

Zakazana reklama aptek

Streszczenie

Artykuł pt. *Zakazana reklama aptek* ma na celu analizę przepisów prawnych dotyczących tytułowego zagadnienia. Zgodnie z dyspozycją art. 94a ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Z uwagi na fakt, że powyższy przepis od początku obowiązywania budził i nadal budzi kontrowersje, dokonano analizy tego przepisu w świetle widzenia orzecznictwa sądów. Rozważaniom poddano zakres dopuszczanej reklamy aptek ukształtowany na bazie orzecznictwa. Omówiono pojęcie apteka i punkt apteczny oraz metody i formy zakazanej reklamy aptek. Przedmiotem zainteresowania był także cel wprowadzenia zakazu reklamy aptek, jak i kary przewidzianej za naruszenie omawianego zakazu. Wskazano na relacje zachodzące pomiędzy obowiązkami nałożonymi na farmaceutów a nałożonym zakazem reklamy aptek. Sformułowano poglądy *de lege ferenda* w przedmiotowym temacie.

Słowa kluczowe: zakazana reklama aptek, apteki, farmaceuci, kary za naruszenie zakazu reklamy

Zagadnienia ogólne

Polskie prawo farmaceutyczne uregulowane jest w ustawie z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne¹.

Przepis artykułu 1. omawianej ustawy wskazuje na zakres przedmiotowy prawa farmaceutycznego, stanowiąc, że ustawa określa: zasady i tryb dopuszczania do obrotu produktów leczniczych, z uwzględnieniem w szczególności wymagań dotyczących jakości, skuteczności i bezpieczeństwa ich stosowania, warunki

¹ T.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 2142 ze zm.

prowadzenia badań klinicznych produktów leczniczych, warunki wytwarzania produktów leczniczych, wymagania dotyczące reklamy produktów leczniczych, warunki obrotu produktami leczniczymi, wymagania dotyczące aptek, hurtowni farmaceutycznych i placówek obrotu pozaaptecznego, organizację i zasady funkcjonowania systemu nadzoru nad bezpieczeństwem stosowania produktów leczniczych oraz monitorowania bezpieczeństwa ich stosowania, zadania Inspekcji Farmaceutycznej i uprawnienia jej organów.

W ramach przepisów regulujących zasady funkcjonowania aptek przewidziano przepisy bezwzględnie zakazujące ich reklamy. Zakaz ten budził i nadal budzi wiele kontrowersji. Zasadnym jest zatem dokonanie analizy zakresu dopuszczonej reklamy aptek ukształtowanej w orzecznictwie sądów oraz próba oceny wprowadzonych regulacji w tym zakresie. Analizy dokonane będą w oparciu o orzecznictwo sądów, w szczególności orzeczenia sądów administracyjnych.

Pojęcie apteki i punktu aptecznego

Nazwa apteka ma długą tradycję. Wywodzi się z języka greckiego *apóthēkē* („skład”), a za pośrednictwem języka niemieckiego weszła na stałe do języka polskiego jako określenie miejsca, w którym przechowuje się, przygotowuje i sprzedaje „leki”. Ustawodawca dokonał podziału aptek na:

- 1) ogólnodostępne;
- 2) szpitalne, zaopatrujące jednostki organizacyjne publicznej służby krwi², szpitale lub inne przedsiębiorstwa podmiotów leczniczych wykonujących stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne;
- 3) zakładowe, zaopatrujące w podmiotach leczniczych wykonujących działalność leczniczą, utworzone przez ministra obrony narodowej i ministra sprawiedliwości, gabinety, pracownie, izby chorych i oddziały terapeutyczne, a także inne zakłady lecznicze podmiotów leczniczych wykonujących stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne.

Współcześnie pod nazwą „apteka” rozumie się miejsce, w którym osoby uprawnione świadczą usługi farmaceutyczne oraz placówkę ochrony zdrowia publicznego³. Zgodnie z art. 86 ust. 1 i 2 ustawy o prawie farmaceutycznym apteka

² Art. 4 ust. 3 pkt 2 Ustawy z dnia 22 sierpnia 1994 r. o publicznej służbie krwi (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 332). Jednostkami organizacyjnymi publicznej służby krwi są regionalne centra krwiodawstwa i krwiolecznictwa, zwane dalej „regionalnymi centrami”.

³ *Prawo farmaceutyczne. Komentarze*, red. L. Ogiegło, Legalis, Warszawa 2015.

jest placówką ochrony zdrowia publicznego, w której osoby uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne, tj.:

- 1) wydawanie produktów leczniczych i wyrobów medycznych, określonych w odrębnych przepisach;
- 2) sporządzanie leków recepturowych, w terminie nie dłuższym niż 48 godzin od złożenia recepty przez pacjenta, a w przypadku recepty na lek recepturowy zawierający środki odurzające lub oznaczonej „wydać natychmiast” – w ciągu 4 godzin;
- 3) sporządzenie leków aptecznych;
- 4) udzielanie informacji o produktach leczniczych i wyrobach medycznych.

Przepis ust. 3 ww. artykułu 86 stanowi, że w odniesieniu do aptek szpitalnych usługą farmaceutyczną jest również:

- 1) sporządzanie leków do żywienia pozajelitowego;
- 2) sporządzanie leków do żywienia dojelitowego;
- 3) przygotowywanie leków w dawkach dziennych, w tym leków cytostatycznych;
- 4) sporządzanie produktów radiofarmaceutycznych na potrzeby udzielania świadczeń pacjentom danego podmiotu leczniczego;
- 5) wytwarzanie płynów infuzyjnych;
- 6) organizowanie zaopatrzenia szpitala w produkty lecznicze i wyroby medyczne;
- 7) przygotowywanie roztworów do hemodializy i dializy dootrzewnowej;
- 8) udział w monitorowaniu działań niepożądanych leków;
- 9) udział w badaniach klinicznych prowadzonych na terenie szpitala;
- 10) udział w racjonalizacji farmakoterapii;
- 11) współuczestniczenie w prowadzeniu gospodarki produktami leczniczymi i wyrobami medycznymi w szpitalu.

