

Katarzyna Miaskowska-Daszkiewicz

## Projekt stanowiska Sejmu w sprawie o sygn. akt SK 32/15<sup>1</sup>

Sejm draft position on case ref. no. SK 32/15 concerning the Pharmaceutical Law: In the proposed draft position the author finds that Article 94a para. 1 of the Pharmaceutical Law is not compatible with particular provisions of the Constitution. This Article which imposes a complete ban on advertising of pharmacies, interferes with the freedom to create the conditions for business activity. This extensive interference in the freedom of economic activity, manifested in a total ban on advertising of pharmacies, does not meet the proportionality test. In fact, it excludes the possibility of engagement in substantial activity included in the participation in the market, such as advertising and communication of neutral information about their business for customers, as guaranteed by the Constitution.

**Keywords:** pharmacy | information | competition | pharmaceutical law | advertising | Constitutional Tribunal

**Słowa kluczowe:** apteka | informacja | konkurencja | prawo farmaceutyczne | reklama | Trybunał Konstytucyjny

Doktor nauk prawnych, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II,  
ekspert ds. legislacji BAS; kamias@kul.pl.

Na podstawie art. 56 pkt 4 w związku z art. 82 ust. 2 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (t.j. Dz. U. 2016, poz. 293), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie skargi konstytucyjnej spółki Farmakom sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim z 3 czerwca 2015 r. (sygn. akt SK 32/15), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. 2008, Nr 45, poz. 271, ze zm.) **jest niezgodny** z art. 20 oraz art. 22 w związku z art. 31 ust. 3, art. 49 i art. 54 ust. 1 Konstytucji.

Ponadto na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.) w związku

<sup>1</sup> Projekt stanowiska sporządzony 29 marca 2016 r., sygn. akt SK 32/15; BAS-WPTK-2120/15.

z art. 134 pkt 3 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym wnosząc o **umorzenie postępowania** w pozostałym zakresie ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

## Uzasadnienie

### I. Reżim prawny postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym

W dniu 30 sierpnia 2015 r. weszła w życie ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (t.j. Dz. U. 2016, poz. 293; dalej: ustawa o TK z 2015 r.), której art. 138 uchylił ustawę z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK z 1997 r.).

Jednakże – w myśl art. 134 pkt 3 ustawy o TK z 2015 r. – w sprawach wszczętych i niezakończonych przed wejściem w życie tej ustawy, w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym stosuje się przepisy dotychczasowe, jeżeli zachodzą przesłanki umorzenia postępowania. Niniejsza sprawa została zainicjowana skargą konstytucyjną (dalej: skarga) spółki Farmakom sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (dalej: skarżąca lub spółka) z 3 czerwca 2015 r.

Sejm został powiadomiony o wszczęciu postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w tej sprawie pismem Prezesa Trybunału z 2 października 2015 r. Na dzień wejścia w życie ustawy o TK z 2015 r. sprawa była zatem wszczęta, ale niezakończona. Ponieważ w pewnym jej zakresie występuje przypadek wymieniony w art. 134 pkt 3 ustawy o TK z 2015 r., to w konsekwencji – biorąc pod uwagę wykładnię tego przepisu przyjmowaną w praktyce TK – w tej części uzasadnienia, która odnosi się do podstawy prawnej umorzenia postępowania, powołane są właściwe przepisy dotychczas obowiązującej ustawy o TK z 1997 r.

### II. Stan faktyczny

Skarga została przedłożona Trybunałowi Konstytucyjnemu w związku z następującym stanem faktycznym, który zrekonstruowany został bezspornie przez sądy orzekające w sprawie.

W dniu 14 maja 2012 r. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny (WIF) w Łodzi, po przeprowadzeniu kontroli planowej w aptecę prowadzonej przez skarżącą oraz odebraniu od niej stosownych wyjaśnień, wydał decyzję (nr FŁ-II.8523.12.2012) stwierdzającą naruszenie zakazu reklamy aptek i nakazującą zaprzestanie jej prowadzenia. Ponadto WIF nałożył na skarżącą karę w wysokości 2500 zł.

Organ administracyjny zakwalifikował uczestnictwo apteki ogólnodostępnej prowadzonej przez skarżącą w Programie Opieki Farmaceutycznej, Programie 60+ oraz Programie dla Mamy i Maleństwa jako naruszenie art. 94a ust. 1

ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. 2008, Nr 45, poz. 271, ze zm.; dalej: u.p.f.).

W ramach instancyjnej kontroli administracyjnej spółka złożyła odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego (GIF), który decyzją z 26 lipca 2012 r. (nr GIF-P-L-0740/93/AG/12) utrzymał w mocy decyzję WIF.

Dążąc do weryfikacji rozstrzygnięcia GIF, skarżąca wniosła skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (WSA). W dniu 19 marca 2013 r. WSA wydał wyrok (sygn. akt VI SA/Wa 2331/12), którym oddalił skargę.

Wyrokiem z 16 grudnia 2014 r. (sygn. akt II GSK 2023/13) Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) oddalił skargę kasacyjną skarżącej od wyroku sądu pierwszej instancji.

Wyrok sądu drugiej instancji, z którym skarżąca łączy naruszenie swych konstytucyjnych praw, został doręczony jej pełnomocnikowi 4 marca 2015 r.

### III. Przedmiot kontroli i zarzuty skarżącej

1. Wątpliwości konstytucyjne skarżąca skierowała pod adresem art. 94a ust. 1 u.p.f., zgodnie z którym: „Zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego”.

Dla jasności dalszych analiz należy również przytoczyć treść nieobjętych zaskarżeniem ust. 1a–4 art. 94a u.p.f.:

„1a. Zabroniona jest reklama placówek obrotu pozaaptecznego i ich działalności odnosząca się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych.

2. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego.

3. W razie stwierdzenia naruszenia przepisu ust. 1 lub 1a wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje, w drodze decyzji, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

4. Decyzji, o której mowa w ust. 3, nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności”.

2. Skarżąca sformułowała względem art. 94a ust. 1 u.p.f. kilka zarzutów.

Po pierwsze, zdaniem spółki, kontestowana przez nią regulacja, wyłączając możliwość reklamowania przedsiębiorców prowadzących apteki i punkty apteczne, narusza jej wolność gospodarczą w zakresie konkurowania z innymi podmiotami na rynku, ustalania zasad zbywania towarów i usług oraz promocji własnej działalności (skarga, s. 5). Skarżąca podnosi, że bezwzględny ustawowy zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych stanowi nieusprawiedliwioną innymi wartościami konstytucyjnymi ingerencję w jej wolność gospodarczą, tym samym art. 94a ust. 1 u.p.f. narusza art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W rezultacie zaskarżony przepis łamie także zasadę proporcjonalności statuowaną w art. 2 Konstytucji.

Po drugie, wywodząc, że reklama stanowi rodzaj informacji, skarżąca twierdzi, że art. 94a ust. 1 u.p.f. godzi także w jej wolność informacyjną, zakotwiczoną w art. 54 ust. 1 ustawy zasadniczej. W opinii spółki konsekwencją zakwestionowanego przez nią unormowania jest uniemożliwienie rozpowszechniania informacji o prowadzonej przez nią działalności gospodarczej, co przemawia za naruszeniem jej wolności komunikowania się, gwarantowanej w art. 49 Konstytucji (skarga, s. 6 i 31–32). Zdaniem skarżącej ingerencja ustawodawcy w przywołane wolności nie respektuje nakazu proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Po trzecie, wątpliwości konstytucyjne budzi także zgodność zaskarżonego przepisu z art. 2 ustawy zasadniczej. Skarżąca wywodzi bowiem, że ustawodawca, przewidując w art. 94a ust. 1 u.p.f. zakaz reklamy, jednocześnie nie zdefiniował tego pojęcia w odniesieniu do aptek i punktów aptecznych i tym samym pozostawił ustalenie zakresu pojęcia „reklama” orzecznictwu administracyjnemu i sądowemu, co godzi w zasadę określoności prawa (wywodzoną z zasady demokratycznego państwa prawnego). Spółka podnosi także, że art. 94a ust. 1 u.p.f. narusza zasady przyzwoitej legislacji, bowiem został on wprowadzony do ustawy – Prawo farmaceutyczne na mocy art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (t.j. Dz. U. 2015, poz. 345, ze zm.; dalej: ustawa refundacyjna) w wyniku procesu legislacyjnego obciążonego licznymi wadami. Uzasadniając powyższy zarzut, skarżąca wskazuje, że kontestowany przepis pozostaje poza sferą regulowaną ustawą refundacyjną, a dodanie go do projektu ustawy refundacyjnej nie poprzedziła ocena skutków regulacji, konsultacje społeczne oraz uzgodnienia międzyresortowe (skarga, s. 14–15). Dodatkowo spółka wskazuje na możliwość złamania przez art. 94a ust. 1 u.p.f. zasady ochrony praw nabytych, wywodzonej z zasady demokratycznego państwa prawnego (skarga, s. 21–22).

Po czwarte, skarga konstytucyjna zawiera także zarzut naruszenia prawa do ochrony zdrowia (art. 68 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji), za którego słuszością – w opinii skarżącej – przemawia to, że generalny zakaz reklamy aptek uniemożliwia przedsiębiorcom je prowadzącym realizację zadania placówki zdrowia publicznego, w szczególności opieki farmaceutycznej (skarga, s. 33–36).

#### **IV. Analiza formalnoprawna**

1. Analiza uzasadnienia skargi, uwzględniająca wymogi rządzące możliwością merytorycznej oceny zakwestionowanej regulacji, nakazuje odnieść się przede wszystkim do kilku kwestii natury formalnej.

Jako wzorce kontroli w *petitum* skargi *expressis verbis* zostały powołane:

- a) art. 2 Konstytucji w zakresie, w jakim wywodzona jest zeń zasada poprawnej legislacji,

- b) art. 20 oraz art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji,
- c) art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji,
- d) art. 54 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji,
- e) art. 68 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji,
- f) a także – autonomicznie – art. 31 ust. 3 w związku z art. 2 Konstytucji.

