

DECYZJA

Na podstawie art. 108 ust. 4 pkt 7 lit. b w zw. z art. 94a ust. 1 i 2 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - *Prawo farmaceutyczne* (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2211, ze zm.) oraz art. 104 § 1, art. 105 § 1 i art. 107 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku - *Kodeks postępowania administracyjnego* (t. j. Dz. U. 2017 r. poz. 1257)

MAŁOPOLSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

I. Stwierdza naruszenie przez przedsiębiorcę, a [...], wpisanej do Rejestru Przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla [...] pod numerem KRS: [...], ustawowego zakazu reklamy aptek i ich działalności, polegające na wydawaniu i kolportowaniu gazetek pn. [...] (dalej: gazetki), reklamując w ten sposób 49 aptek, które posługują się logiem (znakiem towarowym) [...] na terenie województwa małopolskiego, a to:

1. [...];
2. [...];
3. [...];
4. [...];
5. [...];
6. [...];
7. [...];
8. [...];
9. [...];
10. [...];
11. [...];
12. [...];
13. [...];
14. [...];
15. [...];
16. [...];
17. [...];
18. [...];
19. [...];
20. [...];
21. [...];
22. [...];
23. [...];
24. [...];

25. [...];
26. [...];
27. [...];
28. [...];
29. [...];
30. [...];
31. [...];
32. [...];
33. [...];
34. [...];
35. [...];
36. [...];
37. [...];
38. [...];
39. [...];
40. [...];
41. [...];
42. [...];
43. [...];
44. [...];
45. [...];
46. [...];
47. [...];
48. [...];
49. [...].

- II. **Nakłada** na przedsiębiorcę, a to [...], karę pieniężną w wysokości **20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100)** z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - *Prawo farmaceutyczne* w zakresie opisanym w punkcie I niniejszej decyzji, płatną do budżetu państwa.
- III. **Umarza** postępowanie administracyjne w zakresie wydania nakazu zaprzestania prowadzenia przez [...] niedozwolonej reklamy aptek ogólnodostępnych oznakowanych logo [...] zlokalizowanych na terenie województwa małopolskiego, a polegającej na prowadzeniu działań reklamowych opisanych w punkcie I decyzji, wobec ich zaprzestania.

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

W dniu 11.04.2016 r. Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wydał decyzję znak: FAKR-II.8523.19.2015, w której stwierdził naruszenie przez spółkę [...]

ustawowego zakazu reklamy aptek i ich działalności, polegające na wydawaniu i kolportowaniu gazetek pn. [...], to jest działalności, która stanowiła reklamę aptek ogólnodostępnych o nazwie[...] zlokalizowanych na terenie miasta [...] i nałożył karę pieniężną w wysokości 8 000,00 (słownie: osiem tysięcy złotych 00/100).

W dniu 21.04.2016 r. (data wpływu 04.05.2016 r.) Strona wniosła odwołanie od tej decyzji do Głównego Inspektora Farmaceutycznego.

Główny Inspektor Farmaceutyczny, decyzją z dn. 20.02.2017 r. znak: GIF-P-L-0740/211-2/EF/16, uchylił w całości zaskarżoną decyzję i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia przez organ pierwszej instancji. W uzasadnieniu tej decyzji Główny Inspektor Farmaceutyczny wskazał, że Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny rozpatrując ponownie sprawę powinien między innymi rozszerzyć postępowanie dowodowe w celu dokonania jednoznacznego ustalenia, czy Strona prowadziła niedozwoloną reklamę aptek i ich działalności, z uwzględnieniem konkretnych aptek w [...], a w przypadku ewentualnego uznania działalności Strony za naruszenie zakazu reklamy dokładnie ustalonych aptek w [...] i ich działalności – uwzględnić przesłanki z art. 129b ust. 2 ustawy – Prawo farmaceutyczne, które determinują zakres postępowania dowodowego.

Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w dn. 24.10.2017 r. zawiadomił Stronę o możliwości wzięcia udziału w postępowaniu poprzez wypowiedzenie się, co do dotychczas zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz zgłaszanie wniosków dowodowych oraz wyjaśnień w terminie 7 dni.

