

Anna Mokrysz-Olszyńska

Reklama suplementów diety jako wyzwanie dla ustawodawcy i regulatora

Roczniki Administracji i Prawa 16/2, 233-250

2016

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Oryginalny artykuł naukowy

Original Article

Data wpływu/Received: **28.09.2016**

Data recenzji/Accepted: **06.11.2016**

Data publikacji/Published: **20.12.2016**

Źródła finansowania publikacji: **Wyższa Szkoła Humanitas**

Authors' Contribution:

(A) **Study Design (projekt badania)**

(B) Data Collection (zbieranie danych)

(C) Statistical Analysis (analiza statystyczna)

(D) Data Interpretation (interpretacja danych)

(E) **Manuscript Preparation (redagowanie opracowania)**

(F) **Literature Search (badania literaturowe)**

Anna Mokrysz-Olszyńska¹

REKLAMA SUPLEMENTÓW DIETY JAKO WYZWANIE DLA USTAWODAWCY I REGULATORA

WPROWADZENIE

Jak wynika z raportu Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, od roku 1997 do roku 2015 liczba reklam z sektora *produkty zdrowotne i leki*² w programach telewizyjnych wzrosła blisko 20 razy, podczas gdy ogólna liczba reklam wzrosła trzykrotnie. W 2015 roku prawie co czwarta reklama wyemitowana w TVP 1, TVP 2, TVN i POLSAT doty-

¹ prof. dr hab., Wydział Administracji i Zarządzania Wyższej Szkoły Humanitas.

² Analiza objęła przekazy handlowe produktów leczniczych, suplementów diety, wyrobów medycznych, środków spożywczych wzbogaconych, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia i kosmetyków (m.in. środków do higieny i pielęgnacji) – patrz: Raport KRRiT: *Emisja przekazów handlowych produktów zdrowotnych i leków w programach telewizyjnych*, http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/komunikaty/leki-i-suplementy/2015_emisja-przekazow-handlowych-produktow-zdrowotnych-lekow-w-programach-telewizyjnych.pdf [dostęp: 6.07.2016].

czyła produktów zdrowotnych i leków (24,7 proc.)³. Sami tylko producenci suplementów diety wydali w 2015 roku 871 mln zł na promocję swoich produktów – oczywiście, koszty te, wliczane w cenę produktów, poniesione zostały z kieszeni konsumentów.

Wysoka skuteczność reklam jest potwierdzona efektami: w ciągu ostatnich pięciu lat wartość sprzedaży na polskim rynku leków sprzedawanych bez recepty⁴ oraz suplementów diety wzrosła o blisko 40 procent (średnioroczne tempo wzrostu: 8%) i w 2015 r. wyniosła ponad 13,5 mld zł. Na same tylko suplementy diety w 2015 roku Polacy wydali ponad trzy miliardy złotych⁵.

Skala zjawiska i jej gwałtowny przyrost budzą uzasadniony niepokój przede wszystkim o skutki zdrowotne, związane z ryzykiem niekontrolowanej i nadmiernej konsumpcji. Z części jakościowej analizy zawartej w raporcie KRRiT⁶ wyłania się niepokojący obraz: pojawiają się nowe kategorie produktów, co jeszcze bardziej utrudnia odbiorcom zrozumienie przekazu – obok produktów leczniczych reklamowane są suplementy diety, wyroby medyczne, środki spożywcze wzbogacone i środki spożywcze specjalnego przeznaczenia, przy czym w wielu przypadkach celowe pomieszenie kategorii służyć ma wprowadzaniu w błąd konsumentów. O ile bowiem w odniesieniu do produktów leczniczych istnieją określone szczególne wymagania i ograniczenia, np. obowiązuje zakaz uczestniczenia lekarzy w reklamach,⁷ o tyle brak takich ograniczeń w przypadku reklamy suplementów diety wykorzystywany jest w ten sposób, że odwołuje się ona często do autorytetu lekarza lub farmaceuty⁸, co niewątpliwie stanowi nadużycie zaufania odbiorcy.

Szczególnie bulwersujące jest stosowanie reklam produktów zdrowotnych i leków w programach dla dzieci, również przez nadawcę publicznego⁹.

³ Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji szacuje, że w wymienionych czterech stacjach o największej widowni widzowie oglądają reklamy parafarmaceutyków przeciętnie co dziewięć minut – KRRiT, *Leki a suplementy diety w reklamach*, <http://www.krrit.gov.pl/krrit/aktualnosci/news,2265,leki-a-suplementy-diety-w-reklamach.html> [dostęp: 6.07.2016].

⁴ Kategoria produktów leczniczych dostępnych dla pacjentów bez recepty określana jest skrótem OTC (z ang.: *over-the-counter*).

⁵ M. Rabij, *Rząd ograniczy pigułki?*, <http://www.forbes.pl/rzad-ograniczy-pigulki-,artykuly,204946,1,1.html>, 07.06.2016 (Autor powołuje się na badania krakowskiej firmy badawczo-konsultingowej PMR Consulting & Research Sp. z o.o.).

⁶ Analizie jakościowej poddano przekazy handlowe produktów zdrowotnych i leków wyemitowane w dniach 5-11 października 2015 r. w badanych programach. Nadano ich łącznie 7 711. Raport KRRiT.

⁷ Zgodnie z art. 55 pkt 1 ustawy Prawo farmaceutyczne reklama produktu leczniczego kierowana do publicznej wiadomości nie może polegać na: 1) prezentowaniu produktu leczniczego przez osoby znane publicznie, naukowców, osoby posiadające wykształcenie medyczne lub farmaceutyczne lub sugerujące posiadanie takiego wykształcenia, 2) odwoływaniu się do zaleceń osób znanych publicznie, naukowców, osób posiadających wykształcenie medyczne lub farmaceutyczne lub sugerujących posiadanie takiego wykształcenia. Ustawa z dnia 6 września 2001 – Prawo farmaceutyczne, (Dz.U. 2008 nr 45, poz. 271) z późn. zm.

⁸ Sposób przedstawienia w reklamie suplementów diety czy tzw. wyrobów medycznych często sugeruje, że mamy do czynienia z preparatem leczniczym. W monitorowanej tygodniowej próbie odnotowano, że w 6 z 11 reklam prezentujących wyrób medyczny wykorzystano postać lekarza czy farmaceuty lub pokazywana sytuacja miała miejsce w gabinecie lekarskim, stomatologicznym czy aptece; podobny efekt uzyskiwano, stosując określenia związane z procesem leczenia: „dostępny w aptece”, „przełom w leczeniu”, „zwalczanie infekcji”, „moim pacjentkom zalecam” – KRRiT, *Leki a suplementy diety...*

⁹ W przeznaczony dla dzieci TVP ABC w 2014 r. wyemitowano 10 406 przekazów handlowych pro-

Problem nie ogranicza się rzecz jasna do reklamy telewizyjnej, jakkolwiek radio i telewizja są dla reklamodawców szczególnie wdzięcznymi mediami ze względu na ich powszechny zasięg i docieranie do grona najbardziej podatnych na wpływ takich właśnie reklam konsumentów, a z drugiej strony – dla radia i telewizji zyski z reklamy leków sprzedawanych bez recepty oraz parafarmaceutyków stanowią jedno z najważniejszych źródeł przychodu¹⁰.

Ilością i treściami reklam farmaceutyków, suplementów diety i innych produktów medycznych jest zaniepokojonych wiele instytucji publicznych i organizacji pozarządowych, a nawet – indywidualnych osób (przykładem blog anonimowej farmaceutki „Pogromcy Reklam Farmaceutycznych”, zajmującej się piętnowaniem nieuczciwości i nieścisłości w aktualnie nadawanych reklamach). W listopadzie 2015 r. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zainicjował akcję edukacyjną dla konsumentów, przygotowując poradnik „Co warto wiedzieć o suplementach diety”¹¹.

