

DECYZJA

Na podstawie art. 108 ust. 4 pkt 7 lit. b w zw. z 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 2020 r. poz. 944 ze zm., dalej: „u.p.f.”/ oraz art. 104 § 1, art. 105 § 1 i art. 107 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku - *Kodeks postępowania administracyjnego* /Dz. U. z 2020 r. poz. 256 ze zm., dalej: „k.p.a.”/

MAŁOPOLSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY W KRAKOWIE

- I. **Stwierdza naruszenie** przez przedsiębiorcę, a to spółkę [...] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w [...] ustawowego zakazu reklamy aptek i ich działalności, poprzez prowadzenie reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie: [...] zlokalizowanej w [...], a polegającej na obecności w izbie ekspedycyjnej gazetki pn. „[...]”, plakatów pn. „[...]” i „[...]” oraz wyeksponowaniu produktów leczniczych, suplementów diety i wyrobów medycznych z plakatu „[...]” z cenami kończącymi się na 99 groszy.
- II. **Umarza postępowanie administracyjne** w zakresie wydania nakazu zaprzestania prowadzenia przez spółkę [...] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w [...] niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie: [...] zlokalizowanej w [...], a polegającej na prowadzeniu działań reklamowych opisanych w punkcie I niniejszej decyzji, wobec ich zaprzestania.
- III. Nakłada na przedsiębiorcę, a to spółkę [...] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w [...] karę pieniężną w wysokości 2 000,00 zł (słownie: dwóch tysięcy 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.

U Z A S A D N I E N I E

W dniu 06.07.2020 roku w aptecę ogólnodostępnej o nazwie: [...] zlokalizowanej w [...] została przeprowadzona kontrola planowa. Zakres kontroli obejmował m.in. sprawdzenie czy nie jest prowadzona reklama apteki oraz jej działalności.

Kontrola wykazała:

- Obecność w izbie ekspedycyjnej stojaka, na prawo od wejścia do izby ekspedycyjnej, na którym znajdowały się egzemplarze gazetki pn. „[...]” [...].

Gazetka powyższa zawierała zdjęcia opakowań produktów leczniczych oraz informacje o nich z uwzględnieniem ich składu, wskazań, przeciwwskazań oraz danych podmiotu odpowiedzialnego.

Dodatkowo z wykorzystaniem powiększonej czcionki, albo też na kolorowym tle białą czcionką znajdowały się obok zdjęć opakowań hasła, które zwracały uwagę na produkt leczniczy i jego zastosowanie, przykładowo informacja o:

- 1) produkcie leczniczym Aspirin C x 20 tabl. mus. zawierała hasło: „[...]”
- 2) produkcie leczniczym Nasometin® Control aerosol 20mg, 60 dawek zawierała hasło: „[...]”
- 3) produkcie leczniczym Ketonal Active 50mg x 20 kapsulek zawierała hasło: „[...]”
- 4) produkcie leczniczym Diosminex MAX 1000mg x 60 tabl. powł. zawierała hasła: *„Tylko 1 tabletkę dziennie”, „Na ciężkie, bolące i opuchnięte nogi”, „Działanie potwierdzają BADANIA KLINICZNE z udziałem Polek”*

Na każdej stronie gazetki, która zawierała produkty lecznicze znajdował się napis o treści:

„Przed użyciem zapoznaj się z ulotką, która zawiera wskazania, przeciwwskazania, dane dotyczące działań niepożądanych i dawkowanie oraz informacje dotyczące stosowania produktu leczniczego, bądź skonsultuj się z lekarzem lub farmaceutą, gdyż każdy lek niewłaściwie stosowany zagraża Twojemu życiu lub zdrowiu”

poprzedzony symbolem „*”, który również znajdował się w prawym górnym rogu każdej nazwy produktu leczniczego.

Gazetka zawierała również:

- 1) zdjęcia opakowań wyrobów medycznych wraz z hasłami (przykładowo: Dulkosoft syrop, 250 ml *„Na zaparcia”*, Sudocrem krem, 6g *„Pielęgnacja skóry odparzonej”*)
- 2) zdjęcia opakowań suplementów diety wraz z hasłami (przykładowo: Hepatil x 80 tabl. *„Wątroba jest tylko jedna”, Insulan x 60 tabletek „Dla Diabetyków”*)
- 3) zdjęcia opakowań wyrobów medycznych wraz z hasłami (przykładowo: Dermosan N-R krem półtłusty, 40g *„Nawilża i regeneruje”*, Flos-lek żel pod oczy i do powiek ze świetlikiem lekarskim, 15ml *„Do skóry zmęczonej”*).

W górnej części każdej strony gazetki umieszczone były jeszcze informacje czego dotyczą produkty na danej stronie np.: *„Przeziębienie i grypa”, „Alergia i katar”, „Trawienie”, „Trawienie i odporność”, „Zdrowy uśmiech”*.

Z boku każdej ze stron gazetki pn. „[...]” od numeru strony 2 do numeru strony 36 małą czcionką w kolorze czarnym na białym tle widniał napis o treści:

„Publikacja zawiera reklamy produktów na zlecenia podmiotów trzecich, w tym podmiotów odpowiedzialnych”.