2. Odnosząc się do tak ujętych przez skarżącą wzorców kontroli konstytucyjności, należy zauważyć, że skarżąca postuluje objęcie kontrolą trybunalską art. 94a ust. 1 u.p.f. w perspektywie zasady proporcjonalności ograniczeń prawodawczych wobec wolności i praw jednostek, którą spółka wywodzi z dwóch przepisów Konstytucji: art. 2 (zasada demokratycznego państwa prawnego) oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Co istotne, zarówno w *petitum* skargi, jak i w wyodrębnionej jej części argumentacyjnej (zob. pkt II.5 skargi, s. 38–42), spółka wskazała te postanowienia ustawy zasadniczej jako samodzielne wzorce kontroli. Natomiast, co trzeba podkreślić, art. 31 ust. 3 Konstytucji nie proklamuje chronionych w trybie skargi konstytucyjnej praw i wolności człowieka i obywatela, „lecz wyznacza granice ingerencji w konkretne prawa konstytucyjne zagwarantowane w szczegółowych przepisach konstytucyjnych” (wyrok TK z 27 czerwca 2008 r., sygn. akt K 51/07; zob. także wyrok TK z 17 listopada 2010 r., sygn. akt SK 23/07). W konsekwencji Trybunał Konstytucyjny może oceniać, czy ustanowione ograniczenia praw konstytucyjnych mieszczą się w ramach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji tylko w wypadku, gdy w skardze są wskazane konkretne prawa zagwarantowane w szczegółowych przepisach konstytucyjnych. Jak wskazał Trybunał w pełnym składzie: „art. 31 ust. 3 Konstytucji nie może stanowić całkowicie samodzielnego wzorca kontroli. Musi on być zawsze ujmowany jako przepis związkowy, stosowany wespół z innymi przepisami Konstytucji, normującymi konkretne wolności lub prawa” (wyrok TK z 22 września 2005 r., sygn. akt Kp 1/05).

Wobec powyższego Sejm, odwołując się do zasady *falsa demonstratio non nocet*, która „znajduje zastosowanie nie tylko w odniesieniu do norm stanowiących przedmiot kontroli, ale również do norm prawnych stanowiących podstawę kontroli” (por. np. wyrok TK z 8 lipca 2002 r., sygn. akt SK 41/01 oraz postanowienia TK z: 8 czerwca 2009 r., sygn. akt SK 26/07 i 21 lipca 2009 r., sygn. akt SK 61/08), przyjmuje, że skarżąca odnosi art. 31 ust. 3 Konstytucji do wskazanych w *petitum* skargi wzorców kontroli proklamujących prawa i wolności.

W tym względzie, jakkolwiek trzeba zgodzić się z tym, że art. 2 Konstytucji jest źródłem zasady proporcjonalności, to jednocześnie należy także zauważyć, że przepis ten, zawarty w rozdziale I Konstytucji, ma charakter podstawowej zasady ustrojowej i ze względu na jego ogólny charakter – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego – odwoływanie się doń jest

uzasadnione tylko wówczas, jeśli nie istnieją normy konstytucyjne o większym stopniu szczegółowości, ściślej wiążące się z ocenianą regulacją. Na kanwie niniejszej sprawy, w związku z tym, że skarżąca w zasadzie nie czyni w swych rozważaniach dystynkcji między nakazem proporcjonalności płynącym z art. 2 a standardem z art. 31 ust. 3 Konstytucji, zważywszy, że ten ostatni przepis „wyznacza granice ingerencji w konkretne prawa [i wolności człowieka i obywatela – uwaga własna] konstytucyjne zagwarantowane w szczegółowych przepisach konstytucyjnych” (wyrok TK z 27 czerwca 2008 r., sygn. akt K 51/07; zob. także wyroki TK z: 18 lutego 2003 r., sygn. akt K 24/02; 17 listopada 2010 r., sygn. akt SK 23/07), Sejm optuje za poprzestaniem w analizowanej sprawie na lokowaniu zasady proporcjonalności w art. 31 ust. 3 Konstytucji, jako bardziej szczegółowym wzorcu kontroli.

3. Skarżąca uczyniła art. 2 Konstytucji wzorcem kontroli także w perspektywie zasady poprawnej legislacji, wskazując jednocześnie jej dwa komponenty: nakaz określoności przepisów prawa oraz nakaz uchwalenia ustawy w prawidłowej procedurze. Spółka wskazała przywołane wzorce kontroli jako autonomiczne. W świetle wymogów rządzących postępowaniem inicjowanym skargą konstytucyjną taki układ odniesienia nasuwa wątpliwości. Jednak niezależnie od nich Sejm dostrzega deficyty dotyczące uzasadnienia naruszenia tych wzorców, co nie pozwala na ich uwzględnienie jako podstawy kontroli w niniejszej sprawie. Należy bowiem stwierdzić, co następuje.

Jeden z zarzutów skargi dotyczy naruszenia zasady określoności przepisów prawa, wywodzonej z art. 2 Konstytucji. Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że co do zasady art. 2 Konstytucji nie może być samodzielnym wzorcem kontroli w postępowaniu skargowym. Jednakże naruszenie zasad wynikających z art. 2 Konstytucji, wyznaczających granice ingerencji władzy publicznej w sferę praw podmiotowych, może uzasadniać zarzut niedopuszczalnego wkroczenia przez tę władzę w sferę konstytucyjnie chronionych praw lub wolności jednostki. W takiej sytuacji obowiązkiem skarżącego jest wskazanie, jakie prawa lub wolności konstytucyjne zostały naruszone, oraz określenie sposobu, w jaki zaskarżony przepis, będący podstawą ostatecznego rozstrzygnięcia sądu lub organu administracji publicznej, je naruszył. Samo odwołanie się do zasad wynikających z art. 2 Konstytucji nie wystarczy (zob. wyroki TK z: 10 lipca 2000 r., sygn. akt SK 21/99; 12 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 20/04, oraz postanowienia TK z: 17 lutego 1999 r., sygn. akt Ts 154/98; 26 czerwca 2002 r.; sygn. akt SK 1/02; 15 grudnia 2008 r., sygn. akt Ts 89/08).

Formułując zarzut naruszenia zasady określoności przepisów prawa, której źródłem jest art. 2 Konstytucji i wyrażona w nim zasada demokratycznego państwa prawnego, skarżąca wywodzi, że: „brzmienie przepisu nie daje żadnych wskazówek dla ustalenia, w jakiej relacji zakresowej pozostają do siebie oba «nazwane» przedmioty zakazu [reklamy apteki i punktu aptecznego oraz reklamy ich działalności – uwaga własna] (...) Przynajmniej jednak niejasny

jest charakter tzw. wyłączeń ze zdania drugiego, tj. czy jest to katalog przykładowy (otwarty), czy też może enumeratywny (zamknięty)” (skarga, s. 17–18). W tym względzie Sejm wyraża pogląd, że kryterium pozwalające stwierdzić, że dany przepis jest niejasny, stanowią przede wszystkim trudności w jego interpretacji i stosowaniu. Wyznacznikiem jest tu zróżnicowanie indywidualnych rozstrzygnięć opartych na tym samym przepisie. Tymczasem w uzasadnieniu skargi nie zostały powołane żadne akty stosowania prawa organów administracji ani sądów administracyjnych, z których wynikałoby, że w obrocie prawnym art. 94a ust. 1 u.p.f. jest różnie interpretowany, co w konsekwencji prowadziło do zróżnicowania sytuacji prawnej jego adresatów i powodowałoby niepewność co do ich praw i obowiązków. Skarżąca stwierdza, że: „kluczowe dla ustalenia zakresu przedmiotowego zakazu pojęcie «reklama aptek lub punktów aptecznych oraz ich działalności» nie doczekało się definicji legalnej w pr. farm.” (skarga, s. 18) oraz „wadliwe sformułowanie przepisu daje podstawę do jego bardzo szerokiej wykładni (obserwowanej w praktyce) i nie stwarza wzoru postępowania pozwalającego odróżnić zachowania zakazane od dozwolonych” (skarga, s. 19). Twierdzenia te nie zostały poparte żadnymi dowodami i nie stanowią wystarczającej argumentacji świadczącej o naruszeniu zasady określoności prawa. Skarżąca polemizuje raczej w tym zakresie z uzasadnieniami wydanych w jej sprawie wyroków sądów administracyjnych. Argumenty te odnoszą się wyłącznie do sfery stosowania prawa, która nie podlega kognicji Trybunału.

Sejm pragnie zwrócić uwagę, że zarzutom skarżącej dotyczącym niejednoznaczności zakwestionowanego przepisu, prowadzącej do dowolności jego stosowania przez organ nadzoru farmaceutycznego lub sąd administracyjny, przeczą poglądy judykatury wyrażone na tle brzmienia art. 94a ust. 1 u.p.f.

4. Zagadnieniem kluczowym w sprawie jest, jak to zostało wskazane w skardze, ustalenie znaczenia pojęcia terminu „reklama”, którym posługuje się ustawodawca. W ustawie – Prawo farmaceutyczne nie zawarł on bowiem legalnej definicji „reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności”. Co więcej, analiza systemu prawa polskiego również nie daje rezultatu w postaci ustalenia zawartości tej definicji, bowiem różne akty prawne formułują ją na własny użytek. Bodajże najpojemniejszą definicję reklamy prezentuje art. 4 pkt 17 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz. U. 2015, poz. 1531, ze zm.), na podstawie którego 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, przy czym reklamą jest także autopromocja. Trzeba jednak zastrzec, że definicja ta jest relewantna dla przekazów radiowych i telewizyjnych i ze względu na zakres normowania przywołanej ustawy nie obejmuje innych aktywności przedsiębiorców o charakterze promocyjnym.

Z pomocą w ustaleniu zakresu pojęcia „reklama” przychodzą przedstawiciele doktryny prawa, proponując różne jego ujęcia definicyjne. Niektórzy autorzy wskazują, że reklama to drukowane, rękopiśmienne, ustne lub graficzne powiadomienie o osobie, towarze, usługach lub ruchu społecznym, jawnie pochodzące od zamawiającego reklamę i opłacone przez niego w celu zwiększenia zbytu, rozszerzenia klienteli, otrzymania głosów lub publicznej akceptacji (zob. M. Gajlewicz, *Reklama: czy powinno istnieć dobro chronione?*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1993, nr 4, s. 2). Inni definiują reklamę jako zaplanowane komunikowanie, mające na celu ekonomicznie skuteczną informację, perswazję oraz sterowanie decyzjami (J. Preussner-Zamorska, *Aksjologiczne uwarunkowania reklamy*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1993, nr 62, s. 55). Wskazuje się również, że reklama jest aktem przekazu informacji o charakterze perswazyjnym, który adresowany jest do potencjalnego odbiorcy, a którego przedmiotem są towary lub usługi oferowane na rynku (J. Masiota, A. Masiota, *Zakaz reklamy a prawo do rzetelnej informacji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, nr 4, s. 51 i n.). Według innego poglądu, jako reklamę należy traktować każdą wypowiedź zmierzającą do stymulowania zbytu lub innego korzystania z towarów i usług osoby się reklamującej (E. Nowińska, R. Skubisz, *Reklama porównawcza*, „Państwo i Prawo” 1995, z. 5, s. 26 i n.).

Jakkolwiek w ustawie – Prawo farmaceutyczne brak definicji reklamy apteki, to nie sposób nie zauważyć, że w art. 52 ust. 1 u.p.f. ustawodawca zdefiniował reklamę produktu leczniczego w brzmieniu: „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”.

