

WIF.WA.II.8523.1.4.2014.RK

DECYZJA

Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania w stosunku do spółki działającej pod firmą: (...) z siedzibą w (...) 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 zlokalizowanej w (...), przy ul. (...), poprzez umieszczenie w witrynie apteki napisów/plakatów zawierających tekst: (...)

- I. Na podstawie art. 94a ust. 2, ust. 3 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (t.j. 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 (t.j. 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 poprzez prowadzenie reklamy apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej w (...), przy ul. (...), polegające na umieszczeniu w witrynie apteki napisów/plakatów zawierających tekst: (...) oraz nakazuje zaprzestanie jej prowadzenia na terytorium województwa mazowieckiego;**
- II. Na podstawie art 129b ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne **nakłada na spółkę (...) z siedzibą w (...), Nr KRS: (...), karę pieniężną w wysokości 2 000 zł (słownie: dwa tysiące 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 (...) Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wszczął postępowanie administracyjne wobec spółki (...) z siedzibą w (...) ul. (...) w przedmiocie naruszenia dyspozycji art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, w związku z powzięciem wiadomości dotyczących możliwości prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej w (...) przy ul. (...) poprzez umieszczenie w witrynie apteki plakatów/napisów zawierających tekst: (...).

Organ poinformował spółkę (...) z siedzibą w (...) o wszczęciu postępowania oraz wezwał do: wskazania daty umieszczenia plakatów w witrynie apteki przy ul. (...) w (...) i do dostarczenia egzemplarza plakatu, o którym mowa powyżej.

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.

Pismem z dnia (...) Strona poinformowała, że plakaty z nazwą apteki przy ul. (...) w (...) zostały umieszczone na początku września 2013r. oraz że napisy zostały umieszczone przez właściciela apteki.

Pismem z dnia (...) Organ wezwał kierownika apteki – Panią (...) do przesłania pisemnej informacji na temat daty umieszczenia plakatu w witrynie apteki oraz do nadesłania egzemplarza tego plakatu. W odpowiedzi na wezwanie Pani (...) wyjaśniła, że nie pamięta daty w jakiej właściciel apteki umieścił w witrynie apteki napis z nazwą apteki oraz że nie jest właścicielem plakatu i nie ma uprawnień do jego przesłania.

Pismem z dnia (...) Strona uzupełniając wcześniejsze wyjaśnienia poinformowała, że plakat/napis został umieszczony na początku września 2014r. oraz że nie dysponuje duplikatem plakatu/napisu - w związku z czym Strona dołączyła fotografię tego napisu/plakatu.

Pismem z dnia (...) 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.

Strona nie przeglądała akt sprawy, nie złożyła żadnych wniosków dowodowych oraz nie żądała przeprowadzenia dowodu.

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

W toku postępowania ustalono, iż spółka (...) z siedzibą w (...) ul. (...), posiada zezwolenie (...) z dnia (...) roku na prowadzenie apteki ogólnodostępnej o nazwie (...), zlokalizowanej w (...), przy ul. (...)

Organ za udowodnione uznaje, iż w witrynie oraz na drzwiach wejściowych apteki przy ul. (...) w (...) Strona umieszczała napisy (...). Napisy te zostały wykonane z materiału (folii) w kolorze jaskrawo-pomarańczowym (białe litery na pomarańczowym tle) i umieszczone zostały na szybach okien lokalu apteki w ten sposób, że zajmują one nie mniej niż 1/3 część powierzchni każdego okna. Podobnej wielkości napis, o tej samej treści i takiej samej kolorystyce umieszczony został na drzwiach wejściowych apteki.

Fakty te organ uznaje za udowodnione i bezsporne, gdyż w piśmie z dnia (...) Strona potwierdziła, że umieszczała w/w napisy.

Stwierdzenie naruszenia

W ocenie organu treści zawarte na przedmiotowych napisach oraz sposób ich umieszczenia stanowią zakazaną reklamę apteki.

