



RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Obywatelskich

Prof. dr Andrzej ZOLL

00-090 Warszawa
Al. Solidarności 77

Tel. centr. 551 77 00
Fax 827 64 53

Warszawa, 18 grudnia 2001 r.

35361

RPO/345379/2000/VI/JW

Trybunał Konstytucyjny
WARSZAWA

Wniosek
Rzecznika Praw Obywatelskich

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 188 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483) i art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. z 1997 r. Nr 102, poz. 643 z późn. zm.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (tekst jednolity w Dz. U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147)

wnoszę

o stwierdzenie przez Trybunał Konstytucyjny, że art. 99 ust. 4 i 5 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. Nr 126, poz. 1381) jest niezgodny z art. 20, art. 21 ust. 1, art. 22 i art. 64 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Uzasadnienie

Uchwalona w dniu 6 września 2001 r. ustawa Prawo farmaceutyczne w art. 99 ust. 1 stanowi, że apteka ogólnodostępna może być prowadzona tylko na podstawie zezwolenia na prowadzenie apteki. Ustęp 4 art. 99 stanowi bezwzględną normę, że prawo do uzyskania takiego zezwolenia posiada wyłącznie farmaceuta, który jest przedsiębiorcą

w rozumieniu ustawy z 19 listopada 1999 r. - Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178 z późn. zm.), przy czym, zgodnie z ust. 5 art. 99 omawianej ustawy, farmaceuta może uzyskać tylko jedno zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej.

W praktyce oznacza to ograniczenie zarówno prawa wolności gospodarczej jak i prawa własności oraz prawa dziedziczenia (art. art. 20 i 21 Konstytucji RP). Ustawa wyklucza bowiem możliwość właściciela apteki nie będącego farmaceutą otrzymania zezwolenia na prowadzenie apteki - jako przedsiębiorcy - mimo zatrudnienia osoby posiadającej odpowiednie kwalifikacje fachowe i dającej rękojmię należytego prowadzenia apteki (art. 88 ust. 2 ustawy) oraz odpowiedniej ilości farmaceutów.

W sytuacji nabycia własności apteki drogą dziedziczenia przez spadkobiercę nie będącego farmaceutą brak możliwości uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki w charakterze przedsiębiorcy wymusza na spadkobiercy zamknięcie apteki i jej zbycie.

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich uregulowania te stoją w sprzeczności z zasadą wolności działalności gospodarczej, o której stanowi art. 20 Konstytucji prawa do własności i ochrony tej własności oraz prawa do dziedziczenia, o których stanowią art. 21 i art. 64 Konstytucji, przy czym ograniczenie wolności działalności gospodarczej wynikające z ustawy Prawo farmaceutyczne nie zostało uzasadnione ważnym interesem publicznym (art. 22 Konstytucji RP), a wprowadzone ograniczenia naruszają istotę wolności i praw (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP).

1. Omawiany problem nie jest w polskim ustawodawstwie a także w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego nowym. Ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.) dopuszczała możliwość posiadania (lecz nie kierowania) apteki w ramach wolnej i dozwolonej każdemu na równych prawach działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.). Podmiot, podejmujący taką działalność gospodarczą musiał stosować się do wymogów wynikających z art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 28 stycznia 1987 r. o środkach farmaceutycznych, artykułach sanitarnych i aptekach (Dz. U. Nr 3, poz. 19 ze zm.), a więc jeśli nie był uprawnionym farmaceutą upoważnionym do prowadzenia apteki - musiał zatrudnić odpowiedniego farmaceutę - kierownika apteki i powierzyć mu kierowanie apteką.

Zasady te zostały zmienione ustawą z dnia 10 października 1991 r. o środkach farmaceutycznych, materiałach medycznych, aptekach, hurtowniach i nadzorze farmaceutycznym (Dz. U. Nr 105, poz. 452), której art. 33 ust. 2 ograniczył możliwość uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki tylko przez farmaceutę.

Ta zmiana, orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 sierpnia 1992 r. (sygn. akt K. 4/92) została uznana za naruszającą art. 6 i art. 3 ust. 1 Przepisów Konstytucyjnych, utrzymanych w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r.

