

Mgr Karolina Witczak
Katedra Prawa Karnego Międzynarodowego
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Łódzki

Znaczenie znamion „reklama” i „promocja” użytych w typie czynu zabronionego stypizowanego w art. 200 § 5 k.k.

Streszczenie

Znamiona „reklama” i „promocja” występujące w przepisie art. 200 § 5 k.k. nie zostały sprecyzowane przez ustawodawcę w k.k. Ze względu na brak legalnej definicji obydwu pojęć w karnoprawnym porządku, zaprezentowano stanowisko doktryny z zakresu wybranych ustaw o administracyjnoprawnym charakterze, w których zawarto wyjaśnienie omawianych terminów. Na tej podstawie zostały wyodrębnione wspólne cechy dla każdego ze znamion. Ponadto, w artykule dokonano oceny zasadności przeniesienia definicji „reklamy” oraz „promocji” wywodzących się z prawa administracyjnego na grunt prawa karnego, a także stworzenia odrębnych definicji powyższych pojęć na potrzeby k.k.

Słowa kluczowe: małoletni poniżej lat 15, przestępstwa seksualne, pedofilia, reklama i promocja.

The meaning of attributes “advertisement” and “promotion” used in the type of offense defined in article 200 § 5 of Polish Criminal Code

Summary

The elements „advertisement” and „promotion” found in the legal provision art. 200 of the Criminal Code are not specified by the legislator in the CC. Due to the lack of legal definitions of both terms in the criminal-law order, the doctrinaire stance in the field of selected administrative law statues has been presented with the explanation of the terms in discussion. On this basis common features of each of the elements have been distinguished. Moreover, in the article there has been made an appraisal of the legitimacy of transferring the definitions of „advertisement” and „promotion”, both deriving from administrative law, to the criminal law ground, but also of the formation of separate definitions of the aforementioned terms for the purpose of CC.

Key words: minor under the age of 15, sexual offences, pedophilia, advertisement and promotion.

Rozdział XXV k.k. – „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”, od czasu wejścia w życie obecnie obowiązującego k.k., został poddany licznym nowelizacjom. W przeważającej liczbie przypadków, biorąc pod uwagę kontekst przestępstw o charakterze seksualnym, potrzeba wprowadzenia zmian do krajowego porządku prawnego jest zdeterminowana faktem związania Polski aktami prawa międzynarodowego, obierającymi za priorytet ochronę praw i wolności człowieka, w tym. Nieróżnymi pobudkami, od wyżej wymienionych kierował się ustawodawca, decydując się na modyfikację treści art. 200 k.k. (przestępstwo pedofilii), która weszła w życie 25 maja 2014 r. W uzasadnieniu do projektu sejmowego (*Druk nr 2016*), odnoszącym się do zmiany ustawy Kodeks Karny oraz innych niektórych ustaw znajdują się wymienione motywy nowelizacji, mające służyć, między innymi¹:

- 1) implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującej decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW,
- 2) doprowadzeniu do zgodności polskich regulacji karnoprawnych z postanowieniami Konwencji Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych oraz w zakresie dotyczącym zwalczania przestępstw związanych z pornografią dziecięcą, Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości,
- 3) uporządkowaniu uregulowań rozdziału XXV k.k. przez zmianę systematyki jego przepisów oraz trafniejszy, mniej kazuistyczny opis znamion niektórych przestępstw².

W przepisie art. 200 § 5 k.k., znajduje się zwrot „prowadzi reklamę lub promocję działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych”. Zarówno wyrażenie „reklama”, jak i „promocja” stanowi *novum* na tle obecnie obowiązującego k.k. Nie zawiera on legalnej, definicji powyższych pojęć. Jednak obydwaj terminy zostały wyjaśnione w innych aktach prawnych.

¹ *Druk sejmowy*, nr 2016.

² *Ibidem*.

Przed omówieniem zakresu desygnatów pojęć stanowiących temat rozważań podjętych w tym artykule, w kontekście języka prawnego, należy sięgnąć do słownika języka polskiego gdzie termin „reklama” został ujęty jako „(...)działanie polegające na zachęcaniu potencjalnych klientów do określonych towarów lub usług; napis, rysunek, film itp. służące temu celowi, efekt czyjejś celowej działalności dotyczącego własnego wizerunku w środowiskach opiniotwórczych”³. Natomiast, zwrot „promocja” oznacza „(...)działania zmierzające do spopularyzowania czegoś, upowszechnianie, propagowanie”⁴. Słownikowe definicje cechują się niskim stopniem precyzji językowej. O ile jest on wystarczający na użytek mowy potocznej, to w języku prawniczym posłużenie się nim daje niezadawalające rezultaty w kontekście wykładni przepisów prawa. Między innymi, z tego powodu pojęcie „reklamy” stanowi przedmiot ciągłych rozważań doktryny prawa cywilnego⁵. Co więcej, istota słownika języka polskiego, niejako „wymusza” „zoptymalizowany” charakter definicji reklamy oraz promocji, gdyż obydwa pojęcia są wykorzystywane w wielu dziedzinach nauki (choćby socjologii, czy ekonomii), dlatego powinny być one ujęte w możliwie najbardziej ogólnikowy sposób, by móc je zaadaptować, bądź przenieść na grunt określonej dyscypliny naukowej⁶. Ponadto należy zauważyć, że między poszczególnymi słownikami języka polskiego także występują różnice znaczeniowe w zakresie zawartych tam terminów⁷.

