



Sygn. akt SDI 93/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 grudnia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Kazimierz Klugiewicz (przewodniczący)

SSN Zbigniew Puskarski (sprawozdawca)

SSN Jan Bogdan Rychlicki

Protokolant Anna Kuras

przy udziale Naczelnego Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej mgr farmacji
Kazmierza Jury,

w sprawie **farmaceuty E.M.**,

obwinionej z art. 87 ust. 2 pkt 1, art. 72 ust. 1 oraz art. 96 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy
Prawo farmaceutyczne,

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 6 grudnia 2017 r.

kasacji wniesionej przez obrońcę obwinionej

od orzeczenia Naczelnego Sądu Aptekarskiego z dnia 25 kwietnia 2017 r.,

utrzymującego w mocy orzeczenie Okręgowego Sądu Aptekarskiego w [...] z dnia
17 listopada 2016 r.,

**1. uchyla zaskarżone orzeczenie i sprawę przekazuje do
ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym
Naczelnemu Sądowi Aptekarskiemu;**

**2. nakazuje zwrócenie E.M. wniesionej opłaty od kasacji w
kwocie 750 (siedemset pięćdziesiąt) złotych.**

UZASADNIENIE

Okręgowy Sąd Aptekarski w [...] orzeczeniem z dnia 17 listopada 2016 r. uznał magister farmacji E.M. za winną przewinienia zawodowego, polegającego na prowadzeniu w okresie od 13 stycznia 2012 r. do 19 września 2014 r. w ramach funkcjonowania apteki „U.” sprzecznego z prawem obrotu produktami leczniczymi, polegającego na sprzedaży produktów leczniczych do podmiotów nieuprawnionych, tj. hurtowni farmaceutycznych i aptek ogólnodostępnych, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1, art. 72 ust. 1 oraz art. 96 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy - Prawo farmaceutyczne i za to wymierzył jej karę nagany.

Odwołanie od tego orzeczenia wniosła obwiniona E.M.. Z treści odwołania wynika, że zaskarżyła orzeczenie w całości, zarzucając niezachowanie przewidzianego prawem (art. 353 § 1 k.p.k. w zw. z art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich – t.j. Dz. U. z 2016, poz. 1496) odstępu czasowego pomiędzy doręczeniem zawiadomienia o terminie rozprawy i samą rozprawą (podniosła, że „pomiędzy czasem odebrania pisma z poczty a rozprawą były dwie doby”), skutkujące nieuczestniczeniem obwinionej w rozprawie, jak też błąd w ustaleniach faktycznych, polegający na uznaniu, że obwiniona dopuściła się przypisanego jej przewinienia zawodowego. Do odwołania skarżąca załączyła pismo określone jako „oświadczenie”, w którym wykazywała niezasadność zarzutu.

Naczelny Sąd Aptekarski orzeczeniem z dnia 25 kwietnia 2017 r., utrzymał w mocy orzeczenie Sądu Aptekarskiego pierwszej instancji. Ponadto obciążył obwinioną kosztami postępowania odwoławczego.

Kasację od prawomocnego orzeczenia Naczelnego Sądu Aptekarskiego, zaskarżając go w całości, złożył obrońca obwinionej. Na podstawie art. 46 c ust. 1 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił rażące naruszenie prawa, a to:

„I. § 2 ust. 1, § 31 ust. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 31 marca 2003 r. w sprawie postępowania w sprawach odpowiedzialności zawodowej farmaceutów poprzez oparcie ustaleń faktycznych na zawiadomieniu [...] Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w [...] [WIF] o rzekomym naruszeniu prawa dotyczącego wykonywania zawodu farmaceuty przez mgr farm. E.M., gdy

tymczasem zawiadomienie WIF nie jest dokumentem urzędowym i nie stanowi dowodu rzekomego naruszenia przez obwinioną prawa dotyczącego wykonywania zawodu farmaceuty, a Sądy dyscyplinarne powinny we własnym zakresie przeprowadzić ustalenia i zgromadzić odpowiedni materiał dowodowy potwierdzający ewentualnie, że obwiniona mgr farm. E.M. naruszyła prawo dotyczące wykonywania zawodu farmaceuty;

