

**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

Rzeszów, dnia lutego 2021 r.

FARZ-DA.8523.15.2020

(...)

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 2020 r., poz. 944 z późn. zm.), dalej zwanej: „**P.f.**”, oraz art. 104 § 1 oraz art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 256 z późn. zm.), zwanej dalej: „**K.p.a.**”, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez (...) z siedzibą w (...) NIP (...), niedozwolonej reklamy aptek zlokalizowanych na obszarze województwa podkarpackiego:

- 1) (...);
- 2) (...);
- 3) (...);
- 4) (...);
- 5) (...);
- 6) (...);
- 7) (...);
- 8) (...);
- 9) (...);
- 10) (...);
- 11) (...);
- 12) (...);
- 13) (...);
- 14) (...);
- 15) (...);
- 16) (...);
- 17) (...);
- 18) (...);
- 19) (...);
- 20) (...)

(dalej zwanych: „**Aptekami**”) i ich działalności

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- I. Umarza postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia przez (...) z siedzibą w(...) NIP (...), niedozwolonej reklamy Aptek zlokalizowanych na obszarze województwa podkarpackiego ze względu na zaprzestanie prowadzenia reklamy polegającej na prowadzeniu za pośrednictwem portalu (...) na stronie internetowej (...) akcji promocyjnej na wybrane wyroby medyczne dla seniorów (...) oraz emisji reklamy na antenach (...), przed wydaniem decyzji. Treść transkrypcji miała brzmienie:
- „-Pani Tereniu, pani tak troszczy się o moje zdrowie.
- Jak to pani Irenko?
- Dzięki pani poznałam (...) Teraz 8-12 maja -20% na wybrane wyroby medyczne dla seniorów.
- O muszę tam szybko zajrzeć!
(...) wszystko dla zdrowia. Rabat dotyczy tylko sprzedaży wysyłkowej bez produktów leczniczych. Obowiązuje do 31.8.”.*
- II. Umarza postępowanie administracyjne w części dotyczącej prowadzenia przez (...) z siedzibą w (...) NIP (...), niedozwolonej reklamy Aptek zlokalizowanych na obszarze województwa podkarpackiego pt. (...)
- III. Nakłada na (...) z siedzibą w (...) NIP (...), karę pieniężną w kwocie 40 000 zł (słownie: czterdzieści tysięcy złotych 00/100) z tytułu naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 P.f. opisanego w pkt. I sentencji decyzji.
- IV. Karę należy wpłacić na rachunek bankowy Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie w NBP O/Okr. Rzeszów nr 24 1010 1528 0007 8122 3100 0000 w terminie 7 dni od dnia, w którym niniejsza decyzja stanie się ostateczna.

UZASADNIENIE

Uzasadnienie faktyczne

W dniu 6 sierpnia 2020 r. do Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego (zwanego dalej „PWIF” lub „Organem”) wpłynęło pismo Głównego Inspektora Farmaceutycznego znak: PL.61.7.2020.MO.1 z dnia 6 sierpnia 2020 r. przekazujące materiał reklamowy pt. (...) dotyczący aptek (...).

Przekazany materiał stanowił korespondencję e-mail prowadzoną w dniu 29 lipca 2020 r. z (...) dotyczącą emisji reklamy w stacjach (...) i stacjach lokalnych spółki.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2020 r. (doręczonym 26 sierpnia 2020 r.) Organ zwrócił się do spółki (...) z siedzibą (...) z prośbą o:

1. przekazanie treści reklamy emitowanej w stacjach (...), w tym w Radiu (...)

- i stacjach lokalnych spółki, w formie pliku dźwiękowego oraz transkrypcji,
2. udzielenie wyjaśnień, w tym przede wszystkim wskazanie przez jaki okres i na czyje zlecenie reklama była emitowana, z jaką częstotliwością, w ilu stacjach należących do (...) i do jak licznej grupy odbiorców mogła być skierowana, a także jakie inne działania reklamowe dotyczące (...) zostały zlecone i przez kogo.

PWIF poinformował o treści art. 94a ust. 1 i 2 oraz art. 129b ust. 1 P.f.

