

**ZWIĄZEK STOWARZYSZEŃ
RADA REKLAMY**
ul. Koszykowa 10 lok. 11
00-564 Warszawa



RADA REKLAMY

tel.: +48 22 621 31 94
fax: +48 22 629 18 89
biuro@radareklamy.org
www.radareklamy.org

REGON: 140489484 NIP: 521-3383-625
KONTO: RAIFFEISEN BANK POLSKA SA: PL581750009000000007235348
BIC/ SWIFT: RCBWPLPW

**Uchwała Nr ZO 58/09
z dnia 22 października 2009 roku
Zespołu Orzekającego
w sprawie sygn. Akt:
B/02/09**

1. Zespół Orzekający Komisji Etyki Reklamy, działającej przy Związku Stowarzyszeń Rada Reklamy, w składzie:

- 1) Zofia Sanejko – przewodnicząca,
- 2) Anna Grzełońska – członek,
- 3) Wojciech Piwocki – członek,

na posiedzeniu w dniu 22 października 2009 roku, po rozpatrzeniu skargi o sygnaturze akt B/02/09 złożonej, na podstawie pkt. 7 Regulaminu Rozpatrywania Skarg, przez MW-GMW spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Wadowicach (bliższe dane w aktach sprawy), (dalej: Skarżący), przeciwko Agros Nova Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Skarżony), dotyczącej reklamy telewizyjnej

postanawia

uznać, że reklama narusza normy Kodeksu Etyki Reklamy.

2. Zespół Orzekający ustalił, co następuje:

Do Komisji Etyki Reklamy wpłynęła skarga o Sygn. B/02/09.

Przedmiotem skargi była reklama telewizyjna napoju MINERADO. W przedmiotowej reklamie porównywano napój MINERADO z napojem CAPRIO.

Skarżący opisał zwięźle reklamę stwierdzając, że „reklama została podzielona na czas poświęcony wskazaniu jednego składnika napoju CAPRIO oraz na część, w której wskazane zostają właściwości produktu MINERADO. Na początku widzimy dwa ustawione obok siebie opakowania kartonowe napojów CAPRIO oraz MINERADO, do których zbliża się lupa powiększająca napis: „bez dodatku cukru”, widoczny na obu produktach. Lektor, wyraźnie zaniepokojonym głosem pyta; „czy wiesz, że napis bez dodatku cukru nie zawsze znaczy to samo?”. Pytaniu towarzyszy sugestywna muzyka charakterystyczna dla filmowych thrillerów podkreślająca atmosferę niepokoju. Następnie lektor stwierdza: „W przypadku CAPRIO oznacza to, że producent nie dodaje cukru, ale dodaje sztucznych słodzików”, a widz jednocześnie obserwuje lupę powiększającą napisy: substancje słodzące (małe litery) i oznaczenia E952, E950, E955 (które stają się coraz większe)”. Po tych słowach rozpoczyna się druga część reklamy prezentująca napój MINERADO. W tej części reklamy lektor wyraźnie łagodniejszym i spokojniejszym tonem mówi: „A MINERADO jest bez dodatku cukru i bez żadnych substancji słodzących”. Tekstowi towarzyszy pogodna muzyka mająca podkreślić, iż produkt jest naturalny. Na zakończenie spotu widoczne jest ujęcie prezentujące dwa opakowania napojów i wyeksponowane napisy „Bez dodatku cukru”, któremu towarzyszy wypowiedziany przez lektora tekst-ostrzeżenie: „Bez dodatku cukru. Dwa różne znaczenia. Sprawdzaj co pijesz!”

Skarżący w prawidłowo złożonej skardze podnosił, że w jego ocenie kwestionowana reklama porównawcza jest sprzeczna z podstawowymi zasadami etyki reklamy i narusza:

- I. Art. 6 Kodeksu Etyki Reklamy, zwany dalej KER, zgodnie z którym „bez uzasadnionej konieczności powodowanej np. względami społecznymi i profilaktyką, reklamy nie mogą motywować do zakupu produktu poprzez wykorzystywanie zdarzeń losowych, wywoływanie lęku lub poczucia strachu oraz art. 16 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U z 2003, nr 153, poz 1503 z późn. zm.), zwana dalej uznk, który mówi, że czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest reklama odwołująca się do uczuć klientów przez wywołanie lęku. Cytowane przepisy zostały naruszone przez sposób prezentacji substancji słodzących obecnych w napoju CAPRIO. Wypowiedzi lektora mówiącego: „W przypadku CAPRIO oznacza to, że producent nie dodaje cukru, ale dodaje sztucznych słodzików: E952, E950, E955” towarzyszy sugestywne, pozawerbalne poczucie niepokoju i strachu co do właściwości prezentowanego składnika kryjącego się pod oznaczeniem E952, E950, E955. Wywoływanie niepokoju co do przekazywanej treści potęguje zaniepokojony głos lektora, użycie muzyki jak z filmowych thrillerów i charakterystyczny dla komunikatów ostrzegawczych ton wypowiedzi. Wszystkie te elementy powodują, iż widz wyobraża sobie, że są to „jakieś sztuczne” a więc szkodliwe dodatki. Skarżony nakłania konsumentów do nabycia swojego „bezpiecznego” produktu MINERADO który „jest bez dodatku cukru i bez żadnych

substancji słodzących” w przeciwieństwie do prezentowanego produktu CAPRIO który w reklamie został przedstawiony jako towar posiadający w swoim składzie budzące obawy i niepokój składniki. Skarżony usiłuje przekonać konsumentów, że oferowany przez niego napój jest lepszy od produktu konkurencyjnego poprzez uwypuklenie rzekomych negatywnych skutków spożywania produktów zawierających tzw. słodziki, co może zakłócić proces decyzyjny konsumentów i skłonić ich poprzez odwołanie się do emocji (obawy, lęku), do zakupu napoju MINERADO, a nie napoju CAPRIO. Tymczasem podkreślić należy, iż używanie obecnych w napoju CAPRIO substancji E952, E950, E955 jest zgodne z przepisami ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia oraz wydanymi na jej podstawie przepisami Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 września 2008r. w sprawie dozwolonych substancji dodatkowych. Użyte w napoju CAPRIO substancje słodzące są substancjami legalnie używanymi i nieszkodliwymi dla konsumentów.

