SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
Sygn. akt SK 11/16
BAS-WPTK-1410/16

Warszawa, 8 listopada 2017 r.

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY
K A N C E L A R I A
wpł. dnia 09. 11. 2017
L.dz. ..... L. zał. .....

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 F z siedzibą we W z 15 stycznia 2016 r. (sygn. akt SK 11/16), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 2142, ze zm.) w brzmieniu nadanym 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.), **jest zgodny** z art. 20, art. 22 oraz z art. 54 ust. 1 Konstytucji.

Uzasadnienie

I. Stan faktyczny

1. Niniejsza sprawa została zainicjowana skargą konstytucyjną F z siedzibą we W (dalej: skarżąca) na tle następującego stanu faktycznego.

Decyzją z września 2012 r. (znak:) Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny stwierdził naruszenie przez skarżącą zakazu, o którym mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 2142, ze zm.; dalej: u.p.f.) oraz w konsekwencji nałożył na skarżącą, karę pieniężną w wysokości złotych. Decyzja Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego, utrzymana następnie w mocy przez kolejne instancje, stanowiła reakcję na informowanie przez skarżącą o prowadzonym przez nią programie dopłat do zakupów leków nierefundowanych i suplementów diety. Program ten polegał na możliwości skorzystania z zakupu leków po obniżonych cenach w stosunku do cen standardowych. Przy czym różnica pomiędzy ceną standardową a ceną po obniżce pokrywana była przez skarżącą z środków własnych, uzyskanych w ramach statutowej działalności skarżącej jako fundacji.

Od ww. decyzji skarżąca wniosła odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, który decyzją z listopada 2012 r. (znak:) uchylił zaskarżoną decyzję w całości i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia przez organ pierwszej instancji. Następnie, decyzją z stycznia 2013 r. (znak:), Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny ponownie stwierdził naruszenie przez skarżącą zakazu, o którym mowa w art. 94a ust. 1 u.p.f. oraz w konsekwencji nałożył na skarżącą karę pieniężną w wysokości złotych. Zgodnie z treścią wskazanej decyzji, działaniem, które naruszyło określony w art. 94a u.p.f. zakaz reklamy aptek było cykliczne kolportowanie informacji na terenie miasta Ł oraz na stronie internetowej zawierającej ofertę programu pomocy finansowej przy zakupie leków i suplementów diety, realizowanego przez F , adresowaną do pacjentów przedmiotowej apteki.

Od powyższej decyzji skarżąca wniosła odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, który decyzją z czerwca 2013 r. (znak:) utrzymał zaskarżoną decyzję w mocy.

Na powyższą decyzję skarżąca wniosła skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W , który wyrokiem z marca 2014 r. (sygn. akt) oddalił skargę. Skarżąca zakwestionowała powyższe orzeczenie, wnosząc skargę kasacyjną. Naczelny Sąd Administracyjny, wyrokiem z września 2015 r. (sygn. akt.), oddalił wskazaną skargę kasacyjną (uzasadnienie skargi konstytucyjnej, s. 2).

II. Przedmiot kontroli i zarzuty skarżącej

Jako przedmiot kontroli skarżąca podała art. 94a ust. 1 u.p.f.: „Zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego".

Zdaniem skarżącej „funkcjonujący w obecnym kształcie zakaz reklamy aptek nie spełnia wymogów w zakresie proporcjonalności ograniczenia do założonego celu i w konsekwencji pozostaje niezgodny z art. 20 i art. 22 Konstytucji oraz – skrajnie ograniczając możliwość informowania o działalności apteki lub działaniach odnoszących się do działalności apteki (np. dopłatach do cen leków) z art. 20 i 22 w zw. z art. 54 ust. 1 Konstytucji".

Skarżąca podniosła również, iż „zakaz reklamy aptek nie ma obiektywnego uzasadnienia w konieczności ochrony ważnego interesu publicznego, a jednocześnie wywiera szereg negatywnych skutków, ograniczając zdrową konkurencję, utrudniając aptekom normalne konkurowanie z placówkami obrotu pozaaptecznego, ograniczając możliwość skutecznego realizowania przez apteki zadań z zakresu ochrony zdrowia i utrudniając pacjentom możliwość uzyskania informacji o ofercie poszczególnych placówek aptecznych i wybór oferty dla nich najkorzystniejszej, jak również uniemożliwiając prowadzenie inicjatyw – również przez podmioty niebędące aptekami
– wspierające działania aptek czy służące pacjentom" (uzasadnienie skargi konstytucyjnej, s. 16-17).

Zatem argumenty skarżącej sprowadzają się do tego, że zaskarżony przepis nie spełnia tzw. testu proporcjonalności, przewidzianego w Konstytucji.

III. Analiza formalnoprawna

1. 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 (art. 77 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, Dz. U. poz. 2072; dalej: ustawa o organizacji i trybie postępowania przed TK).

Skarżąca złożyła skargę konstytucyjną do Trybunału Konstytucyjnego 15 stycznia 2016 r. (data nadania). Trybunał Konstytucyjny, postanowieniem z 17 czerwca 2016 r. (sygn. akt), nadał skardze konstytucyjnej dalszy bieg, bowiem spełniła warunki przewidziane do jej złożenia. W uzasadnieniu ww. postanowienia (s. 4 i 5). Trybunał podkreślił m.in., iż skarżąca wyczerpała przysługującą jej drogę prawną, ponieważ wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego – Izby Gospodarczej z września 2015 r.(sygn. akt) jest prawomocny i nie przysługują od niego żadne zwykłe środki zaskarżenia, dochowała trzymiesięcznego terminu do wniesienia skargi konstytucyjnej oraz wskazała wzorce kontroli.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że wniesiona skarga konstytucyjna przekazana do merytorycznego rozpoznania spełnia przewidziane prawem przesłanki.