W piśmiennictwie trafnie akcentuje się, że nazwa „apteka” zastrzeżona jest wyłącznie dla miejsca świadczenia usług farmaceutycznych⁴.

Z kolei definicja legalna punktu aptecznego uregulowana została w art. 70 ustawy o prawie farmaceutycznym. Zgodnie z tym przepisem poza aptekami obrót detaliczny produktami leczniczymi mogą prowadzić punkty apteczne. Punkty te może prowadzić osoba fizyczna, osoba prawna oraz niemająca osobowości prawnej spółka prawa handlowego.

⁴ M. Kwiatkowska, *Prawo farmaceutyczne*, I, Wolters Kluwer, Kraków 2017, s. 20.

W punkcie aptecznym musi być jednak ustanowiona osoba odpowiedzialna za prowadzenie punktu, będąca jego kierownikiem. Funkcję tę może pełnić farmaceuta z rocznym stażem lub technik farmaceutyczny, posiadający trzyletni staż pracy w aptekach ogólnodostępnych (czyli niebędących aptekami tworzonymi przy szpitalach lub innych zakładach opieki zdrowotnej). Punkty apteczne mogą być sytuowane wyłącznie na terenach wiejskich, o ile na terenie danej wsi nie jest już prowadzona apteka ogólnodostępna. Założenie apteki oraz punktu aptecznego wymaga spełnienia wielu wymogów określonych przez prawo. Zarówno prowadzenie apteki, jak i punktu aptecznego wymaga zezwolenia, które wydaje wojewódzki inspektor farmaceutyczny, po spełnieniu wymogów określonych omawianą ustawą – Prawo farmaceutyczne. Aby ubiegać się o wydanie takiego zezwolenia, trzeba być przedsiębiorcą, gdyż obie te formy wymagają prowadzenia działalności gospodarczej w rozumieniu Ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁵.

Reklama aptek w świetle orzecznictwa

Zgodnie z dyspozycją art. 94a ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

Regulacji tej nie było w pierwotnej wersji ustawy i została do niej wprowadzona przy okazji nowelizacji dokonanych w 2007 r.⁶(zakaz reklamy aptek skierowanej do publicznej wiadomości, a odnoszącej się bezpośrednio do refundowanych leków i wyrobów medycznych) i 2011 r.(całkowity zakaz reklamy aptek).

Z dniem 1 stycznia 2012 r. znowelizowane zostały przepisy Ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne dotyczące reklamy aptek, wprowadzając całkowity zakaz ich reklamy⁷. Aktualne brzmienie art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego ustalone zostało w art. 60 pkt 7 Ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych⁸.

⁵ t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2168.

⁶ Ustawa z 30 marca 2007 r. o zmianie ustawy – *Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw* (Dz.U. nr 75, poz. 492).

⁷ Dz.U. z 2008 r., nr 45, poz. 271, ze zm.

⁸ Dz.U. z 2011 r., nr 122, poz. 696.

Wskazany przepis art. 94 a omawianej ustawy dopuszcza dwa przypadki kierowania informacji do potencjalnych klientów apteki lub punktu aptecznego, które nie stanowią ich reklamy. Należą do nich informacje o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Powołany przepis nie przewiduje dalszych odstępstw od zasady przyjętej w pierwszym zdaniu art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego.

Ustawa będąca przedmiotem analiz nie wprowadza definicji ustawowej reklamy, niemniej jednak *a contrario* można przyjąć, że jako reklama potraktowane będzie wszystko, co nie stanowi informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki albo punktu aptecznego.

Uprawnionym jest również poszukiwanie definicji „reklamy” w *Słowniku wyrazów obcych*, zgodnie z którym reklama, łac. *reclamo* ‘krzyczę, protestuję’ oznacza rozpowszechnianie informacji o towarach, ich zaletach, wartości, miejscach i możliwościach nabycia, o uzdrowiskach, wycieczkach itp. zwykle za pomocą plakatów, ogłoszeń w prasie, radiu, telewizji, stanowiące zachętę do nabycia towarów lub korzystania z określonych usług; plakaty, napisy, ogłoszenia itp. służące temu celowi⁹.

Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu jednego ze swoich orzeczeń stwierdził, że reklama jest formą publicznej wypowiedzi (informacji), z reguły subiektywnej oraz o cennej, służącej zachęceniu i nakłonieniu innych podmiotów do nabycia określonego dobra czy oczekiwanego przez reklamującego się podmiot zachowania. Wypowiedź ta ma charakter przede wszystkim komercyjny, czyli jest ukierunkowana na zwiększenie podaży i popytu reklamowanych dóbr. Jako taka podlega ochronie w ramach konstytucyjnej wolności zagwarantowanej w art. 54 ust. 1 Konstytucji. Zgodnie z tym artykułem, każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Jak podkreślał Trybunał Konstytucyjny, w przepisie tym zostały wyrażone trzy odrębne, aczkolwiek powiązane i uzależnione od siebie wolności jednostki: wolność wyrażania swoich poglądów, wolność pozyskiwania informacji oraz wolność rozpowszechniania informacji¹⁰.