Problemem zainteresowała się Najwyższa Izba Kontroli, która podjęła zbadanie, czy warty trzy miliardy złotych rynek suplementów diety jest właściwie regulowany. Planowaną kontrolę poprzedził panel ekspertów, z którego wynika, że nadzór nad tymi produktami jest pozorny, a konsumenci wskutek agresywnej promocji powszechnie mylą suplementy z lekami¹². W resorcie zdrowia rozpoczęto prace nad przepisami, które miałyby ucywilizować reklamę produktów leczniczych i parafarmaceutyków¹³ – „w trosce o zdrowie Polaków rząd myśli o wprowadzeniu ograniczeń, może nawet zakazu reklamy leków bez recepty i suplementów diety. Na rezultaty kuracji trzeba będzie poczekać, za to już dziś wiadomo, u kogo wystąpią efekty uboczne”¹⁴.

Na reakcję branży reklamowej i medialnej nie trzeba było długo czekać – już w styczniu 2016 r. doszło do spotkania w siedzibie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przedstawicieli organizacji branżowych, instytucji publicznych i konsumentkich, inicjującego prace nad przygotowaniem kodeksu dobrych praktyk w zakresie reklamy suplementów diety.

Celem niniejszego artykułu jest próba przybliżenia tematu reklamy suplementów diety w obliczu rozpoczynającej się dyskusji nad stosownymi rozwiązaniami w sferze regulacji prawnej, a także o roli samoregulacji w tym obszarze. W szczególności warto zastanowić się, gdzie tkwi źródło problemów: czy w niedostatecznym uregu-

duktów zdrowotnych i leków (8,7 proc.), a w trzech kwartałach 2015 roku wyemitowano ich 16 441, co stanowi 14,5 proc. wszystkich reklam! – KRRiT, *Leki a suplementy diety...*

¹⁰ Zlecenia tylko jednej tylko firmy – Aflofarm stanowią prawie 12% rynku reklamy radiowej. Podaję za: M. Rabij, *Rząd ograniczy pigułki...*

¹¹ Dostępny na stronie GIS – <http://gis.gov.pl/o-nas/aktualnosci/166-co-warto-wiedziec-o-suplementach-diety>

¹² NIK przygląda się rynkowi suplementów diety [panel ekspertów], informacja z 29.03.2016 na stronie NIK: <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-przyglada-sie-rynkowi-suplementow-diety-panel-ekspertow.html>.

¹³ Zarządzenie Ministra Zdrowia z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie powołania Zespołu ds. uregulowania reklamy leków, suplementów diety i innych środków spożywczych oraz wyrobów medycznych, Dz. Urzędowy Ministra Zdrowia z dnia 3 czerwca 2016, poz. 59.

¹⁴ M. Rabij, *Rząd ograniczy pigułki...*

lowaniu prawnym, czy może raczej w obszarze egzekwowania obowiązujących norm prawnych; pod którym adresem należy kierować postulaty *de lege ferenda* – jaka jest rola ustawodawcy, a jaka regulatora w rozwiązywaniu problemów i eliminowaniu zagrożeń, jakie niesie aktywność reklamowa w przedmiotowym obszarze.

ISTOTA I FUNKCJE REKLAMY; REKLAMA RZECZOWA I NIERZECZOWA

W celu zidentyfikowania źródła problemów i ich właściwej diagnozy warto sięgnąć do istoty samej reklamy: reklama rozwinęła się w gospodarce rynkowej, gdy wytwórcy, produkując coraz bardziej masowo na rynek, zaczęli poszukiwać nabywców. Stąd pierwotną funkcją reklamy jest informacja – o właściwościach produktu, źródłach zakupu itp. Nieodłącznym przy tym celem stało się oddziaływanie na odbiorców – skłonienie ich do działania zgodnie z pragnieniem nadawcy reklamy, najczęściej – doprowadzenia do zakupu¹⁵.

Element ten – nakłanianie – podkreślają liczne definicje jako stanowiący o istocie reklamy, poczynając od definicji klasyka marketingu, R. Seyfferta: „Reklama jest formą oddziaływania na psychikę odbiorcy, która ma doprowadzić do dobrowolnego przyjęcia, realizowania i utrwalenia celów przez nią przedstawianych”¹⁶.

Definicja przyjęta w polskiej ustawie z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji ogólnie formułuje funkcję reklamy jako przekazu handlowego zmierzającego do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług: „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”¹⁷.

Zatem element nakłaniania – nawet jeśli ukryty w bardziej ogólnym pojęciu „promocji” – należy do istoty reklamy, natomiast funkcja informacyjna reklamy w praktyce jest mniej lub bardziej upośledzona. Z punktu widzenia relacji obu tych funkcji rysuje się rozróżnienie tzw. reklamy rzeczowej i nierzeczowej.

¹⁵ Reklama – ang. *advertising* (ogłoszenie, podanie do publicznej wiadomości); fr. *la publicite* (obwieszczenie, zawiadomienie); niem. *Werbung* (werbowanie, nakłanianie, zjednywanie zwolenników).

¹⁶ R. Seyffert, *Werbelehre, Theorie und Praxis der Werbung*, Stuttgart 1966, s. 7. Podobnie określa reklamę A. Lisowsky: „Całokształt oddziaływań międzyludzkich, które skłaniają ludzi do przyjmowania i realizowania treści o charakterze gospodarczym w przekonaniu, że dana decyzja podejmowana jest na podstawie swobodnego uznania” (podają za: P.W. Saladin, *Das Recht auf Werbung und seine öffentlich-rechtliche Schranken*, Bern 1969, s. 50), a E.D. McGarry wprost stwierdza: „Reklama jest rodzajem propagandy. Istotą propagandy jest to, że skłania ona ludzi do działania na korzyść propagandyisty lub zgodnie z jego pragnieniem. Zmierza ona do wpływania na ludzi i nakłonienia ich do działania w taki sposób, w jaki nie działaliby w przeciwnym przypadku (...) w sferze interesów gospodarczych jest ona stosowana przede wszystkim przez sprzedawców dążących do opanowania rynku poprzez skłanianie ludzi do zaakceptowania określonego produktu będącego przedmiotem oferty..” (E.D. McGarry, *The Propaganda Function in Marketing*, „The Journal of Marketing”, Oct. 1958, nr 2).

¹⁷ Tekst jednolity z dnia 19 kwietnia 2016 r., Dz.U. z 2016 poz. 639, art. 4 pkt 17 ustawy.

Istotą reklamy rzeczowej jest komponent informacyjny – przekazywanie informacji o przedmiocie reklamy, niezależnie od stopnia emocjonalności w sposobie jej podania. Charakteryzuje się ona argumentacją racjonalną, odwołującą się do rozsądku odbiorcy. Ten typ reklamy występuje głównie w zakresie reklamy dóbr inwestycyjnych, technicznych, reklamy kierowanej do wąskiego grona wyspecjalizowanych odbiorców. Natomiast w zakresie dóbr konsumpcyjnych, kierowanej do masowego odbiorcy, coraz więcej miejsca zdobywa tzw. reklama nierzeczowa, charakteryzująca się odmiennym rodzajem argumentacji – skierowanej do sfery psychicznej, nie wyłączając „apelu do podświadomości”, bazującej na elementach emocjonalnych i na irracjonalnych, najczęściej ukrytych motywach zakupu. W swojej technice wykorzystuje elementy skojarzeniowe, rezygnując z rzeczowości i ograniczając do minimum funkcję informacyjną¹⁸.

