

II GSK 3355/15 - Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie

LEX nr 2379235

Wyrok

Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie

z dnia 28 września 2017 r.

II GSK 3355/15

Status:

orzeczenie prawomocne

UZASADNIENIE

Skład orzekający

Przewodniczący: Sędzia NSA Andrzej Skoczylas.

Sędziowie NSA: Joanna Sieńczyło-Chłabcz (spr.), Mirosław Trzecki.

Sentencja

Naczelny Sąd Administracyjny po rozpoznaniu w dniu 28 września 2017 r. na rozprawie w Izbie Gospodarczej skargi kasacyjnej L. J., J. J., A. S., K. S. od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 21 lipca 2015 r., sygn. akt VI SA/Wa 3896/14 w sprawie ze skargi L. J., J. J., A. S., K. S. na decyzję Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia (...) sierpnia 2014 r. nr (...) w przedmiocie nakazu zaprzestania prowadzenia niezgodnej z przepisami reklamy apteki oraz nałożenia kary pieniężnej

1. oddala skargę kasacyjną,
2. zasądza od L. J., J. J., A. S., K. S. na rzecz Głównego Inspektora Farmaceutycznego 200 (dwieście) złotych tytułem częściowego zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

Uzasadnienie faktyczne

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 21 lipca 2015 r., sygn. akt VI SA/Wa 3896/14, oddalił skargę (...) na decyzję Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia (...) sierpnia 2014 r. nr (...) w przedmiocie nakazu zaprzestania prowadzenia niezgodnej z przepisami reklamy apteki i nałożenia kary pieniężnej.

Sąd I instancji za podstawę rozstrzygnięcia przyjął następujące ustalenia.

I

W grudniu 2013 r. do (...) Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w (...) (dalej: WIF), wpłynęła informacja o podejrzeniu prowadzenia reklamy apteki zlokalizowanej w (...) przy ul. (...) za pomocą plakatu informującego o tańszych lekach i umieszczonego w witrynie tej

apteki. Do zawiadomienia załączono dwa zdjęcia, na których uwidoczniono w witrynie owej apteki "potykacza" z plakatem o treści: "Mamy TAŃSZE odpowiedniki drogich leków".

W związku z powyższym w dniu 31 stycznia 2014 r. i w dniach 3 i 4 lutego 2014 r. pracownicy WIF wykonali zdjęcia zewnętrznego oznakowania aptek ogólnodostępnych, prowadzonych przez (...) (dalej: skarżący) o nazwach; (...), zlokalizowanych w: (...) i (...).

Następnie WIF z urzędu wszczął wobec skarżących postępowanie administracyjne w przedmiocie podejrzenia naruszenia przez nich art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm. - dalej: p.f.), o czym skarżących zawiadomił i pouczył o przysługujących im prawach.

W toku postępowania (pismem z 13 marca 2014 r.) skarżący potwierdzili, że w izbach ekspedycyjnych ww. aptek rzeczywiście znajdują się tzw. "potykacze" o wskazanej treści i wyjaśnili, że celem tego jest informowanie pacjentów o dostępności i możliwości nabycia w tych aptekach tańszego odpowiednika produktu leczniczego przepisanego przez lekarza, co w ich ocenie bezpośrednio spełnia wymogi z art. 43 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 44 ust. 1 ustawy z dnia 12 maja 2012 r. - o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 122, poz. 696 - dalej: u.r.l.). Skarżący podkreślili przy tym, że forma informowania pacjentów o możliwości nabycia tańszego odpowiednika produktu leczniczego w żaden sposób nie została określona w u.r.l. i umieszczenie takich "potykaczy", czy też użycie nieznacznie większej czcionki w odniesieniu do poszczególnych słów, nie narusza art. 94a ust. 1 p.f.

WIF ostatecznie stwierdził, że powyższym działaniem skarżący dopuścili się naruszenia zakazu reklamy, o którym mowa w art. 94a ust. 1 p.f. i decyzją z dnia (...) kwietnia 2014 r. nakazał im zaprzestanie prowadzenia reklamy ww. aptek oraz nałożył karę pieniężną w wysokości 10.000 zł. Jako podstawę materialnoprawną decyzji wskazano art. 112 ust. 3 i art. 115 pkt 4 w zw. z art. 94a ust. 1 oraz art. 129b ust. 1 i 2 p.f., a także art. 44 u.r.l.

