

## Ograniczenia prowadzenia aptek – perspektywa konstytucyjna

Ekspertyza Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych WZ UW<sup>1</sup>  
autorstwa dr. Michała Ziółkowskiego oraz dr. hab. Macieja Bernatta, prof. UW

Przedmiotem ekspertyzy jest prawna analiza konstytucyjności art. 99 ust. 3a ustawy z 6 września 2011 r. Prawo farmaceutyczne (tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 1977 ze zm.) („Prawo farmaceutyczne”), w tym w zakresie możliwości bezpośredniego stosowania Konstytucji RP przez sąd administracyjny. Zakres analizy wyznacza prawo konstytucyjne, w tym orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, w szczególności wyroki, w którym wzorcem kontroli był art. 2, art. 8, art. 20, art. 22 lub art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ekspertyza jest wyrazem niezależnych badań naukowych prowadzonych przez autorów afiliowanych przy Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych WZ UW<sup>2</sup>.

W Ekspertyzie sformułowane zostały następujące tezy:

**1. W obowiązującym stanie prawnym nie ulega wątpliwości, że sąd administracyjny jest uprawniony do bezpośredniego stosowania Konstytucji. Bezpośrednie stosowanie polega w szczególności na zastosowaniu prokonstytucyjnej wykładni przepisów prawa farmaceutycznego oraz na zastosowaniu odpowiednich konstytucyjnych standardów do oceny działań organów administracji publicznej na podstawie prawa farmaceutycznego. W szczególności bezpośrednie stosowanie Konstytucji powinno polegać na ocenie działań organów przez odniesienie się do zasady wyłączności ustawy, zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz konstytucyjnego zakazu rozszerzającej wykładni ograniczeń praw i wolności.**

---

<sup>1</sup> Ekspertyza została przygotowana na zamówienie Związku Aptek Franczyzowych.

<sup>2</sup> Autorzy dziękują Marcie Sznajder za pomoc w przygotowaniu ekspertyzy.

2. W obowiązującym stanie prawnym bezpośrednio stosowanie Konstytucji może przyjąć również formę odpowiedniego zastosowania do oceny konstytucyjności art. 99 ust. 3a prawa farmaceutycznego (a w konsekwencji do oceny działań organów administracji) standardu konstytucyjnego zawartego w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 16 października 2014 r. w sprawie SK 20/12. W wyroku tym, dotyczącym konstytucyjności pobierania tzw. opłat półkowych jako przejawu czynu nieuczciwej konkurencji utrudniania dostępu do rynku, TK sformułował bowiem test oceny ograniczeń konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej, który znajduje analogiczne zastosowanie do ograniczenia, jakie wprowadza art. 99 ust. 3 oraz 3a ustawy – prawo farmaceutyczne na gruncie prawa farmaceutycznego. Ponadto w wyroku tym TK wskazał jak należy interpretować konstytucyjne przepisy i wartości, na które również powoływał się ustawodawca wprowadzając art. 99 ust. 3 oraz 3a ustawy – Prawo farmaceutyczne. **Zastosowanie standardu z wyroku w sprawie SK 20/12 do oceny art. 99 ust. 3a ustawy prawo farmaceutyczne uzasadnia wątpliwości odnośnie do proporcjonalności rozwiązania ustawowego przyjętego w art. 99 ust. 3a, w zakresie w jakim przepis ten wprowadza automatyczne kryterium ilościowe, którym kierować się mają organy administracji publicznej przy wydawaniu zezwolenia na prowadzenie apteki.**

3. **Za sprzeczne z konstytucyjnym wymogiem ograniczania praw i wolności w ustawie należy uznać wprowadzanie przez organy administracji w drodze wykładni przepisów ustawowych dalej idących ograniczeń wolności działalności gospodarczej niż te wynikające z ustawy. W istocie zaś do takiego skutku prowadzi praktyka decyzyjna organu administracji, który interpretuje art. 99 ust. 3a prawa farmaceutycznego w zakresie pojęcia grupy kapitałowej w sposób ograniczający wolność działalności gospodarczej w stopniu dalej idącym niż wynika to z ustawy, tj. z art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, do której odsyła prawo farmaceutyczne celem wyjaśnienia znaczenia pojęcia grupy kapitałowej.** Ilekroć bowiem prawo farmaceutyczne odnosi się do pojęcia grupy kapitałowej wyjaśnia, że chodzi o grupę kapitałową „w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów”. Tymczasem w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawarcie umowy franczyzy nie może być traktowane jako przejęcie kontroli prowadzące do powstania grupy kapitałowej.

4. Skoro na podstawie art. 99 ustawy prawo farmaceutyczne warunki uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki przez przedsiębiorcę nabywającego aptekę są ograniczone, a nawet w niektórych okolicznościach niemożliwe w przypadku grupy kapitałowej, przyjęcie przez organ administracji interpretacji, iż franczyza stanowi grupę kapitałową pociąga znaczące ograniczenie praw i wolności przedsiębiorcy. Zatem, mając wybór między wykładnią zgodną z podejściem wypracowanym w prawie konkurencji, które nie uznaje franczyzy za grupę kapitałową a interpretacją uznającą franczyzę za grupę kapitałową, organ administracji powinien przychylić się do wykładni stosowanej na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów tak, aby nie naruszyć konstytucyjnej zasady *in dubio pro libertate*.

5. Na obecnym etapie rozwoju polskiego konstytucjonalizmu nie można zdecydowanie wykluczyć niedopuszczalności tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa. Część przedstawicieli doktryny prawa dopuszcza taką kontrolę na różnych jednak podstawach i w różnym zakresie. Sąd orzekający w sprawie jest kompetentny, aby *in casu* podjąć decyzję i dokonać oceny konstytucyjności przepisu ustawy, który znajduje zastosowanie w konkretnej sprawie. Wyrażenie oceny negatywnej w tym zakresie stanie się podstawą dla sądu do odmowy zastosowania przepisu ustawowego uznanego za sprzeczny z Konstytucją. Należy podkreślić równocześnie, że sąd administracyjny może uznać, że możliwe jest dokonanie prokonstytucyjnej wykładni art. 99 ust. 3a (na zasadzie *in dubio pro libertate*), tak jak wskazano powyżej.

Rozwinięcie tez wymaga rozważań według poniższego planu:

1. Bezpośrednie stosowanie Konstytucji .....	4
1.1. Bezpośrednie stosowanie zasady proporcjonalności przy ograniczeniu wolności działalności gospodarczej .....	5
1.2. Bezpośrednie stosowanie konstytucyjnej zasady wyłączności ustawy w sprawach praw i wolności konstytucyjnych .....	10
1.3. Bezpośrednie stosowanie konstytucyjnej zasady <i>in dubio pro libertate</i> (konstytucyjny zakaz rozszerzającej wykładni ograniczeń praw i wolności) .....	14
1.4. Bezpośrednie stosowanie zasady zaufania do państwa i stanowionego prawa .....	15
2. Rozproszona kontrola konstytucyjności prawa przez sądy administracyjne.....	17

## 1. Bezpośrednie stosowanie Konstytucji

Z uwagi na brzmienie art. 8 Konstytucji i wieloletnią praktykę sądów dopuszczalność bezpośredniego stosowania Konstytucji nie powinna dziś budzić wątpliwości<sup>3</sup>. W świetle stanowiska rozpowszechnionego w doktrynie prawa konstytucyjnego<sup>4</sup>, „stosowanie Konstytucji” jest równoznaczne z „działanie[m] (...) dokonywan[ym] na podstawie prawa, tutaj: na podstawie konstytucji”<sup>5</sup>. Wymaga tym samym każdorazowo uwzględnienia obszernego orzecznictwa konstytucyjnego, stanowiska nauki prawa konstytucyjnego oraz praktyki organów konstytucyjnych istotnej dla konkretnej sprawy zawisłej przed sądem.

Interpretując – istotny dla bezpośredniego stosowania – zwrot „chyba, że Konstytucja stanowi inaczej” na tle innych norm konstytucyjnych, w doktrynie prawa wyrażono poglądy, że art. 8 ust. 2 Konstytucji znajduje zastosowanie o ile: a) norma konstytucyjna jest jednoznaczna i precyzyjna<sup>6</sup>; b) struktura normy konstytucyjnej na to pozwala<sup>7</sup>; c) prawodawca konstytucyjny nie odsyła do ustawy (por. art. 81 Konstytucji<sup>8</sup>). Aby uniknąć sporu werbalnego zaproponowano, że o stosowaniu Konstytucji rozstrzyga nie tyle samodzielnie art. 8 ust. 2 Konstytucji, ile treść konstytucyjnych norm prawnych, a w szczególności to, do kogo są one adresowane oraz jaki jest przedmiot obowiązku adresata<sup>9</sup>. Wymóg by bezpośrednio stosowalne przepisy konstytucyjne były jednoznaczne i konkretne uznano też za „relikt” nieprzystający do funkcji Konstytucji jako aktu normatywnego<sup>10</sup>. Sama niejasność przepisów konstytucyjnych nie stoi wszakże na przeszkodzie wyinterpretowaniu z nich norm prawnych i odnalezieniu wartości istotnych dla sądu rozstrzygającego sprawę<sup>11</sup>. Tak rozumiana niejasność (*prima facie*) jest bowiem cechą każdego aktu normatywnego,

---

<sup>3</sup> Np. P. Czarny, B. Naleziński, *Bezpośrednie stosowanie konstytucji; normy samowykonalne w Konstytucji*, [w:] *Charakter i struktura norm konstytucyjnych*, red. J. Trzciniński, Warszawa 1997, s. 130; S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego stosowania konstytucji*, *Państwo i Prawo* 2001, nr 9; A. Preisner, *Dookoła Wojtek. Jeszcze o bezpośrednim stosowaniu Konstytucji RP*, [w:] *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. L. Garlicki, A. Szmyt, Warszawa 2003, s. 234 i n.