Dodatkowo na dole ostatniej strony małą czcionką w kolorze białym na czerwonym tle widniał napis o treści:

„Przedstawione w gazetce [...] produkty mają charakter informacyjny i nie stanowią oferty handlowej w rozumieniu art. 66 § 1 k.c. oraz innych właściwych przepisów prawnych. Zdjęcia produktów mogą nieznacznie odbiegać od rzeczywistości. Opisy produktów zostały przedstawione przez producentów.”

- **Obecność na ścianach izby ekspedycyjnej plakatu pn. „[...]” oraz dwóch plakatów pn. „[...]”.**

Plakat pn. „[...]” oraz jeden z plakatów pn. „[...]” znajdowały się obok okienka do obsługi w porze nocnej, na ścianie na prawo od stołu ekspedycyjnego.

Poniżej ww. nazw plakatów znajdowała się informacja o treści:

„Publikacja zawiera reklamy produktów na zlecenie podmiotów trzecich.”

W odniesieniu do produktów leczniczych na dole każdego z plakatów widniała informacja o treści:

„Przed użyciem zapoznaj się z ulotką, która zawiera wskazania, przeciwwskazania, dane dotyczące działań niepożądanych i dawkowanie oraz informacje dotyczące stosowania produktu leczniczego, bądź skonsultuj się z lekarzem lub farmaceutą, gdyż każdy lek niewłaściwie stosowany zagraża Twojemu życiu lub zdrowiu”.

przestawiona przy pomocy białej czcionki na czarnym tle.

Na plakatach znajdowały się podobnie jak w gazetce zdjęcia opakowań produktów leczniczych, wyrobów medycznych, suplementów diety i kosmetyków oraz informacje o nich, a w przypadku produktów leczniczych informacje z uwzględnieniem ich składu, wskazań, przeciwwskazań oraz danych podmiotu odpowiedzialnego.

Dodatkowo podobnie jak w gazetce powiększoną czcionką albo na kolorowym tle białą czcionką znajdowały się hasła, które zwracały uwagę na dany produkt leczniczy i jego zastosowanie.

Przykładowo sposób przedstawienia np. produktu leczniczego Diosminex MAX 1000mg x 60 tabl. powł. był identyczny na plakacie pn. „[...]”, jak i w gazetce gazetki pn. [...].

- **Obecność w środkowej części stołu ekspedycyjnego przeszklonej witryny z wyeksponowanymi produktami leczniczymi, wyrobami medycznymi oraz suplementami diety, które widnieją na plakacie pn. „[...]” wraz z ich cenami.**

Na uwagę zasługuje fakt, że cena każdego wyeksponowanego produktu leczniczego, wyrobu medycznego czy suplementu diety kończy się na 99 groszy, a to:

- 1) Diosminex Max 1000mg x 60 tabl. – cena 44,99 (produkt leczniczy)
- 2) Inovox Express x 24 pastylki (pomarańcza) – cena 13,99 (produkt leczniczy)
- 3) Inovox Ultra x 24 pastylki (mięta) – cena 14,99 (produkt leczniczy)
- 4) Inovox Express x 24 pastylki (mięta) – cena 13,99 (produkt leczniczy)
- 5) Nolpaza Control 20mg x 14 tabletek dojelitowych – cena 7,99 (produkt leczniczy)
- 6) Olfen Hydrożel 100g – cena 15,99 (produkt leczniczy)

- 7) Maglek B6 x 50 tabl. – cena 10,99 (produkt leczniczy)
- 8) Neofuragina 50mg x 30 tabl. – cena 9,99 (produkt leczniczy)
- 9) Aleric Deslo ACTIVE płyn 50ml – cena 11,99 (produkt leczniczy)
- 10) Aleric Deslo ACTIVE 5mg x 10 tabl. – cena 8,99 (produkt leczniczy)
- 11) Ibuprom Max Sprint 400mg x 40 kaps. miękkich – cena 23,99 (produkt leczniczy)
- 12) Hepatil x 80 tabl. – cena 17,99 (suplement diety)
- 13) Multilac synbiotyki x 20 kaps. - cena 17,99 (suplement diety)
- 14) Multilac baby synbiotyki krople – cena 29,99 (suplement diety)
- 15) Hyal – Drop Multi krople do oczu 10ml – cena 20,99 (wyrób medyczny)
- 16) Entil oparzenia żel – cena 6,99 (wyrób medyczny)
- 17) Entil ukąszenia żel – cena 6,99 (wyrób medyczny)
- 18) Plastry Viscoplast (różne rodzaje) – cena 7,99 (wyrób medyczny).

W trakcie kontroli kierownik apteki Pani mgr farm. [...] złożyła wyjaśnienia pisemne następującej treści:

„Wyjaśniam, że plakaty »[...]« i dwa plakaty »[...]« przedstawiają preparaty (produkty lecznicze i pozostały asortyment), które są reklamą produktów na zlecenie podmiotów trzecich.