Zaskarżoną decyzją z dnia (...) sierpnia 2014 r. Główny Inspektor Farmaceutyczny (dalej: GIF) utrzymał w mocy decyzję organu I instancji. W uzasadnieniu decyzji organ odwoławczy, co do zasady podzielił ocenę dokonaną przez WIF, że postępowanie skarżących należało zakwalifikować jako jedną z form reklamy apteki i jej działalności, zakazanej przez art. 94a ust. 1 p.f. Stwierdził też, że przedmiotowy "potykacz" umieszczony został przez skarżących pod pozorem przekazywania informacji o możliwości nabycia tzw. zamienników, gdyż tak naprawdę służył on reklamie apteki i jej działalności, co jest zabronione. Zauważył, że po pierwsze treść plakatu umieszczonego na "potykaczu" była widoczna nie tylko przez pacjentów znajdujących się w aptece, ale także dla osób pozostających na zewnątrz apteki, a po drugie skarżący tworząc ten plakat wykorzystywali dodatkowo m.in. tzw. efekt złudzenia optycznego, powiększając wyraz "TAŃSZE".

Zdaniem organu dla potencjalnego klienta z odległości widoczny był przede wszystkim komunikat "TAŃSZE" i stanowił on wyraźną i bezpośrednią zachętę skierowaną do pacjenta, aby wejść do tej właśnie apteki i skorzystać z jej usług, gdyż apteka ta jest apteką tańszą w stosunku do innych aptek.

Podkreślono również, że organ I instancji rozpoznając sprawę wziął pod uwagę treść art. 44 ust. 1 u.r.l. i rozważył czy już samo wywieszenie informacji, która wypełnia unormowanie art. 43 ust. 1 pkt 5 u.r.l., jest czynnością "poinformowania", o której stanowi art. 44 ust. 1

u.r.l. Analiza tego przepisu doprowadziła organ odwoławczy do konstatacji, że nie są to pojęcia tożsame i tym samym różne są zakresy tych obowiązków. Drugie z powyższych unormowań wyraźnie wskazuje na relację osoby wydającej lek z korzystającym z usługi farmaceutycznej świadczeniobiorcą. W ramach tej konkretnej relacji ma dojść do wymiany komunikatu o możliwości substytucji aptecznej oraz o wyrażeniu przez świadczeniobiorcę, na podstawie tej informacji, woli dokonania tej substytucji lub braku tej woli. Powyższy przepis nie nakazuje informowania o wszystkich tańszych lekach w aptece lecz o tym, iż należy poinformować świadczeniobiorcę o możliwości nabycia leku objętego refundacją innego niż zapisany na receptce (odpowiednika), którego cena detaliczna nie przekracza limitu finansowania ze środków publicznych oraz ceny detalicznej leku przepisanego na receptę.

W zakresie wysokości nałożonej kary administracyjnej organ odwoławczy w sześciu punktach wyjaśnił, że: 1) reklama wskazanych aptek prowadzona była w formie plakatu reklamowego umieszczonego na "potykaczu" w izbie ekspedycyjnej apteki; 2) od przedsiębiorcy uzyskującego zezwolenie na prowadzenie apteki wymagana jest znajomość przepisów regulujących ten rodzaj działalności gospodarczej, w szczególności art. 94a p.f.; 3) będąca przedmiotem postępowania działalność reklamowa dotyczyła siedmiu aptek; 4) okres naruszenia zakazu reklamy polegający na eksponowaniu "potykacza" w ww. aptekach trwał od dnia 31 stycznia 2014 oraz od dnia 3 i 4 lutego 2014 r. do dnia wydania decyzji; 5) strona naruszyła uprzednio przepisy dotyczące zakazu prowadzenia reklamy aptek - decyzja GIF z (...) marca 2013 r. w przedmiocie umorzenia postępowania i nałożenia kary pieniężnej ((...)) utrzymana wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 29 stycznia 2014 r. sygn. akt VI SA/Wa 1456/14); 6) kara pieniężna ma zapobiec ponownemu naruszeniu przepisów przez podmiot prowadzący zakazaną reklamę apteki i jej działalności, w konsekwencji musi być dotkliwa, a jednocześnie możliwa do spełnienia.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 21 lipca 2015 r. oddalił skargę na powyższą decyzję GIF, uznając ją za niezasadną.

