

**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

Rzeszów, dnia marca 2019 r.

FARZ-DA. [REDAKTOR] .2018

[REDAKTOR]
[REDAKTOR]

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 2019 r. poz. 499), zwanej dalej „P.f.”, oraz art. 104 § 1 i 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 2096 z późn. zm.), zwanej dalej „K.p.a.”, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez [REDAKTOR] Sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOR] NIP [REDAKTOR], zwanej dalej: „Spółka”, niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie [REDAKTOR] położonej w [REDAKTOR] przy ul. [REDAKTOR], zwanej dalej: „Apteka” i jej działalności,

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

1. umarza postępowanie w sprawie prowadzenia przez [REDAKTOR] Sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOR] NIP [REDAKTOR], niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie [REDAKTOR] położonej w [REDAKTOR] przy ul. [REDAKTOR] i jej działalności dotyczącej materiału prasowego umieszczonego w kwietniowym wydaniu magazynu „[REDAKTOR]” (Nr [REDAKTOR]) pt. „[REDAKTOR]” - polegającej na informowaniu za pośrednictwem ogólnopolskiego magazynu o atrakcyjności oferty (w tym przechowywanie więcej leków, wprowadzenie jako pierwsza [REDAKTOR] standardu przygotowania leków recepturowych od ręki czy kąciku dla dzieci, co ma na celu związanie pacjentów z [REDAKTOR]) w tym względem oferty konkurencji.
2. nakłada na [REDAKTOR] Sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOR] NIP [REDAKTOR] karę pieniężną w kwocie 5.000 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) z tytułu naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 P.f. opisanego w pkt. 1 sentencji decyzji. Karę należy wpłacić na rachunek bankowy Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie w NBP O/Okr. Rzeszów nr 24 1010 1528 0007 8122 3100 0000 w terminie 7 dni od dnia, w którym niniejsza decyzja stanie się ostateczna.

Uzasadnienie

Uzasadnienie faktyczne

W dniu [REDAKTOR] r. Główny Inspektor Farmaceutyczny przekazał Podkarpackiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznemu (dalej zwanemu: „PWIF” lub „Organem”) przy piśmie z [REDAKTOR] r. znak: [REDAKTOR] pismo Prezes Naczelnej Rady Aptekarskiej dotyczące materiału prasowego umieszczonego w kwietniowym wydaniu magazynu „[REDAKTOR]” nr [REDAKTOR]

pt. „[REDAKTOWANE]” (zwany dalej „**Artykułem**”) zawierający wywiad z [REDAKTOWANE] – założycielem i członkiem rady nadzorczej [REDAKTOWANE] Sp. z o.o., celem rozpatrzenia zgodnie z kompetencjami.

Jeden z fragmentów przedmiotowego Artykułu brzmi:

„W tym roku apteki [REDAKTOWANE] odwiedzi 18 mln pacjentów. Jak to się dzieje, że pół Polski przychodzi do [REDAKTOWANE]? Korzystając ze swoich doświadczeń z branży [REDAKTOWANE], założyciel [REDAKTOWANE] oparł swoją strategię na mechanizmie znanym z rynku spożywczego – połączenia dobrych cen, dobrego zaopatrzenia i dobrej obsługi. Krótko mówiąc: frontem do klienta. Choć wiąże się to z wyższymi kosztami, apteki [REDAKTOWANE] przechowują więcej leków niż konkurencja, dzięki czemu pacjenci mają większą szansę znaleźć w nich produkt, którego poszukują. [REDAKTOWANE] jako pierwsza wprowadziła też standard przygotowywania leków recepturowych od ręki. W niektórych aptekach [REDAKTOWANE] testuje nawet specjalne urządzenia do podawania leków, dzięki czemu obsługa przebiega sprawniej i farmaceuci mają więcej czasu dla pacjentów. Komunikacji z nimi uczą się na licznych szkoleniach. To w tej branży szczególnie istotne, bo przecież pacjenci nie są łatwymi klientami – przychodzą, gdy zwykle coś im dolega, często są to też osoby starsze. W aptekach [REDAKTOWANE] powstały nawet kąciki dla dzieci, aby rodzice mogli spokojnie porozmawiać z farmaceutą. To wszystko prędzej czy później się zwraca, bo wiąże pacjentów z [REDAKTOWANE].”

