

POMORSKI
WOJEWÓDZKI INSPEKTOR
FARMACEUTYCZNY

Gdańsk, dnia 14 grudnia 2016 r.

WIF-GD.8523.1.21.2016

DECYZJA Nr 10/NKP/2016

Działając na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1 i 3 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą prawo farmaceutyczne;
- art. 104 § 1 i 2 Kodeksu postępowania administracyjnego (tekst jednolity z dnia 9 października 2000 r. Dz.U. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.), zwanego dalej kpa.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny

nakłada na firmę _____ z siedzibą
w _____ karę pieniężną w wysokości 20.000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych), w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy aptek:

- 1) Apteki _____, zezwolenie z dnia _____,
 - 2) Apteki _____, zezwolenie z dnia _____,
 - 3) Apteki _____, zezwolenie z dnia _____,
 - 4) Apteki _____, zezwolenie z dnia _____,
 - 5) Apteki _____, zezwolenie z dnia _____,
 - 6) Apteki _____, zezwolenie z dnia _____,
 - 7) Apteka _____, zezwolenie z dnia _____.
- decyzja wygaśnięcia zezwolenia z dnia _____.

- polegającej na zezwoleniu na wykładanie ww. aptekach miesięcznika „Zdrowie w Prezencie” zawierającego informacje o cenach oferowanych do sprzedaży suplementów diety oraz informacje o lokalizacjach ww. aptek, z użyciem elementów znaku słowno-graficznego, którym oznakowane są ww. apteki.

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 29 czerwca 2012 r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił stronę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy aptek:

- 1) Apteka _____, zezwolenie z dnia _____,
- 2) Apteka _____, zezwolenie z dnia _____.

- 3) Apteka „...” (zezwolenie z dnia ...)
- 4) Apteka „...” (zezwolenie z dnia ...)
- nr ...
- 5) Apteka „...” (zezwolenie z dnia ...)
- 6) Apteka „...” (zezwolenie z dnia ...)
- 7) Apteka „...” (zezwolenie z dnia ...)
- decyzja wygaśnięcia zezwolenia z dnia ...

Postępowanie zostało wszczęte w związku z otrzymaniem przez organ bezpłatnego egzemplarza ogólnie dostępnego czasopisma-miesięcznika poświęconego zdrowiu i medycynie pod nazwą „Zdrowie w Prezencie (Nr1/2012 oraz czerwiec 2012). Na stronie 9. czasopisma zamieszczono adresy aptek. Powyżej adresów aptek widnieje zamieszczony na czerwonym pasku znak słowno graficzny identyfikujący apteki, tj. biały obrys krzyża z wrysowanym symbolem węża oplatającego kielich, obok krzyża napis „...”. Strony 11-13 Czasopisma opatrzone są podobnym znakiem, z niewielką zmianą. W obrysie krzyża zamiast węża oplatającego kielich zamieszczono słowo „TWOJE” a napis obok krzyża ogranicza się do słów: „...”. Dodatkowo na stronach tych umieszczono szary pasek z adresem ... oraz symbolem kursora komputerowego w kształcie dłoni. Na każdej z wymienionych stron 11-13 prezentowane są suplementy diety, w sumie 18 produktów z opisem działania oraz wskazaniem ceny. Wydawcą gazetki jest firma ... Redakcja miesięcznika mieści się pod tym samym adresem.

Postępowanie zakończyło się wydaniem przez organ w dniu 1.10.2015 r. decyzji ostatecznej nr 4/UPR/2015 umarzającej postępowanie z uwagi na zaprzestanie prowadzenia niedozwolonej reklamy w toku postępowania. Akta postępowania zakończonego ww. decyzją zostały włączone do niniejszej sprawy.

