



**MAŁOPOLSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR
FARMACEUTYCZNY**

Kraków, dnia 08.01.2020r.

FAKR-II.8523.12.2019

DECYZJA

Na podstawie art. 108 ust. 4 pkt 7 lit. b w zw. z art. 94a ust. 1, 2 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - *Prawo farmaceutyczne* (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 499, ze zm.) oraz art. 104 § 1, art. 105 § 1 i art. 107 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku - *Kodeks postępowania administracyjnego* (t. j. Dz. U. 2018 r., poz. 2096, ze zm.)

MAŁOPOLSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- I. Stwierdza** naruszenie przez przedsiębiorcę [...], ustawowego zakazu reklamy aptek i ich działalności, poprzez prowadzenie w aptece ogólnodostępnej o nazwie: [...] zlokalizowanej w [...], reklamy działalności apteki polegającej na równoczesnym wyeksponowaniu:
- na witrynie ww. apteki plakatów zawierających informacje o nazwie, składzie, wskazaniach, przeciwwskazaniach, podmiocie odpowiedzialnym produktu leczniczego, suplementu diety, wyrobu medycznego, a także wizualizacje tych produktów
 - w izbie ekspedycyjnej asortymentu wyszczególnionego na plakatach, poprzez opisanie na żółtym tle informacji o nazwie, cenie, wielkości opakowania i działaniu.
- II. Umarza** postępowanie administracyjne w zakresie:
- wydania nakazu zaprzestania prowadzenia przez [...] niedozwolonej reklamy apteki o nazwie [...] zlokalizowanej w [...] i jej działalności, a polegającej na prowadzeniu działań reklamowych opisanych w punkcie I decyzji, wobec ich zaprzestania.
- prowadzenia reklamy działalności aptek przez [...] na [...] oraz w serwisie internetowym youtube.com
- III. Nakłada** na przedsiębiorcę [...], karę pieniężną w wysokości 2 000,00 zł (słownie: dwa tysiące złotych 00/100) z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - *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 13.11.2017r. roku do Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Krakowie wpłynęło pismo informujące o prowadzeniu działań reklamowych na wiatkach przystankowych zlokalizowanych w [...]. Poinformowano również o prowadzeniu działalności reklamowej w serwisie youtube.com.

W serwisie internetowym youtube.com stwierdzono obecność filmów reklamowych dotyczących aptek [...]. Na spocie reklamowym znajdowały się ujęcia, które świadczyły, że mamy do czynienia z apteką [...] zlokalizowaną [...]. Ustalono, że za umieszczenie filmów odpowiedzialna była agencja filmowa [...], która to pismem z dnia 04.12.2017r. poinformowała o usunięciu filmów ze strony internetowej yuotube.com oraz [...].

W dniu 29 listopada 2017r. na wiacie przystanku [...] stwierdzono obecność plakatów zatytułowanych [...]. W miesiącu styczniu 2018r. powyższe plakaty nie były już eksponowane na wiatkach przystankowych.

W trakcie kontroli apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej [...] na witrynie stwierdzono obecność pięciu plakatów zatytułowanych „[...]”, zawierających: informacje o nazwie produktu leczniczego, suplementu diety, wyrobu medycznego, wraz z wyżej obramowaną informacją w sposób czytelny wskazującą zastosowanie bądź skład produktu; fotografie opakowań poszczególnych produktów; informacje dotyczące składu, wskazań, przeciwwskazań, podmiotu odpowiedzialnego wypisane drobną czcionką.

Wewnątrz apteki na regale ekspedycyjnym znajdującym się za stołem ekspedycyjnym, na wprost od wejścia znajdowały się te same produkty co na plakacie znajdującym się na witrynie apteki, tj. Sudocrem Care & Protect maść 100g+ 30g, Smecta go 12 sasz., Mollers Tran Norweski 250ml, Calcium Gold Osteo 60 tabl., Colon C 200g, Marimer hiper- lub izotoniczny 100ml, Runinoscorbin 150 tabl. powl., Vichy Ideal Soleil 100ml, Dermaplast 16 plastrów, Olfen żel 100g, Nacecis 10 tabl. mus., Bilobil Forte 60 kaps. opisane (na żółtym papierze- zdjęcia) informacją o nazwie, cenie, wielkości opakowania i działaniu.

