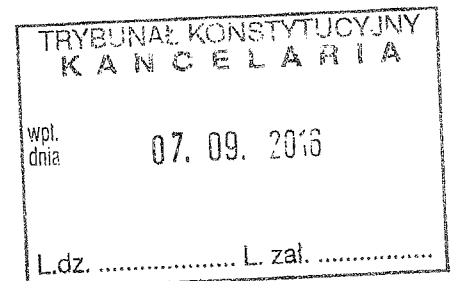




RZECZPOSPOLITA POLSKA
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 6 września 2016 r.

PG VIII TK 108/15
SK 32/15



TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku ze skargą konstytucyjną spółki F. o stwierdzenie, że przepis art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 ze zm.) jest niezgodny z:

- art. 2 Konstytucji RP,
- art. 20 oraz art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP,
- art. 54 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP,
- art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP,
- art. 68 ust 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP,
- art. 31 ust 3 w zw. z art. 2 Konstytucji RP

– na podstawie art. 53 ust. 1 oraz art. 47 ust. 2 w związku z art. 34 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 1157) –

**przedstawiam następujące stanowisko dodatkowe, modyfikujące
stanowisko Prokuratora Generalnego z dnia 23 listopada 2015 r.:**

1) art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 ze zm.) jest zgodny z art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz z zasadą określoności prawa, wywiedzioną z art. 2 Konstytucji RP;

2) w pozostałym zakresie postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 83 ust. 1 w związku z art. 40 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 1157) z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

Uzasadnienie

W niniejszej sprawie Prokurator Generalny w piśmie z dnia 23 listopada 2015 r. zajął stanowisko, że:

1) art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 ze zm.) jest niezgodny z art. 20 i art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także z art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i z art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, jest natomiast zgodny z wywiedzioną z art. 2 Konstytucji zasadą określoności prawa;

2) w pozostałym zakresie postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 104 ust. 1 pkt 2 ustawy [z dnia 25 czerwca 2015 r.] o Trybunale Konstytucyjnym, z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

Ponowna analiza zaskarżonego przepisu prowadzi do wniosków częściowo odmiennych od zaprezentowanych w stanowisku Prokuratora Generalnego z dnia 23 listopada 2015 r. i w związku z tym konieczne jest dokonanie modyfikacji oceny zgodności art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 ze zm.; dalej: prawo farmaceutyczne lub p.f.) z art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3, z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 i z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji – przyjętej w punkcie 1 tego stanowiska.

Uzasadnienie niniejszego stanowiska należy poprzedzić uwagą, iż aktualność zachowują argumentacja i oceny zawarte na kartach od 2 do 40 pisma procesowego Prokuratora Generalnego z dnia 23 listopada 2015 r., tj. dotyczące: doprecyzowania i rekonstrukcji wzorców konstytucyjnych; zakresu, w jakim

postępowanie podlega umorzeniu; kontekstu historycznego zakwestionowanego rozwiązania prawnego i praktyki jego stosowania; oceny zgodności z zasadą określoności prawa, wywodzoną z art. 2 Konstytucji; wolności działalności gospodarczej oraz dopuszczalności jej ograniczenia w świetle art. 20 i art. 22 Konstytucji; wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, o której stanowi art. 54 ust. 1 Konstytucji; wolności komunikowania się, wynikającej z art. 49 Konstytucji; wzajemnego związku określonych w art. 31 ust. 3 i art. 22 ustawy zasadniczej przesłanek dopuszczalności ograniczania praw i wolności konstytucyjnych; uregulowań prawa europejskiego bliskich problemowi konstytucyjnemu w przedmiotowej sprawie.

Modyfikacji podlega natomiast wynik testu proporcjonalności i w związku z tym ocena zgodności zaskarżonego przepisu z art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3, z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Dla czytelności dalszego wywodu zasadne jest skrótowe przypomnienie, powołanych w piśmie Prokuratora Generalnego z dnia 23 listopada 2015 r., poglądów doktryny i Trybunału Konstytucyjnego, odnoszących się do treści praw i wolności, które – zdaniem Skarżącej – miały zostać naruszone przez art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego.

