

WIF.WA.II.8523.1.61.2014.RK

D E C Y Z J A

Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania w sprawie możliwości prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej w Warszawie, w sprawie przedsiębiorcy (...) 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 aptek ogólnodostępnych, zlokalizowanych w (...) w czasopiśmie (...), wydawanym w formie papierowej oraz w formie elektronicznej, dostępnej pod adresem internetowym: (...)

- 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”) **nakazuje zaprzestanie prowadzenia na terytorium województwa mazowieckiego reklamy niżej wymienionych aptek ogólnodostępnych, zlokalizowanych w (...):**

za pomocą czasopisma (...), który w numerach Nr 03/2014 (220), Nr 05/20143 (222), Nr 09/2014 (226) i Nr 10/2014 (227) zawiera:

- na stronie 13 - wykaz aptek ogólnodostępnych zlokalizowanych w (...), zatytułowany (...), w którym podane zostały nazwy, nazwiska przedsiębiorców/właścicieli lub firmy, adresy i numery telefonów tych aptek;

- na stronie 24 (ostatniej) – informacje w formie graficznej (ramka) o aptekach ogólnodostępnych zlokalizowanych w (...), w których podane zostały nazwy, adresy, numeru telefonów oraz w przypadku niektórych aptek – godziny ich otwarcia,
jako naruszającej przepis art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne;

- II. Na podstawie art 129b ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne **nakłada na (...)** 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 6 czerwca 2014 roku Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wszczął postępowanie administracyjne 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.), wobec przedsiębiorcy (...), wydawcy czasopisma (...), wydawanego w formie papierowej oraz w formie elektronicznej, dostępnej pod adresem internetowym: (...), którego numer oznaczony jako 03/2014 (nr 220) zawierał:

- na stronie 13 - wykaz 9 aptek ogólnodostępnych zlokalizowanych w (...), zatytułowany (...) w którym podane zostały nazwy, nazwiska przedsiębiorców/właścicieli lub firmy, adresy, i numery telefonów tych aptek;

- na stronie 4 okładki – informacje w formie graficznej ramki o 7 aptekach ogólnodostępnych zlokalizowanych w (...), w których podane zostały nazwy aptek, adresy, numeru telefonów oraz w przypadku dwu aptek – godziny otwarcia.

Organ poinformował przedsiębiorcę (...) o wszczęciu postępowania oraz wezwał do: podania daty rozpoczęcia zamieszczania w czasopiśmie (...) informacji o działalności aptek; nadesłania egzemplarzy wszystkich numerów w/w czasopisma, zawierających informacje o aptekach, wydanych po dniu 1 stycznia 2012 do dnia otrzymania niniejszego wezwania; podania wielkości nakładów poszczególnych numerów w/w czasopisma; podania ilości unikalnych odwiedzin strony internetowej (...) nadesłania kopii umowy lub innego dokumentu, na podstawie którego zamieszczane są informacje o aptekach; 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.

Pismem z dnia 19 czerwca 2014 roku Strona poinformowała, że w związku z wcześniej zaplanowanym wyjazdem oraz z koniecznością zapoznania się z aktami prawnymi udzieli odpowiedzi na wezwanie do dnia 10 lipca 2014r.

Pismem z dnia 3 lipca 2014 roku Strona poinformował, że wszelkie treści dotyczące aptek czy punktów aptecznych, publikowane w czasopiśmie (...) mają charakter tylko i wyłącznie informacyjny i w żaden sposób nie można definiować ich jako reklamy.

Strona wskazała na treść obowiązujących przepisów oraz przytoczyła orzecznictwo dotyczące przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego.

Strona podkreśliła, że publikowane „...w czasopiśmie (...) informacje o aptekach miały na celu powiadomienie klientów o adresach i numerach telefonu aptek, w przypadku gdyby klient miał problemy z zakupem danego leku. Poinformowanie o numerze telefonu miało w rzeczywistości ułatwić kontakt klienta z farmaceutą co do dostępności i ceny danego leku, gdyż bardzo często zdarzają się duże rozbieżności cenowe dotyczące tych samych leków. Ze względu na bardzo dużą liczbę aptek w samym (...), w celu ułatwienia klientowi identyfikacji apteki (na jednej ulicy może znajdować się kilka aptek) przy adresach podałem imię i nazwisko właściciela apteki lub jej nazwę.”

