

ODPIS

Kraków, dnia 20 grudnia 2017 r.

TRAPLE ■
KONARSKI
PODRECKI
■ **I WSPÓLNICY**

Do:

Trybunału Konstytucyjnego

Al. Jana Christiana Szucha 12A
00-918 Warszawa

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KANCELARIA	
wpl. dnia	27.12.2017
L.dz.	L.zał.

Skarżąca:

F **sp. z o.o.**

P

Członkami Zarządu Spółki (osobami upoważnionymi do reprezentacji Spółki) są:

W **B**
G **G**

reprezentowana przez pełnomocników:

adw. prof. dr hab. Elżbietę Traple
(nr wpisu na listę OIA w Krakowie: 1831)
adw. Joannę Adamczyk
(nr wpisu na listę OIA w Krakowie: 2521)

adres do doręczeń:

Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy sp. j.
ul. Królowej Jadwigi 170
30-212 Kraków

Sygn. akt: SK 32/15

UZUPEŁNIENIE SKARGI KONSTYTUCYJNEJ

Działając w imieniu Skarżącej (oryginał pełnomocnictwa - w aktach sprawy, informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z KRS – zał. nr 1 (zmiana adresu siedziby Skarżącej)),

uzupełniam złożoną w niniejszej sprawie skargę konstytucyjną,

dotyczącą przepisu art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tekst jedn. Dz.U.2016.2142 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,

w zakresie uzasadnienia skargi konstytucyjnej,

przedstawiając dotatkowe argumenty przemawiające za uznaniem, że zaskarżony przepis jest niezgodny z wzorcami konstytucyjnymi w postaci przepisów art. 2, art. 20 oraz art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 54 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 68 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz art. 31 ust. 3 w zw. z art. 2 Konstytucji RP,

w szczególności w związku z następującymi okolicznościami zaistniałymi w okresie po złożeniu skargi konstytucyjnej:

- a) uchwaleniem przez **Komisję Ustawodawczą Sejmu RP opinii nr 36 z dnia 30 marca 2016 r.** dla Marszałka Sejmu w sprawie skargi konstytucyjnej sp. z o.o. (sygn. akt SK 32/15), dotyczącej skargi konstytucyjnej złożonej w niniejszej sprawie (dalej jako: „Opinia Komisji Ustawodawczej”) oraz treścią tej opinii;
- b) przedstawieniem **stanowiska Prokuratora Generalnego z dnia 23 listopada 2015 r.** (dalej jako: „Stanowisko PG”) oraz **dotatkowego stanowiska Prokuratora Generalnego z dnia 6 września 2016 r.** (dalej jako: „Dotatkowe Stanowisko PG”) w sprawie skargi konstytucyjnej złożonej w niniejszej sprawie (sygn. akt SK 23/15) oraz treścią i wzajemną relacją merytoryczną tych stanowisk;
- c) wydaniem przez Trybunał Konstytucyjny **wyroku z dnia 4 listopada 2015 r. w sprawie K 1/14** (dalej jako: „Wyrok TK w sprawie K 1/14”) oraz zawartym w tym wyroku rozstrzygnięciem i jego uzasadnieniem;
- d) wydaniem przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej **wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie Vanderborght C-339/15** (dalej jako: „Wyrok TSUE w sprawie Vanderborght”) oraz zawartym w tym wyroku rozstrzygnięciem i jego uzasadnieniem;

- e) publikacją **Sprawozdania z wykonania ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji** leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych przyjętego przez Radę Ministrów (druk sejmowy nr 1377; dalej jako: „Sprawozdanie z wykonania ustawy refundacyjnej”) oraz jego treścią;
- f) publikacją „**Streszczenia Raportu dotyczącego detalicznej sprzedaży leków**” Prezesa UOKiK (dalej jako: „Streszczenie Raportu UOKiK”) oraz płynących zeń wniosków;
- g) **utrwaleniem się linii orzeczniczej Naczelnego Sądu Administracyjnego** (dalej jako: „NSA”) na gruncie zaskarżonego przepisu konstytuującego zakaz reklamy aptek i ich działalności oraz sposobem wykładni i stosowania przez NSA zaskarżonego przepisu.

UZASADNIENIE

I. Wprowadzenie

1. Skarżąca wniosła do Trybunału Konstytucyjnego skargę konstytucyjną datowaną na dzień 3 czerwca 2015 r. (dalej jako: „Skarga”) wnosząc o stwierdzenie, że przepis art. 94a ust. 1 pr. farm., w brzmieniu nadanym przez art. 60 pkt 7 Ustawy refundacyjnej, obowiązującym od dnia 1 stycznia 2012 r., wprowadzający całkowity zakaz reklamy aptek i ich działalności, jest niezgodny z art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3, art. 54 ust. 1 oraz art. 68 ust. 1 Konstytucji RP. W czasie trwania postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w niniejszej sprawie (SK 32/15) brzmienie zaskarżonego przepisu art. 94a ust. 1 pr. farm. nie uległo zmianom.
2. W związku z upływem dłuższego okresu czasu od wejścia w życie zaskarżonego przepisu, pozwalającym dokonać ustaleń odnośnie wpływu zaskarżonego przepisu na funkcjonowanie rynku aptek oraz poczynić spostrzeżenia odnośnie orzecznictwa sądów administracyjnych, w tym zwłaszcza Naczelnego Sądu Administracyjnego (sądu ostatniej instancji), a także w związku ze zdarzeniami mającymi miejsce w okresie po złożeniu Skargi, następującymi w ramach niniejszego postępowania lub poza nim, takimi jak zwłaszcza: wydaniem przez Komisję Ustawodawczą opinii nr 36 z dnia 30 marca 2016 r. w sprawie skargi konstytucyjnej

złożonej w sprawie niniejszej, przedstawieniem stanowiska Prokuratora Generalnego w sprawie skargi konstytucyjnej złożonej w sprawie niniejszej oraz jego późniejszym uzupełnieniem (modyfikacją), wydaniem przez Trybunał Konstytucyjny wyroku w sprawie K 1/14, wydaniem przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyroku w sprawie *Vanderborght* (C-339/15), Skarżąca uznaje za konieczne uzupełnienie argumentacji przemawiającej za zasadnością Skargi o dodatkowe argumenty wynikające z zasłóci mających miejsce po jej złożeniu inicjującym niniejsze postępowanie.

Zaznaczyć też należy, że stanowisko o niezgodności zaskarżonego przepisu art. 94a pr. farm. dzielają przedstawiciele doktryny – specjaliści z zakresu prawa konstytucyjnego. B.Banaszak przedstawił w tej kwestii następujące wnioski (por. B.Banaszak, *O zgodności z Konstytucją bezwzględnego zakazu reklamy aptek*, MoP 2017/8 – załącznik nr 9):

- ⇒ „[a]rt. 94a PrFarm jest **niezgodny z zasadą dostatecznej określoności prawa** wywodzoną z wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP zasady demokratycznego państwa prawnego.”;
- ⇒ „[a]rt. 94a PrFarm, zakłócając funkcjonowanie konkurencji na rynku aptek, **narusza wolną konkurencję stanowiącą element zasady społecznej gospodarki rynkowej** wyrażonej w art. 20 Konstytucji RP”;
- ⇒ „[a]rt. 94a PrFarm **narusza zasadę wolności gospodarczej** gwarantowaną w art. 22 Konstytucji RP”;
- ⇒ „Podsumowując rozważania dotyczące relacji między zakazem reklamy aptek a **konstytucyjną zasadą proporcjonalności** należy stwierdzić, że art. 94a PrFarm **narusza tę zasadę** wywiedzioną z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.”;
- ⇒ „[z]akaz reklamy **narusza** w świetle tych wywodów gwarantowaną w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP **wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji.**”

Załącznik:

- *Artykuł: B.Banaszak, O zgodności z Konstytucją bezwzględnego zakazu reklamy aptek, MoP 2017/8 (zał. nr 9);*

3. Z okoliczności szczegółowo przedstawionych w dalszej części pisma, wynikają m.in. następujące wnioski, dodatkowo przemawiające za stwierdzeniem niezgodności art. 94a ust. 1 pr. farm. z postanowieniami Konstytucji RP:

- Komisja Ustawodawcza Sejmu RP wyraziła jednomyślnie opinię o niezgodności art. 94a ust. 1 pr. farm. z wzorcami konstytucyjnymi w postaci art. 20 i art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 49 oraz art. 54 ust. 1 Konstytucji RP;
- Komisja Ustawodawcza Sejmu RP nie podzieliła poglądu o możliwości realizacji celu w postaci ochrony zdrowia poprzez absolutny zakaz reklamy aptek i ich działalności;
- W dyskusji na posiedzeniu Komisji Ustawodawczej Sejmu RP przypomniano, że celem zaskarżonej regulacji, forsowanej przez samorząd aptekarski i wprowadzonej w drodze poprawki poselskiej, było wpłynięcie na warunki konkurencji na rynku aptecznym, z korzyścią dla jednej z konkurujących na tym rynku kategorii przedsiębiorców (małych, indywidualnych aptek);
- Wedle pierwotnego stanowiska Prokuratora Generalnego zaskarżony art. 94a ust. 1 pr. farm. jest niezgodny z art. 20 i 22 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;
- Dokonana za pomocą dodatkowego stanowiska Prokuratora Generalnego „modyfikacja” (a właściwie całkowita zmiana) pierwotnego stanowiska tego Organu w niniejszej sprawie, jest nieskuteczna; uwzględniać należy jedynie pierwotną opinię Prokuratora Generalnego zawartą w jego stanowisku z 2015 r.;
- Prawidłowa jest ocena wyrażona przez Prokuratora Generalnego, przy założeniu celu regulacji w postaci ochrony zdrowia, że zaskarżona regulacja ograniczająca swobodę konkurencji na rynku aptecznym, nie spełnia ani kryterium niezbędności, ani kryterium proporcjonalności *sensu stricto*, a w konsekwencji jest niezgodna z wzorcami konstytucyjnymi w postaci art. 20 i 22 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;
- Natomiast przedstawiony w dodatkowym stanowisku Prokuratora Generalnego z 2016r. test proporcjonalności opiera się na błędnych założeniach, prowadząc do nieuprawnionych wniosków, jakoby sporna regulacja spełniała wszystkie kryteria proporcjonalności;
- Przedstawiona w dodatkowym stanowisku Prokuratora Generalnego ocena generalnego zakazu reklamy aptek, jako środka spełniającego kryterium proporcjonalności (*sensu largo*), jest całkowicie bezpodstawna;
- Za przyjęciem niekonstytucyjności zaskarżonego art. 94a ust. 1 pr. farm. przemawiają analogiczne względy, jak w przypadku ocenionego jako niekonstytucyjny w sprawie K 1/14 zakazu reklamy OFE; analizowany zakaz reklamy

aptek uznać należy przy tym za niekonstytucyjny w stopniu daleko większym, niż będący przedmiotem oceny Trybunału zakaz reklamy dotyczący OFE;

- Względy, które uzasadniały uznanie przez TSUE w sprawie *Vanderborght* całkowitego zakazu reklamy usług dentystycznych za regulację niezgodną z prawem unijnym, przemawiają także za uznaniem polskiej regulacji przewidującej generalny zakaz reklamy aptek tj. zaskarżonego art. 94a ust. 1 pr. farm., za sprzeczny zarówno z prawem unijnym, jak i postanowieniami polskiej Konstytucji; w szczególności zakwestionowana regulacja, gdyby nawet hipotetycznie służyć miała celom mieszczącym się w zakresie ochrony zdrowia, w sposób oczywisty nie spełnia wymogu proporcjonalności, analogicznego w przypadku badania ograniczeń swobód traktowych oraz praw i wolności chronionych na gruncie Konstytucji RP;
- Sprawozdanie z wykonania ustawy refundacyjnej stanowi potwierdzenie oceny, że przepis art. 94a ust. 1 pr. farm. jest niejasny, niejednoznaczny, budzi wątpliwości interpretacyjne, jest przez organy stosujące prawo interpretowany bardzo szeroko, co prowadzi do absurdalnych, nieakceptowalnych rozstrzygnięć, a ponadto ma on negatywny wpływ na propacjenckie działania aptek, zmierzające do podnoszenia standardu świadczonych usług (zwłaszcza standardów opieki farmaceutycznej); ze sprawozdania z wykonania ustawy refundacyjnej wynika zatem jednoznacznie, że skutki funkcjonowania zakazu reklamy aptek, w szczególności skutki dla pacjentów, muszą być ocenione negatywnie;
- Tendencja orzecnicza, by zakresem zakazu reklamy aptek obejmować jak najszersze spektrum działań podejmowanych przez apteki lub dotyczących aptek, okazała jednolita oraz stała; także orzecznictwie NSA na gruncie art. 94a pr. farm. w obecnym brzmieniu pojęcie reklamy aptek (punktów aptecznych) oraz ich działalności obejmuje wszelkie aktywności apteki (punktu aptecznego) niebędące podaniem informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki;
- Przykłady stanowiska judykatury, stanowiące przejaw utrwalonej linii orzecniczej, potwierdzają niekonstytucyjność zaskarżonego przepisu prowadzącego do całkowicie nieuzasadnionego, ekstensywnego, a przy tym niespójnego i nielogicznego rozumienia przedmiotowego zakazu, jako wykluczającego możliwość „każdego działania” które mogłoby stanowić zachętę do skorzystania z usług apteki.

