

WIF.WA.II.8523.1.59.2014.RK

DECYZJA

Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania w sprawie możliwości prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej w (...), w sprawie przedsiębiorcy (...), prowadzącego działalność gospodarczą pod nr NIP (...), wydawcy czasopisma „(...)”, w przedmiocie naruszenia dyspozycji art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2008r. Nr 45, poz. 271, z późn. zm.), w związku z powzięciem wiadomości dotyczących możliwości prowadzenia reklamy niżej wymienionych aptek ogólnodostępnych:

- Apteki o nazwie (...) zlokalizowanej w (...),
 - Apteki o nazwie (...) zlokalizowanej w (...)
 - Apteki o nazwie (...) zlokalizowanej w (...),
- za pomocą czasopisma „(...)”,

- I. Na podstawie art. 94a ust. 2, ust. 3 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tekst jedn: Dz. U. z 2008r. Nr 45 poz. 271 z późn. zm., zwanej dalej „Prawo farmaceutyczne”) oraz art. 104 w związku z art. 107 § 1-3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2013r. poz. 267, ze zm. zwanej dalej „Kpa”) **stwierdza naruszenie zapisu, o którym mowa w art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne, poprzez prowadzenie reklamy trzech aptek ogólnodostępnych:**

- Apteki o nazwie (...) zlokalizowanej w (...),
- Apteki o nazwie (...) zlokalizowanej w (...),
- Apteki o nazwie (...) zlokalizowanej w (...),

za pomocą czasopisma „(...)”, który zawiera:

- wizerunki opakowań produktów leczniczych, wraz z podaniem ceny „starej”- przekreślonej i ceny „nowej”, opatrzone hasłami promocyjnymi”;
- artykuły–wywiady z farmaceutami zatrudnionymi w w/w aptekach i z lekarzami medycyny;
- krzyżówkę-konkurs z nagrodami pieniężnymi;
- rubrykę „Co Nieco Dla Maluszka” oferującą zabawę, polegającą na wskazaniu różnic na zamieszczonych rysunkach;
- fotografie personelu w/w aptek i fotografie, ukazujące wnętrza poszczególnych aptek i wizerunki lokali tych aptek z zewnątrz oraz mapki dojazdu do aptek o nazwie „(...)”, zlokalizowanych w (...) przy ul (...) i przy ul. (...) i w (...) przy ul. (...), wraz z podaniem godzin otwarcia tych aptek

oraz **nakazuje zaprzestanie prowadzenia tej reklamy na terytorium województwa mazowieckiego;**

- II. Na podstawie art 129b ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne **nakłada na przedsiębiorcę (...), prowadzącego działalność gospodarczą pod nr NIP (...), wydawcę czasopisma (...), karę pieniężną w wysokości 5 000 zł (słownie: pięć tysięcy złotych, 00/100) z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne w zakresie opisanym w punkcie I sentencji decyzji;**
- III. Nakazowi w punkcie I. na podstawie dyspozycji art 94a ust 4 ustawy Prawo farmaceutyczne **nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.**

UZASADNIENIE

W dniu 30 maja 2014 roku Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wszczął postępowanie administracyjne wobec przedsiębiorcy (...), prowadzącego działalność gospodarczą pod nr NIP (...), wydawcy czasopisma (...), w przedmiocie naruszenia dyspozycji art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz.U. z 2008r. Nr 45, poz. 271, z późn. zm.) przedsiębiorcy, prowadzącego działalność gospodarczą pod nr **NIP** (...), wydawcy czasopisma (...), w przedmiocie naruszenia dyspozycji art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz.U. z 2008r. Nr 45, poz. 271, z późn. zm.), w związku z powzięciem wiadomości dotyczących możliwości prowadzenia reklamy niżej wymienionych aptek ogólnodostępnych: (...) zlokalizowanej w (...), (...) zlokalizowanej w (...), (...) zlokalizowanej w (...), za pomocą czasopisma „(...)”, którego numer 5-6/2014 zawierał wizerunki opakowań produktów dostępnych w aptece, wraz z podaniem ceny „starej”-przekreślonej i ceny „nowej”, opatrzone hasłami „Olśniewające Promocje” oraz „Hit Cenowy”; artykuł – wywiad z p. (...), zatytułowany „Lecz się Taniej!” z podtytułem: „O cenach leków w aptekach oraz o tym jak leczyć się taniej rozmawiamy z mgr farm. (...) kierownikiem uruchamianej właśnie Apteki (...) w (...); artykuł – wywiad z p. (...), zatytułowany „Brak leku - Co robić?” z podtytułem: „O dostępności leków w aptece rozmawiamy z kierownikiem Apteki (...) w (...), przy ul. (...) mgr farm. (...)”; fotografie wewnątrz i mapki dojazdu do aptek o nazwie „(...)”, zlokalizowanych w (...) przy ul. (...) i przy ul. (...) wraz z podaniem godzin otwarcia tych aptek i krzyżówkę-konkurs z nagrodami pieniężnymi.

