

Reasumując, zdaniem Rzecznika, norma prawna wynikająca z art. 302 § 2 i 3 k.p.k. w związku z art. 74¹ u.r.p., pozwalająca na takie rozumienie tych przepisów jako pozbawiające obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym możliwości wniesienia zażalenia na czynności rzecznika dyscyplinarnego inne niż postanowienia i zarządzenia naruszające jego prawa, jest niezgodna z art. 78 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Wcd

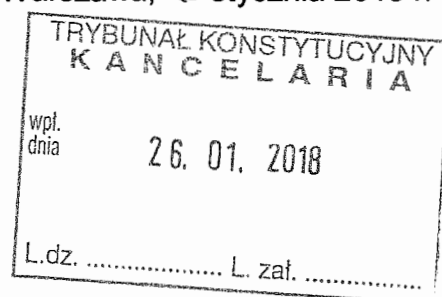


SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Sygn. akt SK 32/15

BAS-WPTK-2120/15

Warszawa, 26 stycznia 2018 r.



Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 69 ust. 2 w związku z art. 42 pkt 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej, przedkładam wyjaśnienia w sprawie skargi konstytucyjnej spółki Farmakom sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim z 3 czerwca 2015 r. (sygn. akt SK 32/15), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2211 ze zm.) **jest zgodny** z art. 20 oraz art. 22 w związku z art. 31 ust. 3, art. 49 i art. 54 ust. 1 Konstytucji.

Ponadto wnoszę o **umorzenie** postępowania w pozostałym zakresie, na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072), ze względu na niedopuszczalność wydania orzeczenia.

Uzasadnienie

I. Stan faktyczny

Skarga konstytucyjna została przedłożona Trybunałowi Konstytucyjnemu w związku z następującym stanem faktycznym, który zrekonstruowany został bezspornie przez sądy orzekające w sprawie.

Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny (dalej: WIF), po przeprowadzeniu planowanej kontroli w aptecce prowadzonej przez skarżącą oraz odebraniu od niej stosownych wyjaśnień, wydał decyzję (nr) stwierdzającą naruszenie zakazu reklamy aptek i nakazującą zaprzestanie jej prowadzenia oraz nałożył na skarżącą karę w wysokości zł. Organ administracyjny uznał aktywność apteki ogólnodostępnej prowadzonej w formie: „Programu ”, „Programu ” oraz „Programu ” za naruszenie art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2211 ze zm.; dalej: u.p.f.).

Następnie skarżąca złożyła odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego (dalej: GIF), który decyzją z lipca 2012 r. (nr) utrzymał w mocy rozstrzygnięcie WIF.

Skarżąca na rozstrzygnięcia GIF wniosła skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W (dalej: WSA), który marca 2013 r. wydał wyrok (sygn. akt), którym oddalił skargę (skarga, s.3).

Wyrokiem z grudnia 2014 r. (sygn. akt) Naczelny Sąd Administracyjny (dalej: NSA) oddalił skargę kasacyjną skarżącej od wyroku sądu pierwszej instancji. Wyrok sądu drugiej instancji, z którym skarżąca łączy naruszenie swych konstytucyjnych praw, został doręczony jej pełnomocnikowi 4 marca 2015 r. (skarga, s. 1-2).

II. Przedmiot kontroli i zarzuty skarżącej

1. Wątpliwości konstytucyjne skarżąca skierowała pod adresem art. 94a ust. 1 u.p.f., zgodnie z którym: „Zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz

ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego”.

2. Skarżąca sformułowała względem art. 94a ust. 1 u.p.f. kilka zarzutów.

Po pierwsze, w ocenie skarżącej, kwestionowana regulacja, wyłączając możliwość reklamowania przedsiębiorców prowadzących apteki i punkty apteczne, narusza jej wolność gospodarczą w zakresie konkutowania z innymi podmiotami na rynku, ustalania zasad zbywania towarów i usług oraz promocji własnej działalności. Skarżąca podkreśla, że zaskarżony przepis uniemożliwia „przedsiębiorcom z branży aptecznej nie tylko prowadzenie reklamy *sensu stricto*, ale i m.in. prowadzenie (bądź uczestniczenia) w jakichkolwiek działaniach promocyjnych, w tym promocji sprzedaży, a zwłaszcza tzw. programów lojalnościowych” (skarga, s. 5). Skarżąca podnosi, że bezwzględny ustawowy zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych stanowi nieusprawiedliwioną innymi wartościami konstytucyjnymi ingerencję w jej wolność gospodarczą, tym samym art. 94a ust. 1 u.p.f. narusza art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W rezultacie, zaskarżony przepis narusza zasadę proporcjonalności.

Po drugie, wywodząc, iż reklama stanowi rodzaj informacji, skarżąca zwraca uwagę, że przyjęty w art. 94a ust. 1 u.p.f. mechanizm stoi w sprzeczności z wolnością informacyjną, o której mowa w art. 54 ust. 1 Konstytucji, uniemożliwiając rozpowszechniania informacji o prowadzonej działalności gospodarczej, ale także „informacji o świadczonych dla ludności (pacjentów apteki) usługach, w tym świadczonej opiece farmaceutycznej, wreszcie nawet szerzenia wiedzy o zdrowiu i zapobieganiu chorobom”. Ponadto zdaniem skarżącej zakaz „rozciga się także na komunikację wewnątrz lokalu apteki, a także indywidualną komunikację pomiędzy farmaceutą a pacjentem” (skarga, s. 6), co przemawia za naruszeniem jej wolności komunikowania się, wynikające z art. 49 i 54 ust. 1 Konstytucji (skarga, s. 6 i 31-32). Skarżąca uważa, iż ingerencja ustawodawcy w przywołane wolności godzi w nakaz proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Po trzecie, skarżąca wskazuje również wątpliwości, co do zgodności zaskarżonego przepisu z art. 2 Konstytucji, wywodząc, iż ustawodawca, wprowadzając w zakaz reklamy, nie zdefiniował tego pojęcia w art. 94a ust. 1 u.p.f. w odniesieniu do aptek i punktów aptecznych, pozostawiając ustalenie jego treści orzecznictwu sądowemu. Zdaniem skarżącej narusza to zasadę określoności prawa,

wynikającą z art. 2 Konstytucji, zwłaszcza w stosunku do „regulacji ograniczających konstytucyjne prawa i wolności oraz w przypadku przepisów wyznaczających zakres działań zagrożonych sankcją, w tym administracyjno-prawną” (skarga, s. 13.) Skarżąca podnosi, że art. 94a ust. 1 u.p.f. narusza również zasadę poprawnej legislacji, ponieważ został on przyjęty w drodze procesu legislacyjnego obciążonego licznymi wadami, np. dodanie go do projektu ustawy refundacyjnej nie poprzedziła ocena skutków regulacji, a także nie przeprowadzono konsultacji społecznych oraz uzgodnień międzyresortowych (skarga, s. 14-15).

Dodatkowo skarżąca wskazuje na możliwość naruszenia zasady ochrony praw nabytych, wywodzonej z zasady demokratycznego państwa prawnego przez art. 94a ust. 1 u.p.f. (skarga, s. 21-22).

Po czwarte, w opinii skarżącej zakaz reklamy aptek narusza również prawo do ochrony zdrowia (art. 68 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji), nie pozwala bowiem prowadzącym je przedsiębiorcom realizować zadań placówek zdrowia publicznego. Skarżąca podnosi, iż zakaz: „uniemożliwia aptekom podejmowanie działań, które służyłyby interesom zdrowotnym pacjentów, a pacjentom uzyskanie w aptekach informacji i świadczeń, które są im niezbędne dla ochrony zdrowia” (skarga, s. 33-34), „uniemożliwienie pacjentom oszczędności w zakresie kosztów farmakoterapii” (skarga, s. 35).

III. Analiza formalnoprawna

1. Analiza uzasadnienia skargi wskazuje na szereg wątpliwości natury formalnej, które powinny być wyjaśnione przez przystąpieniem do merytorycznej oceny zakwestionowanej regulacji. Zgodnie z art. 79 Konstytucji skargę konstytucyjną może wnieść każdy, czyje prawo lub wolność konstytucyjna zostały naruszone. Skarga konstytucyjna może zostać wniesiona po wyczerpaniu drogi prawnej, o ile droga ta jest przewidziana, w ciągu 3 miesięcy od doręczenia skarżącemu prawomocnego wyroku, ostatecznej decyzji lub innego ostatecznego rozstrzygnięcia.

Trybunał Konstytucyjny związany jest zarzutami sformułowanymi w piśmie procesowym (wniosku, pytaniu prawnym, skardze konstytucyjnej), pochodzącym od podmiotu uprawnionego do inicjowania postępowania. Przy czym zarzuty te mogą podlegać rozpatrzeniu tylko wtedy, jeżeli zostały należycie uzasadnione. Jak

podkreślił Trybunał Konstytucyjny: „przesłanka odpowiedniego uzasadnienia zarzutów nie powinna być traktowana powierzchownie i instrumentalnie. Przytaczane w piśmie procesowym argumenty mogą być mniej lub bardziej przekonujące [...], lecz zawsze muszą być argumentami «nadającymi się» do rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny” (wyrok TK z 19 października 2010 r., sygn. akt P 10/10). Podkreślenia wymaga, iż konieczność uzasadnienia zarzutu sformułowanego w piśmie inicjującym postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym wynika z domniemania konstytucyjności norm prawnych oraz z zasady kontrydiktoryjności.

2. Zgodnie z wypowiedziami Trybunału Konstytucyjnego: „Kontrola konstytucyjności ustaw przebiega w oparciu o domniemanie, że badane normy są zgodne z Konstytucją. Ciężar dowodu spoczywa na podmiocie kwestionującym zgodność ustawy z Konstytucją i dopóki nie powoła on konkretnych i przekonujących argumentów prawnych na rzecz swojej tezy, dopóty Trybunał Konstytucyjny uznawać będzie kontrolowane przepisy za konstytucyjne. W przeciwnym razie naruszeniu uległaby zasada kontrydiktoryjności postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, a Trybunał przekształciłby się w organ orzekający z inicjatywy własnej” (zob. orzeczenie TK z 24 lutego 1997 r., sygn. akt K 19/96; por. też wyroki TK z: 27 czerwca 2008 r., sygn. akt K 51/07; 15 lipca 2009 r., sygn. akt K 64/07; 12 stycznia 2012 r., sygn. akt Kp 10/09).

3. Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, iż: „skarżący obowiązany jest przedstawić konkretne i przekonujące argumenty świadczące o niekonstytucyjności zakwestionowanych regulacji. Tym samym skarżący nie tylko winien wskazać, jakie konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone kwestionowaną regulacją, lecz także opisać «sposób» tego naruszenia. Argumenty te muszą koncentrować się na problemie merytorycznej niezgodności zachodzącej między unormowaniami stanowiącymi przedmiot skargi konstytucyjnej oraz tymi, które określone są w niej jako wzorce kontroli [...] Tym samym nie wystarczy, że skarżący wskaże określone przepisy oraz przepisy konstytucyjne, z którymi są one, w jego opinii, niezgodne. Musi on także wyjaśnić, na czym owa niezgodność polega. Jest to przesłanka konieczna do uznania dopuszczalności skargi konstytucyjnej” (postanowienie TK z 2 lutego 2012 r., sygn. akt SK 14/09).

4. W świetle powyższego, należy uznać za niewystarczające sformułowanie samej tezy o niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu. Uzasadnienie musi wskazywać precyzyjnie co najmniej jeden argument przemawiający za naruszeniem danego wzorca kontroli. Wymogu tego nie spełniają uwagi o charakterze ogólnym, niejasnym czy też czynione jedynie na marginesie innych rozważań (zob. np. wyrok TK z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt K 35/11). W opinii Trybunału: „wobec respektowania generalnej zasady, jaką jest domniemanie konstytucyjności aktu normatywnego, samo wskazanie w *petitum* wzorca kontroli, bez szczegółowego odniesienia się w uzasadnieniu do kwestionowanej regulacji prawnej lub lakoniczne sformułowanie zarzutu niekonstytucyjności nie może zostać uznane za «uzasadnienie postawionego zarzutu, z powołaniem dowodów na jego poparcie» w rozumieniu przepisów regulujących postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym. W świetle utrwalonej praktyki orzeczniczej wymóg ten należy rozumieć jako nakaz odpowiedniego udowodnienia zarzutów stawianych w kontekście każdego wskazanego wzorca kontroli” (postanowienie TK z 21 stycznia 2015 r., sygn. akt K 13/13).