W pojęciu „wolność działalności gospodarczej” mieści się zarówno wolność wyboru działalności gospodarczej, jak i wolność jej wykonywania. Obejmuje ona prawo jednostek gospodarczych do 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.

Istotą wolności prowadzenia działalności gospodarczej, rozumianej jako publiczne prawo podmiotowe, jest swoboda podmiotu prawa prywatnego podjęcia oraz wykonywania tej działalności. Zarówno na organach władz

publicznych, jak i na innych podmiotach prawa spoczywa z kolei obowiązek powstrzymywania się od ingerowania – w formie działań prawnych i/lub faktycznych – w dziedzinę wolnej gospodarki. Podmiot korzystający z wolności podejmuje podstawowe decyzje w kilku kwestiach. W szczególności decyduje o: podjęciu działalności w określonej dziedzinie; sprecyzowaniu przedmiotu działalności oraz doborze i kształtowaniu formy prawno-organizacyjnej tej działalności; sposobach i zakresie prowadzenia działalności, w tym działalności w sferach: kontraktowej, konkurencyjnej, koncentracji i inwestowania; ograniczeniu, zawieszeniu albo zaprzestaniu prowadzenia działalności.

Konsekwencją wolności gospodarczej jest konkurencja samodzielnych i niezależnych podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców). Koniecznym warunkiem utrzymania się przedsiębiorców na rynku jest sprzedaż lub innego rodzaju udostępnianie towarów i usług. W następstwie owej konieczności przedsiębiorcy są zmuszeni do podejmowania działań, które spowodują, że to właśnie ich oferta rynkowa, a nie innych przedsiębiorców, zostanie dostrzeżona i zaakceptowana przez klientów.

Konkurencja rynkowa to nie tylko jeden z podstawowych mechanizmów gospodarki rynkowej, lecz także zasada ustroju Rzeczypospolitej Polskiej. Wyprowadzić ją można z art. 20 Konstytucji.

Działania prosprzedażowe są określane w swoim całościowym kształcie jako marketing, a najważniejszym instrumentem spośród marketingowych technik przyciągania klientów do oferty przedsiębiorcy jest właśnie reklama. Z tego też powodu nie może być wątpliwości, że reklama jest immanentnym elementem działalności gospodarczej, a ingerencja ustawodawcy w tę sferę jest wkraczaniem w swobodę prowadzenia owej działalności.

W świetle art. 22 Konstytucji ingerencja w wolność gospodarczą jest dopuszczalna, ale tylko na podstawie ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Nie ulega wątpliwości, że klauzula ważnego interesu publicznego jest pojęciem bardziej pojemnym od klauzuli limitacyjnej z art. 31 ust. 3 Konstytucji,

gdyż każda z wymienionych tam wartości mieści się w pojęciu ważnego interesu publicznego. Prowadzi to do wniosku, że ograniczenia wolności gospodarczej mogą iść dalej, niż wskazywałyby na to generalna klauzula limitacyjna konstytucyjnych wolności i praw. Działalność gospodarcza, ze względu na jej charakter, a zwłaszcza na bliski związek zarówno z interesami innych osób, jak i interesem publicznym, może podlegać różnego rodzaju ograniczeniom w stopniu większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym bądź politycznym.

Dopuszczalność ograniczenia wolności gospodarczej rozpatrywać należy z punktu widzenia zasady proporcjonalności, a więc ze względu na ochronę innych wartości konstytucyjnych. Źródłem zasady proporcjonalności, w odniesieniu do wolności gospodarczej, jest zawarty w art. 22 ustawy zasadniczej wymóg, by interes publiczny, będący przesłanką ograniczenia tej wolności, był „ważny”.

W art. 54 ust. 1 Konstytucji zawarto gwarancję wolności słowa, na którą składają się: wolność wyrażania swoich poglądów, wolność pozyskiwania informacji oraz wolność rozpowszechniania informacji.

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. Ochrona ta obejmuje również tzw. *commercial speech*, pod którym to pojęciem rozumie się też reklamę.