II. § 2 ust. 1, § 31 ust. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 31 marca 2003 r. w sprawie postępowania w sprawach odpowiedzialności zawodowej farmaceutów poprzez nieustalenie kto, kiedy i jakie konkretnie czynności sprzedaży dokonał (sprzedał produkt leczniczy), które mają stanowić rzekome naruszenie prawa dotyczącego wykonywania zawodu farmaceuty przez mgr farm. E.M., gdy tymczasem ze zgromadzonego materiału dowodowego, nawet gdyby przyjąć, że zarzucane czynności naruszają prawo, nie wynika, kto tych czynności się dopuścił, czy obwiniona, czy wspólnik spółki cywilnej, czy inna osoba pracująca w aptece;

III. naruszenie art. 1 § 1 kodeksu karnego w związku z art. 62 ust. 1 pkt 2 oraz art. 45 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich, w związku z art. 87 ust. 2 pkt 1, art. 72 ust. 1 oraz art. 96 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy - Prawo farmaceutyczne poprzez przyjęcie, że sprzedaż produktów leczniczych do hurtowni farmaceutycznych i aptek ogólnodostępnych w okresie od 13.01.2012 r. do 19.09.2014 r., nawet jeżeli została dokonana przez obwinioną mgr farm. E.M. i miała miejsce, to było to działanie niezgodne z prawem, gdy tymczasem przepis zakazujący takiej sprzedaży został wprowadzony do ustawy prawo farmaceutyczne dopiero w dniu 08.02.2015 r. (poprzez dodanie art.86a);

IV. prawa procesowego, a to art. 4, art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k. w związku z art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegające na przyjęciu, że z zawiadomienia Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego z dnia 22.09.2015 r. (znak pisma DNAiH.8521.7.2015) ma wynikać, że obwiniona dopuściła się zarzucanego czynu, gdy tymczasem powyższe pismo nie stanowi dowodu, że transakcje w ogóle miały miejsce, że dopuściła się ich obwiniona mgr farm. E.M. i że były one niezgodne z prawem”.

W konkluzji obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości oraz uniewinnienie obwinionej od popełnienia zarzucanego jej czynu, ewentualnie uchylenie zaskarżonego orzeczenia oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja okazała się zasadna, chociaż wymaga podkreślenia, że jej autor praktycznie nie respektuje podstawowego wymogu tej skargi, jakim w świetle art. 46b ust. 1 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich jest skierowanie jej przeciwko orzeczeniu Naczelnego Sądu Aptekarskiego, a nie sądu pierwszej instancji. Zarzuty kasacji są bowiem zredagowane w sposób typowy dla zwykłego środka zaskarżenia, wskazując na naruszenie przepisów zasadniczo mających zastosowanie w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji. Jeżeli skarżący podnosi naruszenie art. 7 k.p.k. poprzez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów (zarzut IV), to należy zaznaczyć, że tego uchybienia nie mógł się dopuścić Naczelny Sąd Aptekarski w sytuacji, gdy utrzymał w mocy wyrok Sądu pierwszej instancji i nie dokonywał samoistnie oceny dowodów przeprowadzonych przez ten Sąd, jak też nie przeprowadzał dowodów, które następnie sam oceniał.

Także to Sąd *meriti* czynił w sprawie ustalenia faktyczne i opierał je na określonych dowodach, uznanych przez skarżącego za niemogące być podstawą do czynienia takich ustaleń (zarzut I), zachowanie obwinionej uznał za niezgodne z prawem (zarzut III), jak też, ewentualnie, nie ustalił „kto, kiedy i jakie konkretnie czynności sprzedaży dokonał (...), czy obwiniona, czy wspólnik spółki cywilnej, czy inna osoba pracująca w aptece” (zarzut II). Dla obrońcy, jako podmiotu fachowego, powinno być też oczywiste, że wnioskowi o uniewinnienie obwinionej powinien towarzyszyć wniosek o uchylenie nie tylko zaskarżonego orzeczenia, ale też orzeczenia Sądu pierwszej instancji.