<sup>4</sup> K. Działocha, *uwaga 13 do art. 8*, [w:] *Konstytucja...*, t. 5, s. 40–41; A. Preisner, *Dookoła Wojtek...*, s. 230.

<sup>5</sup> A. Mączyński, A. Łyszkowska, *Bezpośrednie stosowanie konstytucji...*, s. 27; P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003s. 85–96; P. Czarnym, B. Naleziński, *Bezpośrednie stosowanie...*, s. 130.

<sup>6</sup> L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne...*, s. 44.

<sup>7</sup> P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji...*, s. 92, 325–329.

<sup>8</sup> Por. B. Banaszak, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji...*, s. 328–329.

<sup>9</sup> S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego stosowania...*, s. 12.

<sup>10</sup> A. Preisner, *Dookoła Wojtek...*, s. 235.

<sup>11</sup> A. Kozak, *Konstytucja jako podstawa decyzji stosowania prawa*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Konstytucja*, red. A. Bator, Wrocław 1999, s. 115 i n.

który podlega wykładni usuwającej ową niejasność<sup>12</sup>. Innymi słowy, współcześnie nie ulega wątpliwości, że Konstytucja musi być zawsze stosowana, choćby w sposób wprost nie wyrażony przez sądy i organy administracji. Na gruncie art. 8 ust. 2 Konstytucji wyróżniana się wszakże trzy formy takiego stosowania Konstytucji<sup>13</sup>, a mianowicie: a) stosowanie samoistne<sup>14</sup>; b) współstosowanie interpretacyjne<sup>15</sup>; c) współstosowanie modyfikujące<sup>16</sup>.

Warunki niniejszej sprawy stwarzają możliwości współstosowania interpretacyjnego przepisów konstytucyjnych o wolności działalności gospodarczej oraz zasady pochodnych wywodzonych z zasady demokratycznego państwa prawnego wraz z przepisami ustawowymi dot. zezwoleń na prowadzenie apteki. Współstosowanie to polega na uwzględnieniu w procesie wykładni przepisów prawa farmaceutycznego dorobku orzeczniczego i doktrynalnego odnoszącego się odpowiednio do art. 20 w zw. z art. 22 Konstytucji (jako źródła zasady wolności działalności gospodarczej) oraz art. 2 Konstytucji (jako źródła zasady wyłączności ustawy, zasady *in dubio pro libertate* oraz zasady pewności prawa i zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa). Ponieważ jest to zagadnienie lokujące się w sferze wykładni prawa (a ściślej prokonstytucyjnej wykładni ustaw), a nie ustaleń walidacyjnych, nie ulega wątpliwości, że mieści się ono w zakresie działań sądu w takiej sprawie jak niniejsza oraz nie wymaga inicjowania postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym.

### **1.1. Bezpośrednie stosowanie zasady proporcjonalności przy ograniczeniu wolności działalności gospodarczej**

Artykuł 99 prawa farmaceutycznego nie był, jak dotąd, przedmiotem kontroli konstytucyjności ze strony Trybunału Konstytucyjnego. Niemniej jednak z dotychczasowego orzecznictwa konstytucyjnego wynika wiele wskazówek i przesłanek oceny instytucji udzielenia zezwolenia na prowadzenie apteki identycznego lub podobnego do tego, jakie wprowadzono w tym przepisie. Wyrażamy pogląd, że – z uwagi na bezpośrednie stosowanie

---

<sup>12</sup> A. Preisner, *Dookoła Wojtek...*, s. 236.

<sup>13</sup> L. Garlicki, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji*, [w:] *Konferencja naukowa: Konstytucja RP w praktyce (zorganizowana przez Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich)*, Warszawa 1999, s. 23 i n.

<sup>14</sup> Polega ono „na tym, że sąd stosuje postanowienie (normę – wyjątkowo zasadę) konstytucyjny jako wyłączną (a w każdym razie – zasadniczą) podstawę rozstrzygnięcia” (L. Garlicki, *Bezpośrednie stosowanie...*, s. 24).

<sup>15</sup> Polega ono na tym, że „sąd stosuje równoległym przepis konstytucyjny i konkretyzujące go przepisy ustawodawstwa zwykłego. Nie ma tu więc konfliktu pomiędzy ustawą, bo normy te istnieją równolegle, wzajemnie się uzupełniając” (L. Garlicki, *Bezpośrednie stosowanie...*, s. 24).

<sup>16</sup> Zachodzi ono wówczas, „gdy zetknięcie się przepisów ustawowych i postanowień konstytucyjnych nie sprowadza się do – opartego o tradycyjne metody wykładni – ustalenia, która z logicznie możliwych interpretacji ustawy powinna zyskać pierwszeństwo. Stosowanie modyfikacyjne zaznaczy się w sytuacji, gdy posłużenie się tą techniką ma służyć «uratowaniu» konstytucyjności ustawy – choć treści jakie z przepisu ustawy wynikają przy zastosowaniu tradycyjnych metod wykładni kolidują z konstytucją” (L. Garlicki, *Bezpośrednie stosowanie...*, s. 26).

Konstytucji – zarówno w procesie konkretnej oceny stosowania prawa farmaceutycznego, jak i generalnej oceny całej instytucji udzielenia, cofania lub stwierdzenia nieważności zezwoleń należy uwzględnić, co następuje:

Po pierwsze, na ochronę wynikającą z konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej powołać się mogą bezpośrednio zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne<sup>17</sup> na etapie podejmowania decyzji o rozpoczęciu działalności gospodarczej oraz na każdym późniejszym etapie prowadzenia tej działalności<sup>18</sup>. W konsekwencji, konstytucyjna wolność działalności gospodarczej znajduje zastosowanie do każdego podmiotu prowadzącego aptekę zarówno na etapie ubiegania się o udzielenie zezwolenia, jego cofnięcia, odmowy udzielenia lub stwierdzenia wygaśnięcia zezwolenia. Tym samym każda z decyzji organu administracji publicznej oraz sądu kontrolującego taką decyzję, powinna jako punkt wyjścia przyjmować optymalizacyjny charakter konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej<sup>19</sup>, która z kolei powinna zostać zrealizowana w danym stanie prawnym i faktycznym.

Po drugie, na ochronę wynikającą z konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej powołać się mogą bezpośrednio również podmioty działające na tzw. rynku regulowanym. Takie rozumienie konstytucyjnej gwarancji wynika wprost z sprawy dot. ograniczeń wolności działalności gospodarczej nałożonych przez przepisy o zakazie reklamy produktów podobnych do napojów alkoholowych<sup>20</sup>. W sprawie tej TK wprost bowiem stwierdził, że również podmiotom, których usługi lub produkty oferowane są na rynku regulowanym (np. koncesjonowanym, licencjonowanym itp.) punktem wyjścia oceny konstytucyjnoprawnej musi być wolność działalności gospodarczej. Analogiczny pogląd wyraził TK w sprawie przepisów koncesjonujących działalność z zakresu ochrony osób i mienia, orzekając, że podmioty ubiegające się o koncepcję korzystają z wolności działalności gospodarczej, a wszystkie przepisy regulujące rynek muszą być rozpatrywane w kategorii ograniczeń konstytucyjnej wolności<sup>21</sup>. W konsekwencji, przepisy o zezwoleniu na prowadzenie apteki muszą być rozpatrywane jako ograniczenie konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej podmiotów prowadzących aptekę (niezależnie od ich ewentualnej pozytywnej kwalifikacji przez prawodawcę lub faktycznej potrzeby regulowania rynku aptek). Tym samym, zarówno argument odwołujący się do ewentualnych i potencjalnych pozytywnych efektów społecznych, gospodarczych lub politycznych ograniczeń

---

<sup>17</sup> Np. wyrok TK 7.05.2001 r., K 19/00, OTK ZU nr 4/2001, poz. 82.

<sup>18</sup> Cyt. wyrok TK w sprawie SK 20/12.

<sup>19</sup> Cyt. wyrok TK w sprawie SK 20/12.

<sup>20</sup> Wyrok TK z 28.01.2003 r., K 2/02, OTK ZU 1A/2003, poz. 4.

<sup>21</sup> Np. wyrok TK z 17.12.2003 r., SK 15/02, OTK ZU 9A/2003, poz. 103.

przewidzianych w art. 99 ust. 3 i art. 99 ust. 3a prawa farmaceutycznego, jak również ewentualny argument odwołujący się do racjonalnego wyboru prawodawcy, aby rynek aptek miał charakter regulowany, nie są równoważne z perspektywy konstytucyjnej i zawsze muszą być traktowane jako uzasadnienie ograniczenia konstytucyjnej wolności. Ograniczenia zaś mogą być nakładane (oraz stosowane) jedynie wyjątkowo i tylko w konstytucyjnie określonych warunkach.