Zdaniem Sądu I instancji, organy inspekcji farmaceutycznej słusznie uznały, że realizacja obowiązku informacyjnego, wynikającego z art. 43 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 44 ust. 1 u.r.l., odbywała się z naruszeniem zakazu reklamy apteki, o którym mowa w art. 94a p.f. W szczególności zasadnie stanęły na stanowisku, że do takich legalnych sposobów nie należy posługiwanie się plakatem umieszczonym na "potykaczu" widocznym z zewnątrz apteki, zawierającym hasło reklamowe "Mamy tańsze odpowiedniki drogich leków", przy czym wyraz "TAŃSZE" został napisany grubszą czcionką w porównaniu do innych wyrazów. Taka konstrukcja plakatu w rzeczywistości sprawia, że w odbiorze konsumenta, do którego jest adresowany, nie zostaje on odczytany jako oficjalny komunikat urzędowy dotyczący obowiązku informacyjnego wynikającego z ustawy, a jest odbierany jako przekaz reklamowy, zawierający wskazane hasło. Po drugie, trafne jest stanowisko organów, że skarżący tworząc ów plakat wykorzystali dodatkowo m.in. tzw. efekt złudzenia optycznego, powiększając wyraz "TAŃSZE". Słusznie zatem organ przyjął, że dla potencjalnego klienta z odległości widoczny był przede wszystkim komunikat "TAŃSZE" i stanowił on wyraźną i bezpośrednią zachętę skierowaną do pacjenta, aby wejść do tej właśnie apteki i skorzystać z jej usług, gdyż apteka ta jest apteką tańszą w stosunku do innych aptek.

Niewątpliwie należy zgodzić ze stwierdzeniem skarżącej, że cytowane wyżej przepisy ustawy refundacyjnej wprowadzają obowiązek informowania przez aptekę "w widocznym i łatwo dostępnym miejscu" (art. 43 ust. 1 pkt 5 u.r.l.), o zawarciu umowy na realizację recept oraz obowiązek "osoby wydającej leki" czyli farmaceuty o możliwości nabycia "leku objętego refundacją, innego niż lek przepisany na recepcie" (art. 44 ust. 1 u.r.l.). Jednakże nie oznacza to w ocenie Sądu, że dopuszczalne jest wykonywanie tego obowiązku w taki sposób, który de facto ma charakter reklamy apteki. Innymi słowy, realizacja tego ustawowego obowiązku informacyjnego przez przedsiębiorcę prowadzącego aptekę ogólnodostępną nie może naruszać zakazu reklamy apteki, o którym mowa w art. 94a ust. 1 p.f. Z jednej strony bowiem przepisy prawa nakładają na aptekę obowiązek informacyjny ale z drugiej strony tenże obowiązek jest ograniczony przez zakaz reklamy wyrażony w art. 94a ust. 1 p.f. W ramach zakazu reklamy apteki nie jest dopuszczalne takie graficzne przedstawienie nazwy apteki, które same w sobie nie zawierając elementów ocennych ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna. (por. ww. wyrok Sądu Najwyższego, sygn. akt II CSK 289/07, LEX nr 341805). Podobna sytuacja miała miejsce w rozpoznawanej sprawie, gdzie graficzne wyeksponowanie części hasła "TAŃSZE", który to wyraz nie występuje w cytowanych wyżej przepisach ustawy refundacyjnej może zostać odczytany przez odbiorców jako zachęta do kupna tańszych produktów w tej aptece.

Sąd I instancji stwierdził, że nie jest dopuszczalne realizowanie obowiązku informacyjnego przez aptekę w sposób reklamowy, a mianowicie - jak w omawianym przypadku - poprzez graficzne wyeksponowanie najgrubszą czcionką słowa "TAŃSZE" w treści sloganu reklamowego; "Mamy tańsze odpowiedniki drogich leków". Bez znaczenia jest zatem miejsce umieszczenia takiej reklamy - w izbie ekspedycyjnej apteki - skoro hasło jest dostrzegalne na zewnątrz apteki i może wywierać wpływ na potencjalnego klienta przechodzącego obok apteki. Nieskuteczny zatem pozostaje zarzut skarżącej, że na owych potykaczach została umieszczona wzmianka o obowiązujących przepisach prawa skoro wzmianka ta nie była dostatecznie widoczna.

Zdaniem WSA przepisy u.r.l. wprowadzają obowiązek informowania przez aptekę "w widocznym i łatwo dostępnym miejscu" (art. 43 ust. 1 pkt 5 u.r.l.) o zawarciu umowy na realizację recept oraz obowiązek "osoby wydającej leki", czyli farmaceuty o możliwości nabycia "leku objętego refundacją, innego niż lek przepisany na recepcie" (art. 44 ust. 1 u.r.l.). Jednakże nie oznacza to, w ocenie Sądu, że dopuszczalne jest wykonywanie tego obowiązku w taki sposób, który ma charakter reklamy apteki.

Według Sądu I instancji, działania skarżących stanowiły w istocie ominięcie zakazu reklamy apteki. Sąd podzielił zatem utrwalony w orzecznictwie sądowoadministracyjnym pogląd - aktualny na gruncie art. 94a p.f. - stanowiący, że 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 aptece.

