



MAŁOPOLSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

FAKR-II.8523.8.2019

Kraków, dnia 18.12.2020 r.

DECYZJA

Na podstawie art. 108 ust. 4 pkt 7 lit. b w związku z art. 94a ust. 1, 2, 3 i 4 i art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - *Prawo farmaceutyczne* (Dz. U. z 2020 r. poz. 944 ze zm., dalej: „ustawa *Prawo farmaceutyczne*”) oraz art. 104 § 1, art. 105 § 1 i art. 107 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku - *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2020 r. poz. 256 ze zm., dalej: „k.p.a.”)

MAŁOPOLSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

I. Stwierdza naruszenie przez przedsiębiorcę [...] z siedzibą w [...] ustawowego zakazu reklamy następujących aptek i ich działalności:

- 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)[...];
50)[...];
51)[...];
52)[...];
53)[...];
54)[...];
55)[...];
56)[...];
57)[...];
58)[...];
59)[...];
60)[...];
61)[...];
62)[...];
63)[...];
64)[...];

poprzez zlecenie wysłania w dniu 26.05.2019 r. za pomocą poczty elektronicznej wiadomości zatytułowanej [...], w której zamieszczono komunikaty o treści: „[...]”, „[...]”, „Darmowa dostawa do Twojej Apteki”, „Eksperckie porady farmaceutów” oraz zdjęcia 12 produktów wraz z krótkimi informacjami i ich cenami.

- II. Umarza postępowanie w zakresie dotyczącym nakazania zaprzestania prowadzenia reklamy aptek i ich działalności, zlokalizowanych na terenie województwa małopolskiego, wymienionych w pkt. I. niniejszej decyzji, a polegającej na zleceniu wysłania w dniu 26.05.2019 r. za pomocą poczty elektronicznej wiadomości zatytułowanej „[...]”, w której zamieszczono komunikaty o treści: „[...]”, „[...]”, „Darmowa dostawa do Twojej Apteki”, „Eksperckie porady farmaceutów” oraz zdjęcia 12 produktów wraz z krótkimi informacjami i ich cenami.
- III. Nakłada na spółkę [...] z siedzibą w [...] karę pieniężną w wysokości **30 000,00 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zł 00/100)** z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2020 r. poz. 944 ze zm.) w sposób opisany w punkcie I niniejszej decyzji, płatną do budżetu państwa.

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

W dniu 21 czerwca 2019r. do Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Krakowie, jako do Organu I Instancji w zakresie reklamy działalności aptek i punktów aptecznych, wpłynęło pismo Głównego Inspektora Farmaceutycznego przekazujące wiadomość e – mailową otrzymaną w dniu 29 maja 2019r., a dotyczącą podejrzenia prowadzenia reklamy sieci aptek ogólnodostępnych.

Powyższe zawiadomienie dotyczyło wiadomości e-mailowej wysłanej w imieniu [...] z siedzibą w [...] w dniu 26 maja 2019 r. i zatytułowanej „[...]”, w której zamieszczono komunikaty treści: [...], [...], „Darmowa dostawa do Twojej Apteki”, „Eksperckie porady farmaceutów” oraz zdjęcia 12 produktów wraz z krótkimi informacjami i ich cenami.

W treści wiadomości wskazano, między innymi cyt.: „[...] jako podmiot przetwarzający dane, wysyła w imieniu: [...] oraz zamieszczono logo [...], a to:



Dodatkowo znajdowała się informacja o następującej treści:
„Zamówienie nie może zawierać produktów leczniczych. Akcja trwa od 20.05.2019 do 10.06.2019, z zastrzeżeniem, że liczba pudełek [...] – [...] z zawartością jest ograniczona. Prezent przy zamówieniach z dostawą [...] albo [...]”.

Pismem z dnia 14.09.2020 roku (data odbioru 21.09.2020 roku) Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wszczął z urzędu postępowanie administracyjne wobec spółki [...] z siedzibą w [...] (dalej: „Strona”) w sprawie podejrzenia naruszenia ustawowego zakazu reklamy następujących aptek i ich działalności:

- 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)[...];
- 50)[...];
- 51)[...];
- 52)[...];
- 53)[...];

54)[...];
55)[...];
56)[...];
57)[...];
58)[...];
59)[...];
60)[...];
61)[...];
62)[...];
63)[...];
64)[...];

w związku z wysłaniem w dniu 26.05.2019 r. za pomocą poczty elektronicznej wiadomości zatytułowanej „[...]”, w której zamieszczono komunikaty o treści: „[...]”, „[...]”, „Darmowa dostawa do Twojej Apteki”, „Eksperckie porady farmaceutów” oraz zdjęcia 12 produktów wraz z krótkimi informacjami i ich cenami.