W odpowiedzi pismem z dnia 7 września 2020 r. (data wpływu do tut. Inspektoratu 11 września 2020 r.) (...) z siedzibą w (...) poinformowała Organ, że nie zlecała emisji reklamy (...) w żadnej ze stacji radiowych, których nadawcą jest podmiot z grupy (...), w tym w Radiu (...). Jednocześnie poinformowano, że spółce nie zlecano działań dotyczących (...).

W związku z powyższym pismem z dnia 22 września 2020 r. (omyłkowo na piśmie wpisano datę 22 sierpnia 2020 r.) (doręczonym 28 września 2020 r.) Organ zwrócił się do (...) z siedzibą w (...) z prośbą o:

- 1) przekazanie treści reklamy emitowanej w stacjach należących do Państwa spółki np. w Radiu (...) i stacjach lokalnych spółki, celem podjęcia działań wyjaśniających w ramach posiadanych kompetencji,
- 2) złożenie wyjaśnień oraz przekazanie innych materiałów i reklam (...) zlecanych Państwa spółce lub spółkom zależnym oraz dominującym, należącym do grupy (...).

PWIF poinformował o treści art. 94a ust. 1 i 2 P.f.

W dniu 15 października 2020 r. do PWIF wpłynęło pismo z dnia 1 października 2020 r., w którym spółka (...) poinformowała, iż nie emitowała materiału reklamowego pt. (...) w żadnej ze stacji radiowych, których jest nadawcą, w tym (...). Na antenach stacji, których nadawcą jest (...) emitowana była reklama dot. portalu (...), a nie (...). Przedstawiono transkrypcję:

„-Pani Tereniu, pani tak troszczy się o moje zdrowie.

- Jak to pani Irenko?

- Dzięki pani poznałam (...). Teraz 8-12 maja -20% na wybrane wyroby medyczne dla seniorów.

- O muszę tam szybko zajrzeć!

(...) wszystko dla zdrowia. Rabat dotyczy tylko sprzedaży wysyłkowej bez produktów leczniczych. Obowiązuje do 31.8.”

PWIF nadto stwierdził, że portal (...) prowadził na stronie internetowej (...) akcję promocyjną skierowaną do seniorów na wybrane wyroby medyczne o treści:

„(...) – 20 % od 8:00 do 12:00

na wybrane wyroby medyczne dla seniorów

OFERTA WAŻNA NA WYBRANE WYROBY MEDYCZNE CODZIENNIE DO 31.08.2020, PRZY ZAMÓWIENIACH REALIZOWANYCH Z DOSTAWĄ DHL / INPOST. NIEZAWIERAJĄCYCH PRODUKTÓW LECZNICZYCH. LISTA PRODUKTÓW OBJĘTYCH PROMOCJĄ ZNAJDUJE SIĘ NA STRONIE (...).

Senior -20

Skorzystaj z 20% rabatu na wybrane wyroby medyczne dla Seniorów w godzinach 8-12:00. Pamiętaj, że rabat aktywny jest przy zamówieniach realizowanych z dostawą DHL/InPost i nie może zawierać produktów leczniczych. Udanych zakupów! KOD: DLASENIORA”.

Na stronie internetowej (...) znajduje się także lista aptek, w tym również lista 19 aptek ogólnodostępnych z województwa podkarpackiego realizujących zamówienia z (...). Na podstawie Platformy Rejestrów Medycznych, Organ ustalił listę 20 aptek znajdujących się na obszarze jego właściwości.

Pismem z dnia 9 grudnia 2020 r. (doręczonym 17 grudnia 2020 r.) Organ zawiadomił Stronę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia niedozwolonej reklamy Aptek i ich działalności. Jednocześnie wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że prowadzenie przez Stronę działalności reklamowej Aptek ma wyłącznie formy prawnie dozwolone. Równocześnie wezwał Stronę do udzielenia odpowiedzi na postawione pytania tj.:

1. Komu zlecali Państwo prowadzenie wyżej opisanej akcji reklamowej?
2. Przez jakie podmioty i gdzie reklama była emitowana?
3. W jakim okresie była prowadzona opisana akcja reklamowa?

