

Warszawa, 16 marca 2015 r.

**Do:**

**Trybunał Konstytucyjny**

Al. Jana Christiana Szucha 12a  
00-918 Warszawa

**Skarżąca:**

B Sp. z o.o.

L

Osoby upoważnione do reprezentacji Skarżącej zgodnie z KRS (dla ważności oświadczeń składanych w imieniu spółki wymagane jest wspólne działanie dwóch członków zarządu lub członka zarządu wspólnie z prokurentem):

Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu - zarząd:

1. **B S**  
Prezes Zarządu
2. **A O**  
Wiceprezes Zarządu

Prokurent:

3. **E C**

**Pełnomocnicy Skarżącej:**

**adw. Paulina Kieszkowska-Knapik**  
nr wpisu 1881  
**r. pr. Marcin Kolasiński**  
nr wpisu WA 6556

**adres do doręczeń:**

Kieszkowska Rutkowska Kolasiński  
Kancelaria Prawna Sp. j.  
ul. Emilii Plater 25/8  
00-688 Warszawa

**SKARGA KONSTYTUCYJNA**

Działając w imieniu Skarżącej (pełnomocnictwo w załączeniu), na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. 1997 Nr 102, poz. 643 ze zm.) (dalej: „**UoTK**”) w zw. z art. 79 ust. 1 ustawy zasadniczej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. 1997 Nr 78, poz. 483 ze zm.) (dalej: „**Konstytucja RP**”),

**składam skargę konstytucyjną i wnoszę o stwierdzenie, że:**

**art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne** (Dz. U. 2008 Nr 45, poz. 271 ze zm.) (dalej: „Prawo farmaceutyczne” lub „PF”), w brzmieniu zmienionym przez art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2011 r. Nr 122, poz. 696 ze zm.) (dalej: „Ustawa refundacyjna”), obowiązującym od dnia 1 stycznia 2012r. wprowadzający całkowity zakaz reklamy aptek

**jest niezgodny**

**z art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3 oraz art. 54 ust. 1 Konstytucji RP.**

Jednocześnie wnoszę o orzeczenie na podstawie art. 24 ust. 2 UoTK zwrotu na rzecz Skarżącej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Trybunałem Konstytucyjnym.

### **PODSTAWY SKARGI KONSTYTUCYJNEJ**

- I. Będący przedmiotem niniejszej skargi konstytucyjnej przepis art. 94a ust. 1 PF stanowił podstawę prawną wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia            października 2014 r., sygn. akt            , doręczonego Skarżącej w dniu 26 stycznia 2015 r. (dalej: „wyrok NSA”).
- II. Wyrok NSA ma charakter ostateczny, a Skarżąca wyczerpała przysługujące jej środki zaskarżenia, o czym świadczy następujący ciąg wydarzeń i czynności procesowych:
  - w dniu            sierpnia 2012 r.            Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w B            (dalej: „WIF”) wydał decyzję            (doręczona Skarżącej w dniu            sierpnia 2012 r.) stwierdzającą „*naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 94a ust. 1 Ustawy Prawo farmaceutyczne poprzez prowadzenie reklamy apteki ogólnodostępnej pod nazwą A            przy ul.            w B            oraz jej działalności poprzez uczestnictwo apteki w programach: „C            ” oraz „P            ”* i nakazującą Skarżącej zaprzestania jej prowadzenia. WIF nałożył także na Skarżącą, na podstawie art. 129b ust. 1 i 2 PF, karę pieniężną w wysokości            zł z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 94a ust. 1 PF, a decyzji w pierwszej części nadał rygor natychmiastowej wykonalności.
  - Skarżąca złożyła do Głównego Inspektora Farmaceutycznego (dalej: „GIF”) odwołanie od powyższej decyzji, a w dniu            października 2012 r. GIF wydał decyzję            (doręczona Skarżącej w dniu            października 2012 r.) utrzymującą w mocy decyzję WIF.
  - Skarżąca wniosła do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W            (dalej: „WSA”) skargę na powyższą decyzję GIF. W dniu            marca 2013 r. WSA wydał wyrok oddalający skargę (sygn. akt            ) (doręczony Skarżącej w dniu            kwietnia 2013 r.).
  - Skarżąca wniosła do Naczelnego Sądu Administracyjnego skargę kasacyjną od powyższego wyroku WSA, co do której w dniu            października 2014 r. NSA wydał wyrok oddalający skargę kasacyjną (sygn. akt            ) (doręczony Skarżącej w dniu            ).

26 stycznia 2015 r.). Wyrok NSA ma charakter ostateczny w toku instancji i nie podlega zaskarżeniu.

- III. Podstawą prawną wskazanych rozstrzygnięć administracyjnych, a następnie wyroków sądów był art. 94a PF w brzmieniu zmienionym przez art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2011 r. Nr 122, poz. 696 ze zm.), obowiązującym od dnia 1 stycznia 2012 r., zgodnie z którym:

**1. Zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.**

*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.*

- IV. Wydanie rozstrzygnięć i wyroków opartych na wskazanym przepisie art. 94a ust. 1 PF doprowadziło do **naruszenia przepisów Konstytucji RP**, z których Skarżąca wywodzi swoje prawa i wolności konstytucyjne.

Zaskarżony przepis ust. 1 wprowadzający zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności narusza bowiem zdaniem Skarżącej:

- 1. art. 20 i 22 Konstytucji RP, w zw. z art. 2 i 31 ust. 3 Konstytucji RP**, z których to przepisów Skarżąca wywodzi swoje **konstytucyjnie chronione prawo do wolności działalności gospodarczej** przejawiające się w szczególności w: (i) prawie przedsiębiorców (tu: prowadzących apteki) w konkurowaniu z innymi przedsiębiorcami (prowadzącymi apteki); (ii) prawie przedsiębiorców (tu: prowadzących apteki) w zakresie ustalania przez nich zasad zbywania towarów i usług, w tym kształtowania cen tych towarów i usług w zakresie nie dotyczącym leków refundowanych; (iii) prawie promocji i reklamy przedsiębiorców (tu: prowadzących apteki) oraz ich działalności.

Wskazane normy konstytucyjne są naruszone poprzez ustanowienie całkowitego zakazu reklamy aptek i ich działalności w sposób nie znajdujący usprawiedliwienia w żadnym interesie publicznym, ale wręcz sprzeczny z tym interesem, co stanowi nieproporcjonalne oraz nieadekwatne ograniczenie wolności gospodarczej Skarżącej. Całkowity zakaz reklamy, nie pozwalający odróżnić reklamy od informacji i nie pozwalający rozróżnić reklamy działalności gospodarczej od tej działalności jako takiej nie znajduje w żadnym stopniu usprawiedliwienia w interesie publicznym, a to uniemożliwia usprawiedliwienie tego ograniczenia swobody gospodarczej w kategoriach ochrony ważnego interesu publicznego oraz proporcjonalności środka do celu regulacji.

2. **art. 20 i 22 Konstytucji RP w zw. z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP**, z którego Skarżąca wywodzi swoje **konstytucyjnie chronione prawo do wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji**,

Wskazana norma konstytucyjna jest naruszona poprzez ustanowienie całkowitego zakazu reklamy aptek i ich działalności, a tym samym uniemożliwienie rozpowszechniania informacji o działalności Skarżącej, a w konsekwencji uniemożliwienie klientom aptek (pacjentom) pozyskiwanie informacji o działalności aptek, ich usługach zdrowotnych, ofercie cenowej, korzystanie z opieki farmaceutycznej etc.

3. **art. 20 i 22 w zw. z art. 2 Konstytucji RP**, z których Skarżąca wywodzi swoje **konstytucyjnie chronione prawo do wykonywania działalności gospodarczej, której ograniczenia mogą wynikać jedynie z przepisów ustawowych uchwalonych zgodnie z zasadą państwa prawnego z zachowaniem zasad prawidłowej legislacji**,

Wskazane normy konstytucyjne są naruszone poprzez ustanowienie całkowitego zakazu reklamy aptek i ich działalności, w sposób naruszający zasady prawidłowej legislacji.

## UZASADNIENIE

### I. STAN FAKTYCZNY

Dnia 1 stycznia 2012 r., ustawą z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2011 r. Nr 122, poz. 696 ze zm.) (dalej: „Ustawa o refundacji”), został wprowadzony zakaz reklamy aptek i ich działalności. Zakaz został wprowadzony przepisami zmieniającymi przepisy innych ustaw, w tym wypadku Prawa farmaceutycznego. Zgodnie z art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego w nowym jego brzmieniu zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Zgodnie ze zdaniem drugim tego przepisu, nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż w **Prawie farmaceutycznym nie została, jednocześnie z powyższym zakazem, wprowadzona definicja reklamy apteki i jej działalności**. W związku z tym niezbędne jest przeprowadzenie wykładni tego przepisu na gruncie prawa polskiego i europejskiego.

Jak wynika z opartego na obecnym brzmieniu art. 94a PF orzecznictwa sądów administracyjnych, pojęcie reklamy aptek i ich działalności interpretowane jest niezmiernie szeroko, obejmując *de facto* **wszelkie aktywności apteki niebędące podaniem informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki**.

Brzmienie przepisu art. 94a ust. 1 PF i możliwość dokonywania jego niezwykle szerokiej interpretacji doprowadziła organy inspekcji farmaceutycznej, a następnie WSA i NSA do nieprawidłowego uznania Programu F i P za niedozwoloną reklamę apteki D w B przy ul.

1. **Charakterystyka programów: „ F ” i „P**

Przedmiotem sprawy rozpatrywanej przez organy Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej, a następnie WSA i NSA był charakter prowadzonych przez Skarżącą programów ”

F " (dalej: „ F”) i „P ” (dalej: „P ”) (dalej łącznie jako: „Programy”). Programy te zostały uznane przez organy administracji i sądy za zakazaną reklamę aptek.

### 1.1. Charakterystyka „ F ”

F jest zorganizowaną formą sprawowania opieki farmaceutycznej przez apteki należące do sieci aptek D opartej na franczyzie, jak i apteki spoza tej sieci. F jest nową ideą podnoszenia jakości usług oferowanych w aptekach, opartą na normie prawnej zawartej w ustawie z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich. Przepis art. 2a. ust. 1 pkt 7) ww. ustawy stanowi, że „wykonywanie zawodu farmaceuty ma na celu ochronę zdrowia publicznego i obejmuje udzielanie usług farmaceutycznych polegających w szczególności na: [...] sprawowaniu opieki farmaceutycznej polegającej 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”.

Całość F można było podzielić na trzy części: (1) informacje o zapobieganiu i leczeniu chorób skierowane do ogółu uczestników Programu, (2) usługi polegające na dokumentowanym, indywidualnym udzielaniu porad, ostrzeżeń, przechowywaniu i przetwarzaniu informacji dotyczących zdrowia pacjenta i przebiegu farmakoterapii, dokonywanych zakupów w aptece (3) oferta cenowa (rabatowa) dla uczestników Programu. Pod nazwą F kryją więc zarówno usługi ściśle związane z opieką farmaceutyczną, jak i program cenowy (rabatowy) będący ofertą handlową.

F był przedsięwzięciem, którego jakość może być mierzona nie tylko jakością usług samych farmaceutów, ale dostępnością tych usług i ich organizacją. F był przedsięwzięciem organizacyjnym i technologicznym: indywidualne konto pacjenta (na którym dokonywane mogły być wpisy farmaceutów i lekarzy) było dostępne dla niego i farmaceutów w aptekach uczestniczących w F. Przechowywanie danych było rozdzielone: dane osobowe były oddzielone od informacji wpisywanych na konto i informacji o zakupach. Dane łączyły się nietrwale za pomocą karty pacjenta w aptece. Dane identyfikujące pacjenta i lekarza nie mogły być przez aptekę udostępniane, nawet innej aptece.

O F i jego zasadach klient apteki dowiadywał się wyłącznie w aptece od farmaceuty albo z ulotek umieszczonych w specjalnie przeznaczonym dla nich miejscu w aptece. Deklarację o udziale w F klient otrzymywał od farmaceuty w aptece i wypełniał w domu lub w aptece. Po wypełnieniu i zaklejeniu (w celu zabezpieczenia danych osobowych) deklarację pozostawiało się w aptece. Deklaracja zawierała wyraźnie sformułowane życzenie dostarczania na wskazany adres informacji o zakresie usług oferowanych w ramach F i związanych z nim korzyściach w postaci rabatów na wybrane produkty. Wśród nich nie było produktów podlegających refundacji. Klient mógł dotrzeć do tych informacji po zalogowaniu się do portalu F. Osoby niezarejestrowane nie miały takiej możliwości.

Godzi się zauważyć, że cechą charakterystyczną F było kierowanie go jedynie do klientów, którzy znaleźli się już w lokalu apteki, bez wcześniejszej zachęty do wyboru tej właśnie placówki. Przekazywane pacjentowi informacje o F nie były zatem komunikowane publicznie do nieokreślonego kręgu potencjalnych (a nie faktycznych) klientów.

Rolą F było wsparcie usług ściśle związanych z opieką farmaceutyczną, do świadczenia której zobowiązani są farmaceuci. Jednocześnie F obejmował usługę o charakterze

programu cenowego (rabatowego), stanowiącą ofertę handlową apteki w zakresie nie objętym ustawową regulacją cen dotyczącą jedynie leków refundowanych, w ramach którego możliwe było obniżanie cen farmakoterapii klientów apteki.

