

Maciej Kujawa¹

Całkowity zakaz reklamy usług leczniczych i punktów farmaceutycznych w świetle prawa Unii Europejskiej. Perspektywa polska

Streszczenie:

Tematem artykułu jest analiza krajowej regulacji wprowadzającej całkowity zakaz reklamy usług leczniczych i punktów aptecznych w świetle prawa Unii Europejskiej, uwzględniając najnowsze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w tym zakresie. Artykuł poddaje analizie przedmiotową regulację pod kątem zgodności z przepisami pierwotnego, jak i wtórnego prawa UE, w szczególności z dyrektywą o nieuczciwych praktykach handlowych oraz dyrektywą o handlu elektronicznym. Omówione zostają również sposoby ograniczeń traktatowych swobód z uwagi na wprowadzony przez państwo członkowskie zakaz. Celem artykułu jest również przedstawienie polskiego aspektu istnienia takich regulacji oraz ich sposobów uzasadniania, z odwołaniem do kontekstu polskiej Konstytucji oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego.

Słowa kluczowe: zakaz reklamy, usługi lecznicze, prawo Unii Europejskiej, swoboda świadczenia usług

1. Wstęp

W społeczeństwie obrazkowym reklama odgrywa coraz większą rolę. W przypadku gdy dotyczy ona zdrowia publicznego, budzi spory i kontrowersje oraz staje się przedmiotem debaty publicznej. Dlatego współcześnie prowadzi się szereg badań nad istotą i funkcją reklamy, ale również nad uregulowaniami prawnymi, które jej dotyczą. Tym bardziej, gdy normy prawne wprowadzają całkowity zakaz takiej reklamy określonego

¹ Autor jest studentem II roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

typu usług lub produktów względem pewnego kręgu osób². Kwestia zgodności krajowej regulacji zakazu reklamy usług leczniczych z unijnym prawem poruszona została w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej³. Choć ochrona i poprawa zdrowia ludzkiego stanowi kompetencję koordynacyjną zgodnie z art. 6 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako: TFUE), to przyjęte przez Trybunał rozwiązanie stanowi istotny punkt odniesienia dla państw, w których krajowe regulacje zakazujące reklamy usług leczniczych nadal obowiązują. Ustalenie, czy przywołana regulacja nie sprzeciwia się przepisom unijnym prawa pierwotnego jak i wtórnego, musi odbyć się w oparciu o traktatową swobodę świadczenia usług i przedsiębiorczości oraz dwóch dyrektyw – dyrektywę 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. o zwalczaniu nieuczciwych praktyk rynkowych oraz dyrektywę 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 roku o handlu elektronicznym. Jak się może wydawać, przedmiotowe ograniczenie występuje wyłącznie na szczeblu krajowym, to nie można wykluczyć, że reklama objęta zakazem będzie zawierała element transgraniczny, przesądzający o zakwalifikowaniu jej do swobody świadczenia usług czy przedsiębiorczości. Na gruncie polskiej praktyki zakaz reklamy został sformułowany w stosunku do lekarzy, weterynarzy i farmaceutów.

2. Zakaz reklamy a swoboda świadczenia usług i swoboda przedsiębiorczości

Celem Unii Europejskiej jest zapewnienie rynku wewnętrznego jako obszaru bez granic, umożliwiającego np. swobodny przepływ towarów czy usług⁴. Choć kompetencja w zakresie rynku wewnętrznego stanowi kompetencję dzieloną UE, należy wskazać, że dążeniem jest znoszenie barier w przywołanych przykładowych swobodach. Rozpatrywanie całkowitego zakazu reklamy usług leczniczych i punktów aptecznych można bowiem dokonać przez pryzmat sytuacji wewnętrznej, która nie będzie objęta kognicją traktatu czy zainteresowania Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Nie można jednak wykluczyć, że omawiany zakaz będzie niósł ze sobą konsekwencje o charakterze transgranicznym, czyli będzie czynił mniej atrakcyjnym lub mało opłacalnym korzystanie ze swobody zagwarantowanej traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Może też całkowicie uniemożliwiać korzystanie z tej swobody. Omawianą regulację ustawodawstwa krajowego z pewnością można zaliczyć do sytuacji wewnętrznej (co może być złudne np. w przypadku swobody świadczenia usług), ale również określić jako środek ograniczający korzystanie ze swobody przedsiębiorczości.

Na wstępie należy zauważyć, że ocena dokonywana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie tego, z którą ze swobód krajowa regulacja będzie pozostawała w sprzeczności, zależy od sytuacji faktycznej i prawnej⁵. Wynika to bowiem

² D. Harasimiuk, *Zakaz reklamy towarów w prawie europejskim i polskim*, Warszawa 2011, s. 25.