Z jednej strony, reklama urzeczywistnia konstytucyjną wolność rozpowszechniania informacji podmiotu reklamującego (tj. oferującego reklamowane dobra), z drugiej natomiast – wolność pozyskiwania informacji odbiorcy. Podmiotami omawianej wolności są ludzie, jak i tworzone przez nich podmioty zbiorowe: osoby prawne i inne jednostki organizacyjne. Konstytucyjną ochroną objęte jest

⁹ *Słownik wyrazów obcych*, red. J. Tokarski, PWN, Warszawa 1980, s. 636.

¹⁰ Wyrok TK z dnia 4 listopada 2015 r., K 1/14, OTK-ANr 10/2015, poz. 163.

nie tylko przekazywanie informacji mających charakter faktów i obiektywnych wiadomości, lecz również subiektywnych opinii oraz ocen, służących skłonieniu do dokonania przez konsumentów wyboru zgodnego z oczekiwaniem reklamodawcy. Reklama nie jest neutralną informacją opisującą określone dobro, lecz środkiem przekazu służącym do zwiększenia zainteresowania tym dobrem w kręgu jego odbiorców. Ma przede wszystkim warstwę perswazyjną¹¹.

W związku z wprowadzeniem do polskiego systemu prawnego zakazu reklamy aptek nad pojęciem reklamy aptek i jej dozwolonego zakresu pochylał się w licznych orzeczeniach sąd administracyjny. I tak Naczelny Sąd Administracyjny uznaje, że reklamą apteki jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych przez aptekę towarów i która w taki sposób jest odbierana przez klientów¹². Przy rozróżnieniu informacji od reklamy trzeba mieć na względzie to, że podstawowym wyznacznikiem przekazu reklamowego jest nie tylko mniej lub bardziej wyrażana zachęta do kupna towaru, ale i faktyczne intencje podmiotu dokonującego przekazu oraz odbiór przekazu przez jego adresatów. Wypowiedź jest reklamą, gdy nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru – taki cel przyświeca nadawcy wypowiedzi i tak odbiera ją przeciętny odbiorca, do którego została skierowana¹³. Reklamą działalności apteki jest działanie w celu przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz od użytych do jej realizacji środków – jeżeli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych¹⁴.

Za reklamę uważa się każde działanie, mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług¹⁵. Za reklamę działalności apteki należy uznać każde działanie, skierowane do publicznej wiadomości, niezależnie od sposobu i metody jego przeprowadzenia oraz środków użytych do jego realizacji, jeżeli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych oferowanych w danej aptece¹⁶.

W literaturze wyrażany jest pogląd, iż reklamą jest wszelkiego rodzaju oddziaływanie przedsiębiorców na potencjalnych klientów podejmowane w tym

¹¹ Ibidem.

¹² Wyrok NSA z dnia 11 października 2016 r., sygn. akt II GSK 1996/15, Legalis.

¹³ Wyrok NSA z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt II GSK 4545/16, Lex nr 2383877.

¹⁴ Wyrok NSA z dnia 24 maja 2017 r., sygn. akt II GSK 1953/16, Legalis.

¹⁵ Wyrok z 27 czerwca 2013 r., VI SA/Wa 456/13, www.nsa.gov.pl [dostęp: 27.01.2018].

¹⁶ Wyrok z 11 września 2013 r., VI SA/Wa 1291/13, Legalis, także wyrok NSA z dnia 24 maja 2017 r. sygn. akt II GSK 1953/16, Lex nr 2339671.

celu, aby przez zachwalanie towaru bądź usługi wywołać zainteresowanie dla warunków transakcji. Za reklamę należy uznać świadome działanie przedsiębiorcy zmierzające do promowania towarów lub usług przez wskazanie na ich cechy w taki sposób, aby u klientów (pacjentów) wywołać lub wzmocnić określone potrzeby. Sąd Najwyższy, w uzasadnieniu do orzeczenia z dnia 26 stycznia 2006 r. wskazał, iż reklamą jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych konsumentów, odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę, mającą na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług. Zachęta może być wyrażona bezpośrednio, np. poprzez użycie określeń odpowiadających konkretnym czynnościom, w których wyniku nastąpi zbyt towarów lub usług, albo pośrednio – przez stworzenie sugestywnego obrazu towarów i usług, a także samego przedsiębiorcy, w stopniu narzucającym adresatom nieodpartą chęć nabycia towarów i usług¹⁷.

Metody i formy zakazanej reklamy aptek

Brak definicji reklamy w ustawie Prawo farmaceutyczne oraz stwierdzenie, że nie stanowi reklamy apteki informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego świadczą o bardzo szerokim sposobie rozumienia reklamy działalności aptek. Naczelny Sąd Administracyjny zwraca jednak uwagę, że wobec braku możliwości wyznaczenia wyraźnej i uniwersalnej linii demarkacyjnej pozwalającej na odróżnienie działania w granicach prawa od działalności reklamowej objętej zakazem, kwalifikacja określonych działań pod kątem naruszenia zakazu reklamy i jej działalności wymaga indywidualizowanej oceny w odniesieniu do okoliczności konkretnej sprawy¹⁸. W związku z tym, dokonując analizy orzecznictwa sądów powstałego w oparciu o dane stany faktyczne na bazie konkretnych spraw, można przyjąć, że każda forma działalności apteki, która będzie zawierała jakiegokolwiek formy zachęcania klientów, będzie spełniała przesłanki reklamy. Reklamą jest m.in. rozpowszechnianie notatników czy ulotek z logo apteki oraz jej asortymentem, podawanie danych apteki w czasopiśmie poświęconych zdrowiu, medycynie. Programy lojalnościowe stanowią jedną z form zakazanej reklamy apteki i jej działalności¹⁹,

¹⁷ Wyrok SN z dnia 26 stycznia 2006 r., sygn. akt V CSK 83/05, Lex nr 191239.

