

BOGUSŁAW SOŁTYS
ORCID: 0000-0002-8359-7732
Uniwersytet Wrocławski

OCENA APTECZNYCH ZAKAZÓW REKLAMOWYCH W ŚWIETLE WARTOŚCI KONSTYTUCYJNYCH

Abstrakt: Artykuł jest poświęcony ocenie zasadności aptecznych zakazów reklamowych sformułowanych w prawie farmaceutycznym. Autor dokonuje ich kwalifikacji prawnej oraz rozważa legalność w świetle kolizji różnych wartości konstytucyjnych. Skłania się ku wnioskowi, że apteczne zakazy reklamowe swoim rozległym zakresem i abstrakcyjnością naruszają gwarancje ochrony konstytucyjnych praw i wolności i są nadmierne w stosunku do celów publicznych, którym służą. W konkluzji stwierdza zaś, że reglamentacja, choć jest wyjątkowo dopuszczalna, to w demokratycznym państwie prawnym nie powinna być nigdy drogą na skróty.

Słowa kluczowe: prawo farmaceutyczne, prawo reklamy, apteczne zakazy reklamowe, reglamentacja i jej nadmierność, ważenie wartości konstytucyjnych

WPROWADZENIE DO PROBLEMATYKI

Zakazy reklamowe dotyczące aptek i punktów aptecznych oraz prowadzonej przez nie działalności wywołują wiele różnych kontrowersji, zarówno w sferze praktyki ich stosowania, jak i oceny konstytucjonalności¹. Mimo wniesienia kilku skarg konstytucyjnych skierowanych na stwierdzenie niezgodności tych zakazów z Konstytucją RP², jak dotychczas nie doszło do ich merytorycznego osądzenia przez Trybunał Konstytucyjny, gdyż wszystkie sprawy nimi wywołane zostały niedawno umorzone³. Warto więc zwrócić uwagę przynajmniej na te zagadnienia, które mogą wzbogacić argumentację w debacie publicznej poświęconej

¹ Zob. przegląd orzecznictwa opracowany przez: J. Wiszniewska, *Zakaz reklamy aptek i ich działalności*, Warszawa 2019, s. 85 i n. Por. M. Jabłoński, S. Jarosz-Zukowska, *Działalność gospodarcza na rynku aptecznym i jej ograniczenia. Uwarunkowania konstytucyjne*, Warszawa 2022, s. 226 i n.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483), dalej: Konstytucja RP.

³ Zob. postanowienia TK z dnia 25 listopada 2021, SK 11/16, ZU OTK 2021/A/65; z 15 lipca 2021, SK 32/15, ZU OTK 2021/A/41 oraz z 15 kwietnia 2021, SK 23/15, ZU OTK 2021/A/24.

problematyce reglamentacji na rynku aptecznym oraz w niedalekiej przyszłości, jak się wydaje, zaważyć na losie wymienionych zakazów reklamowych. W przypadku bowiem uznania, że są one niezgodne z Konstytucją RP, ich treść i zakres będą musiały ulec zmianie. Należy mieć jednak świadomość, że apteczne zakazy reklamowe są wyrazem przemyślanej i prowadzonej od dekady polityki państwa, która jest głównie nastawiona na ograniczenie wydatków publicznych. Apteczne zakazy reklamowe korzystają również ze wsparcia samorządu aptekarskiego, motywowanego koniecznością zapewnienia ochrony zdrowia pacjentów oraz niezależności zawodowej farmaceutów⁴. Dlatego, co do zasady, nie kwestionując tych ważnych celów publicznych, trzeba zastanowić się, czy obowiązujące zakazy reklamy aptecznej w świetle wartości konstytucyjnych są rzeczywiście niezbędne do ich osiągnięcia, czy nie są nadmierne oraz czy nie kolidują z innymi równie ważnymi celami.

PODSTAWA PRAWNA APTECZNYCH ZAKAZÓW REKLAMY I ICH CHARAKTER

Apteczne zakazy reklamowe dotyczące zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności zostały sformułowane w art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego⁵. Wprowadzono je do porządku prawnego z dniem 1 stycznia 2012 roku na mocy nowelizacji prawa farmaceutycznego, przewidzianej w art. 60 pkt 7 ustawy refundacyjnej⁶ w brzmieniu, które obowiązuje do chwili obecnej. Wcześniej przepis art. 94a ust. 1 u.p.f. zabraniał jedynie reklamy działalności aptek i punktów aptecznych skierowanych do publicznej wiadomości, która odnosiła się bezpośrednio do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych albo do występujących pod nazwą identyczną z nazwą medykamentów objętych refundacją. Podobnie jak ma to miejsce dzisiaj, apteki i punkty apteczne były wówczas adresatem również wielu innych zakazów oraz ograniczeń reklamowych, które dotyczyły określonej kategorii produktów lub kanałów ich dystrybucji (zob. art. 52 i n. u.p.f.). W wyniku wskazanej nowelizacji prawa farmaceutycznego doszło więc do zaostrzenia oraz istotnego

⁴ Zob. na przykład stanowisko Naczelnej Rady Aptekarskiej z 11 kwietnia 2012, nr VI/1/2012, <https://www.prawo.pl/zdrowie/nia-o-realizacji-zakazu-reklamy-aptek,251281.html> (dostęp: 2.12.2023), oraz stanowisko Naczelnej Izby Aptekarskiej z 19 lutego 2016, https://oia.krakow.pl/storage/20160219_STANOWISKO_NIA_NA%20TEMAT_ZAKAZU_REKLAMY_APTEK.pdf (dostęp: 2.12.2023).

