowadzają ich odbiorców w błąd co do składu oraz skutków przyjmowania ww. produktów.

Pośród działań, które Prezes UOKiK upatruje jako mogące prowadzić do wyeliminowania nieprawidłowości na tym polu, powoływana jest samoregulacja przedsiębiorców działających w zakresie produkcji i sprzedaży suplementów diety. Odwołanie do pojęcia samoregulacji znalazło się w liście skierowanym do 315 producentów i dystrybutorów suplementów diety, w którym Prezes UOKiK oraz Główny Inspektor Sanitarny wezwali te podmioty do dokonania weryfikacji sposobów i treści prezentacji oraz reklamy suplementów diety, w szczególności poprzez dokonanie przeglądu wewnętrznych procedur w zakresie analizy ryzyka związanego z emisją reklamy².

Pismo zawiera też odwołanie do funkcjonującego już obecnie branżowego kodeksu etycznego dotyczącego aktywności reklamowej oraz organizacji właściwej w zakresie egzekucji jego naruszeń, tj. Rady Reklamy.

W kolejnej informacji o spotkaniu 18 instytucji publicznych i stowarzyszeń branżowych zaangażowanych w tematykę oceny reklam suplementów diety Prezes UOKiK ponownie nawiązał do samoregulacji, podkreślając jej znaczenie w zakresie zwiększania rzetelności reklam suplementów diety, a także edukacji konsumentów i sprzedawców³.

Nie kwestionując w żadnym razie możliwych pozytywnych skutków samoregulacji przedsiębiorców w zakresie działalności reklamowej, należy jednocześnie wskazać na zagrożenia dla konkurencji rynkowej, jakie może nieść nieprawidłowe jej stosowanie. Przedmiotem niniejszego artykułu są rozważania na ten temat wraz z odwołaniem się do kontrowersji wynikających z dotychczasowego orzecznictwa Rady Reklamy.

II. Istota samoregulacji

Polski porządek prawny nie zawiera legalnej definicji samoregulacji. Przybliżając więc ten termin, trzeba stworzyć definicję pozanormatywną. Samoregulację należy określić jako oddolne i całkowicie dobrowolne samodyscyplinowanie się podmiotów prowadzących działalność w określonej branży poprzez przyjęcie pewnych reguł postępowania oraz utworzenie systemu zapewniającego ich przestrzeganie. Istotą samoregulacji jest więc występowanie dwóch niezbędnych elementów, tj. dobrowolności oraz samokontroli. Warunkiem prawidłowego funkcjonowania samoregulacji jest również odpowiedni poziom powszechności stosowania przyjętych regulacji oraz realna możliwość ich egzekwowania (Mokrysz-Olszyńska, 2005, s. 263–264).

W państwach członkowskich Unii Europejskiej można wyróżnić co do zasady dwie odmiany samoregulacji występującej w obrocie, tj. samoregulację klasyczną oraz tzw. współregulację. Samoregulacja w klasycznej formie rozumiana jest jako „(...) umożliwienie podmiotom gospodarczym, partnerom społecznym, organizacjom pozarządowym czy stowarzyszeniom przyjmowania między nimi i na ich rzecz wspólnych wytycznych na szczeblu europejskim. Wytyczne te

² Pozyskano z: https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=11976 (1.02.2016).

³ Informacja prasowa Prezesa UOKiK z 13.01.2016 r. pt. „Spotkanie dotyczące suplementów diety”. Pozyskano z: https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=12116 (1.02.2016).

mogą przyjmować na przykład formę kodeksów postępowania lub porozumień branżowych”⁴. Współregulacja określana jest natomiast jako „(...) mechanizm, który przydziela realizację celów aktu ustawodawczego zainteresowanym stronom uznanym w danej dziedzinie (podmioty gospodarcze, partnerzy społeczni, organizacje pozarządowe itp.). W takiej sytuacji podstawowy akt normatywny określa ramy i zasięg współregulacji, a zainteresowane strony są uprawnione do zawierania między sobą dobrowolnych umów w celu realizacji celów aktu ustawodawczego”⁵. W przypadku współregulacji, organ państwowy, delegując swoje ustawowe obowiązki nadzorcze na inny podmiot, zachowuje jednak przy tym prawo do interwencji w razie potrzeby⁶. Współregulacja charakteryzuje się więc występowaniem pierwiastka państwowego czy to w postaci prawa powszechnie obowiązującego, np. zdefiniowanie na poziomie ustawy pewnych obowiązków lub zasad, czy instytucjonalnego, np. uzależnienie otrzymania zgody na prowadzenie działalności gospodarczej od przyjęcia określonych zasad postępowania (Mokrysz-Olszyńska, 2005, s. 269).