Sejm zgadza się z poglądem prezentowanym w orzecznictwie sądów administracyjnych, że: „zgodnie z zasadą racjonalnie działającego prawodawcy, należy przyjąć, że w obrębie danego aktu prawnego ustawodawca posługuje się jednakowo brzmiącymi terminami w takim samym znaczeniu, o ile sam nie wskaże inaczej. Reguła ta została też wpisana do Zasad techniki prawodawczej (§ 147) stanowiących załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie Zasad techniki prawodawczej (Dz. U. Nr 100, poz. 908). W procesie interpretacji tekstu prawnego nie można także pominąć wykładni systemowej wewnętrznej, która w przedmiotowej sprawie również ma zastosowanie” (wyrok NSA z 20 maja 2015 r., sygn. akt II GSK 746/14, i powoływane tam orzecznictwo; por. także ustalenia TK w uzasadnieniu do wyroku z 13 września 2011 r., sygn. akt P 33/09).

Wychodząc z powyższych założeń oraz uwzględniając przywołane wypowiedzi doktryny, na podstawie definicji zawartej w art. 52 ust. 1 u.p.f. można stwierdzić, że reklamą (jako taką) jest działalność sprzedawcy polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do określonego zachowania się nabywcy, mająca



na celu zwiększenie jego obrotów. W przypadku reklamy produktu leczniczego tym „określonym zachowaniem” będzie zachęcanie do stosowania tego produktu, natomiast w przypadku reklamy apteki lub jej działalności, będzie to zachęcanie do korzystania z jej usług. Trzeba przy tym podkreślić, że poddany ocenie trybunalskiej przepis, w zdaniu drugim, *expressis verbis* wskazuje, że: „Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego”. Wspomnianym wyżej „zwiększeniem obrotów” sprzedającego będzie w przypadku reklamy produktu leczniczego zwiększenie liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych, w przypadku zaś reklamy apteki lub jej działalności będzie to zwiększenie liczby przeprowadzanych przez nią transakcji lub ich wartości (por. wyroki NSA z: 5 marca 2015 r., sygn. akt II GSK 54/14; 11 marca 2015 r., sygn. akt II GSK 753/14). Jednocześnie nie można pomijać faktu, że sprzedaż produktów leczniczych przez apteki (jak i innego rodzaju produktów) jest działalnością gospodarczą, co zakłada zarobkowy cel jej aktywności rynkowej. W istocie więc, bez względu na to, czy mamy do czynienia z reklamą produktu leczniczego, czy z reklamą apteki lub jej działalności, chodzi o zwiększanie przychodu względem przychodu prognozowanego, jaki byłby osiągnięty, gdyby nie podjęto działań reklamowych.

Tak szerokie pojmowanie pojęcia reklamy apteki prezentują sądy administracyjne w wielu wyrokach; dla przykładu warto wskazać, że w świetle poglądów judykatury reklamą apteki i jej działalności jest:

- a) zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece, niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych (wyrok NSA z 26 czerwca 2014 r., sygn. akt II GSK 668/13; por. także wyroki WSA w Warszawie z: 17 października 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 698/08; 1 lutego 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 1960/07),
- b) dystrybucja materiałów reklamowych w postaci „gazetek”, w których ceny produktów leczniczych i suplementów diety były prezentowane w ten sposób, że „stara” cena została przekreślona, a podana obok aktualnie obowiązująca cena była niższa (wyrok WSA w Warszawie z 26 listopada 2015 r., sygn. akt VI SA/Wa 1495/14),
- c) publikacja bądź emisja haseł, sloganów, spotów TV, billboardów, folderów, czy też gazetek (por. wyrok WSA w Warszawie z 1 lutego 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 1960/07),
- d) każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych przez aptekę towarów i która w taki sposób jest odbierana przez klientów (wyrok NSA z 20 maja 2015 r., sygn. akt II GSK 746/14).

Pojęcie reklamy działalności aptek na gruncie ustawy – Prawo farmaceutyczne jest rozumiane podobnie przez Sąd Najwyższy. W wyroku z 2 października 2007 r. stwierdził on, że: „reklama oznacza każde przedstawienie (wypowiedź) w jakiegokolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów, dokonane w celu wspierania zbytu towarów lub usług. Powszechnie przyjmuje się, że reklamą są wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierając w sobie elementów oceniających ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna (...) Przy rozróżnieniu informacji od reklamy trzeba mieć na względzie, że podstawowym wyznacznikiem przekazu reklamowego jest nie tylko mniej lub bardziej wyraźna zachęta do kupna towaru, ale i faktyczne intencje podmiotu dokonującego przekazu oraz odbiór przekazu przez podmioty, do których jest kierowany. Wypowiedź jest reklamą, gdy nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru – taki cel przyświeca nadawcy wypowiedzi i tak odbiera ją przeciętny odbiorca, do którego została skierowana. Wszelkie promocje, w tym cenowe, są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje. Nie są natomiast reklamą m.in. listy cenowe, które zawierają jedynie informację o cenach towarów lub usług i są publikowane wyłącznie po to, by podać do publicznej wiadomości ceny określonych produktów” (wyrok SN z 2 października 2007 r., sygn. akt II CSK 289/07, zob. także wyrok SN z 26 stycznia 2006 r., sygn. akt V CKS 83/05).

Również w literaturze prawa reprezentowany jest zgodny, jednolity pogląd, że reklamą apteki jest każdego rodzaju informacja zmierzająca do zachęcenia klientów do nabycia oferowanych przez aptekę towarów i która w ten sposób jest odbierana przez klientów (por. np. J. Adamski, K. Urban, E. Warmińska, *Refundacja leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych*, LEX 2014, nr 8887; K. Jasińska, *Reklama produktów leczniczych i reklama aptek*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 14, s. 748; *eadem*, *Zakaz reklamy aptek a opieka farmaceutyczna i programy lojalnościowe*, „Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2015, nr 130, s. 113–114).

Jak wynika z przywołanych ustaleń judykatury i przedstawicieli nauki, wyrażenie „reklama aptek i punktów aptecznych i ich działalności” jest rozumiane w orzecznictwie jednolicie, jakkolwiek szeroko. Warto przypomnieć, że Trybunał Konstytucyjny wyraził pogląd, w myśl którego „miarą dostatecznej określoności przepisu jest to, czy umożliwia on jednolitą jego wykładnię i jednolite stosowanie” (wyrok TK w pełnym składzie z 13 października 2010 r., sygn. akt Kp 1/09).

Reasumując poczynione ustalenia, Sejm wyraża pogląd, że trudno wykazać niedostateczną określoność art. 94a ust. 1 u.p.f. Co więcej, z przywoływanych przez skarżącą przykładów rozstrzygnięć sądów administracyjnych zapadłych na gruncie tego przepisu, wynika, że sądy nie mają problemów natury interpretacyjnej i kwalifikują każde działanie wykraczające poza dozwolony zakres

informacyjny (adres i godziny otwarcia) jako niedozwoloną reklamę. Wydaje się więc, że zarzuty spółki należy wiązać ze zbyt szerokim polem definicji terminu „reklama apteki i jej działalności”, co ingeruje w jej wolność gospodarczą. Natomiast, w opinii Sejmu, zarzut naruszenia zasady określoności nie został przez skarżącą uzasadniony tak, aby skarga spełniała wymogi określone w art. 47 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy o TK z 1997 r.

Z tego względu Sejm wnosi o **umorzenie postępowania** w zakresie badania zgodności art. 94a ust. 1 u.p.f. z zasadą określoności przepisów prawa, wywodzoną z art. 2 Konstytucji, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK z 1997 r. w związku z art. 134 pkt 3 ustawy o TK z 2015 r.

5. Analogicznie negatywnie Sejm ocenia realizację obowiązku uzasadnienia przez skarżącą zarzutu naruszenia przez zaskarżony przepis wzorca kontroli, jakim jest komponent zasady prawidłowej legislacji – nakaz uchwalania ustaw w prawidłowej procedurze. Pomijając już dyskusyjną kwestię dopuszczalności oceny w niniejszym postępowaniu art. 94a ust. 1 u.p.f. w perspektywie tak skonstruowanego wzorca, należy podkreślić, że skarżąca przytacza w swoim piśmie procesowym genezę badanego przepisu, jest jednak powściągliwa w sformułowaniu uzasadnienia dotyczącego tego, jaki jest związek między naruszeniem przez zakwestionowaną regulację art. 2 Konstytucji, ujmowanego jako skierowany do prawodawcy nakaz tworzenia prawa zgodnie z zasadami przyzwoitej legislacji a naruszeniem jej konkretnych wolności i praw konstytucyjnych.

Dla kompletności analizy wypada dodać, że skarżąca wskazuje co prawda, że „na etapie uchwalenia art. 94a ust. 1 pr. farm. [u.p.f. – uwaga własna] doszło do naruszenia zasady przyzwoitej legislacji (...) poprzez (...) zwłaszcza brak wskazania, jakim celom ma on służyć, brak analizy potencjalnych skutków regulacji dla rynku, brak przeprowadzenia konsultacji społecznych oraz uzgodnień międzyresortowych” (skarga, s. 16), jednak te twierdzenia spółki nie identyfikują zakresu naruszenia jej osobistych praw lub wolności.

W konsekwencji niniejszego ustalenia Sejm wyraża pogląd, że postępowanie w zakresie kontroli zaskarżonego przepisu z przywołanym wyżej standardem powinno zostać **umorzone**, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK z 1997 r. w związku z art. 134 pkt 3 ustawy o TK z 2015 r.

6. W perspektywie zawartości normatywnej art. 2 Konstytucji, jakkolwiek nie w *petitum* skargi, ale w jej uzasadnieniu, skarżąca wskazuje na zasadę ochrony praw nabytych jako potencjalny wzorzec kontroli w niniejszej sprawie. Inicjatorka wskazuje, że: „w pewnych przypadkach zaskarżony przepis może też prowadzić do naruszenia zasady ochrony praw nabytych” (skarga, s. 21).

Zważywszy, że art. 79 ust. 1 Konstytucji uzależnia dopuszczalność wniesienia skargi konstytucyjnej od uprzedniego naruszenia (*verba legis*: „zostały naruszone”) konstytucyjnie gwarantowanych praw lub wolności, w opinii Sejmu przywołany zarzut skarżącej nie może podlegać merytorycznemu rozpoznaniu

przez Trybunał. Jednolite w tym zakresie orzecznictwo sądu konstytucyjnego wskazuje na to, że podnoszone przez skarżącego naruszenia powinny mieć charakter aktualny; muszą one istnieć już w momencie występowania ze skargą (zob. np. postanowienia TK z: 20 lutego 2008 r., sygn. akt SK 44/07; 14 września 2009 r., sygn. akt SK 51/08; 29 listopada 2010 r., sygn. akt SK 37/08; 14 maja 2013 r., sygn. akt SK 19/11; 15 września 2015 r., sygn. akt SK 27/13).