Organ poinformował przedsiębiorcę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nr **NIP** (...) o wszczęciu postępowania oraz wezwał do: podania daty rozpoczęcia zamieszczania informacji i materiałów dotyczących: Apteki (...) zlokalizowanej w (...), przy ul. Apteki (...) zlokalizowanej w (...) przy ul. Apteki (...) zlokalizowanej w (...), przy ul. w czasopiśmie „(...)” i daty rozpoczęcia wydawania tego czasopisma; nadesłania egzemplarzy wszystkich numerów w/w czasopisma wydanych do dnia otrzymania wezwania; nadesłania kopii umowy lub innego dokumentu zlecającego wydawanie w/w czasopisma; podania wielkości nakładu numeru 5-6/2014 oraz pozostałych numerów w/w czasopisma; wskazania wszystkich miejsc, w których kolportowane/rozpowszechniane było w/w czasopismo oraz opisanie sposobów, w jaki czasopismo było i jest kolportowane/rozpowszechniane.

Stronę poinformowano jednocześnie o prawie do czynnego udziału w każdym stadium postępowania, wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów, przeglądania akt sprawy oraz brania udziału w przeprowadzaniu dowodu.

W dniu 13 czerwca 2014 roku Pełnomocnik Strony zapoznał się z aktami sprawy

Pismem z dnia 13 czerwca 2014r. Pełnomocnik Strony wyjaśnił, że „...Strona prowadzi działalność wydawniczą, obejmującą m.in. wydawanie i redagowanie czasopisma (...). W ramach publikacji tego czasopisma Strona nie świadczy usług reklamy aptek (w tym Apteki (...)) Magazyn (...) 5-6/2014 zawiera na ostatniej stronie informacje płatna dotycząca lokalizacji i godzin pracy Apteki (...) przy ul. (...) oraz Apteki (...) przy ul. (...) w (...). Informacje te zgodnie z art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne nie stanowią reklamy apteki.”

Pełnomocnik Strony zwrócił ponadto uwagę na to, że „... czasopismo jest wydawane w ramach działalności gospodarczej strony i nie istnieje umowa zlecająca wydawanie tego czasopisma zawarta z jakimkolwiek innym podmiotem oraz że w zawiadomieniu z dnia 30 maja 2014 roku nie wskazano podstawy prawnej wezwania Strony do podania informacji lub nadesłania dokumentów wymienionych w zawiadomieniu.”

Pełnomocnik Strony wniósł o podanie okoliczności faktycznych i prawnych, w szczególności informacji które uzasadniają wszczęcie postępowania z udziałem Strony, to jest informacji mogących świadczyć o możliwości prowadzenia przez Stronę reklamy aptek za pomocą Magazynu (...), podanie dokładnej podstawy prawnej obowiązku Strony do podania informacji lub nadesłania dokumentów, wymienionych w zawiadomieniu z dnia 30 maja 2014 roku, udostępnienie akt sprawy do wglądu i umożliwienie sporządzenia kopii. Pełnomocnik Strony wniósł o umorzenie postępowania w przypadku braku okoliczności faktycznych lub prawnych do jego dalszego prowadzenia lub w przypadku braku podstawy prawnej obowiązku podania informacji lub nadesłania dokumentów wymienionych w zawiadomieniu.