Wyjaśnienie zwrotów „reklama” oraz „promocja” pojawia się w polskim porządku prawnym, uściślając w aspekcie norm o charakterze administracyjnoprawnym.

Wyjściem dla rozważań jest art. 4 pkt 17 ustawy o radiofonii i telewizji z 29 grudnia 1992r. (u.r.t.). K. Wojciechowski klasyfikuje reklamę jako jeden z rodzajów przekazów handlowych⁸. Z kolei, jak zaznacza E. Czarny – Drożdziejko, jeżeli pod pojęciem przekazu handlowego, którym ustawodawca posłużył się do określenia ram terminu reklama (art. 4 pkt 17 u.r.t), podstawimy objaśnienie pojęcia zamieszczone w uprzednim punkcie tejże ustawy, wówczas definicja pojęcia reklamy będzie nieprawidłowa w kontekście językowym⁹. Można mówić w tym wypadku o błędzie natury

³ S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN, Tom P-Ś*, wyd. 1, Warszawa 2008, Wydawnictwo Naukowe PWN, s. 916.

⁴ *Ibidem*, s. 578.

⁵ K. Grzybczyk, *Prawo reklamy*, wyd. 3, Warszawa 2012, Wolters Kluwer, s. 16.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Por. M. Szymczak (red.) *Słownik języka polskiego. Tom drugi, L-P*, Warszawa 1979, PWN, s. 937; M. Szymczak (red.) *Słownik języka polskiego. Tom trzeci, R-Ż*, Warszawa 1981, PWN, s. 38 – 39.

⁸ K. Wojciechowski, *Słowniczek*, [w:] K. Wojciechowski (red.), *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*, Warszawa 2014, C.H. Beck, s. 55.

⁹ E. Czarny- Drożdziejko, *Komentarz. Ustawa o radiofonii i telewizji*, Warszawa 2014, LexisNexis, s. 72.

logicznej *idem per idem*, który odnosi się do konstrukcji charakteryzowanej regulacji prawnej, bowiem reklama stanowi przekaz handlowy – wedle jednej z definicji – natomiast w kolejnej z nich zostało to powtórzone¹⁰.

K. Wojciechowski stoi na stanowisku, iż w zakresie przedmiotowym „reklamy” zawiera się reklama telewizyjna będąca „ogłoszeniem nadawanym” (*annoucement broadcast*), ponieważ ta przesłanka stanowi (mimo, iż niewyraźną *expressis verbis* przez polskiego ustawodawcę) jedną z najważniejszych cech, które wyróżnia ją względem innych rodzajów przekazów handlowych, na podstawie dyrektywy dotyczącej usług audiowizualnych¹¹. Jak podkreśla K. Wojciechowski, pominięcie tego elementu definicji, powoduje trudności w wyznaczeniu zakresów pojęć „reklama” oraz „przekaz handlowy”. „Reklamę” w rozumieniu u.r.t stanowi przekaz handlowy, o charakterze ogłoszenia promocyjnego rozpowszechnianego lub udostępnianego publicznie przez dostawcę usługi medialnej¹².

E. Czarny – Drożdziejko stwierdza, że forma stylistyczna art. 4 pkt 17 u.r.t. jest „co najmniej niepokojąca” bowiem, reklama w założeniu nie polega na promowaniu towarów lub usług, lecz na sprzedaży lub korzystaniu z nich¹³. Jako cel reklamy ujętej w ten sposób, należy wskazać promocję umowy o charakterze cywilnoprawnym, nie zaś przedmiot samej umowy¹⁴. Natomiast, jak zaznacza K. Wojciechowski, nieodłączną cechą reklamy jest towarzyszący jej zamiar promocyjny, ponieważ w założeniu ma ona zmierzać do promocji¹⁵.

Należy przyjąć, że reklamą, w kontekście u.r.t. nie jest przekaz, który propaguje konkretną ideę, bez względu na odpłatność pojawiającą się wraz z jego udostępnianiem, (rozpowszechnianiem). Z tego samego powodu za reklamę nie można poczytywać także zachęcania kobiet do skorzystania z nieodpłatnych badań mammograficznych, które zostaną sfinansowane przez podmiot prywatny¹⁶. J. Sobczak dodaje, iż elementy o charakterze reklamowym, które mieszczą się w obrazie lub dźwięku, przy okazji sprawozdań z imprez, zawodów sportowych, czy reportaży nie stanowią reklamy¹⁷.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia usług medialnych (Dz. Urz. UE. L Nr 95).

¹² K. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 55.

¹³ E. Czarny- Drożdziejko, *op. cit.*, s. 72.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ K. Wojciechowski, *op. cit.*, s.55.

¹⁶ E. Czarny- Drożdziejko, *op. cit.*, s. 74 .

