



**DOLNOŚLĄSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY
WE WROCŁAWIU**

Wrocław, dnia 25 listopada 2014 r.

WIF-WR-I.8523.75.2014

D E C Y Z J A

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu

I. na podstawie art. 94a ust. 1, 2-3 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.) oraz art. 104 oraz art. 107 § 1 i § 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2013 r. poz. 267 z późn. zm.),

nakazuje Spółce [...] z siedzibą w [...] zaprzestania prowadzenia reklamy następujących aptek: [...], i ich działalności, za pomocą – zamieszczonego na stronie www.youtube.com – filmu pt. [...],

II. na podstawie art. 129b ust. 1-2 i 4, w związku z art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego oraz art. 104 oraz art. 107 § 1 i § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego,

nakłada karę pieniężną na Spółkę [...] z siedzibą w [...] za prowadzenie reklamy następujących aptek: [...], i ich działalności, za pomocą – zamieszczonego na stronie www.youtube.com – filmu pt. [...], w kwocie 15000,00 zł (słownie złotych: piętnaście 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 ustatęczenia się decyzji,

III. na podstawie art. 94a ust. 4, w związku z art. 94a ust. 3 Prawa farmaceutycznego,

nadaje pkt. I rozstrzygnięcia rygor natychmiastowej wykonalności.

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

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, pismem z dnia 8 października 2014 r. (WIF-WR-I.8523.75.2014), na podstawie art. 61 § 4 K.p.a., zawiadomił Spółkę [...] z siedzibą w [...] o wszczęciu, z urzędu, postępowania administracyjnego w sprawie zaprzestania prowadzenia reklamy ww. aptek i ich działalności, za pomocą, zamieszczonego na stronie www.youtube.com, filmu pt. [...] – oraz nałożenia kary pieniężnej.

W toku postępowania prowadzonego przez Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we Wrocławiu Spółka zajęła stanowisko w sprawie, wskazując, że film pt. [...] stanowi wyłącznie promocję drogerii [...] oraz drogerii internetowej [www\[...\]pl](http://www[...]pl) i przedstawia ofertę handlową kosmetyków i suplementów, które można nabyć w drogeriach. Film ten, zdaniem Spółki, nie reklamuje aptek, ani ich działalności.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, pismem z dnia 4 listopada 2014 r. (WIF-WR-I.8523.75.2014), zawiadomił o zakończeniu postępowania wyjaśniającego w sprawie nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy następujących aptek: [...], i ich działalności, za pomocą, zamieszczonego na stronie www.youtube.com, filmu pt. [...] – oraz nałożenia kary pieniężnej. W piśmie tym poinformowano także Stronę, że w terminie siedmiu dni od dnia doręczenia pisma 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.

Dnia 6 listopada 2014 r. do Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego we Wrocławiu wpłynęło stanowisko pełnomocnika Spółki z dnia 3 listopada 2014 r. dotyczące przedmiotu niniejszego postępowania, zatytułowane „odpowiedź na pismo – zawiadomienie o zakończeniu postępowania”. W piśmie tym wyrażono opinię, że przedmiotowy film nie stanowi niedozwolonej reklamy apteki w rozumieniu art. 94a Prawa Farmaceutycznego, co następnie obszernie uzasadniono.

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 skorzystania 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). 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, w 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 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 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” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07, Lex nr 307127).

Reklama apteki i jej działalności może przyjmować różne formy zachęcania, np. poprzez ulotki, foldery, plakaty, filmy, gazetki czy programy lojalnościowe/rabatowe.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie – w wyroku z dnia 12 marca 2014 r., VI SA/Wa 1776/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl> – stwierdził: „Do uznania reklamowego charakteru danych działań bez znaczenia jest to, czy reklama adresowana jest do klientów już pozyskanych czy też potencjalnych. Nie można przyjąć, że reklama adresowana jest tylko do «nowych» klientów, gdyż jej celem jest również zachęcenie do dalszego korzystania z usług apteki osób, które już się w niej zaopatrywały”.

