



WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 grudnia 2024 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

Prezes SN Joanna Lemańska (przewodniczący)

SSN Oktawian Nawrot (sprawozdawca)

SSN Krzysztof Wiak

w sprawie z powództwa R. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w R.
przeciwko Przewodniczącemu Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji
w przedmiocie odwołania od decyzji Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii
i Telewizji nr [...] z dnia 16 stycznia 2020 r.,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw
Publicznych w dniu 11 grudnia 2024 r.
skargi kasacyjnej pozwanego od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie
z 15 grudnia 2022 r., sygn. VII AGa 888/22,

oddala skargę.

UZASADNIENIE

Decyzją nr [...] z dnia 16 stycznia 2020 r. Przewodniczący Krajowej Rady
Radiofonii i Telewizji (dalej również: „pozwany”) na podstawie art. 53 ust. 1 w zw. z
art. 16c pkt 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. 2019,
poz. 361 ze zm., dalej: „u.r.t.”), a także art. 104 i art. 107 k.p.a., w wyniku

przeprowadzonego postępowania wszczętego z urzędu, stwierdził naruszenie art. 16c ust. 1 u.r.t. przez R. sp. z o.o. z siedzibą w R. (dalej również: „powód”), rozpowszechniające na podstawie koncesji nr [...] program „[...]”, poprzez emisję w dniu 8 lutego 2019 r. ok. godz. 9.40 w programie „[...]” ukrytego przekazu handlowego i nałożył na powoda karę pieniężną w wysokości 1000 zł.

W uzasadnieniu decyzji wskazano m.in., iż przeprowadzona analiza przesłanych do kontroli fragmentów programu wyemitowanego 8 lutego 2019 r. ok. godz. 9.40 wykazała, że podwód naruszył art. 16c pkt 1 u.r.t., zgodnie z którym zakazane są ukryte przekazy handlowe. We fragmentach emitowanego programu, w sposób wyraźny zaakcentowano atrakcyjność prezentowanego produktu w postaci konsoli [...], przedstawiając ją jako produkt łatwy w montażu, niewymagający konieczności posiadania wiedzy z zakresu elektroniki. Wskazano też szczegółowe dane techniczne oraz platformę, za pośrednictwem której można zakupić konsolę [...], wraz z jej ceną. W ocenie pozwanego, w przedmiotowej audycji, doszło do rozpowszechnienia ukrytego przekazu handlowego w rozumieniu art. 4 pkt 20 u.r.t. Treść przekazu wyemitowanego w programie „[...]” spełnia ustawowe kryteria niezbędne do kwalifikacji danego przekazu jako ukrytego przekazu handlowego, ponieważ miał on charakter jednocześnie promocyjny, sugestywny i perswazyjny. Z kolei wymierzona kara finansowa w wysokości 1000 zł została ustalona w oparciu o treść art. 53 u.r.t., w odniesieniu do wysokości 50% rocznej opłaty za używanie częstotliwości przeznaczonej do nadawania programu, przy uwzględnieniu zakresu i stopnia szkodliwości naruszenia, dotychczasowej działalności nadawcy oraz jego możliwości finansowych.

Powód wniósł odwołanie od decyzji zaskarżając ją w całości. Odwołując się zarzucił naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik postępowania, tj. art. 7, art. 77 § 1, art. 80 w zw. z art. 107 § 3 k.p.a. poprzez brak rozpatrzenia w sposób wystarczający materiału dowodowego oraz poprzez całkowicie dowolne, niczym nieoparte i wadliwe ustalenia w przedmiocie istnienia związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy emisją audycji a rynkiem reklamowym, a także naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 43 ust. 1 w zw. z art. 16c pkt 1 i art. 4 pkt 20 u.r.t. poprzez przyjęcie, że emisja programu radiowego przez R. sp. z o.o. ma charakter „ukrytego przekazu handlowego” i w związku z tym niesłuszne

wymierzenie kary pieniężnej. Z uwagi na powyższe, powód wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania, uchylenie zaskarżonej decyzji oraz zasądzenie kosztów postępowania.

