



Sygn. akt III ZS 15/13

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 12 lutego 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Maciej Pacuda (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Halina Kiriło

SSN Krzysztof Staryk

Protokolant Anna Pęsko

w sprawie ze skargi Ministra Zdrowia

na uchwałę Nr 67/VI/2013 z dnia 23 lipca 2013 r., Okręgowej Rady Aptekarskiej,

Okręgowej Izby Aptekarskiej w O. w sprawie obowiązków kierowników aptek prowadzących programy lojalnościowe w aptekach.,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 12 lutego 2014 r.,

**uchyla punkty: 5 i 6 zaskarżonej uchwały.**

### **UZASADNIENIE**

Okręgowa Rada Aptekarska (dalej jako Rada) Okręgowej Izby Aptekarskiej w O. podjęła w dniu 23 lipca 2013 r. uchwałę nr 67/VI/2013 w sprawie obowiązków kierowników aptek prowadzących programy lojalnościowe w aptekach (dalej jako

uchwałą). Jako podstawę wymienionej uchwały Rada powołała art. 7 ust. 1 pkt 1, 2 i 9a, art. 7 ust. 2 pkt 11 oraz art. 29 ustawy o izbach aptekarskich.

Minister Zdrowia zaskarżył uchwałę Rady w części, to jest w zakresie jej punktu 5 i 6. Zaskarżonym punktom uchwały zarzucił naruszenie: 1) art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich w związku z art. 94a ust 2 i 3 Prawa farmaceutycznego (Dz.U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271, ze zm.), poprzez przekroczenie ustawowych kompetencji Rady polegające na ustanowieniu norm niezgodnych z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, umożliwiającymi ingerencję w obowiązki należące do wyłącznej właściwości wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego, w zakresie jego uprawnień do prowadzenia nadzoru nad działalnością reklamową aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego; 2) art. 7 ust. 1 pkt 1 i 5 oraz ust. 2 pkt 11 w związku z art. 29 w związku z art. 1 ust. 2 ustawy o izbach aptekarskich, poprzez kierowanie działalnością Okręgowej Izby Aptekarskiej w O. z przekroczeniem ustawowych kompetencji Rady, wskutek przyjęcia regulacji z zakresu wyłącznej kompetencji organu administracji publicznej - wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego; 3) art. 17 ust. 1 w związku z art. 7 Konstytucji RP z uwagi na podjęcie uchwały sprzecznej z przepisami ustawowymi, wykraczającej poza ustawowe kompetencje Rady.

Minister Zdrowia wniósł o uchylenie zaskarżonych punktów uchwały jako niezgodnych z prawem.

Okręgowa Izba Aptekarska w O. (dalej jako OIAO) w odpowiedzi na skargę Ministra Zdrowia wniosła o jej oddalenie i utrzymanie w mocy zaskarżonych punktów 5 i 6 uchwały.

Odnosząc się do zarzutów sformułowanych w odniesieniu do pkt 5 uchwały OIAO podnosi, że zadaniem samorządu zawodowego jest, obok reprezentowania osób wykonujących zawód zaufania publicznego, sprawowanie pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Wykonywanie tego nadzoru uzasadnia troskę o to, aby zawód farmaceuty był wykonywany zgodnie z prawem, w tym z art. 94a Prawa farmaceutycznego. Samorząd zawodowy nie kwestionuje uprawnień organów inspekcji farmaceutycznej w zakresie reklamy aptek. Przepis art. 7 ust. 1 pkt 6 ustawy o

izbach nakazuje wręcz samorządowi zawodowemu współdziałanie z organami administracji publicznej w sprawach związanych z wykonywaniem zawodu.