Z punktu widzenia ustaleń dotyczących prawnego pojęcia reklamy aptek, **uczestniczenie apteki w F nie stanowi reklamy apteki ani jej działalności**. Stanowisko to znajduje uzasadnienie w następujących okolicznościach:

- a) opieka farmaceutyczna, stanowiąca zasadniczą część F jest regulowanym ustawowo zadaniem związanym z wykonywaniem zawodu farmaceuty;
- b) prowadzenie F przez aptekę nie jest komunikowane publicznie;
- c) udział w F jest proponowany pacjentowi dokonującemu zakupów w aptece; informacje o sposobie przystąpienia do F znajdują się jedynie wewnątrz apteki;
- d) komunikowanie się z pacjentem poza lokalem apteki dokonuje się albo z inicjatywy zarejestrowanego w aptece pacjenta za pośrednictwem portalu albo poprzez przesyłanie informacji na wyraźne życzenie pacjenta;
- e) oferta cenowa (rabatowa) jest związana z prawem przedsiębiorcy do swobodnego kształtowania oferowanych warunków cenowych dla uzyskania najlepszych efektów gospodarczych w warunkach konkurencji.

F został przygotowany i wdrożony ze szczególną dbałością o jego zgodność z prawem, w tym nowym zakazem. Mimo to, wobec brzmienia zaskarżonego przepisu okazał się z nim niezgodny w świetle decyzji administracyjnych i wyroków WSA i NSA.

## 1.2. Charakterystyka „P”

P jest programem cenowym prowadzonym przez R S.A. przy współpracy z innymi podmiotami. Apteka jest podmiotem uczestniczącym w P jedynie w tym znaczeniu, że dokonując sprzedaży określonych produktów nier refundowanych ze środków publicznych, honoruje uprawnienie uczestników P do skorzystania z przypisanych do tych produktów ofert rabatowych.

Uczestniczenie apteki w P nie stanowi reklamy apteki ani jej działalności. Stanowisko to znajduje uzasadnienie w następujących okolicznościach:

- a) uczestnictwo apteki w P nie jest komunikowane publicznie; dostępna na stronie internetowej programu informacja o lokalizacji apteki zawiera jedynie dane dopuszczalne na gruncie art. 94a ust. 1 PF;
- b) nie są publicznie dostępne materiały zachęcające pacjentów do udziału w P lub do korzystania z usług danej apteki;
- c) komunikowanie się z pacjentem przez organizatora P dokonuje się albo z inicjatywy pacjenta za pośrednictwem strony internetowej lub infolinii albo poprzez przesyłanie informacji na wyraźne życzenie pacjenta
- d) istotą programu jest sama oferta rabatowa, a nie komunikacja dotycząca tej oferty.

## 2. Zastosowanie przepisu art. 94a Prawa farmaceutycznego w sprawie

W niniejszej sprawie zakończonej wydaniem wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia października 2014 r., sygn. akt , NSA uznał że – w związku z brakiem

ustawowej definicji reklamy aptek i ich działalności, należy pomocniczo stosować definicję reklamy produktu leczniczego zawartej w Prawie farmaceutycznym, mimo, że tamta definicja dotyczy reklamy co do zasady dozwolonej, podczas gdy norma art. 94 ust 1 ma charakter zakazowy.

Zdaniem NSA, z definicji reklamy produktu leczniczego da się wywieść ogólny wniosek, iż **„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. „Zwiększeniem obrotów” sprzedającego będzie w przypadku reklamy produktu leczniczego zwiększenie liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych, zaś w przypadku reklamy apteki lub jej działalności będzie to zwiększenie liczby przeprowadzanych przez nią transakcji lub ich wartości (...). 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”** (zob. uzasadnienie do wyroku NSA z października 2014 r., sygn. akt , s. ).

Zdaniem NSA, „nie ma podstaw, aby inaczej niż dotychczas rozumieć pojęcie reklamy działalności apteki (...), co wskazano w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawie o sygn. akt: I GSK 668/13 z 26 czerwca 2014 r. (...). W ślad za tym orzeczeniem można powtórzyć, że reklamą działalności apteki będzie 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 WSA w Warszawie z 17 października 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 698/08 oraz w wyroku WSA w Warszawie z 1 lutego 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 1960/07, Lex, nr 451165)” (zob. uzasadnienie do wyroku NSA z października 2014 r., sygn. akt , s. ).

Jak wskazuje NSA, "podobnie pojęcie reklamy działalności aptek na gruncie prawa farmaceutycznego jest rozumiane 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 zawierają w sobie elementów oceniających ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna (...)" (zob. uzasadnienie do wyroku NSA z października 2014 r., sygn. akt , s. ).

Opierając się na tak sformułowanych wypowiedziach, NSA dochodzi do wniosku, że **„reklamą apteki jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych przez aptekę towarów i która w taki sposób jest odbierana przez klientów. Szeroki sposób rozumienia reklamy działalności aptek uzasadnia również fakt, że art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, poza stwierdzeniem, że nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego, nie zawiera katalogu działań, które byłyby ex lege wyłączone z zakresu tego pojęcia (...). Reklama działalności apteki może być więc każde działanie zmierzające do zwiększenia sprzedaży”** (zob. uzasadnienie do wyroku NSA z października 2014 r., sygn. akt , s. ).

Podobne konkluzje wynikają z wyroku WSA w Warszawie z dnia 5 kwietnia 2013 r., sygn. akt VI SA/Wa 2617/12. WSA uznał, że w braku definicji ustawowej reklamy aptek i ich działalności, należy posłużyć się definicjami słownikowymi reklamy. Z tych definicji wynika zaś, że „za reklamę uważa się każde działanie, mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług. Oznacza to, że (...) reklamą apteki może być także każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych (...)”. Zdaniem WSA „nie ulega wątpliwości, że reklama może przyjmować różne formy zachęcania, a mianowicie poprzez ulotki, foldery, czy gazetki temu służące, nie tylko wręczane przez farmaceutów klientom apteki, ale w szczególności zachęcające poprzez Internet do korzystania z usług „programu”, który biorącym w nim udział daje określone bonusy.”

Choć Skarżąca nie zgadza się z dokonaną przez Sądy wykładnią pojęcia reklamy aptek i ich działalności (co wynika z treści załączonej skargi do WSA oraz skargi kasacyjnej), nie ulega wątpliwości, że **przyjęta przez sądy interpretacja art. 94a ust. 1 PF prowadzi do wniosku, że za reklamę apteki lub jej działalności należy uznać wszelkie podejmowane przez aptekę czynności mające na celu zwiększenie jej obrotów, które nie są informacją o lokalizacji lub godzinach jej pracy, nawet gdyby były przejawami jej profesjonalnej oferty i nawet wtedy gdy są propaenckie i prozdrowotne**. Interes pacjenta (klienta) apteki nie jest więc w ogóle brany pod uwagę. Mając na uwadze, że sprawa, która legła u podstaw złożenia niniejszej skargi konstytucyjnej, nie jest jedyną sprawą zakończoną wydaniem wyroku sądowego, w którym zaprezentowana została wskazana interpretacja art. 94a ust. 1 PF w nowym brzmieniu, należy przyjąć, że wyrok zapadły w niniejszej sprawie nie jest odosobnionym przypadkiem i należy spodziewać się podobnych (uznających za reklamę apteki lub jej działalności każdą aktywność wykraczającą poza informowanie o lokalizacji i godzinach pracy apteki) rozstrzygnięć w przyszłości.

**Najwyraźniejsze odzwierciedlenie teza ta znalazła w wyroku VI SA/Wa 1756/12, w którym sąd orzekł, że: „za działania reklamowe powinny być uznane również działania, których zamierzonym celem jest pozyskanie nowych klientów lub utrzymanie starych”.**

**Na tle takiej konstatacji prawnej pojawia się pytanie jak w takim razie apteka ma działać skoro wszystko co zrobi dobrego dla własnych klientów co będzie ją wyróżniać jakością usług czy oferty jest zakazane?**

## II. UZASADNIENIE PRAWNE SKARGI KONSTYTUCYJNEJ

Skarżąca podnosi, że przedmiotowy przepis, na podstawie którego wydano wobec niej decyzję WIF i GIF, utrzymane następnie w mocy przez WSA i NSA, jest niezgodny z Konstytucją.

Przepis ten prowadzi do utożsamienia zakazu reklamy działalności z zakazem **samej działalności**, bowiem istotą każdej działalności gospodarczej, a w takiej formule prawnej działają w Polsce apteki, jest prawo do pozyskiwania nowych klientów i utrzymywania starych. Zakaz dbałości o klientów – bo tak w istocie należy traktować całkowity zakaz reklamy aptek - **uderza także w tychże klientów czyli w pacjentów.**



## 1. Uzasadnienie do zarzutu niezgodności skarżonego przepisu z art. 20 i 22 Konstytucji RP, w zw. z art. 2 i 31 ust. 3 Konstytucji RP

### 1.1. Rola apteki w polskim systemie ochrony zdrowia

W polskim systemie prawnym apteka jest przedsiębiorcą. Apteki nie są państwowe. Zgodnie z art. 99 ust. 4 PF prawo do uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki posiada osoba fizyczna, osoba prawna oraz niemająca osobowości prawnej spółka prawa handlowego. Optymalność takiego właśnie systemu dostępności do działalności gospodarczej polegającej na prowadzeniu apteki potwierdzona została w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 sierpnia 1992 r., sygn. akt K 4/92, wydanym w związku z wprowadzeniem do obowiązującej wówczas ustawy z dnia 10 października 1991 r. o środkach farmaceutycznych, materiałach medycznych, aptekach, hurtowniach i nadzorze farmaceutycznym (Dz. U. Nr 105, poz. 452) ograniczenia podmiotowego dotyczącego udzielania koncesji na prowadzenie aptek, zezwalającego na otrzymanie koncesji co do zasady wyłącznie osobom fizycznym (farmaceutom). Trybunał Konstytucyjny uznał wówczas tego typu ograniczenie za niezgodne z Konstytucją RP ograniczenie wolności działalności gospodarczej.

Jest jednak oczywiste, że apteka jest przedsiębiorcą o specyficznym statusie, bowiem jest jednocześnie placówką ochrony zdrowia (art. 86 ust. 1 PF). Jako taka placówka musi się oczywiście liczyć z pewnymi ograniczeniami prawnymi dotyczącymi jej działalności, **ale każde z tych ograniczeń musi przejść test dopuszczalności ze względu na ważny interes publiczny i test proporcjonalności.**

Rolą apteki jest przede wszystkim wydawanie leków. Tylko niektóre z nich (leki refundowane) mają ceny regulowane (sztywne – art. 8 ustawy refundacyjnej). Inne, tak na receptę jak i dostępne bez recepty mają ceny wolne, a apteka ma prawo zarówno podwyższać jak i obniżać te ceny. Z punktu widzenia interesów nabywającego jest oczywiste, że obniżanie cen a nie podwyższanie jest wartością tak konsumencką, jak i pacjencką. Umożliwianie klientom lepszego zarządzania wydatkami na leki, w tym poprzez proponowanie zamienników, czy też poprzez obniżanie cen produktów będących w asortymencie apteki, dla których nie są ustalane sztywne ceny i marże (leki nierefundowane, kosmetyki, suplementy diety i inne) jest wartością dla klienta/konsumenta i pacjenta zarazem.

Rola apteki nie ogranicza się jednak do wydawania leków. Takie wnioski wypływają zarówno z analizy przepisów art. 86 ust. 1 Prawa farmaceutycznego, jak i art. 2a ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich oraz konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia. Wykonywanie przez farmaceutów ich zawodu, polega w szczególności na sprawowaniu opieki farmaceutycznej nad pacjentami i udzielaniu informacji i porad dotyczących działania i stosowania produktów leczniczych i wyrobów medycznych. Funkcją obowiązku sprawowania przez farmaceutów opieki farmaceutycznej jest uprawnienie pacjenta do korzystania z takiej opieki. Z tego względu przekazywanie przez osoby pracujące w aptece informacji odnoszących się np. ogólnie do zdrowia bądź metod farmakoterapii powinno leżeć w misji działania apteki. W przeciwnym wypadku, pacjenci będą skazani na niezweryfikowane wiadomości znajdujące się w Internecie, pochodzące z nieznanego źródła. Jest oczywiste, że współcześnie w związku z pojawiającymi się możliwościami organizacji procesów informacyjnych w sposób elektroniczny, nowoczesna opieka farmaceutyczna nie musi polegać li tylko na rozmowie z farmaceutą, ale także na organizacji systemowych procesów informacji i agregowania danych o ile pacjent/klient sobie tego życzy. Taka nowoczesna forma wsparcia dostępna była dla pacjentów biorących udział w Programie, co przejawiało w przekazywaniu informacji o zapobieganiu i leczeniu chorób skierowanych do ogółu

uczestników Programu oraz prowadzeniu indywidualnych kont pacjentów umożliwiających dokumentowanie dokonywanych zakupów, udzielonych porad i przekazanych ostrzeżeń co do stosowania leków. Niestety takie propacjenckie działania uznane zostało w niniejszej sprawie za naruszenie zakazu reklamy aptek.