Po trzecie, skoro ustawowa koncepcja rynku regulowanego, a także charakterystycznych dla niego instytucji prawnych (np. koncesji, zezwoleń, licencji lub innych ograniczeń ilościowych albo jakościowych) stanowi ograniczenie konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej, to musi zostać ona poddana ocenie z perspektywy testu konstytucyjnego przewidzianego w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Początkowo w orzecznictwie TK zarysowała się rozbieżność dot. pełnego zastosowania art. 31 ust. 3 Konstytucji do ograniczeń wolności działalności gospodarczej. W niektórych orzeczeniach TK wskazywał bowiem, że z uwagi na różnice w brzmieniu art. 22 Konstytucji teoretycznie dopuszczalne jest szersze ograniczenie wolności działalności gospodarczej. Należy jednak zauważyć, że w orzecznictwie równocześnie podkreślano, że z przepisu tego wynika prawo „do nieograniczania wolności działalności gospodarczej w sposób z nim sprzeczny, niezgodny z wymienionymi w nim warunkami. Sam ten przepis nie określa, jaka jest treść tej wolności i sfera działań, które są realizacją wolności działalności gospodarczej”<sup>22</sup>. W orzecznictwie wyrażono także pogląd, że zrozumienie art. 20 w zw. z art. 22 Konstytucji wymaga uwzględnienia art. 31 ust. 3 Konstytucji<sup>23</sup>. W konsekwencji, przepisy wprowadzające kryteria udzielania zezwoleń administracyjnoprawnych na prowadzenie określonej działalności gospodarczej (np. art. 99 ust. 3 i ust. 3a prawa farmaceutycznego) muszą spełniać trójelementowy<sup>24</sup> test proporcjonalności. Tym samym, kryteria i zasady udzielenia, cofania lub stwierdzenia wygaśnięcia zezwoleń muszą być przydatne, niezbędne i proporcjonalne *sensu stricto* w konstytucyjnym rozumieniu.

Po czwarte, analizując ograniczenia konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej takie jak te przewidziane w art. 99 ust. 3 i art. 99 ust. 3a prawa farmaceutycznego należy *a casu ad casum* uwzględnić konstytucyjny wymóg społecznego charakteru gospodarki rynkowej<sup>25</sup>. Wymogu tego nie można jednakże interpretować jako

---

<sup>22</sup> Wyrok TK z 29.04.2003 r., SK 24/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 33.

<sup>23</sup> Cyt. wyrok TK w sprawie SK 20/12.

<sup>24</sup> Szerzej o konstrukcji testu zob. cyt. wyrok TK w sprawie P 56/11.

<sup>25</sup> Wyrok TK z 21.11.2005 r., P 10/03, OTK ZU nr 10/A/2005, poz. 116.

generalnego i abstrakcyjnego uzasadnienia dla konstytucyjności ograniczenia praw i wolności. W orzecznictwie konstytucyjnym jest on bowiem sprowadzany do: a) wykluczenia „czysto liberalnego pojmowania ustroju gospodarczego, które odrzucało jakąkolwiek ingerencję państwa w funkcjonowanie mechanizmów rynkowych i oparte było na maksymalizowaniu własnych korzyści przez pracodawcę”<sup>26</sup>; b) upoważnienia państwa do podejmowania „działań łagodzących społeczne skutki funkcjonowania praw rynku, ale jednocześnie dokonywanych z poszanowaniem tych praw”<sup>27</sup>; c) upoważnienia państwa do podejmowania działań ingerujących w mechanizm wolnorynkowy, o ile nie są one dokonywane w formie bezpośrednio skutecznych władczych rozstrzygnięć kształtujących status rynkowy podmiotów prawa prywatnego<sup>28</sup>. Z orzecznictwa konstytucyjnego jednoznacznie zatem wynika, że uwzględnienie społecznego charakteru gospodarki rynkowej nie jest równoznaczne z automatycznym uznaniem konstytucyjności ograniczeń wolności działalności gospodarczej (np. nie może samo w sobie stanowić rozstrzygającego argumentu na rzecz konstytucyjności art. 99 ust 3 i art. 99 3a prawa farmaceutycznego). Uwzględnienie społecznego charakteru gospodarki rynkowej stanowi bowiem uzasadnienie dla dopuszczalnej ingerencji państwa w mechanizm rynkowy, ale nie przesądza o jej kształcie i granicach<sup>29</sup>. W konsekwencji, ograniczenia takie jak te przewidziane w art. 99 ust. 3 i art. 99 3a prawa farmaceutycznego mogą *in casu* znajdować uzasadnienie w konstytucyjnej przesłance społecznej gospodarki rynkowej, co wymaga samo w sobie szczegółowego dowodu. Owo uzasadnienie nie wystarcza jednak aby uznać konstytucyjność tych zakazów. Jest ono jedynie przesłanką ich przydatności w porządku konstytucyjnym. Przydatność zaś to tylko pierwszy etap testu proporcjonalności ograniczeń wolności działalności gospodarczej. Innymi słowy, przydatność rozwiązań z art. 99 ust. 3 i art. 99 ust. 3a prawa farmaceutycznego do ochrony społecznego charakteru gospodarki rynkowej nie wystarcza do stwierdzenia jego konstytucyjności<sup>30</sup>.

Po piąte, analizując ograniczenia konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej (np. z art. 99 ust. 3 i art. 99 ust. 3a prawa farmaceutycznego) należy mieć na uwadze wieloaspektowość ograniczenia (zakazu). Niekiedy bowiem ograniczenie wolności jednej grupy przedsiębiorców służy realizacji i może być niezbędne do ochrony dobrobytu konsumentów. Art. 99 ust. 3 i art. 99 ust. 3a prawa farmaceutycznego, ograniczając wolność

---

<sup>26</sup> Wyrok TK z 30.01.2001 r., K 17/00, OTK ZU nr 1/2001, poz. 4.

<sup>27</sup> Wyrok TK z 19.12.2012 r., K 9/12, OTK ZU nr 11/A/2012, poz. 136.

<sup>28</sup> Wyrok TK z 17.01.2001 r., K 5/00, OTK ZU nr 1/2001, poz. 2.

<sup>29</sup> Cyt. Wyrok TK w sprawie SK 20/12.

<sup>30</sup> Zob. analogicznie cyt. Wyrok TK w sprawie SK 20/12.

działalności gospodarczej jednego podmiotu (tj. przedsiębiorcy prowadzącego aptekę o silniejszej pozycji na rynku), mogą stanowić niezbędny środek lub instytucję prawną ochrony konsumentów. Należy jednakże udowodnić istnienie takich zależności<sup>31</sup>. Zgodnie z orzecznictwem konstytucyjnym, nie wystarczy wówczas odwołać się do intencji ustawodawcy wprowadzającego dane ograniczenie. Trybunał Konstytucyjny wymaga w takich wypadkach bowiem aby ograniczenia wolności działalności gospodarczej miały swoje podstawy w konkretnych jakościowych i ilościowych danych<sup>32</sup>.

Mając powyższe ustalenia na uwadze wyrażamy pogląd, że o ile art. 99 ust. 3a prawa farmaceutycznego może być *in casu* rozważany jako przydatne<sup>33</sup> ograniczenie wolności działalności gospodarczej, o tyle wątpliwości budzi wykazanie (jakościowo i ilościowo), w sposób niebudzący konstytucyjnych wątpliwości, niezbędności<sup>34</sup> tego przepisu dla ochrony konstytucyjnie istotnych wartości. Z perspektywy konstytucyjnej nie wystarczająca jest deklaracja ustawodawcy lub intencja z okresu prac legislacyjnych poprzedzających wejście w życie analizowanego przepisu. Co więcej, zarówno przebieg procesu ustawodawczego, jak i sposób stosowania przepisu w praktyce, budzi wątpliwości w zakresie pytania czy art. 99 ust. 3a prawa farmaceutycznego jest najmniej dolegliwym (spośród możliwych i znanych ustawodawcy) środków regulacji rynku aptek. Należy zaś przypomnieć, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są konstytucyjne pod warunkiem, że wykaże się, iż celu ograniczenia nie można było osiągnąć z zastosowaniem mniej dolegliwych ograniczeń wolności gospodarczej niż wynikające z ustawowego przepisu albo bez ich wprowadzania<sup>35</sup>. Na przykład w odniesieniu do analizowanego przepisu mniej dolegliwym środkiem byłaby

---

<sup>31</sup> Cyt. Wyrok TK w sprawie SK 20/12.

<sup>32</sup> Cyt. Wyrok TK w sprawie SK 20/12.

<sup>33</sup> Zgodnie z wymogiem przydatności „prawodawca może ustanowić jedynie takie ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności, które uzasadnione są racjonalną potrzebą ingerencji w danym stanie prawnym i faktycznym oraz służą bezpośrednio realizacji konstytucyjnie uzasadnionego celu. Cel ten wpisany jest w treść zasad konstytucyjnych” (cyt. Wyrok TK w sprawie P 56/11). Wymóg przydatności polega na „przeprowadzeniu testu racjonalności instrumentalnej, tzn. ustalenia, czy według dostępnego stanu wiedzy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków. (...) Warunków tych nie spełniają tylko takie przepisy, które utrudniają osiągnięcie celów lub nie wykazują żadnego związku z tymi celami (są irrelewantne)” (wyrok z 23 listopada 2009 r., 9ygn.. P 61/08, OTK ZU nr 10/A/2009, poz. 150). Z perspektywy konstytucyjnej, test racjonalności instrumentalnej wymaga „dokonania: a) identyfikacji ratio legis zaskarżonej regulacji; b) powiązania jej z ochroną konkretnych wartości konstytucyjnych; c) oceny, czy regulacja ta nie utrudnia osiągnięcia wspomnianej ratio lub nie jest irrelewantna z perspektywy jej realizacji” (cyt. Wyrok TK w sprawie P 56/11).

