

DECYZJA Nr 6/ NKP/ 2016

Działając na podstawie art. 104 § 1 oraz art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r., poz. 23 ze zm.) zwanego dalej kpa i art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1, 2, 3 i 4 oraz art. 129b ust. 1, 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą prawo farmaceutyczne.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny postanawia:

1. stwierdzić, że [redacted] z siedzibą w [redacted] prowadziła niedozwoloną reklamę apteki o nazwie [redacted] położonej w [redacted] przy ul. [redacted] (zezwolenie nr 338/2005 z dnia 15.11.2005 r.), polegającą na wykładaniu na sali ekspedycyjnej Apteki ulotek reklamowych „Magazyn [redacted] w której opisane były produkty lecznicze i suplementy diety z podaniem ich ceny,
2. umorzyć postępowanie w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia przez [redacted] kowska sp.j. z siedzibą w [redacted] Gdańskim niedozwolonej reklamy apteki o nazwie „ [redacted] położonej w [redacted] ul. [redacted] (zezwolenie nr [redacted] z dnia [redacted]), polegającą na wykładaniu na sali ekspedycyjnej Apteki ulotek reklamowych „Magazyn [redacted] w której opisane były produkty lecznicze i suplementy diety z podaniem ich ceny, z uwagi na fakt, że strona zaprzestała prowadzenia niedozwolonej reklamy przed wydaniem decyzji,
3. nałożyć na [redacted] z siedzibą w [redacted] karę w wysokości 3000 zł (trzech tysięcy złotych), w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy apteki o nazwie „ [redacted] położonej w [redacted] i przy ul. [redacted] (zezwolenie nr [redacted]), polegającą na wykładaniu na sali ekspedycyjnej

Apteki ulotek reklamowych „Magazyn ...”, w której opisane były produkty lecznicze i suplementy diety z podaniem ich ceny.

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 8 czerwca 2016 r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił stronę, że dniu 8 czerwca 2016 r. zostało wszczęte z urzędu postępowanie w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki o nazwie „Magazyn ...” położonej w miejscowości ... i nałożenia kary.

W wyniku kontroli planowej przeprowadzonej w Aptece przez inspektorów farmaceutycznych Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku powziął informacje, iż na sali ekspedycyjnej Apteki wyłożone były ulotki reklamowe „Magazyn ...” nr 4 maj/czerwiec z charakterystycznym znakiem słowno-graficznym używanym przez Aptekę. W ulotce są opisane produkty lecznicze i suplementy diety z podaniem ich ceny. Protokół z kontroli wraz z egzemplarzem ulotki/gazetki zostały włączone do materiału dowodowego.

Działając na podstawie art. 7, 77 oraz art. 50 § 1 tegoż kodeksu postępowania administracyjnego PWIF, zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytanie:

- 1) Od kiedy i czy nadal ww. magazyn wykładany jest na sali ekspedycyjnej Apteki?
- 2) W jakim miesięcznym nakładzie wykładane były ww. gazetki?
- 3) Kto (dane osoby lub firmy) przywozi ww. gazetki, a kto (dane osobowe) je fizycznie wyklada?
- 4) Czy Apteka sprzedaje produkty lecznicze i suplementy diety wskazane w gazetce?

W odpowiedzi z dnia 21.06.2016 r. pełnomocnik strony nie kwestionował faktu wykładania ulotek, jednocześnie przyznając, że produkty i suplementy diety wskazane w ulotkach są oferowane przez Aptekę. Pełnomocnik nie udzielił odpowiedzi na pytanie, jaki był nakład ulotek, od kiedy były wykładane. Podał natomiast, że do czasu wyjaśnienia sprawy ulotki zostały usunięte z lokalu Apteki. Pełnomocnik strony powołując się na orzecznictwo podkreślił, że ulotka jest jedynie informacyjnym cennikiem produktów, który nie eksponuje produktów w formie reklamy poprzez porównanie ceny „starej” i promocyjnej.

PWIF pismem z dnia 12 lipca 2016 r. poinformował stronę o możliwości zapoznania się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma. W zakreślonym terminie nie wniesiono żadnych zastrzeżeń i dodatkowych wyjaśnień.

Po przeanalizowaniu materiału dowodowego organ stwierdza, że strona prowadziła niedozwoloną reklamę Apteki, polegającą na wykładaniu na sali ekspedycyjnej Apteki ulotek reklamowych „Magazyn ...”, w której opisane były produkty lecznicze i suplementy diety z podaniem ich ceny.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego ustalono następujący stan faktyczny. W okresie od co najmniej od 31.05.2016 r. (protokół kontroli planowej w trakcie której zabezpieczono egzemplarz ulotki) do 21.06.2016 r. (oświadczenie pełnomocnika strony) w izbie ekspedycyjnej Apteki wykładano ulotki reklamowych „Magazyn ...”.

Ulotka opatrzona jest znakiem słowno-graficznym sieci aptek, przy czym w ulotce słowo „apteka” zastąpiono słowem „magazyn”. W ulotce opisane były produkty lecznicze i suplementy diety z podaniem ich ceny. Z treści ulotki wynika jakoby cena detaliczna była ceną „sugerowaną przez producenta w okresie promocji”. Jednakże pełnomocnik strony w piśmie z dnia 21.06.2016 r. twierdził, że ulotka jest rodzajem „cennika” samej strony.

