

Influencerzy a reklama – aspekty prawne

1. Wprowadzenie

Ostatnie 2 lata pandemii COVID-19 przyspieszyły rozwój handlu elektronicznego, zwiększyły zainteresowanie konsumentów usługami cyfrowymi i ich zaangażowanie w mediach społecznościowych². Nawet konsumenci, którzy mają opory przed dokonywaniem zakupów w internecie, chętnie korzystają z możliwości łatwego porównania cen towarów, jak też wyszukają recenzje różnych towarów i usług. Jednakże odróżnienie komunikatu, który jest wyłącznie recenzją towaru, od jego reklamy nie jest zawsze oczywiste, zwłaszcza gdy przyjrzymy się praktykom tzw. influencerów.

Pomimo zwiększonego zainteresowania praktykami influencerów, ich wpływem na konsumentów oraz konkurencję na rynku handlu elektronicznego regulację tego zagadnienia ustawodawcy polski i unijny pozostawili ogólnym przepisom dotyczącym przeciwdziałania nieuczciwym praktykom rynkowym czy zapewnienia etycznej reklamy. Odniosę się krytycznie do braku bardziej szczegółowych rozwiązań prawnych w tym zakresie, niewystarczających wytycznych interpretacyjnych oraz ograniczonych możliwości egzekwowania przestrzegania prawa reklamy przez influencerów.

Niniejszy rozdział najpierw przedstawi kryteria, które można uwzględnić przy ustalaniu, kogo określamy mianem influencera. Skonkretyzowany zostanie również charakter działalności influencerów, tj. czy mamy do czynienia z przedsiębiorcami czy z osobami działającymi w ich imieniu lub na ich rzecz (pkt 2). Następnie zilustruję główny problem dotyczący praktyk influencerów, tj. problem kryptoreklamy, jej klasyfikacji jako nieuczciwej praktyki rynkowej oraz praktyki naruszającej Kodeks Etyki Reklamy³ (pkt 3). Jednakże uczciwość praktyk influencerów może być również kwestionowana, jeżeli komunikat został wyraźnie i jasno oznaczony jako zawierający treści reklamowe. Na przykład influencerzy mogą swoją działalnością promować oszustwa internetowe, scam. Przyjrę się zatem również innym niż kryptoreklama zakazanym praktykom rynkowym i

¹ Z podziękowaniem dla Ridy Ahmed i Emmy Weston za pomoc w zbieraniu źródeł.

² Zob. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Prezes UOKiK sprawdzi praktyki Allegro*, www.uokik.gov.pl/download.php?plik=24808 (dostęp: 22.03.2022 r.). Office of Communications (Ofcom), *Online Nation*, www.ofcom.org.uk/research-and-data/internet-and-on-demand-research/online-nation (dostęp: 14.07.2022 r.). Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Sprawozdanie z działalności UOKiK – rok 2020*, uokik.gov.pl/download.php?plik=25581 (dostęp: 14.07.2022 r.), s. 71.

³ Kodeks Etyki Reklamy został przyjęty przez Związek Stowarzyszeń Rada Reklamy, czyli organizację pozarządową powstałą z inicjatywy środowisk rynku reklamowego i marketingowego, zob. radareklamy.pl/kodeks-etyki/ (dostęp: 30.08.2022 r.).

odniosę je do praktyk influencerów (pkt 4). W podsumowaniu odpowiem na pytanie, czy konieczna jest dalsza ingerencja ustawodawcy w celu zapewnienia zgodności praktyk influencerów z prawem reklamy (pkt 5).

2. Influencer czy twórca internetowy, przedsiębiorca czy osoba działająca na jego rzecz – definicje

2.1. Rozwój rynku influencerów

Rynek reklamowy ciągle się rozwija i dostosowuje do nowych trendów w komunikacji. W ubiegłych latach, w związku z częstszym korzystaniem przez konsumentów z internetu, aktywniej zaczął być wykorzystywany nowy kanał komunikacji, jakim są media społecznościowe. Konsumenti spędzają kilka godzin dziennie, oglądając filmy na platformach YouTube czy TikTok, przeglądając zdjęcia na Instagramie czy Snapchacie, czytając komunikaty i posty na Twitterze, Facebooku oraz różnych blogach. Zwiększenie ilości komunikatów reklamowych w tych właśnie mediach społecznościowych nikogo zatem nie powinno dziwić, zwłaszcza gdy weźmiemy pod uwagę zwiększoną szansę na ich skuteczność⁴.

Efektywność tych kanałów komunikacji w reklamie może wynikać z kilku czynników. Po pierwsze, konsumenci mogą postrzegać osoby, które reklamują towary lub usługi w mediach społecznościowych, jako osoby, z którymi łatwo mogą się zidentyfikować, w przeciwieństwie do celebrytów promujących produkty w mediach tradycyjnych. To pozwala im łatwiej zaufać przekazowi w mediach społecznościowych, rekomendacje stają się bardziej autentyczne⁵. Po drugie, twórcy treści promocyjnych w mediach społecznościowych mogą mieć zwiększony wpływ na konsumentów również dlatego, że stają się ich trenerami życia (*life coach*)⁶. Po trzecie, w przeciwieństwie do tradycyjnych przekazów reklamowych, powiązanie pomiędzy danym przedsiębiorcą a osobą promującą jego czy jej towary lub usługi jest dużo mniej widoczne w mediach społecznościowych. Tym samym komunikat reklamowy może zostać odebrany przez konsumentów raczej jako komentarz

⁴ G. Ye, L. Hudders, S. De Jans, M. De Veirman, *The Value of Influencer Marketing for Business: A Bibliometric Analysis and Managerial Implications*, „Journal of Advertising” 2021/50, s. 160.

⁵ A. Russell, *The Influencer Code: How to Unlock the Power of Influencer Marketing*, Hatherleigh Press 2020, rozdział 1; S. Kapitan, P. van Esch, V. Soma, J. Kietzmann, *Influencer Marketing and Authenticity in Content Creation*, „Australasian Marketing Journal” 2021, s. 1–10; C. Schwemmer, S. Ziewiecki, *Social Media Sellout: The Increasing Role of Product Promotion on YouTube*, „Social Media + Society” 2018, s. 10.

⁶ A. Perelli, D. Whateley, S. Bradley, *How the Coronavirus Is Changing the Influencer Business, According to Marketers and Top Creators on Instagram and YouTube*, „Business Insider Australia” z 22.03.2020 r., www.businessinsider.com.au/how-coronavirus-is-changing-influencer-marketing-creator-industry-2020-3 (dostęp: 14.07.2022 r.).

naturalny, a nie treść promocyjna, co zmniejsza nieufność wobec treści reklamowych⁷. Po czwarte, zatarcie granic pomiędzy treścią reklamową a innymi komunikatami w mediach społecznościowych można zauważyć również, obserwując samą formę przekazu. W przeciwieństwie do programów telewizyjnych czy radiowych, które przeznaczają oddzielny czas na reklamy (poza oczywiście reklamą ukrytą, np. umieszczanie towarów w samych programach), w internecie reklamy te są dużo bardziej splecione z innymi komunikatami (tzw. *native advertising*)⁸. Rezultatem tych działań jest ograniczenie konsumentom możliwości wyłączenia reklamy z mediów społecznościowych, o ile nie są oni gotowi na całkowite zrezygnowanie z udziału w tych mediach. Literatura przedmiotu wskazuje, że konsumenci rzadko podejmują tak drastyczne kroki, by chronić swoją prywatność czy zmniejszyć wpływ marketingu na swoje życie⁹.