2. Prokurator Generalny pismem przesłanym do Trybunału Konstytucyjnego września 2016 r. (sygn. akt. uznał, że „istnieją podstawy do przyjęcia, iż ustanowiony w art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego zakaz reklamy aptek nie stanowi środka nieefektywnego, nieproporcjonalnego ani też uciążliwego w stopniu większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego przez ustawodawcę, legitymowanego konstytucyjnie celu związanego z zapewnieniem

właściwego poziomu ochrony zdrowia" (stanowisko Prokuratora Generalnego z 6 września 2016 r., s. 28). W ocenie Prokuratora Generalnego, zaskarżony w skardze konstytucyjnej przez F z siedzibą we W art. 94a ust. 1u.p.f.jest zgodny z art. 20, art. 22 Konstytucji oraz z art. 54 ust. 1 Konstytucji.

IV. Wzorce konstytucyjne

1. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, iż wzorcem kontroli w postępowaniu ze skargi konstytucyjnej mogą być wyłącznie przepisy, które określają konstytucyjne wolności i prawa człowieka i obywatela (wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02; postanowienie TK z 24 października 2001 r., sygn. akt SK 10/01).

W niniejszej skardze konstytucyjnej wskazano jako wzorce kontroli: art. 20 i art. 22 Konstytucji, a także art. 20 i art. 22 w związku z art. 54 ust. 1 Konstytucji. W ocenie TK „przywołane przez skarżącą wzorce kontroli (art. 20 i art. 22 oraz art. 20 i art. 22 w związku z art. 54 ust. 1 Konstytucji) są adekwatne do sformułowanego zarzutu niekonstytucyjności i dopuszczalne w sprawie inicjowanej skargą konstytucyjną" (postanowienie TK z 17 czerwca 2016 r., sygn. akt Ts 18/16).

2. W kontekście podejmowanego zagadnienia zasadne jest omówienie treści art. 20 Konstytucji: „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej" w związku z art. 22 Konstytucji: „Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny". Tym bardziej, iż 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).

Podkreśla się w orzecznictwie, że w „płaszczyźnie konstytucyjnoprawnej społeczna gospodarka rynkowa jest wyznaczona, z jednej strony, przez podstawowe, tradycyjne elementy rynku w postaci wolności gospodarczej i własności prywatnej, z drugiej zaś przez solidarność społeczną, społeczny dialog i współpracę partnerów społecznych. W ujęciu art. 20 Konstytucji społeczna gospodarka rynkowa stanowi więc 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. 2Konstytucji, 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).

3. 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). 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 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, *uwaga 32 do art. 31* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, t. II, Warszawa 2016). 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", o którym mowa w art. 22 Konstytucji.

Pewne wątpliwości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego można dostrzec w zakresie dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej. Podkreśla się, że art. 22 Konstytucji, dotyczący wolności działalności gospodarczej ma szczególny charakter, jeśli chodzi o zakres dopuszczalnych ograniczeń tej wolności. Artykuł ten określa wyczerpująco i kompleksowo formalne i materialne przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej. Przyjmując, że wolność działalności gospodarczej jest jedną z konstytucyjnych praw i wolności jednostki, należy stwierdzić, iż „art. 22 Konstytucji stanowiąc *lex specialis* w stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji wyłącza jego stosowanie jako adekwatnego wzorca kontroli ustawowych ograniczeń wolności działalności gospodarczej" (wyrok TK 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02). W ocenie Trybunału Konstytucyjnego założenie takie jest uzasadnione, bowiem „art. 22 znajduje się w rozdziale I Konstytucji, w którym ustawodawca konstytucyjny umieścił najbardziej ogólne i najważniejsze zasady ustroju RP, zaś art. 31 ust. 3 w tej części tekstu Konstytucji, która zawiera zasady ogólne rozdziału II, a więc zasady o innym zakresie zastosowania niż zasady z rozdziału I Konstytucji. Jak z tego wynika wolność działalności gospodarczej, jako zasada ustroju RP ma inny, «szerszy» wymiar i inny stopień abstrakcji niż wolności i prawa konstytucyjne, wskazane w rozdziale II Konstytucji". Sejm przychyla się do wyrażonego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego stanowiska, zgodnie z którym „uzasadnione jest również przyjęcie, że – z jednej strony – każdy przypadek

konieczności ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści się w klauzuli «ważnego interesu publicznego» w rozumieniu art. 22 Konstytucji.