W polskiej literaturze pojęcie reklamy nierzeczowej wiązane jest z wypowiedzią reklamową, która zachęca do nabywania towarów lub usług, „odwołując się do okoliczności nieistotnych z punktu widzenia cech towaru lub usług, a więc przede wszystkim do uczuć potencjalnego nabywcy”, przy czym charakter reklamy nierzeczowej ma czyn nieuczciwej konkurencji, wymieniony w art. 16 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk)¹⁹: „Czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności: (...) reklama odwołująca się do uczuć klientów przez wywoływanie lęku, wykorzystywanie przesądów lub łatwowierność dzieci”. Tak w szczególności do pojęcia reklamy nierzeczowej odnoszą się R. Skubisz, I. Wiszniewska; podobnie – E. Nowińska, która jako cechę wyróżniającą reklamy nierzeczowej postrzega „nasylenie przekazu nieweryfikowalnymi elementami perswazyjnymi, wywierającymi na tyle silny nacisk psychiczny, że stworzony zostaje swego rodzaju przymus dokonania określonego wyboru rynkowego, który zmniejsza szansę właściwej oceny zarówno w zakresie rzeczywistych potrzeb klienta, jak i sposobu ich zabezpieczenia”²⁰.

Zgadzać się w pełni ze stanowiskiem, że czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 16 ust. 1 pkt 3 nie wyczerpuje zakresu reklamy nierzeczowej, która może być uznana za czyn nieuczciwy, np. jako sprzeczna z dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka na podstawie art. 16 ust. 1 pkt 1 uznk²¹, należy jednak odrzucić uogólniające stwierdzenie, że reklama nierzeczowa jako taka stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W gruncie rzeczy na rynku pokaźna część reklam ma właśnie charakter nierzeczowy, np. reklamy piwa.

¹⁸ Na temat pojęcia reklamy nierzeczowej szerzej: A. Mokrysz-Olszyńska, *Ochrona interesów uczestników działalności rynkowej w głównych systemach prawnych państw kapitalistycznych*, Warszawa 1989, s. 41-43 i podana tam literatura.

¹⁹ Tekst jednolity z dnia 26 czerwca 2003 r., Dz.U. 2003 nr 153, poz. 1503.

²⁰ E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilnoprawne*, Kraków 1997, s. 103; por. też: R. Skubisz, *Reklama nierzeczowa*, [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaia, Warszawa 1994, s. 147 i n.; I. Wiszniewska, *Polskie prawo reklamy*, Warszawa 1998, s. 42.

²¹ Por. E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy...*, s. 104-107; I. Wiszniewska, *Polskie prawo...*, s. 42.

Co więcej – rozróżnienie reklamy rzeczowej i nierzeczowej, występujące na gruncie nauk ekonomicznych, ma charakter wyłącznie opisowy, nieostry, a prawne zdefiniowanie pojęcia reklamy nierzeczowej, w szczególności w celu wprowadzenia ograniczeń czy zakazu takiej reklamy, np. w odniesieniu do określonych produktów – wydaje się być niemożliwe.

Nie rozwijając w tym miejscu tematu roli reklamy w gospodarce rynkowej, stwierdzić można, że w zakresie pełnienia funkcji informacyjnej przyczynia się ona do tworzenia przejrzystości rynku i służy interesom zarówno przedsiębiorców, jak i konsumentów, pod warunkiem, oczywiście, prawdziwości, spełniając natomiast funkcję nakłaniania oddziałuje negatywnie na transparentność rynku, a nastawienie na tworzenie popytu „za wszelką cenę” nie służy racjonalności wyborów konsumentów ani efektywności mechanizmu konkurencji. Szczególnie drastyczne skutki takiego oddziaływania występują w obszarze produktów sensytywnych, takich jak używki, napoje alkoholowe, farmaceutyki, a także w przypadku grup konsumentów charakteryzujących się szczególnie wrażliwością i ograniczonym krytycyzmem ze względu na wiek, stan zdrowia itp.

REKLAMA I INFORMACJA HANDLOWA A INFORMACJA O CHARAKTERZE NIEHANDLOWYM

W kontekście potrzeby specjalnego uregulowania niektórych produktów, w szczególności produktów o znaczeniu zdrowotnym (a także usług – np. bankowych) pojawia się kwestia dystynkcji pomiędzy reklamą a informacją. Rozróżnienie reklamy i informacji występuje w literaturze prawniczej, przy czym podkreśla się, że informacja ma służyć dostarczeniu konsumentom danych o towarze lub usłudze, bez nakłaniania ich w jakikolwiek sposób do dokonania zakupu; nie może zatem zawierać żadnych stwierdzeń ocennych ani oddziaływać na emocje²². Problem komplikuje się, gdy mowa o informacji handlowej.

Ustawodawca polski definiuje pojęcie informacji handlowej w ustawie z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, art. 2, jako „każdą informację przeznaczoną bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy lub osoby wykonującej zawód, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia wymagań określonych w odrębnych ustawach, z wyłączeniem informacji umożliwiającej porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej z określoną osobą oraz informacji o towarach i usługach niesłużącej osiągnięciu efektu handlowego pożądanego przez podmiot, który zleca jej rozpowszechnianie, w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści od producentów, sprzedawców i świadczących usługi”, wprowadzając wymóg wyraźnego wyodrębnienia i oznaczenia w sposób niebudzący wątpliwości, że dana informacja jest informacją handlową (art. 9). Tak zdefiniowane pojęcie informacji handlowej w istocie obejmuje pojęcie reklamy²³.

²² Por. E. Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy...*, s. 40 i n.; L. Góral, *Reklama a informacja o usługach bankowych*, [w:] *Reklama. Aspekty prawne*, red. M. Namysłowska, Warszawa 2012, s. 399-400.

²³ Definicja zawarta w art. 2 uśude stanowi swobodne tłumaczenie definicji z implementowanej tą ustawą dyrektywy 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektro-

Ustawa, formułując w definicji wyłączenia kryterium odróżnienia informacji o towarach i usługach niemającej charakteru handlowego od informacji handlowej, wskazuje jej cel (nieukierunkowany na osiągnięcie efektu handlowego), a dodatkowo również (w szczególności) – nieodpłatność.

Analogiczne rozróżnienie pomiędzy reklamą a informacją, która nie stanowi reklamy występuje na gruncie ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne.

Zgodnie z art. 52.1 tej ustawy „reklamą produktu leczniczego jest działalność polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do stosowania produktu leczniczego, mająca na celu: zwiększenie liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych”.

Podobnie jak w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną, przy kwalifikacji informacji jako reklamy produktu leczniczego czynnikiem decydującym jest cel przekazu; tu jednak ustawodawca doprecyzował, że chodzi o cel w postaci zwiększenia liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych. W dalszym ciągu ustawodawca szczegółowo określa rodzaje informacji, które nie stanowią reklamy – zgodnie z art. 52.3 „za reklamę produktów leczniczych nie uważa się:

1) informacji umieszczonych na opakowaniach oraz załączonych do opakowań produktów leczniczych, zgodnych z pozwoleniem na dopuszczenie do obrotu;

2) korespondencji, której towarzyszą materiały informacyjne o charakterze niepromocyjnym niezbędne do udzielenia odpowiedzi na pytania dotyczące konkretnego produktu leczniczego, (...)

