

Kielce, dnia 30 stycznia 2018 roku

Znak: WIF-KI-WSN.8523.12.2017

DECYZJA

Świętokrzyski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Kielcach

na podstawie przepisu art. 94a oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2211 ze zm.), art. 104, art.105 oraz art. 107 § 1 i 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1257)

- I. Stwierdza naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2211 ze zm.) poprzez prowadzenie przez przedsiębiorcę (...) reklamy następujących aptek ogólnodostępnych:**
- 1) ul. (...);
 - 2) ul. (...);
- i ich działalności za pomocą rozpowszechniania materiału reklamowego w postaci 5 spotów reklamowych dotyczących (...) emitowanych w grudniu 2016 roku
- i umarza postępowanie w wyżej wymienionym zakresie;**
- II. Nakłada karę pieniężną na (...) w kwocie 5000,00 złotych (słownie: pięć tysięcy złotych 00/100), którą należy wpłacić na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Kielcach Bank NBP Oddział Kielce Nr 68 1010 1238 0844 3322 3100 0000 w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji.**

UZASADNIENIE

Główny Inspektor Farmaceutyczny przekazał Świętokrzyskiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznemu w Kielcach na podstawie pisma z dnia 12 grudnia 2016 roku, Znak: GIF-P-L-076/385/LB/16, jako Organowi I instancji materiał reklamowy w postaci spotów reklamowych dotyczących (...) w grudniu 2016 roku, w celu rozpatrzenia zgodnie z kompetencjami.

W związku z powyższym, Świętokrzyski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Kielcach, na podstawie pisma z dnia 30 grudnia 2016 roku, Znak: WIF-KI-WSN.8523.12.2016, w związku z otrzymaniem przez tutejszy Inspektorat wskazanego powyżej pisma Znak: GIF-P-L-076/385/LB/16, na podstawie przepisu art. 61 § 4 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku Kodeks postępowania administracyjnego, zawiadomił stronę o wszczęciu z urzędu postępowania w przedmiocie naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 roku Prawo farmaceutyczne dotyczącego reklamy działalności następujących aptek ogólnodostępnych: ul. (...) oraz ul. (...). Ponadto, w przedmiotowym zawiadomieniu Organ wezwał do złożenia w terminie 7 dni pisemnych wyjaśnień z zakresie materiału reklamowego, rozpowszechnianego w programach. Strona została także pouczona przez Organ o możliwości czynnego udziału w postępowaniu. W związku z brakiem odpowiedzi na wskazane wezwanie, organ pismem z dnia 8 lutego 2017 r. ponowił je oraz przedłużył termin do załatwienia sprawy.

Pismem z dnia 13 lutego 2017 roku, strona wniosła o wydanie jej uwierzytelnionych odpisów akt sprawy.

Następnie, na podstawie pisma z dnia 27 lutego 2017 roku, Organ na podstawie art. 73§2 k.p.a. wniósł o wykazanie ważnego interesu strony w związku z wnioskiem o wydanie uwierzytelnionych odpisów z akt sprawy.

W odpowiedzi na pismo Organu z dnia 27 lutego 2017 rok, spółka pismem datowanym na 13 lutego 2017r. a doręczonym organowi 16 marca 2017 roku, poinformowała Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego, iż ważnym interesem strony jest możliwość zapoznania się z aktami sprawy, zaś z ostrożności wniosła o wydanie kopii z akt sprawy. Pismem z dnia 27 marca 2017 r. organ przekazał stronie kopie akt sprawy oraz przedłużył termin do załatwienia sprawy.

Na podstawie pisma z dnia 12 maja 2017 roku, Świętokrzyski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Kielcach, zwrócił się w trybie art. 52 k.p.a. do Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Warszawie o przesłuchanie w charakterze strony członków zarządu spółki. Wszyscy wezwani do udziału w czynności członkowie zarządu spółki (...) odmówili udziału w czynności wskazując, iż strona nie ma obowiązku czynnego udziału w sprawie i jednocześnie każdy z nich odrębnie, bez zachowania zasad reprezentacji spółki ujawnionych w KRS, złożył wniosek dowodowy o przesłuchanie w charakterze świadka (...).

W związku z powyższym pismem z dnia 30 czerwca 2017r. Organ zwrócił uwagę stronie na wadliwy sposób zgłaszania wniosków dowodowych. Pomimo tego Organ wystąpił w trybie art. 52 k.p.a. do Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Warszawie o

przesłuchanie w charakterze świadka (...). Jednocześnie poinformowano stronę o przedłużeniu terminu do załatwienia sprawy.