Z drugiej strony stwierdzić należy, że w zakresie «ważnego interesu publicznego» mieszczą się również wartości nie wymienione wart. 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 Konstytucyjny wyjaśnił, że odwołanie się w art. 22 Konstytucji do kategorii „ważnego interesu publicznego" nie oznacza pozostawienia ustawodawcy zwykłemu 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). Dał temu dobitnie wyraz Trybunał Konstytucyjny w pełnym składzie, w wyroku z 11 marca 2015 r. (sygn. akt P 4/14), stojąc na stanowisku, iż wprawdzie „art. 22 Konstytucji stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji", to wcale nie oznacza „zupełnego wyłączenia stosowania art. 31 ust. 3 Konstytucji przy ocenie ograniczeń wolności działalności gospodarczej", bo „art. 31 ust. 3 Konstytucji pozostaje bowiem adekwatnym wzorcem kontroli w zakresie, w jakim statuuje zasadę proporcjonalności, a więc «konieczności ograniczenia w demokratycznym państwie» (tak też TK np. w wyroku z 13 października 2010 r., sygn. akt Kp 1/09; wyroku z 8 lipca 2008 r., sygn. akt K 46/07), która mieści w sobie postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* wprowadzanych ograniczeń" (wyrok TK z 11 maja 1999 r., sygn. akt K13/98). Podtrzymując dotychczasową linię orzecznictwa, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że konieczność ograniczenia wolności działalności gospodarczej przechodzi test proporcjonalności, jeśli:

1) zastosowane środki prowadzą i służą do zamierzonych celów,

2) są niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane,

3) skutki ograniczeń są proporcjonalne (adekwatne) do ciężarów nakładanych na obywatela.

Z zasady proporcjonalności wynika bowiem wymóg doboru takiego środka ograniczenia wolności lub praw, który służyłby osiągnięciu zamierzonego celu, z uwzględnieniem postulatu adekwatności (tak np. wyroki TK z:11 marca 2015 r., sygn. akt P 4/14; 13 października 2010 r., sygn. akt Kp 1/09).

Ponadto Trybunał Konstytucyjny w 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. Przy czym 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 (zob. L. Garlicki, M. Zubik, *Komentarz do art. 22 Konstytucji* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016).

Podsumowanie ustaleń co do materialnej treści ograniczeń wolności działalności gospodarczej przyniósł wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 16 października 2014 r. (sygn. akt SK 20/12). Trybunał wskazał na cztery perspektywy oceny konstytucyjności przesłanek „ważnego interesu publicznego". Po pierwsze, interpretacja tego pojęcia nie może abstrahować od wartości, które chronione są zasadą demokratycznego państwa prawnego. Po drugie, nie będą naruszać art. 22 Konstytucji wyłącznie te ograniczenia wolności działalności gospodarczej, które służą jednocześnie ochronie bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź ochronie środowiska, zdrowia publicznego albo wolności i praw innych osób. Stąd też konieczne jest uwzględnienie treści wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Po trzecie, interpretacja pojęcia „ważnego interesu publicznego" jest nierozerwalnie 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. też 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 TK z 26 maja 2008 r., sygn. akt SK 25/07). Po czwarte, z uwagi na doniosłość wolności działalności gospodarczej, wynikający z art. 22 Konstytucji warunek, ze względu na który dopuszczalne jest ustawowe ograniczenie, nie podlega interpretacji rozszerzającej.

4. Jako kolejny wzorzec skarżąca wskazała art. 54 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym: „Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji". W orzecznictwie TK podkreśla się, iż art. 54 Konstytucji wyraża trzy odrębne wolności jednostki: wolność wyrażania swoich poglądów, wolność pozyskiwania informacji i wolność rozpowszechniania informacji (zob. wyrok TK z 20 lutego 2007 r., sygn. akt P 1/06).

Podkreślenia wymaga, iż wolności te mają kluczowe znaczenie w sferze indywidualnej, w której wiążą się z innymi wolnościami zapewniającymi jednostkom swobodę działania w życiu publicznym. Ponadto Trybunał podkreślał, 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 Konstytucyjnego pozostaje to w ścisłym związku z prawem opinii publicznej do otrzymywania informacji (zob. wyrok TK z 13 grudnia 2016 r., sygn. akt K 13/16).

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 możność 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.

Sejm przychyla się do wyrażonego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego stanowiska, 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). Zatem ograniczenia tej wolności powinny być ustanowione w ustawie oraz być konieczne w demokratycznym państwie z uwagi na ochronę takich wartości jak: bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, środowisko, moralność i zdrowie publiczne, a także wolności i prawa innych osób, a ponadto nie mogą naruszać istoty danej wolności lub prawa. 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).

Mając na względzie powyższe należy stwierdzić, iż traktowanie przez skarżącą art. 54 ust. 1 Konstytucji jako związkowego wzorca kontroli z art. 20 i art. 22 Konstytucji wydaje się nieuzasadnione, bowiem wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji ma charakter samodzielny i dopuszczalność ograniczeń tej wolności podlega wprawdzie ocenie, ale z perspektywy art. 31 ust. 3 Konstytucji.

V. Analiza zgodności

1. Przedstawiony w skardze problem konstytucyjny sprowadza się do oceny, czy wyrażony w art. 94a ust. 1 u.p.f. zakaz reklamy aptek skutkuje naruszeniem przysługujących skarżącej praw podmiotowych poprzez nadmierne (nieproporcjonalne) ograniczenie wolności działalności gospodarczej oraz wolności 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, w konsekwencji implementacji m.in. dyrektywy 2004/27/WE, i obowiązywał od dnia 1 maja 2007 r. Sformułowany w nim 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 na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach.

