

Warszawa, 23 sierpnia 2017 r.

Do:
Trybunał Konstytucyjny
 Al. Jana Szucha 12a
 00-918 Warszawa

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KANCELARIA	
wpl. dnia	25. 08. 2017
L.dz. L.zał.	

Skarżąca:
 B Sp. z o.o.

L

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

Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu – zarząd:

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

Prokurent:
 3. E C

Pełnomocnicy Skarżącej:
adw. Paulina Kieszowska-Knapik
 nr wpisu 1881
r. pr. Marcin Kolasiński
 nr wpisu WA 6556

adres do doręczeń:
 Kieszowska Rutkowska Kolasiński
 Kancelaria Prawna Sp. j.
 Ul. Emilii Plater 25/8
 00-688 Warszawa

Sygn. akt: SK 23/15

UZUPEŁNIENIE SKARGI KONSTYTUCYJNEJ

Działając w imieniu Skarżącej (pełnomocnictwo w aktach sprawy), **uzupełniam skargę konstytucyjną w sprawie o sygn. akt SK 23/15 o dodatkowe argumenty dotyczące niezgodności art. 94a ust. 1, 2, 3 i 4 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo**

farmaceutyczne (Dz. U. 2008 Nr 45, poz. 271 ze zm.) (dalej: „Prawo farmaceutyczne” lub „PF”), w brzmieniu zmienionym przez art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (tj. Dz. U. z 2015, poz. 345) (dalej: „Ustawa refundacyjna”), obowiązującym od dnia 1 stycznia 2012 r., z art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3 i art. 54 ust. 1 Konstytucji RP oraz niezgodności art. 129b Prawa farmaceutycznego z art. 42 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji RP, w związku z:

- a) treścią dodatkowego stanowiska Prokuratora Generalnego z 6 września 2016 r. w sprawie skargi konstytucyjnej (sygn. akt SK 23/15);
- b) uchwaleniem przez Komisję Ustawodawczą opinii nr 35 z dnia 30 marca 2016 r. dla Marszałka Sejmu w sprawie skargi konstytucyjnej (sygn. akt SK 23/15);
- c) wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie *Vanderborght* (C-339/15);
- d) 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).

UZASADNIENIE

W dniu 16 marca 2015 r. Skarżąca skierowała do Trybunału Konstytucyjnego skargę konstytucyjną, uzupełnioną następnie pismem z dnia 29 marca 2016 r., i wniosła o stwierdzenie, że art. 94a ust. 1, 2, 3 i 4 Prawa farmaceutycznego, w brzmieniu zmienionym przez art. 60 pkt 7 Ustawy refundacyjnej, obowiązującym od dnia 1 stycznia 2012 r. wprowadzający całkowity zakaz reklamy aptek jest niezgodny z art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3, art. 54 ust. 1 Konstytucji RP oraz że art. 129b Prawa farmaceutycznego, wprowadzający karę pieniężną za naruszenie art. 94a Prawa farmaceutycznego, jest niezgodny z art. 42 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji RP.

W związku z doręczeniem dodatkowego stanowiska Prokuratora Generalnego z dnia 6 września 2016 r., uchwaleniem przez Komisję Ustawodawczą opinii nr 35 z dnia 30 marca 2016 r. dla Marszałka Sejmu w sprawie skargi konstytucyjnej (sygn. akt SK 23/15), oraz wydaniem wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie *Vanderborght* (C-339/15) Skarżąca za konieczne uznaje uzupełnienie skargi konstytucyjnej.

1. Uwagi odnośnie dodatkowego stanowiska Prokuratora Generalnego z 6 września 2016 r. w sprawie skargi konstytucyjnej (sygn. akt SK 23/15)

W dniu 26 stycznia 2016 r. do Trybunału Konstytucyjnego dostarczone zostało stanowisko Prokuratora Generalnego nr PG VIII TK 69/15 wydane w związku ze skargą konstytucyjną Skarżącej. Prokurator Generalny uznał, że **art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego jest**

niezgodny z art. 20 i art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz jest zgodny z zasadą określoności prawa wywiedzioną z art. 2 Konstytucji RP. Prokurator Generalny, analizując zaskarżony przepis i przeprowadzając skrupulatny test proporcjonalności, doszedł do słusznego wniosku, że art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego **nie spełnia kryterium niezbędności** ustanowionego nim ograniczenia praw i wolności.