W trakcie kontroli pozyskano kopie umów zawartych z podmiotami odpowiedzialnymi ww. produktów. Dotyczyły one, m. in. odpłatnego umieszczenia danego produktu na plakacie i jego wyeksponowaniu w okresie [...]. Plakaty, o których mowa powyżej zostały usunięte przez kierownika apteki w trakcie trwania kontroli.

Ustalenia z ww. kontroli zostały zawarte w protokole z kontroli znak FAKR-I.8521.1.129.2018 z dnia 07.11.2018r.

W wyjaśnieniach do protokołu z kontroli strona w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 94a ust. 1 podniosła, że:

- plakaty umieszczone na witrynie apteki zatytułowane „[...]” nie stanowią reklamy apteki;
- wewnątrz apteki na żółtym tle umieszczono informację o cenie wielu produktów, również innych niż umieszczonych na plakatach, o których mowa powyżej;

-„... [..].”

-reklama na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych nie stanowi zakazanej reklamy apteki.

Pismem z dnia 05.07.2019 r. Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił Stronę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w przedmiocie naruszenia art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – *Prawo farmaceutyczne w zakresie działalności reklamowej apteki*, stwierdzonego w trakcie kontroli planowej przeprowadzonej w dniu 27.09.2018r. w aptece ogólnodostępnej zlokalizowanej w [...] oraz prowadzenia działań o charakterze reklamowym na przystankach [...] oraz w serwisie internetowym youtube.com.

Jednocześnie postanowieniem dopuszczono materiał dowodowy w postaci protokołu z kontroli planowej apteki ogólnodostępnej zlokalizowanej w [...] z dnia 07.11.2018 r. znak: FAKR-I.8521.1.129.2018 wraz z załącznikami na okoliczność treści w nich zawartych, a w szczególności poczynionych ustaleń w trakcie kontroli, a także akt sprawy znak FAKR-II.8523.17.2019.

W trakcie postępowania przeprowadzono dowód z przesłuchania kierownika ww. apteki- Pani mgr farm. [...], która zeznała, że:

-produkty, które „...dobrze się sprzedają lub nie rotują (niska sprzedaż) są oznakowywane informacją o nazwie i zastosowaniu na żółtym tle.”

-plakaty zatytułowane „[...]” zostały usunięte w trakcie kontroli i do chwili obecnej nie są eksponowane;

-informacja o cenach na żółtym tle wyeksponowanych produktów umieszczana jest nadal.

W trakcie przesłuchania przedłożono świadkowi do wglądu materiał audiowizualny przedstawiający scenę sprzedaży w aptece [...]. Świadek zeznał, że grał w nim rolę farmaceuty, a spot reklamowy był wyłącznie emitowany w [...] do końca 2011r., ze względu na wprowadzenie z początkiem 2012r. ustawowego zakazu prowadzenia reklamy aptek. Ponadto świadek nie był w stanie wskazać, czy na wiadach przystankowych znajdowały się plakaty informujące o promocjach w [...] oraz czy ww. spot reklamowy miał być umieszczony w Internecie.

Zeznania świadka- Pana [...] ([...]) potwierdziły, że reklama aptek [...] była prowadzona do końca 2011r. w telewizji [...]. Świadek poinformował, że nie zlecał agencji [...] umieszczenia spotów w serwisie youtube.com, nie posiada wiedzy na temat kto zlecał umieszczenie plakatów dotyczących [...], wykluczył osoby działające na rzecz [...].

W dniu 24.09.2019 r. Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił o zakończeniu postępowania i o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym organ zważył, co następuje.

Materiał dowodowy zgromadzony w trakcie kontroli i podczas przesłuchań pozwala na ustalenie, że podmiot prowadzący aptekę prowadził niedozwoloną reklamę działalności apteki.

