



## SKARGA KONSTYTUCYJNA

Działając w imieniu Skarżącej (oryginał pełnomocnictwa oraz informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z KRS w załączeniu – zał. nr 1), na podstawie art. 79 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. 1997 Nr 78, poz. 483 z późn. zm.), dalej jako: „Konstytucja RP” oraz art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. 1997 Nr 102, poz. 643 z późn. zm.), dalej jako: „UoTK”, z zachowaniem przewidzianego w art. 46 ust. 1 UoTK terminu, składam niniejszą skargę konstytucyjną oraz

**wnoszę o stwierdzenie przez Trybunał Konstytucyjny, że:**

**przepis art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne** (tekst jedn. Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm., dalej jako: „ustawa Prawo farmaceutyczne” lub „pr. farm.”), w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 stycznia 2012 r. w wyniku zmiany wprowadzonej w drodze art. 60 pkt 7 lit. a) ustawy z dnia 12 maja 2011r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2011 r. nr 122 poz. 696 z późn. zm., dalej jako: „ustawa refundacyjna”), **przewidujący całkowity zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności,**

**jest niezgodny**

z następującymi wzorcami konstytucyjnymi:

- 1) **art. 2** Konstytucji RP tj. wynikającą z tego przepisu zasadą poprawnej (prawidłowej) legislacji;
- 2) **art. 20 oraz art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3** Konstytucji RP - zasadą wolności działalności gospodarczej;
- 3) **art. 54 w zw. z art. 31 ust. 3** Konstytucji RP - zasadą wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji;
- 4) **art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3** Konstytucji RP - zasadą wolności komunikowania się;
- 5) **art. 68 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3** Konstytucji RP - prawem do ochrony zdrowia;
- 6) **art. 31 ust. 3 w zw. z art. 2** Konstytucji RP - zasadą proporcjonalności.

Ponadto wnoszę o orzeczenie, na podstawie art. 24 ust. 2 UoTK, zwrotu na rzecz Skarżącej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Trybunałem Konstytucyjnym, także w przypadku, gdyby Trybunał nie uwzględnił skargi konstytucyjnej.

## PODSTAWY SKARGI KONSTYTUCYJNEJ

### I. Orzeczenie, którym Sąd ostatecznie orzekł o wolnościach i prawach Skarżącej

1. Orzeczeniem, którym w odniesieniu do Skarżącej, na podstawie zaskarżonego art. 94a ust. 1 pr. farm., Sąd orzekł ostatecznie o wolnościach lub prawach Skarżącej, jest **wyrok**

Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia      grudnia 2014 r., wydany w sprawie do sygn. akt:      (dalej jako: „Wyrok NSA”), w którym oddalona w całości została skarga kasacyjna Skarżącej na wyrok Sądu I. instancji – Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W      Wyrok NSA stanowi załącznik nr 2 do skargi konstytucyjnej. Wyrok NSA wraz z uzasadnieniem został doręczony na adres pełnomocnika Skarżącej w dniu 4 marca 2015 r.

2. Wskazany **Wyrok NSA jest wyrokiem prawomocnym**, wydanym przez sąd administracyjny ostatniej instancji, a zatem **orzeczeniem ostatecznym w toku instancji, od którego nie przysługuje Skarżącej jakikolwiek środek odwoławczy** (por. art. 168 p.p.s.a.). **Wyrok NSA stanowi zatem orzeczenie, którym Sąd orzekł ostatecznie o wolnościach lub prawach Skarżącej.**
3. O **wyczerpaniu przez Skarżącą dostępnych środków zaskarżenia** świadczą następujące okoliczności:
  - Skarżąca wniosła **odwołanie** od wydanej w sprawie decyzji organu I. instancji - decyzji nr      Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego z dnia      maja 2012 r., znak      (dalej też jako: „Organ I. instancji”, „Decyzja Organu I. instancji”) nakazującej Skarżącą (pkt I) zaprzestanie niedozwolonej reklamy działalności apteki ogólnodostępnej położonej w P      przy ul.      , polegającej na uczestnictwie w Programie      , Programie      oraz Programie      oraz (pkt II) nakładającej na Skarżącą karę pieniężną w wysokości      zł. w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy apteki;
  - Następnie Skarżąca wniosła **skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W**      (zwany też dalej: „WSA” lub „Sąd I. instancji”) na decyzję organu odwoławczego - Głównego Inspektora Farmaceutycznego (dalej też jako: „GIF” lub „Organ odwoławczy”), z dnia      lipca 2012r., znak      (dalej jako: „Decyzja Organu odwoławczego”, utrzymującą w mocy Decyzję Organu I. instancji);
  - Wreszcie Skarżąca wniosła **do Naczelnego Sądu Administracyjnego skargę kasacyjną od wyroku Sądu I. instancji – WSA w W**      , z dnia      marca 2013 r., sygn. akt:      (dalej jako: „Wyrok Sądu I. instancji”);
  - Przedmiotowym **Wyrokiem NSA ww. wspomniana skarga kasacyjna Skarżącej została oddalona w całości. Wyrok NSA jest orzeczeniem prawomocnym i ostatecznym w toku instancji.**

**załączniki:**

- wyrok NSA z      grudnia 2014 r.,      (zał. nr 2)
- decyzje organów inspekcji farmaceutycznej obu instancji oraz wyrok WSA w W      z dnia      marca 2013 r.,      , wydane w postępowaniach, w których Skarżąca była stroną (wobec Skarżącej), a także skarga i skarga kasacyjna złożone przez Skarżącą w ww. postępowaniach (zał. nr 3)

## II. Zaskarżony przepis - art. 94a ust. 1 pr. farm.

4. Podstawą prawną wskazanych powyżej decyzji administracyjnych, a następnie wyroków sądów administracyjnych, był art. 94a pr. farm., w tym zwłaszcza art. 94a ust. 1 pr. farm., w brzmieniu zmienionym przez art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. ustawy refundacyjnej, obowiązującym od dnia 1 stycznia 2012 r., brzmiący:

**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.**

5. **Przedmiotem zaskarżenia w niniejszej sprawie jest przepis art. 94a ust. 1 pr. farm.,** Należy jednak mieć świadomość, że z uwagi na konstrukcję przywołanego powyżej art. 94a pr. farm., orzeczenie stwierdzające niezgodność zaskarżonego art. 94a ust. 1 pr. farm. z Konstytucją RP, będzie miało wpływ także na funkcjonalnie powiązane z art. 94a ust. 1 pr. farm. i w tym sensie od niego zależne, przepisy art. 94a ust. 2-4 pr. farm., a także art. 129b pr. farm., przewidujący administracyjno-prawną karę pieniężną za naruszenie zakazu reklamowego przewidzianego w art. 94a pr. farm.

## III. Wskazanie naruszonych konstytucyjnych praw i wolności oraz sposobu ich naruszenia

6. Zdaniem Skarżącej **zaskarżony przepis art. 94a ust. 1 pr. farm.,** stanowiący materialno-prawną podstawę orzeczeń wydanych wobec Skarżącej, w tym przedmiotowego Wyroku NSA, a zatem przepis na podstawie którego w sposób ostateczny orzeczono o prawach i wolnościach Skarżącej, **narusza następujące zasady konstytucyjne odnoszące się do praw i wolności gwarantowanych przez Konstytucję RP:**

1) art. 2 Konstytucji RP tj. wynikającą z tego przepisu zasadę poprawnej (prawidłowej) legislacji;

2) art. 20 oraz art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP - zasadę wolności działalności gospodarczej;

3) art. 54 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP - zasadę wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji;

4) art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP - zasadę wolności komunikowania się;

5) art. 68 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP - prawo do ochrony zdrowia;

6) art. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP - zasadę proporcjonalności.

7. Zaskarżony przepis art. 94a ust. 1 pr. farm., który stanowi podstawę ww. rozstrzygnięć administracyjnych i sądowych wydanych wobec Skarżącej, narusza zatem **następujące prawa i wolności konstytucyjne**:

- **wolność działalności gospodarczej** wywodzoną przez Skarżącą będącą przedsiębiorcą z art. 20 i 22 Konstytucji RP, w zw. z art. 2 i 31 ust. 3 Konstytucji RP, przejawiającą się w szczególności w: (i) wolności prowadzenia promocji i reklamy zarówno dotyczącej samych przedsiębiorców (tu: prowadzących apteki), jak i ich działalności; (ii) wolności przedsiębiorców (tu: prowadzących apteki) w zakresie ustalania przez nich zasad zbywania towarów i świadczenia usług, w tym zwłaszcza kształtowania cen tych towarów i usług, w zakresie nie dotyczącym produktów refundowanych; (iii) wolności przedsiębiorców (tu: prowadzących apteki) w konkutowaniu z innymi przedsiębiorcami (prowadzącymi apteki oraz prowadzącymi tzw. obrót pozaapteczny) na rynku,

**której ograniczenia muszą spełniać warunki wynikające z postanowień Konstytucji RP tj. z art. 22, 31 ust. 1 oraz art. 2 Konstytucji RP**, a zatem następować w drodze ustawy, zgodnie z zasadą prawidłowej legislacji, bez naruszania istoty wolności i z zachowaniem zasady proporcjonalności.

Całkowity zakaz reklamy, jak dowodzi dotychczasowe orzecznictwo, stał się nie tyle zakazem prowadzenia reklamy działalności gospodarczej, co **zakazem prowadzenia działalności gospodarczej w bardzo istotnych aspektach takiej działalności**.

Zaskarżony przepis ogranicza wolność wykonywania działalności gospodarczej przez Skarżącą (oraz inne podmioty) w branży aptecznej w niezwykle szerokim zakresie, uniemożliwiając przedsiębiorcom z branży aptecznej nie tylko prowadzenie reklamy *sensu stricto*, ale i m.in. prowadzenia (bądź uczestniczenia w) jakichkolwiek działań promocyjnych, w tym promocji sprzedaży, a zwłaszcza tzw. programów lojalnościowych, ponadto rozpowszechniania informacji dotyczących prowadzonej działalności gospodarczej, w tym zwłaszcza dotyczących oferty handlowej przedsiębiorcy, a także informacji z zakresu zdrowia i zapobiegania chorobom (także w lokalu apteki, wobec jej aktualnych klientów), możliwości prowadzenia innego rodzaju działań marketingowych, w tym współpracy gospodarczej z innymi podmiotami, możliwości swobodnego kształtowania oferty handlowej, w tym zwłaszcza cen towarów i usług, możliwości sprawnego świadczenia usług takich jak opieka farmaceutyczna, należących do istoty działalności apteki, możliwości prowadzenia zgodnej z prawem reklamy produktów dostępnych w aptece, w tym produktów leczniczych.

Zakaz reklamy aptek **uniemożliwia informowanie o działalności apteki**, z wyjątkiem miejsca jej prowadzenia i godzin otwarcia.

Zakaz reklamy aptek uniemożliwia ponadto Skarżącej oraz innym przedsiębiorcom, realną konkurencję na rynku, pozbawiając ich wszelkich środków takiej konkurencji, w tym wszelkiej możliwości poinformowania klienteli o zaletach apteki.

**Całkowity zakaz reklamy aptek wynikający z art. 94a ust. 1 pr. farm. jest regulacją, która ingeruje w istotę wolności działalności gospodarczej (służącej m.in. Skarżącej), nie spełniając przy tym ani formalnych, ani materialnych warunków**

**stawianych przez Konstytucję RP przepisom ograniczającym konstytucyjne prawa i wolności.**

- **wolność rozpowszechniania informacji (wolność wypowiedzi)**, obejmującą także wypowiedzi komercyjne, oraz **wolność komunikowania się**, wywodzone przez Skarżącą z art. 54 ust. 1 i 49 Konstytucji RP, w zw. z art. 2 i 31 ust. 3 Konstytucji RP, w zakresie rozpowszechniania informacji oraz komunikowania się w ramach prowadzonej działalności (w relacji z pacjentem-klientem).

Całkowity zakaz reklamy aptek i ich działalności uniemożliwia Skarżącej rozpowszechnianie wszelkich informacji o działalności apteki Skarżącej (poza podaniem godzin pracy i lokalizacji apteki, choć w orzecznictwie także i rozpowszechnianie takich informacji, z uwagi na sposób rozpowszechniania, bywa oceniane jako zakazana reklama), a zatem nie tylko informacji *stricte* gospodarczych, ale i informacji o świadczonych dla ludności (pacjentów) usługach, w tym świadczonej opiece farmaceutycznej, wreszcie nawet szerzenia wiedzy o zdrowiu i zapobieganiu chorobom.

Przedmiotowy zakaz rozciąga się także na komunikację wewnątrz lokalu apteki, a także indywidualną komunikację pomiędzy farmaceutą a pacjentem. W konsekwencji zakaz reklamy aptek narusza również prawo pacjentów (klientów apteki) do pozyskiwania informacji ze strony apteki o działalności apteki, usługach zdrowotnych, ofercie produktowej i cenowej, prowadzonej opiece farmaceutycznej etc., godząc nie tylko w ich wolność pozyskiwania informacji i komunikacji, lecz także w gwarantowane w art. 68 ust. 1 Konstytucji RP prawo do ochrony zdrowia.

- **prawo do ochrony zdrowia** wywodzone z art. 68 ust. 1 Konstytucji RP, w zw. z art. 2 i 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Skarżącej – jako osobie prawnej – nie przysługuje co prawda konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia, prawo to natomiast przysługuje osobom fizycznym – pacjentom będącym aktualnymi bądź potencjalnymi klientami apteki Skarżącej. Naruszenie przez zaskarżoną regulację konstytucyjnie gwarantowanego pacjentom prawa do ochrony zdrowia pozostaje w funkcjonalnym związku z wyszczególnionymi powyżej naruszeniami praw i wolności Skarżącej. **Generalny zakaz reklamy aptek uniemożliwia bowiem w istotnym zakresie pełnienia przez aptekę Skarżącej zadania, do którego jest powołana jako jeden z elementów systemu ochrony zdrowia publicznego (placówka ochrony zdrowia).** Wskutek wprowadzenia zakazu reklamy aptek Skarżąca nie może w ramach działalności apteki w sposób prawidłowy wykonywać swej roli placówki ochrony zdrowia (m.in. edukować, informować pacjentów, organizować w sprawny i przyjazny dla nich sposób opiekę farmaceutyczną, uczestniczyć w programach ubezpieczeń lekowych, w programie kart seniora i kart dużej rodziny etc.), co w konsekwencji uderza w przysługujące pacjentom prawo do ochrony zdrowia, uniemożliwiając aptece Skarżącej pełne i prawidłowe uczestniczenie w ochronie zdrowia pacjentów.

## UZASADNIENIE

### I. Stan faktyczny

[zaskarżony przepis art. 94a pr. farm. oraz jego wykładnia w orzecznictwie]

- (1) **Z dniem 1 stycznia 2012 r. art. 60 pkt 7 ustawy refundacyjnej dokonał zmiany dotychczasowego brzmienia art. 94a pr. farm., wprowadzając do polskiego systemu prawnego całkowity (generalny) zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności.** Wspomniana zmiana pozostaje bez związku z przedmiotem regulacji ustawy refundacyjnej, została ona wprowadzona niejako „przy okazji”, przepisami ustawy refundacyjnej zmieniającymi przepisy innych ustaw, w tym wypadku ustawy Prawo farmaceutyczne. Przedmiotowa zmiana art. 94a pr. farm. jest efektem wieloletniego „lobbingu” władz samorządu aptekarskiego. W rządowym projekcie ustawy refundacyjnej brak było przedmiotowej regulacji, która została dodana do ustawy refundacyjnej na etapie prac w komisjach sejmowych, a w konsekwencji nie doczekała się żadnego oficjalnego (pisemnego) uzasadnienia.
- (2) Zgodnie z art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2012 r., **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.**
- (3) Zwrócić należy uwagę, iż w ustawie Prawo farmaceutyczne, w związku z powyższym zakazem reklamowym, **nie została wprowadzona** - ani w zmienionym przepisie art. 94a ust. 1 pr. farm., ani w tzw. słowniczku ustawowym (art. 2 pr. farm.) - **definicja legalna pojęcia reklamy apteki (punktu aptecznego) oraz jej działalności.** Z tego też względu szczególnie doniosłe znaczenie dla stosowania przedmiotowego przepisu ma jego wykładnia dokonywana w orzecznictwie organów nadzoru farmaceutycznego oraz sądów administracyjnych, w tym zwłaszcza sądu ostatecznej instancji jakim jest Naczelny Sąd Administracyjny („NSA”).
- (4) Na gruncie aktualnego brzmienia przepisu art. 94a ust. 1 pr. farm. rozwinęło się orzecznictwo organów administracji publicznej obu instancji (wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych i Głównego Inspektora Farmaceutycznego) oraz Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, definiujące pojęcie „reklamy aptek/działalności aptek” użytego dla skonstruowania zakazu z art. 94a ust. 1 pr. farm. W ostatnim okresie czasu pojawiły się także orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego, jako sądu ostatecznej instancji w przedmiotowych sprawach administracyjnych, rozpoznającego skargi kasacyjne od orzeczeń WSA w Warszawie.
- (5) Stanowisko zajmowane w orzecznictwie organów nadzoru farmaceutycznego oraz sądów administracyjnych, jest zasadniczo zbieżne. Orzecznictwo na tle obecnego brzmienia art. 94a pr. farm. opiera się na bardzo szerokim rozumieniu użytych w tym przepisie terminów: „reklama apteki” oraz „reklama działalności apteki”, a w konsekwencji – bardzo szerokim ujęciu zakresu przedmiotowego zakazu reklamy aptek. **Tendencja orzecnicza, by zakresem zakazu reklamy aptek obejmować jak najszersze spektrum działań podejmowanych przez apteki**

lub dotyczących aptek, wydaje się nie tylko jednolita, ale i stała (można zatem mówić o utrwalonej linii orzeczniczej w tym zakresie).

- (6) W dotychczasowym orzecznictwie organów nadzoru farmaceutycznego oraz sądów administracyjnych na gruncie art. 94a pr. farm. w obecnym brzmieniu, **pojęcie reklamy aptek (punktów aptecznych) oraz ich działalności obejmuje de facto wszelkie aktywności apteki (punktu aptecznego) niebędące podaniem informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki.** W aktualnym orzecznictwie prezentowane jest zatem stanowisko, że za reklamę apteki/jej działalności może być uznane każde działanie, które nie mieści się w zakresie wyraźnych wyłączeń zawartych w przepisie art. 94a ust. 1 zd. drugie pr. farm.

