

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 2016 r. poz. 2142 z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawa Prawo farmaceutyczne”, oraz art. 105 § 1 w zw. z art. 104 § 1 i art. 107 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku - *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257), zwanej dalej: „k.p.a.”.

MAŁOPOLSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY W KRAKOWIE

- I. Stwierdza naruszenie przez podmiot, a to spółkę [...] z siedzibą [...] ustawowego zakazu reklamy aptek i ich działalności poprzez prowadzenie reklamy **apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej w [...]**, a polegającej na oznaczeniu w izbie ekspedycyjnej wybranego asortymentu produktów informacją o treści: „PROMOCJA”.
- II. Nakłada na spółkę [...] z siedzibą [...] karę pieniężną w wysokości [...] zł (słownie: [...] 00/100) z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. *Prawo farmaceutyczne* w sposób opisany w punkcie I niniejszej decyzji, płatną do budżetu państwa.
- III. **Umarza postępowanie administracyjne** w części dotyczącej nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy apteki i jej działalności w sposób opisany w pkt. I.

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

W dniu 02.01.2017 r. Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wydał decyzję, znak: [...] między innymi w sprawie naruszenia przez spółkę [...] zakazu reklamy aptek i ich działalności. Od powyższej decyzji podmiot wniósł odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, który to w dniu 06.06.2017 r. uchylił zaskarżoną decyzję w całości i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia organowi pierwszej instancji.

Mając powyższe na uwadze wskazania zawarte w treści organu II instancji Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w dniu 14.07.2017 r. zawiadomił o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w przedmiocie podejrzenia naruszenia art. 94a ust. 1 ustawy

Prawo farmaceutyczne w zakresie podejrzenia prowadzenia reklamy apteki i jej działalności w związku z ustaleniami kontroli planowej przeprowadzonej w dniu [...] w aptece ogólnodostępnej o nazwie: [...] zlokalizowanej w [...].

Strona postępowania została poinformowana o prawie do wzięcia udziału w postępowaniu poprzez wypowiedzenie się co do dotychczas zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz zgłaszania wniosków dowodowych oraz wyjaśnień. Zakreślono termin do wypowiedzenia się w przedmiotowej sprawie.

Strona nie skorzystała z przysługujących jej uprawnień.

W tym miejscu należy wyjaśnić, że zakresie pozostałych niezgodności stwierdzonych w trakcie ww. kontroli planowej prowadzone było oddzielne postępowanie administracyjne znak: [...], które zakończyło się wydaniem w dniu 03.11.2017 roku decyzji (nieprawomocnej).

Postanowieniem z dnia 18.07.2017 r. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny dopuścił dowód z protokołu z dnia [...], znak: [...] z kontroli planowej przeprowadzonej w dniu [...] w aptece ogólnodostępnej o nazwie: [...] zlokalizowanej w [...], na okoliczność treści zawartej w pkt. XVI Reklama działalności apteki.

W dniu 02.08.2017 roku do tut. Inspektoratu wpłynęło pełnomocnictwo dla [...] udzielone przez Prezesa Zarządu spółki [...] z siedzibą [...].

W trakcie postępowania administracyjnego do siedziby Wojewódzkiego Inspektorat Farmaceutycznego w Krakowie została wezwana Pani [...] – kierownik apteki, w charakterze świadka w celu złożenia wyjaśnień. O przesłuchaniu została poinformowana Strona postępowania.

Przebieg przesłuchania odzwierciedla protokół z dnia 02.08.2017 roku podpisany przez osoby uczestniczące w przesłuchaniu.

W dniu 07.08.2017 r. do tut. Inspektoratu wpłynął e-mail kierownika apteki Pani [...] z informacją o treści: „*Nie mamy już napisów PROMOCJA*”. Na potwierdzenie powyższego, zgodnie ze zobowiązaniem złożonym w trakcie przesłuchania, do tut. Inspektoratu w dniu 07.08.2017 r. zostały przesłane e–mailem zdjęcia, które obrazują wnętrze izby ekspedycyjnej i potwierdzają brak napisów „PROMOCJA”.

Pismem dnia 08.09.2017 r. Strona poprzez Pełnomocnika została poinformowana, że Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zamierza wydać decyzję kończącą postępowanie administracyjne w przedmiocie podejrzenia naruszenia art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne w zakresie reklamy apteki i jej działalności. Jednocześnie określono termin do zapoznania się z zebrany materiał dowodowy i wypowiedzenia się w jego przedmiocie.

