

Artykuł pochodzi z publikacji: Zeszyty Naukowe WSP nr 3/2018 Współczesne aspekty relacji i komunikacji (Red. tomu) A. Grzegorzcyk, Wyższa Szkoła Promocji, Mediów i Show Businessu, Warszawa 2019

## Pojęcie reklamy w aspekcie naruszenia praw konkurencji

*Adam Grzegorzcyk*

Akademia Finansów i Biznesu Vistula w Warszawie

### **Abstrakt:**

Narastająca liczba sporów dotyczących przypadków naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez reklamę rodzi wątpliwość odnośnie rozumienia pojęcia reklamy w ujęciu praw ochrony konkurencji. Autor podjął próbę wykonania kwerendy źródłowej obejmującej zarówno definicje tego pojęcia pojawiające się w różnych aktach prawnych, jak i źródłach specjalistycznych w celu usystematyzowania cech składających się na zjawisko reklamy. W artykule wyjaśniono także przyczyny ważności poszczególnych zidentyfikowanych cech w zakresie ochrony zasad uczciwej konkurencji.

**Słowa kluczowe:** reklama, konkurencja, promocja, informacja, konsument

# The concept of advertising in the aspect of the violation of competition law

## Abstract:

The increasing number of disputes regarding cases of violation of the rules of fair competition through advertising raise doubts as to the concept of advertising in terms of competition protection law. The author attempted to execute a source query covering both the definitions of this concept appearing in various legal acts as well as specialist sources in order to systematize the features that make up the phenomenon of advertising. The article also explains the reasons for the importance of specific features identified in the protection of fair competition.

**Key words:** advertising, competition, promotion, information, consumer

Narastająca liczba sporów dotyczących przypadków naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez reklamę rodzi wątpliwość odnośnie rozumienia pojęcia reklamy w ujęciu praw ochrony konkurencji. Autor podjął próbę wykonania kwerendy źródłowej obejmującej zarówno definicje tego pojęcia pojawiające się w różnych aktach prawnych, jak i źródłach specjalistycznych w celu usystematyzowania cech składających się na zjawisko reklamy. W artykule wyjaśniono także przyczyny ważności poszczególnych zidentyfikowanych cech w zakresie ochrony zasad uczciwej konkurencji.

W sporach dotyczących ochrony konkurencji niejednokrotnie pojawia się pogląd, że celem przekazu reklamy jest zachęcenie potencjalnych klientów, a zatem funkcja perswazyjna. Jednocześnie wskazuje się, że przeprowadzenie granicy pomiędzy pojęciami reklamy i informacji może być w praktyce niezwykle trudne. Często wskazuje się, że wypowiedź jest reklamą, gdy nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru - taki cel przyświeca nadawcy

wypowiedzi i tak odbiera ją przeciętny odbiorca, do którego została skierowana. W orzecznictwie występuje pogląd, że wszelkie promocje, w tym cenowe, są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje, a nie są reklamą m.in. listy cenowe, które zawierają jedynie informację o cenach towarów lub usług i są publikowane wyłącznie po to, by podać do publicznej wiadomości ceny określonych produktów. W doktrynie pojawia się nawet skrajny pogląd, że każda wypowiedź, która zmierza do stymulowania zbytu lub innego korzystania z towarów (usług) osoby reklamującej się jest reklamą. M. Kępiński, analizując poszczególne elementy definicji reklamy, zwraca również uwagę na możliwość wykorzystania wszelkich nośników dla przedstawienia przekazu reklamowego (np. radio, telewizja, Internet, prasa, kino, plakaty, ubrania, pojazdy itp.), jak również na jej cel, którym jest nie tylko bezpośrednie, ale również pośrednie nakłonienie odbiorców do nabywania bądź innego korzystania z towarów lub usług.<sup>1</sup>

Podkreślenia wymaga, że ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) nie definiuje pojęcia „reklama”. Zgodnie z teorią marketingu, reklama jest jedną z grup instrumentów promocji. Tym samym pojęcia reklama i promocja różnią się od siebie szerokością znaczeniową, a pewne formy promocji nie będą wypełniały cech reklamy, np. promocyjnej obniżki cen. Przykładowa promocyjna obniżka cen nie jest reklamą, a co najwyżej promocją, która z kolei stanowi jedną z grup instrumentów marketingu (obok produktu, ceny, dystrybucji i ew. innych, w zależności od przyjętej klasyfikacji).

