

MARIUSZ JABŁOŃSKI
ORCID: 0000-0001-8347-1884
Uniwersytet Wrocławski
mariusz.jablonski@uwr.edu.pl

Specyfika definiowania „przesłanek ograniczania” działalności gospodarczej na przykładzie zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych

Abstrakt: W opracowaniu poruszono kwestię „mechanizmu” definiowania przesłanek, których uwzględnienie przez ustawodawcę doprowadziło do wprowadzenia zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych w ujęciu aktualnie obowiązującego art. 94a ust. 1 ustawy — Prawo farmaceutyczne.

Słowa kluczowe: reklama, zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych, prawo farmaceutyczne, ograniczenie wolności i praw jednostki, konstytucja, wolności i prawa konstytucyjne.

Wprowadzenie

Kwestia reglamentacji prowadzenia działalności gospodarczej jest zagadnieniem od lat budzącym ożywioną dyskusję i to nie tylko naukową, której aktywnym uczestnikiem był i cały czas jest prof. Tadeusz Kocowski, uznawany za niekwestionowany autorytet w tym zakresie¹. Jego wieloletnia aktywność między

¹ T. Kocowski, *Stanowienie i stosowanie norm prawa administracyjnego w obszarze reglamentacji działalności gospodarczej*, „Prawo” 253, 1996, s. 116–124; *idem*, *Reglamentacja policyjna czy policja reglamentacyjna?*, [w:] *Państwo a gospodarka: zasady, instytucje, procedury. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Bożenie Popowskiej*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020, s. 211–223; *idem*, *Prawo działalności gospodarczej*, [w:] *Materiałne prawo administracyjne*, red. M. Miemieć, Warszawa 2019, s. 399–442; a także suma opracowań zamieszczonych w fundamentalnym opracowaniu *System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodar-*

innymi na płaszczyźnie poszukiwania prawdy naukowej i racjonalnej interpretacji projektowanych oraz obowiązujących przepisów w obszarze prawa administracyjno-gospodarczego jest wzorcem dla każdego, kto nawet doraźnie chciałby zapoznać się z podstawowymi problemami z tego zakresu.

Nie budzi wątpliwości, że po dość krótkim okresie (koniec lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiąte XX wieku) dominowania w polskim ustawodawstwie koncepcji „wstrzemięźliwości” w odniesieniu do definiowania zakresu i sposobów ingerencji w sferę wolności jednostki, w tym swobodę działalności gospodarczej², widoczna była (i w dalszym ciągu jest) tendencja intensyfikowania normatywnego zaangażowania się władzy ustawodawczej w proces zawężania granic gwarantowanych podmiotowo swobód. W założeniu przyjmuje on postać konkretyzowania zakazów, wyłączeń, obostrzeń i wszelkiego rodzaju innych wymogów, których spełnienie (lub odwrotnie — niewystąpienie) ma warunkować, przynajmniej w modelowym założeniu, zarówno prawidłowe funkcjonowanie określonego rodzaju działalności i podmiotów ją prowadzących (tu: przedsiębiorców), jak i ochronę jednostki przed różnego rodzaju zagrożeniami³. Od lat zauważa się, że ta wzmożona aktywność prawodawcza nie jest w każdym przypadku ani właściwa, ani też efektywna i w praktyce przynosi zupełnie odmienne niż pierwotnie założone efekty.

W mojej ocenie jednym z przykładów takiego właśnie systemowego „niedopracowania” jest kwestia zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Wyjaśnieniu przesłanek uzasadniających przedmiotową konstatację służy niniejsze opracowanie.

1. Istota i charakter zakazu

Zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych, a także ich działalności został zawarty w art. 94a ust. 1 ustawy — Prawo farmaceutyczne⁴ (dalej: ustawa, pr.farm.). Ustawodawca w 2011 roku przyjął model, w którym zabraniając ogólnie takiej reklamy, zarówno nie sprecyzował, co należy rozumieć pod pojęciem samej reklamy, jak i nie powiązał tego terminu z funkcjonowaniem (działalnością aptek i punktów aptecznych). Wskazał jedynie w ramach definicji negatywnej, że nie

cze, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018, zwł. *Działalność gospodarcza*, s. 127–176.

² Z rozrzuwieniem należy wspomnieć pierwszą ustawę o działalności gospodarczej (Dz.U. z 1988 r. Nr 41, poz. 324) i orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w odniesieniu choćby do działalności gospodarczej w postaci prowadzenia apteki — orzeczenie TK z dnia 20 sierpnia 1992 roku, sygn. K 4/92.

³ Por. wyrok TK z dnia 14 czerwca 2004 roku, sygn. SK 21/03; zob. też wyroki TK z dnia 27 lipca 2004 roku, sygn. SK 9/03 oraz z dnia 29 kwietnia 2003 roku, sygn. SK 24/02.

⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 1977 ze zm.

stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego (art. 94a ust. 1 zd. 2)⁵. W praktyce wszystko inne, co przybiera postać przekazu informacji, co może być zidentyfikowane jako „zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece — niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych”, jest identyfikowane z zabronioną reklamą⁶.