W toku wspomnianego wyżej postępowania strona pismem z 2.07.2012 r. wyjaśniła, że informacja o lokalizacji aptek nie stanowi reklamy w myśl art. 93a ust. 3 ustawy. Oferta cenowa sklepu internetowego z suplementami diety, zamieszczona na stronach 11, 12, 13 miesięcznika nie może być łączona z działalnością aptek, gdyż stanowi odrębną działalność strony, nie posiadającą statusu apteki ogólnodostępnej. W związku z tym organ pismem z dnia 31 sierpnia 2012 r. organ wezwał Stronę do udzielenia pisemnych wyjaśnień:

- 1) czy w prowadzonych przez stronę aptekach wymienionych na str. 9. miesięcznika „Zdrowie w prezencie” nr 1/2012 oraz na str. 9 nr czerwiec 2012 w okresie po 1 stycznia 2012 r. sprzedawano suplementy diety, po cenach wskazanych w gazetce?
- 2) czy pacjenci pytali w ww. aptekach o możliwość zakupu produktów wskazanych w ww. gazetce?

W odpowiedzi z dnia 11 września 2012 r. strona na tak zadane pytania wyjaśniła, że sklep internetowy ... prowadzone przez ... ceny detaliczne w sklepach i aptece są zbliżone w ramach tożsamej polityki cenowej. Natomiast pacjenci nie pytali o możliwość zakupu produktów wskazanych w miesięczniku „Zdrowie w Prezencie”. Takie rzeczy wynika ze wskazania w reklamie sklepu internetowego jego adresu WWW. Pismem z dnia 15.04.2015 r. PWIF wezwał stronę do wskazania, czy nadal kolportuje i zezwala na wykładanie w swoich aptekach ww. miesięcznika.

W odpowiedzi z dnia 27.04.2015 r. pełnomocnik strony oświadczył, że nigdy nie kolportował miesięcznika, a jedynie zezwalał na wykładanie w aptekach. Obecnie w miesięczniku znajdują się adresy aptek należących do różnych podmiotów, nie ma tam znaku „...”. ... tą elektroniczną przesłano egzemplarz takiego miesięcznika.

Wszczynając niniejsze postępowanie w sprawie nałożenia kary Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) W jakim okresie zezwalała na wykładanie gazetek „Zdrowie w Prezencie” z podanymi adresami aptek ?
- 2) W jakiej miesięcznej ilości wykładane były ww. aptekach gazetki „Zdrowie w Prezencie”?
- 3) Czy gazetki były wykładane jedynie w ww. aptekach, czy też w innych miejscach np. w skrzynkach pocztowych, gazetach codziennych?

Strona nie udzieliła odpowiedzi. W związku z tym organ pismem z 14.10.2016 r. wystąpił do Redaktora Naczelnego Magazynu „Zdrowiewprezencie.pl” o wyjaśnienie:

- 1) W jakim miesięcznym nakładzie wydawany był magazyn w okresie od czerwca 2012 do marca 2015?
- 2) W jakich ilościach miesięcznych wykładany był w aptekach sieci „...”
- 3) Kto (nazwa i adres firmy, imię i nazwisko, adres osoby) fizycznie zajmował się wykradaniem magazynu w ww. aptekach?

W odpowiedzi z 31.10.2016 r. Redaktor Naczelny oświadczył, że nakład miesięcznika wahał się w przedziale 20 tys. w 2012 do 50 tys. w 2016 r. Nie wiedział natomiast nic o ilości wykładanych egzemplarzy.

Pismem z dnia 4.11.2016 r. organ poinformował stronę o możliwości zapoznania się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym.

W dniu 14.11.2016 r. materiał dowodowy został przejrany przez pełnomocnika strony, jednakże w terminie zakreślonym przez PWIF strona nie złożyła zastrzeżeń, wyjaśnień lub wniosków.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po szczegółowym zapoznaniu się z wyjaśnieniami strony uznał, że zezwolenie na wykładanie w aptekach przedmiotowych ogólnodostępnych miesięczników „Zdrowie w Prezencie”, zawierających informacje o lokalizacji przedmiotowych aptek oraz informacje o suplementach diety, ze wskazaniem cen tych suplementów, z użyciem podobnej oprawy graficznej używanej przez ww. apteki stanowi zakazaną reklamę aptek, o jakiej mowa w art. 94a ust. 1 ustawy prawo farmaceutyczne.