W odniesieniu do zarzutów Ministra Zdrowia dotyczących pkt 6 uchwały OIAO podnosi z kolei, że to postanowienie jedynie informuje kierowników aptek, że w przypadku dalszego prowadzenia, pomimo zakazu, działalności w zakresie reklamy skierowany zostanie wniosek do Okręgowego Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej (OROZ) celem zbadania, czy nie zachodzą podstawy odpowiedzialności z art. 45 ustawy o izbach. Skierowanie do OROZ pisma nie oznacza jeszcze wszczęcia postępowania przeciwko farmaceucie. Nawet jeżeli takie postępowanie zostanie wszczęte, to kończy się ono wydaniem orzeczenia przez niezależny sąd aptekarski. W przypadku braku dostatecznych dowodów wskazujących na działanie kierownika apteki niezgodnie z prawem OROZ może natomiast umorzyć wszczęte postępowania. Skutkiem działania wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego będzie wydanie decyzji administracyjnej zakazującej prowadzenia reklamy, a nawet cofnięcie zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej. Nie może być zatem mowy o wkroczeniu przez organ samorządu zawodowego w kompetencje organu władzy państwowej. Punkt 6 uchwały ma charakter przypominający o obowiązkach kierowników aptek. Obowiązek ten wynika z zasad etyki i deontologii oraz właściwych przepisów prawa. Ma ponadto charakter dyscyplinujący, albowiem wzywa kierowników aptek do złożenia wyjaśnień w zakresie naruszenia, bądź braku naruszenia zakazu reklamy z art. 94a Prawa farmaceutycznego.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Uchwała Rady zaskarżona przez Ministra Zdrowia została podjęta na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 1, 5 i 9a i ust. 2 pkt 11 oraz art. 29 ustawy o izbach aptekarskich. Podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia o zasadności skargi Ministra Zdrowia ma zatem kwestia, czy wymienione powyżej przepisy upoważniały Radę do podjęcia uchwały w zaskarżonym zakresie (punkty 5 i 6).

Z art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy o izbach wynika, że zadaniem samorządu aptekarskiego jest reprezentowanie zawodu aptekarza oraz obrona jego interesów.

Reprezentowanie, o którym mowa w tym przepisie, polega na podejmowaniu przez organy samorządu zawodowego różnego rodzaju działań na forum zewnętrznym, pozakorporacyjnym w stosunku do innych podmiotów (w tym organów państwa). Reprezentowanie obejmuje występowanie w imieniu aptekarzy w ważkich dla tego zawodu sprawach. Analogicznie należy postrzegać obronę interesów zawodu aptekarza. W obu przypadkach chodzi więc o działania organu samorządu aptekarskiego w interesie grupowym ogółu członków samorządu farmaceutów. Nie można natomiast traktować jako „reprezentowania” zawodu i obrony jego interesów działań podejmowanych „wewnątrz” samorządu, poprzez określenie pożądaných przez organ samorządu zawodowego zasad działania jego członków.

Kompetencje, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy o izbach, samorząd aptekarski wykonuje, stosownie do art. 7 ust. 2 pkt 11 ustawy o izbach, poprzez występowanie w obronie interesów indywidualnych i zbiorowych członków izb aptekarskich. Samorząd aptekarski jest zatem upoważniony do podejmowania różnego rodzaju działań w sprawach dotyczących konkretnych członków korporacji zawodowej, jak i w sprawach dotyczących samorządu (krajowego lub regionalnego) jako takiego, o ile tylko zagrożony lub naruszony zostanie interes, o którym mowa w art. 7 ust. 2 pkt 11 i art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy o izbach. „Występowanie”, o którym mowa w tym przepisie może przybierać różne formy, od podejmowania uchwał udzielających poparcia, bądź negocjujących określone inicjatywy, przez włączanie się w różnego rodzaju inicjatywy dotyczące interesów samorządu aptekarskiego, po czynny udział w postępowaniach dotyczących konkretnych członków izby. W tym ostatnim przypadku organ samorządu aptekarskiego może działać zarówno na rzecz członka (w obronie jego interesów), jak i przeciwko takiemu członkowi (w obronie interesu ogólnego członków izby).