Artykuł ten 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.). Obecnie przewidując zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności, jednocześnie wskazuje, iż nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Oznacza to, że zakaz ten został rozszerzony w kierunku jakiejkolwiek reklamy aptek, punktów aptecznych oraz – co istotne – ich działalności (za: J. Stefańczyk-Kaczmarzyk, *Komentarz do art.94(a) ustawy – Prawo farmaceutyczne* [w:] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. M. Kondrat, Warszawa 2016, dostęp: Lex, 17.09.2017 r., zob. też powoływany tam wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 12 marca 2014 r., sygn. akt VI SA/Wa 1776/13). W orzecznictwie podkreśla się również, iż zakaz ten obejmuje aktualnie każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych (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). Wskazuje się, iż argumentem przemawiającym za zmianą przepisu było zwiększenie ochrony pacjentów oraz finansów publicznych 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 projekt z przedłożenia rządowego nie zawierał w swojej pierwotnej wersji propozycji wprowadzenia zakwestionowanego przepisu (por. druk sejmowy nr 3491/VI kad.), który został objęty procedowaniem na etapie prac

parlamentarnych, uzasadnienie projektu ustawy refundacyjnej nie jest przydatne w ustaleniu *ratio legis* kontestowanej przez skarżącą regulacji. W związku z tym, że analizowana poprawka została zgłoszona jako poprawka poselska, inspirowana postulatami Naczelnej Izby Aptekarskiej (dalej: NIA), dla rekonstrukcji jej *ratio* można odwołać się do wypowiedzi NIA w zakresie zakazu reklamy aptek oraz pisma Ministra Zdrowia z 27 maja 2013 r. (nr MZ-PLO-079-16391-104/PR/13). Ze stanowiska 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 wynika, że: „[z]akaz reklamy aptek (punktów aptecznych) oraz ich działalności stanowi efekt wieloletnich zabiegów samorządu aptekarskiego [...]", który „stanowi najważniejszą podstawę i gwarancję prawidłowego funkcjonowania aptek, jako placówek ochrony zdrowia publicznego, oraz aptekarzy, jako przedstawicieli medycznego zawodu zaufania publicznego". Z przytaczanych przez NIA argumentów wynika, że zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych, jak też ich działalności podyktowany jest koniecznością zwiększenia ochrony pacjentów oraz finansów publicznych przed negatywnymi skutkami reklamy aptek, zwiększającymi w rzeczywistości popyt na usługi farmaceutyczne świadczone w aptekach, bez faktycznego wskazania do korzystania z nich.

2. Z punktu widzenia podejmowanego tematu istotne znaczenie ma zdefiniowanie pojęcia „reklama". Problem w tym, iż ustawodawca nie formuje w art. 94a ust. 1 u.p.f. definicji pojęcia reklamy. Natomiast w art. 52 ust. 1 u.p.f. definiuje pojęcie reklamy produktu leczniczego jako: „działalność polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do stosowania produktu leczniczego, mająca na celu zwiększenie: liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych". Przy czym reklama obejmuje w szczególności reklamę produktu leczniczego kierowaną do publicznej wiadomości (art. 52 ust. 2 pkt 1). W tym punkcie warto odwołać się do zasady racjonalnie działającego prawodawcy. Zgodnie z tą zasadą „[...] 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 4 września 2015 r. sygn. akt. IIGSK 1844/14). Mając powyższe na względzie na podstawie definicji zawartej w art. 52 ust. 1 u.p.f. można przyjąć, iż „[...] reklamą (jako taką) jest działalność sprzedawcy polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do określonego zachowania się nabywcy, mająca na

celu zwiększenie jej obrotów" (wyrok NSA z 4 września 2015 r. sygn. akt. IIGSK 1844/14).W przypadku apteki będzie to zachęcanie poprzez różne metody i formy do korzystania z oferowanych przez nią usług w celu zwiększenia zysków.

W orzecznictwie konstytucyjnym podjęto próbę zdefiniowania tego pojęcia. Reklama – w ujęciu konstytucyjnym „[...] jest formą publicznej wypowiedzi (informacji), z reguły subiektywnej oraz ocennej, służącej zachęceniu i nakłonieniu innych podmiotów do nabycia określonego dobra czy oczekiwanego przez reklamujący się podmiot zachowania. Wypowiedź ta ma charakter przede wszystkim komercyjny, czyli jest ukierunkowana na zwiększenie podaży i popytu reklamowanych dóbr"(wyrok TK z 4 listopada 2015 r., sygn. akt K 1/14).

Podobne stanowisko przyjmowane jest w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego i Sądu Najwyższego. Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego „[...] reklamą apteki jest działalność sprzedawcy polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do określonego zachowania się nabywcy, mająca na celu zwiększenie jego obrotów" (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; por. też wyrok SN z 2 października 2007 r., sygn. akt II CSK 289/07). W jednym z orzeczeń Naczelny Sąd Administracyjny – na podstawie definicji zawartej w art. 52 ust. 1 u.p.f. – przyjął, iż reklamą „[...] jest działalność sprzedawcy polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do określonego zachowania się nabywcy, mająca na celu zwiększenie jego obrotów. W przypadku reklamy produktu leczniczego tym «określonym zachowaniem» będzie zachęcanie do stosowania tego produktu, natomiast w przypadku reklamy apteki lub jej działalności będzie to zachęcanie do korzystania z jej usług" (wyrok NSA z 19 listopada 2014 r., sygn. akt II GSK 1716/13). Zakłada się, iż reklama jest to działalność ukierunkowana na osiągnięcie zysku. NSA podkreślił, iż „sprzedaż produktów leczniczych przez apteki (jak i innego rodzaju produktów) nie jest «służbą», ale «zarobkową działalnością wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły»" (wyrok NSA w Warszawie z 19 listopada 2014 r., sygn. akt II GSK 1716/13). Zatem, w ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego „bez względu na to czy mamy do czynienia z reklamą produktu leczniczego, czy z reklamą apteki lub jej działalności, chodzi o zwiększanie przychodu względem przychodu prognozowanego, jaki byłby osiągnięty, gdyby nie podjęto działań reklamowych" (wyrok NSA z 19 listopada 2014 r., sygn. akt II GSK 1716/13). Warto zwrócić uwagę na wyodrębnienie, którego dokonał Naczelny Sąd Administracyjny, podkreślając, iż

