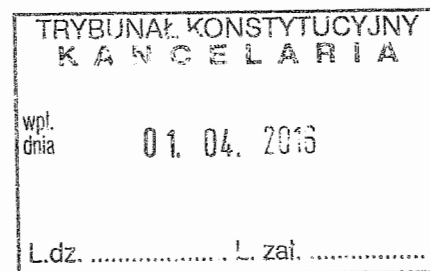


Warszawa, 29 marca 2016 r.

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



Skarżąca:
 B

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

Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu – zarząd:

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

Prokurent:
 3. **E** **C**.

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

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

Sygn. akt: SK 23/15

UZUPEŁNIENIE SKARGI KONSTYTUCYJNEJ

Działając w imieniu Skarżącej (pełnomocnictwo w aktach sprawy):

- 1. uzupełniam skargę konstytucyjną w sprawie o sygn. akt SK 23/15 o dodatkowe argumenty dotyczące niezgodności art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001**

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

- a) wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 listopada 2015 r., sygn. akt K 1/14;
- b) publikacją streszczenia raportu Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dotyczącego detalicznej sprzedaży leków;
- c) uchynieniem ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego.

2. rozszerzam skargę konstytucyjną i wnoszę o stwierdzenie, że:

- a) **art. 94a ust. 2, 3 i 4 PF**, w brzmieniu zmienionym przez art. 60 pkt 7 Ustawy refundacyjnej, obowiązującym od dnia 1 stycznia 2012 r., w zakresie, w jakim odnosi się do art. 94a ust. 1 PF, **jest niezgodny z art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3 oraz art. 54 ust. 1 Konstytucji RP;**
- b) **art. 129b PF** wprowadzający karę pieniężną za naruszenie art. 94a PF **jest niezgodny z art. 42 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji RP.**

UZASADNIENIE

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

Skarżąca za konieczne uznaje uzupełnienie skargi konstytucyjnej oraz jej rozszerzenie o zarzut niezgodności art. 94a ust. 2, 3 i 4 Prawa farmaceutycznego z art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3 i art. 54 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 129b Prawa farmaceutycznego z art. 42 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji RP.

1. Uzupełnienie odnośnie niezgodności art. 94a ust. 1 z art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3 i art. 54 ust. 1 Konstytucji RP

- a) **Uwagi odnośnie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 listopada 2015 r., sygn. akt K 1/14 powołanego w skardze wniosku Prezydenta RP z dnia 30 stycznia 2014 r. do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności z Konstytucją RP przepisu o zakazie reklamy OFE**

W swej skardze konstytucyjnej Skarżąca przedstawiła podstawy uznania przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego za niezgodny z art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3 i art. 54

ust. 1 Konstytucji RP. Skarżąca wyjaśniła, że zaskarżony przepis wykazuje daleko idącą nadmierność (nieproporcjonalność) całkowitego zakazu reklamy aptek, a także fakt naruszenia przez niego wolności rozpowszechniania i pozyskiwania informacji.

W swych wywodach Skarżąca zwróciła uwagę na fakt, że przepis o naturze bardzo podobnej do całkowitego zakazu reklamy aptek i ich działalności, odnoszący się do całkowitego zakazu reklamy zawierającej informacje o otwartych funduszach emerytalnych lub sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy emerytalnych (dalej: „zakaz reklamy OFE”), stał się przedmiotem wniosku Prezydenta RP o zbadanie zgodności z Konstytucją RP (sygn. akt sprawy: K 1/14). Skarżąca podkreśla przy tym, że oba przepisy, tj. zaskarżony przez Prezydenta RP zakaz reklamy OFE oraz zaskarżony przez Skarżącą zakaz reklamy aptek mają identyczną strukturę logiczną i bardzo zbliżone brzmienie, co obrazuje poniższa tabela:

Zakaz reklamy OFE (art. 197a ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych)	Zakaz reklamy aptek (art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2011 r. Prawo farmaceutyczne)
1. <i>W roku, w którym mogą być składane oświadczenia, o których mowa w art. 39a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, od dnia 1 stycznia do dnia 31 lipca jest zakazana reklama zawierająca informacje o otwartych funduszach lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy.</i> 2. <i>Za reklamę nie uważa się zamieszczania na stronie internetowej otwartego funduszu informacji, o których mowa w art. 191 ust. 1 i 1a.</i>	Zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. <i>Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.</i>