Kolejnym przepisem wskazanym jako podstawa prawna uchwały Rady jest art. 7 ust. 1 pkt 5 ustawy o izbach, zgodnie z którym zadaniem samorządu aptekarskiego jest sprawowanie pieczy i nadzoru nad wykonywaniem zawodu. W ramach realizacji tego zadania Rada, jako organ samorządu aptekarskiego, może podejmować różnego rodzaju działania służące w szczególności zapewnieniu tego, by jej członkowie wykonywali zawód zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie unormowaniami. Podczas gdy „sprawowanie pieczy” wskazuje na czuwanie

organów samorządu aptekarskiego nad respektowaniem prawa przez farmaceutów chociażby poprzez informowanie o stanowisku organów państwa (zob. np. dołączone do uchwały pismo Głównego Inspektora Farmaceutycznego) lub orzeczeniach sądowych i ich potencjalnych konsekwencjach dla członków samorządu aptekarskiego, „sprawowanie nadzoru” upoważnia do występowania do członków o udzielania informacji pozwalających Radzie na weryfikowanie zasad wykonywania zawodu. Z ogólnie pojmowanej instytucji nadzoru wynika także, że organ nadzorujący (organ samorządu zawodowego) nie tylko może obserwować i oceniać działalność farmaceutów, ale także może wydawać polecenia zmiany sposobu działania podmiotu nadzorowanego. Tym samym przepis art. 7 ust. 1 pkt 5 ustawy o izbach upoważnia organy samorządu aptekarskiego do podejmowania uchwał zawierających w swej treści stanowczo sformułowane postanowienia co do określonego sposobu zachowania członków korporacji zawodowej.

Merytoryczną ocenę zarzutów skargi Ministra Zdrowia należy rozpocząć od ustalenia przedmiotu normowania punktów 5 i 6 uchwały.

Na mocy punktu 5 Rada postanowiła wystąpić do kierowników aptek, które mogą prowadzić wymienione w punkcie 1 uchwały programy lojalnościowe, a które w ocenie Rady mogą naruszać art. 94a Prawa farmaceutycznego, o natychmiastowe zaprzestanie prowadzenia tych programów w kierowanych przez nich aptekach. Jednocześnie Rada wyznaczyła termin na udzielenie przez kierowników tych aptek informacji o nieprowadzeniu takich programów lub ich zaprzestaniu. Treść punktu 5 uchwały opiera się na założeniu, zgodnie z którym programy lojalnościowe, których dotyczy uchwała, „mogą naruszać” art. 94a Prawa farmaceutycznego. Z brzmienia punktu 5, analizowanego z uwzględnieniem pozostałych postanowień uchwały wynika zatem jednoznacznie, że Rada wystąpiła do kierowników konkretnych aptek ze stanowczym żądaniem podjęcia dwojakiego rodzaju działań: 1) natychmiastowego zaprzestania prowadzenia programów lojalnościowych wymienionych w punkcie 1 uchwały, które w ocenie Rady naruszają art. 94a Prawa farmaceutycznego; 2) przekazania informacji o nieprowadzeniu albo zaprzestaniu prowadzenia powyższych programów lojalnościowych.

Z kolei na podstawie punktu 6 uchwały, w przypadku braku odpowiedzi na wezwanie do udzielenia informacji, o którym mowa w punkcie 5, bądź w przypadku potwierdzenia, że dana apteka „nadal działa niezgodnie z prawem”, Rada postanowiła skierować do OROZ wnioski o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego. Z punktu 6 uchwały wynika zatem, że: 1) prowadzenie programów lojalnościowych wymienionych w punkcie 1 uchwały Rada uznała za działanie sprzeczne z prawem; 2) dalsze prowadzenie takich programów będzie skutkowało kierowaniem do OROZ wniosków o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego.