Poniżej przedstawione zostały przykłady wypowiedzi orzecznich, potwierdzających powyższą tezę:

- *[A]rt. 94a został zmieniony 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. 2011.122.696) z dniem 1 stycznia 2012 r. Obecnie zatem, czyli w dacie kontroli apteki skarżącej oraz wydania obu decyzji, art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego stanowi o zakazie reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Zakaz ten nie obejmuje jedynie informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Oznacza to, że zakaz ten został rozszerzony w zakresie jakiegokolwiek reklamy aptek, punktów aptecznych oraz - co istotne - ich działalności.[...]*  
*Objęcie zakazem "każdego działania" potwierdza wyłączenie z niego, w zdaniu 2 art. 94a ust. 1, tylko jednego stanu faktycznego: informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.<sup>1</sup>*
- *[z]ałożeniem tej nowelizacji było wprowadzenie całkowitego zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz zakazu reklamy placówek obrotu pozaaptecznego odnoszącej się do produktów leczniczych i wyrobów medycznych. Z zakresu pojęcia reklamy apteki wyłączono jedynie informację o lokalizacji i godzinach pracy apteki.<sup>2</sup>*
- *[z]akres reklamy działalności apteki interpretowany jest (i był również na gruncie poprzedniego stanu prawnego) przez judykaturę bardzo szeroko. Wyłączona ze wspomnianego zakazu została jedynie informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego (art. 94 ust. 1 in fine pf). Wnioskując a contrario uznać trzeba, że podanie innych informacji o działalności apteki lub jej walorach stanowić będzie jej reklamę.<sup>3</sup>*

Przykłady orzecznich definicji reklamy aptek oraz ich działalności zostały przedstawione w załączniku nr 4 do niniejszej skargi.

#### **Załącznik:**

- *materiał zawierający definicje reklamy aptek oraz ich działalności, stosowane w orzecznictwie (zał. nr 4)*

#### **[przebieg postępowania oraz rozstrzygnięcia w sprawie toczącej się przeciwko Skarżącej]**

<sup>1</sup> Zob. m.in. wyrok WSA z dnia 27 czerwca 2013r., sygn. akt: VI SA/Wa 456/13, podobnie WSA w wyroku z dnia 7 sierpnia 2013r., sygn. akt: VI SA/Wa 660/13, a także w wyroku z dnia 10 grudnia 2012 r., sygn. akt VI SA/Wa 1756/12, zob. też wyrok WSA w Warszawie z dnia 29 maja 2013 r., sygn. akt: VI SA/Wa 453/13 i in. Por. także m.in. pogląd GIF zreferowany przez WSA w wyroku z dnia 27 czerwca 2013r., sygn. akt: VI SA/Wa 456/13, stanowisko GIF zreferowane w wyroku WSA w Warszawie z dnia 10 grudnia 2012 r., sygn. akt VI SA/Wa 1756/12

<sup>2</sup> Zob. m.in. wyrok WSA z dnia 8 listopada 2012r., sygn. akt: VI SA/Wa 1687/12, wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 maja 2014 r., sygn. akt: VI SA/Wa 3429/13, wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 maja 2014 r., sygn. akt. VI SA/Wa 2935/13, wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 grudnia 2013 r., sygn. akt VI SA/Wa 1955/13

<sup>3</sup> Por. np. wyrok z dnia 7 sierpnia 2013r., sygn. akt: VI SA/Wa 660/13 WSA



(7) Skarżąca jest przedsiębiorcą prowadzącym, na podstawie udzielonego zezwolenia, aptekę ogólnodostępną położoną w P przy ul. Prowadzona przez organy inspekcji farmaceutycznej sprawa administracyjna dotyczyła działalności ww. apteki polegającej na **uczestnictwie apteki w organizowanych przez inne podmioty (D S.A., P S.A.) aktywnościach tj. w Programie („P ”), Programie oraz Programie**

**Załącznik:**

➤ opisy programów: Programu

(zał. nr 5)

- (8) W wyniku przeprowadzonej przez organ nadzoru farmaceutycznego - Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego („WIF”, „Organ I. instancji”) kontroli apteki Skarżącej, stwierdzono uczestnictwo apteki w Programie , Programie oraz Programie Organ I. instancji decyzją z dnia maja 2012 r., znak (pkt 1) nakazał Skarżącej zaprzestania prowadzenia reklamy działalności apteki ogólnodostępnej, położonej w P przy ul. , polegającej na uczestnictwie w "Programie ", programie " " i programie " "; (pkt 2) nałożył karę pieniężną w kwocie zł., wreszcie nadał decyzji w pkt. 1 rygor natychmiastowej wykonalności. W przedmiotowej decyzji WIF stwierdził m.in., że na gruncie obecnie obowiązującego art. 94a ustawy – Prawo farmaceutyczne reklamą apteki jest wszystko, co nie jest informacją o lokalizacji i godzinach pracy apteki. Nie ma znaczenia, czy jest ona kierowana do publicznej wiadomości.
- (9) Skarżąca wniosła odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego ("GIF", „Organ odwoławczy”) od ww. decyzji Organu I. instancji. Decyzją z dnia lipca 2012r., znak , GIF utrzymał w mocy decyzję Organu I. instancji. Powołując się na ustalony stan faktyczny, GIF zgodził się z oceną Organu I. instancji co do kwalifikacji faktu uczestnictwa apteki, prowadzonej przez Skarżącą w "Programie ", programie " " programie " ", jako prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki i jej działalności. GIF, podobnie jak WIF, uznał ww. programy za programy lojalnościowe, które stanowią - zdaniem organów – jedną z form zakazanej reklamy.
- (10) Skarżąca wniosła od ww. decyzji GIF jako Organu odwoławczego, skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W („WSA” lub „Sąd I. instancji”). W wyroku z dnia marca 2013 r., sygn. akt: Sąd I. instancji oddalił w całości skargę wniesioną przez Skarżącą. WSA podkreślił m.in., że przewidziany w zmienionym z mocą od dnia 1 stycznia 2012 r. art. 94a ust. 1 pr. farm. zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności, nie obejmuje jedynie informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Oznacza to wg WSA, że zakaz ten został rozszerzony w kierunku jakiegokolwiek reklamy aptek, punktów aptecznych oraz – co istotne - ich działalności. Sąd I. instancji zaproponował w ww. wyroku kilka wzajemnie sprzecznych definicji reklamy aptek oraz ich działalności (m.in. konstruując jedną z definicji „przy zastosowaniu analogii do ustawowej definicji reklamy produktu leczniczego, określonej w art. 52 ust. 1 Prawa farmaceutycznego”). Sąd I. instancji podzielił także ocenę organów nadzoru, że "Program ", program " " oraz program " ", jako programy lojalnościowe, są jedną z form reklamy aptek.

- (11) Skarżąca wniosła do Naczelnego Sądu Administracyjnego skargę kasacyjną od ww. wyroku Sądu I. instancji, podnosząc szereg zarzutów proceduralnych oraz materialno-prawnych, w tym rozbudowany zarzut dotyczący błędnej wykładni art. 94a ust. 1 pr. farm. Skarżąca złożyła następnie wniosek o skierowanie przez Naczelną Sąd Administracyjny na podstawie art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dotyczący interpretacji prawa unijnego, w tym art. 34, art. 36, art. 49 TFUE oraz przepisów Tytułu VIII dyrektywy 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 jako: Dyrektywa 2001/83/WE), w kontekście regulacji krajowej – art. 94a pr. farm. zakazującego reklamy aptek oraz ich działalności. Skarżąca wniosła ponadto o przedstawienie przez NSA Trybunałowi Konstytucyjnemu pytania prawnego co do zgodności z Konstytucją RP (tj. art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3, art. 49, art. 54 oraz art. 68 ust. 1 Konstytucji RP) przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego.
- (12) Wyrokiem NSA z dnia            grudnia 2014 r.,           , wspomniana skarga kasacyjna Skarżącej została oddalona w całości. NSA nie wypowiedział się szczegółowo odnośnie zarzutów Skarżącej, a niektóre z nich w ogóle pominął, odniósł się jedynie do kwestii Programu            (pomijając pozostałe programy), ustosunkował się także do zarzutu, którego Skarżąca w skardze kasacyjnej nie podniosła (co wskazuje na „standaryzację” uzasadnień wyroków w sprawach dotyczących reklamy aptek). NSA nie uwzględnił także obu wniosków Skarżącej dotyczących pytań prawnych do Trybunału Konstytucyjnego oraz pytań prejudycjalnych do TSUE.

**[zastosowanie przepisu art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne wobec Skarżącej]**

- (13) **Główną materialno-prawną podstawą orzeczeń organów nadzoru farmaceutycznego oraz sądów administracyjnych, w tym NSA, zapadłych wobec Skarżącej, jest zaskarżony niniejszą skargą przepis - art. 94a ust. 1 pr. farm.** Okoliczność ta wynika jednoznacznie z treści orzeczeń wydanych w przedmiotowej sprawie.
- (14) Jeśli chodzi o wykładnię podstawy materialno-prawnej rozstrzygnięcia tj. art. 94a ust. 1 pr. farm., NSA wskazał m.in.: *Na wstępie należy zwrócić uwagę, że w art. 94a ust. 1 ustawy – Prawo farmaceutyczne, w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 stycznia 2012 r., ustawodawca wprowadził całkowity zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności, stwierdzając jednocześnie, że reklamy nie stanowi informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Ustawa nie zawiera definicji pojęcia reklama apteki. Już jednak z art. 94a ust. 1 ustawy wynika, że ustawodawca potraktował pojęcie reklamy apteki dość szeroko, skoro wyłączył z jej zakresu jedynie proste informacje o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.*
- (15) Rozumienie przez NSA zakresu zakazu prowadzi do wniosku, że reklamą jest każde zachowanie przedsiębiorcy służące zwiększeniu sprzedaży. Według NSA: *Zasadnie zatem w ślad za organem administracji [Sąd I. instancji – przyp. własne] uznał, że udział apteki F. Sp. z o.o. w "Programie           " zachęca uczestników programu do dokonywania zakupów w tej właśnie aptece, stwarza warunki do związania się z tą apteką, co ma na celu zwiększenie obrotu w aptece uczestniczącej w Programie.*



- W orzecznictwie wskazuje się np., że "stanowi reklamę zarówno leków, jak i sprzedającej je apteki przedstawienie listy leków o obniżonej, promocyjnej cenie, wykazanej przez porównawcze zestawienie ceny niższej, stosowanej przez aptekę, obok ceny wyższej, określonej jako "cena typowa", "cena stara" lub w inny sposób sugerujący, iż apteka okresowo sprzedaje lek po obniżonej, promocyjnej cenie" (wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07, Lex, nr 307127; Monitor Prawniczy 2007, nr 20, poz. 1116).

(18) Efektem obowiązywania zaskarżonego przepisu jest nie tylko uznanie za reklamę apteki programu opieki farmaceutycznej *en bloc*, ale i uznanie za taką zakazaną reklamę m.in. zamieszczania na drzwiach wejściowych do apteki informacji o możliwości płacenia kartą płatniczą czy naklejki o możliwości realizacji w aptece bonów Sodexo, udział aptek w programach typu „Karta Dużej Rodziny” czy „Karta Seniora”, udział aptek w programach ubezpieczeniowych (ubezpieczeń lekowych), posługiwanie się przez personel apteki językiem obcym, a nawet używania objętej zezwoleniem nazwy apteki. W tej sytuacji obowiązywanie art. 94a ust. 1 pr. farm. w obecnym brzmieniu praktycznie uniemożliwia normalne funkcjonowanie apteki jako przedsiębiorstwa.

## II. Uzasadnienie prawne skargi konstytucyjnej – niezgodność zaskarżonej regulacji z postanowieniami Konstytucji RP

### II.1. Zagadnienia wstępne

(19) Skarżąca przedstawia poniżej argumenty przemawiające za uznaniem, że zaskarżony przepis art. 94a ust. 1 pr. farm., na podstawie którego wydano wobec niej decyzje WIF i GIF, oraz wyroki WSA w W i NSA, istotnie narusza postanowienia polskiej Konstytucji. Kwestionowany przepis jest przypadkiem regulacji, która jest nie do pogodzenia z podstawowymi zasadami demokratycznego państwa prawnego. Przedmiotowy przepis prowadzi do utożsamiania w orzecznictwie **zakazu reklamy apteki oraz jej działalności z zakazem samej działalności w bardzo istotnym zakresie**, bowiem istotą każdej działalności gospodarczej, a w takiej formule prawnej działają w Polsce apteki oraz punkty apteczne, jest prawo do podejmowania działań mających na celu pozyskiwanie nowych klientów i utrzymywanie dotychczasowych oraz informowanie o swojej działalności, a tego rodzaju aktywności uważane są na gruncie art. 94a pr. farm. za zakazaną reklamę. Zakazywanie podmiotowi mającemu status przedsiębiorcy jakichkolwiek działań prosprzedażowych oraz konkurowania na rynku, stanowi niedopuszczalną ingerencję w sferę istoty wolności gospodarczej. Zakaz „reklamowy” w obecnym kształcie stanowi jednocześnie zakaz podejmowania przez apteki działań korzystnych, podejmowanych dla dobra klientów (pacjentów), a w konsekwencji uderza także w interesy klientów (pacjentów), stojąc także w sprzeczności z funkcją apteki jako placówki ochrony zdrowia. Ponadto zakaz reklamy aptek nie służy realizacji żadnego godnego ochrony dobra, a w odniesieniu do dobra w postaci zdrowia publicznego ma ewidentnie dysfunkcyjny charakter.

### II.2. Naruszenie zasady poprawnej (prawidłowej) legislacji (art. 2 Konstytucji RP)

(20) Zaskarżony przepis art. 94a ust. 1 pr. farm. narusza prawa i wolności Skarżącej m.in. z tego względu, że narusza konstytucyjną zasadę demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP), a konkretnie wynikającą z tej ogólnej dyrektywy zasadę poprawnej (prawidłowej) legislacji. Jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie, **ww. zasada powinna być przestrzegana szczególnie restryktywnie, gdy chodzi o akty prawne odnoszące się do fundamentalnych wartości chronionych przez Konstytucję RP, w tym zwłaszcza gwarantowanych konstytucyjnie praw i wolności** (por. wyrok TK z 21 kwietnia K 33/03). Ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych, takich jak wolność działalności gospodarczej, wypowiedzi, komunikacji czy prawo do ochrony zdrowia, mogą w świetle postanowień ustawy zasadniczej wynikać jedynie z przepisów ustawowych (por. art. 22: „w drodze ustawy” i 31 ust. 3 Konstytucji RP: „w ustawie”), nadto uchwalonych w sposób zgodny z wynikającymi z zasady demokratycznego państwa prawnego wymogami prawidłowej legislacji. W przypadku przedmiotowej regulacji zasada poprawnej (prawidłowej) regulacji została ewidentnie naruszona.

(21) Omówione szczegółowo poniżej naruszenie zasady poprawnej (prawidłowej) regulacji, odnoszone do praw i wolności Skarżącej, przejawia się m.in. w tym że:

- Generalny zakaz reklamy aptek **nie został przez prawodawcę uzasadniony** (usprawiedliwiony) poprzez wskazanie na potrzebę kolidującego z prawami i wolnościami Skarżącej prawnie chronionego dobra, a także bez przeprowadzenia analizy społecznych i ekonomicznych skutków (m.in. dla przedsiębiorców aptecznych) jego wprowadzenia;
- Zaskarżony przepis został wprowadzony do polskiego systemu prawnego w sposób zaskakujący, m.in. **bez przeprowadzenia konsultacji społecznych** w czasie których Skarżąca oraz inni przedsiębiorcy apteczni mogliby – za pośrednictwem reprezentujących ich interesy organizacji – wyrazić swoje stanowisko;
- Zaskarżony przepis **nie spełnia kryteriów dostatecznej określoności** (jasności, precyzjności, zrozumiałości) wymaganej zwłaszcza w przypadku regulacji ograniczających konstytucyjne prawa i wolności oraz w przypadku przepisów wyznaczających zakres działań zagrożonych sankcją, w tym administracyjno-prawną (a taki charakter ma art. 94a ust. 1 pr. farm.), przedmiotowy przepis nie stwarza wzoru postępowania pozwalającego odróżnić zachowania zakazane od dozwolonych; w konsekwencji Skarżąca nie jest w stanie ustalić w sposób pewny zakresu działań niedozwolonych, za których podjęcie grozi jej administracyjna kara pieniężna (a także – przynajmniej potencjalnie – utrata zezwolenia na prowadzenie apteki);
- Zaskarżona regulacja została uchwalona **z naruszeniem zasad techniki prawodawczej** tj. ram prawnych w których ma poruszać się prawodawca, skonstruowanych w celu zapewnienia ochrony interesów obywateli w ramach działalności legislacyjnej, których znaczenie jest szczególnie doniosłe w przypadku przepisów ograniczających konstytucyjne prawa i wolności.

W konsekwencji naruszenia zasady przyzwoitej legislacji doszło do naruszenia funkcjonalnie z nią związanej zasady ochrony zaufania do państwa i prawa oraz zasady bezpieczeństwa prawnego i pewności prawa.

(22) Spośród wskazywanych w orzecznictwie Trybunału elementów składających się na zasadę poprawnej legislacji, w niniejszej sprawie można mówić co najmniej o naruszeniu: (i) zasady określoności przepisów prawnych, (ii) zasady przestrzegania techniki prawodawczej. Przedmiotowy przepis może też w pewnych szczególnych przypadkach prowadzić do naruszenia kolejnej zasady stanowiącej element poprawnej legislacji tj. zasady ochrony praw

nabytych. Naruszenie zasad poprawnej legislacji wiąże się też nierozłącznie z naruszeniem zasady ochrony zaufania do państwa i prawa oraz zasady bezpieczeństwa prawnego i pewności prawa (zob. wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2009r., K 50/07). Zasada ochrony zaufania do państwa i prawa stanowi podstawę ukształtowania relacji pomiędzy obywatelem a państwem w demokratycznym państwie prawa (zob. m.in. wyrok TK z 15 lutego 2005r., K 48/04). Natomiast zasada pewności prawa i bezpieczeństwa prawnego, w świetle orzecznictwa Trybunału jest rozumiana jako możliwość przewidywania (przewidywalność) działań organów państwa na podstawie prawa oraz kształtowania w związku tymi przewidywaniami własnych zachowań obywateli (zob. np. wyrok TK z 14 czerwca 2000r., P 3/00). Przywołane zasady dotyczą zarówno trybu i formy stanowienia prawa, jak i procesu stosowania prawa, w tym zwłaszcza jego wykładni.

*[naruszenie zasady przyzwoitej legislacji – cele regulacji]*

(23) Z orzecznictwa Trybunału wynika, że zasada poprawnej legislacji obejmuje: „*podstawowy z punktu widzenia procesu prawotwórczego etap formułowania celów, które mają zostać osiągnięte przez ustanowienie określonej normy prawnej. Stanowią one podstawę oceny, czy sformułowane ostatecznie przepisy w prawidłowy sposób wyrażają wystawianą normę oraz czy nadają się do realizacji zakładanego celu.*” (wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2009 r., K 50/07).