W dniu 26 września 2017r. Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Warszawie przesłuchał świadka (...). Świadek potwierdziła wykonanie kampanii reklamowej na zlecenie strony i przy jej udziale przez zewnętrzny podmiot potwierdzając możliwość znajdowania się produktów objętych kampanią reklamową nie tylko w (...), ale również w części aptecznej.

Po wykonaniu czynności w trybie art. 52 k.p.a. akta zostały przekazane do organu. Organ pismem z dnia 30 listopada 2017r. wezwał stronę (działającą przez zawodowego pełnomocnika – radcę prawnego) do złożenia danych firmy przygotowującej kampanię reklamową dla strony oraz wszelkich posiadanych dokumentów w zakresie przeprowadzenia kampanii reklamowej, a ponadto danych osoby wskazanej przez świadka (...) celem przeprowadzenia odpowiednich czynności procesowych. Jednocześnie organ przedłużył termin do załatwienia sprawy, pouczając stronę o jej prawie do czynnego udziału w sprawie.

Strona przedmiotowe zawiadomienie otrzymała w dniu 4 grudnia 2017 roku i nie skorzystała ze wskazanej możliwości czynnego udziału w prowadzonym postępowaniu administracyjnym przed wydaniem niniejszej decyzji.

Świętokrzyski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Kielcach, zważył co następuje:

Zgodnie z regulacją wyrażoną w przepisie art. 94a ust. 1 zd. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 roku Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2211 ze zm.) zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego (art. 94a ust. 1 zd. drugie ustawy Prawo farmaceutyczne). Zgodnie z przepisem art. 94a ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne, wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu poza aptecznego. W razie stwierdzenia naruszenia przepisu ust. 1 lub 1a wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje, w drodze decyzji, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy, stosowanie do dyspozycji przepis art. 94a ust. 3 ustawy Prawo farmaceutyczne.

Przepis art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne wprowadzono do porządku prawnego ustawą z dnia 30 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 75, poz. 492), w konsekwencji implementacji m.in. dyrektywy 2004/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku zmieniającej dyrektywę 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu dotyczącego produktów leczniczych stosowanych u ludzi i obowiązywał od dnia 1 maja 2007 roku. 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. Następnie przepis ten 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 (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1536 ze zm.). Obecnie, a zatem w dniu wydania niniejszej decyzji, przepis art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne przewiduje zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności, jednocześnie wskazuje, iż nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Należy wywnioskować zatem, iż zakaz ten został rozszerzony w kierunku jakiegokolwiek reklamy aptek, punktów aptecznych oraz – co ważne - ich działalności.

W aktualnym stanie prawnym nie zawarto definicji reklamy apteki i jej działalności, tak jak uczyniono w art. 52 ust. 1 Prawa farmaceutycznego – w zakresie reklamy produktu leczniczego. Z uwagi na ten fakt, iż brak jest legalnej definicji reklamy, należy posłużyć się w tym względzie definicjami zawartymi w opracowaniach słownikowych. Według Wielkiego Słownika Wyrazów Obcych pod red. M. Bańki, wyd. PWN, Warszawa 2003, za reklamę uważa się każde działanie mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub skorzystania z określonych usług. Posiłkując się inną definicją, należy wskazać definicję reklamy zawartą w ustawie z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1414.), która 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". Oznacza to, iż reklamą apteki jest każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, które zmierza do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych. Reklamą działalności apteki jest zatem każda jej działalność, bez względu na formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, gdy zmierza do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i innego asortymentu oferowanego w danej aptece. Reklamą apteki może być każdego rodzaju informacja, która ma na celu zachętę do nabycia oferowanych przez aptekę towarów i która w ten sposób będzie odebrana przez klienta. Z zakazu wyłączony jest tylko jeden stan faktyczny, określony w zdaniu drugim ust. 1 art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne, a więc kierowanie do publicznej wiadomości informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