Najczęściej spotykaną formą samoregulacji w obrocie jest jednak jej klasyczne ujęcie. Na podstawie skutków prawnych, jakie wywierają rozwiązania samoregulacyjne, klasyfikowane są one jako tzw. *soft law*, czyli regulacje, które co do zasady nie mają mocy prawnej, jednakże mają praktyczne znaczenie dla ich adresatów (Senden, 2004, s. 111). Definicja ta jest oczywiście niepełna i nie wyczerpuje znaczenia pojęcia *soft law*, tym bardziej że moc sprawczą danej regulacji determinuje też pozycja i prestiż organu, który ją wydał.

Samoregulacja, niezależnie od jej formy, może przybierać różne postaci, z czego najprostszą i jednocześnie najczęściej spotykaną są różnego rodzaju kodeksy, które określają wzorce postępowania, wiążące przyjmujące je strony (Deloitte, 2012, s. 11). Nie ma jednego katalogu dopuszczalnych postaci samoregulacji ani jednolitego nazewnictwa w tym zakresie. Oprócz wspomnianych kodeksów można wyróżnić również różnego rodzaju regulaminy, zasady czy też wspólne zobowiązania. Ciężko też jednoznacznie sprecyzować rodzaje sankcji, które grożą za naruszenie ich norm. Na rynku występują bowiem zarówno porozumienia nieobciążone żadnymi obowiązkami i sankcjami, jak i takie, których złamanie grozi dotkliwymi karami. Praktykowanym jest również obowiązek poddania się przedsiębiorców weryfikacji zewnętrznej bądź wewnętrznej zakończony procesem certyfikacji. W takiej sytuacji posiadanie danego certyfikatu jest tożsame z przestrzeganiem reguł określonych w ramach samoregulacji (Deloitte, 2012, s. 12).

Różnorodna specyfika branży reklamowej w państwach Unii Europejskiej oznacza również różnorodność przyjętych w tych krajach modeli samoregulacji branży reklamowej. Z tego względu, istnieją zarówno modele współregulacji oparte na współdziałaniu z systemem administracyjno-prawnym państwa (np. branża reklamowa w Wielkiej Brytanii lub w krajach skandynawskich), jak i klasyczne modele samoregulacji oparte wyłącznie na działalności zainteresowanych podmiotów (np. branża reklamowa w Niemczech). W Polsce, z powodu braku tradycji samoregulacji oraz braku w tym zakresie rozwiązań normatywnych, obowiązujący model samoregulacji określało się do niedawna jako samoregulację w fazie tworzenia (Mokrysz-Olszyńska, 2007, s. 38).

⁴ Parlament Europejski, Rada UE i Komisja WE, *Porozumienie międzyinstytucjonalne w sprawie lepszego stanowienia prawa*, Dz. Urz. z 31.12.2003 r., C 321/1.

⁵ Ibidem.

⁶ Ofcom, *The Future Regulation of Broadcast Advertising*, s. 27. Pozyskano z: http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/reg_broad_ad/ (1.02.2016).

III. Dobrowolność jako konstytutywna cecha samoregulacji

Jak zostało już wcześniej zasygnalizowane, jednym z kluczowych aspektów systemu samoregulacji jest jej dobrowolny charakter. Dobrowolność ta charakteryzuje się dwoma elementami. Pierwszym z nich jest swoboda powzięcia decyzji przez zainteresowane podmioty o stworzeniu pewnego systemu regulacji, a drugim decyzja o przystąpieniu do niego. Zasadę tę wyraźnie podkreślały również podmioty biorące udział w procesie tworzenia systemu samoregulacji branży reklamowej w Polsce, których zdaniem „(...) samoregulacja jest inicjatywą dobrowolną i oddolną. Ponieważ ustanawiana jest przez samych uczestników rynku, opiera się na dobrej znajomości realiów właściwych regulowanej dziedzinie, co zwiększa szansę na eliminację rozwiązań nieprzystających do rzeczywistości”⁷. Zasadę dobrowolności samoregulacji podkreślają również zagraniczne podmioty, w tym uznany brytyjski regulator rynku – Advertising Standards Authority⁸ – oraz Międzynarodowa Izba Handlowa⁹.

Drugim kluczowym aspektem systemu samoregulacji jest samokontrola jej członków, polegająca najczęściej na istnieniu pewnych sankcji przewidzianych za nieprzestrzeganie ustalonych reguł. Sankcje te mogą mieć dowolny charakter ograniczony jedynie przez powszechnie obowiązujące przepisy. W literaturze przedmiotu najczęściej wymienia się sankcje o charakterze moralnym (np. publiczne napiętnowanie), różnego rodzaju apele, jak również sankcje o charakterze organizacyjnym, polegające na pozbawieniu podmiotu nieprzestrzegającego ustalonych regulacji różnych świadczeń czy też wykluczenie z organizacji (Mokrysz-Olszyńska, 2005, s. 266). Niewątpliwie zakres podmiotowy samokontroli ograniczony do podmiotów, które są częścią organizacji poddającej się samoregulacji powoduje, że praktyczne znaczenie zaczynają posiadać wyłącznie organizacje zrzeszające dużą ilość członków.