W swym wniosku Prezydent RP jako wzorzec kontroli powołał m.in. art. 31 ust. 3 oraz art. 54 ust. 1 Konstytucji RP (a więc przepisy powoływane przez Skarżącą w niniejszej sprawie). Po dniu skierowania przez Skarżącą skargi konstytucyjnej do Trybunału Konstytucyjnego **sprawa z wniosku Prezydenta RP została rozstrzygnięta wyrokiem z dnia 4 listopada 2015 r., w którym Trybunał Konstytucyjny uznał kwestionowany zakaz reklamy OFE za niezgodny z art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.** Orzekając o niezgodności przepisu art. 197a ust. 1 ustawy z 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych z Konstytucją RP, Trybunał Konstytucyjny wskazał, że:

- „uznanie kwestionowanego przepisu za służący realizacji wartości konstytucyjnych nie wystarcza, samo w sobie, do stwierdzenia jego zgodności z warunkiem niezbędności. Jak już wskazano, rozwiązanie konieczne ma być najmniej dolegliwe, spośród wszystkich możliwych i równie skutecznych dostępnych rozwiązań, dla podmiotów,

których wolności lub prawa są ograniczane. Takiego wymagania, zdaniem Trybunału, kwestionowany art. 197a ust. 1 ustawy o OFE nie spełnia.”

- *„Dodatkowo do reklamy otwartych funduszy emerytalnych mają zastosowanie ogólne zakazy wynikające z przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). (...) Tylko uprawdopodobnienie, że obowiązujące w systemie prawnym ogólne zakazy są nieskuteczne, może uzasadniać wprowadzenie dalej idącego środka, jakim jest całkowity zakaz reklamy (...).”*
- *„O nadmierności zakazu reklamy wynikającego z art. 197a ust. 1 ustawy o OFE może świadczyć bardzo szeroki zakres zastosowania tego zakazu.”*
- *„Z wymogu zbilansowania (proporcjonalności sensu stricto) zawartego w treści art. 31 ust. 3 Konstytucji wynika nakaz rozstrzygnięcia kolizji dóbr zgodnie z założeniem, że zastosowane środki ograniczające mają pozostać w odpowiedniej proporcji do spodziewanych rezultatów. Normy prawne nie mogą w związku z tym nakładać ciężarów na podmioty wolności i praw, które byłyby niewspółmierne do korzyści, jakie przynosi ograniczenie. (...) Ustawodawca nie wyważył odpowiednio ciężaru ograniczenia z korzyściami płynącymi dla ubezpieczonych, ponieważ - w ostatecznym rozrachunku - również ubezpieczeni tracą możliwość uzyskania rzetelnej informacji o ofercie funduszy.”*

Powyższe konstatacje Trybunału Konstytucyjnego mogą być z powodzeniem przełożone na stan faktyczny i istotę niniejszej sprawy, dotyczącej niezgodności z Konstytucją RP całkowitego zakazu reklamy aptek.

Jednocześnie należy wskazać, że naruszenie w przypadku przepisu zakazującego reklamy aptek jest tym bardziej jaskrawe, że jest to zakaz podmiotowy, a nie (jak miało to miejsce w przypadku zakazu reklamy OFE) - przedmiotowy. W odniesieniu do rynku aptecznego zakaz idzie więc o krok dalej - reklama leków (bez recepty) i suplementów diety sprzedawanych w aptece oraz informacja o nich jest wprawdzie dozwolona, jednak reklama miejsc ich sprzedaży i informacja o tych miejscach inna niż godziny otwarcia i lokalizacja - nie.

Skoro przedmiotowy zakaz reklamy OFE został uznany nie niekonstytucyjny z uwagi na niespełnianie przesłanki proporcjonalności, to tym bardziej taki charakter należy przypisać podmiotowemu zakazowi reklamy aptek i ich działalności.

b) Uwagi odnośnie publikacji streszczenia raportu Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dotyczącego detalicznej sprzedaży leków

W swej skardze konstytucyjnej Skarżąca poczyniła uwagi o negatywnych skutkach wprowadzenia całkowitego zakazu reklamy aptek i ich działalności dla konsumentów, jako uprawnionych z art. 54 Konstytucji RP odbiorców informacji, powołując się m.in. na komentarz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta, który zakaz reklamy aptek uznał za „**nie do przyjęcia**”.