W związku z wymienionymi powyżej kryteriami nie powinno nas dziwić, że osoby, które osiągają największe sukcesy w promowaniu towarów i usług w mediach społecznościowych, niekoniecznie są gwiazdami filmu lub sportu. Oczywiście celebryci też często wykorzystują różne kanały mediów społecznościowych w celach reklamowych, np. Martyna Wojciechowska czy Robert Lewandowski¹⁰. Jednakże to nie sława i popularność decyduje o wpływie, jaki influencerzy wywierają na innych konsumentów, lecz latami pielęgnowany autentyczny wizerunek, który wzbudza zaufanie odbiorców¹¹. Często zaufanie to wynika ze wspólnego zainteresowania osoby promującej pewne towary lub usługi i jej odbiorców określonym tematem, np. Kayla Itsines i jej promocja fitness; Julia Kostera i jej zainteresowanie modą, wizażem; Ekipa Friza i ich treści lifestyle.

2.2. Kto jest influencerem?

⁷ V. Luoma-aho, T. Pirttimäki, D. Maity, J. Munnukka, H. Reinikainen, *Primed Authenticity: How Priming Impacts Authenticity Perception of Social Media Influencers*, „International Journal of Strategic Communication” 2019/13, s. 352; C. Schwemmer, S. Ziewiecki, *Social...*, s. 20.

⁸ N. Perrin, *US Native Advertising 2019*, „Insider Intelligence” z 20.03.2019 r., www.emarketer.com/content/us-native-advertising-2019 (dostęp: 14.07.2022 r.).

⁹ F. Westin, S. Chiasson, *Opt out of Privacy or “Go Home”: Understanding Reluctant Privacy Behaviours through the FoMO-Centric Design Paradigm*, „Proceedings of the New Security Paradigms Workshop”, dl.acm.org/doi/10.1145/3368860.3368865 (dostęp: 14.07.2022 r.).

¹⁰ K. Dobroszek, *To najpopularniejsi influencerzy w Polsce. Biznesowo zanotowali poważne wzrosty*, „My Company Polska” z 14.06.2021 r., mycompanypolska.pl/artukul/to-najpopularniejsi-influencerzy-w-polsce-biznesowo-zanotowali-powazne-wzrosty/7096 (dostęp: 14.07.2022 r.).

¹¹ A. Russell, *The Influencer...*, rozdział 1.

Powszechnie osoby reklamujące produkty w mediach społecznościowych nazywamy influencerami, lecz coraz częściej stosuje się również pojęcie twórcy internetowego (*content creator*). Różnica polega na nacisku, jaki pierwsze pojęcie kładzie na fakt, że osoby te mają duży wpływ na swoich odbiorców, a drugie – na fakt, że działalność tych osób wymaga kreatywności i nie zawsze motywowana jest chęcią uzyskania sponsoringu. Tym samym pierwsze pojęcie może być odbierane jako bardziej negatywne, gdyż automatycznie prowadzi do pytań zarówno o zakres wywieranego wpływu, jak i o właściwego jego wykorzystywanie¹². Aby zagwarantować większą pewność prawa, zalecane by było przyjęcie jednolitej terminologii do określenia osób promujących produkty przedsiębiorców w mediach społecznościowych. Według mnie pojęcie influencerów jest właściwsze, gdyż obejmuje osoby, które zarówno same generują treść przekazu na swoich kanałach społecznościowych, jak i dzielą się treścią opracowaną przez innych. Element kreatywności wydaje się zbędny przy określaniu potencjalnego nieuczciwego charakteru praktyk rynkowych tych osób¹³. Ponadto pomimo twierdzeń, że praktyki większości influencerów nie są równoznaczne z reklamą¹⁴, ich działalność nakierowana na uzyskanie zysku wzbudza zainteresowanie z prawnego punktu widzenia.

Jakie kryterium powinno zatem zostać spełnione, aby określić daną osobę mianem influencera? Pojęcie to nie zostało jeszcze zdefiniowane w konsumenckim prawie europejskim. Komisja Europejska w wydanych w grudniu 2021 r. wytycznych interpretacyjnych¹⁵ wymienia wyłącznie jedno kryterium: zasięg influencerów. Mianowicie influencerem będzie „osoba fizyczna lub podmiot wirtualny o większym niż przeciętny zasięgu na danej platformie”¹⁶. Odniesienie do podmiotów wirtualnych uwzględnia tutaj najnowsze praktyki rynkowe, np. agencji marketingowych tworzących podmioty wirtualne, które dzielą się swoimi „przeżyciami” na założonych dla nich kanałach mediów społecznościowych¹⁷. Jednakże sama definicja wydaje się zbyt ogólna, aby mogła rzeczywiście pomóc

¹² S. Bishop, *Name of the Game*, „Real Life” z 14.06.2021 r., reallifemag.com/name-of-the-game/ (dostęp: 14.07.2022 r.).

¹³ Zob. odmiennie C. Goanta, *Human Ads Beyond Targeted Advertising*, „Verfassungsblog: On Matters Constitutional”, intr2dok.vifa-recht.de/receive/mir_mods_00011119 (dostęp: 22.03.2022 r.).

¹⁴ A. Russell, *The Influencer...*, rozdział 1.

¹⁵ Zawiadomienie Komisji – Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym, (Dz.Urz. UE z 2021 r., C 526/01).

¹⁶ Zawiadomienie Komisji – Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym, (Dz.Urz. UE z 2021 r., C 526/01..., s. 97).

¹⁷ Np. w Holandii stworzono Esther Olofsson, której avatar jest ekspatką ze Szwecji mieszkającą w Rotterdamie. Zob. www.virtualhumans.org/human/esther-olofsson (dostęp: 14.07.2022 r.). Zob. również:

w rozpoznawaniu podmiotów, które są influencerami, mimo że jest znana polskiej doktrynie¹⁸.

Oczywiście możliwe jest, że intencją Komisji było szerokie sformułowanie tego pojęcia, aby kontrolować jak najszerszy krąg praktyk rynkowych. Komisja mogła również uznać, że bezzasadne jest wymienianie innych kryteriów, np. prowadzenia działalności w celach handlowych, gdyż te warunki i tak będą musiały zostać spełnione w celu zastosowania przepisów chroniących konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi. Niestety Komisja nie podała, w jaki sposób należy określić większy niż przeciętny zasięg danego podmiotu, więc możemy się jedynie domyślać, ilu odbiorców dany influencer powinien mieć oraz jak wykazać jego wpływ na ich decyzje zakupowe. Komisja nie dostarcza żadnych przykładów z obecnie funkcjonujących platform mediów społecznościowych, jak TikTok, Instagram czy YouTube¹⁹. Tym samym jedyny warunek, którego spełnienie Komisja zaleca sprawdzić, został niedookreślony.