¹⁷ J. Sobczak, *Radiofonia i telewizja. Komentarz do ustawy*, Warszawa 2001, Zakamycze, s. 96.

Jednak zaznacza, że „(...)jeśli jednak, w trakcie ujęcia kamery, realizator programu skupi szczególną uwagę, dokonując zbliżenia hasła, eksponując je wielokrotnie, wówczas takie działanie mogłoby być uznane za emitowanie reklamy, jednak pod warunkiem, iż zostanie udowodnione pobranie wynagrodzenia przez nadawcę lub jego pracownika w zamian za taką emisję”¹⁸.

Podsumowując rozważania na temat pojęcia „reklamy” na tle u.r.t., J. Sobczak zauważa, że określenie ram dotyczących prezentowanego zagadnienia, potwierdza, że reklama odgrywa ważną rolę, nie tylko w znaczeniu teoretycznym, ale przede wszystkim praktycznym, w szczególności mając na względzie zasady przekazywania reklam¹⁹. Natomiast, E. Czarny – Drożdżewski przedstawia postulat zmiany charakteryzowanej definicji, uzasadniany celem społecznym, któremu ma służyć wprowadzenie dalszych ograniczeń odnoszących się do prowadzenia działalności reklamowej²⁰.

Pojęcie „reklamy” zostało wyjaśnione również, w art. 2 pkt 5 w ustawie z 9 listopada 1995 r., o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych (u.o.z.n.u.t.w.t.)²¹. M. Uliasz przypisuje definicji funkcjonalny charakter²². Prezentowane stanowisko uzasadnia zachowaniem, polegającym na rozpowszechnianiu informacji odnoszących się do wyrobów tytoniowych²³.

Ustawodawca w zakresie omawianej regulacji uwzględnił reklamę, zarówno w bezpośredniej (informacja dotyczy samego wyrobu), jak i pośredniej postaci (informacja odnosi się do producenta wyrobu).

Pierwsza z nich polega na rozpowszechnianiu komunikatów, wizerunków marek wyrobów tytoniowych lub symboli graficznych, które są z nimi powiązane. Nowelizacja ustawy z 8 kwietnia 2010 r. poszerzyła dotychczasowe ramy charakteryzowanej definicji, między innymi, zakwalifikowała komunikaty do kategorii reklamy²⁴. Wedle M. Uliasza, poprzedni stan prawny stwarzał trudności w określeniu, czy reklama radiowa o treści dotyczącej wyrobów tytoniowych zawiera się w zakresie desygnatu analizowanego pojęcia, bowiem ustawa uwzględniała jedynie przedstawienie wizerunku marki lub

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ J. Sobczak, *op. cit.*, s. 96.

²⁰ E. Czarny – Drożdżewski, *op. cit.*, s.73.

²¹ Ustawa z dnia 9 listopada 1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych (Dz. U. 1996 r. Nr 10, poz. 55 z późn. zm.).

²² M. Uliasz, *Reklama i promocja wyrobów tytoniowych*, PS 2001, nr 7-8, s.58.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Ustawa z dnia 8 kwietnia 2010 r. o zmianie ustawy o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych oraz ustawę o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (Dz. U. 2010 r. Nr 81, poz. 529).

symbolu graficznego²⁵. Wydaje się, że brzmienie poprzednio obowiązującej regulacji prawnej należy uznać za rezultat niedopatrzania ze strony ustawodawcy.

Z kolei, jako reklamę pośrednią, w kontekście analizowanego problemu, należy wskazać przekaz dotyczący przedsiębiorcy polegający rozpowszechnianiu nazw oraz symboli graficznych firm produkujących wyroby tytoniowe. Co, więcej, aby ów przekaz mógł zostać zaklasyfikowany jako reklama wspomniane nazwy i symbole nie mogą być różne względem nazw i symboli wyrobów tytoniowych, a także powinny służyć ich popularyzowaniu²⁶.

M. Uliasz wyraża wątpliwość, co do sposobu właściwej interpretacji zwrotu „nie różniących się”, aczkolwiek zakłada, iż chodzi o przypadki, w których nazwy lub symbole są identyczne²⁷.

Ustawodawca przewidział konieczność umieszczenia w reklamie informacji wskazujących producenta, ujmujących nazwy oraz symbole tożsame z nazwami i symbolami wyrobów. Zachęcanie adresatów do podejmowania określonych zachowań, czy też przyjmowania konkretnych postaw, nie jest przesłanką wprost wyrażoną w ustawie, jednakże stanowi nieodzowny element założeń reklamy²⁸.

M. Uliasz wyraża opinię, iż analizowany termin został wyjaśniony przez ustawodawcę, w zbyt szeroki sposób i należy uznać za reklamę, zmierzający do kształtowania popytu przekaz informacji²⁹. Innymi słowy, przekaz, który łączy się z elementem o charakterze subiektywnym – zamiarem przejawiającym się przez zachęcanie odbiorców do nabywania wyrobów tytoniowych. Chociaż, jak wskazuje A. Michalak, trzeba mieć na względzie, że zakresienie dokładnych ram w relacji, dozwolona informacja – zakazana reklama, wydaje się być niemożliwe³⁰.