Warto jeszcze powołać następujące stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie: „[...] Sąd nie podzielił zarzutu skarżącej naruszenia art. 20 i 22 Konstytucji RP, bowiem na gruncie niniejszej sprawy zakaz określonych w art. 94a ust. 1 działań wynika z ustawy Prawo farmaceutyczne. Przepisy art. 20 i 22 Konstytucji RP, z uwagi na zawarte w nich unormowania dotyczące zasad ustroju gospodarczego, są przepisami prawa ustrojowego. Z art. 20 Konstytucji RP (istota społecznej gospodarki rynkowej) wynika m.in. zasada wolności gospodarczej. Zgodnie z art. 22 Konstytucji RP przewiduje, że ograniczenie wolności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes społeczny. Przykładem takiego ograniczenia jest obowiązujący w dacie kontroli i orzekania art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, który jednoznacznie stanowi, że «zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności». Zdanie 2 mówi, iż nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Działalność, na którą skarżąca ma zezwolenie jest wprawdzie działalnością gospodarczą, ale regulowaną, podlegającą dodatkowym ustawowym ograniczeniom” (wyrok z dnia 17 czerwca 2013 r., VI SA/Wa 930/13).

Przechodząc do realiów rozpatrywanej sprawy stwierdzić należy, że zamieszczenie w serwisie YouTube filmu pt. [...] narusza zakaz prowadzenia reklamy aptek i ich działalności, gdyż – w ocenie Organu – miało to przyciągnąć konsumentów (pacjentów) do aptek należących do sieci [...], w tym wyżej wskazanych działających na terenie województwa dolnośląskiego, po to, by skorzystali oni z jej usług, zakupili produkty w tychże aptekach. Dla przeciętnej osoby, która zapoznała się z przedmiotowym filmem, oczywistym było – mając na uwadze jego fabułę, a zwłaszcza treści przekazywane jego widzowi, że ma on na celu zachęcenie do dokonania

zakupów w aptekach [...], a nie w innych. W tym miejscu wskazać należy, że film trwa 2 minuty i dwie sekundy i został opublikowany dnia 15 lipca 2013 r., a zatem już po wejściu w życie art. 60 pkt 7 ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych.

Powyższe stwierdzenie uzasadniają opisane niżej fragmenty i treści ww. filmu (podkr. – Organ):

1) 0.20-0.28 – w lewym górnym rogu pojawia się szyld z napisem [...], nad którym jest widoczny fragment świetlnego krzyża aptekarskiego, będący oznakowaniem identyfikującym apteki (kolor zielony); w tym czasie osoba prowadząca stwierdza: „Nasza kamera odwiedziła sięć aptek [...], która otwiera przy swoich aptekach sięć drogerii [...], by spytać o asortyment i usługi oferowane klientom”;

2) 0.29-0.40 – pojawiają się na całym ekranie: świetlny krzyż aptekarski, na którym widnieje w centralnej jego części napis [...], a następnie dwa szyldy [...] (używany przez apteki należące do sieci [...]) i [...], a jeszcze później wewnątrz apteki i kupujący w niej pacjenci, zaś lektor odczytuje w tym czasie następujący komunikat: „[...] to polska sięć obsługująca każdego dnia około piętnastu tysięcy pacjentów. Oprócz leków [...] oferuje swoim klientom również bogaty asortyment kosmetyków aptecznych”;

3) 1.32-1.46 – lektor odczytuje: „Rozwój firmy powiększającej swój zasięg o kolejne polskie miasta umożliwia wszystkim klientom dostęp do wysokiej jakości kosmetyków. Oprócz stacjonarnych aptek i drogerii firma [...] uruchomiła także specjalne portale do zakupów internetowych”;

4) 1.47-1.53 – Specjalista ds. Marketingu [...] wskazuje: „[...] to również apteka internetowa [...].pl i drogeria internetowa [...]”. Tu zauważyć należy, że w aptecę ogólnodostępnej o nazwie [...], położonej we [...] przy ul. [...], możliwy jest odbiór osobisty produktów zamówionych za pośrednictwem strony www[...].pl.

Powyższe, w ocenie Organu, miało zachęcić do odwiedzenia także ww. aptek i skorzystania z ich usług.