- II. Reklama sprzeczna jest również z art. 8 KER, gdyż nadużywa zaufania odbiorcy i wykorzystuje jego brak doświadczenia lub wiedzy co do wpływu na zdrowie używanych substancji dodatkowych przy produkcji artykułów spożywczych. Nie ulega wątpliwości, że odbiorca nie dysponuje specjalistyczną wiedzą na temat oznaczenia produktów spożywczych i nie jest w związku z tym w stanie zweryfikować nieprawdziwości twierdzeń zawartych w reklamie produktu MINERADO.
- III. Zdaniem Skarżącego reklama ta rażąco narusza przepis art. 10 ust. 1 pkt. a) oraz art. 16 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U z 2003, nr 153, poz 1503 z późn. zm.), zwana dalej uznk.

Zgodnie z brzmieniem art. 10 ust. 1 a) „reklamy nie mogą wprowadzać w błąd jej odbiorców w szczególności w odniesieniu do: (...) istotnych cech, w tym (...) właściwości, składu (...) reklamowanego produktu. Natomiast zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt. 2 uznk zakazana jest reklama wprowadzająca w błąd i mogąca przez to wpłynąć na decyzję klienta co do nabycia towaru. Wprowadzenie w błąd w niniejszej sprawie oznacza oparcie reklamy na fałszywej tezie wypowiedzianej w pierwszym zdaniu, która brzmi: „czy wiesz, że napis „bez dodatku cukru” nie zawsze znaczy to samo?, gdyż wbrew temu twierdzeniu, deklaracja „bez dodatku cukru” zawsze znaczy to samo – znaczy, że do środka spożywczego nie dodano cukru. W konsekwencji cały przekaz reklamowy staje się wprowadzającym w błąd przekazem.

Substancje słodzące nie są tożsame ze składnikiem w postaci cukru, zatem ich obecność w napoju CAPRIO nie zmienia znaczenia stwierdzenia, że napój ten został sporządzony „bez dodatku cukru”. Oświadczenie zawarte na opakowaniu napoju „CAPRIO”, jak i napoju „MINERADO” ma to samo znaczenie wbrew sugestii wynikającej z treści przedmiotowego przekazu reklamowego. Poprzez takie sformułowanie pytania odbiorca zostaje wprowadzony

w błąd, co do treści reklamy. Stanowisko takie potwierdza orzecznictwo – wyrok z dnia 14 września 2005 r. Sadu Apelacyjnego w Poznaniu sygn. I ACa 149/05: *„Reklama wprowadzająca w błąd” oznacza każdą reklamę, która w jakikolwiek sposób, w tym przez swoją formę, wprowadza lub może wprowadzić osoby, do których jest skierowana lub dociera, i która, z powodu swojej zasadniczej natury, może wpłynąć na ich postępowanie gospodarcze lub która, z tych powodów, szkodzi lub może szkodzić konsumentowi.* Jak zatem wynika z powyższego orzeczenia za kwalifikacją danej reklamy jako wprowadzającej w błąd może przemawiać nie tylko nieprawdziwość wskazywanych w niej informacji, ale też sposób ich prezentacji. Wprowadzenie w błąd przez reklamę ma miejsce wówczas, gdy powstałe na podstawie reklamy wyobrażenia nie są zgodne ze stanem rzeczywistym. Przyczyna niezgodnych ze stanem rzeczywistym wyobrażeń adresatów reklamy mogą być nie tylko wypowiedzi reklamowe, które są nieprawdziwe, ale również takie, które choć same w sobie prawdziwe, mogą prowadzić odbiorców do błędnych wniosków choćby z uwagi na sposób ich przedstawienia lub pomijają informacje o istotnym znaczeniu dla adresata.

IV. Reklama narusza art. 11 KER oraz art. 16 ust. 3 uznk. Przepisy wskazanych artykułów zawierają przesłanki jakie muszą zostać spełnione w przypadku reklamy porównawczej, przy czym zgodnie z art. 16 ust. 3 wymaga się, aby wskazane przesłanki spełnione były łącznie. Podstawową przesłankę stanowi zakaz wprowadzania w błąd odbiorców reklamy. W niniejszej sprawie przesłanka ta nie została spełniona. Ponadto art. 16 ust. 3 pkt. 2 jak również art. 11 pkt. 3 nakłada na reklamodawcę obowiązek rzetelnego i dającego się zweryfikować na podstawie obiektywnych kryteriów porównania towarów/usług zaspokajających te same potrzeby. W niniejszym przepisie prawo nakłada zatem na reklamodawcę następujące obowiązki:

1. Aby porównanie nastąpiło na podstawie obiektywnie przyjętych kryteriów, tzn. bez odwoływania się do ocen wartościowych, i
2. Aby było przeprowadzone w sposób rzetelny, a więc w sposób możliwie dokładny z uwzględnieniem wszystkich okoliczności.
3. Porównanie winno dotyczyć towarów zaspokajających te same potrzeby konsumenta (substytucyjnych).

W opinii Skarżącego, nie ulega wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie nie można mówić o dokonaniu rzetelnego porównania.

Za wykluczeniem rzetelności przemawia fakt, iż porównanie składu obydwóch produktów odbywa się w kontekście fałszywego twierdzenia uprawnionego, iż napis „bez dodatku cukru nie zawsze oznacza to samo” i pośrednich sugestii, że Skarżący ukrywa stosowanie substancji słodzących w swoim produkcie.

Ponadto ewidentne jest, że porównywane napoje nie mogą być uznane za substytuty zaspokajające te same potrzeby konsumenta.