Wynikająca z art. 49 Konstytucji wolność komunikowania się obejmuje możliwość porozumiewania się ludzi (i osób prawnych prawa prywatnego) między sobą, przedstawiania im swych wiadomości, ocen, wrażeń, propozycji, zachęt, ostrzeżeń itp. Swoboda dotyczy tak rozpoczynania tego porozumiewania się, jak i jego kontynuowania. Porozumiewanie się winno mieć miejsce za pomocą pewnego środka przekazu (korespondencji czy różnego rodzaju środków technicznych). Doktryna nie czyni wyjątku w odniesieniu do objęcia zakresem wolności komunikowania się również przekazów o charakterze reklamowym.

Wolności pozyskiwania informacji oraz ich rozpowszechniania, o których mowa w art. 54 ust. 1 Konstytucji, a także wolność komunikowania się, wynikająca z art. 49 ustawy zasadniczej, nie mają charakteru absolutnego. Mogą podlegać ograniczeniom, a dopuszczalny zakres ingerencji w te wolności wyznacza zasada proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Stosownie do zasady proporcjonalności, ograniczenia wolności i praw są dopuszczalne, jeżeli: 1) wprowadzona regulacja ustawowa jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (jest przydatna); 2) regulacja ta jest wymagana do ochrony interesu publicznego, któremu służy (jest niezbędna); a ponadto 3) jej korzyści pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (jest proporcjonalna w ścisłym tego słowa znaczeniu).

Powyższe tezy o charakterze ogólnym – przytoczone, jak już wspomniano, w piśmie procesowym Prokuratora Generalnego z dnia 23 listopada 2015 r. – wymagają uzupełnienia poprzez ich powiązanie ze specyfiką uregulowań dotyczących ochrony zdrowia.

Z art. 31 ust. 3 Konstytucji wynika, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane, gdy są konieczne dla ochrony zdrowia. Państwo ma w związku z tym obowiązek zapewnienia takiego kontekstu prawnego, by usuwać zewnętrzne zagrożenia zdrowia jednostki, jak i eliminować pokusy skłaniające ją do dobrowolnego niszczenia swojego zdrowia. W tej drugiej sferze mogą pojawiać się problemy związane z ograniczeniem swobody działalności gospodarczej, a nawet wolności słowa, np. poprzez ustanawianie zakazów reklamy określonych produktów (zob. L. Garlicki, uwagi do art. 31, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, red. L. Garlicki, tom III, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, s. 26).

Art. 76 Konstytucji nakłada na władze publiczne obowiązek ochrony m.in. konsumentów przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu. Celem władz

publicznych ma być stworzenie systemu prawnych nakazów i zakazów, które mają pozwolić na zapobieganie naruszeniom praw konsumenckich. Przy kształtowaniu tej ochrony ustawodawca może nakładać ograniczenia na poszczególne prawa i wolności konstytucyjne, w szczególności w zakresie wolności działalności gospodarczej i prawa własności (zob. L. Garlicki, uwagi do art. 76, *op. cit.*, s. 4).

Zgodnie z art. 68 ust. 1 ustawy zasadniczej, każdy ma prawo do ochrony zdrowia. W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia rozpatrywać można w wielu aspektach:

Po pierwsze – za punkt wyjścia dla określenia hierarchii wartości osobowych, a przez to praw obywatelskich, przyjąć należy art. 30 Konstytucji, w świetle którego źródłem wolności oraz praw człowieka i obywatela jest przyrodzona i niezbywalna godność człowieka. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona stanowi obowiązek władz publicznych.

Po drugie – swoistą konsekwencją art. 30 jest art. 38 Konstytucji, zgodnie z którym „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”. Ma on szczególne znaczenie i rodzi przez to określone konsekwencje wobec ustawodawcy pozytywnego.

Po trzecie – nie ulega wątpliwości, że z art. 30 i art. 38 Konstytucji wyjątkowo mocno, wręcz nierozzerwalnie związany jest art. 68 ustawy zasadniczej. Ochrona zdrowia jest ściśle związana z ochroną życia, a prawo do życia z godnością człowieka.