Zagadnienie reklamy zostało ujęte także w art. 2¹ pkt 3, ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi z 26 października 1982 r. (u.w.t.p.a.)³¹. Jak słusznie stwierdza, Z. Okoń, za reklamę napojów alkoholowych należy poczytać każde rozpowszechnianie o publicznym charakterze, oznaczeń indywidualizujących

²⁵M. Uliasz, *Reklama i promocja wyrobów tytoniowych*, PS 2001, nr 7 - 8, s.59.

²⁶*Ibidem*, s. 60.

²⁷*Ibidem*.

²⁸*Ibidem*, s. 61.

²⁹*Ibidem*, s. 62.

³⁰A. Michalak, *Prawne aspekty reklamy, promocji i sponsorowania wyrobów tytoniowych*, PPH 2006, nr 8, s.32.

³¹(Dz. U. 1982 r. Nr 230, poz. 55 z późn. zm.).

produkty, czynione celem ich popularyzacji³². Ustawodawca chcąc osiągnąć rezultat w postaci „uszczelnienia” norm prawnych wiążących się z reklamą napojów alkoholowych, odnosi się do oznaczeń indywidualizujących określony towar. Wymienione w opisywanej ustawie oznaczenia stanowią „znaki towarowe napojów alkoholowych” oraz „symbole graficzne z nimi związane”³³.

Z uzasadnienia do projektu ustawy o zmianie ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi z 27 kwietnia 2001 r. wynika, iż genezy ostatecznego kształtu omawianej definicji należy upatrywać w próbie włączenia w ramy pojęciowe, przekazów nieposiadających wyłącznie propodażowego charakteru³⁴. Takie działanie jest podyktowane dążeniem do ograniczenia rozpowszechniania oznaczeń indywidualizujących napoje alkoholowe, które to przyczynia się do wzrostu rozpoznawalności oznaczeń w świadomości potencjalnych konsumentów³⁵. W opinii Z. Okonia, pomijanie terminu „popularyzacja”, jak i jego utożsamianie z rozpowszechnianiem oznaczeń indywidualizujących napoje alkoholowe może zagrażać wolności gospodarczej, ale również wolności słowa³⁶. Przedstawiciel doktryny wskazuje, że rozpowszechnianie oznaczeń indywidualizujących napoje alkoholowe nie musi być nastawione wyłącznie na ich popularyzację. Przykładem będą, chociażby dziennikarskie materiały prasowe, które dotyczą konkretnego napoju alkoholowego³⁷.

Ustawa o grach hazardowych z 19 listopada z 2009 r.(u.g.h.), zawiera w art. 29 ust.6 u.g.h. szczegółową regulację definicji „reklamy”. Wydaje się, iż takie działanie jest konsekwencją specyfiki przedmiotu ustawy. Ustawodawca, w celu zapobieżenia próbom „obchodzenia” charakteryzowanej regulacji prawnej „rozszerzył” istniejące definicje, zrównując reklamę i promocję z produktami i usługami, których nazwa, znak towarowy, kształt graficzny lub opakowanie wykorzystuje podobieństwo lub jest tożsame z oznaczeniem gier i zakładów objętych zakazami reklamy i promocji, kasyna lub punktu przyjmowania zakładów, albo z firmą, nazwą lub oznaczaniem podmiotu prowadzącego działalność w zakresie tych gier i zakładów (art. 29 ust. 8 u.g.h.), a także podmiotów, których wizerunek reklamowy wykorzystuje podobieństwo lub jest tożsame z oznaczeniem gier i zakładów objętych zakazami reklamy i promocji, kasyna, gry lub

³² Z. Okoń, *Rozdział V. Napoje alkoholowe*, [w:] E. Traple (red.), *Prawo reklamy i promocji*, Warszawa 2007, Lexis Nexis, s. 144.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Druk sejmowy*, nr 1978.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Z. Okoń, *op. cit.*, s. 145.

³⁷ *Ibidem*.

punktu przyjmowania zakładów, albo z firmą, nazwą lub oznaczeniem podmiotu prowadzącego działalność w zakresie tych gier i zakładów lub innym symbolem obiektywnie odnoszącym się do takich oznaczeń (art. 29 ust. 9 u.g.h.)³⁸.

L. Wilk wyróżnia dwie cechy, jakie posiada reklama w oparciu o wyżej przytoczoną definicję³⁹. Przede wszystkim, omawiane zagadnienie częściowo ujmuje swoim zakresem również pojęcie informacji handlowej, co stanowi pewną odrębność względem tradycyjnego rozumienia analizowanego terminu. Ponadto, konstrukcja sformułowania „reklama” jest zupełnie oderwana od strony podmiotowej, w znaczeniu „(...)celowościowego ukierunkowania zachowań obejmowanych pojęciem reklamy”⁴⁰.

