

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO

radca prawny Krystian Szulc kt-1553

41-400 Mysłowice ul. Oświęcimska 13; tel. (32) 3161016; e-mail: szulc.krystian@e-radcaprawny.mail.pl

Mysłowice dnia 09.01.2009r.

Opinia prawna

Sporządzona dla Śląskiej Izby aptekarskiej w Katowicach.

Przedmiot opinii:

1. Czy dopuszczalne jest nakładanie przez samorząd powiatowy na przedsiębiorców prowadzących apteki obowiązku prowadzenia działalności w określonych porach wbrew woli i interesowi gospodarczemu tych przedsiębiorców.

2. W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie zawarte w punkcie 1, jaki podmiot winien finansować działalność aptek we wskazanych przez samorząd powiatowy porach.

Akty prawne:

Konstytucja RP z dnia 02.04.1997r. (Dz.U.97.78.483 z późn. zm.) - *Konstytucja RP*,
Ustawa z dnia 24.08.2004r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U.04.210.2135 z późn. zm.) - *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej*,

Ustawa z dnia 5 czerwca 1998r. o samorządzie powiatowym (Dz.U.01.142.1592 z późn. zm.) - *Ustawa o samorządzie powiatowym*,

Ustawa z dnia 30 sierpnia 1991r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U.91.91.408 z późn. zm.) - *Ustawa o ZOZ*,

Ustawa z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U.04.173.1807 z późn. zm.) - *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej*,

Ustawa z dnia 6 września 2001r. prawo farmaceutyczne (t.j. Dz.U.04.53.533 z późn. zm.) - *Prawo farmaceutyczne*,

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964r. kodeks cywilny (Dz.U.64.16.93 z późn. zm.) - *Kodeks cywilny*.

1. Konstytucyjna ochrona prawa własności, oraz gwarancja swobody działalności gospodarczej.

Konstytucja RP gwarantuje swoim obywatelom bezwzględną ochronę ich prawa własności, oraz swobody podejmowania i wyboru zajęć zarobkowych (art. 64 i art. 65 Konstytucji RP). Wskazane prawa składają się na obowiązującą w polskim porządku prawnym swobodę działalności gospodarczej, wyartykułowaną bezpośrednio przez ustawodawcę w art. 6 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

Prawa i wolności konstytucyjne mogą podlegać ograniczeniom wyłącznie w przypadkach i zakresie szczegółowo wskazanym w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Najistotniejszą okolicznością wynikającą z tej regulacji jest granica postawiona ustawodawcy wprowadzającemu ograniczenia konkretnych praw i wolności konstytucyjnych. Jakikolwiek ograniczenia wprowadzone przez ustawodawcę nie mogą mianowicie naruszać istoty ograniczanych praw i wolności.

Powyższe regulacje prawne skutkują wymogiem odpowiedniej wykładni przepisów wprowadzających ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności, tak by nie naruszały one istoty tychże praw. Jeżeli bowiem w drodze dopuszczalnej wykładni przepisy te mogą ograniczać prawa konstytucyjne bez niedozwolonej ingerencji w samą istotę tych praw, organy państwowe oraz sądy powinny przy stosowaniu prawa używać takiej właśnie wykładni. Alternatywą dla takiej wykładni jest przyjęcie, iż dane przepisy nie obowiązują jako niezgodne z Konstytucją, konkretnie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

2. Apteka jako przedsiębiorstwo w rozumieniu kodeksu cywilnego i samoistny przedmiot prawa własności.

Przepis art. 94 ust. 1 Prawa farmaceutycznego przewiduje, iż rozkład godzin pracy aptek ogólnodostępnych powinien być dostosowany do potrzeb ludności i zapewniać dostępność świadczeń również w porze nocnej, w niedzielę, święta i inne dni wolne od pracy.

Z kolei przepis art. 94 ust. 2 Prawa farmaceutycznego wskazuje, iż rozkład godzin pracy aptek ogólnodostępnych na danym terenie ustala zarząd powiatu po zasięgnięciu opinii wójtów (burmistrzów, prezydentów miast) gmin z terenu powiatu oraz opinii właściwej Okręgowej Rady Aptekarskiej.

Ponieważ wskazane przepisy nie przewidują ograniczenia prawa własności przedsiębiorców prowadzących apteki, jakkolwiek interpretacja rozszerzająca tych przepisów, prowadząca do faktycznego ograniczenia prawa własności prywatnej, jest niedopuszczalna. W celu dokonania prawidłowej interpretacji zapisów ustawy, należy zwrócić uwagę na regulacje kodeksu cywilnego dotyczące przedsiębiorstwa, jakim jest bez wątpienia apteka.