Jednocześnie poinformowano Stronę o prawie do wzięcia udziału w postępowaniu poprzez wypowiedzenie się co do zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz zgłaszanie wniosków dowodowych i wyjaśnień – w terminie 7 dni od daty doręczenia zawiadomienia o wszczęciu postępowania.

Postanowieniem z dnia 14.09.2020 roku (data odbioru 21.09.2020 r.) jako dowody w prowadzonym postępowaniu administracyjnym zostały dopuszczone:

1. **pismo Głównego Inspektora Farmaceutycznego znak [...] z dnia 18.06.2019 r.** dotyczące podejrzenia prowadzenia reklamy sieci aptek ogólnodostępnych o nazwie [...];
2. **REGULAMIN KONKURSU „[...]”** ([...]);
3. **wykaz aptek w województwa małopolskiego realizujących zamówienia z [...]**;
4. **REGULAMIN świadczenia usług i sprzedaży w [...]** (dalej: Portal) obowiązuje do 12.08.2019 ([...]);
5. **Regulamin usług świadczonych za pośrednictwem Portalu [...]** obowiązuje do 04 października 2019 roku ([...]);
6. **Regulamin usług świadczonych za pośrednictwem Portalu [...]** obowiązuje od 04 października 2019 roku ([...]);
7. **informację umieszczoną na stronie internetowej [...]** zawierająca treść: *„Produkty zamawiane przez [...] dostarczane są bezpośrednio do wybranej przez użytkownika apteki, gdzie pacjent ma osobisty kontakt z farmaceutą”*.

na okoliczność treści w nich zawartych, w tym ustaleń dokonanych w trakcie postępowania wyjaśniającego.

Strona nie skorzystała z przysługujących jej uprawnień.

Pismem z dnia 14.09.2020 r. (data odbioru 21.09.2020 roku) Strona została wezwana do:

- przekazania do tutejszego inspektoratu informacji o ilości odbiorców, którym za pomocą poczty elektronicznej dostarczono wiadomość o Konkursie – kopia materiałów dostarczonych Panu [...] w załączeniu, zał. nr 1;
- przekazania do tutejszego inspektoratu informacji o okresie w jakim wiadomość o Konkursie była wysyłana do odbiorców;
- przedłożenia umowy o współpracy spółki [...] z siedzibą w [...] z podmiotem [...] widniejącym w wiadomości przesłanej do Pana [...].

w terminie 7 dni od daty otrzymania niniejszego wezwania.

Strona nie odpowiedziała na powyższe wezwanie.

Pismem z dnia 15.10.2020 roku (data odbioru 22.10.2020 roku) spółka [...] z siedzibą w [...] została zawiadomiona, że niniejsze postępowanie administracyjne nie zostanie załatwione w terminie.

W sprawie tej ze względu na jej charakter istnieje konieczność przeprowadzenia dalszych czynności oraz analizy zgromadzonego materiału dowodowego. Nowy termin ustala się na dzień 14.11.2020 r. i jest on niezbędny dla przeprowadzenia wszystkich czynności w sprawie, przy uwzględnieniu doręczeń pocztowych.

Jednocześnie poinformowano, że zgodnie z art. 35 k.p.a. do terminu załatwienia sprawy nie wlicza terminów przewidzianych w przepisach prawa do dokonania określonych czynności oraz okresów opóźnień spowodowanych z winy strony albo z przyczyn niezależnych od organu.

Pismem z dnia 13.11.2020 roku (data odbioru 18.11.2020 r.) Strona została poinformowana, że Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zamierza wydać decyzję kończącą postępowanie administracyjne i równocześnie poinformowano Stronę, że przed wydaniem decyzji kończącej postępowanie administracyjne Strona może wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów w terminie 7 dni od daty otrzymania niniejszego zawiadomienia oraz zgłosić ewentualne wnioski.

Jednocześnie poinformowano, że po upływie wskazanego terminu zostanie wydana decyzja w przedmiotowej sprawie.

