



**DOLNOŚLĄSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY
WE WROCŁAWIU**

Wrocław, dnia 13 stycznia 2014 r.

WIF-WR-I.8523.80.2013

D E C Y Z J A

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu

I. na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2013 r. poz. 267),

umarza postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania [...] zaprzestania prowadzenia reklamy następujących aptek ogólnodostępnych [...] i ich działalności – za pomocą konkursu [...];

II. na podstawie art. 129b ust. 1-2 i 4 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.), art. 104 oraz art. 107 § 1 i § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego,

nakłada karę pieniężną na [...] za prowadzenie reklamy następujących aptek ogólnodostępnych i ich działalności – za pomocą konkursu [...], w kwocie 17000,00 zł (słownie złotych: siedemnaście tysięcy), którą należy wpłacić na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego we Wrocławiu, Pl. Powstańców Warszawy 1, 50-153 Wrocław, nr 37 10101674 0070 4122 3100 0000, w terminie 7 dni od dnia ustatecznienia się decyzji.

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

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, pismem z dnia 8 października 2013 r. (WIF-WR-I.8523.80.2013), na podstawie art. 61 § 4 K.p.a., zawiadomił [...] o wszczęciu, z urzędu, postępowania administracyjnego w przedmiocie nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy następujących aptek ogólnodostępnych o nazwie [...] położonych: we [...] przy [...], we [...] przy [...], we [...] przy [...], we [...] przy [...], we [...] przy [...], we [...] przy [...], w [...] przy [...] i w [...] przy [...], i ich działalności – polegającej na udziale ww. aptek w konkursie [...] zorganizowanym przez [...] – oraz nałożenia kary pieniężnej.

W toku postępowania przed Dolnośląskim Wojewódzkim Inspektorem Farmaceutycznym we Wrocławiu Strona, w odpowiedzi na wezwania Organu, wskazała, m.in., że nie podpisywała żadnej umowy z organizatorem konkursu, zgoda na udział ww. aptek nie miała charakteru pisemnego, warunki udziału aptek w konkursie nie zostały uregulowane w formie pisemnej, „apтека pośredniczyła jedynie w przekazywaniu nagród”. Spółka przesłana jednocześnie regulamin konkursu.

Spółka wniosła o umorzenie przedmiotowego postępowania administracyjnego.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, pismem z dnia 12 grudnia 2013 r. (WIF-WR-I.8523.80.2013), zawiadomił Stronę o zakończeniu postępowania wyjaśniającego w przedmiocie nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy następujących aptek ogólnodostępnych o nazwie [...] położonych: [...] i ich działalności – polegającej na udziale ww. aptek w konkursie [...] zorganizowanym przez [...] – oraz nałożenia kary pieniężnej. W piśmie tym poinformowano także Stronę, że w terminie siedmiu dni od dnia doręczenia niniejszego pisma Strona (jej przedstawiciel lub pełnomocnik) może – stosownie do treści art. 10 § 1 K.p.a. – przed wydaniem decyzji administracyjnej wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Strona nie skorzystała z ww. możliwości czynnego udziału w prowadzonym postępowaniu administracyjnym przed wydaniem niniejszej decyzji.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 94a ust. 1 zd. pierwsze 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 (art. 94a ust. 1 zd. drugie Prawa farmaceutycznego). Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego (art. 94a ust. 2 Prawa farmaceutycznego). W razie stwierdzenia naruszenia przepisu ust. 1 lub 1a wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje, w drodze decyzji, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy (art. 94a ust. 3 Prawa farmaceutycznego).

Przepis art. 94a Prawa farmaceutycznego został wprowadzony do porządku prawnego ustawą z dnia 30 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 75, poz. 492), na skutek implementacji – m.in. – dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (2004/27/WE). Sformułowany pierwotnie w jego treści zakaz dotyczył reklamy działalności aptek lub punktów aptecznych, skierowanej do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach. Przepis ten został jednak zmieniony z dniem 1 stycznia 2012 r. (zob. art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych; Dz. U. Nr 122, poz. 696). Obecnie, tj. w dniu wydania niniejszej decyzji, art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego stanowi – jak już wyżej wskazano – o zakazie reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Oznacza to, że zakaz ten został rozszerzony w kierunku jakiegokolwiek reklamy aptek, punktów aptecznych oraz – co ważne – ich działalności.