Pismem z dnia 7 lipca 2014 roku Organ wyjaśnił, że postępowanie prowadzone jest na podstawie art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego oraz że przepis ten nie wyklucza możliwości prowadzenia postępowania wobec podmiotu będącego wydawcą czasopisma, w przypadku stwierdzenia w treści tego czasopisma reklamy aptek.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2014r. Organ poinformował o zamiarze zakończenia postępowania oraz poinformował o prawie strony do czynnego udziału w postępowaniu, wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów, przeglądania akt sprawy oraz brania udziału w przeprowadzaniu dowodu.

W dniu 26 sierpnia 2014 roku Pełnomocnik Strony ponownie zapoznał się z aktami sprawy.

Pismem z dnia 26 sierpnia 2014 roku Pełnomocnik Strony podtrzymał stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 13 czerwca 2014 roku i wyjaśnił, że „... magazyn (...) 5-6/2014 zawiera odpłatną informację dotyczącą lokalizacji oraz godzin pracy Apteki (...) przy ul. (...) oraz Apteki (...) przy ul. (...) w (...). Informacje te zgodnie z art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne nie stanowią reklamy apteki.” Pełnomocnik Strony stwierdził, że „... art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego nie stanowi podstawy prawnej żądań skierowanych do wydawcy przez organ w zawiadomieniu z 30 maja 2014 roku. Przepis ten wprowadza zakaz reklamy oraz określa (w zdaniu drugim) informacje, których podanie nie stanowi zakazu reklamy. Okoliczność, że przepis ten nie wyklucza możliwości prowadzenia postępowania administracyjnego wobec wydawcy czasopisma nie może uzasadniać żądania przekazania przez Stronę dokumentów i informacji wskazanych w zawiadomieniu z dnia 30 maja 2014 roku. Zgodnie bowiem z wyrażoną w art. 6 kodeksu postępowania administracyjnego zasadą legalizmu, organy administracji działają na podstawie przepisów prawa. Zatem każde żądanie organu skierowane do strony musi mieć wyraźną podstawę prawną, z której wynika wprost obowiązek strony lub odpowiadające mu uprawnienie organu do określonego zachowania (np. wydania dokumentów, przekazania informacji). Zgodnie z zasadą legalizmu brak wykluczenia w danym przepisie możliwości prowadzenia określonego postępowania nie jest w żadnym wypadku równoznaczny z podstawą prawną do prowadzenia takiego postępowania przez organ administracji publicznej.”

Pełnomocnik Strony stwierdził ponadto, że „... pisma MWiF z dnia 7 lipca 2014 roku i z dnia 14 sierpnia 2014 roku nie zawierają informacji o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenie praw i obowiązków Strony będących przedmiotem postępowania administracyjnego wszczętego przez Organ (art. 9 Kpa), w szczególności informacji które zdaniem organu uzasadniają wszczęcie postępowania z udziałem Strony, to jest informacji mogących świadczyć o możliwości prowadzenia reklamy aptek(i) przez Stronę za pomocą Magazynu (...). W ocenie Strony samo zamieszczenie w Magazynie (...) odpłatnej informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki nie stanowi okoliczności mającej świadczyć o możliwości prowadzenia reklamy aptek(i) przez Stronę.”

Pełnomocnik Strony wniósł o umorzenie postępowania jako bezprzedmiotowego.

Strona nie złożyła wniosków o przeprowadzenie dowodu.

Po zapoznaniu się z całością materiału dowodowego Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zważył co następuje:

W toku postępowania ustalono, iż przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod nr NIP (...) jest wydawcą czasopisma „(...)”. Jak wynika z treści wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej przedmiotem działalności Strony pozostaje m.in. działalność agencji reklamowych i wydawanie gazet, w tym ogłoszeniowych i reklamowych. Pan jest jednocześnie redaktorem tego czasopisma.