Zgodnie z treścią art. 94a ust. 1 i 2 P.f. zabroniona jest reklama aptek oraz ich działalności; nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki; wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej apteki.

Art. 129b ust. 1 P.f. stanowi, że karze pieniężnej w wysokości do 50.000 złotych podlega ten **кто** wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności.

Z uwagi na powyższe pismem z dnia [REDAKTOWANE] r. doręczonym w dniu [REDAKTOWANE] r. Organ poinformował [REDAKTOWANE] członka rady nadzorczej [REDAKTOWANE] Sp. z o.o., że Artykuł może być uznany za niedozwoloną reklamę aptek [REDAKTOWANE] na terenie województwa podkarpackiego. Organ wezwał Spółkę do udzielenia wyjaśnień: kto zlecił publikację przedmiotowego artykułu, czy był on autoryzowany oraz zajęcia stanowiska w przedmiotowej sprawie w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania.

W odpowiedzi pismem z [REDAKTOWANE] r. Spółka reprezentowana przez pełnomocniczkę [REDAKTOWANE] wskazała „na fakt, że apteka funkcjonuje niejako na dwóch płaszczyznach: biznesowej jako przedsiębiorca oraz zdrowotnej jako placówka ochrony zdrowia publicznego, wielokrotnie zwracał uwagę zarówno ustawodawca, jak i organy samorządu aptekarskiego. Biorąc powyższe po uwagę należy podkreślić zarysowaną dwoistość funkcjonowania aptek na rynku. Z jednej strony apteka jest przedsiębiorstwem, które musi brać pod uwagę ekonomiczne realia. Zgodnie z konstytucyjnie zagwarantowaną swobodą działalności gospodarczej apteka jako przedsiębiorstwo ma zapewnioną możliwość rozwoju, nawiązywania nowych kontaktów biznesowych, poszukiwania kontrahentów, czy budowania ekonomicznej przewagi nad konkurencją. Z drugiej strony, jako placówka ochrony zdrowia publicznego, musi oferować usługi farmaceutyczne spełniając istotną rolę z punktu widzenia interesu publicznego (służąc ochronie zdrowia obywateli).

W podsumowaniu pełnomocniczka podniosła, że „o ile reklama apteki jako placówki ochrony zdrowia publicznego została zakazana, o tyle reklama apteki jako przedsiębiorstwa (...) niekierowana do potencjalnych pacjentów jest dozwolona i nie podpada pod rzeczowy zakaz. Wynika to zarówno z wykładni systemowej Prawa farmaceutycznego, jak i faktycznej

dwoistości funkcjonowania aptek na rynku”

Pełnomocniczka wskazała również, że artykuł nie reklamuje aptek [REDAKTOR] jako placówek zdrowia publicznego, nie jest także skierowany do potencjalnych pacjentów, a więc nie podpada pod zakaz z art. 94a P.f. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że ze względu na fakt, iż przedmiotowym działaniem nie można zarzucić charakteru zakazanej w myśl art. 94a P.f. reklamy aptek, postępowanie w niniejszej sprawie nie powinno zostać wszczęte.

W odpowiedzi na zapytanie PWIF, pełnomocniczka Strony poinformowała, że artykuł miał charakter materiału redakcyjnego, a jego publikacja nie była przez Stronę zlecona ani zainicjowana. Strona potwierdziła, że dokonała autoryzacji publikacji.