Zakaz w postaci obowiązującej od 1 stycznia 2012 roku jest w praktyce bardzo rygorystycznie egzekwowany nie tylko przez organy administracji państwowej (art. 108 w zw. z art. 94a ust. 2–4 i art. 129b ust. 2–3 ustawy), ale i w orzecznictwie sądowym⁷, także w kontekście wyzwań, przed którymi stanął cały system zdrowia w związku z epidemią wirusa SARS-CoV-2. Nie może przy tym budzić wątpliwości, że istnienie tego zakazu stało się szczególnie niebezpieczne zarówno dla konsumentów (w tym pacjentów), jak i samych przedsiębiorców, którzy od ponad dekady poruszają się po „polu minowym”, nie mając jakichkolwiek gwarancji, że ich neutralne działania o charakterze informacyjnym, podejmowane w interesie publicznym i dla dobra wspólnego (w rozumieniu art. 1 Konstytucji RP)⁸, zostaną uznane za dopuszczalne (legalne), a tym samym nie będą prowadzić

⁵ Dodatkowo w przepisie tym sprecyzowano, że: „1a. Zabroniona jest reklama placówek obrotu pozaaptecznego i ich działalności odnosząca się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych. 2. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego. 3. W razie stwierdzenia naruszenia przepisu ust. 1 lub 1a wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje, w drodze decyzji, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy. 4. Decyzji, o której mowa w ust. 3, nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności”.

⁶ Zob. np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 marca 2021 roku, sygn. VI SA/Wa 2376/20 z jednoczesnym odwołaniem się do wyroków WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 roku, sygn. VII SA/Wa 698/08; z dnia 1 lutego 2008 roku, sygn. VII SA/Wa 1960/07; z dnia 20 września 2010 roku, sygn. VI SA/Wa 838/10. Zob. też wyroki NSA z dnia 26 czerwca 2014 roku, sygn. II GSK 668/13; z dnia 11 marca 2015 roku, sygn. II GSK 753/14; z dnia 5 marca 2015 roku, sygn. II GSK 54/14.

⁷ Szerzej zob. A. Pochrzęst-Motyczyńska, *Ponad tysiąc spraw z powodu zakazu reklamy aptek*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/zakaz-reklamy-aptrek-ponad-tysiac-spraw-w-sadach,429762.html#:~:text=Zgodnie%20z%20art.%2094a%20ust.%201%20Prawa%20farmaceutycznego%2C,lokalizacji%20i%20godzinach%20pracy%20apteki%20lub%20punktu%20aptecznego%E2%80%9D> (dostęp: 1.01.2022); Ł. Sławatyniec, K. Mazurek, *Reklama produktów medycznych*, Warszawa 2011, s. 144 n.; zob. np. wyroki NSA z dnia 11 października 2016 roku, sygn. II GSK 682/15; z dnia 25 sierpnia 2016 roku, sygn. II GSK 97/15 oraz sygn. II GSK 550; wyrok NSA z dnia 25 listopada 2021 roku, sygn. II GSK 1966/21 z odwołaniem się do wyroków wcześniejszych NSA: z dnia 20 marca 2019 roku, sygn. II GSK 15/17; z dnia 12 kwietnia 2018 roku, sygn. II GSK 1737/16; z dnia 18 października 2017 roku, sygn. II GSK 5143/16; z dnia 11 października 2016 roku, sygn. II GSK 682/15; z dnia 25 sierpnia 2016 roku, sygn. II GSK 97/15 i II GSK 550/15; z dnia 20 lipca 2017 roku, sygn. II GSK 2583/15; z dnia 20 stycznia 2015 roku, sygn. II GSK 1718/13; z dnia 16 grudnia 2014 roku, sygn. II GSK 1981/13; z dnia 28 września 2017 roku, sygn. II GSK 3346/15; z dnia 29 czerwca 2017 roku, sygn. II GSK 2310/15.

⁸ Por. A. Młynarska-Sobaczewska, *Dobro wspólne jako kategoria normatywna*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 69, 2009, s. 72.

do konsekwencji wynikających z zastosowania administracyjnych sankcji — i to nie tylko w postaci pieniężnych kar administracyjnych.

Przy okazji należy podkreślić irracjonalność automatycznego powoływania się na twierdzenie, że wprowadzenie zakazu reklamy w rozumieniu art. 94a ust. 1 i 1a (dotyczące placówek obrotu pozaaptecznego i ich działalności odnoszącej się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych) było i w dalszym ciągu jest uzasadnione koniecznością zabezpieczenia ważnego interesu publicznego, w tym przypadku konkretyzowanego w odniesieniu do ochrony zdrowia pacjentów (konsumentów) i wyeliminowania zagrożenia identyfikowanego z zachęcaniem ich do zakupu leków (a w konsekwencji nadmiernego ich spożycia).