W orzecznictwie wyraża się stanowisko o tym, iż reklamą apteki jest każdego rodzaju informacja, która ma na celu zachęcenie do nabycia oferowanych przez aptekę towarów lub skorzystania z określonych usług. Reklama może przyjmować różne formy w szczególności takie jak: hasła, slogany, spoty telewizyjne, ulotki, billboardy, foldery czy też gazetki. Co więcej w rozumieniu przepisu art. 94 a ustawy Prawo farmaceutyczne reklamę apteki i jej działalności uznaje się każde działanie, poza czynnością mającą na celu informowanie o lokalizacji i godzinach pracy apteki. Pogląd ten został wyrażony między innymi w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 10 grudnia 2012 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt VI SA/Wa 1756/12, Lex nr 1334488. Ponadto, w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 października 2016 roku, który został wydany w sprawie o sygn. akt II GSK 682/15, Lex nr 2168840, wskazano iż reklamą działalności apteki jest każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeżeli celem tej działalności jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w aptecce. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

Odnosząc wskazany powyżej stan prawny do stanu faktycznego ustalonego przez Organ w niniejszej sprawie wskazać należy, iż emitowanie przez stronę (na jej zlecenie) w okresie grudnia 2016 roku materiały reklamowe w postaci 5 spotów telewizyjnych dotyczących (...) stanowi naruszenie zakazu reklamy, który został zawarty w przepisie art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne. Co istotne, powyższe ustalenia zostały dokonane przez Organ w toku prowadzonego postępowania, w oparciu o analizę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Wskazać w szczególności należy, że z przesłuchania świadka (...) wynikało bowiem, iż strona rzeczywiście prowadziła kampanię reklamową, której przygotowanie zleciła podmiotowi zewnętrznemu. Świadek zeznała, że kampania miała dotyczyć drogerii, nie mniej jednak produkty objęte kampanią mogły być dostępne w części aptecznej. Zwrócić w tym miejscu należy na fakt notoryjny znany organowi z urzędu, a dotyczący sposobu prowadzenia aptek ogólnodostępnych objętych niniejszym postępowaniem. Mianowicie apteki te zlokalizowane są wraz z drogeriami działającymi pod tożsamą nazwą (...) w jednym lokalu (apteka wraz z drogerią). Klient korzystając z części „aptecznej” (jak to określił świadek) może wybrać produkty tam znajdujące się i dokonać zapłaty za nie w części drogeryjnej, co powoduje zupełne rozmycie w jego świadomości jakiegokolwiek podziału pomiędzy działalnością apteczną, a drogeryjną. Tak więc wyjaśnianie przez świadka – pracownika strony, iż strona zlecając kampanię kierowała ją jedynie do klientów

drogerii jest zupełnie niewiarygodne, biorąc pod uwagę biznesowy model prowadzenia przez stronę obu aptek zlokalizowanych w Kielcach.

Co istotne, strona postępowania nie skorzystała z możliwości czynnego udziału w prowadzonym postępowaniu administracyjnym przed wydaniem decyzji, zaś poszczególni członkowie zarządu (wszyscy ujawnieni w KRS) potwierdzili w swoich pismach skierowanych do organu, iż strona nie ma takiego obowiązku. Ponadto strona działała przy pomocy profesjonalnego pełnomocnika, który pomimo skierowania za jego pośrednictwem wniosków organu, w zakresie pozyskania dodatkowych dowodów mogących odnieść się do zeznań świadka (...), nie wystosował żadnego stanowiska w tym zakresie. Okoliczność zasygnalizowania przez świadka istnienia innych dowodów w sprawie, została przez organ zauważona. Organ podjął działania zmierzające do przeprowadzenia tychże właśnie dowodów. Mając również informację, że to właśnie strona dysponuje danymi umożliwiającymi przeprowadzenie dalszego postępowania dowodowego, zwrócił się do strony o podanie stosownych informacji. Strona zachowała się w tym zakresie całkowicie biernie, nie wykazując żadnej aktywności na wezwanie organu. Organ nie miał zatem realnej możliwości przeprowadzenia postępowania dowodowego w przedmiocie czynności wdrażania i przygotowania kampanii reklamowej oraz jej zakresu zleconego firmie zewnętrznej, poza tym, co mógł ustalić na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego. Zatem fakty notoryjne, o których była mowa powyżej, materiał audio -wideo tj. treść spotów reklamowych oraz częściowo zeznania świadka (...) świadczą o tym iż doszło do naruszenia przez spółkę zakazu, o którym mowa w przepisie art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne. Organ ustalił bowiem, iż istniały działania "reklamującego" aptekę oraz jej działalność w postaci emitowania w grudniu 2016 roku 5 spotów reklamowych. Strona potwierdziła prowadzenie reklamy, natomiast zupełnie gołosłownie twierdziła, iż nie była ona skierowana do klientów aptek. Albowiem jak już wskazano powyżej sposób funkcjonowania drogerii i apteki prowadzonej pod szyldem (...) powoduje, iż dla przeciętnego klienta apteki motywacja strony odnośnie prowadzenia kampanii reklamowej jest niezauważalna.