Wyrokiem z dnia 26 kwietnia 2022 r., sygn. akt XX GC 275/20, Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił odwołanie w całości.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 16c pkt 1 u.r.t. zakazane są ukryte przekazy handlowe. Artykuł 4 pkt 20 u.r.t. stanowi zaś, że ukrytym przekazem handlowym jest przedstawianie w audycjach towarów, usług, nazwy, firmy, znaku towarowego lub działalności przedsiębiorcy będącego producentem towaru lub świadczącego usługi, jeżeli zamiarem dostawcy usługi medialnej, w szczególności związanym z wynagrodzeniem lub uzyskaniem innej korzyści, jest osiągnięcie skutku reklamowego oraz możliwe jest wprowadzenie publiczności w błąd co do charakteru przekazu.

Do określenia czy treść przedmiotowej audycji zawiera ukryty przekaz handlowy, konieczne jest ustalenie, że nadawca działał w zamiarze osiągnięcia skutku reklamowego, a także, że możliwe jest wprowadzenie publiczności w błąd co do charakteru przekazu. Wątpliwości Sądu nie budził fakt przedstawienia w audycji towaru i jego nazwy. Odnosząc się zaś do pozostałej części definicji ukrytego przekazu handlowego Sąd ocenił, że w realiach sprawy nastąpiło nadmierne wyeksponowanie produktu z uwagi na to, że cała audycja poświęcona była wyłącznie konsoli [...], wskazywała jej cechy oraz podkreślała, że stanowi doskonałą pomoc w nauce programowania i tworzeniu własnych gier. Sąd podkreślił, że autor audycji użył określenia, które akcentowało fakt, że produkt nie cieszy się dużym zainteresowaniem, jednak biorąc pod uwagę całokształt przekazu potencjalny odbiorca mógł zrozumieć ten przekaz jako zachętę do nabycia towaru. W opinii Sądu z nagrania audycji wynikało również, że w audycji wyeksponowano tylko jeden produkt, co także mogło świadczyć o reklamowym i perswazyjnym charakterze audycji.

Ponadto Sąd pokreślił okoliczność, że poradnikowy charakter audycji nie uzasadniał takiego przedstawienia produktu, w którym został przedstawiony tylko jeden produkt oraz wskazana została platforma, za pośrednictwem której taki produkt mógł zostać zakupiony. W konsekwencji przedmiotowy przekaz z pewnością nie

sprawał wrażenia neutralnej informacji, dlatego też publiczność mogła zostać wprowadzona w błąd co do charakteru tego przekazu. W opinii Sądu odbiorca w żaden sposób nie mógłby odnieść wrażenia, że przekazywana informacja jest obiektywna. Analiza znajdującego się w aktach sprawy nagrania wskazywała więc jednoznacznie, że audycja była ukrytą reklamą, zaś fakt, że nadawca nie otrzymał z tego tytułu wynagrodzenia, nie był warunkiem niezbędnym do tego, aby dany przekaz mógł zostać zakwalifikowany jako ukryta reklama.

Apelację od wyroku wniósł powód, który zaskarżył orzeczenie w całości, podnosząc zarówno zarzuty naruszenia prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, bez wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, a także poczynienie błędu w ustaleniach faktycznych. Z uwagi na powyższe, powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania i uchylenie w całości zaskarżonej decyzji. Pozwany wniósł o oddalenie apelacji.

Wyrokiem z 15 grudnia 2022 r., sygn. akt VII AGa 888/22, Sąd Apelacyjny w Warszawie zmienił zaskarżony wyrok, uchylając w całości Decyzję Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji nr [...] z dnia 16 stycznia 2020 r.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny wskazał, że zgodnie z art. 4 pkt 20 u.r.t. definicja ukrytego przekazu handlowego opiera się na trzech przesłankach: 1) przedstawianiu w audycjach produktów, oznaczeń lub działalności przedsiębiorcy; 2) zamiarze reklamowym dostawcy usługi medialnej; 3) ryzyku konfuzji odbiorców co do charakteru przekazu. Brak którejkolwiek z wymienionych przesłanek powoduje przy tym, że przekaz nie powinien zostać objęty zakazem z art. 16c ust. 1 pkt 1 u.r.t. W związku z powyższym badaniu Sądu I instancji powinno podlegać, czy zostało wykazane przez stronę pozwaną spełnienie łączne wszystkich trzech w/w przesłanek uznania przekazu za kryptoreklamę.

Sąd Apelacyjny nie zgodził się ze stanowiskiem Sądu I instancji uznając tym samym za zasadne zarzuty apelującego naruszenia art. 233 k.p.c. w sposób opisany w apelacji oraz art. 16c pkt 1 u.r.t, poprzez przyjęcie, że w sprawie zostało wykazane spełnienie 2 i 3 z wymienionych przesłanek, niezbędnych dla przyjęcia, że wyemitowany przekaz stanowił kryptoreklamę.