Po zmianie na stanowisku Prokuratora Generalnego (co nastąpiło z dniem 4 marca 2016 r.) do Trybunału Konstytucyjnego zostało dostarczone pismo zawierające zmienione, „dodatkowe” stanowisko nowego Prokuratora Generalnego. W piśmie tym Prokurator Generalny całkowicie odszedł od wcześniejszego stanowiska co do niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu, uznając, że art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego jest zgodny ze wszystkimi powołanymi wzorcami konstytucyjnymi. Zmienione stanowisko Prokuratora Generalnego jest nieuzasadnione, a przeprowadzony przez niego na nowo test proporcjonalności, który rzekomo wykazuje zgodność zaskarżonego przepisu ze wszystkimi brany pod uwagę kryteriami proporcjonalności, prowadzi do wniosków błędnych i nieznanających oparcia w rzeczywistości.

Prokurator Generalny stwierdza, że przepis art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego „*jest przydatny do osiągnięcia założonego celu, którym jest ograniczenie spożycia leków*”. **Po pierwsze** jednak, co było już przedmiotem szczegółowej analizy w samej skardze konstytucyjnej (por. pkt II.3.2 skargi konstytucyjnej), wprowadzenie do Prawa farmaceutycznego całkowitego zakazu aptek było podyktowane przede wszystkim wieloletnimi staraniami samorządu aptekarskiego i prowadzonym przez nich lobbingiem, mającym na celu ograniczenie konkurencji na rynku aptecznym. Dogłębna analiza historii zaskarżonej regulacji, uwzględniająca zarówno poprzednie brzmienie przepisu, rzeczywiste problemy na rynku aptecznym oraz ogólny kontekst polityczny i całokształt działań podejmowanych przez samorząd apteczny względem regulacji „aptecznych”, w sposób bardzo jednoznaczny pokazuje, że dokonana z dniem 12 maja 2011 r. zmiana art. 94a Prawa farmaceutycznego nie miała - wbrew twierdzeniom Prokuratora Generalnego - na celu ochrony zdrowia w postaci ograniczenia spożycia leków, co mogłoby stanowić „ważny interes publiczny” uzasadniający ograniczenie swobody działalności gospodarczej, która bezspornie nastąpiła. **Po drugie**, nawet gdyby przyjąć istnienie ważnego interesu publicznego w postaci ograniczenia spożycia leków, który rzekomo przyświecał autorom zmienionego przepisu (z czym Skarżąca się nie zgadza), nie sposób zaakceptować obecnego stanowiska Prokuratora Generalnego co do proporcjonalności zaskarżonego przepisu.

W zmienionej ocenie Prokuratora Generalnego „*zakaz reklamy aptek ma służyć ograniczeniu możliwości nakłaniania konsumentów do zwiększania popytu (...) na leki i kreowania w społeczeństwie potrzeb związanych z zakupem leków, a w konsekwencji przeciwdziałaniu zjawisku nadużywania leków. (...) 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*”. Prokurator Generalny zdaje się jednak obecnie nie zauważać – wbrew swojemu

wcześniejszemu stanowisku – że **czym innym jest reklama leku (prawnie zresztą dozwolona), a czym innym jest reklama apteki**. Popyt na leki generowany jest przez reklamę leku, która jest „*pierwotnym czynnikiem napędzającym wzrost konsumpcji*” (zob. pierwotne stanowisko Prokuratora Generalnego z dnia 26 stycznia 2016 r., s. 35). Reklama apteki jest działaniem wtórnym i może jedynie wpłynąć na decyzję konsumenta (który już zdecydował – sam lub poprzez swojego lekarza – o potrzebie zakupu leku) co do samego miejsca dokonania zakupu. Idąc tropem przedstawionym przez Prokuratora Generalnego, chcąc ograniczyć zjawisko „lekomanii”, należałoby raczej opowiedzieć się za zakazem reklamy leków (co jednak nie mogłoby mieć miejsca z uwagi na brzmienie przepisów europejskich, w tym zwłaszcza Dyrektywy 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi). **Obecnie prezentowane stanowisko Prokuratora Generalnego jest niekonsekwentne i przeczy zasadzie a maiori ad minus, zważywszy, że reklama leków bez recepty (a także wyrobów medycznych i suplementów diety sprzedawanych przez apteki) jest dozwolona, zaś reklama miejsc ich sprzedaży i informacja o tych miejscach wykraczająca poza godziny otwarcia i lokalizację – nie.**

