



Gdańsk, dnia 28.12.2017 r.

WIF-GD.8523.1.11.2017

[REDACTED]

DECYZJA Nr 18/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), zwanej dalej prawem farmaceutycznym;
- art. 104 § 1 i 2 art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U.2016 poz.23z późn. zm.), zwanego 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], ul. [REDACTED] [REDACTED] (zezwolenie z dnia [REDACTED] r., nr [REDACTED]), polegającą na nieodpłatnym wydawaniu po dokonaniu zakupu leków herbatki z naklejką „[REDACTED], [REDACTED]” oraz kolportowaniu ulotek z danymi Apteki, mapką oraz godzinami jej otwarcia.
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 **5.000 zł (pięciu tysięcy złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki opisanej w punkcie 1.

UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku pismem z dnia 5.07.2017 r. zawiadomił stronę, że w dniu 5 lipca 2017 r. wszczął z urzędu postępowanie w sprawie prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki „[REDAKTOWANE]”, położonej w [REDAKTOWANE], [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE] r.).

W dniu 4 lipca 2017 r. PWFIF został zawiadomiony przez jednego z pacjentów [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] iż w dniu 29.06.2017 r. nabywając w Aptece lek OTC (witaminę C Monovitan 0,2 mg 50 tabl.), otrzymał gratisowe pełnowartościowe opakowanie herbaty POSTI wraz naklejką z danymi Apteki, jednocześnie był zachęcany przez farmaceutę do ponownych zakupów w Aptece. Do pisma dołączył otrzymane opakowanie oraz ulotkę z danymi Apteki, mapką oraz godzinami jej otwarcia, jaką – wg pacjenta – Apteka kolportuje po okolicznych blokach mieszkalnych na terenie [REDAKTOWANE]-[REDAKTOWANE]. Pismo pacjenta wraz z opakowaniem herbaty POSTI oraz ulotką zostały włączone do materiału dowodowego.

Mając na uwadze powyższe oraz treść art. 7 i art. 77kpa, działając na podstawie art. 50 § 1 tegoż kodeksu, Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Czy w dniu 29.06.2017 r. Apteka dokonała jednorazowej sprzedaży witaminy C Monovitan 0,2 mg 50 tabl.?
- 2) Czy podczas dokonywanej w Aptece sprzedaży leków (w tym leków OTC), wyrobów medycznych wydawane są gratisowo inne wyroby, w tym herbata POSTI? Jeżeli tak, należało wskazać w jakim okresie (i czy nadal) i ile sztuk gratisowych wyrobów było wydawane w ciągu dnia.
- 3) Czy w dniu 29.06.2017 r. herbata POSTI znajdowała się w ofercie Apteki?
- 4) Kto (nazwa, adres) zajmuje się na terenie osiedla [REDAKTOWANE]-[REDAKTOWANE] kolportażem ulotek z danymi Apteki, mapką oraz godzinami jej otwarcia?
- 5) Kto (imię i nazwisko farmaceutki/farmaceuty) obsługiwał pacjentów w Aptece w dniu 29.06.2017 r.?
- 6) Od kiedy i czy nadal prowadzony jest kolportaż ww. ulotek na terenie osiedla [REDAKTOWANE]?
- 7) W jakiej ilości miesięcznie kolportowane są ww. ulotki na terenie osiedla [REDAKTOWANE]?
- 8) W jakiej sposób kolportowane są ulotki, w szczególności czy umieszczane są w skrzynkach pocztowych mieszkańców, czy rozdawane bezpośrednio do rąk mieszkańców?

Jednocześnie organ zobowiązał do przedłożenia podpisanego przez kierownika Apteki wyciągu z rejestru sprzedaży leków w dniu 29.06.2017 r. w zakresie sprzedaży witaminy C Monovitan 0,2 mg 50 tabl. z podaniem ilości sprzedanego leku i godziny sprzedaży.

W piśmie z dnia 18.07.2017 r. pełnomocnik strony wniósł o umorzenie strony wyjaśniając, że w dniu 29.06.2017 r. Apteka nie dokonała żadnej sprzedaży witaminy C Monovitan 0,2 mg 50 tabl., dołączając stosowny wydruk z systemu informatycznego Apteki. W dniu 29.06.2017 r. herbata POSTI nie znajdowała się w ofercie Apteki i nie była wydawana podczas sprzedaży leków i wyrobów medycznych. Pełnomocnik wskazał imiona i nazwiska osób obsługujących pacjentów w dniu 29.06.2017 r. i jednocześnie dodał, że kolportażem informacji o lokalizacji i godzinach otwarcia apteki, który odbywał się od 29.06.2017 r. do 1 .07.2017 r. do skrzynek pocztowych na osiedlu [REDAKTOWANE] zajmowała się firma [REDAKTOWANE]. W dalszej części wyjaśnień pełnomocnik podkreślał, że treść ulotek była neutralna, dozwolona przez prawo farmaceutyczne.

