

Gdańsk, dnia 12 kwietnia 2017 r.

WIF-GD.8523.1.6.2017

[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]

DECYZJA Nr 8 /NKP/ 2017

Działając na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1, 2, 3 i 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 z późn. zm.), zwanej dalej prawem farmaceutycznym;
- art. 104 § 1 i 2 oraz art. 105 Kodeksu postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz.U. 2016, poz. 23 z późn. zm.), zwanego dalej kpa.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku:

1. Stwierdza, że [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] prowadził niedozwoloną reklamę działalności aptek „[REDAKTOWANE]” w [REDAKTOWANE], to jest:
 - 1) Apteki [REDAKTOWANE] ul. [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE] r.),
 - 2) Apteki [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE]),
 - 3) Apteki [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE]),
 - 4) Apteki [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE]),
 - 5) Apteki [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE]),
 - 6) Apteki [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE]),
 - 7) Apteki [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE]),
 - 8) Apteki [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE])- polegającej na zleceniu, w porozumieniu ze [REDAKTOWANE], zamieszczania w wydaniach bezpłatnej gazety „Kociewski Kurier Tczewski” za miesiące grudzień 2016 oraz styczeń i luty 2017, informacji zawierającej logo sieci [REDAKTOWANE] (SAR) oraz informacji o godzinach otwarcia ww. aptek obok oferty produktów leczniczych zatytułowanej [REDAKTOWANE], opatrzonej znakiem graficznym [REDAKTOWANE]
2. Umarza postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy aptek opisanych pkt 1 powyżej, z uwagi na jego bezprzedmiotowość, to jest z powodu zaprzestania prowadzenia reklamy aptek przed wydaniem niniejszej decyzji.
[REDAKTOWANE] Nakłada na [REDAKTOWANE] z siedzibą T[REDAKTOWANE] karę pieniężną **w wysokości 16.000 zł (szesnaście tysięcy złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności aptek opisanych w punkcie 1, polegającej na zleceniu, w porozumieniu ze [REDAKTOWANE], zamieszczania w wydaniach bezpłatnej gazety „Kociewski Kurier Tczewski” za miesiące grudzień 2016 oraz styczeń i luty 2017, informacji zawierającej logo sieci [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] oraz informacji o godzinach otwarcia ww. aptek obok oferty produktów leczniczych zatytułowanej [REDAKTOWANE], opatrzonej znakiem graficznym [REDAKTOWANE]

UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem z dnia 8.02.2017 r. zawiadomił stronę, że dnia 8 lutego 2017 r. zostało wszczęte z urzędu postępowanie w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy i nałożenia kary, dotyczące sieci [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE], a konkretnie:

- 1) Apteki [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE] r.),
- 2) Apteki [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE]),
- 3) Apteki [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE]),
- 4) Apteki [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE]),
- 5) Apteki [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE]),
- 6) Apteki [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE]),
- 7) Apteki [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE]).

W zawiadomieniu wyjaśniono, iż w dniu 1.02.2017 r. PWIF wszedł w posiadanie egzemplarza bezpłatnej gazetki „Kociewski Kurier Tczewski” nr 1/70 z 25.01.2017 r. Na stronie 6. zamieszczono logo sieci [REDAKTOWANE] oraz informację o godzinach otwarcia ww. aptek. Na kolejnych stronach I-IV obok tytułu [REDAKTOWANE] zamieszczono logo [REDAKTOWANE] poniżej ofertę produktów leczniczych z podaniem cen. Jednocześnie organ uzyskał informację, że gazetkę włożono do prywatnej skrzynki pocztowej na terenie Tczewa. Notatka służbowa oraz egzemplarz gazetki zostały włączone do akt sprawy.

W zawiadomieniu organ zobowiązał stronę do udzielenia pisemnych wyjaśnień w następujących kwestiach:

- 1) Czy zlecała wcześniej zamieszczenie w gazetce informacji o ofercie sieci [REDAKTOWANE] „[REDAKTOWANE]”
- 2) Czy zlecała zamieszczenie informacji o ofercie sieci [REDAKTOWANE] również w gazetce za miesiąc luty 2017?
- 3) Czy zajmowała się dystrybucją gazetek?
- 4) Gdzie i w jaki sposób, poza wkładaniem do skrzynek pocztowych dystrybuowane były gazetki?

W odpowiedzi z dnia 15.02.2017 r. strona wyjaśniła, że prawo farmaceutyczne nie zabrania stosowania znaku słowno-graficznego przy podawaniu informacji prasowej dotyczącej godzin otwarcia oraz adresów aptek. Jednocześnie zaznaczyła, że zamieszczona w gazecie oferta [REDAKTOWANE] nie stanowi oferty handlowej jej aptek.