Nawet wtedy, gdy mamy do czynienia z ochroną szczególnie istotnego interesu publicznego, konieczne jest stałe i dynamiczne badanie aktualności przesłanek, ważenie interesów przy uwzględnieniu nowych, nakładanych przez ustawodawcę obowiązków (zadań apteki i punktów aptecznych) i ich identyfikacja w kontekście zmieniających się warunków społeczno-gospodarczych oraz przemian technologicznych tak, aby ostatecznie nie okazywało się, że konkretne zakazy mają na celu ochronę jedynie wąskiego kręgu zainteresowanych, zupełnie innych niż ci, których identyfikowano w przeszłości. W praktyce okazuje się też, że to szczególnie istotny interes publiczny uzasadnia konieczność podejmowania działań, które opierając się na informacji, a także odpowiednio dobranym sposobie i formie jej przekazu, gwarantują możliwość realnego dotarcia do konkretnego adresata, służąc właśnie ochronie zdrowia (również prewencji). Sytuacja, w której funkcjonujemy od blisko dwóch lat (czas pandemii), w sposób niebudzący wątpliwości pokazała, że kontynuowanie pewnych rozwiązań (tu: kompleksowych zakazów) z perspektywy celu, jakim jest ochrona zdrowia, musi ulec modyfikacji, niezależnie od istnienia innych uzasadnionych nie tylko konstytucyjnie (ale też z perspektywy standardów unijnych) przesłanek.

Warto podnieść, że wprowadzenie w zasadzie kompletnego zakazu określonego rodzaju aktywności (tu: reklamy) musi wiązać się z występowaniem szczególnych, w odpowiednim zakresie zidentyfikowanych i obiektywnie istniejących, przesłanek potwierdzających, że interes publiczny w powiązaniu z przesłankami wskazanymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP uzasadniają tego typu reglamentację. Nawet wtedy stosowanie zakazu musi się jednak łączyć ze sprecyzowaniem sytuacji szczególnych, których zaistnienie będzie uzasadniać jego ograniczenie i/lub wyłączenie. Trudno też przyjąć, że w sytuacji, w której określonego rodzaju podmiot (tu: apteka czy punkt apteczny) realizuje konkretny zbiór niejednorodnych zadań publicznych, nie działa równocześnie w interesie publicznym. Osiągnięcie celów, które są wyznaczane w związku z tymi zadaniami, musi także wiązać się z działalnością informacyjną, promocyjną, edukacyjną itd.

2. Przesłanki wprowadzenia oraz ewolucji przepisów reglamentujących

Do 2007 roku w przepisach ustawy — Prawo farmaceutyczne brakowało regulacji, której istota była identyfikowana z zakazem prowadzenia działalności reklamowej aptek. Dopiero w ustawie z 30 marca 2007 roku⁹ doszło do przyjęcia rozwiązania, zgodnie z którym wprowadzono zasadę (zakaz), że zabroniona jest reklama aptek lub punktów aptecznych. Wedle art. 94a ust. 1 chodzi o reklamę skierowaną 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.

W uzasadnieniu do projektu ustawy w sposób lapidarny wskazano, iż zmiany te mają na celu

rozwiązanie wątpliwości interpretacyjnych związanych z obecnie istniejącą regulacją prawną z zakresu reklamy produktów leczniczych oraz kwestii dopuszczalności prowadzenia działań promocyjnych przez apteki ogólnodostępne lub punkty apteczne. Konsekwencją wprowadzenia art. 94a jest przyjęcie zmian w art. 129b ustawy, które ograniczą nadmierne wydatki na leki refundowane oraz wprowadzą sankcję (grzywnę) dla zachowań polegających w szczególności na reklamie działalności aptek lub punktów aptecznych skierowanej do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych objętych refundacją¹⁰.

Jednocześnie obok sformułowania wskazanego przepisu doszło do ustawowego sprecyzowania sankcji, która dotyczy każdego, kto prowadzi działania (podejmuje czynności) identyfikowane z reklamą. Zgodnie bowiem z treścią art. 129b ustawy taka osoba (podmiot) może zostać ukarana karą pieniężną w wysokości do 50 tysięcy złotych w zakresie nie tylko reklamy apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego, ale także ich działalności (ust. 1). Karę taką (stanowiącą dochód budżetu państwa) nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji administracyjnej. Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się przede wszystkim okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów. Przyjęto również, że wojewódzki inspek-

⁹ Ustawa z dnia 30 marca 2007 roku o zmianie ustawy — Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 75, poz. 492).

¹⁰ Natomiast w odniesieniu do innego zakresu podmiotowego i przedmiotowego wskazano, że są one „odzwierciedleniem zmian zawartych w art. 1 pkt 61–70 dyrektywy 2004/27/WE, dotyczących reklamy przypominającej, wręczania przedmiotów o znikomej wartości związanych z praktyką medyczną bądź farmaceutyczną i wielkości próbek produktów leczniczych przekazywanych w ramach reklamy” — uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy — Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (druk nr 1152), s. 10, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/wgdruk/1152> (dostęp: 1.01.2022).

tor farmaceutyczny jest wierzycielem w rozumieniu przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, a kary uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna¹¹.

Opiniowanie tego projektu na płaszczyźnie prac sejmowych było wybiórcze i nie dotyczyło w istocie tych zagadnień, które bezpośrednio odnosiłyby się do ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw jednostki¹².

