

Poznań, dnia 03 listopada 2016 r.

**WIELKOPOLSKI
WOJEWÓDZKI INSPEKTOR
FARMACEUTYCZNY**

WIFPOP.85221. .2016

DECYZJA

Na podstawie art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a i art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą - Prawo farmaceutyczne” i art. 105 § 1 w związku z art. 104 § 1 i 2 oraz art. 107 § 1 i 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r., poz. 23), zwanej dalej „K.p.a.”

umarzam postępowanie administracyjne w części dotyczącej prowadzenia przez –

niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie

”

- 2) nakładam na przedsiębiorcę, o którym mowa w punkcie 1, karę pieniężną w kwocie 2000 zł (dwa tysiące złotych).**

UZASADNIENIE

Apteka ogólnodostępna o

działa na podstawie zezwolenia nr 66/2016, znak:

udzielonego przez Wielkopolskiego Wojewódzkiego

Inspektora Farmaceutycznego w dniu

r. W/w placówka prowadzona

jest przez przedsiębiorcę

Pismem z dnia 12 września 2016 r., znak: Wielkopolski
Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił stronę o wszczęciu z urzędu

postępowania administracyjnego w sprawie naruszenia przez przedsiębiorcę –
przepisów
art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego tj. stosowanie niedozwolonej reklamy apteki
ogólnodostępnej o nazwie „
oraz w sprawie nałożenia kary pieniężnej za prowadzenie
przedmiotowej reklamy.

W tej samej dacie organ wojewódzki wezwał przedsiębiorcę do złożenia
wyjaśnień na okoliczność prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie
„
, a w szczególności
o wskazanie:

1. Na czyje zlecenie wydrukowano gazetkę informującą o cenach produktów leczniczych wraz z załączoną do nich informacją o aptece ogólnodostępnej o nazwie „
” oraz kto ją wydrukował ?
2. Na czyje zlecenie, kto i w jaki sposób prowadzi dystrybucję w/w gazetki?
3. Jaki jest/był nakład drukowanej gazetki reklamowej?
4. Czy nadal prowadzony jest kolportaż wskazanego materiału reklamowego?
5. W jakim okresie prowadzony był kolportaż?
6. Czy występuje ciągłość/cykliczność kolportażu gazetki reklamowej z załączoną do nich informacją o aptece ogólnodostępnej o nazwie
„
?

Ponadto w w/w wezwaniu zobowiązano przedsiębiorcę do udzielenia informacji dotyczących cen wybranych produktów leczniczych.

W odpowiedzi na powyższe przedsiębiorca –
w piśmie z dnia 19 września 2016 r. wyjaśnił, iż gazetka informująca o cenach produktów leczniczych wraz z załączoną do nich informacją o aptece

ogólnodostępnej o nazwie „ ” została wydrukowana w nakładzie 100 sztuk na zlecenie przedsiębiorcy. Jej kolportaż odbywał się przez okres trzech tygodni od dnia otwarcia apteki poprzez wyłożenie gazetek w izbie ekspedycyjnej. Strona oświadczyła, iż gazетка była wydrukowana jednorazowo, a w chwili obecnej nie jest wystawiana w miejscach dostępnych dla pacjenta. Odnośnie cen wybranych produktów leczniczych przedsiębiorca wyjaśnił, że ceny produktów z gazetki są aktualne i niezmiennie od rozpoczęcia działalności apteki.

Pismem z dnia 05 października 2016 r., znak: Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił stronę o zakończeniu postępowania administracyjnego w w/w sprawie i możliwości zapoznania się z aktami sprawy oraz wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego.

Przedsiębiorca nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia.