Zgodnie z art. 55¹ i art. 55² kodeksu cywilnego, przedsiębiorstwo jako zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych, stanowi samoistny przedmiot prawa własności i może być przedmiotem obrotu gospodarczego.

Z kolei treść art. 140 kodeksu cywilnego wskazuje wyraźnie, jaki jest zakres prawa własności. Właściciel apteki może korzystać z niej zgodnie z jej społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, z wyłączeniem innych osób.

Wszelkie zatem kwestie decyzyjne, co do sposobu prowadzenia przedsiębiorstwa w postaci apteki, pozostają w gestii jej właściciela, który to w swych decyzjach może kierować się zasadami ekonomicznymi.

Potwierdza to zapis art. 10 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zgodnie z którym przedsiębiorca nie może być obciążony jakimikolwiek dodatkowymi daninami publicznymi niż te, które wynikają z konkretnego przepisu prawnego. W tym miejscu trzeba z naciskiem podkreślić: żaden przepis prawny nie nakłada na aptekę czy tym bardziej na aptekarza wprost i jednoznacznie obowiązku pracy w porze nocnej i w dni wolne od pracy. Apteka jest co prawda placówką ochrony zdrowia publicznego, ale nie jest zakładem opieki zdrowotnej i nie udziela świadczeń zdrowotnych (art. 1 ust. 1, art. 3, art. 32 i art. 32 I ustawy o ZOZ, oraz art. 55 ust. 3 ustawy o świadczeniach ZOZ). Ten ostatni przepis wymaga np. odrębnej umowy z oddziałem wojewódzkim NFZ na świadczenia podstawowej opieki zdrowotnej udzielane przez lekarzy, pielęgniarki i położne w dni wolne od pracy i w święta. Por. także art. 62 tej ustawy, który wymienia obowiązki apteki.

3. Obowiązek zaspokajania potrzeb miejscowej ludności w zakresie usług farmaceutycznych.

W pozornej sprzeczności z przedstawionymi powyżej regulacjami prawa własności, pozostają zapisy art. 94 prawa farmaceutycznego. W celu rozstrzygnięcia wzajemnego zakresu cytowanych przepisów, należy przyjrzeć się zasadom działania w tym zakresie samorządu powiatowego.

Z przepisów nie wynika możliwość nakazania konkretnej aptece przez zarząd powiatu konkretnego czasu pracy. Wymieniona norma prawna daje natomiast możliwość

ustalania ramowego i ogólnego czasu pracy tak, by ludność bez przeszkód mogła zaspokoić swoje faktyczne, ale nie wyimaginowane potrzeby z zakresu usług farmaceutycznych. Dlatego zarząd powiatu nie może wydać w tym względzie jakiegokolwiek decyzji administracyjnej w trybie kodeksu postępowania administracyjnego, wiążącej konkretną aptekę, a jedynie co najwyżej zatwierdzić ogólny grafik czasu otwarcia aptek z uwzględnieniem pracy nocnej i dni wolnych od pracy. Taki grafik nie ma przeto mocy wiążącej dla konkretnej apteki. Jednakże gdyby konkretna apteka uporczywie i bezzasadnie nie zgadzała się na proponowane dyżury nocne czy świąteczne i ta odmowa dotyczyła by dłuższego okresu czasu – wtedy nie można wykluczyć hipotetycznej możliwości (ale tylko hipotetycznej) wnioskowania władzy powiatowej do wojewódzkiego inspektoratu farmaceutycznego o rozważenie cofnięcia zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej po myśli art. 103 ust. 2 pkt 3 Prawa farmaceutycznego. Trzeba też wspomnieć o prawie kontroli przysługującej NFZ, a obejmującej sprawę organizacji i sposobu zaopatrzenia ludności w leki refundowane oraz ich dostępności (zob. art. 64 ust. 1 pkt 1 ustawy o ZOZ).

„Rozkład godzin pracy aptek” nie może być ustalany mechanicznie, w oderwaniu od realiów. Musi przede wszystkim „być dostosowany do potrzeb ludności”. I to kryterium z art. 95 ust. 1 wymienione w pierwszym rzędzie przez ustawę jest obligatoryjną wskazówką na ustalanie „rozkładu”. Jeśli na danym terenie praktyka wskazuje na brak zainteresowania ludności funkcjonowaniem aptek w porze nocnej czy w dni wolne od pracy – wtedy nie ma też najważniejszego uzasadnienia na takie wyznaczanie dyżurów aptek.