Bezspornym jest, że strona zezwalała na wykładanie czasopisma-miesięcznika poświęconego zdrowiu i medycynie pod nazwą „Zdrowie w Prezencie. Na stronie 9. czasopisma zamieszczono adresy prowadzonych przez stronę aptek. Powyżej adresów aptek widniał zamieszczony na czerwonym pasku znak słowno-graficzny identyfikujący apteki, tj. biały obrys krzyża z wrysowanym symbolem węża oplatającego kielich, obok krzyża napis „...”. Czasopisma opatrzone są podobnym znakiem, z niewielką zmianą. W obrysie krzyża zamiast węża oplatającego kielich zamieszczono słowo „TWOJE” a napis obok krzyża ogranicza się do słów: „...”

Dodatkowo na stronach tych umieszczono szary pasek z adresem „...” oraz symbolem kursora komputerowego w kształcie dłoni. Na każdej z wymienionych stron 11-13 prezentowane są suplementy diety, w sumie 18 produktów z opisem działania oraz wskazaniem ceny. Wydawcą gazetki jest firma „...” redakcja miesięcznika mieści się pod tym samym adresem.

Podobnie za bezsporne należało uznać, że z szaty graficznej miesięcznika usunięto znaki graficzne identyfikujące prowadzone przez stronę apteki dopiero w kwietniu 2015 r. Do tego czasu nakład miesięcznika wahał się w przedziale 20 tys. w 2012 do 50 tys. w 2016 r.

Zgodnie z treścią art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2012 r. zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie

stanowi natomiast reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Przepis ten w powyższym brzmieniu zaczął obowiązywać od dnia 1 stycznia 2012 r. na mocy art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 122, poz. 696). Nowelizacja ustawy podyktowana była wprowadzeniem całkowitego zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz zakazu reklamy placówek obrotu pozaaptecznego odnoszącej się do produktów leczniczych i wyrobów medycznych. Z zakresu pojęcia reklamy apteki wyłączono jedynie informację o lokalizacji i godzinach pracy apteki. Przytoczone zmiany argumentowano koniecznością zwiększenia ochrony pacjentów oraz finansów publicznych przed negatywnymi skutkami reklamy aptek, wskazując, że: „cele przedsiębiorców prowadzących apteki, w tym dążenie do maksymalizacji zysku, muszą być podporządkowane wymogom wynikającym z konieczności ochrony zdrowia pacjentów” (uzasadnienie do projektu, druk sejmowy VI.3491). Interpretując art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego przed jego nowelizacją (zabroniona jest reklama działalności aptek lub punktów aptecznych skierowana do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach.) - posiłkując się definicją z *Wielkiego Słownika Wyrazów Obcych* (pod. Red. M. Bańki, PWN, Warszawa 2003) - wyrażano stanowisko, że reklamą jest działanie mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług., wskazano, że reklamą jest działanie mające na celu zachęcanie potencjalnych klientów do zakupu. Twierdzono, że reklamą działalności apteki będzie więc zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptecce - niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków - jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych" (vide wyroki WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 698/08 i z dnia 1 lutego 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 1960/07, opubl. orzeczenia.nsa.gov.pl). Należy mieć na uwadze, że sposób pojmowania reklamy w obszerny sposób przedstawił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 października 2007 r., sygn. akt II CSK 289/07, LEX nr 341805, w którym wyjaśnił, iż: „reklama oznacza każde przedstawienie (wypowiedź) w jakiegokolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów, dokonane w celu wspierania zbytu towarów lub usług. Powszechnie przyjmuje się, że reklamą są wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierają w sobie elementów ocennych ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna. Wskazuje na to m.in. także art. 16 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., uznający za czyn nieuczciwej konkurencji wypowiedź, która zachęcając w istocie do nabycia towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji. Taka reklama wprowadza klienta w błąd, sugerując mu, że nie jest reklamą, a jedynie neutralną, rzetelną informacją. Przy rozróżnieniu informacji od reklamy trzeba mieć na względzie, że podstawowym wyznacznikiem przekazu reklamowego jest nie tylko mniej lub bardziej wyraźna zachęta do kupna towaru, ale i faktyczne intencje podmiotu dokonującego przekazu oraz odbiór przekazu przez podmioty, do których jest kierowany. Wypowiedź jest reklamą, gdy nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru - taki cel przyświeca nadawcy wypowiedzi i tak odbiera ją przeciętny odbiorca, do którego została skierowana. Wszelkie promocje, w tym cenowe, są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje. Zaprezentowane wyżej stanowiska, mimo iż dotyczą wcześniejszego brzmienia art. 94a prawa farmaceutycznego, pozostają aktualne w odniesieniu do nowych uregulowań obowiązujących od 1 stycznia 2012 r. (wyrok WSA z 8.11.2012 sygn. akt VI SA/Wa 1687/12). W wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 kwietnia 2015 r. II GSK 74/14 stwierdzono ponadto, że obowiązujący zakaz reklamy aptek dotyczy także reklamy "skojarzeniowej". Jak stwierdził sąd „nieumieszczenie w rozpowszechnianych gazetkach adresów aptek oraz ich pełnej nazwy nie może odegrać przesądzającego znaczenia w sytuacji gdy dla pacjentów świadomych funkcjonowania aptek posługujących się konkretnym logo ulotki były w rzeczywistości ich reklamą”.