W uzasadnieniu orzeczenia Trybunał Konstytucyjny wskazał, że wszelkie ograniczenia podmiotowe w sferze działalności gospodarczej oceniane być muszą pod kątem ich zgodności z konstytucyjną zasadą wolności gospodarczej także wówczas, gdy dokonywane są w drodze ustawodawczej. Z rozważań Trybunału Konstytucyjnego wynika, że przyjęte w zaskarżonej ustawie rozwiązanie błędnie łączy "przewidziane przez prawo wymagania kwalifikacyjne osób wykonujących określone prace, zajęcia czy czynności natury technicznej, technologicznej, kontrolnej, organizacyjnej i innej, z samym przedsięwzięciem gospodarczym określonego rodzaju" a ponadto, że "w zasadę swobody gospodarczej godzą właśnie ograniczenia podmiotowe dotyczące udzielania koncesji na prowadzeniu aptek, ustalone w art. 33 ust. 2 ustawy o środkach farmaceutycznych".

2. Mimo treści orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego przyjętego przez Sejm, z inicjatywy samorządu aptekarskiego w 2001 r. na forum Sejmu RP powróciła sprawa zapewnienia farmaceutom, przy jednoczesnych istotnych uprawnieniach samorządu zawodowego, wyłącznego prawa do uzyskiwania zezwoleń na prowadzenie aptek co w praktyce oznacza wyłączność posiadania aptek w Rzeczypospolitej. W dniu 6 września 2001 r. Sejm RP - mimo zastrzeżeń części Posłów - uchwalił Prawo farmaceutyczne (Dz. U. Nr 126, poz. 1381) w tym art. 99 ust. 4 stanowiący, że zezwolenie na prowadzenie apteki może uzyskać wyłącznie farmaceuta oraz (ust. 5), że farmaceuta może uzyskać wyłącznie jedno zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej, mimo iż postanowienia te ograniczają wolność działalności gospodarczej oraz prawo dziedziczenia a więc naruszają istotę wolności i praw.

Przytaczane są przy tym różne argumenty natury ekonomicznej i organizacyjnej przez zwolenników zaskarżonego uregulowania w szczególności zaś przez Naczelną Radę Aptekarską z jednej strony oraz przez przeciwników zaskarżonego uregulowania tj. przez część farmaceutów prowadzących apteki, którzy z kwestionowanymi uregulowaniami nie godzą się a także przez spółki "Apteki Polskie S.A. w Katowicach, Super-Pharm (Poland) Sp. z o.o. i inne w tym także przez niektóre organizacje społeczne i charytatywne, które nie są „farmaceutami”, lecz, które od dziesiątków lat prowadzą apteki w ramach swojej działalności (przykładowo Fundację Pomocy Bliźnim im. Św. Maksymiliana).

3. Niewątpliwie zasada swobody działalności gospodarczej nie ma charakteru absolutnego i jak to wielokrotnie wskazywał Trybunał Konstytucyjny - podobnie jak inne prawa i wolności jednostki może być poddana przez ustawodawcę pewnym ograniczeniom lecz tylko w zakresie niezbędnym oraz traktowane jako wyjątki. Ani poszczególne ograniczenia, ani też ich zbiór w żadnym przypadku nie mogą naruszać istoty praw bądź wolności im poddanych (uchw. TK z dnia 2 marca 1994 r. sygn. W. 3/93 a także orzec. TK z dnia 26 kwietnia 199 r. K. 11/94 i inne). Badanie, czy nie został naruszony zakaz nadmiernej ingerencji w prawa i wolności obywatelskie powinno być prowadzone w oparciu o zasadę proporcjonalności.

Analiza odpowiedzi na pytania stanowiące o zachowaniu przez ustawodawcę zasady proporcjonalności a także o pytanie czy ustawodawca nie dopuścił się nadmiernej ingerencji w prawa i wolności wskazuje, że uchwalenie zaskarżonego przepisu spowodowało ograniczenie konstytucyjnych praw przez nadmierną ingerencję władzy ustawodawczej.

Pomijając argumenty ekonomiczne przytaczane zarówno przez zwolenników jak i przeciwników zaskarżonej regulacji - wskazać należy, że obowiązujący w ustawie - także przed jej zmianą - postanowienia ustawy, że kierownikiem apteki może być tylko farmaceuta posiadający odpowiednie kwalifikacje zawodowe (staż pracy) oraz dający rękojmię należytego jej prowadzenia, a więc oddzielenie fachowego prowadzenia apteki od osoby będącej właścicielem (przedsiębiorcą) spełnia zasady bezpiecznego i prawidłowego przygotowania oraz sprzedaży leków. Tak więc brak jest podstaw do twierdzenia, iż zaskarżona regulacja była niezbędna dla ochrony interesu publicznego. Także brak jest podstaw dla przyjęcia, że efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela. Zaskarżona regulacja narusza fundamentalne zasady wolności działalności gospodarczej oraz prawa dziedziczenia. Wprowadza nową „zasadę”, że prawo do prowadzenia działalności gospodarczej (a nie prawa do wykonywania określonego zawodu, którego wykonywanie wymaga odpowiednich i potwierdzonych kwalifikacji) w określonej gałęzi przemysłu, handlu, transportu itp. może mieć tylko osoba posiadająca wykształcenie (kwalifikacje) zgodne z daną działalnością i zrzeszona w określonej korporacji zawodowej. Prowadzić to może do daleko idących i zaskakujących wniosków.

