

**PODKARPACKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY**

35-205 Rzeszów, ul. Warszawska 12a
tel. 17 86 20 545, fax 17 86 20 406
www.rzeszow.wif.gov.pl

R., dnia maja 2014 r.

FARZ-DA.8523.53.2013

[...] **Sp. z o.o.**
W. ul. [...]

DECYZJA

Na podstawie art. 94a ust. 2-4 oraz art. 129b ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271, z późn. zm.), dalej zwanej: „**P.f.**”, oraz art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267 z późn. zm.), zwanej dalej: „**K.p.a.**”, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w W. reklamy aptek „[...]” w R., ul.[...] (w [...]) i w R., al. [...] (w [...]);

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- 1) nakazuje [...] Sp. z o.o. w W. zaprzestać prowadzenia, także przy pomocy podmiotów i osób trzecich, reklamy aptek „[...]” w R., ul.[...] (w [...]) i w R., al. [...] (w [...]);
- 2) nakłada na Sp. z o.o. w W. karę pieniężną w kwocie [...] zł (słownie: [...] złotych), którą należy wpłacić na rachunek bankowy Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w [...] O/Okr. R. nr [...] w terminie 7 dni od dnia, w którym niniejsza decyzja stanie się ostateczna;
- 3) decyzji w pkt. 1 nadaje rygor natychmiastowej wykonalności.

UZASADNIENIE

1.

Pismem z dnia [...] r., otrzymanym w dniu [...] r., P. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w R. (dalej zwany: „**PWIF**” lub „**Organem**”) został, zgodnie z kompetencjami, zawiadomiony przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego, że wpłynęło do niego pismo Prezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej dotyczące naruszania zakazu reklamy aptek przez [...] Sp. z o.o. w W., nr NIP [...] (dalej zwanej: „**Stroną**”).

Do pisma Prezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej załączony był oryginał Katalogu „[...]”, będącego wkładką do czasopisma [...], wydaną dla obszaru całego kraju w nakładzie – wg Prezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej - ponad [...] egzemplarzy.

Katalog jest wydawany przez [...] Sp. z o.o. w W., ul. [...], nr NIP [...], o czym wydawca informuje w katalogu, na zlecenie Strony.

Katalog zawiera zdjęcia opakowań i ceny m.in. produktów leczniczych i wyrobów medycznych, które - w powiązaniu z adresami aptek i/lub placówek obrotu pozaaptecznego „[...]” w R., ul.[...] (w [...]) i w R., al. [...] (w [...]);) dalej zwanych łącznie „**Aptekami**” - stanowią niedozwoloną reklamę tych aptek i/lub placówek obrotu pozaaptecznego, z tym że te drugie nie mogą prowadzić reklamy produktów leczniczych i wyrobów medycznych.

W związku z powyższym, zawiadomieniem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., PWIF wszczął z urzędu postępowanie administracyjne w tej sprawie. Organ poinformował Stronę, co następuje:

Przepisy art. 94a ust. 1, 1a i 2 P.f. stanowią, że zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności; zabroniona jest też reklama placówek obrotu pozaaptecznego i ich działalności odnosząca się do produktów leczniczych (zob. art. 1 pkt 32 P.f.) lub wyrobów medycznych (zob. art. 2a P.f.); nie stanowi reklamy tylko 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.

„Artykuł 94a ustawy Prawo farmaceutyczne dotyczący reklamy działalności aptek nie zawiera żadnego wyłączenia, a zatem nie wymienia katalogu działań, które nie stanowiłyby reklamy działalności aptek, tak jak to uczyniono w przypadku reklamy produktu leczniczego oraz nie odsyła w żadnym zakresie do tych regulacji przewidujących takie wyłączenia w odniesieniu do działalności reklamowej produktów leczniczych. Tym samym nawet jeśli uzna się, iż określona działalność nie stanowi reklamy produktów leczniczych np. ze względu na jedynie informacyjny charakter przekazu, nie wyklucza to zakwalifikowania jej jako spełniającej cechy reklamy działalności apteki” (A. Rabeiga-Przyłęcka. Głosa do wyroku WSA z dnia 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07, Lex/el. 2011, Teza 5).

„Za reklamę apteki należy uznać wszelkie działania polegające na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w danej aptece lub punkcie aptecznym mającą na celu zwiększenie ich sprzedaży. Taki właśnie charakter posiadają foldery sieci aptek” (tak: Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 20 września 2010 r. VI SA/Wa 838/10, Lex nr 759762).

W związku z powyższym, PWIF w załączeniu przesłał Stronie kopię Katalogu „[...]”, celem zajęcia przez Stronę stanowiska w sprawie.

Równocześnie Organ wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że Strona nie prowadzi reklamy aptek w Katalogu „[...]”.

PWIF pouczył Stronę o treści przepisów art. 10, art. 35 § 3 i 5, art. 41 i art. 73 K.p.a., cytując ich treść.

2.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania, do Organu w dniu [...] r. wpłynęło nie podpisane pismo Strony z dnia [...] r.

Odpowiadając na to „pismo” i mając na względzie przepisy art. 9 i art. 10 § 1 K.p.a., PWIF pismem z dnia [...] r., doręczonym w dniu [...] r., pouczył Stronę, że w myśl art. 40 § 5 K.p.a., Strona ma możliwość złożenia odpowiedzi na pismo wszczynające postępowanie oraz wyjaśnień na piśmie.

Równocześnie PWIF podniósł, że przepis art. 38 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.) stanowi, że osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie.

W związku z powyższym, każde pismo kierowane do organu administracji publicznej musi być zatem podpisane przez przedstawiciela prawnego (członka/członków organu: zarządu) Strony jako spółki prawa handlowego albo przez prawidłowo umocowanego jej pełnomocnika – tu Organ zacytował treść art. 33 K.p.a.

Ponieważ pismo Strony z dnia [...] r. nie jest oznaczone pieczęcią nagłówkową ani nadrukiem z nazwą (firmą) podmiotu, a ponadto zostało podpisane tylko nieczytelnie, nie jest wiadomo, kto powołuje się na działanie imieniem [...] Sp. z o.o. w W. Zgodnie z dyspozycją art. 43² Kodeksu cywilnego, przedsiębiorca działa pod firmą. Firmę ujawnia się we właściwym rejestrze, chyba że przepisy odrębne stanowią inaczej. Przepis art. 43⁵ § 1 Kodeksu cywilnego stanowi natomiast, że firmą osoby prawnej jest jej nazwa.

W związku z powyższym, PWIF wezwał Stronę do złożenia, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, oświadczenia - prawidłowo umocowanego przedstawiciela prawnego (członka/członków organu: zarządu) Strony prawidłowo oznaczonej jako spółki prawa handlowego, zgodnie z wpisem do rejestru przedsiębiorców KRS – w sprawie ważności i skuteczności wniosków oraz twierdzeń złożonych przez nieznanne osoby podpisane pod pismem z dnia [...] r. oraz do podania imion i nazwisk tych osób.

Organ pouczył Stronę, że w przypadku bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu, pismo z dnia [...] r. zostanie złożone do akt sprawy bez nadania mu dalszego biegu.

3.

W dniu [...] r. do Organu wpłynęło pismo datowane [...] r., stanowiące odwzorowanie poprzedniego pisma o tej samej treści, które było nie podpisane.

W piśmie tym Strona złożyła wniosek o umorzenie postępowania administracyjnego i zażądała przeprowadzenia dowodów z:

- 1) zeznań świadka: J.P. (adres do doręczeń: [...]) – na okoliczność prowadzenia określonych działań w zakresie produkcji i dystrybucji katalogu „[...]”, w tym w odniesieniu do umiejscowienia danych Strony, ustaleń z podmiotami trzecimi w tym zakresie, celu dystrybucji katalogu, prowadzenia bądź braku prowadzenia działań reklamowych aptek w ramach dystrybucji katalogu; upoważnienia przez Stronę lub braku takiego upoważnienia;
- 2) zeznań świadka P.O. – na okoliczność braku zlecenia przez Stronę prowadzenia działań reklamowych aptek na rzecz jakichkolwiek podmiotów trzecich;
- 3) zeznań świadków A.B. i A.Z.- kierowników aptek „[...]” w R., ul.[...] (w [...]) i w R., al. [...] (w [...]) - na okoliczność braku prowadzenia przez Stronę działań reklamowych aptek i in. okoliczności w tym zakresie.

PWIF pismem z dnia [...] r., doręczonym w dniu [...] r., PWIF poinformował Stronę, że jej wniosek o umorzenie postępowania administracyjnego nie może być uwzględniony.

Należy bowiem zauważyć, że każdy z paragrafów 1 lub 2 wskazanego art. 105 K.p.a. odnosi się do całkiem różnych przesłanek.

Zgodnie z dyspozycją art. 105 § 1 K.p.a., 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.

Brzmienie art. 105 § 2 K.p.a. jest zaś następujące: Organ administracji publicznej może umorzyć postępowanie, jeżeli wystąpi o to strona, na której żądanie postępowanie zostało wszczęte, a nie sprzeciwiają się temu inne strony oraz gdy nie jest to sprzeczne z interesem społecznym.