W toku postępowania organ skierował wezwania do każdej ze spółek prowadzących apteki ogólnodostępne o nazwie: [...] zlokalizowane na terenie miasta [...] o udzielenie pisemnych wyjaśnień. W szczególności wskazał potrzebę uzyskania informacji, czy spółka wyraziła zgodę na kolportaż gazetek na terenie prowadzonych przez nią aptek ogólnodostępnych o nazwie [...], a jeżeli tak, to w jakiej formie została wyrażona taka zgoda, a także, czy kolportaż był prowadzony we wszystkich aptekach prowadzonych przez podmiot.

W przypadku każdego z podmiotów prowadzących apteki ogólnodostępne o nazwie: [...] zlokalizowanych na terenie miasta [...], osoby uprawnione do jej reprezentowania w odpowiedzi kierowały pisma tej samej treści, w których wskazywały, że: *„w archiwum Spółki oraz prowadzonych przez nią aptekach ogólnodostępnych o nazwie: [...] brak jest zarówno gazetek reklamowych pn. [...], czy ich kopii, jak również jakichkolwiek dokumentów dotyczących dystrybucji (kolportażu) wymienionych gazetek”*.

Ponadto organ skierował do Strony wezwanie o udzielenie pisemnych wyjaśnień dotyczących dystrybucji gazetek do aptek ogólnodostępnych o nazwie: [...] zlokalizowanych na terenie województwa małopolskiego. W szczególności wskazał potrzebę uzyskania informacji dotyczących:

- podmiotu realizującego kolportaż gazetek (wraz z treścią umowy, na podstawie której następowała współpraca),

- ilości gazetek dostarczonych do aptek,
- uzgadniania z podmiotami prowadzącymi apteki zasad dostarczania gazetek (wraz z treścią umowy, na podstawie której następowała współpraca),
- adresów wszystkich aptek, do których zostały dostarczone gazetki.

W piśmie z dnia 17.01.2018 r. Strona udzieliła odpowiedzi, w której:

- wskazała dane firmy realizującej kolportaż,
- nie potrafiła określić ilości gazetek dostarczonych do aptek,
- poinformowała, że: *„Dystrybucja gazetek do aptek miała miejsce na podstawie niektórych postanowień umów o współpracy – umów programowych określających zasady uczestnictwa w [...] zawieranych pomiędzy [...] a przedsiębiorcami prowadzącymi apteki. Wskazać przy tym należy, że wszystkie ww. umowy zawarte z przedsiębiorcami prowadzącymi apteki ogólnodostępne o nazwie: [...] zawierają takie same postanowienia merytoryczne, różniąc się w istocie wyłącznie stronami, w konsekwencji aptekami, których dotyczą oraz datami zawarcia”*,
- przekazała listę aptek zlokalizowanych na terenie województwa małopolskiego, do których dostarczono gazetki, zawierającej 49 adresów (w tym 18 aptek zlokalizowanych na terenie miasta [...]).

W związku z uzyskaniem informacji o danych firmy, która na zlecenie Strony dostarczała gazetki do aptek, organ skierował wezwanie do prezesa zarządu tego podmiotu o udzielenie pisemnych wyjaśnień dotyczących dystrybucji gazetek do aptek ogólnodostępnych o nazwie: [...] zlokalizowanych na terenie województwa małopolskiego, wymienionych w załączniku do pisma. W szczególności informacji dotyczącej łącznej ilości dostarczonych do wymienionych w załączniku do pisma aptek zlokalizowanych na terenie województwa małopolskiego. W odpowiedzi organ otrzymał informację, że do wskazanych 49 aptek, które zostały wymienione w piśmie Strony, dostarczono łącznie 16 600 egzemplarzy gazetek.