Odczytując wszakże kasację przez pryzmat art.118 § 1 k.p.k. wypada przyjąć, że w ramach zarzutu II skarżący w istocie podnosi, iż Sąd odwoławczy nie odniósł się do zawartego w złożonym przez obwinioną odwołaniu zarzutu powierzchownego zbadania sprawy (skarżąca wywodziła, że „sąd jest obowiązany dążyć do wszechstronnego zbadania wszystkich okoliczności sprawy”), a w

szczegółności błędnego ustalenia, że obwiniona dopuściła się przypisanego jej przewinienia zawodowego.

Należy przypomnieć, że w odwołaniu E.M. podniosła, iż co prawda była współnikiem spółki cywilnej prowadzącej aptekę „U.”, ale w aptece tej była zatrudniona tylko na godziny, bo na pełnym etacie pracowała w innej aptece oraz że w aptece „U.” poza czynnościami fachowymi nie wykonywała żadnych innych czynności, w szczególności nie zajmowała się „towarem, fakturami”. W sporządzonym osobno piśmie nazwanym „oświadczenie” obwiniona wskazała, że cyt. „nie uczestniczyłam w odwróconym łańcuchu dystrybucji leków”, „poświęcałam niewiele czasu na zajmowanie się apteką w [...], gdyż to nie ja byłam wtedy kierownikiem tej apteki”, „nigdy nie zamówiłam żadnego z tych leków w takich ilościach, które były przedmiotem kontroli przeprowadzonej przez WIF w [...]. Nigdy nie wystawiłam, ani nie podpisałam żadnej faktury. Nigdy nie współpracowałam z hurtowniami, których nazw nawet nie znałam”. W samym zaś odwołaniu sugerowała, że za ewentualne nieprawidłowości zaistniałe w aptece „U.” jest odpowiedzialny jej mąż, który nie informował jej o „stronie ekonomicznej, jak również o działaniach w przedmiotowej sprawie”.

Sąd Najwyższy w tym samym dniu rozpoznał kasację wniesioną od orzeczenia Naczelnego Sądu Aptekarskiego wydanego w sprawie magistra farmacji H.M., którego ukarano za przewinienie zawodowe tożsame z przewinieniem przypisanym mgr farmacji E.M.. Z urzędu było zatem wiadomo, że właśnie H.M. obwiniona wskazała jako osobę pełniącą wiodącą rolę w zarządzaniu apteką „U.”, w tym za zakup leków w hurtowniach i dalsze nimi gospodarowanie. Z kolei H.M. w odwołaniu wniesionym od orzeczenia Okręgowego Sądu Aptekarskiego w [...] wskazał, że w aptece „U.” jego żona „poza czynnościami fachowymi nie wykonywała żadnych innych czynności. Ja zajmowałam się wszystkimi czynnościami związanymi z apteką: towarem, fakturami, nie informowałam żony o stronie ekonomicznej, jak również o działaniach w przedmiotowej sprawie”, a dalej, że „Sąd nie może występować przeciwko osobie, która nie знаła przedmiotowej sprawy a została postawiona przed faktem odpowiedzialności za czynności, o których nie wiedziała”.

