

WIF.WA.II.8523.1.94.2014.UR

## **D E C Y Z J A**

Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania w sprawie przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą 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 apteki ogólnodostępnej na terytorium województwa mazowieckiego:

- I. Na podstawie dyspozycji 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j: Dz. U. z 2013r. poz. 267, z późn. zm. zwanej dalej „Kpa”) umarza postępowanie w części dotyczącej nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej , poprzez zamieszczenie w bezpłatnym miesięczniku wydawanym przez – wydanie maj 2014 informacji zawierającej: nazwę adres, numer telefonu oraz tekst: „
- II. Na podstawie art 129b ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne nakłada na przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą karę pieniężną w wysokości 200 zł (słownie: dwieście 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.

## **UZASADNIENIE**

W dniu 27 listopada 2014 roku zostało wszczęte postępowanie administracyjne w przedmiocie podejrzenia naruszenia dyspozycji art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne związku z powzięciem wiadomości dotyczących możliwości prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej na terytorium województwa mazowieckiego poprzez zamieszczenie w bezpłatnym miesięczniku wydawanym przez pt „e

W dniu 10 grudnia 2014 roku do Organu wpłynęła odpowiedź Strony ( za pośrednictwem poczty elektronicznej, zawierająca także mail z dnia 26 listopada 2014 roku) wskazująca, że wydawcą przedmiotowego miesięcznika był prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą W piśmie wskazano, że jedynym egzemplarzem, w którym zamieszczona była reklama „ był egzemplarz maj 2014. Nakład miesięcznika wynosił 10 000 egzemplarz. Miesięcznik był kolportowany dwutorowo: pierwsza część była dostarczania bezpośrednio do odbiorców indywidualnych ( do skrzynek pocztowych 2000 sztuk, druga kolportowana w miejscach użyteczności publicznej ( urzędy miejskie, sklepy osiedlowe).

W dniu 15 grudnia 2015 roku Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wezwał Stronę w terminie 7 dni od dnia dostarczenia wezwania do dostarczenia pisma datowanego na dzień 26 listopada 2014 roku i 10 grudnia 2014 roku opatrzonego podpisem lub podpisem elektronicznym pod rygorem nieuwzględnienia pisma jako dowodu w sprawie.

W dniu 5 stycznia 2015 roku do organu wpłynęło pismo podpisane przez Stronę postępowania.

W dniu 7 stycznia 2015 roku Organ ponownie zawiadomił Stronę o zamiarze zakończenia postępowania, informując jednocześnie o prawie do zapoznania się z aktami postępowania oraz możliwością zapoznania się z aktami postępowania.

Do dnia wydania przedmiotowej decyzji do Organu nie wpłynęły żadne wyjaśnienia Strony, ani żadne nowe wnioski dowodowe.

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

W toku postępowania Organ ustalił, że w czasopiśmie/miesięczniku wydawanym przez pana wydanie maj 2014 na ostatniej stronie znajduje się informacja zawierająca: nazwę, adres, numer telefonu oraz tekst: „

W ocenie Organu opisane powyżej działanie Strony przekracza zakres dozwolonej reklamy aptek ogólnodostępnej.

Należy stwierdzić, że takie działanie Strony nie korzysta z ochrony w świetle przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, gdyż działanie to nie wypełnia przesłanek dozwolonej reklamy aptek jednoznacznie określonych w przepisie art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne.

W ocenie Organu opisane powyżej działanie Strony przekracza zakres dozwolonej reklamy aptek ogólnodostępnej.

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 zbycie 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, bony, kupony czy też poprzez uwidacznianie nazwy apteki o treści wypełniającej znamiona reklamy lub niosącej przesłanie reklamowe itp.

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.

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 2007r. VII SA/Wa 1707/07, powtórzony w wyroku z dnia 6 marca 2008r. w sprawie VII SA/Wa 2216/07, czy w wyroku z 14 maja 2008r. VII SA/Wa 2215/07, w wyroku z dnia 20 września 2010r. VI SA/Wa 838/10, a także w wyrokach Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 czerwca 2014r. II GSK 668/13 i z dnia 27 sierpnia 2014 roku II GSK 1000/13, zgodnie z którymi 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, oraz które to działanie jest w ten sposób odbierane przez pacjentów.

W orzecznictwie wskazuje się dla przykładu, że stanowi reklamę zarówno leków, jak i sprzedającej je apteki przedstawienie listy leków o obniżonej, promocyjnej cenie, wykazanej przez porównawcze zestawienie ceny niższej, stosowanej przez aptekę, obok ceny wyższej, określonej

jako "cena typowa", "cena stara" lub w inny sposób sugerujący, iż apteka okresowo sprzedaje lek po obniżonej, promocyjnej cenie" (wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07, Lex, nr 307127; Monitor Prawniczy 2007, Nr 20, poz. 1116). Oznacza to, że prowadzona przez farmaceutów wśród klientów zachęta i propozycja uczestniczenia w "programie" poprzez wręczanie im ulotek, kierowana do przybywających do apteki klientów, czyli de facto nieokreślonego ich kręgu jest skierowana do publicznej wiadomości. W konsekwencji poprzez Internet program lojalnościowo - rabatowy trafia bowiem do szerszego kręgu potencjalnych klientów, co niewątpliwie ma na celu zwiększenie obrotu w aptece biorącej w niej udział. Reklama apteki i jej działalności następuje zatem poprzez udział w reklamowanym programie lojalnościowym i ma charakter publiczny. Wszak termin "publiczny" oznacza według Słownika Języka Polskiego pod red. prof. M. Szymczaka "ogólny, dostępny dla wszystkich, dotyczący ogółu ludzi" (wyd. PWN, Warszawa 1982, tom II, str. 1074).

