



Gdańsk, dnia 1marca 2018 r.

WIF-GD.8523.1.9.2017

.....

z siedzibą w

DECYZJA Nr 2/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 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 prowadziło niedozwoloną reklamę znajdujących się na terenie województwa pomorskiego aptek oznaczonych logo, polegającą na przeprowadzeniu za pośrednictwem firmy w w okresie od 7.01.2017 r. do 28.02.2017 r. reklamowej kampanii telewizyjnej i internetowej z wykorzystaniem filmu
2. Umarza postępowanie dotyczące prowadzenia przezniedozwolonej reklamy znajdujących się na terenie województwa pomorskiego aptek oznaczonych logo, polegającej na przeprowadzeniu za pośrednictwem firmy w w okresie od 7.01.2017 r. do 28.02.2017 r. reklamowej kampanii telewizyjnej z wykorzystaniem filmu - z uwagi na jej nieprowadzenie w chwili wydania decyzji.
3. Nakłada na karę pieniężną w wysokości **35.000 zł (trzydzieści pięć tysięcy złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności znajdujących się na terenie województwa pomorskiego aptek oznaczonych logo, opisanej w punkcie 1.

UZASADNIENIE

W dniu 10 maja 2017 r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku wszczął postępowanie w sprawie niedozwolonej reklamy znajdujących się na terenie województwa pomorskiego aptek oznaczonych logo Podstawą wszczęcia postępowania było powzięcie informacji, iż w pasmach reklamowych ogólnopolskich stacji telewizyjnych oraz w internecie rozpowszechniane są **materiały reklamowe**

Z informacji uzyskanych z Departamentu Biura Krajowej Radiofonii i Telewizji wynika, iż zleceniodawcą kampanii reklamowej w lutym 2017 r., w ramach której emitowane były telewizyjne spoty była agencja działająca w imieniu

Do sprawy włączono pliki video w formacie mpg oraz pismo Naczelnej Izby Aptekarskiej z 4.04.2017 r.

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

- 1) W jakich programach telewizyjnych i z jaką częstotliwością w tygodniu w danym programie emitowane są spoty reklamowe?
- 2) Od jakiego czasu emitowane ww. spoty reklamowe?
- 3) Do kiedy ww. spoty mają być emitowane w programach telewizyjnych i w internecie?
- 4) Czy strona posiada prawa do znaku słowno-graficznego
- 5) Jeżeli tak, należy odpowiedzieć na pytanie na jakiej podstawie ze znaku tego korzystają podmioty prowadzące apteki na terenie województwa pomorskiego?

Jednocześnie organ zobowiązał do przedłożenia:

- 1) zawartej z umowy/zlecenia (lub jej uwierzytelnionej kopii zgodnie z przepisami kpa) dotyczącej kampanii reklamowej z wykorzystaniem przedmiotowych spotów,
- 2) przykładowej umowy (lub jej uwierzytelnionej kopii zgodnie z przepisami kpa) zawartej z podmiotem prowadzącym na terenie województwa pomorskiego aptekę, której przedmiotem są prawa o korzystaniu z marki

Niezależnie od powyższego PWIF pismem z dnia 11.05.2017 r. zwrócił się do firmy o wyjaśnienie:

- 1) W jakich programach telewizyjnych i z jaką częstotliwością w tygodniu w danym programie emitowane są spoty reklamowe?
- 2) Od jakiego czasu emitowane ww. spoty reklamowe?
- 3) Do kiedy ww. spoty mają być emitowane w programach telewizyjnych i w internecie?

W dniu 16.05.2017 r. organ otrzymał pismo Głównego Inspektora Farmaceutycznego z 16.05.2017 r. wraz z załącznikiem w postaci raportu Departamentu Monitoringu Biura Krajowej rady Radiofonii i Telewizji zawierającego daty i godziny emisji reklamy produktów w lutym 2017 r. Z raport wynikało że w okresie od 1.02 do 28.02.2017 r. przedmiotowe spoty były emitowane przez 23 godziny 45minut i 43 sekund w następujących stacjach telewizyjnych: TVS, TVP Historia, TVP1, TVP2, TVP3, TVP HD, TTV Twoja telewizja, TVP Polonia, TVP Info, TVN Style, Superstacja, NTL, TVN24, Tele5, FOX Comedy, Paramount Channel, National Geographic, TV PULS, Polsat Romans, Stopklatka, DTX, Polsat Cafe, CI Polsat, Polsat, Motowizja, WP, Polsat Viasat History, Polsat News, FilmBox, AXN White, 13 Ulica, Lifetime, VH 1, Animal Planet HD, Uniwersal Channel, Food Network, Eleven Sports, CBS Reality, AXN Spin, TV Republika, CBS Action, Kino Polska, Nat Geo People, Puls 2, Fokus TV, HG TV, Investigation Discovery, Domo+, TO!TV, TVN Turbo, nSport+, Nat Geo Wild, CBS Reality, CBS Europa, Power TV, Discovers Science, Nuta.TV, FilmBox, Adventure, Canal +Sport2, Planete+, AXN, AXN Black, Travel Channel, Romance TV, kuchnia+. TVN7, Comedy Central Family, TVN24 Biznes i Świat, kuchnia+, TLC, VIVA Polska, TVR, Ale Kino+, TV Fabula, Sportklub.

Pismem z dnia 18.05.2017 r. wyjaśnił, że spoty reklamowe były emitowane w okresie od 8.01.2017 r. do 28.02.2017 r. Strona nie udzieliła odpowiedzi na pytania dotyczące praw do znaku graficznego Do pisma dołączono wykaz programów, w których ukazały się spoty oraz umowę z dotyczącą kampanii reklamowej.

