

Białystok, dnia 29 września 2017 r.

Prof. zw. dr hab. Joanna Sieńczyło-Chlabicz

Kierownik Katedry Prawa Własności Intelektualnej

Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

Recenzja

rozprawy doktorskiej

mgr Joanny Wiszniewskiej

„Zakaz reklamy aptek i ich działalności – teoria i praktyka”

napisanej pod kierunkiem dr hab. Elżbiety Wojcieszko-Głuszko

1. Znaczenie problematyki podjętej w rozprawie

Pani mgr Joanna Wiszniewska podjęła temat o dużej doniosłości teoretycznej i praktycznej dotyczący zakazu aptek i ich działalności. Wybór tematu uważam za bardzo trafny i przemyślany, przede wszystkim dlatego, że obowiązujące rozwiązania normatywne dotyczące zakazu reklamy aptek i ich działalności wywoływały i nadal wywołują liczne kontrowersje przede wszystkim wśród przedstawicieli doktryny.

Zakaz reklamy aptek i ich działalności został wprowadzony do ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (dalej: p.f.) dwuetapowo. Mianowicie, pierwszy - częściowy zakaz reklamy odwołujący się do produktów refundowanych - ustanowiono z dniem 1 maja 2007 r. poprzez wprowadzenie do cyt. ustawy art. 94a. Następnie od dnia 1 stycznia 2012 r. przyjęto w art. 94a p.f. całkowity zakaz reklamy apteki i ich działalności. Zakaz ten został rozszerzony w kierunku jakiegokolwiek reklamy aptek, punktów aptecznych oraz - co istotne - ich działalności. Założeniem nowelizacji było wprowadzenie całkowitego zakazu reklamy działalności aptek i punktów aptecznych oraz zakazu reklamy placówek obrotu pozaaptecznego odnoszącej się do produktów leczniczych i wyrobów medycznych. Z zakresu pojęcia reklamy apteki wyłączono jedynie informację o lokalizacji i godzinach pracy apteki. Powyższe zmiany uzasadniano koniecznością zwiększenia ochrony pacjentów oraz

finansów publicznych przed negatywnymi skutkami reklamy aptek wskazując, że cele przedsiębiorców prowadzących apteki, w tym dążenie do maksymalizacji zysku, powinny być podporządkowane wymogom wynikającym z konieczności ochrony zdrowia pacjentów (uzasadnienie do projektu ww. nowelizacji, druk sejmowy VI.3491).

Autorka we Wstępie sformułowała tezę, że regulacja dotycząca całkowitego zakazu reklamy apteki i jej działalności w prawie farmaceutycznym nie jest rozwiązaniem pożądanym i efektywnym ani z punktu widzenia ochrony zdrowia pacjentów, ani ochrony interesów państwa. W związku z wyprowadzoną tezą przyjęła pewne założenia, a mianowicie: 1) stworzenie efektywnego systemu regulacji reklamy w zakresie ochrony zdrowia wymaga rozstrzygnięcia konfliktu pomiędzy społecznie doniosłą potrzebą szerokiego dostępu do informacji a koniecznością ochrony zdrowia i życia konsumentów; 2) wprowadzając jakiegokolwiek ograniczenia swobody reklamy, ustawodawca obowiązany jest wybrać jak najmniej dotkliwą spośród skutecznych metod, w szczególności niezbędne jest wyważenie konfliktu interesów pomiędzy swobodą prowadzenia działalności gospodarczej w formie apteki a ochroną zdrowia; 3) wojewódzcy inspektorzy farmaceutyczni nie są przygotowani merytorycznie do sprawowania nadzoru nad przestrzeganiem zakazu reklamy apteki i ich działalności, co zdaniem Autorki skutkuje w wielu przypadkach objęciem zakazem także innych niż reklama działań marketingowych.