Z załączonych fotografii opakowań napoju „Caprio” wynika, że jest to napój o zawartości soków owocowych 21%, przeciwstawiany mu napój „Minerado” zawiera zaś łącznie 85% soków z różnych owoców (jak wynika ze spotu reklamowego – ponieważ Skarżącemu nie udało się odnaleźć na rynku napoju „Minerado”, zakłada on, że informacja podana w omawianej reklamie jest prawdziwa). Wartość energetyczna napoju „Caprio” z uwagi na czterokrotnie niższą zawartość soków owocowych (zawierających naturalnie występujące w owocach cukry) i użycie niskokalorycznych słodzików wynosi od 11 do 14 ml kcal/100 ml i jest kilkakrotnie niższa niż wartość energetyczna napojów „Minerado”.

Z dostępnej literatury naukowej wynika jednoznacznie, że substancje słodzące w przeciwieństwie do cukrów niemal nie dostarczają energii (są bardzo nisko kaloryczne) oraz nie posiadają wielu niekorzystnych cech zdrowotnych charakterystycznych dla cukru.

W szczególności stwierdza się: *„Z żywieniowego punktu widzenia ich [tj. substancji słodzących] cechą charakterystyczną jest niewnoszenie do organizmu energii”* (Żywnienie człowieka. Podstawy nauki o żywieniu” pod red. J. Gaweckiego i L. Hryniewieckiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, str. 381). W innej publikacji naukowej czytamy: *„Jedną z przyczyn zastępowania sacharozy substancjami silnie słodzącymi (słodzikami) jest chęć obniżenia wartości energetycznej (kaloryczności produktów) (...). Prowadzone przez nas badania wykazały, że negatywne oddziaływanie cukru na zdrowie (cukrzyca, próchnica, nadwaga/otyłość) można zmniejszyć przez szeroką dostępność produktów bezcukrowych”* (prof. dr hab. K. Krygier, mgr J. Jasiński: „Polski rynek produktów bezcukrowych” w: „Sacharydy i substancje słodzące (żywność i kosmetyki)”, Konin 2002, str. 85). Przedstawiona na str. 85 cyt. Publikacji tabelka nr 1 obrazuje, że stosowane przez Wnioskodawcę substancje słodzące takie jak acesulfam K, czy cyklaminy, przed którymi *ostrzega* konsumenta przedmiotowa reklama, są w przeciwieństwie do cukrów przydatne w diecie osób cierpiących na cukrzyce i próchnice oraz mają obniżoną wartość kaloryczną, a zatem są przydatne również w walce z nadwagą (prof. dr hab. K. Krygier, mgr J. Jasiński: „Polski rynek produktów bezcukrowych”).

Zawartość cukru i wartość energetyczna żywności jest zatem z punktu widzenia oczekiwań konsumenta jedną z najistotniejszych cech towaru, od której zależy dokonanie odpowiedniego wyboru.

W związku z powyższym nie sposób uznać za rzetelne porównywanie napojów mających inne cechy funkcjonalne i nie będące z tego punktu widzenia substytutami, tj. – napoju o niskiej wartości energetycznej i niskiej zawartości cukru (z uwagi na niższy udział soków owocowych w składzie), dosładzanego słodzikami, z napojem kilkakrotnie bardziej kalorycznym, nie zawierającym co prawda cukru dodanego, ale bogatym w cukier naturalny występujący w owocach.

V. Wynikający z Art. 16 ust. 3 pkt. 3 uznk nakaz obiektywnego dokonywania istotnych cech towarów również nie został spełniony.

Przedmiotowa reklama w sposób nieobiektywny dokonuje porównania składników i właściwości towarów, gdyż opisując napój CAPRIO, lektor mówi, że napis „bez dodatku cukru” oznacza, że producent nie dodaje cukru, ale dodaje sztucznych słodzików. Natomiast w momencie wskazywania na właściwość napoju MINERADO, wypowiedź ogranicza się do stwierdzenia, że jest on „bez dodatku cukru i bez żadnych substancji słodzących”. Zabrakło natomiast dalszej części zdania: ale zawiera naturalnie występujące cukry, która to informacja jest obowiązkowa do umieszczenia na etykiecie w przypadku gdy środek spożywczy posiada cukry występujące naturalnie w składnikach tego wyrobu (załącznik do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1924/2006 w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności nakazuje uzupełnienie oświadczenia żywieniowego „bez dodatku cukru” informacją uzupełniającą „zawiera naturalnie występujące cukry”). Reklama pokazuje widzowi wybrany fragment opakowania CAPRIO, a nie prezentuje pełnej pożądanej przez odbiorcę informacji dotyczącej napoju MINERADO, co czyni że jest to nieobiektywne porównanie.

VI. Art. 11 pkt. 6 KER oraz art. 16 ust. 3 pkt. 5 zabrania prowadzenia reklamy porównawczej która dyskredytuje w oczach Konsumenta produkt konkurenta, jakim w omawianym przypadku jest innowacyjny w swojej kategorii, napój CAPRIO. Producentowi CAPRIO udało się obniżyć kaloryczność produktu i jednocześnie zachować walory smakowe, jakość i cenę; dzięki tym staraniom produkt ten stał się bardziej dostępny dla szerszej rzeszy odbiorców, w tym diabetyków i innych osób, które muszą lub chcą obniżyć cukier w swojej codziennej diecie.

Zakaz dyskredytowania produktu konkurenta w reklamie porównawczej dotyczy przypadku, w którym reklama wykazuje, że produkt konkurenta jest znacznie gorszy. Wówczas reklama porównawcza jest sprzeczna z dobrymi obyczajami nawet jeśli spełnia pozostałe wymogi reklamy porównawczej (E. Nowińska, M. du Vall: „Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2006, str. 249-250). Innymi słowy, nawet gdyby przedmiotowa reklama nie wprowadzała konsumenta w błąd, należałoby ocenić, czy nie deprecjonuje ona produktu konkurenta za pomocą środków innych, niż poprzez obiektywne porównanie właściwości obu produktów.