W pierwszej kolejności Sąd Apelacyjny wskazał, że Sąd I instancji w żaden sposób nie wykazał, na czym oparł swoje przekonanie, iż uczynienie przedmiotem programu poświęcanego nowinkom technicznym tylko jednego obiektu miało świadczyć o tym, że przekaz miał w istocie charakter ukrytej reklamy, zaś produkt został nadmiernie wyeksponowany. W tej mierze ani Sąd I instancji, ani pozwany nie wskazali na żadne uregulowanie prawne, czy wyniki przeprowadzonych badań, z których dawałoby się wyprowadzić logiczny wniosek, iż sam fakt pokazania w tego rodzaju programie tylko jednego produktu przesądza niejako o zamiarze nadawcy wyemitowania kryptoreklamy.

Jednocześnie Sąd Apelacyjny zastrzegł, że nadmierne wyeksponowanie, jak wynika z orzecznictwa TSUE oraz poglądów doktryny cytowanych w odpowiedzi na apelację przez pozwanego, może być kryterium pomocniczym pozwalającym ocenić, czy mamy do czynienia z kryptoreklamą. Jednakże ani Sąd I instancji, ani pozwany nie dostrzegli, iż wskazana nadmierność oznacza powtarzalną obecność w sposobie prezentacji lub ukazywania danego towaru, usługi lub oznaczenia, jednak zawsze przy uwzględnieniu charakteru audycji. Jednocześnie Sąd Apelacyjny wskazał, że jeśli program w całości poświęcony jest nowinkom technicznym, to mówienie w czasie jego trwania o parametrach i rozwiązaniach technicznych danego produktu jest ściśle związane z przedmiotem programu i wypełnia jego formułę.

O reklamowym zamiarze nadawcy audycji w zakresie zachęcania do zainteresowania się czy zakupu prezentowanej konsoli, zdaniem Sądu Apelacyjnego, nie mógł świadczyć, wbrew stanowisku Sądu I instancji, całokształt prezentowanej audycji. Sąd Okręgowy uznał, że wydźwięk audycji był pozytywny dla produktu i stąd cały przekaz winien być potraktowany jako kryptoreklama. Tymczasem, odwołując się do charakteru programu, w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego, należało zgodzić się z powodem, iż prezentowanie nowinek technicznych, a więc nowych, nowatorskich rozwiązań, wynikających z technologicznego postępu jest ze swojej natury przekazem pozytywnym, pozwala zapoznać się z niewystępującymi dotychczas rozwiązaniami, które z reguły coś ułatwiają, usprawniają, czynią bardziej komfortowym, co nie oznacza, że przybiera postać ukrytej reklamy.

Następnie Sąd Apelacyjny wskazał, że zamiar ukrytego zachwalenia danego produktu może być wyłącznie rekonstruowany na podstawie okoliczności

obiektywnych, w szczególności treści i kontekstu wypowiedzi adresowanej do potencjalnych odbiorców towarów lub usług. Świadczyć o nim mogą w szczególności zwroty o charakterze perswazyjnym, wartościującym i ocennym, eksponujące wartość i zalety towaru (usługi), wyrażające pochwałę, zachętę czy zalecenie jego nabycia. To właśnie przewaga wyrażen wartościujących charakteryzuje reklamę, która nigdy nie jest przekazem neutralnym i która także może się ograniczyć do wyeksponowania pożytków, jakie mogą stanowić efekt skorzystania z towaru lub z usługi, które same w sobie mogą skłonić potencjalnego klienta do ich nabycia.

