

HET RECHT RECLAME TE MAKEN: MARKTPRAKTIJEN EN ZORGBEROEPEN
SOCIAL MEDIA IN DE ZORGSECTOR

REPLIEK: RECLAMEBEPERKING VOOR 'GEREGLEMENTEERDE ZORGBEROEPEN'

Liesbeth Lafaut

Partner

Health, life sciences & pharma



INLEIDING

(Code Geneeskundige plichtenleer- versie februari 2017) wordt momenteel bijgewerkt)

Art. 13.

§1 De verstrekte informatie dient waarheidsgetrouw, objectief, relevant, verifieerbaar, discreet en duidelijk te zijn. Zij mag **in geen geval misleiden**. Zij mag **niet vergelijkend** zijn. Resultaten van onderzoeken en behandelingen mogen **niet** voor publicitaire doeleinden worden aangewend.

§2. Publiciteit mag het algemeen belang inzake de volksgezondheid niet schaden. Zij mag niet aanzetten tot overbodige onderzoeken of behandelingen. Ronseling van patiënten is **niet toegelaten**. De campagnes voor preventie en vroegdetectie dienen wetenschappelijk onderbouwd te zijn en vereisen de **voorafgaande toelating van de bevoegde ordinale instantie**.

§3. Bij het voeren van publiciteit dienen de artsen de regels van het medisch beroepsgeheim te eerbiedigen.

INLEIDING

(Code Geneeskundige plichtenleer- versie februari 2017) wordt momenteel bijgewerkt)

Art. 15

Artsen dienen zich daadwerkelijk te verzetten tegen **elke** door derden gevoerde publiciteit, betreffende hun medische activiteit, **die de bepalingen van dit hoofdstuk niet naleeft.**

Art. 16

Artsen mogen hun medewerking verlenen aan de media met het oog op het verstrekken van medische informatie die belangrijk en nuttig kan zijn voor het publiek. Hierbij dienen de bepalingen van dit hoofdstuk nageleefd te worden.

De arts zal voorafgaandelijk de provinciale raad waarbij hij ingeschreven is inlichten over zijn medewerking met de media

INLEIDING

Advies van de Nationale Raad van 7 februari 2015: richtlijnen over website van een arts en gebruik van sociale media, o.m.:

- verbod van vergelijkende honorariatarieven
- Opsomming van mogelijke vermeldingen op website
- verbod vermelden van publicaties, conferenties en andere mededelingen zonder wetenschappelijk nut of met commercieel oogmerk
- Verbod publicatie getuigenissen van patiënten
- Verplichte aangifte website aan de provinciale raad
- Artsen die vriendschapsverzoeken ontvangen van patiënten moeten die weigeren

INLEIDING

(Code Farmaceutische plichtenleer)

Artikel 87

De apotheker verspreidt in de apotheek slechts informatie in verband met geneesmiddelen en gezondheidsproducten en **voor zover ze in overeenstemming is met de deontologie en de waardigheid van het beroep.**

Artikel 88

De informatie die de apotheker over zichzelf verstrekt **mag enkel betrekking hebben op zijn farmaceutische activiteiten** en moet de patiënt toelaten een keuze te maken op objectieve, pertinente en controleerbare wijze.

Artikel 91

Persoonlijke publiciteit is toegelaten mits naleving van de wetgeving en voor zover ze het algemeen belang inzake volksgezondheid of **de essentiële regels van het beroep** niet schaadt.

Artikel 92

Het **ronselen van cliënteel** dient als **strijdig** met de essentiële regels van het beroep beschouwd te worden.

Met ronselen van cliënteel wordt bedoeld elke benadering van één persoon of van een specifieke groep van personen, die meer inhoudt dan de loutere informatie over de aard van de beroepsactiviteit, en dit met om het even welke middelen.