M. Błaszczyk, zwracając uwagę, że literalna wykładnia przepisu art. 29 ust. 6 u.g.h. prowadziłyby do kuriozalnej sytuacji, gdzie jako reklamę należy poczytać właściwie wszystkie informacje odnoszące się do zakazanych gier oraz zakładów wzajemnych⁴¹. Przyjęcie powyższej interpretacji, dokonanej w oderwaniu od kontekstu systemowego, omawianej regulacji, co więcej nieuwzględniającej definicji reklamy, stworzonej na forum doktryny prawa cywilnego, a także zasady rozdziału informacji od reklamy, rodzi zastrzeżenia natury językowej oraz konstytucyjnej⁴². Natomiast T. Oczkowski, wyraża jeszcze bardziej krytyczną opinię, wedle której, w analizowanym przepisie ustawy, w ogóle nie zostało zdefiniowane pojęcie „reklamy”⁴³. Wydaje się, że takie stanowisko jest podyktowane sprzeciwem autora poglądu wobec ujęcia zaprezentowanego w omawianym akcie prawnym, zakresu desygnatu terminu „reklama”.

W u.g.h. nie została uwzględniona definicja „publicznego rozpowszechniania”, która stanowi obligatoryjną przesłankę dla poczytania określonej działalności za reklamę. Wedle J. Adamczyk, zaszeregowanie działań marketingowych jako publicznych, czy też niepublicznych determinuje krąg adresatów konkretnych działań w aspekcie „jakościowym”⁴⁴. Reklama, jak i promocja, adresowana nieokreślonego kręgu odbiorców, należy poczytać ją jako posiadającą charakter publiczny. Ponadto autorka poglądu, stoi na stanowisku, iż do kwalifikacji omawianych form należy ocenić: „(...)stopień

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ L. Wilk, *Hazard. Studium kryminologiczne i prawne*, Warszawa 2012, C.H. Beck, s. 134.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ M. Błaszczyk, *Zakazana reklama hazardu (art. 110a § 1 k.k.s)*, MoP 2013, nr 11, s. 579.

⁴² *Ibidem*, s. 579 – 580.

⁴³ T. Oczkowski, *Przedawnienie karalności oraz przedawnienie wykonania kary. Darowanie czynu bądź kary. Zatarcie skazania* [w:] V. Konarska – Wrzosek (red.), *Prawo i postępowanie karne skarbowe*, Warszawa 2010, Wolters Kluwer, s. 186.

⁴⁴ J. Adamczyk, *Prawne aspekty w zakresie reklamy, promocji i sponsoringu w obszarze gier hazardowych* [w:] M. Namysłowska (red.), *Reklama. Aspekty prawne*, Warszawa 2012, Wolters Kluwer, s. 361.

"konkretyzacji" adresata działań marketingowych, by podmiot decydujący o skierowaniu reklamy był w stanie stwierdzić, czy jest to osoba, która sobie takiej komunikacji życzy(...)" oraz czy „(...)nie należy ona do kręgu osób prawnie chronionych przed zetknięciem z grami hazardowymi”⁴⁵.

Przedmiot publicznego rozpowszechniania w ramach reklamy, w oparciu o u.g.h stanowią: znaki towarowe, symbole graficzne, czy też inne oznaczenia, które obiektywnie łączą się z grami hazardowymi. W ramach nich zawierają się znaki towarowe, zarejestrowane, zgłoszone do ochrony, czy też powszechnie rozpoznawane w granicach terytorium państwa, a także symbole graficzne lub inne oznaczenia, jeżeli są nacechowane zdolnością odróżnienia w obrocie określonych usług, w zakresie gier hazardowych⁴⁶. Zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 6 u.g.h., przedmiotem rozpowszechniania, kwalifikowanego jako reklamę, mogą być również nazwy i symbole graficzne podmiotów prowadzących działalność w ramach gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości zakładów wzajemnych, czy też gier na automatach⁴⁷.

Co więcej, mianem reklamy lub promocji gier hazardowych, ustawa określa także reklamę lub promocję produktów, bądź usług różnych, od gier hazardowych, których reklama i promocja są ustawowo ograniczone, a elementy takich produktów czy usług - nazwa, znak towarowy, kształt graficzny, bądź opakowanie są wykorzystane w działalności odnoszącej się do reklamy lub promocji, charakteryzując się, zarazem tożsamym charakterem, czy też wykorzystując podobieństwo z oznaczeniem identyfikującym określone gry hazardowe lub oznaczeniem danego kasyna, bądź punktu przyjmowania zakładów albo oznaczeniem odróżniającym podmiot prowadzący działalność w zakresie gier hazardowych. Kryterium determinującym, w ocenie kwalifikacji reklamy lub promocji jest skutek w postaci wywołania tożsamego wrażenia u odbiorcy, z tym, które odnosi w styczności z oznaczeniem: określonych gier hazardowych określonego kasyna, punktu przyjmowania zakładów, bądź odróżniającym podmiot prowadzący działalność w zakresie gier hazardowych⁴⁸.

Na koniec omawiania terminu „reklama” w kontekście u.g.h. - należy zaznaczyć, iż z pojęciem „reklamy” lub „promocji” gier zostały zrównane również postacie reklamy lub promocji podmiotów, których wizerunek reklamowy należy uznać za tożsamy lub

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ J. Adamczyk, *op. cit.*, s. 362.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 363.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 370.

wykorzystuje podobieństwo z oznaczeniami wymienionymi przepisie, bądź innym symbolem obiektywnie odnoszącym się do takich oznaczeń⁴⁹.