W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że działania strony polegające na zezwoleniu na wykładnie przedmiotowego miesięcznika a aptekach stanowiło naruszenie art. 94a ust. 1 PF, albowiem Materiały te, z uwagi na ich zawartość – oferta cenowa - mogły wpłynąć na decyzję pacjentów, co do wyboru oferty apteki, zatem stanowiły niedozwoloną reklamę w rozumieniu art. 94a ust. 1 PF.

W myśl art. 129b ust. 1 ustawy prawo farmaceutyczne 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. Zgodnie z treścią ust. 2 przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów.

Na korzyść strony – zatem za obniżeniem kary - przemawia fakt, iż strona jak dotąd nie naruszała przepisu art. 94a ust. 1 PF, w sposób stwierdzony decyzją ostateczną. Wprawdzie organ decyzją nr 3/NKP/2016 z dnia 5.02.2016 r. nałożył na stronę karę za prowadzenie niedozwolonej reklamy aptek w wysokości 15.000 zł, niemniej strona złożyła od tej decyzji odwołanie. Na niekorzyść strony należy zaliczyć fakt, iż działania reklamowe opisane powyżej miały charakter długofalowy, obejmowały trzy lata i miały duży zasięg oddziaływania skoro miesięczny nakład wykładanego czasopisma wynosił 20 tys. egzemplarzy. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uznał, iż ustalenie kary na poziomie 20.000 zł, czyli wysokości 2/5 górnego pułapu będzie adekwatne do wyżej opisanych okoliczności naruszenia art. 94a PF i spełni swój cel prewencyjny założony przez ustawodawcy.

Na podstawie art. 94a ust. 4 ustawy prawo farmaceutyczne decyzji w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy (pkt 1 sentencji) nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny informuje, że kary pieniężne uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna, wpłacając przelewem na rachunek Nr 25 1010 1140 0159 7422 3100 0000.

Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe. Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami za zwłokę następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

POUCZENIE

Od decyzji przysługuje stronie odwołanie od Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za moim pośrednictwem, w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania.

Otrzymują:

1.adresat

2.aa x 2

w.z. Pomorskiego Wojewódzkiego
Inspektora Farmaceutycznego
Beata Lutkiewicz
mgr farm. Beata Lutkiewicz
Zastępca Pomorskiego Wojewódzkiego
Inspektora Farmaceutycznego