(24) Pierwszą płaszczyzną, w której w przypadku art. 94a ust. 1 pr. farm. doszło do naruszenia zasady prawidłowej legislacji, jest zagadnienie celów analizowanej regulacji. Oficjalne uzasadnienie rządowego projektu ustawy refundacyjnej, która w art. 60 pkt 7 wprowadziła modyfikację art. 94a pr. farm. (*vide* załącznik nr 1 do pisma), nie zawiera **żadnych wskazówek pozwalających ustalić, jakim celom służy generalny zakaz reklamy aptek oraz ich działalności** (tj. art. 94a ust. 1 pr. farm. w aktualnym brzmieniu). Niewątpliwie zakaz ten, w obecnym brzmieniu, nie może być uważany za realizujący ogólne cele ustawy refundacyjnej, bowiem dotyczy on reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności w pełnym zakresie, niezależnie od związku tej reklamy z produktami objętymi refundacją ze środków publicznych. Eliminacji nadużyć związanych z obrotem produktami refundowanymi w zakresie działań promocyjnych służy natomiast inny przepis, a mianowicie art. 49 ustawy refundacyjnej.

**załącznik:**

- *fragment treści oraz uzasadnienia projektu ustawy refundacyjnej – dot. zmian pr. farm. (druk 3491) (zał. nr 6);*

(25) Zaskarżony przepis został wprowadzony do treści projektu ustawy refundacyjnej dopiero na etapie prac parlamentarnych (jako efekt prac nadzwyczajnej sejmowej podkomisji Komisji Zdrowia – sprawozdanie z 23 lutego 2011r., a następnie samej Komisji Zdrowia – sprawozdanie z 3 marca 2011r.), stąd brak jego uzasadnienia w oficjalnym uzasadnieniu projektu ustawy refundacyjnej. **Zatem art. 94a ust. 1 pr. farm. nie stanowił części składowej regulacji dotyczącej refundacji i nie pozostawał z tą regulacją w jakimkolwiek merytorycznym związku.** Modyfikacja art. 94a ust. 1 pr. farm. prowadząca do obecnego brzmienia, została wprowadzona „przy okazji” uchwalania przez parlament ustawy refundacyjnej.

(26) Obecne brzmienie art. 94a pr. farm. zostało zaproponowane przez Naczelną Radę Aptekarską. Kwestionowany art. 94a ust. 1 pr. farm. został zaaprobowany przez komisję sejmową, a następnie uchwalony w dokładnie takim brzmieniu, jakie zostało zaproponowane przez

samorząd aptekarski. 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.

(27) 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).”* Minister Zdrowia postrzega inicjatywę zmiany ww. przepisu jako zewnętrzną, wskazując w przywołanym piśmie m.in.: *„W ocenie Ministra Zdrowia pacjenci mieli prawo oczekiwać od państwa, że wesprze ono inicjatywę ustawodawczą, która prowadzić będzie do ukrócenia procedury stawiania pacjenta w roli uczestnika gry marketingowej [...]”*.

#### **załączniki:**

- pismo z 27 maja 2013r. skierowane przez Ministra Zdrowia do marszałka Senatu RP – pana Bogdana Borusewicza, znak: MZ-PLO-079-16391-104/PR/13 oraz MZ-PLO-460-16063-45/KP/13 (zał. nr 7);
- stanowisko Naczelnej Rady Aptekarskiej nr VI/1/2012 z dnia 11 kwietnia 2012r. (zał. nr 8);
- pismo NIA z 11 sierpnia 2010r., Ldz.P.250/2010, adresowane do Ministra Zdrowia (zał. nr 9);

(28) 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 stosowania wolnorynkowych praktyk handlowych i marketingowych, w interesie małych, tradycyjnych aptek, które nie dysponowały takimi środkami na reklamę, jak np. apteki sieciowe., 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.

#### **załącznik:**

- wystąpienie Prezesa NRA, G. Kucharewicza opisane w: E. Jarosik (Biuro Prasowe NIA), O ustawie refundacyjnej w senackich komisjach: zdrowia, ustawodawczej i gospodarki narodowej, opubl. 14 kwietnia 2011r. na <http://nia.org.pl/> (zał. nr 10);

(29) Samorząd aptekarski wykorzystuje tę regulację do działań ograniczających konkurencję na rynku aptecznym, na podstawie samodzielnej wykładni art. 94a pr. farm. oraz kwalifikacji działań rynkowych konkurencji jako zakazanej reklamy, m.in. żądając od farmaceutów zaprzestania działań uznanych przez organy samorządu za reklamę, zwłaszcza udziału aptek w programach lojalnościowych, grożąc postępowaniami dyscyplinarnymi, czy odmawiając wydawania farmaceutom rękopisów wykonywania zawodu (zob. np. stanowisko nr VI/1/2012 z dnia 11 kwietnia 2012r., w którym Naczelna Rada Aptekarska m.in. poinformowała też farmaceutów, w tym kierowników aptek, że wszelkie zachowania naruszające godność zawodu, zwłaszcza wykraczające poza dobro pacjenta, jako sprzeczne z zasadami etyki i deontologii zawodowej, będą zbadane i ocenione przez organy odpowiedzialności zawodowej samorządu aptekarskiego).

**załącznik:**

➤ *stanowisko Naczelnej Rady Aptekarskiej nr VI/1/2012 z dnia 11 kwietnia 2012r. (zał. nr 8);*

(30) Na etapie uchwalania art. 94a ust. 1 pr. farm. doszło do naruszenia zasady przyzwoitej legislacji oraz funkcjonalnie z nią związanej zasady ochrony zaufania do państwa i prawa oraz zasady bezpieczeństwa prawnego i pewności prawa, poprzez wprowadzenie kwestionowanego przepisu **ustawą refundacyjną, pomimo jego merytorycznej odrębności, czyli „przy okazji innej regulacji”**, **brak oficjalnego uzasadnienia kwestionowanego przepisu**, w tym zwłaszcza brak wskazania, jakim celom ma on służyć, brak analizy potencjalnych skutków regulacji dla rynku, brak przeprowadzenia konsultacji społecznych oraz uzgodnień międzyresortowych. Prawodawca z jednej strony zaniechał zatem przedstawienia swoich motywów uzasadniających potrzebę wprowadzenia kwestionowanego przepisu, a z drugiej strony uniemożliwił przedstawienie swojego stanowiska przez zainteresowane strony (z wyjątkiem jednej tj. samorządu aptekarskiego). Wszystkie te zaniechania miały miejsce pomimo oczywistego faktu, że planowana regulacja jest zarazem bardzo istotna dla funkcjonowania rynku aptecznego, jak i niezwykle kontrowersyjna.

(31) Przyjmując zakwestionowany przepis prawodawca, zamiast wyważyć wchodzące w grę interesy, stał się narzędziem realizacji celów jednej z zainteresowanych stron. Zwrócić przy tym należy uwagę, że brak wskazania przez ustawodawcę celów analizowanej regulacji praktycznie wyklucza możliwość dokonania oceny czy treść przepisu w prawidłowy sposób wyraża wysławianą normę oraz czy nadaje się do realizacji zakładanego celu. Wreszcie w przypadku braku określenia celów regulacji nie sposób zweryfikować, czy przepis został tak sformułowany, aby zakres jego zastosowania obejmował tylko te sytuacje, w których działający racjonalnie ustawodawca zamierzał wprowadzić regulację ograniczającą korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw.

*[naruszenie zasady przyzwoitej legislacji – brak dostatecznej określoności]*

(32) Oczywistym zarzutem, który należy postawić analizowanej regulacji, jest naruszenie zasady określoności przepisów prawa. Zasada określoności dotyczy wszelkich regulacji prawnych kształtujących sytuację prawną jednostek, musi być jednakże szczególnie rygorystycznie



rozumiana i przestrzegana w przypadku przepisów prawnych tego rodzaju, jak analizowana regulacja, tj. ograniczających konstytucyjne prawa i wolności (zob. m.in. wyrok TK z 20 kwietnia 2004r., K 45/02), a także w przypadku przepisów wyznaczających zakres działań zagrożonych sankcją, w tym administracyjno-prawną.

- (33) Wymóg określoności regulacji prawnej oznacza, że przepisy powinny być formułowane w sposób jasny, poprawny i precyzyjny. Pod pojęciem poprawności przepisu rozumie się prawidłowość jego konstrukcji z językowego i logicznego punktu widzenia („Każdy przepis prawny powinien być skonstruowany poprawnie z punktu widzenia językowego i logicznego. Dopiero spełnienie tego podstawowego warunku pozwala na jego ocenę w aspekcie pozostałych kryteriów”. (por. wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2009r., K 50/07). Poprawność konstrukcyjna przepisu warunkuje zatem spełnienie dalszych kryteriów prawidłowości regulacji tj. jasności oraz precyzji przepisu. Wymóg jasności zapewnić ma komunikatywność przepisu wobec adresatów („Wymóg jasności oznacza obowiązek tworzenia przepisów zrozumiałych dla ich adresatów”, zob. wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2009r., K 50/07). Przepisy prawne nie powinny bowiem budzić po stronie ich adresatów wątpliwości co do treści nakładanych nimi obowiązków oraz przyznawanych nimi praw (por. wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2009r., K 50/07). Natomiast wymóg precyzji przepisu oznacza, że nakładane przepisem obowiązki lub przyznawane prawa powinny mieć konkretny charakter, tak aby ich treść była oczywista i pozwalała na ich wyegzekwowanie (zob. np. wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2009r., K 50/07).
- (34) Z wymogu dostatecznej określoności przepisu wynika nakaz precyzyjnego wyznaczenia dopuszczalnego zakresu ingerencji władzy publicznej w prawa i wolności jednostki (Trybunał określa ten nakaz „zasadą określoności ustawowej ingerencji w sferę praw i obowiązków adresatów normy prawnej”, por. wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2009r., K 50/07). Celem zasady określoności regulacji prawnej jest także wyeliminowanie sytuacji, w których z powodu niejasnego lub nieprecyzyjnego sformułowania przepisów przez ustawodawcę, pozostawia się nadmierną swobodę (czy nawet dowolność) organom je stosującym, zwłaszcza przy ustalaniu w praktyce zakresu ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności jednostki. Wynikająca z niedostatecznej określoności przepisów swoboda (dowolność) pozostawiona przez ustawodawcę organom stosującym prawo, może prowadzić do wcielania się tych organów w rolę prawodawcy (zob. wyrok TK z 30 października 2001r., K 33/03). Sensem zasady określoności jest zatem wyłączenie możliwości, że niejasność lub nieprecyzyjność przepisu spowoduje niepewność adresatów co do ich praw lub obowiązków, bądź też stworzy nazbyt szerokie ramy dla organów stosujących prawo (por. wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2009r., K 50/07). Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału: „przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów stanowić może samoistną przesłankę stwierdzenia ich niezgodności z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą państwa prawnego” (wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2009r., K 50/07).
- (35) W przypadku kwestionowanej regulacji zasada dostatecznej określoności przepisów prawa będących podstawą ingerencji w prawa i wolności jednostek, ewidentnie nie została dochowana. Analizowany przepis brzmi: *Zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.*
- (36) Analiza kwestionowanego przepisu prowadzi do wniosku, że w sposób oczywisty nie spełnia on wymogów logicznej oraz językowej poprawności. W zdaniu pierwszym sformułowany został zakaz mający za przedmiot po pierwsze reklamę apteki lub punktu aptecznego, po drugie reklamę ich działalności. Brzmienie przepisu nie daje żadnych wskazówek dla ustalenia, w jakiej

relacji zakresowej pozostają do siebie oba nazwane „przedmioty” zakazu. W zdaniu drugim wskazano tzw. wyłączenia, czyli informacje dwójakiego rodzaju, które „nie stanowią reklamy”, a zatem, jak można mniemać, nie są objęte zakazem (zwrócić należy uwagę, że nie wymieniono tu nazwy bądź innych oznaczeń identyfikujących aptekę). Z brzmienia analizowanego przepisu nie wynika także, w jakiej relacji pozostają obie jednostki tekstu tj. składające się na przepis zdania. Przede wszystkim jednak niejasny jest charakter tzw. wyłączeń ze zdania drugiego, tj. czy jest to katalog przykładowy (otwarty), czy też może enumeratywny (zamknięty). Wątpliwe jest zatem, czy oba zdania należy łącznie rozumieć w ten sposób, że reklamą zakazaną w zdaniu pierwszym jest wszystko, co nie mieści się w zakresie tzw. wyłączeń ze zdania drugiego, czy też może sens zdania drugiego jest tylko taki, że przesądzono w nim, iż owe wyłączone działania nie mogą być kwalifikowane jako reklama, nie oznacza to jednak, że zbieżna kwalifikacja nie może dotyczyć także innych, niewymienionych działań. Brzmienie przepisu nie pozwala udzielić jednoznacznej odpowiedzi w tej kwestii.

- (37) Kolejnym przejawem braku poprawności językowej i logicznej jest wskazanie jako nie stanowiących reklamy, konkretnych informacji, podczas gdy dominującą rozumienie pojęcia reklamy, nakazywałaby wyłączyć z pojęcia reklamy wszelkie komunikaty o wyłącznie informacyjnym (nieperswazyjnym) charakterze. Wskazywać by to mogło, że założone przez prawodawcę w tym przypadku rozumienie reklamy **odbiega od językowego znaczenia tego pojęcia, a także od znaczenia nadawanego terminowi „reklama” na gruncie innych szczególnych regulacji prawnych (np. u.w.t., ustawy tytoniowej, u.r.t., u.g.h.), co jednak nie znalazło wyrazu w żadnej definicji ustawowej.** Natomiast w przypadku przyjęcia, że ustawodawca jednak nie utożsamia reklamy z informacją, wyłączenia zawarte w zdaniu drugim nie posiadałyby rzeczywistej treści normatywnej, byłyby zbędne (*superfluum*), a ich zamieszczenie w treści przepisu jedynie zwiększałoby wątpliwości interpretacyjne. W każdym z tych przypadków, zastosowany przez ustawodawcę sposób sformułowania zakazu reklamy aptek należy uznać za językowo i logicznie wadliwy.
- (38) Kluczowe dla ustalenia zakresu przedmiotowego zakazu pojęcie „reklama aptek lub punktów aptecznych oraz ich działalności” **nie doczekało się definicji legalnej w pr. farm.** (ani definicji od strony pozytywnej, ani od strony negatywnej). Ustawodawca **nie przewidział definicji legalnej** pojęć „reklama aptek” i „reklama działalności apteki”, mających decydujący wpływ na przedmiotowy zakres ww. zakazu, ani w ramach art. 94a pr. farm., ani też w ustawowym „słowniczku” (art. 2 pr. farm.), nie odesłał wreszcie do (odpowiedniego) stosowania definicji reklamy produktu leczniczego z art. 52 pr. farm. Analizowana regulacja nie zawiera ani przykładowego, ani tym bardziej enumeratywnego katalogu działań, które są kwalifikowane jako zakazana reklama. Brzmienie przepisu art. 94a ust. 1 pr. farm. nie daje też odpowiedzi na pytanie, czy zawarty w zdaniu drugim katalog wyłączeń ma charakter zamknięty.
- (39) Nie jest też jasna **relacja „reklamy apteki” do „reklamy działalności apteki”.** Pojęcie to, bądź też szersze zakresowo pojęcie „reklama”, nie posiada także definicji o charakterze systemowym. W poszczególnych aktach prawnych, zwłaszcza dotyczących tzw. produktów i usług sensorywnych, pojęcie reklamy jest definiowane na użytek regulacji zawartych w tych aktach prawnych (definicje legalne). Wspomniane definicje legalne reklamy nie są jednolite, trudno zatem mówić o jakimś ich wspólnym rdzeniu. Częstym rozwiązaniem legislacyjnym jest wyróżnianie obok reklamy innych form działalności marketingowej, zwłaszcza promocji i sponsoringu bądź informowania o sponsorowaniu. Pojęcie reklamy nie ma także jednolitego znaczenia na gruncie orzecznictwa sądowego, czy też poglądów piśmiennictwa. Nie można zatem mówić o jednolite rozumianym pojęciu reklamy ani w języku prawnym, ani w

prawniczym. Wreszcie pojęcie reklamy nie ma też jednego (jednolitego) znaczenia w języku potocznym. W słownikach języka polskiego formułowane są różne, często bardzo rozbieżne definicje tego pojęcia. Swoją specyfikę mają wreszcie ekonomiczne definicje reklamy. Za wspólny mianownik różnorodnych definicji reklamy uznać można element zachęty (perswazji), jako czynnik konstytuujący reklamę. Reklama zwykle jest też postrzegana jako komunikat lub rozpowszechnianie pewnych komunikatów i zwykle wiąże się z nią publiczny charakter. Wskazuje się też, że reklama jest zjawiskiem o charakterze przedkontraktowym (poprzedza ewentualne zawarcie umowy).

- (40) Wadliwe sformułowanie przepisu daje podstawę do jego bardzo szerokiej wykładni (obserwowanej w praktyce) i nie stwarza wzoru postępowania pozwalającego odróżnić zachowania zakazane od dozwolonych. W pojęciu zakazanej reklamy mogą się np. mieścić takie działania zachęcające do skorzystania z oferty apteki jak przyjazna obsługa, wystrój wnętrza, korzystna lokalizacja czy godziny otwarcia apteki, niskie marże, bogaty asortyment. A przecież dla każdego rozsądnie myślącego człowieka oczywistym jest, że takie działania nie powinny być kwalifikowane jako reklama. Wykładnia możliwa (i stosowana) wskutek błędnego sformułowania przepisu prowadzi zatem do nieakceptowalnych wyników: pozbawienia przedsiębiorcy możliwości podejmowania działań należących do istoty działalności gospodarczej (wszelkich działań zachęcających do skorzystania z jego oferty) oraz niepewności co do legalności podejmowanych działań.
- (41) Nie sposób przedstawić wszelkich wątpliwości interpretacyjnych oraz przejawów dowolności stosowania prawa, które są wynikiem wprowadzenia kwestionowanego przepisu. Wskazać jedynie można na najbardziej dobitne przykłady. Najistotniejszym z nich jest przyjmowane powszechnie w orzecznictwie organów i sądów administracyjnych stanowisko, że za zakazaną reklamę należy uznać wszelką działalność dotyczącą aptek lub punktów aptecznych, która nie została wyraźnie wyłączona w zdaniu drugim przepisu (a zatem przyjmowanie, że wszystko, co nie zostało wyraźnie dopuszczone, jest zakazane). W orzecznictwie stosowanych jest wiele wzajemnie sprzecznych (często w ramach jednego orzeczenia) definicji zakazanej reklamy. Organy inspekcji uznają za zakazaną reklamę wszelkie przejawy działalności aptek adresowane do pacjentów, wykraczające poza to co wyraźnie przewidziane w pr. farm. Jako zakazana reklama kwalifikowane są też działania czysto informacyjne (np. informacja o możliwości płacenia w aptece kartą płatniczą, realizowania bonów towarowych, udzielanie informacji o tańszych zamiennikach, mimo że obowiązek takiej informacji wynika z przepisów), działania mieszczące się w sferze kształtowania oferty handlowej (np. rabaty, obniżki cenowe), działania takie jak programy lojalnościowe, działania propagacyjne (np. podejmowane w ramach sprawowania nakazanej przez przepisy opieki farmaceutycznej, udział w programach typu karta seniora czy Karta Dużej Rodziny, realizacja ubezpieczeń lekowych); działania niepubliczne, działania wobec aktualnych, a nie potencjalnych klientów apteki etc.
- (42) Zdarzają się też sytuacje, w których za zakazaną reklamę uznawane jest rozpowszechnianie objętych wyłączeniem ze zdania drugiego informacji wraz z nazwą czy logotypem apteki, z uwagi na formę nadaną tym informacjom (pomimo tego, że art. 94a ust. 1 zd. 2 pr. farm. nie zawiera ograniczeń dotyczących sposobu komunikowania takich informacji). Organy inspekcji wykorzystują też art. 94a ust. 1 pr. farm. do działań o charakterze prewencyjnym (choć przewidziano w nim wyłącznie kompetencje nadzorcze), oddalając na jego podstawie wnioski o wydanie bądź zmianę zezwolenia w zakresie nazwy apteki, jeśli ich zdaniem ma ona „reklamowy” charakter.