Strona nie skorzystała z przysługujących jej uprawnień.

Mając na uwadze zgromadzony w trakcie kontroli materiał dowodowy, a tym samym ustalony stan faktyczny, organ zważył, co następuje.

W zakresie stwierdzonych działań o charakterze reklamowym, na wstępie należy zważyć, że w myśl art. 94a ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne nadzór nad przestrzeganiem przepisów zakazujących aptekom i punktom aptecznym prowadzenie reklamy prowadzi wojewódzki inspektor farmaceutyczny. W razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy w tym przedmiocie wojewódzki inspektor farmaceutyczny uprawniony jest do wydania decyzji w tym zakresie na podstawie art. 94a ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo farmaceutyczne nakazującej zaprzestanie prowadzenia reklamy, której brak wykonania może prowadzić nawet do cofnięcia zezwolenia na prowadzenia apteki ogólnodostępnej.

W ocenie organu w niniejszej sprawie niewątpliwie doszło do prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki i jej działalności przez podmiot prowadzący aptekę.

W wyniku kontroli planowej przeprowadzonej w dniu [...] roku w aptecce ogólnodostępnej o nazwie: [...] zlokalizowanej w [...] stwierdzono bowiem umieszczenie w izbie ekspedycyjnej hasła „PROMOCJA” przy wybranych produktach. Napis „PROMOCJA” miał intensywnie czerwono – żółtą kolorystykę z wpisanymi dużą czcionką i umieszczonymi w ramkach cenami promocyjnymi.

Podmiot prowadzący aptekę, w ciągu zarówno postępowania kontrolnego, jaki i w trakcie postępowania administracyjnego nie kwestionował faktów stwierdzonych w trakcie kontroli planowej, a to sposobu oznakowania niektórych produktów z wykorzystaniem hasła „PROMOCJA” oraz nie kwestionował kolorystyki tego oznakowania.

Równocześnie od momentu wszczęcia postępowania administracyjnego w dniu 14.07.2017 r. w przedmiocie podejrzenia naruszenia art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 roku - Prawo farmaceutyczne nie zostało podtrzymane stanowisko wyrażone przez Pełnomocnika Strony w piśmie z dnia 21.06.2016 roku pn. „Zastrzeżenia do protokołu kontroli”.

Niemniej jednak należy w tym miejscu wskazać, że powyższe stanowisko zawiera stwierdzenie: *„(...) działania polegające na umieszczeniu w obrębie lokalu informacji o promocji, obniżeniu cen czy też o istnieniu tańszych zamienników nie mają charakteru reklamowego, w związku z czym organ błędnie zakwalifikował je jako naruszające zakaz reklamy. (...) w przypadku prowadzenia akcji rabatowej – jeśli dotyczy ona konkretnych produktów – przepisy prawa zobowiązują przedsiębiorcę do jednoznacznego wskazania przyczyny obniżki.”*

Dodatkowo stwierdzono, że *„(...) zakwestionowane przez organ informacje zostały umieszczone wewnątrz apteki – wobec czego ich odbiorcami były wyłącznie osoby, które już do apteki weszły. Reklama apteki jest działaniem, którego istotę stanowi przyciągnięcie do apteki nowych klientów, nie może tym samym stanowić reklamy apteki informacja skierowana do osób, które klientami apteki już są.”*

W trakcie przesłuchania przeprowadzonego w tut. Inspektoracie w dniu [...] r. Pani [...], pełniąca funkcję kierownika apteki potwierdziła, że w trakcie kontroli

planowej przeprowadzonej w dniu [...] roku w aptece ogólnodostępnej o nazwie: [...] zlokalizowanej w [...] niektóre produkty były oznakowane ceną umieszczoną w ramce z napisem „PROMOCJA”.