Nie jest jasne, dlaczego sądy obu instancji spraw H.M. i E.M. nie rozpoznały w jednym postępowaniu, co byłoby zgodne z art. 34 § 2 k.p.k. oraz sprzyjałoby prawidłowemu ustaleniu okoliczności związanych z obrotem lekami przez osoby odpowiedzialne za funkcjonowanie wspomnianej apteki. Nie ulega jednak wątpliwości, że skład orzekający Naczelnego Sądu Aptekarskiego, rozpoznający sprawę E.M., znał treść wspierającego jej linię obrony odwołania wniesionego przez H.M., bowiem rozpoznał w tym samym dniu sprawy obojga wymienionych farmaceutów. Nie dostrzegł jednak, że rola E.M. przy podejmowaniu decyzji dotyczących obrotu lekami kupowanymi nominalnie dla apteki „U.” nie została dostatecznie wyjaśniona, w każdym razie w żaden sposób nie odniósł się do jej twierdzenia, że została skazana niesłusznie, bowiem wiodącą rolę w kierowaniu apteką, w tym podejmowaniu czynności związanych z zamawianiem leków w hurtowniach oraz dalszą ich dystrybucją pełnił jej mąż H.M., drugi wspólnik spółki cywilnej, który nie informował obwinionej o szczegółach funkcjonowania apteki, w tym o pozyskiwaniu i dystrybucji leków. Zamiast rzeczowego odniesienia do powyższych istotnych twierdzeń skarżącej, Sąd odwoławczy poprzestał na ogólnikowej konstatacji, że „materiał dowodowy w sposób jednoznaczny wskazuje, że w okresie objętym zarzutem, w aptece prowadzonej przez E.M. oraz jej męża H.M. był prowadzony sprzeczny z prawem obrót produktem leczniczym (...)”. Sformułowanie to nie indywidualizuje odpowiedzialności wymienionych osób, przy czym trzeba mieć na uwadze, że Sąd pierwszej instancji odpowiedzialności E.M. upatrywał w tym, że „była zarówno kierownikiem apteki, jak i jej zezwoleniobiorcą” oraz że dopuszczała do sprzedaży leków podmiotom nieuprawnionym, przez co „nie wywiązywała się należycie z obowiązków kierownika apteki”. Wcześniej nadmieniono, że w „oświadczeniu” obwiniona twierdziła, iż w okresie objętym zarzutem nie była kierownikiem apteki „U.”, a generalnie, że jeżeli w tej aptece zaistniały nieprawidłowości w obrocie lekami, to o nich nie wiedziała, zatem nie może ponosić za nie odpowiedzialności. Jak zaznaczono, pozostało to bez odpowiedzi ze strony Sądu odwoławczego, który w konsekwencji rażąco naruszył art. 433 § 2 k.p.k. (nakazujący rozważyć wszystkie zarzuty podniesione w środku odwoławczym) w zw. z art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich, nadto § 47 ust. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 31

marca 2003 r. w sprawie postępowania w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej farmaceutów (Dz. U. Nr 65, poz. 612), zgodnie z którym Naczelny Sąd Aptekarski rozpoznaje sprawę w granicach odwołania. Chociaż art. 46c ust. 1 tej ustawy, inaczej niż art. 523 § 1 k.p.k., wprost nie stanowi, że w kasacji należy wykazać, iż sygnalizowane rażące naruszenie prawa mogło mieć istotny wpływ na treść orzeczenia, to wypada przyjąć, że pominięcie przez organ *ad quem*, chociaż nie całkiem klarownie wyartykułowanego w odwołaniu, ale czytelnego zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych, taki wpływ na treść orzeczenia mogło mieć.

Musiało to skutkować uchyleniem zaskarżonego orzeczenia i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym Naczelnemu Sądowi Aptekarskiemu. Sąd ten zbada, czy trafne jest ustalenie Sądu pierwszej instancji, że w okresie objętym zarzutem obwiniona była kierownikiem apteki „U.”, umożliwi wypowiedzenie się co do zarzutu obwinionej, jak też przesłucha w charakterze świadka H.M., o ile ten nie skorzysta z prawa do odmowy złożenia zeznań (art. 182 § 1 k.p.k. w zw. z art. 62 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich), a następnie oceni, czy w świetle zebranych w sprawie dowodów zasadny jest zarzut odwołania, że Sąd pierwszej instancji błędnie ustalił, iż E.M. dopuściła się przewinienia zawodowego opisanego w sentencji orzeczenia.

Jakkolwiek wcześniej nadmieniono, że pozostałe zarzuty kasacji (I, III i IV) nie dotyczą orzeczenia Sądu odwoławczego, to można nadmienić, że zawiadomienie Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego skierowane do Okręgowego Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej jest dokumentem urzędowym, jeżeli jednak obrońca uważa, że nie jest dowodem wystarczającym do uznania, iż obwiniona dopuściła się przewinienia zawodowego, jak też, że „transakcje w ogóle miały miejsce”, w toku postępowania odwoławczego może złożyć wniosek o przeprowadzenie dowodu z faktur obrazujących transakcje, o których mowa we wspomnianym zawiadomieniu Rzecznika Odpowiedzialności Zawodowej.