REPLIEK: RECLAMEBEPERKING VOOR 'GEREGLEMENTEERDE ZORGBEROEPEN

- I. Recht op reclame versus andere grondrechten
- II. Recht op 'extra' beperkingen voor 'gereglementeerde beroepen'?

I. RECHT OP RECLAME VERSUS ANDERE GRONDRECHTEN

Gezondheidszorgverstrekker = ondernemer, Orde = ondernemersvereniging

Professionele 'reclamevoorschriften' <-> mededingingsrecht

I. RECHT OP RECLAME VERSUS ANDERE GRONDRECHTEN

RECHT OP INFORMATIE

- art. 23 Grondwet: bescherming van de gezondheid en [...] geneeskundige bijstand
- Art. 7-8 Wet Patiëntenrechten: recht op diagnose info en geïnformeerde toestemming in therapeutische context

RECHT OP INFORMATIE

- Patiënt heeft recht op informatie opdat deze in volle vrijheid en met volledige kennis van zaken zou kunnen toestemmen in een bepaalde medische behandeling of deze zou kunnen weigeren
- Rechtvaardige toegang tot gezondheidszorg van een aangepast kwaliteitsniveau

I. RECHT OP RECLAME VERSUS ANDERE GRONDRECHTEN

VRIJE MENINGSUITING

- art. 19 Grondwet: recht op vrije meningsuiting voor elke burger
- art. 10 EVRM en art. 19 BUPO verdrag
- Art. 11 Handvest 12 dec. 2007 van de grondrechten van de Europese Unie

Recht op vrije meningsuiting erkend als fundamenteel grondrecht (HvJ)

I. RECHT OP RECLAME VERSUS ANDERE GRONDRECHTEN

VRIJE MENINGSUITING

- Recht op informatieverschaffing en kennisoverdracht
- Zowel het uiten van opinies/ideeën als het verstrekken van informatie (cf. VELAERS J., 1991)
- Ook recht op vrije meningsuiting met ‘mercantilistische’ inslag, dus ook mbt ‘reclame’/beroepspubliciteit
- Ook louter commerciële publiciteit behoort tot de door art. 10 EVRM gegarandeerde vrijheid van meningsuiting
- De vrijheid van meningsuiting geldt in beginsel voor om het even wie en in om het even welke vorm van publiciteit, bekendmaking of informatieverstrekking.
(EHRM, Casado Coca/Spanje *d.d.* 24 februari 1994)

I. RECHT OP RECLAME VERSUS ANDERE GRONDRECHTEN

MAAR, OOK RECHT OP VRIJE MENINGSUITING NIET ONBEPERKT

Art. 10 EVRM en art. 19 BUPO verdrag

Beperkingen kunnen voor zover deze:

- Bij wet worden voorzien
- In een democratische samenleving nodig zijn in het belang van [...] de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen [...]

=> Ook het recht op vrije meningsuiting en het recht op informatie moet tegen een reclameverbod door gezondheidszorgverstrekkers worden afgewogen

OVERZICHT

- I. Recht op reclame versus andere grondrechten
- II. Recht op 'extra' beperkingen voor 'gereguleerde beroepen'?

II. RECHT OP 'EXTRA' BEPERKINGEN VOOR 'GEREGLEMENTEERDE BEROEPEN'?

Mogen 'ordinale overheden' bij het uitvoeren van algemene richtlijnen en individuele disciplinaire of preventieve maatregelen er steeds van uitgaan dat hun leden in beginsel, omwille van hun statuut als 'vrije beroeper', zich aan bijkomende regels dienen te houden in functie van de eer, de waardigheid en de kiesheid van hun specifieke beroep?

II. RECHT OP 'EXTRA' BEPERKINGEN VOOR 'GEREGLEMENTEERDE BEROEPEN'?

“De nationale raad stelt de algemene beginselen en de regels vast betreffende de zedelijkheid, de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid, de waardigheid en de toewijding die onontbeerlijk zijn voor de uitoefening van het beroep; deze beginselen en regelen vormen de code van pharmaceutische plichtenleer.