Rolę samoregulacji i konieczność jej tworzenia w zgodzie z podstawowymi zasadami prawa dostrzega również Prezes UOKiK, którego zdaniem „(...) zasady etyczne w prowadzeniu działalności przez przedsiębiorców stają się coraz ważniejszym elementem ładu ekonomicznego, zwłaszcza w krajach wysokorozwiniętych. Przejawem tego zjawiska, czyli społecznej odpowiedzialności biznesu (tzw. CSR, od ang. *Corporate Social Responsibility*), są opracowywane przez przedsiębiorców kodeksy dobrych praktyk, które promują standardy oparte na przejrzystości działania i uczciwej konkurencji. Istota samoregulacji polega z jednej strony na dobrowolnym przyjęciu przez przedsiębiorców określonych zasad postępowania, z drugiej – na zbudowaniu odpowiedniego systemu zapewniającego ich przestrzeganie” (Krasnodębska-Tomkiel, 2011).

IV. Samoregulacja branży reklamowej w Polsce

Branża reklamowa w Polsce przez dość długi okres nie potrafiła wypracować wspólnych standardów samoregulacyjnych, które byłyby w stanie skutecznie egzekwować. Zdecydowanie najbardziej doniosłe znaczenie miało powstanie w 2006 r. Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy (dalej: Rada Reklamy), dzięki któremu samoregulacja polskiej branży reklamowej nabrała realnych kształtów.

⁷ Konsultacje w sprawie samo/współregulacji w sektorze mediów audiowizualnych – stanowisko Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy z 28.06.2012 r. Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/konsultacje/samoregulacja-rada_reklamy.pdf (1.02.2016).

⁸ <https://www.asa.org.uk/About-ASA/About-regulation/Self-regulation-of-non-broadcast-advertising.aspx> (1.02.2016).

⁹ <http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/marketing-and-advertising/self-regulation/> (1.02.2016).

Zgodnie ze Statutem Rady Reklamy¹⁰, celem jej działalności jest m.in. budowanie, promocja i ochrona zasad, jakimi powinny kierować się podmioty zajmujące się działalnością reklamową na terytorium Rzeczypospolitej, ochrona odbiorców i beneficjentów reklamy oraz ocena przekazu reklamowego celem doskonalenia praktyki reklamowej w Polsce.

Swoje cele statutowe Rada Reklamy realizuje m.in. poprzez Kodeks Etyki Reklamy¹¹ (dalej: KER) będący, zgodnie z jego art. 1, zbiorem zasad, których stosowanie przez sygnatariuszy zajmujących się działalnością reklamową powinno służyć polepszeniu standardów działalności reklamowej – celem zachęcenia reklamodawców, promujących, osób działających na ich rzecz w ramach upoważnienia do ich reprezentowania albo podejmowania w ich imieniu decyzji, pośredników oraz środków przekazu, aby przestrzegali postanowień KER. Jednostką orzekającą w sprawie naruszeń postanowień KER jest Komisja Etyki Reklamy.

Potwierdzeniem samoregulacyjnego charakteru Rady Reklamy jest art. 1 ust. 2 KER, zgodnie z którym Kodeks ten nie stanowi zbioru norm zastępujących bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, a jedynie zawiera zbiór zasad nakładających na podmioty nim objęte dodatkowe ograniczenia, niezależnie od obowiązujących przepisów prawa. Treść tego przepisu wynika z faktu przynależności Rady Reklamy do Europejskiego Stowarzyszenia Standardów Reklamowych, które często podkreśla znaczenie dobrowolności przystąpienia do systemu samoregulacji w branży reklamowej¹².

Jak wskazuje Rada Reklamy na swojej stronie internetowej, samoregulacja branży reklamowej w Polsce funkcjonuje dzięki systemowi certyfikatów będących potwierdzeniem zobowiązania do przestrzegania zapisów KER. Podkreślał to również sam dyrektor generalny Rady Reklamy w jednej z publikacji, w której stwierdził, że „Certyfikat jest rodzajem identyfikatora wskazującego firmy, które zdecydowały się przestrzegać określonych w Kodeksie zasad etycznej i uczciwej reklamy” (Drozdowski, 2012, s. 818). Dyrektor generalny wskazał również, że partnerem systemu samoregulacji może zostać tylko taki podmiot, który zobowiąże się do przestrzegania KER, a także do wykonywania uchwał Komisji Etyki Reklamy (Drozdowski, 2012, s. 819; Słowik, 2012, s. 84), co w kontekście tematyki niniejszego artykułu wydaje się bardzo istotne.

Wszyscy zainteresowani aktywnym uczestnictwem w systemie samoregulacji podpisują umowę licencyjną na używanie znaków „Reklamuję etycznie” oraz „Sygnatariusz KER”. Umowa w szczegółowy sposób określa prawa i obowiązki sygnatariuszy, zawiera również opis wszystkich procedur związanych z postępowaniami przed Komisją Etyki Reklamy. Umowa licencyjna zawierana jest na okres 12 miesięcy z opcją automatycznego przedłużenia na kolejne lata¹³.

