

Pełnomocnik: „

DECYZJA Nr 3/NKP/2016

Działając na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1 i 3 oraz art. 129b ust. 1 i 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;
- art. 104 § 1 i 2 Kodeksu postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 23), zwanego dalej kpa.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny nakłada

nakłada na firmę _____
z siedzibą w _____ karę pieniężną w wysokości 15.000 zł (piętnaście tysięcy złotych),
w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy aptek:
w _____ (zezwolenie z _____ r. nr _____
położonej w _____ (zezwolenie nr _____
), oraz apteki _____ "położonej w _____
(zezwolenie nr _____ dnia _____, polegającej na dystrybucji informacji
o położeniu aptek wraz z listą cenową sprzedawanych leków.

UZASADNIENIE

W dniu _____ stało wszczęte z urzędu postępowanie w sprawie
nałożenia kary w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy aptek:

_____ (zezwolenie z _____ r. nr _____
położonej w _____ (zezwolenie nr _____
oraz apteki _____ położonej w _____ zezwolenie nr _____

Podstawą wszczęcia postępowania o nałożenie kary był materiał dowody zebrany
przez organ w postępowaniu _____ i _____ sprawie
nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy Aptek. Mianowicie w czerwcu

2013 r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uzyskał informację o dystrybuowaniu ulotek zawierających informację o godzinach otwarcia ww. aptek. Ulotki złożone były na pół. W środku pomiędzy stronami umieszczona jest karta „wyciąg z listy cenowej”, w której podano ceny określonych produktów leczniczych. Powyższa informacja stała się podstawą wszczęcia przez organ w dniu _____ r. postępowania nr _____ w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy Apteki. Postępowanie zakończyło się wydaniem decyzji nr _____ a mocy której _____ r. oraz nr _____ umorzono postępowanie z uwagi na zaprzestanie prowadzenia niedozwolonej reklamy. Decyzje są ostateczne. W toku ww. postępowań pismem z dnia 23.06.2013 r. strona wyjaśniła, że nie jest w stanie się wypowiedzieć, czy takowa lista cenowa pochodziła od niej, gdyż listy cenowe są dystrybuowane przez apteki innych firm, sugerując, że może to być rezultat czynów nieuczciwej konkurencji ze strony podmiotów prowadzących konkurencyjne apteki. W piśmie z dnia 2.01.2015 r. PWIF zobowiązał stronę do przedłożenia potwierdzonej za zgodność przez kierownika apteki **dokumentacji sprzedaży leków**, o jakiej mowa w § 10 ust. 1 rozporządzenia MINISTRA ZDROWIA z dnia 18 października 2002 r. w sprawie podstawowych warunków prowadzenia apteki (Dz.U. z 2002, Nr 187, poz.1565) za okres maj i czerwiec 2013 r. Ponadto nawiązując do stwierdzenia _____ w piśmie z dnia 23.06.2013 r., iż nie jest w stanie wypowiedzieć się, czy przedmiotowa lista pochodzi od strony, zobowiązał stronę do przedłożenia wszystkich list cenowych dotyczących przedmiotowych aptek dystrybuowanych w okresie maj i czerwiec 2013 r. Jednocześnie ponowiono wezwanie do udzielenia odpowiedzi na pytania zawarte w zawiadomieniach o wszczęciu postępowań. Pełnomocnik strony pismem z dnia 12 stycznia 2015 r. zasłaniając się ustawą o rachunkowości wyjaśnił, że strona nie przechowuje żądanych dokumentów. Ponadto pełnomocnik wyjaśnił, że klient nie dystrybuował ulotek z listami cenowymi, apteka prowadziła sprzedaż produktów wskazanych na liście cenowej, ale nie jest w stanie wskazać cen, nakład ulotek wyniósł 5 tys. w przypadku _____ ok. 14 tys. w przypadku _____. Pełnomocnik nie był w stanie wskazać osób, które dystrybuowały ulotki, ponieważ osoby te nie były jego pracownikami. Pismem z dnia 9.02.2015 r. oraz pismem z dnia 26.02.2015 r. organ ponownie wezwał do przedłożenia dokumentacji sprzedaży produktów wymieniając ich nazwy. Jednocześnie PWIF wystąpił do p. _____ która poinformowała organ o otrzymaniu ulotki z listą cenową, o podanie okoliczności wejścia w posiadanie ulotki oraz listy cenowej. W dniu 18.03.2015 r. wpłynęło do organu pismo pełnomocnika strony z załączoną dokumentacją sprzedaży leków maj i czerwiec 2013 w obu aptekach, jednak niepodpisaną przez kierownika apteki. Natomiast w dniu 11.03.2015 r. PWIF otrzymał wyjaśnienia od _____ z których wynika, że ulotka wraz z listą cenową (nie zszytą z ulotką) zostały jej dostarczone do domu w _____ w tym samym czasie. Cały materiał dowodowy zebrany w opisanych wyżej postępowaniach włączono do akt niniejszej sprawy.

