



ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO ZBIÓR URZĘDOWY

Seria A

Warszawa, dnia 13 grudnia 2021 r.

Pozycja 65

POSTANOWIENIE z dnia 25 listopada 2021 r. Sygn. akt SK 11/16

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Piotr Pszczółkowski – przewodniczący
Stanisław Piotrowicz
Bartłomiej Sochański
Rafał Wojciechowski
Jarosław Wyrembak – sprawozdawca,

po rozpoznaniu, na posiedzeniu niejawnym w dniu 25 listopada 2021 r., skargi konstytucyjnej Fundacji [...] z siedzibą w W. o zbadanie zgodności:

art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271, ze zm.), 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. Nr 122, poz. 696, ze zm.), z art. 20 i art. 22 oraz art. 20 i art. 22 w związku z art. 54 ust. 1 Konstytucji,

p o s t a n a w i a:

umorzyć postępowanie.

Orzeczenie zapadło jednogłośnie.

UZASADNIENIE

I

1. W skardze konstytucyjnej z 15 stycznia 2016 r. skarżąca przedstawiła następujący stan faktyczny:

Decyzją z 7 września 2012 r. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny stwierdził naruszenie przez skarżącą zakazu reklamy aptek, o którym mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271, ze zm.; dalej: prawo farmaceutyczne), oraz nałożył na skarżącą, w oparciu o art. 129b prawa farmaceutycznego, karę pieniężną w wysokości 4000 zł. Dnia 20 września 2012 r. skarżąca wniosła odwołanie od tej decyzji do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, który decyzją z 2 listopada 2012 r. uchylił zaskarżoną decyzję w całości i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia przez organ pierwszej instancji. Decyzją z 2 stycznia 2013 r. Wojewódzki Inspektor Farma-

ceutyczny ponownie stwierdził naruszenie przez skarżącą zakazu reklamy aptek oraz nałożył na skarżącą karę pieniężną w wysokości 8000 zł. Działaniem, które naruszyło określony w art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego zakaz reklamy aptek, było cykliczne kolportowanie na terenie miasta oraz na stronie internetowej sieci marketów gazetek reklamowych, zawierających ofertę programu pomocy finansowej przy zakupie leków i suplementów diety, realizowanego przez skarżącą. Skarżąca wniosła odwołanie od tej decyzji do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, który decyzją z 20 czerwca 2013 r. utrzymał zaskarżoną decyzję w mocy. Skarżąca wniosła skargę na decyzję Głównego Inspektora Farmaceutycznego do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, który 6 marca 2014 r. oddalił skargę. Kolejnym krokiem skarżącej było złożenie skargi kasacyjnej do Naczelnego Sądu Administracyjnego, który wyrokiem z 4 września 2015 r. oddalił skargę. Wyrok NSA został doręczony skarżącej 16 października 2015 r.

Skarżąca zakwestionowała art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego, 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. Nr 122, poz. 696, ze zm.; dalej: ustawa o refundacji leków), zgodnie z którym zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności, przy czym reklamą w rozumieniu tego przepisu nie jest 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 art. 22 w związku z art. 54 ust. 1 Konstytucji. Tak szeroki zakaz reklamy aptek nie ma, według skarżącej, 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 – wspierających działania aptek czy służących pacjentom. Skarżąca wskazała na skrajną niespójność pomiędzy regulacjami dotyczącymi reklamy produktów leczniczych i sprzedaży leków dostępnych bez recepty (dalej: OTC) poza aptekami a regulacją ustanawiającą całkowity zakaz reklamy aptek, która powoduje, że zakaz reklamy wynikający z art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego nie tylko nie chroni wartości w postaci zdrowia publicznego, ale stwarza dla tej wartości realne zagrożenie.