Powyższe fakty stwierdzono na podstawie treści wpisu do CEIDG, informacji zawartej w tzw. stopce redakcyjnej czasopisma oraz na podstawie oświadczeń zawartych w pismach Pełnomocnika Strony, kierowanych w niniejszym postępowaniu i opisanych powyżej.

Organ stwierdził, że czasopismo „(...)” jest dwumiesięcznikiem. Czasopismo jest rozpowszechniane bezpłatnie, w tym jest kolportowane do indywidualnych skrzynek pocztowych.

W ocenie Organu celem wydawania tego czasopisma jest reklamowanie aptek o nazwie „(...)” i ich działalności. Świadczy o tym treść zamieszczonych informacji, reklam i artykułów oraz zastosowane zabiegi redakcyjne, a także kolorystyka i grafika.

Powyższej oceny dokonano na podstawie analizy trzech kolejnych numerów czasopisma: Nr 5-6/2014, 7-8/2014 i 9-10/2014, pozostających w aktach sprawy.

Numer 5-6/2014 czasopisma zawierał:

- wizerunki opakowań m.in. produktów leczniczych wraz z podaniem ceny „starej”-przekreślonej i ceny „nowej”, w tym na stronie pierwszej opatrzone hasłem „Olśniewające Promocje” oraz „Hit Cenowy”;

- artykuł-wywiad zatytułowany „Lecz się Taniej!” z podtytułem: „O cenach leków w aptekach oraz o tym jak leczyć się taniej rozmawiamy z mgr farm. (...) kierownikiem uruchamianej właśnie Apteki (...) w (...), ul. (...);”;
- artykuł-wywiad zatytułowany „Brak leku - Co robić?” z podtytułem: „O dostępności leków w aptece rozmawiamy z kierownikiem Apteki (...) w (...), przy ul (...)mgr farm.”;
- krzyżówkę-konkurs z nagrodami pieniężnymi;
- kącik pt „Co Nieco Dla Maluszka”, oferujący zabawę polegającą na znalezieniu różnic w zamieszczonych dwu rysunkach;
- fotografie wnętrz i mapki dojazdu do aptek o nazwie „(...)”, zlokalizowanych w (...) przy ul. (...) i przy ul. (...) wraz z podaniem godzin otwarcia tych aptek, zestawione z fotografią personelu apteki przy ul. (...) i fotografią apteki z zewnątrz – na stronie ostatniej.

Numer 7-8/2014 czasopisma zawierał:

- wizerunki opakowań m.in. produktów leczniczych wraz z podaniem ceny „starej”-przekreślonej i ceny „nowej”, w tym na stronie pierwszej opatrzone hasłem „Gorące Promocje!”;
- artykuł-wywiad zatytułowany „Wiosna i lato, czyli utrapienie dla alergików” z dr (...), specjalistą chorób wewnętrznych z Centrum Medycznego na (...) (...);
- artykuł-wywiad zatytułowany „Prawidłowe trawienie” z dr n. med. (...);
- krzyżówkę-konkurs z nagrodami pieniężnymi;
- kącik pt „Co Nieco Dla Maluszka”, oferujący zabawę polegającą na znalezieniu różnic w zamieszczonych dwu rysunkach;
- fotografie wnętrz i mapki dojazdu do aptek o nazwie „(...)”, zlokalizowanych w (...) przy ul. (...), przy ul (...) i przy ul. (...). w (...) wraz z podaniem godzin otwarcia tych aptek, zestawione z fotografiami personelu apteki przy ul. (...) i przy ul. (...) oraz fotografiami tych dwu aptek z zewnątrz – na stronie ostatniej.