Natomiast w związku z faktem, iż strona samoczynnie zaprzestała prowadzenia zakazanej reklamy postępowanie w zakresie nakazania zaprzestania prowadzenia reklamy apteki i jej działalności na podstawie art. 94 a ust. 3 ustawy Prawo farmaceutyczne stało się bezprzedmiotowe. Bezprzedmiotowość postępowania skutkuje wydaniem decyzji o umorzeniu postępowania w myśl art. 105 § 1 k.p.a.

Następnie, wskazać należy że zgodnie z przepisem art. 129b ust. 1 ustawy Prawo

farmaceutyczne karze pieniężnej w wysokości do 50.000 złotych podlega ten kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności. Stosownie do regulacji wyrażonej w przepisie art. 129b ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne karę pieniężną, określoną w ust. 1, nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji. Według przepisu art. 129b ust. 2 powoływanej ustawy, Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów. Oznacza to, więc że wymiar kary jest ściśle uzależniony od ustaleń faktycznych związanych z naruszeniem zakazu reklamy apteki i jej działalności, jest bezpośrednią konsekwencją tych ustaleń. Kary pieniężne uiszczą się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna. Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe (stosownie do przepisu art.129b ust. 4 ustawy Prawo farmaceutyczne). Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami za zwłokę następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (zgodnie z przepisem art. 129b ust. 5 ustawy Prawo farmaceutyczne). Kara pieniężna, o której mowa w art. 129b ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne, stanowi sankcję administracyjną za popełnienie deliktu administracyjnego, a zatem kara ta jest wynikiem nielegalnych działań. Odpowiedzialność zagrożona karą pieniężną jest tzw. odpowiedzialnością obiektywną, a nie na zasadzie winy. W konsekwencji odpowiedzialność ta uzależniona jest od obiektywnego naruszenia normy zakazującej prowadzenia reklamy aptek i ich działalności, a nie od jednej z form winy w rozumieniu prawa cywilnego czy karnego. Nie można zapominać też o celu tej kary. Nie jest ona wyłącznie automatyczną konsekwencją naruszenia prawa w przeszłości, ma też ona oddziaływać na zachowania w przyszłości, „przymuszając” niejako do przestrzegania zakazu, o którym w art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne. Celem kary pieniężnej jest zagwarantowanie zgodnego z prawem prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na prowadzeniu apteki ogólnodostępnej. Kara pieniężna stanowiąca konsekwencję nieprzestrzegania zakazu prowadzenia reklamy aptek i ich działalności ma na celu zapobieganie ewentualnym kolejnym naruszeniom w tym zakresie, dlatego zamiarem ustawodawcy było nadanie karze pieniężnej, o której mowa w art. 129b ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne, charakteru obligatoryjnego. Organ ma jedynie możliwość miarkowania wysokości kary. Co warto podkreślić, obowiązek poniesienia ujemnych konsekwencji finansowych za popełniony delikt administracyjny jest niezależny od obowiązku zaprzestania reklamy aptek (-i) i ich (jej) działalności. Gdyby bowiem uznać, że kara pieniężna, o której mowa w 129b ustawy Prawo farmaceutyczne, może być wymierzona wyłącznie dopóty, dopóki naruszenie nie zostało usunięte, wówczas sankcja nie byłaby ani skuteczna, ani tym bardziej odstrasżająca.

W niniejszej sprawie stopień naruszenia przepisów dotyczących zakazu reklamy apteki i jej działalności, należy odnieść do intensywności, nasilenia reklamy oraz formy jej prowadzenia. Z uwagi na okoliczność, iż w niniejszej sprawie reklama była prowadzona w formie spotów telewizyjnych, jej zasięg należy uznać za bardzo szeroki.

Z powyższych względów Organ uznał, że kara nałożona na spółkę będzie odpowiednia do stopnia naruszenia przepisu zakazującego reklamy aptek ogólnodostępnych oraz ich działalności.

Mając powyższe na uwadze należało orzec, jak na wstępie.

Pouczenie:

Od niniejszej decyzji Stronie przysługuje prawo wniesienia odwołania do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za pośrednictwem Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Kielcach w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji.

Otrzymują:

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