Należy też wspomnieć, że skoro obrońca zdecydował się podnieść kwestię bezpodstawności skazania obwinionej z uwagi na fakt, że czyn będący przedmiotem zarzutu nie był zabroniony przez ustawę obowiązującą w czasie jego

popęłnienia (zarzut III kasacji), stosowny zarzut powinien potraktować jako wiodący. Jest faktem, że E.M. przypisano prowadzenie sprzecznego z prawem obrotu produktami leczniczymi w okresie od 13 stycznia 2012 r. do 19 września 2014 r., zaś przepis art. 86a, zakazujący *expressis verbis* prowadzenia przez apteki sprzedaży na rzecz hurtowni czy innych aptek ogólnodostępnych, został wprowadzony do ustawy - Prawo farmaceutyczne nowelą z dnia 19 grudnia 2014 r. To zagadnienie było jednak w polu widzenia Sądu *ad quem*, który dokonał analizy przepisów tej ustawy obowiązujących w czasie określonym w zarzucie pod kątem, czy w oparciu o nie można obwinionej przypisać odpowiedzialność za przedmiotowe przewinienie zawodowe. Uznając za trafny wyrażony przez Sąd odwoławczy pogląd, że w świetle tych przepisów „sprzedaż produktu leczniczego do hurtowni zawsze objęta była zakresem definicji obrotu hurtowego i dokonywana być mogła jedynie przez hurtownię i to na podstawie posiadanego zezwolenia, a nie przez aptekę (spółkę prowadzącą aptekę)”, w uzupełnieniu można nadmienić, że również w piśmiennictwie prawniczym wskazuje się, iż także przed wejściem w życie art. 86a ustawy - Prawo farmaceutyczne, chociaż nie wyrażony tak jednoznacznie, obowiązywał zakaz prowadzenia odwróconego łańcucha dystrybucji leków. Wspomniany art. 86a jest traktowany jako *superfluum* ustawowe, przy zaakcentowaniu, że zakaz prowadzenia przez apteki sprzedaży na rzecz hurtowni czy innych aptek ogólnodostępnych wynika z całej systematyki ustawy - Prawo farmaceutyczne (zob. np. W. L. Olszewski, Komentarz do art. 86a ustawy - Prawo farmaceutyczne, LEX/el). Ustawa ta określa przecież apteki jako podmioty uprawnione wyłącznie do prowadzenia obrotu detalicznego (art. 68 ust. 1) i przeznaczone do zaopatrywania ludności (art. 87 ust. 2 pkt 1). Dystrybucja leków w innym kierunku niż do pacjenta co do zasady wchodzi w zakres obrotu hurtowego, zastrzeżonego przez art. 72 ust. 1 wyłącznie dla hurtowni farmaceutycznych. Z kolei, jak to stwierdził Sąd I instancji, zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 1 i 3 produkty lecznicze kategorii Rp. (recepturowe) mogą być wydawane z apteki jedynie na podstawie recepty lub zapotrzebowania.

Również sądy administracyjne przed uzupełnieniem ustawy - Prawo farmaceutyczne o przepis art. 86a konsekwentnie wypowiadały się przeciwko legalności prowadzenia przez apteki odwróconego łańcucha dystrybucji leków. Np.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 22 maja 2014 r., I GSK 491/13 (G. Prawna FiP 2014/150/2), jednoznacznie stwierdził, że „apтека nie może sprzedawać leków innym aptekom i hurtowniom”. Z kolei Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 12 lipca 2012 r., VI SA/Wa 160/12, (LEX nr 1277043) uznał, że dostarczanie przez aptekę produktów leczniczych do innych aptek ogólnodostępnych bądź hurtowni farmaceutycznych narusza „fundamentalne” zasady działania apteki ogólnodostępnej (podobnie w wyroku z dnia 7 stycznia 2015 r., VI SA/Wa 1507/14, LEX nr 2165835).

Trudno też pominąć, że sama obwiniona najwyraźniej zdawała sobie sprawę z niedopuszczalności zaopatrywania przez aptekę ogólnodostępną, jaką była apteka „U.”, w produkty lecznicze innych podmiotów niż osoby indywidualne. We wspomnianym oświadczeniu bowiem stwierdziła, że zarzucanych jej działań nie dopuściła się również dlatego, że uważała je i nadal uważa za „niewłaściwe i niegodne”.

Z tych wszystkich względów Sąd Najwyższy orzekł, jak w wyroku. Zwrócenie obwinionej uiszczzonej opłaty od kasacji zarządzone zgodnie z art. 527 § 4 k.p.k.

kc