



Gdańsk, dnia 28 grudnia 2017 r.

WIF-GD.8523.1.20.2012

[REDACTED]

DECYZJA Nr 20/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.), 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] przy ul. [REDACTED] (zezwolenie nr [REDACTED] z [REDACTED]), polegającej na wykładaniu w Aptece gazetek opatrzonych pieczętką z adresem Apteki, zawierających ofertę produktów sprzedawanych 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 firmę [REDACTED] z siedzibą w [REDACTED] karę pieniężną w wysokości 40.000 zł (czterdzieści tysięcy złotych), w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki opisanej w punkcie 1.

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 24 maja 2012 r. Gdańska Okręgowa Izba Aptekarska zawiadomiła organ o prowadzeniu przez ww. aptekę zabronionej reklamy polegającej na wydawaniu i rozpowszechnianiu ulotki reklamowej, na której obok informacji o promocji kosmetyków i produktów leczniczych zamieszczono dane adresowe ww. apteki oraz godziny jej otwarcia. Jednocześnie Izba wniosła o przyznanie jej statusu strony w postępowaniu. W dniu 27 czerwca 2012 Gdańska Okręgowa Izba Aptekarska wystosowała do organu kolejne pismo o prowadzeniu przez ww. aptekę zabronionej reklamy polegającej również na wydawaniu i rozpowszechnianiu ulotki reklamowej o podobnej, ale nie takiej samej treści. Do pismo Izba załączyła opisane wyżej ulotki. Także i w tym piśmie Izba wniosła o uznanie jej za stronę w postępowaniu.

Pismem z dnia 16 lipca 2012 r. organ zawiadomił stronę o wszczęciu postępowania w sprawie prowadzenia niedozwolonej reklamy, jednocześnie wydał postanowienie o dopuszczeniu Gdańskiej Okręgowej Izby Aptekarskiej na prawach strony do udziału w tymże postępowaniu.

W toku postępowania, na podstawie wyjaśnień strony (pisma 25.07.2012, 17.08.2012, 12.09.2012, 21.11.2012 oraz wydawcy gazetki reklamowej ustalono, iż strona w dniu 2 stycznia 2012 r. zawarła z firmą [REDAKTOWANA] z siedzibą w [REDAKTOWANA] umowę współpracy, na mocy której firma ta zobowiązała się do dostarczania materiałów reklamowych do aptek prowadzonych przez stronę, a apteki zobowiązały się do umieszczenia materiałów reklamowych oraz wydawnictw dostarczonych przez wydawcę w miejscu dostępnym dla klientów odwiedzających apteki. Na podstawie wyżej opisanej umowy strona otrzymała opisane na wstępie ulotki reklamowe. Ulotki były opatrywane pieczętką z danymi adresowymi apteki, a następnie były wykładane w izbie ekspedycyjnej Apteki. Strona potwierdziła, iż po 1 stycznia 2012 r. prowadziła sprzedaż towarów wskazanych w ulotce, stosując rabaty tam określone oraz wydając tzw. graty w sytuacjach opisanych w ulotkach.

Pismem z dnia 1.03.2017 r. organ zawiadomił stronę o rozszerzeniu podstawy prawnej prowadzonego postępowania, informując, że postępowanie będzie toczyć się również w oparciu o art. 129b ust. 1 prawa farmaceutycznego.

