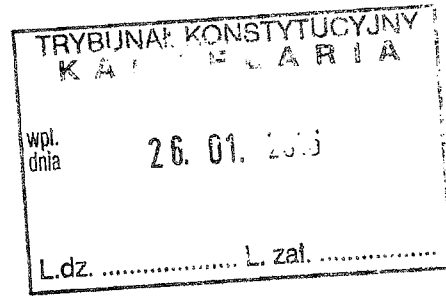




Warszawa, dnia 26. 01. 2016 r.

PG VIII TK 69/15
(SK 23/15)



TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku ze skargą konstytucyjną spółki Biała sp. z o.o. z siedzibą w L. o stwierdzenie, że art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 ze zm.) jest niezgodny z art. 20 i art. 22 w zw. art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, art. 20 i art. 22 w zw. z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 20 i art. 22 w zw. z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej

– na podstawie art. 82 ust. 2 w zw. z art. 56 pkt 5 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 1064 ze zm.) –

przedstawiam następujące stanowisko:

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

podstawie na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) w związku z art. 134 pkt 3 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 1064 ze zm.) z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

UZASADNIENIE

W skardze konstytucyjnej z dnia 16 marca 2015 r. spółka B sp. z o.o. (dalej: Skarżąca, Spółka) zarzuciła, że art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - Prawo farmaceutyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 ze zm.; dalej: prawo farmaceutyczne), przewidujący całkowity zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych oraz reklamy działalności tych podmiotów, jest niezgodny z szeregiem wymienionych w części wstępnej niniejszego stanowiska przepisów Konstytucji RP.

Skarga została wniesiona na tle następującego stanu faktycznego.

Spółka B sp. z o.o. jest przedsiębiorcą prowadzącym aptekę ogólnodostępną zlokalizowaną w B . W wyniku kontroli apteki Skarżącej, przeprowadzonej przez organ nadzoru farmaceutycznego – Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny, stwierdzono uczestnictwo w działaniach promocyjnych o nazwach F i P . Decyzją z dnia sierpnia 2012 r., nr , organ nadzoru nakazał Skarżącej zaprzestanie prowadzenia reklamy działalności apteki, polegającej na uczestnictwie we wskazanych wyżej programach, nałożył karę pieniężną w kwocie zł oraz w części nadał swemu rozstrzygnięciu rygor natychmiastowej wykonalności. W przedmiotowej decyzji stwierdzono m.in., że – na gruncie obecnie obowiązującego art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego – reklamą jest wszystko, co nie jest informacją o lokalizacji

i godzinach pracy apteki. Skarżąca wniosła odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, który jednak (decyzją z dnia października 2014 r., nr), dzieląc w całości trafność ustaleń faktycznych i ocen prawnych dokonanych przez organ I instancji, utrzymał w mocy zaskarżone rozstrzygnięcie.

W tej sytuacji Spółka zdecydowała o wniesieniu skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, lecz wyrokiem z dnia marca 2013 r., sygn. , skarga ta została w całości oddalona. Wojewódzki Sąd Administracyjny potwierdził ocenę, że działania, prowadzone w aptece Skarżącej i zakwestionowane przez organy nadzoru farmaceutycznego, były jedną z form niedozwolonej reklamy w rozumieniu art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego, gdyż polegały na innego rodzaju czynnościach, niż informowanie o lokalizacji i godzinach pracy apteki.

Skarżąca wniosła do Naczelnego Sądu Administracyjnego skargę kasacyjną od wyroku WSA w Warszawie, podnosząc m.in. zarzuty natury materialnoprawnej, dotyczące dokonanej przez sąd administracyjny wykładni zastosowanego w jej sprawie art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego. Wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia października 2014 r., sygn. , wspomniana skarga kasacyjna Spółki została oddalona w całości. Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że rozpoznający sprawę Wojewódzki Sąd Administracyjny, w ustalonym i niezakwestionowanym przez stronę skarżącą stanie faktycznym, prawidłowo dokonał wykładni art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego, tj. właściwie odczytał treść oraz znaczenie przepisu. Sąd kasacyjny podzielił tym samym trafność ocen organów nadzoru farmaceutycznego oraz Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, które uznały, że działania, w których uczestniczyła apteka, miały na celu zwiększenie obrotów, a więc były niedozwoloną reklamą.

Formułując zarzuty o niekonstytucyjności art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego, Skarżąca w pierwszej kolejności przywołuje jako wzorce

kontroli art. 20 i art. 22 w zw. z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przedstawiając swoją ocenę wpływu zaskarżonych rozwiązań ustawodawczych na funkcjonowanie zasady wolności gospodarczej, Skarżąca podnosi, że art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego daje podstawy do kwestionowania legalności nie tylko działań *stricte* reklamowych, ale i wszelkiego innego rodzaju aktywności, które nakierowane są na zwiększenie obrotów (zysków) apteki. Tego rodzaju działania (takie jak prezentacja oferty handlowej, kształtowanie oferty cenowej np. poprzez stosowanie rabatów) immanentnie mieszczą się w istocie prowadzenia działalności gospodarczej. Zaskarżony przepis prowadzi więc do bardzo daleko idącego ograniczenia konkurencji pomiędzy aptekami (co w ocenie Spółki było rzeczywistym celem pomysłodawców regulacji), a także uniemożliwia aptekom realną konkurencję z placówkami obrotu pozaaptecznego. Ponadto, Skarżąca podnosi, że *de facto* brak jest istotnego interesu publicznego uzasadniającego wprowadzenie ograniczeń przysługujących jej praw i wolności. Według Spółki, okoliczności te uzasadniają ocenę, że przewidziane w art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego ograniczenie wolności działalności gospodarczej nie spełnia materialnych wymogów przewidzianych w art. 22 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także – jak się wydaje – jest niezgodne z wywodzoną z art. 2 Konstytucji zasadą zakazu nadmiernej ingerencji.

Zdaniem Spółki, wprowadzenie zakazu reklamy aptek i ich działalności wkracza też w sferę przysługującej jej wolności rozpowszechniania i pozyskiwania informacji (art. 54 Konstytucji). Konstruując wzorzec kontroli konstytucyjnej, Skarżąca wiąże ów przepis ustawy zasadniczej z art. 20 i art. 22 Konstytucji. Spółka twierdzi bowiem, że wprowadzona przez art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego limitacja wolności rozpowszechniania i pozyskiwania informacji istotnie utrudnia prowadzenie działalności gospodarczej, uniemożliwiając Skarżącej realizację jakichkolwiek działań marketingowych. Spółka powołuje się przy tym na prawo europejskie, a konkretnie na Dyrektywę 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady,

która – zdaniem Spółki – nie pozwala na wprowadzenie ograniczeń prowadzenia przez aptekę działań o charakterze informacyjnym.

W kolejnym zarzucie Spółka podniosła, że art. 94a prawa farmaceutycznego jest niezgodny z wzorcem zrekonstruowanym z art. 20 i art. 22 Konstytucji, rozpatrywanym w związku z zasadą poprawnej legislacji, wywodzoną z art. 2 Konstytucji RP. Zdaniem Spółki, do naruszenia owej zasady doszło tak na etapie włączania zaskarżonego przepisu do treści ustawy z dnia 2 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 122, poz. 696 ze zm.; dalej: ustawa refundacyjna), jak i w sferze brzmienia przepisu, czyli sposobu jego sformułowania. Skarżąca podnosi, że – kluczowe dla ustalenia zakresu przedmiotowego zaskarżonego przepisu – pojęcie „reklama aptek lub punktów aptecznych oraz ich działalności” nie doczekało się definicji legalnej. W szczególności, doszło do zatarcia granic między pojęciami reklamy i informacji handlowej. W ocenie Spółki, niejednoznaczność zaskarżonego przepisu pozwala organom go stosującym na zbyt daleko posuniętą uznaniowość, w następstwie czego doszło do inkryminowania nie tyle reklamy, co samej działalności aptek.

Przedstawione wyżej poglądy, oceny i wnioski Skarżącej wskazują na konieczność przedstawienia, w pierwszej kolejności, stanowiska dotyczącego poprawności powołania wzorców kontroli konstytucyjnej.

W myśl art. 79 ust. 1 Konstytucji, skargę konstytucyjną może złożyć każdy, czyje konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone. Podmiotami uprawnionymi do składania skarg konstytucyjnych są, przede wszystkim, osoby fizyczne. Osoby prawne mogą występować ze skargami konstytucyjnymi, o ile zarzucają naruszenie praw lub wolności, z których istoty wynika, że są one adresowane również do takich podmiotów. Zakres podmiotowy skargi konstytucyjnej jest więc wyznaczony przez zakres podmiotowy poszczególnych praw i wolności wyrażonych w ustawie zasadniczej.

W tym kontekście należy zauważyć, że tak w doktrynie, jak i w orzecznictwie trybunalskim, wolność prowadzenia działalności gospodarczej – rekonstruowana łącznie z art. 20 i art. 22 Konstytucji – stanowi nie tylko normę prawa przedmiotowego i zasadę ustroju gospodarczego państwa, ale i podstawę konstytucyjnego prawa podmiotowego – podjęcia oraz wykonywania działalności gospodarczej. Nie jest kwestionowane, że beneficjentami swobód wynikających z art. 20 i art. 22 Konstytucji są również osoby prawne. Nadmienić należy, że, w myśl orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, normę prawną, gwarantującą prawo podmiotowe o randze konstytucyjnej, rekonstruuje się z obu tych przepisów. W konsekwencji, zarówno art. 20, jak i art. 22 Konstytucji, mogą stanowić wzorce kontroli w postępowaniu w sprawach skarg konstytucyjnych (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 stycznia 2010 r., sygn. SK 35/08, OTK ZU nr 1/A/2010, poz. 2 oraz powołane tam literatura i orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego).