5. Jako wzorce kontroli w *petitum* skargi *expressis verbis* zostały powołane:

- a) art. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim wywodzona jest zasada poprawnej legislacji;
- b) art. 20 oraz art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;
- c) art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;
- d) art. 54 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;
- e) art. 68 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;
- f) art. 31 ust. 3 w związku z art. 2 Konstytucji.

6. Odnosząc się do wskazanych przez skarżącą wzorców kontroli konstytucyjności, należy zaznaczyć, że skarżąca zarówno w *petitum* skargi, jak i w wyodrębnionej jej części argumentacyjnej (zob. skarga, s. 2 i s. 38-42), wskazała te postanowienia ustawy zasadniczej jako samodzielne wzorce kontroli. Natomiast, co trzeba podkreślić, art. 31 ust. 3 Konstytucji nie proklamuje chronionych w trybie skargi konstytucyjnej praw i wolności człowieka i obywatela, ale określa granice ingerencji w konkretne prawa konstytucyjne zapewnione w szczegółowych przepisach konstytucyjnych (np. wyrok TK z 27 czerwca 2008 r., sygn. akt K 51/07;

zob. także wyrok TK z 17 listopada 2010 r., sygn. akt SK 23/07). Przyjmuje się zatem, że Trybunał może oceniać czy ustanowione ograniczenia praw konstytucyjnych mieszczą się w ramach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji tylko w wypadku, gdy w skardze są wskazane konkretne prawa zagwarantowane w szczegółowych przepisach konstytucyjnych, bowiem „art. 31 ust. 3 Konstytucji nie może stanowić całkowicie samodzielnego wzorca kontroli. Musi on być zawsze ujmowany jako przepis związkowy, stosowany wspólnie z innymi przepisami Konstytucji, normującymi konkretne wolności lub prawa” (wyrok TK z 22 września 2005 r., sygn. akt Kp 1/05). Wobec powyższego, Sejm, odwołując się do zasady *falsa demonstratio non nocet*, przyjmuje, że skarżąca odnosi art. 31 ust. 3 Konstytucji do wskazanych w *petitum* skargi wzorców kontroli proklamujących prawa i wolności.

Skarżąca podała art. 2 Konstytucji, jako jeden ze wzorców kontroli również w odniesieniu do zasady poprawnej legislacji, wskazując jednocześnie jej dwa elementy: nakaz określoności przepisów prawa oraz nakaz prawidłowej legislacji. Sejm dostrzega, że skarżąca nie uzasadniła naruszenia tych wzorców, a w konsekwencji uznaje za niedopuszczalne ich uwzględnienie jako podstawy kontroli w niniejszej sprawie. Do obowiązków skarżącego należy wskazanie, jakie prawa lub wolności konstytucyjne zostały naruszone, oraz określenie sposobu, w jaki zaskarżony przepis, będący podstawą ostatecznego rozstrzygnięcia sądu lub organu administracji publicznej, je naruszył. Samo odwołanie się do zasad wynikających z art. 2 Konstytucji przyjmuje się jako niewystarczające (zob. wyroki TK z: 10 lipca 2000 r., sygn. akt SK 21/99; 12 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 20/04 oraz postanowienia TK z: 17 lutego 1999 r., sygn. akt Ts 154/98; 26 czerwca 2002 r.; sygn. akt SK 1/02 i 15 grudnia 2008 r., sygn. akt Ts 89/08).

Argumentując zarzut naruszenia przez zaskarżony przepis zasady określoności przepisów prawa skarżąca podnosi, że: „[b]rzmienie przepisu nie daje żadnych wskazówek dla ustalenia, w jakiej relacji zakresowej pozostają do siebie oba «nazwane» przedmioty zakazu [reklamy apteki i punktu aptecznego oraz reklamy ich działalności – uwaga własna] [...] Przynajmniej przede wszystkim jednak niejasny jest charakter tzw. wyłączeń ze zdania drugiego, tj. czy jest to katalog przykładowy (otwarty), czy też może enumeratywny” (skarga, s. 17-18). Zdaniem Sejmu skarżąca nie powołała żadnych aktów stosowania prawa organów administracji ani sądów administracyjnych, z których wynikałoby, że w obrocie prawnym art. 94a ust. 1 u.p.f. jest różnie interpretowany, co w konsekwencji prowadziłoby do zróżnicowania

sytuacji prawnej jego adresatów i wprowadzałyby niepewność w odniesieniu do ich praw i obowiązków. Skarżąca wskazuje tylko na brak ustalenia zakresu przedmiotowego zakazu pojęcie „reklama aptek lub punktów aptecznych oraz ich działalności” (skarga, s. 18) oraz, że „[w]adliwe sformułowanie przepisu daje podstawę do jego bardzo szerokiej wykładni (obserwowanej w praktyce) i nie stwarza wzoru postępowania pozwalającego odróżnić zachowania zakazane od dozwolonych [podkreślenie skarżącej]” (skarga, s. 19). Przy czym skarżąca nie podaje dowodów poświadczających naruszenie zasady określoności prawa. Ponadto w ocenie Sejmu zarzuty skarżącej nie znajdują oparcia w orzecznictwie na tle brzmienia art. 94a ust. 1 u.p.f.

Z tego względu Sejm wnosi o **umorzenie postępowania** w zakresie badania zgodności art. 94a ust. 1 u.p.f. z zasadą określoności przepisów prawa, wywodzoną z art. 2 Konstytucji.

7. Analogicznie negatywnie Sejm ocenia realizację obowiązku uzasadnienia przez skarżącą zarzutu naruszenia nakazu uchwalania ustaw w prawidłowej procedurze, składający się na zasadę prawidłowej legislacji. Pomijając już dyskusyjną kwestię dopuszczalności oceny w niniejszym postępowaniu art. 94a ust. 1 u.p.f. w perspektywie tak skonstruowanego wzorca, należy podkreślić, że skarżąca przytacza w swoim piśmie procesowym genezę badanego przepisu, jest jednak powściągliwa w sformułowaniu uzasadnienia dotyczącego tego, jaki jest związek między naruszeniem przez zakwestionowaną regulację art. 2 Konstytucji, ujmowanego jako skierowany do prawodawcy nakaz tworzenia prawa zgodnie z zasadami przyzwoitej legislacji a naruszeniem jej konkretnych wolności i praw konstytucyjnych.

Dla kompletności analizy wypada dodać, że skarżąca wskazuje co prawda, iż „[n]a etapie uchwalenia art. 94a ust. 1 pr. farm. doszło do naruszenia zasady przyzwoitej legislacji [...] poprzez [...] zwłaszcza brak wskazania, jakim celom ma on służyć, brak analizy potencjalnych skutków regulacji dla rynku, brak przeprowadzenia konsultacji społecznych raz uzgodnień międzyresortowych” (skarga, s. 16), jednak te twierdzenia skarżącej nie identyfikują zakresu naruszenia jej osobistych praw lub wolności. W związku z tym Sejm wyraża pogląd, iż postępowanie w zakresie kontroli zaskarżonego przepisu z przywołanym wyżej standardem powinno zostać **umorzone**.

8. W perspektywie zawartości normatywnej art. 2 Konstytucji, jakkolwiek nie w *petitum* skargi, ale w jej uzasadnieniu, skarżąca wskazuje na zasadę ochrony praw nabytych jako potencjalny wzorzec kontroli w niniejszej sprawie: „[w] pewnych przypadkach zaskarżony przepis może też prowadzić do naruszenia zasady ochrony praw nabytych [podkreślenie spółki]” (skarga, s. 21). W opinii Sejmu, przywołany zarzut skarżącej nie może podlegać merytorycznemu rozpoznaniu przez Trybunał. Jednolite w tym zakresie orzecznictwo sądu konstytucyjnego wskazuje na to, że podnoszone przez skarżącego naruszenia powinny mieć charakter aktualny, a nie potencjalny lub przyszły (zob. np. postanowienia TK z: 20 lutego 2008 r., sygn. akt SK 44/07; 14 września 2009 r., sygn. akt SK 51/08; 29 listopada 2010 r., sygn. akt SK 37/08; 14 maja 2013 r., sygn. akt SK 19/11; 15 września 2015 r., sygn. akt SK 27/13). Ponadto za takim stwierdzeniem przemawia okoliczność, że ilustruje „możliwość” naruszenia Konstytucji przykładami niezwiązanymi z jej sytuacją faktyczną.

Wobec powyższego Sejm wnosi o **umorzenie postępowania** w zakresie badania zgodności art. 94a ust. 1 u.p.f. z zasadą ochrony praw nabytych, wywodzoną z art. 2 Konstytucji.

9. Skarżąca wskazuje art. 68 ust. 1 Konstytucji, jako autonomiczną podstawę kontroli. Rozważenia zatem w niniejszej sprawie wymaga również legitymacja skarżącej (osoby prawnej) w tym zakresie.

Zakres podmiotowy skargi konstytucyjnej odczytywany jest przez Trybunał w ten sposób, że „skarga przysługiwać może nie tylko osobie fizycznej, ale i także osobie prawnej, jednakże pod warunkiem, że skarga dotyczy praw i wolności tej osoby” (postanowienie TK z 21 marca 2000 r., sygn. akt SK 6/99). W ustawie zasadniczej występują bowiem prawa (np. prawo własności) i wolności (np. wolność prowadzenia działalności gospodarczej), które muszą – ze swej istoty – obejmować nie tylko osoby fizyczne, lecz także podmioty niebędące osobami fizycznymi. Można również wskazać prawa zastrzeżone dla osób fizycznych (np. dostępu do służby publicznej). Warunkiem *sine qua non* stwierdzenia legitymacji osoby prawnej do wniesienia skargi konstytucyjnej jest wykazanie, że kwestionowane w skardze naruszenie praw dotyczy bezpośrednio danej osoby prawnej. Innymi słowy, naruszenie musi odnosić się do praw przysługujących osobie prawnej, a nie innym

podmiotom, uwzględniając okoliczności niniejszej skargi – spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Skarga konstytucyjna nie jest bowiem środkiem prawnym o cechach *actio popularis*.

Odnosząc poczynione ustalenia do realiów niniejszej sprawy Sejm uważa, że osobie prawnej, jaką jest skarżąca – *a natura rei* – nie przysługuje prawo do ochrony zdrowia (por. wyrok TK z 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03). Z poglądem tym skądinąd utożsamia się inicjatorka postępowania, wskazując, że „[w] tej płaszczyźnie oceny generalnego zakazu reklamy aptek nie chodzi naturalnie wprost o ochronę praw samej skarżącej, której – jako osobie prawnej – nie przysługuje konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia” (skarga, s. 33). W świetle powyższego, doceniając troskę skarżącej o zagwarantowanie należytego poziomu ochrony zdrowia jej klientów (zob. skarga, s. 33-38), należy jednak sformułować wniosek o niedopuszczalności merytorycznego rozstrzygnięcia przez Trybunał Konstytucyjny w zakresie zgodności zaskarżonego przepisu z art. 68 ust. 1 Konstytucji. Stąd też, w konsekwencji Sejm wnosi o **umorzenie postępowania** w tym zakresie.

10. Skarżąca w piśmie procesowym z 20 grudnia 2017 r., uzupełniła złożoną skargę konstytucyjną o dodatkowe argumenty.

W świetle art. 77 ust. 1 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, skarga konstytucyjna może być wniesiona po wyczerpaniu drogi prawnej, o ile droga ta jest przewidziana, w ciągu 3 miesięcy od dnia doręczenia skarżącemu prawomocnego wyroku, ostatecznej decyzji lub innego ostatecznego rozstrzygnięcia. Problematyka warunków złożenia skargi konstytucyjnej znalazła wyraz w najnowszym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, w którym podkreślono się iż „trzymiesięczny termin nie podlega przywróceniu”, ma „charakter materialnoprawny i jest terminem zawitym”, wyznaczając „granice czasowe dla podjęcia przez skarżącego obrony przysługujących mu wolności i praw przez zakwestionowanie w skardze konstytucyjnej generalnego aktu normatywnego” (postanowienie TK z 19 czerwca 2015 r. sygn. akt Ts 116/15, por. też powoływane tam postanowienia TK z: 5 października 1999 r., sygn. akt Ts 74/99; 17 stycznia 2001 r., sygn. akt Ts 123/00; 5 kwietnia 2006 r., sygn. akt Ts 46/06; 4 marca 2008 r., sygn. akt Ts 223/07; 18 grudnia 2013 r., sygn. akt Ts 292/13). Trybunał – w postanowieniu z dnia 18 marca 2015 r. (sygn. akt Ts 43/15) – podkreślił,

iż „skarga konstytucyjna może być wniesiona po wyczerpaniu drogi prawnej, o ile droga ta jest przewidziana, w ciągu trzech miesięcy od doręczenia skarżącemu prawomocnego wyroku, ostatecznej decyzji lub innego ostatecznego rozstrzygnięcia”, a „na skarżącym spoczywa obowiązek wskazania, jakie konstytucyjne wolności i prawa zostały naruszone, oraz uprawdopodobnienia tego naruszenia. Niespełnienie powyższego warunku, podobnie jak oczywista bezzasadność skargi konstytucyjnej, skutkuje odmową nadania jej dalszego biegu”.