W Senacie w przygotowanej opinii nie uznano za konieczne poddania tej właśnie zmiany (uzupełnienia wcześniej obowiązujących postanowień) szerszej analizie, choć zauważono, że:

W art. 94a ustawy nowelizowanej Sejm przyjął zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych (ust. 1), z uściśleniem, że nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego (ust. 2). Zakaz ten jest szerszy niż w projekcie ustawy, zgodnie z którym art. 94a zabraniał [reklamy] działalności aptek i punktów aptecznych, skierowanej do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośrednio 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 na tych wykazach. Wejście w życie przepisu zakazującego prezentowania produktu leczniczego przez osoby znane publicznie (art. 55 ust. 1 pkt 1 ustawy nowelizowanej) zostało przyjęte w sposób odmienny, niż przewidywał to projekt rządowy, to znaczy w terminie późniejszym niż inne przepisy nowelizacji, czyli po upływie 6 miesięcy od dnia ogłoszenia¹³.

Kolejna zmiana treści art. 94a ustawy miała miejsce w 2011 roku (weszła w życie, jak wskazywałem wcześniej, 1 stycznia 2012 roku — to tak zwana ustawa refundacyjna). Wprawdzie w skierowanym do Sejmu projekcie ustawy o zmianie ustawy — Prawo farmaceutyczne takich rozwiązań pierwotnie w ogóle nie przewidywano¹⁴, ostatecznie jednak w trakcie prac parlamentarnych doszło do modyfikacji treści art. 94a, co doprowadziło do ukształtowania się aktualnie obowiązującej wersji tego przepisu¹⁵.

¹¹ Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe: „Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami za zwłokę następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji”.

¹² W Sejmie przygotowano opinię, w której poddano analizie tylko jeden z przepisów projektu. Zob. opinia prawna do art. 3 pkt 1 lit. a rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy — Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 1152), opinia z 10 stycznia 2007 roku autorstwa R. Tymińskiego, eksperta ds. legislacji, <https://orka.sejm.gov.pl/rexdomk5.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=1152> (dostęp: 1.01.2022).

¹³ Opinia do ustawy zmianie ustawy — Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (druk nr 357), opinia z 5 marca 2007 roku, autorstwa B. Langer, głównego specjalisty ds. legislacji, s. 2–3, <http://ww2.senat.pl/k6/dok/opinia/2007/029/o/357.pdf> (dostęp: 1.01.2022).

¹⁴ Zob. art. 58 projektu dotyczący zakresu zmian w ustawie z dnia 6 września 2001 roku — Prawo farmaceutyczne (druk nr 3491), <https://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/3491> (dostęp: 1.01.2022).

¹⁵ Zgodnie z treścią art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 roku o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. Nr 122, poz. 696) „art. 94a: a) ust. 1 otrzymuje brzmienie: »1. Zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pra-

Najczęściej podnosi się, że wprowadzenie tej regulacji służyło ochronie zdrowia, szeroko rozumianemu interesowi publicznemu oraz w założeniu miało doprowadzić do wyeliminowania „agresywnych praktyk reklamowych”¹⁶ i dostosowania przepisów prawa krajowego do wymogów sprecyzowanych w prawie unijnym:

Wprowadzenie art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego do ustawy Prawo farmaceutyczne nastąpiło w wykonaniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku (2004/27/WE), zmieniającej dyrektywę 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi¹⁷.

Analiza zawartych w nowelizacji zmian i modyfikacji treści art. 88 i kolejnych dyrektywy 2001/83/WE nie powinna jednak nastroczać problemów w zidentyfikowaniu rzeczywistego zakresu podmiotowego i przedmiotowego ograniczeń, ale i uprawnień państwa członkowskiego do zdefiniowania w ustawodawstwie krajowym istoty zakazu reklamy w odniesieniu do produktów leczniczych¹⁸. Skutkiem regulacji unijnej było rzeczywiście wprowadzenie ograniczeń dotyczących dopuszczalnej reklamy w wyniku nowelizacji ustawy Prawo farmaceutyczne z 2007 roku, ale już nie tych, które obowiązują od 2012 roku. *Ratio legis* noweli z 2007 roku było bowiem zdefiniowanie zakazu reklamy skierowanej do publicznej wiadomości,

kłóra 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.

Analiza procesu ustawodawczego wskazuje, że projektodawca nie precyzował przesłanek uzasadniających wprowadzenie przedmiotowego zakazu (zarówno w aspekcie podmiotowym, jak i przedmiotowym), nie odwoływał się do żadnego testu ważenia interesów (zwłaszcza w kontekście oceny, charakteru i zakresu ewentualnych kolizji) ani konstytucyjnego testu proporcjonalności (konieczności w demokratycznym państwie prawnym — art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Po prostu stwierdził, że zmiana ta — przybierająca postać władczego wkroczenia

cy apteki lub punktu aptecznego», b) dodaje się ust. 1a w brzmieniu: »1a. Zabroniona jest reklama placówek obrotu pozaaptecznego i ich działalności odnosząca się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych«, c) ust. 2 i 3 otrzymują brzmienie: »2. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego. 3. W razie stwierdzenia naruszenia przepisu ust. 1 lub 1a wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje, w drodze decyzji, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy«”.

¹⁶ Więcej zob. <https://poradnikprzedsiębiorcy.pl/-agresywne-praktyki-rynkowe-w-reklamie> (dostęp: 1.01.2022).