Skarżąca pragnie w tym miejscu nawiązać ponadto do opublikowanego przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w maju 2015 r., tj. już po skierowaniu skargi do Trybunału Konstytucyjnego, Streszczenia raportu dotyczącego detalicznej sprzedaży leków, z którego

jednoznacznie wynika, że przepis przewidujący całkowity zakaz reklamy aptek jest szkodliwy nie tylko z uwagi na wspomniane powyżej naruszenie prawa do informacji przysługującego obywatelom-konsumentom korzystającym z usług apteki, ale również jako taki wprost narusza swobodę działalności gospodarczej. Jak zauważono w Streszczeniu:

„Regulacje prawne dotyczące działalności gospodarczej objętej niniejszym badaniem stwarzają bariery, które w sposób nadmierny utrudniają lub uniemożliwiają przedsiębiorcom prowadzącym apteki oferowanie szerokiego asortymentu i wysokiej jakości usług farmaceutycznych, swobodę komunikacji z pacjentem, zapewnianie dostępności produktów, a przy tym prowadzenie działalności w warunkach uczciwej konkurencji (m.in. w zakresie obowiązywania ustawy refundacyjnej czy zakazu reklamy apteki)”.

Dowód: Streszczenie raportu dotyczącego detalicznej sprzedaży leków, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa, maj 2015 r.

- Załącznik nr 1 -

Jak Skarżąca wskazywała już w swej skardze i co wynika z okoliczności wprowadzenia kwestionowanego przepisu, celem wprowadzenia zakazu reklamy aptek miało być zniesienie konkurencji między aptekami ze względów korporacyjnych (w ramach inicjatywy samorządu zawodowego), a nie ochrona wartości konsumenckich/pacjenckich, co zresztą - jak wynika z powyższego Streszczenia raportu - udało się osiągnąć.

c) Uwagi odnośnie uchylecia ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego

W skardze konstytucyjnej z 16 marca 2015 r., uzasadniając zarzut niezgodności art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego z art. 20 i 22 w zw. z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, Skarżąca wskazała, że ustanowienie całkowitego zakazu reklamy aptek oraz ich działalności doprowadziło do faktycznego pozbawienia podmiotów prowadzących działalność gospodarczą na rynku aptecznym wszelkich narzędzi umożliwiających informowanie potencjalnych klientów o swojej ofercie, a nawet do stosowania swojej oferty. Brzmienie zaskarżonego przepisu - wobec omówionego wyżej braku uwzględnienia w Prawie farmaceutycznym odpowiedniej definicji pojęcia „reklama apteki” - nie rozróżnia reklamy od oferty handlowej i informacji o niej, choć prawo do informacji o ofercie handlowej przysługuje zarówno przedsiębiorcy (jako nadawcy komunikatu o ofercie), jak i - przede wszystkim - konsumentowi dokonującemu zakupów w aptece (jako adresatowi komunikatu o ofercie). W uzasadnieniu swego stanowiska Skarżąca powołała się na regulacje wynikające z Kodeksu cywilnego oraz art. 2 i 3 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego. Poczynając od 25 grudnia 2014 r. ustawa ta została zastąpiona ustawą z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U 2014, poz. 827). Wskazana zmiana legislacyjna nie zmienia jednak istoty zarzutu wskazanego w skardze konstytucyjnej, jak również nie wpływa na jego zasadność. Jako klient apteki pacjent pozostaje nabywcą dóbr oferowanych przez aptekę i konsumentem, w związku z czym

przysługują mu wszelkie uprawnienia informacyjne wynikające z łączącej go z apteką (sprzedającym) relacji. Pomimo nieobowiązywania już ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego, do relacji tej wciąż znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego, jak również przepisy ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. 2014, poz. 915), z analizy których wynika, że **apteka ma nie tylko uprawnienie, ale wręcz obowiązek informowania swoich klientów o ofercie handlowej, w tym o cenach towarów**. Apteka, jako miejsce sprzedaży detalicznej produktów leczniczych, zobowiązana jest uwidaczniać cenę produktu oraz informować o promocjach i ich przyczynach. Obowiązek ten ma charakter podstawowy; oczywiste jest, że klient (w tym klient apteki) musi mieć pełną wiedzę o ofercie handlowej, aby móc podjąć świadomą decyzję co do wyboru zarówno miejsca zakupu towaru (tu: konkretnej apteki), jak i samego towaru. Zakaz reklamy aptek rozumiany szeroko, jako zakaz wszelkich promocji cenowych i zakaz informowania klientów o promocjach (por. orzecznictwo sądów administracyjnych powoływane powyżej), stoi w jawnej kolizji z obowiązkiem informacyjnym przedsiębiorcy względem konsumenta, polegającym na zapewnieniu wyczerpującej informacji o produkcie i jego cenie. W takiej sytuacji przedsiębiorca prowadzący aptekę stoi przed wyborem, którą normę wypełnić, wiedząc przy tym, że zastosowanie się do jednej z nich spowoduje niezastosowanie się do drugiej, co jest sytuacją niedopuszczalną w demokratycznym państwie prawnym.