Pomimo twierdzenia Strony Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny nie posiadał informacji o treści umów o współpracy – umów programowych określających zasady uczestnictwa w [...] zawieranych pomiędzy [...] a przedsiębiorcami prowadzącymi apteki. W związku z tym organ skierował do Strony wezwanie o dostarczenie kopii (potwierdzonych za zgodność z oryginałem) umów o współpracy zawartych z podmiotami prowadzącymi apteki ogólnodostępne zlokalizowane na terenie województwa małopolskiego wymienione w piśmie Strony z dnia 17.01.2018 r.

W odpowiedzi Strona oświadczyła, że: *„ponownie potwierdza fakt, że dystrybucja gazetek, o których mowa w wezwaniu, do aptek ogólnodostępnych o nazwie: [...] zlokalizowanych na terenie województwa małopolskiego miała miejsce na podstawie postanowień obowiązujących w 2015r. umów określających zasady uczestnictwa w [...] zawieranych pomiędzy [...] a przedsiębiorcami prowadzącymi apteki. W umowach nie było konkretnych postanowień dotyczących wydawania i kolportażu gazetek, ani żadnych podobnych postanowień dotyczących tego typu szczegółowych działań.”*

W związku z powyższym organ skierował wezwania do wszystkich przedsiębiorców prowadzących działające w dniu wysyłania wezwania apteki ogólnodostępne, które zo-

stały wymienione w piśmie Strony z dnia 17.01.2018 r. stanowiącym odpowiedź na wcześniejsze wezwanie o nadesłanie listy aptek zlokalizowanych na terenie województwa małopolskiego, do których dostarczono gazetki.

Organ w trakcie postępowania uzyskał umowę o współpracy określającej zasady uczestnictwa w [...] i zapoznał się z jej treścią. Zgodnie z brzmieniem § 4 ust. 1 tej umowy: „Apteka zobowiązuje się korzystać ze znaków identyfikujących [...]”, zaś na podstawie § 10 ust. 3 tej umowy: „**Udział aptek w działaniach marketingowych (...), prowadzonych przez [...] ma charakter obowiązkowy, o ile działania te mają charakter ogólnopolski. W przypadku, kiedy [...] ustali z producentem lub dystrybutorem warunki sprzedaży produktów objętych promocją, np. detaliczną cenę maksymalną danego produktu, Apteka zobowiązana jest stosować się do tych ustaleń. W przypadku odmowy Apteki udziału w działaniach marketingowych o charakterze ogólnopolskim lub niewykonywania przez Aptekę ustaleń dokonanych przez [...] z producentem lub dystrybutorem, Apteka zobowiązana będzie do zapłaty [...] za każdy przypadek naruszenia obowiązku, o którym mowa w niniejszym ust. 3.**” Zgodnie z § 17 ust. 8 tej umowy: „**Apteka zobowiązuje się uczestniczyć w akcjach marketingowych i promocyjnych prowadzonych przez [...], w tym w szczególności (...) eksponować dostarczone jej materiały reklamowe.**”

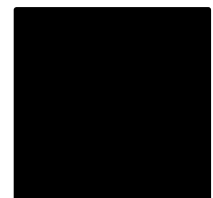
W dniu 14.08.2018 r. Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił stronę o zakończeniu postępowania i o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów - przed wydaniem decyzji. Strona nie skorzystała z możliwości wypowiedzenia się w powyższej sprawie.

Przy tak ponownie ustalonym stanie faktycznym oraz uzupełnieniu dowodów przy ponownym rozpoznaniu sprawy organ zważył, co następuje.

Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie i nie kwestionowany przez Stronę potwierdza jednoznacznie, że:

- gazetki były wydawane przez Stronę, która również zlecała firmie zewnętrznej ich kolportaż,
- gazetki zostały dostarczone do 49 aptek ogólnodostępnych oznakowanych logo [...] zlokalizowanych na terenie województwa małopolskiego, w tym do 18 aptek zlokalizowanych na terenie miasta [...],
- całkowita ilość gazetek rozprowadzonych na terenie województwa małopolskiego wyniosła 16 600 egzemplarzy,
- gazetki były kolportowane w aptekach w czternastodniowym okresie obowiązywania promocji.