W sprawie wszczętej z urzędu taki wniosek jest bezzasadny, a umorzenie postępowania na wniosek Strony – niedopuszczalne.

Bezprzedmiotowość postępowania występuje tylko wtedy, gdy brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez jej rozstrzygnięcie co do istoty.

PWIF poinformował, że wziął pod uwagę, iż „decyzję o umorzeniu postępowania organ administracji państwowej wydaje zgodnie z art. 105 § 1 K.p.a. wówczas, gdy organ administracyjny stwierdzi oczywisty brak podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpatrzenia sprawy” (uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 września 2001 r. sygn. akt V SA 381/01 – www.orzeczenia.nsa.gov.pl), a także oczywisty fakt, że niniejsze postępowanie organ wszczął z urzędu, a nie na wniosek Strony, w związku z czym brak jest podstawy prawnej do wniosku Strony opartego o przepis art. 105 § 2 K.p.a.

W związku z powyższym, a także uwzględniając materialno - prawną i faktyczną podstawę w treści przepisów art. 94a ust. 1 i 2 P.f., prowadzenie postępowania z jakiegokolwiek powodu nie stało się bezprzedmiotowe i koniecznym stało się

rozstrzygnięcie sprawy co do istoty w drodze decyzji administracyjnej, a nie jest dopuszczalne umorzenie postępowania na podstawie art. 105 § 2 K.p.a.

Natomiast w związku z żądaniem przeprowadzenia dowodów z: zeznań świadka: J.P. (adres do doręczeń: [...]) – na okoliczność prowadzenia określonych działań w zakresie produkcji i dystrybucji katalogu „[...]”, w tym w odniesieniu do umiejscowienia danych Strony, ustaleń z podmiotami trzecimi w tym zakresie, celu dystrybucji katalogu, prowadzenia bądź braku prowadzenia działań reklamowych aptek w ramach dystrybucji katalogu; upoważnienia przez Stronę lub braku takiego upoważnienia; zeznań świadka P.O. – na okoliczność braku zlecenia przez Stronę prowadzenia działań reklamowych aptek na rzecz jakichkolwiek podmiotów trzecich; zeznań świadków A.B. i A.Z. - kierowników aptek „[...]” w R., ul. [...] (w [...]) i w R., Al. [...] (w [...]) – na okoliczność braku prowadzenia przez Stronę działań reklamowych aptek i in. okoliczności w tym zakresie; PWIF w swoim piśmie z dnia [...] r. pouczył Stronę o treści art. 75 § 1, art. 77 § 1 i 4, art. 78 § 1 i 2 oraz art. 80 K.p.a.

PWIF uznał uzasadnienie żądania Strony dotyczącego przeprowadzenia wskazanych dowodów za niedostateczne z punktu widzenia rodzaju, formy i miejsca naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 P.f., które podlegają wyjaśnieniu w toku niniejszego postępowania administracyjnego.

PWIF przypomniał, że wezwał Stronę pismem z dnia [...] r. do udzielenia wyjaśnień i do złożenia dokumentów oraz wszelkich innych dowodów.

Strona mogła w sposób nieskrępowany wypowiadać się co do wyników postępowania dowodowego w niniejszej sprawie – i to czyniła.

Strona została przez organ pouczona, że zgodnie z art. 10 Kpa, przysługuje jej czynny udział w każdym stadium postępowania, a na podstawie art. 73 Kpa, może w każdym stadium postępowania przeglądać akta sprawy oraz sporządzać z nich notatki i odpisy, a następnie składać wyjaśnienia, zgłaszać żądania, propozycje i zarzuty oraz przedstawiać dowody na ich poparcie, gdyż organ umożliwi Stronie wykonanie takich czynności i złożenie dokumentów.

Wobec powyższego, Organ ponownie wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że nie prowadziła po 1 stycznia 2012 r. i nie prowadzi nadal, także na podstawie stosunku obligacyjnego z osobą trzecią, reklamy swoich aptek w cyklicznie wydawanych katalogach produktów leczniczych i wyrobów medycznych w powiązaniu z adresami aptek Strony, w tym także katalogu „[...]” będącego wkładką do czasopisma [...] nr [...] z dnia [...] r., wydaną dla obszaru całego kraju (rzekomo obowiązującą od [...] do [...] r.).

Ponadto PWIF poprosił o doprecyzowanie i uszczegółowienie, co Strona ma konkretnie na względzie, formułując wnioski dowodowe i określając:

- 1) prowadzenie określonych działań w zakresie produkcji i dystrybucji katalogu „[...]”, w tym w odniesieniu do umiejscowienia danych Strony, ustaleń z podmiotami trzecimi w tym zakresie, celu dystrybucji katalogu, prowadzenia bądź braku prowadzenia działań reklamowych aptek w ramach dystrybucji katalogu; upoważnienia „[...]” przez Stronę lub braku takiego upoważnienia (świadek J.P.);
- 2) brak zlecenia przez Stronę prowadzenia działań reklamowych aptek na rzecz jakichkolwiek podmiotów trzecich (świadek P.O.);
- 3) brak prowadzenia przez Stronę działań reklamowych aptek „i in. okoliczności w tym zakresie” (świadkowie: A.B. i A.K. - kierownicy aptek „[...]” w [...]).

Wątpliwości organu wynikały z przekonania, że brak upoważnienia [...]Sp. z o.o. przez Stronę do prowadzenia jakichkolwiek działań mogących naruszać zakaz reklamy aptek wyrażony w treści art. 94a ust. 1 P.f. jest możliwy do wykazania poprzez doręczenie Organowi dowodu nadania lub dowodu doręczenia pisma Strony do [...]Sp. z o.o., w którym zażądano zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy aptek Strony.

Tymczasem Strona nie zamierza przedłożyć Organowi w swoim interesie takich dowodów z dokumentów, tylko żąda od Organu zobowiązania [...]Sp. z o.o. do złożenia zapewnienia, iż w produkcji Katalogu działa bez upoważnienia Strony, co kłóci się ze zdrowym rozsądkiem. Strona usiłuje w ten sposób przerzucić na organ ciężar dowodzenia faktów tylko jej znanych.

Jeżeli Strona wniosła do organu, aby zobowiązał podmiot trzeci do przedłożenia dokumentów, w których posiadaniu jest również Strona, to był to wniosek zmierzający do odmowy złożenia dowodów z dokumentów przez Stronę.

Wątpliwości organu wynikały też z poglądu, że powyższe wnioski dowodowe z zeznań świadków nie dotyczą zamieszczenia przez [...]Sp. z o.o. - jak twierdzi Strona, bez jej zgody i zlecenia - reklamy dwóch aptek „[...]” w [...], prowadzonych przez Stronę niniejszego postępowania.

Przedmiotem niniejszego postępowania – i na tym powinny koncentrować się wyjaśnienia Strony - jest publiczne rozpowszechnianie Katalogu „[...]” ze zdjęciami opakowań i cen produktów leczniczych i wyrobów medycznych, w powiązaniu z adresami aptek „[...]” (oraz placówek obrotu pozaaptecznego prowadzonych w pomieszczeniach tych samych lokali) w [...], wydanego dla obszaru całego kraju.

Wskazanie adwokata, osoby zobowiązanej do zachowania tajemnicy adwokackiej co do faktów, z którymi zapoznał się świadcząc pomoc prawną, pełnomocnika [...]Sp. z o.o. w odrębnym postępowaniu przed Organem, w którym składa oświadczenia sprzeczne ze stanowiskiem Strony w niniejszym postępowaniu, jest celowym, cynicznym działaniem zmuszającym Organ do oddalenia tego wniosku dowodowego.

Zgodnie bowiem z przepisami art. 6 ust. 1-3 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188, z późn. zm.), adwokat obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej; obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie może być ograniczony w czasie i nie można zwolnić go od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę.

Wskazanie natomiast dowodu z zeznań nieznanego Organowi świadka [...] (bez określenia, na jaki „adres do doręczeń” świadka i w siedzibie jakiej „Spółki”) na okoliczność rzekomego „braku zlecenia przez Stronę prowadzenia działań reklamowych aptek na rzecz jakichkolwiek podmiotów trzecich” – bez sprecyzowania jego miejsca pracy i stanowiska oraz źródła jego wiedzy o faktach, o których najszerszą wiedzę w kwestii zawierania umów m.in. z [...]Sp. z o.o. mają wnioskujący członkowie organu zarządzającego Strony.

Żądanie Strony wezwania w charakterze świadków Agnieszki A.B. i A.Z., kierowników aptek „[...]” w [...], na okoliczność „braku prowadzenia przez Stronę działań reklamowych aptek” w formie Katalogu „[...]”, będącego wkładką do czasopisma [...], wydaną dla obszaru całego kraju – tylko dlatego, że zawiera on zdjęcia opakowań i ceny produktów leczniczych i wyrobów medycznych w powiązaniu z adresami aptek i placówek obrotu pozaaptecznego „[...]” kierowanych przez te osoby - a ponadto na „inne okoliczności w tym zakresie”, czyni bardzo prawdopodobnym przypuszczenie, że wnioski Strony zmierzają tylko do opóźnienia rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Należało wykazać zatem Organowi, że kierownicy aptek „[...]” w [...] mają jakąś własną rzetelną wiedzę o zleceniu produkcji Katalogu „[...]”, wydanego dla obszaru całego kraju, szerszą niż wnioskujący członkowie organu zarządzającego Strony.

