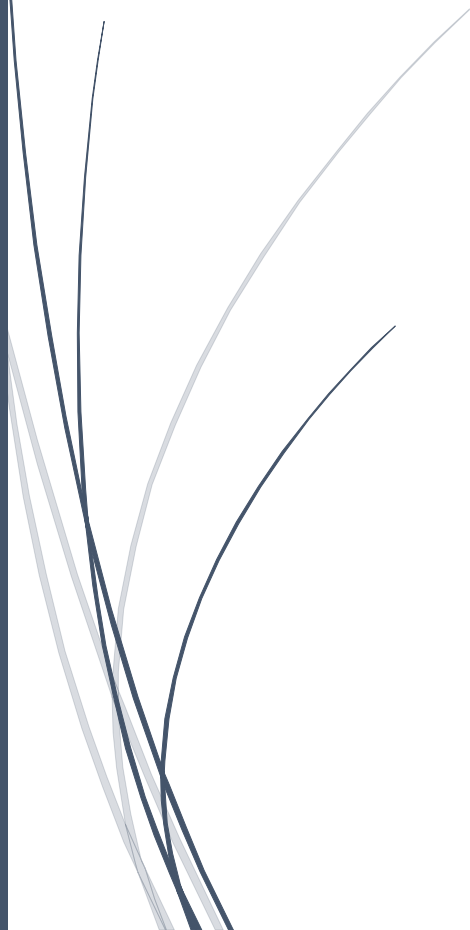


26 stycznia 2021 r.

Opinia prawna dotycząca projektu zmian w kodeksie etyki adwokackiej

§ 8 Reklama jako informacja o
działalności zawodowej adwokata a
prawo Unii Europejskiej



Magdalena Matusiak-Frącczak
ADWOKAT, DOKTOR

Przedmiotem opracowania jest zgodność § 8 projektowanego Kodeksu Etyki Adwokackiej¹ z przepisami prawa Unii Europejskiej, w szczególności z wymogami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2018/958².

Celem dyrektywy nr 2018/958, zgodnie z jej art. 1 jest określenie wspólnych ram prawnych dotyczących przeprowadzania ocen proporcjonalności przed wprowadzeniem nowych lub przed zmianą obowiązujących przepisów ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych ograniczających dostęp do zawodów regulowanych lub wykonywanie tych zawodów, aby zapewnić właściwe funkcjonowanie rynku wewnętrznego, gwarantując jednocześnie wysoki poziom ochrony konsumentów. Dyrektywa nie ma wpływu na kompetencje – wobec braku harmonizacji – ani na zakres swobody państw członkowskich w kwestii podejmowania decyzji co do zasadności i sposobu regulacji danego zawodu zgodnie z zasadami niedyskryminacji i proporcjonalności.

Zgodnie z art. 288 akapit 3 TFUE, dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Ponieważ dyrektywa skierowana jest do Państw Członkowskich UE, należy w pierwszej okoliczności ustalić, czy samorząd zawodowy adwokatów posiada na potrzeby stosowania dyrektywy status „państwa” czy też status „jednostki”.

Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Foster*³, przepisy dyrektyw mogą być powoływane przeciwko organizacjom lub ciałom, niezależnie od ich formy prawnej, które m.in. posiadają specjalne kompetencje wychodzące poza zakres uprawnień wynikających ze zwykłych norm stosowanych w stosunkach między jednostkami. Adwokatura spełnia te przesłanki, jest organizacją przymusową (wykonywanie zawodu adwokata uwarunkowane jest przynależnością do Adwokatury), posiada kompetencje władcze wobec jednostek (wyrażające się w postępowaniach dyscyplinarnych czy możliwości ustalania zasad etyki adwokackiej, podejmuje również decyzje administracyjne w indywidualnych sprawach adwokatów i aplikantów adwokackich, jak wpis na listy adwokatów lub aplikantów adwokackich czy wykreślenie z nich). Ustalanie i krzewienie zasad etyki zawodowej oraz dbałość o ich przestrzeganie należy do ustawowych zadań samorządu zawodowego adwokatów (art. 3 ust. 1 pkt 5 p.o.a.). Dlatego też przy ustalaniu nowych przepisów Kodeksu Etyki Adwokackiej Naczelna Rada Adwokacka powinna mieć na względzie przepisy dyrektywy oraz przepisy wykonawcze wydane na ich podstawie.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na nowy rozdział 6a ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej, Dz. U. 2020, poz. 220, który będzie obowiązywał od dnia 28 stycznia 2021 r. na podstawie ustawy z dnia 19 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Oczywiście z niezrozumiałych przyczyn rozdział 6a znalazł się w ustawie z 2015 r., ponieważ reguluje on zagadnienie znacznie

¹ Tekst dostępny na stronie: https://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-20200123projektkomisji_etykinra-zzeaigz-29810.pdf, 2021-01-26.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/958 z dnia 28 czerwca 2018 r. w sprawie analizy proporcjonalności przed przyjęciem nowych regulacji dotyczących zawodów, Dz. Urz. L 173, s. 25, 9.7.2018.

