



Zakaz reklamy aptek

niezgodny z Konstytucją RP?

Weronika Kania

Artykuł 94a ustawy Prawo farmaceutyczne w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 stycznia 2012 r., zgodnie z którym zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności, mimo obowiązywania od przeszło 5 lat budzi cały czas kontrowersje wśród farmaceutów.

Orzecznictwo sądów administracyjnych rozpatrujących skargi na decyzję Głównego Inspektora Farmaceutycznego (podtrzymujące decyzje wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych) jest dość jednolite i zakaz reklamy aptek interpretuje szeroko, uznając, że reklamą apteki jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych przez aptekę towarów, która w taki sposób jest odbierana przez klientów. Czy jednak taka interpretacja tego przepisu jest zgodna z Konstytucją RP?

Skargi konstytucyjne w Trybunale Konstytucyjnym

Na stronie internetowej Trybunału Konstytucyjnego znajduje się informacja o zarejestrowanych trzech skargach konstytucyjnych dotyczących niezgodności art. 94a z Konstytucją RP (sygn. SK 23/15, SK 32/15, SK b11/16). Do chwili obecnej żadna z tych skarg nie została przez Trybunał rozpoznana.

Powyzsze skargi wniesione zostały w wyniku poprzednio prowadzonych postępowań, w których decyzją wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego nakazano zaprzestania prowadzenia reklamy działalności aptek i na które zostały nałożone kary pieniężne. Od tej decyzji apteki odwołały się do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, a dalej wobec utrzymania w mocy decyzji, złożyły skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego. Skargi te zostały w całości oddalone. Wojewódzkie sądy administracyjne potwierdziły ocenę, że działania prowadzone w aptekach i zakwestionowane przez organy nadzoru farmaceutycznego były jedną z form niedozwolonej reklamy w rozumieniu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, gdyż polegały na innym rodzaju czynnościach niż informowanie o lokalizacji i godzinach pracy apteki. Również Naczelny Sąd Administracyjny od-

dał skargi kasacyjne wniesione przez apteki, a tym samym podzielił trafność ocen organów nadzoru farmaceutycznego oraz wojewódzkiego sądu administracyjnego, uznając, że działania, w których uczestniczyły apteki, miały na celu zwiększenie obrotów, a więc były niedozwoloną reklamą. Wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego mają charakter ostateczny i nie podlegają już zaskarżeniu.

W złożonych skargach konstytucyjnych apteki wnoszą o stwierdzenie, że art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne, 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 (Dz. U. z 2011 r. Nr 122, poz. 696 ze zm.) 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, 49, 68 ust. 1 Konstytucji RP.

Zasada wolności działalności gospodarczej

Podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej stanowi, zgodnie z art. 20 Konstytucji RP, społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych. Powyższe uzupełnia art. 22 Konstytucji RP, zgodnie z którym ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

Ponadto zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycz-

Zdaniem zwolenników zakazu reklamy aptek przesłanką dopuszczalności ograniczenia wolności działalności gospodarczej jako ważnego interesu społecznego jest ochrona zdrowia publicznego przez zapobieżenie zjawisku nadmiernej konsumpcji leków.



nym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Zdaniem wnoszących skargi zasady powyższe są ograniczane poprzez art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego. Bez wątpienia, w polskim systemie prawnym apteka jest przedsiębiorcą, wprawdzie o specyficznym statusie, ponieważ jest jednocześnie placówką ochrony zdrowia. Jako taka placówka musi się oczywiście liczyć z pewnymi ograniczeniami prawnymi dotyczącymi jej działalności, ale każde z tych ograniczeń musi przejść test dopuszczalności ze względu na ważny interes publiczny i test proporcjonalności. Na powyższe wskazuje użycie w art. 22 Konstytucji RP partykuły „tylko”, co oznacza, iż w każdym przypadku wprowadzania ograniczeń zasady wolności gospodarczej spełnione muszą zostać wymagania, o których mowa w przepisie. Zdaniem skarżących zaskarżony przepis wprowadzający zakaz reklamy aptek – choć nadano mu charakter przepisu ustawowego (spełniona zatem została przesłanka z art. 22 Konstytucji RP, mówiąca, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej może nastąpić tylko w drodze ustawy) – nie ma uzasadnienia w postaci ważnego interesu publicznego.

Zdaniem zwolenników zakazu reklamy aptek przesłanką dopuszczalności ograni-

czenia wolności działalności gospodarczej jako ważnego interesu społecznego jest ochrona zdrowia publicznego przez zapobieżenie zjawisku nadmiernej konsumpcji leków. Generalnie, ograniczenie swobody działalności gospodarczej w celu ochrony wartości, jaką jest zdrowie, uznać należy za jak najbardziej dopuszczalne i uzasadnione. Jednakże skarżący wskazują przede wszystkim na niekonsekwentność ustawodawcy, który nie zakazuje reklamy samych leków czy suplementów, czy też reklamy innych niż apteki palcówek mogących sprzedawać leki OTC.