<sup>34</sup> Zgodnie z wymogiem niezbędności prawodawca może ustanowić „jedynie takie ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności, które są niezbędne w demokratycznym państwie prawa dla ochrony (...) bezpieczeństwa lub porządku publicznego, ochrony środowiska, ochrony zdrowia i moralności publicznej albo ochrony praw i wolności, [której to ochrony] nie da się *in concreto* osiągnąć bez wprowadzenia ograniczeń praw i wolności” (cyt. Wyrok TK w sprawie P 56/11).

<sup>35</sup> Zamiast wielu zob. cyt. Wyrok TK w sprawie SK 20/12.

ocena jakościowa (a nie automatyczna, ilościowa) pod kątem skutków koncentracji na rynku aptek.

Wyrażamy ponadto wątpliwość, czy analizowany przepis jest w stanie spełnić wymóg proporcjonalności *sensu stricto* ograniczenia<sup>36</sup>. Po pierwsze, analizowany przepis jest oparty o ustawione na bardzo niskim poziomie kryterium ilościowe udziału w rynku, i odrywa problem prowadzenia apteki od faktycznej siły rynkowej przedsiębiorcy i charakterystyki rynku. Po drugie, praktykę stosowania analizowanego przepisu charakteryzuje swoisty automatyzm organów administracji publicznej, które odmawiają – uzasadnionego konstytucyjnie (o czy mowa dalej w niniejszej opinii) uwzględnienia kryteriów i instytucji prawa konkurencji do oceny statusu i pozycji podmiotów uprawnionych z tytułu zezwolenia na prowadzenie apteki. Po trzecie, analizowany przepis (z uwagi na swój automatyzm wynikający z preferowanego przez ustawodawcę kryterium ilościowego) nie pozostawia marginesu oceny i proporcjonalnego ważenia wartości w konkretnej sprawie zezwolenia na prowadzenie apteki, ani przez organu administracji publicznej ani przez sąd administracyjny (poza warunkami bezpośredniego stosowania Konstytucji).

## **1.2. Bezpośrednie stosowanie konstytucyjnej zasady wyłączności ustawy w sprawach praw i wolności konstytucyjnych**

Wywodzona z art. 2 Konstytucji zasada wyłączności ustawy w sprawach wolności i praw konstytucyjnych rozdziela materię konstytucyjną, ustawową i podustawową, w ten sposób, że sprzeciwia się stanowieniu i obowiązywaniu regulacji, które nie znajdują swojej podstawy prawnej (kompetencyjnej i merytorycznej) w konstytucji oraz ustawie. Zarazem zasada ta wskazuje, które obszary (dziedziny) wymagają bezwzględnie zachowania formy ustawowej regulacji, a które mogą zostać rozdzielone regulacyjnie między ustawę i akty wydane na jej podstawie oraz w celu jej wykonania. Przepisy konstytucyjne bezwzględnie wymagają ustawowej formy dla regulacji o charakterze daninowym lub podatkowym, karnym lub represyjnym, w tym sankcji administracyjnoprawnych. W pozostałych obszarach zasada wyłączności ustawy pozostawia ustawodawcy większą swobodę regulacyjną. Zarazem jednak zasada ta wymaga, aby ograniczenia praw i wolności były ustanowione wprost w ustawie i tylko ze względu na kryteria wskazane wprost w konstytucji (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

---

<sup>36</sup> Zgodnie z wymogiem proporcjonalności *sensu stricto*, ograniczenia nie mogą w sposób nieadekwatny nakładać ciężarów na podmioty praw i wolności. Ograniczenia powinny pozostawać w bezpośrednim związku i odpowiedniej proporcji do nałożonych ciężarów (cyt. Wyrok TK w sprawie SK 20/12).

Konsekwencją tego wymagania jest zakaz wprowadzania ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności w drodze interpretacji i w oderwaniu od tekstu ustawy<sup>37</sup>.

Mając to na uwadze, za sprzeczne z konstytucyjnym wymogiem ograniczania praw i wolności w ustawie uznać należy wprowadzanie przez organy administracji w drodze wykładni przepisów ustawowych ograniczeń dalej idących niż te wynikające z ustawy. W istocie zaś do takiego skutku prowadzi praktyka decyzyjna organu administracji, który interpretuje art. 99 ust. 3a prawa farmaceutycznego w zakresie pojęcia grupy kapitałowej w sposób ograniczający wolność działalności gospodarczej w stopniu większym niż wynika to z ustawy, tj. art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>38</sup>, do której odsyła prawo farmaceutyczne celem wyjaśnienia znaczenia pojęcia grupy kapitałowej. Ilekroć bowiem prawo farmaceutyczne odnosi się do pojęcia grupy kapitałowej wyjaśnia, że chodzi o grupę kapitałową „w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów”. Tymczasem w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zawarcie umowy franczyzy nie może być traktowane jako przejęcie kontroli prowadzące do powstania grupy kapitałowej. Należy to bliżej wyjaśnić.

Na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pojęcie grupy kapitałowej zostało zdefiniowane w art. 4 pkt 14. Zgodnie z tym przepisem przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera definicji kontrolowania; w art. 4 pkt 4 definiuje jednak czym jest przejęcie kontroli jednego przedsiębiorcy nad drugim. Zgodnie z tym przepisem przez przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Ustawa następnie wymienia, iż w szczególności takie uprawnienia tworzą:

a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w

---

<sup>37</sup> *Mutatis mutandis* wyrok TK z 27.10.2015 r., SK 9/13, OTK ZU 9A/2015, poz. 151. W orzeczeniu tym TK wprost stwierdził, że utrwalona w orzecznictwie SN interpretacja kodeksowej przesłanki niezgodności z prawem jest pozaustawowym (tj. nieznanym tekście ustawy) ograniczeniem prawa konstytucyjnego, i jako taka może zostać w konkretnych okolicznościach uznana za niekonstytucyjną.

<sup>38</sup> Ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 275 ze zm.) („ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów”).

zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,

b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,

c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),

d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,

e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),

f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Zgodnie z rozporządzeniem wertykalnym<sup>39</sup> wydanym na podstawie upoważnienia ustawowego przewidzianego w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów system dystrybucji franchisingowej to system dystrybucji, w którym dystrybutor bezpośrednio lub pośrednio zobowiązuje się odsprzedawać zakupione od dostawcy towary objęte porozumieniem wertykalnym, wykorzystując udostępnione przez niego - w zamian za wynagrodzenie - prawa własności intelektualnej i przemysłowej lub know-how. W rozumieniu prawa konkurencji zatem, franczyza jest systemem dystrybucji między niezależnymi przedsiębiorcami, pomiędzy którymi nie występuje podporządkowanie francyzobiorcy francyzodawcy. Poprzez uregulowanie franczyzy w ramach rozporządzenia wertykalnego jako porozumienia nienaruszającego co do zasady prawa konkurencji, ustawodawca podkreślił odrębność przedsiębiorców i brak podporządkowania francyzobiorcy od francyzodawcy. *A contrario*, wyłączenie porozumienia wertykalnego pomiędzy francyzobiorcą a francyzodawcą z porozumień naruszających konkurencję nie byłoby konieczne. W takiej sytuacji bowiem tworzyliby oni wspólnego przedsiębiorcę (nie byłiby wobec siebie niezależni). Także praktyka decyzyjna Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes UOKIK) wskazuje, że zawarcie umowy francyzowej nie jest przejęciem przez francyzodawcę kontroli nad francyzobiorcą i nie prowadzi do

---

<sup>39</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (tj. Dz. U. z 2014 r., poz. 1012 ze zm.) („rozporządzenie wertykalne”).

powstania grupy kapitałowej, do której należą strony umowy.<sup>40</sup> Do przejęcia kontroli nad franczyzobiorcą przez franczyzodawcę może natomiast dojść poprzez nabycie przez franczyzobiorcę kontrolnego pakietu udziałów we franczyzobiorcy, a zamiar takiego nabycia przy spełnieniu ustawowych kryteriów związanych z obrotem podlega zgłoszeniu Prezesowi UOKiK, w wyniku czego Prezes UOKiK dokonuje kontroli zgłoszonej koncentracji.<sup>41</sup> Jest to często występujący przypadek przejęcia kontroli, a w przeszłości Prezes UOKiK wielokrotnie rozpatrywał takie zgłoszenia. Innymi słowy zawarcie umowy franczyzy nie wiążące się z umową nabycia pakietu kontrolnego nie prowadzi do powstania grupy kapitałowej (i nie podlega obowiązkowi zgłoszenia).<sup>42</sup> Stanowiska popierające taką wykładnię można również odnaleźć w orzecznictwie. W wyroku z dnia 19 września 2018 r. (sygn. akt VI SA/Wa 701/18), Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wskazał, że „sieć franczyzowa to nie grupa kapitałowa, ani kontrola, o których mowa w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.” Potwierdzają to również wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 kwietnia 2021 r. (sygn. akt: II GSK 1197/20 i II GSK 1215/20) w zakresie, w jakim NSA wskazał na konieczność ścisłego korzystania z siatki pojęciowej wynikającej z przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz wyznaczył granice oceny zaistnienia kontroli oraz wywierania decydującego wpływu o których mowa w art. 4 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

---

<sup>40</sup> Zgodnie z nst.. 14 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przedsiębiorcy należący do tej samej grupy kapitałowej są wyłączani spod obowiązku zgłoszenia zamiaru (i poddania nadzorowi) koncentracji zamiaru koncentracji. Praktyka orzecznicza Prezesa UOKiK wskazuje, iż zgłoszenie zamiaru koncentracji staje się podstawą umorzenia postępowania z powodu bezprzedmiotowości postępowannat. np. w sytuacji koncentracji dokonywanej w ramach jednej grupy kapitałowej, nat.b. np. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 10 marca 2006, Nr RWR-10/2006. Zob. więcej T. Skoczny, W. Podnast.in, Art. 14 OchrKonkurU, [w:] red. T. Skoczny, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, 2014, wyd. 2, ast. 75 i nast.