3) ogłoszeń o charakterze informacyjnym niekierowanych do publicznej wiadomości dotyczących w szczególności zmiany opakowania, ostrzeżeń o działaniach niepożądanych, pod warunkiem że nie zawierają treści odnoszących się do właściwości produktów leczniczych;

4) katalogów handlowych lub list cenowych, zawierających wyłącznie nazwę własną, nazwę powszechnie stosowaną, dawkę, postać i cenę produktu leczniczego, (...) pod warunkiem że nie zawierają treści odnoszących się do właściwości produktów leczniczych, w tym do wskazań terapeutycznych;

nicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym), art. 2 lit. f. Warto zauważyć, że pojęcia: „informacja handlowa” używa się w ustawie zarówno jako tłumaczenia angielskiego określenia *communication*, jak i *information* oraz *communications*, co egzemplifikuje nieostrość i brak uporządkowania tych pojęć; cytowany przepis w wersji angielskojęzycznej brzmi: „*commercial communication*”: *any form of communication designed to promote, directly or indirectly, the goods, services or image of a company, organization or person pursuing a commercial, industrial or craft activity or exercising a regulated profession. The following do not in themselves constitute commercial communications: - information allowing direct access to the activity of the company, organization or person, in particular a domain name or an electronic-mail address, - communications relating to the goods, services or image of the company, organization or person compiled in an independent manner, particularly when this is without financial consideration.* Na temat relacji pojęć informacja handlowa / komunikacja handlowa / reklama szerzej: P. Wąglowski, *Informacja handlowa w komunikacji elektronicznej*, „Prawo i Ekonomia w Telekomunikacji” 2003, nr 3, s. 26; A. Mokrysz-Olszyńska, *Komunikacja nieformalna w marketingu a zakaz reklamy ukrytej*, „Zeszyty Naukowe Kolegium Gospodarki Światowej SGH”, z. 27, Warszawa 2010, s. 79 i n.

5) informacji dotyczących zdrowia lub chorób ludzi i zwierząt, pod warunkiem że nie odnoszą się nawet pośrednio do produktów leczniczych”.

Definicja reklamy i wyłączenia zawarte w art. 53 ustawy stanowią odpowiednik definicji i wyłączeń sformułowanych w art. 86 dyrektywy 2001/83/WE z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi²⁴.

Jakkolwiek zagadnienie odróżnienia informacji (generalnie – dozwolonej) od reklamy względnie informacji handlowej, wobec których formułowane są określone wymogi i ograniczenia, nie jest obce ani unijnemu, ani polskiemu ustawodawcy, to w praktyce rozgraniczenie tych pojęć często napotyka na trudności. W szczególności problemy wiążą się z kwalifikacją prawną przekazów internetowych dotyczących produktów leczniczych²⁵.

PODSTAWOWE RÓŻNICE PRAWNE POMIĘDZY SUPLEMENTEM DIETY A PRODUKTEM LECZNICZYM I ICH REKLAMĄ

Ponieważ główny punkt ciężkości problemów związanych z reklamą zasadza się na myleniu suplementów diety z lekami, konieczne jest przywołanie podstawowych różnic prawnych pomiędzy tymi produktami.

Zgodnie z art. 2 pkt 32 ustawy Prawo farmaceutyczne produkt leczniczy to „substancja lub mieszanina substancji, przedstawiana jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt lub podawana w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne”²⁶.

Z kolei definicję suplementu diety zawiera ustawa o bezpieczeństwie żywności i żywienia, której art. 3 pkt 39 określa suplement diety jako „środek spożywczy, którego celem jest uzupełnienie normalnej diety, będący koncentrowanym źródłem witamin lub składników mineralnych lub innych substancji wykazujących efekt odżywczy lub inny fizjologiczny, pojedynczych lub złożonych, wprowadzany do obrotu w formie umożliwiającej dawkowanie, w postaci: kapsułek, tabletek, drażetek i w innych podobnych postaciach, saszetek z proszkiem, ampułek z płynem, butelek z kroplomierzem i w innych podobnych postaciach płynów i proszków

²⁴ Dz. Urz. UE L 311 z 28.11.2001, s. 67.

²⁵ Por. np. orzeczenie TSUE w sprawie C-322/01 *Deutscher Apothekerverband*; omówienie w: D.E. Harasimiuk, *Reklama towarów sensorywnych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, [w:] M. Namysłowska (red.), *Reklama. Aspekty prawne*, Warszawa 2012, s. 271-272; por. też: M. Świerczyński, *Reklama leków a informacja internetowa o lekach po dniu 1 maja 2011 r.*, [w:] M. Namysłowska (red.), *Reklama...*, s. 503 i n.

²⁶ Ustawa z dnia 6 września 2001 – Prawo farmaceutyczne, (Dz.U. 2008 nr 45, poz. 271) z późn. zm.

przeznaczonych do spożywania w małych, odmierzonych ilościach jednostkowych, z wyłączeniem produktów posiadających właściwości produktu leczniczego w rozumieniu przepisów prawa farmaceutycznego²⁷.

O ile wprowadzenie do obrotu produktu leczniczego następuje po wydaniu decyzji Prezesa Urzędu Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o dopuszczeniu do obrotu (Prezes wydaje taką decyzję po merytorycznej analizie wniosku wraz z wymaganymi ustawą załącznikami, w szczególności dokumentującymi wyniki przeprowadzonych badań farmakologicznych i klinicznych w zakresie bezpieczeństwa stosowania), to suplement diety jest wprowadzany do obrotu bez decyzji organów; podmiot wprowadzający na rynek suplement diety zobowiązany jest jedynie do powiadomienia Głównego Inspektora Sanitarnego o planowanym wprowadzeniu do obrotu oraz przedstawienia wzoru etykiety.

Odpowiednio różne zasady dotyczą obowiązków podmiotu odpowiedzialnego za wprowadzenie produktu na rynek, które w przypadku produktu leczniczego są nieporównanie bardziej rygorystyczne, jak również różnie kształtują się zasady kontroli jakości. W przypadku produktu leczniczego nadzór nad warunkami wytwarzania pełni Główny Inspektor Farmaceutyczny, kontrolując warunki wytwarzania i dokumentację co najmniej raz na 3 lata; ponadto prowadzona jest stała kontrola przez Narodowy Instytut Leków, w ramach której produkty lecznicze są pobierane z rynku. Do obowiązków podmiotu odpowiedzialnego po uzyskaniu pozwolenia należy m.in. stałe monitorowanie bezpieczeństwa stosowania oraz aktualizowanie informacji o ewentualnych działaniach niepożądanych. W przypadku suplementu diety nadzór nad jakością powinien być prowadzony przez Państwową Powiatową Inspekcję Sanitarną; w ramach tego nadzoru Główny Inspektorat Sanitarny może przeprowadzać kontrole. Zgodnie z art. 5 Rozporządzenia nr 852/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie higieny środków spożywczych, producenci suplementów diety zobowiązani są do stosowania systemu HACCP.

Ze względu na istotność różnic między suplementem diety a produktem leczniczym (jak głoszą hasła z Poradnika konsumenckiego: „Suplementy diety nie są lekami. Nie leczą ani nie zapobiegają chorobom”; „Suplementy diety są specyficzną kategorią żywności. Ich stosowanie uzasadnione jest jedynie w określonych przypadkach”; „Suplementy diety mogą zaszkodzić”)²⁸, ustawy szczegółowo regulują zasady prezentacji produktu, określając informacje, jakie powinny znaleźć się na opakowaniu, odpowiednio – produktu leczniczego oraz suplementu diety, tak aby konsument mógł w łatwy, dostępny mu sposób stwierdzić rodzaj produktu, w szczególności – odróżnić suplement diety od produktu leczniczego. Na opakowaniu suplementu diety, w bezpośred-

²⁷ Ustawa z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia, (tekst jedn. Dz.U. 2015 r., poz. 594).

