

Poznań, dnia 22 maja 2023 r.

**WIELKOPOLSKI
WOJEWÓDZKI INSPEKTOR
FARMACEUTYCZNY**

WIF(...)

D E C Y Z J A

Na podstawie art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a i art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2022 r., poz. 200 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą - Prawo farmaceutyczne” i art. 105 § 1 w związku z art. 104 § 1 i 2 oraz art. 107 § 1 i 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2023 r., poz.775), zwanej dalej „K.p.a.” Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny:

- 1) umarza postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia przez przedsiębiorcę – (...) z siedzibą w (...), nr wpisu do KRS: (...) niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie „(...)” zlokalizowanej przy ul. (...) w (...) polegającej na promowaniu w/w placówki ochrony zdrowia poprzez:
 - kolportaż broszury informacyjnej opatrzonej nazwą „(...)” zatytułowanej „(...)” zawierającej informacje prozdrowotne oraz promującej produkty marki (...);
 - kolportaż gazetek zatytułowanych „(...)” zawierających informacje o produktach leczniczych i wyrobach medycznych z wyeksponowaną ich ceną, ze wskazaniem, że cena jest rekomendowana przez producenta i obowiązuje w konkretnym przedziale czasowym ze względu na zaprzestanie prowadzenia przez stronę reklamy apteki przed wydaniem decyzji;**

2) umarza postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia przez przedsiębiorcę – (...) z siedzibą w (...), nr wpisu do KRS: (...) niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie „(...)” zlokalizowanej przy ul. (...) w (...) polegającej na promowaniu w/w placówki ochrony zdrowia poprzez kolportaż ulotek zawierających nazwę apteki, jej dane teleadresowe, informację o godzinach czynności oraz mapkę poglądową określającą położenie apteki z uwagi na brak przesłanek uzasadniających stwierdzenie naruszenia art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego;

3) nakłada na: przedsiębiorcę – (...) z siedzibą w (...), nr wpisu do KRS: (...) karę pieniężną w kwocie 8 000 zł (osiem tysięcy złotych) za prowadzenie w (...) r. wskazanej w punkcie 1 decyzji reklamy placówki ochrony zdrowia.

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

Apteka ogólnodostępna o nazwie „(...)” zlokalizowana przy ul. (...) w (...) działa na podstawie zezwolenia nr (...), znak: (...) udzielonego przez Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w dniu (...) r., zmienionego decyzją tegoż organu z dnia (...) r., znak: (...) Placówka prowadzona jest przez przedsiębiorcę (...) z siedzibą w (...), nr wpisu do KRS: (...).

Pismem z dnia (...) r., znak: (...).(…) Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego tj. stosowanie niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie „(...)” zlokalizowanej przy ul. (...) w (...) oraz w sprawie nałożenia kary pieniężnej za prowadzenie przedmiotowej reklamy.

W tej samej dacie organ wojewódzki wezwał stronę do złożenia pisemnych wyjaśnień na okoliczność prowadzenia reklamy w/w placówki ochrony zdrowia, a w szczególności o wskazanie:

1. Na czyje zlecenie prowadzony jest kolportaż:
 - ulotek zawierających nazwę apteki, jej dane teleadresowe, informację o godzinach czynności oraz mapkę poglądową określającą położenie apteki;
 - broszury informacyjnej opatrzonej nazwą „(...)(...)” zatytułowanej „(...)” zawierającej informacje prozdrowotne oraz promującej produkty marki (...);
 - gazetek zatytułowanych „(...)” zawierających informacje o produktach leczniczych i wyrobach medycznych z wyeksponowaną ich ceną, ze wskazaniem, że cena jest rekomendowana przez producenta i obowiązuje w konkretnym przedziale czasowym?

Jeśli zlecenia kolportażu w/w materiałów dokonały różne podmioty, proszono o wyszczególnienie kto i jakiego zlecenia dokonał.
2. W jakiej dacie rozpoczęto kolportaż materiałów, o których mowa powyżej (proszę o wyszczególnienie dla każdego ze wskazanych materiałów)? Czy w/w materiały nadal znajdują się w aptece? Jeśli nie, proszono o wskazanie daty, w której zaprzestano korzystania z w/w materiałów.
3. Czy materiały, o których mowa powyżej dostępne są wyłącznie w lokalu apteki czy też są przekazywane pacjentom poza nim, a jeśli tak, proszono o wskazanie sposobu dostarczania materiałów pacjentom.
4. Jaki był nakład wyżej opisanych materiałów i jaka ilość została wydana pacjentom?
5. Czy nadal prowadzony jest kolportaż wskazanego materiału?
6. Czy zamówienie na w/w materiały promocyjne było jednorazowe czy też odbywa się cyklicznie?
7. Czy w związku z prowadzeniem apteki ogólnodostępnej o nazwie „(...)” zlokalizowanej przy ul. (...) w (...) podejmowane są jakiegokolwiek działania

mające na celu promowanie w/w placówki, a jeśli tak, proszono o wskazanie jakie to działania i przedłożenie przykładowych materiałów na w/w okoliczność.