Rozpatrując dyskredytujący charakter spornej reklamy należy uwzględnić nie tylko wypowiedziany tekst, ale także pozawerbalne środki użyte w przekazie. Istotne z punktu widzenia odbioru konsumenta elementy przedmiotowej reklamy telewizyjnej to dobór odpowiedniej muzyki, tempo wypowiedzianych słów, zmiany nastroju, ton głosu lektora oraz pojawiające się ostrzeżenie „sprawdzaj co pijesz”. Jak to już wyżej wskazano, elementy te w negatywnym świetle przedstawiają napój „CAPRIO bez dodatku cukru”, gdyż wprowadzają nastrój nieuzasadnionej grozy i odwołują się do uczucia lęku konsumenta przed spożywaniem tego napoju. Ton głosu lektora i muzyka ilustrująca przekaz na temat napoju „Caprio” mają cechy charakterystyczne dla ścieżki dźwiękowej w filmach grozy. Cechy te nie występują natomiast w czasie prezentacji napoju „Minerado”. Postępowanie Skarżonego jest

sprzeczne z dobrymi obyczajami, jako, że „uczciwa reklama winna mieć charakter pozytywny, to znaczy winna zmierzać do zachęcenia klientów do kupowania wyrobów reklamującej się firmy, a nie zniechęcać do nabywania wyrobów firm konkurencyjnych przez podważanie ich rzetelności i jakości” (wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 15 maja 1998 roku, sygn. Akt I ACa 367/98).

Podczas posiedzenia Skarżący poinformował, że napój MINERADO zawiera w swoim składzie substancje oznaczone jako E330 i E120. (E330 to oznaczenie kwasu cytrynowego, zaś E120 to oznaczenie barwnika).

Na potwierdzenie swojej argumentacji Skarżący przedstawił opinię prawną w przedmiocie oceny legalności reklamy porównawczej MINERADO vs. CAPRIO - Prof. dr hab. Ryszarda Skubisza oraz opinię B.Gnela, A.Kielijan Kancelaria Adwokacka spółka jawna - nt. zgodności przedstawionej w stanie faktycznym reklamy porównawczej z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w szczególności z art. 16 tej ustawy, a także z art. 3 lit. a), b), i e) rozporządzenia PE i Rady (WE) nr 1924/2006 z dnia 20 grudnia 2006r. w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności.

Skarżący przedłożył również stanowisko Głównego Inspektora Sanitarnego odnośnie interpretacji warunków stosowania oświadczenia żywieniowego „bez dodatku cukrów”.

Skarżony złożył odpowiedź na skargę i uczestniczył w posiedzeniu.

Skarżony wniósł o oddalenie skargi z uwagi na brak naruszenia norm Kodeksu Etyki Reklamy jak również stwierdził jej pełną zgodność z przepisami powszechnie obowiązującego prawa. Tytułem uzasadnienia Skarżony poinformował, że mając na względzie fakt, że skarżona reklama zgodnie z definicją wyrażoną w art. 3 lit. b Kodeksu Etyki Reklamy (dalej zw. KER) jest reklamą porównawczą, należy dokonać jej oceny w świetle art. 11 KER. Zgodnie z tym przepisem:

Reklamy porównawcze są dopuszczalne, jeżeli służą interesom ożywionej konkurencji oraz informacji publicznej. Nie mogą jednak wprowadzać w błąd odbiorców reklamy.

Wszelkie odniesienia w reklamie o charakterze porównawczym muszą być przedstawione w sposób poprawny metodologicznie, w tym w szczególności informacje o produktach, oferty handlowe oraz dane.

W reklamie porównawczej można porównywać jedynie produkty zaspokajające te same potrzeby lub wytworzone w tym samym celu.

Reklamy porównawcze muszą porównywać jedną lub więcej cech, o ile są one weryfikowalne. Wśród tych cech może się znajdować również cena. Reklamy porównawcze nie mogą prowadzić do pomyłki wśród odbiorców, co do oferowanych produktów, znaków towarowych, nazw handlowych, innych oznaczeń. Reklama o charakterze porównawczym nie

może w nieuzasadniony sposób, sprzeczny z postanowieniami Kodeksu, a w szczególności z treścią ust. 1, 2 i 5 używać pełnej lub skróconej firmy, nazwy, symbolu graficznego lub innych oznaczeń indywidualizujących, przynależnych zgodnie z prawem do innego podmiotu oraz wykorzystywać jego dobrego imienia. Reklama porównawcza, poprzez użyte w niej środki wyrazu, nie może dyskredytować lub ośmieszać konkurenta oraz dotyczących go okoliczności, stawiając w złym świetle jego osobę lub produkt.

Odnosząc się do pierwszego punktu Skarżony stwierdził, że niewątpliwie skarżona reklama służy interesom ożywionej konkurencji oraz informacji publicznej. Wynika to z faktu, że przedmiotem porównania jest, po pierwsze uwypuklona na opakowaniu obu produktów cecha polegająca na braku dodatku cukru, a po drugie różniąca produkty cecha w postaci dodatku substancji słodzących, w porównywanym produkcie i braku substancji słodzących w produkcie reklamowanym. Zwraca się w ten sposób uwagę nabywcy na istotną okoliczność, a mianowicie, iż prosty wniosek płynący z informacji, iż dany produkt nie zawiera dodatku cukru, a więc nie jest słodzony, nie do końca jest pełną informacją w tym zakresie. Daje to w sposób oczywisty podstawę dla przyjęcia, że przedmiotowa reklama służy zarówno interesom ożywionej konkurencji jak również informacji publicznej. Nie sposób w tym miejscu nie wskazać na prezentację i reklamę produktu „Caprio”. Otóż w emitowanej w sierpniu bieżącego roku reklamie napoju „Caprio bez dodatku cukru” będącym porównywanym produktem w skarżonej reklamie, znalazła się informacja, że cyt. „owoce Caprio są z natury słodkie, nie potrzebują dodatkowego cukru”, która w sposób oczywisty sugeruje, że słodki smak produktu pochodzi z owoców i wobec tego nie potrzebuje on dodatku cukru. W świetle faktu dodawania do napoju „Caprio” substancji słodzących jest to informacja, co najmniej nie pełna, przez co mogąca wprowadzić konsumenta w błąd.

