

WIF.WA.II.8523.1.46.2015.PP

DECYZJA

- 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 w , przy ul. , poprzez wywieszenie w oknie lokalu apteki, plakatu zawierającego napis „TAŃSZE...”.
- II. Na podstawie art. 129b ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne nakłada się na karę pieniężną w wysokości 1.000 zł (słownie: jeden tysiąc zł 00/100) z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne w zakresie opisanym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji, płatną do budżetu państwa.

UZASADNIENIE

W dniu 2015 r. Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wszczął postępowanie mające na celu ustalenie czy doszło do naruszenia dyspozycji art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne w związku z wywieszeniem w oknie lokalu apteki, plakatu zawierającego napis „TAŃSZE ...”, który był widoczny z zewnątrz apteki.

O wszczęciu postępowania poinformowano stronę pismem z dnia ... 2015 r., które zostało doręczone ... 2015 r., jednocześnie wzywając do:

1. nadesłania omawianego plakatu;
2. podania daty jego wywieszenia;
3. podania nakładu plakatu;
4. wskazania wszystkich miejsc, w których został on umieszczony;

Strona w odpowiedzi na wezwanie, pismo z dnia ... 2015 r. doręczone organowi dnia ... 2015 r., wskazała, iż plakat nie został wywieszony przez nią osobiście, tj. *jedynie wyraziliśmy zgodę na jego umieszczenie w prowadzonej przez nas Aptece zlokalizowanej w przy ul. . Plakat był wywieszony w 2013 r. przez firmę i jest jej własnością. To firma zajmowała się produkcją i kolportażem przedmiotowego plakatu. Wyraziliśmy zgodę na umieszczenie przedmiotowego plakatu, który w załączeniu dołączamy, ponieważ byliśmy przekonani, że jest to dozwolona przez prawo informacja o istnieniu tańszych odpowiedników leków refundowanych, a nie reklama Apteki i jej działalności.(...) W naszej ocenie niniejszy plakat jest tylko informacją, o której mówi wskazany art. 44 ust. 1 Prawa farmaceutycznego, nie ma cech reklamy, nie zawiera zachęty, a więc poprzez jego umieszczenie w lokalu Apteki, nie został naruszony przepis art. 94a ust. Ustawy z dnia 06.09.2001 r. Prawo farmaceutyczne. W dalszej części pisma Strona wniosła o umorzenie postępowania jako bezprzedmiotowego.*

Pismem z dnia ... 2015 r. (doręczone Stronie ... 2015 r.) Organ zawiadomił Stronę 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 do brania udziału w przeprowadzaniu dowodu. W wyniku powyższego Strona nie złożyła żadnego wniosku ani nie zgłosiła się w celu zapoznania się z aktami postępowania.

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

Stwierdzenie naruszenia

Spółka, zarejestrowana pod nr. , prowadząca działalność gospodarczą w formie apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej w przy ul. prowadziła niedozwoloną reklamę apteki.

Organ za bezsporne i udowodnione uznaje, iż plakat, który znajdował się w oknie lokalu apteki został wywieszony za zgodą Strony.

Na przedmiotowym plakacie widniał napis o treści „TAŃSZE ...”, poprzedzony był przywołaniem art. 44 ust. 1 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Zaznaczyć należy, iż jego układ, czyli wielkie, czerwone litery na białym tle pozwały na jego interpretację, iż we wskazanej powyżej aptece dostępne są tańsze leki niż w innych aptekach. Taki układ tekstu jednoznacznie wskazuje na zachęcenie potencjalnego klienta do skorzystania z oferty ww. apteki.

W niniejszym postępowaniu zarzucono stronie prowadzenie reklamy apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej w przy ul. , poprzez wywieszenie w oknie lokalu apteki, plakatu zawierającego napis „TAŃSZE ...”.

W ocenie Organu treść plakatu i układ znajdującego się na nim napisu stanowią zakazaną reklamę apteki. Według ustaleń Organu (pismo Strony z dnia ...) plakat wisiał w oknie lokalu apteki od 2013 roku do chwili otrzymania przez Stronę zawiadomienia o wszczęciu postępowania w zakresie naruszenia dyspozycji normy art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego.

Zgodnie z dyspozycją art. 94a ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego. W razie stwierdzenia naruszenia w/w przepisu wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje, w drodze decyzji, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

Przepis art. 94a ust. 1 w/w ustawy nie definiuje pojęcia reklamy apteki, wskazując jedynie działania, które nimi nie są. Nie stanowi reklamy jedynie informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

W orzecznictwie wskazuje się, że wobec braku ustawowej definicji reklamy działalności aptek, należy w tym względzie odwołać się do opracowań słownikowych. W Wielkim Słowniku Wyrazów Obcych (pod red. M. Bańki, PWN, Warszawa 2003) wskazano, że reklamą jest działanie mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług. Reklamą działalności apteki będzie więc zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptecce - niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków - jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych" (wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 r., VII SA/Wa 698/08, niepubl. oraz wyrok WSA w Warszawie z dnia 1 lutego 2008 r., VII SA/Wa 1960/07, Lex, nr 451165).