De Koning kan, bij een in de Ministerraad overlegd besluit, bindende kracht verlenen aan de code van pharmaceutische plichtenleer en aan de aanpassingen die door de nationale raad zouden gedaan worden.”

(Bevoegdheid en opdracht nationale raad Orde der Apothekers cf. Art. 15, §1 KB nr. 80 van 10 november 1967)

II. RECHT OP 'EXTRA' BEPERKINGEN VOOR 'GEREGLEMENTEERDE BEROEPEN'?

“De nationale raad stelt de algemene beginselen en de regels vast betreffende de zedelijkheid, de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid, de waardigheid en de toewijding die onontbeerlijk zijn voor de uitoefening van het beroep; deze beginselen en regelen vormen de code van medische plichtenleer.

De Koning kan, bij een in de Ministerraad overgelegd besluit, bindende kracht verlenen aan de code van medische plichtenleer en aan de aanpassingen die door de nationale raad zouden gedaan zijn.”

(Bevoegdheid en opdracht nationale raad Orde der Artsen cf. Art. 15, §1 KB nr. 79 van 10 november 1967)

II. RECHT OP 'EXTRA' BEPERKINGEN VOOR 'GEREGLEMENTEERDE BEROEPEN'?

Wettelijke grondslag om beperkingen op te leggen, maar enkel op basis van de voorziene parameters:

waardigheid van het beroep, onpartijdigheid, bekwaamheid, integriteit, aansprakelijkheid en beroepsgeheim van de beroepsbeoefenaar niet aantasten.

⇒ beperkingen op basis van de andere parameters (bv. economische overwegingen) kunnen niet

⇒ algemene 'verbodsbepalingen' kunnen niet

Casus: arts werkt systematisch aan terugbetalingstarieven

Raad van Beroep van de Orde der Geneesheren stelde dat, hoewel de wet van 9 augustus 1963 het werken aan terugbetalingstarief niet verbiedt, is het in die streek algemeen gangbaar anders te handelen, zodat het systematisch werken aan terugbetalingstarief een bepaalde **ruchtbaarheid moet veroorzaken** waardoor de patiënten kunnen gaan twijfelen aan de onbaatzuchtigheid van het artsencorps.

Hof van Cassatie **vernietigde** deze beslissing (Cass. 25 april 1975):

“Overwegende dat het gebruik maken van een recht, met name het uitoefenen van de geneeskunde tegen terugbetalingstarieven, geen fout wordt door het systematisch uitoefenen van dit recht en/of door een ruchtbaarheid die enkel “uiteraard en onvermijdelijk” ontstaat, wanneer niet enig bepaald misbruik van recht wordt vastgesteld.”

Casus: arts werkt systematisch aan terugbetalingstarieven

Reactie rechtsleer (1975): de “traditionele opvatting over de deontologie is dat zij andere (bv. strengere (...)) normen dan de wettelijke kan opleggen aan de erdoor verbonden beoefenaars”

Hieruit volgt volgens de betrokken auteur dat een disciplinair optreden mogelijk is “*wanneer hij gebruik maakt van een recht (...) en zonder dit recht te misbruiken*” (Schutyser, R.W. 1975-76, 298)

II. RECHT OP 'EXTRA' BEPERKINGEN VOOR 'GEREGLEMENTEERDE BEROEPEN'?

Franse Raad van state 1950

« [...] l'ordonnance du 19 septembre 1945 [...] qui a confié aux autorités de l'ordre des comptables et comptables agréés la mission d'assurer la défense de l'honneur et de l'indépendance des professions qu'il représente [...], mais que ces pouvoirs trouvent une **limite dans les libertés individuelles** qui appartiennent aux membres de l'ordre **comme à la généralité des citoyens** [...] » (Arr. Conseil d' État (Fr.), 29 juli 1950; Rivero, « Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels et la sauvegarde des libertés individuelles », Droit soical, 1950,391)

Raad van State 3 mei 1995 (stakingsrecht bij De Post)

« Overwegende dat indien men kan aannemen dat het misbruik maken van het stakingsrecht het voorwerp kan uitmaken van een tuchtstraf, dan nog moet duidelijk uit de beslissing blijken dat het dat misbruik is dat wordt gestraft, en niet het uitoefenen van het stakingsrecht op zich. [...]