Działania te polegały na jednoczesnym umieszczaniu tych samych produktów na plakatach znajdujących się na witrynie lokalu apteki, co wyeksponowanych na jednym regale ekspedycyjnym znajdującym się za stanowiskiem ekspedycyjnym usytuowanym na wprost od wejścia dla pacjentów.

W trakcie przesłuchania zebrano materiał dowodowy, z którego wynika, że w ten sposób oznakowywanych jest wiele produktów, tj. innych niż wyszczególnionych na plakatach wyeksponowanych na witrynie apteki.

W przedmiotowym przypadku mieliśmy do czynienia z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności apteki, poprzez prowadzenie reklamy skojarzeniowej, tj. takiej, która ma u przeciętnego konsumenta wywołać skojarzenia, pomimo braku użycia wyraźnych odniesień, dotyczących możliwości zakupu danego produktu w korzystnej cenie w tej aptece.

Przeciętny konsument widząc plakat zawierający informację o działaniu, nazwie i wizualizację opakowania danego produktu, następnie wchodząc do izby ekspedycyjnej otrzymywał bezpośredni bodziec zachęcający do zakupu, w postaci oznakowania tych samych produktów co na witrynie apteki informacjami o cenie, działaniu i nazwie umieszczonymi na żółtym tle. Tym bardziej, że wskazane na plakacie produkty, były eksponowane w jednym miejscu, można uznać, że potencjalni pacjenci otrzymali proste narzędzie, dzięki któremu w prosty i szybki sposób zorientować się w cenach, zastosowaniu wybranych produktów, jeszcze przed odbyciem rozmowy z osobą wydającą. Takie działania nie mieszczą się w katalogu usług farmaceutycznych i stanowią wyraźną zachętę do zakupu danego produktu.

Prawo farmaceutyczne nie zawiera legalnej definicji reklamy działalności aptek, wskazuje natomiast działania, które nimi nie są, a jest to jedynie informacja o lokalizacji i godzinach czynności. Sposób rozumienia pojęcia reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności został jednak wypracowany w orzecznictwie sądów administracyjnych. I tak przykładowo: *„Objęcie zakazem "każdego działania" wyłącza z tej dyspozycji tylko jeden stan faktyczny, określony w zdaniu 2 art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, tj. kierowanie do publicznej wiadomości informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Zdaniem Sądu I instancji, reklamą działalności apteki będzie zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w aptecce - niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków - jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych. Powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz sądów administracyjnych, Sąd I instancji podkreślił, że **reklamą są wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierają w sobie elementów oceniających ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna (...)**” (Wyrok NSA z 05.03.2015, sygn. akt: [II GSK 54/14](#))*

Podsumowując oznacza to, że za reklamę działalności apteki należy uznać każde działanie niezależnie od sposobu i metody jej przeprowadzania oraz środków użytych do jego realizacji, jeżeli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów w niej oferowanych.

W myśl art. 94a ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 roku *Prawo farmaceutyczne* nadzór nad przestrzeganiem przepisów zakazującym aptekom i punktom aptecznym prowadzenia reklamy prowadzi wojewódzki inspektor farmaceutyczny. W razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy w tym przedmiocie wojewódzki inspektor farmaceutyczny uprawniony jest do wydania decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia reklamy, której brak wykonania może prowadzić nawet do cofnięcia zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej.

Dla oceny stopnia naruszenia przez Stronę ustawowego zakazu reklamy istotną okolicznością jest więc ustalenie okresu, w którym występowała niedozwolona reklama.

Na podstawie informacji pozyskanych w trakcie kontroli, jak również przesłuchania kierownika apteki, stwierdzono, że działania reklamowe prowadzone były przez okres co najmniej 27 dni, tj. od 1 września 2018r. do dnia kontroli.