PWIF pismami z dnia 8.02.2017 r. i 1.03.2017 r. zwrócił się również do wydawcy gazetki GTC Group w Tczewie zobowiązując do wyjaśnienia okoliczności zamieszczenia opisanych wyżej informacji.

W odpowiedzi z dnia 17.02.2017 r. i 8.03.2017 r. Wydawca oświadczył, że zamieszczenie informacji o godzinach otwarcia Aptek zlecił telefonicznie [REDAKTOWANE] natomiast ofertę [REDAKTOWANE] – telefonicznie [REDAKTOWANE], działająca pod firmą [REDAKTOWANE]. Wydawca sam zajmuje się kolportażem. Poza prywatnymi skrzynkami pocztowymi gazety kolportowane są do Urzędu Miejskiego w Tczewie, Urzędu Gminy Tczew oraz do Starostwa Powiatowego w Tczewie. Dodatkowo wskazał, że opisane wyżej informacje były zamieszczone również w gazetce za grudzień 2016 r. oraz w gazetce za luty 2017 r.

Pismem z dnia 1.03.2017 r. organ wezwał p. [REDAKTOWANE] do udzielenia odpowiedzi na pytania:

- 1) Czy posiada prawa do znaku słowno-graficznego/towarowego [REDACTED], którego używają [REDACTED]?
- 2) Czy [REDACTED] ma prawo używania znaku [REDACTED] przy oznaczaniu aptek [REDACTED]? Jeżeli tak, to od kiedy?
- 3) Czy w okresie od grudnia 2016 do lutego 2017 zlecała zamieszczenie na str. I-IV gazetki reklamy pod tytułem [REDACTED], zawierającej produkty lecznicze?
- 4) Jakiego rodzaju powiązania (rodzinne, kapitałowe?) występują pomiędzy [REDACTED] a [REDACTED] Prezesem Zarządu [REDACTED] z siedzibą w [REDACTED] (KRS [REDACTED], powstałej z przekształcenia [REDACTED].)?
- 5) Czy zajmuje się sprzedażą produktów leczniczych wskazanych w reklamie [REDACTED], zamieszczonych na str. I-IV gazetki?
- 6) Jeżeli nie zajmuje się sprzedażą, to jaki był cel zamieszczenia ww. reklamy [REDACTED] z podaniem cen produktów?

Pani [REDACTED] pismem z dnia 13.03.2017 r. wyjaśniła, że znak [REDACTED] jest jej własnością i nie ma ona zastrzeżeń, co do używania tego znaku przez [REDACTED]. Potwierdziła, że w okresie od grudnia 2016 do lutego 2017 zlecała druk oferty [REDACTED]. Pani [REDACTED] oświadczyła jednocześnie, że jest żoną [REDACTED]. Jej firma nie zajmuje się sprzedażą produktów, a oferta [REDACTED] to informacja o charakterze neutralnym. Jak napisała „nawet jeśli ktoś zdecyduje się na zakup produktu leczniczego, to brak jest wskazania możliwego miejsca nabycia”.

PWIF, w związku z zamiarem wydania decyzji, pismem z dnia 22.03.2017 r. poinformował stronę o możliwości zapoznania się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, prawie złożenia uwag i zastrzeżeń. W zakreślonym terminie strona tj. do 3.04.2017 r. nie złożyła jakichkolwiek uwag i wyjaśnień.

Po przeanalizowaniu materiału dowodowego PWIF uznał, iż strona prowadziła niedozwoloną reklamę polegającą na zleceniu, w porozumieniu z [REDACTED], zamieszczania w wydaniach bezpłatnej gazety „Kociewski Kurier Tczewski” za miesiące grudzień 2016 oraz styczeń i luty 2017, informacji zawierającej logo sieci [REDACTED] oraz informacji o godzinach otwarcia ww. aptek obok oferty produktów leczniczych z podaniem cen, zatytułowanej [REDACTED], opatrzonej znakiem graficznym [REDACTED].

