

Gdańsk, dnia 2 lutego 2015 r.

Strona: _____

DECYZJA Nr 1/NKP/ 2015

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 Kodeksu postępowania administracyjnego (tj. Dz. U. z 2013 roku, poz. 267 z późn. zm), zwanego dalej kpa, w wyniku ponownego rozpatrzenia sprawy na skutek wydania przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego decyzji z dnia 12.11.2014 r. nr GIF-P-0740/479-1/AJ/14, uchylającej decyzję Pomorskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Gdańsku z dnia 21.08.2014 r. nr 4/NKP/2014

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny

nakłada na stronę

z siedzibą w _____ ul. _____

(dawniej _____

tysięcy złotych) w związku z prowadzeniem reklamy działalności w stosunku do apteki położonej w _____ (zezwolenie z dnia _____ nr _____

- polegającej na kolportażu na ulicach Gdyni ulotek reklamowych _____, zawierających informację o produktach leczniczych, suplementach diety z podaniem ich cen, połączonym z jednoczesnym zachęcaniem do odwiedzenia ww. apteki, a także dystrybucji ulotek w budynkach mieszkalnych całego województwa pomorskiego.

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 pismem z dnia 24 czerwca 2013 r. zawiadomił stronę o wszczęciu postępowania w sprawie nałożenie kary w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy apteki położonej w _____

_____ (zezwolenie z dnia _____ nr _____) polegającej na kolportażu na ulicach Gdyni ulotek reklamowych _____ zawierających informację o produktach leczniczych, suplementach diety z podaniem ich cen, połączonym z jednoczesnym zachęcaniem do odwiedzenia ww. apteki. Ulotki reklamowe opatrzone były hasłami: "SUPER OFERTA!!!", "OSZCZĘDZAJ Z NAMI".

Postępowanie zostało wszczęte w oparciu o pismo z dnia 20.09.2012 r., jakie wpłynęło do tutejszego organu. W piśmie poinformowano organ o kolportażu na ulicach Gdyni ulotek z cenami leków i suplementów diety przez osoby zachęcające do zakupów w aptece

Do pisma został dołączony egzemplarz takiej ulotki oraz nagranie (film), na którym zarejestrowano prowadzoną przez młodą kobietę dystrybucję ulotek, która jednocześnie zachęcała do odwiedzenia apteki położonej przy ul. _____, z uwagi na „lepsze”

w stosunku do innych aptek ceny leków i suplementów diety. Dodatkowo pismem z dnia 5 października 2012 r. Gdańska Okręgowa Izba Aptekarska również zawiadomiła organ o prowadzeniu przez ww. aptekę zabronionej reklamy polegającej na dystrybucji na ulicach Gdyni ulotki reklamowej produktów leczniczych i suplementów diety i zapraszaniu - przez osobę rozdającą ww. ulotki - do skorzystania z oferty handlowej ww. apteki. Okręgowa Izba Aptekarska wniosła również o przyznanie jej statusu strony w postępowaniu.

Organ dopuścił jako dowód w niniejszej sprawie cały materiał dowodowy zebrany w postępowaniu o nakazanie zaprzestania prowadzenia reklamy zakończonego ostateczną decyzją z 16 kwietnia 2013 r. (zn. WIF-GD.8523.26.12), w tym pismo strony z 25.10.2012 r., w którym wyjaśniła, że nie prowadziła kolportażu ulotek

Ujawniła przy tym, że w 2011 r. zawarła umowę w zakresie marketingu z firmą [redacted] amach której ta ostatnia opracowała (przy udziale strony) ww. ulotkę reklamową oraz zajmowała się jej kolportażem. Strona wyjaśniła ponadto, że po otrzymaniu zawiadomienia o wszczęciu postępowania o nakazanie zaprzestania prowadzenia reklamy interweniowała w firmie [redacted] w wyniku czego uzyskała informację, że czynności opisane w zawiadomieniu osoba kolportująca ulotki podejmowała z własnej inicjatywy, a akcja kolportażu została już zakończona. Materiał obejmuje również wyjaśnienia z dnia z 21.11.2012 r., w których stwierdził, że osobiście decydował o treści ulotki, w szczególności zamieszczeniu cen produktów leczniczych i suplementów diety oraz nazwie ulotek [redacted] ecydował także o formie dystrybucji.