Strona stwierdziła, że działania te „...nie wykraczają poza zakres kierowania do publicznej wiadomości informacji o lokalizacji i godzinach pracy aptek. Wskazać należy, że moim zamiarem nigdy nie było ani nie jest obecnie, wywoływanie u zwykłego szarego Kowalskiego – mieszkańca (...) innego skutki niż informacyjny. Przedmiotowe informacje zamieszczane w informatorze (...) odnośnie działalności aptek nie mają zamiaru przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu w widniejących w informatorze aptekach. Należy z całą stanowczością podkreślić, iż celem informacji zawartych w informatorze nie jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych.”

Strona wskazała, że stosowana metoda informowania mieszkańców (...) jest jedynie przejawem wolności gospodarczej, chronionej przez konstytucję. W ocenie Strony czasopismo (...) od wielu lat pomaga mieszkańcom (...) nie tylko w znalezieniu lekarza danej specjalności, ale i zawiera wiele ciekawych artykułów dotyczących leczenia różnych chorób. Strona podkreśliła przy tym, że „...uznanie że publikowane informacje o aptekach stanowią w rzeczywistości reklamę aptek oznaczałoby, że przepisy znowelizowanego art. 94a powyżej wskazanej ustawy ograniczają dostęp pacjentów do informacji, na co wskazywał m.in. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wypowiadając się na temat projektu zmian do przedmiotowej ustawy.”

Strona poinformowała, że nie prowadzi archiwum i wobec tego nie może podać daty rozpoczęcia podawania informacji o działalności aptek. Strona podał, że czasopismo wydawane jest w nakładzie 4500-5000 egzemplarzy i jest kolportowane przez szpitale, przychodnie zdrowia, gabinety lekarskie, NZOZ i inne podmioty związane ze służbą zdrowia.

Strona poinformowała, że nie prowadzi statystyki „odwiedzin” na stronie internetowej.

Strona oświadczyła, że nie zawierała umów z kontrahentami dotyczących zamieszczania informacji o lokalizacji i godzinach pracy aptek.

Strona wniosła o umorzenie prowadzonego postępowania, jako bezprzedmiotowego – ze względu na brak jakichkolwiek naruszeń i materialno-prawnych przesłanek pozwalających organowi administracji na dokonanie ingerencji.

Jednocześnie Strona zwróciła się z prośbą o udzielenie wskazówek co do tego, w jaki sposób może prowadzić dalszą działalność gospodarczą, w celu zapobiegnięcia dalszym naruszeniom.

Pismem z dnia 25 września 2014 roku Organ poinformował Stronę o zamiarze zakończenia postępowania.

Strona nie zapoznała się z aktami sprawy, 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 (...) 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 oraz pośrednictwo w sprzedaży miejsca na cele reklamowe w mediach.

(...) 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 piśmie Strony opisanym powyżej.

Organ stwierdził, że czasopismo (...) ukazuje się co miesiąc, w formie drukowanej jak i elektronicznej.

Czasopismo jest rozpowszechniane bezpłatnie i jest kolportowane w sposób podany w piśmie Strony z dnia 3 lipca 2014 roku: przez szpitale, przychodnie zdrowia, gabinety lekarskie, podmioty lecznicze i inne podmioty związane ze służbą zdrowia.

W ocenie Organu celem wydawania tego czasopisma jest między innymi reklamowanie aptek ogólnodostępnych zlokalizowanych na terenie (...) 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 numerów czasopisma wydanych od dnia wszczęcia postępowania: Nr 03/2014 (220), Nr 05/20143 (222), Nr 09/2014 (226) i Nr 10/2014 (227), pozostających w aktach sprawy.

Numer oznaczony jako 03/2014 (nr 220) zawierał:

- na stronie 13 - wykaz 9 aptek ogólnodostępnych zlokalizowanych w (...), zatytułowany (...), w którym podane zostały nazwy, nazwiska przedsiębiorców/właścicieli lub firmy, adresy, i numery telefonów tych aptek;
- na stronie 24 (ostatniej) – informacje w formie graficznej ramki o 7 aptekach ogólnodostępnych zlokalizowanych w (...), w których podane zostały nazwy aptek, adresy, numeru telefonów oraz w przypadku dwu aptek – godziny otwarcia.