Po czwarte – od praw fundamentalnych (przyrodzonych) należałoby odróżnić te, które nie są prostą emanacją godności ludzkiej, a stanowią jedynie formę lub jedną z form zabezpieczenia praw człowieka. Mają więc charakter praw umożliwiających realizację innych praw i wolności. Prawa te ustawodawca, a także zwykły ustawodawca, może kształtować, poszukując optymalnego modelu, który z jednej strony będzie stwarzać możliwość ich ochrony, z drugiej zaś – kreować instrumenty gwarantujące możliwość realizowania innych

konstytucyjnych wartości (zob. wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. K 14/03, OTK ZU nr 1/A/2004, poz. 1).

Przy dokonywaniu oceny zgodności aktu normatywnego z art. 20 w związku z art. 22 ustawy zasadniczej Trybunał Konstytucyjny zalecił wziąć pod uwagę pewne wskazania.

Po pierwsze – interpretacja pojęcia „ważnego interesu publicznego” nie może abstrahować od wartości chronionych zasadą demokratycznego państwa prawnego. Przyjmując, że konsekwencją najwyższej mocy obowiązującej Konstytucji, hierarchicznej struktury polskiego systemu prawnego i materialno-kompetencyjnego charakteru regulacji konstytucyjnej jest istnienie takich treści systemu prawa, które z perspektywy konstytucyjnej mogą zostać uznane za niedopuszczalne albo dopuszczalne, za naruszenie art. 22 Konstytucji należałoby uznać wprowadzenie ograniczeń wolności działalności gospodarczej, których przydatność została ograniczona do realizacji celu ustawowego i nie znajduje uzasadnienia w zasadzie demokratycznego państwa prawnego i chronionych przez nie wartościach.

Po drugie – nie będą naruszać art. 22 Konstytucji jedynie te – spośród uznanych za przydatne – ograniczenia wolności działalności gospodarczej, które służą zarazem ochronie bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź ochronie środowiska, zdrowia publicznego albo wolności i praw innych osób. Konstytucyjnie wyeksponowana doniosłość („ważność”) chronionego interesu publicznego powoduje, iż konieczne jest uwzględnienie treści wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Nie każdy bowiem interes publiczny uzasadnia ograniczenie wolności działalności gospodarczej, lecz jedynie taki, który konstytucyjnie można uznać za „ważny”. Spośród obowiązujących przepisów konstytucyjnych art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej zawiera pełną wypowiedź preferencyjną prawodawcy konstytucyjnego o najważniejszych przejawach interesu publicznego, które mogą uzasadniać ustawowe ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności. Ustawa zasadnicza w ten sposób ustala

podstawowe warunki kolizji zasad, z których co najmniej jedna chroni wartość konstytucyjną będącą zarazem uzasadnieniem celu, w jakim wprowadza się ograniczenia wolności działalności gospodarczej, i co najmniej jedna formułuje optymalizacyjny wymóg ochrony praw i wolności.

Po trzecie – interpretacja pojęcia „ważnego interesu publicznego” jest nierozzerwalnie związana z wewnętrzną hierarchią wartości konstytucyjnych. W orzecznictwie konstytucyjnym przyjmuje się, że im cenniejsze jest dobro ograniczane i wyższy jest stopień tego ograniczenia, tym cenniejsza musi być wartość uzasadniająca ograniczenia (zob. wyrok z dnia 16 października 2014 r., sygn. SK 20/12, OTK ZU nr 9/A/2014, poz. 102).

Po zastosowaniu powyższych zaleceń ocena proporcjonalności ograniczeń wolności działalności gospodarczej, które są podyktowane ochroną zdrowia publicznego, powinna być dokonywana z dużą ostrożnością, z uwzględnieniem konstytucyjnych obowiązków nałożonych na władze publiczne w zakresie ochrony zdrowia, co determinuje znaczną swobodę ustawodawcy w określaniu środków prawnych służących tej ochronie.

Przepisy prawa farmaceutycznego określają, oprócz zasad i trybu dopuszczania do obrotu produktów leczniczych, także m.in. wymagania dotyczące aptek.