W dniu (...) r. do WIF w Poznaniu wpłynęło pismo pełnomocnika strony, w którym przedstawiono stanowisko przedsiębiorcy w związku z naruszeniem zakazu, o którym mowa w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, oraz wskazano, że materiał określony w wezwaniu nie był kolportowany, a jedynie dostępny w lokalu apteki, nie dokonywano jego dystrybucji. Spółka nie wskazała daty umieszczenia materiałów w aptece, wyjaśniła natomiast, że na dzień udzielania odpowiedzi materiały nie były dostępne.

Pismem z dnia (...) r., znak: (...).(…) zobowiązano pełnomocnika strony do przedłożenia dokumentu potwierdzającego uiszczenie opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa. W/w czynności dopełniono przy piśmie z dnia (...) r.

W dniu (...) r. pracownik WIF w Poznaniu dokonał weryfikacji złożonych przez stronę oświadczeń i ustalił, że na dzień podejmowania czynności w aptece nie znajdowały się materiały, których ujawnienie stanowiło podstawę do wszczęcia postępowania prowadzonego pod sygnaturą (...).(…), ani też inne materiały promocyjne.

Pismem z dnia (...) r., znak: (...).(…) Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił stronę, o zamiarze zakończenia postępowania administracyjnego w niniejszej sprawie oraz o możliwości, przed wydaniem decyzji przez organ I instancji, wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Strona nie skorzystała z przysługującego jej prawa.

Decyzją z dnia (...) r., znak: (...).(…) Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny umorzył postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia przez przedsiębiorcę – (...) z siedzibą w (...), nr wpisu do KRS: (...) niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie „(...)”

zlokalizowanej przy ul. (...) w (...) polegającej na promowaniu w/w placówki ochrony zdrowia poprzez:

- kolportaż ulotek zawierających nazwę apteki, jej dane teleadresowe, informację o godzinach czynności oraz mapkę poglądową określającą położenie apteki;

- kolportaż broszury informacyjnej opatrzonej nazwą „(...)(...)” zatytułowanej „(...)” zawierającej informacje prozdrowotne oraz promującej produkty marki (...);

- kolportaż gazetek zatytułowanych „(...)” zawierających informacje o produktach leczniczych i wyrobach medycznych z wyeksponowaną ich ceną, ze wskazaniem, że cena jest rekomendowana przez producenta i obowiązuje w konkretnym przedziale czasowym ze względu na zaprzestanie prowadzenia przez stronę reklamy apteki przed wydaniem decyzji oraz nałożył na: przedsiębiorcę – (...) z siedzibą w (...), nr wpisu do KRS: (...) karę pieniężną w kwocie 8 000 zł (osiem tysięcy złotych) za prowadzenie w (...) r. reklamy wskazanej wyżej placówki ochrony zdrowia.

Decyzją z dnia (...) r., znak: (...) Główny Inspektor Farmaceutyczny utrzymał w mocy w/w rozstrzygnięcie organu I instancji.

Wyrokiem z dnia (...) r., sygn. akt: (...) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie oddalił skargę na wyżej wskazaną decyzję organu drugoinstancyjnego.

Wyrokiem z dnia (...) r., sygn. akt: (...) Naczelny Sąd Administracyjny uchylił w/w rozstrzygnięcie sądu pierwszoinstancyjnego oraz obie decyzje organów inspekcji farmaceutycznej.

Pismem z dnia (...) r., znak: (...).(…) Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił że przed tut. organem toczy się postępowanie administracyjne w sprawie naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego tj. prowadzenie niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie „(...)” zlokalizowanej przy ul. (...) w (...) poprzez:

- kolportaż broszury informacyjnej opatrzonej nazwą „(...)(...)” zatytułowanej „(...)” zawierającej informacje prozdrowotne oraz promującej produkty marki (...);

- kolportaż gazetek zatytułowanych „(...)” zawierających informacje o produktach leczniczych i wyrobach medycznych z wyeksponowaną ich ceną, ze wskazaniem, że cena jest rekomendowana przez producenta i obowiązuje w konkretnym przedziale czasowym

oraz w sprawie nałożenia kary pieniężnej za prowadzenie przedmiotowej reklamy. Ponadto stronę pouczono o przysługujących jej prawach.