W dniu 11.10.2017 r. organ w obecności pełnomocnika strony przeprowadził dowód z zeznań świadka [REDAKTOWANE] (pacjenta, który otrzymał herbatę POSTI) oraz świadka [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] (kierownika Apteki).

Świadek ██████████ zeznał, że w dniu 29 czerwca 2017 r. ok. godziny 10tej lub 11tej w czasie dokonywania zakupów w aptece „██████████” w ██████████ ul. ██████████ po zakupie witaminy osoba sprzedająca zachęciła go do ponownego skorzystania z usług apteki, wręczając herbatę z naklejką zawierającą informację o nazwie i adresie apteki. Otrzymałą herbatę przekazał do WIF w Gdańsku. Świadek nie przypominał sobie, aby w lokalu Apteki znajdowała się informacja o możliwości otrzymania darmowej herbaty po dokonaniu zakupów. Ponadto nie pamiętał dokładnie osoby wydającej mu produkty podczas zakupów. Według niego była to kobieta mająca dwadzieścia parę lub trzydzieści parę lat. Świadek nie pamiętał skąd trafiła do niego ulotka z mapką i adresem Apteki, którą następnie przekazał do WIF. Stanowczo oświadczył, że ulotki były dystrybuowane w okolicy Apteki. Świadek nie słyszał, aby obecnie Apteka dodawała herbatę z naklejką do zakupów. Według świadka dołączanie herbaty było stałą praktyką w Aptece.

Z kolei świadek ██████████ (kierownik Apteki) zeznała, iż w dniu 29 czerwca 2017 r. przebywała w ██████████ przy ul. ██████████ Nadzorowała w tym dniu pracowników, jak i obsługiwała pacjentów. W dniu 29 czerwca 2017 r. Apteka nie oferowała witaminy C Monovitan 0,2 g 50 tabl. W dniu 29 czerwca 2017 r. w ofercie Apteki były herbaty takie jak ta jej okazana w trakcie słuchania. Wszystkie wydawane herbaty miały doklejoną kartkę z nazwą apteki i adresem (jak na okazanym świadkowi opakowaniu). Po zakończonych zakupach pacjent dostawał herbatę z naklejką z nazwą i adresem apteki. Świadek nie pamiętała dokładnie okresu, w jakim praktyka ta miała miejsce. Zaznaczyła, że herbata z naklejkami już nie jest wydawana. ██████████ potwierdziła, że w dniu 29 czerwca 2017 r. pracownicy Apteki wydawali herbaty oklejone naklejkami. Robili to w celu, aby pacjent wypił sobie herbatę na odporność. Dostawał ją jako „gratis”. Na innych produktach nie ma naklejek, tylko do bezpłatnych herbat dodawane były naklejki. Świadek zeznała ponadto, że wciąż zdarza się, że wręcza się herbatę po zakupie, ale bez naklejki. W lokalu Apteki nie było informacji o dodawanej herbacie. Herbaty z naklejkami były wydawane mniej więcej od dnia 19 czerwca 2017 r. do czasu uzyskania przez spółkę prowadzącą aptekę informacji z WIF w Gdańsku o wszczęciu postępowania. Herbaty z naklejkami dołączono do sprzedanych leków bez recepty. Od 19 czerwca 2017 r. prawdopodobnie wydano ok. 300-400 herbat. Dołączanie oklejonych herbat odbywało się na odgórne polecenie. Można powiedzieć, że wydawanie oklejonych herbat miało charakter charytatywny.

Pismem z dnia 8.11.2017 r. organ, w związku z zamiarem wydanie decyzji, zawiadomił pełnomocników strony o możliwości wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego.

W dniu 28.11.2017r. pełnomocnik strony złożyła pismo zatytułowane „podsumowanie stanowiska w sprawie”. Pełnomocnik strony podniósł, że przekazywanie herbaty miało charakter wydawania próbek, tak ja wydaje się próbki kremów. Pełnomocnik podważył wiarygodność świadka ██████████ jako osoby prowadzącej aptekę konkurencyjną, a także z uwagi na fakt, że w dniu wskazanym przez świadka nie sprzedano witaminy, jaką rzekomo miał nabyć ww. świadek. Wskazano, że treść naklejek na herbatach miała charakter neutralny, a naklejki przestano umieszczać na herbacie, jak tylko wszczęto niniejsze postępowanie. Herbaty były wydawane po zakupie i po wydaniu paragonu. Pełnomocnik podkreślił, że zarówno ulotki, jak i naklejki na herbacie miały dozwoloną przepisami treść, nie zachęcały do kupowania w Aptece, a ustawa milczy o formie, w jakiej można podawać dozwolony przepisami komunikat. Końcowo zwrócono uwagę, na stosunkowo krótki czas akcji kolportowania ulotek , co powinno mieć wpływ na wysokość kary.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po przeanalizowaniu materiału dowodowego uznał, że strona prowadziła niedozwoloną reklamę Apteki, polegającą na nieodpłatnym wydawaniu po dokonaniu zakupu leków herbatek POSTI z naklejką „██████████, ██████████ ul. ██████████” oraz kolportowaniu ulotek z danymi Apteki, mapką oraz godzinami jej otwarcia.