Reklamą apteki jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych przez aptekę towarów i która w taki sposób jest odbierana przez klientów. Szeroki sposób rozumienia reklamy działalności aptek uzasadnia również fakt, że art. 94a ust. 1 p.f., poza stwierdzeniem, że nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego, nie zawiera katalogu działań, które byłyby ex lege wyłączone z zakresu tego pojęcia, jak ma to miejsce w przypadku reklamy produktu leczniczego. Reklamą działalności apteki może być więc każde działanie zmierzające do zwiększenia sprzedaży. Reklama może przy tym przyjmować różne formy, w szczególności: haseł, sloganów, spotów TV, ulotek, billboardów, folderów, czy też gazetek. (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 marca 2015 r., II GSK 54/14).

Przytoczona definicja reklamy w zestawieniu z definicją apteki, zawartą w ustawie Prawo farmaceutyczne w art. 86, pozwala na przyjęcie, że reklamą działalności apteki jest działanie polegające na zachęcaniu potencjalnych klientów do dokonywania zakupu i korzystania z usług farmaceutycznych w konkretnej aptece lub punkcie aptecznym. W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Warszawie z dnia 14 maja 2008 r., VII SA/Wa 2215/07, wskazano, iż „zauważyć trzeba, że art. 94a nie definiuje katalogu działań, które nie stanowiłyby reklamy działalności apteki, przepis ten jedynie określa, do jakich produktów leczniczych nie może się odnosić reklama działalności apteki. Dlatego też 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, jeśli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych oferowanych w danej aptece”.

W literaturze wyrażany jest pogląd, iż reklamą jest wszelkiego rodzaju oddziaływanie przedsiębiorców na potencjalnych klientów podejmowane w tym celu, aby przez zachwalanie towaru bądź usługi wywołać zainteresowanie dla warunków transakcji. 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 2006r. (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 wyniku których 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.

Organ wskazuje, iż przedmiotowy plakat posiada taki układ że pacjent może się sugerować, iż w aptece ogólnodostępnej zlokalizowanej w przy ul. produkty lecznicze/wyroby medyczne/suplementy diety znajdujące się w jej ofercie są tańsze aniżeli w innych aptekach.

Za reklamę należy uznać 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 2006r. (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 wyniku których 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.

W przedmiotowym przypadku właśnie mamy do czynienia z taką konstrukcją tj. układem graficznym plakatu, który wywiera wpływ na myśli lub wyobraźnię potencjalnego pacjenta narzucając mu nieodpartą chęć nabycia produktów leczniczych właśnie w aptecce która informuje, iż w jej ofercie znajdują się tańsze leki aniżeli w innych aptekach.

Na poparcie powyższych tez organ wskazuje, iż Uniwersalny Słownik Języka Polskiego pod red. prof. Stanisława Dubisza (wydawnictwo Naukowe PWN, W-wa 2003r.) pod pojęciem reklamy rozumie działanie polegające na zachęcaniu potencjalnych klientów do zakupu określonych towarów i usług, ale także napis, rysunek, plakat, film itp. służący temu celowi. Reklama to także efekt czyjejś działalności dotyczącej własnego wizerunku.

W tym miejscu Organ pragnie wskazać, iż odbiorcami przedmiotowej reklamy nie są przeciętni konsumenci, ponieważ mamy do czynienia w tym przypadku z pacjentem apteki, do którego kierowane były gazetki reklamowe pozwanej spółki. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3.12.2003 r., I CK 358/02 (nie publ.), również w Polsce, co do zasady, należy obecnie przyjąć powszechnie stosowany w Unii Europejskiej model przeciętnego konsumenta jako osoby należycie poinformowanej, uważnej, ostrożnej i rozsądnie krytycznej. Wzorzec ten nie może być jednak definiowany w oderwaniu od konkretnych warunków ustalonych w sprawie oraz od realiów związanych z odbiorcą określonych produktów, do którego kierowana jest reklama (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11.7.2002 r., I CKN 1319/00, OSNC 2003, nr 5, poz. 73).

Nie można zatem pomijać, że konsumentami leków są osoby chore, często o zmniejszonej z tego powodu zdolności postrzegania oraz rozsądnej i krytycznej oceny, podobnie jak osoby starsze, stanowiące także znaczną grupę konsumentów leków. Są to z reguły osoby bardziej podatne na sugestie i mniej krytyczne. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r. sygn. akt II CSK 289/07).