Preparaty z jednego z tych plakatów są wyeksponowane w izbie ekspedycyjnej wraz z podaniem ich cen.

Preparaty z pozostałych dwóch plakatów nie zostały wyeksponowane, z uwagi na brak miejsca w izbie ekspedycyjnej.

Gazetka »[...]« znajdująca się na stojaku w izbie ekspedycyjnej jest już nieaktualną ofertą.

Gazetka »[...]« zostanie dostarczona do aptek przez kuriera, z biura podmiotu prowadzącego aptekę.

Gazetka »[...]« prezentuje te same preparaty, które są równocześnie na plakatach. Oferta gazetki obejmuje również preparaty, których nie ma na plakatach.

Gazetki i plakaty z ofertą na dany miesiąc znajdują się w aptece od listopada 2016.

Preparaty zawarte w gazecie i widniejące na plakatach w okresie obowiązywania oferty mają ceny zazwyczaj niższe niż w innych miesiącach.”

Protokół z dnia 24.07.2020 roku, znak: FAKR-I.8521.1.37/2020 z ww. kontroli został sporządzony w siedzibie tut. Inspektoratu i przesłany [...] Sp. z o.o. z siedzibą w [...] (dalej: Strona bądź podmiot kontrolowany). Protokół został podpisany przez inspektora farmaceutycznego przeprowadzającego kontrolę oraz Panią mgr farm. [...] - upoważnioną

do reprezentowania podmiotu kontrolowanego w trakcie postępowania kontrolnego oraz do podpisania protokołu.

Pani mgr farm. [...] pismem z dnia 05.08.2020 roku (data wpływu 06.08.2020 r.) pn. „Zastrzeżenia i wyjaśnienia do protokołu kontroli” wniosła zastrzeżenia m.in. do pkt. 12 protokołu kontroli, a to reklamy apteki.

W odpowiedzi na powyższe Pani mgr farm. [...] działająca z upoważnienia Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego pismem z dnia 11.08.220 roku pn. „STANOWISKO w sprawie zastrzeżeń do protokołu kontroli z dnia 24 lipca 2020 r.” odnosząc się do zastrzeżenia w zakresie ustaleń kontroli wskazujących na możliwość naruszenia zakazu reklamy aptek i ich działalności poinformowała, że po ponownej analizie materiału dowodowego organ nie znajduje podstaw do uznania zastrzeżeń w tym zakresie i widzi konieczność wszczęcia postępowania administracyjnego, którego ustalenia – przy czynnym udziale stron i po przeprowadzeniu postępowania dowodowego – mogą ostatecznie wyjaśnić, czy miało miejsce prowadzenie reklamy apteki.

Pismem z dnia 04.09.2020 r., znak: FAKR-II.8523.11.2020 zawiadomiono Stronę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie podejrzenia naruszenia art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – *Prawo farmaceutyczne* /Dz. U. z 2020 poz. 944 ze zm./ w związku z uchybieniem w zakresie reklamy apteki i jej działalności stwierdzonym w trakcie kontroli planowej przeprowadzonej w dniu 06.07.2020 roku w aptecce ogólnodostępnej o nazwie: [...] zlokalizowanej w [...].

Jednocześnie poinformowano o prawie do wzięcia udziału w postępowaniu poprzez wypowiedzenie się co do zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz zgłaszanie wniosków dowodowych i wyjaśnień – w terminie 7 dni od daty doręczenia zawiadomienia o wszczęciu postępowania.

Protokół z dnia 24.07.2020 r., znak: FAKR-II.8521.1.37.2020 z ww. kontroli planowej został dopuszczony jako dowód w prowadzonym postępowaniu administracyjnym Postanowieniem z dnia 04.09.2020 roku, na okoliczność treści zawartych w pkt XVI, a także w odpowiednich załącznikach dotyczących tych treści.

W tym miejscu należy wskazać, że w zakresie pozostałych niezgodności stwierdzonych w trakcie ww. kontroli planowej, zostało wszczęte oddzielne postępowanie administracyjne w dniu 04.09.2020 roku, znak: FAKR-II.8521.1.37.2020.

Strona poprzez pełnomocnika pismem z dnia 16.09.2020 roku pn. „Stanowisko strony w sprawie” podniosła, że:

„(...) podtrzymuje twierdzenia i wnioski zawarte w złożonym przez kierownika apteki zastrzeżeniach do pkt 12 Protokołu kontroli z dnia 24 lipca 2020 r. i podnosi, że nie doszło do naruszenia przez Spółkę art. 94 a ustawy prawo farmaceutyczne w szczególności w zakresie treści zawartych w gazetce „[...]” oraz plakatach opisanych w protokole kontroli.

Spółka podnosi, że hasła znajdujące się przy opakowaniach produktów zamieszczonych w gazetce stanowiły treści prezentowane na zlecenie podmiotów trzecich i swoim charakterem i wyglądem nie zwracały uwagi na produkt leczniczy i jego zastosowanie. Podobnie treść plakatów opisanych w protokole kontroli stanowiła wyłącznie materiały prezentowane na zlecenie podmiotów trzecich i zawierały wyłącznie dozwolone do publikacji informacje o produktach tam zamieszczonych.