Opieka farmaceutyczna prowadzona przez farmaceutów powinien polegać na udziale aptek i farmaceutów w działaniach związanych z profilaktyką i promocją zdrowia, przy wykorzystaniu ich unikalnej pozycji jako ogniwa w systemie ochrony zdrowia oraz dla zwiększenia prestiżu społecznego zawodu (por. R. Jachowicz, J. Brandys, B. Filipek, M. Wolańczyk, Rola farmaceuty w profilaktyce i leczeniu cukrzycy. Aspekty praktyczne opieki farmaceutycznej w aptece otwartej. Nowe elementy działalności aptekarzy. XVIII Naukowy Zjazd Polskiego Towarzystwa Farmaceutycznego "Farmacja w XXI wieku". Streszczenia, Poznań, 19-22 września 2001, tom 1, s. 82-183; Sprawozdanie Grupy Konsultacyjnej Światowej Organizacji Zdrowia, New Delhi, 13-16 grudnia 1988 r.; Naczelna Rada Aptekarska, Rola farmaceuty w Systemie Opieki Zdrowotnej, Warszawa 1994; Naczelna Rada Aptekarska, Zestaw dokumentów Światowej Organizacji Zdrowia dotyczących roli i zadań farmaceutów, Warszawa 1994). Podkreśla się, że farmaceuci powinni uczestniczyć w działaniach propagujących zdrowy styl życia i zapobiegać chorobom, angażując się m.in. w badania skryningowe, takie jak: pomiar ciśnienia krwi lub pomiar stężenia glukozy we krwi oraz w profilaktykę działań medycznych, zwłaszcza tych, w których istotną rolę odgrywają leki (E. Ulatowska-Szostak, Udział aptek w działaniach z zakresu profilaktyki i promocji zdrowia w opiniach wybranej grupy pacjentów, Problemy Higieny i Epidemiologii 2008, nr 892, s. 270).

**Tymczasem przepis art. 94a ust 1 PF uniemożliwia wszystkie działania pozytywnie wyróżniające jakąkolwiek aptekę. Blokuje więc wykonywanie przez apteki tej roli, A przecież działanie podejmowane przez aptekę w interesie pacjenta oraz w interesie ochrony zdrowia obywateli powinny być nie tylko dozwolone i popierane przez Państwo!** Zakaz reklamy temu przeczy. Przepisy o opiece farmaceutycznej będą martwe, jeżeli każde zachowanie apteki mające na celu **budowanie trwałości relacji pacjent - apteka** będzie oceniane jako reklama apteki. Trwałość tej relacji ma walor stabilizacyjny, który był podnoszony także przez sam samorząd aptekarski (por. Biuletyn Naczelnej Rady Aptekarskiej Nr IV/17/2007, ISSN 1896-3765). Jeżeli więc w założeniach wprowadzenia zakazu reklamy aptek, zainicjowanego – jak wskazano poniżej w pkt II.3 – przez tenże sam samorząd aptekarski, miało na celu zakaz wszelkiej działalności apteki, która zbuduje trwałą relację apteka – pacjent, a więc między innymi relację niezbędną do prawidłowego sprawowania opieki farmaceutycznej, to oznacza to brak wypełniania celów wskazanych chociażby w ww. Biuletynie. Nie da się bowiem śledzić terapii danego pacjenta bez stałego kontaktu z nim i bez wsparcia nowoczesnych rozwiązań informatycznych.

**Dowód:** Biuletyn Naczelnej Rady Aptekarskiej Nr IV/17/2007, ISSN 1896-3765

- Załącznik nr 10 -

## **1.2. Naruszenie konstytucyjnego prawa Skarżącej do wolności działalności gospodarczej**

Zaskarżony przepis art. 94a ust. 1 PF jest niezgodny z art. 20 i 22 Konstytucji RP, narusza bowiem konstytucyjnie chronione prawo Skarżącej – będącej spółką prawa handlowego – do

wolności działalności gospodarczej bez wykazania ochrony jakiejkolwiek wartości publicznej a wręcz w sprzeczności z wartością jaką jest stałość relacji apteka – pacjent, o której była mowa powyżej.

**Zasada wolności działalności gospodarczej rozumiana jako:**

- a) **prawo przedsiębiorców** (tu: prowadzących apteki) **w konkurowaniu z innymi przedsiębiorcami** (prowadzącymi apteki);
- b) **prawo przedsiębiorców** (tu: prowadzących apteki) **w zakresie ustalania przez nich zasad zbywania towarów i usług, w tym kształtowania cen tych towarów i usług w zakresie nieregulowanym ustawą refundacyjną;**
- c) **prawo promocji i reklamy przedsiębiorców** (tu: prowadzących apteki) oraz ich działalności;

**jest naruszona przez wynikający z art. 94a ust. 1 PF całkowity zakaz reklamy aptek i ich działalności.** Zakaz ten klóci się z istotą wolności prowadzenia przez apteki i punkty apteczne działalności gospodarczej i zasadami gospodarki rynkowej, bowiem utrzymanie klienteli i zdobywanie nowej, a także stosowanie zachęt do tańszego nabywania przez klientów produktów nierefundowanych należy do istoty prawidłowo funkcjonującego przedsiębiorstwa apteki.

Zasada wolności gospodarczej ma charakter ustrojowy (art. 20 Konstytucji), a jej konkretyzację stanowi art. 22 Konstytucji, dopuszczający ograniczenie wolności działalności gospodarczej **tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny** (o czym szerzej poniżej).

Zgodnie z brzmieniem zaskarżonego przepisu zakazana jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. W związku z brakiem precyzyjnego wskazania, co - poza informacją o lokalizacji i godzinach pracy apteki - nie mieści się w zakresie pojęcia „reklama apteki”, za reklamę apteki można uznać obecnie każdą działalność apteki, choćby najbardziej pożądaną społecznie i powiązaną z ochroną zdrowia publicznego, która nie jest prostą o informacją o lokalizacji lub godzinach jej pracy.

Taka właśnie interpretacja art. 94a ust. 1 PF dokonywana jest przez organy administracji oraz sądy administracyjne. Prowadzi to do absurdalnych w swej istocie wniosków, jak np. wniosek o zakazie rozpowszechniania informacji, której przekazywanie pacjentom przez farmaceutów jest ich obowiązkiem ustawowym sprawowania opieki farmaceutycznej. Z dotychczasowego orzecznictwa organów inspekcji farmaceutycznej oraz stanowisk prezentowanych w wypowiedziach publicznych Głównego Inspektora Farmaceutycznego wynika, że jako zakazana reklama apteki oraz jej działalności kwalifikowane są nie tylko działania mające charakter reklamy *sensu stricto*, ale i wszelkie działania zaliczane powszechnie do kategorii promocji, związane z transakcją sprzedaży, w tym zwłaszcza programy lojalnościowe (w tym rabatowe), sprzedaż premiowa, konkursy, kupony rabatowe. Apteki zostały zatem właściwie pozbawione możliwości prowadzenia jakichkolwiek działań ułatwiających klientom poniesienie ciężaru finansowego farmakoterapii, włącznie z obniżaniem cen powodującym, że dana apteka ma lepszą ofertą niż inna apteka.

Kwestionowane jest także rozpowszechnianie jakichkolwiek informacji dotyczących działalności apteki, wykraczających poza zakres wyłączeń z art. 94a ust. 1 zd. 2 PF, w tym kwestionowane jest przekazywanie klientom (pacjentom) informacji dotyczących oferty handlowej (asortymentu i cen), a także świadczonej opieki farmaceutycznej. Zabrania się

aptek zamieszczania na drzwiach wejściowych do apteki informacji o możliwości płacenia kartą płatniczą, czy możliwości realizacji w aptece bonów towarowych. Kwestionowane są jednakże także działania polegające na udostępnianiu materiałów dotyczących zdrowia, profilaktyki, nowości produktowych, zawierające porady specjalistów. Ograniczenia dotyczą nie tylko działań prowadzonych „na zewnątrz”, także działań podejmowanych w lokalu apteki, np. udostępniania w niej cenników. W niektórych przypadkach dochodzi także do kwestionowania, ze względu na formę, komunikatów wyraźnie dozwolonych przez prawo (mieszczących się w zakresie wyłączeń z art. 94a ust. 1 zd. 2 PF), bądź nawet obligatoryjnych (np. obowiązkowe na gruncie art. 44 ustawy refundacyjnej informowanie o tańszych zamiennikach produktów refundowanych).

Zgodnie z wypowiedziami GIF, za zakazaną reklamę uznać należy także działania prowadzone przez aptekę, bądź organizowanie wydarzeń, które są adresowane do (potencjalnych) pacjentów. Aptekom zabrania się współpracy z innymi podmiotami i udziału w takich legalnych przedsięwzięciach, często organizowanych przez instytucje publiczne, jak ubezpieczenia lekowe, programy kart seniora, program Karta Dużej Rodziny i in.

Kwestionowany przepis jest także wykorzystywany do ograniczania aptek w sferze doboru i korzystania z nazwy apteki, poprzez przeprowadzanie „prewencyjnej” kontroli wnioskowanej nazwy apteki pod kątem jej reklamowego charakteru i odmowę zgody na posługiwanie się nazwą o „reklamowym” charakterze, a także kwestionowania pewnych form posługiwanie się w obrocie wcześniej już dopuszczonymi, „reklamowymi” nazwami aptek. Organy inspekcji kwestionują też dopuszczalność prowadzenia „brandingu” aptek, czyli propagowania ich oznaczeń odróżniających (logotypów).

**W praktyce stosowania art. 94a ust. 1 PF dochodzi także do ograniczania przedsiębiorców aptecznych w zakresie swobody kształtowania własnej oferty handlowej, w tym zwłaszcza w zakresie cen, poprzez kwestionowanie możliwości udzielania rabatów, zniżek, bonifikat (programów rabatowych, kuponów rabatowych) oraz stosowania promocji cenowych, również poprzez zakaz udzielania jakiejkolwiek informacji dotyczącej takich działań, co w praktyce oznacza zakaz samych działań.**

Obowiązywanie oraz sposób stosowania przedmiotowego zakazu reklamy prowadzi wreszcie do istotnego ograniczenia czy wręcz zniesienia konkurencji na rynku aptecznym. Uniemożliwia bowiem nie tylko konkurowanie za pomocą narzędzi reklamy i promocji, ale też konkurencję za pomocą cen, szerokiego asortymentu, specjalizacji asortymentowej, szczególnej staranności przy realizacji opieki farmaceutycznej, materiałów edukacyjnych czy poradniczych etc. Ograniczenie konkurencji następuje nie tylko w zakresie konkurencji pomiędzy aptekami, ale i pomiędzy nimi, a punktami handlowymi nie mającymi takiego statusu, a oferującymi asortyment w znacznym zakresie pokrywający się z ofertą aptek. Płacówek takich dotyczy bowiem tylko zakaz reklamy odnoszącej się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych (art. 94a ust. 1a PF). Kwestionowana regulacja praktycznie pozbawia apteki jakichkolwiek sposobów zabiegania o klienta i konkurowania z ww. placówkami handlowymi.

**Stąd płynie wniosek, iż art. 94a ust. 1 PF w obecnym brzmieniu, umożliwiającym niezwykle szeroką jego interpretację, stanowi niedopuszczalne ograniczenie wolności działalności gospodarczej nie uzasadnione żadną wartością społeczną godną ochrony, a wręcz wobec braku rozróżnienia reklamy od informacji i wsparcia dla pacjentów, szkodliwe dla tych ostatnich.**

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego niejednokrotnie już wskazywano, że wolność działalności gospodarczej ustanowionej w art. 20 Konstytucji obejmuje przede wszystkim możliwość podejmowania i prowadzenia działalności, której zasadniczym celem jest osiągnięcie zysku. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 19 stycznia 2010 r., sygn. akt SK 35/08, *istotą wolności prowadzenia działalności gospodarczej, rozumianej jako publiczne prawo podmiotowe jest swoboda podmiotu prawa prywatnego podjęcia oraz wykonywania tej działalności. Zarówno na organach władz publicznych, jak i na innych podmiotach prawa spoczywa z kolei obowiązek powstrzymywania się od ingerowania – w formie działań prawnych lub faktycznych – w dziedzinę wolnej gospodarki. Podmiot korzystający z wolności podejmuje podstawowe decyzje w kilku kwestiach. W szczególności decyduje o: podjęciu działalności w określonej dziedzinie; o sprecyzowaniu przedmiotu działalności; doborze i kształtowaniu formy prawno-organizacyjnej działalności; sposobach i zakresie prowadzenia działalności (...).*

Niedopuszczalne ograniczenie prawa podmiotowego Skarżącej do wolności gospodarczej polega w szczególności na **uniemożliwieniu Skarżącej korzystania z wybranego przez siebie sposobu prowadzenia działalności gospodarczej**. Zakaz ustanowiony w art. 94a ust. 1 PF – poprzez pozbawienie Skarżącej narzędzi do informowania potencjalnych klientów o swojej ofercie handlowej oraz do podejmowania innych, pożądaných społecznie działań – pozbawia Skarżącą możliwości realnego konkurowania z innymi przedsiębiorcami, ustalania zasad zbywania towarów i usług, w tym kształtowania cen tych towarów i usług nawet w zakresie nieregulowanym ustawą refundacyjną oraz podejmowania działań promocyjnych i reklamowych – a więc swobód częściowych, nierozzerwalnie związanych z konstytucyjnie chronionym prawem podmiotowym do swobody działalności gospodarczej.

**Po pierwsze**, zakaz reklamy aptek i ich działalności wprowadzony do porządku prawnego poprzez art. 94a ust. 1 PF narusza art. 22 Konstytucji RP, który dopuszcza ograniczenie wolności działalności gospodarczej **tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny**.