²⁸ *Co warto wiedzieć o suplementach diety, poradnik konsumencki*, Warszawa, listopad 2015, <http://gis.gov.pl/o-nas/aktualnosci/166-co-warto-wiedziec-o-suplementach-diety>.

nim sąsiedztwie nazwy, powinno zatem znajdować się określenie „suplement diety”; a ponadto: nazwa producenta, termin przydatności do spożycia oraz informacja, iż nie należy przekraczać zalecanej porcji do spożycia w ciągu dnia, a suplementy diety nie mogą być stosowane jako substytut (zamiennik) zróżnicowanej diety.

W cytowanej ustawie o bezpieczeństwie żywności i żywienia występuje tylko jeden przepis, odnoszący się specyficznie do reklamy suplementów diety – jest to art. 27 pkt 5, zgodnie z którym „oznakowanie, prezentacja i reklama suplementów diety nie mogą zawierać informacji stwierdzających lub sugerujących, że zbilansowana i zróżnicowana dieta nie może dostarczyć wystarczających dla organizmu ilości składników odżywczych”.

Pod tym względem zasadniczo różna jest regulacja reklamy produktów leczniczych: ustawa Prawo farmaceutyczne, w ślad za postanowieniami dyrektywy 2001/83/WE, formułuje szczegółowe wymogi i ograniczenia reklamy, uzupełnione przepisami Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 21 listopada 2008 r. w sprawie reklamy produktów leczniczych²⁹.

Art. 53 ustawy Prawo farmaceutyczne wymienia ogólne zasady reklamy produktów leczniczych; tu przede wszystkim doprecyzowuje zasadę prawdziwości (art. 53.1. „Reklama produktu leczniczego nie może wprowadzać w błąd, powinna prezentować produkt leczniczy obiektywnie oraz informować o jego racjonalnym stosowaniu”) oraz zakaz kierowania reklamy do dzieci (art. 53.3. „Reklama produktu leczniczego nie może być kierowana do dzieci ani zawierać żadnego elementu, który jest do nich kierowany”).

Dalsze przepisy różnicują wymogi pod adresem reklamy kierowanej do publiczności oraz reklamy kierowanej do osób uprawnionych do wystawiania recept lub osób prowadzących obrót produktami leczniczymi. W odniesieniu do reklamy produktu leczniczego kierowanej do publicznej wiadomości obowiązuje zakaz prezentowania produktu leczniczego przez osoby znane publicznie, naukowców, osoby posiadające wykształcenie medyczne lub farmaceutyczne lub sugerujące posiadanie takiego wykształcenia oraz zakaz odwoływania się do zaleceń osób znanych publicznie, naukowców, osób posiadających wykształcenie medyczne lub farmaceutyczne lub sugerujących posiadanie takiego wykształcenia (art. 55.1).

Zgodnie z art. 55.2 „Reklama produktu leczniczego kierowana do publicznej wiadomości nie może ponadto zawierać treści, które:

1) sugerują, że:

- a) możliwe jest uniknięcie porady lekarskiej lub zabiegu chirurgicznego, zwłaszcza przez postawienie diagnozy lub zalecanie leczenia w drodze korespondencyjnej,
- b) nawet osoba zdrowa przyjmująca produkt leczniczy poprawi swój stan zdrowia,
- c) nieprzyjmowanie produktu leczniczego może pogorszyć stan zdrowia danej osoby; zastrzeżenie nie dotyczy szczepień, o których mowa w art. 57 ust. 2,
- d) produkt leczniczy jest środkiem spożywczym, kosmetycznym lub innym artykułem konsumpcyjnym,

²⁹ W dyrektywie przepisy odnoszące się do reklamy produktów leczniczych obejmują artykuły od 53-100; w ustawie – odpowiednio od 52 do 64.

e) skuteczność lub bezpieczeństwo stosowania produktu leczniczego wynika z jego naturalnego pochodzenia;

2) zapewniają, że przyjmowanie produktu leczniczego gwarantuje właściwy skutek, nie towarzyszą mu żadne działania niepożądane lub że skutek jest lepszy lub taki sam, jak w przypadku innej metody leczenia albo leczenia innym produktem leczniczym;

3) mogą prowadzić do błędnej autodiagnozy przez przytaczanie szczegółowych opisów przypadków i objawów choroby;

3a) odnoszą się w formie nieodpowiedniej, zatrważającej lub wprowadzającej w błąd, do wskazań terapeutycznych;

4) zawierają niewłaściwe, niepokojące lub mylące określenia przedstawionych graficznie zmian chorobowych, obrażeń ludzkiego ciała lub działania produktu leczniczego na ludzkie ciało lub jego części”.

Wierne przytoczenie powyższego przypisu ma na celu uzmysłowienie perfidii sytuacji, z jaką ma się do czynienia w przypadku reklamy suplementów diety, wobec których te szczegółowe ograniczenia formalnie nie obowiązują, w konsekwencji czego możliwe jest przedstawianie produktu w reklamie w sposób mylnie sugerujący, że reklamowany produkt jest produktem leczniczym i to produktem o szczególnych właściwościach (nie obowiązuje tu umiar, wymagany wobec prawdziwych produktów leczniczych!). Praktyka gospodarcza dostarcza nader licznych przykładów wykorzystywania tej niekonsekwencji ustawodawczej.

W celu zasugerowania konsumentom, że reklamowany produkt jest godnym zaufania produktem leczniczym, stosowane są w reklamie odpowiednie nawiązania do zawodu lekarza lub farmaceuty („to, jaka diagnoza...”, „wielu moich pacjentów ma problem... polecam im...”, „przełom w leczeniu”), odwoływanie się do domniemanych autorytetów („panie doktorze”, „panie profesorze”) lub wykorzystywanie faktu, że suplementy diety są sprzedawane w aptekach („dostępny w aptece”). Skuteczność takich chwytów jest bardzo wysoka – czego dowodzi powszechność zjawiska mylenia suplementów diety z lekami³⁰.

REKLAMA SUPLEMENTÓW DIETY W ŚWIETLE USTAWY O PRZECIWDZIAŁANIU NIEUCZCIWYM PRAKTYKOM RYNKOWYM

Intuicyjnie wyczuwa się, że wskazane powyżej przykłady mają charakter, ogólnie mówiąc, nieuczciwych praktyk rynkowych. Czy zatem ogólne przepisy zakazujące takich praktyk mogą być przydatne do „ucywilizowania” reklamy suplementów diety, czy szerzej – produktów zdrowotnych?

³⁰ NIK: *przez reklamę mylimy suplementy diety z lekami*, Rz-pa, 29.03.2016, <http://www.rp.pl/Konsument/303299959-NIK-Przez-reklame-mylimy-suplementy-diety-z-lekami.html>.

Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych 2005/29/WE została pomyślana jako akt ramowy, który ma na celu wypełnić luki w przepisach szczegółowych³¹. Implementująca dyrektywę do prawa polskiego ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (upnpr)³² wprowadza ogólny zakaz stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych, zdefiniowanych w art. 4.1. jako praktyki sprzeczne z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształcające lub mogące zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu (klauzula generalna).

Za nieuczciwą praktykę rynkową uznaje się w szczególności praktykę wprowadzającą w błąd, przy czym chodzi nie tylko o działania, ale także o zaniechania wprowadzające w błąd, tj. nieudzielenie w odpowiednio dostępnej formie i w odpowiednim czasie informacji, niezbędnych konsumentowi do podjęcia decyzji, co „powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął” (art. 6.1)³³.