Zgodnie z treścią zeznania oznakowania te pojawiły się orientacyjnie w 2015 roku, ale nie pamiętała, w którym miesiącu. Była to decyzja podmiotu prowadzącego aptekę. Pracownicy apteki zostali poinformowani, że nie jest to reklama apteki, ale promocja danego produktu. Ramki były powieszone w izbie ekspedycyjnej zgodnie z planogramem, czyli dokładnie wskazano produkty, których dotyczyła promocja. Nie można było tego zmieniać bez zgody podmiotu prowadzącego aptekę. Ramki dotyczyły oznakowania produktów znajdujących się na półkach z tyłu pracowników obsługujących przy stole ekspedycyjnym tak, aby były niewidoczne na zewnątrz apteki. Oznakowania te dotyczyły głównie produktów leczniczych OTC i suplementów diety. Średnio w izbie ekspedycyjnej było około 15 produktów w promocji. Promocja nie zawsze polegała na obniżonej cenie produktu, ale była formą zwrócenia uwagi na niektóre produkty w celu zwiększenia sprzedaży. Pacjenci nie pytali na czym polega ta promocja.

Pani [...] zeznała ponadto: „*Nie zauważyłam, żeby takie oznakowanie produktów faktycznie zwiększało ich sprzedaż*”.

W styczniu 2017 roku kierownik apteki otrzymała od podmiotu prowadzącego aptekę polecenie ustne zdjęcia ramek z ceną i z napisem „PROMOCJA”. Zgodnie z treścią zeznania od tego dnia do dnia przesłuchania nie ma już w ogóle tych tabliczek w aptece. Nie ma też w żadnym miejscu apteki hasła „PROMOCJA”.

Zgodnie ze zobowiązaniem złożonym w trakcie przesłuchania, na potwierdzenie powyższego w dniu 07.08.2017 r. do tut. Inspektoratu zostały dostarczone e–mailem zdjęcia izby ekspedycyjnej.

Z dniem 1 stycznia 2012 roku znowelizowane zostały przepisy ustawy Prawo farmaceutyczne dotyczące reklamy aptek. Zgodnie z art. 94a ust. 1 ww. ustawy „Zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.”

Obecny zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych jest szerszy (w porównaniu do stanu obowiązującego do 31 grudnia 2011 r.), gdyż dotyczy jakichkolwiek działań reklamowych, a nie jak poprzednio odnoszących się jedynie do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych finansowanych ze środków publicznych.

Ustawa Prawo farmaceutyczne wprowadziła więc z dniem 1 stycznia 2012 roku całkowity zakaz reklamy apteki i jej działalności. Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia reklamy, a jedynie wskazał co reklamy nie stanowi. Należy zatem przyjąć, że reklamą jest „wszystko”, co nie jest informacją o lokalizacji oraz godzinach pracy apteki.

Od czasu jednak ustanowienia ustawowego zakazu prowadzenia reklamy aptek i ich działalności ugruntowało się już orzecznictwo sądowe w tym zakresie,

zgodnie z którym reklamą jest każde działanie, które ma na celu zachęcanie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z konkretnych usług. W tym przypadku były to towary po obniżonej cenie z uwagi na ich promocję.

Przykładowo zaistniał wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, w którym znajdujemy następujące stwierdzenia.

„(...) 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, 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 użytych środków do jego realizacji, jeżeli jego celem jest zwiększenie sprzedaży towarów w niej oferowanych. Objęcie zakazem „każdego działania” wyłącza z tej dyspozycji tylko jeden stan faktyczny, określony w zdaniu 2 art. 94a ust. 1 – 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).

Zdaniem organu hasło PROMOCJA wyraźnie sugeruje, że w aptecce prowadzona jest sprzedaż produktów w niższych cenach. W tym miejscu należy odnieść się ponadto do zasad doświadczenia życiowego, jakie posiada współcześnie każdy konsument. Jest to bowiem powszechnie spotykana praktyka w handlu.

Na co dzień w wielu miejscach spotykamy się z hasłami reklamowymi o promocjach. Tym samym rola promocji jest oczywista dla każdego, czyli że pozwala dokonać zakupów towarów w niższych, atrakcyjniejszych cenach niż ma to miejsce zazwyczaj. **Promocja służy więc jednemu celowi, zwiększeniu sprzedaży towarów poprzez reklamę sprzedawcy i jego działalności.**

Dodatkowo potencjalny pacjent nie był w stanie nie zauważyć powyższych informacji, ze względu na sposób umieszczenia banerów z hasłem „PROMOCJA” oraz bardzo wyraźną kolorystykę, co zwiększało intensywność przekazu.