Dowody z zeznań świadków: Agnieszki A.B. i A.Z., kierowników aptek „[...]” w [...], mogą – zdaniem Organu - dotyczyć wyłącznie okoliczności, że działania reklamowe Strony nie są prowadzone w lokalach tych aptek, w których są kierownikami (wskazanie „innych okoliczności w tym zakresie”), a tej sprawy niniejsze postępowanie w ogóle nie dotyczy.

PWIF poinformował Stronę, że organ nadzoru farmaceutycznego, odpowiedzialny za zwalczanie zabronionych form reklamy aptek i ich działalności, ma poważne wątpliwości,

jaki związek zachodzi pomiędzy wyżej wskazanym przedmiotem niniejszego postępowania, a okolicznościami jakich zdaje się dowodzić Strona wnioskowanymi dowodami.

Organ nie zarzucał przecież Stronie, że rozdaje Katalog „[...]” w swoich aptekach, lecz że pozwolił (zlecił) podmiotowi trzeciemu na umieszczenie w Katalogu zdjęć opakowań i cen produktów leczniczych i wyrobów medycznych w powiązaniu z adresami aptek i placówek obrotu pozaaptecznego „[...]”.

Nie jest – zdaniem Organu - istotne, jakimi technikami produkcji i dystrybucji, jakim celem i zakresem dystrybucji oraz asortymentem zainteresowana była Strona, zlecając podmiotowi trzeciemu produkcję i publiczną dystrybucję katalogu, który służyć miał zwiększeniu sprzedaży leków i wyrobów medycznych w aptekach Strony; natomiast jest istotne, że jeśli takiego zlecenia nie było – to istotne jest wykazanie jaki interes mógł mieć producent i dystrybutor katalogu reklamowego w wydawaniu i rozpowszechnianiu materiałów służących zwiększeniu przychodów cudzych (prowadzonych przez Stronę) aptek.

Istotne jest wykazanie, że Strona nie zleciła [...]Sp. z o.o. produkcji i dystrybucji kwestionowanego przez Organ katalogu zawierającego treści reklamowe.

Temu zaś może służyć np.:

- 1) doręczenie Organowi umowy Strony z producentem katalogu, celem ustalenia zakresu przedmiotowego zlecenia,
- 2) doręczenie Organowi innych dokumentów udowadniających lub uprawdopodobniających, że w aptekach Strony nie wzrosły przychody po wydaniu i rozpowszechnieniu katalogu.

PWIF na obecnym etapie postępowania uważa, że ustalenie czy materiały zgromadzone w aktach sprawy (katalog „[...]”) stanowią nośnik reklamowy apteki, jest możliwe w oparciu o orzecznictwo sądów administracyjnych w sprawach dotyczących identycznych lub podobnych stanów faktycznych i poglądy naukowe doktryny prawa, a zatem Strona ma przedstawić przekonujące argumenty świadczące o pozostawaniu przez sądy administracyjne w błędzie co do niedozwolonego reklamowego charakteru Katalogu.

Z uwagi na fakt, że ustawa Prawo farmaceutyczne nie zawiera legalnej definicji reklamy posłużyć się należy w tym względzie orzecznictwem sądów administracyjnych.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów administracyjnych:

- 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 (wyrok WSA w Warszawie z 14.05.2008 r. sygn. akt VII SA/Wa 2215/07),
- reklamą może być każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych (wyrok WSA w Warszawie z 1.02.2008 r. sygn. akt VII SA/Wa 1960/07),
- reklamą działalności apteki jest każde działanie, każda jej działalność niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli celem tej działalności jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w danej aptece lub punkcie aptecznym (wyrok WSA w Warszawie z 22.11.2007 r. sygn. akt VII SA/WA 1661/07),
- reklamą jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych konsumentów, odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę mającą na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług (wyrok SN z 26.01.2006 r. sygn. akt V CSK 83/05).

Reasumując należy stwierdzić, że reklamą jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych w aptekach Strony (oferowanych niekoniecznie przez te apteki i w ich lokalach) produktów leczniczych lub wyrobów medycznych i która w taki sposób jest odbierana przez pacjentów.

Reklama może przyjmować różne formy, w szczególności ulotek, folderów czy gazetek. Istotnym elementem reklamy jest zamiar wywołania reakcji potencjalnych klientów.

Podstawowym elementem reklamy, zgodnie z opinią sądu (wyrok WSA w Warszawie z 1.02.2008 r. sygn. akt VII SA/Wa 1960/07, www.orzeczenia.nsa.gov.pl) jest zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w konkretnej aptece, niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży ww. produktów w danej aptece lub punkcie aptecznym.

Katalog „[...]” - będący wkładką do czasopisma [...] nr [...] z dnia [...] r. wydaną dla obszaru całego kraju - zawierający zdjęcia opakowań i ceny produktów leczniczych i wyrobów medycznych w powiązaniu z adresami aptek i placówek obrotu pozaaptecznego „[...]” prowadzonych w [...], ul. [...] (w [...]) i w [...], [...] (w [...]) – jest dowodem niedozwolonej reklamy tych aptek, a także niedozwolonej reklamy produktów leczniczych i wyrobów medycznych prowadzonej przez placówki obrotu pozaaptecznego, rzekomo obowiązującej od [...] do [...] r.

Dla Organu nie jest jasne – i Strona powinna to wykazać – czy zebrała i zniszczyła (lub zleciła to osobie trzeciej) wszystkie egzemplarze Katalogu „[...]” wydrukowane na zamówienie Strony.

Jest natomiast dla Organu oczywiste, że wydanie Katalogu nastąpiło z zamiarem przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonywania zakupów produktów leczniczych i wyrobów medycznych w konkretnych, wskazanych w Katalogu aptekach z ich adresami, a celem Katalogu „[...]” było zwiększenie sprzedaży ww. produktów w aptekach.

Na żądanie Strony w załączeniu Organ przesłał kopię pisma Prezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej z dnia [...] r., do którego załączony był Katalog „[...]”, będący wkładką do czasopisma [...] (kopię katalogu przesłano do Strony przy piśmie PWIF z dnia [...] r.), celem – jak podała Strona - zajęcia przez Stronę stanowiska w powyższej sprawie.

4.

Postanowieniem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., PWIF odmówił przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka J.P. jako dowodu sprzecznego z prawem.

Postanowienie uzasadnił tym, że żądanie przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka J.P. (adres do doręczeń: [...]) na okoliczność prowadzenia określonych działań w zakresie produkcji i dystrybucji katalogu „[...]”, w tym w odniesieniu do umiejscowienia danych Strony, ustaleń z podmiotami trzecimi w tym zakresie, celu dystrybucji katalogu, prowadzenia bądź braku prowadzenia działań reklamowych aptek w ramach dystrybucji katalogu; upoważnienia przez Stronę lub braku takiego upoważnienia - jest niedopuszczalne.

Wskazanie adwokata, osoby zobowiązanej do zachowania tajemnicy adwokackiej co do faktów, z którym zapoznał się świadcząc pomoc prawną, pełnomocnika [...]Sp. z o.o. w odrębnym postępowaniu przed Organem znak [...] (w sprawie wcześniejszego prowadzenia przez tego przedsiębiorcę niedozwolonej reklamy tych samych aptek „[...]” w formie podobnego, jak w niniejszej sprawie, Katalogu „[...]”), w którym składał oświadczenia sprzeczne ze stanowiskiem Strony w niniejszym postępowaniu, jest celowym, cynicznym działaniem zmuszającym Organ do oddalenia tego wniosku dowodowego.

Zgodnie z przepisami art. 6 ust. 1-3 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188, z późn. zm.), adwokat obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej; obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie może być ograniczony w czasie i nie można zwolnić go od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę.

5.

W związku z brakiem udzielenia przez Stronę w wyznaczonym terminie odpowiedzi na pismo PWIF z dnia [...] r., doręczone w dniu [...] r., Organ poinformował Stronę pismem z

dnia [...] r. o zakończeniu postępowania wyjaśniającego i dowodowego w niniejszym postępowaniu administracyjnym.

PWIF przypomniał, że pismem z dnia [...] r., doręczonym w dniu [...] r., ponownie (po raz drugi) wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że nie prowadziła po 1 stycznia 2012 r. i nie prowadzi nadal, także na podstawie stosunku obligacyjnego z osobą trzecią, reklamy swoich aptek w cyklicznie wydawanych katalogach produktów leczniczych i wyrobów medycznych w powiązaniu z adresami aptek Strony, w tym także katalogu „[...]” będącego wkładką do czasopisma [...] nr [...] z dnia [...] r.

PWIF w piśmie tym, odnosząc się do wcześniejszych wniosków dowodowych zawartych w piśmie Strony z dnia [...] r., zażądał doprecyzowania i uszczegółowienia, co Strona miała konkretnie na względzie, formułując wnioski dowodowe.