(43) Zwrócić też należy uwagę, że poglądy różnych wypowiadających się organów państwa (np. Ministra Zdrowia, GIF) w kwestii definicji reklamy bądź kwalifikowania poszczególnych działań do jej zakresu, są często rozbieżne lub zmienne w czasie. Efektom możliwej z uwagi na niedookreśloność przepisu swobody interpretacyjnej jest brak jakiegokolwiek pewności prawa i poczucia bezpieczeństwa prawnego wśród podmiotów prowadzących apteki, skutkujący rezygnacją z wielu korzystnych dla pacjentów aktywności, w obawie przed uznaniem ich za zakazaną reklamę i nałożeniem kary.

(44) Dla oceny zgodności sformułowania przepisu z zasadami poprawnej legislacji istotne jest spełnienie trzech kryteriów.

- Każdy przepis powinien być sformułowany w sposób pozwalający jednoznacznie ustalić, kto i w jakiej sytuacji podlega wynikającym z niego ograniczeniom.
- Każdy przepis powinien być na tyle precyzyjny, by zapewniona została jego jednolita wykładnia i stosowanie.
- Przepis powinien być tak sformułowany, aby zakres jego zastosowania obejmował tylko te sytuacje, w których działający racjonalnie ustawodawca zamierzał wprowadzić regulację ograniczającą korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw (zob. wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2004r., K 33/03).

(45) Analizowany przepis **nie spełnia żadnego z wskazanych powyżej kryteriów** poprawnej legislacji. Przede wszystkim nie pozwala jednoznacznie ustalić, kto i w jakich sytuacjach podlega wynikającemu z niego zakazowi. Wątpliwości budzi nie tylko, o czym była już mowa powyżej, przedmiotowy zakres zakazu, ale i jego zakres podmiotowy tj. krąg adresatów zakazu. W praktyce oraz piśmiennictwie prezentowane są rozbieżne stanowiska w kwestii, czy adresatami zakazu tj. obowiązany do jego przestrzegania, są tylko podmioty prowadzące apteki lub punkty apteczne, czy też może wszystkie podmioty. Tego rodzaju wadliwość ma charakter szczególnie doniosły z uwagi na fakt, że art. 94a ust. 1 pr. farm. nie tylko określa, jaki zakres działań może być objęty nakazem zaprzestania reklamy (z mocy prawa natychmiast wykonalnym), ale też jest podstawą kwalifikowania działań uczestników obrotu jako czynów sankcjonowanych karą pieniężną o charakterze administracyjnym. Ponadto przepis jest na tyle nieprecyzyjny, że nie zapewnia jednolitości wykładni oraz stosowania go w praktyce (zbieżne stany faktyczne prowadzą do odmiennych ocen). Wreszcie, przyjąwszy, że celem przyświecającym analizowanej regulacji jest ochrona zdrowia publicznego, przepis został sformułowany w taki sposób, że zakres jego zastosowania ewidentnie wykracza poza sytuacje, w których racjonalny, realizujący powyższy cel ustawodawca mógłby przewidzieć regulację ograniczającą korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw (tj. w tym przypadku poza reklamę dotyczącą produktów refundowanych oraz ewentualnie innych produktów leczniczych, zwłaszcza tych, których reklama konsumencka jest zakazana).

*[naruszenie zasady przyzwoitej legislacji – zasady techniki prawodawczej]*

(46) W przypadku analizowanej regulacji naruszono zasadę prawidłowej legislacji także poprzez kwalifikowane naruszenie istotnych wymogów wynikających z Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. z 2002 r. Nr 100 poz. 908 z późn. zm.), które zostały ujęte w formie załącznika do ww. rozporządzenia. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału ustawodawca zobowiązany jest przestrzegać „Zasad techniki prawodawczej” stanowiących swoisty kanon, który powinien być respektowany przez

prawodawcę w demokratycznym państwie prawnym. W świetle tych zasad: „[p]rzepisy ustawy powinny być zredagowane tak, aby dokładnie i w sposób zrozumiały dla adresatów zawartych w nich norm wyrażały intencje prawodawcy, a więc były precyzyjne, komunikatywne i adekwatne do zamiaru prawodawcy” (zob. wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2009r., K 50/07). Naruszeniem tych zasad jest m.in. użycie pojęć, które umożliwiałyby dowolną interpretację (por. np. wyrok TK z 14 września 2001r., SK 11/00).

- (47) Okoliczności wprowadzenia przedmiotowego przepisu do procedowanego projektu ustawy refundacyjnej dają podstawę do przyjęcia, że przy jego przyjmowaniu uchybiono wymogom przewidzianym w § 1 ww. „Zasad”, zarówno w zakresie działań poprzedzających decyzję o przygotowaniu projektu regulacji (ust. 1), w tym nie zasięgnięto opinii podmiotów zainteresowanych rozstrzygnięciem sprawy, jak i w zakresie działań następujących po podjęciu takiej decyzji (ust. 2), w tym zwłaszcza nie określono celów planowanej regulacji, nie ustalono rozwiązań alternatywnych, nie prognozowano skutków społecznych, gospodarczych i finansowych planowanej regulacji. W przypadku kwestionowanej regulacji *de facto* w ogóle nie rozważano alternatyw, nie zasięgnięto opinii podmiotów zainteresowanych w drodze konsultacji społecznych i uzgodnień międzyresortowych, a więc nie dokonywano wyboru rozwiązania optymalnego, a jedynie „zatwierdzono” suflowane przez organy samorządu aptekarskiego rozwiązanie mające charakter całkowitego zakazu reklamy.
- (48) Uchybiono także postanowieniom § 3 ust. 2 i 3 „Zasad techniki prawodawczej”, dodając w projekcie ustawy refundacyjnej, niejako „przy okazji”, przepis zmieniający art. 94a pr. farm., a zatem regulujący kwestie wykraczające poza wyznaczony przez ustawę refundacyjną zakres przedmiotowy (stosunki, które reguluje) oraz podmiotowy (krąg podmiotów, do których się odnosi). Naruszona zatem została zasada, że ustawa nie może zmieniać lub uchylać przepisów regulujących sprawę, które nie należą do jej zakresu przedmiotowego lub podmiotowego bądź się z nimi nie wiążą. Przedmiotowa regulacja nie tylko wykracza poza zakres podmiotowy i przedmiotowy regulacji zawartych w ustawie refundacyjnej, ale też służy realizacji odmiennych celów (przynajmniej w zakresie celów rzeczywistych, a nie tylko deklarowanych).
- (49) Naruszony wreszcie został wymóg (§ 6 „Zasad”), by przepisy ustawy redagować tak, aby dokładnie i w sposób zrozumiały dla adresatów zawartych w nich norm wyrażały intencje prawodawcy. Powyżej wskazano, że sposób sformułowania zakwestionowanego przepisu jest źródłem istotnych wątpliwości interpretacyjnych i nie pozwala postawić jednoznacznej granicy między sferą działań zakazanych a sferą działań dozwolonych. W konsekwencji adresaci przepisu, w tym zwłaszcza przedsiębiorcy apteczni oraz podmioty z nimi współpracujące, pozostają w stałej niepewności co do zakresu ciężącego na nich obowiązku oraz ryzyka nałożenia na nich dotkliwej sankcji. Brzmienie przepisu uniemożliwia odkodowanie w sposób pewny intencji ustawodawcy oraz ustalenia przez adresatów, czego się od nich oczekuje i jakie zachowanie zabezpieczy ich od ryzyka poniesienia kary. Sposób sformułowania przepisu daje wręcz podstawę do przyjęcia, że zamiarem prawodawcy było objęcie zakresem pojęcia reklamy i zakazanie, wszelkich korzystnych dla pacjentów działań aptek, a zatem do efektu wykładni nieakceptowalnego w świetle kryterium racjonalnego ustawodawcy.

[naruszenie zasady przyzwoitej legislacji – ingerencja w sferę praw nabytych]

- (50) W pewnych przypadkach zaskarżony przepis może też prowadzić do naruszenia zasady ochrony praw nabytych. Sens tej zasady polega na wymogu stanowienia i stosowania prawa w taki sposób, aby jednostka mogła prowadzić swoje sprawy w zaufaniu, że nie naraża się na

negatywne skutki prawne, których nie mogła przewidzieć przy podejmowaniu decyzji. Jak się wskazuje w orzecznictwie Trybunału, zasada ta nie ma charakteru absolutnego i nie wyklucza stanowienia regulacji ograniczających lub znoszących prawa nabyte w imię kolidujących z nimi, priorytetowych wartości (zob. np. wyrok TK z 25 czerwca 2002r., K 45/01). Jednakże od prawodawcy wymagać należy nie tylko, by ograniczenia te były usprawiedliwione, ale przede wszystkim, by skutek ograniczenia bądź zniesienia praw nabytych jednoznacznie wynikał wprost z regulacji prawnej.

- (51) W analizowanym przypadku możliwość naruszenia zasady ochrony praw nabytych dotyczy sytuacji, w którym w wydawanym przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego zezwoleniu na prowadzenie apteki zaakceptowana została nazwa apteki, mająca charakter „reklamowy” (np. z frazą „tanie leki”, „tania”). Wskutek wydania takiego zezwolenia podmiot prowadzący aptekę nabył prawo do posługiwania się taką nazwą apteki w obrocie. Z dotychczasowych przepisów nie wynikały żadne szczególne ograniczenia w korzystaniu z tego prawa. Natomiast w chwili obecnej art. 94a ust. 1 pr. farm., choć jego treść w ogóle nie dotyczy nazw aptek, jest wykorzystywany przez organy inspekcji do nakazywania zaprzestania pewnych form czy sposobów korzystania z oficjalnej nazwy apteki, polegających na graficznym eksponowaniu nazwy, jako zakazanej reklamy. W ten sposób dochodzi do ograniczania praw nabytych zgodnie z prawem tj. prawa do korzystania z zatwierdzonej w zezwoleniu nazwy.

*[naruszenie zasady przyzwoitej legislacji – podsumowanie]*

- (52) W przypadku zaskarżonego przepisu doszło do naruszenia zasady poprawnej legislacji w kilku wzajemnie powiązanych aspektach. Naruszenia wymogów wynikających z tej fundamentalnej dla państwa prawnego zasady dopatrzeć się można zarówno na etapie włączania zaskarżonego przepisu do treści ustawy refundacyjnej (a zatem w zakresie genezy przepisu obejmującej kwestie związane z jego autorstwem, celami i uzasadnieniem), jak i w sferze brzmienia przepisu czyli sposobu jego sformułowania. Efektem tych uchybień jest także naruszenie wymogów wynikających z „Zasad techniki prawodawczej”. Sposób wykładni i stosowania analizowanej regulacji koliduje także w pewnych przypadkach z zasadą ochrony praw nabytych.
- (53) Przy ocenie zakwestionowanego przepisu z perspektywy wymogów wynikających z zasady przyzwoitej legislacji uwzględnić także trzeba szczególny charakter analizowanej regulacji, zwiększający poziom oczekiwań dotyczący jakości legislacji. Przede wszystkim jest to przepis bardzo istotnie ingerujący w gwarantowane przez Konstytucję RP prawa i wolności w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej tj. zwłaszcza swobodę działalności gospodarczej oraz swobodę wypowiedzi komercyjnej. Przedmiotowa regulacja negatywnie oddziałuje także na dobro w postaci zdrowia publicznego, którego ochronie rzekomo ma służyć. Specyfika analizowanego przepisu przejawia się także w tym, że stanowi on prawną podstawę wydawania nakazów zaprzestania określonej działalności, które z mocy prawa są natychmiast wykonalne. Wydanie natychmiast wykonalnej decyzji nakazowej może mieć dla jej adresata istotne skutki ekonomiczne (szkoda) np. w postaci kosztów przemalowania witryny, zmiany szyldów czy tablic świetlnych, usunięcia reklamy zewnętrznej, zniszczenia gazetek czy ulotek, kar umownych etc. Rygor natychmiastowej wykonalności, z uwagi na praktyczny brak możliwości wywołania bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia czy życia, bądź innego istotnego dobra prawnego, wydaje się w tym przypadku nieuzasadniony.
- (54) Kwestionowany przepis jest jednocześnie podstawą (wraz z art. 129b pr. farm.) stosowania sankcji w postaci administracyjno-prawnej kary pieniężnej (do 50 tys. zł.). Art. 94a ust. 1 pr.

farm. określa bowiem znamiona deliktu administracyjnego, za którego popełnienie przewidziana została obowiązkowa kara pieniężna. W analizowanym przypadku zakres uznania pozostawionego organom stosującym przepis, jest zdecydowanie zbyt szeroki jak na normę o represyjnym charakterze.

(55) Z powyższego wynika, że w niniejszym przypadku zachodzi naruszenie zasady poprawnej legislacji w rozumieniu wąskim tj. naruszenie takich dyrektyw dotyczących legislacji, których naruszenie powoduje, że przedmiotowy akt prawny lub przepis jest obciążony wadą istotną, powodującą jego niekonstytucyjność (por. S. Wronkowska, *Zasady przyzwoitej legislacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Księga orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2006, s. 671-2).

(56) Należy nadmienić, że istnieją związki między zarzutem naruszenia zasad poprawnej legislacji a pozostałymi zarzutami niniejszej skargi. Uznanie, że art. 94a ust. 1 pr. farm. nie narusza zasady określoności przepisów możliwe jest tylko przy założeniu, że zakazuje on każdej informacji o aptece i jej działalności poza informacją o jej lokalizacji i godzinach otwarcia. W takim ujęciu przepis ten narusza jednak bezspornie zasadę wolności działalności gospodarczej oraz inne prawa i wolności wskazane w niniejszej skardze, ponieważ stanowi ograniczenie rażące nieproporcjonalne.

## **II.2. naruszenie konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej (art. 20 oraz 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP)**

(57) Zaskarżony przepis art. 94a ust. 1 pr. farm. jest niezgodny z wynikającą z art. 20 w zw. z art. 22 Konstytucji RP zasadą wolności działalności gospodarczej, naruszając tym samym przysługującą Skarżącej (oraz innym podmiotom) wolność działalności gospodarczej, w sposób nie spełniający warunków wynikających z art. 22 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Kwestionowany przepis **ogranicza wolność wykonywania działalności gospodarczej przez Skarżącą (oraz inne podmioty) w branży aptecznej w bardzo szerokim zakresie**, m.in. w następujących obszarach:

- swobody prowadzenia (bądź uczestniczenia) przez Skarżącą jakiegokolwiek, w tym niepublicznej, reklamy gospodarczej oraz promocji, w tym promocji sprzedaży, a zwłaszcza tzw. programów lojalnościowych;
- swobody rozpowszechniania informacji dotyczących prowadzonej przez Skarżącą działalności gospodarczej, w tym (ale nie tylko) dotyczących oferty handlowej Skarżącej jako przedsiębiorcy;
- swobody prowadzenia przez Skarżącą innego rodzaju działań marketingowych, takich jak np. współpraca gospodarcza z innymi podmiotami;
- swobody kształtowania przez Skarżącą jej oferty handlowej, w tym zwłaszcza kształtowania cen towarów i usług;
- swobody świadczenia przez Skarżącą usług takich jak opieka farmaceutyczna, należących do istoty działalności apteki;
- swobody prowadzenia przez Skarżącą działań reklamowych dotyczących produktów dostępnych w aptece, w tym produktów leczniczych, ale także produktów takich jak



suplementy diety lub kosmetyki, dozwolonych w świetle regulacji szczególnych dotyczących tych produktów;

- swobodzie konkurencji przez Skarżącą z innymi przedsiębiorcami aptecznymi lub pozaaptecznymi działającymi na rynku.

(58) Zasada wolności działalności gospodarczej stanowi jeden z filarów ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej (art. 20 Konstytucji RP). Jak stwierdzono w wyroku z 10 kwietnia 2001 r., U 7/00 (OTK ZU nr 3/2001, poz. 56): "[a]rt. 22 konstytucji pełni dwojaką funkcję. Z jednej strony traktować go należy jako wyrażenie jednej z zasad ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej (i w tym zakresie stanowi on konkretyzację ogólniejszych zasad, wyrażonych w art. 20), z drugiej strony - może on stanowić podstawę do konstruowania prawa podmiotowego, przysługującego każdemu, kto podejmuje działalność gospodarczą".

(59) Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie wyrażał pogląd, że wolność działalności gospodarczej obejmuje wolność wyboru działalności gospodarczej oraz wolność jej wykonywania. Przybliżając pojęcie wolności działalności gospodarczej Trybunał wskazał, że "[z] użycia w art. 20 i art. 22 Konstytucji zwrotu "wolność działalności gospodarczej" wynika, że chodzi o działalność jednostek (osób fizycznych) oraz instytucji "niepaństwowych" (czy też - szerzej rzecz ujmując - niepublicznych), które mają prawo samodzielnego decydowania o udziale w życiu gospodarczym, zakresie i formach tego udziału, w tym możliwie swobodnego podejmowania różnych działań faktycznych i prawnych, mieszczących się w ramach prowadzenia działalności gospodarczej. Chodzi tu więc o osoby fizyczne i inne podmioty, które korzystają z praw i wolności przysługujących człowiekowi i obywatelowi" (zob. np. wyrok TK z 7 maja 2001 r., K 19/00 (OTK ZU nr 4/2001, poz. 82). W dalszym toku wywodu przedstawione zostaną względy przemawiające za oceną, że kwestionowany art. 94 ust. 1 pr. far. Stanowi niedopuszczalną ingerencję w tak rozumianą wolność działalności gospodarczej.

(60) Okoliczność, że apteki są placówkami ochrony zdrowia nie wyłącza ich z obszaru działalności gospodarczej. Prowadzenie apteki lub punktu aptecznego bezspornie stanowi rodzaj działalności gospodarczej, której podejmowania i wykonywania dotyczą zasady wynikające z art. 20 oraz 22 Konstytucji RP. Także okoliczność, że prowadzenie stanowiącej element systemu ochrony zdrowia apteki (punktu aptecznego) ma charakter działalności regulowanej tj. wymaga uzyskania stosownego zezwolenia i podlega dalszym szczególnym ograniczeniom, nie wyłącza tej działalności ze sfery oddziaływania zasady wolności działalności gospodarczej. Podmiot prowadzący aptekę jest więc przedsiębiorcą, a sama apteka – przedsiębiorstwem.