Gazetki zawierały na pierwszej stronie logo sieci aptek o nazwie: [...], w postaci białego [...] umieszczonego w niebieskim kwadracie na pomarańczowym tle. W gazetkach prezentowane były produkty lecznicze oraz inny asortyment dostępny w aptekach (wyroby medyczne, suplementy diety i kosmetyki) w ten sposób, że w przeważającej części wskazywano dwie ceny produktu: wyższą (przekreśloną) i niższą pisaną wyraźnie większą czcionką, dodatkowo w polach dotyczących danego produktu umieszczano, stosując wyróżnienie przez użycie tła



w intensywnie żółtym kolorze, informację o wysokości rabatu podaną w procentach. W pozostałych kilku przypadkach ceny były prezentowane przez umieszczenie w polu wraz z ceną treści: „**stale dobra cena**”. Dodatkowo obok kilku produktów umieszczono napisy o treści: „**bestseller!**” lub „**hit cenowy**”.

Na kilku pozostałych stronach znajdowały się dodatkowo informacje o możliwości dokonania zamówienia przez telefon (infolinia bezpłatna: [...]) i przez stronę internetową [...]. Po wejściu na stronę, a następnie na podstronę [...] można było znaleźć wyszukiwarkę aptek, za pomocą której była możliwość odnalezienia aptek w różnych miejscowościach na terenie województwa małopolskiego. Na dole tej podstrony znajdował się napis o treści:

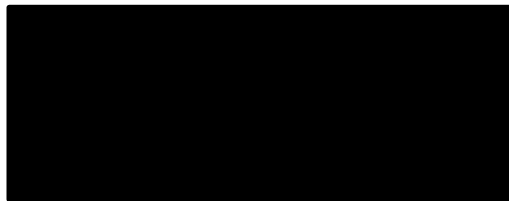


[...]

co potwierdza fakt, że mamy do czynienia z siecią aptek występujących pod tą nazwą.

Należy zaznaczyć, że gazetki oznaczone były logo identycznym z logo aptek ogólnodostępnych o nazwie [...], co pozwala w sposób oczywisty na powiązanie przedstawionej w nich oferty z działalnością każdej z aptek należących do tej sieci.

Należy mieć na uwadze, że [...] jest podmiotem uprawnionym do znaku towarowego „[...]” (numer rejestracji międzynarodowej [...]). Jest to znak słowno-graficzny. Pierwotna rejestracja nastąpiła na rzecz [...]. Zgodnie z Biuletynem Urzędu Patentowego Nr [...] (dostępnego na stronie[...] powiązane są ze znakiem takie znaki graficzne:



[...] ponadto zarządza największą w Polsce siecią „[...]”, która liczy blisko tysiąc placówek. Część z nich rozwijana jest w systemie franczyzy. Każda z aptek, która przystąpiła do [...], podpisała umowę o współpracy określającą zasady uczestnictwa w tym programie, na podstawie której była zobligowana zarówno do oznakowania logo [...], jak i do eksponowania otrzymywanych materiałów reklamowych, których wydawcą była Strona. Jest to okoliczność bezsporna, albowiem Strona sama wskazała adresy tych aptek i zgodnie z podpisanymi umowami apteki te mają stosowne oznakowanie, które ewoluowało w czasie. Na dzień wydawania niniejszej decyzji istnieje możliwość, że niektóre apteki nie są już stroną takiej umowy, ale nie jest już to okoliczność mająca znaczenie, albowiem przedmiotem postępowania są działania reklamowe prowadzone w roku 2015.

Należy również pamiętać, że spółka również posiada udziały i akcje w spółkach prowadzących apteki, a są to spółki:

- [...] (jedyń akcjonariusz[...])
- [...] (jedyń wspólnik: [...], którego jedyny wspólnik to [...])