Mając na uwadze powyższe oraz treść art. 7 i art. 77 Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 1980 r. Nr 9, poz. 26, z późniejszymi zmianami), działając na podstawie art. 50 § 1 tegoż kodeksu, Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Czy „ulotki informacyjne”, były dostarczane bezpośrednio do skrzynek pocztowych na terenie powiatu _____
- 2) Jaki był nakład ulotek informacyjnych dotyczących Apteki w _____ na jakim terenie były dystrybuowane?

Pismem z dnia 20.10.2015 r. pełnomocnik strony wyjaśnił, że strona nie rozprowadzała list cenowych. Jego klient nie jest w stanie wskazać, czy ulotki dostarczane były bezpośrednio do skrzynek pocztowych. Odnośnie drugiego pytania, pełnomocnik oświadczył, że ulotki dystrybuowane były w _____ w nakładzie mogącym wynosić 6.000 sztuk.

PWIF w piśmie z dnia 29.10.2015 r. poinformował stronę o możliwości wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego. W określonym terminie nie przedłożono dokumentów.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po szczegółowym zapoznaniu się z wyjaśnieniami strony oraz przesłaną dokumentacją uznał, że doszło do prowadzenia niedozwolonej reklamy. Z 42. pozycji na listach cenowych, aż 26 pozycji w przedstawionej dokumentacji za miesiąc czerwiec 2013 r., tj. za miesiąc w którym PWIF otrzymał zgłoszenie, różni się paroma groszami. Powyższe można wyjaśnić przyjętą na potrzeby list cenowych techniką zaokrąglania „w górę” do jednego miejsca po przecinku (w dokumentacji są dwa miejsca po przecinku). Dotyczy to zarówno apteki w _____ jak i apteki w _____ (w tym wypadku tych pozycji jest 27). W dokumentacji sprzedaży ww. leków za miesiącu maj rozbieżności są jeszcze większe.

Wersja przedstawiana przez stronę, jakoby dystrybucja list cenowych była dziełem konkurencji jest niewiarygodna. Zakładałaby bowiem nie do przyjęcia tezę, że konkurencja weszła w posiadanie cen co najmniej 26 produktów, jakie mają być stosowane przez obie apteki w czerwcu 2013 r., następnie ułożyła ich listę, po czym skoordynowała w czasie dystrybucję tych list z ulotkami informacyjnymi kolportowanymi przez stronę, w taki sposób, aby osoba otrzymująca ulotkę otrzymała w tym samym momencie listę cenową. Koordynacja wymuszałaby posiadanie wiedzy kiedy i gdzie ulotki informacyjne strony będą wykładane. Nie jest to niemożliwe, aczkolwiek nakłady czasu i środków, jakie musiałby ponieść podmiot konkurencyjny, aby do tego doprowadzić, są nieadekwatne do rezultatu, jakie dzięki tym działaniom można osiągnąć, a tym rezultatem może być co najwyższe wszczęcie wobec strony postępowania w sprawie nakazania wstrzymania prowadzenia reklamy i nałożenia kary. Jeżeli chodzi o większe różnice w cenach niektórych produktów organ uznał, że strona na bieżąco mogła korygować ceny sprzedaży lub przedstawiła na potrzeby postępowania listę nie w pełni rzetelną.

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 PWIF dystrybucja wyżej opisanych ulotek z listami cenowymi wywołała lub co najmniej mogła wywołać u przeciętnego odbiorcy w pełni uzasadnione przeświadczenie, że produkty po cenach wskazanych na listach cenowych można nabyć w przedmiotowych aptekach wskazanych w ulotkach informacyjnych. Tym samym działania strony polegające na dystrybucji tego typu materiałów reklamowych wpływały na wybory pacjentów, co do skorzystania z oferty konkretnej apteki.

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 na korzyść strony przyjął, iż akcja reklamowa miała charakter jednorazowy. Za niekorzystną dla strony przesłankę przemawiającą za podwyższeniem kary organ przyjął fakt, iż akcja reklamowa dotyczyła trzech aptek, rozpowszechniono – według oświadczenia strony - w sumie około 25.000 ulotek. Na niekorzyść strony przemawia również fakt, iż dystrybucję prowadzono za pośrednictwem skrzynek pocztowych mieszkańców, zatem siła oddziaływania ulotek był dość znaczna. W sumie organ uznał, że kara w wysokości nie przekraczającej $\frac{1}{4}$ górnego pułapu przewidzianego ustawą (50.000 zł) spełni swoją funkcję.

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 11400159 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 odwołanie od Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za moim pośrednictwem, w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania.

Otrzymują:

1. _____

Pełnomocnik: _____

POMORSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

Grażyna Mazurkowska

② aa x 2