Za taką konkluzją przemawia także fakt, że skarżąca ilustruje „możliwość” naruszenia przez art. 94a ust. 1 u.p.f. przykładami niezwiązanymi z jej sytuacją faktyczną.

Wobec powyższego, Sejm wnosi o **umorzenie postępowania** w zakresie badania zgodności art. 94a ust. 1 u.p.f. z zasadą ochrony praw nabytych, wywodzoną z art. 2 Konstytucji, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK z 1997 r. w związku z art. 134 pkt 3 ustawy o TK z 2015 r.

7. W świetle wskazania przez skarżącą art. 68 ust. 1 Konstytucji jako autonomicznej podstawy kontroli, okolicznością, która w opinii Sejmu wymaga rozważenia w niniejszej sprawie, jest również legitymacja skarżącej (osoby prawnej) w tym zakresie.

Zakres podmiotowy skargi konstytucyjnej odczytywany jest przez Trybunał w ten sposób, iż: „skarga przysługiwać może nie tylko osobie fizycznej, ale i także osobie prawnej, jednakże pod warunkiem, że skarga dotyczy praw i wolności tej osoby” (postanowienie TK z 21 marca 2000 r., sygn. akt SK 6/99). W ustawie zasadniczej występują bowiem prawa (np. prawo własności) i wolności (np. wolność prowadzenia działalności gospodarczej), które muszą – ze swej istoty – obejmować nie tylko osoby fizyczne, lecz także podmioty niebędące osobami fizycznymi. Można również wskazać prawa zastrzeżone dla osób fizycznych (np. dostępu do służby publicznej). Warunkiem *sine qua non* stwierdzenia legitymacji osoby prawnej do wniesienia skargi konstytucyjnej jest wykazanie, że kwestionowane w skardze naruszenie praw dotyczy bezpośrednio danej osoby prawnej. Innymi słowy, naruszenie musi odnosić się do praw przysługujących osobie prawnej, a nie innym podmiotom, uwzględniając okoliczności niniejszej skargi – spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Skarga konstytucyjna nie jest bowiem środkiem prawnym o cechach *actio popularis*.

Odnosząc poczynione ustalenia do realiów niniejszej sprawy, Sejm uważa, że osobie prawnej, jaką jest skarżąca – *a natura rei* – nie przysługuje prawo do ochrony zdrowia (por. wyrok TK z 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03). Z poglądem tym skądinąd utożsamia się inicjatorka postępowania, wskazując, że: „w tej płaszczyźnie oceny generalnego zakazu reklamy aptek [art. 68 ust. 1 Konstytucji – uwaga własna] nie chodzi naturalnie wprost o ochronę praw samej Skarżącej, której – jako osobie prawnej – nie przysługuje konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia” (skarga, s. 33).

Wobec powyższego, jakkolwiek należy docenić troskę skarżącej o standardy realizacji prawa do ochrony zdrowia jej klientów (zob. skarga, s. 33–38), na-

leży sformułować wniosek o stwierdzenie niedopuszczalności merytorycznego rozstrzygnięcia przez Trybunał w zakresie zgodności kwestionowanego przepisu z art. 68 ust. 1 Konstytucji. Z tego względu Sejm wnosi o **umorzenie postępowania** w przywołanym zakresie, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK z 1997 r. w związku z art. 134 pkt 3 ustawy o TK z 2015 r.

8. W ostatniej części analizy formalnoprawnej ocenie należy poddać sposób powołania przez skarżącą wzorców kontroli wynikających z art. 54 ust. 1 oraz art. 49 Konstytucji, statuujących odpowiednio: wolność rozpowszechniania informacji (ten komponent ogólnie ujmowanej wolności informacyjnej wskazuje spółka) oraz wolność komunikowania się.

W uzasadnieniu skargi, odmiennie niż w jej *petitum*, wspomniane podstawy kontroli zostały wskazane jako wzajemnie się uzupełniające standardy wolności przekazywania informacji, zarówno tych o charakterze perswazyjnym, jak i neutralnym. W związku z tym, że skarżąca wyraźnie osadza perspektywę kontroli zgodności art. 94a ust. 1 u.p.f. z tymi standardami w świetle jej aktywności gospodarczej, Sejm uznaje, że art. 54 ust. 1 oraz art. 49 Konstytucji należy traktować jako wzorce kontroli związkowe względem swobody działalności gospodarczej. Inicjatorka postępowania wywodzi wszakże, że: „kwestionowany przepis prowadzi zatem do bardzo daleko idącego ograniczenia, czy wręcz wyłączenia możliwości rozpowszechniania przez przedsiębiorców aptecznych informacji i wypowiedzi dotyczących prowadzonej przez nich działalności gospodarczej, w tym całkowitego wyłączenia możliwości prowadzenia reklamy gospodarczej” (skarga, s. 31–32). Tym samym „wiązkami” wolności wydobywanej z ogólnej zasady swobody działalności gospodarczej są w realiach niniejszej sprawy wolność rozpowszechniania informacji i komunikowania się z klientami.

W konsekwencji takiego zapatrywania skarżącej należy uznać, że ustalenia dotyczące naruszenia przez art. 94a ust. 1 u.p.f. wolności działalności gospodarczej będą relewantne dla stwierdzenia naruszenia w niniejszej sprawie art. 54 ust. 1 i art. 49 Konstytucji.

9. Reasumując poczynione ustalenia i uwzględniając partykularne wnioski o umorzenie postępowania, Sejm uznaje, że art. 94a ust. 1 u.p.f. powinien być konfrontowany w niniejszej sprawie z art. 20 oraz art. 22 w związku z art. 31 ust. 3, art. 49 i art. 54 ust. 1 Konstytucji.

## V. Analiza merytoryczna

### ■ 1. Wzorce kontroli

1. Podstawowym wzorcem kontroli wskazanym przez skarżącą jest art. 20 Konstytucji, w myśl którego: „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej”.

Filarami społecznej gospodarki rynkowej ustrojodawca uczynił więc wolność działalności gospodarczej, własność prywatną oraz solidarność, dialog i współpracę partnerów społecznych. Ponieważ zarzuty sformułowane przez spółkę na kanwie art. 20 Konstytucji odnoszą się do pierwszej z wymienionych sfer, rekonstrukcja jego zawartości normatywnej zostanie ograniczona do komponentu „wolność działalności gospodarczej”.

Wolność działalności gospodarczej jest konstrukcyjnie oparta na koncepcji wolności negatywnej, polegającej na braku ingerencji państwa w aktywność jednostek. Jak wskazuje się w doktrynie, „system prawny państwa nie kreuje wolności gospodarczej (...) zakreśla natomiast jej granice, wskazując na ograniczenia swobody korzystania z tej wolności, a także ustanawia jej prawne granice (C. Kosikowski, *Zasada wolności działalności gospodarczej* [w:] *Zasady podstawowe polskiej Konstytucji*, W. Sokolewicz (red.), Warszawa 1998, s. 216).

Gdy chodzi o zakres podmiotowy wspomnianej wolności, w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazywano w szczególności, że: „Z użycia w art. 20 i 22 Konstytucji zwrotu «wolność działalności gospodarczej» wynika, że chodzi o działalność jednostek (osób fizycznych) oraz instytucji «niepaństwowych» (czy też – szerzej rzecz ujmując – niepublicznych), które mają prawo samodzielnego decydowania o udziale w życiu gospodarczym, zakresie i formach tego udziału, w tym możliwie swobodnego podejmowania różnych działań faktycznych i prawnych, mieszczących się w ramach prowadzenia działalności gospodarczej. Chodzi tu więc o osoby fizyczne i inne podmioty, które korzystają z praw i wolności przysługujących człowiekowi i obywatelowi” (wyrok TK z 7 maja 2001 r., sygn. akt K 19/00; zob. także wyroki TK z: 21 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 33/03; 7 czerwca 2005 r., sygn. akt K 23/04; 16 października 2014 r., sygn. akt SK 20/12).

Odnosząc się natomiast do zakresu przedmiotowego analizowanej wolności, warto podkreślić, że przepisy konstytucyjne nie przesądzają treści swobody działalności gospodarczej i sfery działań, które stanowią jej realizację (por. wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02).

W doktrynie uitorował sobie drogę pogląd, że wolność działalności gospodarczej jest kategorią zbiorczą, inkorporującą wiele wolności cząstkowych, jest „wiązką swobód” (C. Kosikowski, *Wolność działalności gospodarczej i jej ograniczenia* [w:] *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego w procesie stosowania Konstytucji*, C. Kosikowski (red.), Warszawa 2005, s. 30; J. Ciapała, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej*, Szczecin 2009, s. 87). W świetle ustaleń doktryny komponentami wolności gospodarczej są w szczególności: wolność podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, swoboda w zakresie wyboru formy organizacyjno-prawnej prowadzenia działalności gospodarczej, swoboda konkurencji z innymi podmiotami na rynku, swoboda w zakresie kształtowania cen na oferowane towary i usługi, swoboda w zakresie polityki zatrudnienia, swoboda w zakresie zaangażowa-

nia kapitału, swoboda kontraktowania, wolność reklamy, wolność decydowania o zawieszeniu, zmianie profilu lub zakończeniu prowadzenia działalności gospodarczej (por. K. Klecha, *Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP*, Warszawa 2009, s. 150 i n., oraz przywołana tam literatura).

2. Wolność działalności gospodarczej nie ma charakteru bezwzględnego. Przesłanki warunkujące konstytucyjną poprawność ograniczeń nakładanych przez prawodawcę zostały wskazane w dwóch przepisach ustawy zasadniczej, mianowicie w art. 22 oraz art. 31 ust. 3. Zważywszy, że skarżąca powołuje oba te postanowienia Konstytucji jako podstawę kontroli w niniejszej sprawie, w tym miejscu należy ustalić relację pomiędzy nimi.

3. W art. 22 Konstytucji sformułowano dwie przesłanki warunkujące dopuszczalność ustanawiania ograniczeń wolności działalności gospodarczej: formalną („tylko w drodze ustawy”) i materialną („tylko ze względu na ważny interes publiczny”). Trybunał wskazywał, że przepis ten „reguluje wprost w sposób wyczerpujący i kompleksowy zarówno formalne, jak i materialne przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej (...) stanowiąc *lex specialis* w stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji, wyłącza jego stosowanie jako adekwatnego wzorca kontroli ustawowych ograniczeń wolności działalności gospodarczej” (wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02). Pogląd ten został następnie zweryfikowany przez Trybunał, który stwierdził, że do ograniczenia wolności działalności gospodarczej odnoszą się też nakaz proporcjonalności oraz zakaz naruszenia istoty wolności (zob. wyrok TK z 13 października 2010 r., sygn. akt Kp 1/09).