W przypadku naruszenia przez dany podmiot zasad KER, Zespół Orzekający może w swojej uchwale sformułować zalecenia wprowadzenia zmian w reklamie, a także zająć stanowisko, w którym Komisja Etyki Reklamy stwierdzi, że rozpowszechnienie reklamy powinno zostać wstrzymane. Możliwe jest również zawieszenie lub odebranie prawa do korzystania ze znaku towarowego „Reklamuję etycznie”, posługiwania się hasłem „Sygnatariusz KER” i powoływania się na Certyfikat KER, a w przypadku niezastosowania się przez ten podmiot do uchwały Zespołu

¹⁰ Statut Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy, tekst jednolity po zmianach z 4.11.2014 r. Pozyskano z: <http://www.radareklamy.pl/statut> (1.02.2016).

¹¹ Kodeks Etyki Reklamy z 10.03.2014 r. Pozyskano z: <http://www.radareklamy.pl/kodeks-etyki-reklamy> (1.02.2016).

¹² Zob. np. Europejskie Stowarzyszenie Standardów Reklamowych, *Advertising self-regulation: The essentials*, s. 6 i 21. Pozyskano z: http://www.easa-alliance.org/binarydata.aspx?type=doc/ASR_the_essentials.pdf/download (1.02.2016).

¹³ Informacja dostępna pod adresem: <https://www.radareklamy.pl/jak-dziala-samoregulacja> (1.02.2016).

Orzekającego, Zarząd Rady Reklamy może złożyć do Komisji Etyki Reklamy skargę o zawieszenie albo odebranie tego prawa¹⁴.

Z powyższego wynika zatem, że wymienione sankcje mogą zostać nałożone wyłącznie na sygnatariuszy KER, uczestników organizacji, gdyż podmiotom w niej niezrzeszonym ww. uprawnienia nie przysługują. Takie stanowisko potwierdza sama Rada Reklamy, która niejednokrotnie podkreślała, że KER jest „(...) systemem dobrowolnego stosowania się do wspólnie ustalonych zasad” (Braun, 2008), a także inni komentatorzy, którzy wskazują, że „(...) członkiem systemu samoregulacji może zostać każda firma/organizacja, która zobowiąże się do przestrzegania zapisów KER w swojej komunikacji marketingowej oraz do wnoszenia corocznych opłat na finansowanie działalności Rady Reklamy” (Stańczak, 2006). Dobrowolny charakter samoregulacji został dodatkowo potwierdzony przez Radę Reklamy w trakcie konsultacji w sprawie samo-/współregulacji w sektorze mediów audiowizualnych¹⁵.

V. Działalność Rady Reklamy w świetle konstytucyjnych zasad samoregulacji

Mając na uwadze, że przedsiębiorcy mają pełną swobodę w podjęciu decyzji o uczestnictwie w systemie samoregulacji, podmioty niebędące sygnatariuszami takiego porozumienia nie mogą być pociągnięte do odpowiedzialności za naruszenie ustaleń przyjętych w ramach samoregulacji. Uprawnień do oceniania działań takich podmiotów nie posiadają również organizacje stosujące samoregulację, choćby reprezentowały większość podmiotów występujących na rynku.

Niezależnie od powyższego, Rada Reklamy, nie zważając na postanowienia swojego Statutu ani na charakter samoregulacji, w praktyce rości sobie prawo do bycia instytucją posiadającą cechy „regulatora rynku”. Nie posiada jednak do tego ani upoważnienia ustawowego, ani zgody wszystkich uczestników rynku. Z analizy uchwał¹⁶ Komisji Etyki Reklamy wynika, że dokonuje ona oceny działań podmiotów niebędących posiadaczami certyfikatów wydawanych przez Radę Reklamy, a więc podmiotów, które nie wyraziły zgody na poddanie się reżimowi Kodeksu Etyki Reklamy.

Choć kwestia ta była wielokrotnie podnoszona przed Komisją Etyki Reklamy, to podmiot ten w żaden sposób się do niej nie ustosunkował. Na stronie internetowej Rady Reklamy jest ponad 880 ogólnie dostępnych uchwał, spośród których w ponad 20 przypadkach podmiot, którego uchwała dotyczyła, wyraził swój sprzeciw oraz podniósł, że nie jest członkiem Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy, a więc nie podlega jego wewnętrznym regulacjom. Przykładowo, w postępowaniu zakończonym wydaniem uchwały nr ZO 18/15 w sprawie reklamy przedsiębiorcy Omega Pharma Poland Sp. z o.o., przedsiębiorca ten podnosił, że „(...) toczące się postępowanie w sprawie skargi konsumenckiej (...) jest nieważne (bezprzedmiotowe) z uwagi na brak legitymacji biernej po stronie Omega Pharma. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 1 Statutu Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy (...). Rada Reklamy stanowi związek stowarzyszeń i innych osób prawnych działających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Należy wskazać, że Omega Pharma nie jest partnerem systemu samoregulacji branży reklamowej. Podmioty zainteresowane aktywnym uczestnictwem

¹⁴ Zob. pkt 37, 38, 46 i 47 Regulaminu Rozpatrywania Skarg z 4.11.2013 r. Pozyskano z: <http://www.radareklamy.pl/images/Dokumenty/Regulamin.pdf> (1.02.2016).