(61) Z art. 22 Konstytucji oraz ugruntowanego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, że wolność działalności gospodarczej nie ma charakteru absolutnego i może zostać w pewnych sytuacjach ograniczona (zob. m.in. wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2004r., K 33/03). Ograniczenie takie może nastąpić wyłącznie w formie ustawowej i tylko ze względu na ważny interes publiczny (zob. np. wyrok TK z 10 kwietnia 2001r., U.7/00: „[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 2008r. (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).

- (62) Jednocześnie: "[u]stawodawca nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza zapożyczających 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 ograniczaniu 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).
- (63) W świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego można wyróżnić podstawowe aspekty korzystania z wolności działalności gospodarczej. Z perspektywy oceny zakwestionowanego przepisu art. 94a pr. farm. istotne są te aspekty, które dotyczą wolności wykonywania podjętej już działalności gospodarczej polegającej na prowadzeniu apteki. Kwestionowany przepis niewątpliwie bardzo istotnie ogranicza przedsiębiorców aptecznych w zakresie wolności wykonywania prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Jednocześnie nie zostały spełnione formalne i materialne przesłanki dopuszczalności takich ograniczeń, wynikające z art. 22 Konstytucji, gdyż ograniczenie de facto nie zostało wprowadzone wyłącznie w drodze ustawy oraz nie zostało wprowadzone ze względu na ważny interes publiczny.

[sposób ingerencji w wolność działalności gospodarczej przez zakaz reklamy aptek]

- (64) Nie sposób przedstawić wszystkich przejawów ograniczania wolności działalności gospodarczej oraz konkurencji, do których na podstawie zakwestionowanego przepisu dochodzi w praktyce stosowania prawa. Dokonywana przez organy kwalifikacja, oparta na założeniu, że z zakresu reklamy wyłączone są tylko informacje o lokalizacji i godzinach otwarcia apteki, prowadzi nierzadko do takich absurdów, jak np. nakaz rozpowszechniania informacji, której przekazywanie pacjentom przez farmaceutów jest ich obowiązkiem ustawowym. 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 marketingowe zaliczane powszechnie do kategorii promocji (promocji sprzedaży), związane z transakcją sprzedaży. Apteki zostały zatem właściwie pozbawione możliwości prowadzenia jakichkolwiek działań przyznających klientom korzyści.
- (65) Kwestionowane jest także rozpowszechnianie jakichkolwiek informacji dotyczących działalności apteki, wykraczających poza zakres wyłączeń z art. 94a ust. 1 zd. 2 pr. farm., w tym zwłaszcza informacji dotyczących oferty handlowej (asortymentu i cen), a także świadczonej opieki farmaceutycznej. Zabrania się aptekom 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 pr. farm.), bądź nawet obligatoryjnych (np. obowiązkowe na gruncie art. 44 ustawy refundacyjnej informowanie o tańszych zamiennikach produktów refundowanych).

(66) Zgodnie z wypowiedziami GIF, za zakazaną reklamę uznać należy także działania sponsoringowe prowadzone przez aptekę, bądź organizowanie wydarzeń, jeśli 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.

#### **Załącznik:**

- *informacje prasowe dotyczące kwestionowania, na podstawie art. 94a pr. farm., aktywności aptek takich jak udział w ubezpieczeniach lekowych, programach kart seniora czy dużej rodziny oraz decyzje organów nadzoru farm. w tym zakresie (zał. nr 11)*

(67) 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 posługiwania się w obrocie wcześniej już dopuszczonymi, „reklamowymi” nazwami aptek. Organy inspekcji kwestionują też dopuszczalność prowadzenia „brandingu” aptek, czyli propagowania ich oznaczeń odróżniających (logotypów).

(68) Stosowanie art. 94a ust. 1 pr. farm. prowadzi 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 jakiegokolwiek informacji dotyczącej takich działań, co w praktyce oznacza zakaz samych działań. Także i w tym przypadku kwestionowane są i takie działania komunikacyjne, które wprost wynikają z obowiązujących przepisów (zob. postanowienia rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 10 czerwca 2002r. w sprawie szczegółowych zasad uwidaczniania cen towarów i usług oraz sposobu oznaczania ceną towarów przeznaczonych do sprzedaży (Dz. U. z 2002r., nr 99 poz. 894 z późn. zm.), dotyczące wskazywania cen obniżonych i promocyjnych).

(69) Na podstawie kwestionowanego przepisu dochodzi też do ograniczania świadczenia usług, które są obowiązkiem farmaceuty, w tym zwłaszcza działań i komunikacji podejmowanych w ramach programów opieki farmaceutycznej. Przedmiotowy przepis prowadzi też do ograniczenia możliwości prowadzonej zgodnie z prawem reklamy towarów dostępnych w aptece, takich jak leki OTC, kosmetyki czy suplementy diety. Reklama produktowa jest bowiem bardzo często kwalifikowana przez nadzór farmaceutyczny jako stanowiąca jednocześnie niedozwoloną reklamę apteki.

- (70) 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. Placówek takich dotyczy bowiem tylko zakaz reklamy odnoszącej się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych (art. 94a ust. 1a pr. farm.). Kwestionowana regulacja praktycznie pozbawia apteki jakichkolwiek sposobów zabiegania o klienta i konkurowania z ww. placówkami handlowymi.
- (71) Podkreślić zwłaszcza należy, że konsekwencją przedmiotowego zakazu jest pozbawienie przedsiębiorcy, jakim jest prowadzący aptekę, możliwości swobodnego kształtowania cen, w granicach dozwolonych przez prawo. Zakaz stosowania cen promocyjnych i rabatów prowadzi do wyłączenia możliwości podejmowania działań stanowiących kwintesencję działalności gospodarczej. Przypomnieć należy, że również na gruncie prawa unijnego środki i praktyki handlowe dotyczące cen nie są traktowane jako reklama. Stosownie do art. 94 ust. 4 dyrektywy 2001/83/WE zakazy dotyczące reklamy leków nie wpływają na legalność środków i praktyk handlowych dotyczących cen, marż i rabatów. Wspomniane praktyki uznaje się zatem za nie mieszczące się w zakresie reklamy leków. Analogicznie nie mogą być one traktowane jako reklama apteki lub jej działalności.
- (72) Podsumowując tę część wyводу wskazać należy, że **na podstawie art. 94a ust. 1 pr. farm. ma miejsce kwestionowanie nie tylko działań *stricto* reklamowych, ale i wszelkich innego rodzaju działań, które nakierowane są na zwiększenie obrotów/zysków apteki (co jest przecież celem każdego przedsiębiorcy), a więc należą do istoty działalności gospodarczej** (takich jak prezentacja oferty handlowej, kształtowanie oferty, w tym zwłaszcza cen np. poprzez stosowanie rabatów). **Analizowany przepis prowadzi także do bardzo daleko idącego ograniczenia konkurencji pomiędzy aptekami** (zgodnie z rzeczywistym celem pomysłodawców regulacji), **uniemożliwia także aptekom realną konkurencję z placówkami obrotu pozaaptecznego. Przedmiotowa regulacja zatem nie tyle ogranicza swobodę działalności gospodarczej, co wręcz uderza w istotę tej wolności.**

*[brak spełnienia warunków dopuszczalności ograniczenia]*

- (73) Chociaż formalnie zakaz reklamy aptek oraz ich działalności został wprowadzony ustawą (refundacyjną) i przewidziany w innej ustawie (Prawie farmaceutycznym), to ze względu na swą blankietowość nie spełnia wynikającego z art. 22 w zw. z art. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wymogu zastosowania drogi ustawowej. Zagadnienia dotyczące braku dostatecznej określoności ustawowej w przypadku art. 94a ust. 1 pr. farm. zostały omówione szczegółowo w pkt. 32 i nast. powyżej. W analizowanej sytuacji naruszenie zasady prawidłowej legislacji polegające na braku wymaganej określoności przepisu skutkuje nie tylko naruszeniem art. 2 Konstytucji, ale i wynikającego z art. 22 (a także art. 31 ust. 3) Konstytucji RP obowiązku wprowadzania wszelkich ograniczeń w konstytucyjnej zasadzie wolności działalności gospodarczej wyłącznie w drodze ustawy. Tymczasem w przypadku kwestionowanego przepisu sfera swobody, czy wręcz dowolności pozostawiona organom stosującym prawo jest tak duża, że czyni z nich rzeczywistego prawodawcę.

- (74) Nie została także spełniona materialna przesłanka dopuszczalności ograniczenia zasady wolności działalności gospodarczej w postaci istnienia ważnego interesu publicznego uzasadniającego ograniczenie (art. 22 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Jak wskazano już wcześniej, 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.
- (75) Dobro w postaci ochrony zdrowia jest zatem w analizowanej sytuacji wartością, którą rozważyć należy jako ewentualne uzasadnienie dla ograniczenia wolności działalności gospodarczej wynikającego z generalnego zakazu reklamy aptek. Nie budzi wątpliwości, że podobnie jak ma to miejsce w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, również na gruncie art. 22 ustawy zasadniczej ochrona zdrowia publicznego może stanowić ważny interes publiczny uzasadniający wprowadzenie ograniczeń zasady wolności działalności gospodarczej. **Jednakże w rzeczywistości kwestionowany przepis nie służy ochronie zdrowia publicznego (zob. argumentację w pkt. 91 i n. poniżej), a rzeczywistym motywem jego forsowania przez samorząd zawodowy była chęć ograniczenia konkurencji na rynku aptecznym, w interesie małych, niezrzeszonych aptek.**
- (76) Nawet gdyby przyjąć, czemu Skarżąca przeczy, że analizowany przepis ma na celu ochronę dobra w postaci zdrowia publicznego, to w sposób oczywisty nie został spełniony wymóg konieczności przybierający postać zasady proporcjonalności ograniczeń, wynikającej z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (zasada ta została omówiona w pkt 7 i nast. poniżej). Ocena taka wynika z faktu, że zastosowany przez ustawodawcę środek w postaci generalnego zakazu reklamy aptek w rzeczywistości nie tyle nie przyczynia się do ochrony zdrowia publicznego, co ewidentnie jest dla ochrony tego dobra szkodliwy. Przedmiotowy zakaz ma zatem charakter przeciwny, a więc wywołane przez niego efekty nie mogą być ocenione jako pozytywne. W tej sytuacji brak jest potrzeby dokonywania oceny relacji tych efektów do ciężarów nakładanych na przedsiębiorców w drodze przedmiotowego zakazu. Wskazać także należy, że wbrew art. 31 ust. 3 Konstytucji RP kwestionowany przepis narusza istotę wolności działalności gospodarczej, prowadząc do uznania za niedozwolone i wymuszając zaprzestanie działań służących pozyskiwaniu i utrzymywaniu klientów, w tym stosowaniu korzystnych dla pacjentów mechanizmów stanowiących zachętę do nabywania produktów w aptece, a zatem działań stanowiących kwintesencję każdej działalności gospodarczej, w konsekwencji wyłączając także wszelką konkurencję w branży aptecznej oraz wynikające z niej korzyści dla pacjentów.

*[konsekwencje art. 94a pr. farm. dla funkcjonowania rynku]*

- (77) W demokratycznym państwie prawnym opartym na zasadach gospodarki wolnorynkowej, rozwiązanie polegające na całkowitym zakazie reklamy i promocji prowadzonej na własny rachunek i ryzyko działalności gospodarczej, ze swej natury budzi poważne wątpliwości. Reklama i konkurencja są bowiem zasadniczym elementem wolnego rynku, stanowiąc siłę napędową rozwoju oraz czynnik utrzymywania równowagi rynkowej. Reklama, będąc jednym z

podstawowych mechanizmów konkurencji, wpływa na podwyższenie jakości usług oraz spadek ich cen. Trudno jest mówić o uczciwej konkurencji bez istnienia możliwości reklamowania i promowania działalności gospodarczej. Zwrócić też należy uwagę, że w odniesieniu do większości produktów oferowanych w aptekach, takich jak leki OTC, suplementy diety, wyroby medyczne czy kosmetyki, reklama i promocja są dozwolone, a zatem i w tej dziedzinie działają zasady wolnej konkurencji. Zakaz reklamy aptek nie tylko prowadzi do zachwiania równowagi na konkurencyjnym rynku, ale i ma negatywny skutek dla pozycji konsumenta, który traci możliwość porównywania ofert oraz korzystania z ofert promocyjnych i pakietów lojalnościowych, a ponadto pozbawia aptekarzy motywacji do zabiegania o klienta poprzez oferowanie najwyższej jakości i najniższych cen.

(78) Obowiązujące przepisy nie ograniczają roli aptek do wydawania produktów leczniczych oraz innych farmaceutyków, na identycznych z perspektywy pacjenta warunkach. W odniesieniu do aptek, podobnie jak w przypadku innych przedsiębiorstw, obowiązują zasady wolnego rynku oraz konkurencyjności. Utrzymując status aptek jako przedsiębiorstw nie wolno pozbawiać ich środków pozwalających im utrzymać się i skutecznie konkurować na wolnym rynku. Przypomnieć należy, że ta konkurencja dotyczy nie tylko relacji aptek pomiędzy sobą, ale i innych punktów handlu detalicznego, takich jak supermarkety czy stacje benzynowe, których asortyment częściowo pokrywa się z ofertą aptek. Apteki muszą zatem mieć możliwość wyróżnienia się na konkurencyjnym rynku, np. poprzez nawiązanie współpracy z innymi przedsiębiorcami w celu uatrakcyjnienia oferty adresowanej do pacjenta (np. realizację tzw. ubezpieczeń lekowych), oferowanie korzystnych dla pacjentów warunków cenowych (promocji cenowych, rabatów, obniżek). Apteki muszą mieć także możliwość poinformowania pacjentów o swojej ofercie, zwłaszcza w zakresie, w jakim wyróżnia je ona na rynku. Tymczasem wprowadzony zakaz reklamy aptek stał się podstawą kwestionowania dopuszczalności takich zwyczajnych, wpisujących się w zasady funkcjonowania wolnego rynku i konkurencji, działań marketingowych, jako dających - w ocenie GIF - niektórym aptekom „uprzywilejowaną” sytuację gospodarczą.

(79) Zakaz reklamy aptek, z uwagi na swój generalny i niejasny charakter, jest zatem podstawą „równania w dół”, eliminacji wszelkich inicjatyw, które mogą uatrakcyjnić ofertę apteki z korzyścią dla obu stron, w tym dla pacjenta. W efekcie zakaz prowadzi do zaniku innowacyjności i realizowania przez apteki wyłącznie absolutnego minimum nakazanego przez obowiązujące przepisy (choć i w tym zakresie istnieje ryzyko zakwalifikowania działalności jako zakazanej reklamy, *vide* przykłady w pkt. 52). Całkowity zakaz reklamy aptek stanowi *de facto* zakaz konkurencji, dogodny dla części przedsiębiorców prowadzących apteki, ale niezgodny z interesem pacjentów. Należy przypomnieć, że żaden inny rodzaj działalności gospodarczej nie podlega tak daleko idącemu ograniczeniu. Ograniczenia takie jak przedmiotowy zakaz reklamy aptek zmuszają ponadto adresatów do poszukiwania sposobów obchodzenia zakazu. Nie ma bowiem możliwości, by przedsiębiorstwo mogło funkcjonować na wolnym rynku bez możliwości sięgania po jakiegokolwiek sposobu nie tylko reklamowania własnej działalności, ale i informowania o niej klienteli.

*[podsumowanie – wolność działalności gospodarczej]*

(80) Przedstawione powyżej okoliczności potwierdzają niezwykle daleko idącą ingerencję całkowitego zakazu reklamy aptek (przy uwzględnieniu jego brzmienia oraz sposobu

interpretowania oraz stosowania) w sferę wolności działalności gospodarczej na rynku aptecznym. Przywołane okoliczności uzasadniają też ocenę, że przewidziane w art. 94a ust. 1 pr. farm. ograniczenie wolności działalności gospodarczej nie spełnia ani formalnych, ani materialnych wymogów przewidzianych w art. 22 oraz 31 ust. 3 Konstytucji RP, a w konsekwencji nie jest dopuszczalne. Na podstawie kwestionowanego przepisu dochodzi w szczególności do naruszenia istoty konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej. W konsekwencji całkowity zakaz reklamy aptek stanowi naruszenie przedmiotowej wolności.

### **II.3. naruszenie konstytucyjnych zasad wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (art. 54 ust. 1 Konstytucji RP) oraz komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP)**

(81) Zaskarżony przepis art. 94a ust. 1 pr. farm. jest także niezgodny z art. 54 ust. 1 oraz art. 49 Konstytucji RP, statuującymi wolność wypowiedzi (pozyskiwania i rozpowszechniania informacji) oraz wolność komunikowania się, a w konsekwencji narusza konstytucyjnie chronione wolności Skarżącej (oraz innych podmiotów) w zakresie rozpowszechniania informacji oraz komunikowania się w ramach prowadzonej działalności (w relacji z pacjentem-klientem). Całkowity zakaz reklamy aptek i ich działalności uniemożliwia Skarżącej rozpowszechnianie wszelkich informacji o działalności apteki Skarżącej (poza podaniem godzin pracy i lokalizacji apteki), a zatem nie tylko informacji *stricto* gospodarczych, ale i informacji o świadczonych dla ludności (pacjentów) usługach, w tym świadczonej opiece farmaceutycznej, wreszcie nawet szerzenia wiedzy o zdrowiu i zapobieganiu chorobom. W świetle orzeczeń zapadłych wobec Skarżącej zakaz ten rozciąga się także na komunikację wewnątrz lokalu apteki, a także indywidualną komunikację pomiędzy farmaceutą a pacjentem. Tym samym zaskarżony przepis narusza również prawo pacjentów (klientów apteki) do pozyskiwania takiej informacji ze strony apteki, godząc nie tylko w ich wolność pozyskiwania informacji, lecz także w gwarantowane w art. 68 ust. 1 Konstytucji RP prawo do ochrony zdrowia.

#### *[źródła i zakres wolności wypowiedzi]*

(82) Art. 54 Konstytucji RP (zasada wolności wypowiedzi) stanowi, że: *każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji*. Trybunał Konstytucyjny, wypowiadając się w kwestii rozumienia tego przepisu, stwierdza w szczególności, że gwarantuje on trzy, powiązane ze sobą wolności: wyrażania poglądów, pozyskiwania informacji oraz ich rozpowszechniania (por. m.in. wyrok TK z dnia 18 lutego 2014 r. K 29/12, OTK-A 2014/2/11, Dz.U.2014/244; wyrok TK z dnia 20 lutego 2007 r. P 1/06 OTK-A 2007/2/11, Dz.U.2007/36/234). Z perspektywy oceny art. 94a pr. farm. istotne są wolności rozpowszechniania oraz pozyskiwania informacji. Wolność pozyskiwania informacji, o której mowa w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, obejmuje także wolność poszukiwania informacji. Natomiast wolność rozpowszechniania informacji to zarówno udostępnianie podmiotom indywidualnie wybranym przez rozpowszechniającego zebranych danych, jak i upowszechnianie informacji, tzn. podawanie ich do wiadomości publicznej, a więc adresatom niezindywidualizowanym, zwłaszcza przez środki masowego przekazu (por. m.in. wyrok TK z dnia 18 lutego 2014 r. K 29/12, OTK-A 2014/2/11, Dz.U.2014/244).