³ Trybunał Sprawiedliwości, sprawa C-188/89 A. *Foster i inni v. British Gas plc*, wyrok z dnia 12 lipca 1990 r., ECLI:EU:C:1990:313.

szersze niż zasady uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w innych państwach UE i dotyczy tworzenia zasad wykonywania zawodów regulowanych (również w sytuacji nabycia kwalifikacji w Polsce).

Nowe przepisy regulacyjne muszą być zgodne z zasadami proporcjonalności, uzasadnionego i niedyskryminacyjnego charakteru (art. 50a ust. 1 ustawy, art. 1 dyrektywy nr 2018/958. W przypadku projektowania nowych przepisów regulacyjnych powinno się obligatoryjnie przeprowadzić ocenę *ex ante* zgodności z ww. zasadami i dokonuje jej organ opracowujący projekt przepisu regulacyjnego (art. 50a ust. 3 ustawy, art. 4 dyrektywy nr 2018/958), czyli w tym przypadku powinna dokonać jej Naczelna Rada Adwokacka.

Przy ocenie zgodności przepisów z zasadą proporcjonalności bierze się pod uwagę: ryzyko dla celu służącego interesowi publicznemu związane z brakiem regulacji przewidzianej przepisami regulacyjnymi, w szczególności ryzyko ponoszone przez usługobiorców, w tym konsumentów, osoby wykonujące zawody regulowane lub osoby trzecie, możliwość osiągnięcia założonego celu na podstawie obowiązujących przepisów, w szczególności przepisów z zakresu bezpieczeństwa produktów lub prawa ochrony konsumentów, czy projektowane przepisy regulacyjne są adekwatne do założonego celu oraz czy przewidują spójny i systematyczny sposób osiągnięcia tego celu, oraz czy przewidują podjęcie działań mających na celu wyeliminowanie zidentyfikowanych rodzajów ryzyka w podobny sposób jak w przypadku porównywalnych czynności, wpływ przepisów regulacyjnych na swobodny przepływ osób i usług w Unii Europejskiej lub wybór konsumentów i jakość świadczonych usług, możliwość zastosowania mniej restrykcyjnych środków dla osiągnięcia założonego celu służącego interesowi publicznemu, przewidywane skutki projektowanych przepisów regulacyjnych w związku z innymi przepisami regulacyjnymi oraz sposób, w jaki projektowane przepisy regulacyjne w związku z innymi przepisami regulacyjnymi przyczynią się do osiągnięcia założonego celu służącego interesowi publicznemu, a także czy są niezbędne do osiągnięcia tego celu (art. 50b ust. 3 ppkt. 1-6 ustawy). Jeżeli projektowane przepisy regulacyjne służą wyłącznie ochronie konsumentów, a stwierdzone ryzyko dotyczy relacji między osobą wykonującą zawód regulowany a konsumentem i nie przewiduje się uszczerbku dla osób trzecich, przeprowadzając ocenę bierze się pod uwagę możliwość osiągnięcia założonego celu za pomocą środków mniej restrykcyjnych niż zastrzeżenie czynności (art. 50b ust. 4 ustawy).

Analizy przewidywanych skutków projektowanych przepisów w powiązaniu z innymi przepisami regulacyjnymi pod kątem przyczynienia się do osiągnięcia założonego celu służącego interesowi publicznemu oraz ich niezbędności do realizacji tego celu dokonuje się obligatoryjnie przy przepisach dotyczących reklamowania się (art. 50b ust. 5 ppkt 12 ustawy w zw. z art. 50b ust. 3 ppkt 6 ustawy, art. 7 ust. 3 lit. I dyrektywy nr 2018/958).

W swoich motywach dyrektywa odnosi się bardzo krótko do samego przedmiotu reklamy⁴. Z kolei ustawa odnosi się do reklamy jedynie we wspomnianym art. 50b ust.