Skarżąca jeszcze raz podkreśla, że działania apteki polegające na kształtowaniu swojej oferty handlowej oraz przekazywaniu informacji o ofercie, choć nakierowane na osiągnięcie zysku (bowiem taki jest w ogóle cel prowadzenia działalności gospodarczej), nie mogą być kwalifikowane jako zakazana reklama apteki lub jej działalności - co jednak w praktyce orzeczniczej organów administracyjnych i sądów ma miejsce, a źródłem czego jest niezmiernie szeroki zakres zakazu, wynikający z nieprecyzyjnego brzmienia art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego. W efekcie dochodzi do utożsamiania zakazu reklamy aptek z zakazem obniżania cen leków oraz zakazem informowania o takich obniżkach (a więc o cenach), co z kolei wiąże się z podniesieniem kosztów terapii dla pacjenta.

2. Uzasadnienie do zarzutu niezgodności art. 94a ust. 2, 3 i 4 Prawa farmaceutycznego z art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3 oraz art. 54 ust. 1 Konstytucji RP

W uzupełnieniu swej skargi konstytucyjnej z dnia 16 marca 2015 r. dotyczącej niezgodności art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego z art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3 oraz art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, Skarżąca kwestionuje niniejszym przepis art. 94a ust. 2, 3 i 4 PF, w brzmieniu zmienionym przez art. 60 pkt 7 Ustawy refundacyjnej, obowiązującym od dnia 1 stycznia 2012 r., w zakresie, w jakim odnosi się do art. 94a ust. 1 PF, jako niezgodny z art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3 oraz art. 54 ust. 1 Konstytucji RP.

Skarżąca wskazuje, że ust. 2-4 art. 94a PF, którego ust. 1 został przez Skarżącą zakwestionowany w skardze konstytucyjnej z dnia 16 marca 2015 r., stanowią wraz z zakwestionowanym ust. 1 immanentną całość. W związku z tym ocena konstytucyjności art. 94a ust. 1 PF powinna zostać dokonana z uwzględnieniem również pozostałych ustępów tego przepisu, w zakresie, w jakim odnoszą się do art. 94a ust. 1 PF. Wszystkie podniesione przez

Skarżącą w stosunku do art. 94a ust. 1 PF zarzuty pozostają adekwatne również w stosunku do art. 94a ust. 2-4 PF, które wraz z art. 94a ust. 1 PF zostały zastosowane względem Skarżącej w sprawie zakończonej wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia października 2014 r., sygn. akt

3. Uzasadnienie do zarzutu niezgodności art. 129b w zw. z art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego z art. 42 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji RP

Wskazany art. 129b Prawa farmaceutycznego stanowił podstawę prawną nałożenia na Skarżącą kary pieniężnej w wysokości zł w związku ze stwierdzeniem we wskazanych w skardze konstytucyjnej rozstrzygnięciach administracyjnych, a następnie wyrokach sądów, naruszenia art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego. Przepis ten stanowi obecnie, że:

1. *Karze pieniężnej w wysokości do 50.000 złotych podlega ten kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności.*
2. *Karę pieniężną, określoną w ust. 1, nakłada Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w drodze decyzji. Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów.*
3. *Wojewódzki inspektor farmaceutyczny jest wierzycielem w rozumieniu przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.*
4. *(uchylony).*
5. *(uchylony).*

Powyższe brzmienie przepisu obowiązuje od 12 lipca 2015 r. W dacie zastosowania go wobec Skarżącej jego brzmienie było następujące:

1. *Karze pieniężnej w wysokości do 50.000 złotych podlega ten kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności.*
2. *Karę pieniężną, określoną w ust. 1, nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji administracyjnej. Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów.*
3. *Kary pieniężne stanowią dochód budżetu państwa. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny jest wierzycielem w rozumieniu przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.*
4. *Kary pieniężne uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna. Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe.*
5. *Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami za zwłokę następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.*

Zmiana brzmienia przepisu art. 129b nie ma jednak znaczenia dla jego oceny pod kątem niezgodności z 42 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji RP. Istota przepisu pozostaje bowiem niezmienną.