Powyższe stanowisko postrzegania funkcjonowania apteki na dwóch płaszczyznach jako placówki ochrony zdrowia oraz przedsiębiorcy nie jest znane Organowi, w związku z czym PWIF, pismem [REDAKTOR] r., zwrócił się z prośbą do pełnomocniczki Strony o wskazanie publikacji nawiązującej do dwoistości funkcjonowania apteki na rynku.

Pismo zostało nadane na adres wskazany przez pełnomocniczkę (tj. [REDAKTOR]) w dniu [REDAKTOR] r. w placówce operatora publicznego, a po dwukrotnym awizowaniu i niepodjęciu przesyłki nastąpił zwrot do adresata.

Ponadto pismem z dnia [REDAKTOR] r., doręczonym w dniu [REDAKTOR] r., PWIF poinformował Redaktora Naczelnego „[REDAKTOR]”, iż Artykuł zawierający wywiad z [REDAKTOR] – założycielem i członkiem [REDAKTOR] Sp. z o.o. może być uznany za niedozwoloną reklamę aptek [REDAKTOR] na terenie województwa podkarpackiego. Jednocześnie Organ wezwał do udzielenia wyjaśnień: kto zlecił publikację artykułu, czy był on autoryzowany oraz zajęcia stanowiska w przedmiotowej sprawie w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania. Organ poinformował, że po bezskutecznym upływie wskazanego terminu, zostanie wszczęte stosowne postępowanie administracyjne.

PWIF na powyższe pismo nie uzyskał odpowiedzi.

W związku z powyższym Organ, pismem z dnia [REDAKTOR] r., zawiadomił spółkę [REDAKTOR] Sp. z o.o. z siedzibą w [REDAKTOR] NIP [REDAKTOR] (dalej zwana: „Spółką” lub „Stroną”) o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Spółkę niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie [REDAKTOR] położonej w [REDAKTOR] przy ul. [REDAKTOR] (zwanej dalej „Apteką”) i jej działalności.

Organ ponadto wezwał Stronę do złożenia wszelkich wyjaśnień i zajęcia stanowiska w przedmiotowej sprawie.

Postanowieniem z dnia [REDAKTOR] r. Organ włączył do akt sprawy postępowania następujący materiał dowodowy:

- 1) pismo Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia [REDAKTOR] r. znak: [REDAKTOR] przekazujące pismo Prezes Naczelnej Rady Aptekarskiej dotyczące materiału prasowego umieszczonego w kwietniowym wydaniu magazynu „[REDAKTOR]” (nr [REDAKTOR]) pt. „[REDAKTOR]” zawierające wywiad z [REDAKTOR]
- 2) pismo PWIF z dnia [REDAKTOR] r. znak: [REDAKTOR] do Redaktora Naczelnego „[REDAKTOR]” z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień w sprawie,
- 3) pismo PWIF z dnia [REDAKTOR] r. znak: [REDAKTOR] do Strony z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień w sprawie;
- 4) pismo [REDAKTOR] - pełnomocnika Strony z dnia [REDAKTOR] r. przedstawiające stanowisko spółki w sprawie wraz z udzielonym pełnomocnictwem,

- 5) pismo PWIF z dnia [REDAKTOWANE] r. znak: [REDAKTOWANE] do pełnomocnika Strony,
- 6) zwrot dwukrotnie awizowanego pisma PWIF z dnia [REDAKTOWANE] r. znak: [REDAKTOWANE] do pełnomocnika Strony.

W dniu [REDAKTOWANE] r. do Organu wpłynęła informacja przekazana drogą mailową od pełnomocniczki Strony [REDAKTOWANE], z prośbą o przedstawienie Spółce pisma organu z dnia [REDAKTOWANE] r., które po dwukrotnym awizowaniu i niepodjęciu przesyłki zostało zwrócone do nadawcy.