Organ ustalił następujący stan faktyczny. Bezsprzeczne jest, iż w wydaniach bezpłatnej gazety „Kociewski Kurier Tczewski” za miesiące grudzień 2016 oraz styczeń i luty 2017, została zamieszczona informacja zawierająca logo sieci [REDACTED] godziny otwarcia Aptek sieci [REDACTED]. Na kolejnych stronach I-IV gazetki obok tytułu [REDACTED] zamieszczono logo [REDACTED] poniżej ofertę produktów leczniczych z podaniem cen. Pierwszą z ww. informacji zleciła sama strona, natomiast zlecenie na zamieszczenie w gazetce oferty [REDACTED] zostało złożone przez żonę Prezesa Zarządu [REDACTED]. – [REDACTED], która przed przekształceniem strony w spółkę z o.o. była współnikiem [REDACTED], [REDACTED] sp.j. Pani [REDACTED] nie zajmuje się sprzedażą produktów leczniczych. Nakład gazetki wynosi 15.000 egzemplarzy, a kolportaż obejmował skrzynki pocztowe w Tczewie, Urząd Miejski w Tczewie, Urząd Gminy Tczew oraz do Starostwo Powiatowe w Tczewie.

Rozstrzygnięcie sprawy sprowadza się do odpowiedzi, czy działania strony i firmy [REDACTED] polegające na złożeniu obok siebie w tym samym czasie wyżej opisanych ogłoszeń prasowych - były niezależne od siebie, na które oba podmioty nie miały wpływu, jak sugeruje strona w piśmie z dnia 15.02.2017 r., czy też były to działania wspólne, mające ścisły ze sobą związek i cel.

W ocenie organu strona działała w porozumieniu z firmą [REDAKTOWANE]. Pojawienie się gazecie wyłącznie oferty produktów leczniczych [REDAKTOWANE] z [REDAKTOWANE] nie miałyby dla [REDAKTOWANE] żadnego racjonalnego uzasadnienia. [REDAKTOWANE] nie jest producentem produktów leczniczych, nie zajmuje się ich sprzedażą. Działania [REDAKTOWANE] nabierają sensu wyłącznie w połączeniu z działaniami strony, czyli spółki, którą kieruje jej mąż i której była wcześniej współnikiem. Spółki, która przy prowadzeniu Aptek sieci „[REDAKTOWANE]” posługuje się logo [REDAKTOWANE]. Zarówno w interesie strony, jak i [REDAKTOWANE] jest zwiększenie sprzedaży Aptek sieci „[REDAKTOWANE]”. Zamieszczenie w gazecie w tym samym czasie i na sąsiadujących ze sobą stronach informacji o godzinach otwarcia Aptek oraz oferty [REDAKTOWANE], nie było przypadkowe, wymagało porozumienia i koordynacji działań obu podmiotów.

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, LEX czy A. Rabięga - Przyłęcka w głosie do wyroku WSA z dnia 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07 (teza 5): „nawet jeśli uzna się, iż określona działalność nie stanowi reklamy produktów leczniczych np. ze względu na jedynie informacyjny charakter przekazu, nie wyklucza to zakwalifikowania jej jako spełniającej cechy reklamy działalności apteki.", (LEX/el.2011, czy D. Harasimiuk, Zakaz reklamy towaru w prawie europejskim i polskim, Oficyna 2011, pkt. 3.2.1.3., LEX). 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. co potwierdza praktyka orzecznicza dotycząca 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”).

Nie ulega wątpliwości, że zlecenie, w porozumieniu z [REDAKTOWANE], zamieszczenia w wydaniach bezpłatnej gazety „Kociewski Kurier Tczewski” za miesiące grudzień 2016 oraz styczeń i luty 2017, informacji zawierającej logo sieci Aptek „[REDAKTOWANE]” oraz informacji o godzinach otwarcia ww. aptek obok oferty produktów leczniczych z podaniem cen, zatytułowanej [REDAKTOWANE], opatrzonej znakiem [REDAKTOWANE] - stanowi niedozwoloną reklamę w rozumieniu art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego. W oczywisty sposób sąsiadujące ze sobą informacje zachęcają czytelników gazety do dokonywania zakupu w sieci [REDAKTOWANE]”, obrendowane znakiem graficznym [REDAKTOWANE]

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 niekorzyść strony uwzględnił fakt, iż reklama była prowadzona przez trzy miesiące. O wysokim stopniu naruszenia przepisów ustawy, a zatem i za podwyższeniem kary przemawia okoliczność, że reklama dotyczy ośmiu aptek. Gazeta, w której ukazuje się niedozwolona reklama jest bezpłatna, dystrybuowana jest w 15.000 egzemplarzach na dość dużym obszarze tj. w Tczewie. Na korzyść strony przemawia z kolei fakt, iż do naruszenia przepisów doszło po raz pierwszy. Kara w wysokości 16.000 zł stanowi nie całe 2/5 maksymalnej kary przewidzianej przez przepisy ustawy i w ocenie organu właściwie będzie spełniać 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 w przypadku 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.adresat

2.aa x 2