

MAŁOPOLSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY
W KRAKOWIE

FA.KR.-II.8523.86.2014

Kraków, dnia 23.04.2015 r.

DECYZJA

Na podstawie art. 94a ust. 1 i 2 i art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - *Prawo farmaceutyczne* (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.) oraz art. 105 § 1 w zw. z art. 104 § 1 i art. 107 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku - *Kodeks postępowania administracyjnego* (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 267 z późn. zm.)

**MAŁOPOLSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY
W KRAKOWIE**

- I. Stwierdza naruszenie przez przedsiębiorcę, a to spółkę [REDAKTOWANA] [REDAKTOWANA] spółka jawna z siedzibą [REDAKTOWANA], ustawowego zakazu reklamy aptek i ich działalności poprzez prowadzenie reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie: [REDAKTOWANA] [REDAKTOWANA] oraz jej działalności, zlokalizowanej w miejscowości [REDAKTOWANA], a polegającej na wykorzystywaniu poprzedniej nazwy apteki, jako sloganu reklamowego na banerze reklamowym oraz na witrynie apteki poprzez wyróżnianie słowa „NAJTAŃSZA”.
- II. Nakłada na przedsiębiorcę a to spółkę pod [REDAKTOWANA] [REDAKTOWANA], karę pieniężną w wysokości 1000 zł (słownie: tysiąc złotych 00/100) z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. *Prawo farmaceutyczne* w zakresie opisanym w punkcie I niniejszej decyzji, płatną do budżetu państwa.
- III. Umarza postępowanie w części dotyczącej nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie: [REDAKTOWANA] i jej działalności, zlokalizowanej w miejscowości [REDAKTOWANA], polegającej na wykorzystywaniu poprzedniej nazwy apteki, jako sloganu reklamowego na banerze reklamowym oraz na witrynie apteki poprzez wyróżnianie słowa „NAJTAŃSZA”.

U z a s a d n i e n i e

W dniu 23.09.2014 roku do Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Krakowie wpłynęło pismo Prezesa Naczelnej Rady Aptekarskiej z prośbą „o zbadanie, w ramach kompetencji Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej, czy materiał reklamowy dotyczący apteki [REDAKTOWANA] – Najtańsza Apteka w Regionie, mieszczącej się w [REDAKTOWANA], nie narusza zakazu reklamowania aptek i ich

działalności.” Do pisma zostały dołączone zdjęcie baneru umieszczonego na stelażu ogrodzenia oraz zdjęcia witryn apteki.

Na banerze, co przedstawia jedno ze zdjęć, oprócz adresu apteki wpisana była wprawdzie jej nazwa, ale nie została zachowana właściwa kolejność wyrazów oraz dodatkowo wystąpiło różnicowanie poszczególnych słów, co do wielkości czcionki oraz ich tła. Nazwa apteki zgodnie z treścią zezwolenia brzmiała: [REDAKTOR] APTEKA NAJTAŃSZA APTEKA W REGIONIE. Tymczasem na banerze w pierwszej kolejności największą czcionką w kolorze białym na czerwonym tle umieszczono napis o treści: „NAJTAŃSZA APTEKA W REGIONIE”, natomiast słowa: „[REDAKTOR] APTEKA” znajdowały się w lewym dolnym rogu na niebieskim tle, ze znakiem krzyża po lewej stronie, otoczone białą obwódką w owalnym kształcie.

Z kolei zdjęcia przedstawiające witrynę apteki, które były widoczne na zewnątrz apteki dla osób przechodzących w pobliżu lokalu apteki, ukazywały wprawdzie nazwę apteki w pełnym brzmieniu tj. „[REDAKTOR] APTEKA NAJTAŃSZA APTEKA W REGIONIE”, ale tu też nie zachowano jednolitej wielkości liter. Wyraz „NAJTAŃSZA” został utworzony z wykorzystaniem większych liter, niż pozostałe wyrazy takie, jak „[REDAKTOR]”, „APTEKA”, „W REGIONIE”.

Pismem dnia 29.09.2014 roku (data odbioru 30.09.2014 r.) podmiot prowadzący aptekę, a to [REDAKTOR] spółka jawna został zawiadomiony o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie podejrzenia naruszenia przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. – *Prawo farmaceutyczne* w zakresie działalności reklamowej apteki ogólnodostępnej pn.: „[REDAKTOR] [REDAKTOR] APTEKA NAJTAŃSZA APTEKA W REGIONIE” zlokalizowanej w miejscowości [REDAKTOR].

