



**DOLNOŚLĄSKI WOJEWÓDZKI  
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY  
WE WROCŁAWIU**

Wrocław, dnia 3 kwietnia 2017 r.

**WIF-WR-I.8523.5.2016**

**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 2016 r. poz. 23 z późn. zm.),

**umarza postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania Spółce [...] z siedzibą w [...] zaprzestania prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie [...], położonej w [...] przy [...], i jej działalności, za pomocą gazetki [...], zawierającej na pierwszej i ostatniej stronie nazwę ww. apteki oraz adres i godziny jej otwarcia,**

II. na podstawie art. 129b ust. 1-2 i art. 129ba ust. 1, w związku z art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2016 r. Nr 45, poz. 2142), art. 104 oraz art. 107 § 1 i § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego,

**nakłada karę pieniężną na Spółkę [...] z siedzibą w [...] za prowadzenie reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie [...], położonej w [...] przy [...], i jej działalności, za pomocą gazetki [...], zawierającej na pierwszej i ostatniej stronie nazwę ww. apteki oraz adres i godziny jej otwarcia, w kwocie 2750,00 zł (słownie złotych: dwa tysiące siedemset pięćdziesiąt), 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 lutego 2016 r. (WIF-WR-I.8523.5.2016), na podstawie art. 61 § 4 K.p.a., zawiadomił [...] z siedzibą w [...] o wszczęciu, z urzędu, przedmiotowego postępowania administracyjnego, zakreślając jednocześnie jego przedmiot.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego (przed wydaniem opisanej niżej decyzji z dnia [...];( [...]), poza wystosowaniem wezwań do Spółki:

1) załączył do akt sprawy:

– pismo Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia 10 lutego 2016 r. ([...]), przekazujące Dolnośląskiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznemu we Wrocławiu – przesłaną drogą mailową – informację dotyczącą rozpowszechniania na terenie [...] gazetki [...], zawierającej na pierwszej i ostatniej stronie nazwę ww. apteki oraz adres i godziny jej otwarcia, celem rozpatrzenia zgodnie z kompetencjami,

– pismo Spółki [...] z siedzibą w [...] z dnia 1 lutego 2016 r., dotyczące rozpowszechniania na terenie [...] gazetki [...], zawierającej na pierwszej i ostatniej stronie nazwę ww. apteki oraz adres i godziny jej otwarcia,

– przesłane przez kierownika ww. apteki – wydruki dotyczące dziennych sprzedaży w ww. aptece produktów umieszczonych w gazetce [...];

2) zwrócił się – w trybie art. 50 § 1 K.p.a. – o złożenie:

– oświadczenia przez [...] – kierownika ww. apteki (oświadczenie z dnia 17 lutego 2016 r., oświadczenie z dnia 1 marca 2016 r. i oświadczenie z dnia 24 marca 2016 r.),

– wyjaśnień przez Spółkę [...] z siedzibą w [...] (pisma Spółki [...] z siedzibą w [...] z dnia 8 marca 2016 r. i z dnia 1 lipca 2016 r.).

Ww. oświadczenia i pisma stanowią część zgromadzonego materiału dowodowego.

W tym miejscu dodać należy, że – w związku z pismem Spółki z dnia 5 maja 2016 r. – dwukrotnie skierowano wezwania do [...] (wezwanie: z dnia 6 maja 2016 r. i z dnia 31 maja 2016 r.), lecz ta nie wykazała, iż jest umocowana do działania w imieniu Spółki [...] z siedzibą w [...] (wydawcy przedmiotowej gazetki), ani nie odpowiedziała na szczegółowe pytania zawarte w ww. wezwaniach (poza ogólnikowymi stwierdzeniami), ani też nie przesłała żądanych dokumentów.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu zwrócił się także o złożenie wyjaśnień do [...] z siedzibą w [...] (wezwanie z dnia 9 lutego 2016 r.). Wskazane wyżej wezwanie zostało zwrócone przez operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe z adnotacją „brak możliwości doręczenia. Nie ma takiego domu”. Operator pocztowy, w odpowiedzi na złożoną reklamację, wskazał, że „listonosz obsługujący rejon ulicy [...] w [...] nie odnajduje numeru [...]. [...] w związku z tym, iż brak jest możliwości ustalenia lokalizacji adresata [...] oraz brak skrzynki pocztowej, nie ma możliwości pozostawienia zawiadomienia, przesyłki zwracane są z informacją – nie ma takiego adresu”.