Strona ponownie nie skorzystała z przysługujących jej uprawnień.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym organ zważył, co następuje.

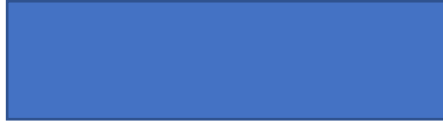
Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie i nie kwestionowany przez Stronę postępowania pozwala na uznanie, że:

Wiadomość e-mailowa dotycząca akcji reklamowej zatytułowanej „[...]”, w której zamieszczono komunikaty o treści: „[...]”, „[...]”, „**Darmowa dostawa do Twojej Apteki**”, „**Eksperckie porady farmaceutów**” oraz zdjęcia 12 produktów wraz z krótkimi informacjami i ich cenami, została wysłana w dniu 26 maja 2019 roku.

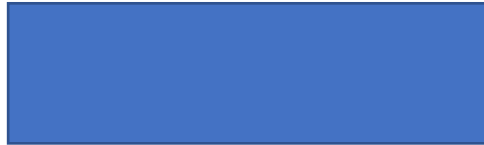
Wiadomość została wysłana przez [...] jako podmiot przetwarzający dane, w imieniu: [...].

Akcja reklamowa trwała od 20.05.2019 do 10.06.2019, z zastrzeżeniem, że liczba pudełek [...] z zawartością była ograniczona. Prezent przy zamówieniach z dostawą [...] albo [...] za min. [...]. Zamówienie nie mogło zawierać produktów leczniczych.

Dodatkowo ustalono, iż powyższa wiadomość e-mailowa zawierała znak firmowy portalu [...], a to:



który jest równocześnie fragmentem znaku graficznego aptek ogólnodostępnych działających pod marką [...], a to znaku:



W ocenie Organu posługiwanie się przez Stronę powyższym logo wskazuje na zamiar zwiększenia sprzedaży w aptekach działających pod szyldem [...]. Logo strony różni się od logo apteki tym, że zawiera dodatkowe [...]. Natomiast logo aptek sieci posiada pod [...] dodatkowo [...] napis mniejszą czcionką [...] oraz [...] literami na [...] tle [...]. W pozostałym zakresie obydwa oznaczenia są takie same. Dlatego należy uznać, że dla przeciętnego odbiorcy jest to logo trudne do odróżnienia, co w ocenie Organu jest zabiegiem celowym.

Dodatkowo na stronie [...] znajdowała się informacja, będąca dalszym ciągiem wcześniejszych działań reklamowych prowadzonych poprzez wysłanie ww. wiadomości e-mailowej.

Umieszczony na tej stronie [...] wskazywał, kto może być uczestnikiem konkursu potwierdzając, że warunkiem uczestnictwa w konkursie jest między innymi dokonanie **zakupów od 20.05.2019 roku do 10.06.2019 roku** w sklepie internetowym w ramach sprzedaży wysyłkowej na portalu [...] za minimum [...], zastrzeżeniem, że [...] z zawartością jest ograniczona.

Konkurs polegał na dokonaniu zakupów, a **następnie na [...]** wraz z zawartością w okresie od 20.05.2019 r. do 21.06.2020 r. godz. 23:59 i opublikowaniu go na [...] na własnym profilu ustawionym jako profil publiczny, z [...] oraz oznaczając [...].

Konkurs rozpoczynał się 20 maja 2019 roku i kończył w dniu 6 grudnia 2019 roku. Wyboru jednego zwycięzcy Konkursu dokonywała Komisja Konkursowa (Jury). Nagrodą w Konkursie był [...].

Zgodnie z treścią REGULAMINU świadczenia usług i sprzedaży w [...] (dalej: Portal), który obowiązywał do 12.08.2019 roku:

- punkt I podpunkt 1: „[...] (**ADMINISTRATOR, SPRZEDAWCA, USŁUGODAWCA**) – **spółka [...], wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd**

Rejonowy dla [...]Wydział Krajowego Rejestru Sądowego nr [...], nr telefonu: [...], adres e-mail: [...].”;