Spostrzec trzeba, że w aktualnym w sprawie stanie prawnym, tak samo jak przed dniem 1 stycznia 2012 r., brak jest definicji reklamy apteki i jej działalności.

Posiłkując się definicjami reklamy zawartymi w publikacjach słownikowych wskazać trzeba, że za reklamę uważa się każde działanie mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług (np. *Wielki Słownik Wyrazów Obcych*, pod red. M. Bańki, wyd. PWN, Warszawa 2003).

Oznacza to, że reklamą apteki i jej działalności może być każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, niezależnie od sposobu i metody jego przeprowadzenia oraz środków użytych do jego realizacji, jeżeli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych oferowanych w danej aptece/zachęcenie do korzystania z usług apteki. Reklama apteki może polegać na działaniu, które bezpośrednio nie będzie „zachęcać” do zakupu, ale będzie przyczynić się do tego, aby pacjent korzystał z usług apteki (w przyszłości) czy budować dobrą opinię o danym podmiocie (aptece). Objęcie zakazem „każdego działania” wyłącza z tej dyspozycji tylko jeden stan faktyczny, określony w zdaniu drugim ust. 1 art. 94a Prawa farmaceutycznego – kierowanie do publicznej wiadomości informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Zakaz reklamy ma szeroki charakter i obejmuje swym zakresem każdy rodzaj reklamy, a tym także reklamę skojarzeniową czy ukrytą. Reklama apteki i jej działalności może przyjmować różne formy zachęcania. Sąd Najwyższy wyraził stanowisko, iż: „powszechnie przyjmuje się, 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. [...] Przy rozróżnieniu informacji od reklamy trzeba mieć 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 podmioty, do których jest kierowany. 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. Wszelkie promocje, w tym cenowe, są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje. Nie są natomiast reklamą m.in. listy cenowe, które zawierają jedynie informację o cenach towarów lub usług i są publikowane wyłącznie po to, by podać do publicznej wiadomości ceny określonych produktów” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07, Lex nr 307127).

Kwestią najistotniejszą dla załatwienia niniejszej sprawy jest kwalifikacja udziału ww. aptek w konkursie [...] (ich zaangażowania w to przedsięwzięcie), jako prowadzenia niedozwolonej reklamy aptek i ich działalności.

Zgodnie z regulaminem konkursu, określającym cele i zasady konkursu, warunki uczestnictwa w konkursie oraz sposób informowania o konkursie, celem konkursu miało być propagowanie zdrowego stylu życia oraz zachęcanie Polaków do dbania o zdrowie. Konkurs rozpoczął się dnia 5 sierpnia 2013 r. i trwał – przez 5 tygodni – do dnia 8 września 2013 r. Konkurs został ogłoszony dnia 22 lipca 2013 r., z chwilą ukazania się informacji o nim na stronie [www.\[...\].pl](http://www.[...].pl). Konkurs polegał na zbieraniu przez uczestników konkursu porad wydrukowanych na kuponach dotyczących zdrowia. Kupony były dostępne w okresie trwania

Konkursu u farmaceutów w 824 aptekach Dbam o Zdrowie. Na kuponie poza poradą na temat zdrowia znajdowała się, m.in., informacja: „Co miesiąc apteki [...] w całej Polsce odwiedza 2 500 000 klientów” oraz „Informacje na temat konkursu: [www.\[...\].pl](http://www.[...].pl)”.