Z analizy skargi konstytucyjnej wynika, że NSA wyrokiem z grudnia 2014 r. (sygn. akt) oddalił skargę kasacyjną skarżącej od wyroku sądu pierwszej instancji. Wyrok sądu drugiej instancji, z którym skarżąca łączy naruszenie swych konstytucyjnych praw, został doręczony jej pełnomocnikowi 4 marca 2015 r. Zatem, od tego momentu należy liczyć termin do wniesienia skargi konstytucyjnej.

W świetle powyższego należy uznać, iż skarżąca nie dochowała ustawowego terminu do wniesienia dodatkowego pisma procesowego, stanowiącego uzupełnienie skargi konstytucyjnej o dodatkowe argumenty. Stąd też w ocenie Sejmu postępowanie w tym zakresie należy umorzyć z uwagi na niedopuszczalność wydania wyroku.

11. Rekapitułując ustalenia oraz uwzględniając wnioski o umorzenie postępowania, Sejm uznaje, że art. 94a ust. 1 u.p.f. powinien być oceniany w niniejszej sprawie z perspektywy art. 20 oraz art. 22, art. 49 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

IV. Wzorce kontroli

1. Podstawowym wzorcem kontroli wskazanym przez skarżącą jest art. 20 Konstytucji, zgodnie z którym: „społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej” (por. np. P. Sarnecki, *Idee przewodnie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.* „Przegląd Sejmowy” 1997, nr 5, s. 15-16).

Należy przyjąć, iż porządek gospodarczy powinien „opierać się na istnieniu wolnego rynku”, przy czym rynek ten ma być „uporządkowany”. (zob. L. Garlicki,

M. Zubik, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, red. L. Garlicki, M. Zubik, t. I, Warszawa 2016, uwaga 5 do art. 20, s. 5.). Służy to powiem temu aby „państwo mogło realizować swoją odpowiedzialność urzeczywistniania zasad sprawiedliwości społecznej”. Przy czym podkreślenia wymaga, iż: „nie wszystkie stosunki społeczne mogą być pozostawione wolnej grze rynkowej. Władze publiczne muszą bowiem mechanizmy te korygować przez pryzmat innych wartości lub zasad konstytucyjnych, jak chociażby ochrona godności człowieka, sprawiedliwość społeczna czy dialog społeczny. (...) Ustrojodawca nakazuje jednak władzom publicznym pełnić funkcję regulacyjną. Mają one za zadanie chronić obywateli przed «nieuczciwymi praktykami rynkowymi»" (zob. L. Garlicki, M. Zubik, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, t. I, Warszawa 2016, uwaga 5 do art. 20). Zatem ustawodawca, konstruując system prawa, powinien umiejętnie chronić wolność przedsiębiorców nie tracić z pola widzenia potrzeby objęcia ochroną obywateli przed przedsiębiorcami monopolistycznymi (B. Zdziennicki, *Znaczenie publicznoprawnej ochrony konkurencji dla praw jednostek* [w:] *Wokół wybranych problemów konstytucjonalizmu. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Bałabana*, red. J. Ciapała, P. Mijał, Warszawa 2017, s. 354-355). W realizacji zasady społecznej gospodarki rynkowej kluczową rolę mają do odegrania szczególności szeroko rozumiane organy państwowe, w tym organy mające na celu zapewnienie bezpieczeństwa pacjentom poprzez sprawowanie nadzoru i kontroli nad wytwarzaniem i obrotem produktami leczniczymi.

Ponieważ zarzuty sformułowane przez skarżącą odnoszą się „wolności działalności gospodarczej”, stąd też dalsze rozważania będą ograniczone do tego komponentu społecznej gospodarki rynkowej. Jest to wolność od „nadmiernej ingerencji państwa w prawa przedsiębiorców, jak i wolność pojmowana jako ochrona jednostek przed nadmiernym dyktatem rynku”, a „regulacje powinny przeciwdziałać nie tylko różnym praktykom monopolistycznym”, jak i „nadmiernej deregulacji i biernej postawie władz publicznych w zakresie pozytywnego oddziaływania na rynek” (B. Zdziennicki, *Znaczenie...*, s. 354).

W orzecznictwie trybunalskim przyjmuje się, iż pojęcie „wolność działalności gospodarczej” należy rozumieć zarówno jako wolność wyboru działalności gospodarczej, jak i wolność jej wykonywania (por. wyrok TK z 7 czerwca 2005 r., sygn. akt K 23/04; w piśmiennictwie zob. np. B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne...*, s. 200 i powoływany tam M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa

2005, s. 22). Wolność ta obejmuje możliwość podejmowania oraz prowadzenia działalności, której fundamentalnym celem jest osiągnięcie zysku. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż działalność gospodarcza z założenia ma zarobkowy charakter, polegając na „możliwości podejmowania decyzji gospodarczych, w tym przede wszystkim wyboru rodzaju (przedmiotu) działalności i wyboru prawnych form ich realizacji, oraz z natury rzeczy podejmowania różnego rodzaju działań faktycznych (prowadzenie produkcji, handlu, usług itp.) czy też dokonywania w sposób «zawodowy» określonych czynności” (zob. wyrok TK z dnia 11 marca 2015 r., sygn. akt P 4/14; zob. też: wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02). Natomiast ograniczenia wolności prowadzenia działalności gospodarczej to takie regulacje prawne, które formułują bezwzględne lub względne zakazy podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej (por. wyrok TK z 19 stycznia 2010 r., sygn. akt SK 35/08).

W orzecznictwie podkreśla się, że art. 20 Konstytucji dotyczący społecznej gospodarki rynkowej stanowi nie tylko określony model ekonomiczny, ale także „pożądany przez ustrojodawcę obraz ładu społecznego” (wyrok TK z 31 lipca 2015 r. sygn. akt K 41/12).

Zakłada się również, iż w ramach społecznej gospodarki rynkowej „państwo może ingerować w zależności od koniunktury lub recesji w stosunki gospodarcze, aby – po pierwsze – łagodzić skutki mechanizmów rynkowych w celu utrzymania równowagi makroekonomicznej, po drugie – programować i prognozować rozwój gospodarczy w skali makroekonomicznej, po trzecie – inspirować uczestników rynku do uwzględniania w swych działaniach także interesu państwowego, po czwarte – kreować działania równoważące rynek, a także pełnić funkcje ogólnospołeczne. Państwo może korygować prawa rynku w celu realizacji określonych potrzeb społecznych, niemożliwych do spełnienia przy swobodnym funkcjonowaniu praw rynkowych” (wyrok TK z 31 lipca 2015 r. sygn. akt K 41/12).

Stąd też, dokonując wykładni art. 20 Konstytucji, należy uwzględnić jego związek z art. 1, w świetle którego „Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli) i art. 2 Konstytucji, zakładający, iż „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Regulacje te powinny być kluczowym kryterium działania w przyjętym w ustawie zasadniczej modelu gospodarki. Dlatego też pojęcie „społecznej gospodarki rynkowej” zakłada również „przyjęcie współodpowiedzialności państwa za

stan gospodarki w postaci wymogu podejmowania działań, których celem jest łagodzenie społecznych skutków funkcjonowania gospodarki rynkowej”(wyroki TK z: 30 stycznia 2001 r., sygn. akt K 17/00; 31 lipca 2015 r. sygn. akt K 41/12).

2. W kontekście podejmowanego zagadnienia zasadne jest omówienie treści art. 20 Konstytucji w związku z art. 22 Konstytucji: „ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny” (w piśmiennictwie m.in.: A. Domańska, *Konstytucyjne podstawy ustroju gospodarczego Polski*, Warszawa 2001, s. 117; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2015, s. 201-202). W najnowszym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (wyrok TK z 6 grudnia 2016 r., sygn. akt SK 7/15) podkreśla się, iż treść normatywną art. 22 Konstytucji należy odczytywać w kontekście art. 20 Konstytucji.

Podkreślić należy, iż art. 22 Konstytucji „nie proklamuje bowiem samoistnie zasady wolności działalności gospodarczej”, a ponadto nie określa treści tej wolności oraz sfery działań, które są realizacją tej wolności, ale odnosi się do wymogów ograniczenia wolności działalności gospodarczej (por. też wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02). W świetle art. 22 Konstytucji „ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”. Wiele trudności w interpretacji wywołuje pojęcie „interesu publicznego”, bowiem stanowi typową klauzulę generalną (zob. L. Garlicki, K. Wojtyczek, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Komentarz, t. II, Warszawa 2016, uwaga 32 do art. 31). Ponadto Konstytucja wprowadza dodatkowy wymóg, aby był to interes „ważny”, pozostawiając daleko idącą swobodę procesowi tworzenia i stosowania prawa. Przyjmuje się, iż każdy ze szczegółowych interesów (wartości), o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści się w pojęciu „interesu publicznego”.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zwracano szczególne uwagę również na znaczenie art. 22 Konstytucji, dotyczącego wolności działalności gospodarczej w kontekście dopuszczalnych ograniczeń tej wolności. Artykuł ten określa w sposób kompleksowy formalne i materialne przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej. Przy czym „usprawiedliwić ingerencję w konstytucyjnie gwarantowaną wolność działalności gospodarczej może tylko „ważny interes publiczny”, z zachowaniem ustawowej formy tej ingerencji. Art. 22

Konstytucji jako *lex specialis* nie wyłącza jednak zupełnie stosowania art. 31 ust. 3 Konstytucji, przynajmniej w tym zakresie, w jakim „ważny interes publiczny” może być odniesiony odpowiednio do zasady proporcjonalności, wynikającej z art. 31 ust. 3 Konstytucji” (zob. wyrok TK z 6 grudnia 2016 r. sygn. akt SK 7/15; zob. też: wyrok pełnego składu z 11 marca 2015 r., sygn. P 4/14). W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazuje się też, iż uzasadnione jest również przyjęcie, „każdy przypadek konieczności ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści się w klauzuli «ważnego interesu publicznego» w rozumieniu art. 22 Konstytucji. Natomiast patrząc z drugiej strony stwierdzić należy, że w zakresie «ważnego interesu publicznego» mieszczą się również wartości niewymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W konsekwencji zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej jest, przynajmniej patrząc pod kątem materialnych podstaw (przesłanek) ograniczeń, szerszy od zakresu dopuszczalnych ograniczeń tych wolności i praw, do których odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji” (wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02).

Warto także zauważyć, iż w wyroku z 17 grudnia 2003 r. (sygn. akt SK 15/02) Trybunał wyjaśnił, że odwołanie się w art. 22 Konstytucji do kategorii „ważnego interesu publicznego” nie oznacza pozostawienia ustawodawcy zwykłego swobody określania rodzaju chronionego interesu. Podkreślić należy, iż w trakcie ustalania znaczenia „ważnego interesu publicznego” ustawodawca powinien uwzględnić inne regulacje konstytucyjne, a także hierarchię wartości wynikającą z zasady demokratycznego państwa prawnego. Stąd też w orzecznictwie zwraca się uwagę, iż „niezbędną przesłanką legalnego ograniczenia wolności działalności gospodarczej jest kwalifikowany rodzaj interesu publicznego”, a „konieczność limitowania tej wolności jest uzasadniona, o ile ustanawiane ograniczenia są zgodne z zasadą proporcjonalności”(wyrok TK z 31 lipca 2015 r. sygn. akt K 41/12). Podtrzymując dotychczasową linię orzecznictwa, TK stwierdził, że konieczność ograniczenia wolności działalności gospodarczej przechodzi test proporcjonalności, jeśli: zastosowane środki prowadzą i służą zamierzonym celom, są niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane i skutki ograniczeń są proporcjonalne (adekwatne) do ciężarów nakładanych na obywatela.