¹⁵ Zob. Konsultacje w sprawie samo/współregulacji w sektorze mediów audiowizualnych – stanowisko Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy z 28.06.2012 r. Pozyskano z: http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/konsultacje/samoregulacja-rada_reklamy.pdf (1.02.2016).

¹⁶ Wszystkie przedstawione w niniejszym artykule uchwały Komisji Rady Etyki dostępne są pod adresem: <http://www.radareklamy.pl/uchwaly-ker> (1.02.2016).

w systemie samoregulacji są zobowiązane do podpisania umowy licencyjnej, która w szczególowy sposób określa prawa i obowiązki sygnatariuszy, jak również zawiera opis wszystkich procedur związanych z postępowaniami przed Komisją Etyki Reklamy. W związku z tym, iż Omega Pharma nie jest również sygnatariuszem Kodeksu Etyki Reklamy z dnia 10 marca 2014 r. (...) tym samym nie jest zobowiązana do przestrzegania postanowień Kodeksu, jak również nie jest związana procedurą ustanowioną Regulaminem Rozpatrywania Skarg”.

Podobnie w uchwałach nr ZO 15/13, ZO 33/13, ZO 34/13, ZO 35/13, ZO 36/13 dotyczących spółki Sygma Banque Société Anonyme S.A. w odpowiedzi na skargę konsumencką spółka stwierdziła, że „(...) jako podmiot niebędący członkiem Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy (...) ani niekorzystający z uprawnień do posługiwania się znakiem towarowym „Reklamuję etycznie” lub innym (...) certyfikatem, nie jest zobowiązany do poddania się procedurze arbitrażowej ani nie jest związany dokumentami korporacyjnymi wydanymi przez Stowarzyszenie (...)”.

Również w uchwałach nr ZO 69/13 i 76/13 w sprawie reklamy spółki Boiron Sp. z o.o., podmiot ten podniósł, iż „(...) wszelkie działania podejmowane przez Związek Stowarzyszeń Rada Reklamy (...) nie są uprawnione, gdyż nie jest on sygnatariuszem Kodeksu Etyki Reklamy (...) i nie wyraził zgody na podjęcie względem niego postępowania na zasadach określonych w Regulaminie Rozpatrywania Skarg”. Przedsiębiorca ten stwierdził również, że w związku z powyższym nie dotyczą go „(...) nie tylko unormowania Kodeksu, ale i zasady postępowania przed Zespołem Orzekającym Komisji Etyki Reklamy (...)”. Spółka podkreśliła również, że „(...) nie jest biernie legitymowana do występowania jako strona takiego postępowania i nie jest w żadnym zakresie zobowiązana do jakiegokolwiek odnoszenia się do stawianych mu przez Komisję zarzutów”.

Należy również przytoczyć uchwałę nr ZO 32/15 w sprawie reklamy Volvo Car Poland Sp. z o.o. w której przytoczone zostało stanowisko spółki, stwierdzające, że „Volvo nie jest członkiem Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy. W związku z czym nie mają do Volvo zastosowania żadne postanowienia regulaminu, kodeksu i statutu Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy. Przytoczone regulacje nie mają charakteru źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Stanowią jedynie zbiór zasad wiążących dla członków Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy, wprowadzających ograniczenia, obostrzenia czy normy niewynikające z przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Ponadto, należy zwrócić uwagę na brzmienie art. 1 ust. 2 Kodeksu Etyki Reklamy, z którego wynika, iż Kodeks nie stanowi zbioru norm zastępujących bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, co jedynie potwierdza stanowisko Volvo wyrażone w niniejszym piśmie. Ponadto Komisja Etyki Reklamy nie jest organem władzy publicznej ani organem sądowym, który byłby władny do wydawania wiążących wobec Volvo orzeczeń czy decyzji. Stąd żaden z organów Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy nie jest umocowany do rozpoznawania i wydawania jakichkolwiek orzeczeń w stosunku do Volvo”.

