



Gdańsk, dnia 22.02.2018 r.

WIF-GD.8523.1.31.2016

(...)

z siedzibą w

DECYZJA Nr 1 /NKP/2018

Na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1, 2, 3, 4 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy Prawo farmaceutyczne tj. z 30.10.2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 2211), zwanej dalej prawem farmaceutycznym;
- art. 104 § 1 i 2 art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego tj. z 8.06.2017 r. (Dz.U. 2017 poz.1257), zwanego dalej kpa

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku:

1. Stwierdza, że z siedzibą w prowadziła niedozwoloną reklamę ogólnodostępnej apteki położonej w przy ul. (zezwolenie nr z), polegającej na udziale w wydawaniu i kolportowaniu gazetek reklamowych skojarzonych z ofertą Apteki wraz z włożonymi do tych gazetek listami leków na receptę (odpłatnych) z podaniem ich cen.
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 z siedzibą w karę pieniężną **w wysokości 25.000 zł (dwadzieścia pięć tysięcy złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki opisanej w punkcie 1.

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 21 czerwca 2017 r. organ zawiadomił stronę o wszczęciu postępowania w sprawie prowadzenia niedozwolonej reklamy ogólnodostępnej apteki położonej w przy ul. (zezwolenie nr z). Z zawiadomieniu wyjaśniono,

że w trakcie wykonywanych we wrześniu 2016 r. czynności kontrolnych w inspektorzy farmaceutyczni zostali poinformowani o prowadzeniu na terenie centrum handlowego w przy ul., gdzie znajduje się Apteka, dystrybucji gazetek reklamowych w której wymienione są produkty lecznicze z podaniem ich ceny obowiązującej w okresie od 1.09.2016 r. do 30.06.2016 r. Szata graficzna gazetki została zaprojektowana z wykorzystaniem przede wszystkim koloru zielonego i czerwonego, jaki stosowany jest w logo sieci Pomiedzy stronami gazetki znajdowała się lista cenowa „Leki na receptę pełnopłatne”, zawierająca 47 produktów leczniczych z podaniem ich ceny. Notatka służbowa inspektorów wraz z egzemplarzem gazetki i listy cenowej zostały włączone do akt sprawy.

Jednocześnie Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi między innymi na następujące pytania:

- 1) Czy strona zajmowała się dystrybucją ww. gazetek (wraz z listą cenową) na terenie centrum handlowego przy ul. w, jeżeli tak w jakim okresie?
- 2) Jaki był nakład ww. gazetek (w tym list cenowych)?
- 3) Czy w chwili obecnej na terenie ww. centrum handlowego dystrybuowane są inne podobne materiały reklamowe związane z produktami leczniczymi?

Ponadto zobowiązano stronę do przesłania podpisanego przez kierownika Apteki wyciągu z rejestru sprzedaży leków w okresie od 1.09.2016 r. do 30.09.2016 r. obejmującego następujące produkty lecznicze wraz z podaniem stosowanej ceny jednostkowej:

- 1) Bisocard 5mgx30tab
- 2) Twynsta 80/10x28tab,
- 3) Betaloc ZOC 50x28tab,
- 4) Vicebrol Forte 10mgx90tab,
- 5) Diclober re 10mgx20kaps,
- 6) Vitreolent 10ml,
- 7) Tardyferol-Folx30tab,
- 8) Novynette 21 tab,
- 9) Tabcin Trend 12 kaps,
- 10) Atussan syrop 150 mln.

Niezależnie od powyższego PWF pismem z dnia 21.06.2017 r. zwrócił się do wydawcy gazetki firmy o odpowiedź na następujące pytania.

- 1) Co było powodem zlecenia wydrukowania ww. gazetek?
- 2) Kto decydował o treści i szacie graficznej gazetek?
- 3) Co działo się z gazetkami zaraz po ich wydrukowaniu?
- 4) Czy, jeżeli tak to kiedy i od kogo wydawca otrzymał ww. listy cenowe?
- 5) Kto (nazwa, adres) i kiedy zajmował się wkładaniem do gazetek list cenowych?

6) Czy wydawca był związany z firmą umową, porozumieniem dotyczącym działań marketingowych, sprzedażowych, reklamowych? Jeżeli tak to od kiedy? Zobowiązano do przesłania kopii takiej umowy.