Jak przy tym rozwiązać problem przejęcia własności apteki w sytuacji gdy prawo własności wynika z dziedziczenia po aptekarzu a spadkobierca nie jest farmaceutą. Apteka musi przestać działać, bo spadkobierca nie otrzyma zezwolenia na jej prowadzenie. Wprowadzić przymusowy wykup apteki od spadkobiercy, który nie jest farmaceutą? Powstaje przymus ekonomiczny wywołany ograniczeniami ustawy naruszającej prawo własności.

Tak więc ocena konstytucyjna dopuszczalności ustawowego ograniczenia prawa własności (i innych praw majątkowych) musi zarówno uwzględniać wymagania przewidziane w art. 64 ust. 3 Konstytucji, jak i opierając się na skonfrontowaniu danej regulacji z przesłankami konstruującymi ogólną zasadę wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (orzeczenie TK sygn. P. 2/88). Ocena konstytucyjnej dopuszczalności ustawowego ograniczenia prawa własności i innych praw majątkowych musi zarówno uwzględniać wymagania przewidziane w art. 64 ust. 3 Konstytucji jak i opierać się na skonfrontowaniu danej regulacji z przesłankami konstruującymi ogólną zasadę wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

4. Zasada wolności gospodarczej wyrażona w art. 20 i 22 Konstytucji obejmuje wolność wyboru oraz wolność wykonywania danej działalności gospodarczej. Ustawa Prawo farmaceutyczne wprowadza w art. 99 trzy ograniczenia:

- obowiązek uzyskiwania zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie aptek, znany także aktualnie obowiązującej ustawie regulującej problematykę prowadzenia aptek,
- ograniczenie możliwości uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki wyłącznie do farmaceutów - co w praktyce oznacza prawo do posiadania apteki tylko przez farmaceutę (z wyjątkiem praw nabytych),
- zasadę, że jeden farmaceuta może mieć tylko jedną aptekę.

O ile konieczność uzyskiwania zezwolenia na prowadzenie apteki da się wytłumaczyć względami bezpieczeństwa, to dalsze ograniczenia wykraczają już poza tę sferę, naruszając bezpośrednio podstawowe prawa i wolności konstytucyjne.

W cytowanym już orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 sierpnia 1992 r. (sygn. akt K 4/92) Trybunał stwierdza: "... z samego faktu, że ktoś może być podmiotem praw i obowiązków, wynikających z działalności gospodarczej w postaci prowadzenia apteki, nie można wnioskować, że bez posiadania wiedzy fachowej jest to niebezpieczne dla prawnie chronionych dóbr. Niebezpieczeństwo takie może wynikać bowiem jedynie z czynności faktycznych, te zaś są w zakresie prowadzenia apteki ściśle reglamentowane i zastrzeżone dla osób posiadających odpowiednie kwalifikacje. Istnieje szereg czynności z zakresu prowadzenia apteki, które może wykonywać sam podmiot gospodarujący (np. wynajęcie lokalu, zawarcie umowy dostawy z hurtownią i jej realizacja, ustalenie płac personelu i dokonywanie wypłaty, przewóz leków itp.). Czynności te nie spowodują jednak niebezpieczeństwa dla prawnie chronionych dóbr i nie wymagają w związku z tym fachowej wiedzy farmaceutycznej. Do dokonywania czynności prawnych nie jest konieczne posiadanie wiedzy fachowej z zakresu farmacji w celu uniknięcia niebezpieczeństwa dla prawnie chronionych dóbr. Brak takiej wiedzy może co najwyżej narazić podmiot gospodarujący na straty ekonomiczne. Udzielanie zezwoleń tylko farmaceutom w żaden sposób nie łączy się z podnoszonym argumentem, iż w ten sposób osoby prowadzące apteki zostaną poddane kontroli samorządu aptekarskiego z możliwością stosowania sankcji związanych z odpowiedzialnością zawodową. Członkami samorządu są bowiem jedynie aptekarze, natomiast koncesję może otrzymać magister farmacji nie będący członkiem samorządu aptekarskiego, a więc nie mający prawa do wykonywania zawodu aptekarza - nie podlegający w związku z tym odpowiedzialności zawodowej przed tym stowarzyszeniem.