Bardziej wyczerpującą definicję zawiera najnowszy raport przygotowany na zlecenie Parlamentu Europejskiego, który analizuje zakres działań influencerów oraz różne definicje proponowane przez doktrynę²⁰. Raport ten wymienia szereg kryteriów, które mogłyby być pomocne przy definiowaniu pojęcia influencerów, np. ich zasięg (grono odbiorców)²¹ czy działanie w celu uzyskania korzyści majątkowej²². Definicja proponowana w tym raporcie określa bowiem influencera jako „twórcę internetowego działającego w celach handlowych, który buduje zaufanie i związki oparte na autentyczności ze swoimi odbiorcami (głównie w kanałach mediów społecznościowych) oraz nawiązuje współpracę przez Internet z podmiotami prowadzącymi działalność handlową, poprzez

Dzień Dobry TVN, *Nieistniejący celebryci podbijają sieć i zarabiają miliony*. „Czasami trudno ich odróżnić od realnych ludzi”, dziendobry.tvn.pl/gwiazdy/awatary-podbijaja-siec-i-zarabiaja-miliony-czasami-trudno-ich-odroznic-od-realnych-ludzi-da338139-5313246 (dostęp: 14.07.2022 r.).

¹⁸ B. Witucki, *Kontrakty reklamowe gwiazd oraz influencerów mediów społecznościowych* [w:] *Prawo własności intelektualnej*, red. D. Wetoszka, Warszawa 2020, s. 11–22. W polskiej literaturze przedmiotu wymienia się również kryterium trwałych relacji pomiędzy influencerami a ich odbiorcami, jak również twórczości (zob. K. Grzybczyk, *Odpowiedzialność prawna influencerów za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy* [w:] *Wykonanie zobowiązań. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Adamowi Brzozowskiemu*, red. K. Bilewska, D. Krekora-Zajac, Warszawa 2021), s. 153–164.

¹⁹ Zob. również J.A. Luzak, *Influencer marketing as a potentially unfair commercial practice: the Commission's new guidance*, „Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken” 2021/1, s. 5.

²⁰ F. Michaelsen, L. Collini [et al.], *The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market*, s. 15–26, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703350/IPOL_STU\(2022\)703350_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703350/IPOL_STU(2022)703350_EN.pdf) (dostęp: 14.07.2022 r.).

²¹ Zob. również GfK Consortium, *Behavioural Study on Advertising and Marketing Practices in Online Social Media: Final Report*, data.europa.eu/doi/10.2818/290217 (dostęp: 14.07.2022 r.), s. 32.

²² J. Trzaskowski, *Identifying the Commercial Nature of “Influencer Marketing” on the Internet*, „Scandinavian Studies in Law” 2018/65, s. 81, 83.

wykorzystanie różnorodnych modeli biznesowych, w celu uzyskania korzyści majątkowej”²³. Ta definicja z kolei jest być może zbyt szczegółowa, by okazać się pomocna w praktyce. Dla przykładu, jeżeli stosowalibyśmy prawo reklamy do praktyki influencerów, pojawiłoby się pytanie, czy dany podmiot powinien być zwolniony z ewentualnej odpowiedzialności za naruszenie tego prawa przez udowodnienie, że jego wkład twórczy w daną aktywność był ograniczony, a zatem nie można go nazwać twórcą internetowym. Równie problematyczne może okazać się kryterium autentyczności, zwłaszcza gdy to jej brak może często prowadzić do twierdzenia, że dane praktyki influencerów były nieuczciwe.

Konsekwentnie, moim zdaniem, definicja influencerów powinna opierać się na bardziej sprecyzowanym kryterium zasięgu, uwzględniającym wpływ wywierany przez danego influencerów na odbiorców poprzez próbę pozyskania ich zaufania, jak też na zamiarze influencerów uzyskania korzyści majątkowej z jego czy jej działań.

2.3. Charakter działalności influencerów

Jeśli dany podmiot zostanie uznany za influencerów, to pojawia się pytanie, czy powinno to automatycznie klasyfikować jego czy ją jako przedsiębiorcę, czy osobę, która działa w imieniu lub na rzecz przedsiębiorcy. Tylko wtedy, gdy mamy do czynienia z przedsiębiorcą lub osobą działającą w jego czy jej imieniu, będzie możliwe zastosowanie przepisów chroniących konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi (art. 4 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 1 u.p.n.p.r.)²⁴. Prezes UOKiK nadzoruje praktyki rynkowe w celu ukarania przedsiębiorców, którzy naruszają zbiorowe interesy konsumentów. W tym zakresie pojęcie przedsiębiorcy należy interpretować szeroko, tj. można za przedsiębiorców uznać nie tylko podmioty zarejestrowane jako prowadzące działalność gospodarczą w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zaznacza, że każdy, w tym blogerzy czy influencerzy, „kto w sposób zorganizowany i ciągły faktycznie prowadzi działalność gospodarczą i czerpie zyski np. z zakładania, prowadzenia lub propagowania systemów promocyjnych typu piramida”, jest objęty zakresem tego pojęcia²⁵.

²³ F. Michaelsen, L. Collini [et al.], *The Impact...*, s. 25. W oryginale: „a content creator with a commercial intent, who builds trust and authenticity-based relationships with their audience (mainly on social media platforms) and engages online with commercial actors through different business models for monetisation purposes”.

²⁴ Zob. również J.A. Luzak, *Influencer...*, s. 5.

²⁵ Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Sprawozdanie z działalności UOKiK – rok 2020*, uokik.gov.pl/download.php?plik=25581 (dostęp: 14.07.2022 r.), s. 71.

Komisja Europejska w opublikowanych wytycznych wskazała, że influencerzy mogą zostać objęci definicją przedsiębiorców, jeżeli „często angażują się w takie praktyki, niezależnie od wielkości ich odbiorców”²⁶. Tym samym interpretacja Komisji wydaje się obszerniejsza niż Prezesa UOKiK, gdyż wystarczy, że dany podmiot często prowadzi działalność handlową, jednakże nie musi ona być prowadzona w sposób ciągły. Jaki powinien być procent działalności prowadzonej w celach handlowych, by zakwalifikować dany podmiot jako influencera? To nie zostało niestety bardziej sprecyzowane przez Komisję. Jednak możemy oczekiwać, że Prezes UOKiK podejdzie bardziej elastycznie do rozpoznawania działalności influencerów, stosując szerszą definicję zaproponowaną przez Komisję.