¹⁸ Wyrok NSA z dnia 20 lipca 2017 r., sygn. akt II GSK 2964/15, Lex nr 2359728.

¹⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 15 czerwca 2015 r., sygn. akt VI SA/Wa 264/15, Legalis.

gdyż stanowią zachętę do kupna produktów wyłącznie we wskazanych aptekach oraz mają na celu zwiększenie ich obrotów²⁰.

Wszelkie promocje, w tym cenowe, są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje²¹.

Kolportaż dwumiesięcznika i list cenowych do aptek oraz skrzynek pocztowych mieszkańców uznany został za naruszenie zakazu reklamy aptek z art. 94a ustawy – Prawo farmaceutyczne. Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego działania takie wykraczają poza sferę, którą ustawodawca wyłączył spod tego zakazu, tj. informacji o lokalizacji i o godzinach pracy apteki ogólnodostępnej²².

Dostarczenie gazetek zawierających informacje o cenach produktów leczniczych rekomendowanych przez stowarzyszenie wraz z „listą aptek do miejsc zamieszkania potencjalnych odbiorców produktów leczniczych, stosowanie w tych materiałach jednolitej grafiki, wykorzystanie logo stowarzyszenia do oznaczenia apteki i komunikat, że apteka prowadzona przez spółkę jest członkiem stowarzyszenia, dawały jasny przekaz, że prowadzona przez spółkę apteka jest uczestnikiem programu i oferuje w związku z tym produkt lecznicze po obniżonych cenach. Tym samym stanowiły wyraźną zachętę do nabywania produktów leczniczych w prowadzonej przez spółkę aptece, a w konsekwencji do zwiększania sprzedaży leków²³.

Jako naruszenie art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne Naczelny Sąd Administracyjny uznał ukazywanie się informacji o nazwie apteki, jej adresie i godzinach otwarcia obok materiałów reklamowych wskazujących na atrakcyjne ceny produktów leczniczych, gdyż stanowi to wyraźną zachętę do nabywania tych produktów w aptekach prowadzonych przez stronę, a w konsekwencji do zwiększenia poziomu konsumpcji leków²⁴.

Nazwa apteki zawierająca w sobie hasło „tanie leki”, wyeksponowana w publicznym miejscu, w ten sposób, iż przede wszystkim widoczne jest właśnie to hasło, sugeruje potencjalnym klientom aptek opatrzonych sporną nazwą korzyści, jakie mogą odnieść, dokonując zakupu produktów w tych aptekach i niewątpliwie cechuje się zamiarem wywołania określonej reakcji u potencjalnych klientów tych aptek²⁵.

Reklamą apteki jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych przez aptekę towarów lub skorzystania z określonych usług. Reklama może przyjmować różne formy, w szczególności haseł, sloganów,

²⁰ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 maja 2015 r., sygn. akt VI Sa/Wa 3128/14.

²¹ Wyrok NSA z dnia 18 października 2017 r. sygn. akt II GSK 4545/16, Lex nr 2383877.

²² Wyrok NSA z dnia 20 lipca 2017 r., sygn. akt II GSK 2963/15, Lex nr 2357222.

²³ Wyrok NSA z dnia 20 lipca 2017 r., sygn. akt II GSK 2964/15, Lex nr 2359728.

²⁴ Wyrok NSA z dnia 20 lipca 2017 r., sygn. akt II GSK 3172/15, Lex nr 2359729.

²⁵ Wyrok WSA z dnia 6 października 2015 r., sygn. akt VI Sa/Wa 34/15, Legalis.

spotów TV, ulotek, billboardów, folderów czy gazetek²⁶. Może też przyjmować różne formy zachęcania, np. poprzez ulotki, foldery, plakaty czy gazetki temu służące²⁷.

Reklamą są wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierają elementów zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna. Wobec powyższego prezentacja adresów aptek lub logo sieci aptek wraz z prezentacją produktów leczniczych, suplementów diety oraz wyrobów medycznych w katalogach jest niedozwoloną z mocy art. 94a ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne reklamą aptek i ich działalności²⁸.

Udostępnienie w aptece gazetek z ofertą produktów sprzedawanych w niej po niższej cenie (ze wskazaniem przy niektórych produktach, że promocja cenowa obowiązuje „tylko w tygodniu zdrowia” czy oznaczeniem wybranych towarów jako „bestseller”) jest przedsięwzięciem mającym na celu motywowanie do korzystania z usług tej właśnie apteki, a więc nosi znamiona działalności reklamowej²⁹.

Za reklamę apteki zostały również uznane czynności polegające na wręczaniu bonów rabatowych, umieszczanie obok nazwy apteki „niskie ceny”, „wysokie rabaty”. Za działania reklamowe powinny być uznane również takie, których zamierzonym celem jest pozyskiwanie nowych klientów lub zatrzymanie „starych”. Naczelny Sąd Administracyjny przyjął, że naliczanie kolejnych plusów za dokonane zakupy i wynagradzanie pacjenta za dokonanie odpowiedniej liczby transakcji nie mieści się w zakresie opieki farmaceutycznej, o której mowa w art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy z 1991 r. o izbach aptekarskich. Naliczanie punktów czy udzielanie wyjaśnień i informacji dotyczących programu nie mieści się także w katalogu usług farmaceutycznych z art. 86 ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne³⁰.