Wprowadzające w błąd działanie może polegać nie tylko na rozpowszechnianiu informacji nieprawdziwych, ale również na podawaniu informacji prawdziwych, jednak w sposób mogący wprowadzić w błąd, „jeżeli działanie to w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął” (art. 5). Wprowadzające w błąd działanie może dotyczyć w szczególności rodzaju produktu (art. 5.3. p. 1).

Ponadto załącznik nr 1 do dyrektywy zawiera listę praktyk uznawanych za nieuczciwe w każdych okolicznościach; lista ta została przeniesiona wprost do ustawy. Wśród wymienionych na tej liście praktyk niedozwolonych *per se* znajduje się „twierdzenie, że produkt jest w stanie leczyć choroby, zaburzenia lub wady rozwojowe, jeżeli jest to niezgodne z prawdą” (art. 7 p. 17). W dyrektywie o nieuczciwych praktykach handlowych bezwzględny zakaz takich twierdzeń został wprowadzony jako uzupełnienie szczegółowych regulacji zawierających podobne zakazy w celu uszczelnienia; skutecznego wyeliminowania, przy wykorzystaniu zasady uznawania za nieprawdziwe wszelkich tego rodzaju twierdzeń, w stosunku do których przedsiębiorca na żądanie sądu lub organu administracyjnego nie dostarczy odpowiednich dowodów lub

³¹ Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE, 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady („Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych”), Dz. Urz. UE L 149 z 11.06.2005, s. 22. Na temat dyrektywy patrz: R. Stefanicki, *Nieuczciwe praktyki handlowe w świetle prawodawstwa Unii Europejskiej – dyrektywa 2005/29/WE*, Warszawa 2007.

³² Tekst jednolity z dnia 10 grudnia 2015, Dz.U. 2016, poz. 3.

³³ Zgodnie z art. 6.2. „W razie wątpliwości za istotne informacje, o których mowa w ust. 1, uważa się informacje, które przedsiębiorca stosujący praktykę rynkową jest obowiązany podać konsumentom na podstawie odrębnych przepisów”.

dowód taki zostanie uznany za niewystarczający³⁴. Jak ten bardzo skrótowy przegląd wskazuje, ustawodawca – zarówno unijny, jak i krajowy – zadbał o stworzenie podstaw do wyeliminowania z rynku szeregu nieprawidłowości, jakie w zakresie reklamy suplementów w praktyce występują.

Po pierwsze, zwalczanie informacji obiektywnie nieprawdziwych jest znacznie ułatwione przez przyjęcie zasady „odwróconego ciężaru dowodu”. Zgodnie z art. 13 „Ciężar dowodu, że dana praktyka rynkowa nie stanowi nieuczciwej praktyki wprowadzającej w błąd, spoczywa na przedsiębiorcy, któremu zarzuca się stosowanie nieuczciwej praktyki rynkowej”³⁵. Przyjęcie praktyki powszechnego żądania dowodu prawdziwości twierdzeń reklamowych odnoszących się do zdrowia niewątpliwie podniosłoby poziom ich wiarygodności i znacznie ograniczyłoby skalę, eliminując wprowadzające w błąd.

Po drugie, szeroka definicja wprowadzenia w błąd, także potencjalnego, przez sam sposób prezentacji, może stanowić podstawę do eliminowania z rynku reklam, które prowadzą do pomylenia produktu (mylnie uznanie go za produkt leczniczy).

Po trzecie wreszcie, nasycenie reklamy elementami emocjonalnymi tworzącymi swoisty nacisk psychiczny (lęk przed chorobą, dyskomfortem itp.), czyli działanie wg sprawdzonej metody marketingu „stwórz zagrożenie, wywołaj panikę i wprowadź na rynek rozwiązanie”, może być oceniane przez pryzmat klauzuli generalnej (sprzeczność z dobrymi obyczajami i zniekształcenie zachowania rynkowego przeciętnego konsumenta) – jakkolwiek zastosowanie tego przepisu może mieć praktyczne znaczenie raczej tylko w szczególnych (bardziej drastycznych) przypadkach.

UWAGI KOŃCOWE

Jak z powyższego wynika, ustawa wprowadzająca do prawa polskiego postanowienia dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych w istocie daje oręż do zwalczania całego szeregu przejawów nieuczciwej reklamy zauważanych na polskim rynku suplementów diety. Wydaje się zatem, że porządkowanie tego segmentu reklamy jest zadaniem w pierwszej kolejności dla regulatora (GIS, UOKiK – w ramach ochrony interesów zbiorowych konsumentów) i w znacznym stopniu może odbywać się w obszarze stosowania już obowiązującego prawa; oczywiście, nie oznacza to braku celo-

³⁴ Zwraca na to uwagę Komisja w *Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices*, Brussels, 3 December 2009, SEC(2009) 1666, s. 53-54.

³⁵ Odpowiedni artykuł 12 dyrektywy zatytułowany *Sądy i organy administracyjne: uzasadnianie twierdzeń*, brzmi następująco: „Państwa Członkowskie przyznają sądom lub organom administracyjnym uprawnienia umożliwiające im w ramach postępowań cywilnych lub administracyjnych, o których mowa w art. 11: a) żądanie, aby przedsiębiorca przedstawił dowód na prawdziwość swoich twierdzeń o faktach związanych z praktyką handlową, jeżeli biorąc pod uwagę uzasadniony interes przedsiębiorcy i innych uczestników postępowania, żądanie takie wydaje się właściwe z uwagi na okoliczności danej sprawy; b) uznanie twierdzeń o faktach za nieprawdziwe, jeżeli dowód zażądany zgodnie z lit. a) nie zostanie przedstawiony lub jeżeli zostanie on uznany przez sąd lub organ administracyjny za niewystarczający.

wości, a nawet potrzeby jego dopracowania i wprowadzenia odpowiednich rozwiązań w sferze regulacji prawnej, a może także samoregulacji lub współregulacji³⁶.

Tu warto zwrócić uwagę na rolę dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych, nobilitującą pozaprawne czy quasi-prawne formy regulacji i kontroli rynku, w tym działalności reklamowej, zwłaszcza poprzez swoiste „użyczenie” sankcji prawnej: zgodnie z art. 6.2 (b) dyrektywy za nieuczciwą praktykę uznaje się „nieprzestrzeganie przez przedsiębiorcę obowiązków zawartych w kodeksach postępowania, do których przestrzegania się zobowiązał, jeżeli: i) obowiązek taki nie opiera się jedynie na samym zamiarze jego wykonania, lecz jest wiążący i możliwy do zweryfikowania; ii) przedsiębiorca zaznacza w ramach praktyki handlowej, że jest związany kodeksem”.

Konsekwentnie – polska ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym jako wprowadzające w błąd działanie traktuje „nieprzestrzeganie kodeksu dobrych praktyk, do którego przedsiębiorca dobrowolnie przystąpił, jeżeli przedsiębiorca ten informuje w ramach praktyki rynkowej, że jest związany kodeksem dobrych praktyk” (art. 5.2 (4)).

Ponadto reguły zawarte w kodeksach postępowania są istotną wskazówką dla interpretacji dobrych obyczajów (wg dyrektywy: staranności zawodowej), stąd ustalenia kodeksu mają znaczenie także dla tych przedsiębiorców, którzy do kodeksu nie przystąpili, ponieważ nieprzestrzeganie reguł przyjętych w kodeksie może stanowić przesłankę stwierdzenia naruszenia ogólnego zakazu nieuczciwych praktyk rynkowych z art. 4.1. upnpr (klauzuli generalnej). Dla instytucji egzekwujących i stosujących prawo doprecyzowanie ogólnego kryterium dobrych obyczajów poprzez branżowy kodeks dobrych praktyk stanowi zatem istotne ułatwienie.