³ Por. wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r., C-339/15, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0339>, 26.01.2018.

⁴ Por. art. 26 ust. 1 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

⁵ Ocena taka dokonywana jest przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w oparciu o stan faktyczny. W przypadku sądu pytającego (występującego z pytaniem prejudycjalnym), TSUE dokona

z reżimu prawnego, tj. poddania konkretnej sytuacji faktycznej tylko jednej swobodzie rynku wewnętrznego⁶. Z uwagi na charakter artykułu, podjęcie problemu dotyczy aspektu wyłącznie prawnego, nieuwzględniającego sytuacji faktycznej. Swoboda przedsiębiorczości charakteryzuje się, zgodnie z art. 49 akapit 2 TFUE, podejmowaniem i wykonywaniem działalności gospodarczej na własny rachunek. Charakter bezwzględniego zakazu reklamy pozwala nam zakwalifikować to ograniczenie do zakresu przedmiotowego swobody wyznaczonej przez przytoczony przepis. Istotnie bowiem należy zauważyć, że wykonywanie działalności gospodarczej w piśmiennictwie rozumie się jako wykonywanie wszelkich czynności przez przedsiębiorcę w związku z prowadzoną działalnością⁷. Na poziomie wykonywania działalności gospodarczej można zaliczyć takie czynności, które związane będą z promocją lub reklamą działalności i działaniami marketingowymi prowadzonymi przez przedsiębiorcę.

A zatem w sytuacji, w której przedsiębiorca pochodzący z innego państwa członkowskiego chce rozpocząć wykonywanie działalności gospodarczej jako lekarz czy prowadzić aptekę, może napotykać na trudności związane z pełnym wykorzystaniem swobody przedsiębiorczości. Podobnie też będzie w przypadku swobody świadczenia usług. Element transgraniczny swobody świadczenia usług – ze względu na charakter reklamy, która umieszczona jest na stronach internetowych lub portalach społecznościowych powodując, że dociera ona do niezidentyfikowanego geograficznie obszaru osób – będzie polegał na biernej swobodzie świadczenia usług, tj. sytuacji, w której usługobiorca będzie przemieszczał się do państwa usługodawcy w celu skorzystania z usługi⁸. Nie należy jednak wykluczać, że wprowadzone ograniczenie nie będzie uzasadnione przez państwo członkowskie. W przypadku swobody przedsiębiorczości jak i usług ograniczenia dopuszczalne są ze względu na ochronę bezpieczeństwa publicznego, zdrowia publicznego lub porządku publicznego⁹.

Wprowadzenie takiego ograniczenia, podyktowane wymienionymi przesłankami zarówno w przypadku swobody przedsiębiorczości, jak i swobody świadczenia usług, może nastąpić o ile zastosowany środek jest proporcjonalny (tj. spełniający kryteria konieczności, adekwatności i proporcjonalności *sensu stricto*), wprowadzenie go jest konieczne w celu ochrony interesu społecznego (publicznego) oraz o ile zagrożenie jest rzeczywiste, bezpośrednie i wystarczająco poważne¹⁰. Nieuprawnione będzie więc

wykładni przepisów traktatowych w oparciu o stan faktyczny, jaki jest przedstawiony w postępowaniu głównym toczącym się przed sądem pytającym. Tak np. w sprawie C-339/15 środek ciężkości belgijskiej regulacji wprowadzającej absolutny zakaz reklamy usług dentystycznych skierowany był na swobodę świadczenia usług. Reklama opublikowana przez lekarza trafiła do nieokreślonej grupy osób (o wymiarze światowym), wobec czego ograniczenie zakwalifikowano jako naruszenie tej swobody.

⁶ M. Szwarc-Kuczer, *Komentarz do art. 49 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej* [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I*, red. A. Wróbel, Wolters Kluwer 2012/el.

⁷ M. Sieradzka, *Komentarz do art. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej* [w:] M. Sieradzka, M. Zdyb, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, LEX 2013/el.

⁸ J. Barcz, *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. IV-34.

⁹ *Ibidem*, s. IV-73, III-35.

