

POMORSKI
WOJEWÓDZKI INSPEKTOR
FARMACEUTYCZNY

WIF-GD.8523.23.2014

WIF-GD.8523.26.2014

Gdańsk, dnia 23 grudnia 2014 r.

Pani _____
pełnomocnik

ul. _____

DECYZJA Nr 9/NKP/2014

Działając na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1 i 3 oraz 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.), zwanej dalej ustawą prawo farmaceutyczne;
- art. 104 § 1 i 2 oraz art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 267 z późn. zm.), zwanego dalej kpa.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny postanowił:

1. Nałożyć na firmę _____ z siedzibą w _____ ul. _____
karę pieniężną w wysokości 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych),
w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności aptek:
_____ położonej w _____ przy ul. _____ (zezwolenie nr _____
z dnia _____ r.), _____ położonej w _____
_____ (zezwolenie nr _____ z dnia _____ r.),
nałożenia wklejania ww. Aptekach ulotek opatrzonech znakiem słowno-graficznym
_____ nazwie „CENNIK OFERTY APTECZNEJ”, w których
zamieszczono nazwy produktów leczniczych wraz z podaniem ich ceny oraz
informację o lokalizacji ww. Aptek.
2. Umorzyć postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia
niedozwolonej reklamy Aptek, opisanej w punkcie 1 powyżej, z uwagi na jego
bezzasadność.

UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem z dnia 6 listopada 2014 r. zawiadomił stronę o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie nakazania zaprzestania niedozwolonej reklamy apteki oraz nałożenia kary pieniężnej. Organ uzyskał od Głównego Inspektora Farmaceutycznego oraz Gdańskiej Okręgowej Izby Aptekarskiej materiał wskazujący, iż w skrzynkach pocztowych potencjalnych pacjentów umieszczane są szesnastostronicowe ulotki reklamowe opatrzone znakiem słowno-graficznym nazwie „CENNIK OFERTY APTECZNEJ”, w których zamieszczono nazwy produktów leczniczych wraz z podaniem ich ceny oraz informację o lokalizacji ww. aptek. Ponadto na terenie _____ za wycieraczkami pojazdów pozostawiane były dwunastostronicowe ulotki opatrzone napisem: _____ CENNIK OFERTY

APTECZNEJ", w których również zamieszczono nazwy produktów leczniczych wraz z podaniem ich ceny oraz informacji o lokalizacji apteki położonej w 112/18. Na ulotkach jest adnotacja, że oferta stanowi ofertę handlową w rozumieniu art. 66 par. 1 kc i obowiązuje w dniach 25.08.2014 do 15.10.2014 r.

W zawiadomieniu o wszczęciu niniejszego postępowania organ zdał stronie następujące pytania:

1) W jakim nakładzie zostały wydane i rozpowszechnione wyżej opisane ulotki, informacji należy udzielić z podaniem osobno nakładu ulotek przygotowanych dla apteki w

2) Czy poza dystrybucją w skrzynkach pocztowych oraz na ulicach (pozostawianie za szybą pojazdów), prowadzone były inne formy dystrybucji, jeżeli tak to jakie?

3) Czy apteki sprzedają produkty lecznicze podane w ww. ulotkach po cenach tam wskazanych?

W dniu 17.11.2014 r. pełnomocnik strony zapoznała się z aktami sprawy i zrobiła fotokopię dokumentacji. Po czym pismem z dnia 20.11.2014 r. (data wpływu 1.12.2014 r.) złożyła obszerne wyjaśnienia, wnosząc o umorzenie postępowania z uwagi na jego bezprzedmiotowość. W piśmie argumentowała, że wyłożenie „cenników” było realizacją ustawy o cenach towarów i usług oraz ofertą w rozumieniu kodeksu cywilnego. Odnośnie zadanych pytań pełnomocnik strony zaprzeczył, jakoby Spółka prowadziła dystrybucję „cenników” na ulicach (za wycieraczkami pojazdów) oraz do skrzynek pocztowych, wyjaśniając, że cenniki były wyłożone w aptekach w licznie 30-40 sztuk. Jednocześnie zaznaczono, że Spółka nie wyklada „cenników” od 15.10.2014 r. Ponadto strona zwróciła się do organu o przeprowadzenie następujących dowodów:

- 1) o wystąpienie do Wojewódzkiego Inspektora Inspekcji Handlowej w celu wydania opinii w zakresie w jakiej formie należy uwidaczniać ceny produktów leczniczych znajdujących się w aptece umieszczonych w miejscu niedostępnym i niewidocznym dla kupującego,
- 2) o wystąpienie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego w celu wydania opinii (stanowiska) w zakresie w jakiej formie i jakie elementy powinna zawierać oferta handlowa skierowana do pacjenta w rozumieniu art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, przedsiębiorcy prowadzącego aptekę ogólnodostępną,

PWIF pismem z dnia 26 listopada 2014 r. poinformował stronę o możliwości zapoznania się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma. W następnie w związku z otrzymaniem od strony w dniu 1.12.2014 r. pisma z 20.11.2014 r. organ pismem z dnia 2 grudnia 2014 r. zwrócił się o informację na temat danych podmiotu, który wydał „cenniki”, potwierdzenie sposobu wyłożenia „cenników” w aptekach, a także o wyjaśnienie, dlaczego na cennikach umieszczono logo aptek oraz informację o adresach.

W pismach z dnia 8 i 15.12.2014 r. strona wyjaśniła, że „cenniki” znajdowały się na stojakach w izbie ekspedycyjnej każdej z aptek. Jednocześnie potwierdzono, że apteki prowadził sprzedaż wskazanych w „cennikach” produktów. Odpowiadając na ostatnie pytanie strona powtórzyła, co powinna zawierać oferta handlowa, nie wyjaśniając jednak, dlaczego na „cennikach” umieszczono logo apteki oraz informację o adresach.

Po przeanalizowaniu materiału dowodowego organ stwierdza, że strona prowadziła niedozwoloną reklamę aptek, polegającą na wykładaniu luzem na stojakach w salach ekspedycyjnych aptek sześciustronicowych ulotek reklamowe opatrzonego znakiem słowno-graficznym o nazwie „CENNIK OFERTY APTECZNEJ”, w których zamieszczono nazwy produktów leczniczych wraz z podaniem ich ceny oraz informację lokalizacji ww. aptek. A także na wykładaniu luzem na stojakach dwunastostronicowych ulotek reklamowych opatrzonego napisem: CENNIK OFERTY APTECZNEJ”, w których również zamieszczono nazwy produktów leczniczych wraz z

podaniem ich ceny oraz informacji o lokalizacji apteki położonej w przy ul.

Przemawiają za tym w zebrane w toku postępowania dowody, w szczególności wyjaśnienia 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 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 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 prowadzenie przez stronę niedozwolonej reklamy sprowadza się na wykładaniu w salach ekspedycyjnych aptek sześciostronicznych ulotek reklamowe opatrzonych znakiem słowno-graficznym o nazwie „CENNIK OFERTY APTECZNEJ”, w których zamieszczono nazwy produktów leczniczych wraz z podaniem ich ceny oraz informację o lokalizacji ww. aptek. A także wykładaniu dwunastostronicznych ulotek reklamowych opatrzonych napisem: „CENNIK OFERTY APTECZNEJ”, w których również zamieszczono nazwy produktów leczniczych wraz z podaniem ich ceny oraz informacji o lokalizacji apteki położonej w przy ul.