Przeprowadzając test proporcjonalności Prokurator Generalny w zmienionym stanowisku stwierdził, że „*ustanowienie zakazu reklamy aptek jawi się (...) jako niezbędne dla ochrony tak określonego celu*” [ochrony zdrowia – PKK]. Prokurator Generalny nie uzasadnia jednak, dlaczego w zmienionym stanowisku zakaz reklamy aptek zostaje oceniony jako niezbędny, podczas gdy w poprzednio zaprezentowanym stanowisku został zaproponowany szereg rozwiązań, które odniosłyby rzekomo zamierzony przez ustawodawcę skutek. Prokurator Generalny nie wyjaśnia, z jakich przyczyn aktualnie odmawia zaproponowanym wcześniej rozwiązaniom charakteru rozwiązań wystarczających dla osiągnięcia zamierzonego skutku. Dla przypomnienia Skarżąca pragnie przytoczyć poprzednio prezentowane przez Prokuratora Generalnego stanowisko, że „*wprowadzając 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 przeznaczonych na działania marketingowe itp. (...) Przedstawiony wyżej wywód daje więc podstawy do konstatacji, że art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego nie spełnia kryterium niezbędności ustanowionego nim ograniczenia praw i wolności*” (zob. pierwotne stanowisko Prokuratora Generalnego z dnia 26 stycznia 2016 r., s. 36-37). Skarżąca w pełni podziela zaprezentowane pierwotnie stanowisko Prokuratora Generalnego i podkreśla, że nawet uznając, że faktycznym celem wprowadzenia zakazu reklamy aptek była ochrona zdrowia (z czym Skarżąca się nie zgadza), zakres i forma tego zakazu w żaden sposób nie spełniają kryterium niezbędności i proporcjonalności. Ustawodawca miał bowiem możliwość wprowadzenia szeregu innych, mniej dolegliwych dla obywateli i przedsiębiorców, rozwiązań, które w pełni realizowałyby tak wskazany cel. Zaskarżony przepis w obecnym brzmieniu jest zresztą **nie tylko nieproporcjonalny, ale całkowicie niefunkcjonalny i w żaden sposób nie przyczynia się do realizacji wskazanego przez Prokuratora Generalnego celu**. Jak bowiem wynika z danych przedstawionych przez Prokuratora Generalnego w pierwotnym stanowisku,

„konsumpcja 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. (...) **Dostępne wyniki badań nie pozwalają na wykazanie, by rozwiązania przewidziane w zaskarżonym przepisie okazały się efektywne**, albowiem – jak już wskazano – spożycie leków nadal rośnie” (zob. pierwotne stanowisko Prokuratora Generalnego z dnia 26 stycznia 2016 r., s. 28 i 38). Skarżąca podkreśla, że obecna interpretacja zaskarżonego przepisu za reklamę apteki każde traktować w zasadzie wszystkie działania apteki pozytywnie ją wyróżniające na tle innych. W tym kontekście należy się zastanowić, w jaki sposób umieszczenie na witrynie apteki naklejki „Mówimy po litewsku” lub informującej o możliwości dokonywania zakupów określoną kartą płatniczą (rzeczywiste przykłady z praktyki organów inspekcji farmaceutycznej) miałyby mieć jakikolwiek wpływ na większe lub mniejsze spożycie leków w społeczeństwie? Nie ulega wątpliwości, że zakazanie tego typu działań nie ma żadnego przełożenia na ograniczenie konsumpcji leków, która – jak twierdzi Prokurator Generalny – stanowiła rzekomy cel wprowadzenia regulacji, świadczącej o istnieniu ważnego interesu publicznego.