Jak wskazał w swym wyroku z 10 kwietnia 2001r., U.7/00 Trybunał Konstytucyjny: „[w]olność działalności gospodarczej musi, w państwie współczesnym, podlegać różnego rodzaju ograniczeniom; wynika to chociażby z zaakcentowania w art. 20 socjalnego charakteru gospodarki rynkowej. Art. 22 formułuje jednak dwojakiego rodzaju ograniczenia dla wprowadzania owych ograniczeń. W płaszczyźnie materialnej wymaga, aby ograniczenia wolności gospodarczej znajdowały uzasadnienie w **„ważnym interesie publicznym”**, a w płaszczyźnie formalnej - aby były wprowadzone **„tylko w drodze ustawy”**. Jak stwierdził Trybunał w wyroku z dnia 8 lipca 2008 r. (K 46/07, opubl.: OTK-A 2008/6/104): ów „ważny interes publiczny” - choć jest kategorią ocenną - nie może być interpretowany rozszerzająco ani prowadzić do ograniczenia innego odrębnego prawa, a konstytucyjnie dopuszczalne ograniczenie musi być na tyle merytorycznie uzasadnione, by w konflikcie z zasadą swobodnej działalności gospodarczej rachunek aksjologiczny przeważał na jego korzyść.” Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, ważnym interesem publicznym w rozumieniu art. 22 może być m.in. zasada ochrony zdrowia ludzi (por. wyrok TK z 30 września 2008r., K 44/07).

Jednocześnie **„[u]stawodawca nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza zapoznających proporcje pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie”** (zob. orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK w 1995 r., cz. I, poz. 12). W swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny wskazał ponadto na: **„[k]onieczność uwzględnienia przy**

*ograniczeniu praw jednostki zasady wymagającej odpowiedniego wyważenia wagi interesu publicznego, któremu służy ograniczenie danego prawa i wagi interesów naruszonych przez takie ograniczenie"* (wyrok z 26 kwietnia 1999 r., K. 33/98, OTK ZU nr 4/1999, poz. 71).

Wbrew powyższemu zaskarżony przepis wprowadzający zakaz reklamy aptek - choć nadano mu charakter przepisu ustawowego (spełniona zatem została przesłanka z art. 22 Konstytucji RP, mówiąca, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej może nastąpić tylko w drodze ustawy) - **nie ma uzasadnienia w postaci ważnego interesu publicznego.**

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że w toku prac legislacyjnych kwestionowany przepis nie doczekał się oficjalnego uzasadnienia, w którym zostałyby wskazane cele proponowanej regulacji, pozwalające wnioskować w przedmiocie dóbr lub interesów, których ochronie lub realizacji miałyby służyć procedowana regulacja prawna. Ze swej istoty generalny zakaz reklamy aptek nie może służyć celowi ochrony finansów publicznych, który to głównie cel przyświeca ustawie refundacyjnej. Wskazywanym przez władze publiczne, w tym Ministra Zdrowia, po uchwaleniu generalnego zakazu reklamy aptek celem przedmiotowej regulacji ma być ochrona zdrowia publicznego, przejawiająca się zwłaszcza w zapobieganiu nadmiernej konsumpcji leków i samoleczeniu oraz wynikającym z nich skutkom zdrowotnym dla pacjentów. Jednak w rzeczywistości zakaz reklamy aptek i ich działalności nie ma też żadnego uzasadnienia w ochronie zdrowia publicznego. Przeciwnie, jak wykazano w pkt II.2 niniejszej skargi wprowadzenie zakazu ma negatywny wpływ na ochronę zdrowia pacjentów, bowiem ogranicza ich prawa do obniżenia kosztów farmakoterapii, uzyskania dobrej opieki farmaceutycznej i wreszcie prawo do informacji, o którym Skarżąca pisze w pkt II.2 poniżej.

Z powodu **braku istnienia rzeczywistego ważnego interesu publicznego**, zwłaszcza w postaci ochrony zdrowia, ograniczenie wolności działalności gospodarczej w postaci całkowitego zakazu reklamy aptek, powinno być ocenione jako nieusprawiedliwione w świetle przesłanek wyrażonych w art. 22 Konstytucji RP, zaś ustanowienie ograniczenia wolności działalności gospodarczej w drodze ustawy (tu: Prawa farmaceutycznego), nie jest wystarczającym wypełnieniem przesłanek materialnych określonych w tym przepisie, jak w uzasadnieniu wyroku w sprawie Skarżącej argumentował NSA (por. str. 17 i 18 uzasadnienia wyroku z dnia ... października 2014 r., sygn. akt ..., gdzie NSA stwierdził: *„Zgodnie z art. 22 Konstytucji ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. (...) Prawo farmaceutyczne jest właśnie taką ustawą, która ogranicza swobodę działalności gospodarczej w przewidzianej przez Konstytucję formie. Tym samym, zgodnie właśnie z art. 22 Konstytucji, przepisy Konstytucji, na których oparta jest zasada swobody prowadzenia działalności gospodarczej, nie mogą być wprost przeciwstawiane przepisom Prawa farmaceutycznego”*). Niestety ani ten wyrok, ani żaden inny wyrok oparty o przepis art. 94a ust 1 PF nie wskazuje **jaki to interes publiczny podlega ochronie poprzez zakaz reklamy aptek, zważywszy, że same leki mogą być reklamowane!** W żadnej sprawie toczącej się przez Naczelnym Sądem Administracyjnym nie został więc oceniony drugi z niezbędnych warunków dopuszczalności ograniczenia swobody gospodarczej tj. *„odpowiedniego wyważenia wagi interesu publicznego, któremu służy ograniczenie danego prawa i wagi interesów naruszonych przez takie ograniczenie"* (wyrok z 26 kwietnia 1999 r., K. 33/98, OTK ZU nr 4/1999, poz. 71). Nie wyjaśniono dlaczego w kraju, gdzie reklama leków (choć obwarowana przepisami) jest dozwolona i gdzie dozwolona jest prawie nieobwarowana przepisami reklama suplementów

diety (setki reklam telewizyjnych i radiowych codziennie oglądają miliony obywateli) , reklama profesjonalnego doradcy w doborze tych produktów jest całkowicie zakazana.

**Po drugie**, zaskarżony przepis art. 94a ust. 1 PF jest także niezgodny z art. 2, art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, bowiem **sformułowany w nim zakaz reklamy aptek ustanowiony został wbrew konstytucyjnej zasadzie proporcjonalności**.

Zgodnie z zasadą proporcjonalności ograniczenie konstytucyjnych wolności i praw jednostki musi być podyktowane **ważnym interesem publicznym i nie może naruszać istoty tej wolności lub prawa**. Znaczenie tej zasady zostało potwierdzone w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który stwierdził, że *„państwo prawne opiera się na założeniu racjonalności prawodawcy, a warunkiem koniecznym realizacji tego założenia jest przestrzeganie proporcjonalności w procesie stanowienia prawa. Racjonalny prawodawca stanowi prawo sprawiedliwe, stąd w zasadzie sprawiedliwości należy też upatrywać podstaw obowiązującego zasady proporcjonalności”* (por. wyrok TK z dnia 31 stycznia 1996 r., sygn. akt K 9/95).

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego z zasady proporcjonalności wypływa przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana oraz nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków, a także wymóg **zachowania proporcji** między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami, względnie niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli (tak B. Banaszak, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, 2012, Legalis/el. oraz wyrok TK z dnia 26 kwietnia, sygn. akt K 11/94). *„W działalności organów prawodawczych powinno się respektować tzw. wymaganie proporcjonalności; spośród możliwych środków oddziaływania należy wybierać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane”* (tak S. Wronkowska, [w:] S. Wronkowska (red.), Polskie dyskusje o państwie prawa, Warszawa 1995, s. 74; cyt. za B. Banaszak, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, 2012, Legalis/el.). Kluczowe jest przy tym, aby ograniczenie praw i wolności jednostki dokonywane było w sposób wyznaczony realną koniecznością. Nie jest zatem możliwe, aby ustawodawca wkraczał w sferę praw i wolności jednostki, dokonując określonych ograniczeń, które nie są **niezbędne** dla osiągnięcia wyznaczonego celu, a jedynie takiemu celowi sprzyjają lub są pomocne w jego osiągnięciu.

O konieczności zachowania proporcjonalności przy wprowadzaniu ograniczeń dotyczących konkretnie wolności działalności gospodarczej Trybunał Konstytucyjny również wypowiadał się już kilkakrotnie. Przykładowo, w wyroku z dnia 27 lutego 2014 r., sygn. akt P 31/13, Trybunał Konstytucyjny, uznał, że *„ustawowe limitowanie tej wolności nie może być realizowane na zasadzie zupełnej dowolności. Usprawiedliwić ingerencję w konstytucyjnie gwarantowaną wolność działalności gospodarczej może tylko ważny interes publiczny, odniesiony odpowiednio do zasady proporcjonalności”*. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia z dnia 16 października 2014 r., sygn. akt SK 20/12, w którym wskazano, że: *„Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że ocena, czy zakwestionowany akt normatywny został wprowadzony ze względu na ‘ważny interes publiczny’ nie może abstrahować od zasady proporcjonalności oraz zakazu naruszenia istoty konstytucyjnego prawa podmiotowego. Ocena zgodności aktu normatywnego z art. 20 w związku z art. 22 Konstytucji wymaga zatem uwzględnienia wymogów testu dozwolonych konstytucyjnie ograniczeń praw i wolności. (...) Za naruszenie art. 22 Konstytucji należałoby uznać wprowadzenie ograniczeń wolności działalności gospodarczej, których przydatność została ograniczona do realizacji celu ustawowego i nie znajduje*



uzasadnienia w zasadzie demokratycznego państwa prawnego i chronionych przez nie wartościach". W tym samym wyroku Trybunał Konstytucyjny doszedł też do konkluzji, że: „konstytucyjnie wyeksponowana doniosłość („ważność”) chronionego interesu publicznego powoduje, iż konieczne jest uwzględnienie treści wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Nie każdy bowiem interes publiczny uzasadnia ograniczenie wolności działalności gospodarczej, lecz jedynie taki, który konstytucyjnie można uznać za „ważny”. Spośród obowiązujących przepisów konstytucyjnych, art. 31 ust. 3 Konstytucji zawiera pełną wypowiedź preferencyjną prawodawcy konstytucyjnego o najważniejszych przejawach interesu publicznego, które mogą uzasadniać ustawowe ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności. (...) z uwagi na doniosłość wolności działalności gospodarczej, potwierdzoną systematyką Konstytucji, wynikający z art. 22 Konstytucji warunek, że względu na który dopuszczalne jest ustawowe ograniczenie, nie podlega interpretacji rozszerzającej”.

Zakaz reklamy aptek i ich działalności w obecnym brzmieniu jest ograniczeniem działalności gospodarczej niezgodnym z zasadą proporcjonalności, z następujących względów :

- Całkowity zakaz reklamy aptek w świetle obowiązującej interpretacji oznacza **de facto zakaz obniżania cen leków** (zwłaszcza wobec uznania przez sądy, że **wszelkie promocje, w tym cenowe, są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje** – tak przywoływany przez NSA w wyroku z dnia 14 października 2014 r., sygn. akt I CSK 235/14, wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., sygn. akt II CSK 289/07), co w sposób oczywisty uderza w ich nabywców. Takie rozumienie zakazu reklamy aptek stanowi przeszkodę we wdrożeniu w ramach usług świadczonych przez apteki nie tylko różnorodnych programów rabatowych proponowanych przez apteki, ale i zniżek gwarantowanych dla posiadaczy Karty Dużej Rodziny - przysługującej rodzinom wielodzietnym i uprawniającą je do różnorodnych rabatów. Jak podkreśla Konfederacja Lewiatan, wykluczenie aptek z programu Karta Dużej Rodziny ogranicza dostęp rodzin wielodzietnych do tańszych leków i uniemożliwia ich bezpośrednie wspieranie. Zakaz reklamy aptek czytany w taki sposób, jak czynią to obecnie organy Inspekcji Farmaceutycznej i sądy administracyjnej powoduje, że np. rodziny wielodzietne pozbawione są możliwości uzyskiwania zniżek na leki na podstawie wydanej im Karty Dużej Rodziny.

**Dowód:** Notatka prasowa „MZ: apteki nie mogą uczestniczyć w programie Karta Dużej Rodziny” opublikowana na portalu rynekzdrowia.pl w dniu 31 października 2014 r.

**- Załącznik nr 11 -**

- Całkowity zakaz reklamy apteki oraz jej działalności w świetle obowiązującej interpretacji pozostaje w sprzeczności z prawem i obowiązkiem świadczenia przez aptekę usług dla pacjentów, w tym zwłaszcza usług opieki farmaceutycznej nad pacjentami (art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich [tekst jedn. Dz. U. z 2008 r. Nr 136, poz. 856 z późn. zm.]) **Uznanie za reklamę apteki tego, co stanowi jej normalną działalność w praktyce wyklucza możliwość prowadzenia opieki farmaceutycznej.** Dobra opieka w sposób oczywisty może zachęcać pacjentów do powrotu do danej apteki. Nie da się w XXI wieku oferować opieki farmaceutycznej bez relacji z pacjentami, więzi z nim i znajomości jego poprzednich zakupów. „Odepchnięcie” klienta od apteki, o które chodzi w zakazie reklamy oznacza, że traci on doradcę zdrowotnego, jakim powinna być nowoczesna apteka. Połączenie wielu aptek sieci informacji i wsparcia dla pacjenta poszerza i ulepsza dostępność



pacjenta do informacji i doradztwa. System komputerowy pozwalający za zgodą pacjenta na weryfikację np. interakcji jego leków był jedną z istotnych walorów Programu

F, zakazanego w decyzjami inspekcji farmaceutycznej, utrzymanych przez sądy administracyjne.