II. RECHT OP 'EXTRA' BEPERKINGEN VOOR 'GEREGLEMENTEERDE BEROEPEN'?

Een vrije beroeper kan niet disciplinair bestraft worden enkel en alleen door een (door de wet) erkend recht uit te oefenen.

Disciplinaire beslissingen dienen getoetst te worden aan de (grond)wet en de fundamentele grondrechten.

Enkel een **misbruik** van rechtsuitoefening kan desgevallend disciplinair worden gereguleerd, evenwel enkel om bepaalde 'vormen' van uiting van grondrechten te sanctioneren, voor zover:

- In overeenstemming met de wettelijk toegekende bevoegdheid van de 'ordinale overheid'
- Voldoet aan het proportionaliteitsbeginsel
- Voldoet aan het legaliteitsbeginsel / niet in strijd met andere (grond)rechten

=> De professionele orden kunnen enkel disciplinair optreden met betrekking tot **de wijze waarop** publiciteit wordt gevoerd, nl. het MORELE aspect

Casus: 'tweede apothekersarrest'

Cass.' 25 februari 2000 ivm *ristorno's* (kasticket apotheker waarop verminderde prijs voorkwam)

- *Ristorno's* verboden (toenmalige Code pharmaceutische plichtenleer)
- *In casu* werd sanctie uitgesproken omwille van het feit dat de apotheker zich 'als een soort handelaar' gedroeg.
- Raad van Beroep: sanctie is wettig, gelet op de daarmee gepaard gaande omstandigheden (voordeel voor apotheek)

Beslissing vernietigd door het Hof van Cassatie onder meer wegens verbod op **elke vorm** van publiciteit

II. RECHT OP 'EXTRA' BEPERKINGEN VOOR 'GEREGLEMENTEERDE BEROEPEN'?

Welke is de waarde van bepalingen aangaande de beperking van reclame in een deontologische code?

Art. 10 EVRM en art. 19 BUPO verdrag

Beperkingen kunnen voor zover deze:

- Bij wet worden voorzien
- In een democratische samenleving nodig zijn in het belang van [...] de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen [...]

II. RECHT OP 'EXTRA' BEPERKINGEN VOOR 'GEREGLEMENTEERDE BEROEPEN'?

Kan een deontologische code beperkingen opleggen op het recht op vrije meningsuiting?

'wet' = elke rechtsbron die voor de belanghebbende kenbaar en toegankelijk is en voldoende precies (cass. 21 mei 1990)

- Code heeft geen enkele normatieve waarde (geen goedkeuring bij KB)
- Nationale Raad heeft enkel bevoegdheid om beginselen vast te stellen betreffende de zedelijkheid, de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid, de waardigheid en de toewijding van het beroep.

Maar: Cass. 27 september 2012: de Code van farmaceutische plichtenleer is een wet in de zin van art. 10.2 EVRM

II. RECHT OP 'EXTRA' BEPERKINGEN VOOR 'GEREGLEMENTEERDE BEROEPEN'?

Indien de code als wet kan beschouwd worden in de zin van artikel 10.2 EVRM

=> Orde kan reclamebeperkingen opleggen als zij voldoet aan het noodzakelijkheidsbeginsel ter bescherming van onder meer de gezondheid, de goede naam en het voorkomen van de verspreiding van vertrouwelijke gegevens.