Problematyka dotycząca zakazu reklamy aptek i ich działalności w zasadzie nie była przedmiotem całościowej i kompleksowej analizy w postaci pozycji monograficznej. Natomiast zagadnienia te były przedmiotem prac zbiorowych, np. Meritum. Prawo farmaceutyczne, pod red. J. Adamczyk i M. Krekory, Warszawa 2016 r., artykułów prawniczych, jak również komentarzy, np. Prawo farmaceutyczne. Komentarz, pod red. W.L. Olszewskiego z 2016 r.

Podjęcie się opracowania tej problematyki w pełni zasługuje na aprobatę i ma znaczenie zarówno w sferze stanowienia i wykładni prawa, jak i w sferze stosowania prawa. Recenzowana rozprawa dotyczy zagadnień kontrowersyjnych, a rozważania zawarte w jej treści są istotne i potrzebne dla dalszego rozwoju prawa farmaceutycznego.

2. Struktura rozprawy i jej ocena merytoryczna

Rozprawa doktorska została podzielona na Wstęp, sześć rozdziałów i Podsumowanie. Na aprobatę zasługuje staranne przedstawienie przez Autorkę we Wstępie struktury rozprawy

wraz ze szczegółowym odniesieniem się do poszczególnych rozdziałów i ich zawartości merytorycznej. Wskazane byłoby jednak również wyjaśnienie, jakie zagadnienia i dlaczego zostały poddane analizie, a jakie Autorka pominęła wraz z uzasadnieniem przyjęcia określonej kolejności następujących po sobie rozdziałów.

Głównym celem rozprawy - jak wskazała mgr Wiszniewska we Wstępie (s. 13) - jest próba całościowego zbadania problematyki zakazu reklamy aptek i ich działalności zarówno w aspekcie teoretycznym, jak i praktycznym. Autorka poddała rozważaniom obowiązujące w tym zakresie regulacje prawne, a w istocie art. 94a ust. 1 p.f., formułując wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda*. Natomiast brakuje wskazania we Wstępie hipotez badawczych, których weryfikacja powinna nastąpić we wnioskach do rozprawy, co znacznie podniosłoby jej wartość naukową. Pozwoliłoby to również prześledzić tok rozumowania Autorki, ustosunkować się do jej poglądów i ocenić prezentowane przez Nią stanowisko. Niestety wskazane braki powodują, że ma się wrażenie mało spójnego oraz niedostatecznie uzasadnionego wyводу potwierdzającego słuszność postawionej we Wstępie przez Autorkę tezy. Nie można również odnaleźć we Wstępie szczegółowych celów, czy zadań postawionych przez Autorka, których realizacja pozwoliłaby dokonać rzetelnej i pogłębionej analizy przyjętej przez ustawodawcę polskiej regulacji prawnej, której treść kontestuje w rozprawie mgr Wiszniewska.

Odnosząc się do przyjętej struktury rozprawy i kolejności następujących po sobie rozdziałów należy zaaprobować rozpoczęcie rozprawy od zagadnień o charakterze ogólnym, a następnie przejście do kwestii bardziej szczegółowych bezpośrednio odnoszących się do tematu rozprawy.

W rozdziale I zatytułowanym teoria reklamy zostały przedstawione zagadnienia ogólne dotyczące reklamy. Autorka rozpoczyna od historii reklamy, jej początków na świecie i w Polsce. W mojej ocenie przedstawienie w gruncie rzeczy i tak skrótowe genezy i historii reklamy nie było niezbędne i można byłoby z tego zrezygnować. Następnie zostały omówione zagadnienia, które są istotne dla problematyki objętej tematem rozprawy, a mianowicie: pojęcie reklamy, które przysparza wielu trudności interpretacyjnych, definicje reklamy wypracowane przez przedstawicieli doktryny, inne rodzaje działań marketingowych, które Autorka nie zalicza do reklamy oraz niezwykle ważna kwestia rozróżnienia pomiędzy reklamą a informacją.