Strona wskazała, w kierowanych przez nią do Organu pismach, że – jej zdaniem – niniejsze postępowanie administracyjne należy umorzyć (zob. w szczególności pismo Spółki z dnia 12 marca

2016 r.), wskazując, że nie ona ww. gazetkę rozpowszechniała, nie ma nawet informacji odnośnie tego, czy była w ogóle rozpowszechnia. Spółka przesłała zlecenie nr [...], na podstawie którego w gazecie [...] zamieszczono na pierwszej i ostatniej stronie nazwę ww. apteki oraz adres i godziny jej otwarcia.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, pismem z dnia 25 lipca 2016 r., zawiadomił Stronę o zakończeniu postępowania wyjaśniającego w przedmiocie nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy ww. apteki i jej działalności oraz nałożenia kary pieniężnej. W piśmie tym:

1) poinformowano, że w terminie siedmiu dni od dnia jego doręczenia strona 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.

2) opisano ustalenia poczynione w ramach postępowania wyjaśniającego.

Spółka – przed wydaniem decyzji z dnia [...] ([...]) – nie skorzystała z ww. możliwości czynnego udziału w postępowaniu administracyjnym.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, decyzją z dnia [...] ([...]), umorzył postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania Spółce zaprzestania prowadzenia reklamy ww. apteki ogólnodostępnej i jej działalności, za pomocą gazetki [...], zawierającej na pierwszej i ostatniej stronie nazwę ww. apteki oraz adres i godziny jej otwarcia, a także nałożył karę pieniężną na Spółkę za prowadzenie ww. reklamy w kwocie 2750,00 zł.

Główny Inspektor Farmaceutyczny, decyzją z dnia 5 stycznia 2017 r. ([...]), uchylił w całości decyzję z dnia [...] ([...]) i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia organowi pierwszej instancji.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, w ramach ponownie prowadzonego postępowania wyjaśniającego:

1) zwrócił się do Spółki z dwoma wezwaniami: z dnia 17 stycznia 2017 r. i z dnia 27 lutego 2017 r. (sformułowanymi na podstawie art. 50 § 1 K.p.a.) – Strona zadośćuczyniła częściowo drugiemu z nich;

2) wystosował – na podstawie art. 50 § 1 K.p.a. – kolejne wezwanie z dnia 17 stycznia 2017 r. do [...] (osoby, która wedle Strony reprezentuje wydawcę gazetki [...]) – pozostało bez reakcji ze strony wezwanej;

2) załączył do akt sprawy:

– oświadczenie [...] z dnia 26 stycznia 2017 r.;

– oświadczenie [...] z dnia 30 stycznia 2017 r.;

– oświadczenie [...] z dnia 2 lutego 2017 r.;

– oświadczenie [...] z dnia 7 lutego 2017 r.;

– pismo Spółki [...] z siedzibą w [...] z dnia 30 stycznia 2017 r.;

– notatkę służbową z dnia 6 marca 2017 r.;

– pismo kierownika ww. apteki z dnia 27 lutego 2017 r. dotyczące „zamknięcia” ww. apteki.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, pismem z dnia 17 marca 2017 r., zawiadomił Stronę o zakończeniu postępowania wyjaśniającego w ww. sprawie administracyjnej. W piśmie tym poinformowano również, że w terminie siedmiu dni od dnia jego doręczenia strona 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.

Spółka, w piśmie, które wpłynęło do Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego we Wrocławiu dnia 20 marca 2017 r. (w odpowiedzi na wezwanie z dnia 27 lutego 2017 r.), wskazała, że:

- 1) nie współpracuje z wydawcą gazetki [...];
- 2) nie zna okresu i miejsca rozpowszechniania ww. gazetki;
- 3) z uwagi na zakończenie współpracy z wydawcą gazetki [...], „nie otrzymała” kolejnych „miesięczników”.

Strona, przed wydaniem niniejszej decyzji, nie skorzystała z możliwości czynnego udziału w postępowaniu administracyjnym, o której mowa w piśmie z dnia 17 marca 2017 r.