Kontynuując ocenę prawidłowości i przydatności powołanych przez Skarżącą wzorców kontroli, podnieść należy, że wątpliwości wywoływać może wskazanie przez Spółkę jako podstawy ograniczenia wolności gospodarczej, obok art. 22 Konstytucji – także art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wyrażony został bowiem pogląd, że art. 22 Konstytucji reguluje wprost, w sposób wyczerpujący i kompleksowy, zarówno formalne, jak i materialne przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej. Jeżeli więc uznać, że wolność działalności gospodarczej jest jedną z konstytucyjnych wolności jednostki, to art. 22 Konstytucji, stanowiąc *lex specialis* w stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji, wyłącza jego stosowanie jako adekwatnego wzorca kontroli ustawowych ograniczeń wolności działalności gospodarczej (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 kwietnia 2003 r., sygn. SK 24/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 33).

Z drugiej jednak strony, Trybunał nigdy nie zanegował ścisłego związku łączącego art. 22 Konstytucji z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, a w wyroku

z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. P 26/09, stwierdził wprost, że niejednokrotnie zachodzi konieczność łącznego stosowania obu tych przepisów. Trybunał podniósł wówczas, że „[w] świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji cel regulacji powinien znajdować uzasadnienie w konstytucyjnej aksjologii (...), zaś dopuszczalne ograniczenie praw i wolności musi być na tyle merytorycznie uzasadnione, by w konflikcie w szczególności z zasadą swobody działalności gospodarczej rachunek aksjologiczny przeważał na jego korzyść. Dotyczy to zwłaszcza wprowadzenia i stosowania przez państwo sankcji administracyjnych, które są instrumentami z istoty swej prowadzącymi do władczej ingerencji państwa w prawa i wolności jednostki (...). Niezależnie jednak, czy klauzula «ważnego interesu publicznego» zawarta w art. 22 Konstytucji obejmuje przesłanki z art. 31 ust. 3 Konstytucji wyznaczającego granice wszelkiej ingerencji organów władzy publicznej w sferę wolności i praw konstytucyjnych (...), czy ponadto inne jeszcze wartości niewymienione w art. 31 ust. 3 (...), wskazanie (...) art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji – jako wzorców kontroli konstytucyjności w niniejszej sprawie – oznacza konieczność uwzględnienia wszystkich przesłanek ograniczenia wolności działalności gospodarczej przewidzianych przez ustrojodawcę w obu przepisach” (OTK ZU nr 3/A/2011, poz. 18).

Należy przy tym podnieść, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego utrwalił się pogląd, iż przywołanie art. 2 Konstytucji jako bezpośredniej podstawy zasady proporcjonalności, a ściślej rzecz ujmując, zasady zakazu nadmiernej ingerencji, dopuszczalne jest jedynie w sytuacji, gdy nie można przeprowadzić testu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej. Brak możliwości przeprowadzenia takiego testu wynikać może np. z tego, że kwestionowana regulacja ogranicza wprawdzie prawa lub wolności jednostki (osoby fizycznej lub osoby prawnej prawa prywatnego), ale zagwarantowane jedynie na poziomie ustawowym, a nie konstytucyjnym, albo też wprowadza ograniczenia w zakresie praw różnie rozumianych podmiotów publicznych (*vide* – wyrok Trybunału

Konstytucyjnego z dnia 11 lutego 2014 r., sygn. P 24/12, OTK ZU nr 2/A/2014, poz. 9).

Przedstawione wyżej poglądy Trybunału Konstytucyjnego nie pozwalają więc na przyjęcie, by dopuszczalnym wzorcem kontroli w przedmiotowej sprawie mogła być, wywodzona z art. 2 Konstytucji RP, zasada zakazu nadmiernej ingerencji państwa. W konsekwencji, postępowanie w tym zakresie winno zostać umorzone z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, prawidłowe jest natomiast powołanie przez Spółkę – jako wzorca kontroli – art. 2 Konstytucji, w aspekcie wywodzonej z tego przepisu zasady określoności prawa. W wypadku skargi konstytucyjnej normy ogólne, określające zasady ustrojowe i normy adresowane do ustawodawcy, zasadniczo nie stanowią właściwego wzorca kontroli (*vide* – postanowienie Trybunał Konstytucyjnego z dnia 26 czerwca 2002 r., sygn. SK 1/02, OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 53). W orzecznictwie Trybunału wskazuje się jednak na związki zachodzące między zasadą określoności prawa a regułami ograniczania praw i wolności wynikającymi z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, albowiem ograniczanie owo wymaga „określoności przepisów, które muszą być formułowane w sposób poprawny, precyzyjny i jasny”, a „standard ten wymagany jest zwłaszcza, gdy chodzi o ochronę praw i wolności” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 maja 2002 r., sygn. K 6/02, OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 33; zob. też wyrok z dnia 13 lutego 2001 r., sygn. K. 19/99, OTK ZU nr 2/2001, poz. 30). Przy uwzględnieniu poglądu Trybunału Konstytucyjnego, że przepis art. 2 może stanowić wzorzec kontroli w razie powołania go przez skarżącego obok przepisu określającego, jaka wolność (lub prawo) skarżącego jest uregulowana (uregulowane) wbrew zasadom demokratycznego państwa prawnego, należy przyjąć, iż w przedmiotowej sprawie, wywodzona z art. 2 Konstytucji RP, zasada określoności prawa może stanowić wzorzec kontroli. W tym kontekście, jej rola sprowadza się do kontroli prawidłowości sposobu ograniczenia wskazanych w skardze swobód Skarżącej

(*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 maja 2009 r., sygn. SK 54/08, OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 69 oraz z dnia 27 lutego 2014 r., sygn. P 31/13, OTK ZU nr 2/A/2014, poz. 16). Należy przy tym podnieść, że zarzuty Skarżącej, związane z przebiegiem procesu legislacyjnego, nie mają istotnego, samodzielnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Okoliczności te zostaną jednak rozważone przy dokonywaniu oceny rozwiązań wprowadzonych przez art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego w kontekście aksjologicznym.

Odnosząc się do ostatniego z zaproponowanych przez Skarżącą wzorców kontroli, należy zauważyć, że nie jest kwestionowane przysługiwanie osobie prawnej swobód określonych w art. 54 Konstytucji RP (zob. P. Sarnecki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Tom III, Warszawa 2003, red. L. Garlicki, komentarz do art. 54, s. 2). Powiązanie tego przepisu z art. 20 i art. 22 Konstytucji wydaje się jednak w oczywisty sposób chybione, albowiem wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji ma charakter samodzielny i dopuszczalność ograniczeń tej wolności podlega ocenie jedynie w aspekcie wymogów określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (a nie w art. 22 ustawy zasadniczej).

Rekapitulując przedstawione wyżej wywody, które zmierzały do rekonstrukcji lub doprecyzowania właściwych wzorców konstytucyjnych, należy skonstatować, że wzorcami kontroli w przedmiotowej sprawie winny być art. 20 i art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a ponadto, wywodzona z art. 2 Konstytucji, zasada określoności prawa.

Przedmiotem kontroli jest treść normatywna zawarta w zaskarżonym przepisie prawa farmaceutycznego:

„Art. 94a. 1. Zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.”

Dalsze przepisy tej jednostki redakcyjnej prawa farmaceutycznego, wiążące się z przedmiotem zaskarżenia, mają następujące brzmienie:

- „1a. Zabroniona jest reklama placówek obrotu pozaaptecznego i ich działalności odnosząca się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych.
2. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego.
3. W razie stwierdzenia naruszenia przepisu ust. 1 lub 1a wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje, w drodze decyzji, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.
4. Decyzji, o której mowa w ust. 3, nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.”.

Przedstawiając historyczny kontekst zakwestionowanych w skardze konstytucyjnej rozwiązań prawnych, zauważyć należy, że przed dniem 1 maja 2007 r. w prawie farmaceutycznym oraz w innych aktach prawnych brak było odniesienia się do problematyki reklamy aptek bądź ich działalności. Od dnia 1 maja 2007 r., zgodnie z treścią art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego, w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 grudnia 2011 r. [wprowadzonym ustawą z dnia 30 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 75, poz. 492)], 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 w wykazach leków refundowanych lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych w tych wykazach. Wyżej wspomniany zakaz został zmieniony przez art. 60 pkt 7 wspomnianej już ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. W art. 94a prawa farmaceutycznego dodano także ust. 1a,

zakazujący reklamy punktów pozaaptecznych i ich działalności, jednak tylko w zakresie, w jakim odnosi się ona do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych.

Założeniem tej nowelizacji, obowiązującej od 1 stycznia 2012 r., było wprowadzenie całkowitego zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz zakazu reklamy placówek obrotu pozaaptecznego odnoszącej się do produktów leczniczych i wyrobów medycznych. Nadzór nad przestrzeganiem owych zakazów sprawuje Państwowa Inspekcja Farmaceutyczna. W ramach kompetencji nadzorczych nad prowadzeniem reklamy, organ ten – zgodnie z brzmieniem art. 129b prawa farmaceutycznego – został upoważniony do nakładania, w drodze decyzji administracyjnej, kar pieniężnych w wysokości do 50 000 zł.