- [...] (wspólnicy: [...] - 121 udziałów i [...] - 383 udziały, którego jedyny akcjonariusz to [...])
- [...] (jedyny wspólnik: [...].)
- [...] (wspólnicy: [...] - 1645 udziałów i [...] - 5211 udziałów, którego jedyny wspólnik to [...])
- [...] (jedyny wspólnik: [...], którego jedyny wspólnik to [...])
- [...] (jedyny wspólnik: [...].)
- [...] (wspólnicy: [...] - 25 udziałów i [...] - 79 udziałów, którego jedyny akcjonariusz to [...].)
- [...] (jedyny wspólnik: [...])
- [...] (jedyny wspólnik: [...])
- [...] (jedyny wspólnik: [...])
- [...] (jedyny wspólnik: [...])
- [...] (wspólnicy[...]- 13 udziałów i [...] - 41 udziałów, którego jedyny wspólnik to [...])

- które to spółki prowadzą apteki i znajdują się w wykazie aptek, do których dostarczona przedmiotowa ulotkę. Wynika to z aktualnych danych w Rejestrze Przedsiębiorców.

[...] zarządza (reprezentuje) również, jako komplementariusz spółką pod firmą [...], która prowadzi sprzedaż hurtową produktów leczniczych, a jej komandytariuszami są m.in.: [...],[...],[...],[...],[...],[...],[...],[...],[...],[...],[...],[...],[...],[...],[...] - podmioty gospodarcze, które prowadzą niektóre wykazane w niniejszej decyzji apteki na terenie województwa małopolskiego.

Tak więc, również powiązania kapitałowe Strony postępowania wskazują, że przedmiotowa gazetka była kolportowana we wskazanych w decyzji aptekach i był to rodzaj kampanii reklamowej o dużym rozmiarze obejmującej bardzo wiele aptek, przy wykorzystaniu zewnętrznego podmiotu gospodarczego, którego rolą był kolportaż do aptek gazetki.

Zważywszy na treść gazetek zawierającą wybrane produkty lecznicze, a także pozostały asortyment, z wyraźnym wskazaniem cen promocyjnych tych produktów, jasnym jest, że celem było zachęcenie do zakupu wymienionych w tych gazetkach produktów. Zaś umieszczenie logo [...] jednoznacznie wskazuje, że tylko w aptekach oznakowanych takim logo można zakupić wskazane w gazetkach produkty w uwidoczionych cenach. Taki skutek działań podejmowanych przez Stronę niewątpliwie był przez nią zakładany, a konsekwencją takich działań mogło być zwiększone zainteresowanie pacjentów aptekami oznakowanymi logo [...]. Z przytoczonych przyczyn organ jednoznacznie ocenił prowadzone przez Stronę działania jako reklamę tych aptek, gdyż w tych działaniach czytelny był zamiar zwiększenia zainteresowania pacjentów ofertą wskazanych aptek.

Należy zaznaczyć, że pewne formy działalności promocyjnej mogą stanowić zarówno reklamę produktu leczniczego, jak i reklamę działalności apteki, co w ocenie organu miało miejsce w opisanych działaniach Strony. W gazetkach kolportowanych w aptekach umieszczone były reklamy produktów leczniczych oraz innego asortymentu do-

stępnego w aptekach, jednak ich prezentacja w szczególności odnosiła się do cen, co już wykracza poza zakres niezbędnych danych dotyczących reklamy produktów leczniczych. W ocenie organu działania polegające na wydawaniu i kolportażu gazetek przedstawiających promocyjne ceny leków, a także zawierających zwroty wartościujące, zachęcające, takie jak: „bestseller!” czy „hit cenowy”, spełniały kryteria definicji reklamy aptek, gdyż miały na celu zachęcenie do zakupu konkretnych towarów (wymienionych w gazetce), po określonych cenach i w konkretnych aptekach (oznaczonych tym samym logo). Działania takie zostały podjęte w celu zainteresowania pacjentów ofertą (w zakresie asortymentu i cen) konkretnych aptek - oznaczonych logo identycznym ze znajdującym się na pierwszej stronie gazetek. Działania Strony w ocenie organu odpowiadały reklamie w rozumieniu art. 94a ust. 1 u.p.f., gdyż wykraczały poza sferę, którą ustawodawca wyłączył spod zakazu, tj. informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki ogólnodostępnej.