Postanowieniem z dnia 9 grudnia 2020 r. (doręczonym 21 grudnia 2020 r.) Organ włączył jako dowody do akt sprawy następujący materiał dowodowy:

- pismo Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia 6 sierpnia 2020 r. znak: PL.61.7.2020.MO.1 przekazujące materiał reklamowy pt. (...), dotyczący (...);
- pismo Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego z dnia 19 sierpnia 2020 r. kierowane do (...);
- Odpowiedź (...) z dnia 7 września 2020 r. (data wpływu do tut. Inspektoratu 11 września 2020 r.);
- Pismo Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego z dnia 22 września 2020 r. kierowane do (...);
- Odpowiedź (...) z dnia 1 października 2020 r. (data wpływu do tut. Inspektoratu 15 października 2020 r.);
- wydruk ze strony internetowej (...) listy aptek z województwa podkarpackiego realizujących zamówienia z (...);
- wydruk ze strony internetowej (...) z dnia 6 sierpnia 2020 r. informujący o akcji promocyjnej skierowanej do seniorów na 20% rabat na wybrane wyroby medyczne.

Pismem z dnia 17 grudnia 2020 r. (data wpływu 31 grudnia 2020 r.) Strona, zajmując stanowisko w sprawie, wyjaśniła m. in., że „w stacjach radiowych (...) nie była emitowana reklama sieci (...) o rabatach dla seniorów, ale spot informujący o możliwości skorzystania w godzinach 08:00-12:00 z rabatu na zakup wyrobów medycznych wyłącznie w ramach sprzedaży wysyłkowej za pośrednictwem Portalu (...) (...) Spot trwał 20 sekund i był emitowany w stacjach radiowych z różną częstotliwością dzienną – średnio było to około 2,86 spotu na każdy dzień emisji w danej stacji radiowej. Odnosząc się do materiału „(...) (...)”

informujemy, że również była to akcja Portalu (...), a nie aptek ogólnodostępnych sieci (...).

W dniu 8 stycznia 2021 r. w siedzibie tut. Inspektoratu, pełnomocnik Strony dokonał wglądu do akt sprawy (wykonano dokumentację fotograficzną).

W dniu 18 stycznia 2021 r., pismem z dnia 11 stycznia 2021 r., 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.

Do dnia wydania niniejszej decyzji Strona nie skorzystała z przysługującego jej prawa.

Ustalenia Organu oraz uzasadnienie prawne

Podkarpacki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny ustalił co następuje:

W pierwszej kolejności wyjaśniam, że ponieważ nie stwierdzono prowadzenia akcji promocyjnej pod nazwą (...), postępowanie należało umorzyć w tym zakresie. Jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego, Strona prowadziła inną akcję marketingową, zachęcającą poprzez skojarzenie do skorzystania z oferty aptek całej (...), w tym wymienionych na stronie internetowej dwudziestu Aptek, zlokalizowanych w obszarze właściwości PWIF, działających pod szyldem (...).

Akcja marketingowa promowana była:

- za pośrednictwem własnej strony internetowej (...), Strona zachęcała seniorów do skorzystania z oferty wybranych wyrobów medycznych oferując im 20 % rabat na zakupy w godzinach 8:00-12:00. Kod rabatowy obowiązywał do 31 sierpnia 2020 r. Rabat dotyczył tylko zamówień realizowanych z dostawą DHL/INPOST, niezawierających produktów leczniczych. Co potwierdza zarówno wydruk ze strony internetowej jak i wyjaśnienia Strony w tym zakresie. Akcja w tym zakresie prowadzona była co najmniej od dnia 6 sierpnia 2020 r., co potwierdza wydruk strony internetowej z tego dnia,
- za pośrednictwem podmiotów zewnętrznych przez emitowanie reklamy radiowej w stacjach należących do grupy (...) w okresie od dnia 27 lipca do dnia 23 sierpnia 2020 r. o treści:
*„-Pani Tereniu, pani tak troszczy się o moje zdrowie.
- Jak to pani Irenko?
- Dzięki pani poznałam (...). Teraz 8-12 mają -20% na wybrane wyroby medyczne dla seniorów.
- O muszę tam szybko zajrzeć!
(...) wszystko dla zdrowia. Rabat dotyczy tylko sprzedaży wysyłkowej bez produktów leczniczych. Obowiązuje do 31.8.”*

Strona wyjaśniła, że spot trwał około 20 sekund i był emitowany średnio około 2,86 spotu na każdy dzień emisji w danej stacji radiowej.