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 aptece - 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 zawierając 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.*” Zbieżne stanowisko zajmowała także doktryna np.: M. Koremba w Komentarzu do art. 94a ustawy-Prawo farmaceutyczne, LEX czy A. Rabięga - Przyłęcka w głosie do wyroku WSA z dnia 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07 (teza 5): „*nawet jeśli uzna się, iż określona działalność nie stanowi reklamy produktów leczniczych np. ze względu na jedynie informacyjny charakter przekazu, nie wyklucza to zakwalifikowania jej jako spełniającej cechy reklamy działalności apteki. Wszelkie promocje, w tym cenowe, są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje. Nie są natomiast reklamą m.in. listy cenowe, które zawierają jedynie informację o cenach towarów lub usług i są publikowane wyłącznie po to, by podać do publicznej wiadomości*

ceny określonych produktów". Zbieżne stanowisko zajmowała także doktryna np.: M. Koremba w Komentarzu do art. 94a ustawy-Prawo farmaceutyczne, LEX czy A. Rabięga - Przylęcka w głosie do wyroku WSA z dnia 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07 (teza 5): „nawet jeśli uzna się, iż określona działalność nie stanowi reklamy produktów leczniczych np. ze względu na jedynie informacyjny charakter przekazu, nie wyklucza to zakwalifikowania jej jako spełniającej cechy reklamy działalności apteki.”, (LEX/el.2011, czy D. Harasimiuk, Zakaz reklamy towaru w prawie europejskim i polskim, Oficyna 2011, pkt. 3.2.1.3., LEX). 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”. 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. Z kolei w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 stycznia 2015 r. sygn. akt II GSK 2068/13 stwierdzono, iż kolportaż ulotek reklamowych z ofertą cenową sieci aptek, zawierających nazwę i logo apteki oraz wyciąg z listy cenowej, zawierającej wybrane produkty lecznicze - stanowi zakazaną reklamę apteki oraz jej działalności w rozumieniu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego. Reklama nie musi zawierać w sobie wyraźnych elementów ocennych ani zachęcających do zakupu. Wystarczy, że wywoła u odbiorców zainteresowanie produktem i chęć jego nabycia (Wyrok WSA w Warszawie z dnia 29 maja 2013 r. sygn. akt VI SA/Wa 453/13). Zatem fakt, iż ulotka nie eksponuje produktów w formie reklamy poprzez porównanie ceny „starej” i promocyjnej nie powoduje, że wykładanie takiej ulotki nie będzie stanowiło niedozwolonej reklamy.

W ocenie organu wykładane ulotki stanowiły zachętę do nabywania towarów oferowanych przez Aptekę, zatem działania strony, polegające na wykładaniu w sali ekspedycyjnej Apteki mieszczą się w zakresie pojęcia niedozwolonej reklamy apteki (w tym wypadku reklamy „skojarzeniowej”) w rozumieniu przywołanego art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny nie podziela wyjaśnień strony, jakoby ulotki stanowiły dozwolony przez prawo farmaceutyczne cennik. Ulotki zawierają logo używane przez Aptekę, wykładane były luzem w sali ekspedycyjnej Apteki, informowały o cenach określonych produktów i suplementów diety, zatem mogły i wywoływały u odbiorców zainteresowanie produktami Apteki i chęć ich zakupu.

Ponieważ w chwili wydawania decyzji strona ww. reklamy już nie prowadziła PWIF na podstawie art. 105 § 1 kpa postanowił umorzyć postępowanie w zakresie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy, jako bezprzedmiotowe.

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.

Określając wysokość kary organ na korzyść strony uwzględnił fakt, iż strona nie była wcześniej karana za prowadzenie niedozwolonej reklamy oraz fakt, że zaprzestano prowadzenia niedozwolonej reklamy zaraz po wszczęciu postępowania. Na korzyść strony przemawia również okoliczność krótkiego czasu ich wykładania (od kontroli do czasu złożenia oświadczenia – 21 dni). Za niekorzystną okoliczność uznano formę prowadzenia reklamy tj. wykładanie ulotek luzem w sali ekspedycyjnej Apteki. Możliwość zabrania ulotki na zewnątrz powoduje, że ulotki takie mają większy zasięg oddziaływania, aniżeli inne formy reklamy prowadzonej w obrębie samej Apteki w postaci np. banerów reklamowych wystawionych w izbie ekspedycyjnej. W tej sytuacji wysokość kary pieniężnej PWIF ustalił w wysokości 3.000 zł. Zdaniem organu kara w wysokości 3.000 zł uwzględnia odpowiednio okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów, powinna skutecznie zniechęcić do podejmowania tego typu działań w przyszłości.

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 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 prawo do złożenia odwołania do Głównego Inspektora Farmaceutycznego. Odwołanie od decyzji należy złożyć za pośrednictwem Pomorskiego Inspektora Farmaceutycznego, w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania.

Otrzymują:

1. Strona
- ② Aa x 2

POMORSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

Grażyna Mazurowska