- Całkowity zakaz reklamy aptek i ich działalności przeczy zasadzie *a maiori ad minus*, zważywszy, że **reklama leków bez recepty i suplementów diety oraz informacja o nich jest dozwolona, zaś reklama miejsc ich sprzedaży i informacja o tych miejscach inna niż godziny otwarcia i lokalizacja – nie**. A więc w Polsce w tej sferze wolno więcej – reklamować leki i suplementy, a nie wolno mniej – reklamować miejsc ich nabycia. Jest to nielogiczne tym bardziej, że punktu widzenia zdrowotności obywateli zdecydowanie większe znaczenie ma reklama samych leków i suplementów, niż punktów ich nabycia. To reklama produktów może prowadzić do ich nadużywania, a nie reklama miejsc profesjonalnie przygotowanych do doradzania w zakresie wyboru i ilości spożywanych leków i suplementów. Reklama zaś produktów nie może być zniesiona polskim ustawodawstwem byłoby to bowiem niezgodne z prawem europejskim, w tym zwłaszcza Dyrektywą 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi (dalej: Dyrektywa 2001/83), Dyrektywą 2002/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 czerwca 2002 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do suplementów żywnościowych i Dyrektywą 2000/13/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 marca 2000 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich w zakresie etykietowania, prezentacji i reklamy środków spożywczych. Skoro więc reklamy produktowe są dozwolone tym bardziej należałoby promować apteki, które poprzez fachowe wsparcie mogą ograniczyć zjawisko „lekomanii”.
- **Całkowity zakaz reklamy aptek i ich działalności jest o wiele szerszy niż ograniczenia reklamowe dotyczące podmiotów wykonujących działalność leczniczą**, czyli szpitali i przychodni, które mają dużo większą rolę w ochronie zdrowia niż apteki. Art. 14 Ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t. j. Dz. U. 2013, poz. 217 ze zm.) został ujęty od strony pozytywnej, a nie zakazowej. Przepis ten stanowi: „*podmiot wykonujący działalność leczniczą podaje do wiadomości publicznej informacje o zakresie i rodzajach udzielanych świadczeń zdrowotnych. Treść i forma tych informacji nie mogą mieć cech reklamy.*” W podobny sposób sformułowane zostały zakazy reklamy innych zawodów i działalności regulowanych.

Przykładowo:

- zgodnie z § 23 i § 23a Kodeksu Etyki Adwokackiej adwokata obowiązuje zakaz korzystania z reklamy, ale przy spełnieniu określonych warunków adwokat jest uprawniony do informowania o swojej działalności zawodowej;
- zgodnie z art. 24 ust. 1 Kodeksu radcy prawnego „*Informowanie o wykonywaniu zawodu oraz działalności z nim związanej jest prawem radcy prawnego.*”

Na niezgodność całkowitego zakazu reklamy aptek z zasadą proporcjonalności wskazuje w swojej opinii m.in. prof. Paweł Sarnecki, emerytowany Kierownik Katedry Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, załączoną do niniejszej skargi. Zgodnie z tą opinią:

- „(...) zakazywanie innych niż obniżanie ceny form zachęty do nabywania lekarstw refundowanych w konkretnej aptece (...) należy ocenić jako ograniczenie wolności działalności gospodarczej **niezgodnie z zasadą proporcjonalności**, gdyż nie sposób wskazywać jego konieczności i skuteczności dla nieuzasadnionego względami medycznymi wzrostu refundacji (gdziekolwiek lek jest sprzedawany, wysokość refundacji wypłacona przez NFZ będzie identyczna) ani też dla zjawiska marnotrawstwa lekarstw refundowanych (jeżeli lek refundowany nie zostanie zużyty, nie będzie to zależało od tego, czy pacjent zostanie do jego zakupu "zachęcony" przez aptekę czy nie; "zachętą" całkowitego zużycia lekarstwa winna być wyłącznie recepta. Z tych obu względów jest przecież obojętne, czy lek będzie nabyty w aptecce, która stosuje skuteczny marketing, czy też takiej która marketingu w ogóle nie stosuje, albo też w bardzo ograniczonym zakresie”;
- "Marketing może (...) sprzyjać pielęgnowaniu (...) zysku. Na tym jednak polega normalna działalność gospodarcza. Nie widać jednak tego, aby ograniczenie marketingu służyło rozważanemu tu "ważnemu interesowi publicznemu". (...) W konsekwencji analizowany przepis uznaję jako ograniczenie wolności gospodarczej niezgodne z wymogiem proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji)".

**Dowód:** Opinia prof. Pawła Sarneckiego w sprawie zgodności z Konstytucją RP niektórych rozwiązań ustawy z 12 maja 2011 r. o refundacji leków

- Załącznik Nr 12 -

**Na marginesie należy wskazać, że zakaz reklamy aptek i ich działalności, jako norma zakazowa, powinien być interpretowany wąsko, *in dubio pro libertate*.** Wyjątki bowiem nie powinny być interpretowane rozszerzająco. Reguła *in dubio pro libertate* nakazuje rozstrzygnięcie wątpliwości interpretacyjnych na rzecz, a nie przeciw prawom i wolnościom obywatelskim. Reguła ta jest rzeczą oczywistą w państwach demokratycznych i ma zastosowanie do norm prawa administracyjnego, co w jednym ze swoich orzeczeń podkreślił NSA, uznając, że co do zasady niemożliwa jest analogia uderzająca w adresata normy administracyjnej, jakim jest obywatel, a więc przepisy prawa administracyjnego powinny być interpretowane wąsko, a ich braki nie mogą być uzupełniane rozumieniem *per analogiam*<sup>1</sup>. Podobny kierunek wyznacza orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym jedynie szczególne względy mogą uzasadniać ograniczenie podstawowych praw i wolności obywatelskich, a tym samym odejście od fundamentalnej dla naszego porządku prawnego zasady *in dubio pro libertate*<sup>2</sup>, a normy represyjne muszą być poddane zasadom wykładni obowiązującym w prawie karnym<sup>3</sup>. **Rozciąganie hipotezy przepisu na wszelkie działania podejmowane przez aptekę, a nakierowane na osiągnięcie zysku, z gruntu przeczy wskazanej zasadzie i jednoznacznie wskazuje, że zakaz zawarty w art. 94a ust. 1 PF – jako zbyt szeroki – jest niezgodny z zasadą proporcjonalności.** Użycie w przepisie zakazowym pojęcia „reklama” bez jego definicji i pozostawienie organom administracyjnym i sądom jedynie opcji odniesienia do definicji słownikowych prowadzi w istocie do automatycznego rozszerzenia przepisu zakazowego. Definicja reklamy tak słownikowa, jak i ta dotycząca leków (art. 52 Prawa farmaceutycznego) nie zostały bowiem stworzone do oceny tego co jest pod groźbą

<sup>1</sup> Por. uchwała pięciu sędziów NSA z dnia 2 października 1995 r., sygn. akt VI SA 14/95 oraz wyrok NSA z dnia 5 października 2006 r., sygn. akt I OSK 540/06.

<sup>2</sup> Por. postanowienie SN z dnia 11 października 1995 r., sygn. akt I PRN 28/95.

<sup>3</sup> Por. wyrok TK z dnia 26 listopada 2003 r., sygn. akt SK 22/02 oraz wyrok TK, sygn. akt U 7/93.

kary zabronione. Te definicje opisują zjawisko legalne i nie powinny być wprost stosowane w przepisie zawierającym zakaz i przewidującym sankcje.

Dodatkowym argumentem na brak proporcjonalności całkowitego zakazu reklamy jest fakt, iż nigdy nie udowodniono, że poprzedni, mniej rygorystyczny przepis nie był wystarczającym środkiem do osiągnięcia przyświecającego ustawodawcy celu w sferze reklamy aptek.

Zgodnie z art. 94a ust. 1 obowiązującym w poprzednim brzmieniu:

*Zabroniona jest reklama działalności aptek lub punktów aptecznych skierowana do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach.*

Ponieważ przepis w obecnym brzmieniu nie przeszedł właściwej drogi konsultacji społecznych i uzgodnień międzyresortowych, lecz został dorzucony do ustawy dopiero na etapie prac Sejmowych (co jest istotą zarzutu, o którym mowa w pkt II.3 poniżej), nie ma dowodu, iż był niezbędnym środkiem w osiągnięciu jakiegoś (jakiego?) celu ochronnego.

W przednim stanie prawnym istniał zakaz reklamy aptek **powiązanej** z lekami refundowanymi. Tamten zakaz miał wyraźny sens społeczny – dotyczył bowiem szczególnej sytuacji reklamowania aptek w powiązaniu z lekami refundowanymi. Był to zakaz uprawniony, bowiem taka reklama prowadziłaby do obejścia zakazu reklamy leków refundowanych jako leków na receptę. Dodatkowym uzasadnieniem dla owego zakazu była ochrona finansów publicznych. W toku prac nad obecnym brzmieniem zakazu nie wykazano dlaczego poprzednie jego brzmienie nie było wystarczające i jakie nowe wartości publiczne mają rzekomo podlegać ochronie przez całkowity zakaz reklamy aptek niezależnie od powiązania reklamy z reklamą leków refundowany, czy w ogóle jakichkolwiek leków.

## **2. Uzasadnienie do zarzutu niezgodności skarżonego przepisu z art. 20 i 22 Konstytucji RP w zw. z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP**

Zaskarżony przepis art. 94a ust. 1 PF jest niezgodny z art. 20 i 22 Konstytucji RP w zw. z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, bowiem narusza konstytucyjnie chronione prawo Skarżącej do wolności rozpowszechniania informacji, poprzez ustanowienie całkowitego zakazu reklamy aptek i ich działalności, a tym samym uniemożliwienie rozpowszechniania informacji o działalności Skarżącej. Przepis ten narusza również prawo pacjenta (klienta apteki) do pozyskiwania takiej informacji ze strony apteki.

Zgodnie z art. 54 ust. 1 Konstytucji każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i **rozpowszechniania informacji**. Zasada swobody wypowiedzi wyprowadzana jest jednak nie tylko z przepisów polskiej ustawy zasadniczej, ale również z nadrzędnych norm prawa międzynarodowego (art. 10 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności). Powszechnie przyjmuje się, że swoboda wypowiedzi, chroniona na gruncie Konstytucji RP, obejmuje także swobodę wypowiedzi reklamowej, kwalifikowanej jako część tzw. *commercial speech*. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 28 stycznia 2003 r. (sygn. akt K 2/2002) wskazał, że: „Polska Konstytucja w art. 54 statuuje wolność komunikowania się także jako prawo podstawowe (dopuszczając jednakowoż ograniczenia ustawowe) i nie ulega wątpliwości, że ochrona ta obejmuje także *commercial speech*”.

W orzecznictwie oraz piśmiennictwie uznaje się również, że ochrona swobody wypowiedzi, ujęta w art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, ma zastosowanie także do wypowiedzi o charakterze reklamowym, a więc ograniczenia tej swobody podlegają ocenie z punktu widzenia zgodności z wspomnianą konwencją (por. I. C. Kamiński, *Ochrona wypowiedzi komercyjnej [w:] ibidem, Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej konwencji praw człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010).

W aspekcie prowadzenia działalności usługowej ustanowiona w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP zasada została skonkretyzowana w dyrektywie 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym. Zgodnie z motywem 100 preambuły tej dyrektywy:

*„Niezbędne jest zaprzestanie stosowania całkowitych zakazów dotyczących informacji handlowych dostarczanych przez przedstawicieli zawodów regulowanych, nie poprzez usuwanie zakazów dotyczących treści informacji handlowej, lecz przez zniesienie tych zakazów, które generalnie zakazują korzystania przez przedstawicieli danego zawodu z jednej lub więcej form przekazywania informacji handlowych”.*

Zgodnie z art. 24 ust. 1 powołanej dyrektywy:

*„Państwa członkowskie znoszą wszelkie całkowite zakazy dotyczące informacji handlowych dostarczanych przez zawody regulowane. (...) Zasady dotyczące wykonywania zawodu odnoszące się do informacji handlowych muszą być niedyskryminacyjne, uzasadnione nadrzędnym interesem publicznym i proporcjonalne”.*

Jak podkreśla się w piśmiennictwie: *„Przedsiębiorca (...) powinien mieć możliwość komunikowania o swojej ofercie potencjalnym klientom. Zakazy reklamy ograniczają nie tylko jego swobodę prowadzenia działalności gospodarczej, ale także wolność wypowiedzi. Swoboda reklamowania jest bowiem jednym z przejawów wypowiedzi komercyjnej, która uznawana jest za element szeroko pojętej wolności słowa”* (por. D. E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów w prawie europejskim i polskim*, Warszawa 2011).

