

**PODKARPACKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY**

35-205 Rzeszów, ul. Warszawska 12a
tel. 17 86 20 545 fax 17 86 20 406
www.rzeszow.wif.gov.pl

R., dnia marca 2018 r.

FARZ-DA.8523.17.2017

[...] **sp. z o.o. sp. k.**
ul. [...]
K.[...]

DECYZJA

Na podstawie art. 94a ust. 1 i 2 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2017 r., poz. 2211), zwanej dalej „**P.f.**”, oraz art. 104 § 1 i 105 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257 z późn. zm.) dalej zwanego „**K.p.a.**”, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez [...] sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w K., ul. [...], NIP [...] (dalej zwanej: „**Stroną**” lub „**Spółką**”), niedozwolonej reklamy apteki o nazwie [...] w R. [...], ul.[...] (dalej zwanej: „**Apteką**”) i jej działalności.

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

I. Umarza postępowanie w sprawie prowadzenia przez [...] sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w K., ul. [...], NIP [...], niedozwolonej reklamy apteki o nazwie [...], położonej w R. [...], przy ul. [...] i jej działalności polegającej na umieszczeniu na elewacji budynku przy ul. [...] w R. [...], baneru o treści: „[...]”, co w korelacji z umieszczonym powyżej banerem o treści: „[...]”, stanowi formę niedozwolonej reklamy skojarzeniowej.

II. Nakłada na [...] sp. z o.o. sp. k. w K. [...] NIP [...] karę pieniężną w kwocie [...] (słownie: [...]) z tytułu naruszania przepisu art. 94a P.f. polegającym na umieszczeniu na elewacji budynku przy ul. [...] w R. [...] baneru o treści: „[...]”, co w korelacji z banerem umieszczonym powyżej o treści: „[...]” stanowi formę niedozwolonej reklamy skojarzeniowej. Karę należy wpłacić na rachunek bankowy Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. [...] w NBP O/Okr. R. nr [...] w terminie 7 dni od dnia, w którym niniejsza decyzja stanie się ostateczna.

Uzasadnienie

Uzasadnienie faktyczne

W dniu [...] do P. Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego (dalej zwanego: „**Organem**” lub „**PWIF**”), wpłynęło pismo wraz

z dokumentacją fotograficzną, przekazane przez P. Okręgową Izbę Aptekarską dotyczące możliwości naruszenia art. 94a P.f.

Pismem z dnia [...] Organ zawiadomił Stronę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia niedozwolonej reklamy Apteki.

W piśmie PWIF zacytował fragment pisma przekazanego przez Podkarpacką Okręgową Izbę Aptekarską: „[...]”.

Strona została również poinformowana, że reklama z napisem: „[...]”, który widnieje na jednym z banerów, stanowi przejaw prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki oraz jej działalności, o których mowa w art. 94a ust. 1 P.f.

W związku z powyższym Organ wezwał Stronę do złożenia wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że prowadzenie Apteki przez Stronę ma wyłącznie formy prawnie dozwolone.

Postanowieniem z dnia [...] Organ poinformował Stronę o włączeniu do toczącego się postępowania administracyjnego następującego materiału dowodowego w postaci:

- pisma przekazanego przez P. Okręgową Izbę Aptekarską wraz z dokumentacją fotograficzną,
- notatki służbowej z dnia [...] wraz z dokumentacją fotograficzną,
- notatki służbowej z dnia [...] wraz z dokumentacją fotograficzną;

Powyższe dowody obrazują przekaz mogący łącznie stanowić niedozwoloną reklamę Apteki.

Pismem z dnia [...] (wpływ do PWIF w dniu [...]) Pełnomocnik Strony przesłał następujące wyjaśnienia:

1. przywołana w piśmie reklama hurtowni farmaceutycznej nie jest własnością podmiotu prowadzącego Aptekę, ani nie została przez ten podmiot zlecona;
2. zgodnie z rejestrem hurtowni farmaceutycznych, właścicielem hurtowni „[...]” mieszczącej się w K. przy ul. [...] jest spółka [...] sp. z o.o. sp. k.;
3. spółki [...] sp. z o.o. sp. k. oraz [...] sp. z o.o. sp. k. są dwoma odrębnymi podmiotami i nie są ze sobą powiązane ani osobowo, ani kapitałowo;
4. podmiot prowadzący Aptekę, umieścił na dolnej części elewacji budynku dozwoloną informację apteki o treści „[...]”;

oraz wskazała, że w tym czasie na elewacji budynku nie było żadnej reklamy hurtowni farmaceutycznej.