Organ uznał, że Strona widocznie nie zamierzała - w swoim interesie - przedłożyć PWIF doprecyzowania i uszczegółowienia wniosków dowodowych, a PWIF jako organ prowadzący postępowanie, nie jest obowiązany oczekiwać w nieskończoność na stanowisko Strony.

Zdaniem PWIF istotne było wykazanie, że Strona nie zleciła [...]Sp. z o.o. produkcji i dystrybucji, kwestionowanego przez organ nadzoru farmaceutycznego, katalogu zawierającego treści reklamowe. Temu zaś mogło służyć np.: doręczenie Organowi umowy Strony z producentem katalogu, celem ustalenia zakresu przedmiotowego zlecenia; doręczenie Organowi innych dokumentów udowadniających lub uprawdopodobniających, że w aptekach Strony nie wzrosły przychody po wydaniu i rozpowszechnieniu katalogu.

W tych okolicznościach PWIF uznał, że ustalenie czy materiały zgromadzone w aktach sprawy (katalog „[...]”) stanowią nośnik reklamowy apteki, jest możliwe w oparciu o orzecznictwo sądów administracyjnych w sprawach dotyczących identycznych lub podobnych stanów faktycznych i poglądy naukowe doktryny prawa, a Strona miała przedstawić – ale nie przedstawiła - przekonujące argumenty świadczące o pozostawaniu przez sądy administracyjne w błędzie co do niedozwolonego reklamowego charakteru Katalogu.

Strona miała wykazać, że zebrała i zniszczyła (lub zleciła to osobie trzeciej) wszystkie egzemplarze Katalogu „[...]” wydrukowane na zamówienie Strony, oraz udowodnić, że wydanie Katalogu nie nastąpiło z zamiarem przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonywania zakupów produktów leczniczych i wyrobów medycznych w konkretnych, wskazanych w Katalogu aptekach z ich adresami, a celem Katalogu „[...]” nie było zwiększenie sprzedaży ww. produktów w aptekach.

Strona całkowicie zbagatelizowała żądania PWIF i zaniechała jakiegokolwiek odpowiedzi.

Organ pouczył Stronę, że zgodnie z art. 10 § 1 K.p.a., Stronie przysługuje przed wydaniem decyzji prawo do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Prawo to może być zrealizowane w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma, bowiem po tym terminie zostanie w przedmiotowej sprawie wydana decyzja administracyjna.

Akta sprawy były dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w [...], ul. [...], w dni robocze w godzinach pracy urzędu, po wcześniejszym uzgodnieniu terminu. Przypomniano Stronie treść art. 41 i 73 K.p.a.

6.

Postanowieniem z dnia [...] r., doręczonym Stronie, PWIF odmówił dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka [...], kierownika Apteki, na okoliczność – wg wniosku dowodowego Strony - „braku prowadzenia działań reklamowych aptek ze strony [...] i in. okoliczności w tym zakresie”, gdyż byłoby to niecelowe, ponieważ przedmiotem niniejszego postępowania nie jest rozpowszechnianie w aptekach „[...]” w [...] Katalogu „[...]”

lecz na obszarze całego kraju.

Odnosząc się szczegółowo do wniosku o dopuszczenie w sprawie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka na wskazane we wniosku okoliczności, Organ zauważył m.in., co następuje:

Pismem z dnia [...] r. (data wpływu do Organu) Strona zawiadomiła PWIF, że jej pełnomocnik – A.B. – przejrzy akta sprawy **celem zajęcia stanowiska przez Stronę** (Strona do końca postępowania nie przedstawiła żadnego stanowiska) i uzgodni stosowną datę wizyty w siedzibie Organu.

W dniu [...] r. Strona udzieliła świadkowi pełnomocnictwa do przeglądania w imieniu Strony wszelkich dokumentów dotyczących postępowania wszczętego z urzędu przez PWIF w niniejszej sprawie znak FARZ-DA.8523.53.2013 oraz do składania w imieniu Strony wniosków o udzielenie odpisów z akt sprawy. Pełnomocnik ma również prawo do podpisywania wszelkich niezbędnych dokumentów, wniesienia należnych opłat oraz odebrania dokumentów dla Strony. Pełnomocnik upoważniony jest ponadto do dokonania tych wszystkich czynności, które w zakresie pełnomocnictwa mogą okazać się konieczne lub potrzebne. Pełnomocnictwo zostało udzielone bez prawa substytucji i wygasa z dniem [...] r.

Strona w niniejszym postępowaniu nie dysponuje żadnym zawodowym pełnomocnikiem procesowym.

Świadek stawiał się w siedzibie PWIF w dniu [...] r., złożył dokument pełnomocnictwa i zapoznał się z aktami sprawy, a także sporządził własne notatki z przeglądu akt.

Świadek nie może zatem składać zeznań w tym charakterze, ponieważ zastępuje Stronę w niniejszym postępowaniu, a nie może również być przesłuchany w charakterze Strony, ponieważ nie posiada pełnomocnictwa rodzajowego ani ogólnego, lecz do poszczególnych czynności.

Bez znaczenia prawnego w przedmiocie postępowania miałyby gołosłowne twierdzenia świadka na okoliczność „braku prowadzenia działań reklamowych aptek ze strony [...] i in. okoliczności w tym zakresie”.

Świadek ten – zdaniem Organu – nie ma, bo mieć nie może, wiedzy o „braku prowadzenia przez Stronę działań reklamowych aptek i in. okoliczności w tym zakresie” w formie Katalogu „[...]”, wydanego dla obszaru całego kraju, a świadek nie może formułować gołosłownych, nie opartych na faktach, twierdzeń.

Argument, że świadek ten jest pracownikiem apteki niczego nowego nie wnosi w kwestii naruszania przez jego pracodawcę przepisów prawa. Doświadczenie życiowe świadczy za tezę, że właściciel przedsiębiorstwa popełniający czyn naganny lub sprzeczny z prawem na ogół nie opowiada o nim swoim pracownikom.

Fakt, że apteka „[...]” w [...] nie rozpowszechniała Katalogu „[...]”, nie ma najmniejszego znaczenia prawnego w niniejszej sprawie.

Strona nie wskazała żadnych okoliczności, które miałyby świadczyć o tym, skąd świadek miałby czerpać wiedzę o celowości działań i zamiarach Strony w zakresie reklamy aptek: czy z opowieści Strony (właściciela apteki), czy jej pracowników (pracownicy ci nie zostali wskazani przez Wnioskodawcę), jak również nie doprecyzowała żądania w zakresie faktów, jakich chciała dowodzić.

7.

Postanowieniem z dnia [...] r., doręczonym Stronie, PWIF odmówił dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka A.Z., kierownika Apteki, na okoliczność – wg wniosku dowodowego Strony - „braku prowadzenia działań reklamowych aptek ze strony [...] in. okoliczności w tym zakresie”, gdyż byłoby to niecelowe, ponieważ przedmiotem niniejszego postępowania nie jest rozpowszechnianie w aptekach „[...]” w [...] Katalogu „[...]” lecz na obszarze całego kraju.

Odnosząc się szczegółowo do wniosku o dopuszczenie w sprawie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka na wskazane we wniosku okoliczności, Organ zauważył m.in., co

następuje:

Bez znaczenia prawnego w przedmiocie postępowania miałyby gołosłowne twierdzenia świadka na okoliczność „braku prowadzenia działań reklamowych aptek ze strony [...] i in. okoliczności w tym zakresie”.

Świadek ten – zdaniem Organu – nie ma, bo mieć nie może, wiedzy o „braku prowadzenia przez Stronę działań reklamowych aptek i in. okoliczności w tym zakresie” w formie Katalogu „[...]”, wydanego dla obszaru całego kraju, a świadek nie może formułować gołosłownych, nie opartych na faktach, twierdzeń.

Argument, że świadek ten jest pracownikiem apteki niczego nowego nie wnosi w kwestii naruszania przez jego pracodawcę przepisów prawa. Doświadczenie życiowe świadczy za tezę, że właściciel przedsiębiorstwa popełniający czyn naganny lub sprzeczny z prawem na ogół nie opowiada o nim swoim pracownikom.

Fakt, że apteka „[...]” w [...] nie rozpowszechniała Katalogu „[...]”, nie ma najmniejszego znaczenia prawnego w niniejszej sprawie.

Strona nie wskazała żadnych okoliczności, które miałyby świadczyć o tym, skąd świadek miałby czerpać wiedzę o celowości działań i zamiarach Strony w zakresie reklamy aptek: czy z opowieści Strony (właściciela apteki), czy jej pracowników (pracownicy ci nie zostali wskazani przez Wnioskodawcę), jak również nie doprecyzowała żądania w zakresie faktów, jakich chciała dowodzić.

8.

Postanowieniem z dnia [...] r., doręczonym Stronie, PWIF odmówił dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka [...], na okoliczność – wg wniosku dowodowego Strony - „braku zlecenia przez Stronę prowadzenia działań reklamowych aptek na rzecz jakichkolwiek podmiotów trzecich”, gdyż byłoby to niecelowe, ponieważ przedmiotem niniejszego postępowania jest rozpowszechnianie Katalogu „[...]” na obszarze całego kraju.

