

D E C Y Z J A

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. 2412 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* (tekst jednolity Dz. U. 2017 r. poz. 1257).

MAŁOPOLSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY W KRAKOWIE

- I. Stwierdza naruszenie przez przedsiębiorcę, a to [...] ustawowego zakazu reklamy apteki i jej działalności poprzez prowadzenie reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie: [...] położonej w [...], a to poprzez wykorzystywanie części nazwy apteki, a to „CENTRUM TANICH LEKÓW” w celach reklamowych na ulotkach, które były kolportowane na terenie miasta [...] w okresie od 5.10.2017 r. 15.10.2015 r.
- II. Nakłada na przedsiębiorcę [...] karę pieniężną w wysokości 2000,00 zł (słownie: dwa tysiące złotych 00/100) z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 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 05.07.2016 r. Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wydał decyzję w sprawie naruszenia przez [...] zakazu reklamy aptek i ich działalności. Od powyższej decyzji podmiot wniósł odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, który to w dniu 17 stycznia 2017 r. uchylił zaskarżoną decyzję w całości i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia organowi pierwszej instancji. Mając powyższe na uwadze Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w dniu 28.03.2017 r. poinformował podmiot prowadzący aptekę o ponownym prowadzeniu postępowania po uchyleniu decyzji.

Mając na uwadze wskazania zawarte w treści organu II instancji przeprowadzono w trakcie postępowania szereg dowodów. Mianowicie organ wezwał kolportera ulotek, a to firmę [...] do złożenia pisemnych wyjaśnień dotyczących umowy zlecenia dystrybucji ulotek z dnia 09.10.2015, którego zleceniodawcą była firma [...], a dotyczących:

- 1) wykonawcy kolportowanych materiałów (ulotek),
- 2) okresu czasu kolportażu ulotek,
- 3) ilości rozkolportowanych ulotek,
- 4) sposobu i organizacji kolportażu, którego celem miało być umieszczanie ulotek w skrzynkach pocztowych lub w innych miejscach,
- 5) dokumentacji dotyczącej wykonania kolportażu/zlecenia,
- 6) wskazania osób reprezentujących zleceniodawcę przy uzgadnianiu warunków kolportażu,
- 7) wskazania osób bezpośrednio kierujących i nadzorujących wykonanie zleconego kolportażu.

W dniu 28.04.2017 r. do siedziby Inspektoratu wpłynęło pismo [...] z odpowiedzią na zadane pytania, na podstawie których ustalono termin kolportażu od 15.10.2015 r - 02.11.2015 r. Osobą odpowiedzialną za zlecenie w firmie był [...].

W dniu 08.05.2017 r. wysłano takie samo wezwanie do złożenia pisemnych wyjaśnień, do drugiej firmy kolportującej ulotki, a to [...], dotyczących zlecenia kolportażu, którego zleceniodawcą była przedsiębiorca [...]. W dniu 17.05.2017 r. wpłynęło pismo od [...] informujące o okresie kolportażu, który odbywał się w dniach od 5.10.2017 r. 15.10.2015 r. informujące, że osobą bezpośrednio odpowiedzialną za zlecenie był [...].

Następnie przeprowadzono dowód z zeznań świadków.

W dniu 13 czerwca 2017 r. odbyło się przesłuchanie Pana [...]. W trakcie przesłuchania zeznał on, że firma [...] kolportowała ulotki zlecone od firmy [...] w określonym umową czasie i zlecenie to zostało wykonane. Świadek nie był w stanie podać nazwiska osoby bezpośrednio roznoszącej ulotki, jak również nie mógł wykluczyć, ani potwierdzić z całą pewnością, czy ulotki te nie były kolportowane wraz ulotkami „[...]”.

Z kolei w dniu 30 czerwca 2017 r. odbyło się przesłuchanie Pana [...]. Świadek potwierdził, iż firma [...] wykonywała zlecenie kolportażu ulotek [...], którego zleceniodawcą była przedsiębiorca [...] prowadząca aptekę. Podobnie jak Pan [...] nie był on w stanie podać nazwiska osoby bezpośrednio roznoszącej ulotki, jak również potwierdzić, czy ulotki te nie były kolportowane wraz ulotkami drogerii. Należy zaznaczyć, że Panowie [...] są zarówno udziałowcami [...], jak również wspólnikami spółki [...], firm które przyjęły i wykonały zlecenie związane z dystrybucją ulotek.