Warto przypomnieć, że jeżeli dany influencer nie prowadzi własnej działalności handlowej, to jeszcze można będzie go uznać za przedsiębiorcę, gdy będzie działał w imieniu lub na rzecz innego przedsiębiorcy. Najnowsze orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości²⁷ w tym zakresie nie wyklucza odpowiedzialności zarówno przedsiębiorców, jak i podmiotów działających na ich rzecz lub w ich imieniu np. za naruszanie obowiązków informacyjnych nałożonych w dyrektywie w sprawie praw konsumentów na przedsiębiorców²⁸. Podmiot działający w imieniu lub na rzecz przedsiębiorcy nie uniknie tej odpowiedzialności wobec konsumentów przez wyrażne wskazanie swojej pozycji pośrednika w transakcji²⁹. Komentator tego orzeczenia wskazuje na wyrażenie przez Trybunał Sprawiedliwości politycznej woli, aby szeroko interpretować przepisy dyrektywy 2011/83/UE, zgodnie z jej art. 1.³⁰ Jego zdaniem stanowisko Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Tiketa* jest uzasadnione istotną rolą, jaką odgrywają internetowe platformy handlowe przy zawieraniu umów pomiędzy przedsiębiorcami oraz konsumentami. Wydaje się, że tę samą interpretację należałoby stosować przy wykładni przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, opartych na dyrektywie 2005/29/WE. Mianowicie przepisy obu tych dyrektyw nie regulują zasad zawarcia umów pomiędzy konsumentami a przedsiębiorcami, co pozwala na szeroką interpretację

²⁶ Zawiadomienie Komisji – Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym, (Dz.Urz. UE z 2021 r., C 526/01..., s. 27.

²⁷ Wyrok TS z 24.02.2022 r., C-536/20, *Tiketa*, EU:C:2022:112, pkt 36.

²⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25.10.2011 r. sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.Urz. UE L 304, s. 64, ze zm.).

²⁹ Wyrok TS, *Tiketa*, pkt 33, 34.

³⁰ J. Morais Carvalho, *Case Tiketa (C-536/20): On the inclusion of the intermediary in the concept of trader and on the legal value of the reference to the terms and conditions on a website*, „Revue européenne de droit de la consommation” 2022/2, s. 215.

pojęcia przedsiębiorcy oraz stosowanie go do więcej niż jednego podmiotu naraz³¹. Ponadto, możemy uznać wpływ influencerów na zawarcie transakcji pomiędzy przedsiębiorcą a konsumentem za porównywalny z wpływem internetowych platform handlowych. Tym samym influencerzy mogliby zostać pociągnięci do odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym obok przedsiębiorców, których towary lub usługi reklamują, jedynie na podstawie stwierdzenia istnienia relacji handlowej pomiędzy nimi. Podkreślił to ostatnio Prezes UOKiK, zaznaczając, że bez względu na to, czy naruszenie przepisów prawa wyniknie z zaniedbań twórców, czy z wytycznych reklamodawców, zarówno influencer jak i reklamodawca mogą zostać pociągnięci do odpowiedzialności.³²

Stwierdzenie, czy dany influencer działa w imieniu lub na rzecz innego przedsiębiorcy, oparte będzie na zbadaniu osiągnięcia przez niego czy nią korzyści majątkowej. Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie wskazuje, że należy szeroko interpretować pojęcie korzyści majątkowej, tj. nie jest wymagane, aby influencer otrzymał wynagrodzenie pieniężne za swoją działalność³³. W polskiej wersji językowej w pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29/WE pojawia się kryterium zapłaty przez przedsiębiorcę za daną publikację. Jednakże inne wersje językowe dyrektywy 2005/29/WE użyły szerszych pojęć, umożliwiających uwzględnienie innych niż płatność korzyści majątkowych, które mogą zostać uzyskane przez influencerów. Konieczne będzie jedynie udowodnienie związku przyczynowego pomiędzy uzyskaną przez influencera korzyścią majątkową i jego czy jej działalnością. W przypadku influencerów możemy oczekiwać, że oprócz wynagrodzenia pieniężnego często występującą korzyścią majątkową będzie uzyskanie towaru czy usługi za darmo lub z rabatem, zaproszenie na imprezę czy wycieczkę, udział procentowy w zysku ze sprzedaży reklamowanych towarów czy usług, gdy konsumenci zostali przekierowani do sklepu internetowego z postów influencerów (poprzez tzw. linki afiliacyjne)³⁴. Bez znaczenia jest przy tym wartość uzyskanej przez influencera korzyści majątkowej³⁵.

Jeśli możemy uznać danego influencera za przedsiębiorcę lub osobę działającą w jego imieniu lub na jego rzecz, oznacza to, że jego czy jej działalność musi być zgodna z przepisami ustawy o

³¹ Wyrok TS, Tiketa, pkt 31, 32.

³² Zob. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Kryptoreklama na Instagramie? Zarzuty Prezesa UOKiK*, www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=18731 (dostęp: 30.08.2022 r.).

³³ Wyrok TS z 2.09.2021 r., C-371/20, Peek & Cloppenburg, EU:C:2021:674, pkt 49.

³⁴ Zob. tak wypowiedź Prezesa UOKiK cytowana przez: *UOKiK bierze na cel influencerów. Sprawdzi, czy oznaczają reklamy*, „Business Insider Polska” z 29.09.2021 r., businessinsider.com.pl/lifestyle/uokik-bierze-na-cel-influencerow-sprawdzi-czy-oznaczaja-reklamy/7r63vv3 (dostęp: 14.07.2022 r.).

³⁵ Wyrok TS, Peek & Cloppenburg, pkt 47.

przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Jakże konkretnie przepisy mogłyby ich działalność naruszyć?

3. Kryptoreklama

Najczęściej omawianym problemem w odniesieniu do działalności influencerów jest kryptoreklama. Influencerzy często niewyraźnie oznakowują lub w ogóle nie oznakowują swoich postów, zdjęć czy wideo jako reklamy. Oznacza to, że nie informują konsumentów o fakcie, iż zamieszczane przez nich w mediach społecznościowych treści publicystyczne są opłacane przez przedsiębiorców. Narusza to art. 9 Kodeksu Etyki Reklamy, który zobowiązuje wszystkie podmioty zaangażowane w działalność dotyczącą reklamy umożliwienia identyfikacji danego przekazu jako przekazu o charakterze reklamy.³⁶ Istotniejsze jest jednak, iż influencerzy, którzy ukrywają reklamowy charakter swojej działalności, mogą spełnić przesłanki praktyk umieszczonych na czarnej liście, tj. art. 7 pkt 11 u.p.n.p.r.

Powyżej wspomniałam już, że treści publicystyczne nie muszą zostać opłacone środkami pieniężnymi, gdyż influencerzy mogą w różny sposób otrzymywać korzyści majątkowe. Możemy jednak również zadać pytanie, czy każda działalność influencerów zostanie uznana za zawierającą treści publicystyczne. Zagadnienie to nie zostało szerzej zbadane ani przez Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Peek & Cloppenburg³⁷, ani przez Komisję w wytycznych interpretacyjnych. Komisja stwierdziła jedynie, że influencerzy mogą naruszyć ten zakaz w niektórych sytuacjach³⁸.