Gdy idzie o klauzulę ważnego interesu publicznego zawartą w art. 22 Konstytucji, uznaje się, że mieszczą się w niej wszystkie przesłanki materialne wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz inne wartości, niewskazane w ogólnej klauzuli limitacyjnej. „W konsekwencji zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej jest – przynajmniej z punktu widzenia materialnoprawnych przesłanek ograniczeń – szerszy od zakresu ograniczeń tych wolności i praw, do których odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji” (zob. wyroki TK z: 8 lipca 2008 r., sygn. akt K 46/07; 13 października 2010 r., sygn. akt Kp 1/09; 27 lutego 2014 r., sygn. akt P 31/13). Stosownie do tego w doktrynie zauważono, że art. 22 Konstytucji upoważnia do wykorzystania takich kryteriów, jak np.: konieczność ochrony ważnego dla interesu państwa sektora gospodarki lub podmiotu gospodarczego, ochrona interesów konsumentów, ochrona grup pracowniczych, wprowadzenie zasad uczciwego obrotu gospodarczego (J. Ciapała, *Konstytucyjna, op. cit.*, s. 374). Zarazem odnotowuje się, że: „Konstytucja nie precyzuje tego, jaki interes publiczny jest na tyle ważny, by jego pojawienie się uzasadniło to ograniczenie; odsyła w tym względzie do oceny i decyzji ustawodawcy” (P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008, s. 62).

Co istotne z perspektywy niniejszej sprawy, jakkolwiek ów „ważny interes publiczny” jest kategorią ocenną, to nie może być interpretowany rozszerzająco. Trzeba bowiem pamiętać, że wolność gospodarcza jest nie tylko wolnością przysługującą jednostce, ale także konstytucyjną zasadą ustrojową, a Trybunał Konstytucyjny uznaje, iż należąc do fundamentów ustrojowych państwa, wymaga ona interpretacji *in dubio pro libertate* (tak np. w wyrokach TK z: 28 stycznia 2003 r., sygn. akt K 2/02; 21 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 33/03).

4. Zważywszy, że wolność działalności gospodarczej nie jest absolutna i podlega ustawowemu miarkowaniu przy zastosowaniu art. 31 ust. 3 Konstytucji, w części poświęconej wzorcom kontroli należy odnieść się do konstytucyjnej zasady proporcjonalności zakotwiczonej w tym przepisie. Zgodnie z nim: „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Przepis ten jest normatywnym źródłem zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 zdanie pierwsze), zakazu naruszania istoty prawa i wolności (art. 31 ust. 3 zdanie drugie) oraz zasady wyłączności ustawy (art. 31 ust. 3 zdanie pierwsze).

Analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego prowadzi do wniosku, że zasada proporcjonalności ustala dopuszczalny zakres ograniczeń korzystania z konstytucyjnych wolności i praw. Ustanowione limitacje spełniają wymóg proporcjonalności, jeżeli wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (zasada przydatności), jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (zasada konieczności), a jej efekty pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zasada proporcjonalności w ścisłym znaczeniu – zob. wyroki TK z: 11 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 15/98; 11 kwietnia 2006 r., sygn. akt SK 57/04). Przesłanka proporcjonalności *sensu stricto*, konieczna dla uznania zasadności wprowadzenia ograniczenia konstytucyjnych wolności lub praw, oznacza zatem dla ustawodawcy obowiązek wyboru najmniej dolegliwego środka realizacji określonego interesu (wartości) podlegającego konstytucyjnej ochronie. Ocena, czy przesłanki te zostały spełnione, wymaga zatem w każdym konkretnym przypadku skonfrontowania wartości i dóbr chronionych daną regulacją z tymi, które w jej efekcie podlegają ograniczeniu.

5. Kolejnym wzorcem kontroli skarżąca uczyniła art. 49 Konstytucji, zgodnie z którym: „Zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony”.

W przepisie tym wyekspozowano trzy zagadnienia: wolność komunikowania się (zdanie pierwsze), ochronę tajemnicy komunikowania się (zdanie pierwsze), ograniczenie wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się



(zdanie drugie). Treść zarzutów skarżącej koncentruje się wokół pierwszego aspektu.

Wolność komunikowania się należy rozumieć jako swobodę porozumiewania się, obejmującą wszystkich uczestników tego procesu (zarówno komunikujących, jak i odbierających komunikat), którymi mogą być osoby fizyczne lub inne podmioty prawa prywatnego. Nie ma przy tym znaczenia sposób porozumiewania się (np. werbalny czy niewerbalny), użyte do tego środki (np. telefon, list, e-mail) ani też treść i charakter komunikatu (np. informacja, prośba, ostrzeżenie) – zob. np. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, komentarz do art. 49, nlb. 1–2; P. Sarnecki, *Komentarz do art. 49, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, L. Garlicki (red.), Warszawa 2003, s. 1 i n.

Ograniczenie wolności komunikowania się może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny: „Oznacza to, że – po pierwsze – ustawodawca zwykły może decydować o zakresie wolności komunikowania się, jeśli – po drugie – uczyni to w akcie rangi ustawy, wskazującym – po trzecie – «określone przypadki» i «sposób ograniczenia» (wymóg konkretności, wyłączenie użycia w tych zakresach otwartych klauzul generalnych)” (wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04).

Przy ustanawianiu ograniczeń wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się należy uwzględnić także treść art. 31 ust. 3 Konstytucji (zob. np. P. Sarnecki, *Komentarz do art. 49, op. cit.*, s. 3; wyrok TK z 20 czerwca 2005 r., sygn. akt K 4/04).

6. Ostatnią podstawę kontroli konstytucyjności stanowi w niniejszej sprawie art. 54 ust. 1 Konstytucji, w brzmieniu: „Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”.

Jak podkreślał Trybunał Konstytucyjny, w przepisie tym zostały wyrażone trzy odrębne, aczkolwiek powiązane i uzależnione od siebie wolności jednostki: wolność wyrażania swoich poglądów, wolność pozyskiwania informacji oraz wolność rozpowszechniania informacji (zob. wyrok TK z 12 lutego 2015 r., sygn. akt SK 70/13; zob. P. Sarnecki, *Uwagi do art. 54 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, L. Garlicki (red.), Warszawa 2003, s. 1).

Z punktu widzenia zarzutu sformułowanego przez skarżącą w niniejszej sprawie istotne znaczenie ma „wolność rozpowszechniania informacji”. Jak wywiódł Trybunał: „wolność rozpowszechniania informacji to możliwość przekazywania informacji mających charakter obiektywnych faktów, ale również ocen, opinii czy poglądów, na dowolny temat, w dowolnej formie i w dowolnie wybrany sposób. Odbiorcami rozpowszechnianych treści mogą być podmioty indywidualnie wybrane przez rozpowszechniającego i niezindywidualizowani adresaci, do których informacje są kierowane za pośrednictwem środków ma-

sowego przekazu lub w inny sposób (zob. wyroki TK z: 18 lutego 2014 r., sygn. akt K 29/12; 4 listopada 2015 r., sygn. akt K 1/14). Trybunał zauważył również, że w perspektywie konstytucyjnej reklamę należy kwalifikować jako formę „publicznej wypowiedzi (informacji), z reguły subiektywnej oraz ocennej, służącej zachęceniu i nakłonieniu innych podmiotów do nabycia określonego dobra czy oczekiwanego przez reklamujący się podmiot zachowania. Wypowiedź ta ma charakter przede wszystkim komercyjny, czyli jest ukierunkowana na zwiększenie podaży i popytu reklamowanych dóbr” (wyrok TK z 4 listopada 2015 r., sygn. akt K 1/14).

Z ustaleń trybunalskich wynika, że jako wypowiedź reklama podlega ochronie w ramach konstytucyjnej wolności zagwarantowanej w art. 54 ust. 1 Konstytucji (zob. np. wyrok TK z 28 stycznia 2003 r., sygn. akt K 2/02).

## ■ 2. Analiza zgodności

1. Przechodząc do merytorycznej analizy zarzutów skarżącej, trzeba przede wszystkim zauważyć, że dokonując ustawą refundacyjną zmiany art. 94a u.p.f., ustawodawca operował na istniejącym już, jakkolwiek ograniczonym przedmiotowo, zakazie reklamy aptek.

Przed 1 maja 2007 r. w przepisach ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz innych aktów prawnych nie było bezpośredniego odniesienia do problematyki reklamy aptek bądź ich działalności. Ustawą z dnia 30 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 75, poz. 492) wprowadzono art. 94a u.p.f., którego ust. 1 zakładał, że zabroniona jest reklama działalności aptek lub punktów aptecznych skierowana do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosiła się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych w wykazach leków refundowanych lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych w tych wykazach. *Ratio legis* tego rozwiązania było ograniczenie nadmiernych wydatków budżetowych na leki refundowane (por. druk sejmowy nr 1152/V kad., uzasadnienie, s. 10). Przywołany zakaz obowiązywał od 1 maja 2007 r. do 31 grudnia 2011 r.

Aktualnie – poczynając od 1 stycznia 2012 r. – brzmienie kwestionowanego przepisu jest wynikiem przyjęcia art. 60 pkt 7 ustawy refundacyjnej. Przywołaną regulacją do art. 94a dodano także ust. 1a zakazujący reklamy punktów pozaaptecznych i ich działalności, jednak tylko w zakresie, w jakim odnosi się ona do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych. Założeniem tej nowelizacji było wprowadzenie całkowitego zakazu reklamy 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. Zważywszy, że projekt z przedłożenia rządowego nie zawierał w swo-

jej pierwotnej wersji propozycji wprowadzenia zakwestionowanego przepisu (por. druk sejmowy nr 3491/VI kad.), który został objęty procedowaniem na etapie prac parlamentarnych, uzasadnienie projektu ustawy refundacyjnej nie jest przydatne w ustaleniu *ratio legis* kontestowanej przez skarżącą regulacji. W związku z tym, że analizowana poprawka została zgłoszona jako poprawka poselska, inspirowana postulatami Naczelnej Izby Aptekarskiej (NIA), dla rekonstrukcji jej *ratio* można wykorzystać liczne wypowiedzi NIA co do zakazu reklamy aptek oraz pismo Ministra Zdrowia z 27 maja 2013 r. (nr MZ-PLO-079-16391-104/PR/13). Naczelna Rada Aptekarska, będąca organem NIA, w stanowisku z 11 kwietnia 2012 r. (nr VI/1/2012) w sprawie zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności wywodzi, że: „zakaz reklamy aptek (punktów aptecznych) oraz ich działalności stanowi efekt wieloletnich zabiegów samorządu aptekarskiego”, który „stanowi najważniejszą podstawę i gwarancję prawidłowego funkcjonowania aptek, jako placówek ochrony zdrowia publicznego, oraz aptekarzy, jako przedstawicieli medycznego zawodu zaufania publicznego”. Z przytaczanych przez NIA argumentów wynika, że całkowity zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych, a także ich działalności uzasadniony jest koniecznością zwiększenia ochrony pacjentów oraz finansów publicznych przed negatywnymi skutkami reklamy aptek, zwiększającymi w rzeczywistości popyt na usługi farmaceutyczne świadczone w aptekach, bez faktycznego wskazania do korzystania z nich.