Pismo zawierało również wnioszek o umorzenie postępowania.

Pismem z dnia [...] w związku z pismem Strony zawierającym wyjaśnienia odnośnie przedmiotowej sytuacji, Organ wezwał Spółkę do przedłożenia umowy zawartej z właścicielem budynku, na którym znajduje się baner „[...]”.

W związku z uzyskaniem od Strony informacji, że podmiotem, który umieścił baner o treści: „[...]” jest [...] sp. z o.o. sp. k., Organ pismem z dnia [...] poinformował tę spółkę o zaistniałej sytuacji oraz wezwał do złożenia wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że prowadzenie reklamy hurtowni ma wyłącznie formy prawnie dozwolone. Wezwał również do przesłania umowy zawartej z właścicielem budynku,

na którym znajduje się przedmiotowy baner.

W dniu [...] do PWIF wpłynęło pismo Strony wraz z odpisem umowy najmu wskazującym na uprawnienie Strony do korzystania z części północnej ściany budynku położonego przy ul. [...] w R., zgodnie z graficznym załącznikiem do umowy.

Z przedłożonej umowy wynika, że Strona zawarła w dniu [...] przedmiotową umowę z [...] Sp. z o.o. Zgodnie z treścią § 3 ust. 1 w/w umowy: „Wynajęta powierzchnia nieruchomości i urządzenia najemca jest obowiązany utrzymywać w należyтым stanie technicznym i estetycznym. Plakaty, których treść lub sposób przedstawienia sprzeczne są z przepisami prawa lub dobrymi obyczajami, nie mogą być przedmiotem ekspozycji – za ich treść odpowiada wyłącznie Najemca”. Powyższy zapis w umowie ewentualną odpowiedzialność za naruszenie przepisów prawa nakłada na najemcę – w tym przypadku Stronę niniejszego postępowania.

Na marginesie wskazać trzeba, iż umowa najmu pozostałej części elewacji budynku została zawarta w celach reklamowych z tym samym wynajmującym i w tym samym dniu przez spółkę [...] sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w K. Obydwie zaś reklamy korelują ze sobą treścią i grafiką i mogą być uznane za jeden przekaz. W związku z czym, Organ prowadzi względem wymienionej spółki odrębne postępowanie.

Pismem z dnia [...] (wpływ do PWIF [...]) [...] sp. z o.o. sp. k. w odpowiedzi na pismo Organu z dnia [...] wskazała, że spółka nie prowadzi aptek, ani ich nie reklamuje. Przedmiotem działalności spółki jest prowadzenie hurtowni. Co więcej działalność hurtowni farmaceutycznych i aptek jest w pewnym zakresie konkurencyjna.

[...] sp. z o.o. sp. k. wskazała też, że jest nowym podmiotem działającym na rynku hurtowego obrotu produktami leczniczymi, a chcąc pozyskać na tym rynku klientów hurtownia zmuszona jest korzystać z aktywnej działalności reklamowej.

Zdaniem spółki koincydencja bannerów, to jest hurtowni i apteki, jest zupełnie przypadkowa. Zaproponowała również, wprowadzenie zmian w szacie graficznej banneru reklamowego hurtowni. Na proponowanym w piśmie banerze największą czcionką wpisany został tekst: „[...]” - oznaczony kolorem czerwonym. Dużą niebieską czcionką wpisano nazwę: „[...]” - oznaczoną na niebiesko, nad którą widnieje czerwony napis: „[...]”, zaś najmniejszą niebieską czcionką wpisano: „[...]”.

W załączeniu do pisma dołączona była zgoda wynajmującego tj. [...] Sp. z o.o. na umieszczenie nośnika reklamowego na górnej połowie niezabudowanej części północnej elewacji budynku położonego przy ul. [...] w R.

Z treści powyższej zgody wynika, że ciężar odpowiedzialności za montaż i demontaż oraz treść reklamy ponosi Najemca w tym przypadku [...] sp. z o.o. sp. k.

Pismem z dnia [...] Organ, w związku z zaistniałą sytuacją, wezwał właściciela budynku, na którym umieszczone były przedmiotowe banery tj. [...] Sp. z o.o. do przesłania wszelkich wyjaśnień i dokumentów, a w szczególności do przedłożenia umów zawartych z podmiotami, które wywiesiły przedmiotowe banery.