Literatura przedmiotu podkreśla, że określenie „treści publicystyczne” odnosi się do szeroko rozumianej prasy, tj. do tych komunikatów przekazywanych w środkach społecznego przekazu, w których autor przedstawia tematy aktualne, ale również swoje własne stanowisko³⁹. To właśnie przez wyrażenie swojego zdania w komunikatach w mediach społecznościowych influencerzy próbują wpływać na opinię swoich odbiorców. Bez znaczenia jest przy tym, czy treść publicystyczna ma

³⁶ Zob. radareklamy.pl/kodeks-etyki/ (dostęp: 30.08.2022 r.).

³⁷ Możemy jednak przypomnieć wyrok TS z 21.02.2018 r., C-132/17, Peugeot Deutschland, EU:C:2018:85, w którym Trybunał podkreślił, że komunikaty zamieszczane w nowych kanałach mediów społecznościowych, np. na YouTube, można traktować jako przekaz handlowy, reklamę.

³⁸ Zawiadomienie Komisji – Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym, (Dz.Urz. UE z 2021 r., C 526/01..., s. 98).

³⁹ E. Nowińska [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 15, red. M. Kępiński, rozdział XI, § 48, s. 490, nb 212.

charakter informacyjny, rozrywkowy, czy mieszany⁴⁰. Istotnym za to pytaniem jest, czy media społecznościowe lub blogi można uznać za środki społecznego przekazu⁴¹. Jeżeli komunikaty zamieszczane w tych mediach są kierowane do nieograniczonego kręgu odbiorców, tj. publikowane publicznie w internecie, to nie powinno mieć znaczenia, że tylko osoby korzystające z danego kanału mediów społecznościowych będą miały dostęp do ich treści⁴². Z jednej strony, ponieważ art. 7 pkt 11 u.p.n.p.r. wprowadza kategorię zakaz prowadzenia danych praktyk rynkowych, należałoby ten zakaz interpretować ściśle. Z drugiej strony celem europejskiego ustawodawcy było chronienie konsumentów przed ukrytą reklamą, na którą konsumenci obecnie są również narażeni w tych nowych kanałach komunikacji, jakimi są media społecznościowe. Konsekwentnie wykładnia celowościowa wydaje się sprzyjać szerszej interpretacji pojęcia treści publicystycznych.

Influencerzy zobowiązani są zatem wyraźnie oznaczać swoje posty jako reklamę. Komisja precyzuje, że aby stwierdzić przejrzystość tego oznaczenia, należy uwzględnić m.in. użyty środek przekazu, jak również: jego kontekst, to, gdzie oznaczenie zostało umieszczone, w którym momencie zostało przekazane, ile trwał ten przekaz, w jakim języku został sformułowany, kto był jego odbiorcą docelowym⁴³. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zaznaczył, że polscy konsumenci mogą nie zrozumieć oznaczenia w języku angielskim, np. hasztagu #ad⁴⁴ czy też połączenia tego hasztagu z nazwą firmy⁴⁵. Oznaczenie celu handlowego nie może zostać uznane za przejrzyste, jeśli nie zostało wyświetlone w widocznym miejscu, np. jeżeli wideo na YouTube towarzyszy długi opis i dopiero na jego końcu pojawia się hashtag #reklama albo jeżeli influencer ogranicza się do oznaczenia przedsiębiorcy w poście na Instagramie czy Facebooku bez wyraźniejszego wskazania na ich związek handlowy. Wydaje się, że obowiązek przejrzystego poinformowania konsumentów zostanie również

⁴⁰ M. Namysłowska, *Czarna lista nieuczciwych praktyk handlowych a granice prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji w Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 397.

⁴¹ M. Namysłowska, *Czarna...*, s. 397.

⁴² Wyrok SOKiK z 21.04.2016 r., XVII AmA 25/15, LEX nr 2140091.

⁴³ Wyrok SOKiK z 21.04.2016 r., XVII AmA 25/15, LEX nr 2140091.

⁴⁴ UOKiK bierze na cel influencerów. Sprawdzi, czy oznaczają reklamy, „Business Insider Polska” z 29.09.2021 r., businessinsider.com.pl/lifestyle/uokik-bierze-na-cel-influencerow-sprawdzi-czy-oznaczaja-reklamy/7r63vv3 (dostęp: 14.07.2022 r.). Od ogłoszenia przez UOKiK prowadzenia postępowania wyjaśniającego wobec działalności influencerów liczba treści na kontach influencerów oznaczonej jako reklamowa wzrosła o ponad 75%. Zob. J. Dąbrowska-Cydzik, *Influencerzy gwałtownie zaczęli oznaczać reklamy w social mediach*, www.wirtualnemedial.pl/artykul/influencerzy-oznaczaja-reklamy-w-social-mediach (dostęp: 14.07.2022 r.). Część tych postów jest jednak nadal oznaczana hasztagami, które mogłyby zostać uznane za niewyraźne, np. #ad czy #współpraca.

⁴⁵ Zob. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Kryptoreklama na Instagramie? Zarzuty Prezesa UOKiK*, www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=18731 (dostęp: 30.08.2022 r.).

naruszony, jeżeli konsumenci mogliby przeczytać o celu handlowym influencerów jedynie po kliknięciu na dodatkowy link, np. „czytaj więcej”⁴⁶. W tym przypadku nawarstwianie informacji przekazywanych konsumentom mogłoby skutecznie ukryć niezbędne dla nich informacje. Sąd ochrony konkurencji i konsumentów zaznaczył już, że wyraźne oznaczenie powinno zostać zamieszczone bezpośrednio pod tekstem lub nad nim⁴⁷. Interactive Advertising Bureau (IAB) Polska zaleca zaś przedsiębiorcom zlecenie influencerom używania określonych hashtagów, np. #postsponsorowany, #wspolpracareklamowa, #reklama, #materiałreklamowy, #materiałsponsorowany, oraz nieukrywanie ich pomiędzy innymi hashtagami⁴⁸. Komisja podkreśliła obowiązek influencerów oznaczania jako handlowego każdego postu, bez możliwości stosowania szerszego, ogólnego zastrzeżenia, że są oni ambasadorami konkretnej marki⁴⁹.

Nie wydaje się możliwe, by influencer mógł wytłumaczyć się z braku oznaczenia danego komunikatu jako reklamy przez wskazanie na odmienny layout, np. kolorystkę i rozmieszczenie, w porównaniu z innymi niereklamowymi komunikatami zamieszczanymi przez niego w mediach społecznościowych⁵⁰. Jak wskazał SOKiK, przeciętnemu konsumentowi trudno będzie rozpoznać informacje o charakterze typowo reklamowym wyłącznie na podstawie elementów technicznych, tj. gdzie i jak informacja ta została zamieszczona, nawet na łamach prasy. Skoro w mediach społecznościowych komunikaty o charakterze reklamowym przeplatają się z przekazem informacyjnym, trudno będzie uznać, że influencerzy mogliby wyraźnie oddzielić te treści.