Firma nie udzieliła odpowiedzi. Natomiast strona za pośrednictwem swojego pełnomocnika pismem z dnia 30.06.2017 r. wyjaśniła, że nie zajmowała się dystrybucją ulotek i list cenowych, w związku z tym nie jest w stanie podać, kto i kiedy się tym zajmował oraz jaki był nakład gazetek. Strona zaprzeczyła, jakoby zajmowała się dystrybucją jakichkolwiek gazetek na terenie centrum handlowego Pełnomocnik nie przesłał wyciągu sprzedaży wybranych przez organ leków, a jedynie podał ilości sprzedaży tych leków. W dwóch przypadkach sprzedaż wynosiła „0”. Zgodnie z zapewnieniem pełnomocnika wyciąg miał zostać przesłany po zakończeniu sezonu

urlopowego. Końcowo pełnomocnik stwierdził, że nie ma żadnego związku pomiędzy gazetką, a Apteką.

PWIF pismem z dnia 16.08.2017 r. ponownie zwrócił się do strony o przesłanie wyciągu sprzedaży wybranych leków. Strona na to wezwanie nie odpowiedziała.

W dniu 15.11.2017 r. przeprowadzono dowód z zeznań świadka, która zgodnie z notatką służbową przekazała inspektorom gazetkę wraz listą cenową. Pełnomocnik strony prawidłowo powiadomiony nie stawiał się.

Po odczytaniu świadkowi notatki służbową z dnia 7 września 2016 r. oraz okazaniu gazetki reklamowej wraz z odrębną kartką zawierającą listę cen leków na receptę), zeznała: „Potwierdzam fakty opisane w notatce służbowej z dnia 7 września 2016 r. Okazaną gazetkę reklamową znalazłam w skrzynce przeznaczonej na ulotki/gazetki reklamowe znajdującej się w klatce budynku, w którym zamieszkuję - ul. w Gazetkę znalazłam w dniu 6 września 2017 r. Tych gazetek było w skrzynce co najmniej kilka. Lista cen leków na receptę była wewnątrz gazetki. Ta lista najbardziej mnie zbulwersowała. Na liście zwróciłam uwagę w szczególności na leki psychotropowe oraz „reglamenty” takie jak Xarelto. Lek „Xarelto” posiadał wyjątkowo niską cenę. Okazaną gazetkę skojarzyłam z apteką, jako że wcześniej widywałam podobne ulotki w przy ul. w pobliżu lokalu apteki Widywałam osoby przeglądające ulotki (nie wiem czy zatytułowane) na ławce w pobliżu apteki w przy ul. Były one też porzucane w okolicach apteki. Posiadały tę samą kolorystykę, co ulotka, która została mi okazana. Z tego co pamiętam wcześniej na ulotkach znajdowało się dodatkowe oznaczenie:..... Tego rodzaju ulotkę (z oznaczeniem:) pokazała mi sąsiadka. Skojarzenie okazanej ulotki z apteką wynikało również z tego, że przy ul. jest w tej chwili najbliższą położoną apteką od mojego miejsca zamieszkania. Kolory okazanej gazetki kojarzą mi się z Pracownicy w aptece przy ul. również skojarzył okazaną ulotkę z apteką Okazaną ulotkę widziałam po raz pierwszy w skrzynce. Nie pamiętam czy ulotki widziałam jeszcze później. Z mojej wiedzy wynika, że inne apteki nie są oznaczone kolorami, takimi jakie posiada okazana mi ulotka.”

W związku z zamiarem wydania decyzji organ powiadomił stronę o możliwości zapoznania z zebrany w sprawie materiałem dowodowym. W określonym terminie strona zwróciła się o sporządzenie i wydanie uwierzytelnionych kopii akt sprawy celem umożliwienia zajęcia stanowiska.

Pismem z dnia 15.01.2018 r. organ doręczył pełnomocnikowi uwierzytelnione kopie akt sprawy.

Pismem z dnia 26.01.2018 r. pełnomocnik strony oświadczył, że nie prowadziła produkcji i wydruku gazetki będącej przedmiotem postępowania. Spółka nie prowadziła również kolportażu przedmiotowej gazetki.

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

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, w szczególności na podstawie uznanych za wiarygodne – zeznań - ustalono następujący stan faktyczny. W dniu 6.09.2016 r. skrzynce przeznaczonej na ulotki/gazetki reklamowe znajdującej się w klatce budynku, w którym mieszkał świadek - ul. w (niedaleko centrum handlowego) znajdowało się kilka identycznych gazetek zatytułowanych....., w dominującej kolorystyce czerwono zielonej, w których podane były między innymi leki ze wskazaniem ich cen. Do gazetek powkładane były listy cen leków na receptę (pełnopłatne), innych niż w gazetkach. Na ulotkach oraz listach nie było podanej nazwy apteki, której ta oferta dotyczy. Z treści gazetki wynika, że informacje w niej zawarte ważne są od 1.09.2016 r. do 30.09.2016 r. Gazetki zostały wydrukowane na zlecenie w Podobne gazetki były widywane w centrum handlowym w (przy ul. w szczególności w pobliżu Apteki, która położona jest w ww. centrum handlowym. Mimo braku na ulotkach nazwy apteki, gazetki kojarzyły się z Apteką Jak zeznał świadek decydowała o tym charakterystyczna dla Apteki,