Ustanowienie całkowitego zakazu reklamy aptek oraz ich działalności, przy uwzględnieniu sposobu jego interpretacji przez organy stosujące prawo, pozbawia przedsiębiorców aptecznych nie tylko możliwości prowadzenia reklamy stanowiącej jedną z postaci wypowiedzi komercyjnej, ale też swobody posługiwania się innego rodzaju komunikatami zaliczanymi do wypowiedzi komercyjnej - zakaz reklamy aptek doprowadził do absurdalnej i niedopuszczalnej w świetle przepisów Konstytucji RP sytuacji, polegającej na **pozbawieniu podmiotów prowadzących działalność gospodarczą na rynku aptecznym wszelkich narzędzi umożliwiających informowanie potencjalnych klientów o swojej ofercie, a nawet do stosowania tychże ofert.**

Jak wykazano powyżej, brzmienie zaskarżonego przepisu – wobec braku uwzględnienia w Prawie farmaceutycznym odpowiedniej definicji pojęcia „reklama aptek lub ich działalności” – nie rozróżnia reklamy od informacji o ofercie handlowej. Poprzez wyłączenie spod zakazu reklamy aptek enumeratywnie wskazanych przekazów, tj. informacji o lokalizacji oraz informacji o godzinach pracy apteki, w istocie dochodzi do utożsamienia reklamy z ofertą handlową. Ograniczenia nałożone na przedsiębiorców prowadzących apteki dotyczą bowiem nie tylko komunikatów handlowych mających charakter perswazyjny (posługujących się różnymi formami zachęty), ale i przekazów o neutralnym, informacyjnym charakterze, np. materiałów zawierających informacje o nowościach, porady i artykuły dotyczące zdrowia czy profilaktyki. Na podstawie przedmiotowego przepisu odmawia się aptekom nawet prawa do

komunikowania o możliwości zapłacenia kartą płatniczą, bądź realizacji bonów towarowych w aptece, a także o prowadzonym w niej programie opieki farmaceutycznej.

Tymczasem czym innym jest reklama, a czym innym informacja, w tym informacja o ofercie handlowej, do przedstawienia której każdy przedsiębiorca ma prawo, a nawet obowiązek, zważywszy, że każdy nabywca (pacjent) ma prawo otrzymać taką informację jako strona umowy sprzedaży i jako konsument. Pacjent jest ponadto w relacji z apteką nabywcą i konsumentem, a więc ma uprawnienia informacyjne przysługujące mu na podstawie regulacji kodeksu cywilnego oraz art. 2 i 3 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz. U. z dnia 5 września 2002 r.). Z analizy powyższych przepisów wynika, iż apteka ma nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek, informowania swoich klientów o ofercie handlowej towarów i usług, w tym o ich cenach, co oznacza, że także o możliwych rabatach, a także o wszelkich kwestiach związanych z zażywaniem leków lub innych produktów oferowanych w aptece. Możliwość przedstawienia klientowi oferty handlowej wynika również ze swobody działalności gospodarczej chronionej art. 20 i 22 Konstytucji RP, jak wskazano powyżej.

**Działania apteki podejmowane w lokalu apteki a także poza nim, jednakże mieszczące się w pojęciu neutralnej informacji o ofercie handlowej, mogą być nakierowane na osiągnięcie zysku, na tym bowiem polega funkcja oferty handlowej. Działania takie nie mogą być kwalifikowane przez zamiar lub cel zwiększenia sprzedaży towarów w aptece jako niedozwolona reklama apteki lub jej działalności. A tak się dzieje na tle obecnego brzmienia przepisu.**

Zakaz takich działań pozostaje w sprzeczności z istotą prowadzenia działalności zarobkowej opartej na swobodnym kształtowaniu warunków handlu i uczciwej konkurencji. Pomimo zakazu reklamy działalności aptek pozostają one przedsiębiorstwami, a przedsiębiorcy muszą mieć możliwość dostosowania się do warunków rynku, który w bardzo istotnym zakresie jest rynkiem otwartym na konkurencję. Oznacza to, że działania polegające na zachęceniu do zakupów poprzez korzystne dla konsumenta oferty cenowe nie mogą być uznane za wchodzące w zakres prawnego pojęcia reklamy aptek. Taki zasadniczy wniosek wypływa z koniecznego wyważenia kolidujących dóbr – swobody działalności gospodarczej i "ważnego interesu publicznego", który ma być uzasadnieniem zakazu reklamy aptek. Wprowadzenie zakazu reklamy aptek i ich działalności oraz literalna wykładania tego przepisu stosowana przez organy nadzoru, a następnie powtórzona przez sądy administracyjne we wskazanych wyżej wyrokach, uniemożliwia przedsiębiorcom prowadzenie działalności, a pacjentom prawidłowe korzystanie z usług apteki, która jest jednym z podmiotów w systemie ochrony zdrowia. Przedmiotowy zakaz oparty jest na fałszywym przekonaniu o tym, że nieświadomość pacjenta jest "dobrem" a świadomość i wybór jakiejś oferty czy usługi "złem". Poza tym w efekcie jego szerokiej interpretacji dotyczącej także rabatowania cen leków nierefundowanych, zakaz reklamy wprowadza zakaz obniżania cen leków dla pacjentów, a więc podnosi im koszty terapii, a także prowadzi do naruszenia konstytucyjnie chronionego prawa każdego człowieka do ochrony zdrowia (art. 68 ust. 1 Konstytucji RP).

**Na negatywne skutki wprowadzenia całkowitego zakazu reklamy aptek dla konsumentów, jak uprawnionych z art. 54 Konstytucji odbiorców informacji, w tym informacji handlowej, Prezes UOKIK wskazywał już w 2008 r.,** kiedy regulacja analogiczna do wprowadzonej w 2012 r. była proponowana w projekcie ustawy *o zmianie ustawy Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw* z dnia 3 listopada 2008 r. W swoich uwagach zgłoszonych wówczas w ramach konsultacji społecznych Prezes UOKIK uznała

m.in., że: „Należy jednoznacznie stwierdzić, że zaproponowane brzmienie art. 94a ust. 1 oraz ust. 1a odnośnie wprowadzenia zakazu reklam aptek lub punktów aptecznych a także placówek obrotu pozaaptecznego (odnosząca się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych) **jest zupełnie nie do przyjęcia**” i że „O ile zasadne jest wprowadzenie pewnych wytycznych co do reklamy (...), to reklama sama w sobie nie powinna być zakazana”.

Prezes UOKiK wskazywała również na płynące z reklamy korzyści dla pacjenta: „Głównym atrybutem reklamy jest korzyść zarówno po stronie konsumenta jak i podmiotu prowadzącego określonego typu działalność gospodarczą. Reklama na rynku aptek może przynosić konsumentom wymierne korzyści, ponieważ zwiększa przejrzystość tego rynku, ułatwiając konsumentom znalezienie apteki najlepiej dostosowanej do ich potrzeb.”

Jak wynika z Raportu „Wpływ ustawy o refundacji leków na dostęp pacjenta do farmakoterapii, budżet NFZ oraz branżę farmaceutyczną. Ocena skutków regulacji” [[http://infarma.pl/fileadmin/templates/infarma\\_v1.0/design/gfx/Raport\\_Wplyw\\_ustawy\\_o\\_refundacji\\_lekow.pdf](http://infarma.pl/fileadmin/templates/infarma_v1.0/design/gfx/Raport_Wplyw_ustawy_o_refundacji_lekow.pdf)], wpływ na budżet NFZ i na branżę farmaceutyczną, w wyniku zmian wprowadzonych tą ustawą, m.in. zakazu reklamy aptek pacjenci płacą obecnie więcej za leki, w tym zwłaszcza leki nierefundowane, gdzie wzrost cen wynika m.in. właśnie z faktycznego zakazu „obniżania cen” wyinterpretowanego niesłusznie z zakazu reklamy aptek.

**Dowód:** Raport „Wpływ ustawy o refundacji leków na dostęp pacjenta do farmakoterapii, budżet NFZ oraz branżę farmaceutyczną. Ocena skutków regulacji”, s. 9-11, 56-63.

#### - Załącznik Nr 13 -

Zakaz reklamy aptek nie pozwala aptekom konkurować ze sklepami, w których także sprzedaje się niektóre leki i wyroby medyczne. Tym samym dochodzi do przejścia klientów apteki do miejsc zakupu tych produktów, w których nie ma żadnego fachowego doradztwa.

Ponadto zakaz reklamy aptek *de facto* doprowadził do zamrożenia opieki farmaceutycznej, która jest obowiązkiem aptek, niemożliwym obecnie do wykonania. Spowodował np. zakończenie naukowych badań dotyczących zakresu i jakości tej opieki bowiem samo ogłoszenie o udziale w badaniu niezbędna dla znalezienia chętnych do udziału w badaniu potraktowane zostało przez nadzór farmaceutyczny jako reklama apteki. Znany jest także przypadek zakwestionowaniu napisu „mówimy po litewsku” na szybie pewnej apteki w Suwałkach. Zakomunikowaniu pacjentom, iż może otrzymać jakąkolwiek usługę w aptece wyróżniająca tę aptekę od innych w dziedzinie np. specjalizacji medycznej zawsze może doprowadzić do rzekomo zakazanego „powiększania klientów”.

Skarżąca podnosi, że przepis o naturze bardzo podobnej do całkowitego zakazu reklamy aptek i ich działalności, odnoszący się do całkowitego zakazu reklamy zawierającej informacje o otwartych funduszach emerytalnych lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy emerytalnych (dalej: „OFE”), stał się przedmiotem wniosku Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o zbadanie zgodności z Konstytucją RP (sygn. akt sprawy K 1/14)<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Chodzi w szczególności o art. 197a ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz. U. 2013 poz. 989 ze zm.):

**Art. 197a 1. W roku, w którym mogą być składane oświadczenia, o których mowa w art. 39a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, od dnia 1 stycznia do dnia 31 lipca jest zakazana reklama zawierająca informacje o otwartych funduszach lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy.**

**2. Za reklamę nie uważa się zamieszczania na stronie internetowej otwartego funduszu informacji, o których mowa w art. 191 ust. 1 i 1a.**

W swoim wniosku Prezydent RP wskazał m.in., że zakaz reklamy OFE jest niezgodny z art. 54 ust. 1 Konstytucji, bowiem:

*„Rodzaj i zakres przekazywanych informacji ma istotny wpływ na kształtowanie się pozycji nabywcy dóbr lub usług, w tym konsumenta, a wśród filarów ochrony konsumenta, obok stosowanych regulacji prawnych, wymienia się przysługujące im prawo do informacji. Uprawnienie to sprowadza się do zapewnienia nabywcom dóbr lub usług suwerenności w zakresie podejmowania przez nich decyzji i ma uczynić ich aktywnymi uczestnikami obrotu gospodarczego. (...) Ewentualne ograniczenia w tym zakresie mogą być wprowadzane jedynie przepisami rangi ustawowej, przy jednoczesnym spełnieniu jednej z przesłanek przewidzianych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP”.*

Zdaniem Prezydenta RP zakaz reklamy OFE nie przechodzi tzw. testu proporcjonalności:

*„(...) Odbiorcami reklamy dotyczącej OFE są osoby dorosłe, podlegające ubezpieczeniu emerytalnemu, wykonujące różnego rodzaju prace, odpowiedzialne i samodzielnie podejmujące życiowe decyzje, a zatem osoby, które są w stanie zrozumieć i rzetelnie ocenić prezentowane im w reklamie treści”.*

*„Trybunał Konstytucyjny stwierdzając brak zgodności z Konstytucją przepisów ograniczających wolność rozpowszechniania i pozyskiwania informacji podkreślał, że <<ograniczenia te nie wytrzymują testu proporcjonalności na podstawie art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przede wszystkim dlatego, że nie można wskazać wartości, spośród określonych w tym przepisie, którym mogłoby zagrażać korzystanie w czasie kampanii wyborczej z wielkopowierzchniowych plakatów czy haseł lub odpłatne rozpowszechnianie wyborczych audycji radiowych lub telewizyjnych. Z pewnością zakaz ich stosowania nie jest konieczny dla zapewnienia bezpieczeństwa państwa, ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej ani wolności i praw innych osób>> (wyrok z dnia 20 lipca 2011 r., sygn. akt K 9/11)”.*

Zdaniem Skarżącej argumentacja przywołana przez Prezydenta RP we wniosku o zbadanie zgodności z Konstytucją RP przepisów o zakazie reklamy OFE pozostaje w odpowiednim zakresie aktualna również wobec zakazu reklamy aptek i ich działalności.

**Dowód:** Wniosek Prezydenta RP z dnia 30 stycznia 2014 r. do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności z Konstytucją przepisu o zakazie reklamy OFE.

- Załącznik nr 14 -

### **3. Uzasadnienie do zarzutu niezgodności skarżonego przepisu z art. 20 i 22 w zw. z art. 2 Konstytucji RP**

Zaskarżony przepis art. 94a ust. 1 PF jest niezgodny z art. 20 i art. 22 w zw. z art. 2 Konstytucji RP, bowiem narusza on prawo Skarżącej do wykonywania działalności gospodarczej, której ograniczenia mogą wynikać jedynie z przepisów ustawowych **uchwalonych zgodnie z zasadą państwa prawnego z zachowaniem zasad prawidłowej legislacji**. Naruszenie wskazanych przepisów nastąpiło poprzez ustanowienie całkowitego zakazu reklamy aptek i ich działalności, w sposób niezgodny z zasadą prawidłowej legislacji.