Mając na względzie powyższe za udowodniony organ uznaje fakt naruszenia zakazu określonego w art. 94a ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne zdanie pierwsze tj. prowadzenie reklamy apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej w przy ul. .

Strona nadsyłając egzemplarz plakatu, który wisiał w oknie apteki poinformowała o tym, że ww. plakat po otrzymaniu zawiadomienia o wszczęciu postępowania został usunięty. Organ stwierdził także, 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 rozpowszechniania biuletynu informacyjnego.

Mając na względzie powyższe Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny, umarza postępowanie w zakresie wydania nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy w związku z powzięciem wiadomości, iż przedmiotowy plakat został zdjęty i przesłany do tutejszego inspektoratu.

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 nakładem 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 czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do konkretnego przedsiębiorcy należy nałożyć sankcję karną nie decyduje organ, w tym wypadku Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny, gdyż kara ta wynika wprost z przepisów ustawy Prawo farmaceutyczne. W przypadku stwierdzenia prowadzenia reklamy apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności organ na podstawie przepisów prawnych jest zobligowany nałożyć karę, ma jedynie możliwość miarkowania wysokości kary.

W przedmiotowym postępowaniu zostało udowodnione prowadzenie reklamy apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej w przy ul. oraz jej działalności za pomocą plakatu zawierającego

napis „TAŃSZE ...”, dlatego Organ nie może odstąpić od nałożenia kary, gdyż nie posiada kompetencji do uznaniowego nałożenia bądź nienałożenia kary pieniężnej.

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

Ustalenie kary w przedmiotowej sprawie miało charakter wieloetapowy, co spowodowane było zaistnieniem w postępowaniu licznych okoliczności mających wpływ na jej wysokość.

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 związanych z reklamą apteki przez spółkę.

W pierwszej kolejności Organ dokonał sprawdzenia okresu, w jakim była prowadzona przedmiotowa reklama.

Organ za udowodnione uznaje, iż reklama była prowadzona od 2013 r. do ... 2015 r. (pismo Strony z ... 2015 r.).

Dokonując oceny wagi (rozmiarów) stwierdzonego naruszenia organ stwierdza, iż prowadzona reklama zawiera jednoznaczne skojarzenia z działalnością apteki zlokalizowanej w przy ul. ze względu na miejsce umieszczenia plakatu. Na marginesie zaznaczyć należy, że Strona z uwagi na długi okres obowiązywania przepisów, będących podstawą wydania niniejszej decyzji musiała być świadoma naruszenia art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne, którego interpretację rozwija bogate orzecznictwo. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidywać, że podejmowane przez nie działania w ramach działalności regulowanej, którą jest prowadzenie apteki ogólnodostępnej mogą być uznane przez Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego za niedozwoloną działalność reklamową, dlatego uzasadnione jest zastosowanie wobec nich kar pieniężnych w sytuacji gdy mieli możliwość przewidzenia, że ich działania naruszają prawo lub gdy nie dołożyli należytej staranności, by norm prawa zawartych w ustawie Prawo farmaceutyczne nie naruszyć.

Uwzględniając powyższe Organ przyjął następujące okoliczności:

- Przedmiotem postępowania był tylko jeden typ naruszenia art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, kilka rodzajów naruszeń skutkowałoby zwiększeniem kary.
- Kara pieniężna ma pełnić również rolę prewencyjną
- Stwierdzony okres prowadzenia reklamy: od 2013 roku do lipca 2015 roku.
- Reklama dotyczyła jednej apteki.
- Od przedsiębiorcy prowadzącego aptekę wymagana jest znajomość przepisów regulujących ten rodzaj działalności gospodarczej, w szczególności przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego.
- Organ nie odnotował uprzedniego naruszenia art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego (okoliczność korzystna dla Strony)

Mając na względzie wskazane powyżej okoliczności mające wpływ na wymiar kary pieniężnej, organ za stwierdzone naruszenie ustalił karę pieniężną w wysokości 1.000 zł (słownie: jeden tysiąc zł i 00/100 zł).

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

Należy również wskazać, iż kara musi być dotkliwa dla przedsiębiorcy z uwagi na fakt pełnienia funkcji represyjnej (penalnej), jednakże dolegliwość ta musi być możliwa do spełnienia.

Organ wskazuje, iż kara ta ma również znaczenie edukacyjne dla samego przedsiębiorcy jak również wymiar odstraszający, będący ewentualną przestrogą 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.

Zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 4 i ust. 5 Prawa farmaceutycznego karę pieniężną uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Inspekcji Farmaceutycznej 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.

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. ;