Z kolei pismem z dnia 12.04.2017 r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny poinformował, że do materiału dowodowego zostały włączone, opatrzone pieczętką Apteki, gazetki „[REDAKTOWANA]”: dodatek do wydania nr 11/2012, dodatek do wydania 5/12, dodatek do wydania 9/2012, wydanie 3/2012 oraz gazetki „[REDAKTOWANA] 16.12.2011-31.2012” A także kopia wiadomości mailowej z 23.01.2013 r. wysłanej przez [REDAKTOWANA] do „apteki”, „kierowników regionalnych”, [REDAKTOWANA] i [REDAKTOWANA], pod tytułem: „KOMUNIKACJA GAZETKA OTC LUTY'13/PROMOCJA WIĄZANA dot. CLA z zieloną herbatą – KONTYNUACJA PROMOCJI”. Mail dotyczy zasad stemplowania i wykładania gazetek w aptekach oraz do skrzynek, a także wkładania gazetek do reklamówek wydawanym pacjentom. Jednocześnie wezwał stronę do udzielenia odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Czy gazetki „[REDAKTOWANA]” lub „[REDAKTOWANA]” nadal są wykładane w Aptece? Jeżeli nie, należy podać datę zakończenia wykładania gazetek?
- 2) W jakich ilościach miesięcznie wykładane były ww. gazetki w Aptece?
- 3) W jakich ilości miesięcznie i w jakim okresie ww. gazetki lub inne materiały reklamowe dotyczące produktów sprzedawanych przez Aptekę były umieszczane w skrynkach pocztowych na terenie [REDAKTOWANA]?
- 4) Jakie funkcje w okresie 2011-2013 pełnili u Państwa [REDAKTOWANA], [REDAKTOWANA] i [REDAKTOWANA]?

W piśmie z dnia 26.04.2017 r. pełnomocnik strony oświadczył, że gazetki nie są wykładane, a co do pozostałych pytań odpowiedzi uzależnił od zapoznania się z materiałem dowodowym, wnosząc jednocześnie o przesłanie uwierzytelnionych kopii akt sprawy. W przypadku pytania nr 4 odmówił udzielenia odpowiedzi zasłaniając się obowiązkiem poufności i dobrami osobistymi ww. osób.

Uwierzytelnione kopie akt sprawy zostały przesłane pełnomocnikowi strony w dniu 30.10.2017 r.

Pismem z dnia 22.11.2017 r. organ poinformował stronę o możliwości zapoznania się z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym.

O odpowiedzi z dnia 12.12.2017 r. pełnomocnik strony oświadczył, iż nie jest w stanie odnieść się do odległej przeszłości dystrybuowania ulotek w latach 2012-2013 z uwagi na zmiany organizacyjne i kadrowe. Zdaniem strony ze względu na upływ 5 lata postępowanie powinno być umorzone, tym bardziej że Spółka prowadząc apteki przykłada szczególną wagę do standardów prawnych i etycznych.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po szczegółowym zapoznaniu się z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym uznał, że opisane w akapicie powyżej działania strony stanowią reklamę niedozwoloną.