---

3. W przypadku naruszenia zakazu określonego w ust. 1 organ nadzoru, w drodze decyzji administracyjnej, nakazuje towarzystwu lub podmiotowi działającemu na rzecz towarzystwa lub funduszu zaprzestanie tego naruszenia i nakłada na towarzystwo lub podmiot działający na rzecz towarzystwa lub funduszu karę pieniężną w wysokości od 1.000.000 zł do 3.000.000 zł.

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

Naruszenie zasady prawidłowej legislacji wyprowadzanej z art. 2 Konstytucji RP ma w przypadku skarżonego przepisu art. 94a PF dwa wymiary:

- a) **po pierwsze** zasada prawidłowej legislacji nakazuje formułować szczegółowe przepisy prawne – konkretyzujące prawa i obowiązki obywateli – w sposób jasny i zrozumiały, tak by zachowana była zasada zaufania do tworzonego prawa (tak wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 lutego 2008 r., sygn. akt P 48/06);
- b) **po drugie** zasada prawidłowej legislacji nakazuje legislatorowi tworzącemu prawo działać w pewnych ściśle określonych ramach, zgodnie z obowiązującymi zasadami techniki prawodawczej, z wyłączeniem dowolności w formułowaniu przepisów konkretyzujących prawa i obowiązki obywateli.

### **3.1. Zasada prawidłowej legislacji – dyrektywa formułowania przepisów w sposób jasny, zrozumiały i z zachowaniem zasady zaufania do tworzonego prawa**

Jednym z przejawów zasady prawidłowej legislacji, realizowanej poprzez art. 2 Konstytucji RP, jest konieczność zastosowania **zasady dostatecznej określoności** tworzonych przepisów prawa oraz **zasady zaufania obywateli do państwa**, konstytuujące nakaz „jasnego i zrozumiałego formułowania szczegółowych przepisów prawnych” (tak wyrok TK z 19 lutego 2008 r., sygn. akt P 48/06). W swoim wyroku z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. akt K 17/11 Trybunał Konstytucyjny potwierdził zaś, że „zasada poprawnej legislacji jest funkcjonalnie związana z zasadą zaufania obywateli do państwa i zasadą bezpieczeństwa prawnego”. Przepisy prawa winny być stanowione w sposób precyzyjny, jednoznaczny, nie powodujący istotnych wątpliwości prawnych, co z kolei wiąże się z **koniecznością posługiwania się pojęciami zdefiniowanymi i posiadającymi zrozumiałą treść** (por. wyrok TK z dnia 17 grudnia 2002 r., sygn. akt U 3/02). Przepis powinien być ponadto tak ujęty, aby zakres jego zastosowania obejmował tylko te sytuacje, w których działający racjonalnie ustawodawca zamierzał wprowadzić regulację ograniczającą korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw (por. wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2009 r., sygn. akt K 50/07 i powołane tam orzecznictwo), co potwierdza stwierdzenie, że „*pojęcia nieostre, do których odwołuje się ustawodawca, nie mają charakteru blankietowego, nie dają podstaw do dowolnego kształtowania ich treści. Na organach stosujących prawo ciąży obowiązek identyfikacji ich treści z uwzględnieniem podstawowych zasad prawa, ogólnosystemowych wartości i standardów konstytucyjnie chronionych*” (tak wyrok TK z dnia 5 września 1999 r., sygn. akt K 11/99).

W świetle powyższego należy uznać, że skarżony przepis art. 94a ust. 1 PF jest niezgodny z zasadą prawidłowej legislacji, bowiem nie spełnia on wymagań dostatecznej jasności, określoności i jednoznaczności, czym narusza też zasadę zaufania obywateli do państwa i tworzonego przez nie prawa.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że **ani art. 94a PF, ani żaden inny przepis prawa nie zawiera definicji reklamy aptek i ich działalności**, co – jak pokazują oparte na tym przepisie art. 94a PF wyroki sądów administracyjnych – rodzi poważne wątpliwości interpretacyjne, prowadzące do wniosków absurdalnych i niezgodnych z wzorcami konstytucyjnymi. Ponadto, obecne brzmienie tego przepisu nie pozwala na jednoznaczne ustalenie zakresu pojęcia reklamy apteki, a także uniemożliwia dokonanie jasnego rozróżnienia pomiędzy reklamą a informacją. Dochodzi do uznania, że oferta, informacja o ofercie, czy w ogóle jakiegokolwiek działania apteki, które budzić będą zaufanie pacjentów i



powodować ich powrót do danej placówki, są zakazane jako zachęta czy utrzymywanie klienteli.

Wobec braku jednoznacznej definicji reklamy apteki i jej działalności, w dotychczasowych postępowaniach sądy pomocniczo stosowały definicje, którymi ustawodawca posłużył się na inne potrzeby. Do takich pomocniczo stosowanych definicji należy definicja reklamy produktu leczniczego, którą sądy stosują poprzez analogię (co jest niezgodne z zasadą interpretacji norm zakazowych *in dubio pro libertate* i zakazu analogii, szerzej opisanych w pkt II.1 niniejszej skargi). Zdefiniowana w ustawie reklama leków jest co do zasady dozwolona. Jej definicja nie służy więc do interpretacji przepisów zakazowych. Reklama leków jest regulowana i w pewnych obszarach ograniczona, ale nie jest generalnie zakazana. Te zakazy dotyczące reklamy leków (np. reklama leków na receptę do publicznej wiadomości) mają jednak silne uzasadnienie w ważnym interesie publicznym i jako takie – zgodnie z art. 22 Konstytucji RP – nie godzą w sposób nieuzasadniony w swobodę działalności gospodarczej. Zarówno Dyrektywa 2001/83/WE, jak i implementujące ją Prawo farmaceutyczne silnie regulują proces reklamowania leków, jednak takiej reklamy co do zasady nie zabraniają. Tym bardziej więc za nieuzasadniony należy uznać całkowity zakaz reklamy aptek i ich działalności.

Przepis art. 94a PF nie dokonuje też w sposób wystarczający rozróżnienia pomiędzy reklamą a informacją o ofercie handlowej, co w praktyce orzeczniczej prowadzi do utożsamienia reklamy z każdą informacją o charakterze handlowym, niebędącą informacją o lokalizacji i godzinach pracy apteki (zob. pkt II.2 niniejszej skargi).

Apteka, jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą ma prawo stosować swoją ofertę i różnicować ją tam, gdzie ceny towarów nie są regulowane ustawą refundacyjną. Ceny produktów nierefundowanych mogą się więc różnić, a podmioty oferujące takie nierefundowane produkty powinny móc cenowo konkurować. Działania sprzedażowe, mające na celu zwiększenie liczby klientów, co jest uzasadnione celem prowadzenia działalności gospodarczej, są normalnym zjawiskiem handlowym i nie stanowią reklamy przedsiębiorcy. **Dochodzi tu do utożsamienia reklamowania działalności aptek z samą działalnością, która poprzez szeroki zakres przepisu zakazowego staje się inkryminowana.**

Interpretacja taka – niezgodna z wzorcami konstytucyjnymi i zasadami wykładni przepisów zakazowych, ale stosowana przez organy Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej oraz sądy – wynika zdaniem Skarżącej z **niewłaściwego i mijającego się z założeniami ustawodawcy sformułowania przepisu art. 94a ust. 1 PF.**

Skarżąca podkreśla, że liczne wątpliwości co do zakresu zakazu reklamy aptek oraz braku precyzyjności tego zakazu podnoszą również podmioty trzecie, w tym **Ministerstwo Gospodarki**, które w swoim stanowisku do planowanej nowelizacji ustawy refundacyjnej (przy uchwalaniu której doszło do wprowadzenia zakazu reklamy aptek do Prawa farmaceutycznego) wyraźnie stwierdza, że:

**„Konieczne jest doprecyzowanie brzmienia art. 94a o całkowitym zakazie reklamy aptek i prowadzonej przez nie działalności w sposób, który dokonałby jednoznacznego rozróżnienia między zakazaną reklamą od informacji o ofercie. W obecnym kształcie przepis ten ma negatywny wpływ na ochronę zdrowia, rynek pracy i konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość. Stoi także w sprzeczności z zasadami proporcjonalności i wolności gospodarczej. Proponujemy doprecyzować zapisy tak, aby wyraźnie wskazać przedsiębiorcy, jakich działań nie uważa się za reklamę apteki.”**

Podobnego zdania są także związki i konfederacje pracodawców, tj. Związek Pracodawców Aptecznych PharmaNET, Konfederacja Lewiatan, Izba Gospodarcza Właścicieli Punktów Aptecznych i Aptek, Izba Gospodarcza Farmacja Polska. Wszystkie te organizacje wskazują na konieczność doprecyzowania przepisu o generalnym zakazie reklamy aptek poprzez wyodrębnienie pojęcia reklamy od pojęcia informacji. Nie da się bowiem funkcjonować bez rozróżnienia tych sfer. Obecny zakaz ingeruje bowiem w istotę działalności gospodarczej w sposób nieproporcjonalny i blokuje wszystkie działania informacyjne, a więc także te potrzebne i pożyteczne dla pacjentów.

**Dowód:** Fragmenty stanowisk Ministerstwa Gospodarki, Związku Pracodawców Aptecznych PharmaNET, Konfederacji Lewiatan, Izby Gospodarczej Właścicieli Punktów Aptecznych i Aptek, Izby Gospodarczej Farmacja Polska złożonych w konsultacjach społecznych do nowelizacji ustawy refundacyjnej

- Załącznik nr 15 -

### 3.2. Zasada prawidłowej legislacji – naruszenie zasady tworzenia prawa zgodnie z zasadami przyzwoitej legislacji

Zaskarżony przepis art. 94a ust. 1 PF narusza art. 2 Konstytucji RP, bowiem jego uchwalenie w ramach nowelizacji Prawa farmaceutycznego dokonanej w ustawie refundacyjnej nastąpiło niezgodnie z obowiązującymi zasadami przyzwoitej legislacji, w tym w szczególności:

- a) przepis ten pozostawał **poza sferą regulowaną ustawą refundacyjną** (przepis nie dotyczył refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych);
- b) został dodany do projektu ustawy refundacyjnej **na etapie prac sejmowych**, przy czym inicjatywa w tym zakresie nie pochodziła od strony rządowej, a więc autora projektu ustawy;
- c) został dodany do projektu ustawy refundacyjnej **bez oceny skutków regulacji i bez konsultacji społecznych oraz uzgodnień międzyresortowych**,

**co jest niezgodne ze standardami państwa prawnego, określonymi w art. 2 Konstytucji RP.**

Wprowadzenie zaskarżonego przepisu do obowiązującego porządku prawnego nastąpiło – jak wskazano powyżej – na etapie prac sejmowych, bez konsultacji społecznych i uzgodnień międzyresortowych oraz bez przeprowadzenia oceny skutków regulacji, **na wniosek samorządu aptekarskiego.**

Próby ustanowienia zakazu reklamy aptek podejmowane były już wcześniej – chociażby w 2008 r., kiedy do sejmowej wersji Projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz niektórych innych ustaw („Projekt z 2008 r.”) wprowadzono propozycję przepisu o brzmieniu identycznym z obecnym. Przepis Projektu z 2008 r. spotkał się jednak ze stanowczym sprzeciwem i krytyką, i ostatecznie w wersji senackiej zakaz reklamy aptek został ograniczony jedynie do reklamy odnoszącej się bezpośrednio do leków refundowanych.

Jako uzasadnienie dla całkowitego zakazu reklamy aptek wskazywano w Projekcie zwiększenie „ochrony pacjentów oraz finansów publicznych przed negatywnymi skutkami reklamy placówek zajmujących się dystrybucją produktów leczniczych i wyrobów medycznych” (str. 48). Zdaniem projektodawcy „Korzystanie z usług aptek i punktów aptecznych, podobnie jak z innych placówek ochrony zdrowia publicznego, wynika z

*konieczności życiowej i z pewnością nie powinno być wynikiem reklamy lub promocji. (...) W związku z tym konkurencja aptek, a w szczególności wszelkie reklamy odnoszące się do produktów leczniczych, powinna być zabroniona” (str. 48).*

Na temat braku uzasadnienia dla tak znacznego ograniczenia działalności gospodarczej oraz wad proponowanego rozwiązania wypowiedzieli się m.in. uczestnicy prac parlamentarnych nad Projektem z 2008 r.:

- *„Przepisy tej ustawy z tymi poprawkami zgłoszonymi w Komisji Zdrowia, które dzisiaj zostały przegłosowane, zmniejszą konkurencyjność na rynku farmaceutycznym, co będzie skutkowało wyższą ceną leków...uniemożliwiają ludziom bezpośredni dostęp do leków, które można dostarczyć transportem do domu, umożliwiają reklamę produktów leczniczych, kryptoreklamę, na stacjach CPN-u, w sklepach Biedronki, w kioskach, a zabraniają reklam polskim aptekom, co również zmniejszy konkurencję i podniesie cenę (...) ta ustawa i te regulacje nie są korzystne dla polskich pacjentów”. (Poseł Krzysztof Grzegorek, PO);*
- *„O ile zgadzamy się, że w reklamie nie powinno używać się leków refundowanych z budżetu państwa, to nie widzimy najmniejszych podstaw do tego, aby pacjent nie miał wyboru, gdzie może kupić tańsze pampersy albo oliwkę dla dziecka. Całkowity zakaz reklamy uderzy paradoksalnie w polskich właścicieli aptek, ponieważ nie ograniczy reklamy hipermarketów czy stacji benzynowych, na których te produkty będą sprzedawane. Tam sprzedaż wzrośnie, w polskich aptekach zmaleje (...)”. (Poseł Krzysztof Grzegorek, PO);*
- *„Klub Parlamentarny Polskiego Stronnictwa Ludowego uważa, że ten zapis ustawowy narusza swobodę gospodarczą i można go uznać za niekonstytucyjny. Jedyną konstytucyjną przesłanką, która pozwala ograniczać swobodę prowadzenia działalności gospodarczej, to ochrona zdrowia obywateli. Nie jest ona w przypadku tego zapisu spełniona. Stwarza to dodatkowe zagrożenie, gdyż zakazowi reklamy nie będą podlegały na przykład supermarkety, kioski Ruchu, stacje benzynowe.” (Poseł Andrzej Sopiński, PSL).*

Propozycja zmiany treści art. 94a ust. 1 PF wróciła przy okazji prac legislacyjnych nad ustawą refundacyjną i została zgłoszona w imieniu Naczelnej Izby Aptekarskiej podczas posiedzenia Podkomisji nadzwyczajnej do spraw rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych dnia 17 lutego 2011 r. Przedstawiciel NIA sam wskazał wówczas, że samorząd aptekarski od wielu lat zabiegał o zmianę art. 94a ust. 1 PF i powołał się na zakazy reklamy obowiązujące inne podmioty z sektora ochrony zdrowia, przede wszystkim zakłady opieki zdrowotnej. Co istotne, przywołane zakazy są jednak dużo węższe, niż zakaz reklamy aptek, o którym mowa w art. 94a PF, a także nie blokują one dostępu do informacji, do której konstytucyjnie chronione prawo przysługuje obywatelowi.