Przedmiotowe materiały, pod pozorem informacji rzekomo dotyczącej reklamy produktów leczniczych, jak również przedstawienia cen rynkowych wybranych produktów, służyły wzbudzeniu zainteresowania ofertą handlową aptek ogólnodostępnych oznakowanych logo [...]. W ocenie organu działania strony miały na celu obejście przepisów prawa dotyczących zakazu prowadzenia reklamy aptek i ich działalności.

Wszystkie gazetki promocyjne zawierają oznakowanie [...] białego koloru umieszczonego w niebieskim kwadracie na pomarańczowym tle, który równocześnie stanowi logo sieci [...], dlatego umieszczenie tego symbolu stanowi również reklamę skojarzeniową, gdzie bez wskazywania adresów konkretnych aptek można uznać, że każda apteka oznakowana w ten sposób będzie oferowała produkty umieszczone w gazetkach w cenach w nich uwidocznionych, a więc gazetki niezależnie od miejsca ich dystrybucji stanowiły reklamę wszystkich aptek oznakowanych takim logo, a ponad wszelką wątpliwość ustalono, że były one kolportowane w aptekach.

Stanowisko organu znajduje również oparcie w wyroku WSA w Warszawie z 2 października 2013 r., sygn. akt: VI SA/Wa 1193/13, w którym wskazano, że: *„reklama Produktów, która odwołuje się do szyldu, pod którym działają apteki wskazuje na możliwość zakupu reklamowanych produktów w tych aptekach, a zatem stanowi ich reklamę.”*

Odnosząc się do wskazanego powyżej podobieństwa zastosowanego w gazetkach logo wskazać trzeba, że w ocenie organu obecnie obowiązujący na gruncie u.p.f. zakaz reklamy aptek dotyczy także reklamy "skojarzeniowej". Ustawodawca, formułując w art. 94a ust. 1 u.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 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 u.p.f.) oraz obciąża do ponoszenia odpowiedzialności za dokonane w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy.

W myśl art. 94a ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 roku *Prawo farmaceutyczne* nadzór nad przestrzeganiem przepisów zakazujących aptekom i punktom aptecznym prowadzenia określonych form reklamy prowadzi wojewódzki inspektor farmaceutyczny. W razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy w tym przedmiocie wojewódzki inspektor farmaceutyczny uprawniony jest do wydania decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia reklamy.

W ocenie organu w niniejszej sprawie niewątpliwie doszło do prowadzenia niedozwolonej reklamy aptek przez podmiot wydający i zlecający kolportaż gazetek we wskazanych aptekach. W tym miejscu należy zwrócić ponadto uwagę, że nie ma znaczenia, że dystrybucja gazetek odbywała się wewnątrz lokalu aptek. Przepis art. 94 ust. 1 w obecnie obowiązującym brzmieniu nie wprowadza pojęcia „publicznego charakteru” reklamy. W związku z powyższym fakt dystrybucji gazetek wewnątrz apteki nie ma tu znaczenia. Poza tym gazetki można było łatwo wynieść poza lokale aptek i zasady logicznego rozumowania wskazują, że taki jest cel wszelkich gazetek o charakterze reklamowym. Znajdowały się bowiem m.in. na stolikach, stojakach w izbie ekspedycyjnej, czyli w miejscach łatwo dostępnych. W ten sposób może powiększyć się liczba odbiorców przekazu reklamowego.

Prawo farmaceutyczne nie zawiera legalnej definicji reklamy aptek, wskazując jedynie działania, które nimi nie są, czyli informacja o lokalizacji oraz godzinach pracy apteki. Niemniej sposób rozumienia pojęcia „*reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności*” został jednak wypracowany w orzecznictwie sądów administracyjnych. Znamiennym dla oceny stanu faktycznego w niniejszej sprawie jest również wyrok z dnia 5 marca 2015 r. sygn. akt: GSK 54/14)), w uzasadnieniu którego Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że: *„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. Orzecznictwo wskazuje, że reklamą działalności apteki może być więc każde działanie zmierzające do zwiększenia sprzedaży.”*

Reasumując oznacza to, że za reklamę apteki należy uznać każde działanie, niezależnie od sposobu i metody jej przeprowadzenia oraz środków użytych do jego realizacji, jeżeli jego celem jest zwiększenie sprzedaży towarów w niej oferowanych.