Sąd I instancji uznał również za prawidłowe rozstrzygnięcie organu dotyczące wysokości nałożonej kary, której wymiar jest ściśle uzależniony od ustaleń faktycznych związanych z naruszeniem zakazu reklamy apteki i jej działalności i jest bezpośrednią konsekwencją tych

ustaleń. Zdaniem Sądu I instancji organy należycie wyjaśniły, że w realiach rozpoznawanej sprawy kara pieniężna w wysokości 10.000 zł dla siedmiu aptek tego samego przedsiębiorcy jest karą adekwatną do okresu i stopnia dokonanego naruszenia zakazu prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki, mieści się w dolnej granicy zagrożenia i nie przekracza dopuszczalnego luzu decyzyjnego.

Reasumując, Sąd I instancji nie dopatrył się naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, jak również naruszenia prawa materialnego, a więc art. 94a oraz art. 129b ust. 1 i ust. 2 p.f.

II

(...) złożyli skargę kasacyjną od wyroku Sądu I instancji zaskarżając to orzeczenie w całości. Wnieśli o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, a także o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

I. Na podstawie art. 174 pkt 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2012 r. poz. 270 z późn. zm. - dalej: p.p.s.a.), naruszenie przepisów postępowania, które miały istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

1.art. 151 p.p.s.a. w zw. z art. 145 § 1 pkt 1 lit. c p.p.s.a. poprzez nieuchylenie przez Sąd I instancji zaskarżonej decyzji GIF z dnia 3 września 2014 r. i tym samym zaakceptowanie stanu faktycznego nieprawidłowo ustalonego przez wskazany organ, a zakładającego, że:

a) "potykacz" umieszczony w izbie ekspedycyjnej aptek ogólnodostępnych o nazwie (...), zlokalizowanych w (...), był ogólnie dostępny dla potencjalnych konsumentów nie znajdujących się na terenie aptek, lecz przebywających w ich okolicach na ul. (...), podczas gdy szereg okoliczności faktycznych przemawia za stanowiskiem, iż dostrzeżenie "potykacza" przez podmioty nie znajdujące się na terenie aptek jest niemożliwe;

II. Na podstawie art. 174 pkt 1 p.p.s.a. naruszenie prawa materialnego, tj.:

1.art. 94a ust. 1 p.f. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące przyjęciem, że umieszczenie w izbie ekspedycyjnej apteki ogólnodostępnej "potykacza" zawierającego treści informacyjne stanowi zabronioną reklamę apteki oraz jej działalności w rozumieniu wskazanego przepisu, podczas gdy w rzeczywistości przedmiotowy przekaz o treści "mamy tańsze odpowiedniki drogich leków" oraz "podstawa prawna informacji: art. 43 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 44 ust. 1 u.r.l", skierowany wyłącznie do klientów przebywających już na terenie wskazanej apteki prowadzonej przez skarżących, stanowić może jedynie przekaz informacyjny, który pozbawiony jest cech reklamy. Sąd I instancji nieprawidłowo dokonał subsumpcji oznaczonej normy prawnej kwalifikując działanie skarżących jako działalność apteki mającą zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece, podczas gdy zapoznanie się z treścią przedmiotowego komunikatu było niemożliwe dla klientów znajdujących się poza izbą ekspedycyjną i nie stanowiło niedozwolonej

reklamy apteki. Co więcej wydanie odpowiednika produktu leczniczego obniża, a nie zawyża wartość sprzedaży apteki;

2.art. 43 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 44 ust. 1 u.r.l. poprzez ich błędną wykładnię skutkującą przyjęciem, iż jedynie osoba wydająca leki (tj. farmaceuta) jest obowiązana poinformować świadczeniobiorcę o możliwości nabycia leku objętego refundacją, innego niż lek przepisany na receptę, podczas gdy w rzeczywistości już z literalnego brzmienia przepisu art. 43 ust. 1 pkt 5 u.r.l. wynika, iż apteka w celu realizacji świadczeń objętych umową na realizację recept ma obowiązek zamieścić, w widocznym i łatwo dostępnym miejscu, informację o zawarciu umowy na realizację recept oraz informację, o której mowa w art. 44 ust. 1. Powyższe oznacza, iż zacytowana litera prawa wprost nakazuje zamieszczenie informacji o możliwości wydania tzw. odpowiedników w formie materialnej na terenie apteki;

3.art. 129b ust. 1 oraz ust. 2 p.f. poprzez jego błędną wykładnię skutkującą przyjęciem, iż organ administracyjny prawidłowo wymierzył karę pieniężną, jaką winni uiścić skarżący, podczas gdy w rzeczywistości doszło do naruszenia zasad wymiaru kary oraz ich uzasadnienia. W ramach wyznaczonego organowi luzu decyzyjnego w zakresie wymiaru kar pieniężnych doszło do naruszenia powszechnie obowiązujących norm prawnych, albowiem instytucja ta nie stanowi synonimu dowolności i winna podlegać kontroli sądu. Sąd I instancji nie dostrzegł również, iż organ administracyjny błędnie przedłożył cele prewencyjne nad celami represyjnymi przedmiotowej kary;

Argumentację na poparcie zarzutów skarżący przedstawili w uzasadnieniu skargi kasacyjnej.