Odnosząc powyższe do realiów sprawy Sąd Apelacyjny wskazał, że w kontrolowanym tekście nie występowały liczne wyrażenia ocenne, ani tym bardziej nie dominowały wyrażenia wyrażające zachętę do nabycia produktu. W ocenie Sądu Apelacyjnego zaprezentowana audycja w przeważającej części skupiała się na prezentowaniu wyłącznie informacji o parametrach produktu, takich jak pojemność akumulatora, rozdzielczość ekranu, głębia kolorów, wyposażenie w głośnik, gniazdo kart, możliwość samodzielnego montażu itp. Nie zawierała pozytywnych ocen produktu przekazanych bezpośrednio przez prowadzącego audycję. Jedyna pozytywna i jednocześnie ocenna wypowiedź dotycząca pomocnej roli konsoli w nauce programowania i tworzenia własnych gier została zaprezentowana jako stanowisko producenta tego sprzętu, a nie ocena dokonana przez prowadzącego program. W programie pojawiły się też określenia wskazujące na pewne minusy prezentowanego produktu, jakimi były nienajlepszej jakości wyświetlacz oraz umiarkowana popularność towaru. Sąd Apelacyjny odnotował również, że w programie informacyjnie podano, za jaką kwotę mógłby zostać nabyty produkt i na jakiej platformie, jednakże informacja ta nie zawierała żadnej zachęty do takiego zakupu, chociażby przez np. ocenę, że nie jest to wysoka kwota jak na taką innowację itp. Jednocześnie Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że podawanie ceny stanowi często element informowania o nowym produkcie, który ma uświadomić odbiorcy, jaki jest koszt prezentowanego produktu co, jednakże nie jest równoznaczne z zachętą do jego zakupu.

Sąd Apelacyjny zważył również, iż w argumentacji Sądu I instancji pojawiła się pewna niespójność. Z jednej strony Sąd ten stwierdził, iż dopiero całokształt przekazu pozwalał ocenić przekaz jako zachętę do nabycia towaru, przy czym cechą

kryptoreklamy jest właśnie tego rodzaju zachęcanie przy pozornym obiektywizmie wypowiedzi, z drugiej zaś wskazał, że „przedmiotowy przekaz z całą pewnością nie sprawia wrażenia neutralnej informacji”. W ocenie Sądu Apelacyjnego te dwa wnioski ze sobą nie współgrają. Co więcej, jeśli uznać, że było oczywistym dla przeciętnego odbiorcy, iż przekaz nie miał charakteru obiektywnego, to tym samym nie spełniał on cech kryptoreklamy.

Sąd II instancji wskazał także, że dokonując wykładni przepisów dotyczących kryptoreklamy trzeba uwzględnić interpretację wynikającą z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 9 czerwca 2011 r. C-52/10 (Eleftheri Tileorasi Ae „Alter Channel” i Konstantinos Giannikos v Ypourgos Typou Kai Meson Mazikis Enimerosis i Ethniko Symvoulío Radiotileorasis). W orzeczeniu tym stwierdzono bowiem, że artykuł 1 lit. d) dyrektywy Rady 89/552/EWG z dnia 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej, zmienionej dyrektywą 97/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 czerwca 1997 r., należy interpretować w ten sposób, iż istnienie zapłaty lub podobnego wynagrodzenia nie stanowi niezbędnego elementu dla stwierdzenia, że kryptoreklama ma charakter zamierzony, aczkolwiek wystąpienie zapłaty lub podobnego wynagrodzenia wiąże się z kolei z domniemaniem zamierzonego charakteru przedstawiania towarów, usług, nazwy, znaku towarowego lub działalności producenta towarów bądź osoby świadczącej usługi w programach. Takie stanowisko reprezentował pozwany i Sąd I instancji.

Zgadzając się z powyższym co do zasady, Sąd odwoławczy stanął jednak na stanowisku, że nie powinno oznaczać to, iż brak wykazania otrzymania nie tylko wynagrodzenia pieniężnego, ale jakiegokolwiek korzyści od producenta konsoli jest z kolei pozbawiony jakiegokolwiek doniosłości prawnej, ale powinno przemawiać na korzyść strony powodowej. Wykazanie uzyskania korzyści tworzyłoby domniemanie, iż działanie nadawcy miało charakter zamierzony. Jednakże pozwany nie tylko nie wykazał otrzymania przez powoda korzyści, co oczywiście mogło być utrudnione, ale także nie wykazał istnienia jakichkolwiek powiązań nadawcy z producentem towaru. Tymczasem nawet w wydanych orzeczeniach dotyczących