Zgodnie z art. 86 ust. 1 i 2 p.f., apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego, w której osoby uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne takie jak: wydawanie produktów leczniczych i wyrobów medycznych; sporządzanie leków recepturowych; sporządzenie leków aptecznych; udzielanie informacji o produktach leczniczych i wyrobach medycznych.

Apteki ogólnodostępne przeznaczone są do: 1) zaopatrywania ludności w produkty lecznicze, leki apteczne, leki recepturowe, wyroby medyczne i inne artykuły, których przechowywanie i sprzedaż nie przeszkadzają w podstawowej

działalności apteki; 2) świadczenia innych usług farmaceutycznych określonych w art. 86 ust. 2 prawa farmaceutycznego.

Prawo farmaceutyczne ogranicza w kilku wymiarach swobodę działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia aptek.

Przepisy art. 86 ust. 2, art. 87 ust. 2 oraz art. 95 p.f. ingerują w dostępny w aptekach asortyment towarów. Na mocy ostatniego z powołanych artykułów apteki ogólnodostępne są obowiązane do posiadania produktów leczniczych i wyrobów medycznych w ilości i asortymencie niezbędnym do zaspokojenia potrzeb zdrowotnych miejscowej ludności.

Prawo farmaceutyczne określa rozkład godzin pracy aptek ogólnodostępnych (art. 95 p.f.), ich usytuowanie oraz rygory lokalowe (art. 97 p.f.), a także wymagania dotyczące doboru personelu (art. 88, art. 90, art. 92 i art. 96 p.f.). Apteki te oraz punkty apteczne hurtowni farmaceutycznej nie mogą zbywać produktów leczniczych innej aptece ogólnodostępnej lub innemu punktowi aptecznemu (art. 86a p.f.).

Apteka ogólnodostępna może być prowadzona tylko na podstawie uzyskanego zezwolenia. Swobodne kształtowanie systemu sprzedaży przez przedsiębiorców nie jest jednak możliwe, gdyż zezwolenie na prowadzenie apteki nie zostanie wydane, jeżeli podmiot ubiegający się o nie: 1) prowadzi lub wystąpił z wnioskiem o wydanie zezwolenia na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej, lub zajmuje się pośrednictwem w obrocie produktami leczniczymi lub; 2) prowadzi na terenie województwa więcej niż 1 % aptek ogólnodostępnych albo podmioty przez niego kontrolowane w sposób bezpośredni lub pośredni, w szczególności podmioty zależne w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, prowadzą łącznie więcej niż 1 % aptek na terenie województwa; 3) jest członkiem grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.), której członkowie prowadzą na terenie województwa więcej niż 1 % aptek ogólnodostępnych (art. 99 p.f.).

Kolejnym ograniczeniem swobody działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia aptek jest – ustanowiony w art. 94a ust. 1 p.f. – zakaz ich reklamy. Niewykonanie, wydanej na podstawie art. 94a ust. 3 p.f., decyzji wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego o zaprzestaniu reklamy może stanowić podstawę do cofnięcia zezwolenia na prowadzenie apteki.

Przedsiębiorca decydujący się na prowadzenie apteki ma świadomość działania na rynku regulowanym, na którym istnieje szereg przepisów ograniczających swobodę gospodarczą. Występując o udzielenie zezwolenia na prowadzenie apteki, przedsiębiorca musi godzić się na respektowanie nałożonych prawem farmaceutycznym rygorów.

W powyższym kontekście należy dokonać oceny proporcjonalności wynikających z zaskarżonego przepisu ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności.

Analizując uregulowanie zawarte w art. 94a ust. 1 p.f. pod kątem spełnienia kryterium przydatności, podtrzymać należy ocenę zawartą na karcie 40 stanowiska Prokuratora Generalnego z dnia 23 listopada 2015 r. i stwierdzić, że przepis ten jest przydatny do osiągnięcia założonego celu, którym jest ograniczenie spożycia leków, a w konsekwencji – uzyskanie określonych celów w zakresie ochrony zdrowia.