Z uwagi na okoliczności podniesione przez Skarżącą, istotnego znaczenia nabiera ustalenie praktyki stosowania zaskarżonego przepisu. Kluczowym zagadnieniem dla orzecznictwa stało się ustalenie znaczenia pojęcia „reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności”, którym posługuje się ustawodawca, albowiem w prawie farmaceutycznym nie pokuszono się o stworzenie legalnej definicji tego terminu. W art. 52 ust. 1 prawa farmaceutycznego zawarte jest jedynie pojęcie reklamy produktu leczniczego w brzmieniu: „Reklamą produktu leczniczego jest działalność polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do stosowania produktu leczniczego, mająca na celu zwiększenie: liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych.”. W kolejnych jednostkach redakcyjnych ustawodawca podaje przykłady działań, które wyczerpują pojęcie reklamy leku, i wymienia te, które reklamą nie są, określa dopuszczalny zakres i sposób reklamy w zależności od jej przedmiotu i podmiotów, do których jest kierowana, oraz wskazuje zachowania jednoznacznie zabronione (*vide* – art. 52-64 prawa farmaceutycznego). Odwrotnie natomiast prawodawca postąpił w przypadku reklamy apteki lub punktu aptecznego (bądź ich działalności). W tym przypadku,

od dnia 1 stycznia 2012 r. reklama po prostu została zakazana. Jednocześnie nie można pomijać, że sprzedaż produktów leczniczych (jak i innego rodzaju produktów) przez apteki jest działalnością gospodarczą, czyli – jak stanowi to art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 672 ze zm.) – zarobkową działalnością wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły.

W polskim systemie prawa brak „uniwersalnej” definicji reklamy. W sytuacji braku definicji legalnej, sądy i organy stosujące przepis art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego sięgają do wykładni językowej znaczenia pojęcia „reklama” w języku polskim. Do wykładni pojęcia „reklama aptek i ich działalności” stosuje się również – w drodze analogii – definicję reklamy produktu leczniczego z art. 52 ust. 1 prawa farmaceutycznego, funkcjonującą w tym akcie prawnym i stosowaną przez sądy i właściwe organy administracji publicznej od wielu lat.

Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, panuje niemal zgodny pogląd, że reklamą apteki jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych przez aptekę towarów i która w taki sposób jest odbierana przez klientów [vide: J. Adamski., K. Urban, E. Warmińska, *Refundacja leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Komentarz*, Lex, 2015 r. (pow. za wersją elektroniczną dostępną w LEX)]; M. Koręba, [w:] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. M. Kondrat, ABC, 2009 r. (pow. za wersją elektroniczną dostępną w LEX)]; K. Jasińska *Reklama produktów leczniczych a reklama aptek*, *Monitor Prawniczy*, nr 14/2014, s. 748; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 marca 2015 r., sygn. II GSK 54/14, LEX nr 1655890]. W zdaniu drugim art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego ustawodawca wyłącza spod zakazu reklamy jedynie podawanie (rozpowszechnianie) informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

Kwintesencją tego poglądu wydają się być tezy zawarte w uzasadnieniu wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 czerwca 2014 r., sygn. II GSK 668/13, który stwierdził, że „reklamą apteki w rozumieniu art. 94a ust. 1 u.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” (<http://orzeczenia.nsa.gov.pl>). Podobne stwierdzenia zawarte są w szeregu innych orzeczeń sądów administracyjnych (przykładowo: wyrok NSA z dnia 11 marca 2015 r., sygn. II GSK 753/14, LEX nr 1712654 i z dnia 5 marca 2015 r., sygn. II GSK 54/14, LEX nr 1663465; por. też inne wyroki opublikowane w internetowej Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych na wskazanej wyżej stronie <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>). W niemal identyczny sposób pojęcie reklamy aptek na gruncie prawa farmaceutycznego jest rozumiane przez Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 2 października 2007 r., sygn. II CSK 289/07 (wydanym na podstawie stanu prawnego obowiązującego do dnia 31 grudnia 2011 r.), stwierdził on, że „reklama oznacza każde przedstawienie (wypowiedź) w jakiegokolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów, dokonane w celu wspierania zbytu towarów lub usług. Powszechnie przyjmuje się, że reklamą są wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierają w sobie elementów ocennych ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna (...). Przy rozróżnieniu informacji od reklamy trzeba mieć na względzie, że podstawowym wyznacznikiem przekazu reklamowego jest nie tylko mniej lub bardziej wyraźna zachęta do kupna towaru, ale i faktyczne intencje podmiotu dokonującego przekazu oraz odbiór przekazu przez podmioty, do których jest kierowany.

Wypowiedź jest reklamą, gdy nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru - taki cel przyświeca nadawcy wypowiedzi i tak odbiera ją przeciętny odbiorca, do którego została skierowana. Wszelkie promocje, w tym cenowe, są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje” (OSNC, 2008, Nr 12, poz. 140).

Przestawione wyżej zgodne poglądy orzecznictwa i doktryny, pozwalają na przyjęcie, że domniemane ograniczenie praw Spółki ma swoje źródło w normatywnej treści art. 94a prawa farmaceutycznego, a nie w jednostkowym akcie stosowania owego przepisu.

Przechodząc do analizy konstytucyjności zaskarżonego unormowania, zasadne jest, by, w pierwszej kolejności, odnieść się do zgodności art. 94a prawa farmaceutycznego z zasadą określoności prawa, wywodzoną z art. 2 Konstytucji RP. O zasadzie tej mówi się jako o „systemie ściśle ze sobą powiązanych dyrektyw adresowanych do prawodawcy, wskazujących, jak należy dokonywać zmian prawa w państwie prawnym” (K. Działocha, T. Balasiński, *Zasada prawidłowej legislacji jako podstawa kontroli konstytucyjności prawa*, Przegląd Legislacyjny 2006, nr 3, s. 6). Przepisy powinny być bowiem formułowane w sposób precyzyjny i jasny oraz poprawny pod względem językowym. Wymóg jasności oznacza obowiązek tworzenia przepisów zrozumiałych dla ich adresatów, którzy od racjonalnego ustawodawcy oczekiwać mogą stanowienia norm prawnych niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw. Związana z jasnością precyzja przepisu powinna przejawiać się w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw, tak by ich treść była oczywista i pozwalała na ich wyegzekwowanie (*vide* – wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 28 października 2009 r., sygn. Kp 3/09, OTK ZU nr 9/A/2009, poz. 138; 18 marca 2010 r., sygn. K 8/08, OTK ZU nr 3/A/2010, poz. 23; 4 listopada 2010 r., sygn. K 19/06, OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 96; 3 marca 2011 r., sygn. K 23/09, OTK ZU nr 2/A/2011, poz. 8).

Według Trybunału Konstytucyjnego, przez precyzyjność regulacji prawnej należy rozumieć możliwość dekodowania z przepisów jednoznacznych norm prawnych (a także ich skutków) za pomocą reguł interpretacji przyjętych na gruncie określonej kultury prawnej. Innymi słowy, nakaz określoności przepisów prawnych powinien być rozumiany jako wymóg formułowania przepisów w taki sposób, aby zapewniały dostateczny stopień precyzji w ustaleniu ich znaczenia i konsekwencji prawnych (zob. zwłaszcza orzeczenie z dnia 19 czerwca 1992 r., sygn. U. 6/92, OTK w 1992 r., cz. I, poz. 13 oraz wyrok z dnia 17 października 2000 r., sygn. SK 5/99, OTK ZU nr 7/2000, poz. 254 i z dnia 28 czerwca 2005 r., sygn. SK 56/04, OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 67).

Kolejnym kryterium kontroli określoności przepisu jest jego poprawność. Oznacza ona zgodność danego unormowania z wymogami prawidłowej legislacji, których wyrazem są „Zasady techniki prawodawczej” (załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, Dz. U. Nr 100, poz. 928). Są to wymogi co do technicznej strony legislacji i mają wtórny charakter wobec dwóch pierwszych kryteriów. Wymóg poprawności służyć ma zapewnieniu takiego wysłowienia norm prawnych, które gwarantować będą ich precyzyjność i jasność (zob. powołany wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 października 2009 r., sygn. Kp 3/09). W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego ugruntowany jest przy tym pogląd, że wyeliminowanie przepisu, z uwagi na jego niedookreśloność, może nastąpić jedynie wyjątkowo. W powołanym wyroku z dnia 28 października 2009 r., sygn. Kp 3/09, Trybunał wskazał, że „niejasność lub nieprecyzyjność przepisu może uzasadniać stwierdzenie jego niezgodności z Konstytucją, o ile jest tak daleko posunięta, że wynikających z niej rozbieżności nie da się usunąć za pomocą zwyczajnych środków mających na celu wyeliminowanie niejednorodności w stosowaniu prawa. Pozbawienie mocy obowiązującej określonego przepisu z powodu jego niejasności czy nieprecyzyjności powinno być traktowane jako środek ostateczny, stosowany wtedy, gdy inne metody usuwania wątpliwości

dotyczących treści przepisu, w szczególności przez jego interpretację, okazały się niewystarczające (...)” (*ibidem*).

Odnosząc te rozważania do analizy art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego, podnieść należy, że dominującym zarzutem, na którym opiera się argumentacja Skarżącej, jest brak ustawowej definicji pojęcia „reklama aptek i ich działalności”, w następstwie czego przedstawiona wyżej, powszechnie przyjęta wykładnia art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego prowadzi do niemal całkowitego zatarcia różnic w kontekście prawnym między pojęciami reklamy a informacji handlowej.

