

Gdańsk, dnia 27 marca 2014 r.

DECYZJA Nr 1/NKP/2014

Działając na podstawie:

- art. 129b ust. 1 w zw. z art. 94a ust. 1-3 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 Kodeksu postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 267), zwanego dalej kpa.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny

nakłada na _____ siedzibą w _____ karę pieniężną w wysokości 3.000 zł (trzy tysiące złotych), w związku z prowadzeniem reklamy działalności _____ (zezwoleń nr _____ z dnia _____), polegającej na:

- 1) wyrażaniu zgody na zamieszczanie - w bezpłatnych i skierowanych do nieograniczonego kręgu odbiorców, wydawanych po 31.12.2011 r. gazetkach reklamujących produkty lecznicze, suplementy diety i kosmetyków, z podaniem ich cen oraz stosowanych rabatów – informacji o nazwie, lokalizacji oraz numerze kontaktowym apteki
- 2) wykładaniu gazetek opisanych powyżej luzem na stolikach ekspedycyjnych w przedmiotowej aptece.

UZASADNIENIE

Działając na podstawie art. 61 § 4 kodeksu postępowania administracyjnego w zw. z art. 129b ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.) Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił stronę, że dniu 24 stycznia 2014 r. zostało wszczęte z urzędu postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej w związku z naruszeniem art. 94a ww. ustawy tj. prowadzeniem niedozwolonej reklamy apteki. Podstawą wszczęcia postępowania jest materiał dowodowy zebrany w toku wszczętego w dniu 11 lutego 2013 r. przez tut. urząd postępowania w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia reklamy, polegającej:

1) wyrażaniu zgody na zamieszczanie - w bezpłatnych i skierowanych do nieograniczonego kręgu odbiorców, wydawanych po 31.12.2011 r. gazetkach reklamujących produkty lecznicze, suplementy diety i kosmetyków, z podaniem ich cen oraz stosowanych rabatów – informacji o nazwie, lokalizacji oraz numerze kontaktowym apteki

2) wykładaniu gazetek opisanych powyżej luzem na stolikach ekspedycyjnych w przedmiotowej aptece.

Organ dopuścił jako dowód w niniejszej sprawie cały materiał dowodowy zebrany w postępowaniu o nakazanie zaprzestania prowadzenia reklamy zakończonego ostateczną decyzją z 17.07.2013 r. (zn. WIF-GD.8523.3.2013), od której to decyzji strona nie wniosła odwołania.

Z udzielonych wówczas przez pełnomocnika _____ adwokata wyjaśnień z dnia 20.02.2013 r. wynikało, że strona nie zlecała zamieszczania w gazetkach informacji o aptekach oraz reklamy produktów leczniczych, suplementów diety i kosmetyków, a jedynie wyraziła zgodę na zamieszczenie informacji o nazwie i lokalizacji apteki, zgodnej z treścią art. 94a prawa farmaceutycznego. Spółka nie posiadała informacji o nakładzie gazetek. Gazetki były dostarczane przez przedstawiciela dostawcy przy okazji dostawy zamawianego towaru. Gazetki były wykładane luzem na stolikach ekspedycyjnych. Zamieszczone w ulotkach produkty były sprzedawane w aptece, ale po cenach niezależnych od wskazanych w gazetce. Mając na uwadze wyjaśnienia strony PWIF, celem wyjaśnienia, kto zlecał reklamę produktów zamieszczonych w ulotkach, z podaniem ich ceny, pismami z dnia 5.04.2013 r. wystąpił wówczas do wybranych producentów, których produkty pojawiły się w gazetkach, a także do wydawcy wskazanego w gazetce firmy _____ z o.o. z siedzibą w _____. Z pisma / _____ sp. z o.o. z 15.04.2013 r. wynika, że producent nie zlecał wydania gazetek, nie ustalał cen produktów, a sprzedaż na rzecz strony dokonywana była za pośrednictwem wybranej hurtowni. Podobnej odpowiedzi udzieliła w dniu 15.04.2013 r. firma _____ z o.o. z siedzibą w _____ a także _____ w piśmie z 17.04.2013 r.