Warunkiem uczestnictwa w konkursie było:

- 1) odebranie w jednej z 824 aptek [...] karty konkursowej, w tym w ww. aptekach (Spółka nie kwestionuje, że ww. apteki brały udział w konkursie), z kodem kreskowym uprawniającą do zbierania porad konkursowych wydrukowanych na kuponach. W konkursie mogły być również wykorzystane karty [...], wykorzystywane przez pacjentów aptek [...];
- 2) zebranie co najmniej 3 kuponów z poradami konkursowymi, przy czym, każda z nich powinna być z innego tygodnia trwania konkursu. Porady można było zbierać od dnia 5 sierpnia do dnia 8 września 2013 roku. W celu otrzymania kuponu z poradą należało zgłosić się do farmaceuty i wyrazić chęć wzięcia udziału w konkursie;
- 3) po zebraniu co najmniej 3 kuponów z poradami konkursowymi uczestnik uprawniony był do odebrania u farmaceuty w jednej z 824 aptek zaangażowanych w konkurs unikalnego kodu uprawniającego go do zalogowania się na stronę [www.\[...\].pl](http://www.[...].pl). Farmaceuta mógł wydać kod tylko po okazaniu przez uczestnika 3 kuponów z poradami konkursowymi z różnych tygodni trwania konkursu;
- 4) uczestnik po wejściu na stronę [www.\[...\].pl](http://www.[...].pl) i wpisaniu w formularzu konkursowym unikalnego kodu był informowany, która z 2000 nagród konkursowych jest dostępna;
- 5) nagrody w konkursie były przyznawane zgodnie z kolejnością zgłoszeń, do czasu wyczerpania się puli 2000 nagród. Jeden uczestnik konkursu mógł ubiegać się o jedną nagrodę;
- 6) w przypadku kiedy pula 2000 nagród nie została jeszcze wyczerpana uczestnik wybierał jedną z dostępnych nagród oraz wpisywał swoje dane osobowe w formularzu konkursowym. Uczestnik obowiązany był podać: e-mail, imię, nazwisko, nazwę ulicy, numer domu, numer mieszkania (jeśli jest), kod pocztowy, miejscowość, numer telefonu;
- 7) następnie uczestnik wybierał z dostępnej na stronie internetowej listy aptekę, w której chce odebrać nagrodę;
- 8) każda poprawnie dokonana rejestracja była potwierdzona przez organizatora za pomocą e-maila wysłanego na adres uczestnika podany w formularzu. Informację o terminie odbioru nagrody przesyłano na e-mail;
- 9) aby odebrać nagrodę uczestnik musiał zgłosić się do wybranej przez siebie apteki w terminie wskazanym w e-mailu potwierdzającym poprawną rejestrację. Uczestnik powinien mieć przy sobie wydruk e-maila lub e-mail w wersji elektronicznej (smartfon, tablet, laptop);
- 10) uczestnik, który odebrał nagrodę w wybranej przez siebie aptece zobowiązany był do podpisania potwierdzenia odbioru nagrody podczas jej przekazania przez farmaceutę;
- 11) organizator konkursu mógł losowo zadzwonić do wybranych zwycięzców w celu weryfikacji otrzymania nagrody.

Na stronie *www[...]pl* znajdował się komunikat informujący, jak zdobyć nagrodę, w którego treści na pierwszym miejscu zaznaczono, że należy odwiedzić jedną z aptek [...]. Lista aptek była dostępna na stronie *www[...]pl*.

Celem konkursu było, przede wszystkim, wywołanie pozytywnych skojarzeń i zainteresowania apteką (aptekami) [...], zdobycie zaufania klientów i – tym samym – spowodowanie, by klient odwiedził aptekę (apteki) [...] i (w przyszłości) korzystał z jej (ich) usług. W ocenie Organu, intencją udziału ww. aptek w konkursie (zaangażowania w konkursie) było w szczególności zareklamowanie aptek, co w efekcie ma zapewnić podniesienie w nich sprzedaży (w tym celu., m.in., zamieszczono na kuponach hasło: „Co miesiąc apteki [...] w całej Polsce odwiedza 2 500 000 klientów”). Zdaniem Organu, konkurs został zorganizowany po to, by zwiększyć rozpoznawalność aptek biorących w nim udział i pozyskać nowych klientów. Przeciętny odbiorca niewątpliwie zdawał sobie sprawę, że konkurs ma charakter reklamowy. Poza tym, choć w założeniu „odwiedziny apteki” nie musiały się wiązać z dokonaniem w niej zakupu produktów, w wielu przypadkach tak było.

