

Gdańsk, dnia 25 kwietnia 2017 r.

WIF-GD.8523.1.33.2016

████████████████████  
████████████████████  
████████████████████  
████████████████████

### DECYZJA Nr 9/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 ██████████ z siedzibą w ██████████ prowadziła niedozwoloną reklamę ogólnodostępnej apteki o nazwie „██████████” (zezwolenie nr ██████████ z dnia ██████████ r.), polegającą na zleceniu firmie ██████████ przeprowadzenia kampanii informacyjnej z wykorzystaniem mobilnego banera oraz głośnika.
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 ██████████ z siedzibą w ██████████ karę pieniężną **w wysokości 5.000 zł (pięć tysięcy złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki opisanej w punkcie 1.

#### UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem z dnia 14 grudnia 2016 r. zawiadomił stronę o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy oraz nałożenia kary dotyczące działań reklamowych wobec apteki o nazwie „██████████” położonej w ██████████ przy ul. ██████████ (zezwolenie nr ██████████). Jak wyjaśniono w zawiadomieniu, w dniu 8 grudnia 2016 r. PWIF powziął od Gdańskiej Okręgowej Izby Aptekarskiej informację o jeżdżącym po ██████████ samochodzie firmy ██████████ z siedzibą w ██████████ z banerem o treści: „██████████, ul. ██████████. Do pisma GOIA dołączyła zdjęcia samochodu z banerem a także tzw. screen strony internetowej firmy ██████████ z następującą informacją: ██████████ *Od lipca br. Organizujemy kampanie reklamowe promujące nowo otwierane apteki firmy ██████████. Do tej pory kampania objęła kilkanaście miast, po których kursowały nasze samochody. Mieszkańcy mogli usłyszeć spoty reklamowe*”. Zdjęcie i screen zostały włączone do akta sprawy.

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) Czy zlecała firmie [REDAKTOWANE] prowadzenie kampanii reklamowej „[REDAKTOWANE]” opisanej powyżej?
- 2) Jakie jeszcze apteki, poza apteką położoną w [REDAKTOWANE] przy ul. [REDAKTOWANE] były objęte kampanią reklamową prowadzoną przez firmę [REDAKTOWANE]
- 3) Kto decydował o treści emitowanych przez głośniki w ww. samochodzie spotów reklamowych?

Z kolei pismem z dnia 14.12.2016 r. organ zwrócił się do firmy [REDAKTOWANE] o:

- 1) przedstawienie umowy/porozumienia/zlecenia oraz korespondencji mailowej prowadzonej [REDAKTOWANE] w sprawie kampanii reklamowej, [REDAKTOWANE] wskazania osoby (imię nazwisko), która prowadziła rozmowy z firmą [REDAKTOWANE] w szczególności czy była to [REDAKTOWANE], [REDAKTOWANE], [REDAKTOWANE], czy [REDAKTOWANE]
- 3) wskazania wszystkich aptek, które były objęte kampanią reklamową, z uwzględnieniem czasu prowadzenia kampanii dla każdej z aptek,
- 4) podania dokładnej treści emitowanych przez głośniki w ww. samochodach spotów reklamowych,
- 5) podania dokładnej liczby samochodów biorących udział w kampanii,

Firma [REDAKTOWANE] w pismach z dnia 28.12.2016 r. i 10.01.2017 r. wyjaśniła, że mimo stosowania w umowie i na fakturach oraz na stronie [REDAKTOWANE] typowej dla reklamy terminologii nie była to kampania reklamowa, ale kampanii informacyjna dotycząca jednej apteki [REDAKTOWANE] przy ul. [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE], w trakcie której - z wykorzystaniem mobilnego banneru oraz głośników - podawane były informacje o nazwie, adresie i godzinach pracy Apteki. Usługi były świadczone w dniach 8-10.12.2016 r. z wykorzystaniem jednego samochodu. Do pisma załączono kopię zawartej ze stroną umowy 25.11.2016 r., aneksu z 28.12.2016 r., faktury z 12.12.2016 r. i korekty faktury z 28.12.2016 r. ze stroną. O treści informacji emitowanych przez głośniki decydowała strona.