W ocenie Sądu Najwyższego w obecnym składzie, unormowania wynikające z punktów 5 i 6 uchwały nie można traktować jako wystąpienia w obronie ogólnego interesu członków izb aptekarskich. Na podstawie punktu 5 Rada domaga się bowiem od kierowników aptek zaprzestania określonych działań w kierowanych przez nich aptekach, zaś na podstawie punktu 6 Rada zapowiada skierowania wniosków o wszczęcie postępowania do OROZ. Takie działanie nie ma na celu obrony interesów członków izb aptekarskich w rozumieniu art. 7 ust. 2 pkt 11 ustawy o izbach, chyba że pod pojęciem tego interesu rozumieć należy interesy ekonomiczne tych członków izby, którzy respektują zakaz reklamy, nie prowadząc w kierowanych przez nich (należących do nich) aptekach programów lojalnościowych prowadzących do wzrostu sprzedaży.

Z punktu 5 uchwały wynika, że Rada wystąpiła do kierowników aptek DOZ, w których realizowano określone w punkcie 1 programy lojalnościowe z kategorycznym żądaniem, nakazem natychmiastowego zaprzestania uczestnictwa aptek w tych programach. Istotną treścią zaskarżonej uchwały jest nakazanie kierownikom aptek wymienionych w punkcie 1 zaprzestania dalszego udziału kierowanych przez nich aptek w określonych programach lojalnościowych z powodu sprzeczności tych programów – w arbitralnie dokonanej ocenie Rady - z art. 94a Prawa farmaceutycznego. Takie uprawnienie nie mieści się w zakresie uprawnień samorządu aptekarskiego wynikających z przepisów art. 7 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ust. 2 pkt 11 ustawy o izbach, powołanych w podstawie zaskarżonej uchwały oraz podstawach skargi Ministra Zdrowia.

W przekonaniu Sądu Najwyższego, uprawnienia do podjęcia uchwały o treści zawartej w punkcie 5 i 6 uchwały nie można również wywieść z art. 7 ust. 1

pkt 5 ustawy o izbach. Prawidłowe kierowanie apteką przez farmaceutę jest co prawda związane z przestrzeganiem obowiązujących przepisów i standardów, w szczególności wynikających z ustawy Prawo farmaceutyczne, w tym zakazu reklamy aptek. Dlatego można uznać, że w ramach sprawowania pieczy i nadzoru nad wykonywaniem tego zawodu (art. 7 ust. 1 pkt 5) mieści się czuwanie przez organy samorządu zawodowego nad tym, aby zawód farmaceuty był wykonywany zgodnie z przepisami prawa, w tym z ustawowym zakazem reklamy. Udział apteki w programie lojalnościowym uznawany jest za niedozwoloną formę reklamy (por. wyrok WSA w Warszawie z 7 sierpnia 2013 r., VI SA/Wa 1660/13). Z uprawnienia do sprawowania pieczy i nadzoru nad wykonywaniem zawodu można wyprowadzić uprawnienie do żądania przekazania Radzie stosownych informacji. W ramach art. 7 ust. 1 pkt 5 ustawy o izbach mieści się także niewątpliwie występowanie z wnioskiem o wszczęcie postępowania przez organy nadzoru farmaceutycznego (por. wyrok WSA w Warszawie z 20 września 2013 r., VI SA/Wa 700/13). Podstawa ta obejmuje także poinformowanie członków samorządu zawodowego aptekarzy o zamiarze skierowania do OROZ zawiadomień w przypadku powzięcia przez Radę podejrzenia naruszenia zasad etyki zawodowej, w szczególności zaś w przypadku uznania prowadzenia programu lojalnościowego za zakazaną reklamę przez organy nadzoru farmaceutycznego.

W zakresie uprawnienia, o którym mowa w art. 7 ust. 1 pkt 5 ustawy o izbach nie mieści się natomiast występowanie z żądaniem natychmiastowego zaprzestania określonych działań, w tym udziału w realizacji programów lojalnościowych kwalifikowanych samodzielnie przez Radę jako zakazana reklama, w drodze uchwały, bez oparcia się na wiążących rozstrzygnięciach nadzoru farmaceutycznego lub właściwych sądów. Z przepisu tego nie wynika także upoważnienie dla Rady do kwalifikowania działań apteki jako niezgodnych z prawem. Powoduje to, że zarówno punkt 5, jak i punkt 6 uchwały naruszają art. 7 ust. 1 pkt 5 ustawy o izbach.