- punkt V. ŚWIADCZENIE USŁUGI [...]: OFERTA
 - 1) podpunkt 3 „[...] pozwala użytkownikowi na składanie zamówień na Produkty objęte ofertą Portalu, w celu zapewnienia ich dostępności **we wskazanej przez niego aptece ogólnodostępnej**”;
 - 2) podpunkt 4 „Produkty objęte ofertą [...] **są sprzedawane przez poszczególne apteki ogólnodostępne**, wskazane w zakładce [...]”;
 - 3) podpunkt 5 „**Zakup zamówionych Produktów w ramach [...], ich odbiór oraz zapłata ceny dokonywane są w aptece ogólnodostępnej** wybranej przez Użytkownika spośród wskazanych w Portalu.”;

- punkt VI. WIADCZENIE USŁUGI [...]: CENY I SPOSOBY PŁATNOŚCI
 - 1) podpunkt 2: „Wszystkie ceny podawane w [...] są cenami brutto, podlegającymi stałej aktualizacji i wyrażone są w złotych polskich (PLN). **Apteka** realizująca zamówienie ma obowiązek wydać zamawiane produkty nie objęte refundacją w cenie nie wyższej niż ceny określone podczas dokonania zamówienia.
 - 2) podpunkt 3: Płatność ceny zamówionych Produktów dokonywana jest **w aptece** gotówką lub kartą płatniczą, zgodnie z akceptowaną **w danej aptece** formą płatności.
 - 3) podpunkt 4: Na żądanie Użytkownika **apтека**, w której dokonany został zakup Produktów, wystawi fakturę VAT.
 - 4) podpunkt 5: Odpłatność za produkty objęte refundacją określana jest podczas dokonywania zakupu zamówionego produktu **w aptece**, na podstawie weryfikacji przez farmaceutę recepty oraz uprawnień refundacyjnych pacjenta i może odbiegać od ceny zdefiniowanej przez samego pacjenta w Portalu.”

- punkt VII. ŚWIADCZENIE USŁUGI [...]: ZAMÓWNIENIA
 - 1) podpunkt 2: „Użytkownik każdorazowo otrzymuje - drogą elektroniczną - potwierdzenie przyjęcia zamówienia do realizacji wraz z informacją o jego przewidywanym terminie odbioru we wskazanej **apteczce**.”
 - 2) podpunkt 3: „[...] umożliwi odbiór zamówionych produktów **w aptece** wybranej przez Użytkownika w terminie każdorazowo wskazanym w potwierdzeniu otrzymania zamówienia.”
 - 3) podpunkt 4: „Zamówione Produkty będą dostępne w wybranej przez Użytkownika **apteczce** przez okres 7 dni następujących po upływie terminu określonego w pkt. 3. powyżej.”

- punkt VIII. ŚWIADCZENIE USŁUGI [...]: ZWROT PRODUKTU PRZEZ KONSUMENTA I PROCEDURA REKLAMACJI podpunkt 4 lit. a, b i c:

„Biorąc pod uwagę, że [...] nie stanowi sprzedaży wysyłkowej, produkty zamówione w [...] podlegają zwrotowi i reklamacji według następujących zasad:

 - a. Produkty lecznicze i wyroby medyczne **wydane z apteki** co do zasady nie podlegają zwrotowi/reklamacji. Zwrot/reklamacja tego rodzaju produktów jest możliwy wyłącznie w przypadku wady jakościowej produktu, jego niewłaściwego wydania lub sfałszowania produktu leczniczego (art. 96 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - Prawo farmaceutyczne). W celu dokonania ewentualnego

zwrotu/reklamacji zamówionych produktów leczniczych lub wyrobów medycznych należy skontaktować się z daną apteką i ustalić warunki zwrotu.

b. Pozostałe produkty (np. produkty higieniczne, pielęgnacyjne, kosmetyki) podlegają zwrotowi w przypadku realizacji umowy niezgodnie z zamówieniem (np. wydanie niewłaściwej ilości/dawki produktu, wydania produktów niezamówionych itp.) lub wadliwości produktu (np. wydania produktów uszkodzonych, niepełnowartościowych, niekompletnych lub których termin ważności upłynął), Użytkownik uprawniony jest do złożenia reklamacji bezpośrednio w aptecę.

c. Reklamacje i zwroty rozpatrywane są przez **apteke** dokonującą sprzedaży, na podstawie okazanego dowodu sprzedaży produktów.”