⁵ Ustawa z dnia 6 września — Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1977), dalej: u.p.f.

⁶ Ustawa z dnia 12 maja 2011 roku o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2011 r. Nr 122, poz. 696), dalej: ustawa refundacyjna.

rozszerzenia zakresu zakazów reklamowych ciążyących na aptekach i punktach aptecznych. Na marginesie należy również zauważyć, że pierwotny projekt wyżej wymienionej ustawy nowelizującej nie ingerował w treść art. 94a ust. 1 u.p.f., a jego restrykcyjna zmiana pojawiła się na etapie prac podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy refundacyjnej⁷.

W odróżnieniu od ograniczeń reklamowych dotyczących produktów leczniczych (zob. art. 53 i n. u.p.f.), apteczne zakazy reklamowe przewidziane w art. 94a ust. 1 u.p.f. mają charakter bezwzględny i całkowity⁸. Nie doznają bowiem żadnych wyjątków i rozciągają się na każdą reklamę określonych normatywnie podmiotów i prowadzonej przez nie działalności, nawet jeśli nie ma ona bezpośredniego związku z produktami leczniczymi ani z refundacją finansowaną ze środków publicznych. Przepis art. 94a ust. 1 u.p.f. za reklamę nie uznaje wprowadzie informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego, niemniej jednak nie są to odstępstwa ani zawężenia zakresu aptecznych zakazów reklamowych. Podawanie do powszechnej wiadomości wymienionych informacji stanowi wykonanie obowiązków ustawowych (zob. art. 94 u.p.f. oraz art. 20 ust. 3 u.p.p.⁹). Reklama jest natomiast zawsze oparta na realizacji uprawnień wynikających z gwarancji określonych wolności.

APTECZNE ZAKAZY REKLAMOWE JAKO PRZEJAW REGLAMENTACJI KONSTYTUCYJNYCH PRAW I WOLNOŚCI

Na gruncie aparatury pojęciowej Konstytucji RP apteczne zakazy reklamowe należy zakwalifikować do ograniczeń reglamentacyjnych konstytucyjnie gwarantowanych praw i wolności (zob. zwłaszcza art. 2 i 31 ust. 3 Konstytucji RP). Z punktu widzenia ram prawnych tych ograniczeń apteczne zakazy reklamowe mogą zostać uznane za dopuszczalne lub niedozwolone w przypadku, gdy w świetle wartości konstytucyjnych są nadmierne lub naruszają istotę (naturę) gwarantowanych praw i wolności. W każdym jednak razie dokonanie oceny wymaga uprzedniego rozstrzygnięcia istniejących kolizji. Obiektywnie nie da się bowiem w pełni jednocześnie zrealizować wszystkich praw i wolności zapewnianych przez Konstytucję RP.

⁷ Zob. prace Sejmu VI kadencji powiązane z projektem ustawy refundacyjnej wraz z uzasadnieniem, które zostały objęte drukiem sejmowym nr 3491, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruk/3491> (dostęp: 2.12.2023). Por. J. Wiszniewska, *Zakaz reklamy aptek i ich działalności — geneza wprowadzenia i ocena regulacji*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 8, s. 20 i n.

⁸ Por. J. Wiszniewska, *Zakaz reklamy aptek i ich działalności*, s. 220 i n. oraz M. Mądry, [w:] *Institucje prawa farmaceutycznego*, red. R. Stankiewicz, Warszawa 2016, s. 232 i n.

⁹ Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku. Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 162), dalej: u.p.p.

Nie powinno ulegać wątpliwości stwierdzenie, że apteczne zakazy reklamowe kolidują z wolnością gospodarczą (zob. art. 20 i 22 Konstytucji RP), wolnością komunikowania się (zob. art. 49 Konstytucji RP), wolnością wyrażania swoich poglądów i rozpowszechniania informacji (zob. art. 54 ust. 1 Konstytucji RP), wolnością wykonywania zawodu farmaceuty (zob. art. 65 ust. 1 Konstytucji RP), a także z prawem równości i równego traktowania przez władze publiczne (zob. art. 32 ust. 1 Konstytucji RP) i prawem do ochrony zdrowia (zob. art. 68 ust. 1 Konstytucji RP). Wprawdzie w tym ostatnim przypadku względy ochrony zdrowia są niekiedy przedstawiane jako uzasadnienie ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności, niemniej jednak zgodnie z art. 31 ust. 1 Konstytucji RP motywem usprawiedliwiającym reglamentacyjną ingerencję może być również konieczność zapewnienia realizacji każdego innego konstytucyjnie gwarantowanego prawa lub wolności.