Reklamą działalności apteki jest zatem działanie w celu przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów w niej sprzedawanych – niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków – jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych³¹.

²⁶ Wyrok NSA z dnia 29 czerwca 2017 r. II GSK 2310/15, www.nsa.gov.pl [dostęp: 27.01.2018].

²⁷ Wyrok NSA z dnia 11 października 2016 r., II GSK 682/15, *Legalis*.

²⁸ Wyrok NSA z dnia 24 maja 2017 r., sygn. akt II GSK 1953/16, *Legalis*, wyrok WSA w Warszawie z dnia 2 czerwca 2017 r., sygn. akt VI Sa/Wa 2583/16, *Lex n* 2345774.

²⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 stycznia 2016 r., sygn. akt VI Sa/Wa 2266/15, *Legalis*.

³⁰ Wyrok NSA z dnia 25 sierpnia 2016 r. sygn. akt II GSK 200/15, *Lex nr* 2132242.

³¹ Wyrok NSA z dnia 24 maja 2017 r., sygn. akt I GSK 1953/16, *Lex nr* 2339671.

Cel wprowadzenia zakazu reklamy aptek

Niewątpliwie wprowadzenie bezwzględnego zakazu reklamy aptek stanowi ograniczenie swobody działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej³² ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. W opinii Naczelnego Sądu Administracyjnego przepisy ustawy z 2001 r. – Prawo farmaceutyczne zakazujące reklamy aptek są przepisami, które ograniczają swobodę działalności gospodarczej w dopuszczalnej przez Konstytucję formie i zakresie. W pojęciu ważnego interesu publicznego, o którym mowa w art. 22 Konstytucji mieści się niewątpliwie ochrona zdrowia ludzkiego. Ta zaś może doznać uszczerbku nie tylko wskutek braku dostatecznego dostępu do leków, ale również wtedy, gdy dostęp do leków jest zbyt łatwy, prowadzący w rezultacie do ich nadużywania. Do tego prowadzi zaś obecna i sugestywna reklama zarówno leków, jak i aptek – miejsc, w których leki są oferowane do sprzedaży³³. W ramach prawidłowo funkcjonującego systemu ochrony zdrowia powinny funkcjonować mechanizmy, które pozwalają na zakup leków wtedy, kiedy są one rzeczywiście niezbędne, a nie wtedy, gdy pojawia się taka pokusa wywołana reklamą. Z powyższych powodów reklamy leków i aptek nie można uznać za działalność jednoznacznie nakierowaną na dobro pacjentów³⁴. Sądy dostrzegały w reklamie również aspekty pozytywne, wpływające na rynek produktów danego rodzaju. Naczelny Sąd Administracyjny podkreślał wprawdzie, że akacja reklamowa może prowadzić do zwiększenia konkurencji, a przez to podaż, co w konsekwencji może przełożyć się na spadek cen produktów, jednakże zdaniem sądu korzyści tego mechanizmu rynkowego mogą być pożądane w obrocie towarami życia codziennego, a w profesjonalnym obrocie farmaceutykami, przy uwzględnieniu negatywnych konsekwencji nadużywania leków, wskazana działalność reklamowa może zostać przez prawodawcę ograniczona³⁵.

Zdaniem sądu, jeżeli spojrzeć na dobro chronione przez pryzmat uszczerbku, jaki może mu zostać wyrządzony nie tylko poprzez brak należytego dostępu do farmaceutyków, lecz również poprzez „nadmierny” czy raczej zbyt łatwy do nich dostęp, stymulowany m.in. wszelkimi „promocjami”, to w efekcie tego dojdzie do wniosku, iż w ten właśnie sposób wyrabia się w specyficznej

³² *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483).

³³ Wyrok NSA z Warszawy z dnia 25 sierpnia 2016 r., sygn. akt II GSK 265/15, Lex nr 2142252.

³⁴ Wyrok NSA z dnia 17 sierpnia 2016 r., sygn. akt II GSK 2706/14, Lex nr 2142255.

³⁵ Wyrok NSA z dnia 25 sierpnia 2016 r., sygn. akt II GSK 200/15, Lex nr 2132242.

grupie konsumentów, jakimi są klienci aptek, swoiste nawyki zakupowe środków farmaceutycznych, co może prowadzić do ich nadużywania³⁶.

Należy uznać, że przyjęte rozwiązania prawne, jak również wypracowane na tej podstawie orzecznictwo sądu ma słuszne założenia, jakimi jest ochrona zdrowia ludzkiego. Wątpliwym jest jednak to, czy zakaz reklamy aptek, przy dopuszczonej prawnie reklamie produktów leczniczych, przyniesie zamierzony efekt ochrony zdrowia pacjenta. Pokreślenia wymaga, że art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne nie wprowadził zakazu reklamy produktów leczniczych, wyrobów medycznych, suplementów diety czy kosmetyków na terenie apteki. Reklama tych produktów jest zgodna z prawem, pod warunkiem, że nie znajduje się na nich odniesienie do reklamy apteki. Dodatkowo podnieść należy, że cały refundowany przez Narodowy Fundusz Zdrowia asortyment apteki wydaje się jedynie na podstawie ważnej recepty. W związku z tym, nawet najkorzystniejsze dla pacjenta ceny czy też chęć korzystania z wyjątkowo atrakcyjnej promocji, nie będą miały wpływu na zakupienie większej ilości leków niż przepisana przez lekarzy³⁷. W związku z powyższym należałoby się zastanowić, czy celem bezwzględnego zakazu reklamy apteki faktycznie jest dobro pacjenta, czy też zmniejszenie nakładów przeznaczanych przez Narodowy Fundusz Zdrowia na refundację produktów leczniczych i wyrobów medycznych³⁸?