- (83) Wynikający z art. 94a ust. 1 pr. farm. zakaz reklamy aptek oraz ich działalności narusza zasadę swobody wypowiedzi, gwarantowaną przez polską ustawę zasadniczą (art. 54, Konstytucji RP). 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 28 stycznia 2003 r. (K. 2/2002) wskazał, że: „*[P]olska 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.*”
- (84) 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).
- (85) Zasada wolności wypowiedzi w kontekście informacji handlowej została też skonkretyzowana w prawie unijnym w dyrektywie 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 grudnia 2006r. dotyczącej świadczenia usług na rynku wewnętrznym UE (Dz.U.UE.L.2006.376.36; *vide m.in.* art. 24 zgodnie z którym: „Państwa członkowskie znoszą wszelkie całkowite zakazy dotyczące informacji handlowych dostarczanych przez zawody regulowane”). Zgodnie ze stanowiskiem zawartym w opinii sporządzonej na zlecenie UOKiK (ekspertyza „Bariery prawne dla integracji krajowego rynku usług z jednolitym rynkiem UE”, maj 2007r., dostępna na <ftp://ftp.uokik.gov.pl/>) na gruncie ww. dyrektywy niedopuszczalne jest wprowadzenie przepisów prawnych bądź norm etyki zawodowej, które by całkowicie zabraniały reklamy aptek.
- (86) Jak podkreśla się w piśmiennictwie: „*[P]rzedsiębiorca [...] 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).

#### *[skutki całkowitego zakazu reklamy aptek w sferze swobody wypowiedzi]*

- (87) Kwestionowany przepis art. 94a ust. 1 pr. farm., 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. Jak już wcześniej wskazano, w praktyce zakresem zakazu obejmuje się wszelkie komunikaty dotyczące aptek lub punktów aptecznych, nie mieszczące się w zakresie ustawowych wyłączeń. Dotyczy to zwłaszcza informacji odnoszących się do oferty handlowej apteki, do dostępnych w niej produktów oraz stosowanych w aptece cen i promocji cenowych. Ograniczenia dotyczą 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. Kwestionowany przepis prowadzi



zatem do bardzo daleko idącego ograniczenia, czy wręcz wyłączenia możliwości rozpowszechniania przez przedsiębiorców aptecznych informacji i wypowiedzi dotyczących prowadzonej przez nich działalności gospodarczej, w tym całkowitego wyłączenia możliwości prowadzenia reklamy gospodarczej.

- (88) Korelatem prawa przedsiębiorcy do prezentowania swej oferty oraz innych informacji dotyczących działalności gospodarczej, jest prawo konsumenta (pacjenta) do uzyskania pełnej informacji o ofercie apteki, w tym o jej asortymencie oraz stosowanych w niej cenach. Obowiązek udzielania pacjentom (mającym w świetle obowiązujących przepisów status konsumentów) pełnej, jasnej i rzetelnej informacji nie został wyłączony w odniesieniu do aptek. Przeciwnie, na farmaceutach spoczywają w tym zakresie dalej idące obowiązki, niż to ma miejsce w przypadku innej działalności zawodowej. Generalny zakaz reklamy aptek w interpretacji przyjętej przez organy nadzoru farmaceutycznego, ogranicza możliwość uzyskania przez pacjentów istotnych informacji m.in. o produktach leczniczych (w tym o ich cenach) oraz o świadczonych w aptece usługach, w tym opiece farmaceutycznej. Zakaz reklamy aptek pozbawia zatem pacjentów-konsumentów możliwości uzyskania pełnej informacji o ofercie handlowej aptek, porównania ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z perspektywy własnych interesów. Przedmiotowy przepis odbiera też pacjentom możliwość pozyskania wartościowych, często specjalistycznych materiałów dotyczących zdrowia, profilaktyki, nowości na rynku oraz uzyskania tą drogą interesujących ich porad.
- (89) Zbieżne z powyższymi względami przemawiają za stwierdzeniem ograniczenia przez art. 94a ust. 1 pr. farm. także przewidzianej w art. 49 Konstytucji RP wolności komunikowania się. Istotną część kwestionowanych przez organy nadzoru farmaceutycznego działań aptek przybiera bowiem postać nie tyle działań jednostronnych (rozpowszechniania czy pozyskiwania informacji), ile komunikowania się przez apteki z pacjentami. Ograniczenia dotyczą zwłaszcza komunikacji indywidualnej następującej w ramach programów opieki farmaceutycznej, a zatem komunikacji o charakterze przede wszystkim informacyjnym i doradczym, gdyż programy te zostały ocenione przez organy nadzoru farmaceutycznego jako przejaw niedozwolonej reklamy.

*[podsumowanie – wolność wypowiedzi]*

- (90) Analizowany przepis niesie ze sobą zatem bardzo daleko idące ograniczenia wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, gwarantowanej przez art. 54 Konstytucji RP (a także wolności komunikowania się – art. 49 Konstytucji RP). Wadliwa konstrukcja przepisu i jego niedookreśloność dodatkowo pogłębia praktyczny wymiar tych ograniczeń, pozostawiając organom stosującym prawo nadmierną swobodę w wykładni i stosowaniu zakazu. Uzasadnione wydaje się twierdzenie, że przedmiotowy zakaz narusza istotę swobody wypowiedzi w zakresie odnoszącym się do tzw. wypowiedzi komercyjnej, gdyż w odniesieniu do działalności aptecznej praktycznie wyklucza każdy rodzaj takiej wypowiedzi. Z uwagi na brak spełnienia wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (por. pkt 111 i n. poniżej) wymogów dopuszczalności ograniczenia dotyczącego gwarantowanej przez art. 54 Konstytucji RP wolności (tj. brak dostatecznej określoności ustawowej, brak rzeczywistego uzasadnienia w ochronie innego dobra prawnego, brak zachowania zasady proporcjonalności), opisane powyżej ograniczenia wolności wypowiedzi nie mogą być uznane za usprawiedliwione, co oznacza że zakwestionowany przepis narusza także art. 54 Konstytucji RP (a ponadto art. 10 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności). Zbieżna ocena dotyczy także naruszenia przewidzianej w art. 49 Konstytucji RP wolności komunikowania się.



#### II.4. naruszenie konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia (art. 68 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP)

(91) Zdaniem Skarżącej zaskarżony przepis art. 94a ust. 1 pr. farm. jest niezgodny z przewidzianym w art. 68 ust. 1 Konstytucji RP prawem do ochrony zdrowia. W tej płaszczyźnie oceny generalnego zakazu reklamy aptek nie chodzi naturalnie wprost o ochronę praw samej Skarżącej, której – jako osobie prawnej – nie przysługuje konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia. Prawo to natomiast przysługuje osobom fizycznym – pacjentom będącym aktualnymi bądź potencjalnymi klientami apteki Skarżącej. Jednakże zasadnym jest podniesienie przez Skarżącą także i niezgodności art. 94a ust. 1 pr. farm. z tym wzorcem konstytucyjnym, gdyż naruszenie przez zaskarżoną regulację konstytucyjnie gwarantowanego pacjentom prawa do ochrony zdrowia pozostaje w funkcjonalnym związku z omówionymi powyżej naruszeniami praw i wolności Skarżącej. Generalny zakaz reklamy aptek w interpretacji orzecznictwa uniemożliwia w istotnym zakresie pełnienie przez aptekę Skarżącej zadania, do którego jest powołana jako jeden z elementów systemu ochrony zdrowia publicznego (placówka ochrony zdrowia). Apteka Skarżącej nie może zatem w sposób prawidłowy wykonywać swej roli placówki ochrony zdrowia (m.in. edukować, informować pacjentów, organizować w sprawny i przyjazny dla nich sposób opiekę farmaceutyczną, uczestniczyć w programach ubezpieczeń lekowych, w programie kart seniora i kart dużej rodziny etc.), co w konsekwencji uderza w przysługujące pacjentom prawo do ochrony zdrowia, uniemożliwiając aptekom pełne i prawidłowe uczestniczenie w ochronie zdrowia pacjentów. Zatem także i naruszenie przez zaskarżony przepis prawa pacjentów do ochrony zdrowia pośrednio dotyka Skarżącą jako podmiot prowadzący aptekę mającą za zadanie pełnić istotną funkcję w ramach systemu ochrony zdrowia, której jednakże w drodze ww. regulacji odebrano istotne i skuteczne do tego celu „narzędzia”.

*[ochrona zdrowia jako deklarowany cel całkowitego zakazu reklamy aptek]*

(92) Wskazywanym w wypowiedziach organów władzy publicznej, po wprowadzeniu całkowitego zakazu reklamy aptek, celem uzasadniającym jego uchwalenie, jest zamiar ochrony zdrowia publicznego poprzez zniwelowanie negatywnych konsekwencji nadmiernej konsumpcji leków oraz samoleczenia. Leżące u podstaw takiego uzasadnienia zakazu założenie o istotnym wpływie reklamy aptek lub ich działalności na wzrost konsumpcji produktów leczniczych (samoleczenia) nie zostało jednakże przed wprowadzeniem zakazu w **żaden sposób zweryfikowane**.

(93) Stosownie do art. 68 ust. 1 Konstytucji RP: „Każdy ma prawo do ochrony zdrowia”. Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, że z przywołanego przepisu ustawy zasadniczej wywieść należy podmiotowe prawo jednostki do ochrony zdrowia, którego treścią: *„[n]ie jest naturalnie jakiś abstrakcyjnie określony (i w gruncie rzeczy niedefiniowalny [...]) stan „zdrowia” poszczególnych jednostek, ale możliwość korzystania z systemu ochrony zdrowia, funkcjonalnie ukierunkowanego na zwalczanie i zapobieganie chorobom, urazom i niepełnosprawności.”* (zob. wyrok TK z 7 stycznia 2004r., K 14/03; wyrok TK z 23 marca 1999r., K. 2/98, (OTK ZU nr 3/1999, poz. 38)). Korelatem prawa podmiotowego jednostki do ochrony zdrowia jest obowiązek podejmowania przez władze publiczne działań koniecznych dla należytej realizacji tego prawa tj. należytej ochrony zdrowia jednostek.

*[nieadekwatność zakresu zakazu do deklarowanego celu ochrony zdrowia]*

(94) Wskazać należy, że całkowity zakaz reklamy aptek, w przeważającym zakresie przedmiotowym w ogóle nie jest adekwatny dla celu, jaki jest ochrona zdrowia pacjentów. Niewątpliwie ochrona zdrowia publicznego może pozostawać w relewantnym związku z działalnością aptek, jednak nie sposób nie zauważyć, iż zależność ta nie dotyczy całości działalności prowadzonej przez apteki, ale jedynie tej jej części, która związana jest z dystrybucją produktów leczniczych. Zatem zakazu reklamy odnoszącego się do całości działalności prowadzonej przez apteki, w żadnym wypadku nie sposób uzasadnić postulatem ochrony zdrowia.

(95) Zwrócić należy uwagę, że leki nierefundowane i inne produkty, które mogą być oferowane w aptekach (kosmetyki, suplementy diety etc.) stanowią często ponad połowę asortymentu apteki. Uniemożliwienie aptekom prowadzenia reklamy także i w zakresie innych niż leki produktów bądź usług dostępnych w aptece, ocenić należy jako całkowicie nieuzasadnione. Wskazać także należy, że w sytuacji dopuszczalności prowadzenia reklamy leków OTC (reklamy produktowej), zakaz reklamy aptek, nawet ograniczony do reklamy dotyczącej produktów leczniczych, jest pozbawiony sensu, skoro nadal może być, także w aptekach, prowadzona reklama leków OTC kierowana do publicznej wiadomości (na okoliczność tę zwracała uwagę także Prezes UOKiK w swoim stanowisku do projektu całkowitego zakazu reklamy aptek). Zakaz reklamy aptek wykraczający przedmiotowo poza zakres ograniczeń dotyczącej reklamy produktowej (reklamy leków), jest całkowicie nieracjonalny jako środek ochrony dobra w postaci zdrowia publicznego.

(96) Generalny charakter preforsowanego zakazu reklamy aptek stanowi okoliczność potwierdzająca, że celem zakazu nie mogło być dobro pacjenta (zdrowie publiczne). Gdyby bowiem rzeczywiście chodziło o ochronę zdrowia publicznego, np. zapobieżenie nadmiernej konsumpcji farmaceutyków, wystarczyłby zakaz ograniczony do reklamowania się aptek poprzez odwołanie do leków dostępnych w aptekach. Z całą pewnością nie służy ochronie zdrowia publicznego zakaz generalny, nie pozwalający reklamować się aptekom np. przez odwołanie do innych niż leki produktów dostępnych w aptece, takich jak np. dermokosmetyki, suplementy diety, środki higieniczne, czy też np. do jakości świadczonych w aptece usług, szerokości asortymentu. Ochroną zdrowia publicznego da się bowiem uzasadnić jedynie ograniczenia czy zakazy reklamowe dotyczące pewnych kategorii produktów (np. leków na receptę), ale nie zakazy reklamowe dotyczące pewnych kategorii podmiotów (przedsiębiorców). Brak rzeczywistej dbałości o dobro i interes pacjentów przy wprowadzaniu zakazu reklamy aptek potwierdzają też negatywne dla pacjentów skutki wprowadzonego zakazu, omówione w dalszej części wyводу.

*[skutki zakazu dla realizacji prawa pacjenta do ochrony zdrowia – ograniczenie prawa]*

(97) Apteki niewątpliwie stanowią element systemu ochrony zdrowia, którego prawidłowe funkcjonowanie ma zapewnić pacjentom realizację konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia (zob. m.in. art. 86 pr. farm.: „Apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego [...]”). Także zatem apteki powinny mieć zapewnioną prawnie możliwość działania w ten sposób, żeby możliwie najlepiej realizowane było prawo pacjentów do ochrony zdrowia. Tymczasem kwestionowana regulacja, w świetle interpretacji przyjętej przez organy stosujące prawo oraz sądy, uniemożliwia aptekom podejmowanie działań, które służyłyby interesom zdrowotnym

pacjentów, a pacjentom uzyskiwanie w aptekach informacji i świadczeń, które są im niezbędne dla ochrony zdrowia. Przedmiotowa regulacja nie służy zatem poprawie, lecz realnie pogarsza sytuację pacjentów w obszarze ochrony zdrowia, ma więc przeciwny do deklarowanego skutek.

- (98) Kwestionowana regulacja oparta została na całkowicie błędnym założeniu, że brak dostępu do informacji o ofercie aptek i możliwości ich porównania lepiej służy pacjentom niż sytuacja, w której są oni w pełni poinformowani i mogą świadomie dokonać porównania i wyboru najlepszej dla siebie oferty. Jak nadmieniono już wcześniej, korelatem prawa przedsiębiorcy do prezentowania swej oferty jest prawo konsumenta (pacjenta) do uzyskania pełnej informacji o ofercie przedsiębiorcy, w tym o stosowanych przez niego cenach. Obowiązek udzielania pacjentom pełnej, jasnej i rzetelnej informacji nie został wyłączony w odniesieniu do aptek, a na farmaceutach spoczywają dalej idące obowiązki szczególne w zakresie informowania pacjentów, niż to ma miejsce w odniesieniu do innych przedsiębiorców. Znaczenie prawa pacjentów do informacji jest także podkreślane na szczeblu Unii Europejskiej, gdzie pracuje się m.in. nad zwiększeniem dostępu pacjentów do informacji dotyczących leków. Przepis art. 94a ust. 1 pr. farm. w przyjmowanym przez organy i sądy rozumieniu, stoi w sprzeczności także i z powyższymi prawami uczestników rynku (pacjentów-konsumentów).
- (99) Powoływanie się przez organy publiczne przy usprawiedliwianiu zakazu reklamy aptek na względy związane z ochroną zdrowia publicznego, w tym zwłaszcza zamiar ograniczenia negatywnych skutków nadmiernej konsumpcji leków (samoleczenia), opiera się na nieadekwatnym do przyjętego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE oraz polskich sądów modelu pacjenta (konsumenta), postrzegając tego pacjenta jako bezrozumną istotę o której wyborach rynkowych decyduje reklama i wobec której wystarczy odciąć dostęp do reklamy, by osiągnąć cel w postaci mniejszej i przemyślanej konsumpcji farmaceutyków. Takie podejście stanowi formę swoistego ubezwłasnowolnienia pacjenta, odebrania mu rzeczywistej możliwości dokonywania wyboru. Nie dostrzeżono przy tym, że wprowadzając całkowity zakaz reklamowania apteki i ich działalności pozbawia się pacjentów dostępu do informacji niezbędnych, by dokonywać rozważnych, przemyślanych i korzystnych z perspektywy interesu pacjenta wyborów rynkowych. Tymczasem, wedle doniesień prasowych, z przeprowadzonych przez firmę Millward Brown badań wynika, że 86% Polaków chce otrzymywać od farmaceutów więcej informacji o możliwości zaoszczędzenia na cenie leków, a 69% chce uczestniczyć w programach lojalnościowych. **Generalny zakaz reklamy aptek musi być zatem oceniony jako środek niekorzystny i niepożądany przez większość pacjentów.**
- (100) Dalszym negatywnym skutkiem przedmiotowego przepisu jest uniemożliwienie pacjentom oszczędności w zakresie kosztów farmakoterapii. Całkowity zakaz reklamy aptek w praktyce prowadzi do zaniku stosowania przez apteki promocji cenowych, rabatów, obniżek czy bonifikat, a także programów lojalnościowych, z obawy że działania takie zostaną uznane *per se* za przejaw niedozwolonej reklamy, a także wskutek niemożności poinformowania pacjentów o korzystnej cenowo ofercie (np. stosowanych rabatach). Podwyższenie kosztów terapii dla pacjentów jest także efektem istotnego ograniczenia, czy wręcz wyłączenia konkurencji pomiędzy aptekami. Zakaz reklamy aptek nie tylko zatem pozbawia pacjentów (konsumentów) prawa do informacji o ofercie rynkowej, ale też pozbawia ich korzyści wynikających z konkurencji na rynku, zwłaszcza zaś konkurencji w sferze cen.
- (101) W tym miejscu przypomnieć należy, że reklama oraz będący jej efektem wzrost konkurencji na rynku, jest zjawiskiem korzystnym z perspektywy interesu konsumentów.