Przeprowadzając ocenę dopuszczalności aptecznych zakazów reklamowych w świetle wartości konstytucyjnych, należy zwrócić uwagę na okoliczność, że potrzeba dokonania ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności nie tylko musi być podyktowana wystąpieniem konieczności zaspokojenia określonego interesu publicznego, ale również zostać uznana za niezbędną w demokratycznym państwie. Z powyższych ustaleń wynika kilka ważnych wniosków¹⁰. Po pierwsze, dopuszczalność ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności ma charakter wyjątkowy i powinna być zapewniona jej rozliczalność. Po drugie, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych wprost w Konstytucji RP nie można *a priori* przesądzić, że niektóre prawa lub wolności pozostające ze sobą w kolizji mają pierwszeństwo przed innymi (por. na przykład art. 8 ust. 2, art. 30 oraz art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji RP). Tym bardziej że Rzeczpospolita Polska ustrojowo zapewnia różne prawa i wolności, kierując się zasadą ich zrównoważonego rozwoju (zob. art. 5 Konstytucji RP). Po trzecie, zabroniona jest taka ingerencja w konstytucyjne prawa i wolności, która jest nieproporcjonalna. W szczególności wiąże się to z nieosiągnięciem zakładanych efektów regulacyjnych oraz istnieniem możliwości zaspokojenia określonego interesu publicznego w równym stopniu za pomocą mniej restrykcyjnych środków. W takiej sytuacji nie można bowiem przyjmować, że została spełniona przesłanka konieczności ograniczenia reglamentacyjnego. Po czwarte, ustawodawca nie może zredukować żadnych z gwarantowanych konstytucyjnie praw i wolności do takiej postaci, która naruszałaby ich istotę lub prowadziłaby do stworzenia pozorów istnienia danego prawa lub wolności (zob. art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Po piąte, ustawowa ingerencja w konstytucyjne prawa i wolności nie może ograniczająco wpływać na swobody wynikające z wiążącego Polskę prawa międzynarodowego (zob. art. 9 w związku z art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji RP). Wreszcie po szóste,

¹⁰ Por. L. Bosek, M. Szydło, *Komentarz do art. 31 ust. 3, [w:] Konstytucja RP. T. I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Nb 52 i n. oraz P. Tuleja, *Komentarz do art. 31 ust. 3, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2021, pkt 2.

reglamentacja konstytucyjnych praw i wolności, nawet jeśli jest wyjątkowa, konieczna, rozliczalna i zgodna z prawem międzynarodowym, to w demokratycznym państwie prawnym, jakim jest Rzeczpospolita Polska, nie może prowadzić do naruszenia zasad sprawiedliwości społecznej (zob. art. 2 Konstytucji RP)¹¹.

NADRZĘDNOŚĆ OKREŚLONEGO INTERESU PUBLICZNEGO

Zagadnienie nadrzędności określonego interesu publicznego ma wymiar dwukierunkowy. Z jednej strony, wyznacza płaszczyznę możliwości ograniczenia treści danego prawa lub wolności, z drugiej zaś — pozwala na stwierdzenie niedopuszczalności konkretnego sposobu jego reglamentacji. Powstaje więc pytanie, czy względy bezpieczeństwa finansów publicznych, ochrony niezależności zawodowej farmaceutów oraz zdrowia mogą stanowić uzasadnienie reglamentacji poszczególnych konstytucyjnych praw i wolności w postaci zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz zakazu reklamy ich działalności.

Każda z wymienionych kategorii interesu publicznego posiada niewątpliwie ważny charakter, który może uzasadniać ograniczenie wolności gospodarczej (zob. art. 22 Konstytucji RP), w przypadku pozostałych praw i wolności taką rolę spełnia ochrona zdrowia (zob. art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), natomiast względy bezpieczeństwa finansów publicznych oraz zapewnienia niezależności zawodowej farmaceutów tylko w takim zakresie, w jakim mogą składać się na wyróżnione w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP pojęcie bezpieczeństwa i porządku publicznego. Ustalenie zaś, czy ograniczenie poszczególnych konstytucyjnych praw i wolności może przybrać postać bezwzględного zakazu reklamy, w większości przypadków zależy od merytorycznej oceny, czy taka ingerencja z różnych powodów jest konieczna i czy nie jest nadmierna.

W sposób formalny możliwe jest rozstrzygnięcie tylko niektórych kolizji. Mianowicie — żadna z wymienionych kategorii interesu publicznego wskazywana jako uzasadnienie aptecznych zakazów reklamowych obiektywnie nie może być uznana za nadrzędną wobec wolności słowa, zarówno w formie swobody wyrażania poglądów, jak i rozpowszechnia informacji. Zgodnie bowiem z art. 54 ust. 2 Konstytucji RP cenzura prewencyjna środków społecznego przekazu jest bezwzględnie zabroniona, a — jak się wydaje — taką właśnie funkcję mogą spełniać abstrakcyjne ujęte apteczne zakazy reklamowe. Z pewnym zastrzeżeniem dotyczącym ochrony niezależności zawodowej farmaceutów¹² w sposób formalny

¹¹ Na temat roli i znaczenia nadrzędności ustrojowych zasad państwa demokratycznego, prawnego i sprawiedliwego zob. na przykład P. Tuleja, *Komentarz do art. 2, [w:] Konstytucja RP. T. I. Komentarz do art. 1–86*, Nb 1 i n. oraz powołaną tam literaturę i orzecznictwo.