W dniu [...] do PWIF wpłynęło pismo od [...] Sp. z o.o. wraz ze skanami umów, o przedłożenie których wzywał Organ. [...] Sp. z o.o. wskazała również na treści § 3 ust. 1 w/w umów wskazujący na wyłączną odpowiedzialność najemców za zgodność z prawem treści prezentowanych reklam. Na podstawie przesłanych przez właściciela lokalu umów Organ nie

jest w stanie ustalić, który podmiot jako pierwszy wywiesił baner reklamy, gdyż obydwie umowy zawarte zostały w dniu [...].

Postanowieniem z dnia [...] Organ poinformował Stronę o włączeniu do toczącego się postępowania administracyjnego materiału dowodowego w postaci notatki służbowej znak: [...] z dnia [...] wraz z dokumentacją fotograficzną. Przedmiotową notatką Organ udokumentował, że na dzień [...] sytuacja niezgodna z przepisami Prawa farmaceutycznego nadal miała miejsce. Podobnie zresztą w dniu [...], co zostało potwierdzone notatką służbową znak: [...] z dnia [...] wraz z dokumentacją fotograficzną.

Pismem z dnia [...] (wpływ do PWIF w dniu [...]) [...] sp. z o.o. sp. k. poinformowała o zdjęciu z budynku przy ul. [...] w R. baneru stanowiącego reklamę hurtowni [...] - do pisma załączona została dokumentacja fotograficzna potwierdzająca powyższe działanie Spółki [...].

Powyższa informacja stanowiła dla Organu podstawę do umorzenia przedmiotowego postępowania, gdyż baner o treści: „[...]” bez korelacji z treścią drugiego przedmiotowego banera nie narusza art. 94a P.f.

Postanowieniem z dnia [...] Organ poinformował Stronę o włączeniu do toczącego się postępowania administracyjnego w/w pisma przesłanego przez [...] sp. z o.o. sp. k.

Postanowieniem z dnia [...] Organ poinformował Stronę o włączeniu do toczącego się postępowania administracyjnego następującego materiału dowodowego w postaci:

- pisma PWIF znak: [...] z dnia [...] do [...] Sp. z o.o. Sp. k. wzywającego do złożenia wyjaśnień,
- pisma [...] Sp. z o.o. Sp. k. z dnia [...] z wyjaśnieniami,
- pisma PWIF znak: [...] z dnia [...] do [...] Sp. z o.o. wzywającego do złożenia wyjaśnień,
- pisma [...] Sp. z o.o. z dnia [...] z wyjaśnieniami;

Pismem z dnia [...] Organ odpowiedział na wniosek Strony o umorzenie postępowania, zawarty w piśmie pełnomocnika Strony z dnia [...], otrzymanym w dniu [...], informując, że w sprawie wszczętej z urzędu nie jest uprawniony wniosek strony postępowania o jego umorzenie na podstawie art. 105 § 1 K.p.a.

Ponadto Strona została poinformowana o zakończeniu postępowania wyjaśniającego i dowodowego oraz o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań zgodnie z treścią art. 10 K.p.a.

W dniu [...] w siedzibie Organu stawił się pełnomocnik Strony. Zapoznał się z aktami w sprawie oraz wykonał fotokopie. W dniu [...] do WIF wpłynęło pismo Strony prezentujące jej stanowisko. Celem spółki miało być wywieszenie baneru informacyjnego. Tego samego dnia umowę najmu powierzchni reklamowej zawarła spółka [...] sp. z o.o. sp. k. ale Strona zapewnia, że w chwili montażu baneru elewacja była pusta. Strona wskazała, że nie może

ponosić odpowiedzialności za aktywność innych podmiotów. Ponownie wskazała też na konieczność umorzenia postępowania wszczętego z urzędu.

Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego Organ nie może ustalić, w jakiej kolejności zostały wywieszone bannery tworzące przekaz stanowiący sprzeczną z przepisami reklamę skojarzeniową. Z przedłożonych umów wynika, że zarówno [...] sp. z o.o. sp. k. jaki i [...] sp. z o.o. sp. k. zawarły w tym samym dniu tj. [...] umowy z [...] Sp. z o.o. na umieszczenie jednostronnego urządzenia reklamowo – informacyjnego typu baner na części budynku od strony północnej przy ul. [...] w R. W związku z powyższym Organ wszczął odrębne postępowania administracyjne do obydwu podmiotów o naruszenie art. 94a P.f.

