

**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 2017 r.

FARZ-DA.8523.32.2017

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

DECYZJA

Na podstawie art. 94a ust. 1 i 2 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2017 r., poz. 2211), zwanej dalej „**P.f.**”, oraz art. 104 § 1 i 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257) zwany dalej „**K.p.a.**”, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w W. NIP [...] (dalej zwanej: „**Stroną**”), niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie „[...]” w K., przy ul. [...] (dalej zwanej: „**Apteką**”) i jej działalności w związku z naruszeniem art. 94a P.f.,

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

1. umarza postępowanie w sprawie zaprzestania prowadzenia przez [...] Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w W. NIP [...], niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie „[...]” w K., przy ul. [...] poprzez umieszczenie w ekspedycji pod produktami leczniczymi wywieszek w kolorze żółtym zawierających: nazwę, wielkość opakowania, cenę wyższą przekreśloną wyrażoną czcionką mniejszą, cenę niższą wyrażoną czcionką powiększoną, sugerując, iż Apteka okresowo sprzedaje produkty lecznicze OTC po obniżonej, promocyjnej cenie, co stanowi naruszenie art. 94a P.f.,
2. nakłada na [...] Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w W. NIP [...] karę pieniężną w kwocie [...] zł (słownie: [...] złotych) z tytułu naruszania przepisu art. 94a P.f. polegającego na umieszczeniu w ekspedycji pod produktami leczniczymi wywieszek, w kolorze żółtym zawierających: nazwę, wielkość opakowania, cenę wyższą przekreśloną wyrażoną czcionką mniejszą, cenę niższą wyrażoną czcionką powiększoną, sugerując, iż Apteka okresowo sprzedaje produkty lecznicze OTC po obniżonej, promocyjnej cenie. Karę należy wpłacić na rachunek bankowy Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w NBP O/Okr. R. nr [...] w terminie 7 dni od dnia, w którym niniejsza decyzja stanie się ostateczna.

Uzasadnienie

Uzasadnienie faktyczne

Pismem z dnia [...] r. P. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny (zwany dalej „PWIF” lub „Organem”) zawiadomił Stronę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Spółkę, niedozwolonej reklamy Apteki i jej działalności.

W toku kontroli planowej przeprowadzonej w Aptece przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w dniu [...]r. zakończonej protokołem znak [...], z dnia [...] r. stwierdzono nieprawidłowości (opisane w punkcie XVI protokołu) dotyczące naruszenia art. 94a P.f.

W ekspedycji pod produktami leczniczymi umieszczone były wywieszki w kolorze żółtym zawierające: nazwę, wielkość opakowania, cenę wyższą przekreśloną wyrażoną czcionką mniejszą, cenę niższą wyrażoną czcionką powiększoną, sugerując, iż Apteka okresowo sprzedaje produkty lecznicze OTC po obniżonej, promocyjnej cenie. Na dowód powyższego wykonano dokumentację fotograficzną.

Organ wezwał Stronę, do złożenia wszelkich wyjaśnień i dowodów świadczących o tym, że prowadzenie apteki przez Stronę ma wyłącznie formy prawnie dozwolone.

Postanowieniem z dnia [...]r. Organ poinformował Stronę o włączeniu do postępowania administracyjnego materiału dowodowego w postaci protokołu z kontroli planowej Apteki znak: [...] z dnia [...] r. wraz z załącznikami oraz dokumentacją fotograficzną – 15 zdjęć.

Pismem z dnia [...] r. (wpływ do PWIF w dniu [...] r.) Pełnomocnik Strony poinformował Organ, że pracownicy Apteki w najwcześniejszym możliwym terminie usunęli wywieszki cenowe, których dokumentacja fotograficzna znajduje się w aktach sprawy. Obecnie wywieszki przedstawiają wyłącznie nazwę produktu leczniczego, jego cenę oraz jego kategorię, do której dany produkt jest przypisany. Wskazał również, że w pozostałym zakresie prowadzenie Apteki przez Stronę ma wyłącznie formy prawnie dozwolone. Do pisma załączona została dokumentacja fotograficzna ukazująca wprowadzone zmiany w oznaczaniu etykiet cenowych.

Ponadto pismo zawierało wniosek o umorzenie postępowania na podstawie art. 105 § 1 K.p.a. z uwagi na jego bezprzedmiotowość.

Na podstawie załączonej do pisma dokumentacji fotograficznej zawierającej przedstawienie etykiet cenowych zgodnych z obowiązującymi przepisami prawa Organ uznał, że Strona zaprzestała prowadzenia niedozwolonej reklamy Apteki.

