

WIF.WA.II.8523.1.7.2013.RB

Decyzja

po przeprowadzeniu postępowania w przedmiocie podejrzenia naruszenia dyspozycji art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (t.j. z 2008r. nr 45 poz 271 ze zm.) wszczętego z urzędu przeciwko przedsiębiorcy: z siedzibą w , w związku z podejrzeniem prowadzenia reklamy działalności apteki zlokalizowanej w przy ul. o nazwie za pomocą plakatu wywieszonego w witrynie zatytułowanego

MAZOWIECKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- I. Na podstawie dyspozycji 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. 2013 r. poz. 267) umarza postępowanie w zakresie nakazania w drodze decyzji zaprzestania prowadzenia reklamy działalności apteki zlokalizowanej w o nazwie za pomocą plakatu wywieszonego w witrynie zatytułowanego
- II. Na podstawie art. 129b ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (t.j. z 2008r. nr 45 poz 271 ze zm.) nakłada się na przedsiębiorcę: z siedzibą w karę pieniężną w wysokości (słownie: z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne poprzez prowadzenie reklamy apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej za pomocą plakatu wywieszonego w witrynie zatytułowanego

Uzasadnienie

W dniu 4 lutego 2013r. do organu wpłynęło pismo w którym wskazała, iż „w witrynie apteki ogólnodostępnej o nazwie zlokalizowanej przy umieszczony został plakat o treści

W dniu 11 marca 2013r. organ zawiadomił stronę, że zostało wszczęte postępowanie w przedmiocie naruszenia dyspozycji art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (t.j. z 2008r. nr 45 poz 271 ze zm. dalej Prawo farmaceutyczne) w związku z podejrzeniem prowadzeniem reklamy działalności apteki zlokalizowanej za pomocą plakatu wywieszonego w witrynie zatytułowanego . Stronę poinformowano jednocześnie o prawie do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz złożenia wyjaśnień lub dostarczenia nowych materiałów dowodowych.

W dniu 15 marca 2013r. strona zapoznała się z aktami sprawy.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu oraz po zapoznaniu się z aktami sprawy strona w dniu 19 marca 2013r. złożyła pisemne oświadczenie, iż w nie wywieszała i nie wywiesza w witrynie przedmiotowego plakatu wskazując, iż fotografie znajdujące się w inspektoracie mogą być fotomontażem, lub ktoś mógł wywiesić plakat bez wiedzy strony.

Pismem z dnia 12 czerwca 2013r. organ zawiadomił stronę o zamiarze zakończenia postępowania.

W dniu 18 czerwca 2013r. strona ponownie zapoznała się z aktami sprawy.

Do dnia wydania niniejszej decyzji strona nie zgłosiła żadnych nowych wniosków dowodowych oraz wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe organ zważył co następuje

W toku postępowania ustalono, iż przedsiębiorca: posiada zezwolenie znak zmienione decyzją znak z dnia ., na prowadzenie apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej w przy ul.

Organ za udowodnione uznaje, iż w dniu 7 lutego 2013r. w witrynie okiennej apteki (po lewej stronie od wejścia dla pacjentów) był wywieszony od wewnętrznej strony skierowany na zewnątrz plakat zawierający treść:

Organ nie dał wiary twierdzeniom strony, iż „nie wywieszała i nie wywiesza w witrynie przedmiotowego plakatu wskazując, iż fotografie znajdujące się w inspektoracie mogą być fotomontażem lub ktoś przykleił bez naszej wiedzy, do witryny z zewnątrz w/w plakat”, gdyż dokumentacja fotograficzna zgromadzona w niniejszej sprawie, została dostarczona przez oraz dodatkowo sporządzona przez pracownika organu

Dokumentacja fotograficzna dostarczona przez oraz sporządzona przez pracownika organu jest spójna (zgodna) tj. przedstawia ten sam stan (obraz) faktyczny. W tym miejscu organ pragnie podkreślić, iż wykonanie zdjęcia nie jest tożsame z czynnością oględzin - fotografia jest odrębnym dowodem w sprawie. „Oględziny polegają na bezpośrednim zbadaniu jakiegoś przedmiotu przez organ orzekający w celu dokonania spostrzeżeń za pomocą określonego zmysłu (wzroku, słuchu, dotyku, węchu, smaku), co do właściwości przedmiotu. Jest to środek dowodowy bezpośredni, bez ogniów pośrednich, zetknięcie się organu orzekającego ze stanem faktycznym w danej sprawie. Zaś wykonanie zdjęcia, które jest dowodem w sprawie nie może być utożsamiane z przeprowadzaniem czynności oględzin.” (wyrok NSA z 8 kwietnia 2008 r., II OSK 369/07, LexPolonica nr 2479137).