Autor podjął analizę krajowych aktów prawnych regulujących działalność reklamową i ustalił, że różne krajowe akty prawne w różny sposób definiują pojęcie reklamy, a podejście do takiej definicji zależy od systemowego usytuowania tego pojęcia w układzie przepisów prawa. Charakterystycznym jest, iż w aktach prawnych, które przewidują sektorowy zakaz prowadzenia działalności reklamowej pojęcie to jest prewencyjnie definiowane zauważalnie szerzej, aniżeli w aktach prawnych regulujących sposób prowadzenia odpowiedniej działalności reklamowej. Przykładowo, zgodnie z art. 29 ust. 6 ustawy o grach

---

<sup>1</sup> M. Kępiński, System prawa prywatnego. Prawo konkurencji, tom V, Legalis, Warszawa 2014, s. 416-417

hazardowych: „Przez reklamę gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości, zakładów wzajemnych lub gier na automatach rozumie się publiczne rozpowszechnianie znaków towarowych lub symboli graficznych i innych oznaczeń z nimi związanych, a także nazw i symboli graficznych podmiotów prowadzących działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości, zakładów wzajemnych lub gier na automatach oraz informacji o miejscach, w których takie gry lub zakłady są urządzone, i możliwościach uczestnictwa”. Podobnie szerokie jest zakreślenie pojęcia reklamy napojów alkoholowych w art. 2<sup>1</sup> ust. 1 pkt. 3) ustawy z dnia 26 października 1982 roku o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi: „publiczne rozpowszechnianie znaków towarowych napojów alkoholowych lub symboli graficznych z nimi związanych, a także nazw i symboli graficznych przedsiębiorców produkujących napoje alkoholowe, nieróżniących się od nazw i symboli graficznych napojów alkoholowych, służące popularyzowaniu znaków towarowych napojów alkoholowych; za reklamę nie uważa się informacji używanych do celów handlowych pomiędzy przedsiębiorcami zajmującymi się produkcją, obrotem hurtowym i handlem napojami alkoholowymi”.

Jednocześnie zgodnie z art. 4 pkt. 6 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 roku o radiofonii i telewizji reklama jest definiowana, jako: „każdy przekaz, nie pochodzący od nadawcy, zmierzający do promocji sprzedaży, albo innych form korzystania z towarów i usług, popierania określonych spraw lub idei albo do osiągnięcia innego efektu pożądanego przez reklamodawcę, nadany za opłatą lub inną formą wynagrodzenia”.

Autor przeprowadził kwerendę źródłową w kierunku definicji pojęcia „reklama”, w tym w kontekście odróżnienia tego pojęcia od innych działań marketingowych przedsiębiorstwa. Podkreślenia wymaga, że w ujęciu ogólnym pojęcia reklamy i promocji mają zasadniczo znane powszechnie znaczenie. Za źródłami popularnymi, w szczególności Słownikiem języka polskiego, Słownikiem języka polskiego PWN oraz serwisem Wikipedia można uznać, że reklama stanowi działania mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do korzystania z usług lub zakupu towarów, a z kolei promocja stanowi działania zmierzające do zwiększenia popularności jakiegoś produktu lub przedsięwzięcia. W takim ujęciu reklama i promocja docelowo

służą zwiększeniu sprzedaży, zwiększeniu ilości świadczonych usług, jednak pojęcie „promocja” jest funkcjonalnie i zarządczo dalece szersze i bardziej ogólne. Poniżej autor dokona przeglądu naukowych i specjalistycznych definicji pojęcia „reklama” i podejmie syntezę cech tego pojęcia.

- „Reklama jest jakimkolwiek płatnym przekazem mającym na celu informowanie i/lub wpłynięcie na jednostkę lub grupę ludzi” (Jeremy Bulmore - prezes agencji J. Walter Thompson)

- „Reklama jest źródłem i/lub przekazem informacji o produkcie i ma za zadanie skłonić konsumenta do zakupu” (David Bernstein - praktyk i teoretyk reklamy, uznany za „Człowieka Reklamy XX wieku” przez branżowy magazyn Ad Age)

- „Reklama jest konwersacją z konsumentem, która przyciąga uwagę, dostarcza informację, stawia tezę i zachęca do zakupu, spróbowania, czy innej aktywności” (Sandra E. Moriarty – jeden z najbardziej znanych na świecie teoretyków reklamy)