Prowadzi ona bowiem do poprawy oferty (np. jakości świadczeń, zakresu asortymentu), a jednocześnie istotnie sprzyja obniżaniu cen. Z powyższych względów negatywne stanowisko wobec propozycji zakazu reklamy aptek o analogicznym brzmieniu jak obowiązujący obecnie, już w 2008r. wyrażał Prezes UOKiK. W swoich uwagach zgłoszonych w ramach konsultacji projektu noweli do pr. farm. Prezes UOKiK stwierdził m.in.: *Należy jednoznacznie stwierdzić, że zaproponowane brzmienie art. 94a ust. 1 [...] odnośnie wprowadzenia zakazu reklam aptek lub punktów aptecznych [...] jest zupełnie nie do przyjęcia. [...] 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.* (zob. dostępne na [www.mz.gov.pl](http://www.mz.gov.pl) stanowisko Prezesa UOKiK z dnia 3 grudnia 2008 r. przesłane do Ministerstwa Zdrowia, w związku z przedłożonym Prezesowi UOKiK projektem ustawy *Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw* z dnia 3 listopada 2008 r. (znak: MZ – PL – 462 – 6724 – 27/MZ/08)). Prezes UOKiK wielokrotnie wskazywał też na niecelowość takiego zakazu w sytuacji, gdy i tak dopuszczalna jest reklama leków OTC.

**załącznik:**

- *stanowisko Prezesa UOKiK z dnia 3 grudnia 2008r. (zał. nr 12);*
- *wywiad z Prezesem UOKiK Małgorzatą Krasnodębską-Tomkiel autorstwa A. Dziadik, Wolna konkurencja ma się nieźle, opubl. w Manager Apteki, Rocznik 2009 nr 4, dostępny na [www.nazdrowie.pl](http://www.nazdrowie.pl) (zał. nr 13);*

(102) Zwrócić należy uwagę, że w polskim systemie prawnym istnieją wystarczające środki służące wyeliminowaniu nadużyć w zakresie reklamy i promocji, chroniące konsumentów przed reklamą nieuczciwą, np. wprowadzającą w błąd. Obawa przed ewentualnymi nadużyciami w tym zakresie nie może uzasadniać zakazu wszelkiej reklamy.

(103) Ponieważ efektem zakazu reklamowania aptek jest istotnie słabsza konkurencja na rynku, w chwili obecnej pacjenci płacą za leki, zwłaszcza leki nierefundowane (w tym OTC), więcej niż dotychczas. Podniesienie kosztów farmakoterapii w zakresie leków nierefundowanych jest m.in. wynikiem wzrostu cen w aptekach ogólnodostępnych, wskutek zahamowania obniżania cen (stosowania cen promocyjnych, rabatów, programów rabatowych) z obawy przed zakwalifikowaniem tych działań jako zakazanej reklamy apteki oraz z powodu niemożności poinformowania klienteli o tego rodzaju promocjach cenowych (co pozbawia je ekonomicznego sensu). W konsekwencji zakazu reklamy aptek zmniejsza się więc realna dostępność leków dla pacjentów

**załącznik:**

- *fragment raportu (strona tytułowa, s. 9-11 oraz s. 56-63) „Wpływ ustawy o refundacji leków na dostęp pacjenta do farmakoterapii, budżet NFZ oraz branżę farmaceutyczną, dostępny na <http://infarma.pl/> (zał. nr 14);*

- (104) Negatywnym efektem zakazu reklamowania aptek jest także rezygnacja przez apteki z programów opieki farmaceutycznej, oraz z informowania o prowadzonej opiece, z obawy przed uznaniem ich za niedozwoloną reklamę. Z uwagi na fakt, że stanowiąca obowiązek farmaceuty opieka farmaceutyczna stanowi istotny element ochrony zdrowia realizowany w aptekach, ograniczenie możliwości jej sprawowania, czy choćby pozbawienie aptek dogodnych mechanizmów realizacji opieki farmaceutycznej, istotnie pogarsza warunki dla realizacji przez pacjentów prawa do ochrony zdrowia w ramach korzystania z usług aptek. Przedmiotowy zakaz działa hamująco także na prowadzenie badań naukowych dotyczących jakości opieki farmaceutycznej, z uwagi na przypadki zakwalifikowania ogłoszenia zachęcającego do udziału w badaniu jako reklamy apteki.
- (105) Zakaz reklamy aptek przewidziany w art. 94a ust. 1 pr. farm. stał się także podstawą kwestionowania innych korzystnych dla pacjentów działań lub rozwiązań, takich jak np. ubezpieczenia lekowe, pozwalające na skorzystanie z atrakcyjniejszej cenowo oferty w aptekach uczestniczących w takim programie (oraz innych form prywatnej refundacji leków), czy też np. programy kart seniora, organizowane przez samorządy gminne, pozwalające na uzyskanie zniżek w wybranych aptekach, wreszcie z uczestnictwa aptek w programie Karty Dużej Rodziny, uruchomionym przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej (rabaty dla rodzin z co najmniej trojgiem dzieci). W wyniku wprowadzenia zakazu oraz sposobu jego interpretacji przez organy stosujące prawo, apteki rezygnują także z szeregu innych działań propacjenckich, w tym działań informacyjnych (np. o możliwości zapłacenia kartą, o znajomości języka obcego przez personel), gdyż właściwie każda informacja o tym, co wyróżnia aptekę spośród innych na rynku, może być uznana – jako dająca aptece „uprzywilejowaną sytuację gospodarczą” – za zakazaną reklamę. Skutkiem zakazu jest więc spadek jakości świadczonych w aptekach usług.
- (106) Zakaz reklamy aptek utrudnia ponadto aptekom specjalizację (np. w zakresie leków onkologicznych, kardiologicznych) i dotarcie z informacją o specjalizacji do pacjentów (a oczywistym jest, że żadna apteka nie ma pełnego asortymentu). Pacjent nie jest więc w stanie dotrzeć do informacji, gdzie może się zaopatrzyć w potrzebne mu leki, zwłaszcza leki „specjalistyczne”. Jest to kolejna okoliczność potwierdzająca tezę, że w konsekwencji zakazu reklamy aptek zmniejsza się więc realna dostępność leków dla pacjentów.
- (107) Zakaz reklamy aptek uniemożliwia aptekom nie tylko konkurencję między sobą, ale i skuteczną konkurencję z tzw. placówkami obrotu pozaaptecznego, które mogą sprzedawać niektóre rodzaje leków i wyroby medyczne (całkowity zakaz reklamy nie dotyczy tego rodzaju placówek handlowych). Wskutek zakazu reklamy aptek pacjenci coraz częściej nabywają leki OTC nie w aptekach, a w innych punktach ich dystrybucji, np. w supermarketach czy na stacjach benzynowych, bez możliwości otrzymania tam fachowej porady, zwłaszcza ostrzeżenia przed nadmierną konsumpcją farmaceutyków, co w sposób ewidentny pogarsza bezpieczeństwo zdrowotne pacjentów, nie służy zatem rzeczywistej ochronie dobra w postaci zdrowia publicznego.
- (108) W piśmiennictwie podnosi się także, że w wyniku obowiązywania zakazu reklamy aptek, organy inspekcji farmaceutycznej, zamiast wykonywać swoje podstawowe zadania w zakresie bezpieczeństwa obrotu produktami leczniczymi, zmuszone są de facto zajmować się konkurencją pomiędzy podmiotami gospodarczymi, jakimi są apteki, co zmniejsza ich efektywność w innych obszarach. Także i w ten pośredni sposób kwestionowany zakaz przyczynia się do pogorszenia bezpieczeństwa zdrowotnego pacjentów.

[podsumowanie – sprzeczność zakazu z deklarowanym celem ochrony zdrowia publicznego]

- (109) Podsumowując wskazać należy, że całkowity zakaz reklamy aptek przynosi być może korzyści niektórym aptekom, oraz samorządowi aptekarskiemu, którego organy wykorzystują ten zakaz dla umacniania swej pozycji oraz walki z aptekami sieciowymi, ale z pewnością nie służy interesom pacjentów. Zakaz reklamy aptek jest więc przejawem priorytetu interesów korporacji nad interesem pacjenta. Beneficjentem zakazu miały być małe, niezrzeszone, samodzielne apteki, jednakże z uwagi na generalny charakter zakazu i jego ekstensywną wykładnię, w rzeczywistości okazał się on działać przede wszystkim na korzyść placówek obrotu pozaaptecznego, zwiększając ich obroty w zakresie leków OTC. W efekcie zakazu, który rzekomo miał służyć ochronie zdrowia publicznego i dobru pacjentów, bezpieczeństwo zdrowotne pacjentów uległo istotnemu pogorszeniu. Zakaz uniemożliwia aptekom prowadzenie szeregu działań propagacyjnych, bądź też co najmniej wprowadza niepewność, co do dopuszczalności podejmowanych działań, która skutecznie powstrzymuje farmaceutów od ich podejmowania.
- (110) Powyższe okoliczności przemawiają za uznaniem, że art. 94a ust. 1 pr. farm. w obecnym kształcie nie może służyć ochronie dobra w postaci zdrowia publicznego. Kwestionowany przepis istotnie uderza w wynikające z art. 68 ust. 1 Konstytucji prawo do ochrony zdrowia. Z uwagi na fakt, że, zamiast służyć dobru w postaci zdrowia publicznego, sprzyja on jedynie ograniczeniu prawa pacjentów do ochrony zdrowia, oczywiście nie może być mowy o spełnieniu wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP warunków dopuszczalności ograniczenia konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia. Z powyższych względów art. 94a ust. 1 pr. farm. narusza przewidziane w art. 68 ust. 1 Konstytucji RP prawo do ochrony zdrowia.

#### **II.5. Zarzut naruszenia art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, w tym wynikającej z art. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zasady proporcjonalności**

- (111) We wcześniejszej części pisma wykazano, że kwestionowany przepis art. 94a ust. 1 pr. farm. stanowi istotne ograniczenie gwarantowanych w Konstytucji RP wolności i praw Skarżącej (a także innych przedsiębiorców i pacjentów) tj. wolności działalności gospodarczej, wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, wolności komunikowania, prawa do ochrony zdrowia. Ograniczenia te nie są jednakże tożsame z naruszeniem przepisów Konstytucji RP gwarantujących przedmiotowe wolności i prawa, istnieje bowiem możliwość ich usprawiedliwienia poprzez spełnienie warunków określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (lub art. 22 – w przypadku wolności działalności gospodarczej). Każde ograniczenie podstawowych praw i wolności gwarantowanych przez Konstytucję RP musi mieć charakter wyjątkowy i być uzasadnione szczególnymi względami, przez które rozumie się zasadniczo niemożliwą do pogodzenia kolizję dwóch wartości chronionych na szczeblu konstytucyjnym. W analizowanym przypadku brak jest jednak podstaw dla usprawiedliwienia naruszenia którejkolwiek z wymienionych powyżej zasad konstytucyjnych. Naruszenie przez zaskarżony przepis praw i wolności Skarżącej (a także innych podmiotów) wynika zatem nie tyle z faktu, że art. 94a ust. 1 pr. farm. ogranicza prawa i wolności Skarżącej (lub innych podmiotów), ale że czyni to w sposób i w wymiarze niedozwolonym w świetle przywołanych powyżej zasad konstytucyjnych.
- (112) Okoliczności, które przemawiają za taką oceną są zasadniczo zbieżne, dlatego zostaną przedstawione łącznie dla wszystkich ograniczonych kwestionowanym przepisem praw lub

wolności. Jednakże zgodnie z orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego art. 22 odnoszący się do wolności działalności gospodarczej, stanowi regulację szczególną wobec ogólnej regulacji zawartej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Jak wskazuje Trybunał, w zakresie "ważnego interesu publicznego" z art. 22 Konstytucji RP mieszczą się również wartości nie wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji. „W konsekwencji zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej jest, przynajmniej patrząc pod kątem materialnych podstaw (przesłanek) ograniczeń, szerszy od zakresu dopuszczalnych ograniczeń tych wolności i praw, do których odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji” (tak w wyroku SK 21/03 z dnia 14 czerwca 2004 r., opubl., TK-A 2004/6/56; zob. też np. wyrok TK z dnia 29 kwietnia 2003 r., SK 24/02, opubl. OTK ZU nr 4/2003, s. 456). Jednakże Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał też, 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 (zob. np. wyrok TK z dnia 16 października 2014 r., SK 20/12, opubl. OTK-A 2014/9/102). Zatem także i w odniesieniu do wolności działalności gospodarczej uwzględnić należy wynikający z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zakaz naruszenia istoty konstytucyjnie gwarantowanego prawa lub wolności, a także wymóg proporcjonalności wprowadzanych ograniczeń.

- (113) Warunkiem formalnym dopuszczalności ograniczeń praw i wolności jest wymóg ustanowienia ograniczenia "tylko w ustawie" (w art. 22: „w drodze ustawy”), który rozumieć należy jako nakaz kompletności unormowania ustawowego, które musi „[s]amodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia” (zob. wyrok TK z 12 stycznia 2000r., P. 11/98). Jak już wyżej wskazano, naruszenie zasady prawidłowej legislacji poprzez brak dostatecznej określoności ustawowej zaskarżonego przepisu, prowadzi także do naruszenia wynikającego z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wymogu poprawnej drogi ustawowej przy wprowadzaniu ograniczeń w zakresie gwarantowanych przez Konstytucję praw i wolności. Wadliwe brzmienie art. 94a ust. 1 pr. farm. skutkuje przekazaniem zadania wyznaczenia ostatecznego kształtu ograniczeń organom stosującym prawo. Już wyłącznie z tej formalnej przyczyny, ograniczenia wynikające z art. 94a ust. 1 pr. farm. nie mogą być uznane, w odniesieniu do wszystkich rozważanych praw i wolności konstytucyjnych, za dopuszczalne.
- (114) W płaszczyźnie materialnej wymagania zawarte w art. 31 ust. 3 zd. 1 Konstytucji RP odwołują się do zasady proporcjonalności, określanej też jako zakaz nadmiernej ingerencji, która wywodzona jest też z art. 2 Konstytucji RP, jako konieczny element koncepcji państwa prawnego. Zasada proporcjonalności służy rozstrzygnięciu kolizji chronionych przez Konstytucję dóbr. Żeby więc przedmiotowa zasada w ogóle znalazła zastosowanie, koniecznym jest stwierdzenie, że ograniczenie, którego dopuszczalność podlega ocenie, służy ochronie co najmniej jednego z dóbr wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji.
- (115) Jak wykazano już wcześniej, całkowity zakaz reklamy aptek, w dodatku wadliwie skonstruowany i niedostatecznie określony ustawowo, z istoty swojej nie może i w rzeczywistości nie służy ochronie zdrowia publicznego, lecz ochronę tę istotnie utrudnia. W analizowanej sytuacji de facto zatem nie występuje kolizja dóbr, która mogłaby uzasadniać ograniczenie wskazanych wcześniej wolności i praw.
- (116) Gdyby jednakże teoretycznie założyć, że wynikające z całkowitego zakazu reklamy aptek ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw służą ochronie wskazanego w art. 31 ust. 3

Konstytucji RP zdrowia publicznego (tj. zachodzi kolizja dóbr), to i tak należałoby uznać, że kwestionowany przepis nie realizuje wynikającej z art. 2 oraz 31 ust. 3 Konstytucji RP zasady proporcjonalności i stanowi przypadek oczywiście nadmiernej ingerencji. W orzecznictwie Trybunału (zob. m.in. orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., K. 11/94, OTK w 1995 r., cz. I, s. 133) wskazuje się, że dla oceny, czy doszło do naruszenia zasady proporcjonalności (zakazu nadmiernej ingerencji) konieczne jest udzielenie odpowiedzi na trzy pytania: "1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; 2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana; 3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela". Na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP szczególny nacisk położony został na kryterium "konieczności w demokratycznym państwie". Według Trybunału: „Oznacza to, że każde ograniczenie praw i wolności jednostki musi być w pierwszym rzędzie oceniane w płaszczyźnie pytania, czy było ono "konieczne", czyli - innymi słowy, czy tego samego celu (efektu) nie można było osiągnąć przy użyciu innych środków, mniej uciążliwych dla obywatela, bo słabiej (bardziej płytko) ingerujących w sferę jego praw i wolności.” (zob. wyrok TK z 12 stycznia 2000r., P. 11/98; zob. też wyrok TK z dnia 8 lipca 2008r., K 46/07, opubl.: OTK-A 2008/6/104: „Zasada, iż ograniczenia praw i wolności mogą być wprowadzane tylko w zakresie koniecznym, wyraża ogólną ideę praw i wolności jako sfery swobodnego działania jednostki, w którą ustawodawca może ingerować tylko w razie konieczności i tylko w niezbędnym wymiarze.”).

(117) W analizowanym przypadku żadne z przedstawionych powyżej kryteriów konieczności i proporcjonalności ograniczenia nie zostało spełnione. Ograniczenie przybierające postać generalnego i zarazem blankietowego zakazu reklamy aptek, z pewnością nie spełnia wymogu konieczności. Jeśli zamierzonym skutkiem regulacji miało być powstrzymanie nadmiernej, nieuzasadnionej względami medycznymi konsumpcji leków oraz ograniczenie jej negatywnych skutków zdrowotnych, zakaz powinien być ograniczony do reklamy aptek dotyczącej produktów leczniczych. Zakaz nie powinien zatem dotyczyć reklamy aptek w pozostałym zakresie, zwłaszcza zaś reklamy w ogóle nie odnoszącej się do produktów leczniczych. Zakładany efekt niewątpliwie mógł zostać osiągnięty przy użyciu znacznie mniej dolegliwego środka, ergo nie zostało spełnione kryterium konieczności.

(118) Na marginesie zwrócić należy uwagę, że tak szeroki zakres zakazu reklamowego dotyczącego aptek daje się wyjaśnić jedynie zamiarem osiągnięcia tego celu, który rzeczywiście, a nie jedynie deklaratywnie przyświecał inicjatorom generalnego zakazu reklamy aptek tj. samorządowi aptekarskiemu. Jedynym celem, który rzeczywiście może zostać zrealizowany za pomocą analizowanego przepisu, jest istotne ograniczenie, czy wręcz wyłączenie konkurencji na rynku aptecznym, odbywające się ze szkodą dla interesu pacjentów.

(119) Analizowana regulacja nie jest też oczywiście niezbędna dla osiągnięcia celu ochrony zdrowia. Wynika to z faktu, że w relacji do tego celu jest nazbyt szeroka, dotyczy bowiem nie tylko wydawania produktów leczniczych, ale całego zakresu działalności apteki. Ponadto deklarowany cel jest już realizowany za pośrednictwem przepisów ograniczających reklamę produktową tj. reklamę leków (por. art. 52 i n. pr. farm.). Należy w tym miejscu nadmienić, że wskutek wprowadzenia zakazu reklamy aptek doszło też do ograniczenia reklamy leków (w aptekach i przez apteki), nieprzewidzianego w dyrektywie 2001/83/WE, mającej charakter regulacji pełnej, a zatem do ograniczenia sprzecznego z postanowieniami ww. dyrektywy.



(120) Wreszcie, ponieważ kwestionowana regulacja ma nie tyle pozytywny, co negatywny wpływ na dobro rzekomo przez nią chronione, oczywistym jest że te efekty nie pozostają we właściwej proporcji do ciężarów (obowiązków) nałożonych art. 94a ust. 1 pr. farm. na przedsiębiorców aptecznych. Przy uwzględnieniu natychmiastowej wykonalności nakazu zaprzestania reklamy, wynikające z zakazu reklamy aptek obowiązki ocenić należy jako bardzo dolegliwe, a ponadto ich wykonanie zostało obwarowane surową sankcją finansową.