Ponadto, Skarżony wskazał, że w świetle przepisów rozporządzenia (WE) Nr 1924/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 roku w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności, zamieszczenie przez wnioskodawcę w oznakowaniu napoju Caprio oświadczenia żywieniowego „bez dodatku cukru” nie spełnia wymogów zamieszczonego w załączniku do rozporządzenia. Załącznik ten zawiera wykaz oświadczeń żywieniowych i warunki ich stosowania, z którego wynika, że oświadczenie żywieniowe „bez dodatku cukru” może być stosowane tylko wówczas, gdy produkt nie zawiera żadnych dodanych cukrów prostych, dwucukrów, ani żadnych innych środków spożywczych zastosowanych ze względu na ich właściwości słodzące. Art. 2 ust. 1 lit. a rozporządzenia nr 1924/2006 w zakresie definicji żywności (środka spożywczego) odsyła do art. 2 rozporządzenia (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiającego ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołującego Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności i ustanawiającego procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności, które stanowi, że „...żywność” („środek spożywczy”) oznacza jakiegokolwiek substancje lub produkty, przetworzone, częściowo przetworzone lub nieprzetworzone, przeznaczone do

spożycia przez ludzi lub, których spożycia przez ludzi można się spodziewać. Środek spożywczy obejmuje napoje, gumę do żucia i wszelkie substancje, łącznie z wodą, świadomie dodane do żywności podczas jej wytwarzania, przygotowania lub obróbki.". Z uwagi na fakt, że powyższa definicja ma bardzo szeroki charakter ustawodawca wspólnotowy zdecydował się dodatkowo przedstawić w tym samym art. 2 zamknięty katalog substancji, które nie mają charakteru „środków spożywczych". Zważywszy, że substancje słodzące są „świadomie dodane do żywności podczas jej wytwarzania, przygotowania lub obróbki", a ponadto nie znalazły się w wykazie substancji, które ustawodawca wyłączył z zakresu definicji środka spożywczego, należy uznać, że mają one charakter środków spożywczych. Zatem w świetle przytoczonych regulacji w przypadku dodania do produktu dodatkowych substancji słodzących nie można stosować oświadczenia żywieniowego „bez dodatku cukru". To zatem opakowanie (reklama produktu wnioskodawcy, nie zaś reklama uczestnika jest niezgodne zarówno z KER jak i przepisami prawa, zaś komunikat zawarty w reklamie uczestnika, że napis „bez dodatku cukru" nie zawsze znaczy to samo, jest zgodny z prawem. W świetle powyższych okoliczności, nie wymaga chyba dalszych dowodów okoliczność, że skarżona reklama służy interesom ożywionej konkurencji oraz informacji publicznej. Drugą przesłanką etycznej reklamy porównawczej jest niewprowadzanie konsumentów w błąd.

Mając na względzie fakt, że również przepisy prawa powszechnie obowiązującego (ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dalej zw. uznk) w analogiczny sposób co KER regulują kwestię reklamy wprowadzającej w błąd, przy wykładni tego postanowienia zasadnym jest sięgnięcie do dorobku doktryny i orzecznictwa sądowego wypracowanego na gruncie uznk.

I tak przyjmuje się, że reklama wprowadza w błąd, jeżeli wywołuje lub może wywołać w umyśle przeciętnego konsumenta wyobrażenia niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, dotyczące towaru lub usługi - powoduje rozbieżność pomiędzy rzeczywistymi cechami towaru a wyobrażeniami klienta (adresata przekazu reklamowego), dotyczącymi tego towaru lub usługi.

Co istotne, ryzyko wprowadzenia w błąd może dotyczyć zarówno właściwości produktu reklamowanego, jak i właściwości porównywanego produktu konkurencyjnego.

Ponadto, ryzyko wprowadzenia w błąd powinno być istotne, a przy ocenie reklamy wprowadzającej w błąd należy uwzględnić wszystkie jej elementy, zwłaszcza dotyczące ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy lub konserwacji reklamowanych towarów lub usług, a także zachowania się klienta.

Na szczególną uwagę zasługuje również fakt, iż przesłankę niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd ocenia się in abstracto. Jako miernik służy wzorzec

przeciętnego konsumenta. Na model ten składają się typowe cechy osób kupujących dany towar. Obecnie przyjmuje się, iż przeciętny odbiorca to „dobrze poinformowany, uważny i racjonalny” konsument. Należy jednak podkreślić, iż model ten różni się, w zależności od rodzajów towarów, dla oznaczania, których używane są porównywane oznaczenia. Stopień uwagi konsumenta zależy, bowiem od rodzaju nabywanych towarów i usług. Na tej podstawie przyjmuje się, iż w przypadku towarów tanich nabywca dokonuje zakupów dość spontanicznie, bez głębszego zastanowienia. Znacznie więcej uwagi poświęca nabywca przy zakupie produktów drogich, ekskluzywnych, o specjalnym przeznaczeniu i długim okresie użytkowania.

Należy przede wszystkim podkreślić, iż przedmiotowa reklama odnosi się wyłącznie do składu porównywanych napojów, których opis znajduje się w oznakowaniu obu produktów, w szczególności dotyczy kwestii dodanego cukru oraz dodatkowych substancji słodzących w składzie obu produktów.

W opinii Skarżonego bezspornym jest, że zarówno napój Minerado jak i napój Caprio nie zawierają dodanych cukrów co wynika z oznakowania składu obu produktów i co w sposób jak najbardziej transparentny wnika z przekazu reklamowego. Substancje słodzące E 950 (Acesulfam K), E952 (kwas cyklaminy) i E 955 (sukraloza), wymienione w metryczce składu Caprio nie stanowią, bowiem cukrów, a są substancjami dodatkowymi w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Zdrowia z 18 września 2008 roku w sprawie dozwolonych substancji dodatkowych (Dz. U. z 2008 r. Nr 111, póź.1094). Wszystkie w/w substancje są substancjami słodzącymi (por. załącznik nr 2 do powołanego wyżej rozporządzenia).