W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy zważyłem, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, że niniejsze rozstrzygnięcie stanowi konsekwencję orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia (...) r., sygn. akt: (...), którym uchylono w całości wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia (...) r., sygn. akt: (...) oddalający skargę od decyzji Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia (...) r., znak: (...) oraz którym uchylono także obie zapadłe w sprawie decyzje organów inspekcji farmaceutycznej. We wskazanym rozstrzygnięciu NSA wskazał, że: *„podziela stanowisko przedstawione w zaskarżonym wyroku, że umieszczenie w lokalu broszury informacyjnej i katalogu produktów stanowi reklamę apteki, bowiem zmierza do zwiększenia sprzedaży produktów w tej konkretnej aptece, zachęcając w ten sposób do skorzystania z usług danej apteki. W konsekwencji uznać należy, że wskazane wyżej materiały umieszczone w lokalu apteki miały na celu przyciągać uwagę potencjalnych klientów, zachęcając ich do zakupów w tej aptece, co odpowiadało reklamie w rozumieniu art. 94a ust. 1 p. f.”*. Ponadto w cytowanym wyroku wskazano także, że *„W myśl art. 94a ust. 1 p. f. zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Z treści zdania drugiego przytoczonego przepisu wynika, że informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego nie stanowi reklamy. Jeśli treść informacji ogranicza się jedynie do lokalizacji i godzin pracy apteki, wówczas nie mamy do czynienia z zabronioną reklamą apteki. Informacje tego rodzaju zostały bowiem wprost*

wyłączone z uregulowanego w art. 94a ust. 1 p.f. zakresu reklamy (por. wyroki NSA z: 12 marca 2020 r., sygn. akt II GSK 3613/17, 2 września 2021 r., sygn. akt II GSK 443/21, 22 października 2021 r., sygn. akt 778/21, 11 stycznia 2022 r., sygn. akt II GSK 2478/21, 23 lutego 2022 r., sygn. akt II GSK 1343/18, 6 października 2022 r., sygn. akt II GSK 739/19).

Wprawdzie nazwa apteki nie została wymieniona wśród włączeń z art. 94a ust. 1 zdanie 2 p. f., jednak przyjęć należy, że spełnianie funkcji informacyjnej w zakresie lokalizacji i godzin pracy apteki uzasadnia podanie również nazwy apteki "(...)", która sama w sobie nie zawiera treści o charakterze reklamy. Poza tym należy podnieść, że informacja wskazująca tylko na lokalizację i godziny pracy nie byłaby w istocie informacją, gdyż nie identyfikowałaby, jakiego podmiotu dotyczy. Posiadanie przez apteki określonych nazw własnych jest powszechnie przyjęte i dozwolone. W zakresie pojęcia dozwolonej informacji o aptece określonej w art. 94a ust. 1 p. f. z natury rzeczy mieści się zatem również określenie (a więc nazwa) skonkretyzowanej apteki.

Ustawodawca nie określił również formy dopuszczalnej informacji, miejsca i czasu jej rozpowszechniania. Ustawodawca nie dał też żadnych normatywnych wskazówek co do wielkości, wyglądu, miejsca umieszczenia dozwolonych informacji. W takiej sytuacji dla oceny umieszczenia w przestrzeni publicznej informacji o lokalizacji i godzinach otwarcia apteki - czy w konkretnych okolicznościach faktycznych sprawy zachodzi wyłączenie z pojęcia reklamy, o którym mowa w art. 94a ust. 1 zdanie drugie p. f. - nie mają znaczenia takie okoliczności, jak intencje towarzyszące umieszczającemu informacje, widoczność i zasięg nośnika informacyjnego, a także forma, w jakiej informacje te zostały zamieszczone i to nawet przy szerokim podejściu rozumienia "reklamy apteki".

Uznanie zasadności zarzutu kasacyjnego błędnej wykładni i zastosowania art. 94a ust. 1 p. f. w części dotyczącej umieszczonej w lokalu apteki gazetki zawierającej informacje o lokalizacji i godzinach pracy apteki prowadzi w konsekwencji do uwzględnienia zarzutu niewłaściwego zastosowania art. 129 ust. 1 p. f.

