

Gdańsk, dnia 21 września 2017 r.

WIF-GD.8523.1.2.2017

[REDAKTOWANE]

DECYZJA Nr 15/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 (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 2142 z późn. zm.), zwanej dalej prawem farmaceutycznym;
- art. 104 § 1 i 2 Kodeksu postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. 2016, poz. 23, z późn. zm.), zwanego dalej kpa

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku:

1. Nakazuje firmie [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki: „[REDAKTOWANE]” położonej w [REDAKTOWANE] przy [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE]), polegającej:
 - 1) na wykładaniu na sali ekspedycyjnej apteki ulotek reklamowych: „MY SIĘ ZIMY NIE BOIMY”, „ZIMOWA PIELĘGNACJA”, „Lecz się taniej”, opatrzonych znakiem graficznym [REDAKTOWANE] używanym przez Aptekę,
 - 2) akceptowaniem przez Aptekę płatności dokonywanych z wykorzystaniem Podarunkowej Karty Zdrowia.
2. Nakłada na [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] karę pieniężną w wysokości **10.000 zł (dziesięć tysięcy złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki opisanej w punkcie 1 podpunkt 1 i 2.
3. Nadaje pkt 1. sentencji decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem z dnia 1 lutego 2017 r. zawiadomił stronę o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy oraz nałożenia kary dotyczące działań reklamowych wobec apteki „[REDAKTOWANE]” położonej w T [REDAKTOWANE] przy [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE]). Jak wyjaśniono w zawiadomieniu w dniu 1.02.2017 r., w trakcie kontroli planowej apteki „[REDAKTOWANE]” przeprowadzonej w dniu 31.01.2017 r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny stwierdził, że w prowadzonej przez stronę Aptecę wykładane są ulotki reklamowe: „MY SIĘ ZIMY NIE BOIMY”, „ZIMOWA PIELĘGNACJA”, „Lecz się taniej”, opatrzone znakiem graficznym

██████████", używanym przez Aptekę. W pierwszych dwóch wymienionych wyżej ulotkach zamieszczone są produkty lecznicze, suplementy diety, kosmetyki z podaniem ceny oraz informacją, iż oferta jest ważna od 1.01 do 31.01.2017.

Do sprawy włączono kopię protokołu z kontroli z dnia 31.01.2017 r. wraz egzemplarzami ulotek oraz zdjęciami sali ekspedycyjnej Apteki przedstawiającymi gablotki, w których wyłożone zostały ulotki. Jednocześnie w zawiadomieniu Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Kiedy dokładnie ulotki zostały umieszczone w ww. gablotkach?
- 2) Ile egzemplarzy poszczególnych ulotek umieszczono w ww. gablotkach?
- 2) Czy ulotki zostały już usunięte, jeżeli tak to kiedy?
- 3) Czy strona umieściła lub zamierza umieścić podobne ulotki ze znakiem ██████████, które informują/będą informować o ofercie Apteki ważnej po 31.01.2017?
- 4) Czy Apteka bierze udział w programie „██████████”, w ramach którego uczestnicy mogli otrzymać „Podarunkową Kartę Zdrowia” możliwą do zrealizowania w aptekach sieci ██████████? To jest czy Apteka realizowała w okresie do 31.01.2017 r. „Podarunkowe Karty Zdrowia” otrzymywane przez uczestników w ramach akcji „██████████”?

W odpowiedzi z dnia 16.02.2017 r. strona wniosła o przesłanie zdjęć i ulotek zrobionych w trakcie kontroli, zastrzegając złożenie wyjaśnień po ich otrzymaniu. Jednocześnie zaprzeczyła, jakoby brała udział w prowadzonym przez producenta programie „██████████”, przyznając jednocześnie, że akceptuje Podarunkowe karty Zdrowia otrzymywane w ramach akcji „██████████”.

W tej sytuacji organ pismem z dnia 22.02.2017 r. wyjaśnił, iż strona ma możliwość zapoznania się z materiałem dowodowym bezpośrednio w siedzibie Inspektoratu i jednocześnie ponowił zadane wcześniej pytania.

Pismem z dnia 28.02.2017 r. strona, nie odpowiadając na zadane pytania, zwróciła się o „doręczenie brakującej części protokołu kontroli”, co do którego PWIF ustosunkował się w osobnym piśmie.