Ponadto Trybunał Konstytucyjny, w przywoływanym orzeczeniu z 13 października 2010 r. (sygn. akt Kp 1/09), podkreślił, iż do ustawodawcy zwykłego, ograniczającego wolność działalności gospodarczej, należy określenie

materialnoprawnych przesłanek ograniczenia wolności działalności gospodarczej, ustawodawca może odwoływać się, z powołaniem się na „ważny interes publiczny”, do wartości, które nie mieszczą się w przesłankach materialnych, określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, przesłanki materialne z poza art. 31 ust. 3 Konstytucji także powinny znajdować swoje zakotwiczenie w ustawie zasadniczej, ustawodawca musi uzasadnić, dlaczego na gruncie danej ustawy ograniczającej wolność działalności gospodarczej, materialne przesłanki, wychodzące poza art. 31 ust. 3 Konstytucji, stanowią „ważny interes publiczny”; w zakresie maksymalnego ograniczania wolności działalności gospodarczej, aktualny pozostaje zakaz naruszania istoty tej wolności z art. 31 ust. 3 Konstytucji (por.: L. Garlicki, M. Zubik, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Tom I, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, uwaga 17 do art. 22.)

W ocenie Trybunału interpretacja pojęcia „ważnego interesu publicznego” jest nierozdzielnie związana z wewnętrzną hierarchią wartości konstytucyjnych. W orzecznictwie konstytucyjnym przyjmuje się, że im cenniejsze jest dobro ograniczane i wyższy jest stopień tego ograniczenia, tym cenniejsza musi być wartość uzasadniająca ograniczenia (por. np. orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r. sygn. akt K 11/94; wyrok TK z 30 września 2008 r., sygn. akt K 44/07; wyrok z 26 maja 2008 r., sygn. akt SK 25/07).

3. Trzecim wzorcem kontroli jest zasada proporcjonalności, wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji, który stanowi: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Istotą tego unormowania jest wyznaczenie granic ingerencji władzy publicznej w sferę wolności i praw konstytucyjnych. Artykuł ten należy dotychczas traktować jako przepis wyjątkowy, bo zawężający zakres zastosowania wolności i praw konstytucyjnie gwarantowanych. Tym samym, przepis ten musi być interpretowany zgodnie z zasadami wykładni wyjątków, co oznacza przede wszystkim zakaz rozszerzającej interpretacji jego postanowień (zob. L. Garlicki, K. Wojtyczek, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, red. L. Garlicki,

M. Zubik, Komentarz, t. II, Warszawa 2016, uwaga 32 do art. 31, zob. też wyroki TK z: 12 lipca 2012 r., sygn. akt SK 31/10 oraz z 25 lipca 2013 r., sygn. akt P 56/11.

Artykuł ten należy interpretować z uwzględnieniem „całokształtu przepisów konstytucyjnych. Odniesienie do tych przepisów – niekoniecznie tylko tych, które odnoszą się do praw – może mieć zwłaszcza wpływ na sposób stosowania poszczególnych klauzul ograniczających oraz sposób wykładni pojęć w tych klauzulach zawartych” (zob. L. Garlicki, M. Zubik, Komentarz, t. II, Warszawa 2016, uwaga 22 do art. 31).

Wśród konstytucyjnych warunków limitujących kluczowe znaczenie kluczowe znaczenie w omawianej sprawie ma przesłanka zdrowia publicznego, którą należy „postrzegać w szerszym kontekście, m.in. jako obowiązek zapewnienia takiego kontekstu prawnego i społecznego, by zarówno usuwać zewnętrzne zagrożenia zdrowia jednostki (tu zwłaszcza chodzi o zwalczanie chorób zakaźnych, pomoc w sytuacjach nadzwyczajnych, opiekę medyczną – od strony obowiązków władz publicznych kwestie te są unormowane w art. 68), jak i eliminować pokusy skłaniające jednostkę do dobrowolnego niszczenia swojego” (zob. L. Garlicki, M. Zubik, Komentarz, t. II, Warszawa 2016, uwaga 37 do art. 31 i wyrok TK z 4 listopada 2014 r., sygn. akt SK 55/13). Przykładowo Trybunał Konstytucyjny akcentował m.in., że „przewidziana w art. 31 ust. 3 Konstytucji możliwość ograniczenia przez ustawodawcę zakresu korzystania z wolności ze względu na ochronę zdrowia może się odnosić zarówno do ochrony zdrowia całego społeczeństwa czy poszczególnych grup, jak i zdrowia poszczególnych osób. Zaskarżony w skardze konstytucyjnej przepis ustawy nakłada obowiązek stosowania pasów bezpieczeństwa w interesie użytkowników pojazdów, mając na względzie tak cenne dobra, jakimi są jego życie i zdrowie. Cel nakazu sformułowanego w art. 39 ust. 1 prawa o ruchu drogowym należy uznać zatem za usprawiedliwiony przesłanką ochrony zdrowia” (wyrok z 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05).

Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika również, że przesłanka „konieczności”, o której mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji, mieści w sobie trzy szczegółowe wymagania, jakie musi spełniać badane ograniczenie: przydatności, niezbędności i zbilansowania proporcjonalności *sensu stricto* (wyrok TK z 4 listopada 2015 r., sygn. akt K 1/14). Kryterium „konieczności” zastosowania ograniczenia oznacza spoczywający na ustawodawcy obowiązek wyboru najmniej uciążliwego

środka, tj. jeżeli ten sam cel możliwy jest do osiągnięcia przy zastosowaniu innego środka, nakładającego mniejsze ograniczenia na prawa i wolności jednostki, to zastosowanie przez ustawodawcę środka bardziej uciążliwego wykracza poza to, co jest konieczne, więc narusza konstytucję (wyroki TK z: 26 kwietnia 1999 r., sygn. akt K 33/98 oraz z 11 maja 1999 r., sygn. akt K 13/98; zob. też m.in. wyroki TK z: 23 czerwca 2009 r., sygn. akt K 54/07; 2 lipca 2009 r., sygn. akt K 1/07; 23 stycznia 2014, sygn. akt K 51/12).

4. Kolejnym z wzorców kontroli skarżąca uczyniła art. 49 Konstytucji, zgodnie z którym „[z]apewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony”.

W przepisie tym wskazano na trzy zagadnienia:

- a) wolność komunikowania się,
- b) ochronę tajemnicy komunikowania się,
- c) ograniczenie wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się.

Przy czym z punktu widzenia zarzutów skarżącej znaczenie będzie miał pierwszy aspekt. Wolność komunikowania się należy rozumieć jako swobodę porozumiewania się, obejmującą wszystkich uczestników tego procesu, którymi mogą być osoby fizyczne lub inne podmioty prawa prywatnego.

W piśmiennictwie podnosi się, iż w art. 49 Konstytucji chodzi „o możliwość wprowadzania przez ustawy określonych ograniczeń co do ich wysyłania: czy to pewnych rodzajów (np. prospektów reklamowych), czy przez pewnych nadawców (np. organizacje religijne i parareligijne), czy w końcu wobec określonych (potencjalnych) adresatów, z uwagi np. na ich stan zdrowia” (P. Samecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, t. II, Warszawa 2016, komentarz do art. 49).

Do katalogu podmiotów, którym przysługuje wolność i ochrona tajemnicy komunikowania zalicza się wszystkie jednostki oraz „w pewnym zakresie na omawianą wolność mogą powoływać się osoby prawne” (M. Wild [w:] *Konstytucja RP. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, t. I, Warszawa 2016, komentarz do art. 49). Natomiast zobowiązanymi do realizacji art. 49 Konstytucji RP są organy władzy publicznej. Przy czym obowiązek ten organów sprowadza się nie tylko do powstrzymania się od działań ingerujących w wolność i tajemnicę

komunikowania się, ale także na podejmowaniu działań, które w sposób rzeczywisty zagwarantują tę wolność i tajemnicę w relacjach horyzontalnych (M. Wild, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, t. I. Warszawa 2016, komentarz do art. 49).

Konstytucja dopuszcza możliwość ograniczenia wolności komunikowania się jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. Zatem ustawodawca zwykły może decydować o zakresie wolności komunikowania się pod warunkiem, że dokonuje w odpowiednim akcie, tj. rangi ustawy, z której wynikają – jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny – «określone przypadki» i «sposób ograniczenia» („wymóg konkretności, wyłączenie użycia w tych zakresach otwartych klauzul generalnych”) (wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04). Wolność komunikowania się, która przysługująca każdej jednostce, również osobie prawnej prawa prywatnego, może być wyłącznie ograniczona przez ustawy na warunkach art. 31 ust. 3 Konstytucji (P. Sarnecki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, t. II, Warszawa 2016, komentarz do art. 49).

5. Ostatnim wzorcem kontroli jest art. 54 ust. 1 Konstytucji, w myśl którego: „każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”. W artykule tym wyrażone zostały trzy odrębne wolności jednostki:

- a) wolność wyrażania swoich poglądów,
- b) wolność pozyskiwania informacji,
- c) wolność rozpowszechniania informacji.

W piśmiennictwie podnosi się, iż artykuł 54 Konstytucji pozostaje w związku z art. 14 Konstytucji, w świetle którego: „Rzeczpospolita Polska zapewnia wolność prasy i innych środków społecznego przekazu”. Obydwa przepisy mówią np. o „środkach społecznego przekazu” i wyrażają ich wolność. W ten sposób ustanowione w art. 54 ust. 1 artykuły wolności poprzez związanie ich z art. 14 Konstytucji posiadają również wymiar zasad ustrojowych, a nie tylko wymiar wolności jednostki. Wolność wynikająca z art. 14 Konstytucji skonkretyzowana jest w dyspozycji art. 54 Konstytucji, jest w istocie podkreśleniem szczególnego przejawu wolności, której dotyczy art. 54 ust. 1 (por. P. Sarnecki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Tom II, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, uwaga 4 do art. 54, zob. też: wyrok TK z 30 października 2006 r., sygn. akt.

P 10/06). Przyjmuje się, iż tzw. wolność słowa gwarantuje w szczególności „samodzielność podejmowania decyzji oraz autonomię działania, którą stanowi możliwość swobodnego poszukiwania, otrzymywania, wyrażania oraz rozpowszechniania informacji” (wyrok TK z dnia 12 maja 2008 r. sygn. akt SK 43/05; por. też: A. Frankiewicz, *Regulacja wolności wypowiedzi w polskim porządku prawnym* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 362 i n.). przy czym jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego „pozyskiwanie informacji nie musi implikować ich rozpowszechniania, które łączy się z partycypacją w przestrzeni społecznej. Tym samym zagwarantowano jednostce wolność wyboru w zakresie "głębokości" (intensywności) partycypacji w życiu społecznym. Korzystanie z wolności zagwarantowanej w art. 54 ust. 1 Konstytucji ma więc w tym znaczeniu ściśle osobisty wymiar” (wyrok TK z dnia 12 maja 2008 r. sygn. akt SK 43/05).

Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika także, że wolność informacyjna nie ogranicza się tylko do informacji i poglądów odbieranych jako przychylne albo postrzeganych jako obojętne, ale także obejmuje rozpowszechnianie informacji i idei dotyczących wszystkich spraw będących przedmiotem publicznego zainteresowania i mających publiczne znaczenie. W ocenie Trybunału pozostaje to w ścisłym związku z prawem opinii publicznej do otrzymywania informacji (zob. wyrok TK z 13 grudnia 2016 r. sygn. akt K 13/1).

W niniejszej sprawie istotne znaczenie mają: „wolność pozyskiwania informacji” oraz „wolność rozpowszechniania informacji”. Pierwsza z nich musi być traktowana jako możliwość „poszukiwania, zdobywania, a ponadto otrzymywania od innych podmiotów wiadomości dotyczących faktów, jak również ocen, opinii i poglądów, włączywszy informacje o charakterze komercyjnym (reklamowym), ale także wolność od przekazywania jednostce – wbrew jej wiedzy lub woli – takich treści”, natomiast „wolność rozpowszechniania informacji to możliwość przekazywania informacji mających charakter obiektywnych faktów, ale również ocen, opinii czy poglądów, na dowolny temat, w dowolnej formie i w dowolnie wybrany sposób” (wyrok TK z 4 listopada 2015 r., sygn. akt K 1/14). Przy czym odbiorcami treści, które są rozpowszechniane mogą być zarówno podmioty indywidualnie wybrane przez rozpowszechniającego, ale też niezindywidualizowani adresaci, do których informacje są kierowane za pośrednictwem środków masowego przekazu lub w inny

sposób (zob. wyroki TK z: 4 listopada 2015 r., sygn. akt K 1/14; 18 lutego 2014 r., sygn. akt K 29/12).