¹² Na marginesie należy zauważyć, że przy wykonywaniu innych zawodów zaufania publicznego, takich jak na przykład radca prawny, rzecznik patentowy czy doradca podatkowy, przyjmuje się, że reklama w ograniczonej postaci nie narusza niezależności zawodowej, mimo że wymienione

można również przyjąć, że zarówno względy związane z ograniczeniem wydatków publicznych, jak i ochroną zdrowia nie mają nadrzędnego charakteru wobec uniwersalnych gwarancji równości wobec prawa i równego traktowania. Obowiązujące przepisy nawet w zakresie reklamy tożsamyh produktów przyjmują z naruszeniem tych gwarancji całkowicie odmienne reguły adresowane, z jednej strony, do aptek i punktów aptecznych, z drugiej zaś — do placówek obrotu pozaaptecznego (por. art. 94a ust. 1 oraz ust. 1a u.p.f.). Ponadto kategorie interesu publicznego wskazywane jako uzasadnienie aptecznych zakazów reklamowych w żadnym razie nie mogą występować w relacji nadrzędności względem samego prawa do ochrony zdrowia, z którym są funkcjonalnie powiązane.

We wszystkich wymienionych przypadkach umożliwiających rozstrzygnięcie kolizji wartości konstytucyjnych już tylko na podstawie kryteriów formalnoprawnych reglamentacja dotycząca reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności nie powinna przybierać formy zakazów bezwzględnych oraz całkowitych. Nie ma natomiast przeszkód we wprowadzeniu zakazów względnych, uzależnionych od zaistnienia określonych przesłanek, oraz częściowych, obejmujących tylko niektóre przejawy aptecznych aktywności.

ZAGADNIENIE NADMIERNOŚCI OGRANICZEŃ REGLAMENTACYJNYCH

O ile reglamentacyjne ograniczenia praw i wolności gwarantowanych przez Konstytucję RP są wyjątkowo dopuszczalne, to zawsze zabroniona jest ich nadmierność, z którą mamy do czynienia zarówno wtedy, gdy wypacza się istotę (naturę) poszczególnych praw i wolności, jak i wówczas, gdy ingeruje się w ich treść bez zaistnienia stanu prawnej konieczności albo w sposób nieproporcjonalny. Stwierdzenie wystąpienia nadmierności konkretnego ograniczenia wymaga wszechstronnego i merytorycznego wyważenia kolizyjnych praw i wolności oraz interesu publicznego. Wprawdzie wszystkie one nie muszą być zaspakajane przez ustawodawcę w jednakowym stopniu, ale ustawa zasadnicza zawiera wyraźne wskazówki, jak powinno się postępować w sytuacjach kolizyjnych.

W pierwszym rzędzie trzeba zwrócić uwagę na okoliczność, że reglamentacja konstytucyjnych praw i wolności ma charakter wyjątkowy. Przepisów formułujących ich ograniczenia w konsekwencji nie można więc interpretować w sposób zakresowo rozszerzający, a wszelkie wątpliwości powstające przy rozpoznawaniu ewentualnych kolizji należy rozstrzygać na korzyść uprawnień wynikających

zawody świadczą również pomoc, która jest finansowana ze środków publicznych (tak zwana pomoc prawna z urzędu). Por. K. Dąbrowski, *Zawody zaufania publicznego na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2022, s. 149 i n. oraz A. Zimmermann, *Zawód farmaceuty. Komentarz*, red. A. Zimmermann, Warszawa 2021, *passim*.

z treści danego prawa lub wolności, zgodnie z domniemaniem *in dubio pro libertate*. Zważywszy również na fakt, że na każdym spoczywa obowiązek szanowania praw i wolności innych, a organy władzy publicznej zobowiązane są do działania na podstawie i w granicach prawa, wszyscy adresaci norm Konstytucji RP powinni zapewniać możliwie najpełniejszą realizację każdego prawa lub wolności, które są gwarantowane przez Konstytucję RP, zarówno w sferze stanowienia, jak i stosowania obowiązujących przepisów (zob. art. 7 i 31 ust. 2 Konstytucji RP). W praktyce dość często dochodzi jednak do systemowego odwracania znaczenia zasad i wyjątków oraz nierespektowania domniemania *in dubio pro libertate*. Uzasadnienia przedłożeń legislacyjnych przeważnie nie zawierają żadnych analiz dotyczących identyfikowania i prób rozwiązywania kolizji konstytucyjnych praw i wolności, a także wyników testów wykazujących spełnienie wymogów proporcjonalności¹³. Wskazane niedomagania są spowodowane brakiem odpowiedniego systemu prewencji, który niestety znacząco obniża realny standard ochrony gwarantowanych praw i wolności, zwłaszcza wobec wąskiego zakresu kontroli konstytucyjności, co do zasady wykonywanej jedynie *ex post*. Należy jednak odnotować, że pod wpływem prawa unijnego, które coraz bardziej konkretyzuje różne gwarantowane swobody wspólnego rynku¹⁴, rysuje się perspektywa przynajmniej częściowej poprawy takiego stanu rzeczy (zob. art. 9 w związku z art. 91 ust. 3 Konstytucji RP). Rozwiązania unijne, respektując kompetencje państw członkowskich w zakresie stanowienia prawa, przerzucają bowiem na inicjatorów nowych regulacji ciężar wykazania dochowania zasad proporcjonalności i niedyskryminacji.