Numer oznaczony jako 05/2014 (nr 222) zawierał:

- na stronie 13 - wykaz 9 aptek ogólnodostępnych zlokalizowanych w (...), zatytułowany (...), w którym podane zostały nazwy, nazwiska przedsiębiorców/właścicieli lub firmy, adresy i numery telefonów tych aptek;
- na stronie 24 (ostatniej) – informacje w formie graficznej ramki o 9 aptekach ogólnodostępnych zlokalizowanych w (...), w których podane zostały nazwy aptek, adresy, numeru telefonów oraz w przypadku dwu aptek – godziny otwarcia.

Numer oznaczony jako 09/2014 (nr 226) zawierał:

- na stronie 13 - wykaz 6 aptek ogólnodostępnych zlokalizowanych w (...), zatytułowany (...), w którym podane zostały nazwy, nazwiska przedsiębiorców/właścicieli lub firmy, adresy i numery telefonów tych aptek;
- na stronie 24 (ostatniej) – informacje (w formie graficznej ramek) o 7 aptekach ogólnodostępnych zlokalizowanych w (...), w których podane zostały nazwy aptek, adresy, numeru telefonów oraz w przypadku dwu aptek – godziny otwarcia.

Numer oznaczony jako 10/2014 (nr 227) zawierał:

- na stronie 13 - wykaz 6 aptek ogólnodostępnych zlokalizowanych w (...), zatytułowany (...), w którym podane zostały nazwy, nazwiska przedsiębiorców/właścicieli lub firmy, adresy i numery telefonów tych aptek;
- na stronie 4 okładki (24) – informacje w formie graficznej ramki o 7 aptekach ogólnodostępnych zlokalizowanych w (...), w których podane zostały nazwy aptek, adresy, numeru telefonów oraz w przypadku dwu aptek – godziny otwarcia.

Organ stwierdził, że w stałej rubryce na str. 13 każdego z numerów zamieszczono informacje o aptekach ogólnodostępnych zlokalizowanych na terenie (...). Informacje te zawierały imię i nazwisko właściciela apteki albo jej nazwę oraz adres i numer telefonu apteki. W numerze 03/2014 oraz w numerze 05/2014 w rubryce tej wymienionych zostało we wskazany powyżej sposób każdorazowo 9 następujących aptek:

natomiast w numerze 09/2014 i w numerze 10/2014 – po 6 następujących aptek:

Ponadto na stronie 24 (ostatniej) każdego z w/w numerów, Strona zamieszczała informacje o aptekach, zawierające: adres i godziny otwarcia, albo: adres i numer telefonu, albo: adres, godziny otwarcia numer telefonu apteki i adres poczty elektronicznej, a także w niektórych przypadkach logo apteki.

W numerze 03/2014 na stronie 24 (ostatniej) wymienione zostały następujące apteki:

W numerze 05/2014 na stronie 24 (ostatniej) wymienione zostały następujące apteki:

W numerach 09/2014 i 10/2014 na stronie 24 (ostatniej) wymienione zostały następujące apteki:

Organ stwierdził, że zmianie ulegała liczba aptek, których dane były wymienione na stronie 13 oraz na stronie 24 (ostatniej) czasopisma.

Ponadto dane niektórych aptek, umieszczone na stronie 24 (ostatniej) czasopisma dotyczyły niektórych aptek, wymienionych również na stronie 13 tego samego numeru czasopisma.

Strona nie wyjaśniła różnic, co do ilości aptek, objętych wykazem i informacjami zawartymi na stronie 13 i na stronie 24 (ostatniej) czasopisma (...).

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

Organ stwierdził również, że publikowane w czasopiśmie (...) wykazy aptek nie obejmują wszystkich aptek ogólnodostępnych zlokalizowanych w (...), a jedynie niektórych, spośród posiadających zezwolenie Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego. Organ ustalił, że w okresie od marca 2014 roku - to jest w okresie od daty ukazania się numeru 03/2014 w/w czasopisma, na terenie miasta (...) posiadało zezwolenie 78 aptek ogólnodostępnych, a w okresie po dniu 6 czerwca 2014 roku – to jest po wszczęciu postępowania do dnia wydania niniejszej decyzji, w (...) posiada zezwolenie 79 aptek ogólnodostępnych.