kryptoreklamy, jako element świadczący o zamiarze, tam gdzie nie zostało wykazane osiągnięcie konkretnej korzyści materialnej, wystąpił element pewnego rodzaju powiązań. W wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 września 2021 r. C-371/20 (Peek & Cloppenburg KG przeciwko Peek & Cloppenburg KG), Trybunał stwierdził, że przedsiębiorca „płaci” w rozumieniu pkt. 11 zdanie pierwsze załącznika I do dyrektywy 2005/29/WE (Dz.Urz. UE L 2005, nr 149, s. 22) za promocję produktu za pomocą publikacji treści publicystycznej wtedy, gdy przedsiębiorca ten przyznał wynagrodzenie o wartości majątkowej w związku z tą publikacją, czy to w formie zapłaty kwoty pieniężnej, czy to w każdej innej formie, jeżeli istnieje niewątpliwy związek między przyznaną w ten sposób zapłatą przez przedsiębiorcę a ową publikacją. We wskazanej sprawie miało to miejsce w sytuacji bezpłatnego udostępnienia przez przedsiębiorcę zdjęć objętych prawem autorskim, na których widoczne były lokale handlowe przedsiębiorcy i produkty oferowane przez niego do sprzedaży. Z kolei w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. VI ACa 1562/13, Sąd uznał, że skoro skarżący współpracuje z podmiotami, których towary i usługi były przedstawione w audycji, to tym samym prezentacja określonych artykułów miała na celu uzyskanie przez skarżącego korzyści.

Jednocześnie Sąd Apelacyjny wskazał, że w rozpatrywanej sprawie nie wykazano istnienia jakichkolwiek powiązań między twórcami audycji a producentami przedstawionej konsoli.

Skargą kasacyjną z 23 marca 2023 r. pozwany zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w całości zarzucając naruszenie prawa materialnego, tj.:

1) art. 4 pkt 20 w zw. z art. 16c pkt 1 u.r.t. poprzez ich błędną wykładnię polegającą na:

a) uznaniu, iż dla ustalenia czy nadawcy programu można przypisać zamiar osiągnięcia skutku reklamowego, a w konsekwencji, że wyemitowany przez niego przekaz stanowił ukryty przekaz handlowy w rozumieniu ww. przepisów, konieczne jest wykazanie powiązań pomiędzy nadawcą a producentem towaru (w przypadku nie stwierdzenia wynagrodzenia lub uzyskania innej korzyści przez tego nadawcę);

b) uznaniu, iż z uwagi na krótki czas trwania spornej audycji oraz jej poradnikowy charakter nie doszło do nadmiernej ekspozycji towaru, a w

konsekwencji nie można przypisać nadawcy zamiaru osiągnięcia skutku reklamowego, a tym samym emisji ukrytego przekazu handlowego.

2) art. 4 pkt 20 w zw. z art. 16c pkt 1 u.r.t. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na ustaleniu, iż sporny przekaz nie był ukrytym przekazem handlowym przy jednoczesnym pominięciu analizy przesłanki możliwości wprowadzenia publiczności w błąd co do charakteru przekazu, niezbędnej dla takiego ustalenia (art. 4 pkt 20 u.r.t.).

Z uwagi na powyższe pozwany wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach procesu w postępowaniu kasacyjnym, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przewidzianych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy, tzn. oddalenie apelacji powoda w całości, oraz zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego od powoda na rzecz pozwanego według norm przepisanych.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zasadniczą kwestią w niniejszym postępowaniu jest wykładnia art. 4 pkt 20 u.r.t. Zgodnie ze wskazanym przepisem ukrytym przekazem handlowym jest przedstawianie w audycjach towarów, usług, nazwy, firmy, znaku towarowego lub działalności przedsiębiorcy będącego producentem towaru lub świadczącego usługi, jeżeli zamiarem dostawcy usługi medialnej, w szczególności związanym z wynagrodzeniem lub uzyskaniem innej korzyści, jest osiągnięcie skutku reklamowego oraz możliwe jest wprowadzenie publiczności w błąd co do charakteru przekazu.

Przytoczony przepis zawiera definicję legalną ukrytego przekazu handlowego, a zatem zgodnie z wolą ustawodawcy, oceniając, czy określony materiał może być uznany za ukryty przekaz handlowy, organ stosujący prawo związany jest wskazanymi kryteriami. Definicja legalna to bowiem norma prawna nakazująca pomiotom dokonującym interpretacji tekstu prawnego przyjmowanie określonego znaczenia zdefiniowanego w niej wyrazu albo wyrażenia.