Organ pismem z dnia [REDAKTOWANE] r. poinformował pełnomocniczkę Strony, że zgodnie z zasadą pisemności, sprawy należy załatwiać w formie pisemnej lub w formie dokumentu elektronicznego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, doręczanego środkami komunikacji elektronicznej (art. 14 § 1 K.p.a.). Ponadto Organ wskazał, że zgodnie z art. 73 K.p.a., Strona ma prawo wglądu w akta sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii lub odpisów. Prawo to przysługiwać będzie również po zakończeniu postępowania. Czynności te są dokonywane w lokalu organu administracji publicznej w obecności pracownika tego organu, po uprzednim uzgodnieniu terminu. Strona może żądać uwierzytelnienia odpisów lub kopii akt sprawy lub wydania jej z akt sprawy uwierzytelnionych odpisów, o ile jest to uzasadnione ważnym interesem strony. Stronie przysługuje czynny udział w każdym stadium postępowania, a przed wydaniem decyzji prawo do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

W odpowiedzi Spółka, reprezentowana przez pełnomocniczkę [REDAKTOWANE], pismem przekazanym w dniu [REDAKTOWANE] r. do PWIF, wyjaśniła twierdzenie zawarte w piśmie Strony z dnia [REDAKTOWANE] r., wskazujące na „dwoistość funkcjonowania apteki na rynku”; z jednej bowiem strony apteka jest przedsiębiorstwem, które musi brać pod uwagę ekonomiczne realia, z drugiej zaś – jest placówką ochrony zdrowia publicznego, a więc musi oferować usługi farmaceutyczne.

Referując Stroną podniosła, że „owa dwoistość funkcjonowania apteki na rynku wynika przede wszystkim z samego prawa. Działalność prowadzona przez Spółkę regulowana jest bowiem nie tylko przepisami ustawy Prawo farmaceutyczne, ale także przepisami ustawy Prawo przedsiębiorców. Należy bowiem mieć na względzie, że spółka oprócz tego, że prowadzi działalność apteczną (...), pozostaje przede wszystkim przedsiębiorcą. W tym kontekście, w poszanowaniu wynikającej z konstytucji zasady swobody działalności, wynikające z art. 94a Prawa farmaceutycznego zakaz reklamy aptek nie może być interpretowany rozszerzająco. Zgodnie bowiem z konstytucyjnie zagwarantowaną swobodą działalności gospodarczej, apteka jako przedsiębiorstwo ma zapewnioną możliwość rozwoju, nawiązywania nowych kontaktów biznesowych, poszukiwania kontrahentów czy budowania ekonomicznej przewagi nad konkurencją.

(...) Nie należy rozpatrywać kwestionowanego przez PWIF artykułu jako odnoszącego się do Spółki będącej wyłącznie podmiotem oferującym usługi farmaceutyczne. Należy bowiem mieć na względzie, że Spółka – tak jak każdy przedsiębiorca – funkcjonuje w pewnym otoczeniu rynkowym, posiada relacje nie tylko z konsumentami czy konkurentami, ale także z kontrahentami, dba o swoją renomę i rozwój, nawiązuje kontakty biznesowe i poszukuje kontrahentów, w tym przedsiębiorców chcących rozpocząć współpracę z [REDAKTOWANE] czy [REDAKTOWANE].

Z tego względu, o ile reklama apteki jako placówki ochrony zdrowia publicznego została zakazana, o tyle reklama apteki jako przedsiębiorstwa (...) niekierowana do potencjalnych pacjentów jest dozwolona i nie podpada pod rzeczony zakaz.

Kwestionowany przez PWIF artykuł opublikowany został w dedykowanym przede wszystkim przedsiębiorcom magazynie „[REDAKTOR]”. Takim jest bowiem profil pisma i tematyka publikowanych w nim artykułów.

W tym kontekście jak najbardziej zasadne jest wskazanie, że artykuł nie reklamuje [REDAKTOR] jako placówek ochrony zdrowia publicznego, nie jest także skierowany do potencjalnych pacjentów, a co za tym idzie – nie podpada pod zakaz sformułowany w art. 94a Prawa farmaceutycznego.”