„[...] w przypadku produktu leczniczego odpowiednio ukształtowana działalność reklamowa może pociągać za sobą pewne korzyści społeczne, więc co do zasady dopuścił możliwość jej prowadzenia", natomiast odwrotnie w przypadku „reklamy apteki lub punktu aptecznego bądź ich działalności" (wyrok NSA z 19 listopada 2014 r., sygn. akt II GSK 1716/13; zob. też piśmiennictwo: W. L. Olszewski, *Komentarz do art.94(a) ustawy – Prawo farmaceutyczne* [w:] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz,* red. W. L. Olszewski, Warszawa 2016). Przykładowo NSA podkreślił, iż: „[...] dopuszczona ustawą reklama produktów leczniczych zakłada jej skierowanie w zasadzie przede wszystkim do profesjonalistów (lekarzy, farmaceutów, itp.). 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" a „[...] 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).

Słusznie podnosi się w piśmiennictwie, iż wyodrębnienie w art. 94a u.p.f. reklamy apteki oraz reklamy jej działalności wskazuje, że przekaz reklamowy może 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).

Ujmując holistyczne podejmowane kwestie dotyczące interpretacji pojęcia reklamy zasadnym jest odwołanie się również do wytycznych wynikających z uzasadnienia wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 4 maja 2017 r. (sygn. akt C-339/15), iż :„[...]

1) Dyrektywę 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 maja 2005 r. dotyczącą nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającą dyrektywę Rady

84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady ("dyrektywę o nieuczciwych praktykach handlowych") należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie przepisom krajowym takim jak przepisy rozpatrywane w postępowaniu głównym, które chronią zdrowie publiczne i godność zawodu dentysty poprzez ogólny i całkowity zakaz wszelkiej reklamy dotyczącej świadczeń leczenia ust i zębów oraz poprzez ustanowienie określonych wymogów co do dyskrecji w zakresie dotyczącym szyldów gabinetów dentystycznych.

2) Dyrektywę 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego ("dyrektywę o handlu elektronicznym") należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie przepisom krajowym takim jak przepisy rozpatrywane w postępowaniu głównym, które ustanawiają ogólny i całkowity zakaz wszelkiej reklamy dotyczącej świadczeń leczenia ust i zębów, w zakresie, w jakim zakazują one wszelkiej formy informacji handlowych przekazywanych drogą elektroniczną, w tym również poprzez stronę internetową utworzoną przez dentystę.

3) Artykuł 56 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie przepisom krajowym takim jak przepisy rozpatrywane w postępowaniu głównym, które ustanawiają ogólny i całkowity zakaz wszelkiej reklamy dotyczącej świadczeń leczenia ust i zębów".

3. Podkreślić należy, iż art. 22 Konstytucji pozostaje w ścisłym związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, który to precyzyjnie określa zasady dopuszczalności ograniczania praw i wolności konstytucyjnych, tj. (przesłanki formalne: ograniczenia ustanawiane wyłącznie w ustawie oraz tzw. przesłanki materialne: „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"). Przy czym ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw).

Zatem, każde ograniczenie powinno spełniać wynikający z art. 31 ust. 3 Konstytucji „test proporcjonalności":

1) czy wprowadzenie tego ograniczenia służyło realizacji celów zakładanych przez ustawodawcę oraz czy cele te znajdowały uzasadnienie w świetle wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji – tzw. kryterium przydatności;
2) czy ograniczenie samo w sobie było niezbędne dla ochrony wartości konstytucyjnych w tym sensie, że nie istniał inny środek mniej restrykcyjny, który pozwalałby na osiągnięcie tego samego skutku – tzw. kryterium konieczności;
3) czy uszczerbek dla konstytucyjnych wolności i praw, jaki wynikł z tego ograniczenia, nie jest dysproporcjonalny w stosunku do korzyści z wprowadzonej regulacji – tzw. kryterium proporcjonalności *sensu stricte* (por. wyroki TK z: 22 marca 2017 r., sygn. akt SK 13/14;12 lipca 2016 r., sygn. akt K 28/15).

4. W niniejszej sprawie kluczowe znaczenie będzie mieć, wynikająca z art. 31 ust. 3 Konstytucji, przesłanka ochrony zdrowia. Prawo do ochrony zdrowia znajduje wyraz w Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia (Porozumienie zawarte przez rządy reprezentowane na Międzynarodowej Konferencji Zdrowia i protokół dotyczący Międzynarodowego Urzędu Higieny Publicznej podpisane w Nowym Jorku 22 lipca 1946 r., Dz. U. z 1948 r. Nr 61, poz. 477), 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".