Ustawa przyznaje wojewódzkiemu inspektorowi farmaceutycznemu prawo nadzoru nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek i wydawania decyzji w tym zakresie na podstawie art. 108 ust. 4 pkt 7 lit. b ustawy

Prawo farmaceutyczne w związku ustawowym zakazem reklamy, który wynika z art. 94 a ust. 2 ustawy. Sądzę zasadnym było wszczęcie i prowadzenie postępowania także w tym zakresie. Jednocześnie jest on uprawnionym w przypadku stwierdzenia naruszenia zakazu reklamy aptek i ich działalności do wydania nakazu jej zaprzestania.

Niemniej jednak w sytuacji, gdy zaprzestano działań będących przedmiotem postępowania przed datą zakończenia postępowania, co miało miejsce w niniejszej sprawie, wydanie nakazu stało się bezprzedmiotowe, a tym samym zaktualizowało się postąpienie zgodnie z dyspozycją art. 105 § 1 k.p.a. i umorzenie postępowania administracyjnego w części dotyczącej wydania stosownego nakazu zaprzestania prowadzenia działań reklamowych przez stronę postępowania. Wynika to także z faktu, że oferta cenowa znajdująca się w przedmiotowych gazetkach obowiązywała w okresie od 22.06 2015 roku do 05.07.2015 roku i w tym też okresie gazetki te znajdowały się w aptekach, należało uznać to także za okres prowadzenia działań reklamowych. Dlatego też organ uznał, że strona postępowania zakończyła reklamę aptek i ich działalności poprzez wydawanie i kolportowanie gazetki reklamowej pn. [...], to jest działalności, która stanowiła reklamę aptek ogólnodostępnych wskazanych w niniejszej decyzji. Ponadto obecnie upłynął już długi okres czasu od chwili obowiązywania promocyjnej oferty cenowej przedstawianej w gazetkach.

Umorzenie postępowania w części dotyczącej wydania stosownego nakazu przez organ nie oznacza jednak, że wykluczone jest nałożenie kary pieniężnej za złamanie przedmiotowego zakazu, albowiem prowadziłoby to kuriozalnej sytuacji przyzwolenia na naruszanie przepisów ustawy do czasu zakończenia postępowania administracyjnego i wyeliminowania sankcji przewidzianej przez ustawodawcę tylko z tego powodu, że podmiot prowadzący aptekę zaprzestał łamania zakazu niedozwolonej reklamy.

Czyn niedozwolony to na gruncie prawa administracyjnego czyn zabroniony pod groźbą kary, a w tym przypadku kara pieniężna jest przewidziana za prowadzenie reklamy apteki i jej działalności, zaś jej zaprzestanie przed wydaniem decyzji może wpływać jedynie na wymiar tej kary.

Tym samym w świetle stwierdzonych działań reklamowych zaktualizował się obowiązek organu do postąpienia zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 1 i 2 *Prawa farmaceutycznego*. Przepis art. 129b stwierdza, że karze pieniężnej w wysokości do 50 000 złotych podlega ten, kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności. Karę pieniężną nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji administracyjnej i jest to związane ze stwierdzeniem prowadzenia reklamy, niezależnie, czy określone działania są nadal prowadzone na dzień wydania decyzji, czy też zaprzestano tych działań. Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszanie przepisów. Wymierzenie kary pieniężnej jest obligatoryjne, a organ nakładający karę pieniężną ma jedynie możliwość jej miarkowania.

