



MAŁOPOLSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

FAKR-II.8523.6.2018

Kraków, dnia 24.04.2019 r.

DECYZJA

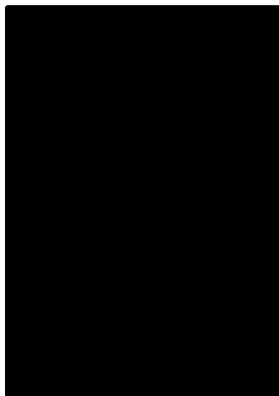
Na podstawie art. 108 ust. 4 pkt 7 lit. b w zw. z art. 94a ust. 1 i 2 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - *Prawo farmaceutyczne* (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 499) oraz art. 105 § 1 w zw. z art. 104 i art. 107 § 1 *Kodeksu postępowania administracyjnego* (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz.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

MAŁOPOLSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- I. Stwierdza naruszenie przez [...] z siedzibą w [...], ustawowego zakazu reklamy aptek i ich działalności poprzez prowadzenie reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] zlokalizowanej w [...], polegającej umieszczeniu na drzwiach wejściowych apteki napisu o treści „[...]”, w izbie ekspedycyjnej gazetek zatytułowanych „[...]” z napisem „[...]”, w której była zawarta wizualizacja produktów leczniczych i pozostałego asortymentu sprzedawanego w aptece z podaniem ich cen oraz ograniczonym czasem obowiązywania oferty oraz plakatu na stole ekspedycyjnym z informacją o treści: „*Zrealizujemy każdą receptę do 24h Gwarancja 100% realizacji recepty*”
- II. Nakłada na [...], karę pieniężną w wysokości 10 000,00 zł (słownie: dziesięć 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.
- III. **Umarza** postępowanie administracyjne w zakresie wydania nakazu zaprzestania prowadzenia przez [...] niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] zlokalizowanej w [...], a polegającej na prowadzeniu działań reklamowych opisanych w punkcie I decyzji, wobec ich zaprzestania.

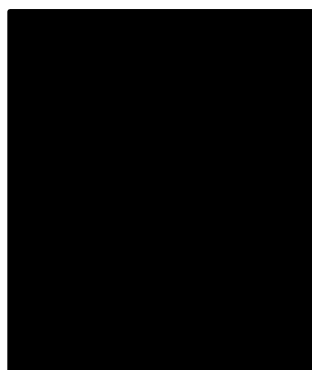
UZASADNIENIE

W trakcie kontroli planowej przeprowadzonej w dniu 13.09.2017r. na drzwiach wejściowych do apteki znajdował się znak graficzny zawierający napis „[...]”. Natomiast w izbie ekspedycyjnej znajdował się regał z wyeksponowaną gazetką zawierającą na tytułowej stronie napis; „[...]” oraz znak graficzny zawierający napis „[...]” (taki sam jak na drzwiach wejściowych do apteki).



Przedmiotowa gazetka zawierała wizualizację opakowania produktów leczniczych i pozostałego asortymentu wraz z informacją o cenie na pomarańczowym tle w kształcie rombu. Produkty zawarte w gazetce usystematyzowane w kategoriach „Ból”, „Gardło”, „Krażenie”, „Kaszel”, „Jama ustna”, „Przeziębienie”, „Katar”, „Probiotyki”, „Odporność”, „Trawienie”, „Wzdęcia”, „Biegunka”, „Kobieta i Dziecko”, „Na Opryszczkę”, „Senior”, „Stawy”, „Spokój”, „Sprzęt Medyczny”, „Pasożyty”, „Zdrowie Intymne”, „Dbam o zdrowie”, „Witaminy i Minerale”, „Zdrowe uszy i oczy”. Przedmiotowa gazetka zawierała na pierwszej stronie informację o okresie obowiązywania oferty, tj. **„od 28.08.2017r. do 10.09.2017r. lub do wyczerpania zapasów”**.

Ponadto na stole ekspedycyjnym znajdował się plakat informujący o możliwości zrealizowania w 24 h każdej recepty z zachowaniem 100% gwarancji realizacji recepty z wyróżnionym tekstem: **„Zrealizujemy każdą receptę do 24h Gwarancja 100% realizacji recepty”**.



W dniu 04.04.2018 r. zawiadomiono podmiot prowadzący aptekę o wszczęciu postępowania administracyjnego i wezwano do wzięcia udziału w postępowaniu oraz postanowieniem dopuszczono dowód w postaci protokołu z kontroli przedmiotowej apteki wraz z zebraną w toku postępowania kontrolnego dokumentacją.

W dniu 17.04.2018 r. został przeprowadzony dowód z zeznań Pani [...] będącej kierownikiem apteki. Z zeznań świadka wynika, że od 01.12.2017r., to jest zatrudnienia świadka na stanowisku kierownika kontrolowanej apteki, gazetki w izbie ekspedycyjnej nie były eksponowane. Ponadto świadek oświadczył, że plakat informujący o możliwości zrealizowania w 24 godziny każdej recepty z zachowaniem 100% gwarancji realizacji recepty, był umieszczony w izbie ekspedycyjnej w celu zdyscyplinowania personelu w należyтым wypełnianiu usług farmaceutycznych. Poinformowano, że powyższa informacja została usunięta po kontroli nie wskazując dokładnego terminu.