2. Odnosząc się bezpośrednio do podstawowego problemu konstytucyjnego w niniejszej sprawie, należy stwierdzić, że ocena konstytucyjności zakwestionowanej regulacji sprowadza się do odpowiedzi na dwa pytania. Po pierwsze, czy ustawodawca, przez wprowadzenie zakwestionowanej regulacji, ograniczył wolność gospodarczą skarżącej. Po drugie, w wypadku twierdzącej odpowiedzi na pierwsze pytanie, czy ingerencja w chronioną konstytucyjnie wolność odbyła się, mając na względzie ważny interes publiczny i z poszanowaniem zasady proporcjonalności.

Odpowiadając na pierwsze z wyżej sformułowanych pytań, należy przede wszystkim stwierdzić, że apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego (art. 86 ust. 1 u.p.f.). Jednocześnie jednak apteka ogólnodostępna (do takiej kategorii należy apteka prowadzona przez skarżącą) jest przedsiębiorstwem w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. 2014, poz. 121, ze zm.), tj. „zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej” (M. Kondrat, *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 943), w ramach którego prowadzona jest działalność gospodarcza podmiotu, który posiada zezwolenie na prowadzenie apteki, wydane przez właściwego miejscowo wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego (art. 99 ust. 2 u.p.f., por. art. 75 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej; t.j. Dz. U. 2015, poz. 584, ze zm.).

Zakres działalności apteki wyznacza art. 86 ust. 1 u.p.f., zgodnie z którym w aptece osoby do tego uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne.

Skorzystanie przez prawodawcę ze sformułowania „w szczególności” oznacza, że w aptece możliwe jest świadczenie innych usług. Do typowych usług farmaceutycznych należą: wydawanie produktów leczniczych i wyrobów medycznych, określonych w odrębnych przepisach; sporządzanie leków recepturowych, w terminie nie dłuższym niż 48 godzin od złożenia recepty przez pacjenta, a w przypadku recepty na lek recepturowy zawierający środki odurzające lub oznaczonej „wydać natychmiast” – w ciągu 4 godzin; sporządzenie leków aptecznych; udzielanie informacji o produktach leczniczych i wyrobach medycznych (art. 86 ust. 2 u.p.f.).

Warto również podkreślić, że w aptekach ogólnodostępnych na wydzielonych stoiskach – oprócz produktów leczniczych – można sprzedawać także: wyroby medyczne; produkty lecznicze przeznaczone wyłącznie na eksport; środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego; suplementy diety; środki kosmetyczne, z wyłączeniem kosmetyków przeznaczonych do perfumowania lub upiększania; środki higieniczne; przedmioty do pielęgnacji niemowląt i chorych; środki spożywcze zawierające w swoim składzie farmakopealne naturalne składniki pochodzenia roślinnego; środki dezynfekcyjne stosowane w medycynie; produkty biobójcze służące do utrzymywania higieny człowieka oraz repelenty lub atraktanty służące w sposób bezpośredni lub pośredni do utrzymywania higieny człowieka, pod warunkiem że ich przechowywanie i sprzedaż nie będą przeszkadzać podstawowej działalności apteki (art. 86 ust. 8 w związku z art. 72 ust. 5 u.p.f.).

3. Na marginesie Sejm wyraża pogląd, że nie zgadza się ze stanowiskiem skarżącej, jakoby art. 94a ust. 1 u.p.f. uniemożliwiał realizację jednej z usług farmaceutycznych, jaką jest opieka farmaceutyczna, o której mowa w art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (t.j. Dz. U. 2014, poz. 1429, ze zm.; dalej: u.i.a.). Sprawowanie opieki farmaceutycznej jest jednym z przejawów wykonywania zawodu farmaceuty i polega na „dokumentowanym procesie, w którym farmaceuta, współpracując z pacjentem i lekarzem, a w razie potrzeby z przedstawicielami innych zawodów medycznych, czuwa nad prawidłowym przebiegiem farmakoterapii w celu uzyskania określonych jej efektów poprawiających jakość życia pacjenta”. W związku z tym, że opieka farmaceutyczna jest zadaniem farmaceuty, a nie apteki, już z tego powodu trudno doszukiwać się ingerencji w prawa skarżącej, będącej osobą prawną. Ponadto w opinii Sejmu spółka dość instrumentalnie traktuje koncepcję opieki farmaceutycznej pozytywizowaną w przywołanym przepisie ustawy o izbach aptekarskich, dopasowując ją do konstrukcji narzędzi reklamowych, jakim były Program Opieki Farmaceutycznej, Program 60+ czy Program dla Mamy i Maleństwa, realizowane przez skarżącą. Taka kwalifi-

kacja jest słuszna z tego względu, że zawierały ofertę rabatową na produkty lecznicze nabywane w danej aptece, która aktualizowała się po przystąpieniu klienta do danego programu. Trudno uznać, że działanie takie mieści się w zakresie pojęcia opieki farmaceutycznej, o której mowa w art. 2a ust. 1 pkt 7 u.i.a.

4. Istotą zarzutu sformułowanego pod adresem zakwestionowanej regulacji jest to, że wyłączając możliwość prowadzenia reklamy, ogranicza ona wolność działalności gospodarczej skarżącej w zakresie konkurowania o klienta oraz ustalania zasad zbywania towarów, z wyłączeniem produktów refundowanych.

Sejm podziela pogląd skarżącej, że przyjęcie art. 94a ust. 1 u.p.f. ingeruje w jej swobodę kreowania warunków prowadzenia działalności gospodarczej. Stwierdzenie takie nie jest jednak sfinalizowaniem oceny konstytucyjności zaskarżonego przepisu, należy bowiem jeszcze przeprowadzić test proporcjonalności zdiagnozowanej ingerencji ustawodawcy w wolność działalności gospodarczej.

W tym względzie należy przede wszystkim podnieść, że zaskarżone ograniczenie wynika z przepisów rangi ustawowej i tym samym spełnia przesłankę formalną (*ex art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji*) dopuszczalności ograniczenia chronionej konstytucyjnie wolności.

Przechodząc do oceny realizacji materialnych przesłanek limitowania wolności gospodarczej, Sejm jest zdania, wbrew stanowisku skarżącej, że wprowadzenie zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności może być postrzegane jako legitymowane koniecznością ochrony zdrowia ludzkiego. Przesłanka ta mieści się w kategorii „ważnego interesu publicznego” (art. 22 Konstytucji) oraz stanowi jedno z kryteriów materialnych zasady proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Z art. 68 ust. 1 Konstytucji należy wywieść podmiotowe prawo jednostki do ochrony zdrowia (zob. wyrok TK z 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03). Treścią prawa do ochrony zdrowia nie jest naturalnie jakiś abstrakcyjnie określony (i w gruncie rzeczy niedefiniowalny) stan „zdrowia” poszczególnych jednostek, ale możliwość korzystania z systemu ochrony zdrowia, funkcjonalnie ukierunkowanego na zwalczanie i zapobieganie chorobom, urazom i niepełnosprawności. Uprawnienie jednostki skorelowane jest z odpowiednimi obowiązkami państwa. Obligacje te – w świetle zasady pomocniczości sformułowanej w preambule Konstytucji – polegają na stworzeniu i zapewnieniu funkcjonowania systemu zarówno prewencyjnych, jak i następczych środków ochrony zdrowia.

W nawiązaniu do poczynionych uwag, skoro reklama jest narzędziem o charakterze perswazyjnym, mającym kształtować pożądane przez przedsiębiorców zachowanie rynkowe konsumenta w postaci wzmożonego zainteresowania oferowanymi na rynku usługami i towarami, to należy przyjąć, że działalność reklamowa aptek i punktów aptecznych zmierzać ma do zwiększenia

popytu na towar oferowany w tych placówkach. W związku z tym, że głównym przedmiotem działalności aptek jest wydawanie produktów leczniczych, logicznym wnioskiem jest, że reklama apteki ma na celu maksymalizację dochodów z tytułu sprzedaży produktów leczniczych.

Konsekwencje zdrowotne nadmiernej konsumpcji produktów leczniczych, związanej najczęściej ze zjawiskiem tzw. samoleczenia, są opisywane szeroko w literaturze medycznej i z zakresu zdrowia publicznego (np. P. Kardas, D. Herczyński, *Samoleczenie infekcji dróg oddechowych przez podopiecznych lekarzy rodzinnych*, „Medycyna Rodzinna” 2003, nr 1, s. 56–63; K. Krajewski-Siuda, R. Chmura, K. Łach, *Samoleczenie jako problem zdrowia publicznego* [w:] *Samoleczenie*, K. Krajewski-Siuda (red.), <http://www.sobieski.org.pl/wp-content/uploads/Krajewski-Siuda-red.-Samoleczenie-PDF.pdf>); J. Woron, *Leki stosowane w samoleczeniu – bezpieczeństwo stosowania, niekorzystne interakcje* [w:] *ibidem*; J. Kwiatkowska i in., *Czy leki sprzedawane poza apteką stanowią dla nas zagrożenie?*, „Prawo i Medycyna”, <http://www.prawoimedycyna.pl/?str=artykul&id=1040>).

Dla jasności wyводу trzeba dodać, że samoleczenie jest słusznym wyborem w wielu mniej poważnych problemach zdrowotnych. „Jest też racjonalną alternatywą dla wielu osób, zwłaszcza w sytuacji załamania systemu finansowania i zakupu świadczeń medycznych oraz utrudnionego dostępu do opieki zdrowotnej” (D. Cianciara, *Reklama leków kierowana do publicznej wiadomości w Polsce – aspekty prawne, etyczne zdrowotne i społeczne*, „Przegląd Epidemiologiczny” 2004, nr 3, s. 561). Z tego względu należy je ocenić jako pozytywne zjawisko, o ile towarzyszą mu inne zachowania prozdrowotne, jak np. świadome utrzymywanie dobrego stanu zdrowia przez obywateli przez rezygnację z korzystania z używek oraz kulturę fizyczną. Na samoleczenie, oprócz sięgania po produkty lecznicze dostępne bez recepty, składa się także umiejętność korzystania z profesjonalnej porady lekarskiej czy farmaceutycznej. Taki właśnie model samoleczenia propagowany jest przez Światową Organizację Zdrowia (*Guidelines for the Regulatory Assessment of Medicinal Products for use in Self-medication*, Geneva, WHO, 2000, <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Jh1462e/6.html#Jh1462e.6.1>).