Kara za naruszenie zakazu reklamy aptek

Ustawodawca przewidział sankcję za naruszenie zakazu reklamy aptek. Z przepisu art. 129b ust. 1 Prawo farmaceutyczne wynika, że za prowadzenie reklamy apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności grozi kara pieniężna w wysokości do 50 000,00 złotych. Karę tą nakłada Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w drodze decyzji. Ustawodawca zobowiązał organ farmaceutyczny do brania pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów, a także uprzedniego naruszenia przepisów. Wymiar kary jest ściśle uzależniony od ustaleń faktycznych związanych z naruszeniem zakazu reklamy apteki i jej działalności, będącej bezpośrednią konsekwencją tych ustaleń³⁹. Podstawą do przyjęcia, że doszło do

³⁶ Wyrok NSA z dnia 25 sierpnia 2016 r., sygn. akt II GSK 97/15, www.nsa.gov.pl [dostęp: 27.01.2018].

³⁷ J. Wiszniewska, *Zakaz reklamy aptek i ich działalności – geneza wprowadzenia i ocena regulacji*, „IKAR” 2017, nr 8, s. 6.

³⁸ Patrz szerzej: J. Wiszniewska, *Zakaz...*, op. cit., s. 2.

³⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2017r., sygn. akt VI Sa/Wa 2568/16, Lex nr 2316116.

naruszenia zakazu reklamy apteki jest ustalenie skonkretyzowanego działania „reklamującego” aptekę lub jej działalność. Organ zobligowany jest do ustalenia, czy działanie danego podmiotu nosiło cechy niedozwolonej reklamy apteki lub jej działalności. Dla prawidłowej subsumcji niezbędne jest skonfrontowanie danego działania z zakazem reklamy i ocena, czy takie działanie ma na celu reklamę apteki lub jej działalności⁴⁰. Jedną decyzją można nałożyć karę za różne formy reklamy tej samej apteki i jej działalności w tym samym czasie⁴¹.

Z orzecznictwa sądów wynika, że przesłanką nałożenia omawianej kary jest sam fakt prowadzenia reklamy, niewymagający potwierdzenia w formie decyzji ostatecznej nakazującej zaprzestania prowadzenia reklamy. Ten, kto w razie stwierdzenia naruszenia zakazu nie wykona nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy zawartego w decyzji podlega odpowiedzialności karnej z art. 129 ust. 2 pkt 5 lit. c ustawy Prawo farmaceutyczne, a nie administracyjnej z art. 129b ust. 1 tej ustawy⁴². Jednocześnie nie budzi wątpliwości, że nałożenie kary administracyjnej na podstawie art. 129b ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne i zobowiązanie do zaprzestania reklamy w przyszłości może nastąpić w jednej decyzji administracyjnej⁴³.

Bardzo istotnym jest utrwalenie się jednolitej linii orzeczniczej, zgodnie z którą zaprzestanie prowadzenia reklamy apteki nie pozbawia organu możliwości nałożenia kary finansowej za okres naruszenia tego zakazu. Sądy administracyjne przyjmują, że fakt odnotowania naruszenia art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne uprawnia organ do nałożenia kary bez względu na to, że w dacie wydania decyzji administracyjnej reklama nie była już prowadzona, co skutkuje umorzeniem postępowania z racji zaprzestania reklamy jako już bezprzedmiotowego, przy równoczesnym nałożeniu kary za stwierdzone decyzją naruszenie⁴⁴.

Zakaz reklamy aptek a obowiązki farmaceuty

Nowelizacja art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne nie wprowadziła zakazu kontaktu farmaceuty z pacjentem i udzielania mu jakichkolwiek informacji. Podkreślenia wymaga to, że w aptece pacjent powinien mieć zapewnioną fachową obsługę i poradę farmaceuty w zakresie wydawanych leków bądź innych produktów – w przeciwieństwie do sklepu ogólnodostępnego, który pełni funkcje wyłącznie

⁴⁰ Wyrok NSA z dnia 24 maja 2017 r., sygn. akt II GSK 3357/15, Lex nr 2330141.

⁴¹ Wyrok NSA z dnia 24.05.2017r. sygn. akt tII GSK 3357/15, Legalis.

⁴² Wyrok NSA z dnia 25 sierpnia 2016 r., sygn. akt II GSK 589/15, Lex nr 2142326.

⁴³ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 listopada 2015 r., sygn. akt VI Sa/Wa 1495/15. Legalis.

⁴⁴ Wyrok WSA z dnia 5 stycznia 2017r., sygn. akt VI Sa/Wa 1480/16, Lex nr 2270175, wyrok NSA z dnia 25 sierpnia 2016 r., sygn. akt II GSK 550/15, Legalis,