W tym kontekście z nadzieją należy powitać inicjatywę podjęcia działań samoregulacyjnych branży producentów i dystrybutorów suplementów diety. Podczas kolejnego spotkania, jakie odbyło się w siedzibie UOKiK w dniu 29 kwietnia 2016 r., przedstawiciele branży zaprezentowali wstępne założenia dotyczące dobrych praktyk w zakresie reklamy, a uczestniczący w spotkaniu reprezentanci instytucji publicznych i organizacji konsumenckich zgłosili swoje uwagi i sugestie³⁷.

Trzeba mieć oczywiście świadomość ograniczeń związanych z istotą samoregulacji – to też dostrzeżga ustawodawca unijny, wyraźnie podkreślając, że kontrola nieuczci-

³⁶ Samoregulacja (w formie kodeksów dobrych praktyk) podmiotów prowadzących działalność rynkową, organizowana i egzekwowana w drodze samokontroli przez odpowiednie organy związków zrzeszających zainteresowanych uczestników obrotu gospodarczego; współregulacja (*co-regulation*) – jako połączenie systemu instytucjonalnego, administracyjno-prawnego z systemem samokontroli; swoisty *outsourcing* funkcji regulacyjnych i kontrolnych przez instytucje administracyjne na rzecz odpowiednich organów realizujących samoregulację i samokontrolę, przy sprawowaniu ogólnego nadzoru nad skutecznością – szerzej: A. Mokrysz-Olszyńska, *Ochrona interesów konsumentów na rynku UE – spojrzenie z perspektywy ochrony konkurencji i ładu rynkowego*, [w:] J. Frąckowiak, R. Stefanicki (red.), *Ochrona konsumenta w prawie polskim na tle koncepcji effet utile*, Wrocław 2011, s. 153 i n.

³⁷ *Reklama suplementów diety: czy możliwa jest samoregulacja?*, https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=12344.

wych praktyk handlowych przez twórców kodeksu może mieć charakter jedynie dodatkowy w stosunku do kontroli administracyjnej i sądowej³⁸. Niewątpliwie samoregulacja, chociaż może odegrać ważną rolę, nie jest alternatywą regulacji prawnej; co więcej, można postawić tezę, że samoregulacja będzie tym skuteczniejsza, im bardziej skuteczna w danym obszarze jest regulacja prawna.

Zatem potrzebna i cenna jest inicjatywa ministra zdrowia w sprawie powołania zespołu do spraw uregulowania reklamy leków, suplementów diety i innych środków spożywczych oraz wyrobów medycznych także ze względu na okoliczność, że problem faktycznie wykracza poza kategorię suplementów diety *sensu stricto*; dotyczy także wyrobów medycznych³⁹, jak również coraz to nowych kategorii produktów, ogólnie rzecz biorąc, związanych z ochroną zdrowia. Cały ten obszar, poszerzony również o reklamę leków sprzedawanych bez recepty (OTC), wymaga kompleksowych rozwiązań prawnych i organizacyjnych.

Potrzeba takich rozwiązań zaczyna być nagłąca zwłaszcza w kontekście planowanych zmian organizacyjnych, które mają doprowadzić do konsolidacji nadzoru nad bezpieczeństwem żywności przez utworzenie jednej instytucji: Państwowej Inspekcji Bezpieczeństwa Żywności, która miałaby rozpocząć działalność 1 stycznia 2018 r. Według projektu nowa instytucja połączy obecne instytucje kontrolne: Inspekcję Weterynaryjną, Państwową Inspekcję Ochrony Roślin i Nasiennictwa, Inspekcję Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych oraz przejmie częściowo Inspekcję Handlową i, co ważne z punktu widzenia suplementów diety, Państwową Inspekcję Sanitarną – w części, w jakiej sprawują nadzór nad bezpieczeństwem żywności. Nowa inspekcja będzie podlegała ministrowi rolnictwa⁴⁰. Czy suplementy diety znajdą się w nowej konstelacji pod nadzorem ministra rolnictwa (w gestii nowej Inspekcji), czy pozostaną pod nadzorem Państwowej Inspekcji Sanitarnej – jest na dzień dzisiejszy kwestią sporną⁴¹.

Niewątpliwie, szukając optymalnych rozwiązań regulacyjnych, warto sięgnąć do doświadczeń innych krajów, zwłaszcza z Unii Europejskiej, ale także Stany Zjedno-

³⁸ Art. 10 dyrektywy („Kodeksy postępowania”).

³⁹ Zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych – wyrobem medycznym jest narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, przeznaczony przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu (i) diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby, (ii) diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania skutków urazu lub upośledzenia, (iii) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub procesu fizjologicznego lub (iv) regulacji poczęć, którego zasadnicze zamierzone działanie w ciele lub na ciele ludzkim nie jest osiąganym w wyniku zastosowania środków farmakologicznych, immunologicznych lub metabolicznych, lecz których działanie może być wspomagane takimi środkami – Dz.U. 2010 nr107, poz. 679, ze zm.

⁴⁰ Jedna inspekcja bezpieczeństwa żywności od 1 stycznia 2018 r. 25.05.2016, http://www.portal-spozywczy.pl/technologie/wiadomosci/jedna-inspekcja-bezpieczenstwa-zywnosci-od-1-stycznia-2018-r,129894_1.html.

⁴¹ Suplementy diety poza kontrolą nowej inspekcji bezpieczeństwa żywności, 29.07.2016, <http://www.rp.pl/Konsumenci/307299977-Suplementy-diety-pozza-kontrola-nowej-inspekcji-bezpieczenstwa-zywnosci.html>.

zione mogą dostarczyć ciekawych wzorców⁴², przy czym najbardziej radykalnym rozwiązaniem byłby generalny zakaz reklamy produktów odnoszących się do zdrowia, z dopuszczeniem wyłącznie informacji o charakterze niehandlowym. Biorąc pod uwagę całokształt negatywnych skutków reklamy w tym obszarze, wydaje się, że takie rozwiązanie, poparte analizą ekonomiczną, jest rozwiązaniem przyszłościowym.

Temat reklamy suplementów diety, a szerzej: produktów zdrowotnych i leczniczych, jest tematem wieloaspektowym, wykraczającym poza ramy jednego opracowania, z całą pewnością rozwojowym i zasługującym na szczegółową analizę.

Bibliografia

Literatura:

Co warto wiedzieć o suplementach diety, poradnik konsumencki, Warszawa, listopad 2015, <http://gis.gov.pl/o-nas/aktualnosci/166-co-warto-wiedziec-o-suplementach-diety>

FTC Approves Final Order Settling Charges That Dannon Made Deceptive Claims for Activia Yogurt and DanActive Dairy Drink, 02/04/2011, <http://www.ftc.gov/opa/2011/02/dannon.shtm>.

Góral L., *Reklama a informacja o usługach bankowych*, [w:] *Reklama. Aspekty prawne*, red. M. Namysłowska, Warszawa 2012.

Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Brussels, 3 December 2009, SEC(2009) 1666.

Harasimiuk D.E., *Reklama towarów sensorywnych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, [w:] M. Namysłowska (red.), *Reklama. Aspekty prawne*, Warszawa 2012

Jedna inspekcja bezpieczeństwa żywności od 1 stycznia 2018 r. 25.05.2016, http://www.portalspozywczy.pl/technologie/wiadomosci/jedna-inspekcja-bezpieczenstwa-zywnosci-od-1-stycznia-2018-r,129894_1.html.