III

Uzasadnienie prawne

Naczelnny Sąd Administracyjny zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna nie zasługiwała na uwzględnienie, gdyż zawarte w niej zarzuty okazały się nieusprawiedliwione.

Naczelnny Sąd Administracyjny jest związany podstawami skargi kasacyjnej, bowiem stosownie do treści art. 183 § 1 p.p.s.a., rozpoznając sprawę w granicach skargi kasacyjnej, bierze pod rozwagę z urzędu jedynie nieważność postępowania, która zachodzi w przypadkach przewidzianych w § 2 tego artykułu. W niniejszej sprawie nie występują jednak żadne z wad wymienionych we wspomnianym przepisie, które powodowałyby nieważność postępowania prowadzonego przez Sąd I instancji.

Niezasadne są zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego wskazane w pkt I ppkt 1 lit. a petitum skargi kasacyjnej, tj. zarzuty naruszenia art. 151 p.p.s.a. w zw. z art. 145 § 1 pkt 1 lit. c p.p.s.a. Według autora skargi kasacyjnej do naruszenia ww. przepisów miało dojść poprzez zaakceptowanie przez Sąd I instancji nieprawidłowo ustalonego przez organy stanu faktycznego sprawy. W ramach tych zarzutów kasator podważa ustaloną i zaakceptowaną przez Sąd I instancji okoliczność, że "potykacz" umieszczony w izbie ekspedycyjnej aptek ogólnodostępnych objętych postępowaniem organów, jest bardzo dobrze widoczny dla potencjalnych konsumentów. W konsekwencji - jak twierdzi kasator - WSA wyciągnął

błędny wniosek, że zamiarem skarżących była reklama aptek oraz ich działalności, podczas gdy szereg okoliczności faktycznych przemawia za stanowiskiem, że dostrzeżenie "potykacza" przez podmioty nie znajdujące się na terenie aptek jest niemożliwe.

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu należy wskazać, że art. 145 § 1 pkt 1 lit. c p.p.s.a., który reguluje sposób rozstrzygnięcia sprawy - nie może stanowić samodzielnej podstawy kasacyjnej. Zarzut naruszenia wskazanego wyżej przepisu podnieść można jedynie w powiązaniu z odpowiednim przepisem procedury administracyjnej. Chcąc zatem w skardze kasacyjnej podważyć przyjęty przez Sąd I instancji stan faktyczny, zarzut naruszenia art. 145 § 1 pkt 1 lit.c p.p.s.a. powinien być powiązany z naruszeniem przez organy administracyjne przepisów art. 7, art. 77 § 1 oraz art. 80 k.p.a. ze stwierdzeniem, że doszło do oddalenia skargi mimo naruszeń tych przepisów w stopniu mogącym mieć istotny wpływ na wynik sprawy (por. wyrok NSA z dnia 15 czerwca 2016 r., sygn. akt II GSK 2854/14). Tego wymogu skarga kasacyjna nie spełnia, a w konsekwencji tak postawiony zarzut należy uznać za niezasadny.

Natomiast art. 151 p.p.s.a. jest przepisem ogólnym (blankietowym) i ta jego właściwość sprawia, że na stronę skarżącą, chcącą powołać się na zarzut naruszenia tej regulacji nałożona została powinność powiązania go z zarzutem naruszenia konkretnych przepisów, którym uchybił sąd I instancji w toku rozpatrywania sprawy (por. wyroki NSA z dnia: 9 kwietnia 2015 r., sygn. akt II GSK 379/14; 28 maja 2014 r., sygn. akt II GSK 229/13; 14 maja 2014 r., sygn. akt II GSK 384/13; 24 maja 2012 r., sygn. akt II GSK 563/11). I w tym przypadku skarga kasacyjna tego wymogu nie spełnia, skoro art. 151 p.p.s.a. został powiązany wyłącznie z art. 145 § 1 pkt 1 lit. c p.p.s.a., bez wskazania w ramach tego zarzutu odpowiednich przepisów procedury administracyjnej.