komercyjne. Farmaceuta może realizować swoje zadania m.in. poprzez świadczenie opieki farmaceutycznej. Instytucja opieki farmaceutycznej wywodzi się z art. 2a pkt 7 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich⁴⁵, który stanowi, że farmaceuta, współpracując z pacjentem i lekarzem, a w razie potrzeby z przedstawicielami innych zawodów medycznych, czuwa nad prawidłowym przebiegiem farmakoterapii w celu uzyskania określonych jej efektów poprawiających jakość życia pacjenta. Rodzi się pytanie, czy farmaceuta pracujący w aptece naruszającej zakaz jej reklamy daje rękojmię należytego prowadzenia apteki. W przedmiocie tym orzekł sąd administracyjny, który uznał, że błędny jest tok rozumowania, że farmaceuta nie może dawać rękojmi należytego prowadzenia apteki w sytuacji, gdy podejmuje się pracy jako kierownik w aptece, która uczestniczy w zakazanej reklamie. Istnieje bowiem domniemanie dawania rękojmi należytego prowadzenia apteki przez każdego farmaceutę posiadającego prawo wykonywania zawodu i spełniającego warunki formalne wskazane w art. 88 ust. 2 Prawo farmaceutyczne, które może być obalone wyłącznie przez orzeczenie sądu dyscyplinarnego. Dopiero prawomocny wyrok sądu dyscyplinarnego mógłby stanowić podstawę do uznania, że dana osoba nie daje rękojmi należytego prowadzenia apteki⁴⁶. Pamiętać należy, że Kodeks etyki aptekarza Rzeczypospolitej Polskiej⁴⁷ w art. 19 stanowi, że aptekarz nie reklamuje siebie i swoich usług, nie uczestniczy w reklamie usług farmaceutycznych, jak i ich promocji niezgodnej z prawem lub dobrymi obyczajami. Aptekarz unika działalności przyczyniającej się do zwiększenia korzystania z produktów leczniczych. Naruszenie tych zasad może skutkować wszczęciem postępowania dyscyplinarnego przez odpowiednią izbę aptekarską.

Wnioski

Zakazu reklamy aptek nie należy rozpatrywać jako regulacji, która miała na celu wprowadzenie nierówności podmiotów na rynku. Trzeba przede wszystkim podkreślić, że nie można porównywać aptek do sklepów ogólnodostępnych, które mogą się reklamować, gdyż apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego, która musi spełniać odpowiednie standardy techniczno-sanitarne. Niemniej jednak wprowadzenie bezwzględnego zakazu reklamy aptek i przyjęcie, że zakaz

⁴⁵ t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1496, ze zm.

⁴⁶ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 października 2017 r. sygn. akt VI Sa 767/17, Lex nr 2391645.

⁴⁷ *Kodeks etyki aptekarza Rzeczypospolitej Polskiej* stanowi załącznik do uchwały nr VI/25/2012 VI Krajowego Zjazdu Aptekarzy z 22 stycznia 2012 r., http://nia.org.pl/dat/attach/566_kodeksetykiaptekarzarporiginal.pdf [dostęp: 30.12.2017].

ten jest naruszany przez każdą informację zmierzającą do zwiększenia obrotów apteki budzi uzasadnioną krytykę. Wprowadzenie tego zakazu od samego początku budziło ogromne emocje i kontrowersje wywołujące liczne wątpliwości interpretacyjne⁴⁸. Zakaz ten bowiem nie uwzględnia prawa pacjenta do uzyskania informacji o nazwie apteki, jej położeniu, o korzystnej ofercie cenowej. Zmusza pacjenta do osobistego udania się do apteki w celu ustalenia ceny za konkretny lek. A zatem z pewnością zakaz reklamy aptek utrudnia konsumentowi wybranie tej, która optymalnie odpowiada jego potrzebom⁴⁹. Ustawodawca, wprowadzając zakaz reklamy aptek, miał na uwadze ochronę zdrowia publicznego. Dokonując oceny przyjętych rozwiązań, podzielić należy stanowisko Bogusława Banaszaka wskazującego, że ochrona zdrowia publicznego nie musi oznaczać wprowadzenia zakazu reklamy aptek – nieistniejącego w wielu krajach. Do elementów tej ochrony należą zaś: zwalczanie monopoli w zakresie prowadzenia aptek i ochrona wolnej konkurencji, zapewnienie pełnej informacji handlowej, efektywne mechanizmy pociągania do odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania lub nieuczciwą reklamę⁵⁰.

W świetle powyższego można przyjąć, że utrzymywanie w mocy regulacji bezwzględnie zakazującej reklamy aptek nie jest właściwe⁵¹ i należałoby jako postulaty *de lege ferenda* wskazać zasadność zmodyfikowania przepisów w zakresie zakazu reklamy apteki poprzez eliminację bezwzględnego zakazu.

Bibliografia

1. Banaszak B., *O zgodności z Konstytucją RP bezwzględnego zakazu reklamy aptek*, MOP 2017, nr 8.
2. Jasińska K., *Reklama produktów leczniczych a reklama aptek*, MOP 2015, nr 14.
3. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.* (Dz.U. nr 78, poz. 483).
4. Kwiatkowska M., *Prawo farmaceutyczne*, I, Wolters Kluwer, Kraków, 2017.
5. *Prawo farmaceutyczne. Komentarze*, red. L. Ogiegło, Legalis, Warszawa 2015.
6. *Słownik wyrazów obcych*, red. J. Tokarski, PWN, Warszawa 1980.
7. Wiszniewska J., *Zakaz reklamy aptek i ich działalności – geneza wprowadzenia i ocena regulacji*, „IKAR” 2017, nr 8.
8. *Wyrok NSA z dnia 11 października 2016 r.*, II GSK 682/15, Legalis.
9. *Wyrok NSA z dnia 11 października 2016 r.*, sygn. akt II GSK 1996/15, Legalis.
10. *Wyrok NSA z dnia 17 sierpnia 2016 r.*, sygn. akt II GSK 2706/14, Lex nr 2142255.

⁴⁸ K. Jasińska, *Reklama produktów leczniczych a reklama aptek*, MOP 2015, nr 14, s. 1.

⁴⁹ Pismo Prezesa UOKiK z 3.12.2008 r., DPR-0799-2(14)/08EU.

⁵⁰ B. Banaszak, *O zgodności z Konstytucją RP bezwzględnego zakazu reklamy aptek*, MOP 2017, nr 8, s. 3.