Uzasadnienie prawne

Podstawą orzekania w niniejszej sprawie jest art. 94a ust. 1 P.f., który stanowi o zakazie reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Zgodnie zaś z ust. 2 art. 94a P.f., nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego sprawuje wojewódzki inspektor farmaceutyczny. Ponieważ przedmiotowa sprawa dotyczy kwestii reklamy aptek położonych w województwie p. właściwym do rozpoznania sprawy jest P. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny.

Zgodnie z treścią ww. ustawy zabroniona jest jakakolwiek reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Wyłączone z zakazu zostały jedynie proste informacje dotyczące lokalizacji i godzin pracy apteki lub punktu aptecznego. Przywołany wyżej artykuł, co potwierdza utrwalona linia orzecznicza, uwzględnia bardzo szerokie pojęcie reklamy i jest przykładem ograniczenia zasady wolności gospodarczej ze względu na ważny interes publiczny, o którym mowa w art. 22 w zw. z art. 20 Konstytucji RP.

Rozważania prawne należy zatem rozpocząć od ustalenia definicji reklamy oraz zakresu działań uznawanych za reklamę apteki. Ustawa prawo farmaceutyczne nie zawiera definicji reklamy apteki. Definicja pojęcia „reklama” zawarta w przepisach Prawa farmaceutycznego bez wątplenia odnosi się wyłącznie do „produktów leczniczych”.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą, w przypadku reklamy apteki, należy odwoływać się do wykładni językowej samego pojęcia „reklama”, zawartą w publikacjach słownikowych języka polskiego. Za reklamę uważa się zatem 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 r.). Definicja reklamy zawarta w innych słownikach jest bardzo zbliżona.

W konsekwencji należy przyjąć, że reklamą działalności apteki jest każde działanie ukierunkowane na zachęcanie potencjalnych pacjentów do dokonywania zakupu usług farmaceutycznych w konkretnej aptece lub punkcie aptecznym, a tym samym zwiększenie sprzedaży. Niezależnie od form i metod prowadzenia samej reklamy oraz użytych do jej realizacji środków. Istotne, aby celem było zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych.

Podobny pogląd oraz powołanie się na definicję słownikową znaleźć można w bogatym orzecznictwie sądów administracyjnych (zob., wyrok WSA w Warszawie z dnia 1 lutego 2008 r., sygn. VII SA/Wa 1960/07, wyrok WSA w Warszawie z 14 maja 2008 r., sygn. VII SA/Wa 2215/2007, wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 r., sygn. VII SA/Wa 698/08, wyrok WSA w Warszawie z 1 kwietnia 2008 r., sygn. VII SA/Wa

1739/2007, wyrok WSA w Warszawie z 6 marca 2008 r., sygn. VII SA/Wa 2006/2007, wyrok WSA w Warszawie z 6 marca 2008 r., sygn. VII SA/Wa 2216/2007, wyrok WSA w Warszawie z 17 grudnia 2007 r., sygn. VII SA/Wa 1707/2007 - www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

Zgodnie zatem z utrwalonym orzecznictwem sądów administracyjnych, za „reklamę” działalności apteki należy uznać każde działanie skierowane do publicznej wiadomości niezależnie od sposobu i metody jego przeprowadzenia oraz środków użytych do jego realizacji, jeśli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych oferowanych w danej aptece (zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 14.05.2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 2215/07, podobnie wyrok WSA w Warszawie z dnia 1.02.2008 r. sygn. VII SA/Wa 1960/07, wyrok WSA w Warszawie z dnia 22.11.2007 r. sygn. VII SA/WA 1661/07 - www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

Podobnie reklamę zdefiniowano w art. 2 Dyrektywy 2006/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (Dz.U.UE.L z 2006 r. Nr 376, s. 21), w którym przyjęto, że reklama oznacza przedstawienie w jakiegokolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów w celu wspierania zbytu towarów lub usług, w tym nieruchomości, praw i zobowiązań.