Spółka wyjaśnia, że treści zamieszczone obok produktu miały charakter i cel czysto informacyjny. Ich celem było opisanie lub wyjaśnienie działania i przeznaczenia danego produktu, bez jego wartościowania lub promowania. Teksty te nie oceniają pozytywnie ani nie wartościują tychże produktów. Tym samym nie można przyznać im cech zwracania uwagi na produkt, a tym samym nie można stwierdzić, aby doszło do reklamy apteki.

Nie można zgodzić się również z oceną, aby plakaty przyciągały uwagę kolorystyką i wielkością. Należy wyjaśnić, że plakat zawierał standardowe kolory stosowane w drukach informacyjnych, w tym używane przez producentów leków chociażby na opakowaniach produktów będących przedmiotem reklamy producenckiej prowadzonej zgodnie z art. 52 i n. (sic!) ustawy prawo farmaceutyczne.

Niezależnie od powyższego podkreślam, że zarówno gazetka „[...]” jak również plakaty opisane w pkt XVI. Protokołu stanowiły materiały przygotowane na zlecenie podmiotów trzecich i stanowiły przejaw reklamy producenckiej produktów unormowanej i zalegalizowanej w art. 52 i n. (sic!) ustawy prawo farmaceutyczne. Materiały te nie stanowiły reklamy apteki i nie mogły jej stanowić, skoro dotyczyły reklamy wskazanych tam produktów leczniczych i w ogóle nie odnosiły się do działalności apteki podlegającej kontroli w niniejszym postępowaniu.

Należy podkreślić, że na materiałach tych został umieszczony komunikat „Publikacja zawiera reklamy produktów na zlecenie osób trzecich”, co przesądza, że materiały te stanowią dozwoloną reklamę produktów leczniczych prowadzoną na zlecenie podmiotu odpowiedzialnego w myśl art. 60 PF, co stanowi legalne działanie, niepodlegające ocenie przez pryzmat zakazu reklamy aptek wynikający z art. 94a ust. 1 PF.

Należy wskazać, że w ramach reklamy producenckiej dozwolonej na gruncie art. 60 PF podmioty odpowiedzialne mają możliwość zlecenia reklamy produktów osobom trzecim, w tym aptekom. Należy z całą pewnością stwierdzić, że gdyby ustawodawca chciał zakazać zlecenia aptekom prowadzenia reklamy produktów leczniczych, dokonałby odpowiedniego wyłączenia w drodze ustawowej. Tymczasem art. 60 PF stanowiący podstawę do zlecenia reklamy produktów leczniczych na rzecz podmiotów trzecich nie dokonuje żadnego wyłączenia w zakresie osób trzecich mogących prowadzić taką reklamę na rzecz podmiotu odpowiedzialnego. Nie ma zatem podstaw do dokonania rozszerzonej wykładni ww. przepisu i wyłączenie aptek z kręgu podmiotów, którym podmioty odpowiedzialne mogą zlecać prowadzenie reklamy produktów leczniczych.

Niezależnie od powyższego i jedynie w celu zapewnienia klarownego stanu faktycznego Spółka oświadcza, że z dniem 25 lipca 2020 r. wszystkie plakaty i gazetki pt „[...]” zostały usunięte z Apteki przez kierownika apteki i od tego dnia nie są w żaden sposób publikowane lub wykorzystywane.

Powyższe w żaden sposób jednak nie wpływa na stanowisko Spółki co do braku naruszenia przepisu art. 94a ustawy prawo farmaceutyczne.

Spółka pragnie również wskazać, że ceny o zakończeniu 99 gr spotykane są w obrocie standardowo i często są wypadkową wielu składników, w tym ceny hurtowej zakupu, marży apteki, jak również wartości netto powiększonej o podatek VAT, który po doliczeniu powoduje ukształtowanie ostatecznej ceny. Spółka nie ma wpływu na wysokość stawek VAT ani przepisy rozporządzenia wykonawczego do ustawy o podatku od towarów i usług nakazujące zaokrąglanie cen z VAT do wartości w groszach (tzw. drugiego miejsca po przecinku). Ostatecznie kwota wyrażona z końcówką 99 gr jest taką samą cyfrą jak każda inna, zaś cyfra 9 nie ma charakteru ani symboliki kojarzącego się z okazją lub promocją. Nie można zatem stwierdzić, aby dla odbiorcy wyrażenie ceny w jakiegokolwiek cyfrze, w tym zakończonej z cyframi 99 miały walor promujący lub stanowiły okazję. Należy podkreślić, że prezentacja cen nie zawierała symboli, które mogłyby faktycznie wskazywać na atrakcyjność ceny, jak np. dodanie słowa „promocja”, symbolu „9/0” czy „ lub podobnych — skoro takich elementów nie ma, to nie można samym cyfrom przypisać takiego charakteru.