Fakt prowadzenia konkursu komunikowano publicznie. W szczególności następowało to poprzez informację na temat aptek uczestniczących w konkursie (ich adresów), która była dostępna w Internecie (*www[...]pl* czy *www[...]pl*). Było publicznie wiadome, że dana apteka bierze udział w konkursie (jest zaangażowana w to przedsięwzięcie). Oprócz tego klient apteki dowiadywał się o konkursie od farmaceuty zatrudnionego w aptece. Zgodnie z regulaminem konkursu, informacje o konkursie dostępne były w 824 aptekach [...].

W ocenie Organu, analiza zebranego materiału dowodowego pozwala stwierdzić, że konkurs [...] jest formą reklamy.

Reklama udziału ww. aptek w konkursie na zewnątrz (w Internecie) także reklamowała te apteki. Reklama ww. aptek następowała poprzez ich udział w reklamowanym konkursie i miała charakter publiczny.

Powyższe pozwala na stwierdzenie, że Strona naruszyła zakaz reklamy aptek i ich działalności.

Organ, w związku z zakończeniem konkursu [...], postanowił umorzyć postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania Spółce zaprzestania prowadzenia reklamy ww. aptek i ich działalności (pkt I rozstrzygnięcia), gdyż nie można nakazać zaprzestania prowadzenia reklamy ww. aptek i ich działalności, jeśli Strona sama zaprzestała prowadzenia takiej reklamy przed wydaniem decyzji przez Organ. Zaprzestanie prowadzenia reklamy czyni niniejsze postępowanie administracyjne w części „nakazowej” bezprzedmiotowym.

Według art. 129b ust. 1 Prawa farmaceutycznego, karze pieniężnej w wysokości do 50000 złotych podlega ten kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności. Karę pieniężną, określoną w ust. 1, nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji (art. 129b ust. 2 Prawa farmaceutycznego). Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów (art. 129b ust. 2 Prawa farmaceutycznego). Oznacza to, że wymiar kary jest ściśle uzależniony od ustaleń faktycznych związanych z naruszeniem zakazu reklamy apteki i jej działalności; jest bezpośrednią konsekwencją tych ustaleń. Kary pieniężne uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym

decyzja stała się ostateczna. Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe (art. 129b ust. 4 Prawa farmaceutycznego). Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami za zwłokę następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (art. 129b ust. 5 Prawa farmaceutycznego).

Kara pieniężna, o której mowa w art. 129b ust. 1 Prawa farmaceutycznego, jest sankcją administracyjną za popełnienie deliktu administracyjnego, a zatem kara ta jest wynikiem nielegalnych działań. Odpowiedzialność zagrożona karą pieniężną jest tzw. odpowiedzialnością obiektywną, a nie na zasadzie winy. Innymi słowy, odpowiedzialność ta uzależniona jest od obiektywnego naruszenia normy zakazującej prowadzenia reklamy aptek i ich działalności, a nie od jednej z form winy w rozumieniu prawa cywilnego czy karnego. Nie można zapominać też o celu tej kary. Nie jest ona wyłącznie automatyczną konsekwencją naruszenia prawa w przeszłości, ma też ona oddziaływać na zachowania w przyszłości, „przymuszając” niejako do przestrzegania zakazu, o którym w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego. Celem kary pieniężnej jest zagwarantowanie zgodnego z prawem prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na prowadzeniu apteki ogólnodostępnej. Kara pieniężna stanowiąca konsekwencję nieprzebrzegania zakazu prowadzenia reklamy aptek i ich działalności ma na celu zapobieganie ewentualnym kolejnym naruszeniom w tym zakresie, dlatego zamiarem ustawodawcy było nadanie karze pieniężnej, o której mowa w art. 129b ust. 1 Prawa farmaceutycznego, charakteru obligatoryjnego. Użycie w art. 129b ust. 1 Prawa farmaceutycznego sformułowania „karze pieniężnej [...] podlega ten kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności” zobowiązuje uprawniony organ do nałożenia takiej kary w każdym przypadku ustalenia, że doszło do naruszenia tego zakazu. Organ ma jedynie możliwość miarkowania wysokości kary.