KRRiT, *Leki a suplementy diety w reklamach*, <http://www.krrit.gov.pl/krrit/aktualnosci/news,2265,leki-a-suplementy-diety-w-reklamach.html>.

McGarry E.D., *The Propaganda Function in Marketing*, "The Journal of Marketing", Oct. 1958, nr 2.

Mokrysz-Olszyńska A., *Ochrona interesów konsumentów na rynku UE – spojrzenie z perspektywy ochrony konkurencji i ładu rynkowego*, [w:] J. Frąckowiak, R. Stefanicki (red.), *Ochrona konsumenta w prawie polskim na tle koncepcji effet utile*, Wrocław 2011.

⁴² Warto przywołać doświadczenia i praktykę w zakresie zwalczania nierzetelnych reklam przez Administrację Żywności i Lekarstw (FDA) oraz Federalną Komisję Handlu (FTC) w USA, m.in. przy zastosowaniu zasady „*substantiation of claims*” (żądanie udokumentowania prawdziwości twierdzeń reklamowych). Wymowny jest przykład reakcji na znane również w Polsce reklamy firmy Dannon (Danone), głoszące, że bakterie zawarte w jogurtach Activia wspomagają regularne funkcjonowanie przewodu pokarmowego, a napój DanActive podnosi odporność organizmu: w 2011 r. Federalna Komisja Handlu (FTC) uznała, że nie ma wystarczających danych naukowych na poparcie takich twierdzeń, zamieszczanych na opakowaniach produktów oraz w reklamach. W rezultacie ugody firma Dannon zaprzestała wprowadzających w błąd praktyk i wypłaciła 21 mln \$ odszkodowania – *FTC Approves Final Order Settling Charges That Dannon Made Deceptive Claims for Activia Yogurt and DanActive Dairy Drink*, 02/04/2011, <http://www.ftc.gov/opa/2011/02/dannon.shtm> [dostęp: 11.07.2016].

Mokrysz-Olszyńska A., *Komunikacja nieformalna w marketingu a zakaz reklamy ukrytej*, „Zeszyty Naukowe Kolegium Gospodarki Światowej SGH”, z. 27, Warszawa 2010.

Mokrysz-Olszyńska A., *Ochrona interesów uczestników działalności rynkowej w głównych systemach prawnych państw kapitalistycznych*, Warszawa 1989.

NIK przygląda się rynkowi suplementów diety [panel ekspertów], informacja z 29.03.2016 na stronie NIK: <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-przyglada-sie-rynkowi-suplementow-diety-panel-ekspertow.html>.

NIK: *przez reklamę mylimy suplementy diety z lekami*, 29.03.2016, <http://www.rp.pl/Konsumenty/303299959-NIK-Przez-reklame-mylimy-suplementy-diety-z-lekami.html>.

Nowińska E., *Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilno-prawne*, Kraków 1997.

Rabij M., *Rząd ograniczy pigułki?*, <http://www.forbes.pl/rzad-ograniczy-pigulki-artykuly,204946,1,1.html>.

Raport KRRiT: *Emisja przekazów handlowych produktów zdrowotnych i leków w programach telewizyjnych*, http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/komunikaty/leki-i-suplementy/2015_emisja-przekazow-handlowych-produktow-zdrowotnych-lekow-w-programach-telewizyjnych.pdf.

Reklama suplementów diety: czy możliwa jest samoregulacja? https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=12344.

Saladin P.W., *Das Recht auf Werbung und seine öffentlich-rechtliche Schranken*, Bern 1969.

Seyffert R., *Werbelehre, Theorie und Praxis der Werbung*, Stuttgart 1966.

Skubisz R., *Reklama nieuczciwa*, [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, Warszawa 1994.

Stefanicki R., *Nieuczciwe praktyki handlowe w świetle prawodawstwa Unii Europejskiej – dyrektywa 2005/29/WE*, Warszawa 2007.

Suplementy diety poza kontrolą nowej inspekcji bezpieczeństwa żywności, 29.07.2016, <http://www.rp.pl/Konsumenty/307299977-Suplementy-diety-pozza-kontrola-nowej-inspekcji-bezpieczenstwa-zywnosci.html>.

Świerczyński M., *Reklama leków a informacja internetowa o lekach po dniu 1 maja 2011 r.*, [w:] M. Namysłowska (red.), *Reklama. Aspekty prawne*, Warszawa 2012.

Wagłowski P., *Informacja handlowa w komunikacji elektronicznej*, „Prawo i Ekonomia w Telekomunikacji” 2003, nr 3.

Wiszniewska I., *Polskie prawo reklamy*, Warszawa 1998.

Akty prawne:

Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym), Dz. Urz. UE L 178 z 17.07.2000 r.

Dyrektywa 2001/83/WE z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi, Dz. Urz. UE L 311 z 28.11.2001 r.

Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE, 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady („Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych”), Dz. Urz. UE L 149 z 11.06.2005 r.

Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (tekst jedn. Dz.U. z 2016, poz. 639).
Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503).

Ustawa z dnia 6 września 2001 – Prawo farmaceutyczne, Dz.U. 2008 nr 45, poz. 271.

Ustawa z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 594).

Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, tekst jednolity z dnia 10 grudnia 2015, Dz.U. 2016, poz. 3.

Ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, Dz.U. 2010 nr 107, poz. 679.

Zarządzenie Ministra Zdrowia z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie powołania Zespołu ds. uregulowania reklamy leków, suplementów diety i innych środków spożywczych oraz wyrobów medycznych, Dz. Urzędowy Ministra Zdrowia z dnia 3 czerwca 2016, poz. 59.

Streszczenie: Celem artykułu jest próba przybliżenia tematu reklamy suplementów diety w obliczu rozpoczynającej się dyskusji nad stosownymi rozwiązaniami w sferze regulacji prawnej a także o roli samoregulacji w tym obszarze. W szczególności warto zastanowić się, gdzie tkwi źródło problemów: czy w niedostatecznym uregulowaniu prawnym, czy może raczej w obszarze egzekwowania obowiązujących norm prawnych; jaka jest rola ustawodawcy, a jaka regulatora w rozwiązywaniu problemów i eliminowaniu zagrożeń, jakie niesie aktywność reklamowa w przedmiotowym obszarze. Temat reklamy suplementów diety, a szerzej: produktów zdrowotnych i leczniczych, jest tematem wieloaspektowym, wykraczającym poza ramy jednego opracowania, z całą pewnością rozwojowym i zasługującym na szczegółową analizę.

Słowa kluczowe: suplement diety, produkt leczniczy, reklama a informacja, nieuczciwe praktyki rynkowe

ADVERTISING OF DIETARY SUPPLEMENTS AS A CHALLENGE FOR LEGISLATOR AND REGULATOR

Summary: The aim of the article is an attempt to bring the topic of advertising of dietary supplements in the face of the beginning of the discussion on the relevant solutions in the sphere of legal regulation and on the role of self-regulation in this area. In particular, it is worth considering, where lies the source of problems: in insufficient legal regulation, or rather in the area of enforcement of existing legal norms; what is the role of the legislature and governor in solving problems and eliminating the risks of advertising activity in the area. The subject of the advertising of dietary supplements, and more broadly: health products, is multi-faceted and it goes beyond the one develop, but it is certainly growing and noteworthy detailed analysis.

Keywords: dietary supplement, medicinal product, advertising and information, unfair market practices