Sąd pierwszej instancji, przyjmując, że poprzez kolportaż: ulotek zawierających nazwę apteki, jej dane teleadresowe, informację o godzinach czynności oraz mapkę poglądową określającą położenie apteki, broszury informacyjnej opatrzonej nazwą "(...)(...)" zatytułowanej

"(...)" zawierającej informacje prozdrowotne oraz promującej produkty marki (...) oraz gazetek zatytułowanych "(...)" doszło do naruszenia art. 94a ust. 1 p. f., zaakceptował wysokość nałożonej na skarżącą spółkę kary pieniężnej. W sytuacji, gdy z opisu stwierdzonych naruszeń zostało wyeliminowane jedno naruszenie, zachodzi konieczność dokonania ponownej oceny przesłanek wymierzenia kary pieniężnej określonych w art. 129b ust. 2 p. f.". Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż zgodnie z art. 153 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi: „Ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania wyrażone w orzeczeniu sądu wiążą w sprawie organy, których działanie, bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania było przedmiotem zaskarżenia, a także sądy, chyba że przepisy prawa uległy zmianie”. Przez ocenę prawną należy rozumieć osąd o prawnej wartości sprawy. Ocena prawna może dotyczyć stanu faktycznego, wykładni przepisów prawa materialnego i procesowego, prawidłowości korzystania z uznania administracyjnego, jak i kwestii zastosowania określonego przepisu prawa jako podstawy do wydania decyzji. W pojęciu „ocena prawna” mieści się przede wszystkim wykładnia przepisów prawa materialnego i prawa procesowego. Przepis art. 153 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, że ani organ administracji publicznej ani sąd orzekając ponownie w tej samej sprawie nie mogą nie uwzględnić oceny prawnej i wskazań wyrażonych wcześniej w orzeczeniu sądu, gdyż są nimi związane.

Podstawę rozstrzygnięcia przyjętą przez organ I instancji w rozpatrywanej sprawie o umorzeniu postępowania stanowi art. 105 § 1 Kpa. Zgodnie z tym przepisem, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości lub w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. Umorzenie postępowania zamyka drogę do konkretyzacji praw lub obowiązków stron i kończy bieg postępowania w określonej instancji administracyjnej, stanowiąc załatwienie sprawy "w inny sposób" w rozumieniu art. 104 § 1 Kpa. Jest to orzeczenie formalne, kończące postępowanie bez jego merytorycznego rozstrzygnięcia. W orzecznictwie sądowym oraz piśmiennictwie nie

budzi wątpliwości, iż bezprzedmiotowość postępowania ma miejsce w sytuacji, gdy istnieją okoliczności czyniące wydanie decyzji administracyjnej rozstrzygającej sprawę co do jej istoty prawnie niemożliwym z uwagi na brak przedmiotu postępowania. Umorzenie postępowania nie jest zależne ani od woli organu administracji, ani tym bardziej pozostawione do uznania organu - organ ten jest zobowiązany do umorzenia postępowania w przypadku stwierdzenia jego bezprzedmiotowości. Zgodnie z ogólnie przyjętą linią orzecznictwa sądowo – administracyjnego postępowanie może być bezprzedmiotowe z przyczyn prawnych – gdy okaże się, że nie ma normy prawnej udzielającej organowi administracji publicznej kompetencji do wydania decyzji administracyjnej, lub z przyczyn faktycznych – gdy okaże się, że nie ma okoliczności faktycznych uzasadniających według hipotezy normy prawnej kompetencję organu administracji publicznej do wydania decyzji administracyjnej. Wówczas to jakiegokolwiek rozstrzygnięcie merytoryczne, pozytywne czy negatywne staje się prawnie niedopuszczalne. Z bezprzedmiotowością postępowania mamy do czynienia wówczas, gdy w sposób oczywisty organ stwierdzi brak podstaw prawnych i faktycznych do rozstrzygnięcia merytorycznego sprawy. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie między innymi w wyroku NSA z dnia 18 czerwca 1995 r. SA/Łd 2424/94, ONSA 1996, nr 2, poz. 80.

Przepis art. 94a ust. 2 Prawa farmaceutycznego stanowi, że *„Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek i punktów aptecznych”*. Z zapisu tego jednoznacznie wynika, że organem właściwym do rozpatrzenia sprawy naruszenia zakazu reklamy apteki zlokalizowanej na terenie (...) jest Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny.

Z dniem 1 stycznia 2012 r. znowelizowane zostały przepisy ustawy z dnia 06 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2022 r., poz. 2000 z późn. zm.) dotyczące reklamy aptek. Zgodnie z art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego

„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 ogólnodostępnych 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. Cytowany wyżej przepis dopuszcza dwa przypadki kierowania informacji do potencjalnych klientów apteki lub punktu aptecznego, które nie stanowią ich reklamy. Są to informacje o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Powołany przepis nie przewiduje dalszych odstępstw od zasady przyjętej w pierwszym zdaniu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego. Należy zatem przyjąć, że reklamą jest „wszystko”, co nie jest informacją o lokalizacji i godzinach pracy apteki.