II. **Opinia Komisji Ustawodawczej dotycząca niniejszej sprawy – niezgodność art. 94a ust. 1 pr. farm. z postanowieniami Konstytucji RP**

4. Skarga złożona przez Skarżącą została (wraz ze skargą konstytucyjną złożoną w sprawie SK 23/15) zaopiniowana przez Komisję Ustawodawczą Sejmu RP, która w dniu 30 marca 2016 r. podjęła w tej sprawie uchwałę zawierającą opinię nr 36 (dalej: „Opinia”; **załącznik nr 2** do niniejszego pisma). Zgodnie z treścią przedmiotowej Opinii, **Komisja Ustawodawcza wyraziła negatywną opinię odnośnie zgodności art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego z art. 20 i art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 49 oraz art. 54 ust. 1 Konstytucji RP**. Opinia Komisji Ustawodawczej w sprawie skargi konstytucyjnej została podjęta jednomyślnie: za jej przyjęciem głosowało dwunastu członków komisji, żaden z członków komisji nie głosował przeciwko, pięciu członków wstrzymało się od głosu.

Załączniki:

- *Opinia nr 36 Komisji Ustawodawczej Sejmu RP uchwalona w dniu 30 marca 2016 r., w sprawie skargi konstytucyjnej sygn. akt SK 32/15, wskazującą na niezgodność art. 94a ust. 1 pr. farm. z Konstytucją RP, dostępna na:
[http://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/ust_o36/\\$file/ust_o36.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/ust_o36/$file/ust_o36.pdf) (zał. nr 2);*
- *Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Ustawodawczej Sejmu RP (nr. 12) w dniu 30 marca 2016 r., dostępny na:
<http://orka.sejm.gov.pl/zapisy8.nsf/0/11490D4BA48EE85DC1257F8B0047C7EC/%24File/0044708.pdf> (zał. nr 3);*

5. Wyrażona przez przedstawicieli Sejmu RP w formie uchwały Komisji Ustawodawczej Opinia dotycząca kwestii zgodności zaskarżonego przepisu ze wskazanymi w skardze konstytucyjnej wniesionej przez Skarżącą wzorcami konstytucyjnymi jest zasadniczo zgodna ze stanowiskiem Skarżącej: **Komisja Ustawodawcza Sejmu RP wyraziła bowiem „negatywną opinię o zgodności”, a zatem opinię o niezgodności art. 94a ust. 1 pr. farm. z wzorcami konstytucyjnymi w postaci art. 20 i art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 49 oraz art. 54 ust. 1 Konstytucji RP**, w pozostałym zakresie wnosząc o umorzenie postępowania. Zatem Opinia Komisji Ustawodawczej potwierdza niezgodność zaskarżonego przepisu art. 94a ust. 1 pr. farm. z postanowieniami Konstytucji RP (niekonstytucyjność zaskarżonego przepisu). Przedmiotowa Opinia ma, zdaniem Skarżącej, szczególne znaczenie, gdyż pochodzi od przedstawicieli organu władzy ustawodawczej – Sejmu RP, który wcześniej niekonstytucyjną regulację uchwalił.

6. Z udostępnionego na stronach sejmowych zapisu przebiegu posiedzenia Komisji Ustawodawczej podczas którego doszło do uchwalenia Opinii (**załącznik nr 3** do niniejszego pisma) tj. z głosów Posłów przedstawionych w ramach dyskusji nad Opinią, wynika m.in., że **członkowie Komisji Ustawodawczej Sejmu RP podzielają stanowisko Skarżącej odnośnie niezgodności zaskarżonej regulacji z zasadą wolności działalności gospodarczej oraz braku spełniania przez zaskarżoną regulację wymogu proporcjonalności** [podkreślenia – J.A.]:

✓ Poseł Stanisław Pięta (PiS), referent spraw SK 32/15 i 23/15:

*[...] Jakie jest założenie zakazu reklamy aptek? Zwolennicy tego zakazu uważają, że klienci aptek w procesie samoleczenia będą korzystać ze zbyt wielu różnych specyfików i spożyją więcej leków niż to jest wymagane do uzyskania efektów leczniczych, czyli przedawkują i będzie ich to więcej kosztowało. Wydaje się, że nie można zgodzić się z tym poglądem. [...] Należy uznać, że chociaż ingerencja jest daleko idąca, to **nie jest tu spełniona zasada proporcjonalności**. Naruszona jest wolność gospodarcza skarżącej [...] w związku z tym proponuję, by Sejm uznał zarówno w jednej, jak i drugiej sprawie, iż te przepisy są niezgodne z przywołanymi wzorcami konstytucyjnymi.*

*[...] Tylko my tu mówimy o absolutnym zakazie reklamy tak daleko idącym, że w omawianych sprawach za reklamę został uznany udział apteki w programie opieki farmaceutycznej w „Programie ” oraz w programie „ ”. Wydaje mi się, że powinien istnieć pewien ograniczony zakaz reklamy środków leczniczych, ale **tak daleko idący absolutny zakaz reklamy wydaje mi się rozwiązaniem ze wskazanymi wzorcami konstytucyjnymi niezgodny**”.*

✓ Posłanka Krystyna Pawłowicz (PiS):

*[...]Trzeba odróżnić dwie kwestie. **Reklamę leku i reklamę apteki**. Jeżeli mówimy o reklamie leku, to zagrożenia, o których była mowa, mogą być realne, bo ludzie mogliby się kierować komercyjnie sporządzonymi reklamami i leczyć się na własną rękę. Natomiast czym innym jest reklama apteki. [...] **Jeżeli chodzi o reklamę samej apteki, to ja nie widzę zagrożenia**.*

[...] To jest działanie przeciw własności.

✓ Poseł Robert Kropiwnicki (PO):

*[p]owinniśmy dopuścić reklamę samych aptek, w sensie reklamy wizerunkowej, systemów promocyjnych [...] To jest w końcu prowadzenie działalności gospodarczej i aptekarze powinni móc korzystać z praw rynku. Jednak jeśli dobrze pamiętam, to **takie ortodoksyjne podejście do zakazu***

reklamy brało się z ostrego konfliktu na rynku farmaceutycznym pomiędzy tzw. aptekami sieciowymi i tradycyjnymi, rodzinnymi [...]

✓ Poseł Janusz Sanocki (niez.):

[...]Głupi przepis ingerujący w podstawową działalność gospodarczą. Zewsząd atakują nas reklamy leków, z radia, telewizji i gazet. Nie wiadomo, **dlaczego wolność docierania z informacją do pacjenta miałyby być ograniczona?** [...] wnoszę, żeby nie tylko poprzeć to stanowisko, ale jednocześnie sformułować stanowisko, żeby z ustawy wykreślić zakaz reklamy, bo wtedy będzie święty spokój. Moim zdaniem, **jest to ewidentne nadużycie wolności gospodarczej, ewidentna ingerencja w wolność.**

[t]o są **absolutne nadużycia prawa powodujące absurdalne wyroki sądów** i potem konieczność prowadzenia takich dyskusji.

✓ Ekspertka z Biura Analiz Sejmowych Katarzyna Miaskowska-Daszkiewicz:

[...]przepis, który wprowadził totalny zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności, został wprowadzony tzw. ustawą refundacyjną i obowiązuje od 1 stycznia 2012 r. Ten przepis został wprowadzony w trakcie prac legislacyjnych nad ustawą refundacyjną. W pierwotnym projekcie przedłożenia rządowego tego przepisu nie było. **To była poprawka poselska inspirowana głosami Naczelnej Izby Aptekarskiej, czyli samorządu zawodowego aptekarzy.** [...] Ratio legis tego przepisu można odkodować z lektury pism kierowanych przez samorząd zawodowy aptekarzy do ministra zdrowia czy też do komisji sejmowych zajmujących się pracami legislacyjnym nad tym projektem.

[...] Odrębną [od ograniczeń reklamy produktów leczniczych – przyp. J.A.] kwestią jest zakaz reklamy aptek i ich działalności. **Ustawodawca nie przewiduje żadnego wyjątku, jeśli idzie o możliwość prowadzenia akcji reklamowej,** wskazuje tylko, że reklamą nie jest podanie adresu i godzin otwarcia apteki. Z tego względu sądy, **interpretując ten przepis dosyć szeroko, bo na to pozwala jego brzmienie,** uznają, że naklejenie na szybie apteki informacji, że jej pracownicy mówią po litewsku czy że jest możliwość płacenia kartą płatniczą za niedozwoloną reklamę. Również sformułowanie wszelkiego rodzaju programów opieki farmaceutycznej czy informacja o przystąpieniu apteki do programu „Karta dużej rodziny” oznaczałoby, że mamy do czynienia z zakazaną reklamą, ponieważ jest nią każda czynność zmierzająca do zwiększenia obrotów apteki.

[k]onfrontacja z **zasadą proporcjonalności nie pozwala nam uznać, iż mamy do czynienia z konstytucyjnym przepisem w perspektywie swobody gospodarczej.**

7. Przebieg dyskusji nad zasadnością skarg konstytucyjnych złożonych w sprawach SK 32/15 i SK 23/15, stanowiącej *de facto* dyskusję nad konstytucyjnością całkowitego zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności (art. 94a ust. 1 pr. farm.) wskazuje jednoznacznie, że Posłowie – członkowie Komisji Ustawodawczej, w tym Poseł sprawozdawca – Stanisław Pięta, **oceniają zakaz reklamy aptek jako oczywiście niekonstytucyjny, niezgodny zwłaszcza z zasadą wolności działalności gospodarczej, nie respektujący konstytucyjnego wymogu proporcjonalności.** Posłowie, dostrzegając ryzyka związane z nadmierną konsumpcją farmaceutyków, **nie podzielają poglądu o możliwości realizacji celu w postaci ochrony zdrowia poprzez absolutny zakaz reklamy aptek i ich działalności.** Zważyć należy, że wszyscy członkowie Komisji Ustawodawczej, którzy głosowali „merytorycznie” (tj. nie wstrzymali się od głosu), wypowiedzieli się za przyjęciem opinii negatywnej, czyli za uznaniem zaskarżonej regulacji w postaci art. 94a ust. 1 pr. farm. za niezgodną z wzorcami konstytucyjnymi.
8. Zwrócić też należy uwagę, że w wypowiedziach Posłów oraz Ekspertki BAS przypomniana została rzeczywista geneza spornego zakazu reklamy aptek, dodanego do projektu ustawy refundacyjnej w drodze poprawki poselskiej, „inspirowanej” przez organy samorządu aptekarskiego, w interesie małych, rodzinnych (indywidualnych) aptek, w celu poprawienia ich sytuacji w ramach walki konkurencyjnej z aptekami sieciowymi. **Celem zaskarżonej regulacji, forsowanej przez samorząd aptekarski, było więc wpłynięcie na warunki konkurencji na rynku aptecznym, z korzyścią dla jednej z konkurujących na tym rynku kategorii przedsiębiorców (małych, indywidualnych aptek).**