Skarżąca wskazała, że konstrukcja art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego skłania do maksymalnie szerokiej wykładni tego przepisu. Wskazanie, że z zakresu reklamy wyłączone jest tylko informowanie o godzinach pracy i lokalizacji apteki, prowadzi do wniosku, iż za zabronione należy uznać wszystko, co nie stanowi tej informacji. Skarżąca wskazała, że w praktyce stosowana jest taka właśnie interpretacja zakwestionowanego przez nią przepisu. Za reklamę apteki uznawane jest każde działanie, którego celem jest osiągnięcie wzrostu sprzedaży lub które przez odbiorcę może zostać odebrane jako zachęta do nabycia towaru w aptecce. Skarżąca zilustrowała to przykładem, w którym za reklamę apteki został uznany współdziałanie w organizacji konkursu propagującego zdrowy styl życia, poprzez przyjęcie, że jego celem było wywołanie pozytywnych skojarzeń i zainteresowania apteką (por. wyrok WSA w Warszawie z 25 marca 2015 r., sygn. akt VI SA/Wa 2637/14). Zdaniem skarżącej, nietrudno zauważyć, że pozytywne skojarzenia z apteką będą budzić również takie działania, jak np. możliwość skorzystania w aptecce z dodatkowych usług (pomiar ciśnienia, konsultacje

medyczne, badania profilaktyczne) czy też np. wprowadzenie ułatwień dla osób niepełnosprawnych czy umożliwienie płacenia kartą. Skarżąca postawiła pytanie, jak powiązać ten szeroki zakaz reklamy z ochroną dobra pacjentów, wskazywaną jako cel zaskarżonej regulacji.

Skarżąca wskazała, że celem wprowadzenia całkowitego zakazu reklamy aptek jest ochrona zdrowia publicznego przez zapobieżenie zjawisku nadmiernej konsumpcji leków. Przyznała, że ograniczenie swobody działalności gospodarczej w celu ochrony wartości, jaką jest zdrowie, uznać należy za jak najbardziej dopuszczalne. Wartość w postaci ochrony zdrowia ludzkiego należy postawić wyżej niż wolność działalności gospodarczej. Jednocześnie, jak podkreśliła skarżąca, respektowana być musi zasada proporcjonalności, wymagająca zbadania, czy kwestionowana norma spełnia wymagania przydatności, konieczności i proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu.

Zdaniem skarżącej, badanie to daje w rozpatrywanym wypadku wynik negatywny.

Odnosnie do kwestii przydatności zakwestionowanej regulacji do realizacji zakładanego celu, skarżąca wskazała na niespójność całkowitego zakazu reklamy aptek z przepisami dopuszczającymi reklamę produktów leczniczych, sprzedaż leków dostępnych bez recepty w placówkach pozaaptecznych oraz reklamę innych niż apteki placówek mogących sprzedawać OTC. Skarżąca wskazała, że to reklama produktów leczniczych jest bezpośrednio nakierowana na zwiększenie konsumpcji leków i pozostaje sprzeczna z wartością w postaci ochrony zdrowia ludzkiego. Reklama taka jest jednak generalnie dozwolona. Tymczasem, zdaniem skarżącej, reklama apteki niesie ze sobą potencjalnie mniejsze zagrożenie zdrowia publicznego niż reklama produktów leczniczych. Reklama produktu leczniczego jest bowiem nakierowana bezpośrednio na zwiększenie jego sprzedaży, zaś w wypadku reklamy apteki ma to charakter pośredni. Celem reklamy produktu leczniczego jest jego sprzedaż. Celem reklamy apteki jest zachęcenie pacjenta do skorzystania z jej usług. Usługi świadczone przez aptekę to m.in. sprzedaż produktów leczniczych przy zapewnieniu profesjonalnego doradztwa i pod nadzorem wykwalifikowanego personelu. Umiejscawiając apteki w sytuacji rynkowej znacznie mniej korzystnej niż pozaapteczne placówki sprzedaży leków, ustawodawca, najpewniej w sposób niezamierzony, osiągnął paradoksalny skutek w postaci wspierania zjawiska nabywania leków w placówkach innych niż apteki. Zdaniem skarżącej, zakaz reklamy aptek jest zatem nie tylko nieefektywny w perspektywie zakładanego przez ustawodawcę celu w postaci ochrony zdrowia publicznego, ale może być wręcz z tym celem sprzeczny.