Nie mniej ważną wskazówkę rozstrzygnięcia kolizji konstytucyjnych praw i wolności formułuje również art. 5 Konstytucji RP, stanowiąc, że Rzeczypospolita Polska zapewnia wolności i prawa człowieka oraz obywatela, a także ich bezpieczeństwo, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju. Ustawodawca nie może więc dowolnie kształtować treści poszczególnych praw i wolności, ale powinien uwzględniać ich równomierny progres. Oznacza to niedopuszczalność preferowania tylko niektórych praw i wolności oraz redukcji innych, nawet jeśli jest to podyktowane względami bezpieczeństwa. Mimo że zapewnienie o kierowaniu się zrównoważonym rozwojem w kontekście rozstrzygnięcia kolizji konstytucyjnych praw i wolności raczej nie jest akcentowane przez doktrynę i orzecznictwo, to jednak nie można traktować go jak pustą deklarację niewywołującą żadnych doniosłych skutków prawnych. Przeciwnie, biorąc pod uwagę usytuowanie art. 5

¹³ Nie inaczej było w przypadku uzasadnienia przepisów wprowadzających do porządku prawnego apteczne zakazy reklamowe.

¹⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/958/WE z dnia 28 czerwca 2018 roku w sprawie analizy proporcjonalności przed przyjęciem nowych regulacji dotyczących zawodów (Dz. U. UE. L.173.25), dalej: dyrektywa 2018/958/WE. Wymieniona dyrektywa w głównej mierze została wdrożona do polskiego porządku prawnego mocą ustawy z dnia 19 listopada 2020 roku o zmianie ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2021 r., poz. 78).

Konstytucji RP oraz uniwersalność jego zastosowań, zasadę zrównoważonego rozwoju należy uznać za mającą charakter ustrojowy o podstawowym znaczeniu, zarówno w procesie stanowienia, jak i stosowania prawa, która umożliwiając rozstrzygnięcie różnych wątpliwości, wyznacza kierunki rozwiązań legislacyjnych oraz wykładni przepisów¹⁵. W sferze rozwiązywania kolizji między konstytucyjnymi prawami i wolnościami zasada zrównoważonego rozwoju odgrywa zatem znacznie szerszą i bardziej wszechstronną rolę w stosunku do zasady proporcjonalności. Naruszenie każdej z nich z osobna lub tylko jednej może jednak skutkować uznaniem reglamentacji konstytucyjnych praw i wolności za nadmierną, a w konsekwencji — nielegalną.

Nieproporcjonalność reglamentacji konstytucyjnych praw i wolności zachodzi nie tylko wówczas, gdy w rzeczywistości nie istnieje podyktowana określonym nadrzędnym interesem publicznym istotna przyczyna jej przeprowadzenia, w tym wiążąca się z realizacją innych gwarantowanych praw i wolności, lecz także wtedy, gdy ograniczenia reglamentacyjne są nieskuteczne lub dany cel publiczny można osiągnąć za pomocą mniej restrykcyjnych środków¹⁶. Nieproporcjonalność może niekiedy przybrać postać krańcową, która jest związana z naruszeniem istoty (natury) danego prawa lub wolności. Takie wynaturzenie może być wynikiem zarówno skrajnej jednostkowej redukcji ich treści, niezapewniającej co najmniej alternatywy wyboru postępowania podmiotu uprawnionego, jak i ogółu wielu różnych ograniczeń, które łączenie podważają sens reglamentowanego prawa lub wolności albo przekształcają je w ich pozór. Kwestia ta może mieć szczególne znaczenie zwłaszcza na rynku aptecznym, który uchodzi za poddany najszerszej i najściślejszej reglamentacji¹⁷. Ponieważ Konstytucja RP zapewnia prawa i wolności nie tylko w ich aspekcie formalnym, ale również materialnym¹⁸, reglamentacja nawet, jeśli z jakichś ważnych względów jest konieczna, nigdy jednak nie może przekraczać pewnych granic.

Odnosząc te rozważania do sprawy aptecznych zakazów reklamowych, należy stwierdzić, że każdy z nich w stosunku do wolności gospodarczej, wykonywania zawodu, komunikowania się oraz wyrażania swoich poglądów i rozpowszechniania informacji może zostać uznany za nadmierny z wielu różnych przyczyn,

¹⁵ Por. P. Tuleja, *Komentarz do art. 5*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* oraz M. Florczak-Wątor, *Komentarz do art. 5*, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Nb 42.