Z punktu widzenia podniesionego przez skarżącą zarzutu istotne znaczenia mają konstytucyjne możliwości ograniczenia tej wolności.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się stanowisko, zgodnie z którym wolność wypowiedzi, a „szczególnie wypowiedzi o charakterze reklamowym służących zachęceniu odbiorcy do określonego zachowania – nie jest absolutna” i „podlega ograniczeniom na zasadach przewidzianych w art. 31 ust. 3 Konstytucji” (wyrok TK z 4 listopada 2015 r., sygn. akt K 1/14).

V. Analiza zgodności

1. Wynikający ze skargi konstytucyjnej problem konstytucyjny sprowadza się do oceny, czy wyrażony w art. 94a ust. 1 u.p.f. zakaz reklamy aptek narusza przysługujące skarżącej konstytucyjne prawa i wolności przez nadmierną (nieproporcjonalną) ingerencję w wolność działalności gospodarczej oraz wolność rozpowszechniania komunikowania i rozpowszechniania informacji związanych z działalnością gospodarczą podmiotów prowadzących apteki?

Artykuł 94a u.p.f. został wprowadzony ustawą z dnia 30 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2007, Nr 75, poz. 492) w celu implementacji m.in. dyrektywy 2004/27/WE, i obowiązywał od dnia 1 maja 2007 r. Wynikający z niego zakaz dotyczył reklamy działalności aptek lub punktów aptecznych, skierowanej do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosi 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.

Wskazany artykuł został zmieniony z dniem 1 stycznia 2012 r. przez art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 122, poz. 696 ze zm.). W orzecznictwie sądów administracyjnych zwraca się uwagę, iż zakaz ten obejmuje aktualnie każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych (zob. wyrok NSA z 20 lipca 2017 r. sygn. akt II GSK 2963/15;

zob. też wyrok NSA z 14 stycznia 2015 r. o sygn. akt II GSK 2269/13). Argumentem przemawiającym za modyfikacją tego przepisu było w szczególności zwiększenie ochrony pacjentów przed negatywnymi skutkami reklamy aptek, wskazując, że „cele przedsiębiorców prowadzących apteki, w tym dążenie do maksymalizacji zysku, muszą być podporządkowane wymogom wynikającym z konieczności ochrony zdrowia pacjentów” (zob. wyrok NSA z 20 lipca 2017 r. sygn. akt II GSK 2963/15).

Zważywszy, iż rządowy projekt ustawy nie zawierał w pierwotnej wersji propozycji wprowadzenia zaskarżonego przepisu (por. druk sejmowy nr 3491/VI kad.), który został objęty procedowaniem dopiero na etapie prac parlamentarnych, uzasadnienie projektu ustawy refundacyjnej nie jest przydatne w ustaleniu *ratio legis* kontestowanej przez skarżącą regulacji. Propozycja wprowadzenia zakazu reklamy została zgłoszona jako poprawka poselska, inspirowana postulatami Naczelnej Izby Aptekarskiej (dalej: NIA). W celu rekonstrukcji jej *ratio* można wskazać przykładowo na pismo Ministra Zdrowia z 27 maja 2013 r. (nr MZ-PLO-079-16391-104/PR/13), z którego wynika, że całkowity zakaz „był inicjatywą która wyszła od środowiska aptekarskiego, a konkretnie od samorządu aptekarskiego”. Na tę okoliczność Ministerstwo Zdrowia przywołuje stanowisko Prezesa Naczelnej Izby Aptekarskiej znak L.dz.P-356/2010, w którym samorząd aptekarski proponował zmiany w zakresie reklamy aptek, jakie ostatecznie zostały uchwalone.

Warto również podkreślić stanowisko Naczelnej Rady Aptekarskiej, będącej organem NIA, z 11 kwietnia 2012 r. (nr VI/1/2012) w sprawie zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. W pkt 1 tego stanowiska NRA zaznacza, że: „zakaz reklamowania aptek (punktów aptecznych) stanowi najważniejszą podstawę i gwarancję prawidłowego funkcjonowania aptek, jako placówek ochrony zdrowia publicznego, oraz aptekarzy, jako przedstawicieli medycznego zawodu zaufania publicznego”. Ponadto z pkt 2 tego stanowiska NRA wynika, że zakaz ten „[...] stanowi efekt wieloletnich zabiegów samorządu aptekarskiego, dlatego też Naczelna Rada Aptekarska podejmuje wszelkie, prawem przewidziane działania w celu skutecznego egzekwowania ustanowionego zakazu”. W pkt 6 tego stanowiska NRA odwołuje się do Kodeksu Aptekarza Rzeczypospolitej, zgodnie z którym aptekarz „[...] nie może reklamować siebie oraz swoich usług. Aptekarz nie może uczestniczyć w reklamie usług farmaceutycznych, jak i promocji niezgodnej z prawem lub dobrymi obyczajami”.

Z przywołanych dokumentów jednoznacznie wynika, iż wprowadzenie zaskarżonego przepisu podyktowane było m.in. koniecznością zwiększenia ochrony pacjentów przed negatywnymi skutkami reklamy aptek, zwiększającymi w rzeczywistości popyt na szeroko rozumiane usługi farmaceutyczne świadczone w aptekach lub w punktach aptecznych. Trzeba bowiem odnotować, że Polska należy do grona krajów o najwyższej sprzedaży leków bez recepty. Zjawisku temu ma przeciwdziałać zakaz reklamy aptek i produktów leczniczych.

2. Przed przystąpieniem do oceny zgodności zaskarżonego przepisu należy ustalić jego treść, którą determinuje zakaz reklamy. W orzecznictwie trybunalskim przyjmuje się, iż 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” (wyrok TK z 4 listopada 2015 r., sygn. akt K 1/14).

Na poziomie ustawodawstwa zwykłego definicji reklamy dostarcza art. 4 pkt 17 z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1414). W świetle tego przepisu reklamą jest „przekaz handlowy, pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzający do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług; reklamą jest także autopromocja” (w piśmiennictwie por. E. Czarny-Drożdżejko [w:] *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*, red. E. Czarny-Drożdżejko, *komentarz do art. 4*, LexisNexis, 2014 (dostęp Lex, 22.11.2017 r.).

Pojęcie reklamy zawarte jest również w prawie farmaceutycznym, a konkretnie w art. 52 ust. u.p.f. w odniesieniu do produktu leczniczego. Zgodnie z tym przepisem: „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”. Słusznie podkreśla się, iż „zgodnie z zasadą racjonalnie działającego prawodawcy, należy przyjąć, że w obrębie danego aktu prawnego ustawodawca posługuje się jednakowo brzmiącymi terminami w takim samym znaczeniu, o ile sam nie wskaże inaczej” (wyrok NSA z 21 października 2014 r. sygn. akt II GSK 1336/13). Reguła ta również została wpisana do Zasad techniki prawodawczej (§ 147)

stanowiących załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (t.j. Dz. U. z 2016, poz. 283).

W procesie interpretacji tekstu prawnego nie można także pominąć wykładni systemowej wewnętrznej, która w przedmiotowej sprawie również ma zastosowanie. Stąd też, wychodząc z powyższych założeń, na podstawie definicji legalnej zawartej w art. 52 ust. 1 u.p.f. można stwierdzić, że „reklamą (jako taką) jest działalność sprzedawcy polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do określonego zachowania się nabywcy, mająca na celu zwiększenie jego obrotów” (wyrok NSA z 21 października 2014 r. sygn. akt II GSK 1336/13). Zatem w odniesieniu do „reklamy apteki lub jej działalności będzie to zachęcanie do korzystania z jej usług” (wyrok NSA z 21 października 2014 r. sygn. akt II GSK 1336/13).

Jednocześnie należy mieć na względzie, że „sprzedaż produktów leczniczych przez apteki (jak i innego rodzaju produktów) nie jest „służbą” lecz działalnością gospodarczą”, tj. jest „zarobkową działalnością wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły” (wyrok NSA z 21 października 2014 r. sygn. akt II GSK 1336/13). Zatem w obu przypadkach - zarówno w odniesieniu do reklamy produktu leczniczego, jak i reklamy apteki lub jej działalności - jest dążenie do zwiększania „przychodu względem przychodu prognozowanego, jaki byłby osiągnięty, gdyby nie podjęto działań reklamowych. Ustawodawca uznał jednak, że w przypadku produktu leczniczego odpowiednio ukształtowana działalność reklamowa może pociągać za sobą pewne korzyści społeczne, więc co do zasady dopuścił możliwość jej prowadzenia” (por. wyrok NSA z 21 października 2014 r. sygn. akt II GSK 1336/13).

Podobnie pojęcie reklamy rozumiane jest w późniejszym orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, dotyczącym nakazu zaprzestania prowadzenia niezgodnej z przepisami reklamy apteki, tj. jako zachęcanie poprzez różne metody i formy do korzystania z oferowanych przez nią usług w celu zwiększenia zysków (por. wyrok NSA z 4 września 2015 r. sygn. akt. II GSK 1844/14; zob. też: wyrok NSA z 3 lipca 2015 r., sygn. akt II GSK 2534/14; zob. też wyrok NSA z 19 listopada 2014 r., sygn. akt II GSK 1716/13).

Natomiast za reklamę produktów leczniczych nie uważa się korespondencji, której towarzyszą materiały informacyjne o charakterze niepromocyjnym niezbędne do udzielenia odpowiedzi na pytania dotyczące konkretnego produktu leczniczego, w tym produktu leczniczego dopuszczonego do obrotu bez konieczności uzyskania pozwolenia”. W tym kontekście „kolportaż dwumiesięcznika F. i list cenowych do

aptek oraz skrzynek pocztowych mieszkańców województwa podlaskiego słusznie został uznany za naruszenie zakazu reklamy aptek” (wyrok NSA z 20 lipca 2017 r. sygn. akt II GSK 2963/15).

W piśmiennictwie zwraca się uwagę, iż wyodrębnienie w art. 94a ust. 1 u.p.f. pojęcia reklamy apteki oraz reklamy jej działalności wskazuje, że przekaz reklamowy można zarówno odwoływać się przykładowo do samej nazwy placówki, a więc upowszechniać konkretną aptekę czy sieć aptek, jak i nawiązywać do działalności apteki, czyli usług farmaceutycznych świadczonych przez daną placówkę. Reklama ta może przyjmować różnorodne formy, np. „hasła, slogany, spoty TV, ulotki, bilbordy, foldery, gazetki, oferowanie bonów rabatowych, bonifikat, programów lojalnościowych zachęcających do skorzystania z usług farmaceutycznych konkretnej placówki” (zob. A. Rabiega-Przyłęcka, *Zakaz reklamy aptek w świetle art. 94a Prawa farmaceutycznego*, „Przegląd Prawa Publicznego”, nr11/2013, s. 70).

3. Do pełnego ustalenia treści analizowanego zakazu niezbędne jest wyjaśnienie znaczenia terminu „apteka”. W świetle prawa apteka jest: „placówką ochrony zdrowia publicznego, w której osoby uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne” (art. 86 ust. 1 u.p.f.), zaś nazwa apteka zastrzeżona jest wyłącznie dla miejsca świadczenia usług farmaceutycznych obejmujących: wydawanie produktów leczniczych i wyrobów medycznych, określonych w odrębnych przepisach; sporządzanie leków recepturowych, w terminie nie dłuższym niż 48 godzin od złożenia recepty przez pacjenta, a w przypadku recepty na lek recepturowy zawierający środki odurzające lub oznaczonej „wydać natychmiast” – w ciągu 4 godzin; sporządzenie leków aptecznych; udzielanie informacji o produktach leczniczych i wyrobach medycznych (art. 86 ust. 2 u.p.f.).

W odniesieniu do aptek szpitalnych usługą farmaceutyczną jest również: sporządzanie leków do żywienia pozajelitowego; sporządzanie leków do żywienia dojelitowego; przygotowywanie leków w dawkach dziennych, w tym leków cytostatycznych; sporządzanie produktów radiofarmaceutycznych na potrzeby udzielania świadczeń pacjentom danego podmiotu leczniczego; wytwarzanie płynów infuzyjnych; organizowanie zaopatrzenia szpitala w produkty lecznicze i wyroby medyczne; przygotowywanie roztworów do hemodializy i dializy dootrzewnowej; udział w monitorowaniu działań niepożądanych leków; udział w badaniach klinicznych prowadzonych na terenie szpitala; udział w racjonalizacji farmakoterapii;

współuczestniczenie w prowadzeniu gospodarki produktami leczniczymi i wyrobami medycznymi w szpitalu(art. 86 ust. 3 u.p.f.).

