

Gdańsk, dnia 17 maja 2017 r.

WIF-GD.8523.1.8.2017

[REDACTED]

DECYZJA Nr 12/NKP/2017

Na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1, 2, 3, 4 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 2142), zwanej dalej prawem farmaceutycznym;
- art. 104 § 1 i 2 art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U.2016 poz.23z późn. zm.), zwanej dalej kpa

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku:

1. Stwierdza, że [REDACTED] z siedzibą w [REDACTED] prowadziła niedozwoloną reklamę ogólnodostępnej apteki „[REDACTED]” położonej w [REDACTED] przy ul. [REDACTED] [REDACTED] (zezwolenie nr [REDACTED] z [REDACTED]), polegającej na wykładaniu na sali ekspedycyjnej Apteki gazetki reklamowej: „ZAKOCHAJ SIĘ W LUTYM”, opatrzonej między innymi znakiem graficznym „[REDACTED]”, używanym przez Aptekę.
2. Umarza postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy Apteki wskazanej w pkt 1 powyżej, z uwagi na jego bezprzedmiotowość, to jest z powodu zaprzestania prowadzenia reklamy Apteki przed wydaniem niniejszej decyzji.
3. Nakłada na [REDACTED], z siedzibą w [REDACTED] karę pieniężną **w wysokości 10.000 zł (dziesięć tysięcy złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki opisanej w punkcie 1.

UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem z dnia 17 lutego 2017 r. zawiadomił stronę o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy oraz nałożenia kary dotyczącej działań reklamowych wobec apteki „[REDACTED]” położonej w [REDACTED] przy ul. [REDACTED] (zezwolenie nr [REDACTED] z [REDACTED]). Jak wyjaśniono w zawiadomieniu w trakcie kontroli planowej apteki „[REDACTED]” przeprowadzonej w dniu 13.02.2017 r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uzyskał informacje, iż w prowadzonej przez stronę Aptecę wyklada się na sali ekspedycyjnej egzemplarze

gazetki reklamowej „ZAKOCHAJ SIĘ W LUTYM”, zawierającej ofertę produktów leczniczych i suplementów diety. Gazetka opatrzona jest znakiem słowno-graficznym [REDAKTURA] oraz informacją o treści: „OFERTA WAŻNA od 13.02 do 26.02.2017 r. lub do wyczerpania zapasów”. Ponadto zarejestrowano zapis jednej ze stron systemu sprzedaży Apteki, wykonując zdjęcie ekranu komputera, na której przy sprzedaży pojawiła adnotacja karty POF (podstawowej opieki farmaceutycznej). Ze zdjęcia wynikało, że przy sprzedaży honoruje się karty POF. W trakcie kontroli zabezpieczono też kopię faktury sprzedaży leków z udzielonym rabatem oraz kopie paragonów z rabatem. Mając na uwadze powyższe oraz treść art. 7 i art. 77 Kodeksu postępowania administracyjnego Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) kto (imię, nazwisko lub nazwa i adres firmy) zajmuje się wykładaniem gazetek reklamowych?
- 2) ile egzemplarzy gazetki „ZAKOCHAJ SIĘ W LUTYM” wyłożono w Aptecę?
- 3) czy gazetki nadal są wyłożone w Aptecę, jeżeli nie, kiedy je usunięto?
- 4) czy i od kiedy oraz na jakich warunkach Apteka wydaje pacjentom karty POF?
- 5) ile kart POF wydała dotychczas Apteka?
- 6) ile kart POF jest aktywnych, tj. po których okazaniu Apteka udzieliła rabatu?

Jednocześnie celem przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka wezwano kierownika Apteki [REDAKTURA]

W odpowiedzi z dnia 10.03.2017 r. strona wyjaśniła, że wykładanie gazetki należy do obowiązków pomocy aptecznej. W Aptecę wyłożono około 30 sztuk gazetki. Gazetki usunięto w dniu zakończenia obowiązywania promocji. Dodatkowo strona oświadczyła, iż nie wydaje kart POF, nie dysponuje danymi, ile kart POF dotychczas została wydanych, karty POF nie są aktywne od kilku lat.

