

Pełn.

DECYZJA Nr 2/UPR/ 2016

Działając na podstawie art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 267) zwanego dalej kpa i art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1, 2, 3 i 4 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:

umorzyć postępowanie w sprawie w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy dotyczącej następujących antek:

- 1) w ul. (zezwolenie
- 2) w ul. (zezwolenie
- 3) w (zezwolenie
- 4) (zezwolenie
- 5) zezwolenie
- 6) (zezwolenie

- polegającej na dystrybucji gazetki nr 7/2014
i nałożenia kary z uwagi na jego bezprzedmiotowość
tj. nieprowadzenie niedozwolonej reklamy przez

UZASADNIENIE

W dniu 1 lipca 2014 r. organ został poinformowany o dystrybucji na terenie miasta a gazetki nr

z charakterystycznym znakiem słowno-graficznym używanym przez apteki której zamieszczono ceny kilkunastu konkretnych produktów leczniczych i suplementów diety. Z gazetki wynika, że ceny wskazanych tam produktów są rekomendowane przez producentów/podmioty odpowiedzialne w okresie do 1.07.2014 do

31.07.2014. Na tej podstawie organ pismem z dnia 9.07.2014 r. zawiadomił stronę o wszczęciu postępowania. Gazetka została zaprojektowana przez firmę _____ Gazetka została włączona do akt postępowania.

W odpowiedzi na pytania zadane stronie w zawiadomieniu pełnomocnik strony poinformował, że spółka nie jest stroną umowy, której przedmiotem byłoby wydawanie i dystrybucja gazetki. Nie zawierała umowy ze _____ dotyczącej używania znaku _____, nie posiada informacji dotyczących cen produktów wskazanych w gazetce. W kolejnych wyjaśnieniach pełnomocnik strony oznajmił, że gazetki nie były umieszczane w aptekach, strona nie posiada informacji o wydawcy gazetki firmie prompixel. Z kolei Stowarzyszenie w swoich wyjaśnieniach z dnia 21.07.2014 r. potwierdziło, że nie łączy je ze stroną żadna umowa bezpośrednia dotycząca sprzedaży, promocji lub reklamy jakichkolwiek produktów, a szatę graficzną przygotował podmiot, któremu zlecane jest wykonanie gazetki. Stowarzyszenie odmówiło przekazania umów dotyczących wydawania i dystrybucji gazetek.

Pismem z dnia 1.02.2016 r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny powiadomił pełnomocnika o możliwości zapoznania się z materiałem dowodowym. Pełnomocnik w zakreślonym terminie nie złożył zastrzeżeń lub wyjaśnień.

W ocenie organu dystrybucja gazetek o treści wskazanej powyżej z uwagi na użycie w nich znaku słowno-graficznego używanego przez Aptekę prowadzoną przez stronę, niewątpliwie stanowi niedozwoloną reklamę. 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 jakiejkolwiek 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." 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.”, (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).

Niemniej jednak po dokładnym przeanalizowaniu sprawy organ uznał, iż nie było podstaw do stwierdzenia, że niedozwolona reklama opisana powyżej - aczkolwiek dotyczyła Apteki - była prowadzona przez stronę. Strona zaprzeczyła, jakoby angażowała się w dystrybucję przedmiotowych gazetek. Twierdzenia strony są zbieżne z informacjami przekazanymi przez Stowarzyszenie, które potwierdziło, że jest odpowiedzialne za wydawanie gazetek i ich dystrybucję. Z uwagi jednak, że stroną postępowania była firma [nazwa], a nie Stowarzyszenie, organ uznał, że postępowanie prowadzone wobec [nazwa] z o.o. w zakresie prowadzenia niedozwolonej reklamy i nałożenia kary należy umorzyć.

Bezprzedmiotowość postępowania skutkuje wydaniem decyzji o umorzeniu postępowania w myśl art. 105 § 1 kpa.

POUCZENIE

Od decyzji przysługuje stronie odwołanie od Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za pośrednictwem Pomorskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego, które należy złożyć w terminie 14 dni od dnia otrzymania decyzji.

Otrzymują:

- 1) Adresat
- 2) A.a. x 2

POMORSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

Grażyna Mazurowska