W tym miejscu wymaga zaakcentowania, że to sam autor skargi kasacyjnej wyznacza zakres kontroli instancyjnej przed Naczelnym Sądem Administracyjnym wskazując, które normy prawa zostały naruszone, a sąd kasacyjny nie ma obowiązku, ani też prawa do dokonywania konkretyzacji zarzutów kasacyjnych, wykładni zakresu zaskarżenia i jego kierunków, czy też domyślania się i uzupełniania argumentacji autora skargi kasacyjnej (por. wyrok NSA z dnia 3 lipca 2013 r., sygn. akt I FSK 1130/12; wyrok NSA z dnia 28 stycznia 2014 r., sygn. akt II OSK 2029/12).

Skoro autor skargi kasacyjnej nie podważył skutecznie przyjętych jako podstawa wyrokowania ustaleń faktycznych, należało przyjąć, że zaakceptowany przez Sąd I instancji stan faktyczny został ustalony przez organy w sposób prawidłowy.

Zamierzonego skutku nie mogły również odnieść zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego podniesione w pkt II ppkt 1 i 2 petitum skargi kasacyjnej, tj. zarzuty naruszenia art. 94a ust. 1 p.f. oraz art. 43 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 44 ust. 1 u.r.l. W ramach tych zarzutów autor skargi kasacyjnej wskazuje, że Sąd I instancji niewłaściwie zastosował art. 94a ust. 1 p.f. przyjmując, że umieszczenie w izbie ekspedycyjnej apteki ogólnodostępnej "potykacza" zawierającego treści informacyjne - stanowi zabronioną reklamę apteki oraz jej działalności w rozumieniu wskazanego przepisu, podczas gdy w rzeczywistości przedmiotowy przekaz o treści "mamy tańsze odpowiedniki drogich leków" oraz "podstawa prawna informacji: art. 43 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 44 ust. 1 u.r.l", skierowany wyłącznie do klientów przebywających już na terenie wskazanej apteki prowadzonej przez skarżących, stanowić może jedynie

przekaz informacyjny, który pozbawiony jest cech reklamy. Ponadto, WSA miał dokonać błędnej wykładni art. 43 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 44 ust. 1 u.r.l. przyjmując, że jedynie osoba wydająca leki (tj. farmaceuta) jest obowiązana poinformować świadczeniobiorcę o możliwości nabycia leku objętego refundacją, innego niż lek przepisany na recepcie.

Odnosząc się do tych zarzutów na wstępie podkreślenia wymaga, że w myśl art. 94a ust. 1 p.f. zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Przepis ten został zmieniony z dniem 1 stycznia 2012 r. przez art. 60 pkt 7 u.r.l. i aktualnie zakaz ten został rozszerzony w kierunku jakiegokolwiek reklamy aptek, punktów aptecznych oraz - co istotne - ich działalności. Założeniem nowelizacji było wprowadzenie całkowitego zakazu reklamy działalności aptek i punktów aptecznych oraz zakazu reklamy placówek obrotu pozaaptecznego odnoszącej się do produktów leczniczych i wyrobów medycznych. Z zakresu pojęcia reklamy apteki wyłączono jedynie informację o lokalizacji i godzinach pracy apteki. Powyższe zmiany uzasadniano koniecznością zwiększenia ochrony pacjentów oraz finansów publicznych przed negatywnymi skutkami reklamy aptek, wskazując, że "cele przedsiębiorców prowadzących apteki, w tym dążenie do maksymalizacji zysku, muszą być podporządkowane wymogom wynikającym z konieczności ochrony zdrowia pacjentów" (uzasadnienie do projektu ww. nowelizacji, druk sejmowy VI.3491).

W aktualnym, na gruncie niniejszej sprawy, stanie prawnym ustawodawca - jak i poprzednio - także nie zawarł definicji reklamy apteki i jej działalności, tak jak uczynił w art. 52 ust. 1 p.f. - w zakresie reklamy produktu leczniczego. Już jednak z art. 94a ust. 1 p.f. wynika, że ustawodawca potraktował pojęcie reklamy apteki dość szeroko, skoro wyłączył z jej zakresu jedynie proste informacje o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego (por. wyrok NSA z dnia 13 października 2016 r.).

Biorąc powyższe pod uwagę, Naczelny Sąd Administracyjny podziela zaaprobowany przez Sąd I instancji pogląd co do szerokiego rozumienia pojęcia "reklama", ugruntowany w orzecznictwie na tle tej regulacji, zgodnie z którym, podstawowym elementem pozwalającym stwierdzić, że doszło do naruszenia zakazu reklamy apteki lub jej działalności jest zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu produktu leczniczego lub wyrobu leczniczego w konkretnej aptece, zwiększenia konsumpcji produktów leczniczych, a przez to zwiększenie obrotów tej apteki (por. wyrok NSA z dnia 20 lipca 2017 r., sygn. akt II GSK 2964/15).