Wyjaśnił ponadto, że zachęcanie do iakiego doszło w trakcie kolportażu było samodzielną, niezależną od [redacted] oraz [redacted] sp. z o.o. z siedzibą w [redacted] incydentalną decyzją hostessy zajmującą się dystrybucją. Ulotki były dystrybuowane w budynkach mieszkalnych całego województwa pomorskiego w ilości 10 tys. sztuk w miesiącu października 2012 r. [redacted] zapewnił, że zaprzestano wydawania i dystrybucji

Magazynu w październiku 2012, niezwłocznie po uzyskaniu informacji o incydencie. Do wyjaśnień dołączono umowę doradztwa w zakresie zarządzania siecią apteczną, zawartą 31.03.2011 r. pomiędzy stroną a [redacted] Z treści § 6 umowy wynika między innymi, że firma [redacted] zobowiązała się wobec strony między innymi do promocji i reklamy lokalnej aptek. [redacted] nie podał danych osobowych i adresowych osoby, która zajmowała się kolportażem na ulicach

Organ w zawiadomieniu pouczył stronę o możliwości złożenia zastrzeżeń i wyjaśnień. Jednakże strona nie skorzystała z tego prawa.

Pismem z dnia 29 stycznia 2014 r. organ powiadomił stronę (na adres wskazany w dokumentacji organu oraz KRS), iż przed wydaniem decyzji stronie służy prawo zapoznania się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym i złożenia wyjaśnień. Zwrotne potwierdzenie odbioru wróciło z adnotacją: „nie podjęto w terminie”. Zawiadomienie uznano za skutecznie doręczone w trybie art. 41 § 2 kpa.

Następnie Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wydał w dniu 21.08.2014 r. decyzję nr 4/NKP/2014 r. nakładającą na stronę karę pieniężną w wysokości 5.000 zł. W uzasadnieniu stwierdził, że doszło do prowadzenia niedozwolonej reklamy. Określając wysokość kary uwzględnił fakt, iż zabroniona reklama była prowadzona w okresie wrzesień-październik 2012 i została przerwana jeszcze w toku postępowania. Od tego czasu nie była już prowadzona. Organ wziął również pod uwagę następujące okoliczności bezsporne: reklama dotyczyła 1 apteki, nakład gazetki deklarowany przez wydawcę - 10.000 sztuk, zasięg - całe województwo, kolportaż na ulicach [redacted] oraz dystrybucja w budynkach mieszkalnych.

Od ww. decyzji pełnomocnik strony (pełnomocnictwo do występowania w postępowaniu odwoławczym) złożył odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, w którym zarzucił brak wskazania daty wydania decyzji, nieuwzględnienie przy ustalaniu wysokości nałożonej kary okoliczności braku uprzedniego naruszenia przepisów, błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że okoliczności naruszenia przepisów przemawiają za nałożeniem kary wysokości 5.000 zł.

Na skutek rozpoznania sprawy Główny Inspektor Farmaceutyczny uchylił ww. decyzję i skierował sprawę do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu wskazał, że PWIF nie odniósł się do faktu, iż było to pierwsze naruszenie przepisów dotyczących zakazanej reklamy apteki, ponadto nie wyjaśnił, które okoliczności zadecydowały o zmniejszeniu kary, a które o jej zwiększeniu. GIF podniósł również, że strona nie miała możliwości brania czynnego udziału w postępowaniu, albowiem o prowadzonym postępowaniu dowiedziała się z zaskarżonej decyzji. Organ odwoławczy poddał w wątpliwość skuteczności doręczenia zawiadomienia o wszczęciu postępowania z powodu niepełnych informacji o awizowaniu przesyłki. Końcowo GIF nie podzielił stanowiska pełnomocnika strony w zakresie braku daty decyzji.

W związku z uchyleniem wcześniejszej decyzji, Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku, celem zapewnienia stronie czynnego udziału w postępowaniu wystosował do strony pismo z dnia 26 listopada 2014 r., w którym ponownie poinformował stronę o wszczęciu postępowania w dniu 24.06.2013 r., dołączając jednocześnie kopię zawiadomienia. Zawiadomienie zostało odebrane przez stronę w dniu 24.11.2014 r. Następnie pismem z dnia 15 stycznia 2015 r. PWIF poinformował stronę o zamiarze wydania decyzji i możliwości wypowiedzenia się, co do zebranego w sprawie materiału dowodowego w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma. Pismo zostało odebrane w dniu 19 stycznia 2015 r. W określonym terminie strona nie złożyła zastrzeżeń lub wyjaśnień.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po ponownym rozpatrzeniu sprawy zauważa, co następuje.