Odnosząc się szczegółowo do wniosku o dopuszczenie w sprawie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka na wskazane we wniosku okoliczności, Organ zauważył m.in., co następuje:

PWIF pismem z dnia [...] r., doręczonym w dniu [...] r., ponownie (po raz drugi) wezwał Stronę do złożenia dowodów świadczących o tym, że nie prowadziła po 1 stycznia 2012 r. i nie prowadzi nadal, także na podstawie stosunku obligacyjnego z osobą trzecią, reklamy swoich aptek w cyklicznie wydawanych katalogach produktów leczniczych i wyrobów medycznych w powiązaniu z adresami aptek Strony, w tym także Katalogu „[...]”, w którym zamieszczono reklamę Aptek.

PWIF w piśmie z dnia [...] r., odnosząc się do wniosków dowodowych zawartych w piśmie Strony z dnia [...] r., zażądał doprecyzowania i uszczegółowienia, co Strona miała konkretnie na względzie, formułując wnioski dowodowe.

Zdaniem PWIF istotne było wykazanie, że Strona nie zleciła [...]Sp. z o.o. produkcji i dystrybucji, kwestionowanego przez organ nadzoru farmaceutycznego, katalogu zawierającego treści reklamowe. Temu zaś mogło służyć np.:

- 1) doręczenie Organowi umowy Strony z producentem katalogu, celem ustalenia zakresu przedmiotowego zlecenia,
- 2) doręczenie Organowi innych dokumentów udowadniających lub uprawdopodobniających, że w aptekach Strony nie wzrosły przychody po wydaniu i rozpowszechnieniu katalogu.

W tych okolicznościach PWIF uznał, że Strona miała przedstawić przekonujące argumenty, że zebrała i zniszczyła (lub zleciła to osobie trzeciej) wszystkie egzemplarze Katalogu „[...]” wydrukowane na zamówienie Strony, oraz udowodnić, że wydanie Katalogu nie nastąpiło z zamiarem przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonywania zakupów produktów leczniczych i wyrobów medycznych w konkretnych, wskazanych w Katalogu aptekach z ich adresami, a celem Katalogu „[...]” nie było zwiększenie sprzedaży ww.

produktów w aptekach.

Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka na okoliczność „braku zlecenia przez Stronę prowadzenia działań reklamowych aptek na rzecz jakichkolwiek podmiotów trzecich” byłoby niecelowe, ponieważ przedmiotem niniejszego postępowania jest rozpowszechnianie Katalogu „[...]” na obszarze całego kraju.

Strona całkowicie zbagatelizowała żądania PWIF i zaniechała jakiegokolwiek odpowiedzi.

PWIF zważył, co następuje:

I.

Przepisy art. 20 i 22 Konstytucji RP, z uwagi na zawarte w nich unormowania dotyczące zasad ustroju gospodarczego, są przepisami prawa ustrojowego.

Z treści art. 20 Konstytucji RP (istota społecznej gospodarki rynkowej) wynika m.in. zasada wolności gospodarczej.

Przepis art. 22 Konstytucji RP przewiduje, że ograniczenie wolności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes społeczny.

W orzecznictwie sądów funkcjonuje następujący pogląd: „Wszelkie ograniczenia zasady wolności w prowadzeniu działalności, choć dopuszczalne w drodze zapisu ustawowego ze względu na ważny interes publiczny (art. 22 Konstytucji RP), mają charakter wyjątku i muszą być wobec tego rozumiane ściśle, a nie w sposób rozszerzający. Nie można zatem ich istnienia dorozumiewać czy domniemywać, bądź przyjmować np. w drodze analogii” (np. wyrok NSA z dnia 12 kwietnia 2006 r., II GSK 23/06, LEX nr 209721).

Podobnie orzekają wojewódzkie sądy administracyjne (np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 października 2006 r., VI SA/Wa 1128/06, LEX nr 265647) i Sąd Najwyższy (zob. wyrok SN z dnia 12 września 2008 r., I PK 27/08, M.P.Pr. 2009/12/648-654).

Przykładem takiego ograniczenia jest obowiązujący w dacie orzekania art. 94a ust. 1 P.f., który jednoznacznie stanowi, że „zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności”. Zdanie drugie tego przepisu mówi, że nie stanowi reklamy tylko informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

Działalność, na którą Strona ma zezwolenie jest wprawdzie działalnością gospodarczą, ale regulowaną, podlegającą dodatkowym ograniczeniom.

Wdrożenie do porządku krajowego w Polsce przepisu art. 94a ust. 1 P.f. nastąpiło w wykonaniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (2004/27/WE), zmieniającej dyrektywę 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi. Polska przystępując do Unii Europejskiej na mocy Traktatu, zwanego Traktatem Ateńskim (Dz. U. UE z 2003 r. L 236, poz. 17, z późn. zm.), od dnia przystąpienia jest związana postanowieniami Traktatów Założycielskich i aktów przyjętych przez Instytucje Wspólnot przed dniem przystąpienia, jak również stała się adresatem dyrektyw i decyzji w rozumieniu art. 249 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską z dnia 25 marca 1957 r. (wersja skonsolidowana Dz. U. WE z 2002 r. C 325 z późn. zm.).

Każde Państwo Członkowskie, do którego kierowana jest dyrektywa, zobowiązane jest do jej wykonania w drodze ustanowienia przepisów prawa wewnętrznego oraz przestrzegania, zgodnie z celami ustawodawcy wspólnotowego. Sformułowany w nim zakaz dotyczy 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.

Przepis art. 94a P.f. w aktualnym brzmieniu został zmieniony dopiero 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. z 2011 r. Nr 122, poz. 696).

Obecnie zatem, czyli w dacie wydania decyzji, art. 94a ust. 1 P.f. 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 ich działalności.

W poprzednim stanie prawnym, czyli przed datą 1 stycznia 2012 r., był niejako zawężony do spełnienia łącznie trzech przesłanek, tj. działalność ta musiała nosić cechy reklamy, być skierowaną do publicznej wiadomości oraz odnosić 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 w sprawie stanie prawnym także nie zawarto definicji reklamy apteki i jej działalności, inaczej niż uczyniono to w art. 52 ust. 1 P.f. i w akcie wykonawczym do ustawy – w zakresie reklamy produktu leczniczego.

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 (np. Wielki Słownik Wyrazów Obcych pod red. M. Bańki, wyd. PWN, Warszawa 2003 r.).

Oznacza to, że na gruncie niniejszej sprawy reklamą apteki może być także każde działanie, 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 P.f. – informacje o lokalizacji i godzinach pracy apteki.

Nie ulega wątpliwości, że reklama może przyjmować różne formy zachęcania, a mianowicie poprzez ulotki, foldery, czy gazetki temu służące, nie tylko wręczane przez farmaceutów klientom apteki, ale także zachęcające poprzez Internet do korzystania z usług apteki, która daje określone bonusy.

Jak zauważa się w literaturze – jeszcze na gruncie poprzedniego stanu prawnego - „podstawowym elementem reklamy działalności apteki lub punktu aptecznego jest zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w konkretnej aptece, niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży ww. produktów w danej aptece lub punkcie aptecznym” (M. Koremba. Komentarz do art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne, SIP LEX, stan prawny na 1 lipca 2009 r.).

Na gruncie niniejszej sprawy i aktualnego stanu prawnego, przy zastosowaniu analogii do ustawowej definicji reklamy produktu leczniczego, określonej w art. 52 ust. 1 P.f., za reklamę działalności apteki Strony można uznać działalność polegającą na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w danej aptece poprzez określone bonusy, upusty, rabaty przy nabyciu towarów, co ma na celu zwiększenie ich sprzedaży.

Innymi słowy, reklamą działalności apteki będzie więc zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece - niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków - jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych.

Podobne poglądy znaleźć można w orzecznictwie i to na gruncie poprzednich, mniej restrykcyjnych norm (zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 r., VII SA/Wa 698/08, LEX nr 527533 i wyrok WSA w Warszawie z dnia 1 lutego 2008 r., VII SA/Wa 1960/07, LEX nr 451165).

Także Sąd Najwyższy prezentował stanowisko, zgodnie z którym „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. Wszelkie promocje, w tym cenowe, są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje. Nie są natomiast reklamą m.in. listy cenowe, które zawierają jedynie informację o cenach towarów lub usług i są publikowane wyłącznie po to, by podać do publicznej wiadomości ceny określonych produktów” (wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07, LEX nr 307127; Monitor Prawniczy 2007, Nr 20, poz. 1116).

Za reklamę działalności apteki zostały uznane również „czynności polegające na wręczaniu bonów rabatowych” (wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 r., VII SA/Wa 698/08, LEX nr 527533), czy udzielanie bonifikat za zrealizowanie recepty (vide: D. Biadun, Reklama apteki - bonifikata za zrealizowanie recepty, w: Serwis Prawo i Zdrowie nr 60801).

Warto przy tym pamiętać, że pewne formy działalności promocyjnej mogą stanowić zarówno reklamę produktu leczniczego zgodnie z art. 52 P.f., jak i reklamę działalności apteki w opisanym wyżej rozumieniu.