Pojęcie „promocji” nie zostało uwzględnione przez słownik legalnych definicji w u.r.t., aczkolwiek ustawodawca wykorzystał je do wyjaśnienia terminu „przekaz handlowy” (art. 4 pkt 16 u.r.t.) oraz „reklama” (art. 4 pkt 17 u.r.t.). K. Wojciechowski wymienia trzy przesłanki, które składają się na wyjaśnienie znaczenia przekazu handlowego. Wśród nich znajduje się „(...) przeznaczenie do towarów, usług lub renomy przedsiębiorcy”⁵⁰. Owo przeznaczenie jest oparte na założeniu, iż przekaz handlowy powinien służyć promocji⁵¹. Odnosi się ona dóbr, odgrywających znaczenie w działalności gospodarczej, czyli majątkowych⁵².

Istnienie elementów promocyjnych może stanowić decydujące kryterium przy ocenie handlowego charakteru przekazu, w sytuacji, gdy dostawca usługi medialnej miał możliwość uniknięcia ich, a celowo je eksponuje, oraz gdy czerpie z nich korzyści materialne lub w odmiernej sytuacji, kiedy wspomniane elementy stanowią integralną część przekazu konkretnego wydarzenia⁵³.

Natomiast, w art.2 pkt 7 u.o.z.n.u.t.w.t. został ujęty termin „promocja wyrobów tytoniowych”, z którego można wnioskować, iż promocję wyrobów tytoniowych stanowi działanie, które spełnia łącznie dwie przesłanki, mianowicie prowadzone jest w publiczny sposób oraz ma na celu zachęcenie do nabywania lub używania wyrobów tytoniowych.

M. Uliasz zaznacza, iż niektóre formy promocji spośród tych, uwzględnionych w charakteryzowanym akcie prawnym stanowią postać reklamy wartościowej, albowiem jej adresat otrzymuje jakąś wartość materialną⁵⁴. Najczęściej przejawia się ona przez rozdawanie próbki towaru, organizowanie konkursów lub loterii, poprzedzonych koniecznością zakupu wyrobów tytoniowych. Takie działania mogą polegać na rozdawnictwie lub zorganizowaniu bezpłatnej degustacji⁵⁵.

A Michalak, konkluduje, iż definicja terminu „promocja” ma otwarty charakter, ponieważ ustawodawca wskazuje w niej jedynie przykładowe czynności⁵⁶. Ponadto, przytoczony autor poglądu, dodaje, że w istocie każda reklama stanowi formę promocji⁵⁷.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 371.

⁵⁰ K. Wojciechowski, *op. cit.*, s.53.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² E. Czarny – Drożdziejko, *op. cit.*, s. 70.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ M. Uliasz, *op. cit.*, s.63.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ A. Michalak, *op. cit.*, s. 33.

W wyroku NSA z dnia 4 kwietnia 2001 r., stwierdzono, iż „(...)każda promocja i reklama ma charakter publiczny, skoro jest adresowana do większej liczby osób, które zamierza się skłonić do kupna wyrobów tytoniowych”⁵⁸. Powyższe orzeczenie krytycznie ocenia A. Michalak, który zarzuca mu nadmierne uproszczenie, w kwestii kwalifikacji charakteru reklamy, trafnie zauważając, że niektóre formy promocji z pewnością nie mają charakteru publicznego, jeżeli przekaz promocyjny z uwagi na miejsce, bądź sposób komunikacji nie dociera do nieograniczonej liczby osób⁵⁹.

Z kolei art. 2¹ pkt 2 u.w.t.p.a., określa termin „promocja napojów alkoholowych”. Jak zauważa Z. Okoń, ustawodawca wyraził *expressis verbis*, iż rozdawanie rekwizytów wiążących się z napojami alkoholowymi należy poczytywać za promocję⁶⁰. Niemniej jednak ustawa w żaden sposób nie konkretyzuje zwrotu „rekwizyty alkoholowe”. Rekwizytami, które są związane z napojami alkoholowymi są różnorakie artykuły oraz przyrządy, które służą do spożywania alkoholu, chociażby kieliszki, kufle, czy podstawki pod piwo⁶¹.

Podobnie jak w przypadku pojęcia „rekwizyty alkoholowe”, tak i termin „sprzedaż premiowana” nie został dookreślony przez ustawę. Z. Okoń podaje, że w praktyce jako sprzedaż premiowaną wskazuje się dołączanie, do każdego sprzedanego w określonym okresie, nagrody lub jej zaoferowanie każdemu nabywcy, który spełnia sprecyzowane warunki⁶². W pojęciu „promocji napoju alkoholowego” mieszczą się również inne typowe formy działalności promocyjnej, przykładowo organizowanie konkursów konsumenckich, bądź loterii promocyjnych⁶³.

Przed rozpoczęciem omawiania pojęcia „promocja” w świetle u.g.h. pragnę zauważyć, iż z racji łącznego potraktowania wyrażen „promocja” oraz „reklama” przez ustawodawcę (art. 29 ust. 8 i 9 u.g.h), niektóre zagadnienia promocji zostały omówione wcześniej.