¹⁷ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 marca 2021 roku, sygn. VI SA/Wa 2376/20. Wyrok ten został uchylony; zob. wyrok NSA z dnia 3 grudnia 2021 roku, sygn. II GSK 2269/21.

¹⁸ Dyrektywa 2004/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku zmieniająca dyrektywę 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz.U. L 136 z 30.04.2004).

w konstytucyjnie gwarantowaną wolność prowadzenia działalności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji RP)¹⁹ — jest następstwem „rozwiązania wątpliwości interpretacyjnych”, nie konkretyzując w ogóle, na czym wątpliwości te miałyby polegać.

W praktyce wielokrotnie — już po uchwaleniu zmian z 2011 roku — w trakcie dyskusji, ale i w treści skarg konstytucyjnych dotyczących zgodności z Konstytucją RP art. 94a ust. 1 ustawy — Prawo farmaceutyczne definiowano bardziej szczegółowe przesłanki, cele i beneficjenta przyjętej regulacji. Przede wszystkim wskazywano, że przedmiotowy przepis — w istotny sposób różniący się od tego obowiązującego wcześniej (2007–2011) i stanowiącego element rzeczywistej implementacji rozwiązań prawa unijnego — został wprowadzony w trakcie prac nad ustawą refundacyjną, ale dopiero na etapie daleko zaawansowanych prac parlamentarnych. Jak podnoszono:

To była poprawka poselska inspirowana głosami Naczelnej Izby Aptekarskiej, czyli samorządu zawodowego aptekarzy. Izba stwierdziła, że taki totalny zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych będzie służył lepszemu kontrolowaniu dostępu pacjentów do produktów leczniczych i ograniczy nadmierne spożywanie produktów leczniczych bez konkretnych wskazań medycznych, a ponadto w pewien sposób ochroni konkurencję na rynku usług farmaceutycznych. *Ratio legis* tego przepisu można odczytać z lektury pism kierowanych przez samorząd zawodowy aptekarzy do ministra zdrowia czy też do komisji sejmowych zajmujących się pracami legislacyjnymi nad tym projektem²⁰.

Również w stanowisku Prokuratora Generalnego w sprawie skargi konstytucyjnej (sygn. SK 23/15) wskazywano, iż

przekazane do Sejmu uzasadnienie projektu rządowego nie jest pomocne w ustaleniu celu wprowadzenia zakazu reklamy aptek [*vide* druk sejmowy nr 3491NI — M.J.]. Podmiotem postulującym wprowadzenie zakazu reklamy aptek i ich działalności była natomiast Naczelna Izba Aptekarska, a jej wniosek został uwzględniony na etapie prac komisji sejmowej w drodze poprawki poselskiej [*vide* pismo Ministra Zdrowia z dnia 27 maja 2013 roku, nr MZ-PL0-079-16391-104/PR/13 — M.J.]. Z późniejszych wypowiedzi organów państwowych i aptekarskiego samorządu zawodowego oraz z orzecznictwa sądowego i administracyjnego, a także wypowiedzi doktryny wynika, że wprowadzenie zakazu uzasadnione było 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 [...] ²¹.

¹⁹ Konstytucja RP z 2 dnia kwietnia 1997 roku (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.). Szerzej zob. K. Klecha, *Wolność działalności gospodarczej w konstytucji RP*, Warszawa 2009, s. 21 n., a także wykaz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, s. XXXI; J. Węgrzyn, *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej*, [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014, s. 517 n.; J. Ciapała, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej*, Szczecin 2009.

²⁰ Wypowiedź eksperta z Biura Analiz Sejmowych Katarzyny Miaskowskiej-Daszkiewicz zob. Kancelaria Sejmu Biuro Komisji Sejmowych — pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Ustawodawczej (nr 12) z dnia 30 marca 2016 roku, s. 7 n., <https://orka.sejm.gov.pl/zapisy8.nsf/0/11490D4BA48EE85DC1257F8B0047C7EC/%24File/0044708.pdf> (dostęp: 1.01.2022).

²¹ Z odwołaniem się do pisma Ministra Zdrowia z dnia 27 maja 2013 roku; J. Adamski, K. Urban, E. Warmińska, *Refundacja leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Komentarz*, Warszawa 2015, LEX/el.; wyrok NSA z dnia

Najbardziej dobitnie kwestia ta została zaprezentowana w jednej ze skarg konstytucyjnych dotyczących konstytucyjności przedmiotowego zakazu reklamy. Stwierdzono w niej, że treść tego przepisu w wersji przekazanej przez Naczelną Radę Aptekarską

został zaaprobowany przez komisję sejmową, a następnie uchwalony w dokładnie takim brzmieniu, jakie zostało zaproponowane przez samorząd aptekarski. W toku procesu legislacyjnego nie zostały podjęte żadne analizy brzmienia proponowanego przepisu czy starania, by nadać mu optymalną z perspektywy wymogów prawidłowej legislacji treść. Przedmiotowa zmiana art. 94a pojawiła się w końcowej fazie procesu legislacyjnego i została formalnie wprowadzona w drodze poprawki poselskiej, bez przeprowadzenia uzgodnień międzyresortowych na przykład z Ministrem Gospodarki czy Prezesem UOKiK, konsultacji społecznych, analizy skutków regulacji, zbadania zgodności projektu z prawem UE. Zaskarżony przepis nie był też w toku prac parlamentarnych opiniowany pod kątem zgodności z ustawą zasadniczą²².