- punkt X. APLIKACJA MOBILNA podpunkt 3 lit. a i b: „Aplikacja umożliwia korzystanie za pomocą telefonu komórkowego z usług dostępnych na Portalu, w szczególności Aplikacja umożliwia korzystanie z [...] oraz zawieranie Umowy sprzedaży Produktów. Ponadto, Aplikacja posiada następujące funkcjonalności:
 - a) **wyszukiwanie i sugerowanie najbliższych zlokalizowanych aptek** należących do sieci aptek [...],
 - b) świadczenia **usługi lokalizacji aptek należących do [...]”**
- punkt XVI. DANE OSOBOWE UŻYTKOWNIKÓW PORTALU podpunkt 3.(1) (6) „Spółka przetwarza dane osobowe w celach:
 - (1) świadczenia usługi prowadzenia konta Użytkownika w Portalu [...] oraz udostępnienia [...] w celu świadczenia usługi rezerwacji wybranych produktów **w aptece**, za pośrednictwem strony internetowej [...] oraz aplikacji mobilnej [...] Podstawą prawną przetwarzania danych jest wykonanie umowy (art. 6 ust. 1 lit. b RODO),
 - (6) świadczenia usług dostępnych za pośrednictwem aplikacji mobilnej [...]: **usługi lokalizacji najbliższych aptek »[...]«** Podstawą prawną przetwarzania danych jest zgoda (art. 6 ust. 1 lit. a RODO).”

Zgodnie z Regulaminem usług świadczonych za pośrednictwem Portalu [...], który obowiązywał do 04 października 2019 roku:

- Rozdział 2 – USŁUGA [...] część III Proces składania zamówień punkt 4: „Po przesłaniu przez PORTAL powiadomienia **o możliwości odbioru zamówienia**, zamówione produkty będą dostępne **w** wybranej przez UŻYTKOWNIKA **aptece** przez okres 7 kolejnych dni”.
- Rozdział 3 – SPRZEDAŻ WYSYŁKOWA część I. ŚWIADCZENIE USŁUGI punkt 2: „W ramach SPRZEDAŻY WYSYŁKOWEJ, za pośrednictwem PORTALU można zawrzeć UMOWĘ SPRZEDAŻY i zakupić produkty, w odniesieniu do których możliwość taka została wskazana w karcie produktu. UŻYTKOWNIK, korzystając ze SPRZEDAŻY WYSYŁKOWEJ, może zakupić **produkty inne niż PRODUKTY LECZNICZE**”.
- Rozdział 5 – POSTANOWIENIA KOŃCOWE, I. DANE OSOBOWE punkt 1: „Administratorem danych osobowych UŻYTKOWNIKÓW PORTALU jest [...].

wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla [...] Wydział Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0[...].

Regulamin usług świadczonych za pośrednictwem Portalu [...], który obowiązuje od 04 października 2019 roku w zakresie ww. treści nie uległ istotnym zmianom.

Ponadto informacje „[...]” na stronie [...] wskazywały, że *„Produkty zamawiane przez [...] dostarczane są bezpośrednio do wybranej przez użytkownika apteki, gdzie pacjent ma osobisty kontakt z farmaceutą”*.

Prawo farmaceutyczne nie zawiera legalnej definicji reklamy aptek, **wskazując jedynie działania, które nimi nie są, czyli informacja o lokalizacji oraz godzinach pracy apteki**. Sposób rozumienia pojęcia „reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności” został jednak wypracowany w orzecznictwie sądów administracyjnych. I tak: *„Reklamą apteki może być każde działanie, skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych”* (wyrok z dnia 1 lutego 2008, sygn. VII SA/Wa 1960/07), *„Reklamą działalności apteki jest działanie polegające na zachęcaniu potencjalnych klientów do dokonywania zakupu usług farmaceutycznych w konkretnej aptece lub punkcie aptecznym.[...] Dlatego też 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”* (wyrok WSA w Warszawie, sygn.. akt VII SA/Wa 1985/2007).

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 produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych**. Objęcie zakazem „każdego działania” wyłącza z tej dyspozycji tylko jeden stan faktyczny, określony w zdaniu 2 art. 94a ust. 1 ustawy - *Prawo farmaceutyczne*, a to kierowanie do publicznej wiadomości informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego (wyrok WSA z dnia 25 kwietnia 2013 r. sygn. akt VI SA/Wa 315/13).

Przedmiotem niniejszego postępowania było ustalenie, czy rozsyłanie przez Stronę wiadomości e-mailowej zatytułowanej [...], w której zamieszczono komunikaty o treści: [...], [...], „Darmowa dostawa do Twojej Apteki”, „Eksperckie porady farmaceutów” oraz zdjęcia 12 produktów wraz z krótkimi informacjami i ich cenami, naruszyło zakaz prowadzenia reklamy aptek i ich działalności.