Jednakże te w istocie najistotniejsze zagadnienia z uwagi na temat rozprawy zostały przedstawione w niewystarczającym zakresie. Brakuje szerszego przedstawienia pojęcia

reklamy w oparciu o poglądy przedstawicieli nauk prawnych i wskazania niezbędnych elementów konstytutywnych składających się na to pojęcie. Ponadto, Autorka nie przeprowadza wyraźnego rozróżnienia reklamy od innych działań marketingowych. Ponadto, poświęcono zbyt mało uwagi na bardzo ważne - z uwagi na problematykę rozprawy - rozróżnienie reklamy od informacji i wskazanie, co nie stanowi reklamy.

Wskazane byłoby, żeby rozdział I kończył się próbą konstrukcji pojęcia reklamy poprzez wskazanie jej konstytutywnych elementów, czego niestety, a szkoda, Autorka nie czyni.

W rozdziale II zatytułowanym Regulacje prawne dotyczące reklamy omówiono źródła prawa międzynarodowego, unijnego oraz prawa polskiego dotyczące reklamy, jak również przedstawiono ograniczenia swobody prowadzenia reklamy na przykładzie wybranych grup produktów. Zwraca uwagę pewna niekonsekwencja Autorki, która z jednej strony postuluje potrzebę wprowadzenia definicji legalnej reklamy do poszczególnych aktów prawnych, w tym ustawy – Prawo farmaceutyczne w odniesieniu do reklamy apteki i jej działalności, z drugiej zaś negatywnie ocenia zróżnicowanie definicji legalnych reklamy w poszczególnych aktach prawnych (s. 49-50). Nie można się zgodzić z Autorką, która wskazuje, że jest wręcz niemożliwe wskazanie zbieżnych desygnatów pojęcia „reklama”.

Ciekawe są rozważania Autorki dotyczące ograniczeń reklamy przybierających formę zakazu bezwzględnego i względnego oraz jej postulaty skierowane do ustawodawcy dotyczące niezbędności wskazywania przez ustawodawcę katalogu czynności, których wykonywanie jest zabronione przy wprowadzaniu całkowitego zakazu reklamy, a także dokonywania uprzedniej analizy celowości wprowadzenia takiego zakazu. Interesujące są rozważania oparte przede wszystkim na badaniach empirycznych przeprowadzonych w USA dotyczących skuteczności zakazów reklamy produktów w odniesieniu do zakładanych celów na przykładzie papierosów i alkoholu. Generalnie - jak wskazuje Autorka - badania te nie wykazały statystycznie istotnego wpływu zakazu reklamy tych produktów na zmniejszenie konsumpcji tych produktów przez konsumentów.

Autorka pisze o trudnościach w zakresie odniesienia całkowitego zakazu reklamy aptek i ich działalności do innej regulacji zakazowej w prawie polskim w zakresie reklamy nie dostrzegając, że przecież analogiczne zakazy wprowadzono w odniesieniu do zakazu reklamy zawodów prawniczych.

Rozdział III został poświęcony analizie art. 94a prawa farmaceutycznego oraz jego wprowadzeniu do ustawodawstwa polskiego. Autorka najpierw przedstawiła częściowy zakaz reklamy działalności aptek wprowadzony w 2007 r., a następnie przeszła do omówienia bezwzględnego zakazu wprowadzonego w 2012 r. Jest to w zasadzie najistotniejszy rozdział z uwagi na temat rozprawy, dlatego powinien być znacząco objętościowo większy w stosunku do pozostałych rozdziałów, a zwłaszcza rozdziału IV dotyczącego praktycznych aspektów zakazu reklamy apteki, który jest rozdziałem wyjątkowo szeroko rozbudowanym, a odnosi się do omówienia decyzji wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych. Bardziej uzasadnione byłoby przedstawienie praktyki orzeczniczej właściwych organów w ramach analizy kontroli sądowoadministracyjnej zaskarżonych decyzji dokonywanej przez wojewódzkie sądy administracyjne i Naczelny Sąd Administracyjny.