Wobec ustalenia, że przedsiębiorca zaprzestał działań reklamowych, braku tych działań na dzień wydawania niniejszej decyzji koniecznym się stało umorzenie postępowania w tej części na mocy art. 105 § 1 k.p.a. w zakresie wydania nakazu zaprzestania ich prowadzenia.

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, czy to w całości, czy też w części przed wydaniem decyzji, może wpływać jedynie na wymiar tej kary. Przeciwne 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 lub nawet przed ich wszczęciem. Odpowiedzialność za delikt administracyjny jest niezależna od winy, co oznacza, że jest ponoszona z tytułu wystąpienia określonego skutku (stwierzonego naruszenia), bez konieczności wykazywania związku przyczynowego między zachowaniem podmiotu odpowiedzialnego a powstałym skutkiem. Dlatego wystarczającą przesłanką do wymierzenia kary pieniężnej jest stwierdzenie wystąpienia określonego naruszenia, a odpowiedzialność podmiotu zbliżona jest do odpowiedzialności ponoszonej na zasadzie ryzyka.

Tym samym w świetle stwierdzonych działań reklamowych zaktualizował się obowiązek organu do postąpienia zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 1 i ust. 2 *Prawa farmaceutycznego*. Przepis art. 129b 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 i jest to związane ze stwierdzeniem prowadzenia reklamy, niezależnie, czy określone działania są nadal prowadzone na dzień wydania decyzji, czy też zaprzestano tych działań. Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszanie przepisów. Wymierzenie kary pieniężnej jest obligatoryjne, a organ nakładający karę pieniężną ma jedynie możliwość jej miarkowania.

Mając na względzie zgromadzony materiał dowodowy i wynikające z niego ustalenia, organ za stwierdzone naruszenie wymierzył karę pieniężną w wysokości 2000,00 zł (słownie: dwa tysiące złotych 00/100). Na ustalenie takiego wymiaru kary miały wpływ następujące okoliczności:

- 1) reklama apteki była prowadzona w formie reklamy tzw. skojarzeniowej;
- 2) każda z form prowadzonych działań reklamowych niewątpliwie została podjęta z zamiarem zwiększenia zainteresowania ofertą apteki, albowiem przekaz reklamowy jest bardzo czytelny;
- 3) czas trwania reklamy, wynosił ponad 3 tygodnie;
- 4) strona jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu prawnego, co szczególnie zobowiązuje ją do przestrzegania przepisów regulujących prowadzenie działalności (także art. 94a ustawy *Prawo farmaceutyczne*) i nie jest także podmiotem, który od niedawna rozpoczął działalność związaną z prowadzeniem apteki;
- 5) strona zaprzestała prowadzenia działań reklamowych;
- 6) niniejsze postępowanie dotyczyło reklamy jednej apteki prowadzonej przez Stronę;
- 7) wobec podmiotu nie wydano decyzji w zw. z naruszeniem art.94a uPf..

Wymiar kary ma na celu nadanie jej roli prewencyjnej za naruszenie przepisów o zakazie reklamy apteki i zapobiec ponownemu naruszeniu zakazu w przyszłości, stąd nie mogła być niższa mając na uwadze wszystkie okoliczności jej prowadzenia wskazane powyżej. Nie sposób nie zauważyć, że ustawowy zakaz reklamy obowiązuje od wielu lat, a więc strona - mając na uwadze formę przekazu reklamowego - zupełnie świadomie i celowo naruszyła ten zakaz. Kara więc musi poprzez swoją dolegliwość finansową być przestrożą dla strony przed dalszym naruszaniem przepisu ustawy.

Należy nadmienić, że w przypadku stwierdzenia w przyszłości prowadzenia niedozwolonej reklamy przez tego samego przedsiębiorcę i niezależnie, czy będzie ona dotyczyć tej samej apteki, będzie to miało znaczący wpływ na wymiar kary ze względu na ponowne naruszenie przepisów ustawy.

Mając powyższe na względzie Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny postanowił nałożyć karę pieniężną wskazaną 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 stronę 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. 129ba ust. 1 *Prawa farmaceutycznego* kary pieniężne uiszczą 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