Ustalenia w tym zakresie potwierdzają zarówno wyjaśnienia nadawcy – (...), któremu zlecono emisję, jak również wyjaśnienia Strony.

Zebrany materiał dowodowy nie pozostawia wątpliwości, że akcja promocyjna była faktycznie realizowana. Materiał dowodowy, a także treść samych akcji wskazują, że opisana w powyższych punktach reklama nie jest obecnie prowadzona.

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 art. 94a ust. 2 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 podkarpackim, właściwym do rozpoznania sprawy jest Podkarpacki 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 wątpienia 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 klientów 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 orzecnictwie 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 z utrwalonym orzecnictwem 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).

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.

Przenosząc powyższe, ogólne rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, że przy okazji prowadzenia opisywanych akcji reklamowych na stronie internetowej (...) oraz za pośrednictwem stacji radiowych, Strona prowadziła równocześnie reklamę skojarzeniową aptek ogólnodostępnych oraz ich działalności.

Zlecona akcja reklamowa zmierzała pośrednio także do zwiększenia sprzedaży przez apteki (...), ustalonych przez Organ na terenie właściwości PWIF, wymienionych również na stronie (...). Dlatego przedmiotowa reklama musi zostać zakwalifikowana jako naruszająca zakaz, o którym mowa w art. 94a P.f.

Na zamiar zwiększenia sprzedaży w aptekach działających pod szyldem (...) wskazuje posługiwanie się przez stronę logiem złożonym ze znaku charakterystycznego (...) oraz akronimu (...) w kolorystyce (...). Zarówno na stronie internetowej promującej rabaty jak i w treści wysyłanych wiadomości elektronicznych zawarte zostało charakterystyczne logo. Logo strony różni się od logo apteki tym, że zawiera dodatkowe (...) po kropce. Natomiast logo aptek sieci posiada pod akronimem (...) dodatkowo (...) napis mniejszą czcionką (...) oraz (...) „APTEKA”. W pozostałym zakresie obydwie oznaczenia są takie same. Dlatego należy uznać, że dla przeciętnego odbiorcy jest to logo trudne do odróżnienia, co w ocenie Organu jest zabiegiem celowym zmierzającym do skojarzenia obydwu podmiotów.

W tym miejscu należy odwołać się do treści uzasadnienia wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, sygn. akt VI SA/Wa 1528/19: *"Zdaniem Sądu, GIF doszedł do prawidłowego wniosku, że podobieństwo zachodzące między oznaczeniem stosowanym do oznaczenia portalu "" (...) "" oraz poszczególnych aptek sieci "" (...) jest na tyle wyraźne, że umożliwia konsumentom właściwe powiązanie reklamy portalu internetowego umożliwiającego zamawianie leków z miejscem ich sprzedaży. Taki też zamiar w ocenie Sądu, potwierdza ustalony przez GIF mechanizm funkcjonowania zamówień na portalu "(...)", który jest związany ze sprzedażą w aptekach sieci "" (...) "(...)", poprzez fakt, że zakup zamówionych na portalu " (...) " produktów możliwy jest wyłącznie w wybranej aptece sieci "" (...) " Apteka (...) ". Prawidłowej oceny GIF w powyższym zakresie nie zmienia podnoszony przez Skarżącą fakt, że Skarżąca ani na portalu (...), ani w jego reklamie nie używa zwrotu (...), jak również w nazwie Spółki, a jedynie w logo Aptek " (...)", robi to natomiast GIF w zaskarżonej decyzji.*

