

Odpowiedź na apel o publiczne wyjaśnienie wątpliwości, jakie wiążą się z niektórymi zapisami zawartymi w uchwalonej przez Sejm 6 grudnia br. ustawie wprowadzającej istotne zmiany w funkcjonowaniu otwartych funduszy emerytalnych (dalej: OFE)

I. Zgodnie z art. 36 *ustawy z dnia 6 grudnia 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasady wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych* (Dz. U. poz. 1717, dalej: *ustawa nowelizująca*), od dnia wejścia w życie tego przepisu (14 dni od dnia ogłoszenia ustawy) do dnia 31 lipca 2014 r., zabroniona jest reklama zawierająca informacje o otwartych funduszach emerytalnych lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy emerytalnych. Jednocześnie, zgodnie z art. 197a *ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych* (Dz. U. z 2013 r., poz. 989, z późn. zm., dalej: *ustawa o ofe*), od dnia 1 stycznia do dnia 31 lipca, w latach, w których ubezpieczeni mogą składać oświadczenia o dalszym przekazywaniu składki do OFE lub do ZUS (w 2016 r., a następnie co 4 lata), zakazana jest reklama zawierająca informacje o otwartych funduszach lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy.

Przepisy art. 197 i 197a *ustawy o ofe* oraz art. 36 *ustawy nowelizującej*, wskazują, że zakres podmiotowy ww. norm jest częściowo tożsamy z art. 197 *ustawy o ofe* sprzed nowelizacji – ich adresatami są nie tylko powszechnie towarzystwa emerytalne, lecz także podmioty działające na rzecz towarzystwa lub funduszu.

W związku z treścią apelu (wątpliwość, czy pytania szczegółowe dotyczą wyłącznie roku 2014) należy jednak wyraźnie odróżnić treść zakazu wynikającego z nowego brzmienia art. 197 *ustawy o ofe* i zakazu wynikającego z art. 197a *ustawy o ofe* oraz art. 36 *ustawy nowelizującej*. Analiza art. 197 *ustawy o ofe* po nowelizacji prowadzi do wniosku, że jego zakres przedmiotowy odpowiada dotychczasowemu art. 197, ponieważ formułuje zakaz reklamy zindywidualizowanego i skonkretyzowanego podmiotu, niespełniającej wymogów ustawowych. Natomiast art. 197a *ustawy o ofe* oraz art. 36 *ustawy nowelizującej* formułuje zakaz reklamy zawierającej „informacje o otwartych funduszach emerytalnych lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy emerytalnych”. Takie sformułowanie wskazuje, że w odniesieniu do PTE, jak i innych podmiotów, w tym działających na rzecz PTE lub OFE, zakazane jest prowadzenie jakiegokolwiek działalności reklamowej dotyczącej otwartych funduszy emerytalnych.

II. Powoływanie się na „wyjątkową restrykcyjność” nowych przepisów i sięganie do argumentów konstytucyjnych, w szczególności na ograniczenie swobód obywatelskich, jest o tyle nietrafne, że właśnie powyższe regulacje służą rzeczywistemu zapewnieniu realizacji prawa do zabezpieczenia społecznego (art. 67 w zw. z art. 5 Konstytucji). Natomiast powoływanie się na swobodę działalności gospodarczej jest o tyle chybione, że działalność powszechnych towarzystw emerytalnych i otwartych funduszy emerytalnych – z uwagi na ich miejsce w systemie ubezpieczeń społecznych – poddana jest daleko idącej reglamentacji administracyjnoprawnej, zatem swoboda prowadzenia działalności gospodarczej jest podporządkowana innym wartościom, przez co doznaje ona naturalnych ograniczeń.

Analogiczne przesłanki, tj. konieczność uwzględnienia innych wartości (także podlegających ochronie konstytucyjnej), np. ochrony życia i zdrowia uzasadniają np. zakaz przekazu handlowego (w tym reklamy) wyrobów tytoniowych, napojów alkoholowych czy produktów leczniczych zawarty w art. 16 b ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 226, z późn. zm.).

Nie jest także uzasadniony zarzut wprowadzenia cenzury prewencyjnej, o której mowa w art. 54 ust. 2 Konstytucji. Cenzura prewencyjna to, zgodnie z przyjętym i poglądami, kontrola publikacji prasowej lub przekazu radiowego, telewizyjnego czy internetowego przed ich rozpowszechnieniem, która prowadzić może do częściowego lub całkowitego zakazu rozpowszechnienia. Trybunał Konstytucyjny łączy zakaz cenzury prewencyjnej z zakazem przyznania tak rozumianych kompetencji kontrolnych organom państwowym oraz z uzależnieniem przekazania wypowiedzi odbiorcom od uprzedniej zgody organu państwowego. Nie można zatem odnosić cenzury prewencyjnej do zakazów czy nakazów wynikających

z obowiązujących przepisów prawa.¹

III. Mając na uwadze obowiązujące przepisy, należy w pierwszej kolejności zdefiniować, czym jest reklama, gdyż przepisy *ustawy o ofe*, a także *ustawy nowelizującej* nie zawierają takiej definicji. W związku z powyższym, jako że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „reklama” w ww. ustawach, należy przyjąć znaczenie tego słowa zdefiniowane w innych źródłach.