W związku z zamiarem wydania decyzji organ pismem z dnia 1-09-2017 r. (doręczonym w dniu 07-09-2017 r.), poinformował stronę o możliwości zapoznania się z materiałem dowodowym.

W zakreślonym terminie strona nie złożyła, jakichkolwiek uwag i wniosków.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po przeanalizowaniu materiału dowodowego uznał, że strona prowadzi niedozwoloną reklamę Apteki.

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego.

W prowadzonej przez stronę Aptecę wykładane są ulotki reklamowe: „MY SIĘ ZIMY NIE BOIMY”, „ZIMOWA PIELĘGNACJA”, „Lecz się taniej”, opatrzone znakiem graficznym ██████████, używanym przez Aptekę. W pierwszych dwóch wymienionych wyżej ulotkach zamieszczone są produkty lecznicze, suplementy diety, kosmetyki z podaniem ceny oraz informacją, iż oferta jest ważna od 1.01 do 31.01.2017. Z kolei na podstawie wyjaśnień strony z 16.02.2017 r. PWIF uznał za bezsporne, że Apteka akceptuje płatności dokonywane z wykorzystaniem Podarunkowej Karty Zdrowia.

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. Przyniesione 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. Wskazywano, że reklamą jest działanie mające na celu zachęcanie potencjalnych klientów do zakupu. 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.”* Zbieżne stanowisko zajmowała także doktryna np.: M. Koremba w Komentarzu do art. 94a ustawy-Prawo farmaceutyczne, LEX. W świetle orzecnictwa sądów administracyjnych 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. (vide 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 ulotki reklamowe: „MY SIĘ ZIMY NIE BOIMY”, „ZIMOWA PIEŁĘGNACJA”, „Lecz się taniej”, opatrzone znakiem graficznym ██████████ używanym przez Aptekę, zachęcają do zakupów w Aptece. Decydujące znaczenie mają tu dwa elementy. Zamieszczenie w ulotkach znaku słowno-graficznego ██████████, 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, iż: *„Obowiązujący zakaz reklamy aptek dotyczy także reklamy "skojarzeniowej". Nieumieszczenie w rozpowszechnianych gazetkach adresów aptek*

oraz ich pełnej nazwy nie może odegrać przesądającego 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.

W świetle przytoczonych przepisów i orzecznictwa Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny za działalność reklamową Apteki uznał również fakt akceptowania przez Aptekę płatności z wykorzystaniem Podarunkowej Karty Zdrowia. Pacjent posiadający Podarunkową Kartę Zdrowia, zamierzający kupić produkty lecznicze, skorzysta z oferty tej apteki, która te karty akceptuje. Fakt, iż Apteka akceptuje płatności przy wykorzystaniu takiej karty niewątpliwie wpływa lub może wpłynąć na decyzję pacjenta.

Reasumując, wykładanie wyżej opisanych gazetek oraz akceptacja płatności z wykorzystaniem Podarunkowej Karty Zdrowia narusza art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego.

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 gazетки są cały czas wykładane w Aptecę od 31.01.2017 r. (ustalenia kontroli), zatem ich oddziaływanie ograniczone jest do osób, które pojawiają się w Aptecę, ewentualnie pacjentów z poza Apteki, którzy takie gazетки (lub informacje z gazettek) otrzymują od osób odwiedzających Aptekę. W przypadku akceptacji płatności Podarunkowych Kart Zdrowia organ na korzyść strony przyjął, że akceptuje płatności od 2017 roku. Na niekorzyść strony przyjęto, iż do chwili obecnej strona kontynuuje wykładanie gazettek oraz akceptuje płatności z wykorzystaniem Podarunkowej Karty Zdrowia. Wreszcie za zastosowaniem wyższej kary zdecydował fakt, iż strona już naruszyła art. 94a prawa farmaceutycznego, co zostało stwierdzone decyzją 8/NKP/2016, WIF-GD.8523.23.2015 z 14.10.2016 r. (decyzja nieostateczna).

Powyższe oznacza, że nakładane wcześniej kary nie spełniły swojej funkcji prewencyjnej. Kara w wysokości 10.000 zł, co stanowi 1/5 maksymalnego wymiaru, 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 za zwłokę w wysokości jak dla zaległości podatkowych.

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:

a/ax2

adresat