Pismem z dnia [...]r. Organ odpowiedział na wniosek Strony o umorzenie postępowania, zawarty w piśmie pełnomocnika Strony z dnia [...] r., otrzymanym w dniu [...] r., informując, że w sprawie wszczętej z urzędu nie jest uprawniony wniosek strony postępowania o jego umorzenie na podstawie art. 105 § 1 K.p.a.

Ponadto Strona została poinformowana o zakończeniu postępowania wyjaśniającego i dowodowego oraz o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań zgodnie z treścią art. 10 K.p.a.

W dniu [...] do PWIF wpłynęło pismo informujące, że Spółka podtrzymuje swoje wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia [...] r.

Uzasadnienie prawne

P. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny ustalił co następuje:

Podstawą orzekania w niniejszej sprawie jest art. 94a ust. 1 P.f. który stanowi o zakazie reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Zgodnie zaś z ust. 2

art. 94a P.f., nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego sprawuje Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny. Ponieważ przedmiotowa sprawa dotyczy kwestii reklamy Apteki położonej w województwie p., właściwym do rozpoznania sprawy jest P. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny.

Zgodnie z treścią ww. ustawy zabroniona jest jakakolwiek reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Wyłączone z zakazu zostały jedynie proste informacje dotyczące lokalizacji i godzin pracy apteki lub punktu aptecznego. Przywołany wyżej artykuł, co potwierdza utrwalona linia orzecznicza, uwzględnia bardzo szerokie pojęcie reklamy i jest przykładem ograniczenia zasady wolności gospodarczej ze względu na ważny interes publiczny, o którym mowa w art. 22 w zw. z art. 20 Konstytucji RP.

Rozważania prawne należy zatem rozpocząć od ustalenia definicji reklamy oraz zakresu działań uznawanych za reklamę apteki. Ustawa Prawo farmaceutyczne nie zawiera definicji reklamy apteki. Definicja pojęcia „reklama” zawarta w przepisach Prawa farmaceutycznego bez wątpienia odnosi się wyłącznie do „produktów leczniczych”.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą, w przypadku reklamy apteki, należy odwoływać się do wykładni językowej samego pojęcia „reklama”, zawartą w publikacjach słownikowych języka polskiego. Za reklamę uważa się zatem 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.). Definicja reklamy zawarta w innych słownikach jest bardzo zbliżona.

W konsekwencji należy przyjąć, że reklamą działalności apteki jest każde działanie ukierunkowane na zachęcanie potencjalnych klientów do dokonywania zakupu usług farmaceutycznych w konkretnej aptece lub punkcie aptecznym, a tym samym zwiększenie sprzedaży. Niezależnie od form i metod prowadzenia samej reklamy oraz użytych do jej realizacji środków. Istotne, aby celem było zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych.

Podobny pogląd oraz powołanie się na definicję słownikową znaleźć można w bogatym orzecznictwie sądów administracyjnych (zob., wyrok WSA w Warszawie z dnia 1 lutego 2008 r., sygn. VII SA/Wa 1960/07, wyrok WSA w Warszawie z 14 maja 2008 r., sygn. VII SA/Wa 2215/2007, wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 r., sygn. VII SA/Wa 698/08, wyrok WSA w Warszawie z 1 kwietnia 2008 r., sygn. VII SA/Wa 1739/2007, wyrok WSA w Warszawie z 6 marca 2008 r., sygn. VII SA/Wa 2006/2007, wyrok WSA w Warszawie z 6 marca 2008 r., sygn. VII SA/Wa 2216/2007, wyrok WSA w Warszawie z 17 grudnia 2007 r., sygn. VII SA/Wa 1707/2007- wszystkie orzeczenia cytowane w Uzasadnieniu odnaleźć można na stronie internetowej: www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

Zgodnie zatem 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 (zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 14.05.2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 2215/07, podobnie wyrok WSA w Warszawie z dnia 1.02.2008 r. sygn. VII SA/Wa 1960/07, wyrok WSA w Warszawie z dnia 22.11.2007 r. sygn. VII SA/WA 1661/07).

Podobnie reklamę zdefiniowano w art. 2 Dyrektywy 2006/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (Dz. U. UE. L z 2006 r. Nr 376, s. 21), w którym przyjęto, że reklama oznacza przedstawienie w jakiegokolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów w celu wspierania zbytu

towarów lub usług, w tym nieruchomości, praw i zobowiązań.

Ustalając definicję reklamy aptek, warto sięgnąć także do innego aktu prawnego, który definiuje pojęcie reklamy, tj. ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2016 r. poz. 639) w art. 4 pkt 17 definiuje pojęcie reklamy jako "przekaz handlowy, pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzający do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług; reklamą jest także autopromocja".