W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy zważyłem, co następuje:

Podstawę rozstrzygnięcia przyjętą przez organ I instancji w rozpatrywanej sprawie o umorzeniu postępowania stanowi art. 105 § 1 Kpa. Zgodnie z tym przepisem, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości lub w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. Umorzenie postępowania zamyka drogę do konkretyzacji praw lub obowiązków stron i kończy bieg postępowania w określonej instancji administracyjnej, stanowiąc załatwienie sprawy "w inny sposób" w rozumieniu art. 104 § 1 Kpa. Jest to orzeczenie formalne, kończące postępowanie bez jego merytorycznego rozstrzygnięcia. W orzecznictwie sądowym oraz piśmiennictwie nie budzi wątpliwości, iż bezprzedmiotowość postępowania ma miejsce w sytuacji, gdy istnieją okoliczności czyniące wydanie decyzji administracyjnej rozstrzygającej sprawę co do jej istoty prawnie niemożliwym z uwagi na brak przedmiotu

postępowania. Umorzenie postępowania nie jest zależne ani od woli organu administracji, ani tym bardziej pozostawione do uznania organu - organ ten jest zobowiązany do umorzenia postępowania w przypadku stwierdzenia jego bezprzedmiotowości. Zgodnie z ogólnie przyjętą linią orzecznictwa sądowo – administracyjnego postępowanie może być bezprzedmiotowe z przyczyn prawnych – gdy okaże się, że nie ma normy prawnej udzielającej organowi administracji publicznej kompetencji do wydania decyzji administracyjnej, lub z przyczyn faktycznych – gdy okaże się, że nie ma okoliczności faktycznych uzasadniających według hipotezy normy prawnej kompetencję organu administracji publicznej do wydania decyzji administracyjnej. Wówczas to jakiegokolwiek rozstrzygnięcie merytoryczne, pozytywne czy negatywne staje się prawnie niedopuszczalne. Z bezprzedmiotowością postępowania mamy do czynienia wówczas, gdy w sposób oczywisty organ stwierdzi brak podstaw prawnych i faktycznych do rozstrzygnięcia merytorycznego sprawy. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie między innymi w wyroku NSA z dnia 18 czerwca 1005 r. SA/Łd 2424/94, ONSA 1996, nr 2, poz. 80.

W niniejszej sprawie postępowanie wyjaśniające potwierdziło, że przedsiębiorca przed zakończeniem postępowania administracyjnego usunął z apteki ogólnodostępnej o nazwie „

gazetkę opatrzoną hasłem reklamowym „Nowy właściciel, nowa jakość, nowe ceny!” zawierającą wizerunki produktów leczniczych, suplementów diety oraz innych produktów wraz z wyeksponowaną ceną w/w produktów oraz z załączoną do niej informacją o w/w placówce, w tym mapką poglądową wskazującą na umiejscowienie apteki, a co za tym idzie zaprzestał podejmowania działań, które nosiły znamiona reklamy apteki w rozumieniu przepisu art. 94a ust. 1 ustawy – Prawo farmaceutyczne.

Przepis art. 94a ust. 2 Prawa farmaceutycznego stanowi, że „Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie

działalności reklamowej aptek i punktów aptecznych". Z zapisu tego jednoznacznie wynika, że organem właściwym do rozpatrzenia sprawy naruszenia przez przedsiębiorcę prowadzącego aptekę ogólnodostępną pod nazwą „

jest

Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny.

Przedmiotowa apteka zlokalizowana jest w miejscowości położonej na terenie województwa wielkopolskiego.

Z dniem 1 stycznia 2012 r. znowelizowane zostały przepisy ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.) dotyczące reklamy aptek. Zgodnie z art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego *„Zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego”*.

Obecny zakaz reklamy aptek ogólnodostępnych i punktów aptecznych jest szerszy (w porównaniu do stanu obowiązującego do 31 grudnia 2011 r.), gdyż dotyczy jakichkolwiek działań reklamowych, a nie jak poprzednio odnoszących się jedynie do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych finansowanych ze środków publicznych. Cytowany wyżej przepis dopuszcza dwa przypadki kierowania informacji do potencjalnych klientów apteki lub punktu aptecznego, które nie stanowią ich reklamy. Są to 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. Należy zatem przyjąć, że reklamą jest „wszystko”, co nie jest informacją o lokalizacji i godzinach pracy apteki.