Pismem z dnia [REDAKTOR] r. PWIF poinformował Stronę o zakończeniu postępowania wyjaśniającego i dowodowego w sprawie oraz o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań zgodnie z treścią art. 10 K.p.a.

W dniu [REDAKTOR] r. do PWIF wpłynęło pismo Strony reprezentowanej przez [REDAKTOR] z dnia [REDAKTOR] r. podtrzymujące dotychczasowe stanowisko i argumentację przedstawioną w toku postępowania.

Jednocześnie Spółka, ponowiła prośbę o przedstawienie Spółce pisma organu z dnia [REDAKTOR] r. (wraz z kopertą), które po dwukrotnym awizowaniu i niepodjęciu przesyłki zostało zwrócone do nadawcy.

Pismem z dnia [REDAKTOR] r. PWIF przekazał kopię wskazanego przez stronę pisma wraz z kopią koperty zwróconej przez operatora publicznego przesyłki.

Pismem z dnia [REDAKTOR] r. Strona wyjaśniła, iż wezwanie Strony pismem z dnia [REDAKTOR] r. o wskazanie publikacji nawiązującej do dwoistości funkcjonowania apteki na rynku, które nadane zostało na adres wskazany przez pełnomocnika (tj. [REDAKTOR]) w dniu [REDAKTOR] r. w placówce operatora publicznego, a po dwukrotnym awizowaniu i niepodjęciu przesyłki zwrócone zostało do nadawcy, zaadresowane zostało jednak niepoprawnie. Strona wskazała, że korespondencja w przedmiotowej sprawie winna być kierowana na adres pełnomocnika Spółki, tj. „[REDAKTOR]”, tymczasem PWIF skierował swoje pismo na adres „[REDAKTOR]”. W związku z powyższym, skierowanie pisma na adres pełnomocnika strony innej niż ten, o którym PWIF został powiadomiony, należy uznać za nieskuteczny.

Uzasadnienie prawne

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 podkarpackim, właściwym do rozpoznania sprawy jest Podkarpacki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny.

Fragment materiału prasowego, którego treść należy interpretować jako reklamę apteki: „W tym roku apteki [REDAKTOR] odwiedzi 18 mln pacjentów. Jak to się dzieje, że pół Polski przychodzi do [REDAKTOR]? Korzystając ze swoich doświadczeń z branży [REDAKTOR], założyciel [REDAKTOR] oparł swoją strategię na mechanizmie znanym z rynku spożywczego – połączenia dobrych cen, dobrego zaopatrzenia i dobrej obsługi. Krótko mówiąc: frontem do klienta. Choć wiąże się to z wyższymi kosztami, apteki [REDAKTOR] przechowują więcej leków niż

konkurencja, dzięki czemu pacjenci mają większą szansę znaleźć w nich produkt, którego poszukują. Sieć jako pierwsza wprowadziła też standard przygotowywania leków recepturowych od ręki. W niektórych aptekach [] testuje nawet specjalne urządzenia do podawania leków, dzięki czemu obsługa przebiega sprawniej i farmaceuci mają więcej czasu dla pacjentów. Komunikacji z nimi uczą się na licznych szkoleniach. To w tej branży szczególnie istotne, bo przecież pacjenci nie są łatwymi klientami – przychodzą, gdy zwykle coś im dolega, często są to też osoby starsze. W aptekach [] powstały nawet kąciki dla dzieci, aby rodzice mogli spokojnie porozmawiać z farmaceutą. To wszystko prędzej czy później się zwraca, bo wiąże pacjentów z [].”

Wskazany tekst zawiera odniesienie do konkurencyjnych aptek i porównanie wykazujące wyższość usług świadczonych w aptekach []. Informacje o przechowywaniu w aptekach [] większej ilości leków, przygotowaniu leków recepturowych na poczekaniu (jak wynika z artykułu [] jako pierwsza [] wprowadza tego typu rozwiązanie), czy też kącik dla dzieci, stanowią wyraźną zachętę do skorzystania z usług aptek tej właśnie [].