Pismem z dnia 07.09.2017 r. zawiadomiono podmiot prowadzący aptekę, o zakończeniu postępowania administracyjnego i wezwano do wypowiedzenia się co do zebranego w sprawie materiału dowodowego - przed wydaniem decyzji. Podmiot prowadzący aptekę nie skorzystał z prawa do wniesienia uwag i wypowiedzenia się w powyższej sprawie oraz do zgłoszenia wniosków.

Przy tak ponownie ustalonym stanie faktycznym oraz uzupełnieniu dowodów przy ponownym rozpoznaniu sprawy organ zważył, co następuje.

Przeprowadzone postępowanie administracyjne nie potwierdziło jednoznacznie, że umieszczenie ulotki apteki w ulotce drogerii oraz ich wspólny kolportaż było wynikiem celowego działania. Dotychczas zgromadzone dowody nie są wystarczające dla stwierdzenia, że zlecony kolportaż ulotek dwóch przedsiębiorców miał polegać na tym, aby ulotki były kolportowane łącznie i nie chodzi wyłącznie o czas, ale aby odbywało się to w ten sposób, że jedna miała być włożona w drugą, w celu wywołania wrażenia, że obie ulotki dotyczą apteki, a tym samym miał zadziałać mechanizm tzw. reklamy skojarzeniowej w ten właśnie sposób. Tym samym mając na uwadze przedmiot postępowania, którym było kolportowanie ulotek przez aptekę, nie pozwala to na przyjęcie, że doszło do naruszenia ustawowego zakazu reklamy aptek i ich działalności poprzez (jak to nastąpiło w uchylonej decyzji) to, że reklama polegała na kolportażu ulotek z danymi adresowymi apteki i jej godzinami otwarcia łącznie z gazetką opatrzoną logo apteki i częścią jej nazwy, na której umieszczono produkty, wyroby medyczne i suplementy diety wraz z informacjami o ich przecenie oraz „SUPER CENIE”, co stanowiło zachętę do ich nabywania w aptece zlokalizowanej w [...] prowadzonej przez Stronę. Wątpliwości wyrażane przez przesłuchanych świadków, a nawet brak wiedzy o istotnych dla rozstrzygnięcia spornej kwestii nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść Strony.

Niemniej jednak zasadniczo przedmiot postępowania obejmuje kolportaż ulotek dotyczących apteki i w tym zakresie bezspornym jest, że taki kolportaż miał miejsce, nie było to działanie jednorazowe, ale rozciągnięte w czasie i polegające na roznoszeniu tych ulotek oraz wkładaniu ich do skrzynek pocztowych osób zamieszkujących teren objęty kolportażem. W związku z tym, kierując się zaleceniami organu II instancji zawartymi w jego decyzji, należało także poddać ocenie samą ulotkę kolportowaną przez przedsiębiorcę prowadzącego aptekę.

Ulotka rozprowadzana przez podmiot prowadzący aptekę zawiera logo apteki, którym jest czerwony krzyż oraz nazwa „**APTEKA**” w kolorze popielatym i element [...], wykonany czerwoną czcionką. W części środkowej ulotki znajduje się zdjęcie apteki. Dopiero poniżej zdjęcia umiejscowiony jest slogan „**CENTRUM TANICH LEKÓW**”, wykonany dużą, białą czcionką uwidoczniony dodatkowo na czerwonym tle w kształcie prostokąta. Na ulotce znajduje się również adres apteki [...] oraz godziny otwarcia apteki. Na drugiej stronie ulotki umieszczone jest tylko logo w postaci czerwonego krzyża oraz napis [...] **posiada tylko jedną lokalizację w [...]**.