Organ oparł się na następujących ustaleniach w zakresie stanu faktycznego. W toku postępowania, na podstawie wyjaśnień strony (pisma 25.07.2012, 17.08.2012, 12.09.2012, 21.11.2012 oraz wydawcy gazetki reklamowej ustalono, iż strona w dniu 2 stycznia 2012 r. zawarła z firmą [REDAKTOWANE], z siedzibą w [REDAKTOWANE] umowę współpracy, na mocy której firma ta zobowiązała się do dostarczania materiałów reklamowych do aptek prowadzonych przez stronę, a apteki zobowiązały się do umieszczenia materiałów reklamowych oraz wydawnictw dostarczonych przez wydawcę w miejscu dostępnym dla klientów odwiedzających apteki. Na podstawie wyżej opisanej umowy strona otrzymała gazetki „Fundacja dla Zdrowia”, w szczególności znajdujące się w aktach sprawy: „FUNDACJA DLA ZDROWIA POLECA. DODATEK DO WYDANIA NR 6/2012”, „FUNDACJA DLA ZDROWIA POLECA. DODATEK DO WYDANIA NR 11/2012”, „FUNDACJA DLA ZDROWIA POLECA. DODATEK DO WYDANIA 5/12”, „FUNDACJA DLA ZDROWIA POLECA. DODATEK DO WYDANIA 9/2012”, FUNDACJA DLA ZDROWIA POLECA . WYDANIE 3/2012”. Następnie wszystkie ww. gazetki zostały opatrzone pieczętką apteki i wyłożone w sali ekspedycyjnej Apteki. W Aptecę wykładane były ponadto gazetki „[REDAKTOWANE] 16.12.2011-31.2012”, „lista cenowa [REDAKTOWANE]”. Strona potwierdziła, iż po 1 stycznia 2012 r. prowadziła sprzedaż towarów wskazanych w ulotkach, stosując rabaty tam określone oraz wydając tzw. graty w sytuacjach opisanych w ulotkach. Sposób prowadzenia dystrybucji ulotek w Aptecę, ich pieczętowanie został opisany w wiadomości mailowej z 23.01.2013 r. wysłanej przez [REDAKTOWANE] do „aptek”, „kierowników regionalnych”, [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] ([REDAKTOWANE]), pod tytułem: „KOMUNIKACJA GAZETKA OTC LUTY'13/PROMOCJA WIĄZANA dot. CLA z zieloną herbatą – KONTYNUACJA PROMOCJI”. W mailu „Apteki” informowane są o rozpoczęciu dostaw gazetki i plakatów od 25.01.2013 r. Jednocześnie zaleca się „Aptekom”, aby podstemplowały gazetki i wykładały je na terenie apteki w podajnikach, na 1-wszym stole oraz wkładały gazetki pacjentom do reklamówek. Mowa jest również o podstemplowaniu przez „Apteki” gazetek, które mają być następnie dystrybuowane do skrzynek przez CTRL System. Na koniec „Apteki” informowane są o kontynuowaniu promocji związanej CLA z zieloną herbatą. „Apteki” mają proponować każdemu pacjentowi z paragonem powyżej 15 zł zakup CLA z zieloną herbatą 60 tab. z promocyjnej cenie 4,99 zł. Mail dotyczy wprawdzie początku 2013 r., a nie 2012, którego dotyczą gazetki znajdujące się w aktach sprawy, niemniej jednak biorąc pod uwagę wyjaśnienia strony należało przyjąć, że podobne zasady stosowane były w roku 2012. Strona nie ustosunkowała się do tego materiału w żaden sposób, tym samym PWIF uznał, że okoliczności dystrybucji gazetek wynikające z ww. wiadomości mailowej nie są kwestionowane.

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.*” 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 wykładanie w Aptecce gazetek opatrzonych pieczętą z adresem Apteki, zawierających ofertę produktów sprzedawanych przez Aptekę stanowiło niedozwolona reklamę, o jakiej mowa w art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego. Zdaniem PWIF gazetki mogły motywować pacjentów do dokonywania zakupów w Aptecce.

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 przedmiotowe gazetki nie są aktualnie dystrybuowane. Z kolei za zastosowaniem wyższej kary zdecydował fakt, iż prowadzona przez stronę akcja reklamowa była prowadzona co najmniej przez dwa lata, z wykorzystaniem pomieszczenia Apteki i skrzynek mailowych. Co istotne strona już naruszyła art. 94a prawa farmaceutycznego, co zostało stwierdzone decyzją ostateczną PWIF z 21.01.2016 r.

1/NKP/2016 (kara 15.000 zł). Ponadto wobec strony wydano decyzję 6/NKP/2017 z 1.03.2017 r. (kara 30.000 zł). Powyższe oznacza, że nakładane wcześniej kary nie spełniły swojej funkcji prewencyjnej. Kara w wysokości 40.000 zł w ocenie organu jest odpowiednia do stopnia naruszenia przepisów i powinna właściwie spełniać ww. funkcje prewencyjne.

Odpowiadając na zarzuty zawarte w piśmie pełnomocnika strony z 12.12.2017 r. należy wskazać, że sam upływ 5 lat od wszczęcia postępowania nie stanowi podstawy do umorzenia postępowania w sprawie.

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.Gdańska Okręgowa Izba Aptekarska
- 3.adresat