Z kolei pismem z dnia 23.04.2018r. pełnomocnik strony poinformował, że przedmiotowe gazetki i plakaty zostały usunięte z izby ekspedycyjnej w dniu 13 września 2017r. Poinformowano również, że celem wyeksponowania plakatu informującego o możliwości zrealizowania w 24 h każdej recepty z zachowaniem 100% gwarancji realizacji recepty była

właściwa realizacja zapisów art. 95 Ustawy Prawo farmaceutyczne.

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

Zgromadzony materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, że przedsiębiorca prowadził niedozwoloną reklamę swojej apteki poprzez:

- umieszczanie w izbie ekspedycyjnej gazetek zatytułowanych „[...]” napisem o takiej samej treści, jak umieszczony na drzwiach apteki: „[...]”,
- umieszczenie przy stole ekspedycyjnym plakatu informującego o możliwości zrealizowania w 24 h każdej recepty z zachowaniem 100% gwarancji realizacji recepty.

Ustalono, że czas trwania niedozwolonej reklamy wynosił około dwa tygodnie.

Prawo farmaceutyczne nie zawiera legalnej definicji reklamy działalności aptek, wskazuje natomiast działania, które nimi nie są, 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 aptece - 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 bądź/i efektem jest zwiększenie sprzedaży produktów w niej oferowanych.

W przedmiotowym przypadku bezsprzecznie mieliśmy do czynienia z działaniami mającymi zachęcić pacjentów do dokonania zakupów w kontrolowanej aptece, bowiem przedmiotowe gazetki dla przeciętnego pacjenta stanowiły przede wszystkim źródło informacji o cenie i zastosowaniu danego produktu. Za takim stanowiskiem przemawia fakt, że informacja o zastosowaniu, wizualizacja opakowania danego produktu, wielkość znaku graficznego, w którym wpisana cena produktu zajmowała znaczną powierzchnię przedmiotowej gazetki i jest widoczna nawet z większej odległości, natomiast informacja dotycząca np. składu, przeciwwskazań czy podmiotu odpowiedzialnego napisana jest drobną czcionką. Z kolei umieszczenie na drzwiach wejściowych oraz na pierwszej stronie przedmiotowej gazetki znaku graficznego z napisem „[...]” ma na celu skorelowanie u pacjenta odczucia możliwości osiągnięcia trwałego stanu zdrowia po wybraniu asortymentu prezentowanego w gazetce i to dodatkowo w prawdopodobnie atrakcyjnej cenie, o czym może świadczyć wielkość znaku graficznego z prezentowaną ceną. **Gazetka jest w atrakcyjnej formie graficznej, prezentuje zadowolone postacie, co sugeruje potencjalnemu pacjentowi satysfakcję z nabycia produktów. Jednocześnie w gazetce zamieszczono informacje o okresowym charakterze oferty lub do wyczerpania zapasów, co musi prowadzić do wniosku, że sprzedaż wskazywanych produktów w oferowanej cenie może nawet zakończyć się wcześniej.**

Zmierzają to niewątpliwie do uruchomienia procesu skojarzeniowego u potencjalnego nabywcy, że zakup winien być natychmiast zrealizowany albowiem okres oferty minie lub wyczerpią się wcześniej zapasy produktów. Tym samym nie należy odkładać w czasie zakupu na później. Determinuje to wniosek, że jej celem było zwiększenie sprzedaży produktów oferowanych przez aptekę. Wprawdzie gazetki z izby ekspedycyjnej nie były rozprowadzane na zewnątrz apteki (brak jest dowodów w tym zakresie), ale do uznania reklamowego charakteru gazetki bez znaczenia jest, czy reklama adresowana jest do klientów już pozyskanych, czy też potencjalnych. Nie można też przyjąć, że reklama adresowana jest tylko do „nowych” klientów. Jej celem jest również zachęcenie do dalszego korzystania z usług apteki osób, które już się w niej zaopatrują. Kwestia zaś publicznego charakteru reklamy apteki lub punktu aptecznego bądź ich działalności nie ma w obecnym stanie prawnym jakiegokolwiek znaczenia, a więc bez znaczenia jest okoliczność, że gazetki znajdowały się wyłącznie w aptece, a nie były kolportowane poza jej lokalem.