Przystępując do oceny spełnienia przez zaskarżony przepis kolejnych kryteriów testu proporcjonalności, pamiętać należy, że reklama – w sensie konstytucyjnym – jest formą publicznej wypowiedzi (informacji), z reguły subiektywnej oraz ocennej, służącej zachęceniu i nakłonieniu innych podmiotów do nabycia określonego dobra czy oczekiwanego przez reklamujący się podmiot zachowania. Wypowiedź ta ma charakter przede wszystkim komercyjny, czyli jest ukierunkowana na zwiększenie podaży i popytu reklamowanych dóbr. Przekazywanie w jej ramach informacji służy skłonieniu konsumentów do dokonania wyboru zgodnego z oczekiwaniami reklamodawcy (zob. wyrok

Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 listopada 2015 r., sygn. K 1/14, OTK ZU nr 10/A/2015, poz. 163).

Zakaz reklamy aptek ma służyć ograniczeniu możliwości nakłaniania konsumentów do zwiększania popytu – poprzez chociażby szerokie akcje promocyjne – na leki i kreowania w społeczeństwie potrzeb związanych z zakupem leków, a w konsekwencji przeciwdziałaniu zjawisku nadużywania leków.

Zgodzić się należy z poglądem Naczelnego Sądu Administracyjnego, zaprezentowanym w wyroku z dnia 20 stycznia 2015 r., sygn. II GSK 1667/13, zgodnie z którym ochrona zdrowia ludzkiego „może doznać uszczerbku nie tylko wskutek braku dostatecznego dostępu do leków, ale również wtedy, gdy dostęp do leków jest zbyt łatwy, prowadzący w rezultacie do ich nadużywania. Do tego prowadzi zaś niewątpliwie nadto obecna i sugestywna reklama zarówno leków, jak i aptek – miejsc w których leki są oferowane do sprzedaży. Inaczej mówiąc, leki nie są zwykłym towarem rynkowym. Obrót lekami musi być i jest reglamentowany przez państwo. Prowadzący taką działalność nie mogą się cieszyć pełną wolnością gospodarczą. Wzorzec dotyczący działalności gospodarczej określony w art. 20 Konstytucji wymaga w tym przypadku, co oczywiste, korekty przewidzianej w art. 22 Konstytucji. Ustawodawca, ograniczając dopuszczalność reklamy leków i zakazując reklamy aptek, ma na uwadze ochronę zdrowia ludzkiego, kieruje się więc ważnym interesem publicznym w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP. W ramach prawidłowo funkcjonującego systemu ochrony zdrowia powinny bowiem funkcjonować mechanizmy, które pozwalają na zakup leków wtedy, kiedy są one rzeczywiście niezbędne, a nie wtedy, gdy pojawia się taka pokusa wywołana reklamą. Z tych powodów reklamy leków i aptek nie można uznać za działalność jednoznacznie nakierowaną na dobro pacjentów” (wyrok opublikowany w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych na stronie: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/cbo/query>).

Celem wprowadzenia do obiegu prawnego zaskarżonego uregulowania była realizacja konstytucyjnych obowiązków państwa związanych z ochroną zdrowia i ochroną konsumentów przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu (art. 68 ust. 1 i art. 76 ustawy zasadniczej). Niewątpliwie bowiem nadmierna konsumpcja leków, wynikająca z perswazyjnego oddziaływania reklam, a nie z rzeczywistych wskazań medycznych, może stanowić zagrożenie dla zdrowia.

Ustanowienie zakazu reklamy aptek jawi się w tym świetle jako niezbędne dla ochrony tak określonego celu. Ustawodawca, realizując konstytucyjne zobowiązania państwa względem obywateli, mógł negatywnie ocenić prowadzenie przez apteki, które są placówkami ochrony zdrowia publicznego (art. 86 ust. 1 p.f.), działalności owocującej nadmierną konsumpcją leków i, celem przeciwdziałania takiemu skutkowi, mógł również przewidzieć środki zapobiegawcze, w postaci chociażby zakazu reklamy aptek.

Nie można zapominać – o czym już wcześniej wspomniano – że swoboda prowadzenia działalności gospodarczej może podlegać różnego rodzaju ograniczeniom w stopniu większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym. Prawa, które nie są prostą emanacją godności ludzkiej, a stanowią jedynie formę zabezpieczenia praw człowieka, ustawodawca może kształtować, poszukując optymalnego modelu uwzględniającego możliwości ich ochrony oraz gwarantującego realizację innych konstytucyjnych wartości.