Przedmiotowa apteka, na mocy wydanego zezwolenia posiada nazwę „[...] CENTRUM TANICH LEKÓW”, jednak wykorzystany fragment nazwy „CENTRUM TANICH LEKÓW” jest elementem dominującym na ulotce dodatkowo uwagę zwraca czerwone tło w kształcie prostokąta. Ten fragment został wyodrębniony w ten sposób, że dla potencjalnych odbiorców ulotki pojawia się nazwa apteki w postaci „[...]”, zwłaszcza że na odwrocie ulotki jest zawarta treść „[...] **posiada tylko jedną lokalizację w [...]**”, a tym samym zapis na czerwonym tle o treści „CENTRUM TANICH LEKÓW” nie informuje już o nazwie apteki, ale pełni samodzielną rolę w tym przypadku ze względu na treść, rolę sloganu reklamowego. Oczywiście jego treść ma charakter

reklamowy sugerując potencjalnym pacjentom apteki, że można w niej nabyć leki tanio, bo jest to - „CENTRUM TANICH LEKÓW”.

Zgodnie z doświadczeniem życiowym i odczuciami konsumenta taki zabieg miał na celu wskazanie apteki, jako miejsca będącego centrum tanich leków, gdzie pacjenci otrzymają leki w korzystnych cenach, w odróżnieniu od innych aptek. Kolportaż tak wykonanej ulotki niewątpliwie stanowił zachętę do skorzystania z usług w ten sposób reklamującej się apteki, zaś działanie przedsiębiorców należy ocenić jako mające na celu osiągnięcie efektu zwiększenia zainteresowania apteką.

W ocenie organu celowe i świadome posługiwanie się wybranymi elementami nazwy apteki musi być zakwalifikowane, jako działania reklamowe podjęte z zamiarem przyciągnięcia do apteki, jak największej ilości pacjentów zachęconych do skorzystania z możliwości zakupu tanich leków. Należy bowiem zauważyć, iż utrwalona linia orzecznictwa w zakresie rozumienia pojęcia „reklamy aptek i ich działalności” pozwala na przyjęcie, że reklamą może być w pewnych przypadkach również nazwa apteki zawierająca zwroty wartościujące, czy sugerujące korzyści związane z zakupem, zachęcającym do dokonania zakupów w konkretnej aptece. Nazwa apteki nadana w zezwoleniu nie uprawnia do dowolnego posługiwania się nią w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. W analizowanym przypadku stwierdzić należy, że przedsiębiorca wyeksponował te elementy nazwy prowadzonej apteki, które zawierają zwroty wartościujące i sugerujące korzyść związaną z zakupem w tej konkretnej aptece. Tak należy bowiem ocenić wyodrębnienie zwrotu „CENTRUM TANICH LEKÓW” w treści ulotki, które zachęca odbiorców do zakupów. Była to świadoma manipulacja w celu wywołania przekazu reklamowego.

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. W wyroku z dnia 8 kwietnia 2015 r. II GSK 74/14 Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że:

Ustawodawca, formułując w art. 94a ust. 1 p.f. generalnie zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych, nie miał obowiązku wyraźnego wskazania, że obejmuje on także formę tzw. reklamy skojarzeniowej. Zastrzeżenie takie byłoby konieczne, gdyby z ogólnego zakazu ustawodawca zamierzał wyłączyć określoną formę reklamy, czego jednak nie uczynił. Poza tym, oceniając treść ulotki, należy zawsze mieć na uwadze, że odbiorcą przekazu jest przeciętny konsument, który otrzymuje komunikat w kontekście ogólnie, powszechnie stosowanych praktyk marketingowych stosowanych na rynku.

Reasumując oznacza to, że za reklamę apteki należy uznać każde działanie, niezależnie od sposobu i metody jej przeprowadzenia oraz środków użytych do jego realizacji, jak również reklamę skojarzeniową, która miała właśnie miejsce, jeżeli jego celem jest zwiększenie sprzedaży towarów w niej oferowanych.

Mając powyższe na uwadze organ uznał, że miało miejsce prowadzenie niedozwolonej reklamy przez przedsiębiorcę prowadzącego aptekę ogólnodostępną poprzez kolportaż ulotek o wskazywanej treści i w określonej formie graficznej uwidocznionych na niej treści.