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 31 marca 2015 r. sygn. akt VI SA/Wa 3782/14 wyraził stanowisko, iż GIF prawidłowo przyjął, że umieszczenie danych apteki na portalu Dbam o Zdrowie (DOZ.PL) działającym za pośrednictwem strony internetowej www.doz.pl, na której zamieszczone są treści reklamowe i zachęcające do zakupu w aptecę, m.in. "Hit cenowy Pampers Premium 39,99 zł", "RABAT 20%", "Super cena, polecany", "darmowa dostawa w 24-73 h do jednej z aptek w całej Polsce!", "Super ceny dla każdego", "Wielkie polowanie na ceny! Tylko dziś! Dr Witt Immuno, Śpiesz się! Oferta ważna jeszcze 11 godz. 44 min. 49 sek. w cenie promocyjnej 3,62 zł, taniej o 35%, oszczędzasz 1,96 zł" stanowi niedozwoloną reklamę apteki skarżącej."

Wskazać należy również wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 13 stycznia 2016 r. sygn. akt VI SA/Wa 2266/15, w którym sąd stwierdził, że „udostępnienie w aptecę gazetek z ofertą produktów sprzedawanych w niej - co ustalono w toku postępowania administracyjnego - po niższej cenie (ze wskazaniem przy niektórych produktach, że promocja cenowa obowiązuje "tylko w tygodniu zdrowia", czy oznaczeniem wybranych towarów jako "bestseller") jest przedsięwzięciem mającym na celu motywowanie do korzystania z usług tej właśnie apteki, a więc nosi znamiona działalności reklamowej. Nie ma więc podstaw do zakwestionowania stanowiska organu, że w tej sprawie doszło do naruszenia przez skarżącą zakazu reklamy aptek, określonego w art. 94a ustawy – Prawo farmaceutyczne.”

Co ważne, nie jest istotne z punktu widzenia zakazu reklamy aptek i ich działalności, czy reklama dokonywana jest wewnątrz czy na zewnątrz apteki. Jej działalność reklamowa może przejawiać się tak we wnętrzu lokalu aptecznego, jak i poza nim. Przepis art. 94a Prawa farmaceutycznego nie wyznacza granic miejscowych reklamy (zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 maja 2014 r., VI SA/Wa 3112/13, CBOSA).

Organ na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustalił, że od nieustalonego czasu, co najmniej od dnia [...] r. (tj. od dnia kontroli planowej w Aptecę) Apteka uczestniczy w działalności reklamowej, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych mimo wejścia w życie z dniem 1 stycznia 2012 r. ustawowego, niemal całkowitego, zakazu reklamy aptek i ich działalności.

Umieszczenie w ekspedycji pod produktami leczniczymi wywieszek w kolorze żółtym zawierających: nazwę, wielkość opakowania, cenę wyższą przekreśloną wyrażoną czcionką mniejszą, cenę niższą wyrażoną czcionką powiększoną, okres obowiązywania ceny, sugerowało pacjentowi, który wszedł do Apteki, że w Aptecę sprzedawane są okresowo produkty lecznicze OTC po obniżonej, promocyjnej cenie.

Działanie polegające na zachęcaniu do zakupów, oferujące pacjentom korzyści, należy uznać za reklamę Apteki i jej działalności. Stwarza warunki przymuszania do związania się z Apteką oraz ma na celu zwiększenie obrotu w Aptecę.

Działalność Apteki mieści się w pojęciu niedozwolonej reklamy z art. 94a ust. 1 P.f.; przewiduje korzyści dla pacjentów i podobnie jak wszelkiego rodzaju akcje promocyjne, rabatowe, czy rozpowszechnianie informacji o promocjach cenowych musi być traktowana w kategoriach art. 94a ust. 1 P.f. jako forma reklamy Apteki i jej działalności.

Strona w toku postępowania nie kwestionowała ustaleń Organu, a wręcz współpracowała, informując w krótkim odstępie czasu od otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania o zmianie redagowania etykiet w Aptece.

Załączona dokumentacja fotograficzna przedstawiająca aktualny wygląd etykiety – nie naruszający art. 94a P.f. stanowił podstawę dla Organu do umorzenia przedmiotowego postępowania.

Prawo farmaceutyczne nakłada na wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego obowiązek wydania decyzji, w której nakazuje zaprzestania prowadzenia reklamy. Skoro jednak w dniu wydania decyzji przez organ I instancji Strona nie prowadziła już niedozwolonej reklamy Apteki i jej działalności, odnoszącej się do produktów leczniczych, decyzja nakazująca Stronie zaprzestania prowadzenia przedmiotowej reklamy byłaby bezprzedmiotowa, ale jedynie w zakresie owego zakazu.

Kodeks postępowania administracyjnego w art. 105 ust. 1 stanowi, że: „Gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości lub w części, organ administracji wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości lub w części”.

Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 2 sierpnia 2013 r. sygn. akt VI SA/Wa 458/13, „organ, w przypadku stwierdzenia naruszenia zakazu reklamy, jest obowiązany nałożyć w drodze decyzji karę pieniężną na tego, kto prowadzi tą reklamę. Nie ma zatem znaczenia, czy strona zaprzestała reklamy a postępowanie zostało umorzone. Organ pierwszej instancji nie dopuści się w tym zakresie uchybień zarówno prawa materialnego jak i procesowego”.

Nałożenie kary pieniężnej jest związane z samym faktem naruszenia przepisów art. 94a P.f. w tym zakresie w trakcie ich obowiązywania. W sytuacji zaprzestania przez Stronę prowadzenia zakazanej reklamy Apteki, nie ma konieczności przed wydaniem decyzji o nałożeniu kary pieniężnej, wydania decyzji nakazującej zaprzestania działalności reklamowej aptek, gdyż taka decyzja byłaby bezprzedmiotowa.

W kwestii nałożenia kary w przypadku zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy i umorzeniu postępowania w tym przedmiocie wypowiedział się WSA w Warszawie w wyroku z dnia 25 marca 2015 r., sygn. akt VI SA/Wa 2637/14: „Nieuprawniony jest pogląd, że jedynie naruszenie zakazu reklamy w dacie wydania decyzji uzasadnia zastosowanie sankcji z art. 129b prawa farmaceutycznego. Przyjęcie takiego poglądu prowadziłoby do powstania społecznie i prawnie niedopuszczalnych skutków. Wyłączałoby bowiem spod działania przepisów ustawy każdą aptekę, co do której wszczęto postępowania z uwagi na niedozwolone prowadzenie reklamy, a która zaprzestałaby takiego działania przed wydaniem decyzji w sprawie”.

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. W przedmiotowej sprawie Apteka, której Strona jest właścicielem uczestniczyła działalności reklamowej, w związku z tym zasadnym jest nałożenie kary na tę właśnie spółkę.

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.

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

Kara pieniężna powinna być skuteczna, proporcjonalna i odstrasżająca. Skuteczność kary przejawia się w możliwości jej nałożenia i wyegzekwowania. Żeby kara była odstrasżająca jej wysokość powinna być dotkliwa dla przedsiębiorcy. Kara nałożona na podmiot musi także spełnić funkcję prewencyjną oraz dyscyplinująco-represyjną, tj. być ostrzeżeniem dla przedsiębiorcy, mającym na celu niedopuszczenie do powstania nieprawidłowości w przyszłości.

Wymierzona kara powinna uwzględniać stopień i rozmiar naruszenia.

Przez stopień naruszenia przepisów należy rozumieć m.in. intensywność, nasilenie reklamy oraz formę jej prowadzenia. Stopień i okoliczności naruszenia należą do okoliczności faktycznych, które winny być ustalone przez organ w sprawie naruszenia zakazu określonego w art. 94a ust. 1 P.f. oraz nałożenia kary pieniężnej.

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

1. reklama Apteki i jej działalności trwała co najmniej od dnia [...] r., do co najmniej dnia [...] r. (data wpływu do Organu pisma z dokumentacją stanowiącą podstawę umorzenia postępowania administracyjnego),
2. Strona w toku postępowania współpracowała z Organem w celu wyjaśnienia sprawy i dostarczała na żądanie Organu wyjaśnienia,
3. naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. przez Stronę stwierdzone zostało po raz drugi (przedmiotowe naruszenie polegało po raz kolejny na identycznym sprzecznym z przepisami redagowaniu etykiet), po wejściu w życie zmienionych od dnia 1 stycznia 2012 r. przepisów – o czym Organ informował w komunikacie Nr 1/2012 z dnia 12 stycznia 2012 r. umieszczonym na stronie internetowej www.[...] oraz w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu (pierwsza decyzja [...] z dnia [...] r. – Strona wniosła odwołanie od decyzji, sprawa aktualnie znajduje się w organie drugiej instancji)

- nałożona w wysokości [...] zł kara pieniężna, jest adekwatna do okoliczności i czasu prowadzenia reklamy Aptek i ich działalności.

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 za zwłokę w wysokości jak dla zaległości podatkowych.

Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Biorąc powyższe pod uwagę Organ postanowił jak w sentencji decyzji.

POUCZENIE

Od decyzji niniejszej służy Stronie odwołanie do Głównego Inspektora

Farmaceutycznego w W., za pośrednictwem P. Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego, w terminie czternastu dni od daty otrzymania decyzji.

Otrzymują:

- 1) adw. [...]
[...] sp.k.
ul. [...], [...] W.
- 2) aa.