Wydanie rozstrzygnięć i wyroków opartych na wskazanym przepisie art. 129b w zw. z art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego doprowadziło do **naruszenia określonych już w skardze konstytucyjnej przepisów art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3 oraz art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, jak również powoływanego obecnie art. 42 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji RP.**

Zaskarżony przepis art. 129b Prawa farmaceutycznego, wprowadzający sankcję pieniężną związaną ze stwierdzeniem naruszenia zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności narusza zdaniem Skarżącej art. 42 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 2 Konstytucji RP, z których Skarżąca wywodzi swoją **konstytucyjnie chronioną wolność od podlegania odpowiedzialności za czyn, którego znamiona nie są zgodne z wymogiem określoności przepisów prawa represyjnego nakazującego ich formułowanie w sposób na tyle jednoznaczny, precyzyjny i jasny, aby ryzyko kary było rozpoznawalne dla adresatów normy.**

Przed przystąpieniem do dalszych rozważań Skarżąca za konieczne uznaje krótkie podsumowanie charakteru sankcji przewidzianej w art. 129b w zw. z naruszeniem przepisu art. 94a Prawa farmaceutycznego. Sankcja ta przybiera formę **kary pieniężnej**, o górnej granicy w wysokości 50 000 zł. Kara pieniężna nakładana jest przez organ administracji publicznej (Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego) w formie decyzji, co formalnie (podmiotowo, biorąc pod uwagę podmiot uprawniony do jej nałożenia) czyni ją sankcją administracyjną, a nie *stricte* karną. Jednocześnie **sankcja ta nie jest, jak to często ma miejsce w przypadku sankcji czysto administracyjnych, nakładana automatycznie, w oderwaniu od okoliczności czynu zagrożonego sankcją.** Zgodnie z art. 129b ust. 2 Prawa farmaceutycznego przy ustalaniu jej wysokości **uwzględnia się bowiem w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów.** Organ decydujący o nałożeniu kary zmuszony jest więc przy orzekaniu wziąć pod uwagę okoliczności towarzyszące popełnieniu czynu zabronionego, podobnie jak ma to miejsce w przypadku orzekania kary za przestępstwo lub wykroczenie. **Granica pomiędzy uznaniem sankcji z art. 129b Prawa farmaceutycznego za sankcję o charakterze administracyjnym lub karnym jest szczególnie płynna.** Co istotne, cel sankcji, o której mowa w zaskarżanym przepisie, ma **charakter *stricte* represyjny** (a więc właściwy prawu karnemu). Potwierdzeniem niech będzie tu spostrzeżenie, że poprzednie brzmienie zaskarżonego przepisu wskazywało wprost na jego karny charakter - do 31 grudnia 2011 r. **przepis art. 129b był bowiem przepisem karnym.** Obecnie czyn zagrożony karą pieniężną zgodnie z tym przepisem nie jest wprawdzie *stricte* przestępstwem ani wykroczeniem, lecz deliktem administracyjnym, w konsekwencji czego art. 129b nie jest już "przepisem karnym", lecz przepisem administracyjno-karnym. **Represyjny cel sankcji nie uległ jednak zmianie.** Jak słusznie zauważył L. Wilk, „*typizacja deliktu określonego w art. 129b ust. 1 PF pod względem techniki legislacyjnej nie różni się od typizacji przestępstw w*

"przepisach karnych" Rozdziału 9 PF. (...)", a okoliczności, które w swym całokształcie należy uwzględnić w procesie nakładania kary wydają się nawiązywać i odpowiadać karnoprawnemu pojęciu stopnia społecznej szkodliwości czynu (tak L. Wilk w: L. Ogiełto (red.) *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2015, wyd. 2), co tym bardziej zbliża sankcję z art. 129b Prawa farmaceutycznego do sankcji karnej.

Mając na uwadze represyjny charakter sankcji z art. 129b Prawa farmaceutycznego należy wskazać, że w literaturze eksponuje się odrębność sankcji represyjnych od sankcji o charakterze typowo egzekucyjnym. „Wyraźnie odróżnia się je np. od znanej w różnych procedurach grzywny w celu przymuszenia (zob. np. S. Żółtek, *Prawo karne gospodarcze*, s. 204 i n.; M. Lewicki, *Pojęcie sankcji prawnej*, s. 74; D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne*, s. 29). Zauważa się za to podobieństwo tych kar pieniężnych do kary grzywny jako sankcji prawa karnego. Kwestionuje się "administracyjny" formalnie charakter omawianych kar pieniężnych (zob. M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne*, s. 184 i n.). Niektórzy autorzy wprost stwierdzają, że **jest to de facto odpowiedzialność karna, tyle że "formalnie zakamuflowana" przez nadawanie jej prawoadministracyjnego charakteru, wobec czego regulacje ustanawiające tego rodzaju kary pieniężne mogą być postrzegane jako swego rodzaju obejście konstytucyjnych gwarancji odpowiedzialności karnej wyrażonych w art. 42 Konstytucji RP** (zob. np. J. Skupiński, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych*, s. 368)" (tak L. Wilk w: L. Ogiełto (red.) *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2015, wyd. 2).