¹⁰ Por. *ibidem*, s. III-38; również art. 27 i 29 dyrektywy 2004/38/WE.

ograniczenie podyktowane wyłącznie względami prewencji ogólnej¹¹. W orzecznictwie TSUE wypracowano również inny sposób uzasadniania wprowadzanych ograniczeń, tj. wymogami imperatywnego dobra publicznego. W tym zakresie niezbędne jest, aby ograniczenie miało charakter niedyskryminujący (rozpatrywane *ad casum*¹²), aby było uzasadnione bezwzględnyymi wymogami dobra ogólnego, zdolne do osiągnięcia zamierzonego celu oraz nie wykraczało poza to, co jest niezbędne dla jego realizacji. Katalog dóbr publicznych pozostaje otwarty, a TSUE nie sformułował dotąd wyczerpującego wyliczenia¹³. W przypadku jednak zakresu przedmiotowego takiego ograniczenia przykładem uzasadnienia mogłaby być ochrona konsumenta przed nadużyciami¹⁴. Uzasadnienie absolutnego zakazu reklamy wydaje się w świetle wyłącznie ochrony zdrowia publicznego zbyt rygorystyczne. Oczywiście argumentem w procesie negocjowania zasadności takiego ograniczenia nie może być wyłącznie sam fakt, że w innym państwie ograniczenie takie nie zostało wprowadzone lub też jego rozmiar dotkliwości jest mniejszy¹⁵, to z całą stanowczością podkreślenia wymaga fakt, że krajowa regulacja wprowadzająca całkowity zakaz reklamy jest nieadekwatna do osiągnięcia zamierzonego celu, choć może wydawać się konieczna w związku z odnotowywanymi w praktyce problemami związanymi np. z manipulacją treścią reklamy, zbyt zintensyfikowaną reklamą, narażaniem zawodów lekarza, weterynarza czy farmaceuty na utratę zaufania publicznego lub umniejszaniem ich godności czy wprowadzaniem konsumenta w błąd.

Ustawodawca krajowy jednakże znając specyfikę swojego rynku oraz praktyczne problemy może zastosować szereg ram prawnych czy klauzul (np. wyliczeń enumeratywnych), które mogą przeciwdziałać nadużyciom. Nie można bowiem *a priori* uznać reklamy usług leczniczych czy punktów aptecznych za poważne, bezpośrednie i rzeczywiste zagrożenie uzasadnione koniecznością ochrony interesu publicznego. Powołując się również na wymogi imperatywne interesu publicznego, trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla tak restrykcyjnego ograniczenia. W świetle przywołanej przeze mnie argumentacji, biorąc pod uwagę ochronę konsumenta przed nadużyciami, krajowy ustawodawca jest w stanie wypracować szereg mechanizmów chroniących konsumenta przez takimi nadużyciami, o których wspomniałem w poprzednim akapicie.

Trudno się nie zgodzić, że reklama wywiera również pozytywny aspekt w zakresie zarówno swobody przedsiębiorczości, tj. wzrost konkurencyjności, jak i swobody świadczenia usług – wyższy standard usług, szersza oferta, większa świadomość konsumenta na temat wykonywanych przez lekarza czy farmaceutę usług (np. zabiegów, leków recepturowych) oraz czasu i sposobu ich wykonywania (np. posiadanego

¹¹ T. Gadowski, *Ograniczenie swobody przedsiębiorczości w świetle wybranych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Studia Oeconomica Posnaniensia 2015, vol. 3, nr 3, s. 88.

¹² W rozważaniach teoretycznych nie jest możliwe wykazanie wszelkich przypadków wyczerpujących dyspozycję normy prawnej, która wprowadza taki zakaz. Istotnie nie można wykluczyć sytuacji, w której ustawodawca krajowy postanowi, że zakaz reklamy ma zastosowanie wyłącznie w stosunku do np. oddziałów punktów aptecznych przedsiębiorcy zagranicznego czy lekarza, który pochodzi z innego państwa członkowskiego, a reklamuje swoje usługi na terytorium tego państwa.

¹³ J. Barcz, *op.cit.*, s. III-39.

¹⁴ Por. opinia Rzecznika Generalnego Yves'a Botta w sprawie C-339/15, pkt 98.

¹⁵ Por. wyrok ETS w sprawie C-36/02, Zbiór Orzeczeń 2010 I-09609, pkt 36.