W ocenie skarżącej, nie sposób uznać za racjonalną sytuację, gdy ustawodawca zezwala na stosunkowo szeroką reklamę leków i ich sprzedaż przez supermarkety i jednocześnie wprowadza uregulowanie utrudniające aptekom konkurowanie – w zakresie sprzedaży OTC – z placówkami pozaaptecznymi. Skarżąca posłużyła się przykładem osób starszych, które w celu porównania cen leków obowiązujących w różnych aptekach muszą osobiście udać się do każdej z nich. Brak możliwości łatwiejszego uzyskania informacji o cenach leków w aptekach trudno uznać za pozostający w interesie pacjentów.

Skarżąca podkreśliła również, że zakaz reklamy nie dotyczy tylko produktów leczniczych, ale też całej działalności apteki, w tym sprzedaży suplementów diety, kosmetyków i środków higienicznych – w tym zakresie zakazu reklamy nie sposób uzasadnić potrzebą ochrony zdrowia publicznego i zmniejszenia konsumpcji leków; tym bardziej trudno przyjąć, iż środek taki jest konieczny i proporcjonalny. Produkty te mogą być swobodnie reklamowane i sprzedawane w innych niż apteki placówkach handlowych, które również mogą się swobodnie reklamować. Zakazanie aptece stosowania reklamy informującej, że produkty te są w tej aptece dostępne, nie daje się uzasadnić jakimkolwiek interesem społecznym.

Skarżąca argumentowała, że apteki mogą prowadzić działania służące profilaktyce i ochronie zdrowia, jak pomiar ciśnienia, dermatokonsultacje itp. Prowadzenie takich działań nie tylko nie narusza interesu publicznego, ale leży w tym interesie. Tymczasem apteka nie

ma prawa poinformować, że oferuje tego rodzaju usługi. Za reklamę jest bowiem uznane każde działanie, które może być odczytane jako zachęta do skorzystania z usług apteki. Niemożliwe jest, zdaniem skarżącej, wskazać, w jaki sposób informacja o możliwości skorzystania np. z dermatokonsultacji miałyby zagrażać wartości w postaci zdrowia publicznego i prowadzić do nadmiernej konsumpcji leków. Według skarżącej, zakwestionowanej regulacji nie można uznać za racjonalną, a tym bardziej uzasadnioną i konieczną.

2. Pismem z 6 lipca 2016 r. Rzecznik Praw Obywatelskich nie zgłosił udziału w postępowaniu.

3. Prokurator Generalny, w piśmie z 6 września 2016 r., wyraził pogląd, że art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego jest zgodny z art. 20, art. 22 i art. 54 ust. 1 Konstytucji.

Zdaniem Prokuratora Generalnego, przedsiębiorca decydujący się na prowadzenie apteki ma świadomość działania na rynku regulowanym, na którym istnieje szereg przepisów ograniczających swobodę gospodarczą. Występując o udzielenie zezwolenia na prowadzenie apteki, przedsiębiorca musi godzić się na respektowanie nałożonych prawem farmaceutycznym rygorów. W takim kontekście należy – w ocenie Prokuratora Generalnego – dokonać oceny proporcjonalności wynikających z zaskarżonego przepisu ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności.

Prokurator Generalny uznał, że oceny przydatności przepisu należy dokonywać na podstawie zdefiniowania celów aktu w chwili jego uchwalania, a nie w kontekście rzeczywistych efektów wprowadzonych rozwiązań. Warunku przydatności nie spełniają tylko takie przepisy, które utrudniają osiągnięcie celów lub nie wykazują żadnego związku z tymi celami. Prokurator Generalny przyjął, że *in abstracto* zakaz reklamy aptek jawi się jako przydatny do osiągnięcia założonego celu, którym jest ograniczenie spożycia leków, a w konsekwencji – uzyskanie określonych efektów w zakresie ochrony zdrowia. Ustawodawca stosuje tego rodzaju rozwiązania w odniesieniu do niektórych towarów i usług, czego wyrazem są ograniczenia prowadzenia reklamy alkoholu, wyrobów tytoniowych czy prowadzenia gier hazardowych i zakładów, będące limitacją swobody działalności gospodarczej oraz wolności wynikających z art. 54 ust. 1 Konstytucji. Osądu powyższego nie zmienia fakt dopuszczenia przez ustawodawcę do reglamentowanej reklamy produktów leczniczych oraz reklamy OTC i innych niż apteki podmiotów mogących takie leki sprzedawać. Okoliczność ta może wpływać na zmniejszenie oddziaływania zakazu reklamy aptek na ograniczenie spożycia leków, ale nie pozbawia całkowicie tego zakazu waloru przydatności i skuteczności.