Reasumując, zważywszy akceptację trybunalską dla tworzenia ram prawnych obrotu gospodarczego, które pozwolą zminimalizować niekorzystne skutki mechanizmów wolnorynkowych, jeżeli skutki te ujawniają się w sferze, która nie może pozostać obojętna dla państwa ze względu na ochronę powszechnie uznawanych wartości (zob. wyrok TK z 8 kwietnia 1998 r., sygn. akt K 10/97), Sejm stoi na stanowisku, że ochrona zdrowia ludzkiego stanowi ważny interes publiczny, którego realizacja stoi na przeszkodzie nieograniczonej wolności gospodarczej.

Powyższy pogląd nie przesądza jednak o konstytucyjności kwestionowanego rozwiązania.

5. Dokonując oceny zaskarżonych przepisów z perspektywy zasady proporcjonalności *sensu stricto*, należy stwierdzić, że Sejm znajduje podstawy do podzielenia opinii skarżącej o nieproporcjonalnej ingerencji ustawodawcy w jej wolność gospodarczą.

W tym względzie trzeba wskazać, że analiza przepisów ustawy – Prawo farmaceutyczne w zakresie odnoszącym się do prowadzenia aptek i punktów aptecznych uprawnia do twierdzenia, że ustawa ta ingeruje w wolność rozpoczęcia działalności gospodarczej, przez obowiązek uzyskania pozwolenia (art. 99 ust. 2 u.p.f.), a także w wielu aspektach w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej, w szczególności jeśli chodzi o działalność handlową. I tak m.in. nie pozwala ona na swobodne kształtowanie systemu sprzedaży (art. 99 ust. 3 pkt 2 i 3 u.p.f.), oferty (art. 86 ust. 2, art. 87 ust. 2 i art. 95 u.p.f.), godzin pracy (art. 94 u.p.f.) czy też doboru personelu (art. 88, art. 90, art. 92 i art. 96 u.p.f.). Wprowadza również obowiązek ustawicznego doksztalcania farmaceutów (art. 89e u.p.f.), rygory lokalowe (art. 97 u.p.f.) oraz ograniczenia dotyczące możliwości zaangażowania kapitału (art. 99 ust. 3 u.p.f.). Przywołane postanowienia ustawy – Prawo farmaceutyczne wpływają na ograniczenie swobody działalności gospodarczej i tego samego rodzaju regulacją jest również wprowadzenie w art. 94a ust. 1 u.p.f. zakazu reklamy.

Odpowiadając na pytanie o przydatność i proporcjonalność *sensu stricto* zaskarżonego przepisu, należy zwrócić uwagę na to, że w świetle ustaleń trybunalskich „wprowadzane ograniczenia muszą bezpośrednio realizować zakładany cel, a nie jedynie ułatwiać jego osiągnięcie” (powoływany wcześniej wyrok TK w sprawie o sygn. akt K 46/07).

Operując przesłanką przydatności ograniczeń swobody działalności gospodarczej dla realizacji zakładanego celu, jakim jest ochrona społeczeństwa przed nadmierną konsumpcją produktów leczniczych, prowadząca do poważnych konsekwencji zdrowotnych, Sejm dostrzega konieczność uwzględnienia całego otoczenia normatywnego w perspektywie zasad dostępu do produktów leczniczych.

Rozumując *in abstracto*, należy zgodzić się, że całkowity zakaz reklamy aptek może ograniczyć zainteresowanie nieuzasadnioną względami medycznymi konsumpcją towarów oferowanych w aptece, w szczególności produktów leczniczych, ale również suplementów diety czy środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego, jednakże ocena ta wypada inaczej, gdy weźmiemy pod uwagę całokształt regulacji prawnych w tym względzie.

6. Dostępność produktów leczniczych na rynku uwarunkowana jest wieloma czynnikami. Po pierwsze, zgodnie z art. 3 ust. 1 i ust. 2 u.p.f., produkt leczniczy musi zostać dopuszczony do obrotu w jednej z procedur: a) krajowej, przewidzianej dyrektywą 2001/83/WE Rady i Parlamentu Europejskiego 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 li-

stopada 2001 r., s. 67, ze zm.; dalej: dyrektywa 2001/83/WE) lub b) centralnej, uregulowanej w rozporządzeniu Komisji 726/2004/WE z dnia 31 marca 2004 r. ustanawiającym wspólnotowe procedury wydawania pozwoleń dla produktów leczniczych stosowanych u ludzi i do celów weterynaryjnych i nadzoru nad nimi oraz ustanawiający Europejską Agencję Leków (Dz. Urz. UE L 136 z 30 kwietnia 2004 r., s. 1). Po drugie, w pozwoleniu na dopuszczenie do obrotu określona jest kategoria dostępności produktu leczniczego (art. 23 ust. 1 pkt 4 u.p.f.), co oznacza, że dany produkt może być wydawany: a) bez przepisu lekarza (tzw. leki OTC, ang. *over the counter*), b) z przepisu lekarza (opatrzone symbolem Rp), c) z przepisu lekarza do zastrzeżonego stosowania (leki o symbolu Rpz), d) z przepisu lekarza, zawierający środki odurzające lub substancje psychotropowe, określone w odrębnych przepisach (leki o oznaczeniu Rpw) lub stosowany wyłącznie w lecznictwie zamkniętym (leki Lz).

Kryteria zaliczenia produktu leczniczego do poszczególnych kategorii dostępności zostały określone z uwzględnieniem charakteru poszczególnych kategorii dostępności oraz bezpieczeństwa stosowania produktu leczniczego przez Ministra Zdrowia w rozporządzeniu z dnia 14 listopada 2008 r. w sprawie kryteriów zaliczenia produktu leczniczego do poszczególnych kategorii dostępności (Dz. U. Nr 206, poz. 1292, ze zm.).

Po trzecie, dostępność produktu leczniczego uzależniona jest od kanału dystrybucji, bowiem poza aptekami i punktami aptecznymi obrót detaliczny produktami leczniczymi wydawanymi bez przepisu lekarza, z wyłączeniem produktów leczniczych weterynaryjnych, mogą prowadzić: a) sklepy zielarsko-medyczne, b) sklepy specjalistyczne zaopatrzenia medycznego, c) sklepy ogólnodostępne (zob. art. 71 ust. 1 u.p.f.). Wykaz produktów leczniczych, które mogą być przedmiotem obrotu w placówkach obrotu pozaaptecznego oraz w punktach aptecznych, zawiera rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 22 października 2010 r. w sprawie wykazu produktów leczniczych, które mogą być dopuszczone do obrotu w placówkach obrotu pozaaptecznego oraz punktach aptecznych (Dz. U. Nr 204, poz. 1353). Nie bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, że dopuszczalna jest wysyłkowa sprzedaż produktów leczniczych wydawanych bez przepisu lekarza, z wyjątkiem produktów leczniczych, których wydawanie ograniczone jest wiekiem pacjenta (art. 68 ust. 3 u.p.f.).

Z przywołanych rozwiązań normatywnych wynika, że leki OTC są łatwo dostępne. Jednocześnie trzeba sobie zdawać sprawę, że leki z tej grupy zawierają substancje nieobojętne dla ludzkiego organizmu i dlatego bardzo ważna jest edukacja zdrowotna i dostęp do rzetelnej wiedzy na temat ich stosowania i działania. Znaczenie w tym zakresie ma reklama, która odgrywa istotną rolę przez zwrócenie uwagi na lek i poinformowanie o wskazaniach dotyczących stosowania. Z badań TNS OBOP wynika, że w 2003 r. co dwunasty Polak twierdził, że decyzję o zakupie leku powziął na skutek reklamy danego produk-



tu (D. Cianciara, *Reklama, op. cit.*, s. 560). Z tego powodu nie należy bagatelizować wpływu przekazów reklamowych na świadomość zdrowotną obywateli. Trzeba także w tym miejscu dodać, że reklama produktów leczniczych skierowana do publicznej wiadomości może mieć za przedmiot tylko leki dostępne bez recepty i jakkolwiek podlega wielu ograniczeniom, to jest dozwolona (por. rozdział 4 u.p.f. – Reklama produktów leczniczych; zob. także K. Błach-Morysińska, *Reklama produktów leczniczych w świetle ustawodawstwa polskiego oraz Unii Europejskiej*, „Rzecznik Patentowy” 2004, nr 1–2, s. 139; R. Szczęsny, *Reklama farmaceutyczna i pokrewna*, Warszawa 2010, s. 204–434; E. Mand, *Online-Werbung für Arzneimittel im Europäischen Binnenmarkt*, „Wettbewerb in Recht und Praxis” 2003, nr 2, s. 192–202). Postanowienia ustawy – Prawo farmaceutyczne dotyczące reklamy produktów leczniczych są konsekwencją implementowania dyrektywy 2001/83/WE, która generalnie dozwala, z pewnymi ograniczeniami, na reklamę tej szczególnej kategorii towarów.

Wydatki branży farmaceutycznej na komunikację reklamową agregują nakłady finansowe, które, jak wynika z ostatniego raportu badającej ten sektor firmy Codemedia, w ostatnim kwartale ubiegłego roku (2015) zamknęły się w kwocie około 270 mln zł, natomiast przez cały rok producenci wydali na ten cel około 870 mln zł. Przy czym najczęściej reklamowane były leki przeciwbólowe i przeciwprzeziębieniowe. Na ich promocję w ostatnim kwartale roku przeznaczono 114 mln zł ([http://www.biznes.newseria.pl/news/rosna\\_wydatki\\_koncernow,p1707118250](http://www.biznes.newseria.pl/news/rosna_wydatki_koncernow,p1707118250)).

Ofensywa reklamowa przedsiębiorców farmaceutycznych przekłada się na wyniki sprzedaży, jak bowiem wynika z raportu firmy PharmaExpert za luty 2016 r., wartość sprzedaży na aptecznym rynku farmaceutycznym wyniosła 2792 mln zł, co stanowi wzrost o 10,0% w porównaniu z lutym 2015 r. Sprzedaż leków refundowanych wyniosła 993 mln zł, co oznacza wzrost o 7,0% w porównaniu z lutym 2015 r. Sprzedaż odręczna wszystkich preparatów sprzedawanych bez recepty w aptece wyniosła 1164 mln zł i była wyższa o 11,4% w porównaniu z lutym 2015 r. Sprzedaż leków na recepty pełnopłatne wyniosła 678 mln zł i wzrosła o 13,2% w porównaniu z lutym 2015 r. Co interesujące, obrót polskiej statystycznej apteki w lutym 2016 r. wyniósł 189,0 tys. zł (w cenach detalicznych brutto), był wyższy o 7,1% niż w lutym 2015 r. ([http://www.pharmaexpert.pl/media-files/PharmaExpert\\_podsumowuje\\_rynek\\_farmaceutyczny\\_\\_\\_luty\\_2016.pdf](http://www.pharmaexpert.pl/media-files/PharmaExpert_podsumowuje_rynek_farmaceutyczny___luty_2016.pdf)).