Również, jak najbardziej prawdziwą i transparentną jest zawarta w reklamie informacja, że do porównywanego napoju „Caprio” dodano dodatkowe substancje słodzące (potocznie określane mianem sztucznych słodzików).

Zdaniem Skarżonego nie można zasadnie twierdzić, że wprowadzającym w błąd jest zawarty w reklamie komunikat, że napis „bez dodatku cukru” nie zawsze znaczy to samo. Należy wskazać, że w treści przedmiotowej reklamy, w sposób absolutnie jednoznaczny wskazano, że zarówno Caprio jak i Minerado nie zawierają dodanego cukru („W przypadku Caprio oznacza to, że producent nie dodaje cukru, ale dodaje sztucznych słodzików, a „Minerado” jest bez dodatku cukru i bez żadnych substancji słodzących”). W reklamie zwraca się jednak uwagę na fakt, że sama informacja o braku dodatku cukru nie przesądza o tym, że do produktu nie dodano innych substancji użytych w celu dosłodzenia. Z tego względu, mając na względzie fakt, że informacja ta jest jak najbardziej prawdziwa, nie sposób zasadnie twierdzić, że reklama może w prowadzić w błąd.

W kolejnym punkcie KER wskazuje się, że wszelkie odniesienia w reklamie porównawczej muszą być przedstawiane w sposób poprawny metodologicznie, w tym w szczególności informacje o produktach. Oczywistym jest, że skarżona reklama

spełnia wskazane kryterium. Porównywane w reklamie cechy produktów, są w pełni weryfikowalne dla każdego, gdyż informacja o nich znajduje się w oznakowaniu opakowań tychże produktów. Konsument sięgając po produkt, może z łatwością zweryfikować treści zawarte w reklamie. Zgodnie z art. 11 pkt. 3 KER w reklamie porównawczej można porównywać jedynie produkty zaspokajające te same potrzeby lub wytworzone w tym samym celu. Oczywistym jest, że skarżona reklama spełnia tą przesłankę.

W opinii Skarżonego porównywane w przedmiotowej reklamie produkty są towarami substytucyjnymi. Po pierwsze, porównywane produkty są towarami z tej samej kategorii produktowej tj. napojami owocowymi. Po drugie, oba napoje wyprodukowane zostały z zagęszczonych soków owocowych z tych samych owoców, tj. jabłek, wiśni i aronii. Po trzecie, wbrew twierdzeniom wnioskodawcy porównywane napoje zaspokajają te same potrzeby. Całkowicie niezrozumiałym w tym zakresie jest twierdzenie wnioskodawcy jakoby napój Caprio nie zaspokajał tych samych potrzeb co napój Minerado, z uwagi na to, iż ze względu na swoją obniżoną wartość energetyczną może być „przydatny w diecie osób cierpiących na cukrzycę oraz nadwagę”. Otóż, po pierwsze, zdaniem skarżącej nie ma to żadnego znaczenia bowiem oczywistym jest, że porównywane produkty mogą się pomiędzy sobą różnić (gdyby były identyczne nie nadawałby się w oczywisty sposób do porównania). Po drugie informacja taka, nie wynika z oznakowania produktu czy z opisu produktu Caprio, umieszczonego na stronie internetowej Maspex, pod adresem <http://www.maspex.com.pl/pl/oferta.php/22.html>. Również emitowana reklama telewizyjna napoju Caprio nie przekazuje informacji o rzekomo szczególnych właściwościach produktu, predestynujących go do spożycia przez cukrzyków, czy osoby z nadwagą. Wobec powyższego, należy jeszcze raz podkreślić, iż przedmiotowa reklama porównuje dwa substytucyjne produkty - napoje jabłkowo-wiśniowo-aroniowe, a przedmiotem porównania jest zawartość bądź brak substancji słodzących w obu produktach, co w sposób oczywisty wynika z oznakowania ich opakowań. Dla uznania substytucyjności porównywanych produktów nie ma żadnego znaczenia ich zawartość energetyczna, zwłaszcza gdy cecha ta nie wynika z ich prezentacji czy reklamy. Oba produkty w sposób niewątpliwy zaspokajają te same potrzeby i należą do tej samej kategorii. Z kolejnego punktu art. 11 KER wynika, że reklamy porównawcze muszą porównywać jedną lub więcej cech, o ile są one weryfikowalne. Jak już była o tym mowa wyżej, przy analizie spełniani przesłanki określonej w pkt. 2 art. 11 KER porównywane w reklamie cechy są jak najbardziej weryfikowalne w oznakowaniu opakowań porównywanych produktów.

Zgodnie z art. 11 pkt. 5 KER reklamy porównawcze nie mogą prowadzić do pomyłki wśród odbiorców, co do oferowanych produktów, znaków towarowych, nazw handlowych i innych oznaczeń. Kryterium w oczywisty sposób spełnia przedmiotowa reklama. Oba produkty są prezentowane w reklamie w taki sposób, w jakim są

oferowane w sprzedaży tj. reklama pokazuje opakowania obu produktów. Mając na względzie rozpoznawalność obu marek, nie ma żadnego niebezpieczeństwa konfuzji co do oferowanych produktów.

Odnosząc się do art. 11 pkt. 6 KER wskazać należy, że reklama nie zawiera żadnych oznaczeń indywidualizujących innego podmiotu. Reklama w żaden sposób nie dyskredytuje ani nie ośmiesza konkurenta bądź dotyczących go okoliczności, stawiając w złym świetle jego osobę lub produkt.