Ponadto należy wskazać, iż na zdjęciach widać, iż plakat jest umieszczony w ramce od wewnętrznej strony witryny, a nie od zewnętrznej.

Mając na względzie powyższe organ nie daje wiary twierdzeniom strony odnośnie fotomontażu lub przyklejenia plakatu bez wiedzy strony od zewnętrznej strony witryny.

W niniejszym postępowaniu zarzucono stronie prowadzenie reklamy apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej w o nazwie za pomocą plakatu wywieszonego w witrynie zatytułowanego która może stanowić zakazaną reklamę apteki ogólnodostępnej, o której mowa w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego.

Umorzenie postępowania

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.

Bezprzedmiotowość postępowania wynikać może z przyczyn przedmiotowych i podmiotowych. W niniejszym postępowaniu w ocenie organu zaistniała przesłanka bezprzedmiotowości w zakresie wydania nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy działalności apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej w za pomocą plakatu wywieszonego w witrynie zatytułowanego gdyż brak jest dowodów potwierdzających, iż w aptece na dzień wydania decyzji jest wywieszony przedmiotowy plakat, dlatego organ nie może nakazać zaprzestania prowadzenia reklamy.

Mając na względzie powyższe Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny, umarza postępowanie w zakresie nakazania w drodze decyzji zaprzestania prowadzenia reklamy działalności przedmiotowej apteki.

Stwierdzenie naruszenia

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. Zapis 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 aptece (aptekach) - 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).

Powyższe stanowiska, mimo iż dotyczą wcześniejszego brzmienia art. 94a Prawa farmaceutycznego tj. przed dniem 1 stycznia 2012r. pozostają aktualne w odniesieniu do nowych uregulowań art. 94a Prawa farmaceutycznego co zostało potwierdzone w wyroku Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 15 kwietnia 2013 r. (sygn. akt VI SA/Wa 2617/12 – źródło <http://www.zdrowie.abc.com.pl/czytaj/-/artykul/wsa-pierwsze-wyroki-w-sprawie-zakazu-reklamy-aptek-1>).

Organ podkreśla, iż w przedmiotowym przypadku należy zwrócić szczególną uwagę na dobór formy graficznej i treści, w której zastosowano tzw. efekt złudzenia optycznego. Dla potencjalnego pacjenta z odległości widoczne są tylko i wyłącznie wyrazy ponieważ te wyrazy zostały napisane bardzo dużą czcionką, natomiast pozostała w/w treść plakatu jest napisana bardzo małymi literami. Za reklamowym charakterem plakatu przemawiają takie elementy jak:

- okoliczność, iż zajmuje on ponad pół witryny i dla osoby przechodzącej nie pozostanie niezauważony,
- zawiera żywe kolory które zawsze przyciągają wzrok,
- **treść pisana dużym rozmiarem czcionki tworzy krótkie hasło reklamowe**

Dzieje się tak ponieważ następuje błędna interpretacja obrazu przez mózg pod wpływem kontrastu wzrokowego, wielkich i małych liter, których układ automatycznie wprowadza mózg w błędny tok myślenia (postrzegania). Złudzenie wynika z mechanizmów działania percepcji, które zazwyczaj pomagają w postrzeganiu. są napisane wielką czcionką i dlatego są czytelne dla każdego, przeciętnego pacjenta, nawet mającego słabszy wzrok. Pozostałe wyrazy są pisane małą czcionką i pozostają nieczytelne z odległości.