Przepis art. 94a P.f., został wprowadzony ustawą z dnia 30 marca 2007 r. o zmianie ustawy - Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2007 r. Nr 75, poz. 492) w konsekwencji implementacji m.in. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (2004/27/WE), zmieniającej ww. dyrektywę 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi i obowiązywał od 1 maja 2007 r. Sformułowany w nim zakaz dotyczył reklamy działalności aptek lub punktów aptecznych, skierowanej do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach.

Art. 94a P.f., został zmieniony z dniem 1 stycznia 2012 r. przez art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 122, poz. 696). Obecnie to ten przepis stanowi o zakazie reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności, a jego obrzmienie jest jednoznaczne i kategoryczne.

Obecny zakaz nie obejmuje jedynie informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Oznacza to, że zakaz reklamy został rozszerzony w kierunku jakiegokolwiek reklamy aptek, punktów aptecznych oraz - co istotne - ich działalności. W poprzednio wskazanym stanie prawnym, czyli przed datą 1 stycznia 2012 r., był niejako zawężony do spełnienia łącznie trzech przesłanek, tj. działalność ta musiała nosić cechy reklamy, być skierowana 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.

Zatem zgodnie z treścią ww. ustawy aktualnie 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 orzecnicza, 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 wątplenia odnosi się wyłącznie do „produktów leczniczych”.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą, 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/pacjentów 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"

W omawianym stanie faktycznym należy dodatkowo rozważyć przebieg granicy pomiędzy reklamą, a informacją. Niewątpliwie każda reklama jest jednocześnie informacją, ale nie każda informacja musi być jednocześnie reklamą. Należy w tym miejscu wziąć pod uwagę, że ustawodawca wprowadził ograniczenia perswazyjnej funkcji reklamy w odniesieniu do pewnych towarów, np. tytoń i alkohol czy usług, np. apteki. Nawet w przypadku istnienia zakazów prowadzenia reklamy przedsiębiorcy powinni mieć

możliwość przedstawienia swojej oferty. Na mocy art. 94a P.f., w odniesieniu do aptek nie stanowi reklamy wyłącznie informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Każda inna informacja dotycząca apteki, aptek lub sieci jest zabroniona i jest uznawana za reklamę z mocy prawa.

Tym samym reklamę może stanowić każda aktywność, zmierzająca do przyciągnięcia potencjalnych klientów do skorzystania z usług farmaceutycznych świadczonych przez daną aptekę - niezależnie od metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków - jeżeli jej celem jest zwiększenie sprzedaży tych usług, w tym w szczególności sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych.

Niezależnie od powyższego wyjaśniam, że dla oceny, czy dana wypowiedź stanowi reklamę czy informację, dodatkowo wskazać można na odczytywanie takiej wypowiedzi przez przeciętnego konsumenta danego towaru lub usługi. Informacja powinna charakteryzować się prostą formą, brakiem oddziaływań emocjonalnych i ocennych, ma służyć dostarczeniu odbiorcy danych o towarze lub usłudze, a nie nakłaniać do dokonywania zakupu. W tym miejscu można również przytoczyć pogląd Sądu Najwyższego, zdaniem którego przekaz może stanowić reklamę, nawet jeśli nie zawiera w sobie elementów ocennych i zachęcających - rozstrzygające znaczenie ma to, czy przekaz przez odbiorców może być przyjęty jako zachęcający do kupna (por. cytowany wyżej wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07).

Zdaniem Organu informacje, że dane usługi czy udogodnienia są dostępne wyłącznie w konkretnej sieci aptek, a także że posiada ona szerszą od innych ofertę stanowi informację mogące zostać zakwalifikowane jako zachęta do odwiedzenia właśnie tej sieci aptek. Z całą jednak pewnością są to informacje wykraczające poza dane o lokalizacji i godzinach otwarcia aptek. Skoro tak, podawanie tych informacji należy uznać za naruszenie art. 94a P.f.

Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie NSA: "na gruncie treści art. 94a ust. 1 p.f. po dniu 1 stycznia 2012 r. zabroniona jest każda reklama aptek i ich działalności, jeżeli nie jest informacją o ich lokalizacji i godzinach otwarcia, jeżeli nie może być równocześnie uznana za dopuszczalną na podstawie odrębnych przepisów, niezależnie od sposobu w jaki zostaje ona skierowana do adresatów i bez znaczenia, czy są oni potencjalnymi czy faktycznymi klientami, o ile wiąże się z zachęcaniem do nabywania oferowanych przez aptekę produktów" (wyroki z dnia 20 stycznia 2015 r., II GSK 1718/13, CBOSA, oraz z dnia 3 lipca 2015 r., II GSK 37/15, CBOSA).

Przy tym zakaz reklamy dotyczy każdego zgodnie z treścią art. 129b P.f., a przekaz reklamowy może zarówno odwoływać się przykładowo do samej nazwy placówki, a więc upowszechniać konkretną aptekę czy sieć aptek, jak i nawiązywać do działalności apteki, czyli usług farmaceutycznych świadczonych przez daną placówkę. Nie ma w tym kontekście znaczenia stosunek prawny łączący strony, a jedynie sam fakt zakwalifikowania informacji do kategorii reklamy.

Jest to interpretacja niekwestionowana i utrwalona zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie. „Zakaz reklamy i sankcja finansowa mogą zostać nałożone na każdego, kto prowadzi niedozwoloną reklamę, a nie tylko na przedsiębiorcę prowadzącego reklamowaną aptekę. Tym samym nawet przypadkowe umieszczenie reklamy bez zlecenia reklamowanego przedsiębiorcy i nawet bez zapłaty za jej umieszczenie nie wykluczy kary. Potwierdzają to decyzje organów nadzoru (decyzja MWIF z dnia 29 czerwca 2012 r., WIF.WA.II.8523.1.18.2012.RB). Natomiast stosunkowo niski wymiar kary może być również podyktowany faktem, iż "reklama została umieszczona według oświadczenia strony przypadkowo i, jak wynika z akt, bez zapłaty za jej umieszczenie (bez korzyści finansowej)

ze strony wcześniejszego zleceniodawcy reklamy" (decyzja z dnia 29 czerwca 2012 r., WIF.WA.II.8523.1.18.2012.RB)." (zob. Stefańczyk-Kaczmarzyk, Justyna. Art. 129(b). W: Prawo farmaceutyczne. Komentarz, wyd. II. Wolters Kluwer, 2016). Podobne stanowisko przyjmują sądy administracyjne: „Adresatem przepisu art. 94 ust. 1 p.f. jest bowiem każdy, kto dokonuje reklamy aptek, a nie tylko podmiot, który prowadzi działalność gospodarczą (aptekę), czy też ten w którym interesie reklama jest prowadzona. Wynika to wprost z literalnej treści tego przepisu, w którym jest mowa o tym, iż "zabroniona jest reklama aptek". Zakaz wynikający z tego przepisu adresowany jest do wszystkich podmiotów (osób fizycznych i prawnych) i to bez względu na to, czy i jaki mają interes w prowadzeniu takich reklam." (zob. wyrok NSA z dnia 9 lutego 2016 r., sygn. akt: II GSK 2214/14).

Z kolei Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) w postanowieniu z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie nr C-421/07 uznał, że rozpowszechnianie przez stronę trzecią informacji o produkcie leczniczym, można uznać za reklamę w rozumieniu dyrektywy 2001/83/EC, nawet jeśli strona trzecia działała z własnej inicjatywy i niezależnie w jakikolwiek sposób od wytwórcy lub dystrybutora produktu leczniczego.