Zasada wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji

Zgodnie z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. W złożonych skargach wskazuje się, iż powyższa norma konstytucyjna jest naruszona przez ustanowienie całkowitego zakazu reklamy aptek i ich działalności, a tym samym uniemożliwienie rozpowszechniania informacji o ich działalności, a w konsekwencji uniemożliwienie ich klientom (pacjentom) pozyskiwanie informacji o działalności aptek, ich usługach zdrowotnych, ofercie cenowej, korzystanie z opieki farmaceutycznej etc.

Skarżący wskazują bowiem, że na podstawie art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego zakazuje się nie tylko działań stricte reklamowych, ale i wszelkich innego rodzaju działań, które nakierowane są na zwiększenie obrotów/zysków apteki, a więc należących do istoty działalności gospodarczej. Nadto podnosi się, że analizowany przepis prowadzi także do daleko idącego ograniczenia konkurencji pomiędzy aptekami, uniemożliwia bowiem aptekom realną konkurencję z placówkami obrotu pozaaptecznego.

Skarżące apteki odwołują się także do sprzeczności zaskarżonego przepisu z normami prawa międzynarodowego (art. 10 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności) oraz do norm prawa unijnego – dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym, zgodnie z którą „państwa członkowskie znoszą wszelkie całkowite zakazy dotyczące informacji handlowych dostarczanych przez zawody regulowane. (...) Zasady dotyczące wykonywania zawodu odnoszące się do informacji handlowych muszą być niedyskryminacyjne, uzasadnione nadrzędnym interesem publicznym i proporcjonalne”.

Zasada proporcjonalności i zasada poprawnej legislacji

Skarżący zarzucają także, iż art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego jest niezgodny z art. 2 Konstytucji RP. Zasada prawidłowej legislacji z niego wypływająca nakazuje bowiem formułowanie przepisów w sposób jasny, zrozumiały i z zachowaniem zasady zaufania do tworzonego prawa. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. akt K 17/11, wskazał, że „zasada poprawnej legislacji jest funkcjonalnie związana z zasadą zaufania obywateli do państwa i zasadą bezpieczeństwa prawnego”. Przepisy prawa 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 (por. wyrok TK z dnia 17 grudnia 2002 r., sygn. akt U 3/02). Przepis powinien być ponad-

to tak ujęty, aby zakres jego zastosowania obejmował tylko te sytuacje, w których działający racjonalnie ustawodawca zamierzał wprowadzić regulację ograniczającą korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw (por. wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2009 r., sygn. akt K 50/07), co potwierdza stwierdzenie, że „pojęcia nieostre, do których odwołuje się ustawodawca, nie mają charakteru blankietowego, nie dają podstaw do dowolnego kształtowania ich treści. Na organach stosujących prawo ciąży bowiem obowiązek identyfikacji ich treści z uwzględnieniem podstawowych zasad prawa, ogólnosystemowych wartości i standardów konstytucyjnie chronionych” (wyrok TK z dnia 5 września 1999 r., sygn. akt K 11/99).

W świetle powyższego zdaniem skarżących art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego jest niezgodny z zasadą prawidłowej legislacji, bowiem nie spełnia on wymagań dostatecznej jasności, określoności i jednoznaczności, czym narusza też zasadę zaufania obywateli do państwa i tworzonego przez nie prawa. Przede wszystkim zwraca się uwagę, że ani art. 94a Prawa farmaceutycznego, ani żaden inny przepis prawa nie zawiera definicji reklamy aptek i ich działalności, co rodzi poważne wątpliwości interpretacyjne prowadzące do uznania, że oferta, informacja o ofercie czy jakiegokolwiek inne tego typu działania są zakazane jako zachęta czy utrzymywanie klientów.

Skarżący wskazują także na okoliczność, że przy wprowadzeniu zaskarżonego przepisu do porządku prawnego naruszono zasady przyzwoitej legislacji z uwagi na fakt, iż przepis ten pozostawał poza sferą regu-

Zgodność z Konstytucją RP całkowitego zakazu reklamy aptek budzi istotne wątpliwości nie tylko wśród podmiotów obowiązanych do jego przestrzegania, ale też wśród licznych instytucji, konstytucjonalistów oraz Prezesa UOKiK, który postrzega w zakazie zagrożenie dla konkurencji oraz interesów konsumentów.