Świadek [REDAKTURA] w dniu 8.03.2017 r. zeznała, że jest kierownikiem Apteki od połowy marca 2015 r. Gazetka była wykładana w sali ekspedycyjnej od 13 lutego do 26 lutego w liczbie ok. 30. Nie jest już wykładana. Gazetki przywoził kurier, wykładaniem zajmuje się pomoc apteczna. Aktualnie jest kolejna gazetka obejmująca następne dwa tygodnie. Świadek dodała, że ani plakaty (które cały czas znajdują się wewnątrz lokalu) ani gazetki nie są formą reklamy [REDAKTURA] oświadczyła, że nie wie czy aktualna gazetka zawiera [REDAKTURA] Product, ale przypuszcza, że tak. Sądzi, że informacja o ważności oferty również jest zawarta. W gazetce reklamowanymi produktami [REDAKTURA] są produkty oznaczone [REDAKTURA]. Jednocześnie zeznała, że nie pamięta, od kiedy są wykładane gazetki, ale były wykładane zanim została kierownikiem, przy czym miały inną formę. Z kartami lojalnościowym POF (Podstawowa Opieka Farmaceutyczna) nie wiążą się żadne korzyści. Jest to relikw z przeszłości, niewiele osób je posiada. Świadek dodała, że karty POF nie są już rozdawane. Być może klienci lepiej się czują posiadając te karty. Według świadka zrzut z ekranu nie pokazuje jakichkolwiek rabatów. Świadek nie był w stanie wyjaśnić, dlaczego pokazują się karty POF na ekranie komputera. Świadek przyznała, że dla pacjentów powyżej 65. roku życia przedsiębiorca wprowadził rabat na podstawie numeru PESEL. Pacjent dowiaduje się o rabacie dopiero przy płatności. Apteka nie informuje o tym rabacie w żaden sposób (np. ulotki, gazetki). Rabaty nie obejmują leków refundowanych, które mają stałą cenę. Odnośnie okazanej faktury [REDAKTURA] zeznała, że na fakturze jest ujęty lek nierefundowany. Faktura uwzględnia rabat dla pacjenta powyżej 65. roku życia. Fakturę wystawiono na osobę utrzymującą rodzinę, która rozlicza się z apteką. Rabat przysługuje osobie wskazanej na recepcie (prawdopodobnie matka osoby wskazanej na fakturze). Na końcu [REDAKTURA] zeznała, że jeżeli pacjent sobie życzy, produkty pakowane są w siatkę z [REDAKTURA], a od pacjenta pobiera się dodatkowo 1 grosz. Jeżeli pacjent wyraża taką wolę, przy zakupie wręczane są mu gazetki. [REDAKTURA] zeznała, że pacjenci sami często pytają o gazetkę produktową. Wynika to faktu, że chcą porównać ceny leków między aptekami.

Z związku z zamiarem wydania decyzji organ pismami z dnia 5.04.2017 r. (odebrane 10.04.2017 r.) i 12.04.2017 r. (21.04.2017 r.), poinformował pełnomocnika strony o możliwości zapoznania się z materiałem dowodowym.

Strona nie skorzystała z prawa wypowiedzenia się, co do zebranego materiału dowodowego.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po przeanalizowaniu materiału dowodowego uznał, że strona prowadzi niedozwoloną reklamę Apteki, polegającą na wykładaniu na sali ekspedycyjnej Apteki gazetki reklamowej: „ZAKOCHAJ SIĘ W LUTYM”, opatrzonej między innymi znakiem graficznym „[REDAKTOWANE]” używanym przez Aptekę. Zebrany materiał dowodowy nie pozwalał na jednoznacznie stwierdzenie, czy gazetki, jakie wykładane były wcześniej i wyłożone zostały w marcu 2017 zawierały te same elementy tj. [REDAKTOWANE], co gazetka „ZAKOCHAJ SIĘ W LUTYM”. Organ nie znalazł również podstaw do jednoznacznego stwierdzenia prowadzenia innych form reklamy.

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego.

Poza sporem jest ustalenie, że Apteka opatrzona jest znakiem graficznym „[REDAKTOWANE]”. Za bezsporne uznano, iż w miesiącu lutym 2017 r. na sali ekspedycyjnej Apteki strona wyłożyła około 30 sztuk gazetki reklamowej „ZAKOCHAJ SIĘ W LUTYM”, zawierającej ofertę produktów leczniczych i suplementów diety. Gazetka opatrzona jest na każdej z 15 stron znakiem słowno-graficznym „[REDAKTOWANE]” oraz informacją o treści: „OFERTA WAŻNA od 13.02 do 26.02.2017 r. lub do wyczerpania zapasów”. Bezsprzeczne jest również fakt, iż w gazetce jedynie 5 z 81 towarów ma oznaczenie „[REDAKTOWANE]”. Przy produkcie [REDAKTOWANE] jest dodatkowa informacja o treści: „[REDAKTOWANE]”.