Prawo farmaceutyczne nie zawiera ustawowej definicji reklamy działalności aptek (brak definicji legalnej reklamy działalności aptek ogólnodostępnych), w

związku z powyższym przy definiowaniu pojęcia „reklama” należy odwołać się do opracowań słownikowych oraz orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wskazał w wyroku z dnia 01 lutego 2008r. (sygn. Akt VII S.A./Wa 1960/07), że *„Przy zastosowaniu analogii do ustawowej definicji reklamy produktu leczniczego, określonej w art. 52 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne, za reklamę działalności apteki lub punktu aptecznego można uznać działalność polegającą na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w danej aptece lub punkcie aptecznym, mającą na celu zwiększenie sprzedaży. Reklamą apteki może być każde działanie, skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych”*. Podobne stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 17 października 2008r., (sygn. Akt VII S.A./Wa 698/08) stwierdzając, że *„Reklamą działalności apteki będzie [...] zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece – niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków – jeżeli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych”* oraz w wyroku z dnia 20 września 2010r. (sygn. Akt VI S.A./Wa 838/10) stanowiąc, że *„za reklamę apteki należy uznać wszelkie działania polegające na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w danej aptece lub punkcie aptecznym, mające na celu zwiększenie ich sprzedaży”*. Kierując się słownikowym rozumieniem pojęcia reklamy przyjmuje się, że reklamą jest każde działanie, które ma na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług (por. Wielki Słownik Wyrazów Obcych pod red. M. Bańki, PWN, Warszawa 2003). W „Wielkim Słowniku Wyrazów Obcych” pod redakcją M. Bańki, PWN, Warszawa 2003, podano, że *reklamą jest działanie mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług („Wielki Słownik Wyrazów Obcych” pod redakcją M. Bańki, wyd. PWN, Warszawa 2003 r.)* *Formy reklamy mogą być różnorodne, są to np. plakaty, ulotki, spoty w telewizji, bilbordy”*. Podobnie pojęcie reklamy jest rozumiane

przez Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 2 października 2007 r. stwierdził on, że: *"reklama oznacza każde przedstawienie (wypowiedź) w jakiegokolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów, dokonane w celu wspierania zbytu towarów lub usług. Powszechnie za reklamę uważa się wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierając w sobie elementów oceniających ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna (...). Przy rozróżnieniu informacji od reklamy trzeba mieć zatem na względzie, że podstawowym wyznacznikiem przekazu reklamowego jest nie tylko mniej lub bardziej wyraźna 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 skierowana. Wszelkie promocje, w tym cenowe, są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje".* Na uwagę w tym miejscu zasługuje również treść wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn.. akt: II GSK 2704/14, w którym wskazano, że *„Ustawodawca, ograniczając dopuszczalność reklamy leków i zakazując reklamy aptek, ma na uwadze ochronę zdrowia ludzkiego, kieruje się więc ważnym interesem publicznym w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP. W ramach prawidłowo funkcjonującego systemu ochrony zdrowia powinny bowiem funkcjonować mechanizmy, które pozwalają na zakup leków wtedy, kiedy są one rzeczywiście niezbędne, a nie wtedy, gdy pojawia się taka pokusa wywołana reklamą. Z tych powodów reklamy leków i aptek nie można uznać za działalność jednoznacznie nakierowaną na dobro pacjentów”.*

Z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie jednoznacznie wynika, że w aptecę ogólnodostępnej o nazwie „

 prowadzony był kolportaż gazetek reklamowych opatrzonych hasłem reklamowym „Nowy właściciel, nowa jakość, nowe ceny!” zawierających wizerunki produktów leczniczych, suplementów diety oraz innych produktów wraz z wyeksponowaną ceną w/w produktów oraz z załączoną do nich informacją o w/w