Prokurator Generalny podniósł dalej, że ustawodawca, chroniąc – pozostającą w ścisłym związku z godnością człowieka, która stanowi źródło wolności i praw jednostki – wartość, jaką jest zdrowie publiczne, ma szczególną legitymację do dokonywania ingerencji w wolność działalności gospodarczej. Dlatego – po przyjęciu założenia, że państwo nie powinno wspierać, lecz ma ograniczać działanie polegające na nakłanianiu konsumentów do korzystania z usług aptek, którego to nakłaniania efektem może być nadmierna konsumpcja leków – ustawodawca, korzystając z przysługującej mu swobody, był uprawniony do uznania, że wprowadzenie zakazu reklamy aptek jest środkiem niezbędnym dla zapewnienia właściwego poziomu ochrony zdrowia. Co więcej, zdaniem Prokuratora Generalnego, zakaz ustanowiono z zachowaniem proporcjonalności *sensu stricto*. Według Prokuratora Generalnego, dla takiej oceny znaczenie ma to, że apteki są placówkami ochrony zdrowia publicznego, których głównym celem nie powinna być maksymalizacja zysku. Ponadto ustawodawca nie wykluczył bezwzględnie dopuszczalności informowania o działalności aptek. Nie jest zakazane informowanie o ich lokalizacji i godzinach pracy. Klienci mogą również dowiedzieć się w każdej aptece o dostępności konkretnych artykułów i ich cenach. Nie jest natomiast dozwolone stosowanie reklam, które nie mają w głównej mierze funkcji informacyjnej, lecz nakła-

nią do nabycia oferowanych artykułów. Według Prokuratora Generalnego, zalety badanej regulacji przeważają nad jej wadami. Brak możliwości reklamy apteki nie stanowi nadmiernego ciężaru nałożonego na przedsiębiorców. Zakaz ten kierowany jest do wszystkich przedsiębiorców, nie preferuje żadnych podmiotów i nie narusza zasad równej konkurencji.

W ocenie Prokuratora Generalnego, ocena zgodności zaskarżonego przepisu z art. 54 ust. 1 Konstytucji jest identyczna z oceną jego zgodności z art. 20 i art. 22 Konstytucji i opiera się na tych samych argumentach.

Zdaniem Prokuratora Generalnego, istnieją podstawy do przyjęcia, że zakaz reklamy aptek nie stanowi środka nieefektywnego, nieproporcjonalnego ani też uciążliwego w stopniu większym niż jest to niezbędne do osiągnięcia założonego przez ustawodawcę legitymowanego konstytucyjnie celu związanego z zapewnieniem właściwego poziomu ochrony zdrowia.

4. Sejm, w piśmie z 9 listopada 2017 r., wniósł o stwierdzenie, że art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego, w brzmieniu nadanym przez art. 60 pkt 7 ustawy o refundacji leków, jest zgodny z art. 20, art. 22 oraz z art. 54 ust. 1 Konstytucji.