Reklama jest zatem szeroko pojmowanym informowaniem potencjalnych klientów o preferencjach obowiązujących w danej aptece, co z kolei ma zachęcać potencjalnych klientów do korzystania z tej właśnie apteki. Reklamą działalności apteki będzie więc zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece - niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków - jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych. Może zatem przybierać różne formy zachęcania sugerujące, że ceny produktów w niej oferowanych są inne niż ceny produktów w innych aptekach.

Konkludując należy zatem podkreślić, że zgodnie z ugruntowaną już w orzecznictwie sądów administracyjnych definicją reklamy apteki, którą podziela również Naczelny Sąd Administracyjny w składzie orzekającym w rozpoznawanej sprawie, reklamą apteki jest

każde działanie zachęcające klientów do zakupu towarów sprzedawanych w aptece, niezależnie od form i metod tego działania oraz użytych środków (por. wyrok NSA z dnia 29 czerwca 2017 r., sygn. akt II GSK 2310/15).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy należy podzielić stanowisko organu zaakceptowane przez Sąd I instancji, że posługiwanie się przez skarżących plakatem umieszczonym na "potykaczu" widocznym z zewnątrz aptek, zawierającym hasło reklamowe "Mamy tańsze odpowiedniki drogich leków", przy czym wyraz "TAŃSZE" został napisany grubszą czcionką w porównaniu do innych wyrazów - stanowi reklamę apteki w rozumieniu art. 94a ust. 1 p.f., gdyż wykracza poza sferę, którą ustawodawca wyłączył spod tego zakazu, tj. informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki ogólnodostępnej i jest jednocześnie zachętą do skorzystania z usług tej konkretnej apteki. Jak słusznie stwierdził Sąd I instancji, taka konstrukcja plakatu w rzeczywistości sprawia, że w odbiorze konsumenta, do którego jest adresowany, jest odbierany jako przekaz reklamowy, zawierający wskazane hasło. Jego elementem jest bowiem uatrakcyjnienie oferty handlowej, czyli spowodowanie u odbiorcy (nabywcy) woli zakupu oferowanych towarów. Tym samym jest to reklama działalności apteki. Co istotne i co wymaga zaakcentowania, korzyści wynikające z zakupu tańszych odpowiedników drogich leków, realizowane mogą być wyłącznie w danej, konkretnej aptece. Zatem, stanowi to zachętę do kupowania w tej właśnie aptece.

Powyższej oceny nie może zmienić odwoływanie się przez autora skargi kasacyjnej do przepisów art. 43 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 44 ust. 1 u.r.l.

Niewątpliwie cytowane wyżej przepisy u.r.l. wprowadzają obowiązek informowania przez aptekę "widocznym i łatwo dostępnym miejscu" (art. 43 ust. 1 pkt 5 u.r.l.), o zawarciu umowy na realizację recept oraz obowiązek "osoby wydającej leki", czyli farmaceuty o możliwości nabycia "leku objętego refundacją, innego niż lek przepisany na recepcie" (art. 44 ust. 1 u.r.l.). Jednakże nie oznacza to, że dopuszczalne jest wykonywanie tego obowiązku w taki sposób, który ma charakter reklamy apteki. Innymi słowy, realizacja tego ustawowego obowiązku informacyjnego przez przedsiębiorcę prowadzącego aptekę ogólnodostępną nie może naruszać zakazu reklamy apteki, o którym mowa w art. 94a ust. 1 p.f. Z jednej strony bowiem przepisy prawa nakładają na aptekę obowiązek informacyjny ale z drugiej strony tenże obowiązek jest ograniczony przez zakaz reklamy wyrażony w art. 94a ust. 1 p.f.

Słusznie zatem Sąd I instancji przyjął, że wyeksponowanie części hasła "TAŃSZE", który to wyraz nie występuje w cytowanych wyżej przepisach u.r.l. - może zostać odczytany przez odbiorców jako zachęta do kupna tańszych produktów w tej aptece. Sporne plakaty - wbrew twierdzeniem kasatora - nie odzwierciedlały jedynie obowiązku apteki, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 44 ust. 1 i 2 u.r.l., ale miały na celu przed wszystkim zachęcenie pacjentów do dokonania zakupu w konkretnej aptece, co stanowi zabronioną przez art. 94a ust. 1 p.f. reklamę apteki.

Zamierzonego skutku nie mogły również odnieść twierdzenia autora skargi kasacyjnej, że źródłem informacji, o której mowa ww. przepisach u.r.l. - nie musi być wyłącznie osoba wydająca leki, ale dopuszczalne jest zawarcie owego przekazu informacyjnego w formie materialnej na terenie apteki. Niesłuszne jest więc założenie a priori, iż ten sposób wykonywania komentowanego obowiązku ma charakter reklamy apteki i jej działalności.