<sup>41</sup> Zob. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 25 czerwca 2020, nr DKK- 122/2020, w której Prezes UOKiK wydał zgodę na przejęcie przez Polski Koncern Naftowy Orlen S.A. w części mienia PPUH SAREL na podstawie umowy dzierżawy, przedsiębiorstwa, będącego właścicielem i prowadzącym stację paliw PKN ORLEN na podstawie umowy franczyzowej w miejscowości Jelcz-Laskowice; decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2019, nr DKK- 270/2019, w której Prezes UOKiK nałożył karę na Dino Polska S.A. z tytułu dokonania koncentracji, polegającej na nabyciu przez Dino Polska części mienia DomexKuśnierek sp.j. z naruszeniem obowiązku uprzedniego zgłoszenia zamiaru przejęcia przez franczyzodawcę sklepów Dino prowadzonych na podstawie umowy franczyzy przez DomexKuśnierek; decyzja Prezesa UOKiK z dnia 23 grudnia–2019, nr DKK - 263/2019, w której Prezes UOKiK wydał warunkową zgodę na przejęcie przez franczyzodawcę DOZ kontroli nad spółką Medix, franczyzobiorcą kilkunastu placówek sieci „DOZ Apteki dbam o zdrowie”; decyzja Prezesa UOKiK z dnia 29 czerwca 2011, nr DKK – 71/2011, w której Prezes UOKiK wydał zgodę na przejęcie przez Mango Polska 13 z 15 sklepów, które Ultimate Fashion prowadzi obecnie pod szyldem Mango, jako franczyzobiorca; decyzja Prezesa UOKiK z dnia 21 marca 2011, DKK – 33 / 2011, w której Prezes UOKiK wydał zgodę na przejęcie przez przejęcie przez Interchem spółki Dom Pod Jagnięciem, właściciela DPJ Drogerie, która prowadzi działalność w zakresie sprzedaży kosmetyków i artykułów toaletowych na podstawie umowy franczyzy zawartej z „Drogeriami Aster”, spółką zależną Interchem.

<sup>42</sup> Komunikat Głównego Inspektora Farmaceutycznego W Sprawie Umów Franczyzy Na Rynku Detalicznego Obrotu Produktami Leczniczymi, 2021, str. 5-6.

### 1.3. Bezpośrednie stosowanie konstytucyjnej zasady *in dubio pro libertate* (konstytucyjny zakaz rozszerzającej wykładni ograniczeń praw i wolności)

Wywodzona z art. 2 Konstytucji zasada *in dubio pro libertate* nakazuje w sposób zawężający interpretować obowiązki i ciężary nakładane przez ustawodawcę na podmioty konstytucyjnych praw i wolności<sup>43</sup>. Twierdzenie to jest konsekwencją założenia, że ograniczenia praw i wolności są dopuszczalne wyjątkowo, ustawowo i tylko na warunkach określonych wprost w przepisach konstytucyjnych<sup>44</sup>. Należy przypomnieć, że oceniając zgodność przepisów dot. pobierania tzw. opłat półkowych z art. 20 i 22 Konstytucji TK wprost stwierdził, że „z uwagi na doniosłość wolności działalności gospodarczej, potwierdzoną systematyką Konstytucji, wynikający z art. 22 Konstytucji warunek, że względu na który dopuszczalne jest ustawowe ograniczenie, nie podlega interpretacji rozszerzającej”<sup>45</sup>. W tym zaś kontekście istotne jest, że oceniając zgodność przepisów zakazujących reklamy produktów wykorzystujących podobieństwo do napojów alkoholowych z zasadą wolności działalności gospodarczej TK przyjął wprost, że konsekwencją obowiązywania art. 22 Konstytucji jest konstytucyjna dyrektywa stosowania i wykładni prawa w sposób korzystny dla podmiotu konstytucyjnych praw i wolności. TK stwierdził, że „zasada wolności gospodarczej należąc do fundamentów ustrojowych państwa (...) wymaga interpretacji prawa *in dubio pro libertate*”<sup>46</sup>. Pogląd ten został następnie podtrzymany w wyroku dot. ograniczenia wolności działalności gospodarczej przez przepisy o biokomponentach stosowanych w paliwach ciekłych i biopaliwach ciekłych<sup>47</sup>. Ponadto w późniejszym orzecznictwie konstytucyjny jednoznacznie TK wskazał, że „zgodnie z wymogami konstytucyjnymi niejasnych regulacji ograniczających prawa i wolności konstytucyjne nie wolno interpretować na niekorzyść jednostek, a w konsekwencji, jeśli takie regulacje okazują się ostatecznie wieloznaczne, to zgodnie z zasadą *in dubio pro libertate* należy opowiedzieć się za rozwiązaniem uwzględniającym interes podmiotu, któremu przysługuje dane prawo lub wolność. Tym bardziej zatem nieakceptowalne jest analogiczne stosowanie nieprecyzyjnych przepisów czy też rozszerzające stosowanie jednoznacznych przepisów, jeżeli prowadziłyby to do zwiększenia zakresu wprowadzanych ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności”<sup>48</sup>. W konsekwencji należało stwierdzić, że obowiązywanie analizowanej zasady

<sup>43</sup> Wyrok TK z 27.06.2008 r., K 52/07, OTK ZU 5A/2008, poz. 88.

<sup>44</sup> Wyrok TK z 25.07.2013 r., P 56/11, OTK ZU 6A/2013, poz. 85.

<sup>45</sup> Wyrok TK z 16.10.2014 r., SK 20/12, OTK ZU 9A/2014, poz. 102.

<sup>46</sup> Wyrok TK z 28.01.2003 r., K 2/02, OTK ZU 1A/2003, poz. 4.

<sup>47</sup> Wyrok TK z 21.04.2004 r., K 33/0, OTK ZU 4A/2004, poz. 31.

<sup>48</sup> Wyrok TK z 5.06.2014 r., K 35/11, OTK ZU 6A/2014, poz. 61.

konstytucyjnej wyznacza sytuację interpretatora przepisów prawa w ten sposób, że spośród różnych możliwych rezultatów wykładni przepisów ustawy, które nakładają obowiązki lub ciężary na podmiot konstytucyjnych praw i wolności, interpretator musi wybrać rezultat, który w mniejszym stopniu ogranicza istotne dla sprawy prawo lub wolność.

W związku z powyższym należy przyjąć, że również dokonując wykładni pojęcia „grupy kapitałowej” z art. 99 ust. 3 i ust. 3a ustawy prawo farmaceutyczne organ powinien kierować się wyborem rezultatu wykładni, który w mniejszym stopniu ogranicza istotne prawo lub wolność.

Jak już wyjaśniono w punkcie powyżej zgodnie z wykładnią pojęcia „grupy kapitałowej” na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie można uznać franczyzy za grupę kapitałową. Świadczy o tym m.in. wyłączenie uregulowania franczyzy w ramach rozporządzenia wertykalnego (zob. więcej powyżej pkt 1.2). Skoro na podstawie art. 99 ustawy prawo farmaceutyczne warunki uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki przez przedsiębiorcę nabywającego aptekę są ograniczone, a nawet w niektórych okolicznościach niemożliwe w przypadku grupy kapitałowej, przyjęcie przez organ interpretacji, iż franczyza stanowi grupę kapitałową pociąga znaczące ograniczenie praw i wolności przedsiębiorcy. Zatem, mając wybór między wykładnią zgodną z podejściem wypracowanym w prawie konkurencji, które nie uznaje franczyzy za grupę kapitałową a interpretacją uznającą franczyzę za grupę kapitałową, organ powinien przychylić się do wykładni stosowanej na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów tak, aby nie naruszyć konstytucyjnej zasady *in dubio pro libertate*.