Warto zaznaczyć, że działalność influencerów spełniająca przesłanki kryptoreklamy może naruszyć również inne przepisy prawa polskiego⁵¹. Dla przykładu ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 16 ust. 1 pkt 4 jako czyn nieuczciwej konkurencji wymienia wypowiedzi, które sprawiają wrażenie neutralnych informacji, a zachęcają do nabywania towarów czy usług. Tym samym, jeżeli

⁴⁶ Wcześniej takie wytyczne przekazywano influencerom np. w Wielkiej Brytanii, zob. Committee of Advertising Practice, Competition and Markets Authority, *Influencers' guide to making clear that ads are ads*, www.asa.org.uk/static/9cc1fb3f-1288-405d-af3468ff18277299/INFLUENCERGuidanceupdatev6HR.pdf (dostęp: 14.07.2022 r.), s. 8.

⁴⁷ Wyrok SOKiK z 21.04.2016 r., XVII AmA 25/15, LEX nr 2140091.

⁴⁸ IAB Polska, *Przewodnik po influencer marketingu*, cz. 1, *Zbiór dobrych praktyk (klient, agencja, influencer)*, www.iab.org.pl/wp-content/uploads/2021/10/INFLUENCER-MARKETING_poradnik-IAB-Polska-2021.pdf (dostęp: 14.07.2022 r.), s. 11.

⁴⁹ Zawiadomienie Komisji – Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym, (Dz.Urz. UE z 2021 r., C 526/01..., s. 98.

⁵⁰ Wyrok SOKiK z 21.04.2016 r., XVII AmA 25/15, LEX nr 2140091.

⁵¹ Zob. również K. Grzybczyk, *Zjawisko kryptoreklamy i „advertoarial’u” a prawo prasowe*, M. Praw. 2009/10, s. 538.

treści zamieszczane przez influencerów zmierzają „do wywołania wśród konsumentów wrażenia, że przekaz reklamowy jest informacją neutralną i przez to ukrycia promocyjnego charakteru kampanii reklamowej”⁵², praktyka ta może zostać uznana za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, czyli czyn nieuczciwej konkurencji. Sąd Najwyższy uznał, że spełni wymogi czynu nieuczciwej konkurencji np. „emisja lub publikacja rozmowy dziennikarza z ekspertem, który zamiast przedstawić obiektywną opinię lub własne stanowisko, poleca produkt konkretnego przedsiębiorcy z uwagi na związki biznesowe lub towarzyskie z tym przedsiębiorcą; audycja, w której pozytywnie lub negatywnie wypowiadają się o produkcie «przypadkowi» przechodnie lub widzowie, w sytuacji gdy zostali poinstruowani jak mają się wypowiadać (...)”⁵³. Jeżeli danym ekspertem czy przechodniem jest influencer, który ma związki biznesowe z przedsiębiorcą, spełnione zostaną przesłanki art. 16 ust. 1 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Węższy zakres ma ustawa o radiofonii i telewizji, która w art. 4 pkt 11 wprowadza zakaz reklamy ukrytej w audycjach radiowych czy telewizyjnych. Nowelizacja tej ustawy z 2021 r. rozszerzyła zakres jej stosowania do podmiotów dostarczających audiowizualne usługi medialne na żądanie przy wykorzystaniu platform udostępniania wideo, np. YouTube⁵⁴. Tym samym influencerzy korzystający w swojej działalności z internetowych kanałów audiowizualnych zostali objęci zakresem stosowania tych przepisów.⁵⁵

Trudniej będzie uznać praktykę influencerów za praktykę dziennikarską. Co prawda influencerzy mogą być twórcami przekazu reklamowego tak jak dziennikarze, ale raczej nie posiadają wykształcenia dziennikarskiego i nie można od nich oczekiwać przestrzegania tych samych zasad etycznych. Wydaje się to uniemożliwiać zastosowanie art. 12 ust. 2 pr. pras.

Tym samym kryptoreklama jest praktyką, za prowadzenie której influencerzy mogą być narażeni na różnorodne sankcje. Wydaje się, że poziom szkody, na którą mogą być narażeni indywidualni konsumenci w wyniku nieuczciwych praktyk influencerów, nie będzie porównywalny z ogółem szkody wyrządzonej społeczeństwu. Konsekwentnie działalność influencerów powinna podlegać Prezesowi UOKiK, występującemu w obronie zbiorowych interesów konsumentów. Istotne jest, by Prezes UOKiK

⁵² Wyrok SOKiK z 23.02.2006 r., XVII AmA 118/04, LEX nr 183979.

⁵³ Wyrok SN z 6.12.2007 r., III SK 20/07, LEX nr 478554.

⁵⁴ Ustawa z 11.08.2021 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji oraz ustawy o kinematografii (Dz.U. poz. 1676).

⁵⁵ Podobny trend można zaobserwować również w innych krajach europejskich, np. w Holandii obowiązek rejestracji w holenderskim Urzędzie ds. Mediów (Commissariaat voor de Media) został rozszerzony od 1 lipca 2022 r. na każdy podmiot regularnie publikujący treści audio-wizualne w internecie, o ile posiada więcej niż 500 tysięcy odbiorców.

oraz inne organy, np. Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, byli wyraźnie uprawnieni do kontrolowania ich działalności i mieli dostęp do środków niezbędnych do prowadzenia skutecznej kontroli. Zaletą obecnych przepisów jest możliwość nałożenia kar pieniężnych na influencerów, którzy nie współpracują z Prezesem UOKiK podczas prowadzonej przez niego kontroli ich działalności.⁵⁶

4. Inne nieuczciwe praktyki rynkowe influencerów

4.1. Czarna lista praktyk rynkowych a influencerzy

Oprócz kryptoreklamy influencerzy łatwo mogą naruszyć zakaz stwarzania wrażenia, że nie działają w celu związanym z ich działalnością gospodarczą czy zawodową, zawarty w art. 7 pkt 22 u.p.n.p.r. Jeżeli influencer spełnia przesłanki definicji przedsiębiorcy, nie ulega wątpliwości, że nie powinien podawać się za konsumenta. Również jeżeli działa w imieniu lub na rzecz innego przedsiębiorcy i można jego działalność uznać za zawodową, co będzie uzależnione m.in. od częstotliwości podejmowania tej działalności, konsumenci powinni zostać wyraźnie o tym poinformowani. Komisja zaznaczyła, że bez znaczenia jest, czy influencer promuje swoje własne produkty, czy też produkty innych przedsiębiorców⁵⁷. Aby nie naruszyć tego zakazu, nie można po prostu założyć, że przez dodanie do postów nazwiska czy wizerunku w celu poparcia danego produktu czy danej marki influencer uwidacznia cel handlowy swojej działalności. Komisja podała przykład ze Szwecji, gdzie influencerka promowała na Instagramie produkty swojej firmy⁵⁸. Jej posty zostały uznane za wprowadzające w błąd, gdyż nie podkreśliła w nich ich komercyjnego celu. Dla porównania w Wielkiej Brytanii obecna praktyka odbiega od standardów europejskich, ponieważ jeśli influencerzy w sposób przejrzysty wskażą, że omawiane przez nich produkty należą do ich własnej marki, nie oczekuje się od nich również oddzielnego ujawnienia celu handlowego ich komunikatu⁵⁹.