W piśmiennictwie słusznie zwraca się, iż w świetle zasad z Syrkauz, dotyczących przepisów o ograniczaniu i zawieszaniu praw w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych: „zdrowie publiczne może być powoływane jako podstawa dla ograniczania niektórych praw, aby umożliwić państwu podjęcie środków do usunięcia poważnego zagrożenia dla zdrowia ludności lub poszczególnych osób. Celem tych środków powinno być w szczególności zapobieganie chorobom lub obrażeniom lub zapewnienie opieki dla chorych i rannych" (przywołane za: K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 99 i 192).

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). Sejm podziela stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 7 stycznia 2004 r. (sygn. akt K 14/03), że prawo do ochrony zdrowia można rozpatrywać w kilku aspektach: „za punkt wyjścia dla określenia hierarchii wartości osobowych, a przez to praw obywatelskich przyjąć należy art. 30 Konstytucji, w świetle którego źródłem wolności i praw człowieka oraz obywatela jest przyrodzona i niezbywalna godność człowieka. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. [...]. Po drugie – swoistą konsekwencją art. 30 jest art. 38 Konstytucji, zgodnie z którym «Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia». Po trzecie – nie ulega wątpliwości, że z art. 30 i 38 Konstytucji wyjątkowo mocno, wręcz nierozerwalnie związany jest art. 68 Konstytucji. Ochrona zdrowia jest ściśle związana z ochroną życia, a prawo do życia z godnością człowieka. Prawo do ochrony zdrowia, to przede wszystkim prawo do zachowania życia i jego obrony, gdy jest zagrożone". Podobne stanowisko zajął Naczelny Sąd Administracyjny (wyrok NSA z 19 maja 2016 r. sygn. akt II OSK 2190/14).

Ustrojodawca przyznał każdemu prawo do ochrony zdrowia (art. 68 ust. 1 Konstytucji). Jest to podmiotowe prawo jednostki, którego treścią „nie jest naturalnie jakiś abstrakcyjnie określony [...] stan «zdrowia» poszczególnych jednostek, ale możliwość korzystania z systemu ochrony zdrowia, funkcjonalnie ukierunkowanego na zwalczanie i zapobieganie chorobom, urazom i niepełnosprawności" (wyrok TK z 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03).

Ustrojodawca ustanowił również szereg innych obowiązków spoczywających na władzach publicznych: zapewnienia obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, finansowanej ze środków publicznych. Przy czym scedowano na ustawodawcę zwykłego określenie warunków i zakresu udzielania świadczeń określa ustawa (art. 68 ust. 2 Konstytucji), zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku (art. 68 ust. 3 Konstytucji) oraz do zwalczania chorób epidemicznych i zapobiegania negatywnym dla zdrowia skutkom

degradacji środowiska (art. 68 ust. 4 Konstytucji), popierania rozwoju kultury fizycznej, zwłaszcza wśród dzieci i młodzieży (art. 68 ust. 5 Konstytucji).

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż do obowiązków ustawodawcy zwykłego należy określić system ochrony zdrowia, w tym zwłaszcza zakres działań w celu optymalizacji realizacji ochrony zdrowia. W piśmiennictwie podkreśla się tzw. zobowiązania pozytywne państwa, (ustalenie zasad organizacji całego systemu ochrony zdrowia) oraz o tzw. zobowiązania negatywne, odnoszące się „do zakazu pozbawiania życia" lub „degradacji zdrowia" (por. A. Rabiega, *Ochrona życia i zdrowia ludzkiego w działaniach podmiotów administrujących w sferze opieki zdrowotnej*, Warszawa 2009, s. 38-39). Kierując się zasadą demokratycznego państwa prawnego ustawodawca zwykły powinien, konstruując system ochrony zdrowia, wprowadzić odpowiedni katalog nakazów, aby nie doprowadzić do paraliżu działania organów państwa i występowania niepożądanych zjawisk, które w konsekwencji ograniczyłyby realizację konstytucyjnych obowiązków państwa w zakresie ochrony zdrowia (szerzej: B. Przywora, *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia w kontekście refundacji leków* [w:] *Refundacja leków w Polsce. Wykładnia przepisów i efekty ich stosowania*, red. H. Kaczmarczyk, Warszawa 2015, s. 15-27).

Ujmując holistyczne podejmowane zagadnienie warto w tym punkcie wskazać jeszcze na wytyczne wynikające z uzasadnienia wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 4 maja 2017 r. (sygn. akt C-339/15), iż „[...] zdrowie i życie ludzi ma pierwszorzędne znaczenie pośród dóbr i interesów chronionych traktatem oraz że zasadniczo do państw członkowskich należy decyzja o poziomie, na którym chcą one zapewnić ochronę zdrowia publicznego, oraz o sposobie osiągnięcia tego poziomu. Jako że poziom ten może być różny w poszczególnych państwach członkowskich, państwom członkowskim należy przyznać w tym zakresie swobodę uznania (zob. podobnie wyroki z: z 2 grudnia 2010 r., Ker-Optika, C-108/09, EU:C:2010:725, pkt 58;12 listopada 2015 r., Visnapuu, C-198/14, EU:C:2015:751, pkt 118). Ponadto Trybunał Sprawiedliwości zaznaczył, iż „[...] pomimo owej swobody uznania ograniczenie wynikające z zastosowania przepisów krajowych rozpatrywanych w postępowaniu głównym, zakazujących w sposób ogólny i całkowity wszelkiej reklamy dotyczącej świadczeń leczenia ust i zębów, wykracza poza to, co jest konieczne do realizacji celów zamierzonych poprzez [...] przepisy".