placówce, w tym mapką poglądową wskazującą na umiejscowienie apteki. Jak wskazał przedsiębiorca ceny zawarte w w/w gazetce były tożsame do cen ustalonych w w/w placówce ochrony zdrowia. Również zlecenie wydruku gazetki pochodziło od przedsiębiorcy – . Powyższe pozwala na uznanie, że apteka ogólnodostępna o nazwie „ ” zlokalizowana przy ul. była przez okres trzech tygodni promowana poprzez kolportaż gazetki reklamowej. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że zgodnie z aktualną linią orzecznictwa sądowo - administracyjnego gazetka, w której zawarta została informacja o asortymencie apteki stanowi formę reklamy tej apteki, zaś umieszczenie w w/w materiale informacji dotyczących apteki, której gazetka dotyczy stanowi wzmocnienie przeświadczenia, iż placówka detalicznego obrotu produktami farmaceutycznymi jest promowana. Na potwierdzenie powyższego zasadne jest przytoczenie treści uzasadnienia wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 02 lutego 2016 r., sygn.. akt: VI SA/Wa 2061/15, w którym wskazano: „W rozpoznawanej sprawie organy Inspekcji Farmaceutycznej ustaliły, że w lokalu kontrolowanej apteki dostępne były gazetki zawierające wizerunki produktów leczniczych oraz suplementów diety wraz z podanymi cenami i okresem ich obowiązywania. Były one opatrzone także tym samym logo, co apteki sieci [...] (charakterystyczne logo pozwalało na łatwą identyfikację miejsca, gdzie wskazane produkty dostępne są po wymienionych cenach). Nadto zawierały hasła: "Jeśli nie możesz znaleźć produktów z oferty w Twojej aptece - zapytaj farmaceutę o możliwość zamówienia", "Ilość produktów w ofercie jest ograniczona", "Produkty z tej oferty możesz również zamówić przez tel. Pod nr [...] lub na www. [...]' sugerującymi o dostępności prezentowanych w nich produktów w aptekach "[...]", i ograniczonym czasie trwania promocji (...) Ponadto gazetki pozwalały na identyfikację placówki sprzedaży detalicznej, czyli apteki posługując się charakterystycznym logo (...) W konsekwencji wobec kategorycznego brzmienia przepisu art. 94a p.f. oraz literalnej wykładni jego treści nie można podzielić wywodów skarżącej, że działania polegające na kolportowaniu gazetek tylko i wyłącznie wewnątrz lokalu apteki nie mogą być uznane za wchodzące w zakres prawnego pojęcia reklamy aptek. Sąd podziela stanowisko organów, że przedmiotowe gazetki są jedną z

form reklamy apteki bowiem nie ma żadnych ograniczeń aby mogły być one wynoszone na zewnątrz lokalu apteki i porównywane np. z ofertami innych aptek. Mają zatem rację organy inspekcji farmaceutycznej, że takie działania służą przyciągnięciu nowych klientów i zatrzymaniu starych, a w rezultacie mają za zadanie doprowadzenie do wzrostu sprzedaży. Nie jest też istotne z punktu widzenia zakazu reklamy aptek, czy reklama dokonywana jest wewnątrz czy na zewnątrz apteki. Jej działalność reklamowa może przejawiać się tak we wnętrzu lokalu aptecznego, jak i poza nim. Przepis art. 94a p.f. nie wyznacza granic miejscowych reklamy. W tej sytuacji Sąd nie dopatrył się nieprawidłowości w działaniu organów rozstrzygających w niniejszej sprawie, zarówno gdy idzie o ustalenie stanu faktycznego sprawy, jaki o zastosowanie do jego oceny przepisów prawa". W świetle prezentowanej linii orzeczniczej sądów administracyjnych stwierdzenie, że kolportaż gazetek, w których zawarto informację o godzinach i lokalizacji apteki, informację o dostępnym w niej asortymencie oraz hasła, które mogą sugerować potencjalnemu klientowi apteki, że dana apteka prezentuje lepszą ofertę niż apteki konkurencyjne, nie stanowi reklamy tej apteki byłoby zdaniem Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego naruszeniem przepisów prawa.

Reasumując, Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny stwierdza, iż wyżej opisane działania stanowią reklamę działalności apteki, o której mowa w art. 94a ust. 1 ustawy – Prawo farmaceutyczne. Przeszkodą do wydania decyzji w trybie przepisu art. 94a ust. 3 ustawy – Prawo farmaceutyczne, nakazującej zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy przez wyżej określonego przedsiębiorcę, jest okoliczność, że przed zakończeniem prowadzonego w sprawie postępowania zaprzestał prowadzenia kolportażu opisanych wyżej gazetek, a co za tym idzie zaprzestał prowadzenia reklamy tej apteki.