GIF dokładnie opisał sporne filmy reklamowe i występujące w nich logo, nie wskazując aby Skarżący używał w nich zwrotu (...), wskazał natomiast, że dopisek ten występuje w logo aptek sieci "" (...)"(...)". Z treści zaskarżonej decyzji nie można więc wyciągnąć wniosku, że organ ocenił podobieństwo logotypu portalu "" (...) "(...)" i "" (...)"(...)". Jasne jest natomiast, że ocenił podobieństwo logotypu zawierającego charakterystyczny (...) wraz z akronimem " (...)", występującego w spornych filmach reklamowych oraz w oznaczeniu aptek sieci "" (...)"(...)".

Zdaniem Organu, organizowanie akcji promocyjnych, w tym rabatowych w zamierzeniu Strony należy odczytać jako jednoczesną promocję aptek ogólnodostępnych (...) poprzez promocję bardzo zbliżonego logo mającą wywołać u pacjentów pozytywne skojarzenia marketingowe, zmierzające w konsekwencji do zwiększenia sprzedaży w aptekach. Dodatkowo na stronie internetowej wymienione zostały apteki należące do (...). W tym wszystkie działające na obszarze właściwości PWIF.

Przywołać należy treść kolejnego wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 13 lutego 2020 r., sygn.. akt VI SA/Wa 2266/19: *„Reklamą apteki jest zatem każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych, z wyłączeniem zawartym w zdaniu 2 art. 94a ust. 1 p.f. Nie ulega przy tym wątpliwości, że reklama może przyjmować różne formy, także reklamy skojarzeniowej. Podstawowym jej celem - elementem jest jednak, niezależnie od formy, zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do skorzystania z oferty konkretnej apteki - zwiększenie sprzedaży w danej aptece (v. Marta Koremba w Komentarzu do art. 94a Pf, stan prawny na 1 lipca 2009 r.). Także Sąd Najwyższy prezentował stanowisko, zgodnie z którym: "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.”* Podobnie wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 8 kwietnia 2015 r., sygn. akt II GSK 74/14: *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. Poza tym, oceniając treść ulotki, należy zawsze mieć na uwadze, że odbiorcą przekazu jest przeciętny konsument, który otrzymuje komunikat w kontekście ogólnie, powszechnie stosowanych praktyk marketingowych stosowanych na rynku. Dlatego w rozpoznawanej sprawie istotne znaczenie miał sposób informowania potencjalnych pacjentów o ofercie cenowej, która przybrała formę ulotki sugerującej, że zawiera ona okresową ofertę cenową obowiązującą w sieci aptek należących do grupy kapitałowej "M.". Istotne pozostawało również, że ulotki były rozpowszechniane "do skrzynek pocztowych odbiorców indywidualnych".

Powyższe wywody prowadzą do wniosku, że opisywane akcje zawierały wszystkie znamiona reklamy skojarzeniowej i za taką muszą być uznane. Celem realizacji akcji było niewątpliwie uatrakcyjnienie oferty handlowej i zachęta do zakupu, a przy tym jednoznaczne skojarzenie akcji z (...) poprzez posługiwanie się zbliżonym logiem. W ocenie Organu zamiarem strony było spowodowanie u odbiorcy (nabywcy) woli zakupu w aptecę należącej do (...) i uatrakcyjnienie wizerunku aptek, mających się kojarzyć z możliwymi korzyściami dla kupujących. W konsekwencji celem opisywanych działań jest pozyskanie klientów oraz kształtowanie pozytywnego wizerunku sieci wśród klientów.

Organ ustalił, że reklama miała ograniczony charakter. Kod promocyjny realizowany na stronie obowiązywał co najmniej od dnia 6 sierpnia 2020 r. i nie dłużej niż do 31 sierpnia 2020 r., dodatkowo promowana była za pośrednictwem stacji radiowych w okresie od dnia 27 lipca 2020 r. do dnia 23 sierpnia 2020 r.

Organ nie stwierdził prowadzenia przedmiotowej reklamy w innym czasie. Żadne dowody nie potwierdziły prowadzenia akcji promocyjnej (...).