Potwierdziła, to kierownik apteki stwierdzając: *„Promocja nie zawsze polegała na obniżonej cenie produktu, ale była formą zwrócenia uwagi na niektóre produkty w celu zwiększenia sprzedaży. Pacjenci nie pytali na czym polega ta promocja.”*

Cel PROMOCJI został więc osiągnięty poprzez wzrost zainteresowania produktami, będącymi w promocji.

Nie ma tu znaczenia brak wyraźnego efektu tych działań, co wyraża się w stwierdzeniu kierownika apteki w trakcie przesłuchania: *„Nie zauważyłam, żeby*

takie oznakowanie produktów faktycznie zwiększało ich sprzedaż.” Istotny jest bowiem zamiar, a w tym przypadku wzrost zainteresowania niektórymi produktami znajdującymi się w aptece i tym samym chęć wzrostu ich sprzedaży. A to właśnie stanowi niepodważalny cel każdej reklamy.

Pomimo, że informacja dotycząca niższych cen znajdowała się w lokalu apteki, a więc docierała do pacjentów, którzy już zdecydowali się na wejście do apteki, to zdaniem organu miała dużo szerszy zasięg.

Informacja o sprzedaży towarów w niższych cenach, z uwagi na promocję, umieszczono w izbie ekspedycyjnej, która jest niewątpliwie miejscem publicznym, dostępnym nieograniczonej liczbie osób. Informacje o treści reklamowej oddziaływały więc najpierw na pacjentów, którzy zdecydowali się na wejście do apteki. Następnie to oddziaływanie musiało się przenosić dalej do innych osób, na skutek przekazywania informacji o korzystniejszych, niższych cenach niektórych produktów w aptece położonej w [...]. Reklama docierała więc z pewnością do znacznie większej liczby osób niż tylko pacjenci, którzy zdecydowali się na wejście do apteki.

Mając powyższe na uwadze organ uznał, że w tym przypadku miało miejsce prowadzenie niedozwolonej reklamy przez przedsiębiorcę prowadzącego aptekę ogólnodostępną, stąd zasadnym było wszczęcie postępowania w tym zakresie.

Jednakże skoro podmiot prowadzący aptekę podjął stosowne kroki w celu wyeliminowania ww. formy reklamy apteki i jej działalności oraz udokumentował ich usunięcie, nie ma konieczności nakazywania ich 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.

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. 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 lub nawet przed ich wszczęciem.

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 ustawy Prawo farmaceutyczne.

Tym samym w świetle stwierdzonych działań reklamowych zaktualizował się obowiązek organu do postąpienia zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne. 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 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 naruszenie przepisów. Wymierzenie kary pieniężnej jest obligatoryjne, a organ nakładając karę pieniężną ma jedynie możliwość jej miarkowania.

Mając na względzie wskazane powyżej okoliczności, organ za stwierdzone naruszenie ustalił karę pieniężną w wysokości [...] zł (słownie: [...] zł). Wysokości kary jest adekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności prowadzenia reklamy ww. apteki i jej działalności.

Na ustalenie wysokości kary miały wpływ następujące okoliczności:

1. przedmiotem reklamy było umieszczenie w izbie ekspedycyjnej w odniesieniu do około 15 produktów haseł „PROMOCJA” wraz z ceną.
2. forma zakazanej reklamy w postaci napisów z hasłem „PROMOCJA” z uwagi na intensywną kolorystykę bardzo przyciągała wzrok i stanowiła wyraźną zachętę do korzystania z możliwości zakupu produktów w niższych cenach
3. czas trwania reklamy, który dotyczył ponad rocznego okresu (styczeń 2017 rok, cały 2016 rok oraz bliżej nie określona ilość miesięcy w 2015 roku)
4. zaprzestano prowadzenia reklamy ww. apteki i jej działalności w styczniu 2017 roku
5. strona – jako przedsiębiorca – jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu prawnego, co szczególnie zobowiązuje ją do przestrzegania przepisów regulujących prowadzenie danej działalności (w tym również art. 94a ustawy – Prawo farmaceutyczne, który wszedł w życie z dniem 1 stycznia 2012 roku)
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 zachowanie Strony postępowania, która podjęła decyzję o usunięciu z izby ekspedycyjnej reklamy apteki i jej działalności. Niemniej w polu widzenia Inspekcji pozostanie 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 II sentencji decyzji.

W związku z powyższym postanowiono jak na wstępie.

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. [...] – pełnomocnik spółki

[...]

[...]

[...]

2. a/a