W złożonych skargach apteki powołują się także na okoliczność, że przepis w naturze bardzo podobny do przepisu całkowitego zakazu reklamy aptek i ich działalności, odnoszący się do całkowitego zakazu reklamy zawierającej informacje o otwartych funduszach emerytalnych lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy emerytalnych, stał się przedmiotem wniosku Prezydenta RP o zbadanie zgodności z Konstytucją RP.

lowaną ustawą refundacyjną (przepis nie dotyczył refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych), został dodany do projektu ustawy refundacyjnej na etapie prac sejmowych, przy czym inicjatywa w tym zakresie nie pochodziła od strony rządowej, jak również został dodany do projektu ustawy refundacyjnej bez oceny skutków regulacji i bez konsultacji społecznych oraz uzgodnień międzyresortowych, co jest niezgodne ze standardami państwa prawnego, określonymi w art. 2 Konstytucji RP.

Stanowisko Prokuratora Generalnego

Stanowisko co do niezgodności art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne z art. 20 i art. 22 w zw.



Weronika Kania

Radca prawny, wspólnik w Libera i Wspólnicy Kancelaria Radców Prawnych Spółka Komandytowa. Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Ukończyła także studia na kierunku zarządzanie ze specjalizacją gospodarka nieruchomościami na Wydziale Finansów i Bankowości w Wyższej Szkole Bankowej w Poznaniu. Posiada kilkuletnie doświadczenie zawodowe w obsłudze spółek handlowych oraz prowadzeniu sporów sądowych. Zajmuje się prawem cywilnym, w tym prawem nieruchomości i służebnościami, prawem administracyjnym oraz farmaceutycznym.

z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i z art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP poparł w wyrażonym stanowisku Prokurator Generalny w piśmie z dnia 26 stycznia 2016 r.

Jednakże po zmianie na stanowisku Prokuratora Generalnego, pismem z dnia 6 września 2016 r. dokonano modyfikacji wyrażonego poprzednio stanowiska, uznając, że art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego jest zgodny ze wszystkimi powołanymi wzorcami konstytucyjnymi.

Niekonstytucyjny zakaz reklamy OFE

W złożonych skargach apteki powołują się także na okoliczność, że przepis w naturze bardzo podobny do przepisu całkowitego zakazu reklamy aptek i ich działalności, odnoszący się do całkowitego zakazu reklamy zawierającej informacje o otwartych funduszach emerytalnych lub informacje sugerujące, że reklama odnosi się do otwartych funduszy emerytalnych (dalej: OFE), stał się przedmiotem wniosku Prezydenta RP o zbadanie zgodności z Konstytucją RP (sygn. akt sprawy: K 1/14). Skarżący podkreślali przy tym, że oba przepisy, tj. zaskarżony przez Prezydenta RP zakaz reklamy OFE oraz zaskarżony zakaz reklamy aptek mają identyczną strukturę logiczną i bardzo zbliżone brzmienie. Na skutek tej skargi w 2015 r. Trybunał Konstytucyjny orzekł, że całkowity zakaz reklamowania OFE narusza art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, uznając ten zakaz za nadmierny i nieproporcjonalny.



Sprawa Vanderborght

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

Zgodność z Konstytucją RP całkowitego zakazu reklamy aptek budzi istotne wątpliwości nie tylko wśród podmiotów obowiązanych do jego przestrzegania, ale też wśród licznych instytucji, konstytucjonalistów oraz Prezesa UOKiK.

zamierzone przez przepisy rozpatrywane w postępowaniu głównym mogłyby zostać osiągnięte poprzez mniej restrykcyjne środki, określając, gdy to konieczne, w sposób ścisły formy i warunki, które mogłyby skutecznie przybrać środki komunikacji używane przez lekarzy dentyistów, nie zakazując im przy tym w sposób ogólny i całkowity wszelkiej formy reklamy”. Biorąc pod uwagę bardzo daleko idące podobieństwo ocenianych przez TSUE przepisów belgijskich dotyczących reklamy usług stomatologicznych z art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego o zakazie reklamy aptek, rozważania TSUE dokonane na gruncie tej sprawy mogą być z powodzeniem przełożone na stan faktyczny i istotę niniejszej sprawy dotyczącej niezgodności z Konstytucją RP całkowitego zakazu reklamy aptek. Nadmienić należy, że zgodność z Konstytucją RP całkowitego zakazu reklamy aptek budzi istotne wątpliwości nie tylko wśród podmiotów obowiązanych do jego przestrzegania, ale też wśród licznych instytucji, konstytucjonalistów oraz Prezesa UOKiK, który postrzega w zakazie zagrożenie dla konkurencji oraz interesów konsumentów. Konieczne zatem staje się rozpatrzenie sprawy przez Trybunał Konstytucyjny i stwierdzenie, czy zaskarżony przepis jest zgodny czy niezgodny z Konstytucją RP oraz zajęcie stanowiska, czy wykładnia zaskarżonego przepisu nie jest zbyt daleko idąca.