Co warte podkreślenia, obowiązek poniesienia ujemnych konsekwencji finansowych za popełniony delikt administracyjny jest niezależny od obowiązku zaprzestania reklamy aptek (-i) i ich (jej) działalności. Gdyby bowiem uznać, że kara pieniężna, o której mowa w 129b Prawa farmaceutycznego, może być wymierzona wyłącznie dopóty, dopóki naruszenie nie zostało usunięte, wówczas sankcja nie byłaby ani skuteczna, ani tym bardziej odstrasżająca. Wskazać trzeba, że umorzenie postępowania administracyjnego w części dotyczącej nałożenia kary pieniężnej, pomimo stwierdzenia naruszenia art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, prowadziłyby do skutków niemożliwych do zaakceptowania z punktu widzenia zasad praworządności państwa, ponieważ podważałoby skuteczność systemu prawa (zob. w tym zakresie wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 grudnia 2011 r., VII SA/Wa 2100/11, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>).

Umorzenie postępowania administracyjnego w części dotyczącej nakazania Spółce zaprzestania prowadzenia reklamy ww. apteki i jej działalności, mając na uwadze powyższe, nie stoi zatem na przeszkodzie nałożeniu na Stronę kary pieniężnej za prowadzenie reklamy ww. aptek i ich działalności. W tym miejscu wskazać trzeba jeszcze, że Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, wyrokiem z dnia 27 czerwca 2013 r., VI SA/Wa 456/13, oddalił skargę na decyzję Głównego Inspektora Farmaceutycznego utrzymującą w mocy decyzję organu pierwszej instancji, którą umorzono postępowanie w sprawie naruszenia art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego i jednocześnie nałożono karę pieniężną.

Biorąc pod uwagę:

– że Strona przyznała, iż ww. apteki uczestniczyły w konkursie (co wynika z zebranego materiału dowodowego),

– Strona – jako podmiot, który uzyskał zezwolenia na prowadzenie ww. aptek – powinien (obowiązany jest) znać obowiązujące przepisy prawa, w tym ustawę – Prawo Farmaceutyczne i zawarty w tym akcie normatywnym przepis stanowiący o zakazie prowadzenia reklamy apteki i jej działalności, i je stosować/przestrzegać,

– okres trwania konkursu, a także dzień ogłoszenia informacji o nim na stronie *www.[...].pl*,

– że zaangażowanych w konkurs było aż osiem aptek działających na terenie województwa dolnośląskiego (prowadzonych przez Spółkę);

– że Strona naruszyła już uprzednio przepisy, o których mowa w art. 129a ust. 2 Prawa farmaceutycznego – Główny Inspektor Farmaceutyczny, decyzją z dnia 9 stycznia 2013 r. [...], utrzymał w mocy decyzję Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we Wrocławiu z dnia 9 stycznia 2013 r. [...], w przedmiocie nakazania Spółce zaprzestania prowadzenia reklamy ww. aptek i ich działalności – polegającej na uczestnictwie tych aptek w programie [...] – i nałożenia kary pieniężnej na Spółkę,

stwierdzić należy, że nałożona kara pieniężna – w kwocie 17000,00 zł – jest adekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności prowadzenia reklamy ww. aptek. Kara w wysokości określonej w pkt. II rozstrzygnięcia, w ocenie Organu, spełni także swój skutek prewencyjny.

Karę pieniężną należy uiszczyć w terminie 7 dni od dnia ustatecznienia się decyzji na konto wskazane w pkt. II rozstrzygnięcia.

Mając powyższe na uwadze należało orzec, jak na wstępie.

Pouczenie:

Od niniejszej decyzji Stronie przysługuje prawo wniesienia odwołania do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za pośrednictwem Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we Wrocławiu, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji.

Otrzymuje:

[...]