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, niezależnie od sposobu i metody jego przeprowadzenia oraz środków użytych do jego realizacji, jeżeli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów, w tym 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. 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). Z kolei Naczelny Sąd Administracyjny – w wyroku z dnia 5 marca 2015 r., II GSK 54/14, CBOSA – zważył: „W poprzednim brzmieniu zakaz dotyczył reklamy działalności aptek lub punktów aptecznych skierowanej do publicznej wiadomości i odnoszącej się do pewnej kategorii produktów. Obecnie mamy do czynienia z zakazem reklamy aptek lub punktów aptecznych i ich działalności w ogóle, bez względu na to, czy jest ona skierowana do publicznej wiadomości i do jakich produktów się odnosi. [...] W Prawie farmaceutycznym ustawodawca nie zawarł legalnej definicji, «reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności». Jednakże w art. 52 ust. 1 Prawa farmaceutycznego zdefiniował reklamy produktu leczniczego w brzmieniu: «Reklamą produktu leczniczego jest działalność

polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do stosowania produktu leczniczego, mająca na celu zwiększenie: liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych». Zgodnie z zasadą racjonalnie działającego prawodawcy, należy przyjąć, że w obrębie danego aktu prawnego ustawodawca posługuje się jednakowo brzmiącymi terminami w takim samym znaczeniu, o ile sam nie wskaże inaczej. Reguła ta została też wpisana do Zasad techniki prawodawczej (§ 147) stanowiących załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie «Zasad techniki prawodawczej» [...]. W procesie interpretacji tekstu prawnego nie można także pominąć wykładni systemowej wewnętrznej, która w przedmiotowej sprawie również ma zastosowanie. Wychodząc z powyższych założeń, na podstawie definicji zawartej w art. 52 ust. 1 Prawa farmaceutycznego można stwierdzić, że reklamą (jako taką) jest działalność sprzedawcy polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do określonego zachowania się nabywcy, mająca na celu zwiększenie jego obrotów. W przypadku reklamy produktu leczniczego tym «określonym zachowaniem» będzie zachęcanie do stosowania tego produktu, natomiast w przypadku reklamy apteki lub jej działalności będzie to zachęcanie do korzystania z jej usług. «Zwiększeniem obrotów» sprzedającego będzie w przypadku reklamy produktu leczniczego zwiększenie liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych, zaś w przypadku reklamy apteki lub jej działalności będzie to zwiększenie liczby przeprowadzanych przez nią transakcji lub ich wartości. [...] W istocie więc, bez względu na to czy mamy do czynienia z reklamą produktu leczniczego, czy z reklamą apteki lub jej działalności, chodzi o zwiększanie przychodu względem przychodu prognozowanego, jaki byłby osiągnięty, gdyby nie podjęto działań reklamowych. Ustawodawca uznał jednak, że w przypadku produktu leczniczego odpowiednio ukształtowana działalność reklamowa może pociągać za sobą pewne korzyści społeczne, więc co do zasady dopuścił możliwość jej prowadzenia. Odwrotnie natomiast ustawodawca postąpił w przypadku reklamy apteki lub punktu aptecznego, bądź ich działalności. [...] reklamą apteki jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych przez aptekę towarów i która w taki sposób jest odbierana przez klientów. Szeroki sposób rozumienia reklamy działalności aptek uzasadnia również fakt, że art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, poza stwierdzeniem, że nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego, nie zawiera katalogu działań, które byłyby *ex lege* wyłączone z zakresu tego pojęcia, jak ma to miejsce w przypadku reklamy produktu leczniczego”.

Reklama apteki i jej działalności może przyjmować różne formy zachęcania, np. poprzez ulotki, spoty TV, foldery, plakaty, filmy, gazetki czy programy lojalnościowe/rabatowe, które biorącym w nim udział daje określone bonusy (korzyści w szerokim tego słowa znaczeniu).

Przechodząc do realiów rozpatrywanej sprawy wskazać należy, że za pomocą gazetki [...], zawierającej na pierwszej i ostatniej stronie nazwę ww. apteki oraz adres i godziny jej otwarcia,

reklamowano ww. aptekę i jej działalność, co stanowiło naruszenie art. 94a ust.1 Prawa farmaceutycznego.