Prawo farmaceutyczne nie zawiera ustawowej definicji reklamy działalności aptek (brak definicji legalnej reklamy działalności aptek ogólnodostępnych), w związku z powyższym przy definiowaniu pojęcia „reklama” należy odwołać się do opracowań słownikowych oraz orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wskazał w wyroku z dnia 01 lutego 2008 r. (sygn. Akt VII S.A./Wa 1960/07), że *„Przy zastosowaniu analogii do ustawowej definicji reklamy produktu leczniczego, określonej w art. 52 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne, za reklamę działalności apteki lub punktu aptecznego można uznać działalność polegającą na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w danej aptece lub punkcie aptecznym, mającą na celu zwiększenie sprzedaży. Reklamą apteki może być każde działanie, skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych”.* Podobne stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 17 października 2008 r., (sygn. Akt VII S.A./Wa 698/08) stwierdzając, że

„Reklamą działalności apteki będzie [...] zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece – niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków – jeżeli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych” oraz w wyroku z dnia 20 września 2010 r. (sygn. Akt VI S.A./Wa 838/10) stanowiąc, że „za reklamę apteki należy uznać wszelkie działania polegające na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w danej aptece lub punkcie aptecznym, mające na celu zwiększenie ich sprzedaży”. Kierując się słownikowym rozumieniem pojęcia reklamy przyjmuje się, że reklamą jest każde działanie, które ma na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług (por. Wielki Słownik Wyrazów Obcych pod red. M. Bańki, PWN, Warszawa 2003). W „Wielkim Słowniku Wyrazów Obcych” pod redakcją M. Bańki, PWN, Warszawa 2003, podano, że reklamą jest działanie mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług („Wielki Słownik Wyrazów Obcych” pod redakcją M. Bańki, wyd. PWN, Warszawa 2003 r.) Formy reklamy mogą być różnorodne, są to np. plakaty, ulotki, spoty w telewizji, bilbordy”. Podobnie pojęcie reklamy jest rozumiane przez Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 02 października 2007 r. stwierdził on, że: „reklama oznacza każde przedstawienie (wypowiedź) w jakiegokolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów, dokonane w celu wspierania zbytu towarów lub usług. Powszechnie za reklamę uważa się wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierając w sobie elementów oceniających ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna (...). Przy rozróżnieniu informacji od reklamy trzeba mieć zatem na względzie, że podstawowym wyznacznikiem przekazu reklamowego jest nie tylko mniej lub bardziej wyraźna zachęta do kupna towaru, ale i faktyczne intencje podmiotu dokonującego przekazu oraz odbiór przekazu przez jego adresatów. 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”. Na uwagę w tym miejscu zasługuje również treść wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27

kwietnia 2016 r., sygn. akt: II GSK 2704/14, w którym wskazano, że „Ustawodawca, ograniczając dopuszczalność reklamy leków i zakazując reklamy aptek, ma na uwadze ochronę zdrowia ludzkiego, kieruje się więc ważnym interesem publicznym w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP. W ramach prawidłowo funkcjonującego systemu ochrony zdrowia powinny bowiem funkcjonować mechanizmy, które pozwalają na zakup leków wtedy, kiedy są one rzeczywiście niezbędne, a nie wtedy, gdy pojawia się taka pokusa wywołana reklamą. Z tych powodów reklamy leków i aptek nie można uznać za działalność jednoznacznie nakierowaną na dobro pacjentów”. Zauważyć należy, że w orzecznictwie sądowo – administracyjnym prezentowany jest także pogląd, że przy rozstrzyganiu kwestii prowadzenia przez przedsiębiorcę reklamy apteki uwzględnić należy przede wszystkim formę, w jakiej zrealizowane zostały materiały, w związku z którymi wszczęto postępowanie administracyjne w sprawie naruszenia art. 94a Prawa farmaceutycznego. Orzecznictwo wskazuje bowiem, że reklamą działalności apteki może być każde działanie zmierzające do zwiększenia sprzedaży w aptece, a reklama może przy tym przyjmować różne formy, w szczególności: haseł, sloganów, spotów TV, ulotek, billboardów, folderów, czy też gazetek (zob. wyrok WSA w Warszawie z 1.02. 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 1960/07). Trzeba w tym miejscu zauważyć, że ustawodawca formułując w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego (zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych) nie miał obowiązku wyraźnego wskazania, jakie formy reklamy w/w placówek są zabronione. Zastrzeżenie takie byłoby konieczne, gdyby z ogólnego zakazu ustawodawca zamierzał wyłączyć określoną formę reklamy, czego jednak nie uczynił. Wobec powyższego zdaniem Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego skoro z treści wskazanego wyżej przepisu nie wynika, by zakaz dotyczył prowadzenia reklamy tylko w konkretnej formie, to przyjąć należy, że żadna forma reklamy apteki nie jest dopuszczalna. Za reklamę uznać należy zatem każdy rodzaj materiału, który bezpośrednio lub pośrednio wiąże się z działaniami marketingowymi.