Nie można zgodzić się z wyjaśnieniami kierownika, czy też pełnomocnika strony, że eksponowanie plakatu zawierającego informację dotyczącą 100% gwarancji realizacji każdej recepty wynikało z chęci respektowania zapisów art. 95 ustawy Prawo farmaceutyczne, czy też zdyscyplinowania personelu. Nie chodzi także o wskazany czas realizacji recepty. Eksponowanie takich treści z punktu widzenia pacjenta ma zachęcić go do zrealizowania recepty w tej aptece, zachęcić pacjenta do dokonania określonych transakcji w przedmiotowej aptece, co przesądza jednoznacznie dla każdego, przeciętnego odbiorcy takiego przekazu, że ma on charakter reklamowy, jego celem jest reklama działalności apteki w zakresie realizacji każdej recepty, braku konieczności poszukiwania leku w innej aptece, nawet w przypadku jego chwilowego braku. Przekaz ma zachęcić pacjenta, aby w przypadku braku leku w przedmiotowej aptece jednak powrócił i nabył lek, oczekując na jego sprowadzenie do tej konkretnej apteki.

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 z 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.

Przekazane informacje o usunięciu plakatów pozwoliło na uznanie, że zaprzestano prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki oraz jej działalności - na dzień wydawania niniejszej decyzji. Mając to na uwadze bezprzedmiotowym następczo po wszczęciu postępowania stało się wydanie nakazu - na podstawie art. 94a ust. 3 Pf - zaprzestania prowadzonej reklamy w sposób ustalony w trakcie postępowania albowiem na dzień wydania niniejszej decyzji reklama nie jest już prowadzona. W związku z tym w tej części z przyczyn faktycznych należało umorzyć postępowanie na podstawie art. 105 § 1 k.p.a.

Pomimo jednak zaprzestania działań o charakterze reklamowym aktualizuje się obowiązek organu do postąpienia zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 1 i 2 *Prawa farmaceutycznego*.

Ustalając wymiar kary nie stracił z pola widzenia, że przekaz reklamowy występował przez krótki okres czasu (około dwa tygodnie), strona dobrowolnie zaprzestała prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki, usunięto materiały reklamowe po wszczęciu postępowania. Mogłoby to przemawiać za wymierzeniem stosunkowo niskiej kary pieniężnej. Jednak okolicznościami wpływającymi na wymierzenie wyższej kary przemawiają inne okoliczności.

Mianowicie bezspornym jest, że ustawowy zakaz reklamy aptek i ich działalności obowiązuje już bardzo długi czas, a adresatem jego przestrzegania są profesjonalni uczestnicy obrotu prawnego, jakim są przedsiębiorcy. [...] z siedzibą w [...] jest działającym od wielu lat na rynku aptecznym podmiotem o kapitale akcyjnym wynoszącym ponad 70 mln złotych, a więc jest wręcz bardzo dużym przedsiębiorcą znakomicie orientującym się w zakresie obowiązków jakie obciążają podmiot prowadzący aptekę. Prowadzi wiele aptek i wchodzi w skład grupy kapitałowej prowadzącej apteki na terenie całego kraju, jak również za granicą. W tym kontekście podejmowanie przez taki podmiot działań reklamowych musi spotkać się ze szczególną sankcją w zakresie wymiaru kary pieniężnej przez organ administracji. Działania takiego podmiotu muszą być oceniane odmiennie, niż działanie przedsiębiorcy prowadzącego jedną aptekę. Mając powyższe na uwadze przy rozważeniu okoliczności o charakterze przedmiotowym zaistniałego deliktu administracyjnego, a więc krótkiego okresu trwania reklamy, ale jednocześnie jego natężenie poprzez skorelowanie działań na zewnątrz lokalu apteki (plakat na drzwiach wejściowych apteki) oraz wewnątrz apteki w izbie ekspedycyjnej apteki, przemyślanej formy powiązanych działań reklamowych, ale także okoliczności o charakterze podmiotowym, a to wspomnianej wielkości podmiotu gospodarczego i długoletniej działalności w zakresie prowadzenia aptek, organ wymierzył karę pieniężną w wysokości 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych). Na taką wysokość kary miała znaczący wpływ jeszcze jedna okoliczność, a to uprzednie naruszenie ustawowego zakazu reklamy.

Mianowicie ostateczną decyzją z dnia 30 marca 2016 r., znak: FAKR-IV.8521.1.29.2015 została podmiotowi aptekę wymierzona kara pieniężna w wysokości 2000,00 zł, za prowadzenie reklamy apteki pn. „[...]” położonej w [...], Decyzja ta została utrzymana w mocy przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego w dniu 8 lutego 2019 r., a więc przedsiębiorca podjął działania reklamowe innej apteki po uprzednim ukaraniu i w trakcie postępowania w II instancji. Świadczy to o świadomym i celowym lekceważeniu ustawowego zakazu poprzez podejmowanie kolejnych działań reklamowych. Stąd w przekonaniu organu nałożenia kary w takiej wysokości musi odegrać w przypadku tego właśnie podmiotu prowadzącego aptekę rolę prewencyjną, mającą zapobiec ponownemu naruszeniu zakazu w przyszłości, a więc nie może ona być niższa i musi być ona z tego powodu znaczna, niezależnie od wskazanych wyżej okoliczności mogących przemawiać za niższą karą ze względu na czas prowadzenia reklamy.

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 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. Z dniem doręczenia oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna.

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**, 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.

Otrzymują:

1. [...]

2. a/a