zaplecza technicznego czy lekarzy, z którymi podczas wykonywania zabiegu dany lekarz współpracuje). Z reklamą usług leczniczych i punktów aptecznych związana jest „asymetria informacji”. Specyfika rynku usług zdrowotnych charakteryzuje się tym, że świadczeniodawca (podmiot leczniczy, punkt apteczny) dysponuje wiedzą obszerniejszą i bardziej wyspecjalizowaną niż w przypadku pacjenta (świadczeniobiorcy)¹⁶. Taka sytuacja może prowadzić do nieprawidłowej alokacji zasobów, niemniej jednak reklama w pewnym stopniu może wypełniać tę „lukę”, dostarczając zróżnicowaną, zgodną z aktualną wiedzą medyczną, informację lub też prowadzić do negatywnej selekcji związanej ze zjawiskiem popytu indukowanego przez podaż, czyli sytuacji, w której świadczeniodawca kierowałby w pewien sposób decyzjami pacjentów w zakresie usług z których korzysta, niekoniecznie w sposób dla niego korzystny¹⁷. Nadmierna komercjalizacja wynikająca z reklamy, związana z asymetrią informacji i negatywną selekcją, może być jednak w sposób skuteczny hamowana. Warto zauważyć, że w przypadku podmiotów leczniczych czy też punktów aptecznych, w których wykonywanie działalności ma charakter osobisty (tj. wymóg legitymowania się odpowiednimi uprawnieniami), chęć maksymalizacji zysków będzie miarkowana odpowiedzialnością zawodową wynikającą z zasad etyki zawodowej, której naruszenie może prowadzić do utraty uprawnień do wykonywania zawodu. W kontekście swobody świadczenia usług, w jakim dotyczy ona zawodów regulowanych, znaczenie ma również unijna dyrektywa usługowa¹⁸. Na kanwie tego aktu prawa wtórnego prawodawca unijny nakłada na państwa członkowskie obowiązek znoszenia wszelkich całkowitych zakazów dotyczących informacji handlowych¹⁹ (art. 24 ust. 1 dyrektywy). Przepis ten doznaje jednak wyjątku polegającego na tym, że punkt ciężkości zapewnienia realizacji tego obowiązku, aby informacje handlowe były zgodne z zasadami niezależności, godności i uczciwości zawodowej, przeniesiono na państwo członkowskie. Jednocześnie w zdaniu drugim podkreśla, że zasady wykonywania zawodu odnoszące się do wykorzystywania informacji handlowych muszą być niedyskryminacyjne, uzasadnione nadrzędnym interesem publicznym i proporcjonalne. Unijny prawodawca egzemplifikuje na kanwie tych przepisów, aby wprowadzane w tym zakresie ograniczenia były należycie uzasadnione, tym samym dążąc do wykluczenia sytuacji, w których na poziomie krajowym stanowi się prawo, które wprowadzałoby zakazy całkowite.

Zauważalna jest zatem dążność do wprowadzenia nowej jakości usług, unifikacji, a jednocześnie znoszenia ograniczeń o charakterze całkowitym. W przypadku zawodów regulowanych akcentuje się to poprzez zobowiązanie państw do zapewnienia,

¹⁶ J. Suchecka, *Ekonomia zdrowia i opieki zdrowotnej*, Warszawa 2010, s. 79–83. Zob. szerzej A. Wiercińska, *Specyfika rynku usług zdrowotnych*, Zarządzanie i Finanse 2012, nr 2, s. 3.

¹⁷ Por. A. Łoś, D. Puciato, *Niedoskonały rynek świadczeń zdrowotnych*, Handel Wewnętrzny 2011, nr 1, s. 21.

¹⁸ Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, 2006 L 376/36).

¹⁹ Zgodnie z art. 4 pkt 12 dyrektywy 2006/123/WE informacją handlową jest każda forma informacji mająca na celu promowanie, bezpośrednio lub pośrednio, towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorstwa, organizacji lub osoby prowadzącej działalność handlową, rzemieślniczą albo osoby wykonującej zawód regulowany.

aby informacja handlowa (w analizowanym przypadku reklama) była jak najbardziej zgodna z etosem zawodowym i nie naruszała zaufania publicznego do zawodu. Implikuje to, by krajowe regulacje wypracowały pewien schemat lub mechanizm ochronny tych wartości, przy jednoczesnym zapewnieniu zawodom regulowanym możliwości promowania swoich usług.

3. Zakaz reklamy a dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiej i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. o handlu elektronicznym

Dyrektywa o handlu elektronicznym dokonała daleko idącej harmonizacji prawa krajowego państw członkowskich w zakresie handlu elektronicznego²⁰. Istotnie, prawodawca unijny na kanwie dyrektywy rzadko posługuje się terminem handlu elektronicznego, zastępując go pojęciem usług społeczeństwa informacyjnego. W kontekście omawianego ograniczenia dyrektywa stanowi zasadniczy punkt rozważań. Unijny prawodawca w definicji usług społeczeństwa informacyjnego czyni odesłanie do dyrektywy transparentności, która została ujednolicona dyrektywą UE 2005/1535²¹. Zgodnie z nią, usługą społeczeństwa informacyjnego jest usługa świadczona za wynagrodzeniem, na odległość, drogą elektroniczną i na żądanie odbiorcy usługi. W zakresie usług społeczeństwa informacyjnego mieści się również informacja handlowa, którą można utożsamiać z reklamą, co wynika z wyznaczonego przez prawodawcę zakresu przedmiotowego informacji handlowej. W tym względzie czyniona jest wyraźna regulacja odnosząca się do zawodów regulowanych, której celem jest zharmonizowanie prowadzonego przez te zawody marketingu. W dyrektywie zawarto generalne wytyczne odnoszące się do informacji handlowej, wyrażając tym samym prymat jej transparentności.