W orzecznictwie sądowo-administracyjnym można spotkać się z poglądem, według którego interpretacja norm prawnych ze sfery represji administracyjnej powinna być zbliżona do charakteru interpretacji norm prawa karnego, w szczególności z pierwszeństwem wykładni językowej (zob. wyrok NSA z 30 marca 2004 r., sygn. akt GSK 31/04). Niektóre z kolei orzeczenia Sądu Najwyższego stawiają sprawę w sposób jeszcze bardziej kategoriyczny, uznając, że sądowa weryfikacja orzeczeń organów administracji operujących sankcjami administracyjnymi powinna być oparta na zasadach analogicznych do procesu karnego (zob. wyrok SN z 5 stycznia 2011 r., sygn. akt III SK 32/10).

Trybunał Konstytucyjny przyjmuje z kolei, że **do pojęcia "prawa represyjnego" (prawa administracyjno-karnego) należy odpowiednio odnosić te standardy i te gwarancje, które przewiduje Konstytucja RP dla odpowiedzialności karnej i prawa karnego**. W szczególności Trybunał Konstytucyjny odnosi do "prawa represyjnego" gwarancje ustawowej określoności czynu i kary (zob. wyrok TK z 1 marca 1994 r., sygn. akt U 7/93). Zgodnie z prezentowanym przez Trybunał Konstytucyjny poglądem „*rozdział II Konstytucji [w tym art. 42 ust. 1 Konstytucji - PKK] ma zastosowanie nie tylko w postępowaniach karnych w sensie stricte. Zawarte w tym rozdziale gwarancje odnoszą się do wszelkich postępowań represyjnych, tzn. postępowań, których celem jest poddanie obywatela jakiejś formie ukarania lub jakiejś sankcji. (...) W rezultacie także w tych postępowaniach należy odpowiednio (tzn. z uwzględnieniem ich specyfiki) stosować m.in. art. 42 ust. 1 zd. pierwsze Konstytucji*" (zob. wyrok TK z 12 maja 2009 r., sygn. akt P 66/07 i orzecznictwo tam powołane), co wynika z zasady demokratycznego państwa prawnego. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego

„przepisy art. 42 – 45, a także art. 78 Konstytucji znajdują zastosowanie do oceny nie tylko regulacji o stricte karnym charakterze, ale też odpowiednio innych regulacji o represyjnym charakterze” (zob. wyrok TK z 8 grudnia 1998 r., sygn. akt K 41/97). „Niesporne jest, iż w państwie prawnym przepisy karne winny precyzyjnie określać zarówno czyn jak i karę. Trybunał Konstytucyjny jest zdania, że powyższe **konstytucyjne wymagania pod adresem przepisów karnych należy odnosić do wszystkich przepisów o charakterze represyjnym (sankcjonująco-dyscyplinującym), a więc do wszystkich przepisów, których celem jest poddanie obywatela jakiejś formie ukarania czy jakiejś sankcji**” (zob. wyrok TK z 1 marca 1994 r., sygn. akt U 7/93). „Administracyjne kary pieniężne, nakładane w określonej wysokości w razie obiektywnego naruszenia obowiązków ustawowych, mogą jednocześnie być środkiem represji i odpłaty za niewykonanie określonych obowiązków najczęściej typu administracyjnego. **Stają się wówczas instrumentem szerszej pojętej polityki karania, zaś sama instytucja kary pieniężnej stanowi zagadnienie interdyscyplinarne, wspólne prawu karnemu i administracyjnemu. Interdyscyplinarność mechanizmu karania oznacza, że represyjne sankcje administracyjne należą do szerszej kategorii prawa represyjnego, odpowiadającego autonomicznemu konstytucyjnemu pojęciu „postępowania karnego” występującemu w art. 42 Konstytucji. (...) Konstytucyjne pojęcie „odpowiedzialności karnej” użyte w art. 42 Konstytucji musi być rozumiane autonomicznie. Konstytucyjna „odpowiedzialność karna” to wszelka odpowiedzialność represyjna, a więc jej zakres jest szerszy, niż przyjmuje się w Kodeksie karnym. (...) Art. 42 ust. 1-3 Konstytucji dotyczy więc także administracyjnych kar pieniężnych, jeżeli tylko mają one cechę represyjną. Kary te nie muszą przy tym stanowić przejawu odpowiedzialności karnej sensu stricto” (zob. wyrok TK z 15 października 2013 r., sygn. akt P 26/11).**