Apteki dzielą się na:

a) ogólnodostępne;

b) szpitalne, zaopatrujące jednostki organizacyjne publicznej służby krwi, o których mowa w art. 4 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi, szpitale lub inne przedsiębiorstwa podmiotów leczniczych wykonujących stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne;

c) zakładowe, zaopatrujące w podmiotach leczniczych wykonujących działalność leczniczą, utworzonych przez Ministra Obrony Narodowej i Ministra Sprawiedliwości, gabinety, pracownie, izby chorych i oddziały terapeutyczne, a także inne zakłady lecznicze podmiotów leczniczych wykonujących stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne (art. 87 ust. 1 u.p.f.).

Apteki ogólnodostępne przeznaczone są do:

a) zaopatrywania ludności w produkty lecznicze, leki apteczne, leki recepturowe, wyroby medyczne i inne artykuły,

b) wykonywania czynności określonych w ww. art. 86 ust. 1 i 2.

Prowadzenie działalności gospodarczej w formie apteki jest reglamentowane. Argumentem przemawiającym za wprowadzeniem regulacji o charakterze reglamentacyjnym było przede wszystkim wzmocnienie systemu ochrony zdrowia (art. 99 ust. 1 u.p.f.). Przykładowo, można wyróżnić wymogi dotyczące: doboru personelu (art. 88, art. 90, art. 92 i art. 96 u.p.f.), posiadania przez apteki ogólnodostępne produktów leczniczych i wyrobów medycznych (art. 95 u.p.f.), usytuowania aptek oraz rygorów lokalowych (art. 97 u.p.f.). Jednocześnie należy podkreślić, iż przepisy prawa farmaceutycznego przewidują sankcje za nieprzestrzeganie zakazu, o którym mowa art. 94a ust. 1 u.p.f. Wymienić tu zwłaszcza należy art. 129b ust. 1 u.p.f. wprowadzający karę pieniężną.

4. Podkreślenia wymaga, iż apteka ogólnodostępna jest przedsiębiorstwem w rozumieniu art. 55¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 459 ze zm.), tj. „zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej” (por. S. Rudnicki, R. Trzaskowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część Ogólna*, red. J. Gudowski, *Komentarz do art. 55 (1)*, Lexis

Nexis, 2014 (dostęp: Lex, 22.11.2017 r.). Przy czym zgodnie z art. 99 ust. 1 u.p.f. „apteka ogólnodostępna może być prowadzona tylko na podstawie uzyskanego zezwolenia”, zaś w świetle art. 99 ust. 2 u.p.f. „udzielenie, odmowa udzielenia, zmiana, cofnięcie lub stwierdzenie wygaśnięcia zezwolenia na prowadzenie apteki należy do uprawnień wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego”. Należy podkreślić, iż jedną z form reglamentacji działalności gospodarczej ze strony państwa są zezwolenia, których istota polega na obowiązku spełnienia prawnie określonych wymogów przez podmiot zainteresowany podjęciem określonej działalności i wykazaniu, że wypełnia on wiele warunków sprecyzowanych przez ustawodawcę. Celem tych obostrzeń jest ochrona państwa, jego obywateli oraz innych uczestników obrotu gospodarczego, a także życia, zdrowia oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego (por. J. Stefańczyk-Kaczmarzyk, [w:] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. M. Kondrat, komentarz do art. 99, Lex 2016 i powoływana tam pozycja: A. Jachowicz, *Zezwolenie na prowadzenie apteki jako przykład reglamentacji działalności gospodarczej* [w:] *Prawno-administracyjne ograniczenia podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej*, red. J. Kostrubiec, P. Szczęśniak, M. Zdyb, Lublin 2013). Dlatego też zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej wydawane jest na rzecz podmiotu spełniającego wymagania określone w przepisach prawa farmaceutycznego i w przepisach wykonawczych do tej ustawy. (por. B. Nowak-Chrzęszczyk, [w:] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. W. L. Olszewski, *Komentarz do art. 99*, Warszawa 2016 (dostęp: lex, 29.11.2017 r.).

5. Istotą pierwszego zarzutu sformułowanego pod adresem zakwestionowanej regulacji jest nieproporcjonalna ingerencja w wolność działalności gospodarczej, którą gwarantuje skarżącej art. 20 Konstytucji.

Kierując się zasadą proporcjonalności należy zwrócić uwagę na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia, wybierając rozwiązania możliwie najmniej uciążliwe dla określonych podmiotów, wobec których mają być zastosowane (por. orzeczenie TK z 31 stycznia 1996 r., sygn. akt K 9/95 oraz powoływana tam S. Wronkowska, *Zarys koncepcji państwa prawnego w polskiej literaturze politycznej i prawnej* [w:] *Polskie dyskusje o państwie prawa*, red. S. Wronkowska, Warszawa 1995, s. 74). Zatem ustawodawca ma prawo wyboru celu i środków, przy czym cel „powinien znajdować uzasadnienie w konstytucyjnej aksjologii, a środki powinny

pozostawać w odpowiedniej proporcji do zamierzonego rezultatu” (wyrok TK z 26 kwietnia 1999 r., sygn. akt K 33/98).

Przede wszystkim podkreślić należy, iż ograniczenie to spełnia wymóg formalny, bowiem wynika wprost z ustawy.

Przechodząc do oceny realizacji materialnych przesłanek limitowania wolności gospodarczej, Sejm wyraża pogląd, iż wprowadzenie zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności powinno być postrzegane jako legitymowane koniecznością zagwarantowania ochrony zdrowia publicznego i ochrony zdrowia ludzkiego. Przesłanka ta mieści się bowiem w kategorii tzw. „ważnego interesu publicznego”, o którym mowa w art. 22 i art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej.

Pojęcie zdrowia publicznego należy do pojęć wieloznacznych. Zwraca się uwagę, iż potrzeba ochrony zdrowia publicznego może uzasadniać bardzo szeroką kryminalizację, a „trudność w wyznaczaniu granic pojęcia zdrowia publicznego i szerokość zakresu tego pojęcia wydają się zdecydowanie stanowić ułatwienie dla ustawodawcy w uzasadnieniu kryminalizacji czynów mających za przedmiot środki odurzające lub substancje psychotropowe”. (zob. wyrok z 4 listopada 2014 r., sygn. akt SK 55/13 i wskazany tam K. Grabowski, *O pewnych cechach szczególnych przestępstw narkotykowych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, z. 2014, s. 109).

Podzielić należy stanowisko, że zdrowie publiczne należy postrzegać w szerszym kontekście, w szczególności „jako obowiązek zapewnienia takiego kontekstu prawnego i społecznego, by zarówno usuwać zewnętrzne zagrożenia zdrowia jednostki (tu zwłaszcza chodzi o zwalczanie chorób zakaźnych, pomoc w sytuacjach nadzwyczajnych, opiekę medyczną – od strony obowiązków władz publicznych kwestie te są unormowane w art. 68), jak i eliminować pokusy skłaniające jednostkę do dobrowolnego niszczenia swojego zdrowia (tu zwłaszcza chodzi o przeciwdziałanie narkomanii i innym nałogom)” (por. L. Garlicki, K. Wojtyczek, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Tom II, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, uwaga 37 do art. 31. Omawiana przesłanka była powoływana również m.in. dla uzasadnienia zakazu uprawy konopi, co znalazło wyraz w wyroku z 4 listopada 2014 r., sygn. akt SK 55/13, w którym Trybunał Konstytucyjny, analizując, czy ochronę zdrowia i porządku publicznego

można osiągnąć bez konieczności wprowadzania ograniczeń przewidzianych w zaskarżonych przepisach, podkreślił, iż „ustawodawca ma obowiązek preferować środki najmniej uciążliwe dla adresatów”, a „w wypadku zakwestionowanej regulacji, ustawodawca miał prawo założyć, że bez zastosowania tych środków (...) nie osiągnąłby celu ustawy - celu konstytucyjnie uzasadnionego”.

W wyroku z 9 lipca 2009 r., (sygn. akt SK 48/05), Trybunał Konstytucyjny wskazał, że przewidziana w art. 31 ust. 3 Konstytucji możliwość ograniczenia przez ustawodawcę zakresu korzystania z wolności ze względu na ochronę zdrowia może się odnosić zarówno do ochrony zdrowia całego społeczeństwa czy poszczególnych grup, jak i zdrowia poszczególnych jednostek. W polskiej literaturze prawa konstytucyjnego zauważa się, że przesłanka "ochrony zdrowia" może być rozumiana w dwóch aspektach. Ograniczenia mające na celu ochronę zdrowia można z jednej strony usprawiedliwić ochroną praw innych osób w kontekście szeroko rozumianego zdrowia publicznego, z drugiej zaś ochroną zdrowia osoby, której to ograniczenie dotyczy (por. K. Wojtyczek, *Granice...*, s. 192).

Prawo do ochrony zdrowia znajduje wyraz w Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia, w świetle której „zdrowie jest stanem zupełnej pomyślności fizycznej, umysłowej i społecznej, a nie jedynie brakiem choroby lub ułomności”, a „korzystanie z najwyższego, osiągalnego poziomu zdrowia jest jednym z podstawowych praw każdej istoty ludzkiej bez względu na rasę, religię, przekonania polityczne, warunki ekonomiczne lub społeczne”. Podobne stanowisko zajął polski ustrojodawca, który podkreśla, iż „każdy ma prawo do ochrony zdrowia” (art. 68 ust. 1 Konstytucji), a „władze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi” (art. 76 Konstytucji).

Zatem rozstrzygając kolizję zasad konstytucyjnych, należy brać pod uwagę zarówno okoliczności prawne (np. miejsce i *ratio* konfrontowanych zasad w Konstytucji), jak też okoliczności faktyczne, które oddziałują na dobór środków umożliwiających władzy publicznej skuteczne wpływanie na niepożądane zjawiska (wyrok TK z 4 listopada 2014 r., sygn. akt SK 55/13). Nie ulega wątpliwości, iż ochrona zdrowia publicznego należy do kategorii przesłanek legitymujących do ograniczenia innego dobra. Dlatego też ustawodawca tworząc rozwiązania prawne powinien mieć na względzie np. usuwanie zewnętrznych zagrożeń zdrowia jednostki,

w tym eliminować pokusy skłaniające jednostkę do dobrowolnego niszczenia swojego zdrowia.

6. Przenosząc powyższe rozważania na grunt sprawy zawisłej przed TK należy wskazać, że na zdrowie publiczne składa się także samoleczenie. Światowa Organizacja Zdrowia również dostrzegła ten kierunek i potwierdza jego ważną rolę w systemach opieki zdrowotnej i kształtowaniu zdrowia publicznego. „Samoleczenie jest [...] rozumiane jako styl życia polegający na unikaniu zagrożeń dla zdrowia, stosowanie odpowiednich ćwiczeń fizycznych i diet, zachowanie dobrego zdrowia psychicznego oraz używanie leków, tak na receptę (brak kontroli lekarza), jak i leków bez recepty, odpowiedzialnie i odpowiednio” (K. Krajewski – Siuda, R. Chmura, K. Łach, *Samoleczenie jako problem zdrowia publicznego* [w:] *Samoleczenie*, red. K. Krajewski – Siuda, Warszawa 2012, s. 35). Należy odnotować, że w Polsce zjawisko to jest dość powszechne. Rozwinęło się gwałtownie w latach 90-tych „wraz ze zmianami społeczno-politycznymi, powstaniem wolnego rynku i pojawieniem się wielu nowych, ogólnodostępnych wyrobów farmaceutycznych. Do najczęstszych przyczyn stosowania samoleczenia należą: brak pieniędzy, oszczędność czasu, błahe dolegliwości, trudności w korzystaniu z systemu opieki zdrowotnej, brak satysfakcji z usług medycznych, czy uznanie samoleczenia jako środka szybszego i bardziej skutecznego” (L. Wdowiak, L. Kapka, *Samoleczenie a zdrowie publiczne* [w:] *Samoleczenie*, red. K. Krajewski – Siuda, Warszawa 2012, s. 18).

Z drugiej jednak strony niesie ono ze sobą szereg niebezpieczeństw.