¹⁶ Zasada proporcjonalności (w odniesieniu do prawa publicznego w tezach Trybunału Konstytucyjnego), Biuro Trybunału Konstytucyjnego. Zespół Orzecznictwa i Studiów, Warszawa 2009, https://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/dokumenty/Zestawienie_tez_dotyczacych_zasad_proporcjonalnosci_w_zakresie_pawa_publicznego.pdf (dostęp: 3.12.2023).

¹⁷ Por. R. Stankiewicz, [w:] *Instytucje rynku farmaceutycznego*, red. R. Stankiewicz, Warszawa 2016, s. 30 i n. oraz K. Mełgieś, *Prawne determinanty funkcjonowania aptek ogólnodostępnych a bezpieczeństwo pacjenta*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2021, t. 31, nr 2, s. 43 i n.

¹⁸ Por. na przykład wyrok TK z dnia 7 listopada 2006, SK 42/05, ZU OTK 2006/10A/148 oraz wyrok TK z 7 maja 2006, K 33/05, ZU OTK 2006/5A/57.

przede wszystkim jednak z uwagi na naruszenie zasady proporcjonalności. Poza dyskusją jest oczywiste twierdzenie, że apteki jako placówki ochrony zdrowia nie mogą w pełni korzystać ze wszelkich praw przyznanych przedsiębiorcom, a ich naturalne dążenie do maksymalizacji zysku musi zostać podporządkowane ochronie zdrowia i publicznemu bezpieczeństwu zdrowotnemu¹⁹. Jednak nawet wykonywanie takich zadań publicznych nie usprawiedliwia całkowitej redukcji ich konstytucyjnych praw i wolności, zwłaszcza że również one mogą korespondować z prawem pacjentów do ochrony zdrowia. Nie ma żadnych dowodów potwierdzających, że apteczne zakazy reklamowe są rzeczywiście niezbędne do realizacji zakładanych celów publicznych, w tym związanych z racjonalizacją wydatków publicznych i niezależnością zawodową farmaceutów, a także w pełni skuteczne w sytuacji, w której obowiązujące przepisy nie definiują pojęcia reklamy objętej tymi zakazami i pozwalają na reklamę placówek obrotu pozaaptecznego uprawionych do dystrybucji częściowo jednakowego asortymentu produktów. Zakazy całkowite i bezwzględne, choć obiektywnie są łatwiejsze w kontroli, nie powinny być ustanawiane dla wygody czy w reakcji na różne niedomagania nadzoru publicznego, w tym nad należytym wykonywaniem zawodu farmaceuty, gdyż są to cele pośrednie i często w ogóle nieleżące w interesie publicznym. Nie można również nie dostrzegać, że mimo obowiązywania tych zakazów od ponad 10 lat spożycie leków w Polsce nie zmalało, lecz nadal rośnie i taki stan rzeczy nie powinien być już wiązany z reklamą. Główną jego przyczyną jest bowiem na ogół przemilczana niedostateczna dostępność pomocy lekarskiej, która sprawia, że pacjenci w coraz większym stopniu zmuszeni są niejako na własną rękę rozwiązywać swoje niektóre problemy zdrowotne. Dla oceny niespełnienia przesłanki proporcjonalności aptecznych zakazów reklamowych nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że przepisy nie przewidują tak daleko idącego zakresu ograniczeń reglamentacyjnych ani w stosunku do reklamy lekarzy, ani podmiotów wykonujących działalność leczniczą²⁰. Wymaganą niezależność zawodową farmaceutów oraz bezstronność aptek i punktów aptecznych można zapewnić za pomocą mniej restrykcyjnych ograniczeń. W celu przeciwdziałania ewentualnym kolizjom interesów przeważnie stosuje się bowiem różnego rodzaju ograniczenia, a nie zakazy o charakterze bezwzględnym i całkowitym. Apteczne zakazy reklamowe z naruszeniem zasady proporcjonalności i zobowiązania Polski do przestrzegania prawa międzynarodowego ingerują również w swobodę świadczenia usług na wspólnym unijnym rynku. Wyróżniają się też swoim skrajnym rygoryzmem na tle większości krajów członkowskich Unii Europejskiej.

¹⁹ Por. R. Stankiewicz, [w:] *Instytucje rynku farmaceutycznego*, s. 26 i n. oraz M. Mikos, M. Urbaniak, *Prawo do bezpiecznej ochrony zdrowia w świetle Konstytucji RP oraz rekomendacji Rady Europy i Rady Unii Europejskiej*, „Medyczna Wokanda” 2016, nr 8, s. 159 i n.

²⁰ Zob. ustawę z dnia 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 633) oraz ustawę z 5 grudnia 1996 roku o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1731).