Nie bez znaczenia pozostają w tym zakresie również rozważania Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: „ETPC”), który rygorystyczną interpretację pojęcia „sprawa karna” uznaje za nieprawidłową, dążąc w swoich orzeczeniach do możliwie szerokiego stosowania gwarancji procesowych zawartych w art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: „EKPC”). W praktyce orzeczniczej ETPC dochodzi do uznawania spraw rozpatrywanych na tle art. 6 EKPC za karne nawet wtedy, gdy nie się one kwalifikowane jako takie w świetle prawa krajowego. Gdyby było inaczej, stosowanie gwarancji ujętej w art. 6 EKPC byłoby uzależnione od suwerennej decyzji państwa, które klasyfikując określoną sankcję i sprawę, w której jest nakładana, jako niekarną, lecz np. administracyjną, mogłoby unikać obowiązków wynikających z tego postanowienia konwencji. Kara pieniężna, nawet jeśli nie została przez ustawodawcę krajowego wprost zakwalifikowana do prawa karnego, powinna być traktowana jako środek karny *sensu largo*, w stosunku do którego obowiązują zasady adekwatne do tych, jakie stosuje się przy wymierzaniu kar kryminalnych.

W odniesieniu do konieczności przestrzegania podstawowych zasad nawiązujących do zasad związanych z prawem karnym *sensu stricto* wypowiedział się też Komitet Ministrów Rady Europy, przyjmując w tym zakresie swoje Rekomendacje nr R(91) 1 z dnia 13 lutego 1991 r. Zgodnie z Rekomendacjami w przypadku orzekania o nałożeniu kary administracyjnej należy kierować się **zasadą konieczności oznaczenia sankcji oraz precyzyjnego określenia**

przesłanek jej wymierzenia, w tym określenia sankcji za czyn, który w trakcie jego popełnienia stanowił postępowanie sprzeczne z normami obowiązującymi (*nulla poena sine lege [certa]*).

Powyższa zasada (tzw. zasada określoności) znajduje swoje odzwierciedlenie w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP i **nakazuje ustawodawcy takie wskazanie czynu zabronionego (jego znamion), aby zarówno dla adresata normy, jak i organów stosujących prawo i dokonujących odkodowania treści regulacji w drodze wykładni normy prawa karnego nie budziło wątpliwości to, czy określone zachowanie *in concreto* wypełnia te znamiona. Skoro ustawa wprowadza sankcję, nie może pozostawiać jednostki w nieświadomości, czy nawet niepewności co do tego, czy pewne zachowanie stanowi czyn zabroniony pod groźbą takiej sankcji. Dlatego jakiegokolwiek wskazanie ogólnikowe, umożliwiające daleko idącą swobodę interpretacji co do zakresu znamion czynu zabronionego lub pewnego typu kategorii zachowań, nie może być traktowane jako spełniające wymóg określoności na gruncie art. 42 ust. 1 Konstytucji RP. Zasada określoności powiązana jest w sposób oczywisty z zasadą tworzenia prawa zgodnie z zasadami przyzwoitej legislacji oraz dyrektywą formułowania przepisów w sposób jasny, zrozumiały i z zachowaniem zasady zaufania do tworzonego prawa, które to zasady zostały już przez Skarżącą szeroko opisane w samej skardze konstytucyjnej. Dla porządku należy jedynie wskazać, że Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie potwierdzał już, że **przepisy prawa (wszelkie, lecz przepisy prawa represyjnego w szczególności) winny być stanowione w sposób precyzyjny, jednoznaczny, nie powodujący istotnych wątpliwości prawnych**, co z kolei wiąże się z koniecznością posługiwania się **pojęciami zdefiniowanymi i posiadającymi zrozumiałą treść**. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego naruszeniem Konstytucji RP jest stanowienie przepisów niejasnych, wieloznacznych, które nie pozwalają obywatelowi na przewidzenie konsekwencji prawnych jego zachowań. „*Należyta poprawność, precyzyjność i jasność przepisów prawnych ma szczególne znaczenie, gdy chodzi o ochronę konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela*” (zob. wyrok TK z 22 maja 2002 r., sygn. akt K 6/02). W przypadku przepisów o charakterze represyjnym, przewidujących możliwość nałożenia na obywatela dotkliwych kar (również pieniężnych), wymagania odnośnie formułowania przepisów są dodatkowo zaostrzone, jeśli chodzi o stopień pożądanej precyzji. Postulat określoności czynu zabronionego wynika z wyrażonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP fundamentalnej dla prawa karnego, a w odniesieniu do prawa represyjnego w szerokim znaczeniu stosowanej odpowiednio, zasady *nullum crimen sine lege certa (clara)*. W doktrynie prawnej przyjmuje się, że ustawa musi określać zachowanie zabronione w taki sposób, aby można było jednoznacznie odróżnić zachowanie zabronione od niezabronionego. Adresat normy prawnej musi otrzymać jednoznaczną informację, jakie czyny są zakazane i popełnienie których z nich pociąga za sobą odpowiedzialność. Zasadę określoności regulacji z zakresu prawa represyjnego należy rozumieć jako obowiązek wskazania w ustawie podstawowych znamion czynu zabronionego w sposób odpowiadający minimalnym wymogom precyzji. Celem tego nakazu, skierowanego do ustawodawcy, jest zapewnienie adresatowi normy prawnej możliwości orientowania się na podstawie samego tylko przepisu ustawowego co do**