Numer 9-10/2014 czasopisma zawierał:

- wizerunki opakowań m.in. produktów leczniczych wraz z podaniem ceny „starej”-przekreślonej i ceny „nowej”, w tym na stronie pierwszej opatrzone hasłem „... a ceny znowu spadają!”;
- artykuł-wywiad zatytułowany „Jak zwalczać i zapobiegać infekcjom u dzieci” z lekarzem pediatrą (...) z Centrum Medycznego na (...) w (...);
- artykuł-wywiad zatytułowany „Jak chronić wątrobę” z lekarzem internistą (...) z Przychodni rejonowej przy ul. (...) w (...);
- krzyżówkę-konkurs z nagrodami pieniężnymi;
- kącik pt „Co Nieco Dla Maluszka”, oferujący zabawę polegającą na znalezieniu różnic w zamieszczonych dwu rysunkach
- fotografie wnętrz i mapki dojazdu do aptek o nazwie „(...)”, zlokalizowanych w (...) przy ul. (...), przy ul. (...) i przy ul. (...) w (...) wraz z podaniem godzin otwarcia tych aptek, zestawione z fotografiami personelu apteki przy ul. (...) i przy ul. (...) oraz fotografiami tych dwu aptek z zewnątrz – na stronie ostatniej.

Artykuły-wywiady zamieszczone w kolejnych numerach czasopisma zawierają m. in. wskazówki, co do zasad i konieczności stosowania leków wydawanych bez przepisu lekarza jak i na receptę.

W rubryce zawierającej krzyżówkę z nagrodami pieniężnymi zamieszczono listę zwycięzców i podano dane osób, które otrzymały nagrody w wysokości 100 złotych każda.

Kącik „Co Nieco Dla Maluszka” zawiera zabawę dla młodszych czytelników.

Fotografie wnętrz, mapki dojazdu oraz fotografie personelu aptek i fotografie lokali aptek wykonane z zewnątrz wskazują na lokalizację, wystrój i otoczenie aptek.

Organ stwierdził, że do dnia wydania niniejszej decyzji Strona nie zaprzestała wydawania czasopisma.

Stwierdzenie naruszenia

W ocenie Organu czasopismo pt „(...)”, redagowane i wydawane przez przedsiębiorcę – jest wydawane w celu prowadzenia reklamy działalności aptek ogólnodostępnych o nazwie „(...)”,

wymienionych w treści tego czasopisma i wskazanych w sentencji niniejszej decyzji. W ocenie Organu opisane powyżej elementy łącznie tworzą zachętę do dokonania zakupów w tych aptekach. Zachęta ta polega na wskazaniu niższych cen i korzyści finansowych i ich skojarzenie z działalnością aptek „(...)”, wskazanych poprzez fotografie lokali i personelu oraz poprzez mapki dojazdu. Elementy te dla przeciętnej odbiorcy tworzą spójny co do treści komunikat, promujący i reklamujący działalność tych aptek i zachęcający do skorzystania z ich oferty, przedstawionej w kolejnych numerach czasopisma. W ocenie Organu jest to zabieg, którego celem jest wywołanie oczekiwanych skojarzeń oferty handlowej, wspartej fachowymi poradami lekarzy z działalnością tych właśnie aptek i wywołanie lub zwiększenie nieodparte potrzeby realizacji recept i dokonania zakupów leków w tych aptekach.

Dla takiej oceny znaczenie ma wysoka jakość edytorska czasopisma, w tym profesjonalny układ i kolejność zamieszczanych artykułów i rubryk, przyczyniający się - poprzez stały, estetyczny i konsekwentnie przygotowany i stosowany wygląd - do zwiększenia wrażenia, że warto skorzystać z oferty aptek wymienionych na stronie ostatniej każdego z numerów.

Dla takiej oceny znaczenie ma również zastosowana w czasopiśmie kolorystyka, utrzymana w dominujących kolorach jasnozielonym i czerwonym, odpowiadająca przez to kolorystyce stosowanej w logo aptek „(...)” oraz stosowanie logo aptek „(...)”, przy czym logo to widoczne jest również na fotografiach ukazujących wnętrza aptek, zamieszczonych na stronie ostatniej każdego z opisanych numerów czasopisma.

Redagując i wydając czasopismo Strona dąży do wytworzenia atmosfery pewności i zaufania, poprzez zamieszczanie fotografii osób udzielających wywiadów oraz fotografii personelu aptek i lokali aptek i zestawia zamierzony efekt w tym zakresie z ofertą handlową w postaci wskazania obniżonych cen produktów leczniczych. Wytworzenie takiej atmosfery i zestawienie wskazanych elementów ma również na celu wywołanie u odbiorcy nieodparte potrzeby zaopatrywania się w produkty lecznicze w aptekach „(...)” i w efekcie zwiększenie sprzedaży w tych aptekach.