W niniejszym postępowaniu ustalono [zob.: pismo Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia 10 lutego 2016 r. (...)], przekazujące Dolnośląskiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznemu we Wrocławiu – przesłaną drogą mailową – informację dotyczącą rozpowszechniania na terenie [...] gazetki [...], zawierającej na pierwszej i ostatniej stronie nazwę ww. apteki oraz adres i godziny jej otwarcia, celem rozpatrzenia zgodnie z kompetencjami, pisma Spółki [...] z siedzibą w [...] z dnia 1 lutego 2016 r. (wraz z załączoną kopią gazetki i paragonem z dnia 28 stycznia 2016 r. potwierdzającym zakup produktu ujętego w gazetce w ww. aptece po cenie w niej przedstawionej), z dnia 8 marca 2016 r., z dnia 1 lipca 2016 r. i z dnia 30 stycznia 2017 r., oświadczenie [...] z dnia 26 stycznia 2017 r., oświadczenie [...] z dnia 30 stycznia 2017 r., oświadczenie [...] z dnia 2 lutego 2017 r., oświadczenie [...] z dnia 7 lutego 2017 r.), że ww. gazetkę rozpowszechniano – w drugiej połowie stycznia 2016 r. (co najmniej od dnia 20 stycznia 2016 r.) – na terenie [...] (gazetki były wkładane do skrzynek pocztowych i rozkładane na klatkach schodowych). Gazetka nie była udostępniania pacjentom w aptece (zob. oświadczenia kierownika ww. apteki – [...] z dnia 17 lutego 2016 r. i z dnia 24 marca 2016 r.).

Co ważne, Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, mając na względzie zasady logiki i doświadczenia życiowego, dał wiarę dowodom wskazanym w poprzednim akapicie. W tym miejscu warto powołać następujący fragment wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 listopada 2016 r., VI SA/Wa 921/16, CBOSA: „Wszczynając postępowanie w sprawie [...] Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny kierował się treścią pisma adw. K. C. z kancelarii [...] kancelaria adwokacka s.c. w [...] z dnia [...] kwietnia 2015 r., z którego wynikało, że na terenie miasta [...] kolportowane są gazety reklamowe "[...]". Gazety te wrzucane były do skrzynek pocztowych razem z ulotką zawierającą dane apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej w [...] przy ulicy [...]. Do pisma załączono gazetę reklamową [...] obowiązującą w okresie od [...] marca 2015 r. do [...] maja 2015 r. oraz ww. ulotkę z danymi adresowymi apteki skarżących. Zdaniem Sądu, organ był władny na podstawie art. 80 k.p.a. ocenić ten dowód i uznać go za wystarczający do przypisania skarżącym prowadzenia zakazanej reklamy apteki”. Podkreślenia wymaga w tym kontekście, że Strona nie zadośćuczyniła w pełni wezwaniom Organu: z dnia 17 stycznia 2017 r. i z dnia 27 lutego 2017 r. (skierowanym do niej w ramach ponownie prowadzonego postępowania wyjaśniającego). W orzecznictwie sądów administracyjnych wyrażono pogląd, iż zaniechanie przedstawienia przez stronę dowodów, pomimo wezwania przez organ, wyłącza możliwość skutecznego podnoszenia zarzutu, iż decyzja jest niezgodna z prawem, wskutek naruszenia obowiązku organu wyjaśnienia okoliczności sprawy zgodnie z art. 7 i 77 K.p.a. Organ ma obowiązek dochodzić prawdy obiektywnej, ale strona

postępowania ma obowiązek współdziałania w tym zakresie. W tym kontekście trzeba powołać następujące poglądy judykatury:

1) „Organ jest wprawdzie zobowiązany do wyczerpującego zebrania i rozpatrzenia całego materiału, ale strona nie jest zwolniona od współdziałania w wyjaśnianiu okoliczności faktycznych, skoro nieudowodnienie określonego faktu może prowadzić do wydania decyzji dla niej niekorzystnej. Strona postępowania administracyjnego nie może czuć się zwolniona od współdziałania z organem w realizacji obowiązku wyczerpującego zebrania materiału dowodowego, zwłaszcza, jeżeli nieudokumentowanie określonej czynności faktycznej zależy tylko od woli strony, a organ nie ma żadnych instrumentów prawnych upoważniających go do zastąpienia braku działania przez stronę skarżącą” – wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 7 grudnia 2010 r., II OSK 1677/10, CBOSA;