Zgodnie z definicją Słownika Języka Polskiego za reklamę uważa się „*działanie mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z*

¹ Szerzej: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz pod red. Prof. dr hab. B. Banaszaka, Warszawa 2012 (Legalis)

określonych usług” lub „plakat, napis, ogłoszenie, krótki film itp. służące temu celowi”. Natomiast zgodnie z definicją Encyklopedii PWN za reklamę uważa się „rodzaj komunikowania perswazyjnego obejmujący techniki i działania podejmowane w celu zwrócenia uwagi na produkt, usługę lub ideę”.

Należy również mieć na uwadze definicję reklamy zawartą w art. 4 pkt 17 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 226, z późn. zm.), zgodnie z którą „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”. Ponadto, w art. 2 lit. f ratyfikowanej przez Polskę Europejskiej Konwencji o Telewizji ponadgranicznej sporządzonej w Strasburgu 5 maja 1989 r. (Dz. U. z 1995 r. Nr 32, poz. 160 ze zm.) „reklamę” definiuje się jako: „każdy publiczny przekaz nadawany za opłatą lub inną formą wynagrodzenia albo w celach autopromocji, zmierzający do promowania sprzedaży, zakupu lub wynajmu produktu lub usługi, promocji idei lub sprawy albo osiągnięcia innego efektu pożądanego przez reklamodawcę lub samego nadawcę”.

Pojęcie reklamy było też precyzowane w orzecznictwie, np. w wyroku z 10 listopada 1999 r. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że reklamą są „wszelkie działania podmiotu gospodarczego mające kształtować popyt poprzez poszerzanie wiedzy przyszłych nabywców o towarach, w celu zachęcenia ich do nabywania towarów właśnie od tego, a nie od innego podmiotu gospodarczego” (I SA/Lu 1030/98, niepubl.).

IV. Mając na uwadze przepisy *ustawy o ofe, ustawy nowelizującej*, a także przytoczone powyżej definicje reklamy, należy wskazać, że informowanie, wywiady, komentarze eksperckie, artykuły, audycje dotyczące otwartych funduszy emerytalnych – niemające charakteru reklamy – nie są zabronione przepisami prawa.

Zgodnie z art. 11 ust. 5 *ustawy nowelizującej* wzór oświadczenia udostępniany jest w ZUS i jego terenowych jednostkach organizacyjnych, na stronach internetowych ZUS, Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej, Ministerstwa Finansów i Komisji Nadzoru Finansowego.

V. Należy przy tym dodać, że prawo zakazuje reklamy ukrytej, czyli tzw. kryptoreklamy. Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji w art. 16c określa, że zakazane są m.in. ukryte przekazy handlowe, które zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 20 ww. ustawy oznaczają przedstawianie w audycjach towarów, usług, nazwy, firmy, znaku towarowego lub działalności przedsiębiorcy będącego producentem towaru lub świadczącego usługi, jeżeli

zamiarem dostawcy usługi medialnej, w szczególności związanym z wynagrodzeniem lub uzyskaniem innej korzyści, jest osiągnięcie skutku reklamowego oraz możliwe jest wprowadzenie publiczności w błąd co do charakteru przekazu. Powyższy przepis implementuje dyrektywę Rady 89/552/EWG z dnia 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej, która definiuje pojęcie „kryptoreklamy” (art. 1 lit. d) jako *przedstawianie za pomocą słów lub obrazów towarów, usług, nazwy, marki (znaku towarowego) lub działalności producenta towarów bądź osoby świadczącej usługi w programach, gdzie przedstawianie takie jest zamierzoną czynnością nadawcy, mającą pełnić funkcję reklamy oraz mogącą wprowadzać odbiorców w błąd co do charakteru tej prezentacji.* Art. 10 pkt 4 dyrektywy 89/552 zakazuje natomiast kryptoreklamy.

Pragnę również wskazać, że podstaw odpowiedzialności prasy należy poszukiwać w art. 36 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz. U. Nr 5, poz. 24, z późn. zm.). Zgodnie z tym przepisem prasa może zamieszczać odpłatne ogłoszenia i reklamy. Ogłoszenia i reklamy nie mogą być sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego. Sprzeczność z prawem oznacza sprzeczność z jakąkolwiek normą wynikającą z jakiegokolwiek gałęzi prawa. Ponadto ogłoszenia i reklamy muszą być oznaczone w sposób niebudzący wątpliwości, iż nie stanowią one materiału redakcyjnego.²

Ponadto, pragnę podkreślić, że m.in. reklama sprzeczna z przepisami prawa, wypowiedź, która zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji, a także reklama wprowadzająca w błąd jest zgodnie z art. 16 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) czynem nieuczciwej konkurencji.

VI. Podsumowując powyższe należy wskazać, że przekaz medialny zawierający informacje dotyczące OFE nie może mieć charakteru reklamy, jak również kryptoreklamy.

Należy przy tym podkreślić, co zostało już wcześniej wskazane w uzasadnieniu do *ustawy nowelizującej*, że zakaz reklamy OFE ma na celu istotne wzmocnienie ochrony interesów ubezpieczonego w sferze dokonywania możliwie najlepszego wyboru co do przystępowania

² Szerzej: Prawo prasowe. Komentarz pod red. Dr B. Kormusa i dr G. Kuczyńskiego, Warszawa 2013 (Legalis)

do określonego funduszu emerytalnego lub też podjęcia decyzji o nieprzekazywaniu określonej części składek do OFE. Decyzja taka powinna być podjęta przez ubezpieczonych w oparciu o wyłącznie obiektywne i racjonalne przesłanki.