Wart przywołania jest fakt, że przed wprowadzeniem obecnej wersji przepisu istniał zakaz reklamy do publicznej wiadomości i dotyczył on powiązania reklamy z lekami refundowanymi. Jeszcze raz przypominamy, że zgodnie z poprzednio obowiązującym brzmieniem przepisu art. 94a:

*Zabroniona jest reklama działalności aptek lub punktów aptecznych skierowana do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych*

*lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach.*

Przy okazji prac nad ustawą refundacyjną zakaz rozszerzono w sposób niezwiązany już z lekami refundowanymi, ani z żadnymi innymi lekami. **Inicjatywa ta miała na celu eliminację konkurencji pomiędzy aptekami, a nie ochronę interesu pacjentów czy konsumentów.** Monopolistyczny (obligatoryjny) samorząd zawodowy tym sposobem zaangażował państwo w wewnętrzną walkę pomiędzy aptekarzami zrzeszonymi w samorządzie. Sam ten zabieg, jak również sposób jego wprowadzenia, rodzi podstawy o zarzutu niezgodności zakazu z art. 2 Konstytucji RP, z którego wynika zasada prawidłowej legislacji.

W toku procesu legislacyjnego nie zostały podjęte żadne analizy brzmienia proponowanego przepisu, czy starania, by nadać mu optymalną z perspektywy wymogów prawidłowej legislacji treść. Przedmiotowa zmiana art. 94a pojawiła się w końcowej fazie procesu legislacyjnego i została formalnie wprowadzona w drodze poprawki poselskiej, bez przeprowadzenia uzgodnień międzyresortowych np. z Ministrem Gospodarki czy Prezesem UOKiK, konsultacji społecznych, analizy skutków regulacji, zbadania zgodności projektu z prawem UE. Zaskarżony przepis nie był też w toku prac parlamentarnych opiniowany pod kątem zgodności z ustawą zasadniczą.

Okoliczności wprowadzenia kwestionowanego przepisu wskazują, że generalny zakaz reklamy aptek nie był wszechstronnie rozważoną propozycją organów władzy publicznej (np. Ministra Zdrowia), lecz efektem wieloletnich zabiegów samorządu zawodowego aptekarzy (zwłaszcza Naczelnej Rady Aptekarskiej). Okoliczność tę potwierdza np. treść pisma z 27 maja 2013r. skierowanego przez Ministra Zdrowia do marszałka Senatu RP – pana Bogdana Borusewicza, gdzie stwierdzono m.in.: *„Wyjaśniam, że problematyczny zapis był inicjatywą, która wyszła od środowiska aptekarskiego, a konkretnie od samorządu aptekarskiego (przykładem niech będzie pismo Prezesa Naczelnej Izby Aptekarskiej znak L.dz.P-356/2010, w którym samorząd aptekarski proponował dokładnie takie zmiany w zakresie reklamy aptek, jakie ostatecznie znalazły odzwierciedlenie w prawie).”*

Przedmiotowy zakaz jest więc efektem wieloletniego, prowadzonego już m.in. przy okazji procedowania nowelizacji Prawa farmaceutycznego w 2007 i 2008 roku, lobbingu samorządu aptekarskiego, który ma naturę monopolisty, dla którego konkurencja pomiędzy aptekami jest zjawiskiem negatywnym. Ogólnie dostępne informacje, a także obecna postawa samorządu zawodowego aptekarzy, świadczą o tym, że przeforsowany zakaz reklamy aptek służyć miał ograniczeniu, bądź nawet wyeliminowaniu konkurencji na rynku aptecznym, poprzez pozbawienie aptek możliwości konkurowania, uzasadniane jednakże oficjalnie postulatem przywrócenia właściwego statusu apteki jako placówki ochrony zdrowia. Przedmiotowy zakaz został zatem w rzeczywistości przeforsowany nie tyle w interesie pacjenta, lecz w interesie pewnej grupy aptek (części środowiska aptekarskiego), w celu poprawienia ich sytuacji na rynku aptecznym.

W efekcie wprowadzenia tego przepisu samorząd aptekarski rozpoczął działania noszące znamiona naruszenia prawa konkurencji wobec własnych członków. Analiza działań NIA, a także pism, w szczególności pisma NIA do Ministra Zdrowia z dnia 25 listopada 2011 r. (L.dz. P-269/2011) oraz Listu otwartego Prezesa Naczelnej Rady Aptekarskiej do Ministra Zdrowia z dnia 9 lutego 2012 r. wprost wskazują, że NIA stara się pod pozorem walki z niedozwoloną reklamą aptek zwalczyć także stosowanie obniżek cen przez same apteki. Np. NIA nawołuje w swoich komunikatach:

- "przestrzegamy wszystkich kierowników aptek przed działaniami niezgodnymi z prawem, w szczególności udziałem aptek w jakichkolwiek programach lojalnościowych i rabatowych".

**Dowód:** Komunikat w sprawie reklamy aptek L. dz. P-58/2012 r. z 5 marca 2012 r.

- Załącznik nr 16 -

Samorząd aptekarski podjął szereg czynności ograniczających konkurencję pomiędzy farmaceutami, które mogą wskazywać na nadużycie pozycji monopolistycznej, czego przejawem jest m.in. straszenie osób wykonujących zawód farmaceuty postępowaniami dyscyplinarnymi podczas nieoficjalnych spotkań i rozmów czy odmowa wydawania farmaceutom rękojmi wykonywania zawodu (np. Stanowisko Nr VI/1/2012 z dnia 11 kwietnia 2012 r. Naczelnej Rady Aptekarskiej w sprawie zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności).

**Dowód:** Stanowisko Nr VI/1/2012 z dnia 11 kwietnia 2012 r. Naczelnej Rady Aptekarskiej

- Załącznik nr 17 -

Przepis art. 94a ust. 1 PF, rozumiany aktualnie jako zakaz jakichkolwiek promocyjnych działań apteki i informacji o nich innych niż podanie informacji o lokalizacji i godzinach otwarcia, jest całkowicie dysfunkcyjny, bowiem w istocie staje się zakazem **działalności**, a nie **reklamy działalności**.

Na marginesie Skarżąca pragnie zwrócić uwagę, że działania samorządu aptekarskiego wskazane powyżej i **zmierzające do ograniczenia wolności działalności gospodarczej podmiotów prowadzących apteki i punkty apteczne** nie są pierwszymi tego typu działaniami. Jak już wskazano w pkt. II.1 niniejszej skargi, w dniu 20 sierpnia 1992 r. Trybunał Konstytucyjny wydał orzeczenie w sprawie K 4/92 dotyczącej podmiotowego ograniczenia możliwości uzyskania koncesji wyłącznie do osób fizycznych będących farmaceutami. Za takim ograniczeniem optowała ówczesna Naczelna Rada Aptekarska, twierdząca, że:

*„(...) W trosce o przestrzeganie zasad deontologii zawodowej, zapobieganie wypadkom postępowania sprzecznego z dobrem człowieka chorego - pacjenta apteki, z wiedzą farmaceutyczną i przepisami dotyczącymi wykonywanie zawodu farmaceuty, [NRA – przyp. Skarżące] opowiada się za utrzymaniem zasady, iż koncesje na prowadzenie aptek powinni otrzymywać wyłącznie farmaceuci”.*

Wskazane ograniczenie zostało ocenione przez Trybunał Konstytucyjny **jednoznacznie negatywnie**. W uzasadnieniu orzeczenia Trybunał Konstytucyjny wskazał m.in., że:

*„Wprowadzone ograniczenia w zasadzie uniemożliwiają uzyskanie koncesji na prowadzenie aptek osobom prawnym oraz jednostkom organizacyjnym nie mającym osobowości prawnej utworzonym jednak zgodnie z przepisami prawa, co jest regulacją odbiegającą od brzmienia art. 2 ust. 1 ustawy o działalności gospodarczej. Farmaceutą może być bowiem jedynie osoba fizyczna. (...) W zasadę swobody gospodarczej godzą właśnie ograniczenia podmiotowe dotyczące udzielania koncesji na prowadzenie aptek ustalone w art. 33 ust. 2 ustawy o środkach farmaceutycznych”.*

W ostatnim czasie zaś samorząd aptekarski podjął próbę ograniczenia wolności działalności gospodarczej aptek poprzez przyjęcie uchwały dotyczącej opiniowania kandydatów na kierowników aptek, ustanawiając dodatkowe, niewynikające z przepisów prawa wymagania

wobec takich kandydatów. Uchwała została zaskarżona przez Ministra Zdrowia. W uzasadnieniu skargi wskazano, że wymagania, które musi spełnić kierownik apteki, zostały w sposób zupełny określone w przepisach, a ustawodawca nie przekazał organom samorządu aptekarskiego kompetencji do ustanawiania dodatkowych kryteriów, ponad te, które sprecyzowano w art. 88 ust. 2 oraz art. 99 ust. 4 PF. Rozpatrujący sprawę Sąd Najwyższy przychylił się do argumentacji Ministra Zdrowia, wskazując, że „kryteria, jakie powinien spełniać kandydat na kierownika apteki ogólnodostępnej, zostały precyzyjnie i wyczerpująco określone w powołanych wyżej przepisach i niedopuszczalne jest poszerzanie ich katalogu w drodze statuowania nowych, nieznanych ustawie przesłanek” i orzekł o uchyleniu uchwały jako niezgodnej z prawem (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2013 r., sygn. akt III ZS 8/13).

Argumentacja samorządu aptekarskiego w powyższych sprawie, podobnie jak w sprawie zakazu reklamy aptek i ich działalności, miała na celu zniesienie konkurencji między aptekami, a nie ochronę zdrowia publicznego.

\*\*\*

W związku z powyższym wnoszę jak na wstępie.

  
Paulina Kieszkowska-Knapik

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo do wniesienia skargi konstytucyjnej z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej
2. Odpis z KRS Skarżącej
3. Decyzja Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w B z dnia sierpnia 2012 r., sygn.
4. Odwołanie od decyzji Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w B z dnia sierpnia 2012 r., sygn.
5. Decyzja Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia października 2012, sygn.
6. Skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W na decyzję Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia października 2012, sygn.
7. Odpis wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W z dnia marca 2013 r., sygn. akt
8. Skarga kasacyjna do Naczelnego Sądu Administracyjnego od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W z dnia marca 2013 r., sygn. akt

9. Odpis wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia      października 2014 r., sygn. akt
10. Biuletyn Naczelnej Rady Aptekarskiej Nr IV/17/2007, ISSN 1896-3765
11. Notatka prasowa „MZ: apteki nie mogą uczestniczyć w programie Karta Dużej Rodziny” opublikowana na portalu rynekzdrowia.pl w dniu 31 października 2014 r.
12. Opinia prof. Pawła Sarneckiego w sprawie zgodności z Konstytucją RP niektórych rozwiązań ustawy z 12 maja 2011 r. o refundacji leków
13. Raport „Wpływ ustawy o refundacji leków na dostęp pacjenta do farmakoterapii, budżet NFZ oraz branżę farmaceutyczną. Ocena skutków regulacji”, s. 9-11, 56-63.
14. Wniosek Prezydenta RP z dnia 30 stycznia 2014 r. do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności z Konstytucją przepisu o zakazie reklamy OFE
15. Fragmenty stanowisk Ministerstwa Gospodarki, Związku Pracodawców Aptecznych PharmaNET, Konfederacji Lewiatan, Izby Gospodarczej Właścicieli Punktów Aptecznych i Aptek, Izby Gospodarczej Farmacja Polska złożonych w konsultacjach społecznych do nowelizacji ustawy refundacyjnej
16. Komunikat w sprawie reklamy aptek L. dz. P-58/2012 r. z 5 marca 2012 r.
17. Stanowisko Nr VI/1/2012 z dnia 11 kwietnia 2012 r. Naczelnej Rady Aptekarskiej
18. 4 odpisy skargi z załącznikami