Przeto to pierwsze kryterium (istnienie faktycznego zapotrzebowania ludności na nocne czy świąteczne dyżury aptek) powinno być już na wstępie rozważone przy kardynalnym pytaniu, które powinno być postawione przy ewentualnym ustalaniu dyżurów: czy wyznaczać dyżury aptek i w jakiej ilości na danym terenie. To kryterium też jest najważniejsze przy opiniowaniu projektu dyżurów przez okręgową radę aptekarską, która powinna w tej mierze formułować właściwe wnioski, propozycje i oceny przede wszystkim uwzględniając faktyczne „potrzeby ludności” w tym względzie ale także interesy i możliwości aptekarzy.

Nie można wykluczyć sytuacji, że zarząd powiatu bez zgody konkretnej apteki, czasami zgodnie z propozycjami Okręgowej Rady Aptekarskiej, w zatwierdzonym grafiku „przymusi” aptekę do dyżurów nocnych czy świątecznych, a to „przymuszenie” uragać będzie wyróżnionemu na wstępie tej opinii „pierwszemu kryterium” z art. 94 ust. 1 oraz zasadzie równego traktowania wszystkich aptek i każdej z osobna w tym względzie, także aptek usytuowanych np. w hipermarketach czy w zakładach opieki zdrowotnej.

4. Brak ustawowego ograniczenia prawa własności "apteki" - brak podstaw prawnych do rozporządzania "apteka" skutkującego pogorszeniem jej wyników ekonomicznych, oraz możliwością złamania np: przepisów prawa o czasie pracy pracowników w przypadku pracy apteki przez 24 godziny przy braku zatrudnienia odpowiedniej liczby pracowników fachowych, którymi zgodnie z art. 92 prawa farmaceutycznego mogą być tylko magistrowie farmacji, gdyż ich obecność jest niezbędna w godzinach czynności apteki.

Reasumując należy jednoznacznie stwierdzić, iż zapis art. 94 prawa farmaceutycznego nie zawiera ustawowego ograniczenia prawa własności.

Z uwagi na powyższe, realizacja dyspozycji cytowanego przepisu, nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami finansowymi dla przedsiębiorcy prowadzącego aptekę lub zmuszać go do łamania innych przepisów prawa które mogłyby narazić go na odpowiedzialność administracyjną lub karną.

W sytuacji zatem, gdy sporządzony „rozkład godzin pracy aptek” skutkowałby dla konkretnych aptek koniecznością poniesienia kosztów (dodatkowego zatrudnienia, etc.), odpowiedni organ samorządu terytorialnego winien zapewnić dla każdej apteki odpowiednie środki na sfinansowanie dodatkowych godzin pracy. Tylko wtedy bowiem, przedsiębiorca prowadzący aptekę zobowiązany będzie do respektowania "rozkładu".

W obowiązującym stanie prawnym nietrafny jest argument, że apteka za ekspedycję leków w porze nocnej ma prawo pobrać ekstra opłatę przewidziana w art. 94 ust. 3 prawa farmaceutycznego, co winno rekompensować ewentualne koszty działania apteki w czasie dyżuru,

Rozporządzenie M. Zdrowia z dnia 14 czerwca 2002 w sprawie maksymalnej wysokości dopłat pobieranych przez aptekę za ekspedycję produktów leczniczych w porze nocnej Dz. U. 2002.85.778 przewiduje odmiennie od poprzedniego rozporządzenia opłaty tylko za ekspedycję w porze nocnej (poprzednie Dz. U. 1993.33.153 przewidywało też opłaty za ekspedycję w dni wolne od pracy, niedziele i święta.) aktualnie więc zakres rozporządzenia po pierwsze nie obejmuje całości problemu (dni wolne i inne święta oraz niedziel) jak też zawiera spory katalog wyłączeń od obowiązku ponoszenia przez pacjenta tej opłaty (par. 2 rozporządzenia np: antybiotyki).

W żaden sposób wnoszenie tej opłaty przez pacjenta nie jest powiązane z kwestią ustalania przez samorząd powiatowy rozkładu godzin otwarcia aptek ogólnodostępnych.

Podobnie funkcjonuje zapewnienie mieszkańcom opieki medycznej, którą gminy często współfinansują.

Szulc Krystian
radca prawny