W myśl art. 129 b 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 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. Rąbiega - 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).

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po szczegółowym zapoznaniu się z materiałem dowodowym uznał, że w sprawie doszło do prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki, poprzez prowadzony na ulicach kolportaż ulotek z cenami leków i suplementów diety, połączony z jednoczesnym zachęcaniem do zakupów w aptece przy Prowadzenie reklamy potwierdziła sama strona w swoich wyjaśnieniach z 25.10.2012 r., a także p. / swoim piśmie z dnia 21.11.2012 r., do którego załączył umowę łączącą go ze stroną, na mocy której zobowiązał się wobec strony między innymi do promocji i reklam lokalnej apteki. Kolportaż na ulicach Gdyni ulotek reklamowych MAGAZYN, zawierających informację o produktach leczniczych, suplementach diety z podaniem ich cen z wartościami hasłami: „SUPER OFERTA!!!”, „OSZCZĘDZAJ Z NAMI!”, połączony z jednoczesnym zachęcaniem do odwiedzenia ww. apteki – niewątpliwie mógł istotnie wpływać na decyzji pacjentów, co do wyboru apteki, a której zamierzają nabyć produkty lecznicze.

Reasumując, PWIF uznał, że w przedmiotowej sprawie miała miejsce niedozwolona reklama przedmiotowych aptek, o jakiej mowa w art. 94a ust. 1 ustawy prawo farmaceutyczne.

Jak wskazano wyżej 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.

Przy ustalaniu wysokości kary Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uwzględnił fakt, iż zabroniona reklama była prowadzona w okresie wrzesień-październik 2012, jest to stosunkowo długi okres, co w ocenie organu wpływa na zwiększenie wysokości

kary. Z drugiej zaś strony na korzyść strony, a zatem i na obniżenie kary wpływa fakt, iż reklama została przerwana jeszcze w toku postępowania i od tego czasu nie jest już prowadzona. Niewątpliwie na niekorzyść strony, to jest za zwiększeniem wysokości kary przemawiają dodatkowo następujące okoliczności: nakład gazetki deklarowany przez wydawcę - 10.000 sztuk, zasięg – całe województwo, agresywny kolportaż na ulicach oraz dystrybucja w budynkach mieszkalnych. Świadczą one o możliwości dużego oddziaływania prowadzonej akcji reklamowej, mimo jej przerwania po dwóch miesiącach. Końcowo na korzyść strony uznano fakt, iż strona nie naruszyła wcześniej przepisów zakazujących prowadzenia reklamy apteki. W ocenie organu za niewiarygodne należało uznać wyjaśnienia strony i , jakoby strona nie wiedziała o treści ulotki, w szczególności o cenach i szacie graficznej, a także jakoby osoba kolportująca ulotki samowolnie podjęła czynności związane z zachęcaniem do odwiedzenia Apteki. Nie sposób przyjąć, że podmiot prowadzący aptekę nie miał wpływu na ceny produktów zamieszczonych w gazecie, po jakich prowadzi sprzedaż. W gazecie umieszczone jest logo używane przez Aptekę, ale nie podano w niej adresu Apteki. Wobec tego logicznym jest, że aby osobę otrzymującą gazetkę skierować do Apteki, kolportująca, musiała wskazywać jej adres. W interesie strony oraz było, żeby osoba kolportująca zwiększała skuteczność prowadzonej reklamy, informując odbiorców gazetki o adresie Apteki.

Reasumując, w ocenie Pomorskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego wymierzenie kary pieniężnej w wysokości poniżej 5.000 zł nie byłoby adekwatne do skali i formy prowadzenia reklamy i mogłoby nie spełniać prawidłowo funkcji prewencyjnych, a wręcz przeciwnie mogłoby zachęcać do podejmowania podobnych działań. Kary w mniejszej wysokości stosowane są w przypadkach prowadzenia reklamy w mniejszej skali i formie. Organ zwraca uwagę, że ustalona kara jest dziesięciokrotnie mniejsza od maksymalnej kary przewidzianej w przepisach prawa.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak we wstępie.

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 do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za pośrednictwem Pomorskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego, w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania.

Otrzymują:

1) strona:

POMORSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

Grażyna Mazurowska

② aa x 2