Informacja musi być przede wszystkim łatwo rozpoznawalna zarówno na płaszczyźnie podmiotowej, jak i przedmiotowej, tj. poprzez wyraźne wskazanie osoby prawnej lub fizycznej w imieniu której udziela się informacji handlowej. Przepisy dyrektywy odnoszące się do zawodów regulowanych liberalizują możliwość reklamowania się drogą elektroniczną, jednocześnie czyniąc pewne zastrzeżenia ochronne na rzecz państwa, ale również uprzywilejowując stowarzyszenia i organizacje związkowe. Celem dyrektywy umożliwiającej marketing zawodów regulowanych *online* jest również ochrona istotnych dla tych zawodów wartości, tym samym nakładając na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, aby informacje handlowe świadczone przez przedstawicieli zawodów regulowanych były zgodne z ich etosem zawodowym, prestiżem czy godnością zawodu. Na poziomie krajowym odbywa się to poprzez opracowywanie szczegółowych kodeksów etycznych, które niejednokrotnie stają się podstawą odpowiedzialności zawodowej lub dyscyplinarnej, której emanacją jest ustawa. Wydaje się na tej podstawie,

²⁰ Por. J. Gołaczyński, J. Górecki, P. Polański, D. Szostek, M.A. Zacharasiewicz, *Europejskie prawo handlu elektronicznego* [w:] *Międzynarodowe prawo handlowe. System Prawa Handlowego. Tom 9*, red. W. Popiołek, Legalis/el.

²¹ Dyrektywa (UE) 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.Urz.UE L 241/1).

że całkowity zakaz reklamy takich usług nie ma uzasadnienia. Wymienione przez prawodawcę unijnego wartości nieodłącznie związane są z wykonywanym zawodem, a w związku z tym państwo na poziomie krajowym jest w stanie ferować prawo, które będzie przeciwdziało szeroko pojętej asymetrii informacji, wprowadzając przytoczone przeze mnie w poprzednich rozważaniach regulacje prawne oparte na klauzulach generalnych lub wyliczeniach enumeratywnych, ograniczających pewne formy marketingu lub wprowadzających wytyczne co do zakresu i sposobu reklamowania.

Warto zauważyć, że zniechęcająca dla nadużywania reklamy lub agresywnych metod promocji jest już sama odpowiedzialność zawodowa. Naruszenie zasad wykonywania zawodu, w szczególności zasad etyki zawodowej czy prestiżu, może wiązać się z sankcjami wymierzonymi przez sądy na poziomie samorządów zawodowych. Umocnieniu roli kodeksów etycznych (postępowania) daje wyraz sama dyrektywa, która zachęca samorzady zawodowe do opracowywania tych kodeksów na poziomie unijnym. Tak też uczyniła m.in. organizacja Medicines for Europe – zgodnie z ich kodeksem postępowania rozpowszechnianie materiałów promocyjnych oraz informacji jest dopuszczalne wyłącznie, jeżeli spełniają one kryteria ustanowione przez tę organizację, tj. jeżeli są one transparentne, zrównoważone, sprawiedliwe, dokładne, zgodne z aktualną wiedzą medyczną i na tyle precyzyjne, aby pacjent był w stanie na ich podstawie wyrazić swoją opinię²².

4. Zakaz reklamy a dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 marca 2005 r. o nieuczciwych praktykach handlowych