O braku proporcjonalności zaskarżonego przepisu świadczy również okoliczność, że działalność apteki nie ogranicza się li tylko do sprzedaży leków. Jeżeli faktycznie celem ustawodawcy było ograniczenie konsumpcji leków (z czym Skarżąca się nie zgadza), to **ewentualne ograniczenie działalności gospodarczej aptek nie powinno wykraczać poza tę część jej działalności, która związana jest ze sprzedażą leków**. Rozwiązaniem odzwierciedlającym to zdroworozsądkowe założenie było poprzednie brzmienie zaskarżonego przepisu, zgodnie z którym zabroniona była reklama działalności aptek lub punktów aptecznych skierowana do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosiła się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach (wówczas za cel realizujący kryterium ważnego interesu publicznego uważane było ograniczenie wydatków ze środków publicznych na produkty refundowane, stąd ograniczenie zakazu reklamy wyłącznie do tej kategorii produktów). Być może proporcjonalnym rozwiązaniem zmierzającym do ograniczenia konsumpcji leków byłoby rozszerzenie poprzedniego zakazu nie tylko do leków refundowanych, ale wszystkich leków tak aby reklama nie odnosiła się do produktów leczniczych. Tymczasem obecne brzmienie przepisu dyskwalifikuje wszelką reklamę apteki, a zatem uderza również w te sfery jej działalności, które ze sprzedażą i konsumpcją leków nie mają nic wspólnego (np. sprzedaż wyrobów medycznych i suplementów diety, opieka farmaceutyczna etc.).

Nie można jednocześnie zgodzić się ze stwierdzeniem Prokuratora Generalnego, jakoby „państwo nie powinno wspierać, lecz ograniczać działanie polegające na nakłanianiu konsumentów do korzystania z usług aptek”. Jak już wskazano, decyzja o dokonaniu zakupu leku dokonuje się na wcześniejszym etapie. W momencie, kiedy pacjent powziął już decyzję o potrzebie/chęci zakupu leku, musi on zdecydować o miejscu, w którym lek zostanie zakupiony. W przypadku wielu leków dostępnych bez recepty (tzw. *over the counter* – OTC), miejscem zakupu leku może być nie tylko apteka, ale również np. supermarket, w którym nie

ma żadnego fachowego doradztwa w zakresie farmakoterapii. Leki traktowane są w takich miejscach jak każdy inny towar, np. batony czy gumy do żucia. **W sytuacji, gdy zadaniem państwa jest ochrona zdrowia obywateli, należałoby raczej wspierać dokonywanie zakupu leków w aptece** (jako miejscu dedykowanym sprzedaży detalicznej leków i gwarantującym odpowiednią opiekę farmaceutyczną), a zatem zachęcać do korzystania z aptek. Skarżąca pragnie zwrócić uwagę, że **zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych nie odnosi się do wszystkich miejsc sprzedaży leków** (a zatem z założenia nie może realizować celu wskazywanego przez Prokuratora Generalnego) **i nie pozwala konkurować aptekom ze sklepami sprzedającymi niektóre leki i wyroby medyczne.**

W ocenie Skarżącej sposób, w jaki ukształtowane zostały kwestie prowadzenia reklamy leków i aptek, nie realizuje wskazanego przez Prokuratora Generalnego celu regulacji (co do prawdziwości którego Skarżąca się nie zgadza). Obecną sytuację na rynku lekowo-aptecznym w kontekście rzekomej chęci ograniczenia spożycia leków można przyrównać do próby ograniczenia spożycia alkoholu przez obywateli poprzez zakaz reklamy sklepów monopolowych, przy jednoczesnym dopuszczeniu reklamy samego alkoholu, a także z pominięciem faktu prowadzenia sprzedaży produktów alkoholowych w wielu innych niż sklepy monopolowe miejscach, które to miejsca mogą być bez większych ograniczeń reklamowane. Rozwiązanie takie wydaje się być ewidentnie chybione, nieadekwatne, nie realizujące zakładanego celu, a także zakłócające konkurencję na rynku. Nie można zgodzić się z obecnym stanowiskiem Prokuratora Generalnego, jakoby identyczne rozwiązanie zastosowane w odniesieniu do branży farmaceutycznej było optymalne.

2. Uwagi odnośnie uchwalenia przez Komisję Ustawodawczą opinii nr 35 z dnia 30 marca 2016 r dla Marszałka Sejmu w sprawie skargi konstytucyjnej (sygn. akt SK 23/15)

Wniesiona przez Skarżącą skarga konstytucyjna o zbadanie zgodności art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego z art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3 oraz art. 54 ust. 1 Konstytucji została rozpatrzona przez Komisję Ustawodawczą, która w dniu 30 marca 2016 r. uchwaliła w tej sprawie opinię nr 35 (załącznik nr 1 do niniejszego pisma). Z dokumentu wynika, że **Komisja Ustawodawcza wyraża negatywną opinię o zgodności art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego z art. 20 i art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz w zw. z art. 54 ust. 1 Konstytucji.** Za przyjęciem opinii głosowało 12 osób, przeciwko przyjęciu opinii nie głosował nikt, 5 osób wstrzymało się od głosu.

