

DECYZJA Nr 4/NKP/2016

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 lub PF;
- art. 104 § 1 i 2 oraz art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 23), zwanego dalej kpa.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny postanowił:

1. Nakazać firmie z o.o. z siedzibą w V
B zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki
o nazwie: położonej w ul.
(zezwolenie nr polegającej na dystrybucji materiałów
reklamowych dotyczących ww. Apteki, zawierających opisy produktów leczniczych,
wyrobów leczniczych i suplementów diety z podaniem ich cen.
2. Nałożyć na firmę z o.o. z siedzibą w
, karę pieniężną **w wysokości 10.000 zł (dziesięć**
tysięcy złotych), w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności
apteki o nazwie: położonej w przy ul.
(zezwolenie nr z dnia i r.), polegającej na dystrybucji materiałów
reklamowych dotyczących ww. Apteki, zawierających opisy produktów leczniczych,
wyrobów leczniczych i suplementów diety z podaniem ich cen.

UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem z dnia 14 października 2015 r. zawiadomił stronę o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki o nazwie „położonej w przy ul. (zezwolenie nr z dnia i r.)” i nałożenia kary. Podstawą wszczęcia postępowania było uzyskanie w dniu 5.10.2015 r. od właściciela oraz kierownika apteki pisemnej informacji, iż w prowadzonej przez stronę Aptecę wydaje się pacjentom tzw. w której zawarta jest oferta produktów leczniczych. Do pisma załączono egzemplarz oraz ulotki informujące o otwarciu Apteki w dniu mapką obrazującą położenie Apteki.

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) od kiedy wydawane są broszury i w jakim nakładzie?
- 2) kto (imię nazwisko) był zajmuje się dostarczeniem broszur?

Strona nie odpowiedziała na zadane pytania, natomiast w dniu 6.11.2015 r. stawiał się w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w Gdańsku pełnomocnik strony (upoważniony wyłącznie do przeglądania akt i sporządzania kopii) który dokonał wglądu do dokumentacji sprawy, utrwalając ją na zdjęciach.

Pismem z dnia 14.01.2016 r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zwrócił się do _____ oraz _____ u udzielenie pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) w jaki sposób i kiedy weszli oni w posiadanie broszury: _____
wraz z ulotką o miejscu położenia tej Apteki?
- 2) czy ww. materiały były rozkładane w sali ekspedycyjnej Apteki, czy rozdawane pacjentom w trakcie sprzedaży leków?
- 3) czy ww. materiały są nadal wykładane/rozdawane w Aptece i w jakiej ilości?

W odpowiedzi z dnia 21.01.2016 r. _____ wyjaśniła, że ulotki przesłane do inspektoratu zostały wyjęte ze skrzynki pocztowej należącej do pracownika jej apteki, a zamieszkalego w rejonie działania _____. Miało to miejsce w okresie otwarcia Apteki. Natomiast ulotki były rozdawane w trakcie sprzedaży leków. _____ do pisma załączyła materiały reklamowe: ulotkę „_____” i gazetkę _____ ze stycznia _____, podając, że materiały te są aktualnie wykładane w Aptece.

PWIF w dniu 2.02.2016 r. powiadomił stronę o prawie wypowiedzenia się w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma co do zebranego materiału dowodowego, informując jednocześnie o włączeniu do materiału dowodowego nowych dowodów.

W dniu 5.02.2016 r. strona za pośrednictwem swojego pełnomocnika zapoznała się zebrany w sprawie materiałem dowodowym. Do czasu wydania decyzji strona nie złożyła jakichkolwiek wyjaśnień. Natomiast w dniu _____ r. strona wniosła o zawieszenie postępowania do czasu rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny skargi konstytucyjnej o zbadanie zgodności z Konstytucją RP art. 94a ust. 1 PF, jednocześnie wnosząc o włączenie do akt postępowania skargi oraz stanowiska Prokuratora Generalnego. Z treści skargi wynika, że przyczyną jej sporządzenia było uznanie przez sądy administracyjne za niedozwoloną reklamę prowadzenie przez apteki tzw. programów lojalnościowych, w tym programów opieki farmaceutycznej. Autorzy skargi twierdzą, że tak szeroka wykładnia art. 94 ust. 1 PF narusza art. 20, 22 w zw. z art. 54 Konstytucji RP. Z ww. tezą zgodził się Prokurator Generalny.