W uchwale nr ZO 135/13 w sprawie reklamy spółki Polkomtel Sp. z o.o. w odpowiedzi na skargę konsumencką spółka podniosła niedopuszczalność skargi i jej rozpoznania przez Komisję Etyki Reklamy, argumentując, że „(...) w pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę na fakt, że Kodeks Etyki Reklamy jest przejawem samoregulacji i nie zawiera przepisów prawa powszechnie obowiązującego. (...) Polkomtel Sp. z o.o. nie jest sygnatariuszem Kodeksu, nigdy nie zobowiązywał się również do jego stosowania. Bezpodstawne jest więc czynienie Polkomtel Sp. z o.o. zarzutu, że naruszył Kodeks, którego nie miał obowiązku stosować. Oczywistym jest przy tym,

że akty samoregulacji (np. kodeksy dobrych praktyk), takie jak m.in. Kodeks Etyki Reklamy, wiążą tylko podmioty, które zobowiązały się je stosować. Co więcej, przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie zawierają sankcji nawet za niestosowanie się do takich kodeksów dobrych praktyk przez podmioty, które zobowiązały się je przestrzegać. (...) Biorąc powyższe pod uwagę niedopuszczalne jest ocenianie działań Polkomtel Sp. z o.o. jako naruszających postanowienia Kodeksu Etyki Reklamy”.

Także w uchwale nr ZO 145/15 w sprawie reklamy zewnętrznej „MAŁPKA” S.A., oskarżony przedsiębiorca wyjaśniał: „„MAŁPKA” S.A. ponadto wskazuje, że nie przystępowała, nie podejmowała współpracy ze Związkiem Stowarzyszeń Rada Reklamy. Otrzymane od Państwa pismo jest zatem bezprzedmiotowe i nie ma podstaw do procedowania sprawy, zarówno przez „MAŁPKA” S.A., jak i przez Państwa. Zważając na powyższe, na obecnym etapie „MAŁPKA” S.A. nie znalazła podstaw oraz nie jest zainteresowana partycypowaniem w powołanej w piśmie z dnia 02.11.2015 r. procedurze. Reasumując, w ocenie „MAŁPKA” S.A. Państwa twierdzenia nie znajdują jakichkolwiek podstaw”. Pomimo tak jednoznacznego sprzeciwu przedsiębiorcy, Zespół Orzekający przeprowadził postępowanie i uznał działania „MAŁPKA” S.A. za naruszające art. 2 ust. 1 KER, poprzez fakt, iż reklama nie była prowadzona w poczuciu odpowiedzialności społecznej oraz zgodnie z dobrymi obyczajami.

Jakkolwiek Komisja Etyki Reklamy nie odniosła się w żaden sposób do ww. zarzutów stawianych przez przedsiębiorców w trakcie konkretnych postępowań, to jej przedstawiciele wypowiadają się na ten temat na forum publicznym. Ponownie jako przykład można wskazać wypowiedź dyrektora generalnego Rady Reklamy, który w jednym z wywiadów stwierdził: „Reprezentujemy większość rynku mediów i reklamy w Polsce. To daje nam prawo wypowiadać się na temat reklamy w Polsce. Mamy statutowy zapis, że możemy się wypowiadać na temat reklam, które są dystrybuowane w Polsce, **co nam pozwala odnosić się do przekazów reklamowych tworzonych przez nie-członków** [podkr. aut.]”¹⁷.

Takie podejście powinno podlegać stanowczej krytyce i zdaje się wynikać z niezrozumienia opisanej wyżej idei samoregulacji oraz zasad funkcjonowania systemu prawnego. Stanowisko to nie uwzględnia chociażby art. 2 pkt 5 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym¹⁸, który definiuje kodeks dobrych praktyk, a za taki można uznać również Kodeks Etyki Reklamy, jako zbiór zasad postępowania, a w szczególności norm etycznych i zawodowych, przedsiębiorców, którzy zobowiązali się do ich przestrzegania w odniesieniu do jednej lub większej liczby praktyk rynkowych. Natomiast art. 5 ust. 2 pkt 4 tejże ustawy stanowi, że działaniem wprowadzającym w błąd może być nieprzestrzeganie kodeksu dobrych praktyk, do którego przedsiębiorca dobrowolnie przystąpił, jeżeli przedsiębiorca ten informuje w ramach praktyki rynkowej, że jest związany kodeksem dobrych praktyk. Wyraźnie widać zatem, że ustawodawca kładzie nacisk na swobodę przedsiębiorcy w zakresie decydowania o przystąpieniu do organizacji i związaniu jej aktami wewnętrznymi. Warto w tym zakresie przytoczyć również postanowienia Kodeksu Międzynarodowej Izby Handlowej (ICC)¹⁹, na przepisach którego bazują co do zasady wszystkie krajowe kodeksy

¹⁷ Dbamy o podnoszenie standardów reklamy w Polsce, wywiad dostępny pod adresem: <http://www.codozasady.pl/14-10-10-konrad-drozdowski-dbamy-o-podnoszenie-standardow-reklamy-w-polsce/> (1.02.2016).

¹⁸ Ustawa z 23.08.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (t.j. Dz.U. z 2007 r. Nr 171, poz. 1206, z późn. zm.).