Oceniam jako niefortunne dosłowne powoływanie przez Autorkę, zwłaszcza w rozdziale III rozprawy, norm prawnych w ich dosłownym brzmieniu, czy cytowanie fragmentów poszczególnych projektów legislacyjnych lub poglądów poszczególnych urzędników administracji publicznej, które nie powinno być praktykowane w pracach naukowych. Nie jest to bowiem właściwy sposób prowadzenia wyводу naukowego i niewątpliwie te fragmenty rozprawy powinny być zastąpione konsekwentnie poprowadzonym, spójnym komentarzem uzupełnionym analizą dogmatyczną norm prawnych w ujęciu historycznym wraz z umiejętnym wykorzystaniem poglądów doktryny i dorobku orzecznictwa sądowego.

Żałować należy, że Autorka nie skorzystała z możliwości przedstawienia stanu prawnego na temat reklamy aptek i ich działalności w wybranych państwach Unii Europejskiej. Pozwoliłoby to znacząco wzbogacić prowadzone rozważania i wskazać obowiązujące w tym zakresie modele rozwiązań normatywnych, tym bardziej, że Autorka kilkakrotnie podkreśla w pracy, że regulacje prawne przyjęte w polskiej ustawie – Prawo farmaceutyczne są unikatowe w sensie negatywnym w skali światowej. Niewystarczające są jedynie ogólne konstatacje Autorki, że „powszechnym na świecie sposobem ograniczania reklamy dotyczącej aptek jest natomiast wprowadzenie adekwatnych regulacji do kodeksów deontologicznych opracowywanych przez samorządy zawodowe farmaceutów” (s. 282).

Odnosząc się do wniosków zamieszczonych w rozdziale VI pt. Ocena regulacji i postulaty *de lege ferenda* należy stwierdzić, że postulaty sformułowane przez Autorkę są skierowane do polskiego ustawodawcy. Generalnie popieram postulat Autorki złagodzenia całkowitego zakazu reklamy aptek poprzez zmianę charakteru zakazu reklamy aptek z

bezwzględny na względny. Nie jestem jednak przekonana, czy zaproponowany zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności odnoszący się do produktów leczniczych, wyrobów medycznych lub suplementów diety – zmieni obecny stan prawny w zakresie stosowania prawa przez organy administracji publicznej oraz sądy administracyjne. Bowiem analiza orzecznictwa sądów administracyjnych na tle obecnie obowiązującego brzmienia art. 94a ust. 1 p.f. wskazuje, iż dotychczasowe działania aptek w postaci, np. programów lojalnościowych stanowiły w istocie reklamę aptek i odnosiły się do produktów leczniczych oferowanych określonej grupie pacjentów po bardziej korzystnych cenach.

Nie podzielam opinii, że cokolwiek istotnego wniesie wprowadzenie do ustawy – Prawo farmaceutyczne definicji legalnej reklamy aptek. Sądzę natomiast, że celowe byłoby wprowadzenie przez polskiego ustawodawcę w art. 94a p.f. otwartego katalogu działań podejmowanych przez apteki, które nie będą stanowiły reklamy, czyli będą prawnie dozwolone.

Nie podzielam krytyki Autorki skierowanej do organów nadzoru farmaceutycznego i sądów administracyjnych w zakresie stosowania art. 94a ust. 1 p.f. do promocji cenowych i programów lojalnościowych. Uważam, że tego rodzaju działania słusznie zostały uznane za reklamę apteki i w świetle obecnie obowiązującego prawa farmaceutycznego są zabronione. Nie ulega wątpliwości, że stanowią one w istocie zachętę do nabywania produktów leczniczych w konkretnej aptece, a faktycznie w sieci aptek. Programy te bowiem są inicjowane i rozwijane przede wszystkim przez tzw. apteki sieciowe, co powoduje, że małe apteki nie wytrzymują konkurencji z silnymi i bogatymi konkurentami. Ponadto, trudno się dziwić, że organy administracji, jak i sądy stosują zgodnie z zasadą legalizmu unormowania obecnie obowiązującego ustawodawstwa.