Natomiast [REDAKTOWANE] w swoich pismach z dnia 29.01.2017 r. i 28.02.2017 (w odpowiedzi na zawiadomienie z 15.02.2017 r. o możliwości zapoznania się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym) wyjaśniała, że zlecone firmie [REDAKTOWANE] działania informacyjne nie stanowią w świetle prawa farmaceutycznego niedozwolonej reklamy, niezależnie od terminologii używanej w korespondencji ze zleceniobiorcą. W trakcie ww. kampanii podawano jedynie informację o nazwie, adresie i godzinach otwarcia Apteki. W ten sposób strona zamierzała powiadomić pacjentów, że Apteka, która sprawiała wcześniej jedynie wrażenie gotowej do otwarcia, co powodowało, że „osoby, które chciały dokonać zakupu leków bezskutecznie dobijały się do apteki, kiedy zostanie ona otwarta” – istnieje oraz zamierzała powiadomić gdzie się znajduje i w jakich godzinach jest otwarta. Strona przywołała orzeczenie WSA w Warszawie o sygn. VI SA/Wa 1908/12 z 24.01.2013 r.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po przeanalizowaniu materiału dowodowego uznał, że strona prowadziła niedozwoloną reklamę Apteki, polegającą ekspansywnym informowaniu mieszkańców Gdyni o prowadzeniu apteki „[REDAKTOWANE]” położonej w [REDAKTOWANE] przy [REDAKTOWANE].

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego.

Poza sporem jest ustalenie, że strona zleciła firmie [REDAKTOWANE] za wynagrodzeniem w kwocie 4173,64 zł przeprowadzenie działań informacyjnych z wykorzystaniem samochodu, na który zamontowano dużej wielkości (4x3m) dwie grafiki przedstawiające na pomarańczowym tle nazwę apteki, symbol „[REDAKTOWANE]” oraz adres apteki. Dodatkowo z umieszczonego na samochodzie głośnika miał być emitowany komunikat o aptece, jej miejscu położenia i godzinach otwarcia. Zgodnie z przedstawioną umową samochód miał się poruszać po Gdyni w godzinach 8-16, przejeżdżając ok. 120 km dziennie, zatrzymując się w ruchliwych, dobrze widocznych miejscach. Bezsprzeczne jest również, że firma [REDAKTOWANE] zrealizowała ww. zlecenie w dniach 8-10.12.2016 r. zgodnie z zawartą umową.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia strony spór sprowadza się od odpowiedzi na pytanie, czy działania miały wyłącznie charakter informacyjny, czy też działania te mogły zachęcać pacjentów do zakupów w Aptece.

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*”).

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 została podana w bardzo ekspansywny, agresywny i przede wszystkim wyróżniający się - w stosunku do innych aptek - sposób, typowy dla działań reklamowych o czym świadczy zastosowanie dużych, pomarańczowych mobilnych billboardów z głośnikiem, przemieszczających się przez 3 dni po ulicach Gdyni. Według PWIF celem kampanii było dotarcie do wszystkich osób, w tym tych które tej informacji nie szukały. Kampania miała zwrócić uwagę tych osób i zapaść w ich pamięci. W ocenie PWIF w przedmiotowej sprawie warstwa reklamowa działań przeważa nad warstwą informacyjną. Celem tak przeprowadzonej kampanii informacyjnej było w istocie zachęcenie pacjentów do skorzystania z oferty nowootwartej apteki.

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 trwały stosunkowo krótko, t.j. 3 dni. Za obniżeniem kary przemawia okoliczność, iż strona dotąd nie naruszyła zakazu prowadzenia reklamy apteki. Na niekorzyść strony należało przyjąć fakt, że działania reklamowe, mimo krótkiego czasu trwania, były bardzo ekspansywne, obejmowały miasto Gdynia. Agencja reklamowa zgodnie z umową musiała przejechać około 360 km, eksponując baner i emitując komunikaty przez trzy dni. 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/a X2

2.adresat