Odnosząc się do zarzutów strony zawartych w pismach z dnia 20.11, 8.12 i 15.12.2014 r. organ wyjaśnia, iż strona ma prawo do przekazywania ofert oraz obowiązek do informowania o cenach sprzedawanych produktów, w tym tych, które znajdują się w miejscu niewidocznym. Należy jednak zauważyć, iż art. 94a ust. 1 i nast. prawa farmaceutycznego jest przepisem szczególnym w stosunku zarówno do przepisów kodeksu cywilnego, jak i przepisów ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług. Powyższe oznacza, że oferta/informacja cenowa leków powinna być przez podmiot prowadzący aptekę tak sformułowana i prezentowana, aby nie zachęcać pacjentów do dokonywania zakupów w danej aptece. W ocenie organu w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z ofertą/informacją cenową, które nie zachęca do korzystania z konkretnych aptek. Istotnym jest, że przedmiotowe ulotki poza informacją o cenach produktów zawierały informacje o adresach nie tylko przedmiotowych aptek, ale również innych aptek sieci. Zatem nie była to tylko informacja o cenach produktów sprzedawanych w aptece, w której te ulotki były wykładane, ale również o cenach stosowanych w innych aptekach. Zdaniem organu, gdyby zamiarem strony było jedynie przekazanie pacjentowi w obrębie danej apteki oferty/informacji o cenach stosowanych w tej aptece, taka oferta/informacja nie musiałaby zawierać (oczywistych dla pacjenta przebywającego w aptece) danych adresowych tejże apteki, tym bardziej innych aptek. Zamieszczenie w ulotkach adresów przedmiotowych aptek oraz aptek z sieci świadczy o tym, że ulotki były skierowane, adresowane również do osób z poza apteki, w której te ulotki były wyłożone, osób które mogą nie znać miejsca położenia tych aptek. Powyższy wniosek koreluje z faktem, iż ulotki były wyłożone luzem w sali ekspedycyjnej apteki. Każdy z pacjentów mógł swobodnie taką ulotką dysponować, w tym mógł ją wynieść poza obręb apteki i przekazać innej osobie, która nie miała kontaktu z apteką. Powyższe oznacza, że opisany sposób i forma dystrybucji przedmiotowych ulotek mogły wpływać na wybory pacjentów, co stanowi reklama niedozwoloną w świetle art. 94a ust. 1–3 prawa farmaceutycznego. W sprawie tzw. „cenników”, które poza informacją o cenach zawierają dane apteki, wypowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z 17.06.2013 sygn. akt VI SA/Wa 450/13, gdzie stwierdzono między innymi: „(...) *mają rację organy orzekające w niniejszej sprawie, że zakwestionowana ulotka z podanymi cenami leków i adresami aptek, w których można nabyć te leki po wskazanych cenach stanowi formę przekazu, która może być potraktowana przez odbiorców jako zachęta do kupna*”.

Z uwagi na brak jednoznacznych dowodów organ uznał za nie udowodniony fakt prowadzenia dystrybucji ulotek w skrzynkach pocztowych oraz na ulicach (za wycieraczkami samochodów).

Odnosnie składanych wniosków dowodowych organ wydał postanowienie z dnia 23 grudnia 2014 r.

Ponieważ zgodnie z zapewnieniami strony i ustaleniami własnymi organu strona od 15.10.2014 r. zaprzestała wykładania przedmiotowych ulotek, postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy należało uznać za bezprzedmiotowe, stąd też postępowanie w tej części zostało umorzone na podstawie art. 105 § 1 kpa.

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.

Organ przyjął, iż ulotki wykładano w okresie od 25.08.2014 r. (pierwszy dzień obowiązywania „cennika”) do 15.10.2014 r., a więc stosunkowo niedługo, co na pewno wpływa na korzyść strony. Ponadto PWIF za korzystną dla strony przyjął okoliczność, że siła oddziaływania ulotek ograniczała się wyłącznie do osób, które pojawiły się w aptekach oraz osób, które w aptekach nie były, ale którym te pierwsze mogły takie ulotki przekazać. Zatem siła oddziaływania była znacznie mniejsza, niż w przypadku np. dystrybucji ulotek poza lokalem aptek. Na niekorzyść strony przemawia z kolei fakt, iż wobec strony prowadzono już postępowanie w sprawie zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy. Decyzją ostateczną z dnia _____ r. nr _____ PWIF umorzył postępowanie, uznając, że strona zaniechała prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki jeszcze przed wydaniem decyzji (W chwili obecnej prowadzone jest postępowanie w sprawie nałożenia kary). Powyższe oznacza, że dotychczasowe działania organu nie dały pożądanego skutku zakładanego ustawą, mianowicie nieprowadzenie niedozwolonej reklamy. W tej sytuacji organ karę w wysokości 20 000 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych) uznał za właściwą.

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 10101 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. Pani _____
pełnomocnik

2. 2 x aa

POMORSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

Grażyna Mazurowska