III. Stanowiska Prokuratora Generalnego przedstawione w niniejszej sprawie

9. W niniejszej sprawie dwukrotnie wypowiedział się Prokurator Generalny (por. stanowisko Prokuratora Generalnego z dnia 23 listopada 2015 r. oraz dodatkowe stanowisko Prokuratora Generalnego z dnia 6 września 2016 r. – w aktach sprawy). Pierwotne Stanowisko PG zawierało merytoryczną ocenę sprowadzającą się do stwierdzenia, że **zaskarżony art. 94a ust. 1 pr. farm. jest niezgodny z art. 20 i 22 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.** Stanowisko PG było zatem co do zasady zgodne ze stanowiskiem Skarżącej w kwestii niekonstytucyjności art. 94a ust. 1 pr. farm., Prokurator Generalny nie podzielił jedynie zarzutu niezgodności z art. 2 oraz art. 68 ust. 1 Konstytucji RP. Natomiast w terminie późniejszym, po zmianie osoby piastującej funkcję Prokuratora Generalnego, przedstawił on w niniejszej sprawie kolejny pogląd, określony w treści dokumentu jako: „Stanowisko dodatkowe, modyfikujące stanowisko

Prokuratora Generalnego z dnia 23 listopada 2015 r.”, wskazując, że: „ponowna analiza zaskarżonego przepisu prowadzi do wniosków częściowo odmiennych” od zaprezentowanych pierwotnie w Stanowisku PG, w związku z czym: „konieczne jest dokonanie modyfikacji oceny zgodności” art. 94a ust. 1 pr. farm. z art. 20 i 22 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP przedstawionej w pkt. 1) Stanowiska PG. Jednakże eufemistycznie nazwana „modyfikacją” zmiana oceny konstytucyjności zaskarżonego przepisu ma w sensie merytorycznym charakter diametralny, sprowadza się bowiem do oceny nie tyle w pewnym zakresie odmiennej, ale przeciwstawnej w stosunku do oceny pierwotnej (pierwotnie – niezgodność, następnie – zgodność). Dodatkowe Stanowisko PG nie stanowi zatem modyfikacji pierwotnego Stanowiska PG, lecz całkowitą zmianę, odwrotność pierwotnej oceny.

10. Stanowisko Prokuratora Generalnego przedstawione w sprawie wszczętej wskutek Skargi nie jest oczywiście wiążące dla Trybunału Konstytucyjnego, zawiera jedynie opinię mogącą pomóc przy rozstrzygnięciu sprawy. Obowiązująca w momencie przedstawiania Dodatkowego Stanowiska PG ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U.2016.1157), podobnie jak regulacje poprzednie oraz późniejsze, nie przewidywała możliwości modyfikowania przedstawionego w sprawie stanowiska, zwłaszcza zaś nie stanowiły takiej podstawy wskazane w Dodatkowym Stanowisku PG przepisy: art. 53 ust. 1, art. 47 ust. 2 w zw. z art. 34 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym. W ocenie Skarżącej dokonana za pośrednictwem Dodatkowego Stanowiska PG „modyfikacja” pierwotnego stanowiska tego Organu w niniejszej sprawie, jest nieskuteczna. W świetle tych okoliczności **uwzględniać należy jedynie pierwotną opinię Prokuratora Generalnego zawartą w Stanowisku PG**. Niezależnie od powyższej konkluzji stwierdzić należy, że **przedstawiona w Dodatkowym Stanowisku PG argumentacja merytoryczna mająca uzasadnić „zmodyfikowaną” ocenę, jest nieprawidłowa**.

11. Skarżąca podziela co do zasady poglądy przedstawione w Stanowisku PG w zakresie uzasadniającym stwierdzenie niezgodności art. 94a ust. 1 pr. farm. z art. 20 i 22 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (kwestionując ocenę w pozostałym zakresie). Wątpliwości budzi jednak bezkrytyczne przyjęcie w Stanowisku PG (s. 40), że „założonym celem” przyjęcia art. 94a ust. 1 pr. farm. jest „ograniczenie spożycia leków, a w konsekwencji – uzyskanie określonych efektów w zakresie ochrony zdrowia”. Regulacja wprowadzająca zakaz reklamy aptek nie posiada oficjalnego uzasadnienia. Nie wiadomo zatem, jaki cel przyświecał ustawodawcy.

Okoliczności składające się na genezę przedmiotowego zakazu wskazują natomiast, że inicjatorowi zakazu reklamy aptek tj. samorządowi aptekarskiemu, przyświecały przede wszystkim cele dotyczące konkurencji na rynku aptecznym, w postaci poprawy sytuacji konkurencyjnej aptek indywidualnych w relacji do aptek sieciowych. Zastrzeżenia budzi więc pogląd Prokuratora Generalnego dotyczący założonego celu zaskarżonego przepisu (ochrona zdrowia), a także jego opinia dotycząca przydatności całkowitego zakazu reklamy aptek do osiągnięcia takiego celu (por. pkt 24 i n., 94 i n. Skargi; pkt 15, 27 poniżej). Rzeczywisty cel zaskarżonej regulacji przypomnieli uczestnicy dyskusji nad Opinią Komisji Ustawodawczej (por. pkt 6,8 powyżej). Zgodzić się natomiast należy, że nawet przy założeniu celu w postaci ochrony zdrowia, **zaskarżona regulacja ograniczająca swobodę konkurencji na rynku aptecznym, nie spełnia ani kryterium niezbędności (s. 43 Stanowiska PG), ani kryterium proporcjonalności sensu stricto (s. 44 Stanowiska PG), a w konsekwencji jest niezgodna z wzorcami konstytucyjnymi w postaci art. 20 i 22 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (s. 44).**

12. Natomiast zmodyfikowaną ocenę zawartą w Dodatkowym Stanowisku PG, jakoby zaskarżony przepis art. 94a ust. 1 pr. farm. był zgodny z przywołanymi wzorcami konstytucyjnymi, uznać należy w całości za nieuzasadnioną. Przedstawiony w przedmiotowym dokumencie test proporcjonalności opiera się na całkowicie błędnych założeniach, prowadząc do nieuprawnionych wniosków, jakoby sporna regulacja spełniała wszystkie kryteria proporcjonalności (przydatność, niezbędność, proporcjonalność sensu stricto). Przypomnieć w tym miejscu należy, że: *[Z] utrwalonego orzecznictwa TK wynika, że przesłanka "konieczności", o której mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji, mieści w sobie trzy szczegółowe wymagania, jakie musi spełniać badane ograniczenie: przydatności, niezbędności i zbilansowania (proporcjonalności sensu stricto)*. (por. np. wyrok TK w sprawie K 1/14).
13. Ocena zawarta w Dodatkowym Stanowisku PG opiera się na błędym założeniu dotyczącym celu zaskarżonej regulacji, którym według Prokuratora Generalnego jest „ograniczenie spożycia leków, a w konsekwencji – uzyskanie określonych celów w zakresie ochrony zdrowia”, a także jej przydatności dla osiągnięcia tego celu (s. 11 Dodatkowego Stanowiska PG). Prokurator nie przedstawił jednakże żadnego uzasadnienia dla prezentowanego stanowiska tj. ani nie wykazał, że przyjęciu art. 94a ust. 1 pr. farm. rzeczywiście przyświecał wskazany powyżej cel, ani tym bardziej nie wykazał przydatności zaskarżonego przepisu dla osiągnięcia nazwanego przez siebie celu regulacji.

14. Skarżąca konsekwentnie kwestionuje powyższe założenia, zarówno w aspekcie celu zaskarżonego przepisu, jak i jego przydatności dla osiągnięcia hipotetycznego celu w postaci ochrony zdrowia. Stanowisko Skarżącej w tej kwestii zostało szczegółowo przedstawione w Skardze (por. pkt. 23 i n., 116 i n., załączniki nr 6-10 do Skargi).
15. Jak już nadmieniono, oficjalne uzasadnienie rządowego projektu ustawy refundacyjnej, która nadała aktualny kształt regulacji art. 94a ust. 1 pr. farm., nie zawiera **żadnych wskazówek pozwalających ustalić, jakim celom służy generalny zakaz reklamy aptek oraz ich działalności**. Cel zaskarżonej regulacji nie został więc wskazany w sposób autentyczny. Późniejsze „dopisywanie” celu zaskarżonego przepisu w postaci ochrony zdrowia, w szczególności zaś ochrony pacjentów przed nadmierną konsumpcją leków, ma charakter czysto postulatywny. W rzeczywistości niewątpliwie fakty składające się na genezę zaskarżonego przepisu potwierdzają, że generalny zakaz reklamy aptek był efektem wieloletnich zabiegów samorządu aptekarskiego, lobbującego za wprowadzeniem przepisów skutkujących ograniczeniem konkurencji na rynku aptecznym. Wnikliwa analiza historii zaskarżonego przepisu, w tym zmian jego brzmienia, sytuacji na rynku aptek, całokształtu wypowiedzi i działań podejmowanych przez organy samorządu aptekarskiego w zakresie regulacji dotyczących działalności aptek, jednoznacznie uzasadnia wniosek, że wprowadzenie generalnego zakazu reklamy aptek w rzeczywistości nie miało na celu – jak błędnie zakłada Prokurator Generalny – ochrony zdrowia poprzez ograniczenie konsumpcji produktów leczniczych, lecz zmierzało do ograniczenia konkurencji na rynku aptecznym w interesie małych, indywidualnych aptek, przeciwstawianym interesowi aptek sieciowych. W rzeczywistości zatem przesłanka w postaci istotnego interesu publicznego – ochrony zdrowia (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), która teoretycznie mogłaby uzasadniać ograniczenie innych konstytucyjnych praw i wolności, w ogóle w przypadku zaskarżonego art. 94a ust. 1 pr. farm. nie występuje.
16. Przedstawione w niniejszej sprawie stanowisko Skarżącej dotyczące rzeczywistych celów zaskarżonej regulacji potwierdzają, oprócz dokumentów załączonych do skargi konstytucyjnej, także inne materiały. Okoliczności dotyczące genezy zakazu reklamy aptek oraz celów przyświecających tej regulacji znajdują potwierdzenie m.in. w wypowiedziach Posłów – członków Komisji Ustawodawczej, oraz ekspertki z ramienia BAS, przywołanych powyżej (por. pkt 6, 8). Szczegółowe omówienie okoliczności składających się na genezę

całkowitego zakazu reklamy aptek znaleźć też można w piśmiennictwie¹ (por. fragmenty przykładowych publikacji – załącznik nr 4).