Po pierwsze, rosnąca dostępność i wybór leków bez recepty powodują, że Polacy często sięgają po te środki, unikając wizyty u lekarza.

Po drugie, „Niebagatelną rolę odegrały również wszechobecne reklamy różnego rodzaju środków, zachęcające do leczenia z pominięciem wizyty u lekarza. W chwili złego samopoczucia po leki dostępne bez recepty sięga 20 % Polaków (w 1991 roku - 4%)” (L. Wdowiak, L. Kapka, *Samoleczenie a zdrowie publiczne* [w:] *Samoleczenie*, red. K. Krajewski – Siuda, Warszawa 2012, s.19).

Po trzecie, „Jak wynika z praktyki leki dostępne bez recepty są traktowane przez wielu pacjentów jako całkowicie bezpieczne, co niestety w wielu przypadkach powoduje zmniejszenie czujności pacjentów w stosunku do ewentualnych działań niepożądanych oraz niekorzystnych interakcji z innymi równocześnie stosowanymi

przez pacjenta lekami. Jak wynika z dostępnych statystyk, polscy pacjenci lubią się leczyć i to nierzadko przy użyciu równocześnie kilku leków, co zwiększa ryzyko występowania niekorzystnych interakcji pomiędzy jednocześnie podawanymi lekami” (J. Woron, *Leki stosowane w samoleczeniu - bezpieczeństwo stosowania, niekorzystne interakcje* [w:] *Samoleczenie*, red. K. Krajewski – Siuda, Warszawa 2012, s. 121).

Po czwarte, samoleczenie powinno być stosowane w sposób świadomy i odpowiedzialny i nie może zastępować wizyty u lekarza. Nie służy osiągnięciu tego celu reklama leków i aptek, będąca narzędziem perswazyjnym, mającym kształtować pożądane przez przedsiębiorców zachowanie rynkowe pacjenta w postaci wzmożonego zainteresowania oferowanymi na rynku usługami i towarami. Podstawowym celem reklamy aptek oraz punktów aptecznych jest dążenie do maksymalizacji popytu na określony produkt oferowany w tych placówkach, tj. na zwiększenie dochodów ze sprzedaży produktów leczniczych. Konsekwencją tego stanu rzeczy jest nadmierna konsumpcja produktów leczniczych, niejednokrotnie oddziałujących negatywnie na stan zdrowia pacjentów.

Stąd też celem zaskarżonej regulacji jest z jednej strony ograniczenie spożycia przez pacjentów leków bez recepty, bowiem Polska należy do krajów o najwyższym wskaźniku ich sprzedaży. Dotychczasowe bowiem rozwiązania o charakterze ograniczającym [zakaz reklamy leków – uwaga własna] okazały się niewystarczające. Z drugiej strony, celem zakazu reklamy leków jest umocnienie przekonania wśród pacjentów o konieczności konsultacji medycznej z lekarzem, a następnie korzystanie z usług apteki. W ocenie Sejmu wprowadzony w art. 94a ust. 1 u.p.f. mechanizm spełnia kryterium przydatności, bowiem umożliwia realizację celów zakładanych przez ustawodawcę, do których należy zaliczyć m.in. ochronę zdrowia, a nawet ochronę życia poprzez ograniczenie spożycia leków.

W przywoływanym już orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego (wyrok z 17 sierpnia 2016 r. sygn. akt II GSK 2706/14), słusznie podkreśla się, iż przepisy prawa farmaceutycznego, które zakazują reklamy aptek, ograniczając swobodę działalności gospodarczej pozostają „w dopuszczalnej przez Konstytucję formie i zakresie”, bowiem w ramach pojęcia „ważnego interesu publicznego, o którym mowa w art. 22 Konstytucji, mieści się, według Sądu, niewątpliwie ochrona zdrowia ludzkiego”. W uzasadnieniu tego orzeczenia Naczelny Sąd Administracyjny wrócił uwagę na trzy istotne kwestie w kontekście podejmowanego zagadnienia.

Po pierwsze, że ochrona zdrowia „może doznać uszczerbku nie tylko wskutek braku dostatecznego dostępu do leków, ale również wtedy, gdy dostęp do leków jest zbyt łatwy, prowadzący w rezultacie do ich nadużywania. Do tego prowadzi zaś niewątpliwie nadto obecna i sugestywna reklama zarówno leków, jak i aptek – miejsc w których leki są oferowane do sprzedaży”.

Po drugie, Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, iż „leki nie są zwykłym towarem rynkowym”, a ich obrót „musi być i jest reglamentowany przez państwo”. W ocenie NSA „prowadzący taką działalność nie mogą się cieszyć pełną wolnością gospodarczą. Wzorzec dotyczący działalności gospodarczej określony w art. 20 Konstytucji wymaga w tym przypadku, co oczywiste, korekty przewidzianej w art. 22 Konstytucji. Ustawodawca, ograniczając dopuszczalność reklamy leków i zakazując reklamy aptek, ma na uwadze ochronę zdrowia ludzkiego, kieruje się więc ważnym interesem publicznym w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP”.

Po trzecie, Naczelny Sąd Administracyjny przesądził, iż w prawidłowo funkcjonującym „[...] systemie ochrony zdrowia powinny bowiem funkcjonować mechanizmy, które pozwalają na zakup leków wtedy, kiedy są one rzeczywiście niezbędne, a nie wtedy, gdy pojawia się taka pokusa wywołana reklamą. Z tych powodów reklamy leków i aptek nie można uznać za działalność jednoznacznie nakierowaną na dobro pacjentów. Z powyższych przyczyn, zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego, zawarty w art. 94a ustawy – Prawo farmaceutyczne zakaz reklamy aptek nie jest sprzeczny z zasadą wolności działalności gospodarczej, podlegającą ograniczeniom przewidzianym w art. 22 Konstytucji”.

Warto również odwołać się do uzasadnienia wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 sierpnia 2016 r. (sygn. akt II GSK 120/15). Naczelny Sąd Administracyjny podzielił pogląd wyrażony w wyroku tego Sądu z dnia 3 lutego 2016 r. (sygn. akt II GSK 2356/14), „że gdyby nawet przyjąć, iż ustanowiony w prawie krajowym zakaz reklamy aptek, odnoszący się bez wyjątku do wszystkich podmiotów gospodarczych, prowadzących taką działalność mieści się w pojęciu ograniczeń, o których mowa w art. 35 TFUE, to należy zwrócić uwagę na to, że zakaz zawarty w tym przepisie nie ma charakteru bezwzględnego, o czym świadczy treść art. 36 Traktatu. Wypada również przypomnieć, że w Unii Europejskiej handlu lekami nie traktuje się na zasadach pełnej swobody działalności gospodarczej, o czym świadczy chociażby dyrektywa 2006/123 z 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dz.U.UE.L 2006, nr 376)”. Naczelny Sąd Administracyjny

zaznaczył, iż w „pkt 17 Preambuły do tej Dyrektywy postanowiono, że obejmuje ona jedynie usługi, które są świadczone z powodów ekonomicznych”, a w „art. 2 ust. 2 lit. f tej dyrektywy wyraźnie zaś stwierdzono, że nie ma 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 (wyrok NSA z dnia 25 sierpnia 2016 r. sygn. akt II GSK 120/15). Słusznie podkreśla Naczelny Sąd Administracyjny, iż potwierdzenie tego stanowiska zawiera ustawa z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 2016, poz. 893 z późn. zm.), uchwalona w celu implementowania powyższej dyrektywy. Ustawodawca postanowił w art. 3 ust. 1 pkt 17, że tej ustawy nie stosuje się do świadczenia usług, o których mowa w ustawie - Prawo farmaceutyczne” (wyrok NSA z dnia 25 sierpnia 2016 r. sygn. akt II GSK 120/15).

Sejm, mając na względzie dobro pacjentów, dostrzega potrzebę zminimalizowania niekorzystnych skutki mechanizmów wolnorynkowych w zakresie działalności aptek i punktów aptecznych i podziela zaprezentowane wyżej stanowiska Naczelnego Sądu Administracyjnego. Ponadto Sejm przykładowo wskazuje na art. 49 ust. 3 z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (t.j. Dz. U. z 2017r. poz. 1844 ze zm.), zgodnie z którym zakazuje się przedsiębiorcy zajmującemu się wytwarzaniem lub obrotem lekami, środkami spożywczymi specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyrobami medycznymi podlegającymi refundacji: podmiotowi prowadzącemu aptekę, kierownikowi apteki lub osobie wydającej leki, środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyroby medyczne objęte refundacją, w związku z realizacją recept na refundowane leki, środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyroby medyczne – sprzedaży uwarunkowanej, upustów, rabatów, bonifikat, pakietów i programów lojalnościowych, darowizn, nagród, wycieczek, gier losowych, zakładów wzajemnych, wszelkich form użyźnień, transakcji wiązanych, wszelkiego rodzaju talonów i bonów, a także udzielania innych niewymienionych z nazwy korzyści majątkowych lub osobistych dla świadczeniobiorców oraz osób uprawnionych.

Jednocześnie Sejm zwraca uwagę, iż zakaz reklamy „komercyjnej”, wynikającej z art. 94a ust. 1 u.p.f., dotyczy wszystkich aptek i punktów aptecznych, a biorąc pod

uwagę powszechny do nich dostęp, uznać należy, że nie stanowi nadmiernego ciężaru w dostępie do nich. Zatem osoby zainteresowane mogą w sposób w pełni swobodny korzystać z oferowanych przez te podmioty usług.

Zdaniem Sejmu, przyjęty w art. 94a ust. 1 u.p.f. mechanizm jest niezbędny dla realizacji zakładanego przez ustawodawcę celu, w tym sensie, że nie istnieje inny, mniej restrykcyjny środek, który pozwalałby na osiągnięcie tego samego skutku. Zakaz ten wpisuje się w cały mechanizm obrotu lekami, umożliwiającą realizację konstytucyjnych standardów, w tym zwłaszcza ochrony zdrowia i życia oraz ochrony konsumentów przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu. W tym kontekście należy uznać za dopuszczalne ograniczenie wolności gospodarczej, bowiem zakazy prowadzenia komercyjnej reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności mają „stanowić gwarancję prawidłowego funkcjonowania aptek jako placówek ochrony zdrowia publicznego” (zob. A. Rabięga-Przyłęcka, *Zakaz reklamy aptek...*, s. 76).

Ponadto, mając na względzie priorytetowe znaczenie ochrony życia i zdrowia, przyjęć należy, iż działalność przedsiębiorców prowadzących apteki lub punkty apteczne, powinna podlegać reglamentacji i być podporządkowana wymogom wynikającym w szczególności z konieczności zagwarantowania na wysokim poziomie ochronę zdrowia pacjentów. To zaś w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż pacjent „nie powinien być narażony na często agresywne formy przekazu reklamowego” (zob. A. Rabięga-Przyłęcka, *Zakaz reklamy aptek...*, s. 76).

Jednocześnie Sejm podkreśla, że ustawodawca w art. 94a ust. 1 zd. drugie u.p.f. wprowadził zastrzeżenie, że „nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego”, a zatem ustawodawca wyłączył spod tego zakazu informacje o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Konstruując normę prawną z całego art. 94a ust. 1 u.p.f. należy sformułować wniosek, iż wypełnia ona tzw. kryterium konieczności, o którym mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji, bowiem ustawodawca wprowadza możliwości informowania o lokalizacji i godzinach prowadzenia aktywności przez apteki lub punkty apteczne.

W ocenie Sejmu takie rozwiązanie wypełnia standardy dotyczące ograniczania praw i wolności wynikające z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a jednocześnie wskazuje na stanowisko, że „obawy, iż art. 94a pr. farm. będzie stanowić przeszkodę do wypełniania przez farmaceutów ich obowiązku polegającego na sprawowaniu opieki

farmaceutycznej były nieuzasadnione. Zarówno organy inspekcji farmaceutycznej, jak i sądy administracyjne, w tym Naczelny Sąd Administracyjny, stanęły na stanowisku, że programy lojalnościowe odwołujące się do idei opieki farmaceutycznej nie mają nic wspólnego z tą ideą, zdecydowanie oddzielając pojęcie programu lojalnościowego, który ma na celu zwiększenie zysków apteki uczestniczącej w programie i tym samym, zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą, stanowi reklamę apteki, i jako taki jest nielegalny, od faktycznego świadczenia usługi opieki farmaceutycznej” (zob. K. Jasińska, *Zakaz reklamy aptek a opieka farmaceutyczna i programy lojalnościowe*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2015, nr 4, s. 121-122).