W dość klarowny sposób wskazano w nim, że sprecyzowany w obowiązującym brzmieniu zakaz

służyć miał ograniczeniu, bądź nawet wyeliminowaniu konkurencji na rynku aptecznym, poprzez pozbawienie aptek możliwości stosowania wolnorynkowych praktyk handlowych i marketingowych, w interesie małych, tradycyjnych aptek, które nie dysponowały takimi środkami na reklamę, jak np. apteki sieciowe, uzasadniane jednakże oficjalnie postulatem przywrócenia właściwego statusu apteki jako placówki ochrony zdrowia. Przedmiotowy zakaz został zatem w rzeczywistości przeforsowany nie tyle w interesie pacjenta, lecz w interesie pewnej grupy aptek (części środowiska aptekarskiego), w celu poprawienia ich sytuacji na rynku aptecznym²³.

20 stycznia 2015 roku, sygn. II GSK 1667/13; pismo Ministra Zdrowia z dnia 14 sierpnia 2013 roku, nr MZ-PL0-079-16391-143/PR/13; stanowisko z 26 stycznia 2016 roku, sygn. PG VIII TK 69/15, w sprawie skargi konstytucyjnej SK 23/15, s. 27.

²² Skarżący dodawał ponadto: „Okoliczności wprowadzenia kwestionowanego przepisu wskazują, że generalny zakaz reklamy aptek nie był wszechstronnie rozważoną propozycją organów władzy publicznej (np. Ministra Zdrowia), lecz efektem wieloletnich zabiegów samorządu zawodowego aptekarzy (zwłaszcza Naczelnej Rady Aptekarskiej). Okoliczność tę potwierdza np. treść pisma z 27 maja 2013 r. skierowanego przez Ministra Zdrowia do marszałka Senatu RP — pana Bogdana Borusewicz, gdzie stwierdzono m.in.: »Wyjaśniam, że problematyczny zapis był inicjatywą, która wyszła od środowiska aptekarskiego, a konkretnie od samorządu aptekarskiego (przykładem niech będzie pismo Prezesa Naczelnej Izby Aptekarskiej, znak L.dz.P-356/2010, w którym samorząd aptekarski proponował dokładnie takie zmiany w zakresie reklamy aptek, jakie ostatecznie znalazły odzwierciedlenie w prawie)«. Minister Zdrowia postrzega inicjatywę zmiany ww. przepisu jako zewnętrzną, wskazując w przywołanym piśmie m.in.: »W ocenie Ministra Zdrowia pacjenci mieli prawo oczekiwać od państwa, że wesprze ono inicjatywę ustawodawczą, która prowadzić będzie do ukrócenia procedury stawiania pacjenta w roli uczestnika gry marketingowej [...]«, przywołując w tym zakresie: pismo z 27 maja 2013 r. skierowane przez Ministra Zdrowia do marszałka Senatu RP — B. Borusewicz, znak: MZ-PL0-079-16391-104/PR/13 oraz MZ-PL0-460-16063-45/KP/13 (zał. nr 7)» — stanowisko Naczelnej Rady Aptekarskiej nr V//1/2012 z 11 kwietnia 2012 roku, pismo NIA z dnia 11 sierpnia 2010 roku, sygn. Ldz.P. 250/201, adresowane do Ministra Zdrowia, skarga konstytucyjna o sygn. SK 32/15, s. 15, <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?cid=1&dokument=20980&sprawa=16094> (dostęp: 1.01.2022).

²³ *Ibidem*, s. 16 z odwołaniem się do wystąpienia Prezesa NRA, G. Kucharewicz, opisanego w: E. Jarosik, *O ustawie refundacyjnej w senackich komisjach: zdrowia, ustawodawczej i gospodarki narodowej*, 14.04.2011, <http://nia.org.pl/>.

Mając to na uwadze, należy zastanowić się, czy efekt działalności prawodawcy przyjmujący postać zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych w zakresie sprecyzowanym w treści art. 94a ust. 1 ustawy — Prawo farmaceutyczne opiera się na realnych przesłankach ograniczenia wolności i praw z perspektywy treści art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Uwzględniając zarówno specyfikę zawodu farmaceuty, jak i rolę samorządu zawodowego w zakresie sprawowania pieczy nad należytym jego wykonywaniem w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony (w kontekście gwarancji zawartych w treści art. 17 Konstytucji RP), można modelowo uznać za zasadne dążenie do zgłaszania przez organy samorządu zawodowego takich propozycji rozwiązań (postulowania ich przyjęcia w ustawie), które funkcję tę (sprawowanie pieczy w interesie publicznym) urealniają. Jednocześnie można jednak skonstatować, że tego typu działania muszą brać pod uwagę nie tylko aspekt czysto zawodowy (ten nie może budzić wątpliwości), ale dodatkowo fakt konkretyzacji skutków ewentualnych obostrzeń na płaszczyźnie szerszej podmiotowo, to znaczy dotyczącej tych wszystkich podmiotów, które jako przedsiębiorcy korzystają z uprawnień przyznanych im w ramach konstytucyjnie gwarantowanej wolności. Jeżeli weźmiemy pod uwagę rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego z 20 sierpnia 1992 roku (sygn. K 4/92), w którym doszło do redefinicji podmiotu uprawnionego do prowadzenia apteki, to w oczywisty sposób dochodzimy do przekonania, że takim przedsiębiorcą może być farmaceuta, inna osoba fizyczna niemająca odpowiednich kwalifikacji zawodowych, ale i o wiele bardziej zorganizowany strukturalnie (także finansowo) podmiot prawa prywatnego.