Terminy te niewątpliwie mają nieco odmienne zakresy semantyczne. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że „w związku z brakiem jednolitej, legalnej definicji reklamy, ustalenie uniwersalnego zakresu tego pojęcia należy do przedstawicieli doktryny. Powszechnie akceptowany jest pogląd B. Jaworskiej-Dębskiej, że reklamę można ujmować w dwóch aspektach – szerokim i wąskim. Pierwszy z nich odnosi się do wszelkich starań zmierzających do upowszechnienia określonych informacji o ludziach, firmach, ideach, przedsięwzięciach lub rzeczach w celu ich popularyzacji, wzbudzania zainteresowania nimi. Są to działania określane przede wszystkim mianem reklamy społecznej, ale w definicji tej mieści się również reklama polityczna. Reklama w wąskim ujęciu to reklama gospodarcza, która obejmuje działania wykorzystujące prawdziwe informacje na temat towarów lub usług w celu zwrócenia na nie uwagi potencjalnych klientów. Na gospodarczy charakter działań reklamowych zwraca uwagę E. Nowińska, która za reklamę uważa podejmowane świadomie działania w sferze gospodarczej, zmierzające do promowania towarów lub usług poprzez wskazanie na ich cechy w taki sposób, aby wywołać lub wzmocnić określone potrzeby u klientów, sterując ich wyborem. Ryszard Skubisz, definiując pojęcie reklamy, podkreśla element perswazyjny. Autor przyjmuje, że reklamą jest każda wypowiedź, która zmierza do stymulowania zbytu lub innego korzystania z towarów i usług. Analizując

poszczególne elementy tej definicji, zauważyć można, że autor akcentuje gospodarczy charakter reklamy (odnosi się ona do towarów lub usług). Zwraca również uwagę na możliwość wykorzystania wszelkich nośników dla przedstawienia przekazu reklamowego (np.: radio, telewizja, Internet, prasa, kino, plakaty, ubrania, pojazdy itp.). Cel reklamy to bezpośrednie lub pośrednie nakłonienie odbiorców do nabywania bądź innego korzystania z towarów lub usług. Ryszard Skubisz przyjmuje, że cel ten powinien być ustalany obiektywnie z punktu widzenia przeciętnej odbiorcy, na podstawie konkretnego stanu faktycznego, przy czym pojęcie przeciętnej odbiorcy należy interpretować zgodnie z modelem wypracowanym w orzecznictwie ETS w sprawach dotyczących ustalania ryzyka wprowadzenia w błąd. Przeciętny konsument (odbiorca) to osoba należycie poinformowana, uważna i racjonalna” (D. E. Harasimiuk, *Zakazy reklamy towarów w prawie europejskim i polskim*, Wolters Kluwer, 2011 r.; cyt. za wersją elektroniczną monografii dostępną w LEX).

Z kolei, „[p]rzez pojęcie informacji należy rozumieć obiektywny, sprawozdawczy, prosty (pozbawiony cech epicznych i lirycznych), lapidarny, spójny logicznie, zrozumiały, zorganizowany i zwięzły przekaz, w którego treść wchodzi elementy słowno-graficzne” (O. Luty, M. Matczak, *Informowanie o sponsorowaniu przez producentów i dystrybutorów alkoholu*, Przegląd Prawa Handlowego 2005, Nr 7, s. 49). W literaturze podkreśla się jednak, że tzw. informacja handlowa jest pojęciem pokrewnym dla reklamy i niekiedy trudnym do rozróżnienia od niej. W tym rozumieniu jest to „źródło rzetelnych wiadomości dla klientów i odbiorców o cechach towarów i świadczonych na rynku usługach. Od reklamy odróżnia ją cel, jakim jest zapoznanie z wszelkimi danymi o towarze i usługach, natomiast od ogłoszenia – większa szczegółowość i konkretność. Ponadto informacja handlowa nie jest tak powszechna i ogólniedostępna jak ogłoszenia i reklamy” (K. Grzybczyk, *Prawo reklamy*, Wolters Kluwer, wyd. 3, Warszawa, 2012 r., s. 20). Jak już wspomniano, cel

danego działania ustalany jest jednak obiektywnie, czyli również na podstawie sposobu odbioru przekazu (czy czynności) przez podmiot, do którego działanie to jest kierowane, a nie tylko na podstawie deklaracji czy intencji autora owego przekazu (por. powołany wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r., sygn. II CSK 289/07).

Do przedstawionych wyżej poglądów dotyczących definicji reklamy nawiązał w pewnym stopniu Trybunał Konstytucyjny, przyjmując, że reklama „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 (...). 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” (wyrok z dnia 4 listopada 2015 r., sygn. K 1/15, Dz.U. poz. 1917; uzasadnienie cytowane za <http://www.trybunal.gov.pl>). W wyroku tym Trybunał podkreślił ponadto, że konstytucyjną ochroną objęte jest nie tylko przekazywanie informacji mających charakter faktów i obiektywnych wiadomości, lecz „również subiektywnych opinii oraz ocen, służących skłonieniu do dokonania przez konsumentów wyboru zgodnego z oczekiwaniem reklamodawcy” (*ibidem*).

Warto też przytoczyć konstatację Trybunału Konstytucyjnego, zawartą w wyroku z dnia 28 stycznia 2003 r., sygn. K 2/02. W orzeczeniu tym, rekonstruując – w nawiązaniu do prawa europejskiego i europejskiego dorobku orzeczniczego – wzorzec kontroli konstytucyjności ograniczeń reklamy alkoholu, Trybunał przedstawił pogląd, że „[w]spółnotowemu prawu reklamy nie jest znane

akademickie rozróżnienia między reklamą i informacją. Każda prezentacja (przekaz) związany z obrotem gospodarczym (a więc każda informacja) jest traktowany jako zawierający w sobie element reklamy. To też powoduje, że co do zasady reklama korzysta z ochrony właściwej dla informacji” (OTK ZU Nr 1/A/2003, poz. 4).

Przedstawiony wyżej wywód daje podstawy do przeprowadzenia testu określoności, który to test sprowadza się do oceny zaskarżonego przepisu w kontekście (przedstawionych już) kryteriów jego precyzyjności, jasności i prawidłowości.

Odnosząc się do spełnienia postulatu poprawności, należy podnieść, że w dotychczasowej praktyce stosowania art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego w orzecznictwie sądów administracyjnych nie pojawiły się praktycznie żadne trudności w zdekodowaniu wynikającej z niego normy prawnej. Jasność tego przepisu nie była też kwestionowana w doktrynie. W szczególności, wbrew twierdzeniom Skarżącej, nie pojawiły się trudności w określeniu zakresu pojęcia „reklama aptek i ich działalności”. Tak sądy, jak i doktryna, zasadnie bowiem przyjęły, że desygnatem tego terminu w rozumieniu art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego są wszystkie zachowania podjęte w celu zwiększenia sprzedaży, a jedyne wyłączenie zawarte jest w zdaniu drugim kwestionowanego przepisu.

Nie można przy tym przyjąć, że zaskarżona regulacja prawa farmaceutycznego jest wieloznaczna i nie pozwala tym podmiotom, do których jest skierowana, na przewidzenie konsekwencji prawnych ich zachowań. Możliwe jest wskazanie adresatów tych unormowań, zakresu dozwolonych i zakazanych działań oraz sankcji, jakie mogą grozić w przypadku nieprzestrzegania zakazów. Istotne znaczenie ma przy tym okoliczność, że kwestionowany przepis nie został skierowany do konsumentów, ale do podmiotów zajmujących się zawodowo obrotem lekami, które korzystają lub mogą korzystać tak z usług prawniczych, jaki usług podmiotów zajmujących się

profesjonalnie reklamą. Z tych względów, nie można mówić również o istotnym naruszeniu postulatu zachowania jasności regulacji.

Odnosząc się natomiast do kryterium poprawności, podnieść należy, że skoro zaskarżone unormowanie jest w dostatecznym stopniu jasne i precyzyjne, to z całą pewnością nie doszło do naruszenia wymogów prawidłowej legislacji w stopniu uzasadniającym stwierdzenie niekonstytucyjności art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego.

Przedstawione wyżej fakty, poglądy i oceny prowadzą do konstatacji, że nie został przekroczony stopień niejasności pozwalający uznać kwestionowaną regulację za niedookreśloną. Upoważnia to do przedstawienia stanowiska, że art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego jest zgodny z wywodzoną z art. 2 Konstytucji RP zasadą określoności prawa.

Zgodność przepisu ograniczającego prawa i wolności jednostki z zasadą określoności prawa jest jednak tylko jedną z przesłanek świadczących o konstytucyjności wprowadzonej limitacji, albowiem podstawowym instrumentem służącym weryfikacji jest zasada proporcjonalności. Aby poprawnie przeprowadzić test proporcjonalności, w pierwszej kolejności należy przedstawić materialną treść praw i wolności, które – zdaniem Skarżącej – miały zostać naruszone przez art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego.

W swoim dorobku orzeczniczym Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie identyfikował treść wolności działalności gospodarczej. W wyroku z dnia 7 czerwca 2005 r., sygn. K 23/04 (OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 62), Trybunał wskazał, że mieści się w niej zarówno wolność wyboru działalności gospodarczej, jak i wolność jej wykonywania. Obejmuje ona prawo jednostek gospodarczych do samodzielnego decydowania o udziale w życiu gospodarczym, zakresie i formach tego udziału, w tym możliwie swobodnego podejmowania różnych działań faktycznych i prawnych, mieszczących się w ramach prowadzenia działalności gospodarczej.