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego.

Przed wszystkim na podstawie zeznań świadka kierownika Apteki ██████████ ustalił, iż od dnia 19 czerwca 2017 r. do dnia wszczęcia niniejszego postępowania (5.07.2017 r.) pacjenci po zakończonych zakupach w Aptece dostawali od farmaceuty gratis herbatę POSTI z naklejką z nazwą i adresem Apteki. W tym zakresie zeznania kierownika Apteki zasadniczo były spójne z zeznaniami świadka ██████████ W sumie – jak wynika z wyjaśnień kierownika Apteki - od 19 czerwca

2017 r. prawdopodobnie wydano ok. 300-400 herbat z naklejkami. Wobec wyżej opisanych zeznań kierownika Apteki za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy uznano ustalenie, czy w dniu 29.06.2017 r. doszło do sprzedaży witaminy C Monovitan 0,2 g 50 tabl.

Za bezsporny (wyjaśnienia pełnomocnika strony i zeznania kierownika Apteki) uznano fakt, że strona zleciła kolportaż informacji o lokalizacji (adres, mapka) i godzinach otwarcia Apteki, który odbywał się od 29.06.2017 r. do 1.07.2017 r. do skrzynek pocztowych na osiedlu [REDAKTOWANE]. Dostarczono 8479 egzemplarzy ulotek.

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, 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.”* 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 wydawanie po zakończeniu sprzedaży gratisowych herbat z naklejką „[REDAKTOR], [REDAKTOR] ul. [REDAKTOR]” należało uznać za niedozwoloną reklamę w rozumieniu art. 94a ust. 1 ustawy prawo farmaceutyczne. Nieodpłatne otrzymanie herbatki z nalepką „[REDAKTOR] [REDAKTOR] ul. [REDAKTOR]” mogło być odczytywane przez pacjentów, jako zachęta do ponownego skorzystania z oferty Apteki. W szczególności nalepki z nazwą Apteki - zdaniem organu – miały za zadanie przypominać pacjentom, że darmowe opakowanie herbaty POSTI otrzymali od tej konkretnej Apteki. Twierdzenia strony, jakoby wydawanie herbaty nosiło znamiona wydawania próbek nie są przekonujące. Po pierwsze, próbki to niewielkie ilości służące wyłącznie wypróbowaniu, testowaniu towaru. W przedmiotowej sprawie mamy natomiast do czynienia z normalnym opakowaniem, zawierającym 20 torebek herbaty. Po drugie, przy wydawaniu próbek nie ma racjonalnej potrzeby ich oklejania nalepkami z logo Apteki. Za niewiarygodne uznano również wyjaśnienia kierownika Apteki, która zeznała, że herbatki wydawano, żeby pacjent wypił sobie na odporność. Z opisu herbaty nie wynika, aby miała ona jakieś właściwości wpływające na odporność organizmu. Jest zwykła herbatka owocowa aromatyzowana. Według zeznań świadka [REDAKTOR] osoba, która sprzedała mu lek i wydała herbatkę zachęciła go do ponownego skorzystania z usług Apteki, nie wspominała o wypiciu herbaty na odporność.

Za niedozwoloną reklamę uznano również kolportowanie do skrzynek pocztowych na terenie osiedla [REDAKTOR] ulotek o lokalizacji (adres, mapka) i godzinach otwarcia Apteki, które odbywało się od 29.06.2017 r. do 1.07.2017 r. Należy zgodzić się ze stroną, iż nie stanowi zakazanej reklamy apteki informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki. Jednak zdaniem organu intencją ustawodawcy było wyłącznie spod zakazu prowadzenia reklamy aptek jedynie takich treści, które z względu na zakres informacji oraz formę ich podania - są dla pacjenta neutralne, co oznacza, że nie wpływają na podejmowane przez niego decyzje dotyczące zakupu leków. W przedmiotowej sprawie informacja o nazwie i adresie Apteki była podawana w bardzo ekspansywny, agresywny i przede wszystkim wyróżniający się - w stosunku do innych aptek - sposób, typowy dla działań reklamowych o czym świadczy zastosowanie prowadzenie kolportażu do skrzynek mailowych na terenie całego osiedla [REDAKTOR]

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 działania reklamowe – okres wydawania herbat z naklejkami oraz kolportażu ulotek trwały stosunkowo krótko, odpowiednio od 19.06-5.07.2017 r. i od 29.06-1.07.2017 r. Za obniżeniem kary przemawia okoliczność, iż strona dotąd nie naruszyła zakazu prowadzenia reklamy Apteki, a wydawania herbat zaprzestano zaraz po wszczęciu niniejszego postępowania. Na niekorzyść strony należało przyjąć fakt, że w tym stosunkowo krótkim okresie wydano 300-400 herbat (zeznania kierownika Apteki), rozprowadzono 8479 ulotek (wyjaśnienia strony), zatem skala oddziaływania akcji reklamowej była w ocenie PWF dosyć duża. Kara w wysokości 5.000 zł tj. 1/10 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, 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