W ocenie Organu w czasopiśmie (...), ukazującym się co miesiąc, w formie drukowanej jak i elektronicznej, redagowanym i wydawanym przez przedsiębiorcę (...) prowadzona jest reklama działalności aptek ogólnodostępnych zlokalizowanych w (...), wymienionych w treści tego czasopisma i wskazanych w sentencji niniejszej decyzji.

W ocenie Organu świadczy o tym fakt podawania informacji o niektórych tylko aptekach czynnych na terenie (...), jak również opisane powyżej elementy informacji na temat aptek, tworzące łącznie zachętę do dokonania zakupów w aptekach, wskazanych w czasopiśmie (...). Zachęta ta polega na wskazaniu adresów i danych kontaktowych aptek i na możliwości ich skojarzenia w odbiorze czytelnika z działalnością innych podmiotów wymienionych w czasopiśmie (przychodni i szpitali, poradni zdrowia, domów opieki, gabinetów lekarzy-specjalistów, sklepów medycznych i zielarskich) oraz z poradami zdrowotnymi zawartymi w czasopiśmie.

Elementy te dla przeciętnego odbiorcy tworzą spójny co do treści komunikat, promujący i reklamujący działalność tych aptek, które zostały wskazane w treści kolejnych numerów czasopisma (...) i zachęcający do skorzystania z ich oferty. W ocenie Organu skutkiem działania Strony jest wywołanie oczekiwanych skojarzeń oferty medycznej i 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 również 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 lekarzy-specjalistów, poradni i szpitali albo zastosować się do porad zawartych w czasopiśmie oraz z oferty aptek wskazanych w każdym z numerów.

Redagując i wydając czasopismo Strona dąży również do wytworzenia atmosfery pewności i zaufania, poprzez stały układ rubryk i poprzez unikanie podawania komunikatów dotyczących cen lub korzyści finansowych.

Wytworzenie takiej atmosfery i zestawienie wskazanych elementów ma również na celu wywołanie u odbiorcy nieodpartej potrzeby zaopatrywania się w produkty lecznicze w aptekach wskazanych w treści kolejnych numerów czasopisma (...) 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 zlokalizowanych w (...) za pomocą czasopisma (...), wymienionych w sentencji niniejszej decyzji odpowiada w całości (...) – jako wydawca i jednocześnie redaktor czasopisma. Wynika to z oświadczenia Strony, która stwierdziła, że wydaje czasopismo w ramach prowadzonej działalności gospodarczej oraz że nie zawierała umów z kontrahentami, dotyczących zamieszczania informacji nt pracy aptek. Potwierdza to również fakt zmiany ilości aptek objętych reklamą w poszczególnych numerach czasopisma (...). Jak wynika z treści wpisu do Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej działalność gospodarcza wykonywana przez Stronę obejmuje wydawanie gazet, włączając gazety ogłoszeniowe i reklamowe (kod PKD 58.13.Z).

Wobec tego Organ stwierdził, że Strona począwszy od co najmniej miesiąca marca 2014 roku samodzielnie i na własny rachunek prowadzi reklamę aptek ogólnodostępnych i ich działalności zlokalizowanych w (...), wymienionych w sentencji niniejszej decyzji, za pomocą czasopisma (...), ukazującego się co miesiąc w formie papierowej oraz elektronicznej, dostępnej pod adresem: (...)

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- to jest 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 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, że reklamą aptek ogólnodostępnych zlokalizowanych w (...) i ich działalności jest prezentowanie ogłoszeń aptek w czasopiśmie (...), redagowanym i wydawanym przez Stronę postępowania – (...).

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 również w powszechnym odbiorze reklamą aptek wskazanych w treści czasopisma.

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 2008r. 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.