- „Reklama to rodzaj komunikatu publicznego przeznaczonego do rozpowszechniania informacji o komercyjnych towarach i usługach z perspektywą promocji sprzedaży” (R. Harris, A. Seldon, Advertising and the Public, Andre Deutsch, Londyn 1962, str. 40)

- „Reklama to odpłatna, bezosobowa forma komunikacji za pomocą środków masowego przekazu, prowadzona przez przedsiębiorstwa, organizacje niehandlowe oraz jednostki, które są utożsamiane z przekazem i które chcą poinformować i przekonać członków określonej społeczności. Pojęcie to dotyczy komunikacji w odniesieniu do produktu, usług, instytucji i idei. Reklama to forma pośredniego oddziaływania perswazyjnego, wykorzystująca jako nośnik informacji środki masowej komunikacji” (Adam Grzegorzczak, Reklama, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2010, str. 28)

- „Reklama – (1) wszelka płatna, bezosobowa forma prezentowania i popierania dóbr, usług oraz idei przez określonego nadawcę; (2) rozpowszechnianie informacji o towarach, ich zaletach, wartościach i możliwościach nabycia, chwalenie kogoś, zalecanie czegoś przez prasę, radio, telewizję, środki (np. plakaty, napisy, ogłoszenia) służące temu celowi; (3) jakimkolwiek płatny przekaz mający na celu informowanie i/lub wpłynięcie na jednostkę lub grupę; (4) w wąskim ujęciu: źródło i/lub przekaz informacji o produkcie, który ma za zadanie skłonić konsumenta do zakupu” (Anna Kozłowska, Reklama. Techniki

perswazyjne, Szkoła Główna Handlowa, Warszawa 2011, str. 549)

Autor stwierdza, iż przytoczone definicje, formułowane z różnych perspektyw i w różnym celu, w sposób powtarzalny zwracają uwagę na charakterystyczne cechy pojęcia „reklama”. Syntezą przedstawionych definicji oraz funkcjonalności przypisywanych reklamie jest następująca operacjonalizacja:

„Reklama – odpłatna, bezosobowa forma komunikacji za pośrednictwem mediów, stosowana w celu zmiany postawy konsumenta wobec produktu i marki” (Adam Grzegorzczak, Reklama, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2010, str. 266).

Podkreślenia wymaga, że specjalistyczne, jak i potoczne rozumienie pojęcia „reklama” obejmuje następujące cechy:

- Cel w postaci kształtowania odpowiedniej postawy wobec nadawcy reklamy, jego produktu (oferty) i marki – perswazyjność;
- Publiczny charakter komunikacji reklamowej;
- Usytuowanie reklamy w mediach za odpowiednim ekwiwalentem (opłatą itp.)
- Reklama jako komunikat osoby trzeciej względem operatora medium i jego odbiorcy (reklamą nie jest przekaz pochodzący od danego medium).

Dopiero tak określony zbiór cech pozwala odróżnić reklamę od innych form komunikacji, w tym od informacji oraz innych form promocji.

W kontekście niniejszego sporu należy wskazać, iż zgodnie z definicją rodzajową, reklama to przekaz perswazyjny publikowany w neutralnym środowisku komunikacyjnym, za wynagrodzeniem dla operatora danego medium. Wobec komunikatów umieszczanych w środowisku komercyjnym (np. na stronach internetowych przedsiębiorstwa, w wydawanych przez przedsiębiorstwo drukach: katalogach, ulotkach itp.) odbiorca w sposób naturalny wykazuje znacznie większy sceptycyzm ocenny, aniżeli w przypadku komunikatów publikowanych w mediach neutralnych perswazyjnie. Przedsiębiorca ma pełną kontrolę nad treścią komunikatu reklamowego,

którą nie dysponuje w przypadku materiałów redakcyjnych (informacji). Kontrolę tę przedsiębiorca zapewnia sobie poprzez wykupienie usługi publikacji komunikatu reklamowego w środowisku mediów. Dlatego też w systemie prawa ochrony konsumenta to właśnie komunikatom reklamowym nadana została dalece większa restrykcyjność, aniżeli w przypadku innego rodzaju komunikatów, w tym informacji.