#### **1.4. Bezpośrednie stosowanie zasady zaufania do państwa i stanowionego prawa**

Wywodzona z art. 2 Konstytucji zasada pewności prawa oraz zaufania do państwa odnosi się w pierwszej kolejności do uzasadnionych konstytucyjnie oczekiwań obywateli względem prawodawcy, gdy zmienia on zakres wolności prawnie chronionej, uprawnień lub kompetencji obywateli w ich relacjach względem organów władzy publicznej lub innych podmiotów prawa (np. uchwalając ustawę, wydając rozporządzenie itd.). Chodzi tu w szczególności o zmianę przepisów, która: a) pozbawia obywateli dotychczasowych uprawnień lub kompetencji i nie pozostawia im adekwatnego czasu na przystosowanie się do nowej regulacji prawnej; b) wprowadza nowe zakazy lub nakazy, w tym nakłada nowe obowiązki na obywateli, nie pozostawiając adekwatnego czasu na dostosowanie się do nowej regulacji; c) prowadzi do powstania niemożliwego do rozstrzygnięcia dla racjonalnego i rozumnego

obywatela problemu intertemporalnego; d) skutkuje – nieusuwalną w drodze wnioskowań prawniczych – niepewnością dotyczącą zakresu normowania lub zastosowania norm prawnych; e) prowadzi do kolizji logicznej (np. przeciwieństwa, gdy jedna norma nakazuje to co inna zakazuje) lub praktycznej norm (np. niezgodności prakseologicznej, gdy realizacji jednej normy wyklucza realizację innej normy prawnej). Tego rodzaju oczekiwania i sytuacje opisuje syntetyczne ujęcie konstytucyjnej zasady zaufania jako zakazu tworzenia „pułapek dla obywatela”<sup>49</sup> oraz zakazu „formułowania obietnic bez pokrycia albo też nagłego wycofywania się przez państwo ze złożonych obietnic lub ustalonych reguł postępowania”<sup>50</sup>.

Wywodzoną z art. 2 Konstytucji konstytucyjną zasadę zaufania należy również odnosić jako gwarancję uzasadnionych konstytucyjnie oczekiwań obywateli względem innych niż prawodawca organów władzy publicznej (np. sądów, organów administracji publicznej), gdy organy te kształtują sferę wolności prawnie chronionej, uprawnień lub kompetencji obywateli na podstawie i w granicach obowiązującego prawa (np. dokonują interpretacji przepisów wpływającej na zakres lub sposób korzystania z konstytucyjnych praw i wolności). W takim wypadku konstytucyjna zasada zaufania odnosi się do relacji między obywatelem, a organem władzy publicznej, który przykładowo rozstrzyga „sprawę” i „sprawuje wymiar sprawiedliwości” albo wydaje orzeczenie lub decyzję kształtującą prawa lub obowiązki obywatela (np. decyzję administracyjną). Innymi słowy, z zasady zaufania wynika uzasadnione konstytucyjne oczekiwanie obywateli w odniesieniu do przewidywalności działań organów stosujących prawo. Przewidywalności, której miarą jest w szczególności postępowania w graniach wyznaczonych kompetencji, w dopuszczalnych prawnie formach oraz zgodnie z wartościami sprawiedliwości proceduralnej<sup>51</sup>. Tego rodzaju oczekiwania i sytuacje opisuje syntetyczne i perswazyjne ujęcie konstytucyjnej zasady zaufania jako wolności od arbitralności działania organów. Dla zastosowania tak rozumianej zasady zaufania konieczne jest zatem wskazanie, że przepisy regulujące działanie organu władzy publicznej (np. sądu lub organu administracji publicznej) pozwalają temu organowi na arbitralne kształtowanie konkretnych praw lub wolności i przez to tworzą „pułapkę dla obywatela”.

Podsumowując, dla zastosowania tak rozumianej zasady zaufania konieczne jest zatem wskazanie, że doszło albo do zmiany prawa albo do zmiany interpretacji prawa, która jest a)

---

<sup>49</sup> Zamiast wielu zob. wyrok w sprawie K 30/07.

<sup>50</sup> Zamiast wielu zob. wyrok w sprawie P 4/11.

<sup>51</sup> Zob. więcej w literaturze M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011, dostępne:

[https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID2008738\\_code1183912.pdf?abstractid=1982596&mirid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2008738_code1183912.pdf?abstractid=1982596&mirid=1).

adresowana do obywateli, b) modyfikuje ich konkretne prawa, wolności lub obowiązki, a ponadto c) nie odpowiada wymogom rozwijanym w orzecznictwie konstytucyjnym i przez to d) tworzy „pułapkę” lub „obietnicę bez pokrycia”. Przykładowo w wyroku P 3/00, TK stwierdził, że w konsekwencji obowiązywania art. 2 Konstytucji „jednostka ma prawo jednak oczekiwać, że regulacja prawna nie zostanie zmieniona na jej niekorzyść w sposób arbitralny”<sup>52</sup>.

W związku z powyższym, przyjęcie przez organy administracyjne i sądy administracyjne bez wyraźnej podstawy prawnej na gruncie art. 99 ust. 3 i ust 3a prawa farmaceutycznego odmiennej wykładni pojęcia „grupy kapitałowej” niż ta przyjmowana na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów budzi wątpliwości w świetle zasady pewności prawa oraz zaufania do państwa i stanowionego prawa. Taka odmienna interpretacja pozbawia przedsiębiorców ich dotychczasowych praw i wolności oraz skutkuje niepewnością dotyczącą zakresu zastosowania obowiązujących przepisów prawa.

Ponadto, praktyka cofania zezwoleń w zależności od czynników niezależnych od samego uprawnionego, na przykład zmiany struktury rynku aptek w związku z wyjściem z rynku innych aptek, w wyniku czego uprawniony przekracza progi wyznaczone w art. 99 prawa farmaceutycznego również budzi wątpliwości co do dochowania zasady pewności prawa i zaufania do państwa i prawa. Poprzez stosowanie odmiennej wykładni definicji „grupy kapitałowej” niż ta przyjmowana na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, organy administracyjne oraz sądy administracyjne w swojej ocenie nie biorą pod uwagę kryterium jakościowego jakie zawiera pojęcie „grupy kapitałowej” w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

## **2. Rozproszona kontrola konstytucyjności prawa przez sądy administracyjne**

Istotną kwestią jest pytanie o dopuszczalność dokonania przez sąd administracyjny tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa w konkretnej sprawie. Zagadnienie wymaga rozważenia, gdyż w debacie publicznej wielokrotnie łączono pojęcie rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa z innymi zagadnieniami tj. bezpośrednim stosowaniem Konstytucji oraz prokonstytucyjną wykładnią ustaw<sup>53</sup>. Pojęciem rozproszonej

---

<sup>52</sup> Zamiast wielu zob. wyrok w sprawie P 3/00.

<sup>53</sup> Zob. krytyczne i porządkujące w tym względzie uwagi S. Wronkowskiej, S. Wronkowska, *Kilka uwag porządkujących dyskusję o tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności*, [w:] *Sądownictwo konstytucyjne. Teoria i praktyka*, t. II, red. M. Granat, Warszawa 2019.

(zdekoncentrowanej) kontroli<sup>54</sup> określa się zwykle „rozstrzygnięcie sądu, którego składową jest odmowa zastosowania obowiązującej ustawy (bądź jej części) jako podstawy orzeczenia w konkretnej sprawie, wskutek samodzielnie przeprowadzonej przez sąd oceny hierarchicznej zgodności ustawy z konstytucją, niezależnie od tego, czy w miejsce pominiętej ustawy sąd zastosuje potem bezpośrednio konstytucję czy inną podkonstytucyjną normę prawną, i bez względu na charakter skutku tej czynności dla systemu prawa i uczestników obrotu prawnego (...) dochodzi do oficjalnej, tj. w imieniu państwa, odmowy zastosowania obowiązującej ustawy, za pomocą której władza ustawodawcza prowadzi politykę państwa, i w to miejsce autorytatywnego przyjęcia innego rozwiązania prawnego, uznanego przez sąd za obowiązujące”<sup>55</sup>. W odniesieniu do podstaw i dopuszczalności rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa zarysowały się trzy stanowiska doktrynalne.

Pierwsze z nich, reprezentowane przez P. Radziewicza<sup>56</sup>, kategorycznie i stanowczo odrzuca możliwości dokonywania rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa przez sądy powszechne i administracyjne. Stanowisko to zasadniczo opiera się na czterech argumentach. Pierwszy jest argument historyczny, który można sprowadzić do następującego twierdzenia: polskie przepisy konstytucyjne nigdy rozproszonej kontroli konstytucyjności nie przewidywały, a orzecznictwo i prawo konstytucyjne okresu międzywojennego i powojennego bezpośrednio oraz pośrednio zakazywały kontroli konstytucyjności przez władzę sądowniczą<sup>57</sup>. Drugi argument odwołuje się do polskiego momentu konstytucyjnego oraz intencji prawodawcy konstytucyjnego, który w trakcie prac konstytucyjnych w ogóle nie rozważał kontroli konstytucyjności innej niż scentralizowana<sup>58</sup>. Trzeci argument odwołuje się do brzmienia przepisów konstytucyjnych, które orzekanie o hierarchicznej niezgodności norm zastrzegły tylko dla TK<sup>59</sup>. Czwarty argument odnosi się do praktyki konstytucyjnej po 1997 r. i sprowadza się do twierdzenia, że zarówno sądownictwo, jak i TK akceptowały scentralizowany model kontroli konstytucyjności prawa<sup>60</sup>.

Drugie z możliwych stanowisk, reprezentowane przez m.in. L. Garlickiego<sup>61</sup>, P. Mikulego<sup>62</sup> oraz M. Safjana<sup>63</sup>, dopuszcza możliwości dokonywania rozproszonej kontroli

---

<sup>54</sup> Zamiast wielu zob. uwagi P. Mikulego, *Zdekoncentrowana sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Kraków 2007, s. 19 i n.

<sup>55</sup> P. Radziewicz, *Kryzys konstytucyjny i paradygmatyczna zmiana konstytucji*, PiP 2020, nr 10, s. 9.

<sup>56</sup> P. Radziewicz, *Kryzys konstytucyjny...*, s. 9 i n.