Na gruncie niniejszej sprawy i aktualnego stanu prawnego Organ uznał za reklamę aptek ogólnodostępnych zlokalizowanych na terenie miasta (...) i ich działalności, wymienionych w sentencji niniejszej decyzji, fakt zamieszczania w czasopiśmie (...), wydawanym i redagowanym przez Stronę – (...), ukazującym się co miesiąc w formie papierowej oraz elektronicznej, dostępnej pod adresem: (...) następujących informacji o tych aptekach: wskazanie właściciela, adresu i numeru telefonu apteki, wskazanie nazwy apteki, adresu i numeru telefonu, wskazanie nazwy adresu i godzin otwarcia apteki, wskazanie właściciela, adresu, godzin otwarcia, numeru telefonu i adresu poczty elektronicznej oraz na zleceniu kolportowania tych czasopism do nieokreślonej i nieograniczonej liczby odbiorców.

Informacje te dotyczą niektórych tylko aptek zlokalizowanych i czynnych na terenie miasta Radomia, a liczba aptek, których dotyczą te informacje ulega zmianom, o których decyduje Strona jako wydawca i redaktor czasopisma. Opisane powyżej działania Strona prowadzi samodzielnie i na własny rachunek, w ramach prowadzonej działalności gospodarczej.

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 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 zlokalizowanych w (...):

za pomocą czasopisma (...), ukazującego się co miesiąc w formie papierowej oraz elektronicznej, dostępnej pod adresem: (...) przez przedsiębiorcę (...).

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 czternastu aptek ogólnodostępnych. Organ stwierdza, że reklama ta jest rozpowszechniana w okresie co najmniej od marca 2014 roku, to jest od daty ukazania się numeru oznaczonego 03/2014 (nr 220) i jest kontynuowana. Według oświadczenia Strony zawartego w piśmie z dnia 3 lipca 2014 roku czasopismo (...) jest wydawane od wielu lat. Organ stwierdził prowadzenie reklamy aptek ogólnodostępnych w numerach: Nr 03/2014 (220), Nr 05/2014 (222), Nr 09/2014 (226) i Nr 10/2014 (227).

Organ uwzględnił okoliczność, że liczba aptek wymienionych w kolejnych numerach czasopisma (...), objętych analizą dokonaną w ramach niniejszego postępowania ulegała zmianie oraz fakt, że dane zawarte na stronie 13 i na stronie 24 (ostatniej) każdego z numerów czasopisma dotyczyły w niektórych przypadkach tych samych aptek.

Przy wydawaniu niniejszej decyzji Organ wskazał wszystkie apteki, które były objęte reklamą w czasopiśmie (...) w czasie trwania postępowania, uwzględniając zmiany liczby aptek i uznał, że we wskazanych powyżej numerach czasopisma Strona prowadziła reklamę 14 aptek ogólnodostępnych.

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.

Nakładając karę Organ uwzględnił następujące okoliczności:

1. Reklama polegała na zamieszczaniu w czasopiśmie wydawanym i redagowanym przez Stronę wykazów wybranych aptek zlokalizowanych na terenie miasta (...), zawierających zestawienie danych wykraczających poza zakres dozwolonej reklamy aptek ogólnodostępnych i ich działalności oraz na kolportowaniu tego czasopisma w szpitalach, przychodniach zdrowia, gabinetach lekarskich i innych podmiotach związanych ze służbą zdrowia do nieokreślonej i nieograniczonej liczby odbiorców;
2. Reklama prowadzona była za pomocą jednego czasopisma, miesięcznika wydawanego i redagowanego samodzielnie przez Stronę, w nakładzie w wersji papierowej od 4500 do 5000 egzemplarzy;
3. Czasopismo jest dostępne również w formie elektronicznej pod adresem: (...);
4. Stwierdzona reklama dotyczyła nie więcej niż czternastu aptek, liczba tych aptek ulegała zmianom, o których decydowała Strona;
5. Organ nie odnotował uprzednio naruszenia przez Stronę przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego;
6. Stwierdzony okres prowadzenia reklamy: co najmniej od marca 2014 roku do dnia wydania niniejszej decyzji;
7. Brak jest oświadczenia lub informacji, by Strona zaprzestała prowadzenia reklamy;
8. Kara pieniężna ma pełnić również rolę prewencyjną.

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:

 (...);

 a/a.