Wniosek o zawieszenie postępowania został rozstrzygnięty odrębnym postanowieniem.

Po przeanalizowaniu materiału dowodowego PWIF uznał, iż strona prowadzi niedozwoloną reklamę Apteki. Swoje ustalenia oparł na następującym stanie faktycznym.

Bezspornym jest, że strona uzyskała zezwolenie na prowadzenie Apteki w dniu 8.09.2015 r. Poza sporem jest również ustalenie, że Apteka posługuje się charakterystycznym brendem, na który składają się znak słowno-graficzny _____, gdzie _____

Tymi samymi znakami i kolorystyką opatrzone są znajdujące się w aktach sprawy materiały reklamowe _____ „_____” prezentująca ofertę handlową Apteki (z podaniem cen) obowiązującą w dniach _____, oraz ulotka informująca o otwarciu Apteki _____ z umieszczoną mapką wskazującą na jej położenie. Identyfikacyjnej szaty graficznej użyto w ulotce: _____ broszurce: _____ oraz „_____” które przedstawiają ofertę Apteki obowiązującą od stycznia 2016 r. Strona w toku postępowania nie kwestionowała faktu dystrybucji takich

materiałów reklamowych w skrzynkach pocztowych, a także na terenie samej Apteki. Nie udzieliła jakichkolwiek odpowiedzi i wyjaśnień, nie wniosła w zakresie stanu faktycznego jakichkolwiek uwag i zastrzeżeń. Jak wskazano wyżej złożyła jedynie w dniu 30.03.2016 r. wniosek o zawieszenie postępowania, który został rozstrzygnięty osobnym postanowieniem.

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 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. 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).

Złożenie skargi konstytucyjnej o zbadanie zgodność ww. przepisu z Konstytucją RP nie ma wpływu na stosowanie ww. przepisu, który do czasu orzeczenia o jego niezgodności z Konstytucją, korzysta z domniemania konstytucyjności. Na marginesie należy wskazać, iż skarga konstytucyjna zarzucała niezgodność ww. przepisu z Konstytucją RP w takim zakresie w jakim przepis ten zakazuje prowadzenia programów lojalnościowych, powiązanych z pomocą farmaceutyczną. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z dystrybucją klasycznych materiałów reklamowych.

W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że działania strony polegające na dystrybucji materiałów reklamowych zawierających opisy produktów leczniczych, wyrobów leczniczych i suplementów diety z podaniem ich cen, zawierających także znaki słowno-graficzne pozwalające na powiązanie ww. ofert z Apteką, mogły wpłynąć na decyzję pacjentów, co do wyboru oferty Apteki, zatem stanowiły niedozwoloną reklamę w rozumieniu art. 94a ust. 1 PF.

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.

Na niekorzyść strony przemawia okoliczność, iż działania reklamujące Aptekę prowadzone są co najmniej od 1 r. do chwili obecnej. Pierwsze materiały reklamowe były dystrybuowane co najmniej od 1. tj. od dnia obowiązywania oferty (do organu trafiły w 1). Strona nie wstrzymała działań reklamowych mimo wszczęcia niniejszego postępowania. Jak wskazano wyżej w 2019 - Aptecę wykładano materiały informujące o styczeniowych promocjach. Ponadto - co dodatkowo obciąża stronę - Broszura była kolportowana w skrynkach pocztowych mieszkańców okolicy, w której zlokalizowana jest Apteka, zatem jej zasięg oddziaływania był jest znacznie większy, aniżeli zasięg materiałów reklamowych umieszczanych w witrynach aptek lub wykładanych w salach ekspedycyjnych. Na korzyść strony - zatem za obniżeniem kary - przemawia z kolei fakt, iż strona jak dotąd nie naruszała przepisu art. 94a ust. 1 PF. Mając na uwadze powyższe Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uznał, iż ustalenie kary na poziomie 10.000 zł, czyli wysokości 1/5 górnego pułapu będzie adekwatne do wyżej opisanych okoliczności naruszenia art. 94a PF i spełni swój cel prewencyjny założony przez ustawodawcy.

Na podstawie art. 94a ust. 4 ustawy prawo farmaceutyczne decyzji w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy (pkt 1 sentencji) nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.

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

Otrzymują:

1. Adresat

② A.a. x 2

POMORSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

Grażyna Mazurowska