Ponadto podkreślić należy, iż „co do zasady” Minister Zdrowia pozytywnie ocenił „funkcjonowanie zakazu reklamy aptek i ich działalności jako środka, który doprowadził do zlikwidowania agresywnych praktyk reklamowych, prowadzących do zwiększania (i tak dużej) konsumpcji leków w Rzeczypospolitej Polskiej i degradacji funkcji, jaką powinna pełnić apteka w systemie opieki zdrowotnej”, zwracając uwagę jedynie, iż „przyjęty przepis nie powinien jednak 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” (Sprawozdanie z wykonania ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych przyjętego przez Radę Ministrów, s. 28 druk sejmowy nr 1377). Wydaje się jednak, iż podnoszenie przez apteki, czy punkty apteczne standardów świadczonych usług farmaceutycznych może odbywać się za pomocą różnych form i sposobów.

Sejm zwraca także uwagę na aspekt praktyczny dotyczący nadzoru nad przestrzeganiem zakazu prowadzenia reklamy aptek/punktów aptecznych oraz ich działalności. Jak wynika ze sprawozdania Rady Ministrów: „w latach 2012-2014 WIF wydali 410 decyzji zakazujących prowadzenia ww. reklamy. W tym samym okresie wydano 474 decyzje nakładające na apteki/punkty apteczne kary pieniężne. Oznacza to, że przypadki ujawnienia naruszeń omawianego zakazu dotyczyły średnio 3 na 100 aptek/punktów aptecznych, bowiem wydanie decyzji nakazujących przedsiębiorcom zaprzestanie prowadzenia reklamy dotyczyło ok. 2,9% placówek, zaś kary pieniężne z tytułu naruszenia omawianego zakazu nałożono na ok. 3,3-3,4% placówek” (Sprawozdanie, s. 29).

W świetle tych danych można sformułować wniosek, iż odsetek przypadków ujawnienia naruszeń omawianego zakazu jest niewielki. Ponadto zakaz reklamy dotyczy wszystkich aptek lub punktów aptecznych, a – mając na względzie specyfikę gospodarki rynkowej – stwierdzić należy, iż nie stanowi nadmiernego ciężaru nałożonego na przedsiębiorców prowadzących apteki, którzy mogą, poprzez stosowanie ofert cenowych w aptekach lub punktach aptecznych, wpływać na poziom zainteresowania proponowanych przez nich produktów i usług, a w ten sposób dążyć do zwiększenia swoich zysków. Z tego też względu Sejm nie podziela poglądu skarżącej, iż stosowanie mechanizmu, o którym mowa w art. 94a ust. 1 u.p.f., „prowadzi wreszcie do istotnego ograniczenia czy wręcz zniesienia konkurencji na rynku aptecznym”, jak też, że: „kwestionowana regulacja praktycznie pozbawia apteki jakichkolwiek sposobów zabiegania o klienta i konkurowania z ww. placówkami handlowymi” (skarga, s. 12).

Sejm podkreśla, że art. 94a ust. 1 u.p.f. nie prowadzi do zamrożenia opieki farmaceutycznej, która należy do obowiązków aptek (punktów aptecznych). W świetle art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1496; dalej: u.i.a.), „wykonywanie zawodu farmaceuty ma na celu ochronę zdrowia publicznego i obejmuje udzielanie usług farmaceutycznych polegających w szczególności na: sprawowaniu opieki farmaceutycznej polegającej na dokumentowanym procesie, w którym farmaceuta, współpracując z pacjentem i lekarzem, a w razie potrzeby z przedstawicielami innych zawodów medycznych, czuwa nad prawidłowym przebiegiem farmakoterapii w celu uzyskania określonych jej efektów poprawiających jakość życia pacjenta”.

W orzecznictwie podkreśla się, iż: „zawód farmaceuty powinien być wykonywany zgodnie z przepisami prawa, w tym również w zakresie przestrzegania zakazu reklamy w związku z nakazem najwyższej ochrony «szczególnych konsumentów», jakimi są pacjenci, a ustawowe obowiązki nałożone na farmaceutów powinny być przez nich wykonywane rzetelnie, pod rygorem odpowiedzialności zawodowej” (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 27 stycznia 2016 r. sygn. akt VI SA/Wa 2268/15).

W świetle powyższego wyprowadzić należy wniosek, iż zadaniem farmaceuty, a nie apteki jest sprawowanie opieki farmaceutycznej. Stąd też twierdzenie skarżącej, że zaskarżona regulacja „uniemożliwia aptekom podejmowanie działań, które służyłyby interesom zdrowotnym pacjentów,

a pacjentom uzyskanie w aptekach informacji i świadczeń, które są im niezbędne dla ochrony zdrowia” oraz „realnie pogarsza sytuację pacjentów w obszarze ochrony zdrowia” (skarga, s. 34-35) nie znajduje uzasadnienia i trudno doszukiwać się w tym przypadku ingerencji w prawa skarżącej.

Nie ulega wątpliwości, iż państwo powinno wpływać na stosunki gospodarcze, aby m.in. – jak słusznie podkreślił Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku w sprawie spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych – „inspirować uczestników rynku do uwzględniania w swych działaniach interesu państwowego”, a także „kreować działania równoważące rynek, a także pełnić funkcje ogólnospołeczne. Państwo może korygować prawa rynku w celu realizacji określonych potrzeb społecznych, niemożliwych do spełnienia przy swobodnym funkcjonowaniu praw rynkowych” (wyrok TK z 31 lipca 2015 r., sygn. akt K 41/12).

W ocenie Sejmu stanowisko to można przenieść odpowiednio na grunt prawa farmaceutycznego. Mianowicie, przyjąć należy, iż wprowadzony mechanizm, o którym mowa w art. 94a ust. 1 u.p.f., pozytywnie wpisuje się w działania państwa mające na celu korygowanie prawa rynku i osiąganie określonych potrzeb społecznych, które byłyby niemożliwe do realizacji przy założeniu swobodnego funkcjonowania praw rynkowych. Do takich potrzeb należy m.in. dążenie w kierunku zapewnienia szczególnej ochrony zdrowia i ochrony konsumentów przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu poprzez mechanizm reklamowania aptek. Sejm, mając to na względzie uznaje, iż przyjęty mechanizm prawny wypełnia wymogi, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

7. Istota drugiego zarzutu niekonstytucyjności wiąże się z nadmierną ingerencją prawodawcy w wolność rozpowszechniania informacji, której źródłem jest art. 54 ust. 1 i art. 49 Konstytucji. W ocenie Sejmu, art. 94a ust. 1 u.p.f. zgodny jest z art. 49 i art. 54 ust. 1 Konstytucji. Skarżąca podkreśla, że art. 94a ust. 1 u.p.f. prowadzi do bardzo daleko idącego ograniczenia, czy wręcz wyłączenia możliwości rozpowszechniania przez przedsiębiorców aptecznych informacji i wypowiedzi dotyczących prowadzonej przez nich działalności gospodarczej, w tym całkowitego wyłączenia możliwości prowadzenia reklamy gospodarczej (skarga, s. 31-32). W ocenie Sejmu w tym zakresie znajdują zastosowanie ustalenia dotyczące oceny zgodności zakwestionowanego przez skarżącą przepisu z zasadą wolności działalności gospodarczej (patrz pkt V. 5-6).

Odnosząc poczynione ustalenia dotyczące art. 54 ust. 1 i art. 49 Konstytucji do zaskarżonego art. 94a ust. 1 u.p.f. Sejm zwraca uwagę, iż w ustawodawca w zdaniu drugim tego przepisu przesądza, że: „nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego”. Stąd też wymaga rozróżnienia pomiędzy reklamą a informacją. Reklama zawiera element o charakterze perswazyjnym. Mianowicie rozstrzygające znaczenie ma to, czy przekaz przez odbiorców może być przyjęty jako zachęcający do kupna (wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., sygn. akt. II CSK 289/07). W ocenie Sądu Najwyższego podkreślono, że „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” (wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., sygn. akt. II CSK 289/07).

Zatem określona wypowiedź jest reklamą, kiedy „nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru - taki cel przyświeca nadawcy wypowiedzi i tak odbiera ją przeciętny odbiorca, do którego została skierowana”, np. różnego rodzaju promocje, w tym cenowe będą reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje (wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., sygn. akt. II CSK 289/07). Przy tym założenie nie są reklamą np. listy cenowe, zawierające „jedynie informację o cenach towarów lub usług i są publikowane wyłącznie po to, by podać do publicznej wiadomości ceny określonych produktów” (wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., sygn. akt. II CSK 289/07). Dla przykładu w ocenie Sądu Najwyższego „stanowi reklamę zarówno leków, jak i sprzedającej je apteki przedstawienie listy leków o obniżonej, promocyjnej cenie, wykazanej przez porównawcze zestawienie ceny niższej, stosowanej przez aptekę, obok ceny wyższej, określonej jako «cena typowa», «cena stara» lub w inny sposób sugerujący, iż apteka okresowo sprzedaje lek po obniżonej, promocyjnej cenie. Taki przekaz nie jest jedynie neutralną listą cenową w rozumieniu art. 52 ust. 3 pkt 3 Pr.farm., gdyż przedstawia tylko listę leków o obniżonej, promocyjnej cenie i przez porównanie jej z ceną wyższą, stosowaną przez innych zbywców, ma zachęcić klientów do zakupu określonego leku u sprzedawcy stosującego cenę promocyjną” (wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., sygn. akt. II CSK 289/07).

Ponadto Sejm podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, iż „gdyby nawet przyjąć, że ustanowiony w prawie krajowym

zakaz reklamy aptek, odnoszący się bez wyjątku do wszystkich podmiotów gospodarczych, prowadzących taką działalność mieści się w pojęciu ograniczeń, o których mowa w art. 35 TFUE, to należy zwrócić uwagę na to, że zakaz zawarty w tym przepisie nie ma charakteru bezwzględnego, o czym świadczy treść art. 36 Traktatu. W Unii Europejskiej handlu lekami nie traktuje się na zasadach pełnej swobody działalności gospodarczej, o czym świadczy chociażby dyrektywa 2006/123 z 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dz. U. UE L 2006, nr 376). W pkt 17 Preambuły do tej Dyrektywy postanowiono, że obejmuje ona jedynie usługi, które są świadczone z powodów ekonomicznych”, a „w art. 2 ust. 2 lit. f) tej dyrektywy wyraźnie zaś stwierdzono, że nie ma 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” (wyrok NSA z 16 grudnia 2014 r. sygn. akt II GSK 2023/13).

Sejm zwraca również uwagę, iż zakwestionowany przez skarżącą przepis koresponduje z wytycznymi przyjętymi w uchwale Nr VI/25/2012 VI Krajowego Zjazdu Aptekarzy z dnia 22 stycznia 2012 r. w sprawie przyjęcia Kodeksu Etyki Aptekarza Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z art. 19 tej uchwały aptekarz nie reklamuje siebie oraz swoich usług oraz „nie uczestniczy w reklamie usług farmaceutycznych, jak i ich promocji niezgodnej z prawem lub dobrymi obyczajami”, a także „unika działalności przyczyniającej się do zwiększania konsumpcji produktów leczniczych”. Natomiast z art. 23 przedmiotowej uchwały wynika, że „aptekarz wypełnia obowiązki z najwyższą starannością, kierując się uchwałami i postanowieniami władz oraz dobrze rozumianymi zadaniami i interesami samorządu”.

W świetle powyższego należy przyjąć, iż zaskarżone rozwiązanie jest skutecznym instrumentem umożliwiającym ograniczenie perswazyjnego wpływu reklamy na decyzję konsumentów. Tego celu nie można osiągnąć mniej inwazyjnymi środkami. W tym zakresie znajdują odpowiednio zastosowanie wskazane powyżej argumenty w ramach analizy w kontekście zgodności zaskarżonego w skardze konstytucyjnej przepisu z art. 20 w związku z art. 22 Konstytucji.

8. Z uwagi na tożsamość przedmiotu oraz wzorców kontroli konstytucyjności, Sejm wnosi o wystąpienie do Prezesa Trybunału Konstytucyjnego o rozważenie możliwości zarządzenia łącznego rozpoznania niniejszej skargi konstytucyjnej i skarg konstytucyjnych dotyczących tej samej materii: o sygn. akt SK 11/16 i o sygn. akt SK 23/15.

Mając na uwadze powyższe, Sejm wnosi jak na wstępie.

MARSZAŁEK SEJMU



Marek Kuchciński