Ustawodawca, chroniąc – pozostającą w ścisłym związku z godnością człowieka, która stanowi źródło wolności i praw jednostki – wartość, jaką jest zdrowie publiczne, ma szczególną legitymację do dokonywania ingerencji w wolność działalności gospodarczej. Dlatego – po przyjęciu założenia, iż państwo nie powinno wspierać, lecz ograniczać działanie polegające na nakłanianiu konsumentów do korzystania z usług aptek, którego to nakłaniania efektem może być nadmierna konsumpcja leków – ustawodawca, korzystając z przysługującej mu swobody, był uprawniony do uznania, że wprowadzenie zakazu reklamy aptek

jest środkiem niezbędnym dla zapewnienia właściwego poziomu ochrony zdrowia.

Dokonując oceny spełnienia przez zaskarżone uregulowanie kryterium proporcjonalności *sensu stricto*, należy pamiętać, że apteki nie powinny być zakładami, których głównym celem jest maksymalizacja zysku, lecz są placówkami ochrony zdrowia publicznego. W każdej aptece ogólnodostępnej musi być ustanowiony farmaceuta, który jest odpowiedzialny za jej prowadzenie. Każdy farmaceuta może być kierownikiem tylko jednej apteki. Kierowanie przez farmaceutę apteką nie może być utożsamiane z pełnieniem obowiązków menagera, którego głównym zadaniem jest osiągnięcie możliwie wysokich obrotów handlowych. Wykonywanie zawodu farmaceuty ma bowiem na celu ochronę zdrowia publicznego i obejmuje udzielanie usług farmaceutycznych (art. 2a ust. 1 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich; Dz. U. z 2014 r., poz. 1429 ze zm.). Zawód farmaceuty uznawany jest za zawód zaufania publicznego w rozumieniu art. 17 ust. 1 Konstytucji. Działalność gospodarcza polegająca na prowadzeniu apteki dotyka sfer życia człowieka, wobec których państwo ma szczególny, wynikający z przepisów Konstytucji, obowiązek ochrony. Dla jego spełnienia wprowadzono m.in. wymóg kierowania apteką przez farmaceutę.

Regulując zasady świadczenia usług farmaceutycznych w aptekach, ustawodawca wprowadził szereg ograniczeń w zakresie swobody działalności gospodarczej. Jednym z nich jest zakaz reklamy aptek. Ustawodawca nie wykluczył jednak bezwzględnie dopuszczalności informowania o działalności aptek. Nie jest bowiem zakazane informowanie o ich lokalizacji i godzinach pracy. Klienci mogą również dowiedzieć się w każdej aptece o dostępności konkretnych artykułów i ich cenach. Nie jest natomiast dozwolone stosowanie reklam, które nie posiadają w głównej mierze funkcji informacyjnej, lecz nakłaniają do nabycia oferowanych artykułów.

Biorąc pod uwagę rodzaj chronionych przez zaskarżony przepis wartości konstytucyjnych, należy uznać, że zalety badanej regulacji przeważają nad jej wadami. Brak możliwości reklamy apteki – przy uwzględnieniu charakteru rynku obrotu produktami leczniczymi, który zawiera wiele ograniczeń swobody działalności gospodarczej umotywowanych koniecznością zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony zdrowia – nie stanowi nadmiernego ciężaru nałożonego na przedsiębiorców. Zakaz ten kierowany jest do wszystkich przedsiębiorców, nie preferuje żadnych podmiotów i nie narusza zasad równej konkurencji.