Szerokie rozważania na temat wolności gospodarczej Trybunał Konstytucyjny zaprezentował w uzasadnieniu powołanego wyroku z dnia 19 stycznia 2010 r., sygn. SK 35/08. Nawiązując do doktryny publicznego prawa gospodarczego, Trybunał wskazał wówczas, że „[i]stotą wolności prowadzenia działalności gospodarczej rozumianej jako publiczne prawo podmiotowe jest swoboda podmiotu prawa prywatnego podjęcia oraz wykonywania tej działalności. Zarówno na organach władz publicznych, jak i na innych podmiotach prawa spoczywa z kolei obowiązek powstrzymywania się od ingerowania – w formie działań prawnych i/lub faktycznych – w dziedzinę wolnej gospodarki. Podmiot korzystający z wolności podejmuje podstawowe decyzje w kilku kwestiach. W szczególności decyduje o: podjęciu działalności w określonej dziedzinie; o sprecyzowaniu przedmiotu działalności, doborze i kształtowaniu formy prawno-organizacyjnej działalności; sposobach i zakresie prowadzenia działalności, w tym działalności w sferach: kontraktowej, konkurencyjnej, koncentracji i inwestowania; ograniczeniu, zawieszeniu albo zaprzestaniu prowadzenia działalności”.

Podobny pogląd mają przedstawiciele doktryny prawa gospodarczego. Przykładowo, A. Walaszek-Pyziół traktuje wolność działalności gospodarczej jako tzw. publiczne prawo podmiotowe o charakterze „negatywnym”, któremu odpowiada ogólny obowiązek państwa nienaruszania swobody działania beneficjentów tego prawa w sferze działalności gospodarczej (*Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994, s. 8-10). K. Strzyczkowski uznaje, że „wolność działalności gospodarczej określona w art. 20 i 22 Konstytucji RP stanowi nie tylko normę prawa przedmiotowego i zasadę ustroju gospodarczego państwa, ale także podstawę konstytucyjnego prawa podmiotowego (...)” [*Konstytucyjna zasada społecznej gospodarki rynkowej jako podstawa tworzenia i stosowania prawa*, [w:] *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego w procesie stosowania Konstytucji*, pod red. C. Kosikowskiego, Warszawa 2005, s. 22; tak

również C. Kosikowski, *Wolność działalności gospodarczej i jej ograniczenia w praktyce stosowania Konstytucji RP*, [w:] tamże, s. 39-40].

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

Konkurencja rynkowa to nie tylko jeden z podstawowych mechanizmów gospodarki rynkowej, lecz także zasada ustroju Rzeczypospolitej Polskiej. Wyprowadzić ją można z art. 20 Konstytucji RP, który stanowi, że „[s]półeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju Rzeczypospolitej Polskiej”. Jak zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 sierpnia 2004 r., „konkurencja jest korzystnym czynnikiem gospodarczym, zapewniającym postęp i racjonalizację kosztów, a w rezultacie także obniżenie cen produktów. Zakazana jest jedynie konkurencja nieuczciwa, stanowiąca działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta ” (II CK 487/03, LEX nr 1761000).

Działania prosprzedażowe są określane w swoim całokształcie jako marketing, a najważniejszym instrumentem spośród marketingowych technik przyciągania klientów do oferty przedsiębiorcy jest właśnie reklama. Z tego też powodu nie może być wątpliwości, że reklama jest immanentnym elementem działalności gospodarczej, a ingerencja ustawodawcy w tę sferę jest ingerencją w swobodę prowadzenia owej działalności (zob. R. Skubisz., J. Dudzik, [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Komentarz*, red. J. Szwaja,

Warszawa 2013 r., C.H. Beck, wyd. 3, teza IA1 do art. 18; pow. za wersją elektroniczną dostępną w SIP Legalis).

Zarzuty Skarżącej dotyczą naruszenia również gwarantowanej przez art. 54 ust. 1 Konstytucji wolności słowa, na którą, w ujęciu konstytucyjnym, składają się: wolność wyrażania swoich poglądów, wolność pozyskiwania informacji oraz wolność rozpowszechniania informacji (zob. P. Sarnecki, *op. cit.*, s. 1). Treścią omawianej tutaj wolności jest przysługująca – tak osobom fizycznym, jak i prawnym – swoboda nieskrępowanego prezentowania swoich opinii, przekonań, poglądów lub informacji faktycznych w dowolnych formach (np. słowem, drukiem, obrazem, dźwiękiem, gestem), o ile następuje to w sposób widoczny dla innych, czyli w procesie komunikacji interpersonalnej (W. Sokolewicz, *Wolność prasy i jej konstytucyjne ograniczenia*, Państwo i Prawo, 2008, Nr 6, s. 22). Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 18 lutego 2014 r., sygn. K 29/12, „wolność rozpowszechniania informacji to zarówno udostępnianie podmiotom indywidualnie wybranym przez rozpowszechniającego zebranych danych, jak i upowszechnianie informacji, tzn. podawanie ich do wiadomości publicznej, a więc adresatom niezindywidualizowanym, zwłaszcza przez środki masowego przekazu. (...) W sferze życia publicznego wolność rozpowszechniania informacji ma granice identyczne jak wolność pozyskiwania takich informacji” (OTK ZU nr 2/A/2014, poz. 11). W realiach przedmiotowej sprawy szczególne znaczenie ma przedstawione już stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, oparte także na dorobku orzecznictwa europejskiego, że ochrona ta obejmuje również tzw. *commercial speech*, pod którym to pojęciem rozumie się też reklamę (*vide* – powołane wyżej wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 stycznia 2003 r., sygn. K 2/02 i z dnia 4 listopada 2015 r., sygn. K 1/15).

Wolności pozyskiwania informacji oraz ich rozpowszechniania, o których mowa w art. 54 ust. 1 Konstytucji, nie mają charakteru absolutnego. Mogą

podlegać ograniczeniom, a dopuszczalny zakres ingerencji w te wolności wyznacza zasada proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

W tej sytuacji koniecznością staje się przedstawienie konstytucyjnych zasad limitowania praw i wolności, w tym przesłanek ograniczania zasady swobody gospodarczej. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w świetle art. 22 Konstytucji RP ingerencja w wolność gospodarczą jest dopuszczalna, ale tylko na podstawie ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Pierwsza z tych przesłanek (forma ustawowa) ma charakter formalny, druga (ważny interes publiczny) – materialny. Nie ulega wątpliwości, że klauzula ważnego interesu publicznego jest pojęciem nadrzędnym względem wartości określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, gdyż każda z nich mieści się w pojęciu ważnego interesu publicznego. Klauzula ważnego interesu publicznego jest też pojęciem szerszym niż zbiór przesłanek, wyliczonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, ponieważ nie można wykluczyć innych jeszcze przyczyn, uzasadniających przyjęcie istnienia tegoż ważnego interesu. Prowadzi to do wniosku, że ograniczenia wolności gospodarczej mogą iść dalej, niż wskazywałyby na to generalna klauzula limitacyjna konstytucyjnych wolności i praw. Trybunał Konstytucyjny, wypowiadając się w tej kwestii w wyroku z dnia 8 kwietnia 1998 r., sygn. K. 10/97, stwierdził, że „działalność gospodarcza, ze względu na jej charakter, a zwłaszcza na bliski związek zarówno z interesami innych osób, jak i interesem publicznym może podlegać różnego rodzaju ograniczeniom w stopniu większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym bądź politycznym” (OTK ZU Nr 3/1998, poz. 29). Można zatem uznać, że art. 31 ust. 3 Konstytucji precyzuje jedynie część przesłanek materialnych ograniczania wolności gospodarczej. Pozostałe zamykają się w szerszej klauzuli ważnego interesu publicznego.

Do ograniczeń wolności gospodarczej zastosowanie znajduje też zasada proporcjonalności. Trybunał Konstytucyjny, wypowiadając się w tej kwestii w wyroku z dnia 17 grudnia 2003 r., sygn. SK 15/02, uznał, że „[d]opuszczalność

ograniczenia wolności gospodarczej rozpatrywać też należy z punktu widzenia zasady proporcjonalności, a więc ze względu na ochronę innych wartości konstytucyjnych (...)” [OTK ZU Nr 9/A/2003, poz. 103]. Zasadna przy tym wydaje się teza prezentowana przez część przedstawicieli doktryny, że źródłem zasady proporcjonalności, w odniesieniu do wolności gospodarczej, jest zawarty w art. 22 ustawy zasadniczej wymóg, by interes publiczny, będący przesłanką ograniczenia tej wolności, był „ważny” (por. L. Garlicki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Komentarz, Tom IV, Warszawa, 2005 r., red. L. Garlicki, komentarz do art. 22, s. 15).

W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, należy ponadto przyjąć, że przy wprowadzaniu ograniczeń wolności gospodarczej znajduje zastosowanie zasada nienaruszalności istoty wolności i praw. W cytowanym już wyroku z dnia 8 kwietnia 1998 r., sygn. K. 10/97, odnaleźć można wyraźne przeniesienie tej zasady (wyrażonej w art. 31 ust. 3 zd. 2 Konstytucji RP) na grunt regulacji dotyczących wolności gospodarczej. Pogląd taki nie budzi wątpliwości, gdyż naruszenie istoty wolności gospodarczej, rozumiane jako jej całkowita likwidacja lub pozbawienie jej podstawowych składników, prowadziłoby do zanegowania podstaw gospodarczego ustroju państwa, a także do drastycznego zakwestionowania fundamentalnych wolności i praw jednostki w sferze gospodarczej.