2) „Zgodnie z art. 77 k.p.a. organ administracji publicznej jest zobowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy, co nie oznacza, że jest on zobowiązany do poszukiwania dowodów w nieskończoność. Strona powinna współdziałać z organem w zakresie gromadzenia dowodów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Jeżeli strona nie przedstawi dowodów na poparcie swoich twierdzeń, wówczas organ administracji publicznej może zażądać od strony, aby ta przedstawiła dowody na poparcie swoich twierdzeń (zob. Komentarz – Kodeks postępowania administracyjnego, M. Jaśkowska, A. Wróbel, Kraków 2005 r.). Innymi słowy skarżący nie może negatywnych skutków wykazywanej przez siebie bierności w postępowaniu przenosić na organ, który podjął wszelkie działania w celu wyjaśnienia sprawy” – wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 czerwca 2011 r., II GSK 631/10, CBOSA.

Zaznaczyć trzeba, że przedmiotowa gazetka zawiera w swej treści (na pierwszej i ostatniej stronie) nazwę, adres i godziny otwarcia ww. apteki, a także określa jej nakład: [...] tys. egz. Co istotne, dane dotyczące nazwy, adresu i godzin otwarcia ww. apteki zostały zamieszczone w gazecie **na zlecenie Strony** z dnia 20 grudnia 2015 r. (numer zlecenia: [...]; zlecenie znajduje się w aktach sprawy). Z treści zlecenia wynika, że do faktury przesłanej Stronie przez wydawcę załączono gazetki (fakt otrzymania gazetek potwierdzono w istocie w piśmie Spółki, które wpłynęło do Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego we Wrocławiu dnia 20 marca 2017 r.: „ze względu na brak współpracy z wydawcą gazety nie otrzymałem «miesięczników»”). Z analizy przesłanych przez kierownika ww. apteki wydruków dotyczących wszystkich dziennych sprzedaży w ww. aptece produktów umieszczonych w gazecie [...] wynika, że ceny produktów obowiązujące w aptece zasadniczo od dnia 18/19 stycznia 2016 r. były zgodne z cenami uwidocznionymi w gazecie.

W ocenie Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, celem umieszczenia w ww. gazecie danych apteki położonej w [...] przy [...] było przyciągnięcie konsumentów (pacjentów) do ww. apteki, po to by skorzystali oni z jej usług, zakupili w niej produkty. Dla przeciętnej



osoby, która zapoznała się z przedmiotową gazetką, oczywistym było – mając na uwadze to, że zawiera one dane dotyczące ww. apteki – iż jej treść ma na celu zachęcenie do dokonania zakupów w tej aptece, a nie w innej. W gazetce tej przedstawiono zdjęcia produktów, w tym produktów leczniczych, a także ich ceny. Ceny zostały przedstawione dużą czcionką na czerwonym tle; mają one końcówki „90 groszy”, „95 groszy”, „99 groszy”. Umieszczenie w gazetce cen ze wskazanymi w zdaniu poprzednim końcówkami jest często stosowanym sposobem na przyciągnięcie klienta, gdyż odbiór cen z taką końcówką jest znacznie lepszy niż ceny o jedną jednostkę lub kilka jednostek większą. Cena i sposób jej przedstawienia niewątpliwie zwracają uwagę. Na stronie czwartej i piątej gazetki znajduje się hasło (na czerwonym tle): „SZOK CENOWY!!! STOP WYSOKIM CENOM!!!”.