Na podstawie udzielonych przez firmę _____ sp. z o.o. odpowiedzi z dnia 17.04.2013 r. oraz 7.06.2013 r. okazało się, że ww. firma jest hurtownią farmaceutyczną zaopatrującą stronę w produkty lecznicze, suplementy diety oraz kosmetyki. _____ ww. firmy _____ wyjaśnił, że przedmiotowa gazетка nie była wydawana na niczyje zlecenie. O cenach wskazanych w ulotce decydowała firma _____ z uwzględnieniem rabatu udzielanego przez producenta oraz samą hurtownię. Gazetki reklamowe w nakładzie 10 tysięcy były dostarczane do aptek wraz z towarem. Firma _____ sp. z o.o. nie zlecała zamieszczenia danych przedmiotowej apteki, a jedynie wyraziła zgodę w listopadzie 2011 r. na zamieszczenie danych teleadresowych tej apteki w dystrybuowanych materiałach.

Pełnomocnik strony w piśmie z dnia 6.06.2013 r. dodatkowo wyjaśnił, że w sprawie wyrażenia zgody nie była prowadzona korespondencja, uzgodnienia zostały poczynione w bezpośrednim kontakcie _____ oraz przedstawiciela firmy _____ sp. z o.o. Do pisma załączono zestawienie sprzedaży wybranych

produktów, z których wynika, że w okresie od 1.12.2012 do 1.01.2013 r. „tabletki do ssania” był sprzedawany za 9,52 zł (w sumie 52 op.),
x 60 kapsułek” sprzedawany był w cenie 14,99 zł (w sumie 12 op.),
30 tabletek” w cenie 30,1 zł (w sumie 17 op.),
tabletek w cenie 13,65 zł (w sumie 38 op.).

Strona w zawiadomieniu o wszczęciu została poinformowana o prawie do złożenia w terminie 7 dni od otrzymania zawiadomienia wyjaśnień lub uwag. Ponadto w zawiadomieniu zadano stronie pytanie, czy apteka zaprzestała prowadzenia reklamy zgodnie z decyzją ostateczną z dnia 17.03.2013 r. Z akta sprawy wynika, że strona nie podjęła korespondencji mimo podwójnego awizowania.

Pismem z dnia 24 lutego 2014 r. organ powiadomił stronę, iż przed wydaniem decyzji stronie służy prawo zapoznania się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym i złożenia wyjaśnień. Pouczono stronę, że wyjaśnienia należy złożyć w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma. Pismo zostało stronie skutecznie doręczone w dniu 14 marca 2014 r. W dniu 18 marca 2014 r. w siedzibie organu wydano stronie kopię zawiadomienia o wszczęciu postępowania, a w dniu 24.04.2014 r. wpłynęło do PWIF pismo z 21.03.2014 r., w którym strona podniosła, że po wydaniu decyzji ostatecznej z 17.07.2013 r. nie prowadziła reklamy wskazanej w tejże decyzji.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po zapoznaniu się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym zważył co następuje.

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.

Poza sporem jest ustalenie, że po 31.12.2011 r. w sali ekspozycyjnej przedmiotowej apteki wykładane były luzem gazetki o tytule

„, reklamujące produkty lecznicze, suplementy diety oraz kosmetyki. W egzemplarzu gazetki – wydanie świąteczno-noworoczne 2012/2013 - dopuszczonej jako dowód w sprawie reklamowane są między innymi „tabletki do ssania” za 8,99 zł, 60 kapsułek” za 14,99 zł, 30 tabletek” za 29,90 zł, 50 tabletek” za 12,99 zł.

Na pierwszej stronie jest informacja, że są to ceny sugerowane przez producenta, a na ostatniej stronie są dane teleadresowe dziewięciu aptek o nazwie „
w tym apteki prowadzonej przez stronę, położonej na terenie działania Pomorskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego tj. w przy ul.

Bezsporna jest również okoliczność, iż wydawcą rzeczonych gazetki jest firma z o.o., która to:

1) jest hurtownią zaopatrując przedmiotową aptekę w produkty lecznicze, suplementy oraz kosmetyki,

- 2) decydowała o treści gazetki, jej szacie graficznej, a także o cenie produktów,
- 3) dostarczała gazetki łącznie ze sprzedawanym stronie towarem, reklamowanym w gazetkach.