Z uwagi na brak wystarczających dowodów PWIF nie był w stanie jednoznacznie stwierdzić, czy gazetki, jakie były wykładane przed i po lutym 2017 – jak zeznała świadek [REDAKTOWANE] – rzeczywiście nadal są wykładane i czy zawierają [REDAKTOWANE] lub „[REDAKTOWANE]”. Brak było również dowodów pozwalających na stwierdzenie prowadzenia innych form reklamy Apteki.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia strony z 10.03.2017 r. spór sprowadza się od odpowiedzi na pytanie, czy „[REDAKTOWANE]” rzeczywiście nie jest tożsame z oznaczeniem Apteki, jak podnosi strona. Tym samym nie wpływają na decyzję pacjentów dotyczących zakupów w Aptecę.

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." Zbieżne stanowisko zajmowała także doktryna np.: M. Koremba w Komentarzu do art. 94a ustawy-Prawo farmaceutyczne. 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, wyrok NSA z 20.05.2015 sygn. akt II GSK/746/14, wyrok NSA z 26.06.2014 sygn. akt II GSK 668/13, wyrok NSA z 27.08.2014 sygn. akt 1000/13: „Reklamą działalności apteki może być każde działanie zmierzające do zwiększenia sprzedaży. Reklama może przy tym przyjmować różne formy, w szczególności: hasła, sloganów, spotów TV, ulotek, billboardów, folderów, czy też gazetek”).

W ocenie organu logo „[REDAKTOWANE]” z charakterystycznym krzyżem jest niemal identyczne, również w warstwie kolorystycznej, z [REDAKTOWANE]” używanym przez Aptekę. Przy czym użyty w znaku, jakim opatrzona jest Apteka, zwrot „dbam o zdrowie”, został zastąpiony słowem „[REDAKTOWANE]”. Wspomniany krzyż i skrót [REDAKTOWANE] pozostają elementami dominującymi całego znaku, zarówno w przypadku „[REDAKTOWANE]”, jaki i „[REDAKTOWANE]”. Zdaniem PWIF pacjent będzie kojarzył znak „[REDAKTOWANE]” z ofertą sieci aptek używających znaku [REDAKTOWANE]. Decydujące znaczenie mają tu dwa elementy. Zamieszczenie w ulotkach znaku słowno-graficznego [REDAKTOWANE], używanego przez Aptekę oraz informacji, że oferta cenowa obowiązuje jedynie w określonym czasie. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zwraca uwagę, iż w wyroku NSA II GSK 74/14 z 8.04.2015 r. stwierdzono: „Obowiązujący zakaz reklamy aptek dotyczy także reklamy „skojarzeniowej”. Nieumieszczenie w rozpowszechnianych gazetkach adresów aptek oraz ich pełnej nazwy nie może odegrać przesądzającego znaczenia w sytuacji, gdy dla pacjentów świadomych funkcjonowania aptek posługujących się konkretnym logo ulotki były w rzeczywistości ich reklamą”. Z kolei WSA w wyroku VI SA/Wa 2266/2015 z 13.01.2016 r. wyraził pogląd, że udostępnienie w aptece gazetek z ofertą produktów sprzedawanych po określonej cenie przez podany czas jest przedsięwzięciem mającym na celu motywowanie do korzystania z usług tej właśnie apteki, a więc nosi znamiona działalności reklamowej. Zdaniem PWIF gazetki motywują pacjentów do dokonywania zakupów w Aptece.

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.

Określając wysokość kary organ na korzyść strony uwzględnił fakt, iż gazetki były wykładane w Aptece od 31.01.2017 r. (ustalenia kontroli) do końca lutego (wyjaśnienia strony z 10.03.2017 r.), zatem ich oddziaływanie było ograniczone w czasie i przestrzeni (osoby, które pojawiają się w Aptece, ewentualnie pacjenci z poza Apteki, którzy takie gazetki (lub informacje z gazetek) otrzymują od osób odwiedzających Aptekę). Na niekorzyść strony, zatem za podwyższeniem kary, zadecydowała okoliczność, iż strona już raz naruszyła art. 94a prawa farmaceutycznego, co zostało stwierdzone decyzją ostateczna 2/NKP/2016 z 22.01.2016 (kara 3.000 zł, uczestnictwo w programie „60+”). Powyższe oznacza, że nakładana wcześniej kara nie spełniła swojej funkcji prewencyjnej. Kara w wysokości 10.000 zł w ocenie organu jest odpowiednia do stopnia naruszenia przepisów i powinna właściwie spełniać ww. funkcje prewencyjne.

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 Nr 25 1010 1140 0159 7422 3100 0000.

Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki, jak dla zaległości podatkowych. 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. Odwołanie od decyzji należy złożyć za pośrednictwem Pomorskiego Inspektora Farmaceutycznego w Gdańsku, w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania.

Otrzymują:

1.a/ax2

2.adresat