Mając na względzie zgromadzony materiał dowodowy i wynikające z niego ustalenia, organ za stwierdzone naruszenie wymierzył karę pieniężną w wysokości 20 000,00

zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100). Na ustalenie takiego wymiaru kary miały wpływ następujące okoliczności:

- 1) reklama aptek ogólnodostępnych była prowadzona w formie gazetki promocyjnej, a wielkość kolportażu była znaczna i wynosiła kilkanaście tysięcy, co gwarantowało dotarcie przekazu reklamowego do dużej liczby pacjentów aptek,
- 2) przekaz reklamowy był bardzo czytelny albowiem odnosił się do ceny produktów, a jego forma na zasadzie reklamy skojarzeniowej zwiększała siłę przekazu,
- 3) czas trwania reklamy wynosił dwa tygodnie,
- 4) reklama była prowadzona w 49 aptekach ogólnodostępnych zlokalizowanych na terenie województwa małopolskiego, w tym w 18 aptekach zlokalizowanych na terenie miasta [...],
- 5) działania strony były prowadzone w ramach zorganizowanej kampanii reklamowej, centralnie kierowanej, jak również poprzez zlecenie części działań wyspecjalizowanym podmiotom jeżeli chodzi o dystrybucję materiałów reklamowych,
- 6) Strona nie kwestionowała prowadzonych działań,
- 7) Strona jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu prawnego, co szczególnie zobowiązuje ją do przestrzegania przepisów regulujących prowadzenie działalności (także art. 94a ust. 1 ustawy *Prawo farmaceutyczne*)
- 8) strona zaprzestała co prawda prowadzenia działań reklamowych, ale było to związane jedynie z ich istotą, która przewidywała z założenia okresowe ich prowadzenie, a nie było to wynikiem dobrowolnego uznania, że naruszają one przepis ustawy;
- 9) strona była już wcześniej karana za prowadzenie niedozwolonej reklamy aptek (decyzja GIF znak: GIF-P-L-0740/131/PSZ/12; skarga kasacyjna oddalona wyrokiem NSA z 27 sierpnia 2014 r., sygn. akt: II GSK 1000/13).

Mając powyższe na uwadze wymiar kary musi mieć charakter prewencyjny za naruszenie przepisów o zakazie reklamy aptek i zapobiec ponownemu naruszeniu zakazu w przyszłości, stąd nie mogła być niższa. Okolicznością szczególnie obciążającą jest stwierdzenie uprzedniej karalności Strony za prowadzenie reklamy aptek, a że ustawowy zakaz reklamy obowiązuje od wielu lat, a więc strona - mając na uwadze formę przekazu reklamowego - zupełnie świadomie i celowo naruszyła ten zakaz i to w sposób profesjonalnie zorganizowany, a więc kara ta musi poprzez swoją dolegliwość finansową być przestrożą dla Strony. Tak więc, rozmiar prowadzonej reklamy dotyczącej tak wielu aptek, co ustalono przy ponownym rozpatrywaniu sprawy, skłonił organ do wymierzenia wyższej kary niż uprzednio, mając także na uwadze wskazania organu II instancji w tym zakresie, warunkowane bardziej precyzyjnymi ustaleniami, a przede wszystkim bezspornym ustaleniem liczby aptek, które były reklamowane. Materiał dowodowy w tym przedmiocie nie opiera się wyłącznie na kontroli 3 aptek, jak uprzednio, ale pozwolił na ustalenie, że bezspornie była prowadzona duża, profesjonalna kampania reklamowa.

POUCZENIE

Od niniejszej decyzji służy odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego za pośrednictwem Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Krakowie w terminie czternastu dni od daty doręczenia decyzji.

Zgodnie z treścią art. 127a ustawy Kodeks postępowania administracyjnego w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania strona może zrzec się prawa do wniesienia odwołania wobec Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Krakowie.

Z dniem doręczenia Małopolskiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznego w Krakowie oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna.

W przypadku złożenia przez stronę oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do odwołania od decyzji, nie przysługuje prawo do odwołania się, ani skargi do sądu administracyjnego.

Zgodnie z dyspozycją art. 129ba ust. 1 *Prawa farmaceutycznego* kary pieniężne uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Krakowie, Plac Szczepański 5, 31-011 Kraków w NBP O/Kraków, numer rachunku: **46 1010 1270 0009 4122 3100 0000**.

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

Otrzymują:

1. [...]
2. a/a