Spółka podnosi również, że ceny produktów podlegają ciągłej fluktuacji i zmieniają się, co odbywa się niezależnie od tego, czy produkty znajdują się w danej chwili w gazetce lub na plakacie, czy też nie. Aktualna cena produktu w danej chwili zależy od czynników niezależnych od tego, czy dany produkt jest przedmiotem reklamy producenckiej czy nie. Obniżki i zmiany cenowe same w sobie nie są reklamą, lecz dozwolonym narzędziem handlowym. Informowanie o cenach w aptece jest nie tylko prawem, ale także obowiązkiem wynikającym z ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług. Zgodnie z art. 4 ust.1 tejże ustawy: W miejscu sprzedaży detalicznej i świadczenia usług uwidacznia się cenę oraz cenę jednostkową towaru (usługi) w sposób jednoznaczny, niebudzący wątpliwości oraz umożliwiający porównanie cen. Stąd należy uznać, iż taki sposób wskazania cen produktów jest wypełnieniem obowiązku nałożonego ustawą w zakresie prezentacji cen. Stąd nieprawidłowe jest twierdzenie Organu, jakoby doszło do promocji lub prezentacji okazji.

W dalszej kolejności wskazuję, iż tego typu zaprezentowanie cen nie mogło stanowić zachęty zakupu, gdyż zamieszczenie przy produktach ceny było jedynie informacją skierowaną do konsumentów, obiektywnym stwierdzeniem faktu, pozbawionym charakteru ocenego. Jak wskazano brak było wskazania takich znaków jak np. wykrzykników, pogrubionej czcionki, podkreśleń czy dodatkowych wyrażen które mogłyby zwrócić uwagę konsumentów odwiedzających aptekę np. „Promocja”, „Przecena” lub „Obniżka”. Spółka nie dokonała także własnego porównania cen i nie informowała klientów, czy i o ile procent lub o ile złotych cena danego leku została obniżona lub podwyższona, co mogłoby w sposób bezpośredni oddziaływać na podjęcie decyzji przez konsumenta i jego subiektywne odczucie co do atrakcyjności oferty apteki. Brak powyższych elementów w zaprezentowanej w aptece informacji o cenie leków bez recepty w okresie przeprowadzonej kontroli, świadczy o pozbawieniu jej dodatkowej warstwy zachęcającej. Naklejone plakietki z cenami były jedynie prostym przekazem informacyjnym dla pacjenta.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego w zakresie reklamy prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym wypowiedź jest reklamą, gdy nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru - taki cel przyświeca nadawcy wypowiedzi i tak odbiera ją przeciętny odbiorca, do którego została skierowana (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r., sygn. akt II CSK 289/07). Jak wskazano wyżej oceniane materiały w postaci informacji o cenie jak również plakaty z reklamą producentów nie zawierają żadnych dodatkowych przekazów wychodzących ponad warstwą informacyjną. Spółka nie miała na celu zareklamowania asortymentu, ani komunikaty zawarte w kwestionowanych materiałach nie były odbierane

przez pacjentów jako zachęta do nabycia produktów. Tym samym w niniejszej sprawie nie ma do czynienia z reklamą Apteki.

Co więcej, w omawianym przypadku, odczucie czy cena jest bardziej atrakcyjna dla konsumenta jest subiektywne i zależy od wielu czynników m.in. zamożności danego konsumenta. Niniejsze potwierdza orzecznictwo wspólnotowe (p. wyrok SPI z 13.2.2007 r., w sprawie T-256/04, Mundipharma AG przeciwko OHIM, oraz wyrok z 15.12.2010 r. w sprawie T-331/09, NOVARTIS AG przeciwko OHIM oraz powołane w jego uzasadnieniu judykaty), poświęcone m.in. określeniu cech modelowego przeciętnego konsumenta preparatów farmaceutycznych. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości UE konsumenci odwiedzający aptekę wykazują wysoki poziom uwagi, jako że nabywane towary mają wpływ na ich zdrowie. Również w literaturze podnosi się, że nabywca produktów farmaceutycznych jest konsumentem szczególnie uważnym, a nie podatnym na manipulację i marketing cenowy (tak R. Skubisz [w:] System Prawa Prywatnego. T. 14b. Prawo własności przemysłowej, pod red. R. Skubisza, Warszawa 2012, s. 692.). Stąd nie jest zasadnym przesądzać iż prezentacja plakatów, gazetki lub cen z końcówką 99 gr wpływa na wybór konsumenta w sposób zachęcający.”

Pismem z dnia 29.09.2020 r. Strona poprzez Pełnomocnika została poinformowana, że Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zamierza wydać decyzję kończąca postępowanie administracyjne i równocześnie poinformowano Stronę, że przed wydaniem decyzji kończącej postępowanie administracyjne Stronie postępowania służy prawo do wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszenia ewentualnych wniosków.