Co ważne, nie jest istotne z punktu widzenia zakazu reklamy aptek i ich działalności, czy reklama dokonywana jest wewnątrz czy na zewnątrz apteki. Jej działalność reklamowa może przejawiać się tak we wnętrzu lokalu aptecznego, jak i poza nim. Przepis art. 94a Prawa farmaceutycznego nie wyznacza granic miejscowych reklamy (zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 maja 2014 r., VI SA/Wa 3112/13, www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

Naczelny Sąd Administracyjny wypowiedział się również w kwestii reklamy skojarzeniowej np. w wyroku z dnia 8 kwietnia 2015 r. sygn. akt: II GSK 74/14 (www.orzeczenia.nsa.gov.pl): *„W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego obecnie obowiązujący zakaz dotyczy także reklamy określonej w skardze kasacyjnej mianem "skojarzeniowej". Skarżąca spółka sama zwróciła uwagę na istniejącą możliwość skojarzenia pomiędzy nazwą "M. A." a materiałem reklamowym o nazwie "M.". Okoliczności tej nie przeczy przyjęcie, że logo Spółki oraz logo aptek nie są tożsame. Ich podobieństwo, jak również występowanie zbieżnej nazwy aptek "M." powoduje, że wskazane w ulotkach produkty lecznicze wraz z ich cenami, które nie miały charakteru jedynie przykładowego, orientacyjnego, tylko obowiązywały w aptekach należących do skarżącej spółki, co ustaliły organy obu instancji, stanowiły informację adresowaną do pacjentów, nakierowaną na zakup wymienionych produktów w konkretnych aptekach. Ustawodawca, formułując w art. 94a ust. 1 p.f. generalnie zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych, nie miał obowiązku wyraźnego wskazania, że obejmuje on także formę tzw. reklamy skojarzeniowej. Zastrzeżenie takie byłoby konieczne, gdyby z ogólnego zakazu ustawodawca zamierzał wyłączyć określoną formę reklamy, czego jednak nie uczynił.”*

Podobne stanowisko zajął NSA w Warszawie w wyroku z dnia 24 maja 2017 r., II GSK 2192/15 (www.orzeczenia.nsa.gov.pl), wskazując w uzasadnieniu: *„Ustawodawca, formułując w art. 94a ust. 1 P.f. generalnie zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych, nie miał bowiem obowiązku wyraźnego wskazania, że obejmuje on także formę tzw. reklamy skojarzeniowej. Zastrzeżenie takie byłoby konieczne, gdyby z ogólnego zakazu ustawodawca zamierzał wyłączyć określoną formę reklamy - czego jednak nie uczynił. Poza tym, oceniając treść materiałów reklamowych, należy zawsze mieć na uwadze, że odbiorcą przekazu jest przeciętny konsument, który otrzymuje komunikat w kontekście ogólnie, powszechnie stosowanych praktyk marketingowych stosowanych na rynku. (...) Natomiast Spółka, będąca przedsiębiorcą, jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu prawnego, co szczególnie*

zobowiązuje ją do przestrzegania przepisów regulujących prowadzenie danej działalności (w tym również art. 94a P.f.) oraz obciąża do ponoszenia odpowiedzialności za dokonane w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy. W kontekście przytoczonych powyżej ustaleń - w zestawieniu z zasadami doświadczenia życiowego - nie może budzić wątpliwości prawidłowość stanowiska organów obu instancji, podzielonego przez Sąd I instancji, że nawet ewentualny brak logo na listach cenowych nie pozbawia tych materiałów cech reklamy apteki, skoro kolportowane są łącznie z dwumiesięcznikiem "[B.]" (oznaczonym podobnym logo co apteki prowadzone przez Spółkę). Pacjent odnajdujący obie ww. publikacje w swojej skrzynce pocztowej, czy też lokalu aptecznym, bez trudności powiąże bowiem treść dwumiesięcznika z treścią listy cenowej, odbierając go jako jeden, złożony przekaz, związany z działalnością (ofertą) apteki, w której je znalazł lub apteki, która oznaczona jest logo identycznym z logo publikacji. Okoliczności te potwierdzają także wyniki oględzin jednej z aptek, podczas których stwierdzono, że preparaty znajdujące się na liście cenowej oznakowane są naklejką "PROMOCJA" i sprzedawane są po cenie wskazanej w cenniku."