niestosowana w przez inne apteki, czerwono-zielona kolorystyka oraz fakt, iż wcześniej pojawiały się w bardzo podobne gazetki Apteki, ale z napisem Ponadto nie bez znaczenia był fakt, iż gazetka została znaleziona bardzo blisko centrum handlowego, w którym umiejscowiona jest

Organ nie dał wiary wyjaśnieniom strony, z których wynika, że nie miała związku z kolportowaniem gazetek wraz z listami cenowymi. Wydawanie i kolportowanie gazetek z ofertą wyrobów medycznych z podaniem ich cen oraz list cenowych nie jest możliwe bez współdziałania z podmiotem prowadzącym Aptekę. Zawarta w kojarzonych z Apteką gazetkach i listach cenowych informacja o aktualnie stosowanych cenach mogła być podana wydawcy jedynie przez prowadzącego Aptekę. Znamienne jest, że strona do chwili zakończenia postępowania nie przesłała wyciągu z ewidencji sprzedaży leków znajdujących się na liście cenowej, co – jak przypuszcza organ – miało uniemożliwić PWIF udowodnienie, że leki wskazane na liście cenowej były sprzedawane przez Aptekę po tej samej cenie. Z kolei wydawca gazetki nie odpowiedział na pytania organu, które dotyczyły między innymi cen wskazanych w gazetkach oraz na listach cenowych.

Trudno również sobie wyobrazić, że kolportowanie kojarzonych z Apteką gazetek i list cenowych leków na terenie centrum handlowego, gdzie położona jest Apteka, odbywało się bez wiedzy strony.

Organ wziął pod uwagę fakt, iż wydawca gazetek firma z siedzibą w nie jest importerem/producentem leków, nie posiada zezwolenia na prowadzenie hurtowni leków i apteki, zatem nie ma bezpośredniego interesu w informowaniu pacjentów o cenach produktów medycznych oraz leków pełnopłatnych. Ponadto w prowadzonym przez organ postępowaniu WIF-GD.8523.5.2013 strona przyznała, iż łączy ją z z siedzibą w umowa dotycząca między innymi udostępniania wydawnictw w miejscu dostępnym dla pacjentów odwiedzających placówki strony. Postępowanie to zakończyło się nałożeniem na stronę kary pieniężnej w wysokości 15.000 zł (decyzja z dnia 21.01.2016 r. nr 1/NKP/2016).

Reasumując, organ uznał, że strona prowadziła reklamę Apteki, tj. miała swój udział w wydawaniu i kolportowaniu przedmiotowych gazetek i list cenowych. Jej rola polegała co najmniej na poinformowaniu wydawcy o aktualnej ofercie Apteki.

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”).

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zwraca uwagę, iż w wyroku NSA II GSK 74/14 z 8.04.2015 r. stwierdzono: „Obowiązujący zakaz reklamy aptek dotyczy także reklamy "skojarzeniowej". Nieumieszczenie w rozpowszechnianych gazetkach adresów aptek oraz ich pełnej nazwy nie może odegrać przesądzającego znaczenia w sytuacji, gdy dla pacjentów świadomych funkcjonowania aptek posługujących się konkretnym logo ulotki były w rzeczywistości ich reklamą”.

Udział strony w kolportowaniu i wydawaniu przedmiotowych gazetek, które poprzez skojarzenie zachęcały do skorzystania z oferty Apteki, należało uznać, jako niedozwoloną działalność reklamową 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 gazetki dotyczyły oferty obowiązującej od 1.09.2016 r. do 30.09.2016 r., czyli przez miesiąc. Z kolei za zastosowaniem wyższej kary zdecydował fakt, iż 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) oraz decyzję 20/NKP/2017 z 28.12.2017 r. (kara 40.000 zł) – obie nie są jeszcze decyzjami ostatecznymi. Powyższe oznaczają, że nakładane wcześniej kary nie spełniły swojej funkcji prewencyjnej. Kara w wysokości 25.000 zł 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 do Głównego Inspektora Farmaceutycznego. Odwołanie od niniejszej decyzji należy złożyć za pośrednictwem Pomorskiego Inspektora Farmaceutycznego w Gdańsku, w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania.

Otrzymują:

1.a/ax2

2.adresat