Wreszcie, co należy podkreślić, nie wykazano aby właściciele aptek, nie będący farmaceutami, prowadzący apteki na podstawie uzyskanych zezwoleń postępowali w sposób "zagrożający życiu lub zdrowiu ludzkiemu. Podnoszone więc tego rodzaju argumenty nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości".

W świetle tej argumentacji Trybunału Konstytucyjnego zawartej w orzeczeniu z dnia 20 sierpnia 1992 r. uzasadnione wydaje się twierdzenie, iż wprowadzone ograniczenie zawarte w art. 99 ust. 4 i 5 ustawy nie ma na celu "zapewnienia bezpieczeństwa obywateli dokonujących zakupu w aptekach" lecz uzasadnione zostało względami ekonomicznymi. Postulat bezpieczeństwa obrotu środkami farmaceutycznymi jest realizowany poprzez wprowadzenie obowiązku zatrudnienia w aptece kierownika apteki-farmaceuty z odpowiednimi kwalifikacjami potwierdzonymi przez samorząd zawodowy oraz innych osób posiadających odpowiednie kwalifikacje zawodowe.

Rzecznik Praw Obywatelskich uważa, że wolność i swoboda działalności gospodarczej, ustanowiona poprzednią ustawą z dn. 10 października 1991 r., po zakwestionowaniu przez Trybunał Konstytucyjny wadliwego przepisu art. 33 ust. 2, dopuszczając konkurencję różnych podmiotów gospodarczych do finansowania aptek i firm farmaceutycznych spełniła postulat rozwoju tej dziedziny życia gospodarczego.

5. Zaskarżone niniejszym wnioskiem regulacje prawne, wykluczają możliwości uzyskania zezwolenia na prowadzenie aptek przez osoby prawne oraz jednostki nie posiadające osobowości prawnej, utworzone zgodnie z przepisami prawa. Takie ograniczenie nie znajduje racjonalnego uzasadnienia a eliminuje z rynku podmioty dobrze przygotowane do takiej działalności - np. niektóre fundacje, zakony czy przedsiębiorstwa (Cefarm). Podmioty te zachowują wprawdzie, na mocy art. 16 ust. 3 ustawy z dn. 6 września 2001 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo farmaceutyczne... (Dz. U. Nr 126, poz. 1382), uprawnienia do już prowadzonych aptek, nie mogą jednak starać się o zezwolenie na prowadzenie nowych a w przypadku ewentualnych zmian (zmiana formy prawnej właściciela, zmiana dotychczasowego obszaru gminy, zmiana nazwy apteki), mogą to prawo utracić.

Jak już wywiedziono wcześniej także spadkobierca właściciela apteki nie może swobodnie dysponować swoim spadkiem, może bowiem zgodnie z art. 104 ust. 2 ustawy posiadać aptekę tylko przez okres przez ustawę wskazany. Po tym okresie, jeśli nie ma kwalifikacji farmaceuty potrzebnych do uzyskania zezwolenia, albo jeśli jest już posiadaczem zezwolenia na prowadzenie innej apteki, musi zadysponować majątkiem spadkowym w sposób wymuszony przez ustawę i z naruszeniem swego prawa do dziedziczenia i prawa własności i jest przymuszony do sprzedaży, co staje się swoistego rodzaju wywłaszczeniem.

6. Wprowadzone ograniczenia w uzyskiwaniu zezwolenia na prowadzenie apteki nie wynikają z przyjętego obowiązku zbliżania polskich przepisów prawnych do prawa Wspólnot Europejskich. Rozwiązania prawne w zakresie uprawnień do uzyskiwania zezwoleń prowadzenia aptek w krajach Wspólnoty - nie są jednolite. Tylko w kilku prawo do uzyskiwania zezwoleń na prowadzenie aptek zostało przyznane tylko farmaceutom, jednak nie w tak restrykcyjnej formie. Tak więc uzasadnienia, że zaskarżone rozwiązania

zostały wprowadzone w celu dostosowania polskiego prawa do prawa unijnego - nie znajdują potwierdzenia.

Biorąc pod uwagę skierowane do Rzecznika wnioski oraz to, że w tej materii orzekał już w przeszłości Trybunał Konstytucyjny - złożenie niniejszego wniosku Rzecznik uznał za uzasadnione.

/-/ Prof. dr hab. Andrzej Zoll