

Poznań, dnia 27 kwietnia 2018 r.

**WIELKOPOLSKI
WOJEWÓDZKI INSPEKTOR
FARMACEUTYCZNY**

WIFPOP.85221.23.2017

DECYZJA

Na podstawie art. 112 ust. 3 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2017 r., poz. 2211), 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 2017 r., poz. 1257), zwanej dalej „K.p.a.”

umarzam postępowanie administracyjne wszczęte z urzędu w sprawie naruszenia przepisów art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego tj. stosowanie niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie [REDAKTOWANO] usytuowanej na [REDAKTOWANO] w [REDAKTOWANO] oraz w sprawie nałożenia kary pieniężnej za prowadzenie przedmiotowej reklamy.

UZASADNIENIE

Apteka ogólnodostępna o nazwie o nazwie [REDAKTOWANO] usytuowana na [REDAKTOWANO] w [REDAKTOWANO] działa na podstawie zezwolenia nr [REDAKTOWANO], znak: [REDAKTOWANO] udzielonego przez Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w dniu [REDAKTOWANO] grudnia [REDAKTOWANO] r., zmienionego decyzją tegoż organu z dnia [REDAKTOWANO] września [REDAKTOWANO] r., znak: [REDAKTOWANO]. Apteka prowadzona jest przez przedsiębiorcę – [REDAKTOWANO] z siedzibą w [REDAKTOWANO], nr wpisu do KRS: [REDAKTOWANO]

Pismem z dnia [REDAKTED] grudnia [REDAKTED] r., znak: [REDAKTED] Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie naruszenia przepisów art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego tj. stosowanie niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie [REDAKTED] usytuowanej na [REDAKTED] w [REDAKTED] oraz w sprawie nałożenia kary pieniężnej za prowadzenie przedmiotowej reklamy.

W tej samej dacie organ wojewódzki wezwał stronę postępowania do złożenia wyjaśnień na okoliczność stosowania niedozwolonej reklamy prowadzonej przez nią placówki ochrony zdrowia, a w szczególności o wyjaśnienie:

1. Kto sporządził i wywiesił w witrynie apteki ogólnodostępnej o nazwie [REDAKTED] [REDAKTED] usytuowanej na [REDAKTED] w [REDAKTED] o promocji obowiązującej w w/w aptece polegającej na możliwości uzyskania dodatkowego bezpłatnego opakowania produktu Fresubin przy zakupie 3 sztuk tego produktu?
2. Na jaki okres czasu wskazany wyżej materiał został umieszczony we wskazanej wyżej placówce ochrony zdrowia?
3. Czy materiał, o którym mowa powyżej rozlokowano również w innych lokalizacjach? Jeśli tak, proszę o wskazanie miejsc, w których znajdowały lub znajdują się w/w materiały.
4. Czy oferty promocyjne, o których informują Państwo w określony wyżej sposób są regularnie zmieniane/aktualizowane, a jeśli tak, to w jakich odstępach czasu to następuje?
5. Czy promowanie apteki ogólnodostępnej [REDAKTED] usytuowanej na [REDAKTED] [REDAKTED] w [REDAKTED] odbywa się w jakiegokolwiek innej formie?, Przy udzieleniu odpowiedzi twierdzącej, proszono o wskazanie jakie to działania i przekazanie do tut. organu przykładowych materiałów na w/w okoliczność.

W odpowiedzi na powyższe w piśmie z dnia [REDAKTED] grudnia [REDAKTED] r. pełnomocnik przedsiębiorcy – [REDAKTED] wyjaśnił, że jego mocodawca nie prowadzi ani też nie prowadził w żadnej formie reklamy apteki ogólnodostępnej [REDAKTED] usytuowanej na [REDAKTED] w [REDAKTED]. Jednocześnie w/w wskazał, że załączone zdjęcie nie zawiera ani daty ani też miejsca jego sporządzenia. Ponadto udzielając odpowiedzi na zadane pytania pełnomocnik strony wyjaśnił, że spółka prowadząca aptekę nie sporządziła i nie drukowała plakatów, jak też nie wyrażała zgody na umieszczanie takich materiałów w witrynie okiennej apteki (co zdarzało się robić przedstawicielom handlowym; informacje były wówczas – według oświadczenia strony – niezwłocznie usuwane). Również pracownicy apteki nie sporządzali i nie wywieszali informacji, które stanowiły podstawę do wszczęcia postępowania przez wojewódzki organ inspekcji farmaceutycznej. W w/w piśmie oświadczono także, że przedsiębiorca prowadzący w/w aptekę ogólnodostępną nie tworzy ofert promocyjnych ani nie promuje placówki w jakikolwiek sposób.