<sup>57</sup> P. Radziewicz, *Kryzys konstytucyjny...*, s. 10-11.

<sup>58</sup> P. Radziewicz, *Kryzys konstytucyjny...*, s. 11.

<sup>59</sup> P. Radziewicz, *Kryzys konstytucyjny...*, s. 11.

<sup>60</sup> P. Radziewicz, *Kryzys konstytucyjny...*, s. 12.

<sup>61</sup> L. Garlicki, *Sądy a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Przegląd Sądowy 2016, nr 6-7.

<sup>62</sup> P. Mikuli, *Doktryna konieczności jako uzasadnienie dla rozproszonej kontroli konstytucyjności ustaw w*

konstytucyjności prawa przez sądy powszechne i administracyjne subsydiarnie w sytuacji, w której TK nie może zrealizować swojej konstytucyjnej kompetencji (np. nie został w ogóle obsadzony, został nieprawidłowo obsadzony albo orzeka z naruszeniem przepisów konstytucyjnych). Stanowisko to zasadniczo opiera się na trzech argumentach. Po pierwsze, zapewnienie spójności w systemie prawa oraz ochrona konstytucyjnych praw i wolności jest wartością nadrzędną, a scentralizowana/rozproszona kontrola konstytucyjności jest tylko jednym z możliwych środków służących temu celowi. Kompetencja do kontroli konstytucyjności prawa jest w tym znaczeniu stała, że przysługuje organom władzy sądowniczej z preferencją i pierwszeństwem organu jakim jest TK. Zarazem kompetencja ta jest w tym znaczeniu ruchoma w ramach władzy sądowniczej, że może być zrealizowana nie tylko przez Trybunał Konstytucyjny, ale również inny sąd kompetentny do rozstrzygania sporów dotyczących prawa w warunkach niezawisłości i niezależności. Po drugie, stanowisko to zdaje się zakładać, że przyjęta lub preferowana w momencie uchwalenia konstytucji instytucja prawna lub rozumienie pojęć konstytucyjnych może zmieniać się dynamicznie w czasie zgodnie z założeniami koncepcji *living constitutionalism*. Również rozumienie kompetencji przez organy konstytucyjne nie może pozostawać w oderwaniu od zmieniających się warunków historycznych i faktycznych, w których przepisy konstytucyjne obowiązują<sup>64</sup>. Po trzecie, obowiązująca Konstytucja w przeciwieństwie do wcześniejszych przepisów konstytucyjnych oraz odmiennie niż niektóre konstytucje państw o podobnej kulturze prawnej, nie zawiera przepisu, który zakazywałby sądom dokonywanie oceny konstytucyjności obowiązującego prawa, w tym ustaw (analogicznie jak czyniła to w Polsce Konstytucja z 1921 r. albo czyni to obowiązująca konstytucja Niderlandów).

Trzecie z możliwych stanowisk, reprezentowane przez m.in. przez P. Kardasa, M. Gutowskiego<sup>65</sup> oraz E. Łętowską<sup>66</sup>, zakłada, że rozproszona kontrola konstytucyjności jest

---

*Polsce*, Gdańskie Studia Prawnicze 2018, nr XL.

<sup>63</sup> M. Safjan, *Trybunał Konstytucyjny po trzydziestu latach – doświadczenie i przyszłość*, Przegląd Konstytucyjny 2017, nr 1.

<sup>64</sup> Przykładem takim jest zresztą rozszerzająca interpretacja kompetencji TK do kontroli konstytucyjności prawa, która z czasem objęła nie tylko nowe rodzaje aktów normatywnych (np. prawo UE), swoiste akty (np. akty Rady Polityki Pieniężnej oraz regulaminy izby parlamentu) ale i przybrała coraz bardziej zniuansowane formy (np. wyroki aplikacyjne, zakresowe i o pominięciu), których przepisy prawne i prawodawca konstytucyjny w momencie uchwalania konstytucji nie przewidywał.

<sup>65</sup> M. Gutowski, P. Kardas, *Spory ustrojowe a kompetencje sądów (Granice bezpośredniego stosowania konstytucji)*, Palestra 2017, nr 12, s. 38–39; M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania Konstytucji*, Palestra 2016, nr 4, s. 5 i n.; M. Gutowski, P. Kardas, *Konstytucja z 1997 r. a model kontroli konstytucyjności prawa*, Palestra 2017, nr 4, s. 11 i n.

<sup>66</sup> E. Łętowska, Aktualność sporu o zdekoncentrowaną kontrolę konstytucyjności w Polsce – uwagi na tle art. 10 Konstytucji RP, [w:] Minikommentarz dla Maksiprofesorów. Księga jubileuszowa Profesora Leszka Garlickiego,

możliwa w systemie prawnym równocześnie (obok) kontroli scentralizowanej w określonych ściśle warunkach. Są nimi zarówno sytuacja nielegalnej obsady i funkcjonowania TK, jak i inne sytuacje oczywistej niezgodności ustaw z konstytucją. Stanowisko to zasadniczo opiera się na trzech argumentach. Po pierwsze, zdaje się ono zakładać, że kontrola konstytucyjności prawa nie stanowi czynności odrębnej i z definicji nie mieszczącej się w konstytucyjnej koncepcji prawa do sądu. Przeciwnie, scentralizowana kontrola konstytucyjności stanowi tylko odseparowaną i szczególną procedurę względem ogólnej kompetencji sądów do rozstrzygania sporów o prawo. Stworzenie szczególnej (scentralizowanej) procedury kontroli konstytucyjności samo w sobie nie pozbawia sądów ich pierwotnej funkcji i roli wyrażającej się w możliwości odmówienia zastosowania niekonstytucyjnej ustawy w konkretnym wypadku. Po drugie, stanowisko to odwołuje się do konstrukcji i treści polskiego porządku konstytucyjnego, który zakłada nie tylko „istnieni[e] w systemie prawa sądowej gwarancji zgodności stosowanego prawa z konstytucją oraz aktami ponadnarodowymi<sup>67</sup>, ale ponadto dopuszcza liczne odstępstwa od związania sądów ustawą („korekty ustawodawcy)”<sup>68</sup> i możliwość „dokonywania przez sądy *in concreto* rozstrzygnięć o charakterze walidacyjnym”<sup>69</sup>, w tym „pośrednio” koniecznych dla konkretnej sprawy ustaleń ustrojowych<sup>70</sup> oraz nakazuje „bezpośrednio stosować Konstytucję na korzyść jednostki”<sup>71</sup>. Po trzecie, stanowisko to odpowiada pragmatycznej obserwacji, że w okresie obowiązywania Konstytucji sądy odmawiały stosowania ustawy w konkretnym wypadku, dokonywały samodzielnych ustaleń dot. zakresu normowania konstytucyjnego oraz samodzielnych ustaleń walidacyjnych.

Stanowisko odrzucające dopuszczalność kontroli rozproszonej, nazwijmy je tradycyjnym, kładzie nacisk na bezpośrednie rozumienie przepisów konstytucyjnych oraz jako nadrzędną wartość przyjmuje pewność, stabilność i przewidywalność praktyki prawniczej sądów i TK (nawet za cenę jej nieprzystawalności do rzeczywistości oraz możliwych naruszeń wolności i praw konstytucyjnych). Przeciwno temu stanowisku można – naszym zdaniem – wysunąć następujące kontrargumenty: po pierwsze, odesłanie do historii prawa konstytucyjnego nie powinno stanowić przekonywującego argumentu w dyskusji o rozproszonej lub scentralizowanej kontroli konstytucyjności prawa, skoro w okresie

---

red. M. Zubik, Warszawa 2017.

<sup>67</sup> M. Gutowski, P. Kardas, *Spory...*, s. 36.

<sup>68</sup> M. Gutowski, P. Kardas, *Spory...*, s. 37.

<sup>69</sup> M. Gutowski, P. Kardas, *Spory...*, s. 38.

<sup>70</sup> M. Gutowski, P. Kardas, *Spory...*, s. 40.

<sup>71</sup> M. Gutowski, P. Kardas, *Spory...*, s. 39.

międzywojennym (i przez większą część obowiązywania Konstytucji 1952 r.) kontrola konstytucyjności w ogóle nie istniała i nie była dopuszczalna. Polska historia konstytucyjna była przeciw nie tyle kontroli rozproszonej, ile w ogóle przeciw każdej formie kontroli konstytucyjności prawa. Trafne zatem deskryptywne spostrzeżenie P. Radziewicza nie powinno więc – naszym zdaniem – prowadzić do wysnucia normatywnego wniosku o całkowitej niedopuszczalności kontroli pod rządami obowiązującej Konstytucji<sup>72</sup>. Po drugie, argument odwołujący się do intencji prawodawcy konstytucyjnego (a ściślej: do przebiegu prac Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego) w polskim orzecznictwie konstytucyjnym nie miał charakteru rozstrzygającego, a jedynie pomocniczy. Ponadto przez niektórych konstytucjonalistów jest w ogóle kwestionowany jako przekonywający w dogmatycznej refleksji znaczenia pojęć konstytucyjnych<sup>73</sup>. Nawet jednak, gdyby przyjąć punkt P. Radziewicza, to wypada zauważyć, że z faktu, iż członkowie KKZN nie debatowali nad rozproszoną kontrolą konstytucyjności nie wynika jeszcze absolutna niedopuszczalność wyinterpretowania podstawy takiej kontroli z przepisów konstytucyjnych. Brak takiej refleksji w trakcie prac KKZN nie stanowi sam w sobie argumentu ani na rzecz, ani przeciw rozproszonej kontroli<sup>74</sup>. Wiele instytucji lub pojęć prawa konstytucyjnego nie było przedmiotem debaty w trakcie prac KKZN, a mimo to zostały wyinterpretowane z przepisów konstytucyjnych lub stały się elementem praktyki konstytucyjnej<sup>75</sup> (niekiedy nawet wbrew wyraźnej intencji prawodawcy konstytucyjnego<sup>76</sup>). Argument odwołujący się do intencji prawodawcy konstytucyjnego można zatem sprowadzić co najwyżej do afirmacji scentralizowanej kontroli konstytucyjności prawa, ale już niekoniecznie do sprzeciwu wobec kontroli rozproszonej<sup>77</sup>. Po trzecie, stanowisko tradycyjne opiera się na wciąż