Wprawdzie w punkcie 6 zaskarżonej uchwały mowa o tym, że niezastosowanie się do „wystąpienia” podjętego przez Radę na podstawie punktu 5 uchwały stanowić będzie podstawę do wystąpienia do OROZ ze stosownym wnioskiem w związku z podejrzeniem naruszenia przepisów ustawy, co może

skutkować wszczęciem postępowania dyscyplinarnego, jednakże z kontekstu systemowego uchwały wynika jednoznacznie, że Rada określiła typ przewinienia dyscyplinarnego, jakim jest udział apteki w realizacji programu lojalnościowego wymienionego w punkcie 1 uchwały. W granicach pieczy samorządu zawodowego nad należywym wykonywaniem zawodu przez jego członków nie mieści się zaś samoistne, bez wyraźnego upoważnienia ustawowego, regulowanie przez samorząd zawodowy podstaw odpowiedzialności dyscyplinarnej (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 16 września 2004 r., III ZS 1/04 OSNP 2005 nr 7, poz. 104 oraz z dnia 13 lipca 2012 r., III ZS 5/12) w drodze wskazania, jakiego rodzaju działania są w ocenie Rady niezgodne z prawem (bez oparcia się na ostatecznej decyzji administracyjnej lub prawomocnym orzeczeniu sądowym).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego można już mówić o ugruntowanej linii orzeczniczej, zgodnie z którą podejmowanie przez organy samorządu zawodowego uchwał wskazujących, jakiego rodzaju zachowania członków samorządu są w ocenie tego organu sprzeczne z przyjętymi dla danego zawodu zasadami etyki, stanowi naruszenie kompetencji tego organu, któremu prawodawca przyznał uprawnienie do opracowania i uchwalenia takich zasad (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 19 września 2012 r., III ZS 8/12 oraz z dnia 14 stycznia 2010 r., III ZS 4/09). Uprawnienie do określenia rodzajów deliktów dyscyplinarnych członków samorządu zawodowego przysługują tylko i wyłącznie organowi wskazanemu przez ustawodawcę (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 26 lutego 2004 r., III SZ 2/03, OSNP 2004 nr 22, poz. 395 oraz z dnia 13 lipca 2012 r., III ZS 5/12). Zgodnie z art. 37 pkt 1 ustawy o izbach opracowania zasad etyki i deontologii zawodowej należy natomiast do Krajowego Zjazdu Aptekarzy.

Z powyższego wynika, że Rada nie miała w powołanych w podstawie uchwały przepisach ustawy o izbach uprawnienia do przyjęcia punktów 5 i 6 o takiej treści. Skarga Ministra Zdrowia, zarzucająca Radzie przekroczenie ustawowych kompetencji, jest zatem zasadna z racji swoistego uzurpowania sobie przez organ samorządu aptekarskiego uprawnienia do nakazania kierownikom aptek zaprzestania określonych w uchwale działań pod rygorem uruchomienia postępowań dyscyplinarnych bez uprzedniego przesądzenia w postępowaniu



administracyjnym lub sądowno-administracyjnym o naruszeniu zakazu z art. 94a Prawa farmaceutycznego przez realizowanie programów lojalnościowych.