Z dostępnych zapisów przebiegu posiedzenia Komisji Ustawodawczej (załącznik nr 2 do niniejszego pisma), podczas którego doszło do uchwalenia opinii, wynika, że **członkowie Komisji Ustawodawczej w szczególności podzielają stanowisko co do nieproporcjonalności zaskarżonego przepisu:**

- *„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 (...). 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**".

- poseł Stanisław Pięta (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”**.

- poseł Krystyna Pawłowicz (PiS)

- **„Powinniśmy dopuścić reklamę samych aptek, w sensie reklamy wizerunkowej, systemów promocyjnych, bo dlaczegóżby nie. 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, które były i nadal są pozbawiane możliwości funkcjonowania przez apteki sieciowe, które są bogatsze, które mają szersze kampanie reklamowe”** [potwierdzenie pierwotnego źródła zakazu reklamy aptek – PKK]

- poseł Robert Kropiwnicki (PO)

- **„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 formułowanie 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. (...) Konfrontacja z zasadą proporcjonalności nie pozwala nam uznać, iż mamy do czynienia z konstytucyjnym przepisem w perspektywie swobody gospodarczej”**.

- ekspert z Biura Analiz Sejmowych Katarzyna Miaskowska-Daszkiwicz

3. Uwagi odnośnie wydania wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie *Vanderborght* (C-339/15)

W piśmie z dnia 29 marca 2016 r. Skarżąca przedstawiła dodatkową argumentację związaną z wydaniem przez Trybunał Konstytucyjny wyroku z dnia 4 listopada 2015 r., sygn. akt K 1/14,

w sprawie niekonstytucyjności przepisów wprowadzających zakaz reklamy OFE, którego struktura logiczna i brzmienie było bardzo podobne do zakazu reklamy aptek.

W późniejszym czasie wydany natomiast został wyrok trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie *Vanderborght* (C-339/15) (załącznik nr 3 do niniejszego pisma)¹. Wyrok wydany został w związku z zapytaniem prejudycjalnym na tle sprawy karnej prowadzonej przez sąd belgijski przeciwko dentyście (Lucowi Vanderborghtowi) rozpowszechniającemu informacje o swojej praktyce w Internecie. Vanderborghtowi zarzucono naruszenie krajowych przepisów **zakazujących wszelkiej reklamy świadczeń leczenia ust i zębów i zezwalających jedynie na umieszczanie na budynku, w którym wykonywana jest działalność stomatologiczna, bardzo ograniczonych informacji (m.in. dni i godzin konsultacji)**. Poddany ocenie TSUE przepis był zatem bardzo zbliżony do art. 94a Prawa farmaceutycznego wprowadzającego zakaz reklamy aptek. W ocenie TSUE przepisy zakazujące w sposób ogólny i całkowity wszelkiej reklamy działalności stomatologicznej stanowią **nadmierne ograniczenie swobodnego świadczenia usług**, a w konsekwencji są niezgodne z prawem unijnym. TSUE uznał, że argument ochrony zdrowia publicznego jest istotny, ale środki do ochrony tej wartości nie mogą być nieproporcjonalne, uznając belgijski zakaz reklamy usług stomatologicznych za nieproporcjonalny. W ocenie TSUE *„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 dentyistów, nie zakazując im przy tym w sposób ogólny i całkowity wszelkiej formy reklamy”*.

Biorąc pod uwagę bardzo daleko idące podobieństwo ocenianych przez TSUE przepisów belgijskich dotyczących reklamy usług stomatologicznych z art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego o zakazie reklamy aptek, konstatacje TSUE dokonane na gruncie sprawy *Vanderborght* (C-339/15) mogą być z powodzeniem przełożone na stan faktyczny i istotę niniejszej sprawy, dotyczącej niezgodności z Konstytucją RP całkowitego zakazu reklamy aptek.

4. Uwagi odnośnie publikacji 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)

W dniu 8 marca 2017 r. na ręce 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 przyjętego przez Radę

¹ Wyrok dostępny jest pod adresem (dostęp: 19.07.2017):

http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=PL&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=190323&occ=first&dir=&cid=101135

Ministrów (druk sejmowy nr 1377, dalej jako: „**Sprawozdanie**”)² (fragmenty Sprawozdania stanowią załącznik nr 4 do niniejszego pisma).