Dla takiej oceny znaczenie ma również fakt regularnego ukazywania się czasopisma oraz dostosowanie jego treści do potrzeb potencjalnego klienta apteki, wynikających ze zmiany pór roku.

W świetle zgromadzonych w sprawie i opisanych powyżej dowodów i dokumentów nie ulega wątpliwości, że za stwierdzone prowadzenie reklamy aptek o nazwie „(...)” za pomocą czasopisma „(...)” odpowiada w całości Pan (...)

- jako wydawca i jednocześnie redaktor czasopisma. Wynika to z oświadczenia Pełnomocnika Strony, który stwierdził, że Strona wydaje czasopismo w ramach prowadzonej działalności gospodarczej oraz że nie istnieją żadne umowy, na podstawie których czasopismo jest wydawane. Jak wynika z treści wpisu do CEIDG wykonywana działalność gospodarcza Strony obejmuje wydawanie gazet, włączając gazety ogłoszeniowe i reklamowe (kod PKD 58.13.Z).

Wobec tego należy stwierdzić, że Strona prowadzi reklamę aptek o nazwie „(...)” za pomocą czasopisma „(...)”, ukazującego się regularnie, co dwa miesiące, co najmniej od miesiąca maja 2014 roku.

Przepis art. 94a Prawa farmaceutycznego został wprowadzony ustawą z dnia 30 marca 2007 r. o zmianie ustawy - Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2007 r. Nr 75, poz. 492) w konsekwencji implementacji m.in. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. (2004/27/WE), zmieniającej dyrektywę 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi i obowiązywał od dnia 1 maja 2007 r. Sformułowany w nim zakaz dotyczył reklamy działalności aptek lub punktów aptecznych, skierowanej do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych, o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach.

Art. 94a Prawa farmaceutycznego został zmieniony z dniem 1 stycznia 2012 r. przez art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. Nr 122, poz. 696). Przepis art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego stanowi o zakazie reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. **Zakaz ten nie obejmuje jedynie informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.**

Oznacza to, że zakaz ten został rozszerzony w kierunku jakiegokolwiek reklamy aptek, punktów aptecznych oraz - co istotne - ich działalności. W poprzednio wskazanym stanie

prawnym, czyli przed datą 1 stycznia 2012 r. był zawężony do spełnienia łącznie trzech przesłanek, gdy: działalność ta nosiła cechy reklamy, była skierowana do publicznej wiadomości oraz odnosiła się w sposób bezpośredni do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach.

Zauważyć należy, że w aktualnym stanie prawnym także nie zawarto definicji reklamy apteki i jej działalności, tak jak uczyniono w art. 52 ust. 1 prawa farmaceutycznego - w zakresie reklamy produktu leczniczego.

W orzecznictwie wskazuje się, że wobec braku ustawowej definicji reklamy działalności aptek, należy w tym względzie odwołać się do opracowań słownikowych. Posiłkując się definicjami reklamy zawartymi w publikacjach słownikowych wskazać trzeba, że za reklamę uważa się każde działanie, mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług (*Wielki Słownik Wyrazów Obcych* pod red. M. Bańki, wyd. PWN, Warszawa 2003).

Oznacza to, że za reklamę apteki należy uznać każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych. Objęcie zakazem "każdego działania" wyłącza z tej dyspozycji tylko jeden stan faktyczny, określony w zdaniu 2 art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego - kierowanie do publicznej wiadomości informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego, (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2013r., sygn. akt VI SA/Wa 315/13).