(121) Wskazać wreszcie należy, że przynajmniej w przypadku dwóch z ograniczanych przez art. 94a ust. 1 pr. farm. wolności i praw tj. wolności działalności gospodarczej i wolności wypowiedzi komercyjnej, zachodzi przypadek ingerencji w istotę danej wolności, co oznacza, że przesłanki usprawiedliwienia ograniczenia nie są spełnione (art. 31 ust. 3 zd. 2 Konstytucji RP).

(122) Za brakiem dochowania wymogów wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP przemawiają ponadto m.in. następujące względy:

- Całkowity zakaz reklamy aptek (przy uwzględnieniu jego brzmienia oraz sposobu wykładni) ma najszerszy zakres spośród obowiązujących w systemie prawa polskiego ograniczeń lub zakazów reklamowych dotyczących działalności gospodarczej lub zawodowej, który jest m.in. znacznie szerszy oraz ma odmienną, skłaniającą do ekstensywnej wykładni konstrukcję, niż odnoszący się do podmiotów wykonujących działalność leczniczą art. 14 ustawy z 15 kwietnia 2011r. o działalności leczniczej. Zgodnie z tym ostatnim przepisem wspomniany podmiot ma pozytywny obowiązek podania do publicznej wiadomości informacji o zakresie i rodzajach udzielanych świadczeń zdrowotnych, z zastrzeżeniem, że treść lub forma tych informacji nie mogą mieć cech reklamy. Zwrócić przy tym należy uwagę, że wspomniany powyżej przepis dotyczy m.in. publicznych zakładów opieki zdrowotnej takich jak przychodnie czy szpitale, a zatem jednostek, których znaczenie i rola w systemie ochrony zdrowia jest większe, niż rola aptek. Znacznie węższy zakres mają także zakazy reklamy dotyczące zawodów zaufania publicznego takich jak adwokaci czy radcowie prawni, które jednoznacznie i w szerokim wymiarze dopuszczają informowanie o działalności zawodowej (por. § 23 i 23a Kodeksu Etyki Adwokackiej, art. 24 Kodeksu Radcy Prawnego).
- Zakazowi reklamy aptek oraz ich działalności nadana została ranga powszechnie obowiązującego prawa (co oznacza, że jest on także „egzekwowany” przez organy państwa), podczas gdy ograniczenia reklamowe dotyczące przedstawicieli zawodów zaufania publicznego (np. adwokatów, radców) wynikają z kodeksów etycznych (norm korporacyjnych stanowionych przez organy samorządu zawodowego);
- Naruszenie zakazu reklamy aptek zostało obwarowane sankcją administracyjną w postaci kary pieniężnej do 50 tys. zł., a decyzji nakazującej zaprzestanie reklamy przysługuje walor natychmiastowej wykonalności;
- Całkowity zakaz reklamy aptek, pomimo że – przyjmując że służyć ma ochronie zdrowia – posiadać powinien charakter jedynie uzupełniający, uszczelniający regulację dotyczącą reklamy produktów leczniczych, istotnie wykracza poza zakres ograniczeń dotyczących reklamy leków. Oznacza to, że mogąca mieć istotniejsze znaczenie z perspektywy ochrony zdrowia reklama leków OTC (reklama produktowa) jest dozwolona, a reklama, czy choćby informowanie o miejscach sprzedaży tych leków, są zakazane. Rozwiązanie takie jest całkowicie nieracjonalne zważywszy, że reklama produktowa ma z perspektywy ochrony

zdrowia pacjentów istotniejsze znaczenie niż reklama aptek, czyli miejsc gdzie produkty te są dostępne.

- Całkowity zakaz reklamy aptek w świetle przyjętej wykładni, stanowi nie tyle zakaz reklamowy, co zakaz działalności aptek w istotnym zakresie, utrudniając czy wręcz uniemożliwiając realizację stanowiących zarówno prawo, jak i obowiązek apteki, usług dla pacjentów, w tym zwłaszcza świadczenia opieki farmaceutycznej i udzielania w jej ramach istotnych dla pacjentów informacji oraz porad. Dalsze, negatywne z perspektywy pacjentów skutki zakazu, zostały omówione w pkt. 83-99.
- Całkowity zakaz reklamy aptek prowadzi do wyłączenia zwykłych mechanizmów rynkowej konkurencji oraz wszystkich negatywnych, zwłaszcza dla pacjentów, skutków wiążących się z brakiem konkurencji na rynku.

Przedstawione powyżej względy przemawiają za oceną, że analizowany przepis art. 94a ust. 1 pr. farm. nie spełnia, w odniesieniu do ograniczanych przez niego wolności i praw konstytucyjnych, określonych w art. 31 ust. 3 (względnie w art. 22) Konstytucji RP warunków, w tym wynikającej z tego przepisu oraz art. 2 Konstytucji zasady proporcjonalności. Skutkuje to nie tylko naruszeniem art. 22 w zw. z 20, art. 54, art. 49 oraz art. 68 ust. 1 Konstytucji, ale też art. 31 ust. 3 oraz art. 2 Konstytucji RP.

### **III. Okoliczności wskazujące na potrzebę oceny „konstytucyjności” art. 94a ust. 1 pr. farm.**

(123) Na konieczność weryfikacji zaskarżonej regulacji przez Trybunał pod kątem jej konstytucyjności wskazują, oprócz przedstawionej powyżej argumentacji prawnej, także następujące okoliczności. Przepis art. 94a ust. 1 pr. farm. w obecnym brzmieniu nie został, jak dotąd, poddany żadnej oficjalnej ocenie pod kątem jego zgodności z Konstytucją RP (a także z prawem unijnym). Jak wskazano już wcześniej, przedmiotowy przepis nie był w tym zakresie oceniany w toku prac legislacyjnych. Sporządzona podczas prac parlamentarnych opinia konstytucjonalisty prof. Marka Chmaja, dotycząca konstytucyjności ustawy refundacyjnej, nie obejmowała swym zakresem art. 94a ust. 1 pr. farm. (gdyż przepisu tego nie było w rządowym projekcie ustawy refundacyjnej). Również dyskusja w tym przedmiocie, która została przeprowadzona w komisji senackiej, nie obejmowała art. 94a ust. 1 pr. farm. Przedmiotowy przepis nie został też zaskarżony do Trybunału Konstytucyjnego przez żaden z podmiotów uprawnionych do zainicjowania „abstrakcyjnej” kontroli jego konstytucyjności.

(124) Skierowania do Trybunału Konstytucyjnego pytania prawnego co do konstytucyjności art. 94 ust. 1 pr. farm. odmawia także konsekwentnie (w różnych sprawach) Naczelny Sąd Administracyjny. Sądy orzekające w sprawach decyzji opartych na przedmiotowym przepisie, tj. WSA w Warszawie oraz NSA, stoją bowiem na niezasadnym, zdaniem Skarżącej, stanowisku, że przedmiotowa regulacja jest jasna i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych. Nawet gdyby przyjąć takie założenie stwierdzić trzeba, że brak wątpliwości interpretacyjnych, nie oznacza jeszcze, iż regulacja nie budzi wątpliwości co do swej zgodności z Konstytucją RP. Należy uznać, że przepis który budzi tak daleko idące wątpliwości interpretacyjne u podmiotów, które

winy go przestrzegać i który jest podstawą nieraz absurdalnych wręcz rozstrzygnięć organów stosujących prawo, prowadzących do negatywnych skutków na rynku aptecznym oraz uderzających w interesy pacjentów, powinien zostać poddany ocenie w świetle zasad konstytucyjnych.

(125) Pamiętać też należy, że zmiana przepisu art. 94a pr. farm. wprowadzona ustawą refundacyjną z dniem 1 stycznia 2012r., wskutek której przepis ten uzyskał obecne brzmienie, nie ma też żadnego oparcia w prawie unijnym (nie stanowi implementacji przepisów unijnych), ani innych normach prawa międzynarodowego. Żadne z państw członkowskich UE nie przewiduje tego rodzaju całkowitego zakazu reklamy aptek w ramach powszechnie obowiązujących przepisów. W dyskusjach nad przedmiotową regulacją pojawiają się liczne głosy, że polski zakaz reklamy aptek jest sprzeczny z prawem unijnym. Kwestia ta zostanie zbadana przez organy unijne wskutek skargi złożonej do KE przez Konfederację Lewiatan. Ewentualna eliminacja przepisu art. 94a pr. farm. Dzięki wykorzystaniu wewnętrznych instrumentów prawnych może jednak dodatkowo leżeć w interesie publicznym, ponieważ pozwoli ograniczyć konsekwencje naruszenia przez Polskę prawa unijnego.

(126) Przy podejmowaniu decyzji w kwestii konstytucyjności zaskarżonego przepisu uwzględnić należy – w ocenie Skarżącej - nie tylko to, do jak rozbieżnych wniosków prowadzi jego wykładnia (dokonywana w orzecznictwie oraz w piśmiennictwie), ale też do jakich skutków praktycznych prowadzi jego obowiązywanie. Znaczna część orzeczeń lub stanowisk nadzoru farmaceutycznego w sprawach dotyczących reklamy aptek nie spełnia kryteriów logiki i racjonalności (np. decyzje dotyczące naklejek z informacją o możliwości płacenia kartą w aptece, uznanie za niedopuszczalne udziału aptek w programie Karta Dużej Rodziny), zaś sam zakaz jest dysfunkcyjny wobec deklarowanego celu ochrony zdrowia.

(127) Nadmienić należy, że zgodność z Konstytucją RP całkowitego zakazu reklamy aptek budzi istotne wątpliwości nie tylko wśród podmiotów obowiązanych do jego przestrzegania, ale też wśród licznych instytucji i gremiów, a także wśród konstytucjonalistów. Wątpliwości co do zasadności całkowitego zakazu reklamy aptek podnoszą także organy państwa polskiego, takie jak wspomniany już wcześniej Prezes UOKiK, który postrzega w zakazie zagrożenie dla konkurencji oraz interesów konsumentów, a także Minister Gospodarki, wskazując na negatywny wpływ regulacji na ochronę zdrowia, rynek pracy, konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość. Zwrócić też należy uwagę, że **na bardzo podobnych do podnoszonych w odniesieniu do zakazu reklamy aptek argumentach oparta została skarga konstytucyjna złożona przez Prezydenta RP na przepisy zakazujące reklamy otwartych funduszy emerytalnych.** (sprawa K 1/14). W skardze Prezydenta RP, która w zakresie zakazu reklamy (art. 197a ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych) została uznana za **zasadną w stanowisku Prokuratora Generalnego RP** złożonym w postępowaniu przez Trybunałem Konstytucyjnym powołane zostały zbieżne do wyżej przedstawionych argumenty. Nadto, w znacznym zakresie budowa zakazu oraz jego usytuowanie ustrojowe przypominają art. 94a ust. 1 pr. farm. Można bowiem zauważyć, że:

- W obu przypadkach zakaz zawiera nieokreślone pojęcia reklamy i informacji o trudnym do odkodowania wzajemnym stosunku i w obu zakaz reklamy w istocie staje się zakazem informacji.

- Zakaz reklamy OFE został uzasadniony rolą funduszy jako części systemu ubezpieczeń społecznych (podobny sposób usprawiedliwienia), jednakże bez wskazania, dlaczego tak daleko posunięty zakaz jest potrzeby.
- Zakaz obwarowany został sankcją, a decyzja stwierdzająca jego naruszenie jest natychmiast wykonalna.

**załącznik:**

- *fragment (s. 1-2, 33-42) uzasadnienia wniosku Prezydenta RP z dnia 30 stycznia 2014r. do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności z Konstytucją przepisów dotyczących zakazu reklamy OFE (zał. nr 15);*

(128) Zarówno Prezydent RP, jak i Prokurator Generalny, zwracają uwagę na niedookreśloność pojęcia reklamy i naruszenie przez to zasady prawidłowej legislacji (Prokurator Generalny podnosi również, że zakaz ten stanowi część „prawa represyjnego” i winien być oceniany zgodnie z kryteriami wynikającymi z art. 42 Konstytucji RP). Analogicznie, zarówno Prezydent RP, jak i Prokurator Generalny uznają, iż zakaz narusza art. 54 i 22 Konstytucji RP i nie spełnia warunku proporcjonalności. Dodać przy tym można, że zakaz reklamy OFE jest ograniczony czasowo (stawowi zatem swego rodzaju regulację przejściową), podczas gdy zakaz wynikający z art. 94a ust. 1 pr. farm. nie został w ten sposób ograniczony, jest zatem bardziej dotkliwy.

(129) Zakaz reklamy aptek jest kwestionowany, w tym również z perspektywy konstytucyjnej, przez liczne organizacje zrzeszające przedsiębiorców, w tym zwłaszcza: Izbę Gospodarczą Farmacja Polska, Związek Pracodawców Aptecznych PharmaNET, Konfederację Lewiatan, Izbę Gospodarczą Właścicieli Punktów Aptecznych i in. Organizacje te wskazują na zagrożenia wynikające z obowiązywania art. 94a ust., 1 pr. farm. dla interesów pacjentów oraz przedsiębiorców aptecznych i podkreślają konieczność jego doprecyzowania (w tym zdefiniowania pojęcia reklamy), tak aby granica między tym co dozwolone, a tym co zakazane, była jasno postawiona, zwłaszcza poprzez rozgraniczenie pojęć reklamy oraz informacji. Bez takiego doprecyzowania przepisu nie sposób bowiem prawidłowo funkcjonować na rynku, skoro podejmowanie działań korzystnych dla pacjentów, w tym informacyjnych, grozi nie tylko nakazem ich zaprzestania, ale i dolegliwą karą pieniężną.

**załącznik:**

- *materiały ze stanowiskami organizacji kwestionujących zasadność, w tym konstytucyjność, art. 94a pr. farm. (zał. nr 16);*

(130) Na niezgodność całkowitego zakazu reklamy aptek z Konstytucją RP zwracają uwagę także konstytucjoniści, w tym m.in. kierownik Katedry Prawa Konstytucyjnego UJ prof. Paweł Sarnecki.

**Załącznik:**

- *opinia prof. P. Sarneckiego (fragment dotyczący art. 94a pr. farm.)(zał. nr 17);*

(131) Natomiast z perspektywy Skarżącej zaskarżony przepis art. 94a ust. 1 pr. farm. godzi w jej konstytucyjne prawa i wolności, uniemożliwiając jej prawidłowe funkcjonowanie nie tylko jako przedsiębiorcy działającym na rynku, ale także jako placówki ochrony zdrowia mającej do wykonania określone zadania w ramach systemu ochrony zdrowia, dla dobra pacjentów (klientów apteki), w tym m.in. sprawne zorganizowanie obowiązkowej w aptekach opieki farmaceutycznej dla pacjentów, zaopatrywanie pacjentów w przydatne informacje i materiały dotyczące zdrowia i zapobiegania chorobom, zapewniania korzystnych warunków sprzedaży pacjentom zaopatrującym się w aptecę, w granicach dozwolonych przez obowiązujące przepisy.

Podsumowując wskazać należy, iż zdaniem Skarżącej, doniosłe okoliczności przemawiają za stanowiskiem o niezgodności art. 94a ust. 1 pr. farm., stanowiącego podstawę ograniczenia Skarżącej w jej konstytucyjnych prawach i wolnościach, z Konstytucją RP.

W tym stanie rzeczy Skarżąca wnosi, jak na wstępie.

za Skarżącą - pełnomocnicy

prof. dr hab. Elżbieta Traple

adwokat

Joanna Adamczyk

adwokat

**Załączniki:**

- 1) oryginał pełnomocnictwa oraz informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z KRS dla F sp. z o.o.;
- 2) wyrok NSA z dnia grudnia 2014 r., ;
- 3) decyzje organów inspekcji farmaceutycznej obu instancji oraz wyrok WSA w W z dnia marca 2013 r., , wydane w postępowaniach, w których Skarżąca była stroną (wobec Skarżącej), a także skarga i skarga kasacyjna złożone przez Skarżącą w ww. postępowaniach;
- 4) materiał zawierający definicje reklamy aptek oraz ich działalności, stosowane w orzecznictwie;
- 5) opisy programów: Programu ;

- 6) fragment treści oraz uzasadnienia projektu ustawy refundacyjnej – dot. zmian pr. farm. (druk 3491);
- 7) pismo z 27 maja 2013r. skierowane przez Ministra Zdrowia do marszałka Senatu RP – pana Bogdana Borusewicza, znak: MZ-PLO-079-16391-104/PR/13 oraz MZ-PLO-460-16063-45/KP/13;
- 8) stanowisko Naczelnej Rady Aptekarskiej nr VI/1/2012 z dnia 11 kwietnia 2012r.;
- 9) pismo NIA z 11 sierpnia 2010r., Ldz.P.250/2010, adresowane do Ministra Zdrowia;
- 10) wystąpienie Prezesa NRA, G. Kucharewicza opisane w: E. Jarosik (Biuro Prasowe NIA), O ustawie refundacyjnej w senackich komisjach: zdrowia, ustawodawczej i gospodarki narodowej, opubl. 14 kwietnia 2011r. na <http://nia.org.pl/>;
- 11) informacje prasowe dotyczące kwestionowania, na podstawie art. 94a pr. farm., aktywności aptek takich jak udział w ubezpieczeniach lekowych, programach kart seniora czy dużej rodziny;
- 12) stanowisko Prezesa UOKiK z dnia 3 grudnia 2008r.;
- 13) wywiad z Prezesem UOKiK Małgorzatą Krasnodębską-Tomkiel autorstwa A. Dziadik, Wolna konkurencja ma się nieźle, opubl. w Manager Apteki, Rocznik 2009 nr 4, dostępny na [www.nazdrowie.pl](http://www.nazdrowie.pl) ;
- 14) fragment raportu (strona tytułowa, s. 9-11 oraz s. 56-63) „Wpływ ustawy o refundacji leków na dostęp pacjenta do farmakoterapii, budżet NFZ oraz branżę farmaceutyczną, dostępny na <http://infarma.pl/>;
- 15) fragment (s. 1-2, 33-42) uzasadnienia wniosku Prezydenta RP z dnia 30 stycznia 2014r. do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności z Konstytucją przepisów dotyczących zakazu reklamy OFE;
- 16) materiały ze stanowiskami Ministra Gospodarki oraz organizacji takich jak np. ZPA PharmaNET, Konfederacji Lewiatan, Izba Gospodarcza Farmacja Polska, a także inne materiały przedstawiające stanowiska organizacji kwestionujących zasadność, w tym konstytucyjność, art. 94a pr. farm.;
- 17) opinia prof. P. Sarneckiego w sprawie zgodności z Konstytucją RP niektórych rozwiązań ustawy z 12 maja 2011 o refundacji leków (fragment dotyczący art. 94a pr. farm.);
- 18) odpis skargi wraz z załącznikami x 4