⁴ (27) Państwa członkowskie powinny przeprowadzać kompleksową ocenę okoliczności przyjęcia i wprowadzenia środka oraz analizować w szczególności skutek nowych lub zmienionych przepisów w połączeniu z innymi wymogami ograniczającymi dostęp do zawodów regulowanych lub wykonywanie tych zawodów. Podejmowanie i wykonywanie niektórych rodzajów działalności może być uwarunkowane zgodnością z pewnymi wymogami, takimi jak reguły dotyczące organizacji zawodu, obowiązkowa przynależność do organizacji lub instytucji

5 ppkt 12, wymieniając go pośród zagadnień, które wymagają oceny *ex ante* pod kątem spełniania wymogów zasady proporcjonalności.

Powyższe uwagi należy przełożyć na projekt Kodeksu Etyki Adwokackiej, to jest na treść projektowanego § 8.

1. Adwokat jest uprawniony do informowania o swojej działalności zawodowej oraz kształtowania swego wizerunku w przestrzeni publicznej.
2. Uprawnienie, o którym mowa w ustępie pierwszym, nie może być realizowane w sposób:
 - a. naruszający godność zawodu;
 - b. podważający zaufanie publiczne do Adwokatury;
 - c. natarczywy i narzucający odbiór informacji o działalności zawodowej adwokata osobom, które jej nie oczekują.
3. Adwokatowi nie wolno informować o swej działalności zawodowej z wykorzystaniem tego rodzaju informacji, które:
 - a. mogą prowadzić do naruszenia tajemnicy zawodowej;
 - b. są nierzetelne lub wprowadzają klientów w błąd, a w szczególności wywołują nieuzasadnione oczekiwania co do wyników pracy adwokata;
 - c. mogą sugerować, że o rezultatach świadczonej pomocy prawnej decydować będzie osobista znajomość adwokata z sędziami, prokuratorami lub urzędnikami;
 - d. są formułowane z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji;
 - e. zawierają bezpośrednie porównania w zakresie jakości z innymi możliwymi do identyfikacji adwokatami i członkami innych korporacji prawniczych lub ich krytykę.

Przepis ten w sposób istotny łagodzi obecne uregulowania zasad etycznych dotyczących reklamy, natomiast na tym etapie nie jest możliwe określenie, czy spełnia wymogi zasady proporcjonalności i w tym kontekście przepis ten nie jest zgodny z przepisami dyrektywy nr 2018/958 oraz z nowym rozdziałem 6a ustawy z 2015 r.

Naczelna Rada Adwokacka nie dokonała oceny *ex ante* proponowanego rozwiązania z wymogami nowych przepisów. Trudno jest określić konkretny cel lub cele, jakie tym przepisem mają być realizowane. Można domniemywać kilka celów, ale w nowych przepisach nie chodzi o to, aby podmioty inne niż organ uchwalający przepisy zastanawiały się, co autor miał na myśli. Ponadto, brak jest powiązania wprowadzonych uregulowań z celem i wskazania, w jaki konkretny sposób dane ograniczenie realizuje cel interesu publicznego.

Z punktu widzenia materialnoprawnego wskazana regulacja może być jak najbardziej prawidłowa, ale ze względu na brak formalny w postaci braku oceny *ex*

zawodowej, etyka zawodowa, nadzór i odpowiedzialność. W związku z tym przy ocenianiu skutku nowych lub zmienionych przepisów państwa członkowskie powinny brać pod uwagę istniejące wymogi, w tym w zakresie ustawicznego rozwoju zawodowego, obowiązkową przynależność do organizacji lub instytucji zawodowej, systemy rejestracji lub zezwoleń, ograniczenia ilościowe, szczególne wymogi dotyczące formy prawnej i własności udziałów, ograniczenia terytorialne, ograniczenia multidyscyplinarne i zakaz łączenia funkcji, wymogi dotyczące ubezpieczenia, wymagania w zakresie znajomości języka w stopniu niezbędnym do wykonywania zawodu, wymogi dotyczące ustalonej minimalnej lub maksymalnej wysokości honorariów oraz wymogi dotyczące reklamowania się.

ante nie można tej prawidłowości ocenić w dniu opiniowania. Może również wykraczać ponad to, co jest konieczne do zrealizowania danego celu i być tym samym nieproporcjonalna, ale również i ta okoliczność jest na dzisiaj nie do stwierdzenia, z tożsamych przyczyn.

adw. dr Magdalena Matusiak-Frącczak