Mając na względzie, że udział farmaceuty jest warunkiem *sine qua non* uruchamiania i funkcjonowania apteki²⁴ oraz możliwości prowadzenia takiej działalności przez osobę (przedsiębiorcę) niemającą odpowiednich zawodowych kwalifikacji, można zastanawiać się, komu służy generalny zakaz określony w treści art. 94a ust. 1 pr.farm. Jak można zauważyć, łatwo w takiej sytuacji formułować wnioski, że służy on właśnie farmaceutyce, który jest jednocześnie przedsiębiorcą, a nie mając takiego doświadczenia i/lub środków, nie jest równocześnie w stanie odpowiednio konkurować z innymi podobnymi podmiotami na rynku. W takim ujęciu zakaz reklamy staje się więc systemowym uprzywilejowaniem, które trudno uznać za racjonalne z punktu widzenia konstytucyjnej przesłanki, jaką jest ważny interes publiczny w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP, a nie ważny interes farmaceuty będącego przedsiębiorcą. Można też odnieść wrażenie, że właśnie po wydaniu przez TK orzeczenia w sprawie K 4/92 w ciągu kolejnych dwóch de-

²⁴ Szerzej zob. M. Kwiatkowska, *Prawo farmaceutyczne dla aptek*, cz. 1, Warszawa 2017, s. 61 n. Kierownikiem apteki może być bowiem wyłącznie farmaceuta mający prawo do wykonywania zawodu. Szerzej na temat specyfiki stosowania art. 88 i 99 pr.farm. zob. J. Stefańczyk-Kaczmarzyk, *Komentarz do art. 88 i 99*, [w:] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. M. Kondrat, Warszawa 2016, s. 1053 n., 1199 n.

kad powoli doszło do uzupełniania przepisów ustawy — Prawo farmaceutyczne o regulacje, które niejako „bocznymi drzwiami” starają się powrócić do czasów, w których wyłącznie farmaceuci mogli prowadzić działalność apteczną.

Uwzględniając ten fakt i inne związane z ustawowo sprecyzowanym mechanizmem legalizującym reklamę produktów leczniczych oraz leków bez recepty (OTC), a także innych produktów (na przykład kosmetyków, suplementów diety) i usług, które mogą być reklamowane przez inne podmioty²⁵, to rzeczywiście pojawia się pytanie, jak uzasadnić *ratio legis* zakazu reklamy dotyczącego samej apteki lub punktu aptecznego, nie zapominając, że ten zakres przedmiotowy jest konkretyzowany odrębnie od zakazu dotyczącego reklamy ich działalności (tak zwany podwójny i sprzężony zakaz reklamy).

Trudno obiektywnie wykazać, że istniejące rozwiązania spowodowały ograniczenie zakupu leków na receptę (niezależnie od tego, że przecież to nie farmaceuci wystawiają recepty) czy innych produktów leczniczych. W rzeczywistości zakaz ten jest przykładem swoistego przeinaczenia rozumienia zarówno treści i istoty prawa do ochrony zdrowia (art. 68 Konstytucji RP), jak i prawa do pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (art. 54 ust. 1 w zw. z art. 49 Konstytucji RP). Ich łączne stosowanie musi mieć bowiem na celu zapewnienie każdemu (nie tylko pacjentowi, ale też szerzej — konsumentowi) zarówno dostępu do świadczeń (usług), jak i uzyskania rzeczowej informacji (wiedzy), która pozwala na podjęcie obiektywnego i wyważonego wyboru swojego postępowania.

Mając na względzie zachodzące w ostatnim czasie modyfikacje roli i zadań realizowanych przez apteki i punkty apteczne, dalsze trwanie przy koncepcji, że ich realizacja może się odbywać bez jednoczesnej akcji informacyjnej, potwierdza systemową ignorancję i zaprzecza istnieniu skutecznego mechanizmu służącego realizacji wskazanych wolności i praw konstytucyjnych. Trudno więc twierdzić, że ważny interes publiczny w odniesieniu do konieczności zapewnienia właśnie ochrony zdrowia wymaga od ustawodawcy zasadniczo całkowitego reglamentowania reklamy aptek i ich działalności. Ograniczenie w wersji z 2007 roku było w istocie wystarczające i potwierdzające przeprowadzenie odpowiedniego testu ważenia interesów oraz testu proporcjonalności także z perspektywy swobody przedsiębiorczości, uwzględniającego, że przedsiębiorca musi funkcjonować w realiach konkurencyjności, co leży przecież w interesie konsumenta.