Załączniki:

- *Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Ustawodawczej Sejmu RP (nr. 12) w dniu 30 marca 2016 r.,*

dostępny na:

<http://orka.sejm.gov.pl/zapisy8.nsf/0/11490D4BA48EE85DC1257F8B0047C7EC/%24File/0044708.pdf> (zał. nr 3);

- *Fragmenty publikacji:*

J.Adamczyk [w:] Meritum. Prawo farmaceutyczne, red. J.Adamczyk i M.Krekora, Warszawa 2016, s. 195 i n.;

J.Wiszniewska, Zakaz reklamy aptek i ich działalności – geneza wprowadzenia i ocena regulacji, IKAR 2016/8/20-33, LEX/el. (zał. nr 4);

17. Nawet gdyby jednak przyjąć, że zaskarżony przepis miał w założeniu służyć ochronie dobra w postaci zdrowia (co kwestionuje Skarżąca), oczywistym jest, że jest on do tego celu nieprzydatny (nie jest w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków). Przypomnieć należy, że: *[W] świetle utrwalonego orzecznictwa regulacja spełnia wymóg przydatności, jeśli według dostępnego stanu wiedzy jest w stanie doprowadzić do osiągnięcia zamierzonych przez prawodawcę celów. Warunku przydatności wynikającego z art. 31 ust. 3 Konstytucji nie spełniają natomiast te przepisy, które utrudniają osiągnięcie celów albo nie wykazują żadnego związku z tymi celami (zob. np. wyrok TK z 23 listopada 2009 r., sygn. P 61/08, OTK ZU nr 10/A/2009, poz. 150).* (por. wyrok TK w sprawie K 1/14). Uzasadnienie braku przydatności generalnego zakazu reklamy aptek dla ochrony zdrowia – ograniczenia nadmiernej konsumpcji leków, zostało szczegółowo przedstawione przez Skarżącą w Skardze (por. pkt. 94 i n.). **Nieprzydatność zaskarżonej regulacji dla realizacji tak określonego, hipotetycznego celu, wynika nie tylko z oceny logicznej i zdroworozsądkowej, ale i jest potwierdzona przez fakty takie jak bezsporny dalszy wzrost konsumpcji produktów leczniczych w okresie po wprowadzeniu zakazu reklamy aptek** (por. pkt 27).
18. Z treści Dodatkowego Stanowiska PG jasno wynika, że Organ ten przyjął błędne założenie, iż za pomocą zaskarżonej regulacji - generalnego zakazu reklamy aptek, ustawodawca może

¹ Por. m.in.: J.Adamczyk [w:] Meritum. Prawo farmaceutyczne, red. J.Adamczyk i M.Krekora, Warszawa 2016, s. 195 i n.; J.Wiszniewska, Zakaz reklamy aptek i ich działalności – geneza wprowadzenia i ocena regulacji, IKAR 2016/8/20-33, LEX/el.

osiągnąć cele, które w rzeczywistości wymagałyby wprowadzenia zakazu reklamy produktów leczniczych, niedopuszczalnego w świetle prawa unijnego. Prokurator Generalny poszukuje zatem usprawiedliwienia dla zaskarżonej regulacji w tym, że ma ona za zadanie prowadzić do celów niedopuszczalnych na gruncie prawa unijnego tj. pośredniego zakazania reklamy leków. Na uzasadnienie swojego aktualnego stanowiska PG przedstawia m.in. następujący argument (por. s. 11/12): *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, a także przywołuje m.in. cytāt z wyroku NSA w sprawie II GSK 1667/13, zgodnie z którym ochrona zdrowia: [m]oże doznać uszczerbku [...] 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. [...] 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.*

19. Całokształt aktualnej argumentacji Prokuratora Generalnego prowadzi do wniosku, że Organ ten błędnie, a także sprzecznie z wcześniejszym Stanowiskiem PG, nie dostrzega oczywistego faktu, że reklama produktu leczniczego (reklama produktowa) i reklama aptek (reklama dotycząca przedsiębiorstwa/przedsiębiorcy) to odrębne kategorie, które nie mogą być utożsamiane i traktowane jednolicie. Na marginesie przypomnieć należy, że reklama leków jest – co do zasady – dozwolona (dotyczy to w szczególności reklamy leków OTC), również jeśli ma miejsce w aptekach. Prokurator Generalny uznaje zatem bezpodstawnie, że zakaz reklamy aptek jest usprawiedliwiony jako środek zastępczy, mający za zadanie osiągnięcie efektu analogicznego do – niedopuszczalnego – zakazu reklamy leków, poprzez zmniejszenie ich szeroko rozumianej dostępności, a w konsekwencji – ich „nadmiernego” spożycia.
20. Przypomnieć należy, że zwiększony popyt na produkty lecznicze (OTC) może być ewentualnie skutkiem reklamy samego leku będącej „pierwotnym czynnikiem napędzającym wzrost konsumpcji” (por. s. 35 Stanowiska PG), nie natomiast reklamy aptek. Potrzeba (zamiar) i decyzja dotycząca nabycia czy spożycia leku ma charakter pierwotny wobec decyzji o wyborze miejsca zaopatrzenia się w potrzebny produkt. Reklama apteki nie może być zatem utożsamiana z reklamą produktu w niej sprzedawanego – leku, gdyż nie kreuje popytu na produkt leczniczy, a jedynie ma na celu wpłynięcie na decyzję pacjenta co do

wyboru miejsca zakupu leku, odnośnie którego decyzja (o charakterze pierwotnym) co do jego zastosowania (w przypadku leków na receptę) lub zakupu, została już wcześniej podjęta.

21. Cel w postaci ograniczenia konsumpcji leków (co dotyczy zwłaszcza leków OTC) powinien być zatem osiągnięty poprzez właściwy do tego środek w postaci dalszego ograniczenia czy zakazu reklamy produktów leczniczych, co jednak jest niedopuszczalne w ramach systemu prawnego Unii Europejskiej (por. postanowienia Dyrektywy 2001/83/WE, mające charakter maksymalny). Argumentacja Prokuratora zawarta w Dodatkowym Stanowisku zupełnie pomija także okoliczność, że apteki to nie „sklepy z lekami”, gdyż sprzedaje się w nich także produkty innego rodzaju, oraz świadczy inne usługi. W sytuacji, gdy reklama towarów sprzedawanych w aptekach, takich jak produkty lecznicze, wyroby medyczne, suplementy diety, kosmetyki i in. (reklama produktowa) jest co do zasady dozwolona, aktualne stanowisko Prokuratora Generalnego uznać należy za nielogiczne (sprzeczność z argumentem *a maiori ad minus* - skoro dozwolona jest reklama produktu, to tym bardziej miejsca jego sprzedaży) i nieracjonalne, a w konsekwencji nieprawidłowe. Jak nadmieniono już wcześniej, **podstawowy błąd leży w tym przypadku w założeniu, że zakaz reklamy aptek może stanowić substytut niedopuszczalnego zakazu reklamy produktów leczniczych.**

22. Wedle Dodatkowego Stanowiska PG: *[u]stanowienie zakazu reklamy aptek jawi się w tym świetle jako **niezbędne** dla ochrony tak określonego celu (chodzi o założony przez Organ cel w postaci ochrony zdrowia - ograniczenia nadmiernej konsumpcji leków).* W ocenie Prokuratora Generalnego: *[u]stawodawca, korzystając z przysługującej mu swobody, był uprawniony do uznania, że wprowadzenie zakazu reklamy aptek jest środkiem niezbędnym dla zapewnienia właściwego poziomu ochrony zdrowia.* Przedmiotowy wniosek uznać należy za nieuprawniony. Brak jest nawet podstaw by stwierdzić, że ustawodawca uznał zakaz reklamy aptek za środek niezbędny do realizacji przedmiotowego celu, gdyż ani ów cel, ani argumenty mające przekonywać o jego niezbędności, nie zostały przez prawodawcę wskazane w związku z przyjmowaniem analizowanej regulacji (brak uzasadnienia). Ponadto okoliczność, że – hipotetycznie - ustawodawca uznaje taką regulację za środek niezbędny do osiągnięcia celu, nie oznacza jeszcze, że zakaz reklamy aptek, jako środek do celu, w rzeczywistości spełnia kryterium niezbędności. W ocenie Skarżącej środek w postaci generalnego zakazu reklamy aptek nie jest środkiem niezbędnym (koniecznym) dla realizacji celu w postaci ochrony zdrowia poprzez zmniejszenie nadmiernej konsumpcji leków.

23. Za błędny uznać należy argument zawarty w Dodatkowym Stanowisku PG, iż: *[p]aństwo nie powinno wspierać, lecz ograniczać działanie polegające na nakłanianiu konsumentów do korzystania z usług aptek*. Jak przypomniano, decyzja pacjenta o zakupie leku poprzedza jego wybór dotyczący miejsca tego zakupu. W tej sytuacji, wbrew ocenie Prokuratora Generalnego, władze publiczne powinny wspierać realizację decyzji zakupowej konsumenta dotyczącej produktu leczniczego właśnie w aptece, gdyż jest to jedyne z miejsc sprzedaży leków, oferujące pacjentom fachowe doradztwo w zakresie farmakoterapii. Uwzględniając okoliczność, że niektóre leki OTC czy np. wyroby medyczne lub suplementy diety, są dostępne w punktach sprzedaży takich jak stacje benzynowe bądź supermarkety, gdzie leki są traktowane tak jak inne towary konsumpcyjne i brak jest fachowego doradztwa, rolą państwa powinno być raczej wspieranie zakupu produktów leczniczych w aptekach, jako działanie służące deklarowanym celom w zakresie ochrony zdrowia. Jedynie bowiem w aptekach, jako placówkach ochrony zdrowia, będących wyspecjalizowanym miejscem przeznaczonym do sprzedaży detalicznej leków, pacjent może otrzymać nie tylko potrzebny „towar”, ale i odpowiednią pomoc w postaci świadczonej tam opieki farmaceutycznej.
24. Zważyć też należy, że to właśnie w aptekach zachodzi możliwość ograniczenia nadmiernej (niepotrzebnej, czy wręcz szkodliwej) konsumpcji leków, poprzez fachową poradę farmaceuty, który posiada odpowiednie kompetencje by ocenić zasadność zakupu i zastosowania leków OTC, które zamierza nabyć pacjent, powstrzymując go od nabycia i stosowania np. wchodzących w interakcję czy mających tożsamy skutek leków. Władze publiczne powinny zatem, w imię ochrony zdrowia pacjentów, stosować rozwiązania preferujące apteki jako miejsce zakupu leków, a nie zniechęcać klienteli do korzystania z ich usług. Tymczasem generalny zakaz reklamy został wprowadzony jedynie w przypadku aptek i punktów aptecznych, nie dotyczy natomiast pozostałych punktów sprzedaży leków, uniemożliwiając aptekom konkurowanie z nimi na jednolitych zasadach. Okoliczność, że generalny zakaz reklamy dotyczy jedynie wybranej kategorii miejsc sprzedaży produktów leczniczych, która w dodatku powinna zasługiwać w tym zakresie na preferencje z uwagi na profesjonalizm świadczonych w nich usług, jednoznacznie potwierdza, że zakaz ten nie tylko nie może służyć realizacji założonego celu w zakresie ochrony zdrowia, ale wręcz jest wobec tego celu przeciwny.
25. Zaznaczyć należy, że w Dodatkowym Stanowisku PG nie przedstawia uzasadnienia dla rzekomej niezbędności kwestionowanej regulacji, zwłaszcza w kontekście przedstawionych wcześniej w Stanowisku PG rozwiązań pozwalających zrealizować rzekomo założony przez ustawodawcę skutek, bez sięgania po zakaz reklamy aptek o charakterze generalnym. W

Dodatkowym Stanowisku Prokurator Generalny w żadnym zakresie nie odnosi się do wskazywanych przez siebie wcześniej rozwiązań alternatywnych wobec generalnego zakazu reklamy aptek, stanowiących mniej dolegliwą ingerencję w konstytucyjne prawa i wolności. Tymczasem w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wymóg niezbędności oznacza nie tylko, że środek stanowiący ograniczenie konstytucyjnych dóbr jest niezbędny dla ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, ale i że spośród środków spełniających powyższy warunek wybrany zostanie taki, który jest najmniej uciążliwy (dolegliwy). Przypomnieć należy, że pierwotnie Prokurator Generalny uznał zaskarżoną regulację (generalny zakaz reklamy aptek) za **niepełniający kryterium niezbędności** (por. s. 43 Stanowiska PG). W ówczesnej ocenie Prokuratora Generalnego: *[w]prowadzając zakaz reklamy aptek i ich działalności **ustawodawca w niedostatecznym stopniu rozważył możliwość zastosowania środków alternatywnych i określenia ich skuteczności.** Możliwe było przecież wprowadzenie zakazu prowadzenia przez apteki określonych form działalności marketingowej czy też używania danego rodzaju środków przekazu, ograniczeń kwoty środków finansowych przeznaczanych na działania marketingowe itp.* Wedle Stanowiska PG nie sposób postrzegać przedmiotowego zakazu jako niezbędnego środka służącego zmniejszeniu konsumpcji leków, w sytuacji, gdy jednocześnie dopuszczalne są co do zasady działania marketingowe dotyczące samych leków, stanowiące podstawowy czynnik sprzyjający wzrostowi konsumpcji (por. s. 41 Stanowiska PG).