Art. 29 ust. 7 u.g.h., zawiera wyjaśnienie terminu „promocja gier cylindrycznych, gier w karty, zakładów wzajemnych lub gier na automatach”. W charakteryzowanej regulacji prawnej znalazły się przykładowe formy promocji gier hazardowych: prezentacja

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ II SA 1016/00, LEX, nr 447732.

⁵⁹ A. Michalak, *op. cit.*, s. 34.

⁶⁰ Z. Okoń, *op. cit.*, s. 166.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

gier lub zakładów, rozdawanie rekwizytów z nimi związanych, wręczanie żetonów lub dowodu uczestnictwa w tych grach albo ich sprzedaż w miejscach publicznych.

Ponadto, jak nadmieniał L. Wilk, ustawodawca „wyposażył” analizowaną definicję w składnik podmiotowy, ponieważ ujmuje ona postacie „publicznego zachęcania do uczestnictwa”, „przekonywania o zaletach” oraz „zachęcania do wstępu do kasyn gry lub punktów przyjmowania zakładów wzajemnych”⁶⁴. Mimo, że termin „reklama i „promocja” są stosowane w kontekście u.g.h. łącznie, to zakres desygnatu tylko drugiego z wymienionych pojęć zawiera perswazyjny element celowościowy⁶⁵. Inaczej rzecz ujmując, czynności wymienione przez ustawodawcę w art. 29 ust. 7 u.g.h. można zakwalifikować jako promocję w rozumieniu omawianego aktu prawnego, wyłącznie wtedy, gdy ich cel jest nacechowany perswazyjnym charakterem oraz, gdy służą „zachęcaniu” ich potencjalnych adresatów.

Pomimo, iż pojęcia „reklama” oraz „promocja”, są od wielu lat poddawane przez przedstawicieli doktryny różnorodnym analizom na gruncie prawa cywilnego, co przyniosło skutek w postaci wypracowania, spójnego, jednolitego oraz w znaczącej mierze powszechnie aprobowanego stanowiska w kwestii interpretacji powyższych terminów, aczkolwiek odnosi się ono przede wszystkim do szerokiego rozumienia tychże terminów⁶⁶. Jednak, takie ujęcie nie prowadzi do właściwego rezultatu wykładni analizowanych pojęć, ponieważ w przeciwieństwie do prawa karnego, prawo cywilne, w założeniu wyznacza normy dla stosunków prywatnych, co determinuje przekonanie, iż ustawodawca tworząc określone regulacje prawne kierował się w obydwóch przypadkach zgoła odmiennymi przesłankami. Z tego powodu, przedstawiony wywód odnoszący się do definicją „reklamy” oraz „promocji”, oparłam na podstawie czterech, wybranych ustawach, zawierających w większości normy usytuowane w prawie administracyjnym, które jest w istocie prawem publicznym.

Ze zgromadzonych poglądów przedstawicieli doktryny, na temat pojęć stanowiących przedmiot tego artykułu, w ramach komentowanych przez nich poszczególnych aktów prawnych można wskazać wspólne cechy, w kontekście obydwóch terminów, mianowicie „reklama”:

- 1) wyróżnia się dowolnym charakterem formy przekazu,
- 2) jest rozpowszechniana w zakresie określonej działalności,

⁶⁴ L. Wilk, *op. cit.*, s. 135.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 135 – 136.

⁶⁶ Patrz: K. Grzybczyk, *op. cit.*, s. 16.

- 3) jest nastawiona na osiągnięcie oczekiwanego przez reklamodawcę efektu, zawierające się we wzroście sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług.

Natomiast pojęcie „promocji”:

- 1) podobnie, jak w przypadku „reklamy”, „promocję” cechuje dowolność formy przekazu,
- 2) posiada otwarty katalog czynności mieszczących się w zakresie desygnatu „promocji”, które ustawa tylko częściowo konkretyzuje na potrzeby określonej regulacji prawnej,
- 3) jest nastawiona na zachęcanie do sprzedaży towarów lub usług.

Wyodrębnienie właściwości charakteryzowanych terminów, w aspekcie porządku administracyjnoprawnego, skłania do rozważenia dwóch możliwości. Otóż, jeżeli definicje wywodzące się z prawa administracyjnego:

- 1) zostaną recypowane na gruncie prawa karnego - w takim wypadku, pojęcia „reklamy” oraz „promocji” należałoby interpretować w zgodzie z normami administracyjnoprawnymi, oczywiście w granicach wyznaczonych racjonalnością oraz celowością art. 200 § 5 k.k.,
- 2) nie zostaną recypowane na gruncie prawa karnego – w tej sytuacji, normy wywodzące się z prawa administracyjnego nie znajdą zastosowania względem porządku karnoprawnego.