W ocenie Organu reklamę aptek ogólnodostępnych o nazwie: [...] zlokalizowanych na terytorium województwa małopolskiego stanowiły:

- treść przedmiotowej wiadomości e-mailowej i zamieszczone w niej komunikaty o treści: [...], „Darmowa dostawa do Twojej Apteki” „Eksperckie porady farmaceutów”

- oznakowanie w postaci logo „[...]” z charakterystycznym [...].

Nie przypadkowo znajdują się w wiadomości e-mailowej elementy wspólne, a to skrót [...] oraz [...] w charakterystycznej kolorystyce oraz wzorze, co bez wątplenia jest elementem rozpoznawalności konkretnej marki mającej na celu wywołanie u potencjalnego nabywcy skojarzenie z 64 aptekami o nazwie: [...] znajdującymi się na terytorium województwa małopolskiego i wyszczególnionymi na liście [...] portalu [...].

Według Organu, odbiorca takiej wiadomości w łatwy sposób może skojarzyć powyższe komunikaty z aptekami, których nazwy zawierają sformułowania „[...]”, „[...]”, „[...]”, lub posługują się znakiem graficznym aptek ogólnodostępnych działających pod marką [...].

Taka treść, forma oraz sposób dostarczenia wiadomości stanowi zdaniem organu przekaz reklamowy, a tym samym niedozwoloną reklamę aptek. Zamieszczanie dodatkowo komunikatu sugerującego niską cenę poprzez użycie hasła „**Dobre oferty w atrakcyjnych cenach**” oraz komunikatu „**Darmowa dostawa do Twojej Apteki**”, „**Ekspertskie porady farmaceutów**” wyraźnie wskazuje, że w aptekach działających pod marką [...] stosowane są korzystne, atrakcyjne ceny. Takie komunikaty mówią wprost o promocyjnej czy wyjątkowej dla nabywcy cenie sprzedaży i niewątpliwie wskazują na korzyści dla pacjenta.

Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wskazuje, że Strona pod pozorem prowadzenia konkursu [...] w istocie prowadziła również reklamę aptek prezentując w atrakcyjnej formie ofertę aptek, co niewątpliwie należy uznać za prowadzenie niedozwolonej reklamy. Należy wskazać, że wiadomość elektroniczna dostarczona odbiorcy zawierająca określone powyżej komunikaty oraz ofertę 12 produktów (kosmetyków i suplementu diety [...]) z podaniem ich ceny, co w świadomości przeciętnego klienta jawi się jako reklama produktu, ale też i aptek. Wskazane w przedmiotowej wiadomości produkty są przecież również do nabycia w aptekach. Wobec powyższego organ stoi na stanowisku, że wszystkie powyższe działania Strony były celowym zabiegiem, aby pacjenci kojarzyli prezentowane w wiadomości treści oraz produkty przede wszystkim z aptekami działającymi pod marką [...].

Do pacjentów zatem kierowana była zachęta nabywania produktów oferowanych również w aptekach. Jeżeli tego typu komunikaty są przekazywane pacjentom apteki, to zasady logicznego myślenia i doświadczenia życiowego wskazują, że ma to na celu zachętę do zakupu w tych aptekach, a więc zwiększenie w nich sprzedaży. Jest to normalna powszechnie spotykana praktyka w handlu.

Na co dzień wszędzie spotykamy się hasłami reklamowymi informującymi o korzystnych cenach, które służą tylko jednemu celowi, zwiększeniu sprzedaży towarów poprzez właśnie reklamę sprzedawcy i jego działalności. Temu celowi służą także przywołane powyżej komunikaty oraz zdjęcia produktów z ich cenami mające przyciągać uwagę potencjalnych klientów.

Tym samym treść przedmiotowej wiadomości można było odnieść do aptek, z uwagi na komunikaty dotyczące wyłącznie działalności aptecznej, tj. „Darmowa dostawa do Twojej Apteki” czy „Eksperckie porady farmaceutów”. Ponadto charakterystyczne logo [...] można odnieść do nazw większości aptek wymienionych w „Katalogu aptek realizujących zamówienia z [...]”.