Jak już wspomiano, art. 22 Konstytucji pozostaje w ścisłym związku z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, który określa ogólne zasady dopuszczalności ograniczania praw i wolności konstytucyjnych. W aspekcie formalnym art. 31 ust. 3 Konstytucji wymaga, by ograniczenia te były ustanawiane tylko w ustawie, a w aspekcie materialnym – dopuszcza ustanawianie tylko takich ograniczeń, które nie naruszają istoty danej wolności lub prawa podmiotowego, i tylko wtedy, gdy są one konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Wyrażona w

art. 31 ust. 3 Konstytucji zasada proporcjonalności nakazuje, aby spośród skutecznych środków, ograniczających korzystanie z wolności i praw, wybierać środki najmniej uciążliwe dla jednostki. Przepis wprowadzający ograniczenie jest niezgodny z Konstytucją, jeżeli te same efekty można osiągnąć za pomocą środków, które w mniejszym zakresie ograniczają korzystanie z wolności lub prawa podmiotowego. Innymi słowy – stosownie do zasady proporcjonalności, proklamowanej w art. 31 ust. 3 Konstytucji – „ograniczenia wolności i praw są dopuszczalne, jeżeli: 1) wprowadzona regulacja ustawowa jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (jest przydatna); 2) regulacja ta jest wymagana do ochrony interesu publicznego, któremu służy (jest niezbędna); a ponadto 3) jej korzyści pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (jest proporcjonalna w ścisłym tego słowa znaczeniu)” [zamiast wielu – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. SK 48/05, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 108].

Znacznie wcześniej, bo już w wyroku z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. P. 2/98, Trybunał Konstytucyjny podniósł, że „[p]rzesłanka „konieczności ograniczenia w demokratycznym państwie, sformułowana w art. 31 ust. 3 Konstytucji, stanowi w pewnym sensie odpowiednik wypowiedzianych w orzecznictwie Trybunału postulatów kształtujących treść zasady proporcjonalności. Z jednej strony stawia ona każdorazowo przed prawodawcą wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania w konkretnym stanie faktycznym ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki. Z drugiej zaś – winna być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, czyli rzeczywiście służące realizacji zamierzonych celów. Ponadto chodzi tutaj o środki niezbędne w tym sensie, że chronić będą określone wartości w sposób, albo w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to także skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa i wolności ulegną ograniczeniu. Ingerencja w sferę statusu jednostki musi zatem pozostawać

w racjonalnej i właściwej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie” (OTK ZU nr 1/1999, poz. 2).

Ocena proporcjonalności ograniczeń, wprowadzonych przez zaskarżone unormowanie, w kontekście zawartych w art. 31 ust. 3 Konstytucji materialnych zasad ograniczania praw, poprzedzona być musi ustaleniem, czy istnieje konstytucyjna wartość (a jeśli tak, to jaka?) uzasadniająca ograniczenie wolności przysługujących Skarżącej. W tym miejscu warto zauważyć, że zaskarżony przepis nie znajdował się w tekście przedłożenia rządowego, lecz został wprowadzony do tekstu ustawy refundacyjnej dopiero na etapie prac komisji sejmowej. Z tego też powodu, przekazane do Sejmu uzasadnienie projektu rządowego nie jest pomocne w ustaleniu celu wprowadzenia zakazu reklamy aptek (*vide* – druk sejmowy nr 3491/VI). Podmiotem postulującym wprowadzenie zakazu reklamy aptek i ich działalności była natomiast Naczelna Izba Aptekarska, a jej wniosek został uwzględniony na etapie prac komisji sejmowej w drodze poprawki poselskiej [*vide* – pismo Ministra Zdrowia z dnia 27 maja 2013 r., nr MZ-PLO-079-16391-104/PR/13, <http://www.senat.gov.pl>]. Z późniejszych wypowiedzi organów państwowych i aptekarskiego samorządu zawodowego oraz z orzecznictwa sądowego i administracyjnego, a także wypowiedzi doktryny wynika, że wprowadzenie zakazu uzasadnione było koniecznością zwiększenia ochrony pacjentów oraz finansów publicznych przed negatywnymi skutkami reklamy aptek, zwiększającymi w rzeczywistości popyt na usługi farmaceutyczne świadczone w aptekach, bez faktycznego wskazania do korzystania z nich (*vide* – pow. pismo Ministra Zdrowia z dnia z 27 maja 2013 r.; J. Adamski., K. Urban, E. Warmińska, *op. cit.*; wyrok NSA z dnia 20 stycznia 2015 r., sygn. II GSK 1667/13, LEX nr 1655890; pismo Ministra Zdrowia z dnia 14 sierpnia 2013 r., nr MZ-PLO-079-16391-143/PR/13, <http://www.senat.gov.pl>).

W świetle dostępnych publikacji stwierdzić bowiem należy, że Polska należy do krajów europejskich o największej konsumpcji leków. Dotyczy to zwłaszcza tzw. leków OTC (*over-the-counter*), czyli leków wydawanych bez

recepty lekarskiej. Część z tych specyfików można zresztą nabyć poza aptekami. Konsumpcja leków pozostawała na wysokim poziomie w chwili wejścia w życie zaskarżonych zmian (*vide* – powołane pismo Ministra Zdrowia z dnia 27 maja 2013 r.) i nadal rośnie. Z dostępnych danych wynika, że w 2014 r. po raz kolejny sprzedaż farmaceutyków w Polsce była wyższa niż w roku poprzednim. W szczególności, w 2014 r. wartość rynku farmaceutycznego w Polsce wyniosła 27,3 mld złotych, czyli o 3,3 mld więcej niż w roku poprzednim. Ogromny odsetek tej kwoty – 11,4 mld zł, przypada na leki bez recepty. W 2014 r. sprzedano aż 680 mln opakowań tego rodzaju preparatów. Zasygnalizowane już rozwiązania, przewidziane w art. 52-64 prawa farmaceutycznego, zezwalają m. in. na ograniczoną reklamę leków OTC, z czego, w szerokim zakresie, korzystają ich producenci i inne podmioty wprowadzające je na polski rynek. Sprzedaż leków OTC jest także źródłem znacznych zysków dla aptek. Od 2012 r. marża na leki refundowane jest bowiem sztywna (nie może wynieść więcej niż 5%), natomiast w przypadku leków nierefundowanych górnej granicy marży nie ma. Apteki mogą więc kształtować ją dowolnie, co z kolei sprzyja wzrostowi cen tego rodzaju specyfików (I. Sudak, *My Polacy lekomani. Rekordowe wydatki na leki, groźne skutki reklam*, publikacja internetowa z dnia 4 marca 2015 r., <http://wyborcza.biz/biznes>).

Problem nadmiernej konsumpcji leków i wynikających z tego faktu zagrożeń dostrzegany jest w specjalistycznym piśmiennictwie medycznym (np. M. Derkacz, J. Wicha, J. Flisek, J. Tarach, *Stosowanie leków OTC przez pacjentów Poradni Lekarza Rodzinnego*, *Family Medicine & Primary Care Review*, nr 3/2014).

W wielokrotnie powoływanym w orzecznictwie trybunalskim wyroku z dnia 8 kwietnia 1998 r., sygn. K. 10/97, Trybunał Konstytucyjny zauważył, że „istnieje w szczególności legitymowany interes państwa w stworzeniu takich ram prawnych obrotu gospodarczego, które pozwalają zminimalizować niekorzystne skutki mechanizmów wolnorynkowych, jeżeli skutki te objawiają

się w sferze, która nie może pozostać obojętna dla państwa ze względu na ochronę powszechnie uznawanych wartości” (OTK ZU Nr 3/1998, poz. 29).

W tej sytuacji – wbrew twierdzeniom Skarżącej – zasadne jest przyjęcie, że wartością, która przemawia za wprowadzeniem ograniczeń działalności gospodarczej jest, w przypadku limitacji wprowadzonej przez art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego, ochrona zdrowia. Stanowi ona jedną z przewidzianych w art. 31 ust. 3 Konstytucji przesłanek ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych, a przy tym niewątpliwie mieści się w pojęciu „ważnego interesu publicznego” w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP.

W ocenie Skarżącej, powoływanie się na konieczność ochrony zdrowia ludzkiego jest tylko pozornym celem wprowadzenia zakazu reklamy aptek. Prawdą jest, że zaskarżony przepis art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego, zakazując szeregu działań, które są istotnymi elementami działalności gospodarczej, powoduje daleko idące ograniczenie konkurencji między aptekami. Wprowadzenie zakazu reklamy aptek niewątpliwie istotnie poprawia pozycję rynkową mniejszych podmiotów funkcjonujących na rynku usług farmaceutycznych, niedysponujących istotnymi funduszami na prowadzenie działań marketingowych. Przedstawiciele samorządu aptekarskiego w szeregu wypowiedzi nie kryli zadowolenia z faktu wprowadzenia przedmiotowego zakazu, a oceny te były formułowane nie tylko w kontekście spełnienia postulatów dotyczących ochrony zdrowia, lecz również w związku z prezentowaną przez Naczelną Izbę Aptekarską ogólną wizją sposobu organizacji systemu świadczenia usług farmaceutycznych w Polsce (zobacz np. G. Kucharewicz, *Deja vu?*, Aptekarz Polski, Nr 64 (44 online), 2012 r., <http://www.aptekarzpolski.pl>).