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).

Reklama apteki i jej działalności ma charakter publiczny. Termin „publiczny” oznacza według Słownika Języka Polskiego pod red. prof. M. Szymczaka: „ogólny, dostępny dla wszystkich, dotyczący ogółu ludzi” (Wyd. PWN, Warszawa 1982 r., tom II, str. 1074).

„«Publiczny» sposób prowadzenia reklamy w inny sposób niż przez środki masowego przekazu, to sposób reklamy charakteryzujący się powszechnością, jawnością, ogólną dostępnością, jak i przeznaczeniem dla (lub do) ogółu w zależności od użytego sposobu jej wyrazu” (wyrok NSA OZ w Szczecinie z dnia 18 kwietnia 2001 r., SA/Sz 2000/00, LEX nr 48952).

PWIF w niniejszej sprawie podziela zatem pogląd, zawarty w wyroku WSA w Warszawie z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12 (www.orzeczenia.nsa.gov.pl), oraz utrwalone przekonanie, aktualne na gruncie art. 94a P.f. - zawarte w wyrokach WSA w Warszawie zapadłych jeszcze w poprzednim stanie prawnym: z dnia 17 grudnia 2007 r., VII SA/Wa 1707/07 (LEX nr 496346); z dnia 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07 (LEX nr 477210); z dnia 14 maja 2008 r., VII SA/Wa 2215/07 (LEX nr 493718); z dnia 20 września 2010 r., VI SA/Wa 838/10 (LEX nr 759762) - że 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.

W wyżej wymienionym wyroku WSA w Warszawie z dnia 20 września 2010 r., VI SA/Wa 838/10 (LEX nr 759762) stwierdzono, że:

„Główny Inspektor Farmaceutyczny prawidłowo uznał, że przekazane mu przez skarżącego gazetki reklamowe są reklamą apteki, dlatego też zasadnie przekazał je do

rozpoznania zgodnie z właściwością do właściwych wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych. Stanowisko to nie narusza art. 65 § 1 k.p.a. w zw. z art. 94a ust. 2 Prawa farmaceutycznego i jest zgodne z utrwaloną linią orzecniczą wojewódzkich sądów administracyjnych” (Sąd przywołał wyroki WSA: z 14 maja 2008 r., VII SA/Wa 2215/07, LEX nr 493718; z 1 kwietnia 2008 r., VII SA/Wa 1739/07, LEX 491301; z 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07, LEX nr 477210; z 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2006/07, LEX nr 477202; z 19 lutego 2008 r., VII SA/Wa 1914/07, LEX nr 477200; z 1 lutego 2008 r., VII SA/Wa 1960/07, LEX nr 451165; z 17 grudnia 2007 r., VII SA/Wa 1707/07, LEX nr 496346; z 22 listopada 2007 r., VII SA/Wa 1661/07, LEX nr 496345).

Należy wskazać, że powołanych przez Organ orzeczeń, różnic w wyrażonych w nich tezach, nie sposób przenieść dosłownie na grunt niniejszej sprawy, co jest oczywiste, bowiem różnice wynikają zarówno ze zmieniającego się stanu prawnego, jak i z innych stanów faktycznych.

Świadczy o tym – obecnie już jednolite na gruncie nowych regulacji - orzecznictwo sądów administracyjnych, ale też zmieniające się w jednym kierunku poglądy przedstawicieli nauki i praktyków z wolnych zawodów prawniczych, ukształtowane w sprawach prowadzenia przez podmioty prowadzące apteki lub przez przedsiębiorców zajmujących się reklamą i promocją na zlecenie podmiotów prowadzących apteki tzw. programów lojalnościowych, a także w sprawach nakazu zaprzestania prowadzenia niezgodnej z przepisami reklamy i nałożenia kary pieniężnej - por. wyroki WSA w Warszawie: z dnia 10 grudnia 2012 r., VI SA/Wa 1756/12; z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12; z dnia 25 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 2463/12; z dnia 5 marca 2013 r., VI SA/Wa 2618/12; z dnia 15 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 2617/12; z dnia 23 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 314/13; z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 315/13; z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 i z dnia 7 sierpnia 2013 r., VI SA/Wa 1660/13 - wszystkie w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych: www.orzeczenia.nsa.gov.pl.

Zgodnie z treścią art. 86 ust. 1 i 2 P.f., apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego, w której osoby uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne, a nazwa apteka zastrzeżona jest wyłącznie dla miejsca świadczenia tych usług.

Apteka nie jest – i zdaniem PWIF nie powinna być - sklepem, prowadzącym walkę konkurencyjną o klienta przy pomocy instrumentów rynkowych.

Jak stwierdzają komentatorzy zasady zakazu reklamy aptek i ich działalności (zob. M. Koremba. Komentarz do art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne. SIP LEX. stan prawny: 1.07.2009):

„Do wprowadzenia art. 94a do u.p.f. na mocy nowelizacji z dnia 1 maja 2007 r. istniała duża dowolność w zakresie działalności promocyjnej podejmowanej przez apteki ogólnodostępne. W celu zdobywania klientów prowadziły one różnego rodzaju akcje marketingowe, oferując np. możliwość indywidualnego negocjowania cen leków czy bezpłatny dowóz leków do domu klienta. Szczególny sprzeciw ze strony wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych budziły akcje typu "lek za grosz", bądź "lek za złotówkę" (A. Twardowska, Reklama dźwignią handlu lekarstwami, Gazeta Wyborcza z 27 listopada 2006 r.). Ich celem było zazwyczaj obejście przepisów wprowadzających zakaz reklamy leków refundowanych. Działalność aptek ogólnodostępnych była również wykorzystywana przez koncerny farmaceutyczne, które oferowały aptekom różnego rodzaju prezenty w zamian za sprzedaż określonej ilości leków na receptę. Aby osiągnąć pożądaną poziom sprzedaży, apteki obiecywały pacjentom za realizację recepty atrakcyjne rabaty lub prezenty (M. Janczewska, Koniec reklamowania aptek, Dziennik z dnia 16 lutego 2007 r.)”.

Charakterystyczny obecnie dla poglądów doktryny jest natomiast pogląd następujący:

„Artykuł 94a ustawy Prawo farmaceutyczne dotyczący reklamy działalności aptek nie zawiera żadnego wyłączenia, a zatem nie wymienia katalogu działań, które nie stanowiłyby reklamy działalności aptek, tak jak to uczyniono w przypadku reklamy produktu leczniczego

oraz nie odsyła w żadnym zakresie do tych regulacji przewidujących takie wyłączenia w odniesieniu do działalności reklamowej produktów leczniczych. Tym samym nawet jeśli uzna się, iż określona działalność nie stanowi reklamy produktów leczniczych np. ze względu na jedynie informacyjny charakter przekazu, nie wyklucza to zakwalifikowania jej jako spełniającej cechy reklamy działalności apteki” (A. Rabięga-Przyłęcka. Glosa do wyroku WSA z dnia 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07, LEX/el. 2011, Teza 5).

Należy także podnieść, iż zgodnie z treścią art. 99 ust. 4a P.f., podmiot prowadzący aptekę jest obowiązany zatrudnić osobę odpowiedzialną za prowadzenie apteki, o której mowa w art. 88 ust. 2, dającą rękojmię należytego prowadzenia apteki. Przepis ust. 4a nie dotyczy farmaceuty posiadającego uprawnienia, o których mowa w art. 88 ust. 2 (art. 99 ust. 6 P.f.).

W aptece ogólnodostępnej musi być ustanowiony farmaceuta, o którym mowa w art. 2b ust. 1 pkt 1, 2 i 5-7 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz. U. z 2008 r. Nr 136, poz. 856, z późn. zm.), odpowiedzialny za prowadzenie apteki. Kierownikiem apteki może być farmaceuta, który m.in. posiada specjalizację z zakresu farmacji aptecznej (art. 88 ust. 1 i 2 P.f.).

Zgodnie z przepisem art. 19 Kodeksu Etyki Aptekarza RP (Uchwała Nr VI/25/2012 VI Krajowego Zjazdu Aptekarzy z dnia 22 stycznia 2012 r.): „Aptekarz nie reklamuje siebie oraz swoich usług. Nie uczestniczy w reklamie usług farmaceutycznych, jak i ich promocji niezgodnej z prawem lub z dobrymi obyczajami. Aptekarz unika też działalności przyczyniającej się do zwiększania konsumpcji produktów leczniczych”.

Z tytułu naruszenia powyższego Kodeksu farmaceuta-aptekarz ponosi zawodową odpowiedzialność dyscyplinarną (art. 45 ustawy o izbach aptekarskich), na którą naraża go podmiot prowadzący aptekę, zatrudniający farmaceutę.

„Zakaz reklamy działalności dotyczy wszystkich osób wykonujących wolne zawody, w tym adwokatów, radców prawnych, lekarzy. Farmaceuci prowadzący apteki, jako osoby wykonujące zawód zaufania publicznego, powinni zatem być objęci tą samą zasadą” (z uzasadnienia do projektu z dnia 3 listopada 2008 r. ustawy o zmianie P.f. oraz o zmianie niektórych innych ustaw, s. 48).