Nadto za reklamę należy uznać świadome działanie przedsiębiorcy zmierzające do promowania towarów lub usług przez wskazanie na ich cechy w taki sposób, aby u klientów (pacjentów) wywołać lub wzmocnić określone potrzeby.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do orzeczenia z dnia 26 stycznia 2006 r. (sygn. akt V CSK 83/05, Lex nr 191239) wskazał, iż reklamą jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych konsumentów, odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę, mająca na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług. Zachęta może być wyrażona bezpośrednio, np. poprzez użycie określeń odpowiadających konkretnym czynnościom, w których wyniku nastąpi zbyt towarów lub usług, albo pośrednio—przez stworzenie sugestywnego obrazu towarów i usług, a także samego przedsiębiorcy, w stopniu narzucającym adresatom nieodpartą chęć nabycia towarów i usług.

Reklama może przyjmować różne formy zachęcania np: poprzez ulotki, foldery, gazetki, banery, plakaty czy też poprzez uwidacznianie nazwy apteki o treści wypełniającej znamiona reklamy lub niosącej przesłanie reklamowe itp. Na gruncie niniejszej sprawy i aktualnego stanu prawnego Organ uznał za reklamę aptek o nazwie „(...)” i ich działalności redagowanie i wydawanie czasopisma „(...)”.

Należy stwierdzić, że treść tych napisów zawiera informację o lokalizacji apteki i o godzinach jej otwarcia.

Stosowanie metod marketingowych, będących przejawem wolności gospodarczej czy ochrony zdrowia nie jest zakazane i korzysta z ochrony konstytucyjnej, o ile nie stoi w sprzeczności z zakazem ustawowym. Organ stwierdza, że opisane powyżej działania Strony są w powszechnym odbiorze reklamą aptek wskazanych na billboardach.

Reklamą działalności apteki jest 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. Podobne poglądy znaleźć można w orzecznictwie i to na gruncie poprzednich, mniej restrykcyjnych norm: np. w wyrokach WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 r., VII SA/Wa 698/08, (niepubl.), z dnia 1 lutego 2008 r. VII SA/Wa 1960/07, Lex, nr 451165.

Sąd Najwyższy prezentował stanowisko, że *„Powszechnie przyjmuje się, że reklamą są wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierają 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 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 podmioty, do których jest kierowany. 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." (wyrok SN z dnia 2 października 2007 r. II CSK 289/07, Lex, nr 307127; Monitor Prawniczy 2007, nr 20, poz. 1116).

Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny podziela utrwalony pogląd - aktualny na gruncie art. 94a Prawa farmaceutycznego - zawarty w wyrokach WSA w Warszawie z dnia 17 grudnia 2007 r. VII SA/Wa 1707/07, powtórzony w wyroku z dnia 6 marca 2008 r. w sprawie VII SA/Wa 2216/07, czy w wyroku z 14 maja 2008 r. VII SA/Wa 2215/07 oraz w wyroku z dnia 20 września 2010 VI SA/Wa 838/10, zgodnie z którym 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.

Odnosząc się do żądania Pełnomocnika Strony należy wskazać, że przepis art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego daje należytą podstawę materialno-prawną do wszczęcia i prowadzenia postępowania wobec każdego podmiotu, wobec którego organ nadzoru farmaceutycznego powziął podejrzenie o możliwości prowadzenia reklamy aptek i ich działalności. Wynika to z samej treści tego przepisu, jak również z tego że w systemie prawa brak jest innego przepisu regulującego te kwestie. Ponadto należy stwierdzić, że Strona została poinformowana o okolicznościach faktycznych i prawnych uzasadniających wszczęcie postępowania w skierowanych wezwaniach. Strona miała możliwość czynnego udziału w postępowaniu na każdym jego etapie i dwukrotnie korzystała z prawa do zapoznania się z aktami sprawy.

Kara pieniężna

Zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 1 i ust. 2 Prawa farmaceutycznego karze pieniężnej w wysokości do 50 000 złotych podlega ten, kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności. Karę pieniężną, określoną w ust. 1 nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji administracyjnej. Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów.