²⁵ M. Kwiatkowska, *op. cit.*, s. 254–266 z przywołaniem praktyki i poglądów prezentowanych w literaturze przedmiotu; Ł. Sławatyniec, K. Mazurek, *op. cit.*, s. 12 n.; D. Biadun, *Obrót produktami leczniczymi w świetle orzecznictwa sądowego*, Warszawa 2012, s. 107 n.; *Reklama produktów leczniczych. Komentarz do art. 52–64 ustawy — Prawo farmaceutyczne*, red. K. Czyżewska, Warszawa 2020, s. 15 n.; M. Świerczyński, *Reklama produktów leczniczych*, [w:] *Prawo farmaceutyczne*, M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, Warszawa 2020, s. 399 n.

Podsumowanie

Istnienie prawnej reglamentacji swobód jest czymś oczywistym także w realiach demokratycznego państwa prawa. Dobrze byłoby jednak, aby przed ustawowym zdefiniowaniem i uchwaleniem zakazów przeprowadzono nie tylko odpowiednie konsultacje, ale przede wszystkim faktyczny, a nie pozorny test ważenia interesów, wolności i praw oraz proporcjonalności wprowadzanych ograniczeń. Działania te pozwolą na sprecyzowanie zarówno pozytywnych i negatywnych skutków ewentualnego obowiązywania określonej regulacji, jak i faktycznego zidentyfikowania ich beneficjentów. Jednocześnie trudno przyjąć, że przesłanką, którą ma się kierować ustawodawca, jest selektywne eliminowanie zasady konkurencyjności w ramach prowadzonej przez klasycznych przedsiębiorców działalności gospodarczej. Można ją oczywiście ograniczyć — na przykład tak jak reklamę w wersji ustawy — Prawo farmaceutyczne obowiązującej do końca 2011 roku — ale całkowite wyłączenie musi się opierać na realnych przesłankach ochrony ważnego interesu publicznego, w tym oczywiście zdrowia. Ani w 2011 roku, ani obecnie twierdzenie, że obowiązująca treść art. 94a ust. 1 pr.farm. temu właśnie służy, nie wydaje się niczym więcej niż „nadinterpretacją systemową”.

Bibliografia

- Adamski J., Urban K., Warmińska E., *Refundacja leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Komentarz*, Warszawa 2015, LEX/el.
- Biadun D., *Obrót produktami leczniczymi w świetle orzecznictwa sądowego*, Warszawa 2012.
- Ciapała J., *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej*, Szczecin 2009.
- Jarosik E., *O ustawie refundacyjnej w senackich komisjach: zdrowia, ustawodawczej i gospodarki narodowej*, 14.04.2011, <http://nia.org.pl/>.
- Klecha K., *Wolność działalności gospodarczej w konstytucji RP*, Warszawa 2009.
- Kocowski T., *Prawo działalności gospodarczej*, [w:] *Materialne prawo administracyjne*, red. M. Miemieć, Warszawa 2019.
- Kocowski T., *Reglamentacja policyjna czy policja reglamentacyjna?*, [w:] *Państwo a gospodarka: zasady, instytucje, procedury. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Bożenie Popowskiej*, red. P. Lissoń, M. Strzelbicki, Poznań 2020.
- Kocowski T., *Stanowienie i stosowanie norm prawa administracyjnego w obszarze reglamentacji działalności gospodarczej*, „Prawo” 253, 1996.
- Kwiatkowska M., *Prawo farmaceutyczne dla aptek*, cz. 1, Warszawa 2017.
- Młynarska-Sobaczewska A., *Dobro wspólne jako kategoria normatywna*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 69, 2009.
- Pochrzęst-Motyczynska A., *Ponad tysiąc spraw z powodu zakazu reklamy aptek*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/zakaz-reklamy-aptrek-ponad-tysiac-spraw-w-sadach,429762.html#:~:text=Zgodnie%20z%20art.%2094a%20ust.%201%20Prawa%20farmaceutycznego%2C,lokalizacji%20i%20godzinach%20pracy%20apteki%20lub%20punktu%20aptecznego%E2%80%9D>.

- Reklama produktów leczniczych. Komentarz do art. 52–64 ustawy — Prawo farmaceutyczne*, red. K. Czyżewska, Warszawa 2020.
- Sławatyniec Ł., Mazurek K., *Reklama produktów medycznych*, Warszawa 2011.
- Stefańczyk-Kaczmarzyk J., *Komentarz do art. 88 i 99, [w:] Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. M. Kondrat, Warszawa 2016.
- System Prawa Administracyjnego*, t. 8a. *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2018.
- Świerczyński M., *Reklama produktów leczniczych*, [w:] *Prawo farmaceutyczne*, red. M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, Warszawa 2020.
- Węgrzyn J., *Wolność prowadzenia działalności gospodarczej*, [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014.

The Specificity of Defining the “Conditions for Restricting” Economic Activity: The Example of the Ban on Advertising Pharmacies and Pharmacy Outlets

Summary

The fundamental issue raised in this elaboration is the “mechanism” for defining the conditions included by the legislator which led to the introduction of a ban on advertising pharmacies and pharmacy outlets in terms of the currently applicable content of article 94a(1) of the Pharmaceutical Law.

Keywords: advertising, prohibition of advertising pharmacies and pharmacy outlets, pharmaceutical law, restriction of individual freedoms and rights, constitution, freedoms and constitutional rights.