Cena produktów – wbrew informacji zamieszczonej na pierwszej stronie gazetki – nie była ceną sugerowaną przez producenta, albowiem nie mieli oni żadnego wpływu na jej wysokość podaną w gazetce. Cena, jak wynika z wyjaśnień _____ z o.o. oraz zestawienia cen sprzedaży wybranych leków przesłanego przez stronę, była ceną detaliczną, jakiej pacjent – odbiorca ulotki – mógł spodziewać się w sieci aptek _____. Z zestawienia wynika, że strona sprzedawał po cenie wskazanej w ulotce _____ 60 kapsułek” (za 14,99 zł), pozostałe produkty po cenie nieznacznie wyższej, do ceny podanej przez dostawcę produktów.

Za wiarygodne organ uznał wyjaśnienia zarówno strony, jak i _____, że sp. z o.o. nie zlecała zamieszczania w gazetce danych teleadresowych przedmiotowej apteki, a jedynie wyraziła zgodę na zamieszczenie takich danych. Za nie mające znaczenia w sprawie uznano okoliczność, iż zgoda ta została wyrażona w listopadzie 2011 r., albowiem zgoda nie została cofnięta po 31.12.2011 r. a strona uczestniczyła w wykładaniu gazetek w sali ekspedycyjnej lub z pełną świadomością godziła się na ich wykładanie przez dostawcę.

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. 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. Rabiega - 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.", (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 ocenie organu w przedmiotowej sprawie prowadzeniu przez stronę niedozwolonej reklamy sprowadza się do wyrażaniu zgody na zamieszczanie - w bezpłatnych i skierowanych do nieograniczonego kręgu odbiorców, wydawanych po 31.12.2011 r. gazetkach reklamujących produkty lecznicze, suplementy diety i kosmetyków, z podaniem ich cen oraz stosowanych rabatów - informacji o nazwie, lokalizacji oraz numerze kontaktowym apteki

w _____ ul. _____ oraz wykładaniu luzem takich gazetek

w ogólnodostępnym miejscu apteki. Zgoda strony na zamieszczenie ww. informacji w gazetce reklamującej produkty oznacza, że strona akceptuje i godzi na to, aby osoba, która weszła w posiadanie gazetki uzyskała komunikat, iż w przedmiotowej aptece można kupić określone produkty w konkretnych cenach. O pełnej akceptacji takiego przekazu świadczy również udział strony w wykładaniu gazetki o takiej, a nie innej treści na sali ekspedycyjnej apteki. Zdaniem Pomorskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego opisane wyżej działania mają na celu zachęcać potencjalnych pacjentów do nabywania produktów w tej konkretnie aptece.

Stan faktyczny nie był kwestionowany przez stronę, która jedynie wskazała, że po wydaniu decyzji o nakazującej zaprzestanie prowadzenia ww. reklamy, reklamy takiej już nie prowadziła.

Rozstrzygnięcie sprowadzało się do kwestii określenia wysokości kary. Określając wysokość kary organ uwzględnił wyjaśnienia strony dotyczące zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy. Z drugiej zaś strony wziął pod uwagę, że w stosunku do strony wydana została już wcześniej decyzja o nałożeniu kary w wysokości 300 zł za prowadzenie niedozwolonej reklamy, polegającej na umieszczeniu w szybie wystawowej apteki ogólnodostępnej pod nazwą w _____ rzy ul. _____ napisu: *leki w cenach hurtowych*” (decyzja ostateczna Nr 1/NKP/2012 z dnia 24 maja 2012 r.). Co oznacza, że nałożona wcześniej kara nie spełniła swojego celu, tj. nie powstrzymała strony od podejmowania działań sprzecznych z prawem.

Mając na uwadze powyższe, organ orzekł jak w sentencji.

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 nie uiszczonej 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)

2) a/a

w.z. Pomorskiego Wojewódzkiego
Inspektora Farmaceutycznego
G. Mazurowska
mgr farm. Grażyna Mazurowska
Zastępca Pomorskiego Wojewódzkiego
Inspektora Farmaceutycznego