W kontekście nadmierności ograniczeń reglamentacyjnych trzeba również rozważyć, czy apteczne zakazy reklamowe naruszają istotę (naturę) przynajmniej niektórych praw i wolności gwarantowanych przez Konstytucję RP. Dotyczy to zwłaszcza wolności słowa oraz wolności gospodarczej, dla realizacji których reklama ma szczególne znaczenie. Zważywszy na funkcje reklamy w sferze informacyjnej, jej bezwzględny i całkowity zakaz może bowiem spełniać rolę cenzury prewencyjnej, która nie tylko narusza istotę wolności słowa, ale jest także stanowczo zabroniona (zob. art. 31 ust. 3 *in fine* oraz art. 54 ust. 2 Konstytucji RP). Jeśli zaś chodzi o wolność gospodarczą, to godzi się zauważyć, że reklama należy do podstawowych narzędzi konkurencji, która jest immanentną cechą społecznej gospodarki rynkowej. Całkowite pozbawienie przedsiębiorców funkcjonujących w warunkach gospodarki rynkowej tego narzędzia uderza więc nie tylko w ich chronione prawo podmiotowe, ale również w zasadę ustrojową i nie powinno mieć miejsca. W swej istocie znamionuje bowiem miniony ustrój społeczno-gospodarczy charakteryzujący się państwową własnością i systemem nakazowo-rozdzielczym.

WZGLĘDY OCHRONY ZDROWIA JAKO MOTYW UZASADNIENIA ZAKAZU REKLAMY ORAZ JEGO NADMIERNOŚCI

W debacie nad legalnością aptecznych zakazów reklamowych względy ochrony zdrowia odrywają podwójną rolę. Z jednej strony, są wskazywane jako jeden z ważniejszych argumentów przemawiających za istnieniem stanu konieczności wprowadzenia i utrzymywania tych zakazów²¹, z drugiej zaś — powoływane jako okoliczność potwierdzająca ich nadmierność. Reklama apteczna, zwłaszcza w wymiarze informacyjnym oraz związanym z promocją zdrowia, niezaprzeczalnie może bowiem służyć ochronie zdrowia. Nie można przy tym pomijać, że apteki są placówkami ochrony zdrowia i w ramach swojej działalności mogą sprawować opiekę farmaceutyczną oraz świadczyć różne inne usługi farmaceutyczne (zob. art. 86 ust. 1 i 2 u.p.f. w związku z art. 4 ust. 2 u.z.f.)²². Ustawa o zawodzie farmaceuty wprost przesądza nawet o tym, że opieka farmaceutyczna jest świadczeniem

²¹ Zob. J. Wiszniewska, *Zakaz reklamy aptek i ich działalności — geneza wprowadzenia i ocena regulacji, passim* oraz wypowiedź Naczelnej Izby Aptekarskiej z 22 czerwca 2018, *Zakaz reklamy aptek chroni interes pacjentów*, <https://www.nia.org.pl/2018/06/22/nia-zakaz-reklamy-aptkek-chroni-interes-pacjentow/> (dostęp: 3.12.2023). Naczelna Izba Aptekarska bezpodstawnie powołuje się w niej również na nieistniejący zakaz reklamy obowiązujący radców prawnych i adwokatów. W ustawach regulujących wykonywanie tych zawodów nigdy jednak nie sformułowano takiego zakazu, a z regulacji deontologicznych obowiązujących radców prawnych zakaz reklamy został dawno usunięty na rzecz ograniczeń reklamowych, natomiast w przypadku adwokatów podobne rozwiązanie jest obecnie wprowadzane.

²² Ustawa z dnia 10 grudnia 2020 roku o zawodzie farmaceuty (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1873), dalej: u.z.f.

zdrowotnym. Natomiast o zwiększającej się roli aptek w świadczeniu różnej palety usług farmaceutycznych mogliśmy się wszyscy przekonać w okresie pandemii Covid-19. Skoro więc apteki są placówkami ochrony zdrowia, a wykonywanie zawodu farmaceuty ma na celu ochronę zdrowia pacjentów oraz zdrowia publicznego (zob. art. 86 ust. 1 u.p.f. w związku z art. 4 ust. 1 u.z.f.), to nie można jednocześnie utrzymywać, że ich działalność stanowi stałe i nadzwyczajne zagrożenie dla ochrony zdrowia, któremu należy przeciwstawić się bezwzględny i całkowity zakazem reklamy aptecznej. W tej narracji występuje bowiem sprzeczność, która może utwierdzać w przekonaniu, że rzeczywistym i jedynym celem aptecznych zakazów reklamowych są kwestie związane z ochroną wydatków publicznych, zaś inne mają charakter poboczny i drugorzędny. Natomiast są eksponowane po to, aby pomniejszyć rolę celu głównego, który w stosunku do niektórych wartości konstytucyjnych obiektywnie nie może dominować. W kontekście reglamentacyjnym w związku ze wskazaną już sprzecznością ingerencja w prawa i wolności dotycząca reklamy aptecznej powinna mieć na względzie przede wszystkim bezpieczeństwo zdrowotne. Realizacja tego celu publicznego nie wymaga jednak sięgania po tak skrajnie ograniczające środki, jakimi są bezwzględne i całkowite apteczne zakazy reklamowe.