26. Skarżąca podziela w całej rozciągłości pierwotne Stanowisko PG stwierdzające, że zaskarżona regulacja w postaci generalnego zakazu reklamy aptek nie spełnia warunku niezbędności (a także proporcjonalności *sensu stricto*). Oczywistym jest bowiem, że w celu realizacji rzekomego (obecnie deklarowanego) celu zaskarżonej regulacji, polski prawodawca dysponował całym wachlarzem możliwych środków, które pozwoliłyby zrealizować postulowany cel, stanowiąc jednocześnie znacznie mniejszą dolegliwość dla pacjentów i przedsiębiorców aptecznych. Tymczasem szereg okoliczności, podnoszonych już w Skardze potwierdza ocenę, że generalny zakaz reklamy aptek nie tylko nie jest niezbędny dla osiągnięcia deklarowanych celów, ale jest całkowicie – z perspektywy tych hipotetycznych celów - **dysfunkcyjny**, nie tylko nie przyczyniając się w żadnym zakresie do ich realizacji, ale i posiadając działanie przeciwnie do wskazanego celu.
27. Jak wynika z treści Stanowiska PG, Prokurator Generalny, na podstawie posiadanych i przedstawionych tam danych rynkowych, potwierdził **brak skuteczności zaskarżonej regulacji** wskazując, że: *[k]onsumpcja leków pozostawała na wysokim poziomie w chwili*

wejścia w życie zaskarżonych zmian [...] i nadal rośnie. Z dostępnych danych wynika, że w 2014 r. po raz kolejny sprzedaż farmaceutyków w Polsce była wyższa niż w roku poprzednim. (por. s. 33/34), a także iż: [d]ostępne wyniki badań nie pozwalają na wykazanie, by rozwiązania przewidziane w zaskarżonym przepisie okazały się efektywne, albowiem – jak już wskazano – spożycie leków nadal rośnie. (por. s. 44). W Dodatkowym Stanowisku PG nie zostały przedstawione żadne dane, które mogłyby podważyć zasadność pierwotnego stanowiska PG o całkowitym braku efektywności generalnego zakazu reklamy aptek jako środka do ograniczenia konsumpcji leków. Generalny zakaz reklamy aptek, w szczególności rozumiany tak jak w dotychczasowym orzecznictwie, prowadzi do absurdalnych skutków w postaci m.in. zakazywania informowania o możliwości płacenia w aptece kartą płatniczą, informowania o posługiwaniu się przez personel językiem litewskim, informowania o uczestnictwie apteki w programie ubezpieczeń lekowych lub programie karty dużej rodziny, nie ogranicza jednak w żaden sposób nadmiernej konsumpcji produktów leczniczych. **Zasadny jest zatem wniosek płynący ze Stanowiska PG, że zakaz reklamy aptek w żaden sposób nie przekłada się na ograniczenie spożycia leków w społeczeństwie, nie wykazuje zatem pozytywnego wpływu w zakresie ochrony dobra w postaci zdrowia, która rzekomo miała stanowić cel kwestionowanej regulacji.**

Załącznik:

- *Materiały prasowe potwierdzające wzrost sprzedaży leków, w tym zwłaszcza leków OTC, w okresie po wprowadzeniu art. 94a pr. farm. (zał. nr 5);*

28. W przypadku oczywistego braku przydatności i niezbędności zaskarżonej regulacji dla osiągnięcia deklarowanego celu, bezprzedmiotowa staje się analiza kryterium proporcjonalności sensu stricto (relacji pozytywnych efektów środka do wynikających z niego obciążeń). Skoro bowiem oceniany środek nie może wykazywać i w rzeczywistości nie wykazuje pożądanych skutków, nie może stanowić usprawiedliwienia dla jakichkolwiek obciążeń. O braku spełnienia tego warunku świadczą argumenty przedstawione powyżej. Uzupełnić je można wskazaniem, że za oczywistym brakiem spełnienia wymogu proporcjonalności przemawia także przedmiotowy zakres zakazu reklamy aptek. Gdyby bowiem przyjąć, że celem przyświecającym ustawodawcy była mieszcząca się w obszarze ochrony zdrowia redukcja konsumpcji leków (co Skarżąca konsekwentnie kwestionuje), to tak określony cel nie może uzasadniać ograniczenia działalności gospodarczej aptek w zakresie wykraczającym poza sprzedaż produktów leczniczych. Zatem **generalny zakaz reklamy aptek nie może być, nawet teoretycznie, uzasadniany celem w postaci ograniczenia konsumpcji leków.**

29. Przykładem zachowania właściwej proporcji środka do celu był zakaz reklamy aptek w poprzednim kształcie, dotyczący publicznej reklamy apteki odnoszącej się bezpośrednio do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych refundowanych, bądź posiadających identyczną z nimi nazwę. Jako środek pozostający we właściwej proporcji do deklarowanego obecnie celu w postaci ograniczenia spożycia leków racjonalnie mógłby zostać rozważony np. zakaz prowadzenia publicznej reklamy aptek bezpośrednio odnoszącej się do dostępnych w niej produktów leczniczych. Jednakże **za spełniający kryterium proporcjonalności oczywiście nie może być uznany aktualnie obowiązujący, generalny zakaz, rozciągający się na wszelką reklamę aptek, a zatem i na te sfery jej działalności, które nie mają żadnych punktów stykowych ze sprzedażą produktów leczniczych** (opieka farmaceutyczna, sprzedaż suplementów diety, kosmetyków, wyrobów medycznych, środków higienicznych).
30. Przedstawiona w Dodatkowym Stanowisku PG ocena proporcjonalności zaskarżonej regulacji jest więc całkowicie błędna. Nie sposób się zgodzić z aktualnym wnioskiem Prokuratora Generalnego, iż: *[z]alety badanej regulacji przeważają nad jej wadami, nie stanowi nadmiernego ciężaru nałożonego na przedsiębiorców, a także iż: [z]akaz ten kierowany jest do wszystkich przedsiębiorców, nie preferuje żadnych podmiotów i nie narusza zasad równej konkurencji* (por. s. 14 Dodatkowego Stanowiska PG). Prokurator w swych stanowiskach nie przedstawił żadnych rzeczywistych „zalet” generalnego zakazu reklamy aptek, nie wykazał też jego przydatności, czy niezbędności, potwierdził natomiast szereg jego „wad”, w szczególności brak efektywności czy wręcz kontrskuteczność, negatywny wpływ na konkurencję na rynku, preferowanie innych niż apteki miejsc sprzedaży leków. Bezpodstawna jest ocena, jakoby zaskarżona regulacja nie stanowiła nadmiernego ciężaru nałożonego na przedsiębiorców. Rozwiązanie, które w imię rzekomego celu w postaci ograniczenia konsumpcji leków, prowadzi do całkowitego pozbawienia pewnej kategorii przedsiębiorców możliwości prowadzenia działań reklamowo-informacyjnych (z drobnym wyjątkiem), w odniesieniu do całego zakresu prowadzonej działalności, a nie jedynie w odniesieniu do produktów leczniczych, musi być ocenione jako nadmierne, nieuzasadnione obciążenie. Wbrew twierdzeniom Prokuratora **generalny zakaz reklamy prowadzi do nierównego oraz sprzecznego z postulatem ochrony zdrowia traktowania podmiotów działających na rynku**, stwarzając preferencje dla przedsiębiorców innych niż apteki, konkurujących z aptekami na rynku sprzedaży detalicznej leków, których jednak zakaz o charakterze generalnym nie dotyczy.
31. Analogiczne do powyższych względy przemawiają za przyjęciem braku spełnienia kryterium proporcjonalności zaskarżonej regulacji także w płaszczyźnie ograniczenia wolności

określonej w art. 54 Konstytucji RP. Nadmienić jedynie należy, że wbrew twierdzeniom Prokuratora Generalnego, kwestionowana regulacja, z uwagi na sposób jej sformułowania oraz dokonywaną w orzecznictwie wykładnię, stanowi ograniczenie nie tylko wolności wypowiedzi komercyjnej (reklamowej), ale i wypowiedzi o charakterze informacyjnym, pozbawionej elementu perswazji (por. kwalifikowanie jako zakazanej reklamy np. informacji o języku obcym, którym posługuje się personel). Ponadto wskazywane przez Prokuratora dodatkowe kryteria oceny w przypadku ograniczenia wypowiedzi komercyjnych, takie jak np. uczciwość konkurencji, rzetelność informacyjna, ochrona interesów konsumenta, jednoznacznie przemawiają przeciwko możliwości uznania za środek właściwy i proporcjonalny generalnego zakazu reklamy aptek, który prowadzi do ograniczenia konkurencji na rynku oraz pozbawia pacjentów dostępu do pełnej informacji na temat oferty aptek.

32. Rekapitulując wskazać należy, że **przedstawiona w Dodatkowym Stanowisku PG ocena generalnego zakazu reklamy aptek, jako środka spełniającego kryterium proporcjonalności (*sensu largo*), jest całkowicie bezpodstawna.** Zaskarżona regulacja nie jest ani przydatna, ani tym bardziej niezbędna, wreszcie nie pozostaje w jakiegokolwiek adekwatności (proporcji) do deklarowanego obecnie celu w postaci redukcji nadmiernej konsumpcji leków (w ramach ochrony zdrowia). Kwestionowane rozwiązanie w postaci generalnego zakazu reklamy aptek jest środkiem pozbawionym zalet, oczywiście chybionym, nieprzydatnym, nieadekwatnym do deklarowanego celu, stanowiącym nadmierną ingerencję (uciążliwość), prowadzącym do zakłócenia „zdrowej” konkurencji na rynku, wreszcie jawnie nieefektywnym, a nawet przeciwnie skutecznym.

IV. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 listopada 2015 r., K 1/14 (w sprawie zakazu reklamy OFE)

33. Skarżąca sygnalizowała w Skardze (por. pkt (127) i n.), że przed Trybunałem Konstytucyjnym toczy się z wniosku Prezydenta RP postępowanie w sprawie pod sygn.: K 1/14 dotyczącej konstytucyjności przepisów ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz. U. z 2013 r. poz. 989, ze zm.; dalej: ustawa o OFE), w tym art. 197a przewidującego zakaz reklamy dotyczącej otwartych funduszy emerytalnych (OFE), w której przeciwko ww. zaskarżonej regulacji zakazującej reklamy zostały podniesione argumenty analogiczne do podniesionych w Skardze konstytucyjnej złożonej w niniejszej sprawie. Wedle stanowiska Prezydenta RP (wnioskodawcy) zaskarżone przepisy ustawy o OFE dotyczące reklamy, stanowią nieproporcjonalną ingerencję w wolność działalności

gospodarczej (art. 22 Konstytucji) i wolność wypowiedzi (art. 54 Konstytucji), zarówno reklamujących się, jak i ubezpieczonych w zakresie wolności pozyskiwania przez nich informacji.

34. Niniejsza sprawa dotycząca zakazu reklamy aptek wykazuje wiele analogii ze sprawą K 1/14, w zakresie w jakim dotyczy ona konstytucyjności zakazu reklamy OFE. Zakwestionowany w sprawie K 1/14 przepis art. 197a ustawy o OFE oraz zaskarżony w sprawie niniejszej art. 94a ust. 1 pr. farm. mają zbieżny charakter, konstrukcję oraz podobne brzmienie.

Przewidziany w art. 197a ustawy o OFE zakaz reklamowy brzmi (ust. 1 i 2) następująco:

1. *W roku, w którym mogą być składane oświadczenia, o których mowa w art. 39a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, od dnia 1 stycznia do dnia 31 lipca jest zakazana reklama zawierająca informacje o otwartych funduszach lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy.*
2. *Za reklamę nie uważa się zamieszczania na stronie internetowej otwartego funduszu informacji, o których mowa w art. 191 ust. 1 i 1a.*

Zatem podobnie jak w przypadku art. 94a pr. farm. regulacja ta zawiera generalny (całkowity) zakaz reklamy oraz wskazanie „wyjątków” tj. informacji, których nie uważa się za reklamę. Analogicznie też naruszenie obu zakazów zostało obwarowane sankcją w postaci wysokiej kary pieniężnej, a decyzjom nakazującym zaprzestanie naruszenia nadawany jest rygor natychmiastowej wykonalności.