Celem dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych było dokonanie maksymalnej harmonizacji przepisów krajowych. Rozpatrywanie tej regulacji pod względem zakazu usług leczniczych i punktów aptecznych okazuje się być niezbędne ze względu na obszar przedmiotowy, który został przez unijnego prawodawcę wskazany. Motywem wydania dyrektywy 2005/29/WE było niwelowanie ujemnych skutków nieuczciwych praktyk handlowych, które stanowią przeszkodę dla funkcjonowania sprawnego rynku wewnętrznego i konkurencji, ale również „ustanowienie na poziomie Wspólnoty jednolitych zasad zapewniających wysoki poziom ochrony konsumentów”, który umożliwi wyeliminowanie przeszkód w transgranicznym swobodnym przepływie usług lub towarów. Unijny prawodawca definiuje praktykę handlową, włączając do jej strony przedmiotowej marketing i reklamę produktu, który zaś produkt rozumiany jest jako usługa lub towar. Praktykę handlową należy również rozumieć szerzej, wliczając w to działania o charakterze informacyjnym²³. Mimo to dyrektywa przewiduje wyłączenia, które umożliwiają krajowemu ustawodawcy wprowadzenie regulacji, które będą miały charakter bardziej restrykcyjny niż te, które przewiduje dyrektywa. Tak też czyni w odniesieniu do zawodów regulowanych i produktów związanych z bezpieczeństwem i zdrowiem publicznym, w ten też sposób pozostawia szeroki zakres regulacji na poziomie krajowym co do produktów leczniczych i zawodów regulowanych. W przypadku zawodów regulowanych wyłączenie

²² Code of conduct, Medicines for Europe, pkt 4.10, http://www.medicinesforeurope.com/wp-content/uploads/2016/02/Medicines-for-Europe_Code-of-Conduct.pdf, 10.02.2018.

²³ D. Harasimiuk, *op.cit.*, s. 59 i nast.

to obejmuje nie tylko przepisy ustawowe, ale również zawodowe kodeksy etyczne, których celem jest zapewnienie wysokich standardów uczciwości osób wykonujących ten zawód. Można jednak wskazać, że literalna wykładnia tych uregulowań może prowadzić do utraty *ratio* wprowadzenia omawianej dyrektywy.

Biorąc pod uwagę przytoczony wcześniej cel, ale również wcześniejsze rozważania dokonane na podstawie innych dyrektyw, jak i kardynalne unormowania prawa pierwotnego, wskazać należy, że prawodawca unijny powinien dążyć do zapewnienia również i ochrony swobody przepływu usług w przypadku reklamy usług leczniczych czy punktów aptecznych. W zasadzie biorąc pod uwagę, że na poziomie innych dyrektyw stara się hamować zbyt restrykcyjne posunięcia krajowego prawodawcy, tak też w tym przypadku powinien wyznaczyć generalną regułę, która będzie zmuszała państwo członkowskie do wyznaczenia ram prawnych, w jakich dozwolona byłaby reklama tych usług, wprowadzając tym samym szczegółowy mechanizm ochronny przeciwdziałający zakłóceniom wynikającym z nieuczciwych praktyk handlowych. Literalne brzmienie uregulowań dyrektywy przyjął TSUE w sprawie C-339/15 w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne zadane przez niderlandzki sąd pierwszej instancji. Wyłączenie zastosowania dyrektywy jest tym bardziej niezrozumiałe ze względu na zdefiniowanie przez unijnego prawodawcę przesłanek nieuczciwej praktyki handlowej. Zgodnie z art. 5 ust. 2 pkt a dyrektywy 2005/29/WE praktyka handlowa jest nieuczciwa jeżeli jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej oraz jeżeli wprowadza w błąd lub jest agresywna.

A zatem dążąc do zapewnienia jednolitych przepisów krajowych dyrektywa może zagwarantować, nie dokonując wyłączenia, że w sferze zdrowia publicznego ryzyko nadużyć będzie niewielkie, a zbyt restrykcyjne przepisy krajowe nie będą adekwatne do osiągnięcia celu, jakim jest ochrona konsumenta przed nieuczciwymi praktykami handlowymi. Wydaje się również, że na kanwie dyrektywy pojęcie „produktu” jest zbyt szerokie w stosunku do innych dyrektyw, które posługują się tym samym zwrotem w otoczeniu przymiotnika, np. produkt leczniczy, który jednocześnie zawęża definicję tego pojęcia. Tak też czyni prawodawca w dyrektywie 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi²⁴, zgodnie z którą produktem jest „jakakolwiek substancja” przeznaczona do leczenia lub zapobiegania chorobom. *Definiendum* tego pojęcia skupia się zatem na obiekcie zmaterializowanym. *Ratio* przepisu wyłączającego zastosowanie dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych ma sens w odniesieniu do leków gotowych czy recepturowych. W tym przypadku ochrona zdrowia publicznego jest niezbędna ze względu na różne uregulowania krajowe co do dostępności leków, niejednokrotnie reklama może przyczynić się do zbytniego nadużywania przez konsumentów leków ogólnodostępnych, czyli takich, które są dostępne bez recepty. Trudno zaś poszukiwać racjonalnego uzasadnienia dla zaproponowanego całkowitego wyłączenia w stosunku do aspektów związanych z reklamą usług leczniczych czy aptek, biorąc pod uwagę fakt, że w tym przypadku zarówno

²⁴ Dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz.Urz. WE L 311).

na poziomie krajowych przepisów, jak i kodeksów samorządów zawodowych można przeciwdziałać przypadkom nadużyć i agresywnego marketingu.