Strona poprzez pełnomocnika pismem z dnia 07.10.2020 roku pn. „Stanowisko strony w sprawie” poinformowała, że:

„(...) podtrzymuje twierdzenia i wnioski zawarte w złożonych przez kierownika apteki zastrzeżeniach do pkt 12 Protokołu kontroli z dnia 24 lipca 2020 r. jak również w stanowisko z pisma z dnia 16.09.2020 r. i podnosi, że nie doszło do naruszenia przez Spółkę art. 94 a ustawy prawo farmaceutyczne w szczególności w zakresie treści zawartych w gazetce „[...]” oraz plakatach, jak również informacjach o cenach produktów w opisanych w protokole kontroli.

Spółka jednocześnie informuje, że pomimo głębokiego przekonania o prawidłowości działań w zakresie informowania o cenach produktów, co zostało szeroko wyjaśnione w piśmie z dnia 16.09.2020 r. jedynie z ostrożności zdecydowano o usunięciu informacji o cenach produktów umieszczonych w gablocie, na dowód czego w załączeniu przedkładam fotografię wykonaną w dniu 6 października 2020 r. stwierdzającą aktualny wygląd gabloty.

W związku z powyższym, mając również na uwadze usunięcie plakatów i gazetek „[...]” będących przedmiotem negatywnej oceny tut. organu (o czym strona poinformowała pismem z dnia 16.09.2020 r.) należy stwierdzić, że w toku niniejszego postępowania administracyjnego zmienił się stan faktyczny sprawy w ten sposób, że aktualnie brak jest przesłanek do stwierdzenia naruszenia przepis art. 94 a ustawy prawo farmaceutyczne w zakresie opisanym w pkt 12 protokołu kontroli z dnia 24 lipca 2020 r.

W związku z powyższym strona wnosi o wzięcie powyższych okoliczności pod uwagę przy ocenie materiału dowodowego jak również o umorzenie postępowania.”

Przy tak ustalonym stanie faktycznym organ zważył, co następuje.

Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie i nie kwestionowany przez Stronę postępowania pozwala na uznanie, że w trakcie kontroli planowej apteki ogólnodostępnej o nazwie: [...] zlokalizowanej w [...], przeprowadzonej w dniu 06.07.2020 roku, stwierdzono:

- Obecność na prawo od wejścia do izby ekspedycyjnej stojaka, na którym znajdowały się egzemplarze gazetki pn. „[...]”, która zawierała zdjęcia opakowań produktów leczniczych oraz informacje o nich z uwzględnieniem ich składu, wskazań, przeciwwskazań oraz danych podmiotu odpowiedzialnego.
Z wykorzystaniem powiększonej czcionki, albo też na kolorowym tle białą czcionką znajdowały się obok zdjęć opakowań hasła, które zwracały uwagę na produkt leczniczy i jego zastosowanie.
- Obecność na ścianach izby ekspedycyjnej plakatu pn. „[...]” oraz dwóch plakatów pn. „[...]”.
Plakat pn. „[...]” oraz jeden z plakatów pn. „[...]” znajdowały się obok okienka do obsługi w porze nocnej, na ścianie na prawo od stołu ekspedycyjnego. Poniżej ww. nazw plakatów znajdowała się informacja o treści: *„Publikacja zawiera reklamy produktów na zlecenie podmiotów trzecich.”*

W odniesieniu do produktów leczniczych na dole każdego z plakatów widniała informacja o treści: *„Przed użyciem zapoznaj się z ulotką, która zawiera wskazania, przeciwwskazania, dane dotyczące działań niepożądanych i dawkowanie oraz informacje dotyczące stosowania produktu leczniczego, bądź skonsultuj się z lekarzem lub farmaceutą, gdyż każdy lek niewłaściwie stosowany zagraża Twojemu życiu lub zdrowiu”*. przedstawiona przy pomocy białej czcionki na czarnym tle.

Na plakatach znajdowały się podobnie jak w gazetce zdjęcia opakowań produktów leczniczych, wyrobów medycznych, suplementów diety i kosmetyków oraz informacje o nich, a w przypadku produktów leczniczych informacje z uwzględnieniem ich składu, wskazań, przeciwwskazań oraz danych podmiotu odpowiedzialnego.

Dodatkowo podobnie jak w gazetce powiększoną czcionką, albo na kolorowym tle białą czcionką znajdowały się hasła, które zwracały uwagę na dany produkt leczniczy i jego zastosowanie.

- Obecność w środkowej części stołu ekspedycyjnego w przeszklonej witrynie wyeksponowanych produktów leczniczych, wyrobów medycznych oraz suplementów diety, które widniały na plakacie pn. „[...]” wraz z ich cenami.

Cena każdego wyeksponowanego produktu leczniczego, wyrobu medycznego czy suplementu diety kończyła się na 99 groszy.

W trakcie kontroli kierownik apteki Pani mgr farm. [...] złożyła pisemne wyjaśnienia, z których wynika, że plakaty „[...]” i dwa plakaty „[...]” przedstawiają preparaty (produkty lecznicze i pozostały asortyment), które są reklamą produktów na zlecenie podmiotów trzecich. Potwierdziła, że preparaty z jednego z tych plakatów wyeksponowane zostały w izbie ekspedycyjnej wraz z podaniem ich cen.