Zgodnie z przytoczoną definicją, aby określony przekaz mógł zostać uznany za ukryty przekaz handlowy: 1) musi on dotyczyć towarów, usług, nazwy, firmy znaku towarowego lub świadczącego obsługi, 2) zostać przedstawiony, 3) przedstawienie to musi zostać dokonane w ramach audycji, 4) zamiarem dostawcy usługi medialnej jest osiągnięcie skutku reklamowego, 5) zachodzi możliwość wprowadzenia publiczności w błąd co do charakteru przekazu. Dodatkowo ustawodawca wskazuje, że zamiar, o którym mowa w warunku 4 w szczególności może być związany z wynagrodzeniem lub osiągnięciem innej korzyści. *A contrario* przekaz, który nie realizuje chociaż jednego w wyróżnionych przez ustawodawcę elementów, nie może zostać uznany za ukryty przekaz handlowy.

W ramach niniejszej sprawy niesporne jest, że zakwestionowany przekaz wyczerpywał trzy pierwsze warunki definicji ukrytego przekazu handlowego, z tego też względu nie ma potrzeby odnoszenia się do nich. Przedmiotem sporu pozostaje przede wszystkim czwarty i ewentualnie piąty element definicji.

Czwarty z wyróżnianych elementów wskazuje na zamiar dostawcy usługi medialnej w postaci osiągnięcia skutku reklamowego. Ustawodawca jednoznacznie określił, że w przypadku ukrytego przekazu handlowego celem działania dostawcy usługi medialnej jest promocja określonego towaru lub usługi. W doktrynie podkreśla się, że zamiar ten musi zostać wykazany, wskazując dodatkowo, że nie dojdzie do naruszenia zakazu stosowania ukrytego przekazu handlowego, jeżeli zachowanie dostawcy usługi medialnej będzie cechować wina nieumyślna: niedbalstwo lub lekkomyślność (A. Niewęgłowski (red.), *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 121).

Jak wskazano powyżej, w odniesieniu do analizowanego warunku, ustawodawca wprowadził domniemanie faktyczne, zgodnie z którym zamiar osiągnięcia skutku reklamowego w szczególności wiąże się z wynagrodzeniem lub uzyskaniem innej korzyści przez dostawcę usługi medialnej. Posłużenie się przez ustawodawcę określeniem „w szczególności” oznacza jednocześnie, że zamiar osiągnięcia skutku reklamowego nie wyczerpuje się we wskazanych przesłankach. Tym samym przyjąć należy, że zamiar ten może występować niezależnie od wskazanych przez ustawę szczególnych okoliczności.

Zauważyć należy, że powyższa interpretacja w pełni koresponduje z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”). W przytoczonym przez Sąd Apelacyjny wyroku z dnia 9 czerwca 2011 r., C-52/10, TSUE bowiem orzekł, że art. 1 lit. d) dyrektywy Rady 89/552/EWG z 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej, zmienionej dyrektywą 97/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 30 czerwca 1997 r., należy interpretować w ten sposób, iż istnienie zapłaty lub podobnego wynagrodzenia nie stanowi niezbędnego elementu dla stwierdzenia, że kryptoreklama ma charakter zamierzony. Jednocześnie TSUE podkreślił, że zawężająca interpretacja wskazanego przepisu, zagrażałaby osiągnięciu pełnej i właściwej ochrony interesów widzów, której zapewnienie ma na celu dyrektywa 89/552, w szczególności poprzez zakaz kryptoreklamy ujęty w art. 10 ust. 4 tej dyrektywy, i mogłaby ponadto pozbawić ten zakaz skuteczności przy uwzględnieniu trudności, a nawet niemożliwości w pewnych wypadkach stwierdzenia istnienia zapłaty lub podobnego wynagrodzenia w odniesieniu do reklamy przejawiającej poza tym wszystkie cechy charakterystyczne kryptoreklamy (pkt 33). W rezultacie, o ile prawdą jest, że istnienie zapłaty lub podobnego wynagrodzenia stanowi przesłankę umożliwiającą stwierdzenie, że nadawca telewizyjny działa w zamiarze reklamowym, z brzmienia art. 1 lit. d) dyrektywy 89/552 oraz z ogólnej systematyki i celu tej dyrektywy wynika, że zamiaru takiego nie można wykluczyć w razie braku takiej zapłaty lub podobnego wynagrodzenia (pkt 34).