Trzeba przy tym wskazać, że każdy komunikat zawierający treści dotyczące działalności gospodarczej, nawet obejmujący jedynie obiektywnie weryfikowalne informacje, ma charakter perswazyjny, albowiem skutkiem takiego komunikatu jest wytworzenie jakiegoś rodzaju oceny poznawczej, będącej podstawą do ukształtowania postawy odbiorcy wobec produktu lub marki objętej takim komunikatem. Zatem nawet całkowicie neutralny (nie zawierający jakiegokolwiek zachęty) komunikat informujący o jakimś aspekcie działalności gospodarczej, niesie za sobą konsekwencje w postaci zainteresowania taką działalnością gospodarczą ze strony odbiorcy takiego komunikatu.

W bardzo znacznym uproszczeniu należy wskazać, iż współczesna reklama posługuje się dwojakiego rodzaju elementami: kontekstowymi i pozakontekstowymi. Informacje kontekstowe dotyczą cech oferty, które mają wpływ na jej wartość (cechy funkcjonalne produktu, cena itp.), natomiast elementy pozakontekstowe (muzyka, humor, rodzaj argumentacji, bohater reklamy itp.) służą wyróżnieniu reklamy, zainteresowaniu nią konsumenta, wykreowaniu szczególnych skojarzeń z produktem i marką, wywołaniu cech afektywnych postawy konsumenta wobec marki. Przy tym w różnych reklamach (w tym w reklamach różnych produktów) ten sam (rodzajowo) element reklamy może pełnić zarówno funkcje kontekstowe albo pozakontekstowe, a nawet w złożonej strategii perswazyjnej ten sam element może pełnić funkcje pozakontekstowe, a następnie kontekstowe reklamy.

Kluczowym dla oceny oddziaływania reklamy jest przy tym stwierdzenie, że nie istnieje jeden uniwersalny proces percepcji reklamy, tak w odniesieniu do etapów percepcji i recepcji przekazu reklamowego, jak i w odniesieniu do wagi czynników wpływających na taki odbiór. W zakresie etapów procesu percepcji, w uproszczeniu

można wyodrębnić etap uwagi (tj. pobudzenia aparatu sensorycznego i ukierunkowania go na dany bodziec), etap zainteresowania (tj. pobudzenia aparatu poznawczego) oraz etap zapamiętywania.

Współczesne badania empiryczne, w tym prowadzone przez autora, wskazują, iż podstawowymi czynnikami wpływającymi na percepcję i recepcję treści reklamowych są cechy oferty (rodzaj reklamowanego dobra) oraz cechy grupy docelowej, do której adresowany jest taki przekaz. Rodzaj reklamowanego dobra będzie miał wpływ na odbiór reklamy ze względu na intensywność zaangażowania konsumenta niezbędnego do podjęcia decyzji zakupowej (w tym w szczególności wielkość ryzyka związanego z ewentualnym błędnym wyborem) oraz charakter argumentacji (racjonalna lub emocjonalna), jaka w odniesieniu do danego rodzaju oferty wzbudza zainteresowanie konsumenta. Dodatkowymi czynnikami wpływającymi na odbiór reklamy są cechy źródła (w jakim kanale komunikacji zostaje umieszczona reklama i w jakim środowisku innych przekazów, w tym reklamowych), cechy środowiska konsumenta (w tym m.in. siła i rodzaj wpływu jego grupy aspiracyjnej – mechanizmy wpływu społecznego) oraz kontekst (aktualne uwarunkowania treści), w jakim następuje odbiór reklamy.

Współczesna wiedza naukowa pozwala wyodrębnić 6 modeli percepcji przekazu reklamowego, w zależności od intensywności zaangażowania umysłu oraz charakteru użytej argumentacji, przy czym kolejność elementów modeli jest wynikiem permutacji trzech grup komponentów: poznawczych (związanych z informacją oraz logiczną, racjonalną argumentacją), afektywnych (związanych z emocjami prezentowanymi w reklamie oraz wywoływanymi u konsumenta stanami uczuć i nastrojów) oraz wolicjonalnych (związanych z zaangażowaniem konsumenta w procesie percepcji, charakterem i intensywnością jego motywacji).

Konsument zapamiętuje informacje, które przyciągają jego uwagę i budzą zainteresowanie. Są to zatem z jednej strony informacje ważne dla konsumenta przy podejmowaniu odpowiedniej decyzji zakupowej (kontekstowe), a z drugiej strony informacje generalnie interesujące dla takiego konsumenta (pozakontekstowe).