Sejm wyraził pogląd, że wprowadzenie zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności powinno być postrzegane jako legitymowane koniecznością zagwarantowania ochrony zdrowia ludzkiego, mieszczącej się w kategorii „ważnego interesu publicznego”, o którym mowa w art. 22 Konstytucji. W ocenie Sejmu, spełnia ono kryterium przydatności, umożliwia bowiem realizację celów zakładanych przez ustawodawcę, do których należy zaliczyć m.in. ochronę zdrowia, a nawet ochronę życia poprzez ograniczenie spożycia leków. Sejm nie ma wątpliwości, że reklama jest narzędziem o charakterze perswazyjnym, które może wpływać na zachowania konsumenta w postaci wzmożonego zainteresowania oferowanymi na rynku usługami lub produktami. Podstawowym celem 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, zdaniem Sejmu, nadmierna konsumpcja produktów leczniczych, niejednokrotnie oddziałujących negatywnie na stan zdrowia pacjentów. Sejm zwrócił też uwagę, że zakaz reklamy komercyjnej wynikającej z art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego, biorąc pod uwagę powszechny dostęp do aptek i punktów aptecznych, nie utrudnia nadmiernie dostępu do nich, a zatem osoby zainteresowane mogą swobodnie korzystać z oferowanych przez te podmioty usług. Zdaniem Sejmu, 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 pozwałaby na osiągnięcie tego samego skutku. Zakaz ten wpisuje się w cały mechanizm obrotu lekami, umożliwiającą realizację konstytucyjnych standardów, w tym zwłaszcza ochrony zdrowia i życia oraz ochrony konsumentów przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu. Sejm podkreślił, że ustawodawca wyłączył spod 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 wskazał, że zakaz 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 proponowanymi przez nich produktami i usługami, a w ten sposób dążyć do zwiększenia swoich zysków. Zdaniem Sejmu, zakaz z art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego wpisuje się w działania państwa zmierzające do korygowania praw rynku celem zaspokojenia określonych potrzeb społecznych, które byłyby niemożliwe do realizacji przy założeniu swobodnego funkcjonowania praw rynkowych. Do takich potrzeb należy, zdaniem Sejmu, w szczególności optymalizacja działań państwa w kierunku zagwarantowania szczególnej ochrony zdrowia i ochrony konsumentów przed działaniami zagrażającymi

ich zdrowiu poprzez mechanizm reklamowania aptek. Dlatego – skonkludował Sejm – przyjęty mechanizm prawny wypełnia tzw. kryterium proporcjonalności *sensu stricto*.

W ocenie Sejmu, wskazany w skardze konstytucyjnej art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego jest również zgodny z art. 54 ust. 1 Konstytucji, dotyczącym wolności rozpowszechniania informacji związanych z działalnością gospodarczą podmiotów prowadzących apteki, jest bowiem zgodny z dopuszczalnym ograniczeniem praw i wolności, o którym mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Sejm przyjął, że zakaz ten skutecznie umożliwia ograniczenie perswazyjnego wpływu reklamy na decyzję konsumentów.

II

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. 3 stycznia 2017 r. weszła w życie (z wyjątkiem kilku przepisów, których wejście w życie zostało określone odmiennie) ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072, ze zm.; obecnie: Dz. U. z 2019 r. poz. 2393; dalej: u.o.t.p.TK lub ustawa o organizacji TK). Na podstawie art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 13 grudnia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz. U. poz. 2074; ze zm.) do postępowań przed Trybunałem Konstytucyjnym wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy o organizacji TK stosuje się przepisy tej ustawy.

W związku z powyższym do postępowania zainicjowanego skargą konstytucyjną z 15 stycznia 2016 r. zastosowanie mają przepisy ustawy o organizacji TK.

2. Na podstawie danych wynikających z Krajowego Rejestru Sądowego, Trybunał Konstytucyjny ustalił, co następuje:

Skarżąca Fundacja 29 listopada 2019 r. została wykreślona z Krajowego Rejestru Sądowego. Wykreślenie z KRS uprawomocniło się 17 grudnia 2019 r.

Utrata podmiotowości prawnej przez skarżącą Fundację przesądziła o tym, że wydanie orzeczenia stało się zbędne z uwagi na ustalony przez ustrojodawcę kształt konstrukcyjny skargi konstytucyjnej, stanowiącej instrument ochrony praw i wolności podmiotu legitymującego się podmiotowością prawną i zdolnością skargową (a więc podmiotu istniejącego).

Wskazana okoliczność implikowała konieczność umorzenia postępowania na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 3 u.o.t.p.TK.

Z uwagi na powyższe, Trybunał Konstytucyjny postanowił jak w sentencji.