35. Sprawa K 1/14 została rozstrzygnięta, po złożeniu Skargi w sprawie niniejszej, wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 listopada 2015 r., w którym **Trybunał uznał art. 197a ust. 1 ustawy o OFE za niezgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP** (w związku z czym TK nie badał już zgodności zakwestionowanej regulacji z wzorcem konstytucyjnym w postaci art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Uzasadniając uznanie zakazu reklamy dotyczącej OFE za niekonstytucyjny Trybunał wskazał m.in., że [podkreślenia - J.A.]:

- ♦ *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. Jako taka **podlega ochronie w ramach konstytucyjnej wolności***

zagwarantowanej w art. 54 ust. 1 Konstytucji (zob. np. wyrok TK z 28 stycznia 2003 r., sygn. K 2/02, OTK ZU nr 1/A/2003, poz. 4, cz. III, pkt 12.1). **Z jednej strony reklama urzeczywistnia konstytucyjną wolność rozpowszechniania informacji podmiotu reklamującego (tj. oferującego reklamowane dobra), z drugiej natomiast - wolność pozyskiwania informacji odbiorcy.** Podmiotami omawianej wolności są ludzie, jak i tworzone przez nich podmioty zbiorowe: osoby prawne i inne jednostki organizacyjne. [...]Konstytucyjną ochroną objęte jest - co należy raz jeszcze podkreślić - przekazywanie informacji mających charakter faktów i obiektywnych wiadomości, jak również subiektywnych opinii oraz ocen, służących skłonieniu do dokonania przez konsumentów wyboru zgodnego z oczekiwaniem reklamodawcy.;

- ♦ **Uznanie kwestionowanego przepisu za służący realizacji wartości konstytucyjnych nie wystarcza, samo w sobie, do stwierdzenia jego zgodności z warunkiem niezbędności. Jak już wskazano, rozwiązanie konieczne ma być najmniej dolegliwe, spośród wszystkich możliwych i równie skutecznych dostępnych rozwiązań, dla podmiotów, których wolności lub prawa są ograniczane.** Takiego wymagania, zdaniem Trybunału, zakwestionowany art. 197a ust. 1 ustawy o OFE nie spełnia. [...]ustawodawca dysponuje innymi środkami prawnymi ochrony konsumentów, które są mniej dolegliwe niż wprowadzony w art. 197a ust. 1 ustawy o OFE zakaz reklamy.;
- ♦ [d]o reklamy otwartych funduszy emerytalnych mają zastosowanie ogólne zakazy wynikające z przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.). [...]Tylko uprawdopodobnienie, że obowiązujące w systemie prawnym ogólne zakazy są nieskuteczne, może uzasadniać wprowadzenie dalej idącego środka, jakim jest całkowity zakaz reklamy[...];
- ♦ O **nadmierności zakazu reklamy** wynikającego z art. 197a ust. 1 ustawy o OFE może świadczyć **bardzo szeroki zakres zastosowania tego zakazu. Ustawodawca zakazał reklamy w każdej formie i za pomocą wszystkich nośników informacji, nie dokonując w tym względzie jakiegokolwiek niuansowania form lub intensywności rozpowszechniania wypowiedzi handlowych.** [...] Z tego powodu Trybunał uznał, że wprowadzone ograniczenie nie spełnia wymagania niezbędności, w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji.;
- ♦ Z wymogu zbilansowania (proporcjonalności sensu stricto) zawartego w treści art. 31 ust. 3 Konstytucji wynika nakaz rozstrzygnięcia kolizji dóbr zgodnie z założeniem, że zastosowane środki ograniczające mają pozostać w odpowiedniej proporcji do spodziewanych rezultatów. **Normy prawne nie mogą w związku z tym nakładać ciężarów na podmioty wolności i praw, które byłyby niewspółmierne do korzyści, jakie przynosi badane ograniczenie.**;
- ♦ Ustawodawca **nie wyważył odpowiednio ciężaru ograniczenia z korzyściami płynącymi dla ubezpieczonych**, ponieważ - w ostatecznym rozrachunku - również ubezpieczeni tracą możliwość uzyskania rzetelnej informacji o ofercie funduszy.

36. Przedstawione powyżej ustalenia i oceny Trybunału Konstytucyjnego, prowadzące do stwierdzenia niekonstytucyjności przepisu ustanawiającego zakaz reklamy dotyczącej OFE, znajdują pełne przełożenie na stan faktyczny oraz prawny niniejszej sprawy, dotyczącej innego całkowitego zakazu reklamowego – zakazu reklamy aptek. Także zaskarżona w niniejszej sprawie regulacja w postaci generalnego zakazu reklamy aptek, niewątpliwie stanowiąca ograniczenie wolności przewidzianych w art. 54 ust. 1 Konstytucji, nie spełnia wymogu proporcjonalności sensu largo. Zakwestionowana w niniejszej sprawie regulacja nie spełnia warunku niezbędności, gdyż rozwiązanie, które przewiduje, w sposób oczywisty nie jest najmniej dolegliwe dla podmiotów, których wolności lub prawa są ograniczane, spośród wszystkich możliwych i równie skutecznych dostępnych rozwiązań. Wprowadzając kwestionowany zakaz reklamy aptek ustawodawca nie uprawdopodobnił, że obowiązujące już w systemie prawnym ogólne czy szczególne zakazy są nieskuteczne, co mogłoby uzasadniać wprowadzenie dalej idącego środka, jakim jest całkowity zakaz reklamy. Także w niniejszej sprawie zaskarżona regulacja musi być uznana za nadmierną, o czym świadczy bardzo szeroki (a właściwie nieograniczony) zakres zastosowania przedmiotowego zakazu, ustawodawca zakazał bowiem reklamy w każdej formie i za pomocą wszystkich nośników informacji, nie dokonując jakiegokolwiek niuansowania form lub intensywności rozpowszechniania wypowiedzi marketingowych. Ponadto zakwestionowany zakaz nakłada na podmioty wolności i praw ciężary, które ewidentnie są niewspółmierne do korzyści, jakie może przynosić (lecz w świetle faktów – nie przynosi). Oczywiście jest, że **prawodawca nie wyważył właściwie ciężaru ograniczenia, którego dotkliwość jest ogromna, z ewentualnymi korzyściami, dotąd w praktyce niestwierdzonymi.**

37. Zwrócić przy tym należy uwagę, że niekonstytucyjność zakazu reklamy aptek jest jeszcze bardziej jaskrawa, niż w przypadku reklamy dotyczącej OFE, zakaz reklamy aptek jest bowiem zakazem znacznie szerszym niż zakaz przewidziany w art. 197a ustawy o OFE. Zakaz oceniany przez Trybunał w sprawie K 1/14 miał bowiem po pierwsze charakter czasowy, a po drugie – charakter przedmiotowy. Dotyczył on wyłącznie pewnego zakresu działalności dotkniętych nim podmiotów. Jak wyjaśnił Trybunał w przedmiotowym wyroku, zakresem zakazu reklamy dotyczącej OFE nie było objęte rozpowszechnianie szeregu informacji na temat OFE, mających znaczenie z punktu widzenia wyboru dokonywanego przez ubezpieczonych (por. pkt. 12.8.1. uzasadnienia wyroku). Tymczasem zakaz reklamy aptek jest nieograniczony w czasie, a ponadto ma charakter podmiotowo-przedmiotowy, dotyczy bowiem zarówno samych aptek, jak i ich działalności. Zakwestionowanym w niniejszej sprawie zakazem objęte jest zatem nie tylko reklamowanie działalności apteki polegającej na sprzedaży produktów leczniczych (których reklama jest zresztą – z

ograniczeniami – dopuszczalna), ale i reklamowanie pozostałej działalności apteki, wreszcie – samej apteki. W przypadku zakazu reklamy aptek brak jest też, odmiennie niż w przypadku zakazu reklamy dotyczącej OFE (por. pkt. 12.8.3. wyroku TK), zarówno oficjalnego uzasadnienia regulacji, które by określało cele jej wprowadzenia, jak i przydatności regulacji rozumianej jako zdolność do doprowadzenia do zamierzonych przez ustawodawcę (według następczych deklaracji) celów. W przeciwieństwie do zakazu reklamy dotyczącej OFE, zakaz reklamy aptek stanowi bowiem regulację nieprzydatną dla osiągnięcia deklarowanego obecnie celu w postaci ograniczenia konsumpcji leków w społeczeństwie.

38. Z powyższych względów **analizowany zakaz reklamy aptek uznać należy za niekonstytucyjny w stopniu daleko większym, niż będący przedmiotem oceny Trybunału zakaz reklamy dotyczący OFE.**

V. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie *Vanderborght* C-339/15

39. Po wniesieniu przez Skarżącą Skargi konstytucyjnej wydany został wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie *Vanderborght*, C-339/15 (EU:C:2017:335, opubl. na <http://curia.europa.eu/> ; **załącznik nr 6** do niniejszego pisma), który w ocenie Skarżącej posiada istotne znaczenie w niniejszej sprawie, z uwagi na podobieństwo obu spraw.

40. Przedmiotowy wyrok wydany został w związku z pytaniami prejudycjalnymi zadanymi przez sąd belgijski na tle sprawy karnej prowadzonej przeciwko dentyście Lucowi Vanderborghtowi, który reklamował świadczone przez siebie usługi z naruszeniem krajowych przepisów belgijskich zakazujących w sposób całkowity wszelkiej reklamy dotyczącej świadczeń leczenia ust i zębów, oraz ustanawiających daleko idące ograniczenia dla sztydów dotyczących takiej działalności, w zakresie ich formy oraz treści. Analizowane przez TSUE przepisy prawa belgijskiego były zatem bardzo zbliżone do kwestionowanego art. 94a ust. 1 pr. farm. przewidującego zakaz reklamy aptek.

41. W wyroku w sprawie *Vanderborght* TSUE uznał przepisy krajowe, które ustanawiają ogólny i całkowity zakaz wszelkiej reklamy dotyczącej świadczeń leczenia ust i zębów, w zakresie, w jakim zakazują one wszelkiej formy informacji handlowych przekazywanych drogą elektroniczną, w tym również poprzez stronę internetową utworzoną przez dentystę, za

niezgodne z postanowieniami Dyrektywy 2000/31/WE (dyrektywy o handlu elektronicznym)². TSUE przypomniał, że prawodawca unijny nie wykluczył zawodów regulowanych z zakresu zasady dopuszczenia informacji handlowych on-line przewidzianej w art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/31. Wspomniany przepis umożliwia co prawda uwzględnienie specyfiki zawodów służby zdrowia przy opracowywaniu związanych z nimi zasad wykonywania zawodu, w tym określając formy i warunki informacji handlowych on-line, w szczególności w celu zapewnienia, by zaufanie pacjentów do tych zawodów nie zostało naruszone. Jednakże zasady wykonywania zawodu nie mogą skutecznie zakazywać w sposób ogólny i całkowity wszelkiej formy reklamy on-line prowadzonej w celu promowania działalności osoby wykonującej tego rodzaju zawodów.

42. TSUE stwierdził ponadto, że **przepisy krajowe, które ustanawiają ogólny i całkowity zakaz wszelkiej reklamy dotyczącej świadczeń leczenia ust i zębów, są niezgodne z art. 56 TFUE przewidującym swobodę świadczenia usług.** TSUE wskazał, że przepisy krajowe zakazujące w sposób ogólny i całkowity wszelkiej reklamy danej działalności mogą ograniczyć osobom, które tę działalność wykonują, możliwość zaprezentowania się potencjalnym klientom i promowania usług, które zamierzają im zaoferować. W konsekwencji tego rodzaju przepisy krajowe należy uznać za ograniczenie swobodnego świadczenia usług. TSUE zaznaczył, że przepisy krajowe ograniczające korzystanie z podstawowych swobód ustanowionych w TFUE mogą zostać dopuszczone, pod warunkiem że służą osiągnięciu celu leżącego w interesie ogólnym, są właściwe dla zapewnienia realizacji tego celu oraz nie wykraczają poza zakres konieczny do jego osiągnięcia (por. wyrok z dnia 12 września 2013 r., Konstantinides, C-475/11, EU:C:2013:542, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo). W analizowanej sprawie wskazanym przez sąd odsyłający celem badanych przepisów krajowych jest ochrona zdrowia publicznego oraz godności zawodu lekarza dentystry. Według stanowiska TSUE zarówno ochrona zdrowia, jak i ochrona godności zawodu lekarza dentystry zaliczają się do celów, które można uznać za stanowiące nadrzędne względy interesu ogólnego mogące uzasadniać ograniczenie swobody świadczenia usług, a decyzja o poziomie, na którym chcą one zapewnić ochronę zdrowia publicznego, oraz o sposobie osiągnięcia tego poziomu, należy zasadniczo do państw członkowskich.