Dla pacjenta (przeciętnego konsumenta otrzymującego komunikat w kontekście ogólnie, powszechnie stosowanych praktyk marketingowych na rynku), który znajduje gazetkę zawierającą dane określonej apteki wraz z cenami produktów, naturalnym jest przyjęcie, że gazetka taka dotyczy tej apteki, a ceny w niej przedstawione są cenami obowiązującymi w aptece (zwłaszcza, przy braku zastrzeżenia, że ceny wskazane w gazetce nie obowiązują w aptece). Podkreślenia wymaga, że powszechnie jest zjawisko wydawania przez sklepy/sieci handlowe gazetek reklamowych zachęcających do zakupu wskazanych w nich produktów w określonej (-ych) placówce (-kach) handlowej (-ych) za określone, promocyjne ceny. Podobny instrument został również zastosowany w analizowanym przypadku.

W kontekście analizowanego przypadku warto powołać jeszcze następujące poglądy judykatury:

1) „Nie można podzielić stanowiska skarżącej, że informacja o lokalizacji i godzinach pracy aptek skarżącej, dopuszczalna w świetle zd. 2 art. 94a ust. 1 p.f. i lista cenowa, dopuszczalna na podstawie art. 52 ust. 3 pkt p.f. nie mogły razem stanowić niedopuszczalnej reklamy apteki. Właśnie umieszczenie tych informacji w periodyku, w jednym ogłoszeniu, zawierającym dodatkowo inne ogłoszenia skarżącej – odnośnie daty obowiązywania listy oraz prowadzenia innych usług w jej aptekach – i do tego posiadających szatę graficzną – czerwoną ramkę, należało zakwalifikować jako reklamę w rozumieniu art. 94a ust. 1 p.f. Zachęcało to ogłoszenie bowiem w całościowym ujęciu do dokonywania zakupów w aptece skarżącej” (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 8 listopada 2012 r., VI SA/Wa 1687/12, CBOSA),

2) „Podawanie w gazecie adresów aptek skarżącej z ich godzinami otwarcia łącznie z cenami produktów leczniczych, niższych niż w innych aptekach, miało postać tzw. reklamy skojarzeniowej. Nie chodziło, bowiem o reklamę samych leków lecz o reklamę działalności aptek skarżącej, w których produkty lecznicze były tańsze. [...] Oceniając treść gazety, należy mieć na uwadze, że odbiorcą przekazu jest przeciętny konsument/pacjent, który otrzymuje komunikat w kontekście ogólnie, powszechnie stosowanych praktyk marketingowych na rynku (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 kwietnia 2015 r. wydany w sprawie II GSK 74/14). [...] Skarżąca do dnia wypowiedzenia umowy wydawcy gazety [...] była, na własne życzenie i za własną wiedzą, reklamowana

w zakresie siedziby prowadzonych aptek, godzin ich otwarcia, jak i w zakresie niższych cen obowiązujących w jej aptekach. Zatem do dnia wypowiedzenia umowy prowadziła działalność niezgodnie z zakazem określonym w art. 94a ust. 1 ustawy” (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 lutego 2016 r., VI SA/Wa 2551/15, CBOSA),

3) „Mając na uwadze przedstawione wyżej poglądy doktryny i orzecznictwa Sąd podzielił stanowisko organów obu instancji, że skarżąca naruszyła zakaz, o którym mowa w art. 94a ust. 1 Prawo farmaceutyczne poprzez prowadzenie reklamy działalności aptek ogólnodostępnych o nazwie «[...]» w [...], «[...]–[...]» w [...] oraz «[...]» w S. za pomocą ośmiostronicowej gazetki reklamowej zatytułowanej «[...]» – numer [...] lipiec 2014 r. Mimo, że w gazetce tej podane są dane o lokalizacji i godzinach pracy aptek, należy mieć na uwadze, że informacje te są elementem szerszego przekazu, mającego na celu zachęcać do zakupu w konkretnych aptekach. Analizując treść zakwestionowanej gazety należy stwierdzić, że moduły reklamowe produktów leczniczych, suplementów diety, kosmetyków i wyrobów medycznych oraz dane dotyczące aptek stanowią praktycznie całą jej zawartość” (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 kwietnia 2016 r., VI SA/Wa 2552/15, CBOSA).

Powyższe pozwala na stwierdzenie, że Strona naruszyła zakaz reklamy aptek i ich działalności, gdyż umieszczenie danych przedmiotowej apteki – na zlecenie Strony – w ww. gazecie, która była rozpowszechniona na terenie [...], stanowiło działanie podjęte, celem zwiększenia sprzedaży w ww. aptece, a więc noszące znamiona działalności reklamowej. Dla dokonania ww. stwierdzenia nieistotnym jest to, kto faktycznie egzemplarze ww. gazetki wkładał do skrzynek pocztowych i rozkładał je na klatkach schodowych.