Pismem z dnia [REDAKTED] stycznia [REDAKTED] r., znak: [REDAKTED] tut. organ wezwał do udzielenia pisemnych wyjaśnień na okoliczność prowadzenia reklamy kierownika apteki ogólnodostępnej [REDAKTED] usytuowanej na [REDAKTED] w [REDAKTED] a w szczególności o wyjaśnienie:

6. Kto sporządził i wywiesił w witrynie apteki ogólnodostępnej o nazwie [REDAKTED] [REDAKTED] usytuowanej na [REDAKTED] w [REDAKTED] informacji o promocji obowiązującej w w/w aptece polegającej na możliwości uzyskania dodatkowego bezpłatnego opakowania produktu Fresubin przy zakupie 3 sztuk tego produktu?
7. Na jaki okres czasu wskazany wyżej materiał został umieszczony we wskazanej wyżej placówce ochrony zdrowia?
8. Czy materiał, o którym mowa powyżej rozlokowano również w innych lokalizacjach? Jeśli tak, proszę o wskazanie miejsc, w których znajdowały lub znajdują się w/w materiały.

9. Czy oferty promocyjne, o których informują Państwo w określony wyżej sposób są regularnie zmieniane/aktualizowane, a jeśli tak, to w jakich odstępach czasu to następuje?

10. Czy promowanie apteki ogólnodostępnej [REDAKTOWANE] usytuowanej na [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE] odbywa się w jakiegokolwiek innej formie? Przy udzieleniu odpowiedzi twierdzącej, proszono o wskazanie jakie to działania i przekazanie do tut. organu przykładowych materiałów na w/w okoliczność.

W odpowiedzi na powyższe w piśmie z dnia [REDAKTOWANE] stycznia [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] wyjaśniła, że nie posiada wiedzy, kto sporządził i wywiesił w witrynie apteki informację o promocji produktu Fresubin. Kierownik apteki powieliła wyjaśnienia przedsiębiorcy dotyczące samowolnych działań przedstawicieli handlowych oraz kwestii promowania apteki ogólnodostępnej [REDAKTOWANE] usytuowanej na [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE]. Wezwana wskazała również, że sporna informacja mogła wisieć w witrynie apteki nie dłużej niż dwa – trzy dni.

Pismem z dnia [REDAKTOWANE] grudnia [REDAKTOWANE] r., znak: [REDAKTOWANE] Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił stronę, że postępowanie w niniejszej sprawie zostało zakończone, w związku z powyższym może, przed wydaniem decyzji przez organ I instancji, wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Pełnomocnik przedsiębiorcy prowadzącego przedmiotową aptekę zapoznał się z aktami sprawy w dniu [REDAKTOWANE] lutego [REDAKTOWANE] r. i nie wypowiedział się co do zebranych dowodów i materiałów oraz nie zgłosił żadnych żądań.

W dniu [REDAKTOWANE] marca [REDAKTOWANE] r. do WIF w Poznaniu wpłynęła informacja o wypowiedzeniu pełnomocnictwa udzielonego [REDAKTOWANE] przez przedsiębiorcę [REDAKTOWANE]

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.

Z dniem 1 stycznia 2012 r. znowelizowane zostały przepisy ustawy z dnia 06 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2017 r., poz. 2211) 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 2008 r. (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 2008 r., (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 2010 r. (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 02 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