Stąd też uznać należy zdrowie publiczne „[...] może stanowić podstawę np. ograniczenia reklamy wyrobów tytoniowych, napojów alkoholowych, czy też

lekarstw" (przywołano za: K. Wojtyczek, *Granice ingerencji*..., s. 192 i powoływaną tam literaturę).Tak też jest w przypadku prawa farmaceutycznego, które wprowadza szereg ograniczeń, w tym zakazuje reklamy aptek.

4. W niniejszej sprawie mamy do czynienia w pierwszej kolejności z problemem zgodności art. 94a ust. 1 u.p.f. z art. 20 w związku z art. 22 Konstytucji, tj. zgodności z Konstytucją zakazu reklam aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności, za wyjątkiem podawania informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. W tym przypadku ochrona zdrowia, jako przesłanka limitująca z art. 31 ust. 3 Konstytucji, przyznająca legitymację do ograniczenia praw i wolności, mieści się w ramach pojęcia „ważnego interesu publicznego", o którym mowa w art. 22 Konstytucji, uzasadniającego ograniczenie wolności działalności gospodarczej.

Podkreślenia wymaga szczególny charakter przepisów wynikających z prawa farmaceutycznego, jako element systemu ochrony zdrowia. Artykuł 1 ust. 1 u.p.f. stanowi, że ustawa określa: zasady i tryb dopuszczania do obrotu produktów leczniczych, z uwzględnieniem w szczególności wymagań dotyczących jakości, skuteczności i bezpieczeństwa ich stosowania; warunki prowadzenia badań klinicznych produktów leczniczych; warunki wytwarzania produktów leczniczych; wymagania dotyczące reklamy produktów leczniczych; warunki obrotu produktami leczniczymi; wymagania dotyczące aptek, hurtowni farmaceutycznych i placówek obrotu pozaaptecznego; organizację i zasady funkcjonowania systemu nadzoru nad bezpieczeństwem stosowania produktów leczniczych oraz monitorowania bezpieczeństwa ich stosowania; zadania Inspekcji Farmaceutycznej i uprawnienia jej organów.

Z punktu widzenia podejmowanego zagadnienia istotne znaczenie mają przepisy dotyczące aptek. 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.

Ustawodawca skonstruował także wiele mechanizmów ograniczających swobodę działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia aptek. Argumentem przemawiającym za wprowadzeniem regulacji o charakterze reglamentacyjnym było przede wszystkim wzmocnienie systemu ochrony zdrowia. Przykładowo 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. Przepisy te nie zostały jednak objęte przedmiotem skargi konstytucyjnej, w związku z czym nie podlegają ocenie z punktu widzenia zgodności z Konstytucją.

5. Podejmując wskazany powyżej problem konstytucyjny należy wyjść od uwypuklenia znaczenia pojęcia „zasada prawa" w stosunku do innych norm w systemie prawa. Mianowicie zasady prawa wskazują, jakie wartości społecznie ważne powinny być chronione przez wszystkie tworzone przez ustawodawcę szczegółowe normy-reguły. Ważenie zasad nie powoduje, jak jest to w przypadku norm-reguł, derogacji (uchylenia) jednej z nich z systemu prawa (szerzej na temat ważenia wartości w najnowszym piśmiennictwie: J. Potrzeszcz, *Ważenie wartości w prawie a problem ich absolutności i relatywności,* „Principia" 2015, t. LXI-LXII, s. 107-121). Natomiast normy-reguły w sposób precyzyjny określają uprawnienia i obowiązki oraz rozstrzygają, jak adresat powinien się zachować. W tym znaczeniu ich realizacja powinna być pełna i bez żadnych wyjątków, a ewentualne przekroczenie wyznaczonego przez regułę wzorca skutkuje naruszeniem normy. Stąd też zasady prawa nie działają według tego modelu „wszystko albo nic". Mają one charakter konstytutywny, ale nie absolutny, co oznacza, iż w odróżnieniu od norm-reguł, są realizowane „do pewnego stopnia" oraz „dopuszczane są wyjątki". Dzieje się tak dlatego, że zasady prawa tworzą pewien system i ze względu na wartości, które chronią, są wzajemnie „wyważane" i zarazem ograniczane przez inne obowiązujące w systemie zasady i reguły (por. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 60-65; R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, Warszawa 2010, s. 75-78; M. Kordela, *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2012, s. 289-292; T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, „Państwo i Prawo" 1988, z. 3, s. 16-26).

Zasady prawa to nakazy (dyrektywy) optymalizacyjne, wskazujące na maksymalne spełnienie określonych wartości, w stopniu, w jakim pozwalają na to inne zasady i wartości społecznie ważne. Zgodnie z teorią R. Alexy'ego, „zasady są normami, które nakazują, żeby coś było realizowane we względnie dużym zakresie w stosunku do prawnych i rzeczywistych możliwości. Zgodnie z tym zasady są nakazami optymalizacji, których cechą jest to, że mogą być spełnione w różnym

stopniu i że oferowany zakres ich spełnienia zależy nie tylko od możliwości rzeczywistych, lecz także prawnych. Obszar możliwości prawnych jest określany przez przeciwstawne zasady i reguły" (R. Alexy, *op. cit.*, s. 78). Można zatem stwierdzić, iż zasady prawa wyznaczają standardy postępowania i związane są z najważniejszymi wartościami, które ustawodawca postanowił realizować i objąć szczególną ochroną. Dlatego też zasady prawa nie rozstrzygają w sposób absolutny, co stanowi naruszenie dyspozycji, tego rodzaju normy. Ochrona zdrowia należy do katalogu szczególnych zasad konstytucyjnych, dających podstawę do ograniczenia innej wartości. Przy czym ograniczenie to musi wypełniać tzw. test proporcjonalności.