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 - poprzez 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 działalności apteki działanie Strony polegające na umieszczeniu napisów o treści (...) w witrynie i oknach lokalu apteki zlokalizowanej przy ul. (...) w (...). Podstawą takiej oceny jest treść napisów, sposób ich umieszczenia, a także zastosowana wielkość liter i zastosowana kolorystyka.

Należy stwierdzić, że treść tych napisów nie zawiera informacji o lokalizacji apteki ani o godzinach jej otwarcia.

Umieszczenie napisów w każdym z okien lokali aptek wskazuje na zamiar wywołania u odbiorcy przekazu skutku innego niż informacyjny. Osiągnięcie skutku poinformowania odbiorcy nie wymagałoby w szczególności wielokrotnego powtórzenia napisu o tej samej treści w każdym z okien lokalu apteki. W ocenie Organu potwierdza to, że celem działania Strony nie jest tylko informowanie ale i zachęcanie do zakupu produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w aptecce wskazanej poprzez umieszczenie napisów albo przynajmniej zgoda Strony na osiągnięcie takiego skutku u odbiorcy. Działania takie wykraczają poza zakres kierowania do publicznej wiadomości informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki, dopuszczonej w przywołanym przepisie art. 94 ust. 1 Prawa farmaceutycznego.

Na wywołanie skutku inny niż informacyjny u przeciętnego odbiorcy wskazuje również zastosowana wielkość napisów w zestawieniu z zastosowaną kolorystyką liter. Każdy z napisów zajmuje co najmniej 1/3 część powierzchni każdego okna lokalu apteki, w którym został umieszczony. Jaskrawo-pomarańczowy kolor liter napisów spełnia funkcje przyciągania uwagi i wyróżniania spośród (lub na tle) innych innych. Stosowanie takiej kolorystyki w zestawieniu z pozostałymi wskazanymi powyżej elementami graficznymi, wobec braku w treści napisu elementów informacji dopuszczonych przez art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego powoduje, że napis taki spełnia definicję reklamy zabronionej w rozumieniu tego przepisu.

W ocenie Organu opisane powyżej działania Strony należy uznać za zabronioną reklamę apteki i jej działalności.

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 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 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).

Należy również wziąć pod uwagę dyspozycję art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2011r. Nr 122 poz. 696), która stanowi, iż ceną detaliczną jest urzędowa cena zbytu leku, środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyrobu medycznego powiększoną o urzędową marżę hurtową (5%) i urzędową marżę detaliczną (naliczana od ceny hurtowej zgodnie z art. 7 ust. 4 ustawy) oraz należny podatek od towarów i usług.

Apteka korzystając z refundacji (po zawarciu umowy z Narodowym Funduszem Zdrowia) leków musi sprzedawać je po stałych cenach, ogłaszanych w obwieszczeniu Ministra Zdrowia.

Powyższe potwierdza możliwość wprowadzenia w błąd klienta (pacjenta) o możliwości nabycia np. leku refundowanego w cenie hurtowej, gdyż treść napisu jak i nazwa apteki, zawierająca określenie „CENY HURTOWE” odnosi się do wszystkich leków dostępnych w aptece.

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.

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 apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej w (...) przy ul. (...) oraz jej działalności, przez spółkę (...) z siedzibą w (...).

Z tego względu 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 spółkę (...) z siedzibą w (...).

Dokonując oceny wagi (rozmiarów) stwierdzonego naruszenia organ za udowodnione przyjął, że prowadzona reklama dotyczy jednej apteki ogólnodostępnej. Organ stwierdza, że reklama ta była rozpowszechniana w okresie od sierpnia 2012 roku, to jest od daty wskazanej przez Stronę w piśmie z dnia (...).

Mając na względzie wskazane powyżej okoliczności oraz uwzględniając te okoliczności przy określaniu wymiaru kary pieniężnej, organ za stwierdzone naruszenie ustalił karę pieniężną w wysokości 2 000 zł. (słownie: dwa tysiące 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:

1. (...);
2. a/a.