¹⁹ Zob. *Consolidated ICC Code of Advertising and Marketing Communications Practice*, s. 48. Pozyskano z: <http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2011/ICC-Consolidated-Code-of-Advertising-and-Marketing-2011-English/> (1.02.2016).

dobrych praktyk w zakresie reklamy, w tym polski Kodeks Etyki Reklamy. Kodeks ICC stanowi, że jego przepisy obowiązują w stosunku do danego podmiotu dopiero z chwilą przyjęcia Kodeksu przez ten podmiot.

Jako dodatkową interesującą okoliczność należy potraktować również fakt, że Komisja Etyki Reklamy rości sobie także prawo do orzekania czy działanie przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, nie bacząc przy tym na właściwość sądów powszechnych w tym zakresie. Jako przykład wskazać można chociażby sprawę spotu reklamowego Veroni Mineral Fit, w którym to Komisja Etyki Reklamy stwierdziła, że spot reklamowy spółki nie spełnia wszystkich wymogów dotyczących reklamy porównawczej i jako taki stanowi czyn nieuczciwej konkurencji²⁰.

VI. Działalność orzecznicza Rady Reklamy w świetle przepisów prawa konkurencji

Wszystkie uchwały Zespołu Orzekającego, zgodnie z Regulaminem Rozpatrywania Skarg, publikowane są w serwisie internetowym Rady Reklamy. Uchwały te określają przedsiębiorcę mianem „Skarżony”, w sposób dokładny przytaczają treść złożonej skargi, stanowisko strony oraz orzeczenie Zespołu Orzekającego. Co więcej, treść tych uchwał jest następnie przedrukowywana w innych publikatorach, np. w internetowych komunikatorach branżowych, jeżeli przedmiot działalności przedsiębiorców, których dotyczą uchwały, mieści się w zakresie działania danej branży²¹. W efekcie, informacje o uchwałach Rady Reklamy stają się powszechnie dostępne zarówno dla przedsiębiorców, jak i konsumentów.

W przypadku krytycznej oceny reklam przez Radę Reklamy uchwały publikowane na stronie internetowej tego podmiotu mają ze swej istoty negatywny wydźwięk, wskazując np., że reklamy danych przedsiębiorców są nierzetelne czy nieetyczne. Tego rodzaju informacja może w znaczącym stopniu zniechęcić do współpracy z takimi przedsiębiorcami zarówno innych przedsiębiorców będących ich kontrahentami, jak i konsumentów będących nabywcami produktów negatywnie ocenianego przedsiębiorcy. To z kolei może przełożyć się na realne straty wizerunkowe i finansowe tego przedsiębiorcy.

Jeżeli uchwały Rady Reklamy dotyczą przedsiębiorców będących sygnatariuszami Kodeksu Etyki Reklamy, jest to konsekwencją ich zgody na poddanie się takiej ocenie. Jeżeli natomiast uchwały dotyczą przedsiębiorców pozostających poza systemem samoregulacji, którzy nie składali żadnych zobowiązań w kwestii stosowania Kodeksu Etyki Reklamy, tych uchwał Rady Reklamy nie można traktować inaczej jak bezprawnego i nieuzasadnionego ingerowania w swobodę działalności gospodarczej niezależnych przedsiębiorców i ich pozycję konkurencyjną na rynku.

Dlatego też nie można wykluczyć podjęcia oceny działań Rady Reklamy na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów²² (dalej: uokik) oraz na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²³ (dalej: uznk). Trzeba bowiem wskazać, iż są argumenty za tym, że Rada Reklamy może być uznana za przedsiębiorcę zarówno na gruncie uokik, jak i uznk, biorąc pod uwagę poniższe okoliczności.

²⁰ Zob. uchwałę Zespołu Orzekającego nr ZO 22/07 z 2.08.2007 r. w sprawie o sygn. akt K/61/07.

²¹ Można tu wspomnieć np. o komunikatorze pharma.info.pl, który publikuje uchwały Zespołu Orzekającego Rady Reklamy dotyczące przedsiębiorców z branży farmaceutycznej.

²² Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.).

²³ Ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Zgodnie ze Statutem, Rada Reklamy stanowi związek stowarzyszeń i innych osób prawnych działających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zrzesza ona stowarzyszenia i inne organizacje reprezentujące podmioty prawne działające na rynku reklamowym, zainteresowane propagowaniem i realizacją jej celów statutowych, z wyłączeniem osób fizycznych oraz osób prawnych mających cele zarobkowe w rozumieniu art. 22 ust. 1 ustawy – Prawo o stowarzyszeniach²⁴. Z kolei Statut Rady Reklamy w § 27 przewiduje możliwość prowadzenia przez ten podmiot działalności gospodarczej, we wskazanym w Statucie zakresie. Oceniając podmiotowość antymonopolową Rady Reklamy, należy również wziąć pod uwagę art. 50 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym²⁵, zgodnie z którym, jeżeli podmiot wpisany do rejestru stowarzyszeń podejmuje działalność gospodarczą, podlega obowiązkowi wpisu także do rejestru przedsiębiorców. Zgodnie natomiast z art. 17 prawa o stowarzyszeniach, stowarzyszenie uzyskuje osobowość prawną z chwilą wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego.