Poinformowała też, że preparaty z pozostałych dwóch plakatów nie zostały wyeksponowane z uwagi na brak miejsca w izbie ekspedycyjnej. Wyjaśniła, że Gazetka »[...]« znajdująca się na stojaku w izbie ekspedycyjnej jest już nieaktualną ofertą, a gazetka »[...]« zostanie dostarczona do aptek przez kuriera, z biura podmiotu prowadzącego aptekę.

Ponadto wyjaśniła, że gazetka »[...]« prezentuje te same preparaty, które są równocześnie na plakatach. Oferta gazetki obejmuje również preparaty, których nie ma na plakatach.

Pani mgr farm. [...] wyjaśniła również, że gazetki i plakaty z ofertą na dany miesiąc znajdują się w aptece od listopada 2016.

Organ nie może przyjąć argumentacji Strony, że plakaty i gazetka nie stanowiły reklamy apteki i nie mogły jej stanowić, skoro dotyczyły reklamy wskazanych tam produktów leczniczych i w ogóle nie odnosiły się do działalności apteki podlegającej kontroli w niniejszym postępowaniu. W ocenie organu prowadzenie reklamy na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych nie wyklucza wykorzystywania jej do celów prowadzenia reklamy apteki i jej działalności.

Sposób umiejscowienia plakatów tj. w pobliżu stołu ekspedycyjnego, ich wielkość i kolorystyka szczególnie przyciągały wzrok i tym samym zwiększały zainteresowanie tymi produktami, a więc mogły spowodować chęć ich zakupu, czyli wzrost sprzedaży w aptece tych produktów, a to stanowi już reklamę apteki i jej działalności.

Ponadto zastosowano trzy rodzaje przekazu, a to gazetki, plakaty i wyeksponowanie produktów z plakatu z cenami kończącymi się na 99 groszy, co z pewnością zwiększało zainteresowanie pacjentów tymi produktami i tym samym zwiększało ich sprzedaż.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem strony, że nie można stwierdzić, aby dla odbiorcy wyrażenie ceny w jakiegokolwiek cyfrze, w tym zakończonej cyframi 99 miały walor promujący lub stanowiły okazję.

Istnieją eksperymenty, które udowadniają, że kończenie cen na 99 groszy bardzo mocno wpływa na wyniki sprzedażowe.

Jedna z hipotez zakłada, że jest to kwestia rzędów wielkości jakimi operujemy w mózgu. Porównując sobie ceny np. 29,99 zł i pełne 30 zł, to pomimo, że różnica między nimi to tylko 1 grosz, to patrząc na nie mamy zupełnie inne skojarzenia. Cena 29,99 groszy uruchamia schemat myślowy „dwadzieścia parę złotych”. Z kolei 30 zł od razu

wpada w schemat „trzydzieści parę złotych”. Pomimo więc tak małych różnic operujemy na zupełnie innym rzędzie wielkości i w rezultacie dajemy się skusić teoretycznie niższej cenie.

Druga hipoteza zakłada, że chodzi o automatyczne skojarzenie tego typu końcówek z wyprzedażami, obniżkami cen, promocjami, a ogólnie rzecz ujmując z okazjami.

Z doświadczenia życiowego wiadomo, że widząc taką cenę automatycznie nastawimy się na kupowanie, bo taka okazja ponownie może się nam przez długi czas nie przytrafić.

Dodatkowo nie wszystkie produkty znajdujące się w izbie ekspedycyjnej miały uwidocznione ceny.

Kontrola wykazała natomiast, że to produkty lecznicze, wyroby medyczne oraz suplementy diety, które widnieją na plakacie pn. „[...]” zostały wyeksponowane w środkowej części stołu ekspedycyjnego w przeszklonej witrynie z wyraźnymi cenami kończącymi się na 99 groszy. Połączenie tych kilku elementów wzmacniało przekaz reklamy.

Zgodnie z wyjaśnieniami kierownika apteki, złożonymi w trakcie kontroli *„Preparaty z pozostałych dwóch plakatów nie zostały wyeksponowane, z uwagi na brak miejsca w izbie ekspedycyjnej.”*

Ponadto czas obowiązywania reklamy produktów na plakatach dotyczył ściśle określonego okresu, a to lipca 2020, albo lipca-sierpnia 2020. Z doświadczenia życiowego wiadomo, że pacjenci odbiorą tę informację jako, że w miesiącu lipcu 2020 roku, albo w lipcu i sierpniu 2020 roku oferowane produkty, uwidocznione na plakatach, będzie można kupić po atrakcyjnej cenie, co zapewne mogło zwiększyć ich sprzedaż

W ocenie organu każde działanie, które nakierowane jest na zwiększenie zainteresowania produktami znajdującymi się w ofercie apteki zwiększa ich sprzedaż i tym samym stanowi reklamę apteki i jej działalności.