zasadniczej treści ustanowionego zakazu (zob. wyrok TK z 9 czerwca 2010 r., sygn. akt SK 52/08).

W świetle wszystkich powyższych uwag nie powinno budzić wątpliwości objęcie sankcji przewidzianej w art. 129b Prawa farmaceutycznego zasadami wyprowadzonymi z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, w tym w szczególności z **zasadą określoności przepisów sankcyjnych**.

Jak Skarżąca wyczerpująco wyjaśniła już w skardze konstytucyjnej, użyte w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego pojęcie „reklama” jest terminem **niedookreślonym**, zaś dla ustalenia jego znaczenia nie należy odwoływać się do definicji reklamy produktu leczniczego, która została uregulowana w tej samej ustawie - co wynika przede wszystkim stąd, że przepisy dotyczące **reklamy aptek** są przepisami o charakterze **zakazowym**, zaś **reklama produktu leczniczego** jest co do zasady **dozwolona**.

W związku z przewidzianą przez ustawodawcę karą pieniężną nakładaną w przypadku stwierdzenia prowadzenia wbrew przepisom art. 94a PF reklamy apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności, **umożliwienie prawidłowego odkodowania pojęcia „reklama apteki” jest kluczowe zarówno dla organu nakładającego karę pieniężną przewidzianą w przepisie art. 129b PF, jak i dla podmiotu będącego jego adresatem. W związku z tym, że interpretacja pojęcia „reklama apteki” ma bezpośrednie przełożenie na poddanie obywatela (podmiotu) sankcji w postaci kary pieniężnej, konieczne jest zagwarantowanie jednoznacznej definicji warunkującej jednolite jej rozumienie. W demokratycznym państwie prawnym nie ma zgody na obciążanie obywateli sankcjami, których nałożenie jest uzależnione od dowolnej interpretacji znamion czynu zagrożonego sankcją.**

Jak wynika z analizy wyroków sądów administracyjnych dotyczących wydanych w sprawach dotyczących naruszenia zakazu reklamy aptek, sama „reklama aptek” rozumiana jest różnie (choć w zasadzie zawsze bardzo szeroko - można zaobserwować tendencję do niekontrolowanego i nieuzasadnionego rozszerzania zakresu tego pojęcia). Stosunkowo często odkodowanie pojęcia „reklama apteki” przez sąd sprowadza się do uznania, że za reklamę działalności apteki lub punktu aptecznego należy uznać **każdą działalność polegającą na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w danej aptece lub punkcie aptecznym, mającą na celu zwiększenie ich sprzedaży**. *„Reklamą apteki może być każde działanie, skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w niej oferowanych. Reklamą działalności apteki lub punktu aptecznego będzie każda ich działalność, niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli celem działalności jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w danej aptece lub punkcie aptecznym”* (tak np. wyroki WSA w Warszawie w sprawach o sygn. akt VI SA/Wa 2870/13 i VI SA/Wa 591/14). Jeżeli przystać na taką interpretację, podmiot prowadzący aptekę będący bezpośrednim adresatem normy wynikającej z art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego pozbawiony byłby w ogóle możliwości prowadzenia swojej działalności. Istotą działalności gospodarczej jest jej



KIESZKOWSKA RUTKOWSKA KOLASIŃSKI

był precyzyjnie określony. W konsekwencji należy uznać, że art. 129b w zw. z art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego jest niezgodny z art. 42 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji RP.

W związku z powyższym wnoszę jak w skardze konstytucyjnej oraz w *petitum*.

adv. Paulina Kieszowska-Knapik

Załączniki:

1. Streszczenie raportu dotyczącego detalicznej sprzedaży leków, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa, maj 2015 r.;
2. 5 odpisów uzupełnienia skargi z załącznikiem.