Natomiast należy przyznać rację, że rozwiązanie przyjęte w art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego powinno być zmienione i dostosowane do potrzeb pacjenta jako konsumenta oraz stanowić gwarancję przysługującego mu prawa do informacji. Trudno bowiem zaakceptować, że jedynym dozwolonym działaniem nie stanowiącym reklamy apteki jest informacja o jej lokalizacji i godzinach pracy.

3. Ocena formalnej strony rozprawy

Strona formalna rozprawy nie budzi poważniejszych zastrzeżeń. Zasadniczo ocena rozprawy pod względem poprawności językowej, stylistycznej, gramatycznej - jest

satisfakcjonująca. Język pracy jest jasny, wolny od żargonu, chociaż recenzent dostrzega niewielkie błędy stylistyczne i gramatyczne.

Podkreślenia wymaga, co recenzent odnotowuje z aprobatą, że Autorka przedstawiła wykorzystane w rozprawie metody badawcze we Wstępie (s. 16). Wskazała trzy podstawowe metody badawcze, tj. metodę dogmatyczno-prawną, metodę teoretyczno-prawną oraz prawoporównawczą, wraz z zaznaczeniem, jak posłużyła się nimi w rozprawie.

Jako podstawową dla rozprawy Autorka wskazała formalno-dogmatyczną analizę przepisów prawa. Metoda dogmatyczno-prawna posłużyła przede wszystkim do dokonania wykładni przepisów ustawy – Prawo farmaceutyczne w ujęciu historycznym dotyczących zakazu reklamy apteki i jej działalności. Oceniając wykorzystanie tej metody w rozprawie należy stwierdzić, że odczuwa się znaczący niedosyt zwłaszcza w odniesieniu do analizy i wykładni przepisów obowiązującego prawa.

Metodę teoretyczno-prawną wykorzystano do przedstawienia poglądów przedstawicieli doktryny. W szerszym zakresie Autorka skorzystała w rozprawie z tej metody, w szczególności w rozważaniach dotyczących pojęcia i istoty reklamy, a także prezentacji poglądów przedstawicieli doktryny w odniesieniu do rozwiązań normatywnych dotyczących zakazu reklamy aptek i ich działalności. Zwraca uwagę często występujące nieumiejętne przedstawianie przez Autorkę poglądów przedstawicieli doktryny, np. K. Grzybczyk na s. 251-252 poprzez cytowanie dosłowne fragmentów publikacji danego Autora, zamiast komentowania i wyróżniania stanowisk w doktrynie reprezentowanych przez poszczególnych jej przedstawicieli. Związana jest z tym nie do końca opanowana przez Autorkę rozprawy zdolność prowadzenia dyskursu naukowego, komentowania poglądów przedstawicieli doktryny, wyrażania własnego stanowiska po poddaniu analizie zarówno dorobku doktryny, jak i judykatury.

Autorka rozprawy skorzystała - jednakże w ograniczonym zakresie - z metody prawoporównawczej w celu przedstawienia różnic w podejściu do roli i sposobów ograniczania swobody reklamowania aptek w Rumunii i w Kanadzie. Jak stwierdziła w rozdziale V – obowiązujący w Polsce całkowity zakaz reklamy aptek jest ewenementem w skali światowej, jednocześnie jednak wskazała cytując literaturę przedmiotu, że całkowity zakaz reklamy działalności aptek obowiązuje w Irlandii, Portugalii i Luksemburgu. Następnie stwierdziła, że z przeprowadzonej przez nią analizy wynika, że w tych państwach obowiązują ograniczenia w reklamie, nie zaś całkowity zakaz reklamy apteki w prawie powszechnie obowiązującym.

Mankamentem rozprawy jest brak analizy rozwiązań normatywnych przyjętych w tym zakresie w wybranych państwa Unii Europejskiej, przy czym uzasadnione byłoby przeprowadzenie prawnoporównawczych rozważań i wyodrębnienie funkcjonujących modeli rozwiązań normatywnych, co posłużyłoby do formułowania zarówno postulatów *de lege lata* i *de lege ferenda* w stosunku do polskiego ustawodawcy.