Spółka – w toku postępowania administracyjnego prowadzonego przez Organ – podnosiła, że film stanowi wyłącznie promocję drogerii [...] oraz drogerii internetowej www[...].pl i przedstawia ofertę handlową kosmetyków i suplementów, które można nabyć w drogeriach. W ocenie Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we Wrocławiu, Spółka – przy okazji prowadzenia reklamy ww. drogerii – prowadziła również reklamę ww. aptek i ich działalności. Ww. film (a istocie jego fabuła) stanowi – zdaniem Organu – próbę obejścia ustawowego zakazu reklamy aptek i ich działalności, przy jednoczesnym takim ich skonstruowaniu, by pacjenci mogli bez problemu zidentyfikować, reklamowane – obok drogerii –

apteki. Ocena, że ww. film jest jedynie reklamą drogerii byłaby nieprawidłowa i pobieżna. Nie można zatem zgodzić ze stanowiskiem Spółki, że przedmiotowy film nie stanowi niedozwolonej reklamy apteki w rozumieniu art. 94a Prawa Farmaceutycznego. Warto w analizowanym w tym miejscu kontekście powołać wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 2 października 2013 r., VI SA/Wa 1193/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>, w którym Sąd stwierdził: „Z punktu widzenia marketingowego reklamowanie pod szyldem [...] produktów farmaceutycznych i innych produktów, oznaczanie produktów znakiem [...], a także prowadzenie pod tym szyldem aptek – może być uzasadnione strategią rynkową i pożądane ze względu na zakładane cele grupy niemniej jednak w takiej sytuacji reklama produktów, która odwołuje się do szyldu pod którym działają apteki wskazuje na możliwość zakupu reklamowanych produktów w tych aptekach, a zatem stanowi ich reklamę”.

Powyższe pozwala na stwierdzenie, mając na uwadze zebrany materiał dowodowy, że Strona naruszyła zakaz reklamy aptek i ich działalności. Taką konstatację, zdaniem Organu, uzasadnia, m.in., odbiór filmu przez użytkowników serwisu. W tym zakresie wskazać należy, że Główny Inspektor Farmaceutyczny zwrócił się, m.in., do Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we Wrocławiu, powołując się na art. 94a ust. 2 Prawa farmaceutycznego, o podjęcie działań, w związku z informacją o ww. filmie uzyskaną od **Śląskiej Izby Aptekarskiej w Katowicach**. Dla pacjentów świadomych funkcjonowania aptek należących do sieci [...] ww. film stanowił także reklamę tych aptek, a faktu tego nie zmienia brak podania w trakcie filmu pełnych nazw aptek, czy adresów ich lokalizacji.

Stosownie do art. 94a ust. 4 Prawa farmaceutycznego, decyzji, o której mowa w ust. 3, nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności, dlatego pkt. I rozstrzygnięcia nadano rygor natychmiastowej wykonalności (zob. pkt III rozstrzygnięcia).

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 nieprzestrzegania 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.

Biorąc pod uwagę:

- nie zaprzestano prowadzenia reklamy ww. aptek i ich działalności, mimo wszczęcia niniejszego postępowania administracyjnego,
- formę reklamy – film reklamowy jest doskonałym narzędziem marketingowym służącym podniesieniu sprzedaży oraz budowaniu świadomości o określonym podmiocie/marce na rynku,
- okres trwania reklamy ww. aptek i ich działalności, uwzględniając moment opublikowania filmu oraz to, że zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej o nazwie [...], położonej we [...] przy ul. [...] zostało wydane dnia 24 czerwca 2014 r., zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej o nazwie [...], położonej we [...] przy ul. [...] zostało wydane dnia 18 lipca 2013 r., a zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej o nazwie [...], położonej we [...] przy ul. [...] – dnia 21 marca 2014 r.,
- że reklama dotyczy aż trzech aptek działających na terenie województwa dolnośląskiego (prowadzonych przez Spółkę);

– miejsce zamieszczenia filmu – serwis YouTube,
– że Strona powinna (obowiązana 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,

– że Strona nie naruszyła uprzednio przepisów, o których mowa w art. 129a ust. 2 Prawa farmaceutycznego,

stwierdzić należy, że nałożona kara pieniężna – w kwocie 15000,00 zł – jest adekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności prowadzenia reklamy ww. aptek i ich działalności. Kara w wysokości określonej w pkt. II rozstrzygnięcia, w ocenie Organu, spełni także swój skutek prewencyjny.

Karę pieniężną należy uiścić 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.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, poza rozstrzygnięciem, informuje, że niewykonanie pkt. I rozstrzygnięcia niniejszej decyzji, któremu nadano rygor natychmiastowej wykonalności (pkt III rozstrzygnięcia), stosownie do art. 103 ust. 2 pkt 5 Prawa farmaceutycznego, skutkować może cofnięciem Spółce zezwoleń na prowadzenie ww. aptek.

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:

[...]