Należy wskazać, że powołanych przez Organ orzeczeń, różnic w wyrażonych w nich tezach, nie sposób przenieść dosłownie na grunt niniejszej sprawy, co jest oczywiste, bowiem różnice wynikają zarówno ze zmieniającego się stanu prawnego, jak i z innych stanów faktycznych. Należy się do nich za to odnieść na zasadzie analogii.

Za działania reklamowe winny być uznane wszystkie te działania, których zamierzonym celem jest pozyskanie nowych lub zatrzymanie dotychczasowych klientów.

W przeciwieństwie do informacji handlowej, która zawiera obiektywne informacje o produkcie lub usługach świadczonych przez przedsiębiorcę, istotą reklamy jest zachęcanie.

Zgodnie z treścią art. 86 ust. 1 i 2 P.f., apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego, w której osoby uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne, a nazwa apteka zastrzeżona jest wyłącznie dla miejsca świadczenia tych usług.

Apteka nie jest – i zdaniem PWIF nie powinna być - sklepem, prowadzącym walkę konkurencyjną o pacjenta przy pomocy instrumentów rynkowych.

Przenosząc powyższe, ogólne rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, kluczową kwestią pozostaje zinterpretowanie intencji podmiotu. Zdaniem Organu, umieszczenie na ścianie budynku od strony północnej przy ul. [...] w R., jednostronnego urządzenia reklamowo – informacyjnego typu baner o treści: „[...]”, w kontekście drugiego jednostronnego urządzenia reklamowo – informacyjnego typu baner o treści: „[...]”, stanowi formę reklamy skojarzeniowej.

Niewątpliwie sama nazwa hurtowni i Apteki jest taka sama - „[...]”. Logo hurtowni i Apteki jest bardzo trudne do odróżnienia tj. w obydwu przypadkach [...]. Kolor napisu „[...]” jest w takim samym kolorze na obydwu banerach, a czcionki bardzo zbliżone do siebie.

Napis „[...]” zapisany jest znacznie mniejszą i mniej wyrazistą czcionką niż nazwa „[...]” i bez dokładniejszego wpatżenia się nie jest widoczny z uwagi na jej kolor. Szata graficzna i użyte barwy są bardzo zbliżone. Do tego na banerze informującym o działalności apteki z lewej strony znajduje się wyrazista, czerwona strzałka wskazująca na górny baner i czerwony, bardzo duży napis o treści: „[...]”. Takie zestawienie ewidentnie sugeruje, że ta informacja, jak i napis o treści „[...]” dotyczy działalności apteki.

Powyższe graficzne przedstawienie banerów w korelacji ze sobą stwarza dla klienta/pacjenta narzucające się ewidentnie przeświadczenie, że chodzi o ten sam podmiot „[...]” apteka, w której obowiązują [...].

Organ wskazuje, że odbiorcą przekazu jest przeciętny konsument, który otrzymuje komunikat w kontekście praktyk marketingowych stosowanych na rynku. Dlatego w rozpoznawanej sprawie istotne znaczenie miał sposób informowania potencjalnych pacjentów za pomocą przedmiotowych banerów, które przybrały formę sugerującą,

że „[...]” odnosi się do działalności apteki. Na zamiar skojarzenia informacji o niskich cenach z działalnością Apteki ewidentnie wskazuje kontekst umiejscowienia reklamy.

Na potrzeby niniejszych rozważań Organ wskazuje, że nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, iż:

- obydwie banery przypadkowo zostały zaprojektowane z użyciem zbieżnej szaty graficznej i barw,
- banery przypadkowo korelują ze sobą treścią i położeniem informacji,
- strzałka wskazująca na kierunek w jakim zlokalizowana jest apteka przypadkowo wskazuje również na duży, czerwony napis o treści: „[...]”,
- przypadkowo loga obydwu spółek są niemal identyczne,
- przypadkowo również umowa najmu powierzchni reklamowej została zawarta w tym samym dniu, a banery pojawiły się w podobnym czasie,

to z całą stanowczością podkreślić trzeba, że Spółka, będąca przedsiębiorcą, jako profesjonalny uczestnik obrotu prawnego, jest szczególnie zobowiązana do przestrzegania przepisów regulujących prowadzenie danej działalności (w tym również art. 94a P.f.) oraz zobligowana do ponoszenia odpowiedzialności za dokonane w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy. Zwłaszcza po wszczęciu przedmiotowego postępowania przez Organ i poinformowaniu o tym fakcie Strony. Zdaniem Organu Spółka zobowiązana była do niezwłocznego zaprzestania działań niezgodnych z prawem lub co najmniej do usunięcia stanu faktycznego powodującego akcydentalne naruszenie przepisów.