Nie można jednak podzielić argumentacji Ministra Zdrowia, zgodnie z którą sprzeczność z prawem zaskarżonych punktów uchwały polega na ingerencji samorządu aptekarskiego w obowiązki należące do wyłącznej właściwości wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego w zakresie jego uprawnień nadzorczych z art. 94a ust. 2 i 3 Prawa farmaceutycznego. Okoliczność, że z mocy art. 94a ust. 2 i 3 Prawa farmaceutycznego organem administracji, do kompetencji którego należy sprawowanie nadzoru nad przestrzeganiem zakazu reklamy aptek art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, jest wojewódzki inspektor nadzoru farmaceutycznego, nie wyklucza bowiem możliwości podejmowania przez inne organy administracji publicznej, w tym wykonujące zadania publiczne organy samorządu zawodowego, działań odnoszących się do reklamy, o której mowa w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego w ramach uprawnień przysługujących tym organom. Uchwała Rady w punktach 5 i 6 nie ogranicza w żaden sposób kompetencji wojewódzkiego inspektora, nie wyłącza możliwości podjęcia przez niego działań wymienionych w art. 94a ust. 3 Prawa farmaceutycznego.

Za bezpodstawny należy także uznać zarzut naruszenia art. 17 ust. 1 w związku z art. 7 Konstytucji RP jako ogólnikowy i nieuzasadniony w skardze Ministra Zdrowia. Niewłaściwe jest stawianie zarzutu naruszenia ww. przepisów Konstytucji samodzielnie, skoro kompetencje organów samorządu zawodowego wymagają każdorazowo ustawowej konkretyzacji.

Niezależnie od wskazanego powyżej braku formalnych podstaw do podjęcia przez Radę uchwały o treści zawartej w punktach 5 i 6, Sąd Najwyższy nie może pominąć milczeniem zasadniczych wątpliwości co do zgodności z interesem publicznym wystąpienia w niniejszej sprawie przez Ministra Zdrowia ze skargą. Ustawodawca zakazał w art. 94a Prawa farmaceutycznego reklamy aptek. W kompetencję do egzekwowania tego zakazu wyposażył, w szczególności, organy nadzoru farmaceutycznego. Organy te dysponują ograniczonymi pod względem skuteczności sankcjami administracyjnymi. Nakaz zaprzestania reklamy może zostać wydany jedynie, gdy reklama jest prowadzona. Wszczęcie postępowania administracyjnego zachęca przedsiębiorcę prowadzącego aptekę do zaniechania

reklamy, co z kolei rzutuje na niemożność wydania nakazu zaprzestania działań reklamowych, które w dacie orzekania przez organ nie są prowadzone. Z zawartych w aktach sprawy wyroków Wojewódzkich Sądów Administracyjnych oraz dołączonego do zaskarżonej uchwały pisma Głównego Inspektora Farmaceutycznego wynika, że prowadzenie programów lojalnościowych uznawane jest za reklamę aptek zakazaną przez art. 94a Prawa farmaceutycznego. Jednocześnie z dołączonych do pisma GOIA odpisów wyroków sądów administracyjnych wynika, że organy inspekcji farmaceutycznej bezpodstawnie odmawiają organom samorządu aptekarskiego legitymacji czynnej w inicjowaniu postępowań administracyjnych ukierunkowanych na zapewnienie przestrzegania zakazu reklamy przez wszystkie podmioty prowadzące apteki. Organy samorządu aptekarskiego mają ustawowo przewidzianą kompetencję do współdziałania z organami administracji publicznej. Gdy organy te podejmują tego rodzaju działania - spotykają się z decyzjami odmawiającymi wszczęcia postępowania. Gdy zaś starają się, w ramach ustawowej kompetencji współdziałania z właściwymi organami administracji i sprawowania nadzoru nad działalnością farmaceutów, wspierać działalność nadzoru farmaceutycznego przy wykorzystaniu możliwości oddziaływania na zrzeszonych w nich farmaceutach, ich działania podważane są przez Ministra Zdrowia. W ten sposób skarga Ministra Zdrowia w niniejszej sprawie, niezależnie od jej formalnoprawnej zasadności, wpisuje się w ciąg opisanych powyżej skrótowo działań podważających skuteczność zakazu reklamy aptek z art. 94a Prawa farmaceutycznego.