W dniu 08.10.2014 r. do tutaj Inspektoratu wpłynęło pismo z dnia 06.10.2014 r. Panna [REDAKTOR] - współnika ww. spółki, uprawnionego do jej reprezentacji, który wyjaśnił między innymi, że:

„W (sic!) wszelkich materiałach oraz informacjach wydanych przez Spółkę apteka posługuje się nazwą określoną w zezwoleniu.

Mając na uwadze, iż tablica nie zawierała żadnych haseł reklamowych, a jedynie pełne brzmienie nazwy apteki, zgodną z uzyskanym zezwoleniem oraz adres apteki. Spółka domniemuje, iż to nazwa i bądź adres apteki wzbudza zastrzeżenie organu. Spółka wskazuje, iż apteka posługuje się nazwą, która została zmieniona na mocy prawomocnej decyzji tego samego organu, który obecnie prowadzi z urzędu postępowanie w zakresie podejrzenia naruszenia zakazu reklamy aptek. „

„Jednocześnie Spółka wskazuje, iż w najbliższym czasie, w związku z rozwiązaniem umowy franczyzowej ze Spółką [REDAKTOR] Polska Sp. z o.o. będzie wnosić o zmianę nazwy.”

W związku z koniecznością wyjaśnienia sposobu przedstawienia nazwy apteki w oznakowaniu jej na zewnątrz lokalu oraz na banerze, ze zwróceniem uwagi na wiel-

kość liter oraz kolejność wyrazów, w dniu 25.11.2014 r. w siedzibie Inspektoratu został przesłuchany w charakterze strony Pan [REDAKTOWANE] - reprezentujący spółkę [REDAKTOWANE] spółka jawna z siedzibą [REDAKTOWANE].

W tym miejscu należy zaznaczyć, że w dniu przesłuchania apteka posiadała już zmienioną nazwę, a to „APTEKA RODZINNA CENTRUM DLA ZDROWIA”. Zmiana nazwy nastąpiła, na wniosek strony, decyzją Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Krakowie z dnia 28.10.2014 r., znak: FAKR-I.8520.1.25.2013.1.137.2014.

Wspólnik reprezentujący spółkę Pan [REDAKTOWANE], któremu okazano dokumentację fotograficzną, na zadane pytanie:

„Dlaczego na banerze, przedstawionym na zdjęciu (załącznik nr 1), gdzie oprócz adresu apteki wpisana jest zdaniem Pana jej nazwa, nie została zachowana właściwa kolejność wyrazów oraz dodatkowo wystąpiło różnicowanie poszczególnych słów, co do wielkości czcionki oraz ich tła?”

zeznał:

„Nie miałem pojęcia, że wielkość czcionki i tym samym różnicowanie wyrazów oraz tło, na jakim są umieszczone ma jakiegokolwiek znaczenie. Przygotowanie baneru odbyło się we współpracy z firmą franczyzową [REDAKTOWANE] Polska Sp. z o.o., która przygotowała jego projekt oraz wizualizację. Nie miałem świadomości, że takie uwidocznienie nazwy apteki może być odebrane, jako jej reklama. W moim odczuciu posługiwałem się nazwą apteki zawartą w zezwoleniu na jej prowadzenie.”

Z kolei na zadane pytanie:

„Gdzie znajdował się przedstawiony na zdjęciu (załącznik nr 1) baner?”

Pan [REDAKTOWANE] zeznał:

„Baner umieszczony był na stelażu ogrodzenia w miejscowości [REDAKTOWANE] w pobliżu drogi prowadzącej do miejscowości [REDAKTOWANE], gdzie znajduje się apteka.”

Natomiast, po okazaniu oznakowania witryny apteki, na zadane pytanie:

„Jaki był cel szczególnego wyróżnienia słowa „najtańsza”?”

zeznał:

„Nie miałem pojęcia, że wielkość czcionki może mieć wpływ na odbiór nazwy apteki, jako jej reklamy i sugerowanie, że jest to apteka najtańsza”.

Następnie podmiot prowadzący przedmiotową aptekę został poinformowany, że zostało zakończone postępowanie dowodowe w związku z wszczętym z urzędu postępowaniem administracyjnym i przed wydaniem decyzji został wezwany do wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszenia ewentualnych

żądań – w terminie 7 dni od daty doręczenia zawiadomienia.