Prawo farmaceutyczne nie zawiera legalnej definicji reklamy aptek, wskazując jedynie działania, które nimi nie są, czyli informacja o lokalizacji oraz godzinach pracy apteki. Sposób rozumienia pojęcia „reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności” został jednak wypracowany w orzecznictwie sądów administracyjnych. I tak: *„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 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: haseł, sloganów, spotów TV, ulotek, billboardów, 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)

Reasumując oznacza to, że za reklamę apteki należy uznać każde działanie, niezależnie od sposobu i metody jej przeprowadzenia oraz środków użytych do jego realizacji, jeżeli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych. Objęcie zakazem „każdego działania” wyłącza z tej dyspozycji tylko jeden stan faktyczny, określony w zdaniu 2 art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, a to kierowanie do publicznej wiadomości informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. (wyrok WSA z dnia 25 kwietnia 2013 r. sygn. akt VI SA/Wa 315/13).

Ustawa przyznaje wojewódzkiemu inspektorowi farmaceutycznemu prawo nadzoru nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, co wynika z art. 94 a ust. 2 ustawy *Prawo farmaceutyczne* i dlatego zasadnym było wszczęcie postępowania.

Pomimo, że Strona kwestionuje charakter reklamowy plakatów, gazetki oraz wyeksponowania produktów z plakatu z cenami kończącymi się na 99 groszy, to jednak:

- z dniem 25 lipca 2020 r. wszystkie plakaty i gazetki pt „[...]” zostały usunięte z Apteki przez kierownika apteki i od tego dnia nie są w żaden sposób publikowane lub wykorzystywane
- zdecydowano o usunięciu informacji o cenach produktów umieszczonych w gablocie.

W sytuacji, gdy podmiot prowadzący aptekę zaprzestał prowadzenia niedozwolonej reklamy, co miało miejsce w niniejszej sprawie nie ma konieczności nakazywania jej usunięcia na drodze decyzji, a tym samym postępowanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Skutkuje to zgodnie z art. 105 § 1 k.p.a. umorzeniem postępowania w zakresie naruszenia art. 94a ustawy *Prawo farmaceutyczne*.

Jednocześnie wobec pozytywnego ustalenia, że przedsiębiorca prowadził niedozwoloną reklamę apteki i jej działalności zaktualizował się obowiązek organu do postąpienia zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 1 i 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*.

Mając na względzie okoliczności sprawy i poczynione ustalenia faktyczne, organ za stwierdzone naruszenie ustalił karę pieniężną w wysokości 2 000 zł (słownie: dwa tysięcy złotych 00/100).

Na ustalenie wysokości kary miały wpływ następujące okoliczności:

1. Przedmiotem postępowania administracyjnego były trzy rodzaje działań reklamowych, a to gazetka, plakaty i wyeksponowanie produktów z plakatu z cenami kończącymi się na 99 groszy.
2. Okres prowadzenia reklamy w odniesieniu do plakatów i gazetki będących przedmiotem prowadzonego postępowania to okres około dwóch miesięcy.
3. Strona – jako przedsiębiorca – jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu prawnego, co szczególnie zobowiązuje ją do przestrzegania przepisów regulujących prowadzenie danej działalności (w tym również art. 94a u.p.f., który wszedł w życie z dniem 1 stycznia 2012 roku).
4. Zaprzestano prowadzenia reklamy ww. apteki przed wszczęciem postępowania administracyjnego w odniesieniu do gazetki i plakatów, a po wszczęciu postępowania administracyjnego w odniesieniu do uwidocznionych cen zakończonych na 99 groszy.
5. Jest to pierwsza kara dotycząca tego podmiotu w związku z naruszeniem ustawowego zakazu reklamy apteki i jej działalności.
6. Reklama dotyczyła jednej apteki.

Kara ma na celu również nadanie jej roli prewencyjnej za naruszenie przepisów o zakazie reklamy apteki i zapobiec ponownemu naruszeniu zakazu w przyszłości oraz edukacyjne dla strony.

Jako element łagodzący należy uznać fakt, że jest to pierwsza kara za naruszenie zakazu reklamy apteki i jej działalności oraz zachowanie Strony postępowania, czyli usunięcie pomimo zastrzeżeń z izby ekspedycyjnej plakatów, gazetki oraz wyeksponowanych cen.

W polu widzenia Inspekcji pozostanie w dalszym ciągu działanie przedsiębiorcy i w przypadku ponownego zaistnienia działań reklamowych spotka się to z sankcją o wiele większych rozmiarów.

Mając na względzie powyższe Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny postanowił nałożyć karę pieniężną jak w punkcie III sentencji decyzji.

POUCZENIE

Od niniejszej decyzji służy odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego za pośrednictwem Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Krakowie w terminie czternastu dni od daty doręczenia decyzji.

Zgodnie z treścią art. 127a ustawy Kodeks postępowania administracyjnego w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania strona może zrzec się prawa do wniesienia odwołania wobec Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Krakowie.

Z dniem doręczenia Małopolskiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznego w Krakowie oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania przez ostatnią ze stron postępowania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna.

W przypadku złożenia przez stronę oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do odwołania od decyzji nie przysługuje prawo do odwołania się ani skargi do sądu administracyjnego.

Zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 3 i art. 129ba ust. 1 *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: **46 1010 1270 0009 4122 3100 0000**.

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

Otrzymują:

1. [...]
2. a/a
[...]