Na szczególną uwagę zasługuje także fakt, iż zakaz dyskredytowania (oczerniania), sformułowany przepisem art. 11 pkt 6 KER (podobną regulację zawiera art. 16 ust. 3 pkt 5 uznk) dotyczy działań, które nie są naturalną konsekwencją wskazania na wyższość lub równorzędność własnej propozycji rynkowej. Jak wskazują przedstawiciele doktryny, niedopuszczalne oczernianie konkurenta jest najczęściej następstwem wadliwości w stosowaniu innych przesłanek reklamy (np. wymogu rzetelnego porównania lub wymogu dotyczącego porównywania istotnych cech towarów). „Oczywiście, każde porównanie, jeśli prowadzi do wykazania wyższości, w pewnym stopniu deprecjonuje ofertę konkurencyjną, jednak ustawodawca dopuścił taki skutek reklamy porównawczej”. Wobec powyższego Bezzasadność podniesionego przez wnioskodawcę zarzutu dyskredytowania przez przedmiotową reklamę napoju Caprio wynika z faktu, iż reklama w żadnym zakresie nie stwierdza ani nie sugeruje szkodliwości Caprio, a jedynie dokonuje, w sposób jak najbardziej zgodny z prawem, jego rzetelnego porównania z reklamowanym napojem Minerado. Dokonane porównanie dotyczy istotnych, obiektywnych i sprawdzalnych cech obu produktów i zostało zaprezentowane w reklamie w sposób jak najbardziej obiektywny poprzez odwołanie się wyłącznie do informacji umieszczonych przez producenta w metryczce składu Caprio, podlegających weryfikacji przez odbiorcę.

Podsumowując tę część rozważań Skarżony stwierdził, że przedmiotowa reklama spełnia wszystkie kryteria reklamy porównawczej wskazane w art. 11 KER.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów prezentowanych w skardze przez skarżącego, Skarżony podał co następuje.

Wbrew twierdzeniom skarżącego nie można zasadnie twierdzić, że przedmiotowa reklama narusza art. 6 Kodeksu Etyki Reklamy (dalej zw. KER) czy regulujący tożsamą kwestię art. 16 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej zw. uznk)

Zgodnie z treścią art. 6 KER bez uzasadnionej konieczności powodowanej np. względami społecznymi i profilaktyką, reklamy nie mogą motywować do zakupu produktu poprzez wykorzystywanie zdarzeń losowych, wywoływanie lęku lub poczucia strachu. Przepis ten wskazuje na zasadę, zgodnie z którą, reklamy nie powinny motywować do zakupu produktu przez wykorzystanie zdarzeń losowych, wywoływanie lęku lub poczucia strachu. W świetle tej regulacji przełamanie tej

zasady jest dopuszczalne w przypadku zaistnienia uzasadnionej konieczności powodowanej np. względami społecznymi i profilaktyką.

Przepis art. 16 ust. 1 pkt. 3 UZNK stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności: reklama odwołująca się do uczuć klientów przez wywoływanie lęku, wykorzystywanie przesądów lub łatwowierności dzieci. Przyjąć zatem można, że normy wynikające ze wskazanego wyżej przepisu UZNK oraz KER w znacznej części się pokrywają, co daje podstawę do sięgania przy ich wykładni do dorobku doktryny i orzecznictwa sądowego wypracowanego na gruncie UZNK.

Jak wskazują przedstawiciele doktryny na gruncie art. 16 ust. 1 pkt. 3 UZNK, nie chodzi tu o każde wywołanie obaw odbiorcy, a jedynie o takie, które prowadzi do przekroczenia zwyczajowo przyjętych granic⁴. Stąd też, przy ustalaniu, czy doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji określonego przepisem art. 16 ust. 1 pkt 3 uznk „niezbędne jest stwierdzenie, czy odznaczający się przeciętną wrażliwością odbiorca będzie miał, na wskutek wywołania lęku, ograniczoną możliwość powzięcia rozsądnej decyzji o nabyciu towaru lub skorzystania z usługi⁵”.

W opinii Skarżonego przedmiotowa reklama napoju Minerado, wbrew twierdzeniom Skarżącego, nie jest reklamą odwołującą się do uczuć klientów przez wywołanie lęku oraz nie motywuje do zakupu reklamowanego produktu przez wywołanie lęku lub poczucia strachu. Teza wysuwana przez skarżącego oparta jest na całkowicie dowolnej interpretacji spotu reklamowego, wedle której, jeden ze składników napoju „Caprio”, tj. substancje słodzące, został przedstawiony w sposób sugerujący, iż „sztuczne słodziki E952, E950, E955” są „szkodliwymi dodatkami, budzącymi obawy i niepokój” oraz „wywołującymi negatywne skutki”. Z treści przedmiotowej reklamy nie wynika, bowiem żadna sugestia o szkodliwości dla zdrowia napoju Caprio. Takie stwierdzenie nie znajduje się w reklamie, ani nawet nie sposób przyjąć, że jej przekaz zawiera taką sugestię. Zarówno użyty w niej podkład muzyczny jak również ton komunikatów stanowią dozwolone w reklamie, nieprzekraczające zwyczajowo przyjętych granic, elementy perswazyjne, których jedynym celem jest zwrócenie uwagi konsumenta na fakt, iż jeden z porównywanych substytucyjnych produktów oznaczonych oświadczeniem żywieniowym „bez dodatku cukru” zawiera substancje słodzące (sztuczne słodziki), a drugi ich nie zawiera. Przedmiotowa reklama w sposób wyważony dokonuje porównania istotnej cechy porównywanych produktów, a jej przekaz nie może ograniczyć w żaden sposób swobody podjęcia rozsądnej decyzji w procesie nabywania towarów. Co więcej, informacje zawarte w przekazie reklamowym wynikają wyłącznie z oznakowania porównywanych produktów, co daje odbiorcom reklamy możliwość niezależnej ich weryfikacji. Warto również w kontekście tego dodać, że fakt legalności stosowania do napoi owocowych dodatkowych substancji słodzących nie ma nic wspólnego z oceną niniejszej reklamy, w której zestawiono dwa substytucyjne produkty dokonując ich porównania w

oparciu o istotną i w pełni weryfikowalną ich cechę, w postaci dodatku bądź braku dodatku substancji słodzących.