Obowiązek apteki w zakresie informowania pacjentów o możliwości zakupu tańszych odpowiedników nie może kolidować z zakazem reklamy określonym w art. 94a ust.p.f. i powinien być realizowany neutralnie. W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, to osoba wydająca leki, środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyroby medyczne objęte refundacją ma obowiązek poinformować świadczeniobiorcę o możliwości nabycia leku objętego refundacją, innego niż lek przepisany na recepcie (por. wyrok NSA z dnia 20 lipca 2017 r., sygn. akt II GSK 1039/17). Wynika to wyraźnie z wykładni literalnej art. 44 ust. 1 u.r.l. Natomiast stosownie do art. 44 ust. 2 u.r.l. - wyłącznie na żądanie świadczeniobiorcy - osoba wydająca leki ma również obowiązek wydać lek pacjentowi, którego cena detaliczna jest niższa niż cena leku przepisanego na recepcie.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że sporne plakaty informujące o możliwości nabycia tańszych odpowiedników leków refundowanych, wbrew twierdzeniom skarżącej, nie odzwierciedlają obowiązku, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 5 u.r.l., ale mają na celu przede wszystkim przyciągnięcie pacjentów do dokonania zakupów.

Nie mógł przynieść oczekiwanego rezultatu również zarzut naruszenia art. 129b ust. 1 oraz ust. 2 p.f., sformułowany w pkt II ppkt 3 petitum skargi kasacyjnej. Zdaniem autora skargi kasacyjnej Sąd I instancji dokonał błędnej wykładni ww. przepisu skutkującą przyjęciem, że organ prawidłowo wymierzył karę pieniężną, jaką winni uiścić skarżący, podczas gdy w rzeczywistości doszło do naruszenia zasad wymiaru kary oraz ich uzasadnienia.

W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodzić należy się ze stanowiskiem Sądu I instancji, że wysokość nałożonej kary pieniężnej ustalona została w sposób zgodny z obowiązującym prawem. Z uzasadnienia zaskarżonej decyzji wbrew twierdzeniu autora skargi kasacyjnej wynika, że przy miarkowaniu kary organ kierował się kryteriami określonymi w art. 129b ust. 2 p.f., do których należą okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, uwzględniając przede wszystkim przy tym, że reklama dotyczyła siedmiu aptek, a skarżący naruszyli uprzednio zakaz reklamy. Organ wskazał bowiem, że okres naruszenia zakazu reklamy polegający na eksponowaniu "potykacza" w aptekach trwał od dnia 31 stycznia 2013 r. (jak słusznie zauważył Sąd I instancji - winno być 2014 r., co należy potraktować jako oczywistą omyłkę organu) oraz od 3 i 4 lutego 2014 r. do dnia wydania decyzji, a strona naruszyła uprzednio przepisy dotyczące zakazu prowadzenia reklamy aptek - decyzja GIF z (...) marca 2013 r. utrzymana w mocy prawomocnym wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 29 stycznia 2014 r. sygn. akt VI SA/Wa 1456/14). W tym kontekście w pełni należy zaakceptować pogląd organu, zaakceptowany przez Sąd I instancji, że nałożona na skarżących kara pieniężna ma zapobiec ponownemu naruszeniu przez nich przepisów dotyczących zakazu reklamy apteki i jej działalności i w konsekwencji musi być dotkliwa a jednocześnie możliwa do spełnienia.

W tym stanie rzeczy, skoro żaden z zarzutów nie może być uznany za usprawiedliwiony, wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku nie mógł zostać uwzględniony.

Ze wskazanych wyżej powodów Naczelnny Sąd Administracyjny uznał, że wniesiona skarga kasacyjna nie ma usprawiedliwionych podstaw i stosownie do art. 184 p.p.s.a., orzekł o jej oddaleniu.

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 204 pkt 1 w zw. z art. 207 § 2 p.p.s.a.

Ustalając, czy w danej sprawie zachodzi uzasadniony przypadek w rozumieniu art. 207 § 2 p.p.s.a. zbadać należy m.in.: nakład pracy pełnomocnika oraz stopień zawichości sprawy. Zasadzając wynagrodzenie pełnomocnika Sąd wziął pod uwagę fakt, że do Sądu wniesiono kilka skarg kasacyjnych analogicznej treści w tożsamych rodzajowo sprawach. Biorąc pod uwagę m.in. powtarzalność spraw i związany z tym mniejszy nakład pracy pełnomocnika organu, jak również brak odpowiedzi na skargę kasacyjną, Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że zastosowanie ww. przepisu jest uzasadnione.