Odnosząc przytoczone tezy na potrzeby niniejszego postępowania wskazać trzeba, że istotnym jest samo stwierdzenie prowadzenie reklamy niezależnie od tego kto ją prowadzi i jakie relacje łączą ten podmiot z podmiotem reklamowanym czy też szerzej, czerpiącym korzyści z reklamy. Prowadzący działalność uznawaną przez Organ za reklamę podlega tym samym karze niezależnie od tego czy reklama została mu zlecona czy też nie. Treść stosunku prawnego, którego przedmiotem jest reklama, intencje strony czy też zaistniałe w sprawie okoliczności wpływać mogą na wymiar kary.

Przedstawianie przez ówczesnego współwłaściciela Spółki oraz Prezesa zarządu Spółki (aktualnie w Radzie nadzorczej Spółki) sieci aptek jako szczególnie atrakcyjnej zwłaszcza względem konkurencji wykracza poza ramy zwykłej informacji skoro w tym kontekście jej ramy zostały nakreślone niezwykle wąsko i sprowadzają się jedynie do lokalizacji i godzin otwarcia. Bez znaczenia jest przy tym branżowy krąg odbiorców Artykułu, ponieważ zabroniona jest każda reklama bez względu na jej zasięg, a ponadto niewątpliwie także czytelnicy przedmiotowego pisma bywają pacjentami aptek.

Jak już zostało wskazane, 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 podkarpackim, właściwym do rozpoznania sprawy jest Podkarpacki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny.

Organ na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustalił, że reklama miała charakter jednorazowy i dotyczyła jednej apteki na terenie województwa podkarpackiego. Reklama zawarta w treści wywiadu nie była przez Stronę zamówiona i zamierzona, co Organ uwzględnił ustalając wysokość nałożonej kary. Fakt jednorazowości naruszenia i zaprzestania prowadzenia przedmiotowej reklamy sieci aptek na terenie właściwości Organu, stanowił podstawę do umorzenia 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 sieci aptek i jej działalności, 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 sieci aptek, 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. Dotyczy to zatem każdego, kto działa wbrew przepisom.

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 sieci aptek jest zatem zobowiązany nałożyć na przedsiębiorcę naruszającego powołany przepis stosowną karę pieniężną.

Kara pieniężna powinna być skuteczna, proporcjonalna i odstraszająca. Skuteczność kary przejawia się w możliwości jej nałożenia i wyegzekwowania. Żeby kara była odstraszająca 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 [redacted] aptek była jednorazowa,
2. reklama miała miejsce w piśmie o zasięgu ogólnopolskim, o nakładzie jednorazowym w [redacted] r. – [redacted] egzemplarzy, w tym sprzedanych [redacted] egzemplarzy (źródło: [redacted]),
3. jak wynika ze stanu faktycznego, reklama zawarta w treści udzielonego wywiadu była niezamierzona,
4. naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. przez Stronę stwierdzone zostało po raz pierwszy, 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.rzeszow.wif.gov.pl oraz w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu,

- nałożona w wysokości 5.000 zł kara pieniężna, jest adekwatna do okoliczności i czasu prowadzenia reklamy.

Ponieważ przedsiębiorca jest zobowiązany działać w granicach nakreślonych przepisami prawa, naruszając obowiązujące normy 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 służy Stronie odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego za pośrednictwem Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w terminie 14 dni od daty jej doręczenia (art. 129 § 2 K.p.a.).

Strona może zrzec się prawa do wniesienia odwołania wobec organu administracji publicznej, który wydał decyzję poprzez złożenie stosownego oświadczenia.

Z dniem doręczenia oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania przez Stronę postępowania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna, w konsekwencji brak jest również możliwości zaskarżenia decyzji do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (art. 127a K.p.a.).

Otrzymują:

1. pełnomocnik strony:
[REDACTED]
[REDACTED] – za potwierdzeniem odbioru,
2. aa.