względnie, 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”. Zauważyć należy, że w orzecznictwie sądowo – administracyjnym prezentowany jest także pogląd, że przy rozstrzyganiu kwestii prowadzenia przez przedsiębiorcę reklamy apteki uwzględnić należy przede wszystkim formę, w jakiej zrealizowane zostały materiały, w związku z którymi wszczęto postępowanie administracyjne w sprawie naruszenia art. 94a Prawa farmaceutycznego. Orzecznictwo wskazuje bowiem, że reklamą działalności apteki może być każde działanie zmierzające do zwiększenia sprzedaży w aptece, a reklama może przy tym przyjmować różne formy, w szczególności: haseł, sloganów, spotów TV, ulotek, billboardów, folderów, czy też gazetek (zob. wyrok WSA w Warszawie z 1.02. 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 1960/07). Trzeba w tym miejscu zauważyć, że ustawodawca formułując w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego (zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych) nie miał obowiązku wyraźnego wskazania, jakie formy reklamy w/w placówek są zabronione. Zastrzeżenie takie byłoby konieczne, gdyby z ogólnego zakazu ustawodawca zamierzał wyłączyć określoną formę reklamy, czego jednak nie uczynił. Wobec powyższego zdaniem Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora

Farmaceutycznego skoro z treści wskazanego wyżej przepisu nie wynika, by zakaz dotyczył prowadzenia reklamy tylko w konkretnej formie, to przyjęć należy, że żadna forma reklamy apteki nie jest dopuszczalna. Za reklamę uznać należy zatem każdy rodzaj materiału, który bezpośrednio lub pośrednio wiąże się z działaniami marketingowymi.

Z materiału dowodowego zgromadzonego w toku niniejszego postępowania wynika, iż w witrynie okiennej apteki wywieszona została informacja o promocji na produkt Fresubin. Na załączonym do zgłoszenia zdjęciu nie widać jednak ani nazwy apteki ani też daty, w jakiej wykonano zdjęcie. Z informacji uzyskanych od przedsiębiorcy wynika, że informacja stanowiąca podstawę wszczęcia niniejszego postępowania mogła zostać przymocowana do witryny okiennej apteki przez przedstawiciela handlowego, jednak po uzyskaniu przez przedsiębiorcę wiedzy o zaistniałym zdarzeniu, niezwłocznie została usunięta. Zauważyć należy, że zarówno przedsiębiorca jak też kierownik apteki zaprzeczyli jakoby w/w placówka ochrony zdrowia była promowana – nie prowadzono kolportażu ulotek, programów opieki farmaceutycznej, nie wydawano też kart klienta. Wskazano jedynie na okresowe występowanie działań przedstawicieli handlowych, którzy samowolnie, bez zgody strony niniejszego postępowania wywieszali w aptece informacje o promocjach – informacje te były niezwłocznie usuwane z witryn okiennych apteki. Oceniając całość dokumentacji zgromadzonej w sprawie Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny stwierdza, że w omawianej sprawie nie można jednoznacznie potwierdzić, że Przedsiębiorca naruszył wskazany wyżej przepis art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego. W ocenie Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego, gdyby wskazane wyżej materiały potwierdzały jednoznacznie, że informacja o promocji produktu Fresubin znajdowała się w witrynie apteki na zlecenie przedsiębiorcy ją prowadzącego, to bez względu na okres w jakim była wywieszona w aptece, świadczyłaby o jej promowaniu. Natomiast w zaistniałym stanie faktycznym uznanie, że działanie polegające wywieszeniu omówionego wyżej

materiału stanowi naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego byłoby nadmiernym rozszerzeniem ocennych kompetencji wojewódzkiego organu inspekcji farmaceutycznej.

Reasumując, Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny stwierdza, iż w obecnym stanie faktycznym wyżej opisane działania nie mogą zostać zakwalifikowane jako reklama działalności apteki ogólnodostępnej o nazwie [REDAKTOWANE] zlokalizowanej przy [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE], o której mowa w art. 94a ust. 1 ustawy – Prawo farmaceutyczne. Zgodnie z art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego „Gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości lub w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości lub w części”. 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. Analiza materiału dowodowego wykazała, że nie ma podstaw do dalszego procedowania w sprawie, a co za tym idzie zasadne jest orzeczenie o umorzeniu postępowania administracyjnego.

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.

*W myśl art. 127a Kpa: § 1. W trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania strona może zrzec się prawa do wniesienia odwołania wobec organu administracji publicznej, który wydał decyzję.
§ 2. Z dniem doręczenia organowi administracji publicznej oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania przez ostatnią ze stron postępowania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna.*

Otrzymuje :

2) ad acta