Wprowadzony w art. 94a ust. 1 u.p.f. zakaz reklamy aptek spełnia kryterium przydatności, bowiem umożliwia realizację celów zakładanych przez ustawodawcę, do których należy zaliczyć ochronę zdrowia, a nawet ochrona życia poprzez ograniczenie w spożyciu leków. Nie ulega wątpliwości, iż reklama jest narzędziem o charakterze perswazyjnym, które może wpływać na zachowania konsumenta w postaci wzmożonego zainteresowania oferowanymi na rynku usługami lub towarami. Podstawowym celem reklamy aptek oraz punktów aptecznych jest dążenie do maksymalizacji popytu na określony produkt oferowany w tych placówkach, a docelowo na zwiększenie dochodów ze sprzedaży produktów leczniczych. Konsekwencją tego stanu rzeczy jest nadmierna konsumpcja produktów leczniczych, niejednokrotnie oddziaływujących negatywnie na stan zdrowia pacjentów.

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

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". Sejm, mając na względzie dobro pacjentów, dostrzega potrzebę minimalizowania niekorzystnych skutki mechanizmów wolnorynkowych w zakresie działalności aptek i punktów aptecznych i podziela zaprezentowane wyżej stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Jednocześnie Sejm zwraca uwagę, iż zakaz reklamy „komercyjnej", wynikającej z art. 94a ust. 1 u.p.f., biorąc pod uwagę powszechny dostęp do aptek i punktów aptecznych, nie stanowi nadmiernego ciężaru w dostępie do nich, a zatem osoby zainteresowanie mogą w sposób w pełni swobodny korzystać z oferowanych przez te podmioty usług.

Kierując się zasadą proporcjonalności należy zwrócić uwagę na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Ustawodawca powinien dokonać wyboru rozwiązania możliwie najmniej uciążliwego 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).

Zdaniem Sejmu, przyjęty w art. 94a ust. 1 u.p.f. zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych 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, umożliwiający 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 reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności mają „[...] stanowić gwarancję prawidłowego funkcjonowania aptek jako placówek ochrony zdrowia publicznego" (zob. A. Rabiega-Przyłęcka, *Zakaz reklamy aptek...*, s. 76).

Ponadto, mając na względzie priorytetowe znaczenie wartości: ochrony życia i zdrowia, przyjąć 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. Rabiega-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, czym wypełnia tzw. kryterium konieczności, o którym mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji, a więc standardy dotyczące ograniczania praw i wolności. Sejm jednocześnie wskazuje, 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 orzeczniczą, stanowi reklamę apteki, i jako taki jest nielegalny, od faktycznego świadczenia usługi opieki farmaceutycznej" (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). Stąd też należy uznać, iż obowiązujący już od 1 stycznia 2012 r. zakaz reklamy aptek nie jest dysproporcjonalny w stosunku do korzyści wynikających z wprowadzonej regulacji, bowiem obowiązkiem ustawodawcy zwykłego jest optymalizacja zasad konstytucyjnych, w tym przypadku ochrony zdrowia i życia oraz ochrony konsumentów przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, nie zaś dążenie do maksymalizacji zysku podmiotów o charakterze gospodarczym, do których należy niewątpliwie zaliczyć w szczególności działalność aptek.

Ponadto zakaz ten dotyczy wszystkich podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży leków i nie stanowi nadmiernego ciężaru nałożonego na przedsiębiorców prowadzących apteki, którzy mogą, poprzez stosowanie ofert cenowych, wpływać na poziom zainteresowania proponowanych przez nich produktów i usług, a w ten sposób dążyć do zwiększenia swoich zysków.

Państwo powinno bowiem ingerować w stosunki gospodarcze, aby w szczególności – 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) .

Stanowisko to można przenieść odpowiednio na grunt prawa farmaceutycznego. Mianowicie, przyjąć należy, iż wprowadzony zakaz reklam o którym mowa w art. 94a ust. 1 u.p.f. wpisuje się w działania państwa zmierzające do korygowania prawa rynku celem osiągnięcia określonych potrzeb społecznych, które byłyby niemożliwe do realizacji przy założeniu swobodnego funkcjonowania praw rynkowych. Do takich potrzeb należy w szczególności optymalizacja działań państwa w kierunku zagwarantowania szczególnej ochrony zdrowia i ochrony konsumentów przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu poprzez mechanizm reklamowania aptek.

Dlatego przyjęty mechanizm prawny wypełnia tzw. kryterium proporcjonalności *sensu stricto*.

6. W ocenie Sejmu wskazany w skardze konstytucyjnej art. 94a ust. 1 u.p.f., wyrażający zakaz reklamy aptek, zgodny jest również z art. 54 ust. 1 Konstytucji, dotyczącym wolności rozpowszechniania informacji związanych z działalnością gospodarczą podmiotów prowadzących apteki, bowiem jest zgodny z dopuszczalnym ograniczeniem praw i wolności, o którym mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zakaz ten skutecznie umożliwia ograniczenie perswazyjnego wpływu reklamy na decyzję konsumentów. W tym zakresie znajdą 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.

Mając na uwadze powyższe, Sejm wnosi jak na wstępie.

MARSZAŁEK SEJMU

Marek Kuchciński