W omawianej sprawie organ wojewódzki stwierdził, iż w przedmiotowej aptece prowadzony był kolportaż trzech rodzajów materiałów – broszur i ulotek oraz kolportaż gazetek.

Broszury i ulotki.

Jak wynika z akt sprawy, podstawą do wszczęcia postępowania prowadzonego pod sygnaturą (...)(...) było ujawnienie w aptece kolportażu ulotek zawierających nazwę apteki, jej dane teleadresowe, informację o godzinach czynności oraz mapkę poglądową określającą położenie apteki oraz broszur informacyjnych opatrzonych nazwą „(...)(...)” zatytułowanych „(...)” zawierających informacje prozdrowotne oraz promujące produkty marki (...). W toku postępowania wyjaśniono, że materiał określony w wezwaniu nie był kolportowany, a jedynie dostępny w lokalu apteki, nie dokonywano jego dystrybucji. Spółka nie wskazała daty umieszczenia materiałów w aptece, wyjaśniła natomiast, że na dzień udzielania odpowiedzi materiały nie były już dostępne. Zauważyć w tym miejscu należy, że zgodnie z literalnym brzmieniem definicji zawartej w Słowniku Języka Polskiego PWN „ulotką” jest kartka papieru, broszura itp. z krótkim tekstem o treści politycznej lub reklamowej.

Na uwagę w tym miejscu zasługuje, że kolportaż ulotek zawierających nazwę apteki, jej dane teleadresowe, informację o godzinach czynności oraz mapkę poglądową określającą położenie apteki został uznany przez Naczelny Sąd Administracyjny za działanie nienaruszające zakazu, o którym mowa w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, stąd też tutaj organ - będąc związany oceną prawną przedstawioną w zapadłych orzeczeniach sądów administracyjnych I i II instancji – nie znajduje przesłanek do stwierdzenia, że opisane powyżej działanie stanowi delikt administracyjny.

W świetle uzasadnienia cytowanego wcześniej wyroku NSA, zdaniem Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego nie ma wątpliwości co do tego, iż sporny materiał w postaci broszur ma charakter

promocyjny/marketingowy, którego celem było przyciągnięcie pacjentów do apteki, jak i nie ma wątpliwości co do tego, że działań naruszających art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego dopuścił się właściciel apteki objętej postępowaniem prowadzonym pod sygnaturą: (...).(…). Podkreślić należy, że sporne broszury zawierały nazwę własną sieci „(...)”, wykonane były w kolorystyce i szacie graficznej charakterystycznej dla w/w sieci. Sam przedsiębiorca przyznał, że materiał był dostępny w prowadzonej przez niego aptece, natomiast kolportaż nie był dokonywany poza placówką. Biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy oraz ogólnie przyjętą linię orzecznictwa sądowno – administracyjnego Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny stwierdza, iż bez znaczenia dla sprawy pozostaje fakt czy w/w materiał znajdował się wyłącznie w placówce prowadzonej przez strony niniejszego postępowania czy też poza nią. O tym, czy informacja umieszczona w aptece ma charakter reklamowy decyduje przede wszystkim jej forma, treść oraz dostępność dla ogółu społeczeństwa. Zauważyć należy, iż dostęp pacjentów do apteki jest niczym nie ograniczony, a co za tym idzie dostęp do znajdujących się wewnątrz materiałów reklamowych może mieć także nieograniczona ilość pacjentów, którzy również mogą udostępniać dalej zabrane z apteki materiały marketingowe. Powyższe uzasadnia zatem uznanie, że omawiane broszury skierowane są do publicznej wiadomości, co zdaniem Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego przesądza o tym, że stanowią reklamę w/w apteki ogólnodostępnej. Ponadto, jak wskazano w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 maja 2015 r., sygn. VI SA/Wa 3017/14 „*W ocenie Sądu, nie jest istotne z punktu widzenia zakazu reklamy aptek, czy reklama dokonywana jest wewnątrz, czy też na zewnątrz danej apteki. Jej działalność reklamowa może przejawiać się tak we wnętrzu lokalu aptecznego, jak i poza nim. Przepis art. 94a p. f. nie wyznacza granic miejscowych reklamy*”. Z uwagi na fakt, że omawiany materiał dostępny był w aptece i przez wzgląd na treść złożonych wyjaśnień, z których wynika wprost dalsze udostępnianie materiałów w aptece, nie ma przesłanek do uznania, że reklamy apteki nie prowadzono.

Gazetki.