Stosownie do powyższego, oceniając zamiar dostawcy usługi medialnej w postaci osiągnięcia skutku reklamowego, należy przede wszystkim uwzględnić sposób prezentacji towaru lub usługi, który ma zachęcić odbiorcę do jej nabycia (por. J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 1994, s. 148-149; E. Nowińska, K. Szczepanowska-Kozłowska (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2022, s. 419-420). Odnotować przy tym należy, że stanowisko to koresponduje z orzecznictwem Sądu Najwyższego i sądów administracyjnych dotyczącym reklamy. Tytułem przykładu w wyroku z 26 stycznia 2006 r., sygn. V CSK 83/05, Sąd Najwyższy orzekł, że reklamą jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych

konsumentów, odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę, mająca na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług. Zachęta może być wyrażona bezpośrednio, np. przez użycie określeń odpowiadających konkretnym czynnościom, w których wyniku nastąpi zbycie towarów lub usług, albo pośrednio – przez stworzenie sugestywnego obrazu towarów i usług, a także samego przedsiębiorcy, w stopniu narzucającym adresatom nieodpartą chęć nabycia towarów i usług. Z kolei w wyroku z 10 listopada 1999 r., Naczelny Sąd Administracyjny, sygn. I SA/Lu 1030/98, orzekł, że pojęcie „reklama” oznacza wszelkie działania podmiotu gospodarczego mające kształtować popyt poprzez poszerzenie wiedzy przyszłych nabywców o towarach, w celu zachęcania ich do nabywania towarów właśnie od tego, a nie innego podmiotu gospodarczego.

W przypadku przekazu wyemitowanego na antenie radiowej, ograniczonego z natury rzeczy do przekazu audio, kluczowe znaczenie ma więc przekaz słowny. Jak wynika z przytoczonych orzeczeń, a także stanowisk doktryny, przekaz słowny służyć może różnym celom. Podstawowy ich podział koresponduje z wyróżnieniem deskryptywnej i instrumentalnej funkcji języka. Deskryptywna funkcja języka wiąże się z przekazywaniem informacji – poinformowaniem kogoś o czymś, z tego też względu w literaturze przedmiotu określa się ją również mianem funkcji informacyjnej, poznawczej, prezentacyjnej, opisowej lub komunikatywnej. Funkcja instrumentalna języka uwidacznia się zaś w sytuacjach, w których przekaz ma wywołać określony skutek, różny od przekazania samej informacji, jak: wyrażenie uczuć, emocji, przeżyć (funkcja ekspresywna), skłonienie kogoś do określonego zachowania, przyjęcia określonych postaw, poglądów lub wywołanie pewnych przeżyć (funkcja sugestywna lub perswazyjna) albo modyfikacja rzeczywistości społecznej na podstawie uznanych konwencji (funkcja performatywna).

W kontekście przekazu o celu reklamowym najistotniejsze jest odróżnienie funkcji deskryptywnej oraz sugestywnej. Nie ulega przy tym wątpliwości, że jeden przekaz słowny może pełnić jednocześnie obie funkcje, o czym zresztą świadczy przedmiot sporu w niniejszej sprawie. W tej sytuacji kluczowe jest określenie zasadniczych jego elementów, determinujących charakter przekazu.

Co do zasady nie można się zgodzić ze stanowiskiem przyjętym przez Sąd I instancji, że przekaz w całości poświęcony tylko jednemu produktowi sam w sobie musi mieć charakter ukrytej reklamy, gdyż w ten sposób dochodzi do jego nadmiernego wyeksponowania. Jak bowiem wynika z powyższych uwag, przedmiot wypowiedzi, z perspektywy funkcji wypowiedzi, co do zasady nie przekłada się na jej charakter. Innymi słowy, to nie to, czego dotyczy przekaz, lecz to jak został on skonstruowany, determinuje ocenę, czy jego celem jest osiągnięcie skutku reklamowego. Okoliczność, że przekaz w całości poświęcony jest jednemu produktowi, w oderwaniu od innych okoliczności, w szczególności jego formy, nie określa więc jego charakteru.

Niezależnie od powyższego, rację należy przyznać Sądowi Apelacyjnemu, iż żaden przepis nie stoi na przeszkodzie temu, aby przedmiotem programu poświęconemu nowinkom technicznym był tylko jeden produkt.