Mimo, że skierowanie do przedsiębiorcy nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy apteki stało się bezprzedmiotowe, wskazane jest nałożenie na niego kary

pieniężnej z powodu naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 ustawy – Prawo farmaceutyczne.

Zgodnie z art. 129b ust. 1 ustawy – Prawo farmaceutyczne karze pieniężnej w wysokości do 50.000 złotych podlega ten kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki ogólnodostępnej. Ust. 2 stanowi, iż karę pieniężną, określoną w ust. 1, nakłada Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w drodze decyzji.

Z przepisu art. 129b ustawy – Prawo farmaceutyczne wynika, że Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zobligowany jest do nałożenia kary pieniężnej na podmiot, który dopuścił się naruszenia art. 94a ust. 1 ustawy – Prawo farmaceutyczne. Nałożenie kary jest obligatoryjne, nie występuje tutaj uznanie administracyjne. Jeżeli w toku postępowania ustalono, że strona prowadziła reklamę apteki, to organ jest obowiązany nałożyć na nią karę pieniężną. Stanowisko to znajduje oparcie w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 17 czerwca 2013 r. sygn. Akt: VI SA/WA 450/13.

W przedmiotowej sprawie ustalono jednoznacznie, że przedsiębiorca prowadzący wyżej określoną aptekę ogólnodostępną dopuścił się naruszenia zakazu reklamy apteki, a tym samym zasadne jest nałożenie na niego kary pieniężnej. Kara pieniężna powinna być skuteczna, proporcjonalna i odstrasżająca. Skuteczność kary przejawia się w możliwości jej nałożenia i wyegzekwowania. Żeby kara była odstrasżająca jej wysokość powinna być dotkliwa dla przedsiębiorcy. Kara nałożona na podmiot musi także spełniać funkcję prewencyjną oraz dyscyplinującą - represyjną, tj. być ostrzeżeniem dla przedsiębiorcy, mającym na celu niedopuszczenie do powstania nieprawidłowości w przyszłości. Wymierzona kara powinna być też proporcjonalna, to jest właściwa do osiągnięcia zakładanego celu, jakim jest zaprzestanie stosowania przez przedsiębiorcę zakazanej reklamy apteki. Ustalając wysokość kary wziąłem pod uwagę czasokres prowadzenia niedozwolonej reklamy

oraz jej formę. Ustalenie kary w wysokości 2000 zł, jest adekwatne do stopnia naruszenia prawa i szkodliwości czynu. Organ wojewódzki wskazuje ponadto, iż wymiar kary ma na celu nadanie jej roli prewencyjnej, która ma jednocześnie zapobiec ponownemu naruszeniu reklamy apteki i ich działalności. W świetle dokonanych ustaleń, uwzględniając charakter i zakres podejmowanych przez przedsiębiorcę działań polegających na prowadzeniu reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie „
”, biorąc pod uwagę fakt, iż zaprzestano prowadzenia w/w reklamy jak również zważając na obszar działalności gospodarczej związany z ilością prowadzonych przez przedsiębiorcę aptek, Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uznał, iż nałożenie na przedsiębiorcę kary w wysokości 1000 złotych jest wystarczająco dolegliwe, a co za tym idzie pozwala domniemywać, iż przedsiębiorca – nie podejmie kolejnych działań skutkujących złamaniem zakazu określonego w art. 94a Prawa farmaceutycznego.

W tym stanie rzeczy orzekłem jak w sentencji decyzji.

P o u c z e n i e

Od niniejszej decyzji służy stronie odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za moim pośrednictwem (61-285 Poznań, ul Szwajcarska 5), w terminie czternastu dni od dnia jej doręczenia.

Zgodnie z brzmieniem art. 129ba ust. 1 Prawa farmaceutycznego karę pieniężną uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja o nałożeniu kary pieniężnej stała się ostateczna. Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki za zwłokę w wysokości jak dla zaległości podatkowych. Wpłaty należy dokonać na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Poznaniu - 47 1010 1469 0026 1322 3100 0000.

Otrzymują :

2) ad acta