W piśmie z dnia 05.12.2014 r. Pan [REDAKTOWANO] (data wpływu z dnia 08.12.2014 r.), reprezentujący stronę, oświadczył m.in.:

*„(...) posługiwałem się jedynie nazwą zgodnie z pozwoleniem (sic!) wydanym przez Wojewódzki inspektorat Farmaceutyczny w Krakowie oraz nie byłem świadomy, że dobór wielkości czcionki, jak również różnicowanie wyrazów ma znaczenie oraz, że takie uwidocznienie nazwy apteki może być odebrane, jako jej reklama, bowiem ustawa w żaden sposób tego nie określa. Po otrzymaniu informacji z Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego **podjąłem natychmiastowe działania w postaci zmiany nazwy apteki (aktualnie apteka posiada nazwę: Apteka Rodzinna Centrum Dla Zdrowia) i wymiany wszystkich nośników.**”*

Przy tak ustalonym stanie faktycznym organ zważył, co następuje.

Analiza materiału fotograficznego, ponieważ ten stanowił materiał dowodowy w sprawie i on musiał być wyłączną podstawą ustaleń organu, prowadzi do wniosku, że oczywiście w przedmiotowym stanie faktycznym nie doszło wyłącznie do komunikatu zawierającego nazwę apteki, lecz jej wykorzystywaniem do wyartykułowania w dwóch formach sloganu reklamowego, mającego za cel przyciągnąć uwagę ewentualnych pacjentów apteki. Wystąpił bardzo jasny przekaz umieszczony nie tylko na witrynie apteki, ale na specjalnie ustawionym banerze, gdzie dla każdej przechodzącej osoby miał się rzucać w oczy napis zawierający wprawdzie zestaw słów, z którego składa się nazwa apteki, lecz był on odpowiednio zmanipulowany, aby przede wszystkim było widać na banerze napis: „NAJTAŃSZA APTEKA W REGIONIE [REDAKTOWANO]”. Na zamiar dokonania przekazu reklamowego wskazuje także sam fakt zlokalizowania baneru na stelażu ogrodzenia w miejscowości [REDAKTOWANO] w pobliżu drogi prowadzącej do miejscowości [REDAKTOWANO], gdzie znajduje się przedmiotowa apteka. Miał on nakierować uwagę na tą konkretną aptekę. Nie był to jakiś drugi zewnętrzny szyld apteki.

Wyeksponowanie na banerze słów „NAJTAŃSZA W REGIONIE” oraz na witrynie „NAJTAŃSZA” stanowi oczywiście przekaz mający zachęcać do zakupów w przedmiotowej aptece. Należy zwrócić uwagę, że szyld apteki zawierał wyłącznie napis „[REDAKTOWANO] APTEKA”, natomiast dwa komunikaty, a to na banerze oraz na witrynie zarówno pod względem treści, jak również formy były komunikatem, że „apteka jest najtańsza w regionie”.

Także temu samemu celowi służył napis na witrynie, który z natury swojej formy graficznej był informacją o charakterze reklamowym, a nie informacją o nazwie apteki. Z doświadczenia przeciętnego człowieka wynika, że tego typu napisy na witrynach mają zawsze zawartość reklamową, nie tylko poprzez treść, ale również układ graficzny oraz jaskrawą kolorystykę. Spotyka się je nagminnie na witrynach różnych placówek handlowych. To także ma znaczenie, albowiem przeciętny konsument jest przy-

zwyczajony do takich przekazów mających zwrócić jego uwagę na możliwość występowania niskich cen, obniżonych cen, promocji itp.

Organ uznał opisane działania podmiotu prowadzącego aptekę za prowadzenie reklamy apteki i jej działalności zarówno pod względem przedmiotowym, jak również podmiotowym albowiem zeznania osoby reprezentującej podmiot nie zasługują na wiarę. Nie można, bowiem dać wiary, że ustawienie baneru z zaprezentowanymi treściami i umieszczenie o opisanej treści napisu na witrynie miało służyć poinformowaniu o nazwie apteki, zgodnie z wydanym zezwoleniem. Sprzeciwiają się temu zasady doświadczenia życiowego i logicznego myślenia przeciętnego człowieka, konsumenta nabywającego różne towary. Na marginesie należy zauważyć, że pierwotna nazwa apteki byłaby trudna do umieszczenia na szyldzie apteki, a przede wszystkim trudnym byłoby przy jej długości dokonać przekazu reklamowego. Inspekcja farmaceutyczna w całym kraju odstąpiła od liberalnego przyjmowania nazw aptek albowiem służyły one jedynie do posługiwania się nimi w celach reklamowych. Przedsiębiorcy składali wnioski o nadanie nazw aptek w złej wierze, że z góry założonym celem wykorzystania nazwy do celów reklamowych. Organ uznał, że tak było również w tym przypadku. Podmiot prowadzący aptekę wykorzystał nazwę apteki do przekazu typowo reklamowego, mającego informować, że po prostu apteka jest: „NAJTAŃSZA W REGIONIE”. Natomiast szyld apteki miał informować o przynależności apteki do sieci aptek „[REDAKTORZ]” w związku z istniejącą umową franczyzową.