Podsumowując, należy brać pod uwagę, że wykładnia systemowa zakłada tworzenie norm, (bez względu na dziedzinę prawa, której one dotyczą), korelujących z całokształtem systemu prawnego. Zgodnie z powyższym założeniem, a także dodając, iż w omówionych wcześniej fragmentach aktów prawnych, ustawa formułuje wprost pojęcia „reklamy” oraz „promocji” wydaje się, że tworzenie ich „ponownie”, aczkolwiek na potrzeby stosowania tych terminów w kontekście k.k., przeczy tejże zasadzie, dlatego trudno jest w tym przypadku rozważać możliwość rozłącznego traktowania konstrukcji prawa administracyjnego i karnego, chociażby ze względu na obowiązywanie zasady *ultima ratio*. Jednakże, w założeniu słowniczek pojęć, pojawiający się we wszystkich przytoczonych przeze mnie ustawach szczególnych, z zakresu prawa administracyjnego, powinien cechować się uniwersalnością na tle całego systemu prawa, aczkolwiek należy dobitnie podkreślić, iż ta reguła posiada wyjątki. Dlatego, odnosząc analizowane terminy do porządku normowanego prawem karnym, ich recypacja mogłaby się odbyć wyłącznie z uwzględnieniem odrębności o merytorycznym charakterze.

Co zaś tyczy się tworzenia legalnej definicji zagadnień stanowiących przedmiot tego artykułu, za przyjęciem takiego rozwiązania mogą przemawiać problemy z interpretacją tych pojęć na etapie stosowania prawa w praktyce. Ponadto pojawiają się w doktrynie prawa karnego głosy, iż wykładnia terminów „reklama” i „promocja” w oparciu o inne niż k.k. ustawy nie dają zadowalających rezultatów⁶⁷. Na domiar, przedstawione poglądy przedstawicieli doktryny, co najmniej, kilkakrotnie wyrażały ich dezaprobatę względem działań ustawodawcy, który nierzadko, w zaprezentowanych aktach prawnych posługuje się celem skonstruowania poszczególnych definicji, nieostrymi pojęciami, co stwarza kolejne trudności w przeniesieniu konstrukcji stworzonych na gruncie administracyjnoprawnym na płaszczyznę prawa karnego. W dodatku za rozważeniem analizowanej możliwości może przeważać potrzeba właściwej realizacji zasady pewności prawa, a także zasady określoności przepisów prawa (art. 2 Konstytucji RP), które ze względu na cele prawa karnego pełnią szczególnie ważną rolę⁶⁸.

Za każdą z przedstawionych przeze mnie możliwości rozwiązania problemu przeważają ważne argumenty natury prawnej. Z jednej strony, mając na uwadze, specyficzny cel regulacji prawnej zawartej w art. 200 § 5 k.k., to jest karnoprawną ochronę wolności seksualnej osoby małoletniej poniżej lat 15., która nie jest jeszcze w pełni ukształtowana, w aspektach psychicznym oraz emocjonalnym, zbyt wczesne zetknięcie się jej z treściami o charakterze pornograficznym, może skutkować zaburzeniami w rozwoju małoletniego, chociażby w kontekście seksualności i postrzegania ludzkiego ciała. Natomiast, z drugiej strony, przywołany przepis prawa zawiera karę za czyn zabroniony, w postaci pozbawienia wolności, której górna granica ustawowego zagrożenia wynosi 3 lata, przewidziana sankcja może okazać się stosunkowo dolegliwa do wagi popełnionego czynu (oczywiście z uwzględnieniem wszystkich okoliczności towarzyszących jego dokonaniu). Dlatego, stworzenie odrębnych definicji dla pojęć „promocja” oraz „reklama”, przede wszystkim po to, by uniknąć ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych, wydaje się być uzasadnionym działaniem.

Autor: Karolina Witczak

⁶⁷ Patrz: M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2014, Wolters Kluwer, s. 1174.

⁶⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.).

Bibliografia

1. M. Błaszczyk, *Zakazana reklama hazardu (art. 110a § 1 k.k.s)*, MoP 2013, nr 11,
2. E. Czarny- Drożdżejko, *Komentarz. Ustawa o radiofonii i telewizji*, LexisNexis, Warszawa 2014,
3. S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN, Tom P-Ś*, wyd. 1, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008,
4. M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2014,
5. K. Grzybczyk, *Prawo reklamy*, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2012,
6. V. Konarska – Wrzosek (red.), *Prawo i postępowanie karne skarbowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010,
7. A. Michalak, *Prawne aspekty reklamy, promocji i sponsorowania wyrobów tytoniowych*, PPH 2006, nr 8
8. M. Namysłowska(red.), *Reklama. Aspekty prawne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012,
9. J. Sobczak, *Radiofonia i telewizja. Komentarz do ustawy*, Zakamycze, Warszawa 2001,
10. M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego. Tom drugi, L-P*, PWN, Warszawa 1979,
11. M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego. Tom trzeci, R-Ż*, PWN, Warszawa 1981,
12. E. Traple, (red.) *Prawo reklamy i promocji*, Lexis Nexis, Warszawa 2007,
13. M. Uliasz, *Reklama i promocja wyrobów tytoniowych*, PS 2001, nr 7-8,
14. L. Wilk, *Sankcje za złamanie zakazu reklamy i promocji hazardu*, Prok. i Pr. 2012, nr 5,
15. L. Wilk, *Hazard. Studium kryminologiczne i prawne*, C.H. Beck, Warszawa 2012
16. K. Wojciechowski (red.), *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014.