W dniu 25.05.2017 r. wpłynęło pismo, do którego załączono kopię umowy o planowanie i zakup kampanii telewizyjnej dla Firma podała nazwy stacji, w których emitowane były stopy oraz oświadczyła, że kampanii była prowadzona w okresie od 8.01 do 28.02.2017 r.

Pismem z dnia 23.08.2017 r. organ poinformował stronę o możliwości wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego, w związku z zamiarem wydaniem przez PWIF decyzji. Strona nie wniosła uwagi i zastrzeżeń.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po przeanalizowaniu materiału dowodowego uznał, że strona prowadziła niedozwoloną reklamę znajdujących się na terenie województwa pomorskiego aptek oznaczonych logo, polegającą na przeprowadzeniu za pośrednictwem firmy w w okresie od 7.01.2017 r. do 28.02.2017 r. reklamowej kampanii telewizyjnej i internetowej z wykorzystaniem filmu

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego.

Poza sporem jest ustalenie, że strona w okresie od 8.01 do 28.02.2017 r. za pośrednictwem firmy prowadziła kampanię reklamową z wykorzystaniem spotu Spot zaczyna się od zadanego w formule sondy ulicznej pytania: „**Dlaczego Polacy wybierają produkty?**”. Po czym padają odpowiedzi przechodniów: „**Bo lubimy sprawdzone produkty w dobrych cenach**”, „**W moim wieku człowiek lubi dostać to czego szuka**”. Następnie krótko reklamowane są chusteczki i wyrób Przez cały czas spotu widoczny jest znak słowno-graficzny, ze stosunkowo niewielkim dopiskiem „produkt”.

Kampania reklamowa polegała na emitowaniu przedmiotowego spotu w internecie oraz w następujących stacjach telewizyjnych: TVS, TVP Historia, TVP1, TVP2, TVP3, TVP HD, TTV Twoja telewizja, TVP Polonia, TVP Info, TVN Style, Superstacja, NTL, TVN24, Tele5, FOX Comedy, Paramount Channel, National Geographic, TV PULS, Polsat Romans, Stopklatka, DTX, Polsat Cafe, CI Polsat, Polsat, Motowizja, WP, Polsat Viasat History, Polsat News, FilmBox, AXN White, 13 Ulica, Lifetime, VH 1, Animal Planet HD, Uniwersal Channel, Food Network, Eleven Sports, CBS Reality, AXN Spin, TV Republika, CBS Action, Kino Polska, Nat Geo People, Puls 2, Fokus TV, HG TV, Investigation Discovery, Domo+, TO!TV, TVN Turbo, nSport+, Nat Geo Wild, CBS Reality, CBS Europa, Power TV, Discovers Science, Nuta.TV, FilmBox, Adventure, Canal +Sport2, Planete+, AXN, AXN Black, Travel Channel, Romance TV, kuchnia+. TVN7, Comedy Central Family, TVN24 Biznes i Świat, kuchnia+, TLC, VIVA Polska, TVR, Ale Kino+, TV Fabula, Sportklub. Łączny czas emisji spotów w miesiącu lutym 2017 wyniósł prawie 24 godziny.

Bezspornym jest również, że nie prowadzi aptek, ani hurtowni produktów leczniczych. Podobnie bezspornym jest fakt, iż na terenie województwa pomorskiego prowadzonych jest 81 aptek i punktów aptecznych, które używają logo z charakterystycznym, mające w nazwie lub

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. 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: haseł, sloganów, spotów TV, ulotek, billboardów, folderów, czy też gazetek”).

W ocenie organu prowadzona przez stronę kampania reklamowa służyła promowaniu logo, używanego przez sieć aptek, a nie samego wyrobu medycznego. Produkt był jedynie pretekstem do tego, aby w świadomości potencjalnych klientów pozytywnie utrwaląc, używane przez apteki logo Należy zwrócić uwagę, że w przypadku reklamy wyrobów medycznych zasadnicze znaczenie ma indywidualna nazwa produktu. Wytwórcy i producenci produktów leczniczych, celem zachęcania potencjalnych klientów do nabycia leków, kładą nacisk na nazwę i opis produktu, nie wykorzystują swoich nazw. Co więcej, nie wskazują cen reklamowanych produktów, nie chwalią się swoim asortymentem, ponieważ nie zajmują się sprzedażą detaliczną za pośrednictwem aptek.

W spocie pierwszoplanową rolę odgrywa logo..... z charakterystycznym i liternictwem stosowanym przez apteki sieci, a także komunikat wyraźnie nawiązujący do sprzedaży detalicznej, mianowicie że produkty można nabyć w dobrych cenach („Bo lubimy sprawdzone produkty w dobrych cenach”), oferta kierowana do potencjalnych klientów jest szeroka („W moim wieku człowiek lubi dostać to czego szuka”). Charakterystyczne logo automatycznie przekierowuje zainteresowanych odbiorców emitowanych spotów do aptek sieci używających znak Nie jest zatem neutralna z punktu widzenia dokonywanych przez pacjentów wyborów aptek.

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 nie trwały długo od 8.01 do 28.02.2017 r. Za obniżeniem kary przemawia okoliczność, iż strona dotąd nie naruszyła zakazu prowadzenia reklamy aptek. Na nie korzyść strony należało przyjąć fakt, że działania reklamowe, mimo niedługiego czasu trwania, były bardzo ekspansywne, obejmowały kilkadziesiąt stacji telewizyjnych, w tym stacje wiodące, a także internet. W takiej sytuacji kara pieniężna na poziomie 35.000 zł w ocenie organu jest adekwatna do stopnia i okoliczności naruszenia przepisów ustawy.

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 decyzji należy złożyć za pośrednictwem Pomorskiego Inspektora Farmaceutycznego w Gdańsku, w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania.

Otrzymują:

1.a/Ax2

2.adresat