Podobnie nie można się zgodzić ze stanowiskiem, że samo w sobie użycie w przekazie wyrażeń ocennych powoduje, iż funkcja sugestywna wypowiedzi zaczyna dominować nad jej funkcją deskryptywną. Wypowiedzi ocenne mogą bowiem np. opisywać reakcję rynku na dany towar lub usługę, a zatem stanowić element obiektywnej informacji. Podobnie dotyczyć one mogą cech określonego towaru, jak np. w przypadku urządzeń elektronicznych, ich budowy, łatwości użytkowania, rozdzielczości etc. W doktrynie wskazuje się wprost, że rzeczowe omówienie wad i zalet jakichś produktów w audycjach poświęconych takim prezentacjom, które – należy podkreślić – z natury rzeczy wymaga posłużenia się wyrażeniami ocennymi, nie posiada charakteru kryptoreklamy (J. Sobczak (w:), *Radiofonia i telewizja. Komentarz*, Kraków 2001, art. 16b, art. 16c). Konsekwentnie nie samo występowanie wyrażeń ocennych, wartościujących, lecz cel ich użycia w ramach przekazu, determinuje jego charakter. Jak zaś już wielokrotnie wskazano, w przypadku przekazu o charakterze reklamowym celem tym jest zamiar skłonienia kogoś do określonego zachowania, w szczególności wyboru towaru lub usługi. Wyrażenia ocenne mogą na taki zamiar wskazywać, w szczególności w razie ich nagromadzenia w ramach jednego przekazu, jednakże każdorazowo wymagają one ustalenia ich funkcji w obrębie danego przekazu.

Biorąc powyższe pod uwagę nie można się zgodzić ze stanowiskiem pozwanego, iż Sąd Apelacyjny naruszył art. 4 pkt 20 w zw. z art. 16 pkt 1 u.r.t. Podkreślić bowiem należy, że Sąd Apelacyjny nie przyjął sugerowanej przez pozwanego interpretacji, iż dla oceny zamiaru osiągnięcia skutku reklamowego konieczne jest wykazanie powiązań pomiędzy nadawcą a producentem towaru. Jak wskazano wyżej, powiązanie takie, w szczególności uzyskanie wynagrodzenia lub innej korzyści, stanowi jedynie domniemanie faktyczne zamierzonego reklamowego działania nadawcy, a zatem będąc warunkiem wystarczającym dla stwierdzenia uchybienia obowiązkowi ustawowemu, nie jest tego warunkiem koniecznym. Taką też interpretację wskazanych przepisów przyjął Sąd Apelacyjny. Brak wykazania jakichkolwiek powiązań pomiędzy nadawcą a producentem towaru nie stanowił więc dla Sądu Apelacyjnego argumentu rozstrzygającego o braku zamiaru osiągnięcia skutku reklamowego przez dostawcę usługi medialnej, lecz przesłankę w oparciu, o którą sfalsyfikował możliwość przyjęcia wskazanego domniemania.

Podobnie Sąd Apelacyjny nie dokonał sugerowanej przez pozwanego oceny, iż z uwagi na krótki czas trwania audycji, nie doszło do nadmiernej ekspozycji towaru. Podstawą oceny dokonanej przez Sąd Apelacyjny była treść przekazu, uwzględniająca charakter audycji. W szczególności Sąd Apelacyjny dokonał analizy występujących w przekazie wyrażeń ocennych w kontekście ich funkcji. Ocena ta w pełni koresponduje z treścią art. 4 pkt 20 u.r.t., a także celem przedmiotowej regulacji.

Niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 4 pkt 20 w zw. z art. 16c pkt 1 u.r.t. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na ustaleniu, iż sporny przekaz nie był ukrytym przekazem handlowym przy jednoczesnym pominięciu przesłanki możliwości wprowadzenia publiczności w błąd co do charakteru przekazu, niezbędnej dla takiego ustalenia. Jak wskazano powyżej, definicja legalna ukrytego przekazu handlowego wymaga jednoczesnego spełnienia wszystkich określonych w niej przesłanek. Brak realizacji chociaż jednej z nich powoduje, że określony przekaz, zgodnie z wolą ustawodawcy, nie może zostać zakwalifikowany jako ukryty przekaz handlowy, a tym samym nie znajduje wobec niego zastosowanie art. 16c pkt 1 u.r.t. Jednocześnie wskazać należy, że stosowanie do konstrukcji analizowanej definicji legalnej, ustalenie zamiaru dostawcy usługi medialnej pozostaje niezależne od oceny możliwości wprowadzenia publiczności w błąd co do charakteru przekazu.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. orzekł jak w sentencji.

[P.S.]

r.g.