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z prowadzeniem tzw. skojarzeniowej reklamy aptek, która nie jest wyłączona z zakazu prowadzenia reklamy aptek i ich działalności.

W uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 2 października 2013r., sygn. akt VI SA/Wa 1193/13 sąd wskazał: „oznaczenie produktów znakiem [...], a także prowadzenie pod tym szyldem aptek - może być uzasadnione strategią rynkową i pożądane ze względu na zakładane cele grupy niemniej jednak w takiej sytuacji reklama produktów, która odwołuje się do szyldu, pod którym działają apteki wskazuje na możliwość zakupu reklamowanych produktów w tych aptekach, a zatem stanowi ich reklamy.”

Pewne formy działalności promocyjnej mogą więc stanowić zarówno reklamę produktu, jak i reklamę działalności apteki (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r, sygn. akt II CSK 289/07).

W ocenie organu rozsyłanie wiadomości e-mailowej, w której opisano akcję promocyjną - prezenty przy zakupie towarów (dostępnych także w aptekach), opatrzonej logo [...], odsyłającej do strony [...], na której zamieszczono „[...]”, niewątpliwie reklamuje działalność tych aptek, a zatem stanowi reklamę aptek zabronioną przez prawo.

Pomimo, że ww. działania promocyjne w żaden sposób nie wiązały się bezpośrednio z aptekami i ich działalnością, to adresaci wiadomości e-mailowej, rozsyłanej w imieniu Strony, w łatwy sposób mogli skojarzyć ofertę przedstawioną w e-mailu z aptekami wymienionymi na stronie [...]. Ułatwieniem do identyfikacji tych aptek było logo [...] jak i nazwy części aptek, tym bardziej, że w e-mailu znajdowała się informacja o treści **„Darmowa dostawie do aptek”** i **„Eksperckie porady farmaceutów”**.

W ocenie Organu Strona, prowadząc opisaną wyżej akcję marketingową, miała na celu również zainteresowanie odbiorcy aptekami i ich działalnością.

Tym samym Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uważa, że opisane wyżej działania polegające na rozsyłaniu przedmiotowej wiadomości e-mailowej zatytułowanej [...], w której zamieszczono komunikaty o treści: „[...]”, „[...]”, „Darmowa dostawa do Twojej Apteki”, „Eksperckie porady farmaceutów” oraz zdjęcia 12 produktów wraz z krótkimi informacjami i ich cenami, stanowiły zabronioną reklamę aptek, o której mowa w art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne.

Mając powyższe na uwadze, w związku z treścią wyżej cytowanych przepisów oraz utrwalonym orzecznictwem sądów administracyjnych odnośnie reklamy, nie ulega wątpliwości fakt naruszenia przez Stronę zakazu reklamy aptek i ich działalności. W związku z powyższym zasadnym było wszczęcie postępowania administracyjnego.

Zgodnie z materiałem dowodowym i ustaleniami postępowania, przedmiotowa wiadomość e-mailowa została przesłana w dniu 26 maja 2019 r. W toku postępowania nie potwierdzono dalszego rozsyłania ww. wiadomości.

W sytuacji, gdy podmiot zaprzestał prowadzenia niedozwolonej reklamy, co miało miejsce w niniejszej sprawie nie ma konieczności nakazywania jej usunięcia na drodze decyzji, a tym samym postępowanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Skutkuje to zgodnie z art. 105 § 1 k.p.a. umorzeniem postępowania w zakresie naruszenia art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne.

Jednocześnie wobec pozytywnego ustalenia, że przedsiębiorca prowadził niedozwoloną reklamę 64 aptek ogólnodostępnych na terytorium województwa małopolskiego i ich działalności zaktualizował się obowiązek organu do postąpienia zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 1 i 2 *Prawa farmaceutycznego*. Przepis ten 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. Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów.

Z powyższego wynika, iż kara pieniężna jest obligatoryjna, a zatem czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do konkretnego przedsiębiorcy należy nałożyć sankcję karną nie jest pozostawione swobodnemu uznaniu organowi, w tym wypadku Małopolskiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznemu, ale kara ta wynika wprost z przepisów ustawy *Prawa farmaceutycznego*.

Mając na względzie okoliczności sprawy i poczynione ustalenia faktyczne, organ za stwierdzone naruszenie ustalił karę pieniężną w wysokości 30 000 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100).