⁵⁶ Zob. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *#współpraca? Szkoda, że nie z Urzędem*, www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=18645 (dostęp: 30.08.2022 r.).

⁵⁷ Zawiadomienie Komisji – Wytyczne dotyczące wykładni i stosowania dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym, (Dz.Urz. UE z 2021 r., C 526/01..., s. 99).

⁵⁸ Stockholms Tingsrätt Patent- och marknadsdomstolen, Mål nr PMT 5929-20 z 10.12.2020 r., www.domstol.se/nyheter/2020/12/patent--och-marknadsdomstolen-forbjuder-marknadsforing-som-ger-intryck-av-att-fiskolja-har-effekt-pa-covid-19-och-influensa (dostęp: 14.07.2022 r.).

⁵⁹ Committee of Advertising Practice, Competition and Markets Authority, *Influencers' guide to making clear that ads are ads*, www.asa.org.uk/static/9cc1fb3f-1288-405d-af3468ff18277299/INFLUENCERGuidanceupdatev6HR.pdf (dostęp: 14.07.2022 r.), s. 6.

Kolejną praktyką z czarnej listy, której influencerzy powinni się wystrzegać, jest nowy zakaz zamieszczania nieprawdziwych opinii lub rekomendacji w celu promowania produktów, ujęty w nowym pkt 23c załącznika I do dyrektywy 2005/29/WE, dodanym dyrektywą 2019/2161⁶⁰. Oczywiście promowanie towarów i usług przez ich rekomendowanie czy zamieszczanie pozytywnych opinii o nich jest jedynie częścią działalności influencerów.

W Polsce influencerzy niestety nadal promują ryzykowne inwestycje alternatywne, czyli występują w roli tzw. naganiaczy w systemach promocyjnych typu piramida. Organizacja i reklama tych systemów są zakazane jako nieuczciwe praktyki rynkowe na podstawie art. 7 pkt 14 w zw. z art. 4 ust. 2 u.p.n.p.r. Piramidy finansowe z zasady oparte są na tym, że im więcej osób zostanie nakłonionych do przystąpienia do piramidy, tym większe będą zarobki osoby, która tę piramidę poleciła innym jako dobrą inwestycję. Influencerzy, którzy mają szerokie grono odbiorców, mogą więc rzeczywiście zarobić dużo pieniędzy poprzez wykorzystywanie swojej popularności w kanałach mediów społecznościowych w celu nakłonienia innych do wejścia do danego systemu promocyjnego. W grudniu 2020 r. Prezes UOKiK nałożył maksymalną karę za naruszenie zbiorowych interesów konsumentów na przedsiębiorcę, influencera i youtubera, Damiana Żukiewicza, który promował kilka różnych piramid finansowych zarówno na swojej stronie internetowej, jak i na swoim kanale YouTube⁶¹.

4.2. Scam

Influencerzy powinni również się upewnić, że nie promują nieistniejących produktów i promocji, nie ukrywają istotnych cech produktu czy też nie wyolbrzymiają tych cech oraz nie oferują niebezpiecznych dla zdrowia produktów. Działania te możemy uznać za tzw. scam, na który UOKiK również zwraca uwagę jako praktykę, która może wprowadzać konsumentów w błąd⁶².

Przykładem promowania szkodliwych produktów jest np. kampania influencerów reklamująca produkty do brązowienia skóry w Anglii⁶³. Ich sprzedaż jest zabroniona, gdyż zawierają szkodliwy

⁶⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2161 z 27.11.2019 r. zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EEG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, 2005/29/WE oraz 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia unijnych przepisów dotyczących ochrony konsumenta (Dz.Urz. UE L 328, s. 7).

⁶¹ Prezes UOKiK, Decyzja RGD – 12/2020 z 30.12.2020 r., uokik.gov.pl/download.php?plik=25227 (dostęp: 14.07.2022 r.).

⁶² K. Kowalska, *Influencerzy pod lupą*, „Rzeczpospolita” z 30.11.2021 r.

⁶³ A. Collinson, E. Layhe, *‘Dangerous’ tanning products promoted by influencers*, „BBC” z 17.03.2022 r.

składnik, hormon sztuczny, który może przyspieszać brązowienie skóry, ale został również powiązany z rakiem skóry. Co ciekawe, pomimo zakazu sprzedaży tych towarów ich reklama jest dozwolona. Wydaje się to być dosyć istotną luką w prawie, której nie zastąpi wytyczna kodeksów etyki reklamy, że influencerzy powinni działać odpowiedzialnie i nie łączyć swojej działalności z firmami, których towary są zakazane na danym rynku⁶⁴.

Promowanie przez influencerów towarów i usług, których sama reklama jest zakazana, jest jednak niedozwolone. Dla przykładu Prawo farmaceutyczne zakazuje reklamowania aptek. W 2019 r. wojewódzki inspektorat farmaceutyczny ukarał vlogerkę za zamieszczanie postów promujących aptekę jako m.in. „bardzo fajną”⁶⁵. Zasadność ukarania influencera, który wbrew zakazowi reklamy danego towaru zamieszcza promocyjne treści na swoim kanale w mediach społecznościowych, jest bezsporna. Można jednak kwestionować niską kwotę nałożonej kary – 200 zł – która raczej nie zniechęci innych influencerów do udziału w podobnych promocjach, zwłaszcza gdy przedsiębiorcy zgodzą się pokryć wysokość ewentualnie nałożonej kary⁶⁶.

Warto również przypomnieć prowadzoną przez polskich influencerów kampanię reklamową słuchawek HypePods, które miały być tańszym odpowiednikiem słuchawek AirPods firmy Apple. Znani influencerzy, np. członkowie Ekipy, podawali kody, przy wykorzystaniu których ich odbiorcy mogli otrzymać większą zniżkę na zakup tych słuchawek. Jednak sam towar był wart dużo mniej, a konsumenci nie mogli domagać się zwrotów, wymian czy napraw, gdyż sklep, który przyjął moc zamówień na niego, szybko zniknął z rynku polskiego⁶⁷. Tym samym influencerzy podawali fałszywe informacje o nieistniejącej promocji, a w wyniku tych praktyk konsumenci albo w ogóle nie otrzymali towaru, albo dostali towar gorszej jakości. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oczekuje, że

⁶⁴ Brytyjski Urząd ds. Standardów Reklamy (Advertising Standards Authority) w wytycznych skierowanych do influencerów wskazuje nie tylko na konieczność prowadzenia działalności nie wprowadzającej konsumentów w błąd, lecz również nieszkodliwej, zob. Committee of Advertising Practice, Competition and Markets Authority, *Influencers' guide to making clear that ads are ads*, www.asa.org.uk/static/9cc1fb3f-1288-405d-af3468ff18277299/INFLUENCERGuidanceupdatev6HR.pdf (dostęp: 14.07.2022 r.), s. 1. Rząd angielski pracuje obecnie nad ustanowieniem Online Safety Bill (Bill 121 2022-23), m.in. w celu zwiększenia efektywności ochrony konsumentów przed tymi praktykami influencerów. Zob. Major law changes to protect people from scam adverts online, www.gov.uk/government/news/major-law-changes-to-protect-people-from-scam-adverts-online (dostęp: 14.07.2022 r.). Tekst wszystkich wersji projektów tej ustawy jest dostępny na stronie: bills.parliament.uk/bills/3137/publications (dostęp: 14.07.2022 r.).