Kolejnym działaniem uznanym za promujące aptekę objętą postępowaniem prowadzonym pod sygnaturą (...).(…) jest działanie polegające na kolportażu gazetek zatytułowanych „(…)” zawierających informacje o produktach leczniczych i wyrobach medycznych z wyeksponowaną ich ceną, ze wskazaniem, że cena jest rekomendowana przez producenta i obowiązuje w konkretnym przedziale czasowym. Jak już wskazano wcześniej, strona w toku postępowania wyjaśniła, że materiał określony w wezwaniu nie był kolportowany, a jedynie dostępny w lokalu apteki, nie dokonywano jego dystrybucji. Spółka nie wskazała daty umieszczenia materiałów w aptece, wyjaśniła natomiast, że na dzień udzielania odpowiedzi materiały nie były już dostępne. Na uwagę zasługuje, że już na pierwszej stronie gazetki widać zdjęcia produktów leczniczych, ich nazwy oraz ceny. Ceny w kolorze czerwonym przedstawiono na jaskrawo żółtym tle, a przy nich umieszczono symbol „*” . Podkreślenia wymaga, że w teorii psychologii kolorów w branży reklamowo – marketingowej wskazuje się na to, iż kolor czerwony jest kolorem emocjonalnie intensywnym, mającym na celu wywołanie u klienta działania impulsywnego. Przenosi teksty oraz obrazy na plan pierwszy. Powinien być używany jako akcent stymulowania ludzi do podjęcia szybkiej decyzji. Kolor ten jest doskonałą barwą dla nagłówków typu: „okazja”, „tylko teraz”, a także dla nakierowania uwagi potencjalnego klienta na konkretną ofertę promocyjną. Eksperci ds. marketingu i reklamy zgodnie prezentują stanowisko, że kolor czerwony to kolor jednoznacznie kojarzony przez klientów z promocją (dr Marek Borowiński, ekspert ds. visual merchandising w artykule dostępnym na pod adresem: <https://innpoland.pl/133939,na-to-uwazaj-w-sklepach-ekspert-zdradza-nam-jak-manipulujac-kolorami-mozna-robic-promocje-ktorych-nie-ma> wyjaśnia, że w Polsce i w Europie funkcjonuje kod, w którym napis „promocja” musi być czerwony na żółtym tle lub odwrotnie). We wskazanym wyżej artykule dr Borowiński wskazuje, że

przeprowadził eksperyment polegający na umieszczeniu napisu czerwonymi literami na żółtym tle „brak promocji”, a mimo to klienci wchodzili do sklepu, pytając czego dotyczy promocja. Uwzględniając powyższe w ocenie Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego po pierwsze – gazetka producencka sama w sobie jest już materiałem promującym aptekę, po wtóre zaś zrealizowaną w konkretnej szacie graficznej – nawet bez używania wprost haseł wskazujących na ofertę promocyjną należy potraktować tak, jakby taką ofertę zawierała. Uwzględniając formę i treść omawianego w niniejszym postępowaniu materiału Organ pierwszoinstancyjny stwierdza, że spornych gazetek nie można zakwalifikować jako wyciągu z listy cenowej apteki; materiał taki musiałby zawierać wyłącznie neutralne informacje jakimi są nazwa produktu oraz jego cena, z czym nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Kolportaż gazetki, w której umieszczono poglądowe zdjęcia produktów jakimi dysponuje apteka niewątpliwie ma na celu zwrócenie uwagi pacjentów na ofertę kierowaną do nich przez aptekę przedsiębiorcy i z całą pewnością nie stanowi neutralnej informacji skierowanej do potencjalnego pacjenta.

W ocenie Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego przedsiębiorca (...) niewątpliwie naruszył przepis art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, zakazujący prowadzenia reklamy aptek. Działania strony noszą znamiona reklamy w rozumieniu przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, wykraczają w sposób oczywisty poza działania, które ustawodawca dopuścił w drugim zdaniu powołanego przepisu („informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki”). Uwzględniając całość materiału dowodowego organ wojewódzki uznał, że naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego zostało usunięte, wobec czego nie ma podstaw do orzeczenia o nakazie zaprzestania prowadzenia reklamy przez w/w przedsiębiorcę, konieczne jest jednak nałożenie na niego stosownej kary, której wymiar został określony przy uwzględnieniu formy oraz czasookresu, w jakim reklama była prowadzona.

Zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 1 i 2 Prawa farmaceutycznego Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny nałożył na:

- (...) z siedzibą w (...), nr wpisu do KRS: (...) karę pieniężną w kwocie 8 000 zł (osiem tysięcy złotych) za prowadzenie w (...) r. reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie „(...)” zlokalizowanej przy ul. (...) w (...) uwzględniając okres, w jakim prowadzono reklamę w/w placówki ochrony zdrowia.