Pozytywnie oceniam bardzo starannie sporządzoną obszerną bibliografię znajdującą się na końcu rozprawy (s. 285-320). Bibliografia została podzielona na wykaz aktów prawnych, wyszczególnienie wykorzystanych pozycji z literatury przedmiotu, wykaz orzecznictwa sądowego ze starannie sporządzonym wykazem zarówno sądów europejskich, jak i sądów krajowych. Ponadto, Autorka zamieściła bogaty wykaz decyzji wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych na tle stosowania art. 94a prawa farmaceutycznego, jak również pozostałe źródła, w tym również źródła internetowe. Autorka rozprawy wykazała głównie publikacje przedstawicieli polskiej doktryny, ale również doktryny zagranicznej, przede wszystkim amerykańskiej i brytyjskiej. Materiały źródłowe tworzą akty prawne przede wszystkim z zakresu ustawodawstwa polskiego oraz wykaz orzecznictwa sądowego, w tym przede wszystkim orzeczenia Sądu Najwyższego oraz sądów administracyjnych. Na początku rozprawy – po spisie treści – zamieszczono wykaz skrótów z podziałem na źródła prawa, organy orzekające, czasopisma i publikatory oraz pozostałe skróty. Rozprawę kończy Podsumowanie, w którym Autorka skoncentrowała się na przedstawieniu przede wszystkim postulatów *de lege lata* w zakresie podjętej problematyki.

4. Konkluzja

Sformułowane uwagi polemiczne nie podważają ogólnej pozytywnej oceny recenzowanej rozprawy. Należy bowiem przyjąć, iż mieszczą się one w swobodzie zajmowania stanowiska i pozostają zagadnieniami otwartymi, nad którymi dyskusja naukowa wciąż trwa. Nie ulega wątpliwości, że podjęcie tej dyskusji przez Autorkę w przedstawionej do recenzji rozprawie doktorskiej zasługuje na pełną akceptację. Można mieć jedynie zastrzeżenia co do poddania analizie, lecz w niewystarczającym zakresie takich zagadnień, jak: relacja pojęć - reklama a informacja, reklama a inne działania marketingowe i instytucje pokrewne, konstytutywne elementy składające się na uznanie pewnych działań za reklamę, oceny *de lege lata* art. 94a prawa farmaceutycznego oraz postulatów *de lege ferenda*.

Powyższe uwagi nie zmieniają jednak ogólnej oceny rozprawy, która jest pozytywna. Stanowi ona bowiem samodzielne rozwiązanie problematyki zakazu reklamy aptek i ich działalności w aspekcie teoretycznym i praktycznym. Z aprobatą należy zaakcentować, że Autorka zadała sobie trud rozwiązania wielu kontrowersyjnych kwestii nie tylko w sferze praktyki obrotu gospodarczego, ale przede wszystkim w płaszczyźnie stosowania prawa przez organy administracji i sądy, jak również w sferze stanowienia prawa. Lektura tej rozprawy nie rodzi wątpliwości, że mgr Joanna Wiszniewska posiada wiedzę zarówno teoretyczną, jak i praktyczną w obszarze podjętej problematyki, potrafi wskazać problemy prawne wymagające rozstrzygnięcia i próbuje udzielać na nie odpowiedzi. Przywołana i wykorzystana w rozprawie literatura przedmiotu i orzecznictwo sądowe, zdolność dostrzegania i rozwiązywania problemów ważkich dla teorii i praktyki stanowią dowód wiedzy Autorki w zakresie szeroko rozumianego prawa farmaceutycznego.

Reasumując, recenzowana rozprawa spełnia wymogi stawiane rozprawom doktorskim przewidziane w art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (Dz. U. z 2016 r., poz. 882 z późn. zm.) oraz nadaje się do kontynuowania na jej podstawie dalszych etapów przewodu doktorskiego.