W ocenie organu działania strony polegające na umieszczeniu w oknach lokalu apteki omówionego napisu oraz zlokalizowaniu obok apteki w miejscu widocznym z drogi baneru z wyżej wskazaną treścią, należy uznać za zabronioną reklamę apteki. Stosowanie metod marketingowych, będących przejawem wolności gospodarczej czy ochrony zdrowia nie jest zakazane i korzysta z ochrony konstytucyjnej, o ile nie stoi w sprzeczności z zakazem ustawowym. Forma i treść przekazu zastosowana przez podmiot prowadzący aptekę była jednoznaczną zachętą do nabywania produktów leczniczych w przedmiotowej aptece, poprzez komunikat, że apteka jest najtańsza w regionie.

Prawo farmaceutyczne nie zawiera legalnej definicji reklamy aptek, ale od czasu ustanowienia ustawowego zakazu prowadzenia tej reklamy ugruntowało się już orzecznictwo sądowe w tym zakresie. Przykładowo zaistniały wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, w których znajdujemy następujące stwierdzenia.

„Reklamą apteki może być każde działanie, skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych.” (wyrok z dnia 1 lutego 2008, sygn.. VII SA/Wa 1960/07)

„reklamą działalności apteki lub punktu aptecznego będzie każda ich działalność, niezależnie od formy i metody ich przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli celem tej działalności jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych.” (wyrok WSA w Warszawie, sygn.. akt VII SA/Wa 1739/07)

„reklamą działalności apteki jest działanie polegające na zachęcaniu potencjalnych klientów do dokonywania zakupu usług farmaceutycznych w konkretnej aptece lub punkcie aptecznym.[...] Dlatego też 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, sygn.. akt VII SA/Wa 1985/2007)

„(...) reklamą apteki, jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych przez aptekę towarów lub korzystania z określonych usług. Reklama może przyjmować różne formy, w szczególności: hasła, sloganów, spotów TV, ulotek, bilbordów, folderów i gazetek. (...) Za działanie reklamowe powinno być uznane również takie działanie, których zamierzonym celem jest pozyskiwanie nowych klientów lub zatrzymywanie „starych”. (wyrok WSA z dnia 10 grudnia 2012 r. sygn. akt VI SA/Wa 1756/12)

Nie sposób również tracić z pola widzenia stanowiska samorządu aptekarskiego w sprawie niedozwolonej reklamy, którzy poprzez swoje organy w sposób wyjątkowy zwraca uwagę na tego typu działania, a właśnie w niniejszej sprawie to organ samorządu zawiadomił Inspekcje farmaceutyczną o działaniach podmiotu prowadzącego aptekę.

Ustawa przyznaje wojewódzkiemu inspektorowi farmaceutycznemu prawo nadzoru nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, co wynika z art. 94a ust. 2 ustawy *Prawo farmaceutyczne* i dlatego zasadnym było wszczęcie postępowania. Jednocześnie jest on uprawnionym w przypadku stwierdzenia naruszenia zakazu reklamy aptek i ich działalności do wydania nakazu jej zaprzestania. Niemniej w sytuacji, gdy podmiot prowadzący aptekę zaprzestał prowadzenia niedozwolonej reklamy, co miało miejsce w niniejszej sprawie, wydanie nakazu stało się bezprzedmiotowe, co skutkowało umorzeniem postępowania w tej części na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. Podmiot prowadzący aptekę dokonał zmiany nazwy apteki i wycofał jej nazwę ze wszystkich nośników, rezygnując tym samym z manipulowania jej starą nazwą w celach reklamowych. Było to powiązane także z rozwiązaniem umowy franczyzowej, która uprawniała go do posługiwania się nazwą i logo „[REDAKCYJNA]”.