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. Jednocześnie jest on uprawnionym w przypadku stwierdzenia naruszenia zakazu reklamy aptek i ich działalności do wydania nakazu jej zaprzestania. Niemniej jednak w sytuacji, gdy zaprzestano działań będących przedmiotem postępowania przed datą zakończenia postępowania, co miało miejsce w niniejszej sprawie, wydanie nakazu jest bezprzedmiotowe, a tym samym aktualizuje się postąpienie zgodnie z dyspozycją art. 105 § 1 k.p.a. i umorzenie postępowania administracyjnego w części dotyczącej wydania stosownego nakazu zaprzestania prowadzenia działań reklamowych przez stronę postępowania.

Umorzenie postępowania w części dotyczącej wydania stosownego nakazu przez organ, nie oznacza jednak, że wykluczone jest nałożenie kary pieniężnej za złamanie przedmiotowego zakazu albowiem prowadziłoby to kuriozalnej sytuacji przyzwolenia na naruszanie przepisów ustawy do czasu zakończenia postępowania administracyjnego i wyeliminowania sankcji przewidzianej przez ustawodawcę tylko z tego powodu, że przedsiębiorca zaprzestał łamania zakazu niedozwolonej reklamy.

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 lub nawet przed ich wszczęciem.

Prowadzone postępowanie doprowadziło do pozytywnego ustalenia, że przedsiębiorca prowadził niedozwoloną reklamę apteki i jej działalności, a tym samym podlega on karze przewidzianej w art. 129b ust. 1 *Prawa farmaceutycznego*. Tym samym 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. Kara pieniężna jest obligatoryjna, a zatem czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do konkretnego przedsiębiorcy należy nałożyć sankcję i nie jest to pozostawione swobodnemu uznaniu organowi, w tym wypadku

Małopolskiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznemu, ale kara ta wynika wprost z przepisów ustawy *Prawa farmaceutycznego*.

Mając na względzie wskazane powyżej okoliczności, organ za stwierdzone naruszenie ustalił karę pieniężną w wysokości 2 000,00 zł (słownie: dwa tysiące złotych 00/100). Na wymiar kary miało wpływ zaprzestanie prowadzenia reklamy apteki i jej działalności w formie ulotki reklamowej wykorzystującej część nazwy apteki, jako sloganu reklamowego. Dla oceny stopnia naruszenia przez przedsiębiorcę ustawowego zakazu reklamy aptek istotną okolicznością jest także ustalenie czasu, w jakim doszło do kolportażu przedmiotowych ulotek zachęcających do korzystania z usług apteki. Zgodnie z przesłanym zleceniem oraz informacją otrzymaną od firmy zajmującej się dystrybucją ulotek, odbywało się to w czasie od 5.10.2017 r. 15.10.2015 r., to jest przez okres 10 dni. Reklama więc była prowadzona w stosunkowo krótkim okresie, co należało uwzględnić przy wymiarze kary. Należy podkreślić, że reklama zmierzająca do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych w aptece jest dodatkowo naganna ze względu na intencję ustawodawcy, aby ograniczać konsumpcję leków. Niemniej zwiększanie konsumpcji nawet suplementów diety nie można uznać za zjawisko korzystne w kontekście zdrowia publicznego. Ponadto, co do zasady ustawodawca prewencyjnie zakazał reklamy aptek, aby uniknąć w ten sposób wszelkich potencjalnie niekorzystnych zjawisk dla zdrowia publicznego.

Stosunkowo niski wymiar kary ma związek z krótkim okresem czasu trwania, ale nie może być niższy ze względu na konieczność nadania karze także roli prewencyjnej za naruszenie przepisów o zakazie reklamy apteki i zapobiegnięciu ponownemu naruszeniu zakazu w przyszłości. Kara ta ma również znaczenie edukacyjne dla Strony i stanowi ewentualną przestrożę dla innych przedsiębiorców prowadzących detaliczny obrót produktami leczniczymi przed podobnymi naruszeniami obowiązującego prawa. Apteka ogólnodostępna jest z mocy ustawy placówką zdrowia publicznego, co wiąże się także z ważną misją społeczną, a nie jest wyłącznie jednostką handlową nastawioną na osiąganie możliwie najwyższych zysków z prowadzonej działalności, do czego służą zabiegi reklamowe, w tym przypadku zakazane ustawą.

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 daty jej doręczenia.

Zgodnie z dyspozycją 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**, a od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe.

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

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 Farmaceutycznemu 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.

Otrzymują:

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