In zoverre de artikels uit de code bepalen dat de publiciteit het algemeen belang inzake gezondheid niet mag schaden en niet mag aanzetten tot overbodige onderzoeken of behandelingen en het beroepsgeheim niet mogen schenden kunnen ze eventueel als niet-strijdig met de art. 10.2 EVRM worden toegelaten

Maar: beperkingen dienen eng te worden geïnterpreteerd, want uitzondering op de regel.

II. RECHT OP 'EXTRA' BEPERKINGEN VOOR 'GEREGLEMENTEERDE BEROEPEN'?

Bolkensteinrichtlijn:

« de lidstaten trekken elk geheel verbod op commerciële communicatie van gereglementeerde beroepen in » (Dienstenrichtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006)

II. RECHT OP 'EXTRA' BEPERKINGEN VOOR 'GEREGLEMENTEERDE BEROEPEN'?

§ 1. **Vergelijkende reclame** is, wat de vergelijking betreft, geoorloofd op voorwaarde dat ze:

- 1° niet misleidend is in de zin van de artikelen XIV. 64 tot XIV. 67 en het artikel XIV. 72, 1° ;
- 2° goederen of diensten vergelijkt die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd;
- 3° op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, waartoe ook de prijs kan behoren, met elkaar vergelijkt;
- 4° er niet toe leidt dat onder beoefenaars van een vrij beroep de adverteerder met een concurrent, of de namen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent worden verward;
- 5° niet de goede naam schaadt van en zich niet kleinerend uitlaat over de namen, andere onderscheidende kenmerken, goederen, diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent;
- 6° voor goederen met een benaming van oorsprong in elk geval betrekking heeft op goederen met dezelfde benaming;
- 7° geen oneerlijk voordeel oplevert ten gevolge van de bekendheid van een naam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent;
- 8° goederen of diensten niet voorstelt als een imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermd handelsmerk of beschermde handelsnaam.

§ 2. Verboden is elke vergelijkende reclame die de voorwaarden gesteld in § 1 niet naleeft

§ 3. In afwijking van § 1 kan de Koning, na advies van de betrokken beroepsregulerende overheden, de vergelijkende reclame verbieden of beperken voor zover dit nodig is om de waardigheid en de deontologie van de betrokken vrije beroepen te vrijwaren (art. XIV.9 WER)

II. RECHT OP 'EXTRA' BEPERKINGEN VOOR 'GEREGLEMENTEERDE BEROEPEN'?

Vergelijkende reclame is op zich geoorloofd.

Immers: ook wanneer het verbod of de beperking niet noodzakelijk is om de waardigheid en de deontologie van het beroep te vrijwaren, doch eerder economische belangen dient, is het van toepassing.

De code voor artsen en apothekers (CGP en CFP) zijn nooit bij KB bindend verklaard

⇒ Een algemeen verbod op vergelijkende reclame is onwettig.

⇒ Orde zal steeds moeten aantonen voor een specifiek geval waarom de vergelijkende reclame in strijd is met de eer en de waardigheid van het ambt, en dit niet op basis van niet-economische argumenten

Conclusie

‘Extra’ reclameverbod voor gereguleerde beroepen in functie van volksgezondheid of ‘de zedelijkheid, de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid, de waardigheid en de toewijding van het beroep’ mag als:

- het niet ertoe strekt of als gevolg heeft dat de mededinging tussen vrije beroepsbeoefenaars wordt beperkt of vervalst
- Het in overeenstemming is met de regels inzake handelspraktijken
- Het legaliteitsbeginsel wordt gerespecteerd
- Het niet in strijd is met andere beschermde ‘grondrechten’
- De orde binnen haar wettelijke opdracht handelt
- Het casusspecifiek wordt beoordeeld (meeste ordes hebben geen normatieve bevoegdheid)

=> Beperkingen kunnen enkel wanneer voldaan is aan het proportionaliteitsbeginsel

DISCUSSIE...

Cel Health, life science en pharma

Arcas Law

Mechelsesteenweg 326

2650 Antwerpen (Edegem)

03/369.19.90

www.arcaslaw.be