Organ, w związku z zaprzestaniem prowadzenia reklamy ww. apteki i jej działalności, za pomocą gazetki [...], postanowił – mając na uwadze okoliczności faktyczne tej sprawy – umorzyć postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania Spółce zaprzestania prowadzenia reklamy ww. apteki i jej działalności (pkt I rozstrzygnięcia), gdyż nie można nakazać zaprzestania prowadzenia reklamy ww. apteki i jej 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 o nałożeniu kary pieniężnej stała się ostateczna. Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe (art. 129ab ust. 1 Prawa farmaceutycznego). Egzekucja kar pieniężnych wraz z odsetkami ustawowymi następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (art. 129ab ust. 2 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.

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 praworządnego 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, CBOSA).

Umorzenie postępowania administracyjnego w części dotyczącej nakazania Stronie 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 aptek i ich działalności.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, w wyroku z dnia 25 marca 2015 r., VI SA/Wa 2637/14, CBOSA, stwierdził: „Wobec tego, że trwanie konkursu [...] było ograniczone w czasie i w dacie orzekania przez organ I instancji konkurs był zakończony nie było prawnej możliwości do wydania nakazu zaprzestania reklamy, o którym mowa w art. 94a ust. 3 Prawa farmaceutycznego. Słusznie więc postępowanie w tym zakresie zostało umorzone jako bezprzedmiotowe na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. Nie oznacza to jednakże, że brak było podstaw do nałożenia na skarżącego kary pieniężnej stosowne do art. 129b Prawa farmaceutycznego. Przepis ten stanowi bowiem konsekwencję naruszenia art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, a do tego doszło w niniejszej sprawie. Słusznie zauważył Główny Inspektor Farmaceutyczny, że nieuprawniony jest pogląd skarżącego, że jedynie istnienie naruszenia zakazu reklamy w dacie wydania decyzji uzasadnia zastosowanie sankcji z art. 129b Prawa farmaceutycznego. Przyjęcie takiego poglądu prowadziło do zaistnienia społecznie i prawnie niedopuszczalnych skutków. Wyłączałyby bowiem spod działania przepisów ustawy każdą aptekę, co do której wszczęto postępowanie z uwagi na niedozwolone prowadzenie reklamy, a która zaprzestałaby takiego działania przed wydaniem decyzji w sprawie. W ocenie Sądu, organ prawidłowo objął jednym rozstrzygnięciem zarówno prowadzenie reklamy apteki jak i nałożenie kary pieniężnej”.

Biorąc pod uwagę:

- to, że dane dotyczące ww. apteki umieszczono w gazecie na zlecenie Strony,
  - formę reklamy; w tym kontekście zauważyć trzeba, że zastosowanie gazetki – po to, by zareklamować aptekę i jej działalność – jest skutecznym i niedrogim sposobem na dotarcie z ofertą bezpośrednio do zainteresowanych osób,
  - okres trwania reklamy apteki i jej działalności – druga połowa stycznia 2016 r. (gazetkę rozpowszechniono co najmniej od dnia 20 stycznia 2016 r.), uwzględniając również zbieżność cen produktów wskazanych w gazecie z cenami obowiązującymi w ww. aptece (zasadniczo od dnia 18/19 stycznia 2016 r.),
  - miejsce prowadzenia reklamy – teren [...] (gazetki były wkładane do skrzynek pocztowych i rozkładane na klatkach schodowych),
  - Strona – jako podmiot prowadzący ww. aptekę – 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,
  - dotychczas nie stwierdzono ostateczną decyzją naruszenia przez Spółkę przepisów, o których mowa w art. 129a ust. 2 Prawa farmaceutycznego,
- stwierdzić należy, że nałożona kara pieniężna – w kwocie 2750,00 zł – jest adekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności prowadzenia reklamy ww. apteki i jej 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.

Wbrew twierdzeniom Strony, w świetle powyższego, nie istnieją podstawy do umorzenia niniejszego postępowania w całości.

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:**

[...]