5. Perspektywa Polska

W Polsce już na kanwie rozwiązań ustrojowych, zgodnie z art. 22 Konstytucji RP, daje się wyraz możliwości ograniczenia wolności działalności gospodarczej ze względu na ważny interes publiczny i tylko w drodze ustawy²⁵. Stanowiąca podstawę społecznej gospodarki rynkowej wolność działalności gospodarczej zapewniona jest na poziomie jej podejmowania, wykonywania i zakończenia, przy czym w zakresie jej wykonywania mieszczą się wszelkie czynności przedsiębiorcy związane z wykonywaną działalnością²⁶. Jak już wcześniej przytoczono, mieścić się w tym zakresie będą również działania reklamowe i marketingowe, których immanentną cechą jest promocja wykonywanej działalności. Na poziomie polskich krajowych rozwiązań całkowitemu zakazowi reklamy ustawodawca daje wyraz w przypadku zakładów leczniczych dla zwierząt w art. 29 ust. 1 *in fine* ustawy z dnia 18 grudnia 2003 r. o zakładach leczniczych dla zwierząt²⁷, w przypadku lekarzy i lekarzy dentyistów w art. 14 ust. 1 *in fine* ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej²⁸, zaś w przypadku aptek i punktów aptecznych w art. 94a ust. 1 zd. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne²⁹. Konstrukcja tych przepisów pozostawia szereg wątpliwości natury interpretacyjnej – stanowiąc, że dozwolone pozostają działania informacyjne nieprzybierające lub nienoszące cech reklamy. Można zatem stwierdzić, że punktem wyjścia dla stwierdzenia czy potencjalne działanie podmiotu leczniczego lub punktu aptecznego jest informacją, czy już reklamą, jest zdefiniowanie samej reklamy. W przywołanych ustawach brak jest definicji reklamy.

Definicję reklamy dopiero zawiera art. 4 pkt 17 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji³⁰, zgodnie z którym reklamą jest: „przekaz handlowy, pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzający do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług; reklamą jest także autopromocja”, zaś w piśmiennictwie wyraża się, że reklama to działania informacyjne dające wiedzę o ofercie określonego podmiotu, mające na celu zachęcenie do skorzystania z oferty, ponadto kształtujące popyt na usługi, towary lub markę³¹. Widać zatem, że granica pomiędzy informacją a reklamą pozostaje nieostra. Działania podmiotów leczniczych czy aptek odbywają się zatem na granicy prawa i nie stają się w tym pomocne szczególne przepisy wydawane przez samorządy zawodowe. Również i one w swych zaleceniach ocierają się o granicę pomiędzy reklamą a informacją, ponieważ już samo zamieszczenie na stronie

²⁵ Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483.

²⁶ M. Sieradzka, *op.cit.*

²⁷ T.j. Dz.U. z 2017, poz. 188.

²⁸ T.j. Dz.U. z 2018, poz. 160.

²⁹ T.j. Dz.U. z 2017, poz. 2211.

³⁰ T.j. Dz.U. z 2018, poz. 650.

³¹ Por. J. Nowak-Kubiak, *Komentarz do art. 14 ustawy o działalności leczniczej*, Legalis 2012.

internetowej podmiotu leczniczego informacji o sprzęcie medycznym za pomocą którego wykonywane są usługi lecznicze może być formą reklamy, ponieważ informacja ta niejednokrotnie zaważa o preferencjach konsumenta, podobnie jak pozycjonowanie w Internecie strony podmiotu leczniczego. W doktrynie przyjmuje się, że podmiot leczniczy powinien ograniczyć się do przekazywania informacji, które zawarte są w regulaminie organizacyjnym, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy o działalności leczniczej³². Argumentacją dla takiego zakazu na kanwie polskich regulacji ustrojowych okazuje się być art. 20 Konstytucji RP, opierający ustroj gospodarczy kraju na zasadach społecznej gospodarki rynkowej, której składowymi są przytoczona wcześniej wolność gospodarcza, dialog i współpraca partnerów społecznych oraz własność prywatna.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego sformułowano pogląd, iż w ramach społecznej gospodarki rynkowej państwo może podejmować działania, które będą zmierzwały do neutralizacji, czyli łagodzenia mechanizmów rynkowych³³. Państwo może zatem, w ocenie Trybunału, korygować prawa rynku w celu realizacji określonych potrzeb społecznych³⁴. Należy jednak zauważyć, że wszelkie ograniczenia dokonywane w trybie ustawowym powinny być uzasadnione względami interesu publicznego, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Jednak i z tej regulacji Trybunał Konstytucyjny wywodzi zasadę proporcjonalności, zbudowaną na przesłankach tożsamyh jak w przypadku europejskiej zasady, która ma zastosowanie w przypadku wolności gospodarczej³⁵. Analizując takie ograniczenie, które rozmiarowo ma charakter absolutny, uznać należy, że w przypadku reklamy usług podmiotu leczniczego czy aptek ryzyko nadużyć nie jest tak wysokie jak w przypadku reklamy produktów leczniczych. Wydaje się zatem, że wprowadzone ograniczenie nie jest adekwatne do osiągnięcia zamierzonego celu, szczególnie że polski ustawodawca zapewnia wysoką ochronę konsumenta na poziomie ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta. Obecnie kwestia zakazu reklamy aptek badana jest przez Trybunał Konstytucyjny na podstawie wniesionej skargi konstytucyjnej³⁶.