Sprawozdanie Rady Ministrów stanowi ocenę skutków stosowania ustawy na wielu płaszczyznach. Punkt 2.4 Sprawozdania dotyczy przepisów wprowadzających zakaz reklamy aptek, punktów aptecznych oraz ich działalności. Dokonana przez Radę Ministrów ocena tych przepisów potwierdza zasadność zarzutów stawianych w stosunku do art. 94a Prawa farmaceutycznego w niniejszej sprawie. Zgodnie ze Sprawozdaniem: „*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)***”.

Sprawozdanie potwierdza, że zaskarżony przepis jest niejednoznaczny (nie spełnia wymagania dotyczącego dostatecznej określoności przepisów prawa), jest interpretowany niezwykle szeroko, co wypacza jego sens i prowadzi do absurdów (np. uznania za reklamę apteki naklejki na witrynie informującej o akceptacji kart płatniczych), a także, że w obecnym kształcie ma on niekorzystny wpływ na propagacjenckie działania aptek, służące poprawie standardów opieki farmaceutycznej, które, w związku z brzmieniem zakazu, są jednak uznawane przez organy i sądy za reklamę.

Podsumowując, Skarżąca podtrzymuje swoje stanowisko, że zaskarżony przepis wprowadzający całkowity zakaz reklamy aptek **nie ma uzasadnienia w postaci ważnego interesu publicznego**.

Nawet jednak gdyby uznać, że celem przedmiotowej regulacji jest ochrona zdrowia publicznego, przejawiająca się w zapobieganiu nadmiernej konsumpcji leków (co jednak nie wynika z analizy prac legislacyjnych nad projektem ustawy wprowadzającej zaskarżony przepis), sformułowany w art. 94a Prawa farmaceutycznego zakaz reklamy aptek **narusza konstytucyjną zasadę proporcjonalności**. Nie jest to rozwiązanie niezbędne dla osiągnięcia rzekomo zakładanego celu (istnieją bowiem inne, możliwe do zrealizowania, a jednocześnie mniej dotkliwe środki do osiągnięcia celu, które zostały zresztą przykładowo wymienione w pierwotnym stanowisku Prokuratora Generalnego). Przeciwnie, jest to rozwiązanie wykraczające poza rzekomy cel w postaci ograniczenia konsumpcji leków, nie

² Sprawozdanie dostępne jest pod adresem (dostęp: 19.07.2017):
<http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1377>

przewidujące rozróżnienia pomiędzy tą częścią działalności apteki, która rzeczywiście dotyczy leków, a pozostałymi sferami jej działalności oraz lekceważące fakt, że niektóre produkty lecznicze sprzedawane są w innych niż apteki i punkty apteczne miejscach (których reklama jest dozwolona), a w konsekwencji prowadzące do zniekształcenia konkurencji w tym zakresie.

Wreszcie, nawet gdyby uznać, że zaskarżony przepis jest proporcjonalny (czemu Skarżąca stanowczo zaprzecza i co zostało zanegowane również przez wiele innych podmiotów oraz organów, w tym Komisję Ustawodawczą i UOKiK, a także pośrednio – poprzez wydanie wyroków w podobnych sprawach dotyczących całkowitego zakazu reklamy – przez Trybunał Konstytucyjny i TSUE), nie ma wątpliwości, że jest to przepis **niefunkcjonalny**. Nie realizuje on bowiem w żaden sposób rzekomo postawionego przed nim celu w postaci ograniczenia konsumpcji leków. Jak wynika z dostępnych źródeł (w tym z pierwotnego stanowiska Prokuratora Generalnego z dnia 28 stycznia 2016 r.) „dostępne wyniki badań nie pozwalają na wykazanie, by rozwiązania przewidziane w zaskarżonym przepisie okazały się efektywne, albowiem – jak już wskazano – spożycie leków nadal rośnie”.

W związku z powyższym wnoszę jak dotychczas.

adw. Paulina Kieszowska-Knapik

Załączniki:

1. *Opinia nr 35 Komisji Ustawodawczej z dnia 30 marca 2016 r dla Marszałka Sejmu w sprawie skargi konstytucyjnej (sygn. akt SK 23/15);*
2. *Zapis przebiegu posiedzenia Komisji Ustawodawczej z dnia 30 marca 2016 r.*
3. *Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie Vanderborght (C-339/15);*
4. *Fragmenty 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)*
5. *5 odpisów uzupełnienia skargi z załącznikami.*