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. Wylęczałoby bowiem spod działania przepisów ustawy każdą aptekę, co do której wszczęto postępowania 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. W przedmiotowej sprawie zleceniodawcą akcji reklamowej była Strona, zasadnym jest nałożenie na nią kary.

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

Kara pieniężna powinna być skuteczna, proporcjonalna i odstrasżająca. Skuteczność kary przejawia się w możliwości jej nałożenia i wyegzekwowania. Żeby kara była odstrasżająca jej wysokość powinna być dotkliwa dla przedsiębiorcy. Kara nałożona na podmiot musi także spełnić funkcję prewencyjną oraz dyscyplinująco-represyjną, tj. być ostrzeżeniem dla przedsiębiorcy, mającym na celu niedopuszczenie do powstania nieprawidłowości w przyszłości.

Wymierzona kara powinna uwzględniać stopień i rozmiar naruszenia. Przez stopień naruszenia przepisów należy rozumieć m.in. intensywność, nasilenie reklamy oraz formę jej prowadzenia. Stopień i okoliczności naruszenia należą do okoliczności faktycznych, które winny być ustalone przez organ w sprawie naruszenia zakazu określonego w art. 94a ust. 1 P.f. oraz nałożenia kary pieniężnej.

Organ ustalając wysokość kary wziął pod uwagę następujące okoliczności:

- reklama dotyczyła całej (...), w tym dwudziestu aptek na terenie województwa podkarpackiego i ich działalności,
- za pośrednictwem strony internetowej prowadzona była akcja marketingowa dla seniorów co najmniej w okresie od dnia 6 sierpnia 2020 r. do dnia 31 sierpnia 2020 r.,
- akcja promocyjna dla seniorów była dodatkowo promowana za pośrednictwem stacji radiowych należących do (...) w okresie od 27 lipca 2020 r. do dnia 23 sierpnia 2020 r. tym samym skierowana była do dużej grupy odbiorców. Spot trwał 20 sekund i był emitowany w stacjach radiowych z różną częstotliwością dzienną – średnio było to około 2,86 spotu na każdy dzień emisji w danej stacji radiowej,
- Strona była uprzednio karana za naruszenie przepisów Prawa farmaceutycznego

ostatecznymi decyzjami FARZ-DA.8523.10.2014 z dnia 13 listopada 2014 r., FARZ-DA.8523.11.2014 z dnia 14 grudnia 2015 r., FARZ-DA.8523.12.2014 z dnia 8 lutego 2016 r., FARZ-DA.8523.13.2014 z dnia 18 grudnia 2014 r., FARZ-DA.8523.14.2014 z dnia 22 grudnia 2015 r., FARZ-DA.8523.8.2018 z dnia 27 września 2018 r.,

- PWIF dwukrotnie informował drogą elektroniczną wszystkich przedsiębiorców prowadzących apteki na terenie województwa podkarpackiego 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.,
- umieszczono komunikaty na stronach internetowych w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu pod adresem www.rzeszow.wif.gov.pl,
- rabaty były aktywne wyłącznie przy zamówieniach na wybrane wyroby medyczne, z wyłączeniem produktów leczniczych, asortymentu refundowanego ze środków publicznych, realizowanych z dostawą DHL/InPost co wpłynęło na obniżenie kary.

Dodatkowo Organ rozważył czy kara nie jest nadmiernej wysokości. Jak wynika z ostatniego, dostępnego na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości (<https://ekrs.ms.gov.pl/>), rejestru KRS, Spółka na koniec 2019 r. dysponowała aktywami o łącznej wartości (...). Nałożona kara pieniężna w wysokości 40 000 zł, jest adekwatna do opisanych okoliczności oraz czasu prowadzenia reklamy dwudziestu aptek i ich działalności.

Ponieważ przedsiębiorca jest zobowiązany 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.

Biorąc powyższe pod uwagę Organ postanowił jak w sentencji decyzji.

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 za zwłokę w wysokości jak dla zaległości podatkowych. Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

POUCZENIE

Od decyzji służy Stronie odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego za pośrednictwem Podkarpackiego 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.