Wydaje się jednak, że brak jest możliwości jednoznacznego wykazania, iż ochrona zdrowia była jedynie pozornym celem wprowadzenia zakazu reklamy aptek. „Refleksyjne” efekty wprowadzonej limitacji winny zostać natomiast rozważone w trakcie przeprowadzania testu proporcjonalności, albowiem skutki

zaskarżonej regulacji bez wątpienia cechują się pewną wybiórczością w swojej dolegliwości wobec różnych grup podmiotów, których ograniczenia owe dotyczą.

Kontynuując rozważania dotyczące merytorycznych przesłanek dopuszczalności wprowadzenia zakazu reklamy aptek, należy zauważyć, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego obecny jest pogląd, iż w pojęciu „ważnego interesu publicznego” z art. 22 Konstytucji mieścić się też może potrzeba dostosowania prawa polskiego do prawa europejskiego lub realizacji innych zobowiązań międzynarodowych państwa (*vide* – A. Ogonowski, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego, nr 1/2012 r., s. 229 oraz wskazane tam wyroki Trybunału Konstytucyjnego). W jednym z przywołanych przez owego Autora wyroków, Trybunał Konstytucyjny skonstatował, że „[i]nterpretacja granic swobody gospodarczej i swobody umów (także dokonywana przez Trybunał Konstytucyjny) powinna uwzględniać kierunek wykładni, który jest najbardziej zgodny z koncepcją rozwiązań obowiązujących w prawie wspólnotowym i odpowiada utrwalonemu orzecznictwu europejskiemu. Interpretacja przyjazna dla prawa europejskiego przy ocenie art. 20 i art. 22 Konstytucji jako wzorców kontroli konstytucyjności powinna być jak najbliższa *acquis communautaire*” (wyrok z dnia 17 lipca 2007 r., sygn. P 16/06, OTK ZU nr 7/A/2007, poz. 79).

Odnosząc się do podniesionych przez Skarżącą twierdzeń o niezgodności art. 94a ust. 1 z prawem europejskim, i nieco antycypując dalsze rozważania na ten temat, zasadne wydaje się przyjęcie, że przepisy prawa europejskiego i orzecznictwo europejskie jawią się w przedmiotowej sprawie jako dość neutralne.

Do chwili obecnej brak jest uregulowań prawa europejskiego dotyczących wprost zakazu reklamy aptek i ich działalności, jak również zagadnienie to nie było przedmiotem rozpoznania przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Materialnie najbliższy problemowi konstytucyjnemu rysującemu się w przedmiotowej sprawie wydaje się art. 49 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2; dalej: TFUE), określający unijną

zasadę swobody przedsiębiorczości. Zasada ta gwarantowana jest obywatelom państw członkowskich Unii Europejskiej i oznacza dla nich uprawnienie do podejmowania i prowadzenia działalności na własny rachunek w państwach członkowskich innych niż państwo pochodzenia na tych samych warunkach, jakie przewidują te państwa dla własnych obywateli. W pierwszej kolejności zakazane jest wprowadzenie przez przepisy prawa krajowego jakiejkolwiek dyskryminacji obywateli innych państw członkowskich. W przedmiotowej sprawie można by – teoretycznie rzecz ujmując – mówić o tzw. dyskryminacji pośredniej (dyskryminacja faktyczna). Należałoby jednak wtedy wykazać istnienie sytuacji, w której przepisy krajowe, regulujące zasady reklamy aptek, przewidują co prawda takie same warunki dla obywateli własnych i obywateli innych państw członkowskich, jednak w praktyce są tak skonstruowane, że stawiają w gorszej sytuacji faktycznej tych drugich. Przepis art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego, po uwzględnieniu wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych, musiałby w rzeczywistości faworyzować podmioty krajowe, zaś niekorzystnie oddziaływać przede wszystkim na podmioty pochodzące z innych państw członkowskich. Sytuacja taka przedmiotowej sprawie jednak nie zachodzi, a przynajmniej brak jest powszechnej wiedzy na temat jej występowania.

Artykuł 49 TFUE wymaga jednak nie tylko zniesienia dyskryminacji, tzn. zapewnienia obywatelom innych państw członkowskich traktowania narodowego, lecz także zniesienia innych ograniczeń, również tych stosowanych w sposób niedyskryminujący. W odniesieniu do swobody przedsiębiorczości niekiedy mogą pojawić się trudności w ustaleniu, czy przepisy krajowe podlegające kontroli mają charakter dyskryminacji pośredniej (faktycznej), czy też są stosowane bez rozróżnienia wobec wszystkich osób, lecz mimo to stanowią ograniczenie swobody przedsiębiorczości. Wszelkie przepisy krajowe, które mogą ograniczać lub czynić mniej atrakcyjnym korzystanie z fundamentalnych swobód gwarantowanych traktatem, w tym swobody przedsiębiorczości, muszą bowiem spełniać cztery warunki: muszą być stosowane w sposób

niedyskryminujący, muszą być usprawiedliwione wymogami imperatywnymi w interesie publicznym (ogólnym), muszą być odpowiednie do zapewnienia realizacji zamierzonego celu i nie mogą wykraczać poza to, co konieczne dla realizacji tego celu. Innymi słowy, w świetle prawa i orzecznictwa europejskiego dopuszczalne jest niedyskryminacyjne i zgodne z zasadą proporcjonalności ograniczanie zasady swobody przedsiębiorczości (por. M Szwarc-Kuczer, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, Tom 1, red. A. Wróbel, Wolters Kluwer, 2012 r., komentarz do art. 49; pow. za wersją elektroniczną dostępną w LEX).

W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dość wątpliwe jest, by zakaz reklamy aptek mógł być uznany za środek o skutku podobnym do ograniczeń ilościowych. Stosowanie tego rodzaju środków jest zasadniczo zabronione przez art. 34 TFUE, a pod owym pojęciem rozumiane jest każde, niebędące regulacją zasad sprzedaży, zachowanie państwa członkowskiego, które utrudnia lub może utrudnić dostęp towarom importowanym do rynku krajowego. Zakaz środków o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi dotyczy wszelkich środków podejmowanych przez państwo członkowskie, mogących bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie wpłynąć na wewnątrzspółnotową wymianę handlową poprzez utrudnienie dostępu do rynku tego państwa. Artykuł 36 TFUE pozwala jednak państwu członkowskiemu na wprowadzenie ograniczeń i środków o skutku podobnym, które uzasadnione są potrzebą ochrony zdrowia lub życia ludzi oraz zwierząt, a także ochrony roślin. Ochrona zdrowia i życia ludzi traktowana jest jako najważniejsza wartość z katalogu interesów, których ochrona uzasadnia wprowadzenie ograniczeń w funkcjonowaniu rynku wewnętrznego. Skuteczne powołanie się na ochronę zdrowia ludzi obwarowane jest wieloma warunkami. Wstępnym warunkiem, jaki powinien być brany pod uwagę, jest jednak brak przepisów unijnych regulujących zasady produkcji lub obrotu określonym towarem (por. D. Miąsik, [w:] *ibidem*, komentarz do art. 32 i 36;

D. E. Harasimiuk, *op. cit.*). Z tego też powodu do polskiego systemu prawnego implementowano europejskie zasady określające zakres dopuszczalności reklamy leków, albowiem zagadnienia te reguluje Dyrektywa 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 (Dz.U. UE. L. 2001.311.67 ze zm.). W tych obszarach, w których brak jest przepisów harmonizujących, państwa zachowują możliwość decydowania o standardzie ochrony danej wolności i taka sytuacja zachodzi w przypadku ograniczenia reklamy aptek.

Odnosząc się z kolei do powołanej przez Skarżącą Dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej świadczenia usług na rynku wewnętrznym (Dz.U. UE. L. 2006.376.36), należy zauważyć, że jej celem jest usunięcie barier w swobodzie przedsiębiorczości dla usługodawców w państwach członkowskich i w swobodzie świadczenia usług pomiędzy państwami członkowskimi. W rozumieniu owej Dyrektywy, barierami są również przewidziane przez przepisy prawa wewnętrznego państw członkowskich ograniczenia informacyjne podmiotów gospodarczych prowadzących działalność usługową. Z mocy art. 2 ust. 2 lit. f tego aktu, Dyrektywa nie znajduje jednak zastosowania do usług zdrowotnych, niezależnie od tego, czy są one świadczone w placówkach opieki zdrowotnej, jak również niezależnie od sposobu ich zorganizowania i finansowania na poziomie krajowym oraz tego czy są to usługi publiczne czy prywatne. Implementując Dyrektywę 2006/123/WE do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 47, poz. 278 ze zm.), prawodawca wyłączył usługi farmaceutyczne z zakresu stosowania tejże ustawy.

Przedstawione wyżej rozważania wydają się więc potwierdzać zaprezentowaną już tezę, że w prawie i orzecznictwie europejskim nie ma jednoznacznego rozwiązania rysującego się w przedmiotowej sprawie problemu

konstytucyjnego. Zasady prowadzenia reklamy aptek nie są bowiem objęte szczególną regulacją tego prawa. Z drugiej jednak strony, *acquis communautaire* dopuszcza stosowanie różnego rodzaju ograniczeń swobody gospodarczej, jednakże przy zachowaniu przez ustawodawcę krajowego szczególnej rozwagi i ostrożności, przy czym decydujące znaczenie wydaje się mieć prawidłowe stosowanie zasady proporcjonalności.

Przedstawienie ostatecznego stanowiska w przedmiocie konstytucyjności art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego wymaga uprzedniego przeprowadzenia testu proporcjonalności, sprowadzającego się do skonfrontowania zaskarżonego przepisu ze szczegółowymi (wzmiankowanymi już) zasadami przydatności, niezbędności i proporcjonalności *sensu stricto*.