---

<sup>72</sup> Pomijamy w tym miejscu już fakt, że tak sformułowany argument historyczny nie uwzględnia fundamentalnej zmiany ustroju i wartości konstytucyjnych, jaka dokonała się w latach 1989-1997 oraz zasady zupełności i jedności Konstytucji w czasie. Sądzymy, że w kontekście polskiej historii konstytucyjnej argument odwołujący się do nieobowiązujących przepisów konstytucyjnych jest uzasadniony tylko jeżeli prawodawca konstytucyjny utrzymał jakąś instytucję prawa konstytucyjnego pomimo zmiany Konstytucji lub wprost ją odrzucił. W odniesieniu do kontroli konstytucyjności żadna z tych sytuacji nie miała miejsca.

<sup>73</sup> Np. W. Brzozowski, *Niezależność...*, s.

<sup>74</sup> Dopiero stanowcze odrzucenie jakiejś instytucji w trakcie prac KKZN lub przyjęcie określonego rozumienia jakiejś instytucji lub pojęcia konstytucyjnego przez KKZN mogłoby uzasadniać argument P. Radziewicza. Tylko w tej sytuacji znana jest bowiem interpretatorowi Konstytucji (bez konieczności czynienia wielu dodatkowych i dyskusyjnych zastrzeżeń) intencja prawodawcy konstytucyjnego.

<sup>75</sup> Przykładowo można wskazać kontrolę konstytucyjności regulaminu Sejmu przez TK, koncepcję głębokości poprawki Senatu, koncepcję wyłączenia za odszkodowaniem.

<sup>76</sup> Zob. na przykładzie: odpowiedzialności odszkodowawczej za zaniechanie na gruncie art. 77 ust 1 Konstytucji, kiedy wyraźną intencją KKZN była odpowiedzialność tylko działanie; definicji małżeństwa na gruncie art. 18 Konstytucji, kiedy wyraźną intencją KKZN była koncepcja małżeństw heteroseksualnych; granic prawnych przerywania ciąży, kiedy wyraźną intencją KKZN było pozostawienie tej regulacji ustawodawcy.

<sup>77</sup> Należy wszakże podkreślić, że kontrola rozproszona i scentralizowana nie są konieczne dwoma przeciwstawnymi typami kontroli konstytucyjności prawa.

niezweryfikowanym, ani jakościowo, ani ilościowo (choć zapewne odpowiadającym intuicji wielu prawników) założeniu o dominującym (w doktrynie i orzecznictwie) przekonaniu o bezwzględny<sup>78</sup> związaniu sądów ustawą.

Stanowisko dopuszczające subsydiarnie rozproszoną kontrolę konstytucyjności, nazwijmy je umiarkowanym, kładzie nacisk na dynamiczne rozumienie przepisów konstytucyjnych oraz jako nadrzędną wartość przyjmuje efektywność ochrony praw i wolności konstytucyjnych. Przeciwno temu stanowisku można wysunąć następujące argumenty: po pierwsze, pozostaje ono w sprzeczności z utrwalonym w orzecznictwie konstytucyjnym poglądem o zakazie domniemywania kompetencji wprost nie przyznanej w przepisach konstytucyjnych<sup>79</sup> oraz zakazie przeniesienia, dewolucji lub delegacji kompetencji raz już przyznanej (bez wyraźnej ku temu podstawy prawnej)<sup>80</sup>. Po drugie, naraża się ono na zarzut sytuacyjności i niewiarygodności<sup>81</sup>, gdyż od dnia wejścia w życie Konstytucji koncepcja rozproszonej kontroli nie była ani dominująca w orzecznictwie TK lub SN, a postulat jej wprowadzenia został *de facto* sformułowany jako odpowiedź na kryzys konstytucyjny. Po trzecie, przepisy konstytucyjne na obecnym etapie rozwoju ich interpretacji nie dostarczają pewnych i stabilnych kryteriów oceny, kiedy sądy powszechne i administracyjne mogą subsydiarnie (względem TK) podjąć rozproszoną kontrolę konstytucyjności prawa.

Stanowisko dopuszczające mieszany (rozproszono-scentralizowany) model kontroli konstytucyjności prawa, nazwijmy je progresywnym, również kładzie nacisk na efektywność

---

<sup>78</sup> Zob. jednak różne możliwe interpretacje dot. zasady związania sądów ustawą, w tym wskazujące tylko na względny obowiązek związania sądów tj. nie obejmujący związania ustawą niekonstytucyjną: L. Garlicki, *uwagi 14–15 do art. 178*, [w:] *Konstytucja...*, t. IV, s. 16–17; B. Naleziński, *uwaga 4 do art. 178*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, s. 536; J. Trzciniński, R. Hauser, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2010, *passim*; M. Florczak-Wątor, *Względny czy bezwzględny obowiązek stosowania niekonstytucyjnej normy prawnej w okresie odroczenia?*, [w:] *Skutki wyroków Trybunału Konstytucyjnego w sferze stosowania prawa*, red. M. Bernatt, J. Królikowski, M. Ziółkowski, Warszawa 2013, s. 113–138.

<sup>79</sup> Zob. *mutatis mutandis* pogląd TK wyrażony w sprawie niekonstytucyjności powierzenia prezydentowi kompetencji do powoływania prezesa Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji — wyrok pełnego składu TK z 23 marca 2006 r., sygn. akt K 4/06, OTK ZU 2006, seria A, nr 3, poz. 32.

<sup>80</sup> Zob. *mutatis mutandis* pogląd wyrażony w sprawie SK 3/11. TK stwierdził, że “Z konstytucyjnej zasady legalizmu i zasady podziału władzy wynika, że istniejący w ramach rozbudowanego systemu organów wykonujących władzę publiczną podział kompetencji pomiędzy poszczególne organy ma charakter bezwzględnie obowiązujący. W braku szczególnej podstawy prawnej niedopuszczalne jest przenoszenie kompetencji między organami. Zasada zachowania kompetencji stanowi też jedną z podstawowych zasad prawa administracyjnego. Dewolucja albo delegacja kompetencji, jako wyjątki od zasady, muszą być prawem przewidziane i nie podlegają interpretacji rozszerzającej. W wypadku gdy brak jest szczegółowej regulacji normatywnej, nie jest możliwe przeniesienie kompetencji (...) monokratycznego organu na inny organ w ramach systemu ustrojowego administracji rządowej.”

<sup>81</sup> Zarzut taki podnoszą m.in. A. Sulikowski, K. Otręba, *Perspektywa podjęcia rozproszonej kontroli konstytucyjności przez sądy powszechne*, PiP 2017, nr 11.

ochrony praw i wolności konstytucyjnych oraz zdolność ustrojową i intelektualną sądów do rozstrzygania problemów konstytucyjnych. Stanowisko to ponadto odpowiada rzeczywistej sytuacji faktycznej, w której poszczególne sądy rozstrzygają problemy walidacyjne, kolizyjne i interpretacyjne w oparciu bezpośrednio o przepisy konstytucyjne, w tym ze skutkiem odmowy zastosowania obowiązującej ustawy.

Mając to na uwadze, przyjęć należy, że sąd administracyjny orzekający w sprawie jest kompetentny, aby *in casu* podjąć odpowiednią decyzję. Opierając się na argumentach wspierających przedstawione powyżej stanowiska tj. na stanowisku drugim (dopuszczającym subsydiarnie rozproszoną kontrolę konstytucyjności) i trzecim (dopuszczającym mieszany, rozproszono-scentralizowany model kontroli konstytucyjności prawa) sąd administracyjny jest uprawniony do dokonania oceny konstytucyjności art. 99 ust. 3a prawo farmaceutyczne. Wyrażenie oceny negatywnej w tym zakresie stanie się podstawą dla sądu do odmowy zastosowania przepisu ustawowego (art. 99 ust. 3a prawo farmaceutyczne) uznanego za sprzeczny z Konstytucją. Należy podkreślić równocześnie, że sąd administracyjny może uznać, że możliwe jest dokonanie prokonstytucyjnej wykładni art. 99 ust. 3a (na zasadzie *in dubio pro libertate*), tak jak wskazano w pkt 1.2. niniejszej ekspertyzy.

Ekspertyza Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych, Wydział Zarządzania, Uniwersytet Warszawski (CARS WZ UW) nr 1/2022 z dnia 19 maja 2022 r. autorstwa:

Dr Michał Ziółkowski

Dr hab. Maciej Bernatt, prof. UW

Treść ekspertyzy zaakceptowana przez prof. dr hab. Stanisława Piątka

W imieniu CARS WZ UW:

Maciej Bernatt, dyrektor CARS WZ UW