⁶⁵ P. Słowik, *Youtuberzy też muszą przestrzegać prawa reklamy*, „Dziennik Gazeta Prawna” 2019/104 z 30.05.2019 r.

⁶⁶ P. Słowik, *Youtuberzy...*

⁶⁷ J. Rokicka, *Promowanie scamu w influencer marketingu. „W tej branży ludzie wolą zarabiać hajs niż zachować godność”*, www.wirtualnemedia.pl/artukul/scam-influencerzy-jak-z-tym-walczyć-podrobka-dropshopping (dostęp: 14.07.2022 r.).

influencerzy będą starali się weryfikować otrzymywane oferty współpracy oraz zareagują, gdy wykryją nieprawidłowości w tych ofertach czy reklamowanych towarach⁶⁸.

Innym przykładem scamu może być praktyka zniechęcania konsumentów do nabycia towarów czy usług, gdy influencer został opłacony przez konkurenta przedsiębiorcy, o którego towary czy usługi chodzi. Przez ten pryzmat można by oceniać opłacenie przez Narodowy Bank Polski influencerów na YouTube, aby wzięli udział w kampanii „Uważaj na kryptowaluty”⁶⁹.

5. Wnioski

Działalność influencerów zaczęła budzić zainteresowanie polskich organów kontroli praktyk rynkowych dopiero w ostatnich 2 latach. Nadal można zatem uznać działalność influencerów za nową formę reklamy, wykorzystującą najnowsze trendy w rozwoju komunikacji w internecie. Nie dziwi zatem brak przepisów regulujących te praktyki bezpośrednio ani nawet brak szczegółowych wytycznych odnośnie do tego, jak je kontrolować. Wydaje się, że moglibyśmy jednak oczekiwać, iż łatwiej będzie zastosować obecnie obowiązujące przepisy zakazujące nieuczciwych praktyk rynkowych do działalności influencerów. Najistotniejsze jest obecnie sprecyzowanie zarówno definicji influencerów, jak i kryteriów handlowego charakteru ich działalności.

Możemy założyć, że w związku z dalszym rozwojem kanałów mediów społecznościowych oraz internetu działalność influencerów może ulegać zmianom. Wypadałoby zatem zapewnić pewną elastyczność nowo ustalonych kryteriów. Oparcie definicji influencera na kryterium zasięgu, jak i na zamiarze uzyskania korzyści majątkowej nie musi zatem oznaczać, że sprecyzowane zostaną również wymagane progi czy to zasięgu, czy to osiągniętej korzyści majątkowej. Na przykład nie musimy precyzować, że influencer to osoba o zasięgu ponad 500 odbiorców. Definicja mogłaby przyjąć szerzej, że influencer to osoba, która ma zasięg większy niż przeciętny użytkownik danego kanału mediów społecznościowych, na wzór wytycznych Komisji Europejskiej. Ustanowieniu definicji mogłoby towarzyszyć jednak wydanie wytycznych interpretacyjnych z konkretnymi przykładami różnych kanałów mediów społecznościowych, popularnych w danym czasie, określających zasięg przeciętnych odbiorców w poszczególnych mediach. Ułatwiłoby to stosowanie tej definicji w praktyce.

⁶⁸ J. Rokicka, *Promowanie...*

⁶⁹ Narodowy Bank Polski zapłacił youtuberom za zniechęcanie do kryptowalut, „Rzeczpospolita” z 19.02.2018 r., www.rp.pl/media/art9926341-nbp-zaplacil-youtuberom-za-zniechecanie-do-kryptowalut (dostęp: 14.07.2022 r.).

Bardziej szczegółowo można by określić, kiedy dany influencer prowadzi działalność handlową jako przedsiębiorca. Na przykład jeżeli 50% działalności na skalę roku, miesiąca czy nawet tygodnia w danym kanale mediów społecznościowych ma charakter działalności handlowej, uznajemy danego influencera za przedsiębiorcę. Jeżeli aktywność danego influencera jest mniejsza na jednym kanale mediów społecznościowych, ale korzysta on z kilku kanałów w celach promocyjnych, można by jego czy jej działalność rozpatrywać łącznie, uwzględniając największy możliwy procent działalności handlowej.

Jeżeli możemy zakwalifikować influencerów jako przedsiębiorców, to obecna regulacja zwalczająca kryptoreklamę w prawie polskim wydaje się odpowiednia, by objąć swym zakresem również praktyki influencerów. Jedynie definicja treści publicystycznych powinna być interpretowana szeroko, by znaleźć zastosowanie do jak największej liczby działań influencerów. Czy jednak obecna regulacja, wymagająca przejrzystego informowania konsumentów o charakterze komercyjnym ich działalności, jest skutecznym środkiem ochrony konsumentów? Jak zauważyła Komisja Europejska, prawdopodobne jest, że konsumenci w ogóle nie zwrócą uwagi na oznaczenie komunikatu jako reklamowego przez influencerów, nawet jeżeli zostanie ono umieszczone w widocznym miejscu i będzie przejrzyste. Ponadto konsumenci świadomi charakteru reklamowego nadal mogą być skłonni podążać przykładem swoich idoli, a influencerzy często zyskują ten status. Ustawodawca powinien zatem uważnie przyrzeć się wpływowi, jaki influencerzy wywierają na swych odbiorców, i przeanalizować, czy nie należałoby wprost zakazać niektórych praktyk reklamowych influencerów, umieszczając je na czarnej liście. Na przykład można by całkowicie zakazać promowania w kanałach mediów społecznościowych leków i towarów zawierających substancje szkodliwe dla konsumentów. Warto byłoby również zastanowić się nad relacją pomiędzy konsumentami a influencerami, którzy wchodzi w rolę life coachów. Wydaje się, że Kodeks Etyki Reklamy mógłby krytyczniej i szczegółowiej odnieść się do obowiązków influencerów odgrywających taką rolę.

W niniejszym rozdziale wysunęłam kilka propozycji, jak można by zastosować obecne przepisy do dalszej regulacji działalności influencerów. Jednakże korzystniejsze byłoby wyraźne odniesienie się do praktyk reklamowych w kanałach mediów społecznościowych przez ustawodawcę polskiego.