43. TSUE ocenił jednak przedmiotowe ograniczenie za nadmierne, stwierdzając że: *[p]omimo owej swobody uznania ograniczenie wynikające z zastosowania przepisów krajowych*

² Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym), opubl.: Dziennik Urzędowy L 178 , 17/07/2000 P. 0001 - 0016

rozpatrywanych w postępowaniu głównym, zakazujących w sposób ogólny i całkowity wszelkiej reklamy dotyczącej świadczeń leczenia ust i zębów, wykracza poza to, co jest konieczne do realizacji celów zamierzonych poprzez owe przepisy [...] cele zamierzone przez przepisy rozpatrywane w postępowaniu głównym mogłyby zostać osiągnięte poprzez mniej restrykcyjne środki, określając, gdy to konieczne, w sposób ścisły, formy i warunki, które mogłyby skutecznie przybrać środki komunikacji używane przez lekarzy dentyków, nie zakazując im przy tym w sposób ogólny i całkowity wszelkiej formy reklamy.

44. W ocenie TSUE **przepisy krajowe zakazujące w sposób ogólny i całkowity wszelkiej reklamy usług stomatologicznych stanowią nadmierne, zbyt daleko idące ograniczenie traktatowej swobody świadczenia usług**, a w konsekwencji są **niezgodne z prawem unijnym**. TSUE potwierdził, że cel w postaci ochrony zdrowia publicznego może uzasadniać ograniczenia, ale wykorzystywane do tego środki muszą spełniać warunek proporcjonalności, którego nie spełnia ogólny i całkowity zakaz reklamy pewnej kategorii usług.

45. Z uwagi na daleko idące podobieństwo ocenianych przez TSUE przepisów belgijskich dotyczących reklamy usług stomatologicznych z art. 94a ust. 1 pr. farm. przewidującym zakaz reklamy aptek (w obu przypadkach chodzi bowiem o ogólny, całkowity zakaz reklamowania pewnych usług świadczonych w ramach szeroko rozumianej ochrony zdrowia), **stanowisko TSUE wyrażone w sprawie *Vanderborght* jest adekwatne także dla oceny niniejszej sprawy**. Względy, które uzasadniały uznanie przez TSUE całkowitego zakazu reklamy usług dentyków za regulację niezgodną z prawem unijnym, przemawiają także za uznaniem polskiej regulacji przewidującej generalny zakaz reklamy aptek tj. zaskarżonego art. 94a ust. 1 pr.farm., za sprzeczny zarówno z prawem unijnym, jak i postanowieniami polskiej Konstytucji. **W szczególności zakwestionowana regulacja, gdyby nawet hipotetycznie służyć miała celom mieszczącym się w zakresie ochrony zdrowia, w sposób oczywisty nie spełnia wymogu proporcjonalności, analogicznego w przypadku badania ograniczeń swobód traktowych oraz praw i wolności chronionych na gruncie Konstytucji RP.**

Załącznik:

- wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie *Vanderborght*, C-339/15 (zał. nr 6);

VI. Sprawozdanie z wykonania ustawy refundacyjnej

46. W marcu 2017 r. do Marszałka Sejmu RP skierowane zostało „Sprawozdanie z wykonania ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych” opracowane przez Ministra Zdrowia i przyjęte przez Radę Ministrów (druk sejmowy nr 1377 opubl. <http://www.sejm.gov.pl/> ; fragmenty sprawozdania stanowią **załącznik nr 7** do niniejszego pisma). Sprawozdanie z wykonania ustawy refundacyjnej dotyczy skutków stosowania ustawy na różnych płaszczyznach, w tym w zakresie zakazu reklamy aptek, punktów aptecznych oraz ich działalności (por. część I pkt. 2.4. sprawozdania).
47. Przedstawiona w przedmiotowym sprawozdaniu ocena efektów obowiązywania zakazu reklamy aptek potwierdza zasadność zarzutów stawianych wobec art. 94a ust. 1 pr. farm. w niniejszej sprawie. Zgodnie z treścią sprawozdania: „Wprowadzona zmiana wywołała burzliwą dyskusję w środowisku podmiotów prowadzących apteki. Obecnie Minister Zdrowia ma świadomość krytyki, jaka przedstawiana jest przez to środowisko odnosząca się do celowości wprowadzenia zakazu reklamy, jak również przez przedstawicieli doktryny prawniczej odnosząca się do przyjętego rozwiązania legislacyjnego. Szczególnie w pierwszym okresie funkcjonowania nowego przepisu, zdarzały się przypadki zbyt szerokiej wykładni zakazu reklamy aptek, co prowadziło do obejmowania zakazem działań mających charakter informacyjny, np. rozpowszechnianie przez aptekę informacji o adresie e-mail, numerze telefonu apteki, czy informacji o akceptowanych metodach płatności. **Trudności w precyzyjnym wyznaczeniu zakresu zakazu reklamy aptek mogą przemawiać za koniecznością rozważenia zasadności ingerencji ustawodawcy w przyjęty przepis, np. przez wprowadzenie definicji reklamy apteki, na wzór przepisów regulujących reklamę produktów leczniczych. [...] Przyjęty przepis nie powinien prowadzić do zakazywania aptekom prowadzenia działań zmierzających do podnoszenia standardów świadczonych usług farmaceutycznych** (np. udogodnień dla seniorów), czy angażowania się aptek w inne, społecznie korzystne, inicjatywy (np. udział w kampaniach prozdrowotnych)” (por. s. 28 sprawozdania).
48. Stwierdzenia zawarte w Sprawozdaniu stanowią zatem potwierdzenie przywoływanych także przez Skarżącą wad kwestionowanej regulacji, w tym że przepis art. 94a ust. 1 pr. farm. jest **niejasny, niejednoznaczny, budzi wątpliwości interpretacyjne** (a zatem nie spełnia wymagań dotyczących dostatecznej określoności przepisów prawa), **jest przez organy stosujące prawo interpretowany bardzo szeroko, co prowadzi do absurdalnych,**

nieakceptowalnych rozstrzygnięć, a ponadto ma on **negatywny wpływ na propagacyjne działania aptek**, zmierzające do podnoszenia standardu świadczonych usług (zwłaszcza standardów opieki farmaceutycznej), które na gruncie generalnego zakazu reklamy aptek są uznawane przez organy i sądy za zakazaną reklamę. Ze Sprawozdania z wykonania ustawy refundacyjnej wynika zatem jednoznacznie, że skutki funkcjonowania zakazu reklamy aptek, w szczególności skutki dla pacjentów, muszą być ocenione negatywnie. Z drugiej zaś strony z treści Sprawozdania nie wynika, by kwestionowany zakaz przyczynił się do zmniejszenia konsumpcji produktów leczniczych. Natomiast z innych danych, na które powołano się m.in. w Stanowisku PG, wynika, że konsumpcja leków w polskim społeczeństwie, mimo obowiązywania całkowitego zakazu reklamy aptek, nadal rośnie.

Załącznik:

- *Fragment Sprawozdania z wykonania ustawy refundacyjnej (zał. nr 7);*

VII. Streszczenie Raportu UOKiK dotyczącego detalicznej sprzedaży produktów leczniczych.

49. Skarżąca przedstawiła w Skardze negatywne konsekwencje wprowadzenia całkowitego zakazu reklamy aptek dla konkurencji na rynku aptecznym oraz dla pacjentów (konsumentów). W Skardze przywołane zostało także krytyczne stanowisko Prezesa UOKiK wobec tej regulacji, odwołujące się m.in. do jej bezcelowości oraz niepożądanych skutków we wskazanych obszarach (por. pkt (101)). Jak wskazywała Skarżąca, rzeczywistym celem wprowadzenia kwestionowanego zakazu reklamy aptek było ograniczenie czy wręcz – w pewnym zakresie – wyeliminowanie konkurencji na rynku aptecznym, podyktowane względami korporacyjnymi, nie natomiast ochrona zdrowia czy dobro pacjentów. Ocenę tę potwierdzają wnioski płynące ze Streszczenia Raportu UOKiK. W dokumencie tym wskazano m.in., że: *[c]zęść przedsiębiorców jest zdania, iż regulacje prawne dotyczące działalności gospodarczej objętej niniejszym badaniem stwarzają bariery, które w sposób nadmierny utrudniają lub uniemożliwiają przedsiębiorcom prowadzącym apteki oferowanie szerokiego asortymentu i wysokiej jakości usług farmaceutycznych, swobodę komunikacji z pacjentem, zapewnianie dostępności produktów, a przy tym prowadzenie działalności w warunkach uczciwej konkurencji (m.in. w zakresie obowiązywania ustawy refundacyjnej czy zakazu reklamy aptek).*” (por. s. 18 streszczenia).

Załącznik:

- *Fragment Streszczenia Raportu UOKiK (zał. nr 8);*

VIII. Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego – utrwalenie się ekstensywnej wykładni art. 94a ust. 1 pr. farm.

50. Przedstawiona w Skardze (por. pkt. (4) i n. oraz zał. nr 4 do Skargi) linia orzecznicza organów nadzoru farmaceutycznego oraz sądów administracyjnych, uległa utrwaleniu. W ekstensywną wykładnię zaskarżonego art. 94a ust. 1 pr. farm. wpisuje się w ostatnim czasie orzecznictwo sądu ostatniej instancji – Naczelnego Sądu Administracyjnego, prowadząc do jej petryfikacji.

51. Utrwalona linia orzecznicza opiera się na bardzo szerokim rozumieniu użytych w art. 94a pr. farm. terminów: „reklama apteki” oraz „reklama działalności apteki”, a w konsekwencji – bardzo szerokim ujmowaniu zakresu przedmiotowego zakazu reklamy aptek. **Jak należało się spodziewać, tendencja orzecznicza, by zakresem zakazu reklamy aptek obejmować jak najszersze spektrum działań podejmowanych przez apteki lub dotyczących aptek, okazała jednolita oraz stała.** Także zatem w orzecznictwie NSA 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 orzecznictwie NSA prezentowane jest stanowisko, że **za reklamę apteki lub 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.**

52. Poniżej przedstawione zostały przykłady kolejnych wypowiedzi orzecznich NSA, potwierdzających powyższą tezę:

- ♦ *Reklamą apteki w rozumieniu art. 94a ust. 1 p.f. może być każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych. Ustawodawca wyłącza spod zakazu reklamy tylko jeden stan faktyczny, określony w zdaniu drugim art. 94a ust. 1 u.p.f., tj. kierowanie do publicznej wiadomości informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.*

(por. np. wyrok NSA z 14.01.2015., II GSK 2269/13)

- ♦ *Założeniem ustawodawcy w nowelizacji art. 94a u.p.f. było wprowadzenie całkowitego zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz zakazu reklamy placówek obrotu poza aptecznego, odnoszącej się do produktów leczniczych i wyrobów medycznych. Z zakresu pojęcia reklamy apteki wyłączono bowiem jedynie informację o lokalizacji i godzinach pracy apteki.*

(por. np. wyrok NSA z 14.01.2015., II GSK 16/14)

- ♦ *Na gruncie treści art. 94a ust. 1 p.f. po dniu 1 stycznia 2012 r. zabroniona jest każda reklama aptek i ich działalności, jeżeli nie jest informacją o ich lokalizacji i godzinach otwarcia, jeżeli nie może być równocześnie uznana za dopuszczalną na podstawie odrębnych przepisów, niezależnie od sposobu w jaki zostaje ona skierowana do adresatów i bez znaczenia, czy są oni potencjalnymi czy faktycznymi klientami, o ile wiąże się z zachęcaniem do nabywania oferowanych przez aptekę produktów.*

(por. np. wyrok NSA z 20.01.2015., II GSK 1718/13)

- ♦ *Tak więc w ślad za tym orzeczeniem można powtórzyć, że reklamą działalności apteki będzie zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece, niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych [...]*

(por. wyrok NSA z 04.02.2015., II GSK 2267/13)

- ♦ *Ustawa nie zawiera definicji reklamy 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.*

(por. wyrok NSA z 26.02.2015., II GSK 2069/13)

- ♦ *Szeroki sposób rozumienia reklamy działalności aptek uzasadnia również fakt, że art. 94a ust. 1 p.f., poza stwierdzeniem, że nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego, nie zawiera katalogu działań, które byłyby ex lege wyłączone z zakresu tego pojęcia, jak ma to miejsce w przypadku reklamy produktu leczniczego. Reklamą działalności apteki może być więc każde działanie zmierzające do zwiększenia sprzedaży.*