⁵¹ Patrz także M. Załucki, *Reklama podmiotu leczniczego jako reklama (nie)sprzeczna z prawem – uwagi na tle zwalczania nieuczciwej konkurencji (dodatek MOP 6/2014)*, MOP 2014, nr 6, s. 11.

11. *Wyrok NSA z dnia 18 października 2017 r.*, sygn. akt II GSK 4545/16, Lex nr 2383877.
12. *Wyrok NSA z dnia 19 października 2017 r.*, sygn. akt II GSK 4545/16, Lex nr 2383877.
13. *Wyrok NSA z dnia 20 lipca 2017 r.*, sygn. akt II GSK 2963/15, Lex nr 2357222.
14. *Wyrok NSA z dnia 20 lipca 2017 r.*, sygn. akt II GSK 2964/15, Lex nr 2359728.
15. *Wyrok NSA z dnia 20 lipca 2017 r.*, sygn. akt II GSK 3172/15, Lex nr 2359729.
16. *Wyrok NSA z dnia 24 maja 2017 r.*, sygn. akt II GSK 1953/16, Lex nr 2339671.
17. *Wyrok NSA z dnia 24 maja 2017 r.*, sygn. akt I GSK 1953/16, Lex nr 2339671.
18. *Wyrok NSA z dnia 24 maja 2017 r.*, sygn. akt II GSK 1953/16, Legalis.
19. *Wyrok NSA z dnia 24 maja 2017 r.*, sygn. akt II GSK 3357/15, Lex nr 2330141.
20. *Wyrok NSA z dnia 24 maja 2017r.*, sygn. akt tII GSK 3357/15, Legalis.
21. *Wyrok NSA z dnia 25 sierpnia 2016 r.*, sygn. akt II GSK 200/15, Lex nr 2132242.
22. *Wyrok NSA z dnia 25 sierpnia 2016 r.*, sygn. akt II GSK 550/15, Legalis.
23. *Wyrok NSA z dnia 25 sierpnia 2016 r.*, sygn. akt II GSK 589/15, Lex nr 2142326.
24. *Wyrok NSA z dnia 25 sierpnia 2016 r.*, sygn. akt II GSK 97/15, www.nsa.gov.pl.
25. *Wyrok NSA z dnia 29 czerwca 2017 r.*, II GSK 2310/15, www.nsa.gov.pl.
26. *Wyrok NSA z dnia 29 czerwca 2017 r.*, II GSK 2310/15, www.nsa.gov.pl.
27. *Wyrok NSA z Warszawy z dnia 25 sierpnia 2016 r.*, sygn. akt II GSK 265/15, Lex nr 2142252.
28. *Wyrok SN z dnia 26 stycznia 2006 r.*, sygn. akt V CSK 83/05, Lex nr 191239.
29. *Wyrok TK z dnia 4 listopada 2015 r.*, K 1/14, OTK-ANr 10/2015, poz. 163.
30. *Wyrok WSA w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2017r.*, sygn. akt VI Sa/Wa 2568/16, Lex nr 2316116.
31. *Wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 stycznia 2016 r.*, sygn. akt VI Sa/Wa 2266/15, Legalis.
32. *Wyrok WSA w Warszawie z dnia 15 czerwca 2015 r.*, sygn. akt VI SA/Wa 264/15, Legalis.
33. *Wyrok WSA w Warszawie z dnia 2 czerwca 2017 r.*, sygn. akt VI Sa/Wa 2583/16, Lex nr 2345774.
34. *Wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 listopada 2015 r.*, sygn. akt VI Sa/Wa 1495/15, Legalis.
35. *Wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 maja 2015 r.*, sygn. akt VI Sa/Wa 3128/14.
36. *Wyrok WSA z dnia 06 października 2015 r.*, sygn. akt VI Sa/Wa 34/15, Legalis.
37. *Wyrok WSA z dnia 5 stycznia 2017r.*, sygn. akt VI Sa/Wa 1480/16, Lex nr 2270175.
38. *Wyrok WSA z 11 września 2013 r.*, VI SA/Wa 1291/13, Legalis.
39. *Wyrok WSA z 2 czerwca 2013 r.*, VI SA/Wa 456/13, www.nsa.gov.pl.
40. Załucki M., *Reklama podmiotu leczniczego jako reklama (nie)sprzeczna z prawem – uwagi na tle zwalczania nieuczciwej konkurencji (dodatek MOP 6/2014)*, „MOP” 2014, nr 6.

Prohibited pharmacy advertising

Abstract

Article on Prohibited advertising of pharmacies is aimed at analyzing the legal provisions regarding the title of play. In accordance with the instruction of art. 94a paragraph 1, para. 2 and par. 3 of the Act of 6 September 2001. Pharmaceutical Law, advertising of pharmacies and pharmacy points and their activities is prohibited. It is not advertising information about the location and working hours of the pharmacy or pharmacy point. Due to the fact that the above-mentioned regulation raised and continues to be controversial from the very beginning, the analysis of this provision was made in the light of the judicial decisions. The scope of allowed advertising for pharmacies shaped on the basis of court decisions was considered. The concept of pharmacies and a pharmacy point as well as the method and form of prohibited pharmacy advertising are discussed. The object of the interest was also the objective of prohibiting the advertising of pharmacies, as well as the penalties provided for violating the prohibition in question. The relationship between duties imposed on pharmacists and the imposed advertising ban on pharmacies was indicated. De lege ferenda views were formulated in this topic.

Keywords: Prohibited advertising of pharmacies, pharmacies, penalties for violation of the advertising ban, penalties, admitted advertising