Warto w tym miejscu zauważyć, że najwyższa władza samorządu aptekarskiego, jaką jest Krajowy Zjazd Aptekarzy, negatywnie ocenia wykorzystanie reklamy przez swoich członków. Kodeks Etyki Aptekarza Rzeczypospolitej Polskiej, stanowiący załącznik do uchwały Krajowego Zjazdu Aptekarzy z dnia 22 stycznia 2012 r., nr VI 25/2012 VI, stanowi w art. 19, że aptekarz nie reklamuje siebie oraz swoich usług. Nie uczestniczy w reklamie usług farmaceutycznych, jak i ich promocji niezgodnej z prawem lub dobrymi obyczajami. Aptekarz unika działalności przyczyniającej się do zwiększenia konsumpcji produktów leczniczych (kodeks opublikowany na stronie: http://www.nia.org.pl/dat/attach/566_kodeksetykiaptekarzarpororyginal.pdf).

Okoliczność powyższa dodatkowo wskazuje, że ograniczenia swobody działalności gospodarczej, poprzez ustanowienie zakazu reklamy aptek, dokonano z zachowaniem zasady proporcjonalności.

Zawarte w art. 49 i art. 54 ust. 1 Konstytucji gwarancje wolności komunikowania się oraz wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji znajdują się w podrozdziale: „Wolności i prawa osobiste” rozdziału II ustawy zasadniczej zatytułowanego: „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”. W aspekcie podlegającym badaniu w niniejszej sprawie, czyli wolności wypowiedzi komercyjnej (reklamowej) – w tym zarówno wypowiedzi kierowanych do nieokreślonych indywidualnie osób, jak i informacji

przekazywanych konkretnym podmiotom, np. osobom uczestniczącym w programach lojalnościowych – wolność ta związana jest ze swobodą działalności gospodarczej. Oznacza to, że test proporcjonalności ingerencji w tym przypadku nie może być tak restryktywny jak w sytuacji ingerencji w wolność wypowiedzi politycznej czy prasowej. Wolności wyrażone w art. 49 i art. 54 ust. 1 Konstytucji są w tym wypadku chronione na tym samym poziomie co swoboda działalności gospodarczej.

Ocena zgodności zaskarżonego przepisu z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji jest identyczna z oceną jego zgodności z art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej i opiera się na tych samych argumentach, które powyżej przytoczono. Dlatego zbędne wydaje się ich powtarzanie.

Uzupełniająco należy jedynie zauważyć, że wolność wypowiedzi komercyjnych, zwłaszcza reklamowych, gwarantowana jest także w art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.). Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, wypowiedzi komercyjne obejmują przekaz informacji oraz opinii zorientowanych przede wszystkim na promowanie interesów gospodarczych i umożliwianie powiększania zysków. Ich szczególną postacią stanowi reklama, rozumiana jako informacja i zachęta do nabywania określonych produktów lub usług. Specyfika wypowiedzi komercyjnych (zwłaszcza reklam) wymaga uwzględnienia dodatkowych kryteriów ich oceny: przeciwdziałania nieuczciwej konkurencji, rzetelności informacyjnej i ochrony konsumenta. Pozostawia to państwu większy margines oceny przy regulowaniu wypowiedzi czysto komercyjnych. Pozwala też państwu na wprowadzanie zakazów lub ograniczeń reklamy pewnych zawodów (np. adwokatów, lekarzy). Potrzeba ochrony zdrowia może uzasadniać zarówno ograniczenia wypowiedzi reklamowych, np. dotyczących lekarstw, jak i wypowiedzi publicystycznych dotyczących używania narkotyków

(zob. L. Garlicki, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, red. L. Garlicki, tom I, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2010, s. 625, 630, 638 i powołane tam orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka).

Z podanych względów istnieją podstawy do przyjęcia, iż ustanowiony w art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego zakaz reklamy aptek nie stanowi środka nieefektywnego, nieproporcjonalnego ani też uciążliwego w stopniu większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego przez ustawodawcę, legitymowanego konstytucyjnie celu związanego z zapewnieniem właściwego poziomu ochrony zdrowia.

Punkt 2 stanowiska Prokuratora Generalnego z dnia 23 listopada 2015 r. nie ulega zmianie. Jednak, w związku z wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 1157), podstawę umorzenia postępowania we wskazanym zakresie stanowi art. 83 ust. 1 w związku z art. 40 ust. 1 pkt 1 tej ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego

Robert Hernand
Zastępca Prokuratora Generalnego