Na ustalenie wysokości kary miały wpływ następujące okoliczności:

- Przedmiotem postępowania był jeden rodzaj działalności, a to zlecenie przeprowadzenia kampanii reklamowej za pomocą wiadomości e-mailowej rozesłanej została do odbiorców za pomocą poczty elektronicznej i w treści odsyłała do ogólnodostępnej strony internetowej [...], na której zamieszczono wykaz aptek.
- Strona prowadząca ww. opisane działania reklamowała 64 apteki ogólnodostępne, wymienione w sentencji niniejszej decyzji, oraz ich działalność.
- Opisane wyżej działania reklamujące apteki ogólnodostępne zostały przeprowadzone przez Stronę jednorazowo, to jest w dniu 26 maja 2019 r., to jednak czas w którym można było otrzymać Prezent [...] dotyczył zakupów w okresie od 20.05.2019 roku do 10.06.2019 roku, czyli zakupów dokonywanych w ciągu 22 dni.

- Potwierdzono również dalsze prowadzenie tych działań reklamowych poprzez umieszczenie na stronie [...] **REGULAMINU KONKURSU „[...]”, który był de facto kontynuacją akcji reklamowej rozsyłanej e-mailowo i po spełnieniu określonych warunków dawał możliwość [...]. Konkurs zakończył się z dniem 6 grudnia 2019 roku.**
- **Jest to kolejne postępowanie w sprawie naruszenia przez Stronę zakazu prowadzenia reklamy aptek i ich działalności.** Do dnia wydania niniejszej decyzji zostało zakończone jedno postępowanie wydaniem w dniu 9 sierpnia 2019 r. decyzji znak: [...].
Główny Inspektor Farmaceutyczny po rozpatrzeniu odwołania decyzją z dnia 07.08.2020 roku, znak: [...]
 - 1) uchylił zaskarżoną ww. decyzję w części tj. w zakresie punktu I decyzji i w tym zakresie stwierdził naruszenie przez [...] z siedzibą w [...], ustawowego zakazu reklamy aptek i ich działalności, o którym mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - Prawo farmaceutyczne oraz umarzył postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia reklamy aptek ogólnodostępnych, z uwagi na zaprzestanie prowadzenia reklamy przed wydaniem decyzji przez organ I instancji;
 - 2) w pozostałej części utrzymał ww. decyzję w mocy (dotyczy nałożenia kary pieniężnej).
- Prezent był dostarczany wyłącznie przy zamówieniach na wybrane produkty z dostawą [...] lub [...] za min. [...] i nie dotyczył zamówień odbieranych w Aptekach; co wpłynęło na obniżenie kary.
- Umożnienie postępowania w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia powyższej reklamy miało wpływ na zmniejszenie wysokości kary pieniężnej.

Kara ta ma znaczenie prewencyjne dla samego przedsiębiorcy, ma zapobiec ponownemu naruszeniu przepisów przez podmiot i w konsekwencji musi być dotkliwa, a jednocześnie możliwa do spełnienia.

Organ zwraca uwagę, że **Strona po raz kolejny złamała zakaz prowadzenia reklamy aptek i ich działalności, a dotychczas zastosowana kara pieniężna nie przyniosła oczekiwanego skutku, tj. nie zapobiegła ponownemu naruszeniu przepisów prawa przez stronę.** Tym samym kolejna kara, wymierzona za prowadzenie opisaną w niniejszej decyzji reklamy 64 aptek ogólnodostępnych nie może być mniej dotkliwa.

Kara pieniężna jest ewentualną przestrogą przed podobnym naruszeniem zakazu reklamy również dla innych przedsiębiorców.

Wymierzona stronie kara pieniężna jest zdaniem Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego adekwatna do stopnia dokonanego naruszenia zakazu prowadzenia reklamy aptek i ich działalności.

W polu widzenia Inspekcji pozostanie w dalszym ciągu działanie przedsiębiorcy i w przypadku ponownego zaistnienia działań reklamowych spotka się to z sankcją o wiele większych rozmiarów.

Mając na względzie powyższe Małopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny postanowił nałożyć karę pieniężną jak w punkcie III sentencji decyzji.

POUCZENIE

Od niniejszej decyzji służy odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego za pośrednictwem Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego 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.

Z dniem doręczenia Małopolskiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznego oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania przez ze stronę postępowania, 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. 129b ust. 3 i art. 129ba ust. 1 ustawy - *Prawo farmaceutyczne* 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

[...]