Zatem w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z dwoma przekazami, zawartymi w przedmiotowym plakacie, pierwszy **przekaz reklamowy** tworzony przez wyrazy napisane dużą czcionką o treści:

Organ wskazuje, iż w niniejszym postępowaniu wziął pod uwagę fakt, iż dyspozycja art. 44 ust. 1 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U.2011.122.696 dalej ustawa o refundacji leków) wskazuje, iż „Osoba wydająca leki, środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyroby medyczne objęte refundacją ma obowiązek poinformować świadczeniobiorcę o możliwości nabycia leku objętego refundacją,

innego niż lek przepisany na receptę, o tej samej nazwie międzynarodowej, dawce, postaci farmaceutycznej, która nie powoduje powstania różnic terapeutycznych, i o tym samym wskazaniu terapeutycznym, którego cena detaliczna nie przekracza limitu finansowania ze środków publicznych oraz ceny detalicznej leku przepisanego na receptę. Apteka ma obowiązek zapewnić dostępność tego leku.” oraz fakt, iż apteka zgodnie z art 43 ust. 1 pkt 5 ustawy o refundacji leków w celu realizacji świadczeń objętych umową na realizację recept ma obowiązek: zamieścić, w widocznym i łatwo dostępnym miejscu, informację o zawarciu umowy na realizację recept oraz informację, o której mowa w art. 44 ust. 1:

Jednakże w ocenie organu przedmiotowy plakat nie był informacją, o której mowa w wyżej cytowanym artykule, a stanowi reklamę apteki. Wskazać należy, iż cytowany art. 44 ust. 1 ustawy o refundacji leków nie nakazuje poinformować o tańszych lekach w aptece (wszystkich), a nakazuje poinformować świadczeniobiorcę o możliwości nabycia leku objętego refundacją innego niż zapisany na receptę (odpowiednika), którego cena detaliczna nie przekracza limitu finansowania ze środków publicznych oraz ceny detalicznej leku przepisanego na receptę. Taki zapis oznacza, iż apteka ma również obowiązek poinformować o odpowiedniku posiadającym taką samą cenę (nie koniecznie tańszego).

W ocenie organu przedmiotowe plakaty są tak skonstruowane, iż w odbiorze konsumenta (pacjenta) do którego są adresowane nie zostają odczytane jako oficjalny komunikat urzędowy, obowiązek informacyjny wynikający z ustawy, a są odbierane jako przekaz reklamowy, zawierający hasło

Dla oceny, czy w niniejszej sprawie możemy mieć do czynienia z reklamą apteki prowadzoną pod pozorem przekazywania informacji o której mowa w art. 44 ust. 1 ustawy o refundacji leków pomocne może być rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2002 r. (III CKN 213/01), w której to sprawie Sąd Najwyższy rozstrzygnął o naruszeniu dobrych obyczajów przez reklamę piwa, która miała pozornie odnosić się do piwa bezalkoholowego, podczas gdy w rzeczywistości jej przedmiotem było piwo alkoholowe. Analogicznie jak w przypadku reklamy, przekazu reklamowego rozpowszechnianej za pomocą przedmiotowego plakatu, informacja o rzeczywistym przedmiocie reklamy (piwa) była przedstawiona w sposób słabo widoczny, a ponadto brakowało jednoznacznego kontekstu sugerującego, że dany produkt nie zawiera alkoholu.

W niniejszej sprawie strona pod pozorem przekazywania informacji, o której mowa w art. 44 ust. 1 ustawy o refundacji leków w rzeczywistości prowadzi reklamę apteki. Na plakacie rzeczywisty powód umieszczenia go został wskazany, w sposób mało widoczny, bardzo małą czcionką, która z odległości jest nieczytelna.

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 nakładą 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 zapisów ustawy Prawa farmaceutycznego. 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 zlokalizowanej w, 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.

Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego.

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.

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 danego przedsiębiorcy.

Dokonując oceny wagi (rozmiarów) stwierdzonego naruszenia organ stwierdza, iż prowadzona reklama dotyczy jednej apteki ogólnodostępnej i obecnie nie jest już rozpowszechniania.

Stosunkowo niski wymiar kary jest również podyktowany faktem, iż reklama była rozpowszechniania jedynie na witrynie apteki. Taki stan rzeczy oznacza, iż prowadzona reklama nie miała wielkich rozmiarów, a jej zasięg ograniczał się jedynie do osób, pacjentów apteki, które znajdowały się w okolicy apteki (witryny).

Mając na względzie wskazane powyżej okoliczności mające wpływ na wymiar kary pieniężnej, organ za stwierdzone naruszenie ustalił karę pieniężną w wysokości

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

Organ wskazuje, iż kara ta ma również znaczenie edukacyjne dla strony jak również wymiar odstraszący, będący ewentualną przestrożą 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.

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