Zgodnie z art. 129b ust. 1 ustawy – Prawo farmaceutyczne karze pieniężnej w wysokości do 50.000 złotych podlega ten, kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki ogólnodostępnej. Ust. 2 stanowi, iż karę pieniężną, określoną w ust. 1, nakłada Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w drodze decyzji. Zgodnie z powołanym wyżej przepisem nałożenie kary na podmiot, który prowadzi niedozwoloną w rozumieniu art. 94a Prawa farmaceutycznego reklamę apteki, jest obligatoryjne.

Przy ustalaniu wymiaru kary pieniężnej nakładanej na podstawie przepisu art. 129b Prawa farmaceutycznego należy uwzględnić następujące okoliczności:

- 1) ilość rodzajów naruszeń art. 94a ust. 1 w/w ustawy - w omawianej sprawie stwierdzono dwa, omówione powyżej naruszenia;
- 2) forma zakazanej reklamy – prowadzenie kolportażu broszur oraz gazetek;
- 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 ust. 1 Prawa farmaceutycznego w aktualnie obowiązującym brzmieniu);
- 4) Okres naruszenia zakazu reklamy – (...) r. – strona zaprzestała prowadzenia w/w działalności reklamowej;
- 5) Niniejsze postępowanie dotyczyło naruszenia zakazu co do jednej apteki prowadzonej przez stronę.

W przedmiotowej sprawie ustalono jednoznacznie, że przedsiębiorca prowadzący wyżej określoną aptekę ogólnodostępną dopuścił się naruszenia zakazu reklamy aptek, a tym samym zasadne jest nałożenie na niego kary pieniężnej. Kara pieniężna powinna być skuteczna, proporcjonalna i odstrasżająca. Skuteczność kary przejawia się w możliwości jej nałożenia i wyegzekwowania. Żeby kara była odstrasżająca jej wysokość powinna być dotkliwa dla przedsiębiorcy. Kara nałożona na podmiot musi także spełniać funkcję prewencyjną oraz dyscyplinująco-represyjną, tj. być ostrzeżeniem dla przedsiębiorcy, mającym na celu niedopuszczenie do powstania nieprawidłowości w przyszłości. Wymierzona kara powinna być też proporcjonalna, to jest właściwa do osiągnięcia zakładanego celu, jakim jest zaprzestanie stosowania przez przedsiębiorcę zakazanej reklamy apteki, powinna także uwzględniać stopień i rozmiar naruszenia. Przez stopień naruszenia przepisów należy rozumieć m.in. intensywność, nasilenie reklamy oraz formę jej prowadzenia (np. reklama telewizyjna, radiowa, w prasie, kolportaż ulotek, uczestnictwo w programie lojalnościowym oraz ilość spotów reklamowych, nakład prasy, ilość ulotek, uczestnictwo w jednym czy kilku programach itd.). Stopień i okoliczności naruszenia należą do okoliczności faktycznych, które winny być ustalone przez organ w sprawie naruszenia zakazu określonego w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego oraz nałożenia kary pieniężnej przewidzianej w art. 129b ust. 1 tejże ustawy. Ustalając wysokość kary organ wojewódzki wziął pod uwagę stopień i okoliczności naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, czasokres prowadzenia niedozwolonej reklamy oraz jej formę. Ustalenie kary w wysokości 8 000 zł jest adekwatne do stopnia naruszenia prawa i szkodliwości czynu. Tut. Organ wskazuje, iż wymiar kary ma na celu nadanie jej roli prewencyjnej, która ma jednocześnie zapobiec ponownemu naruszeniu reklamy apteki i ich działalności. Art. 94a ust. 3 i 4 Prawa farmaceutycznego zobowiązuje wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego, w razie stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę prowadzącego aptekę ogólnodostępną przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, zakazującego prowadzenia reklamy apteki, do nakazania, w

drodze decyzji, zaprzestania prowadzenia takiej reklamy oraz nadania tej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

W tym stanie rzeczy orzekłem jak w sentencji decyzji.

P o u c z e n i e: Od niniejszej decyzji służy stronie odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za moim pośrednictwem (61-285 Poznań, ul Szwajcarska 5), w terminie czternastu dni od dnia jej doręczenia.

W myśl art. 127a Kpa: § 1. W trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania strona może zrzec się prawa do wniesienia odwołania wobec organu administracji publicznej, który wydał decyzję. § 2. Z dniem doręczenia organowi administracji publicznej oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania przez ostatnią ze stron postępowania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna.

Zgodnie z brzmieniem art. 129ba ust. 1 Prawa farmaceutycznego karę pieniężną uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja o nałożeniu kary pieniężnej stała się ostateczna. Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki za zwłokę w wysokości jak dla zaległości podatkowych. Wpłaty należy dokonać na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Poznaniu - 47 1010 1469 0026 1322 3100 0000.

Otrzymuje :

- 1) (...) (ZPO)
(...)
(...)
(...)
ul. (...)
(...)
- 2) ad acta (...)