W aspekcie zasady przydatności polega to na ustaleniu, czy według dostępnego stanu wiedzy dane rozwiązanie normatywne jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nie skutków. Ocena ta winna być przy tym dokonywana na podstawie zdefiniowania celów aktu w chwili jego uchwalenia, a nie w kontekście rzeczywistych efektów wprowadzonych rozwiązań. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i doktrynie przyjmuje się, że warunków tych nie spełniają tylko takie przepisy, które utrudniają osiągnięcie celów lub nie wykazują żadnego związku z tymi celami (są irrelewantne) [*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 listopada 2009 r., sygn. P 61/08, OTK ZU nr 10/A/2009, poz. 150].

Odnosząc kryterium przydatności do rozwiązań przewidzianych w art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego, należy przyjąć, że *in abstracto* zakaz reklamy aptek jawi się jako przydatny dla osiągnięcia założonego celu, którym jest ograniczenie spożycia leków, a w konsekwencji – uzyskanie określonych efektów w zakresie ochrony zdrowia. Ustawodawca stosuje tego rodzaju rozwiązania w przypadku niektórych towarów lub usług, czego wyrazem są ograniczenia w prowadzeniu reklamy alkoholu, wyrobów tytoniowych czy prowadzenia gier hazardowych i zakładów, będące limitacją swobody

działalności gospodarczej oraz wolności wynikających z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP.

Z kolei, przeprowadzenie testu w zakresie kryterium niezbędności polega na ustaleniu, czy badane przepisy są niezbędne dla ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji (i/lub w art. 22 Konstytucji), a ponadto, że spośród środków skutecznie chroniących te wartości zostały wybrane środki najmniej uciążliwe. Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny, „[s]tosowanie tej zasady wymaga więc rozważenia możliwych do zastosowania środków alternatywnych i określenia ich skuteczności. Jest to proces skomplikowany, ponieważ badane przepisy z reguły oddziałują na różne podmioty w różny sposób, więc dana regulacja może być dla niektórych grup jej adresatów bardziej uciążliwa, a dla innych prawie nieodczuwalna” (*ibidem*).

Odnosząc powyższe kryterium do rozwiązań wprowadzonych przez art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego, należy zauważyć, że wprowadzenie całkowitego zakazu reklamy aptek wydaje się świadczyć o swego rodzaju niekonsekwencji ustawodawcy. Trudno postrzegać ów zakaz jako niezbędny środek służący zmniejszeniu konsumpcji leków, zwłaszcza w sytuacji, gdy jednocześnie dopuszczalne są – choć w ograniczonym zakresie – działania marketingowe dotyczące samych leków. Pierwotnym czynnikiem „napędzającym” wzrost konsumpcji wydaje się być bowiem właśnie zgodna z prawem reklama środków leczniczych (por. cytowaną publikację I. Sudaka). Zakaz reklamy aptek ma tu znaczenie drugorzędne, poprzez ograniczenie zasady konkurencji wywołuje natomiast określone skutki w sferze struktury „podziału” ogólnego wolumenu sprzedaży leków między podmiotami funkcjonującymi na rynku usług farmaceutycznych. Ustawodawca wybrał rozwiązanie, które sięga bardzo głęboko w sferę wolności gospodarczej, ograniczając do minimum istotny element tej swobody. Rynek produktów leczniczych jest rynkiem regulowanym i sam fakt wprowadzenia ograniczeń nie budzi w tym przypadku wątpliwości konstytucyjnych, jednakże wyraźna jest asymetria rozwiązań. Przepisy prawa

farmaceutycznego, jak to już podnoszono, w znacznie mniejszym stopniu ograniczają bowiem prawa producentów leków i podmiotów pierwotnie wprowadzających środek leczniczy na rynek polski niż prawa podmiotów prowadzących apteki. Ponadto, przepis art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego traktowany być może jako przepis faktycznie ograniczający swobodę konkurencji, a przy tym beneficjentami owego rozwiązania wydaje się być część podmiotów uczestniczących w, co prawda, zasadnie ograniczonej, ale istniejącej przecież rywalizacji o klienta. Istotna dla niniejszej sprawy jest też okoliczność, że w ofercie handlowej aptek znajduje się zwykle również szereg produktów niebędących produktami leczniczymi (artykuły kosmetyczne, drogeryjne, higieniczne, itp.). Brak możliwości prowadzenia reklamy apteki w zakresie sprzedaży owych produktów może wymusić na podmiocie prowadzącym aptekę ograniczenie asortymentowe kierowanej do klienta oferty handlowej w sektorze, którego ograniczenie nie powinno dotyczyć.

Przedstawione wyżej rozważania wskazują więc na to, 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 przeznaczanych na działania marketingowe itp. Należy przy tym zaznaczyć, że Trybunał Konstytucyjny „nie jest organem powołanym do kontrolowania celowości i trafności rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę. Zadaniem Trybunału jest jedynie ocena, czy przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania nie naruszają norm i wartości konstytucyjnych. Ocena ta nabiera znaczenia zwłaszcza w sytuacji, gdy układem odniesienia dla kontroli stają się sformułowania konstytucyjne zawierające zwroty o nie do końca zdefiniowanej i nie w pełni jednoznacznej treści. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przypadku

interpretacji art. 31 ust. 3 Konstytucji” (wyrok z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98, OTK ZU Nr 1/1999, poz. 2).

Jest też oczywiste, że również na rynku usług farmaceutycznych obowiązują zasady wynikające z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 15, poz.1503 ze zm.).

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.

Ostatnim elementem testu proporcjonalności jest sprawdzenie, czy efekty zaskarżonej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela, czyli czy nie została naruszona zasada proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu. Ta ocena powinna uwzględniać specyfikę wartości chronionych przez zaskarżoną regulację i praw, które w jej rezultacie doznają ograniczenia, a także aksjologię Konstytucji jako całości. Im bardziej cenne jest dobro naruszane i im wyższy stopień jego naruszenia, tym cenniejsza musi być wartość chroniona i wyższy stopień jej realizacji, przy czym w żadnym wypadku ograniczenia nie mogą naruszać istoty wolności i praw (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Ponadto, w doktrynie podnosi się, że zakaz nadmiernej ingerencji implikuje dążenie przez ustawodawcę do optymalizacji, tzn. do osiągnięcia stanu, w którym obydwie kolidujące dobra byłyby realizowane w najwyższym możliwym stopniu. Stawiana jest także teza, że ocena spełnienia warunku proporcjonalności *sensu stricto* nie może następować abstrakcyjnie, ale powinna być dokonywana w ramach konkretnych sytuacji faktycznych, wyznaczanych przez zaskarżony przepis (*vide* – pow. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 listopada 2009 r., sygn. P 61/08).

Oceniając przepis art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego z punktu widzenia zasady proporcjonalności w znaczeniu ścisłym, podnieść należy, że tak w świetle Konstytucji RP, jak i *acquis communautaire*, ochrona zdrowia ludzkiego jest wartością, która niewątpliwie uprawnia ustawodawcę do

daleko idącej ingerencji w sferę stosunków gospodarczych. Regulacja będąca przedmiotem zaskarżenia w tej sprawie dotyczy przy tym zagadnień dotyczących bezpośrednio ochrony zdrowia. Ustawodawca skorzystał z tej możliwości w niemal maksymalnym stopniu. Choć nie można podzielić oceny Skarżącej, że poddany kontroli przepis godzi w istotę swobody prowadzenia przez apteki działalności gospodarczej, to jednak trzeba przyznać, że do minimum zmniejszyła on zakres realizowania jednego z istotnych elementów tej działalności oraz istotnie ingeruje w wolności wyrażone w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP (w tym wypadku – chronione na tym samym poziomie co swoboda działalności gospodarczej). Przy tym, dostępne wyniki badań nie pozwalają na wykazanie, by rozwiązania przewidziane w zaskarżonym przepisie okazały się efektywne, albowiem – jak już wspomniano – spożycie leków nadal rośnie. Ograniczanie zakresu dopuszczalnej reklamy aptek spotyka się też z wyraźną krytyką części przedstawicieli doktryny oraz praktyków (*vide* – M. Koręba, *op. cit.*; K. Jasińska *op. cit.*; R. Ogiegło, *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. R. Ogiegło, Warszawa, 2015 r., komentarz do art. 94a ust. 1; pow. za wersją elektroniczną dostępną w SIP Legalis).

W tej sytuacji, przede wszystkim z uwagi na brak korelacji między stosunkowo znacznym stopniem uciążliwości wprowadzonych ograniczeń a efektami osiągniętymi w wyniku wprowadzenia zakazu reklamy aptek (a właściwie brakiem owych efektów), uznać należy, że przepis art. 94a ust. 1 ustawy prawo farmaceutyczne nie spełnia warunku proporcjonalności *sensu stricto*, przy czym należy uwzględnić fakt, że ów brak efektów był do przewidzenia już na etapie wprowadzania analizowanego unormowania.

Powyższe argumenty upoważniają więc do przedstawienia stanowiska, że art. 94a ust. 1 ustawy z dnia z dnia 6 września 2001 r. – Prawo

farmaceutyczne jest niezgodny z art. 20 i art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i z art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Z tych wszystkich względów, wnoszę jak na wstępie.

z Upoważnienia
Prokuratora Generalnego
Robert Lipiński
Zastępca Prokuratora Generalnego