Zdaniem Skarżonego, całkowicie niezrozumiałym jest stawiany przez skarżącego zarzut naruszenia art. 8 KER. Przepis ten stanowi, że: reklama nie może nadużywać zaufania odbiorcy, ani też wykorzystywać jego barku doświadczenia lub wiedzy. W bardzo lakonicznym uzasadnieniu tego punktu skargi skarżący podnosi, że cyt. [...] (reklama) nadużywa zaufania odbiorcy i wykorzystuje jego brak doświadczenia lub wiedzy co do wpływu na zdrowie używanych substancji dodatkowych przy produkcji artykułów spożywczych. Otóż, zdaniem skarżącego, ten bezpodstawny zarzut opiera się na błędnym założeniu skarżącego, iż reklamujący ukazuje szkodliwość substancji słodzących obecnych w napoju Caprio. Jak wskazano powyżej reklama Minerado w sposób obiektywny i rzetelny porównuje cechy reklamowanych produktów, o których producenci informują konsumentów poprzez informacje zawarte na opakowaniach. Z treści przedmiotowej reklamy nie wynika bowiem żadna sugestia o szkodliwości dla zdrowia napoju Caprio. Takie stwierdzenie nie znajduje się w reklamie, ani nawet nie sposób przyjąć, że jej przekaz zawiera taką sugestię. Wobec powyższego trudno przychylić się do twierdzenia skarżącego, iż przeciętny konsument, a zatem należycie poinformowany, uważny i racjonalny, nie posiada zdolności oceny składu nabywanych produktów. Przyjęcie stanowiska, jakoby przekazywanie w przedmiotowej reklamie informacji, iż porównywane produkty nie posiadają cukru ale jeden z nich zawiera substancje słodzące, przekraczało zdolności zrozumienia przeciętnego konsumenta i nadużywało jego zaufanie lub wykorzystywało brak jego doświadczenia, wydaje się być absurdalne. Co więcej, porównanie zawarte w przedmiotowej reklamie dotyczy obecności bądź braku obecności substancji słodzących w obu produktach, a więc istotnej, obiektywnej i sprawdzalnej cechy porównywanych napojów owocowych. Porównanie to zostało zaprezentowane w reklamie w sposób jak najbardziej obiektywny poprzez odwołanie się wyłącznie do informacji umieszczonych przez producenta w metryczce składu napoju Caprio, podlegających weryfikacji przez odbiorcę. Twierdzenie skarżącego, jakoby reklamujący, pomijając w reklamie informację, uzupełniającą oświadczenie żywieniowe bez dodatku cukru, tj. „zawiera naturalnie występujące cukry”, dokonał nieobiektywnego porównania reklamowanych produktów jest bezpodstawne. Należy bowiem zauważyć, iż zgodnie z załącznikiem do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1924/2006 w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności każdy produkt opatrzony oświadczeniem żywieniowym „bez dodatku cukru”, jeśli zawiera naturalnie występujące cukry, musi zwracać na etykiecie dodatkową informację - „zawiera naturalnie występujące cukry”. Warunek ten jest spełniony, ponieważ wszystkie etykiety napoju Minerado zawierają powyższą informację. Ponadto, napój Caprio również zawiera naturalnie występujące cukry i niniejsza informacja znajduje się na opakowaniu produktu. Dlatego też

reklamujący nie miał obowiązku wykazywania w reklamie tej cechy produktów, która nie posiada charakteru różnicującego. Jest to istotne w kontekście faktu, iż przedmiotem reklamy porównawczej są elementy różnicujące porównywane produkty. W przeciwnym razie doszlibyśmy do absurdalnej sytuacji, w której reklamujący byłby zobowiązany do wskazania w reklamie wszystkich cech reklamowanych produktów. Wobec powyższego również w tym przypadku trudno zasadnie zarzucić przedmiotowej reklamie, iż porównuje się w niej w sposób nieobiektywny cechę dotyczącą zawartości składników w obu produktach.

Na potwierdzenie swojej argumentacji Skarżony przedstawił opinię Prof. dr hab. Ewy Nowińskiej dotyczącą reklamy porównawczej napoju MINERADO i CAPRIO.

3. Zespół Orzekający zważył co następuje:

W opinii Zespołu Orzekającego przedmiotowa reklama uchybia warunkom dopuszczalności stosowania reklamy porównawczej określonym w art. 11 Kodeksu Etyki Reklamy.

Zespół Orzekający podzielił zarzut Skarżącego, uznając, że reklama narusza Kodeks Etyki Reklamy, ponieważ wprowadza konsumentów w błąd. Zespół Orzekający uznał, że reklama dyskredytuje konkurencyjny produkt – napój CAPRIO – sugerując, że producent CAPRIO stosuje fałszywe oznaczenia na opakowaniu tego produktu i ukrywa w ten sposób obecność w produkcie substancji uchodzących w społecznym mniemaniu za szkodliwe.

Zdaniem Zespołu Orzekającego reklama straszy konsumentów w nieuzasadniony sposób, gdyż napój CAPRIO nie zawiera substancji, które byłyby prawnie niedopuszczalne do stosowania w środkach spożywczych.

W związku z powyższym, na podstawie pkt 37 lit c) Regulaminu Rozpatrywania Skarg Zespół Orzekający orzekł jak w pkt 1 uchwały.

Zgodnie z pkt.50 Regulaminu Rozpatrywania Skarg z dnia 4 czerwca 2008r., stronom przysługuje prawo do odwołania się od uchwały Zespołu Orzekającego w terminie 10 dni od daty doręczenia uchwały. Podstawę odwołania mogą stanowić wyłącznie nowe fakty i dowody, nieznanne zainteresowanej stronie w dacie podjęcia przez Zespół Orzekający uchwały.