Z analizy raportów PharmaExpert wynika, że przywołane wyniki nie są jednostkowe i że trend wzrostu wartości rynku leków w Polsce jest stałym zjawiskiem.

Poczynione ustalenia pozwalają sformułować tezę o nieprzydatności bezwzględnego zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności w perspektywie zakładanego przez prawodawcę celu.

7. Zasada proporcjonalności w szerokim ujęciu kładzie szczególny nacisk na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia; spośród możliwych i zarazem legalnych środków działania należy wybierać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane (por. orzeczenie TK z 31 stycznia 1996 r., sygn. akt K 9/95, oraz S. Wronkowska, *Zarys koncepcji państwa prawnego w polskiej literaturze politycznej i prawnej* [w:] *Polskie dyskusje o państwie prawa*, S. Wronkowska (red.), Warszawa 1995, s. 74 i n.).

Istotą tak rozumianego zakazu nadmiernej ingerencji jest uznanie, że ustawodawca nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza naruszających proporcję między stopniem naruszenia uprawnień podmiotu, którego prawa doznają ograniczenia, a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie.

Należy jednocześnie zauważyć, co podkreślił Trybunał, „iż rzeczą ustawodawcy jest wybór celu i środków określonej regulacji ustawowej. Ten cel jednak powinien znajdować uzasadnienie w konstytucyjnej aksjologii, a środki powinny pozostawać w odpowiedniej proporcji do zamierzonego rezultatu” (wyrok TK z 26 kwietnia 1999 r., sygn. akt K 33/98). Ustawodawca powinien tak kształtować normy prawne, aby stanowiły one najskuteczniejszy środek do osiągnięcia założonego celu działalności prawodawczej. Wybór środków służących realizacji obranego przez prawodawcę celu powinien być dokonany zgodnie z założeniami racjonalnego tworzenia prawa. W szczególności zaś ustawodawca powinien dokonać porównania skutków ubocznych, jakie przyniesie ze sobą zamierzona regulacja, z wartością celu, do którego zmierza (por. J. Wróblewski, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1989, s. 45 i n.; Z. Ziemiński, *Podstawowe problemy prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 482 i n.).

W świetle tych ustaleń Trybunału Konstytucyjnego i doktryny Sejm zgadza się ze skarżącą, że przyjęte w art. 94a ust. 1 rozwiązanie normatywne nie jest niezbędne dla realizacji zakładanego przez ustawodawcę celu. W przestrzeni prawnej funkcjonują już regulacje, które w sposób dostateczny są w stanie chronić konsumentów usług farmaceutycznych oraz konkurentów w tej branży. Można dla przykładu wskazać ustawę z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. 2015, poz. 184, ze zm.), która statuuje zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, w szczególności naruszania obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji, oraz nieuczciwych praktyk rynkowych lub czynów nieuczciwej konkurencji. Ponadto nie można tracić z pola widzenia instrumentów zakonstytucyjnych w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2003, Nr 153, poz. 1503, ze zm.), do przestrzegania której zobowiązani są przedsiębiorcy prowadzący aptekę.

W płaszczyźnie deontologii zawodu aptekarza można również wskazać, że przyczynianie się do zwiększania konsumpcji leków jest także sprzeczne

z postanowieniami Kodeksu etyki aptekarza Rzeczypospolitej Polskiej (uchwała Nr VI/25/2012 VI Krajowego Zjazdu Aptekarzy z dnia 22 stycznia 2012 r. w sprawie przyjęcia Kodeksu Etyki Aptekarza Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: k.e.a.), <http://www.nia.org.pl/page/82/gt-kodeks-etyki-aptekarza-rzeczypospolitej-polski.html>). Zgodnie bowiem z jego art. 19 ust. 2 aptekarz unika działalności przyczyniającej się do zwiększania konsumpcji produktów leczniczych, co ma stanowić wyznacznik aktywności farmaceuty zatrudnionego w aptece. Dla porządku należy dodać, że w świetle art. 19 ust 1 k.e.a.: „Aptekarz nie reklamuje siebie oraz swoich usług. Nie uczestniczy w reklamie usług farmaceutycznych, jak i ich promocji niezgodnej z prawem lub dobrymi obyczajami”, czyniąc przy tym zastrzeżenie, że nie można postawić znaku równości między „reklamowaniem się i swoich usług” przez aptekarza (farmaceutę pracującego w aptece) a reklamowaniem apteki jako przedsiębiorstwa. Zdanie drugie przywołanego przepisu Kodeksu etyki aptekarza Rzeczypospolitej Polskiej wyraźnie przewiduje zakaz uczestniczenia aptekarza w reklamie usług farmaceutycznych, niezgodnych z prawem lub dobrymi obyczajami, czym wyraźnie przesądza, że normy deontologiczne zawodu aptekarskiego nie wykluczają możliwości uczestnictwa aptekarza w reklamie i promocji usług farmaceutycznych w ogólności (o ile przekaz reklamowy będzie zgodny z prawem i dobrymi obyczajami).

Zdaniem Sejmu związana z totalnym zakazem reklamy aptek ekstensywność ingerencji w swobodę działalności gospodarczej nie spełnia testu proporcjonalności, bowiem w istocie wyłącza możliwość podejmowania istotnych aktywności wpisanych w uczestnictwo w rynku, jakimi są: prowadzenie reklamy oraz przekazywanie neutralnych informacji o swojej działalności klientom, gwarantowanych w art. 54 ust. 1 i art. 49 Konstytucji. Jednocześnie w świetle przywołanych danych statystycznych dotyczących wartości rynku produktów leczniczych w Polsce, dostrzegalny jest brak sygnalagmatyczności między intensywnością ograniczenia a zakładanym efektem.

Zważywszy, że beneficjentami prawa inkorporowanego w art. 54 ust. 1 Konstytucji – w wymiarze prawa do pozyskiwania informacji – są także klienci aptek, warto dodać, że z ich perspektywy wyłączenie możliwości porównania cen na produkty lecznicze, wyroby medyczne czy inne towary oferowane w aptekach może skutkować utrudnioną realizacją prawa do ochrony zdrowia. Trzeba bowiem pamiętać, że – co do zasady – tylko w przypadku produktów leczniczych objętych refundacją oraz leków recepturowych (sporządzonych w aptece na podstawie recepty lekarskiej) obowiązuje urzędowa sztywna marża detaliczna (art. 7 ustawy refundacyjnej). Oznacza to, że w pozostałym zakresie produktów leczniczych ustalanie cen podlega regułom wolnorynkowym, innymi słowy, poszczególne apteki i punkty apteczne mogą oferować te produkty w różnych cenach, których poziomu klient apteki nie może porównać i podjąć zdroworozsądkowej decyzji o nabyciu towaru w najniższej, akceptowalnej

przez niego cenie. Nierzadko, w szczególności w przypadku osób niezamożnych, cena produktu leczniczego będzie determinowała decyzję o podjęciu lub kontynuowaniu farmakoterapii.

8. Na marginesie rozważań Sejm wskazuje jednocześnie, że jakkolwiek nie ma to wpływu na możliwość oceny kwestionowanej regulacji w świetle art. 54 ust. 1 Konstytucji, skarżąca niezasadnie argumentuje (skarga, s. 31), że faktorem wzmacniającym wolność informacyjną przedsiębiorców są postanowienia dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym (Dz. Urz. UE L 376 z 27 grudnia 2006 r., s. 36). Przywołana regulacja w swoim art. 2 ust. 2 lit. f wyraźnie wyłącza zastosowanie jej postanowień do „usług zdrowotnych niezależnie od tego czy są one świadczone w placówkach opieki zdrowotnej, jak również niezależnie od sposobu ich zorganizowania i finansowania na poziomie krajowym oraz tego czy są to usługi publiczne czy prywatne”.

Trzeba wskazać, że wydawanie i udostępnianie produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych w aptekach ogólnodostępnych jest w perspektywie prawa unijnego kwalifikowane jako świadczenie opieki zdrowotnej w rozumieniu art. 3a dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z dnia 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej (Dz. Urz. UE L 88 z 4 kwietnia 2011 r., s. 45 i n.). Również w świetle art. 3 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 47, poz. 278, ze zm.), implementującej rzeczoną dyrektywę, jej przepisów nie stosuje się do świadczenia usług, o których mowa w ustawie – Prawo farmaceutyczne.

9. Reasumując poczynione ustalenia, Sejm wnosi o stwierdzenie, że art. 94a ust. 1 u.p.f. **jest niezgodny** z art. 20 oraz art. 22 w związku z art. 31 ust. 3, art. 49 i art. 54 ust. 1 Konstytucji.

## VI. Dodatkowe wnioski Sejmu

1. Akceptacja przez Trybunał Konstytucyjny poglądu skarżącej spółki na temat niezgodności art. 94a ust. 1 u.p.f. z przywoływanymi przez nią wzorcami kontroli będzie oznaczała wyeliminowanie z obrotu prawnego całkowitego zakazu reklamy aptek, punktów aptecznych oraz ich działalności, co uwolni aktywność przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w tym zakresie. O ile jednak niekonstytucyjny jest całkowity zakaz statuowany w zaskarżonym przepisie, o tyle nie można zasadnie twierdzić, że standardy ustawy zasadniczej wymagają pełnej swobody w tej przestrzeni rynkowej.

Zważywszy wymogi ochrony konsumentów usług farmaceutycznych, konieczność respektowania partykularnych zasad ustalania cen na refundowane produkty lecznicze i wyroby medyczne oraz względy ochrony konkurencji na rynku aptecznym, prowadzenie reklamy przez apteki i punkty apteczne powinno być – w opinii Sejmu – poddane kompleksowej, a przy tym zniu-

sowanej regulacji, wymagającej opracowania adekwatnej koncepcji i podjęcia stosownych prac legislacyjnych.

Z tego względu Sejm wnosi o odroczenie terminu utraty mocy obowiązującej zaskarżonego przepisu o maksymalny okres 18 miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku Trybunału Konstytucyjnego, na podstawie art. 190 ust. 3 Konstytucji.

2. Z uwagi na tożsamość przedmiotu oraz części wzorców kontroli konstytucyjności Sejm wnosi o wystąpienie do Prezesa Trybunału Konstytucyjnego o rozważenie możliwości zarządzenia na podstawie art. 83 ustawy o TK z 2015 r. łącznego rozpoznania skargi konstytucyjnej, która zapoczątkowała niniejszą sprawę, i skargi konstytucyjnej leżącej u podstaw sprawy o sygn. akt SK 23/15.