Poniżej zaprezentowany został załącznik graficzny obrazujący efekt, powstały po zawieszeniu przez Stronę oraz spółkę [...] banerów, stanowiący jedną z praktyk naruszających ustawowy zakaz reklamy, w postaci przedmiotowej reklamy skojarzeniowej.

Powyższy przekaz, zdaniem PWIF, w sposób ewidentny i nie budzący wątpliwości zachęcał pacjentów do dokonywania zakupów w aptecę prowadzonej przez Stronę. Stanowi to naruszenie art. 94a P.f. Nawet zatem jeśli to szereg zbiegów okoliczności doprowadził do niezamierzonej przez Stronę reklamy skojarzeniowej, to z całą pewnością Spółka powinna dążyć do usunięcia zaistniałego efektu niezgodnego z prawem.

Do przeciętnego adresata, ponad zwykłą informację o lokalizacji apteki, trafiała jednocześnie informacja o promocjach i najniższych cenach leków. Tym samym zyskiwał uzasadnione przeświadczenie o możliwych do uzyskania w Aptecę korzyściach.

Jednak z punktu widzenia logiki oraz doświadczenia życiowego, założenie przypadkowej zbieżności przedstawionych zdarzeń należy uznać za potencjalną i bardzo mało prawdopodobną ewentualność. Przyjętą jedynie na potrzeby niniejszych rozważań.

Tym samym Organ ustalił, że Strona bierze udział w działalności, mającej na celu zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych przez Aptekę, mimo wejścia w życie z dniem 1 stycznia 2012 r. ustawowego, niemal całkowitego zakazu reklamy aptek i ich działalności.

Przedmiotowa reklamy skojarzeniowa, według Organu jest próbą obejścia zakazu reklamy apteki i jej działalności.

Działanie polegające na zachęcaniu do zakupów, oferujące pacjentom korzyści, należy uznać za reklamę Apteki i jej działalności, mającą na celu zwiększenie obrotu w Aptecę.

Organ ustalił, że okres prowadzenia wyżej opisanej niedozwolonej reklamy, trwa co najmniej od dnia [...], tj. od daty wpływu do Inspektoratu pisma informującego o przedmiotowej sprawie do dnia [...] tj. wpływu pisma informującego o zdjęciu jednego ze spornych banerów.

Fakt zaprzestania prowadzenia reklamy stanowił podstawę do umorzenia przedmiotowego postępowania.

Prawo farmaceutyczne nakłada na wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego

obowiązek wydania decyzji, w której nakazuje zaprzestania prowadzenia reklamy. Skoro jednak w dniu wydania decyzji przez organ I instancji Strona nie prowadziła już niedozwolonej reklamy Apteki i jej działalności, odnoszącej się do produktów leczniczych, decyzja nakazująca Stronie zaprzestania prowadzenia przedmiotowej reklamy byłaby bezprzedmiotowa, ale jedynie w zakresie owego zakazu.

Kodeks postępowania administracyjnego w art. 105 ust. 1 stanowi, że: „*Gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości lub w części, organ administracji wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości lub w części*”.

Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 2 sierpnia 2013 r. sygn. akt VI SA/Wa 458/13, „*organ, w przypadku stwierdzenia naruszenia zakazu reklamy, jest obowiązany nałożyć w drodze decyzji karę pieniężną na tego, kto prowadzi tą reklamę. Nie ma zatem znaczenia, czy strona zaprzestała reklamy a postępowanie zostało umorzone. Organ pierwszej instancji nie dopuści się w tym zakresie uchybień zarówno prawa materialnego jak i procesowego*”.

Nałożenie kary pieniężnej jest związane z samym faktem naruszenia przepisów art. 94a P.f. w tym zakresie w trakcie ich obowiązywania. W sytuacji zaprzestania przez Stronę prowadzenia zakazanej reklamy Apteki, nie ma konieczności przed wydaniem decyzji o nałożeniu kary pieniężnej, wydania decyzji nakazującej zaprzestania działalności reklamowej aptek, gdyż taka decyzja byłaby bezprzedmiotowa.