Z powyższego wynika, iż kara pieniężna jest obligatoryjna. A zatem o tym, czy w konkretnej sprawie (po stwierdzeniu prowadzenia reklamy wbrew przepisom art. 94a Prawa farmaceutycznego) w odniesieniu do konkretnego podmiotu, zastosować karę nie decyduje Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny, gdyż kara ta wynika wprost z zapisów Prawa farmaceutycznego. W przypadku stwierdzenia prowadzenia reklamy apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności, organ na podstawie w/w przepisów jest zobligowany nałożyć karę.

W przedmiotowym postępowaniu zostało udowodnione prowadzenie reklamy aptek ogólnodostępnych:

- Apteki o nazwie (...) zlokalizowanej w (...), przy ul. (...),
- Apteki o nazwie (...) zlokalizowanej w (...) przy ul (...)
- Apteki o nazwie (...) zlokalizowanej w (...), przy ul. (...),

oraz ich działalności za pomocą czasopisma „(...)”, działalności, przez przedsiębiorcę (...), prowadzącego działalność gospodarczą pod nr **NIP** (...).

Organ nie może odstąpić od nałożenia kary, gdyż nie posiada kompetencji do uznaniowego nałożenia bądź nienałożenia kary pieniężnej, może jedynie ustalić wysokość kary

Zgodnie z art. 83 Konstytucji RP, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uwzględnił okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także fakt, iż jest to pierwsze naruszenie przepisów przez.

Dokonując oceny wagi (rozmiarów) stwierdzonego naruszenia organ za udowodnione przyjął, że prowadzona reklama dotyczy trzech aptek ogólnodostępnych. Organ stwierdza, że reklama ta jest rozpowszechniana w okresie co najmniej od maja 2014 roku, to jest od daty wszczęcia postępowania i jest kontynuowana.

Mając na względzie wskazane powyżej okoliczności oraz uwzględniając te okoliczności przy określaniu wymiaru kary pieniężnej, organ za stwierdzone naruszenie ustalił karę pieniężną w wysokości 5 000 zł. (słownie: pięć tysięcy złotych 00/100 zł.).

Wymiar kary ma na celu nadanie jej roli prewencyjnej za naruszenie przepisów o zakazie reklamy aptek, mającej zapobiec ewentualnemu ponownemu naruszeniu zakazu w przyszłości.

Organ wskazuje, iż kara ta oprócz znaczenia ekonomicznego dla strony, ma także znaczenie moralne, jak również stanowi przestrożę dla innych przedsiębiorców prowadzących detaliczny obrót produktami leczniczymi przed podobnym naruszeniem.

Mając na względzie powyższe Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny postanowił nałożyć karę w wysokości określonej jak w punkcie II. sentencji decyzji.

Rygor natychmiastowej wykonalności

Zgodnie z dyspozycją art. 94a ust 4 Prawa farmaceutycznego decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia reklamy apteki i punktu aptecznego oraz ich działalności nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.

Mając na względzie powyższe Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w tym zakresie nie ma kompetencji fakultatywnych, jak to jest w przypadku przepisu art. 108 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, który określa przesłanki nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, których wystąpienie nie oznacza obowiązku nadania decyzji tego rygoru. Zapis art 94a ust. 4 Prawa farmaceutycznego wiąże Organ, który musi w decyzji zamieścić stosowną klauzulę, co zostało uczynione w punkcie III. sentencji niniejszej decyzji.

Pouczenie:

Od decyzji niniejszej służy stronie, na podstawie art. 127 § 1 i 2 oraz art. 129 § 1 i 2 kpa. odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za pośrednictwem Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego, w terminie czternastu dni od dnia doręczenia decyzji.

Zgodnie z art. 130 § 3 pkt. 2 kpa wniesienie odwołania nie wstrzymuje wykonania pkt I. niniejszej decyzji.



Zgodnie z dyspozycją art. 129b ust 4 i ust. 5 Prawa farmaceutycznego kary pieniężne uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Warszawie ul Floriańska 10, 03-707 Warszawa:

NARODOWY BANK POLSKI O. WARSZAWA 06 1010 1010 0155 1222 3100 0000.

Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe.

Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami za zwłokę następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Otrzymują:

 Pan Radca Prawny – Pełnomocnik, ul.,
 a/a.