6. Podsumowanie

Konkludując, problem całkowitego zakazu reklamy usług leczniczych i punktów aptecznych czy aptek jest żywy. W sferze rozważań przedstawicieli zawodów medycznych i farmaceutycznych pozostaje nadal zasadność takich rozwiązań, a z powyższego wyводу wynika, że na poziomie Unii Europejskiej rozwiązanie takie nie znajduje uzasadnienia. Choć wyrok w sprawie C-339/15 ma charakter incydentalny, a zatem nie jest źródłem prawa powszechnie obowiązującego, stanowi on istotną wskazówkę interpretacyjną dla przepisów unijnych, pod kątem których państwa członkowskie stanowią swoje prawo. Problem ten nie tylko znajduje swoje uzasadnienie na kanwie regulacji ponadpaństwowych, ale również odnieść można go do regulacji konstytucyjnych

³² *Ibidem*.

³³ Por. wyrok TK z dnia 31 lipca 2015 r., K 41/12, OTK ZU 7A//2015 poz. 102, pkt 2.11.

³⁴ Por. *ibidem*.

³⁵ Por. wyrok TK z dnia 17 grudnia 2003 r., SK 15/02, OTK ZU 9A/2003, poz. 103.

³⁶ Sprawa SK 11/16, <http://trybunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale/art/9061-zakaz-reklamy-apteki/>, 16.02.2018.

np. w Polsce. Wydaje się, że uzasadnienie takiego ograniczenia może mieć wymiar jedynie praktyczny, odnoszący się do argumentu, że prawo daje taką możliwość, wciąż jednak ustawodawca zapomina o zasadzie proporcjonalności ukutej w przepisach traktatowych, czy o uregulowaniach unijnych.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej celnie wskazał, że co prawda ustawodawca może powoływać się na ograniczenia, jednak każdorazowo musi dowieść, że wprowadzona regulacja jest niezbędna i adekwatna do osiągnięcia zamierzonego celu. Nie wystarczy zatem już samo powołanie się przez państwo członkowskie na zdrowie publiczne jako przesłankę umożliwiającą wprowadzenie określonego ograniczenia. Celem państwa jest wykazanie, że istnieje wystarczająco poważne, bezpośrednie i rzeczywiste zagrożenie. Ukazawszy pozytywne i negatywne aspekty reklamy nie można z góry założyć, że będzie niosła ona wyłącznie negatywne konsekwencje, a co za tym idzie, że będzie przedmiotem nadużyć i manipulacji. Ustawodawca krajowy może konsekwentnie niwelować ujemne skutki gospodarki wolnorynkowej poprzez stanowienie takiego prawa, które zapewni ochronę interesu konsumenta, ale również poprzez zapewnienie istnienia takich instytucji, które będą go reprezentowały w przypadku nadużyć.

* * *

Complete Ban on Advertising of Medical Services and Pharmacies in the European Union Law. Polish Perspective

The subject of the article is to analyse of national legislation introducing total ban concerning care services and limited service pharmacies in the light of the European Union law taking, taking into account the latest case-law of the Court of Justice of the European Union in this respect. The article analyses the said legislation in terms of compliance with the provisions of EU primary and secondary law, particularly with unfair commercial practices directive and directive on electronic commerce. Additionally, the author discusses ways in which the Treaty freedoms are restricted in view of ban introduced by a member state. The aim of the article is also to present Polish aspect of existence of such legislation and ways in which it is legitimised referring to the context of Polish constitution and case-law of the Constitutional Tribunal.

Key words: ban on advertising, care services, European Union law, free movement of services