Spotykane w obrocie różne nadużycia wolności nie powinny stanowić uzasadnienia utrzymywania aptecznych zakazów reklamowych, lecz podstawę do sformułowania ograniczeń skierowanych wyłącznie na niedozwolone praktyki²³. W żadnym razie nie można bowiem zapominać, że nadużycia mogą wiązać się nie tylko z korzystaniem z wolności, ale również wykonywaniem władzy publicznej, zarówno podczas tworzenia, jak i stosowania prawa.

PODSUMOWANIE I WNIOSKI

Debata nad legalnością aptecznych zakazów reklamowych toczy się już ponad 10 lat i jak na razie nie zaowocowała ostatecznym rozstrzygnięciem. Można jednak odnieść wrażenie, że powoływane w niej argumenty nie zawsze dotyczą istoty problemu i często koncentrują się na kwestiach pobocznych. Wszechstronne wyważenie różnych kolizyjnych wartości konstytucyjnych z pewnością nie należy do łatwych zadań, niemniej jednak ich przeprowadzenie jest niezbędne do zajęcia stanowiska w kwestii legalności aptecznych zakazów reklamowych.

Oceniając apteczne zakazy reklamowe w świetle wartości konstytucyjnych, można dojść do wniosku, że swoim rozległym zakresem i abstrakcyjnością

²³ Por. K. Jasińska, *Zakaz reklamy aptek a opieka farmaceutyczna i programy lojalnościowe*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2015, nr 4, s. 108 i n. oraz M. Jabłoński, S. Jarosz-Zukowska, *Działalność gospodarza na rynku aptecznym*, s. 285 i n.

naruszają one gwarancje prawne ochrony różnych konstytucyjnych praw i wolności i są nadmierne w stosunku do celów publicznych, którym służą. Powinny zostać zatem zamienione na ograniczenia reklamowe skierowane przeciwko określonym nadużyciom. Reglamentacja konstytucyjnych praw i wolności nie może wypaczać ich sensu ani wykraczać ponad niezbędną potrzebę realizacji określonych interesów publicznych. Istnienia takiej potrzeby nie można jednak domniemywać ani wywodzić z różnych mankamentów systemowych. W demokratycznym państwie prawnym reglamentacja konstytucyjnych praw i wolności nigdy nie powinna być drogą na skróty.

ASSESSMENT OF PHARMACY ADVERTISING BANS IN LIGHT OF CONSTITUTIONAL VALUES

Summary

This article is devoted to assessing the legitimacy of pharmacy advertising bans formulated in Pharmaceutical Law. The author carries out their legal assessment and considers their legality in the light of the collision of various constitutional values. He is inclined to conclude that the pharmacy advertising bans, by their extensive scope and abstractness, violate the guarantees of protection of constitutional rights and freedoms and are excessive in relation to the public purposes they serve. It concludes that rationing, although permissible in exceptional circumstances, should never be a shortcut in a democratic state under the rule of law.

Keywords: pharmaceutical law, advertising law, pharmacy advertising bans, rationing and its excessiveness, weighing of constitutional values

BIBLIOGRAFIA

- Bosek L., Szydło M., *Komentarz do art. 31 ust. 3*, [w:] *Konstytucja RP. T. I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Dąbrowski K., *Zawody zaufania publicznego na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2022.
- Florczak-Wątor M., *Komentarz do art. 5*, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Jabłoński M., Jarosz-Zukowska S., *Działalność gospodarcza na rynku aptecznym i jej ograniczenia. Uwarunkowania konstytucyjne*, Warszawa 2022.
- Jasińska K., *Zakaz reklamy aptek a opieka farmaceutyczna i programy lojalnościowe*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2015, nr 4. *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Mądry M., [w:] *Instytucje prawa farmaceutycznego*, red. R. Stankiewicz, Warszawa 2016.
- Mełgieś K., „Prawne determinanty funkcjonowania aptek ogólnodostępnych a bezpieczeństwo pacjenta”, *„Roczniki Nauk Prawnych”* 2021, t. 31, nr 2.
- Mikos M., Urbaniak M., *Prawo do bezpiecznej ochrony zdrowia w świetle Konstytucji RP oraz rekomendacji Rady Europy i Rady Unii Europejskiej*, „Medyczna Wokanda” 2016, nr 8.
- Stankiewicz R., [w:] *Instytucje rynku farmaceutycznego*, red. R. Stankiewicz, Warszawa 2016.

- Tuleja P., *Komentarz do art. 2*, [w:] *Konstytucja RP. T. I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Tuleja P., *Komentarz do art. 5 i art. 31 ust. 3*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2021.
- Wiszniewska J., *Zakaz reklamy aptek i ich działalności*, Warszawa 2019.
- Wiszniewska J., *Zakaz reklamy aptek i ich działalności — geneza wprowadzenia i ocena regulacji*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 8.
- Zimmermann A., *Zawód farmaceuty. Komentarz*, red. A. Zimmermann, Warszawa 2021.