W kwestii nałożenia kary w przypadku zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy i umorzeniu postępowania w tym przedmiocie wypowiedział się WSA w Warszawie w wyroku z dnia 25 marca 2015 r., sygn. akt VI SA/Wa 2637/14: „*Nieuprawniony jest pogląd, że jedynie naruszenie zakazu reklamy w dacie wydania decyzji uzasadnia zastosowanie sankcji z art. 129b prawa farmaceutycznego. Przyjęcie takiego poglądu prowadziłoby do powstania społecznie i prawnie niedopuszczalnych skutków. Wyłączałoby 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*”.

Zgodnie z art. 129b ust. 1 i 2 P.f., karze pieniężnej w wysokości do 50.000 zł podlega ten, kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi m.in. reklamę apteki oraz jej działalności. Karę pieniężną nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji administracyjnej. Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów.

Przepisy ustawy nie zawierają katalogu przypadków naruszeń, które uzasadniałyby zastosowanie kary pieniężnej w konkretnej wysokości, ani zasad jej miarkowania.

Nałożenie kary pieniężnej jest obligatoryjne. Wynika wprost z przepisów ustawy. Ustawodawcy przyświecało założenie, by w ten sposób ograniczyć niekorzystne zjawisko nadmiernego stymulowania sprzedaży leków przez apteki działające w porozumieniu z innymi podmiotami.

Organ stwierdzając prowadzenie zakazanej reklamy Aptek jest zatem zobowiązany nałożyć, na przedsiębiorcę naruszającego powołany przepis, stosowną karę pieniężną.

Biorąc pod uwagę okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także fakt, że:

1. Strona nie była uprzednio karana przez PWIF za naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. w zakresie reklamy aptek zlokalizowanych na obszarze województwa p.;
2. naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. przez Stronę stwierdzone zostało po raz pierwszy, po wejściu w życie zmienionych od dnia 1 stycznia 2012 r. przepisów,
3. reklama Apteki i jej działalności trwała od [...], tj. od daty wpływu do Inspektoratu pisma informującego o przedmiotowej sprawie, do dnia [...] tj. poinformowania

Organu o zdjęciu jednego z banerów tworzących reklamę,

4. PWIF dwukrotnie informował drogą elektroniczną wszystkich przedsiębiorców prowadzących apteki na terenie województwa p. o zakazie, począwszy od dnia 1 stycznia 2012 r., prowadzenia reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności, poprzez przesłanie komunikatów z dnia 2 stycznia 2012 r. i z dnia 10 stycznia 2012 r.,

5. umieszczono komunikaty na stronach internetowych w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu pod adresem www [...],
- nałożona w wysokości [...] zł kara pieniężna jest adekwatna do okoliczności i czasu prowadzenia reklamy Apteki i jej działalności.

Kara ma znaczenie edukacyjne dla Strony i stanowi ewentualną przestrożę dla innych przedsiębiorców prowadzących detaliczny obrót produktami leczniczymi przed podobnymi naruszeniami obowiązującego prawa.

Strona w toku postępowania współpracowała z Organem, dostarczyła na żądanie Organu wyjaśnienia i dowody umożliwiające ustalić rzeczywisty stan sprawy.

Przedsiębiorca zobowiązany jest spełniać określone przepisami prawa warunki wykonywania działalności gospodarczej, naruszając obowiązujące przepisy prawa winien liczyć się z konsekwencjami, które w niniejszej sprawie polegają na ukaraniu go karą pieniężną.

Kara pieniężna stanowi dochód budżetu państwa. PWIF jest wierzycielem w rozumieniu przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Karę pieniężną uiszcza się na wskazany w rozstrzygnięciu decyzji rachunek bankowy w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna.

Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki podatkowe.

Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami za zwłokę następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Biorąc powyższe pod uwagę postanowiłam jak w petitum decyzji.

POUCZENIE

Od decyzji służy Stronie odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego za pośrednictwem P.o Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w terminie 14 dni od daty jej doręczenia (art. 129 § 2 K.p.a.).

Strona może zrzec się prawa do wniesienia odwołania wobec organu administracji publicznej, który wydał decyzję poprzez złożenie stosownego oświadczenia.

Z dniem doręczenia oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania przez Stronę postępowania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna, w konsekwencji brak jest również możliwości zaskarżenia decyzji do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (art. 127a K.p.a.).

otrzymują:

- 1) Adresat – za potwierdzeniem odbioru;
- 2) aa.