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.

Innymi słowy, stosowane przez skarżącą metody marketingowe, będące przejawem wolności gospodarczej czy ochrony zdrowia nie są zakazane, są chronione przez Konstytucję, o ile nie stoją w sprzeczności z zakazem ustawowym.

Na gruncie stanu faktycznego stwierdzonego w niniejszej sprawie, za zabronioną reklamę apteki Organ uznał możliwość prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej w poprzez zamieszczenie w bezpłatnym miesięczniku wydawanym przez informację zawierającej: nazwę, adres, numer telefonu oraz tekst:

Reklamą jest bowiem zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów w aptece, jeżeli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych. Wskazać także należy, że metoda, czy też sposób prowadzenia działań reklamowych, czy też środki użyte do ich realizacji nie są kluczowe dla oceny czy dane działania naruszają art. 94 a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne. W przedmiotowej sprawie zamieszczenie informacji bez wątpienia miało na celu przyciągnięcie klientów/pacjentów do apteki celem zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych.

Uregulowania art. 86 ust. 1 i 2 ustawy - Prawo farmaceutyczne wskazują, że nazwa „apтека” podlega szczególnym rygorom, gdyż jest placówką ochrony zdrowia publicznego oraz jest zastrzeżona wyłącznie do świadczenia usług farmaceutycznych. Nazwa apteki służy identyfikacji punktu świadczenia usług farmaceutycznych (sygn. akt VII SA/Wa 576/06), a umieszczenie informacji wprowadza w błąd pacjentów/ klientów, że w aptece tej jest prowadzona sprzedaż wszystkich artykułów w niższych cenach.

Odbiorcą komunikatu jest przeciętny konsument, który nie zna przepisów ustawy - Prawo farmaceutyczne oraz ustawy o refundacji. Przeciętny konsument zapoznając się z informacją odczytuje komunikat, że w tej aptece prowadzona jest sprzedaż wszystkich artykułów w niższych cenach.

W przedmiotowej sprawie wydawcą przedmiotowego miesięcznika jest i to na nim jako na wydawcy ciąży odpowiedzialność aby ogłoszenia i reklamy nie były sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Bez znaczenia zatem w przedmiotowym postępowaniu pozostaje fakt czy zlecenia na reklamę były podrobione czy też nie.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 36 ust. 2 ustawy Prawo prasowe „Ogłoszenia i reklamy nie mogą być sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego”.

W niniejszym postępowaniu dane umieszczone w czasopiśmie były sprzeczne z art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne, który stanowi, że reklama aptek i ich działalności jest zabroniona.

Organ stwierdził, że Strona poinformowała o tym, że działanie było jednorazowe oraz że po wszczęciu postępowania nie wpłynęły żadne zawiadomienia lub informacje o tym, że Strona kontynuuje te działania.

Zgodnie z dyspozycją art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części.

Bezprzedmiotowość postępowania, o której stanowi art. 105 § 1 Kpa zachodzi w sytuacjach, gdy w świetle prawa materialnego i ustalonego stanu faktycznego brak jest sprawy administracyjnej mogącej być przedmiotem postępowania. Sprawa administracyjna jest bezprzedmiotowa, gdy nie ma materialnoprawnych podstaw do władczej, w formie decyzji administracyjnej ingerencji organu administracyjnego. Wówczas to jakiegokolwiek rozstrzygnięcie merytoryczne, pozytywne czy też negatywne staje się prawnie niedopuszczalne.

W niniejszym postępowaniu w ocenie organu zaistniała przesłanka bezprzedmiotowości w zakresie wydania nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy za pomocą zamieszczania kuponów i nie kontynuuje tej działalności.

Mając na względzie powyższe Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny, umarza postępowanie w zakresie wydania nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy w związku z powzięciem wiadomości dotyczących możliwości prowadzenia przez przedsiębiorcę prowadzenie reklamy apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej poprzez zamieszczenie w bezpłatnym adres, numer telefonu oraz tekst: „

Zgodnie z dyspozycją art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części.

### **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 niniejszym postępowaniu zostało udowodnione prowadzenie przez przedsiębiorcę działającego pod firmą prowadzenie reklamy apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej poprzez zamieszczenie w bezpłatnym miesięczniku wydawanym przez – wydanie maj 2014 informacji zawierającej: nazwę, adres, numer telefonu oraz tekst: „

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.

Dokonując oceny wagi (rozmiarów) stwierdzonego naruszenia Organ za udowodnione przyjął, że prowadzona reklama dotyczyła jednej apteki, jednego podmiotu, a reklama publikowana była tylko jeden raz.

Mając na względzie wskazane powyżej okoliczności oraz uwzględniając te okoliczności przy określaniu wymiaru kary pieniężnej, Organ za stwierdzone naruszenie ustalił karę pieniężną w wysokości 200 zł. (słownie: dwieście 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.

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

- 1.
2. a/a