Imię i nazwisko kierownika apteki podlega wpisowi do jawnego rejestru zezwoleń na prowadzenie aptek ogólnodostępnych.

Organ pragnie podkreślić, iż zgodnie z art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy z dn. 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich, sprawowanie opieki farmaceutycznej polega na dokumentowanym procesie, w którym farmaceuta, współpracując z pacjentem i lekarzem, a w razie potrzeby z przedstawicielami innych zawodów medycznych, czuwa nad prawidłowym przebiegiem farmakoterapii w celu uzyskania określonych jej efektów poprawiających jakość życia pacjenta.

Powyższe stanowi obowiązek każdego farmaceuty, zatem w ocenie Organu, tworzenie odrębnego katalogu dla świadczenia ustawowego obowiązku jest zbędne i ma na celu stworzenie w świadomości pacjenta poczucia pewnego rodzaju doinformowania i samodzielnego – z pominięciem lekarza i farmaceuty – podejmowania decyzji o stosowaniu produktów leczniczych.

Nie ulega wątpliwości, iż ustawodawca, nakładając obowiązek sprawowania opieki farmaceutycznej, miał na celu innego rodzaju działania. Chociażby takie, jak możliwość kontaktu farmaceuty z lekarzem w celu ustalenia jak najlepszej farmakoterapii, poprzez konsultacje i ewentualne modyfikacje przepisywanych produktów leczniczych.

Organ podnosi, iż fakt udzielania informacji na temat sprzedawanych produktów leczniczych jest jedną z usług farmaceutycznych wymienionych w art. 86 ust. 2 P.f.

II.

Strona prowadzi Apteki, które zostały uwzględnione w inkryminowanym Katalogu [...]jako przedmiot ich reklamy i reklamy ich działalności:

- 1) w [...], ul. [...] (w [...]) na podstawie zezwolenia PWIF znak [...] z dnia [...] r.;
- 2) w [...], [...] (w [...]) na podstawie zezwolenia PWIF znak [...] z dnia [...] r.

Organ na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustalił, że reklama Aptek i ich działalności w formie Katalogu [...], na podstawie umowy Strony (której okazania organ się nie doczekał) z podmiotem będącym m.in. producentem lub zamawiającym u podmiotów trzecich produkcję ulotek, folderów i innych materiałów reklamowych, posiada formę i treść niedozwoloną.

Podstawą wszczęcia i prowadzenia z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Stronę działalności reklamowej Aptek, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Apteki, poprzez zlecenie osobie trzeciej wydawania Katalogu „[...]”, będącego wkładką do czasopisma [...], wydaną dla obszaru całego kraju w nakładzie – wg Prezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej - ponad [...] egzemplarzy. Katalog jest wydawany przez [...] Sp. z o.o. w W., ul. [...], nr NIP [...], o czym wydawca informuje w katalogu, na zlecenie Strony.

Katalog zawiera zdjęcia opakowań i ceny produktów leczniczych i wyrobów medycznych, które - w powiązaniu z adresami Aptek - stanowią niedozwoloną reklamę tych aptek.

Organ ustalił, że publiczne rozpowszechnianie Katalogu „[...]” zawierającego wykaz aptek „[...]” na terenie Polski, w tym także aptek z terenu Podkarpacia, w tym Aptek, których dotyczy niniejsze postępowanie, jest przejawem naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 P.f.

W ocenie Organu, uwidocznienie w katalogach cenowych Aptek prowadzonych przez Stronę, zachęca nieokreśloną ilość pacjentów, osób nie posiadających rozeznania w swoich potrzebach zdrowotnych i odpowiadających tym potrzebom właściwych produktów leczniczych, do dokonywania zakupu produktów w Aptekach, których wykaz zamieszczony jest w katalogach cenowych.

Działanie polegające na zachęcaniu do zakupów należy uznać za reklamę Aptek i ich działalności, ponieważ stwarza warunki do poszukiwania tych właśnie Aptek oraz ma na celu zwiększenie obrotu w tych, znalezionych przez pacjentów w wykazie, Aptekach.

Informowanie w „Katalogu [...]” o produktach leczniczych oraz wykaz aptek w nim zamieszczony, w tym Aptek z terenu miasta R., stanowi reklamę tych aptek i ich działalności co najmniej wobec mieszkańców tego miasta i okolic, ale także wobec innych osób na tym terenie przebywających czasowo.

Zgodnie z brzmieniem art. 94a ust. 1-3 P.f., 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. W razie stwierdzenia naruszenia wyżej wymienionego przepisu wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje w drodze decyzji zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

Z uwagi na fakt, że P.f. nie zawiera legalnej definicji reklamy posłużyć się należy w tym względzie definicją zawartą w wydanych opracowaniach słownikowych, a także orzecznictwem sądów administracyjnych.

Według Słownika Wyrazów Obcych (Wydawnictwo Naukowe PWN 1996 r.), za „reklamę” należy rozumieć rozpowszechnianie informacji o danych towarach, ich zaletach, wartości, miejscach i możliwościach nabycia (...) za pomocą plakatów, ogłoszeń w prasie, radiu i w telewizji, stanowiące zachętę do nabywania towarów lub korzystania z określonych usług.

Podobna definicja zawarta jest w Małym Słowniku Języka Polskiego (Wydawnictwo Naukowe PWN 1996 r.).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów administracyjnych, wydanym wprawdzie pod rządami przepisu art. 94a ust. 1 P.f. w brzmieniu obowiązującym do dnia 31.12.2011 r., ale nadal nie tracącym na aktualności:

- a) 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 (wyrok WSA w Warszawie z dnia 14.05.2008 r. sygn. akt VII SA/Wa 2215/07),
- b) „reklamą” może być każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych (wyrok WSA w Warszawie z dnia 1.02.2008 r. sygn. akt VII SA/Wa 1960/07),
- c) „reklamą” działalności apteki jest każde działanie, każda jej działalność niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli celem tej działalności jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w danej aptece lub punkcie aptecznym (wyrok WSA w Warszawie z dnia 22.11.2007 r. sygn. akt VII SA/WA 1661/07),
- d) „reklamą” jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych konsumentów, odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę mającą na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług (wyrok SN z dnia 26.01.2006 r. sygn. akt V CSK 83/05).

Reasumując należy stwierdzić, że reklamą jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych przez aptekę towarów i która w taki sposób jest odbierana przez pacjentów.

Reklama może przyjmować różne formy, w szczególności: haseł, sloganów, spotów TV, ulotek, billboardów, folderów czy gazetek. Istotnym elementem reklamy jest zamiar wywołania reakcji potencjalnych klientów.

Podstawowym elementem reklamy, zgodnie z opinią sądu (wyrok WSA w Warszawie z 1.02.2008 r. VII SA/Wa 1960/07) jest zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w konkretnej aptece, niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży ww. produktów w danej aptece lub punkcie aptecznym.

Za reklamę działalności apteki zostały uznane również czynności polegające na wręczaniu bonów rabatowych, umieszczanie obok nazwy apteki napisów: niskie ceny, wysokie rabaty.

Za działania reklamowe winny być uznane wszystkie te działania, których zamierzonym celem jest pozyskanie nowych lub zatrzymanie dotychczasowych klientów. W przeciwieństwie do informacji handlowej, która zawiera obiektywne informacje o produkcie lub usługach świadczonych przez przedsiębiorcę, istotą reklamy jest zachęcanie.

Na gruncie obecnie obowiązującego art. 94a ust. 1 P.f. należy stwierdzić, że reklamą apteki jest wszystko to, co nie jest informacją o lokalizacji i godzinach pracy apteki. I nie ma tutaj znaczenia czy jest ona skierowana do publicznej wiadomości.

PWIF uważa, że „reklamą aptek oraz ich działalności” w rozumieniu art. 94a ust. 1 P.f. jest stosowanie jakichkolwiek form zachęty odnoszących się do leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobów medycznych, w szczególności sprzedaży uwarunkowanej, upustów, rabatów, bonifikat, pakietów i uczestnictwa w programach lojalnościowych, darowizn, nagród, prezentów, upominków, wycieczek, loterii, losowań, wszelkich form użyczeń, transakcji wiązanych, ułatwień, zakupów lub usług sponsorowanych, wszelkiego rodzaju talonów, bonów oraz innych niewymienionych z nazwy korzyści.

Za szerokim rozumieniem reklamy przemawia fakt, że ustawodawca nie zawarł w art. 94a ust. 1 P.f. żadnych wyłączeń, w przeciwieństwie do definicji reklamy produktu leczniczego o jakim mowa w art. 52 P.f.

Organ na podstawie zgromadzonego w toku kontroli materiału dowodowego ustalił, mimo wszelkich przeszkód jakich nie szczędziła Strona, że Apteki uczestniczą w działalności reklamowej, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych, poprzez zamieszczenie ich nazw i adresów w Katalogu [...].

Oceniając uczestnictwo Aptek w prowadzonej przez Stronę działalności reklamowej, należy stwierdzić, że stanowi ono niedopuszczalną reklamę Apteki i jej działalności, a tym samym narusza art. 94a ust. 1 P.f. w obowiązującym jej brzmieniu.