Nie oznacza to jednak, że wykluczone jest nałożenie kary pieniężnej za złamanie przedmiotowego zakazu albowiem prowadziłoby to kuriozalnej sytuacji przyzwolenia na naruszanie przepisów ustawy do czasu wszczęcia postępowania administracyjnego i wyeliminowania sankcji przewidzianej przez ustawodawcę tylko z tego powodu, że przedsiębiorca zaprzestał łamania zakazu niedozwolonej reklamy na skutek przeprowadzonej przez organ kontroli lub powzięcia informacji o działaniach reklamowych. Czyn niedozwolony to na gruncie prawa administracyjnego czyn zabroniony pod groźbą kary, a w tym przypadku kara pieniężna jest przewidziana za prowadzenie reklamy

apteki i oraz jej działalności, a jej zaprzestanie przed wydaniem decyzji może wpływać jedynie na wymiar tej kary. Przeciwnie stanowisko pozostawałoby w sprzeczności z całym systemem obowiązującego prawa, w którym czyny niedozwolone mogące stanowić przestępstwa lub delikty o charakterze administracyjnym podlegają karze bez względu na fakt ich zaprzestania w trakcie prowadzonych postępowań. Prowadzone postępowanie doprowadziło do pozytywnego ustalenia, że przedsiębiorca prowadził niedozwoloną reklamę apteki i jej działalności, a tym samym podlega karze przewidzianej w art. 129b ust. 1 *Prawa farmaceutycznego*. Istniejąca odpowiedzialność karno-administracyjna w zakresie ustawowego zakazu reklamy ma charakter odpowiedzialności obiektywnej, a więc uzależnionej wyłącznie od złamania zakazu.

Tym samym zaktualizował się obowiązek organu do postąpienia zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 1 i ust. 2 *Prawa farmaceutycznego*. Przepis ten stwierdza, że karze pieniężnej w wysokości do 50 000 złotych podlega ten, kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności. Karę pieniężną nakłada Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny, w drodze decyzji administracyjnej. Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów.

Z powyższego wynika, iż kara pieniężna jest obligatoryjna, a zatem czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do konkretnego przedsiębiorcy należy nałożyć sankcję karną nie jest pozostawione swobodnemu uznaniu organowi, w tym wypadku Małopolskiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznemu, ale kara ta wynika wprost z przepisów ustawy *Prawa farmaceutycznego*.

Ustalając wysokość kary należy przede wszystkim zważyć, że obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży w większym stopniu na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, jakim są przedsiębiorcy. Przedsiębiorcy, jako podmioty profesjonalnie działające na rynku są zobligowane do przewidywania, zwłaszcza w przypadku prowadzenia działalności regulowanej skutków swoich działań, a w tym przypadku nie podejmowania prób w celu ominięcia zakazu niedozwolonej działalności reklamowej. Tym bardziej musi to dotyczyć podmiotów prowadzących apteki ogólnodostępne, które są zarządzane oraz reprezentowane przez farmaceutów, a więc osoby zobligowane do profesjonalnej znajomości *Prawa farmaceutycznego*, co miało miejsce w niniejszej sprawie.

Organ, jako okoliczność łagodząca w niniejszej sprawie, a to okoliczność wpływająca na wymiar kary pieniężnej w jej dolnych granicach wziął pod uwagę fakt, że podmiot prowadzący nie tylko zaprzestał prowadzenia działań reklamowych po wszczęciu postępowania, co wyeliminowało konieczność wydawania stosownego nakazu, ale również wystąpił o zmianę nazwy, która nie zawiera już w sobie treści reklamowych możliwych do wykorzystywania.

Mając na względzie wskazane powyżej okoliczności, organ za stwierdzone naruszenie ustalił karę pieniężną w wysokości [REDAKTED] zł (słownie: [REDAKTED] złotych 00/100 zł).

Taka wysokość kary ma zdaniem organu wystarczającą wysokość, aby zapobiec na przyszłość naruszaniu przez przedsiębiorcę ustawowego zakazu reklamy. Niemniej w polu widzenia Inspekcji pozostanie działanie przedsiębiorcy i w przypadku ponownego zaistnienia działań reklamowych spotka się to z sankcją o wiele większych rozmiarów.

POUCZENIE

Od niniejszej decyzji służy stronie odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego w Warszawie za pośrednictwem Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Krakowie w terminie 14 dni od dnia jej doręczenia.

Zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 4 i ust. 5 *Prawa farmaceutycznego* kary pieniężne, uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Krakowie, Plac Szczepański 5, 31-011 Kraków w NBP O/Kraków numer rachunku: [REDACTED].

Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami ustawowymi, za zwłokę następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

**Małopolski Wojewódzki
Inspektor Farmaceutyczny
Józef Łoś**

Otrzymują:

1. [REDACTED] sp.j.
2. a/a
mw/rp