(por. wyrok NSA z 05.03.2015., II GSK 54/14)

- ♦ *Reklamą (jako taką) jest działalność sprzedawcy polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do określonego zachowania się nabywcy, mająca na celu zwiększenie jego obrotów. [...] natomiast w przypadku reklamy apteki lub jej działalności, będzie to zachęcanie do korzystania z jej usług. "Zwiększeniem obrotów" sprzedającego [...] w przypadku reklamy apteki lub jej działalności będzie to zwiększenie liczby przeprowadzanych przez nią transakcji lub ich wartości.*

(por. wyrok NSA z 11.03.2015., II GSK 168/14)

- ♦ *Wszelkie promocje, w tym cenowe, są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje.*

(por. wyrok NSA z 11.03.2015., II GSK 168/14)

- ♦ *Reklamą działalności apteki może być każde działanie zmierzające do zwiększenia sprzedaży. Reklama może przy tym "przyjmować różne formy, w szczególności: hasła, sloganów, spotów TV, ulotek, billboardów, folderów, czy też gazetek. Za reklamą działalności apteki zostały uznane również "czynności polegające na wręczaniu bonów rabatowych, umieszczenie obok nazwy apteki napisów "niskie ceny", "wysokie rabaty" itp.*

(por. wyrok NSA z 26.05.2015., II GSK 907/14)

- ♦ *Dodatkowo NSA podkreśla, że stanowisko prezentowane w rozpoznawanej sprawie akceptuje dotychczasową linię orzecznictwa Sądu II instancji, zgodnie z którą reklamą apteki jest działalność sprzedawcy polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do określonego zachowania się nabywcy, mająca na celu zwiększenie jego obrotów.*
(por. wyrok NSA z 03.07.2015., II GSK 2534/14)
- ♦ *Kwestia publicznego charakteru reklamy apteki lub punktu aptecznego, bądź ich działalności nie ma w obecnym stanie prawnym jakiegokolwiek znaczenia.*
(por. wyrok NSA z 03.07.2015., II GSK 1365/14)
- ♦ *[...]przyjmuje, że reklamą jest każde działanie, które ma na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług.*
(por. wyrok NSA z 15.10.2015., II GSK 1894/14)
- ♦ *Orzecznictwo wskazuje, że reklamą działalności apteki może być więc każde działanie zmierzające do zwiększenia sprzedaży.*
(por. wyrok NSA z 25.11.2015., II GSK 1279/14)
- ♦ *Zgodnie z ugruntowaną już w orzecznictwie sądów administracyjnych definicją reklamy apteki, którą podziela również NSA w składzie orzekającym w tej sprawie, reklamą apteki jest każde działanie zachęcające klientów do zakupu towarów sprzedawanych w aptece, niezależnie od form i metod tego działania oraz użytych środków.*
(por. wyrok NSA z 11.10.2016., II GSK 3397/15)
- ♦ *[...]trafnie przyjmuje Sąd I instancji, że treść przepisu musi być wykładana restrykcyjnie, co oznacza, że dopuszczona jest tylko możliwość informowania o lokalizacji i godzinach otwarcia.*
(por. wyrok NSA z 13.10.2016., II GSK 1393/15)
- ♦ *Naczelny Sąd Administracyjny w tym składzie podziela jednolite stanowisko prezentowane w orzecznictwie sądów administracyjnych, że reklamą jest każde działanie, które ma na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług.*
(por. wyrok NSA z 24.05.2017., II GSK 2349/15)
- ♦ *Naczelny Sąd Administracyjny podziela zaaprobowany przez Sąd I instancji pogląd, co do szerokiego rozumienia pojęcia reklamy, ugruntowany w orzecznictwie na tle tej regulacji, zgodnie z którym, podstawowym elementem pozwalającym stwierdzić, że doszło do naruszenia zakazu reklamy apteki lub jej działalności jest zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu produktu leczniczego lub wyrobu leczniczego w konkretnej aptece, zwiększenia konsumpcji produktów leczniczych, a przez to zwiększenie obrotów tej apteki.*
(por. wyrok NSA z 20.07.2017., II GSK 3172/15)

53. Jak wskazuje w swych orzeczeniach sam NSA, aktualnie **stanowisko judykatury dotyczące rozumienia art. 94a pr. farm. jest: „ugruntowane” oraz „jednolite”**. Niewątpliwie stanowisko sądów administracyjnych jest jednolite w kwestii szerokiego (ekstensywnego) rozumienia przedmiotowego zakazu. Jednakże błędny byłby wniosek, że stanowisko to jest jednolite merytorycznie. Definicje stosowane w judykaturze, choć wszystkie bardzo szerokie, wykazują daleko idące różnice, które w orzecznictwie NSA są jednakże pomijane. Różnice te dotyczą m.in. kwestii, czy w pojęciu reklamy mieszczą się „każde działania”, czy może tylko działania komunikacyjne („informacja”), bądź „informowanie i zachęcanie”, czy wręcz sam „zamiar” osiągnięcia celów sprzedażowych; czy reklama obejmuje tylko działania publiczne, czy też niepubliczne; czy reklama jest adresowana tylko do „potencjalnych”, czy również do aktualnych klientów. Stosowane w orzecznictwie „definicje” są zatem niespójne, często też nielogiczne.

54. Przedstawione powyżej przykłady z orzecznictwa potwierdzają niekonstytucyjność zaskarżonego przepisu, jako prowadzącego do całkowicie nieuzasadnionego, ekstensywnego, a przy tym niespójnego i nielogicznego rozumienia przedmiotowego zakazu, jako wykluczającego możliwość „każdego działania” które mogłoby stanowić zachętę do skorzystania z usług apteki.

55. Konsekwencją wadliwości zaskarżonego przepisu jest założenie przyjmowane w orzecznictwie, zgodnie z którym obecny, całkowity zakaz reklamy aptek dotyczy wszelkich działań nie objętych zakresem wyraźnego wyłączenia z art. 94a ust. 1 zd. drugie pr. farm., co prowadzi do kwalifikowania jako zakazanej reklamy działań dotyczących aptek, które nie są reklamą sensu stricto, np. z tego względu, że nie stanowią rozpowszechniania komunikatów, bądź są pozbawione elementu zachęty (nie mają charakteru perswazyjnego).

Przejawem bardzo szerokiego rozumienia zakresu zakazu reklamy aptek w orzecznictwie jest m.in.:

- uznanie za reklamę aptek **komunikatów o charakterze neutralnym, informacyjnym, pozbawionych elementu zachęty** (np. ulotki z cenami produktów oferowanych w aptece (listą cenową), bez wskazania na obniżkę ceny oraz bez porównania z cenami konkurencyjnych aptek);

Zob. m.in. wyroki WSA w Warszawie: z dnia 29 maja 2013 r., VI SA/Wa 453/13, z dnia 8 listopada 2012 r., VI SA/Wa 1687/12;

- uznanie za reklamę **działań niepolegających na komunikowaniu treści** (zwłaszcza programów lojalnościowych i innych programów prowadzonych w aptekach);

Por. m.in. wyroki WSA w Warszawie: z dnia 7 sierpnia 2013 r., VI SA/Wa 1660/13; z dnia 3 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 314/13; z dnia 25 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 2463/12; z dnia 6 marca 2013 r., VI SA/Wa 2332/12.

- uznanie za reklamę **komunikatów, które powinny być kwalifikowane jako oferta** dotycząca produktów sprzedawanych w aptece;

Zob. m.in. wyroki WSA w Warszawie: z dnia 29 maja 2013 r., VI SA/Wa 453/13; z dnia 27 czerwca 2013 r., VI SA/Wa 456/13.

- uznanie za reklamę **działań o promocyjnym, a nie reklamowym charakterze**, zwłaszcza programów lojalnościowych;

Zob. m.in. wyroki WSA w Warszawie: z dnia 27 czerwca 2013 r., VI SA/Wa 456/13; z dnia 7 sierpnia 2013 r., VI SA/Wa 1660/13; z dnia 10 grudnia 2012 r., VI SA/Wa 1756/12; z dnia 23 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 314/13; z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12;

- uznanie za reklamę **działań należących do sfery transakcji sprzedaży**, zwłaszcza działań w ramach swobody kształtowania cen towarów oferowanych w aptece np. udzielanie rabatów;

Zob. m.in. wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 czerwca 2013 r., VI SA/Wa 456/13; wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 sierpnia 2013 r., VI SA/Wa 1660/13;

- uznanie za reklamę apteki **komunikatów (reklam, informacji handlowych) dotyczących sprzedawanych w aptece produktów** np. kosmetyków, wyrobów medycznych, suplementów diety i in., w tym zwłaszcza produktów leczniczych OTC, jeśli tylko komunikaty te były prowadzone w aptece bądź pozwalały zidentyfikować aptekę oferującą te towary;

Zob. m.in. wyroki WSA w Warszawie: z dnia 27 czerwca 2013 r., VI SA/Wa 456/13; z dnia 10 grudnia 2012 r., VI SA/Wa 1756/12;

- uznanie za reklamę apteki lub działalności apteki **uczestnictwa apteki w działaniach o charakterze (w założeniu) niepromocyjnym**, często stanowiących obowiązek farmaceutów np. w programie opieki farmaceutycznej;

Zob. m.in. wyroki WSA w Warszawie: z dnia 23 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 314/13; z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12; z dnia 5 marca 2013 r., VI SA/Wa 2618/12; z dnia 25 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 2463/12).

- uznanie za reklamę apteki **działań promujących oznaczenia przedsiębiorcy** prowadzącego aptekę lub jego przedsiębiorstwa (np. promujących „markę sieci” aptek);

Zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 grudnia 2012 r., VI SA/Wa 1756/12.

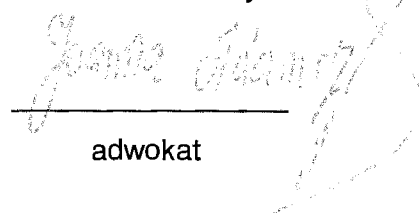
- uznanie za reklamę **działań mających miejsce w lokalu apteki**, prowadzonych wobec aktualnych, a nie potencjalnych klientów;

zob. m.in. wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 sierpnia 2013 r., VI SA/Wa 1660/13; wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 czerwca 2013 r., VI SA/Wa 456/13; wyrok WSA w Warszawie z dnia 23 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 314/13; wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12.

Przedstawione powyżej istotne okoliczności dodatkowo przemawiają za uznaniem zaskarżonego przepisu art. 94a ust. 1 pr. farm. za niezgodny z Konstytucją RP.

za Skarżącą - pełnomocnik

Joanna Adamczyk



adwokat

Załączniki:

- 1) Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z KRS dla F sp. z o.o.;
- 2) Opinia nr 36 Komisji Ustawodawczej Sejmu RP uchwalona w dniu 30 marca 2016 r., w sprawie skargi konstytucyjnej sygn. akt SK 32/15, wskazującą na niezgodność art. 94a ust. 1 pr.farm. z Konstytucją RP;
- 3) Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Ustawodawczej Sejmu RP (nr. 12) w dniu 30 marca 2016 r.;
- 4) Fragmenty publikacji: J.Adamczyk [w:] Meritum. Prawo farmaceutyczne, red. J.Adamczyk i M.Krekora, Warszawa 2016, s. 195 i n.; J.Wiszniewska, Zakaz reklamy aptek i ich działalności – geneza wprowadzenia i ocena regulacji, IKAR 2016/8/20-33, LEX/el.;
- 5) Materiały prasowe potwierdzające wzrost sprzedaży leków, w tym zwłaszcza leków OTC, w okresie po wprowadzeniu art. 94a pr. farm.;

- 6) *Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie Vanderborght, C-339/15;*
- 7) *Fragment Sprawozdania z wykonania ustawy refundacyjnej;*
- 8) *Fragment Streszczenia Raportu UOKiK;*
- 9) *Artykuł: B.Banaszak, O zgodności z Konstytucją bezwzględnego zakazu reklamy aptek, MoP 2017/8;*
- 10) *Odpis pisma wraz z załącznikami x 5.*