Z podstawowych warunków prowadzenia działalności, zawartych w udzielonych Stronie zezwoleniach wynika, że podjęcie działalności określonej w zezwoleniu i jej prowadzenie musi być zgodne z przepisami dotyczącymi produktów leczniczych, wyrobów medycznych i innego asortymentu, który może być przedmiotem obrotu prowadzonego w Aptekach, przepisami dotyczącymi aptek oraz Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej.

Nie może budzić wątpliwości interpretacyjnych, mimo że Prawo farmaceutyczne nie zawiera legalnej definicji reklamy, treść przepisu art. 94a ust. 1 P.f. stanowiącego, że zabroniona jest reklama aptek oraz ich działalności, a nie stanowi reklamy tylko informacja o lokalizacji oraz godzinach pracy apteki.

Nie może być kwestionowana kompetencja wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 94a ust. 2 P.f. sprawującego nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, co wyraża się w uprawnieniu zawartym w art. 94a ust. 3 i 4 P.f., iż w razie stwierdzenia naruszenia przepisu ust. 1, wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje (ma prawny obowiązek nakazać), w drodze decyzji wyposażonej w rygor natychmiastowej wykonalności, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

Ponieważ wydawanie katalogów przez Stronę ma charakter stały, choć cykliczny, nie może ona twierdzić, że Katalog „[...]”, będący wkładką do czasopisma [...], wydaną dla obszaru całego kraju w nakładzie – wg Prezesa Rady [...] Izby Aptekarskiej - ponad [...] egzemplarzy, ma charakter periodyczny i okres rzekomego obowiązywania w nim wskazany.

Mogłoby to stanowić zarzut, że w dacie wydania niniejszej decyzji katalog ten „nie obowiązuje”. Tego rodzaju katalog nie ma mocy ani okresu obowiązywania, bo okoliczności te nie są zagwarantowane środkami przymusu państwowego.

Z chwilą bowiem jego rozpowszechnienia, wydawca traci nad nim kontrolę w czasie, przestrzeni i w odniesieniu do odbiorców – jest on publiczny i wszechobecny.

Organ miał zatem prawny obowiązek nakazać, w drodze decyzji wyposażonej w rygor natychmiastowej wykonalności, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

III.

Zgodnie z art. 129b ust. 1 i 2 P.f., karze pieniężnej w wysokości do 50.000 zł podlega ten, kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi m.in. reklamę apteki oraz jej 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.

Przepisy ustawy nie zawierają katalogu przypadków naruszeń, które uzasadniałyby zastosowanie kary pieniężnej w konkretnej wysokości, ani zasad jej miarkowania.

Nałożenie kary pieniężnej jest obligatoryjne. Wynika wprost z przepisów ustawy.

Ustawodawcy przyświecało założenie, by w ten sposób ograniczyć niekorzystne zjawisko nadmiernego stymulowania sprzedaży leków przez apteki działające w porozumieniu z innymi podmiotami.

Organ stwierdzając prowadzenie zakazanej reklamy Aptek jest zatem zobowiązany nałożyć, na przedsiębiorcę naruszającego powołany przepis, stosowną karę pieniężną.

Organ w ramach prowadzonego postępowania stwierdził, że umieszczenie identycznych nazw Aptek: „[...]” w katalogu cenowym, w istocie swej zachęca pacjentów do dokonywania zakupów w prowadzonych przez Stronę Aptekach, stanowi niedozwoloną ich

reklamę i ich działalności.

Biorąc pod uwagę okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także fakt, że:

- 1) Strona była już uprzednio karana przez PWIF (decyzją ostateczną znak [...] z dnia [...] r., utrzymaną w mocy decyzją Głównego Inspektora Farmaceutycznego znak [...] z dnia [...] r.) karą pieniężną w wysokości [...] zł za naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. w zakresie reklamy aptek zlokalizowanych na obszarze Województwa P.;
 - 2) naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. przez Stronę stwierdzone zostało po raz kolejny, po wejściu w życie zmienionych od dnia 1 stycznia 2012 r. przepisów;
 - 3) reklama Aptek i ich działalności była stała i długotrwała (trwała ponad [...] lata po wejściu w życie znowelizowanej P.f. w cyklicznie i ciągle wydawanych katalogach cenowych [...]), a dotyczyła tych samych dwóch aptek z P.;
 - 4) decyzja ostateczna znak [...] z dnia [...] r., utrzymana w mocy decyzją Głównego Inspektora Farmaceutycznego znak [...] z dnia [...] r. dotyczyła 5-krotnego wydania katalogów, spośród wielu innych wydawnictw;
 - 5) PWIF dwukrotnie informował drogą elektroniczną wszystkich przedsiębiorców prowadzących apteki na terenie województwa podkarpackiego o zakazie, począwszy od dnia 1 stycznia 2012 r., prowadzenia reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności, poprzez przesłanie komunikatów z dnia 2 stycznia 2012 r. i z dnia 10 stycznia 2012 r.,
 - 6) umieszczono komunikaty na stronach internetowych w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu pod adresem www.rzeszow.wif.gov.pl,
- nałożona w wysokości [...] zł kara pieniężna, wynosząca tylko [...] maksymalnego ustawowego wymiaru kary, jest adekwatna do okoliczności i czasu (powtarzalności) prowadzenia reklamy Aptek i ich działalności.

W poprzednim rozstrzygnięciu Organu decyzją znak [...] z dnia [...] r. na Stronę została nałożona kara dwukrotnie mniejsza, ponieważ w tamtym stanie faktycznym należało uwzględnić stosunkowo wówczas krótki okres (liczony tylko od dnia 1 stycznia 2012 r., choć był on zdecydowanie dłuższy, ale w tym pod rządem nie znowelizowanego jeszcze P.f.).

W dniu wydania niniejszej decyzji jest to już ponad dwuletni okres, mimo świadomości Strony odnośnie do wszczęcia i prowadzenia w tej sprawie postępowania administracyjnego.

Strona nie zamierza zaprzestać reklamy Aptek w formie różnych wydawnictw, prowadzonej przy udziale osób trzecich.

Strona w toku postępowania konsekwentnie odmawiała współpracy z Organem poprzez zaniechanie dostarczania na żądanie Organu wyjaśnień i dowodów umożliwiających ustalić rzeczywisty stan sprawy, zgodny ze stanowiskiem Strony.

Strona była zainteresowana wyłącznie umorzeniem postępowania, a Organ nie mógł dać wiary pustym stwierdzeniom Strony, nie popartym żadnymi dowodami.

Natomiast wnioskowane dowody ze świadków były albo sprzeczne z prawem (tajemnica adwokacka, konflikt interesów pełnomocnika [...]w innej sprawie przed Organem, pełnomocnik Strony jako świadek) albo oczywiście bezzasadne, gdyż dotyczyły okoliczności już stwierdzonych innymi dowodami przeciwnymi, a zgłoszone dowody ze świadków nie miały znaczenia dla sprawy, natomiast świadkowie oczywiście nie mogli mieć wiedzy w sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania; fakty znane Organowi z urzędu nie wymagają dowodu - należało wydać cztery postanowienia o odmowie przeprowadzenia tych dowodów, zgodnie z dyspozycją art. 78 § 2 K.p.a.

Ponieważ przedsiębiorca jest zobowiązany spełniać określone przepisami prawa warunki wykonywania działalności gospodarczej, naruszając obowiązujące przepisy prawa winien liczyć się z konsekwencjami, które w niniejszej sprawie polegają na ukaraniu go karą pieniężną.

Kara pieniężna stanowi dochód budżetu państwa. PWIF jest wierzycielem w rozumieniu przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Karę pieniężną uiszcza się na wskazany w rozstrzygnięciu decyzji rachunek bankowy w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna.

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.

IV.

Zgodnie z art. 94a ust. 4 P.f., decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.

Przepis ten stanowi o obligatoryjnym charakterze nadania przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego rygoru natychmiastowej wykonalności takiej decyzji.

W przypadku wydania przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia reklamy apteki oraz jej działalności, organ zmuszony jest decyzji taki rygor nadać, w odróżnieniu od uregulowań zawartych w art. 108 § 1 K.p.a., które organ stosuje tylko w przypadku gdy spełnione są przesłanki z niego wynikające, m.in. ze względu na ochronę zdrowia lub życia ludzkiego.

Art. 94a ust. 4 P.f. nie przewiduje możliwości fakultatywnego nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

Organ nie znalazł podstaw do umorzenia postępowania na podstawie art. 105 § 1 K.p.a. Prowadzone postępowanie nie stało się bezprzedmiotowe.

Biorąc powyższe pod uwagę postanowiłam jak w petitum decyzji.

POUCZENIE

Od decyzji niniejszej służy Stronie odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego w Warszawie, za moim pośrednictwem, w terminie czternastu dni od daty otrzymania decyzji.

Otrzymuje:

- 1) Adresat – za potwierdzeniem odbioru;
- 2) a/a.

Do wiadomości:

[...] Izba Aptekarska, K. ul. [...].