Zważywszy na fakt, że Związek Stowarzyszeń Rada Reklamy wpisany jest do rejestru stowarzyszeń oraz rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, można z tego wnioskować, że podejmuje on działalność gospodarczą oraz posiada osobowość prawną. W związku z powyższym można przypisać temu podmiotowi status przedsiębiorcy w rozumieniu uokik. Jedynie na marginesie należy podnieść, że istnieją także podstawy do uznania Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy za związek przedsiębiorców, który również uznawany jest za przedsiębiorcę na gruncie uokik.

Dodatkowo Rada Reklamy może być również uznana za przedsiębiorcę na gruncie uznk, gdyż przedsiębiorcami, w rozumieniu tej ustawy, są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności gospodarczej.

VII. Zakończenie

Pozytywne skutki dla konsumentów, do jakich mogą prowadzić działania samoregulacyjne przedsiębiorców funkcjonujących na rynku, nie powinny przesłaniać faktu, iż te działania samoregulacyjne muszą pozostawać w zgodzie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Żadna organizacja branżowa nie może naruszać interesów przedsiębiorców, działając według zasady „zwalczania większego zła mniejszym złem”.

Jeżeli pewni przedsiębiorcy nie decydują się przystąpić do modelu samoregulacji i nie chcą być sygnatariuszami danego kodeksu branżowego w zakresie reklamy czy jakiegokolwiek innej działalności, nie można ich do tego przymuszać. Nie można tego robić także metodą faktów dokonanych, poprzez wydawanie uchwał wobec przedsiębiorców nieobjętych samoregulacją, nawet wbrew ich wyraźnym sprzeciwom, przez organizację reprezentującą tylko część uczestników rynku i w związku z tym mającą mandat do orzekania tylko wobec tych uczestników rynku.

Jest szczególnie ważne, aby te uwagi zostały uwzględnione w trakcie aktualnych działań Prezesa UOKiK i innych organizacji zmierzających do poprawy jakości i rzetelności reklam stosowanych na rynku polskim. Samoregulacja jest ważnym elementem w dążeniu do osiągnięcia tego celu, ale też ze względu na dotyczące jej ograniczenia prawne nie można w niej upatrywać

²⁴ Ustawa z 7.04.1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 1393).

²⁵ Ustawa z 20.08.1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1203, z późn. zm.).

bezwzględnie i powszechnie obowiązującego instrumentu w tym zakresie. A uwagi przedstawione w niniejszym artykule świadczą o tym, iż w przypadku nieprzestrzegania tych ograniczeń prawnych od samoregulacji do samowoli, mogącej destrukcyjnie wpływać na konkurencję przedsiębiorców na rynku, już tylko jeden krok.

Bibliografia

- Braun, J. (2008). *Pozasądowe rozwiązywanie sporów – zarządzanie problemami obrotu konsumenckiego. Rozwiązywanie sporów w branży marketingu*. Warszawa. Pozyskano z: <http://konsument.gov.pl/old/files/adr/112008/Komisja%20Etyki%20Reklamy%20-%20Rada%20Reklamy.ppt> (1.02.2016).
- Deloitte (2012) Mechanizmy samoregulacji branżowych wsparciem dla rozwoju społecznej odpowiedzialności przedsiębiorstw. Ekspertyza dla Ministerstwa Gospodarki, Warszawa.
- Drozdowski, K. (2012). Samoregulacja w reklamie. W: M. Namysłowska (red.), *Reklama. Aspekty prawne*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Krasnodębska-Tomkiel, M. (2011). *Polubowne sądownictwo oraz samoregulacje w Polityce konsumenckiej na lata 2010–2013. Wystąpienie Małgorzaty Krasnodębskiej-Tomkiel, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*. Debata – Po co drzeć koty? Konsument i przedsiębiorca w sądzie polubownym, Warszawa. Pozyskano z: <http://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=9672> (1.02.2016).
- Mokrysz-Olszyńska, A. (2005). Rola kodeksów dobrych praktyk w ochronie konsumenta. W: C. Banasiński (red.), *Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawno-ekonomiczne)*. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.
- Mokrysz-Olszyńska, A. (2007). Znaczenie soft law w regulowaniu działalności reklamowej. *Prace i Materiały Instytutu Gospodarki Światowej*, 281.
- Senden, L. (2004). *Soft Law in European Community Law*. Oxford-Portland: Hart Publishing.
- Słowik, D. (2012). Granice dopuszczalności wykorzystania seksu w reklamie w uchwałach Komisji Etyki Reklamy. *Państwo i Społeczeństwo*, XII(3).
- Stańczak, P. (2006). *ABC ochrony konsumenta w Unii Europejskiej: Samoregulacja w biznesie*. Warszawa. Pozyskano z: http://www.konsument.gov.pl/pl/uploads/365/samoregulacja_2006-pdf.html (1.02.2016).