

Gdańsk, dnia 8 maja 2018 r.

.....

Pełnomocnik:

WIF-GD.8523.25.2014

DECYZJA Nr 6/NKP/2018

Działając na podstawie:

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 w zw. z art. 494 Kodeksu spółek handlowych;
- 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:

1. Stwierdza, że firma z siedzibą w, ul. (KRS), poprzednik prawny firmy z siedzibą (KRS), prowadziła niedozwoloną reklamę działalności apteki w przy ul. (zezwolenie z dnia), polegającej na wystawianiu przed wejściem do ww. apteki stojaka reklamowego, na którym obok nazwy apteki zamieszczana jest informacja o produkcie leczniczym z podaniem ceny tego produktu, a także na zamieszczaniu w witrynie apteki informacji o produkcie leczniczym z podaniem jego ceny.

2. Umarza postępowanie w części dotyczącej:

1) nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki w przy ul. (aktualnie ul.) i nałożenia kary (zezwolenie z dnia) z uwagi na brak dowodów, iż reklama taka była prowadzona,

2) nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy działalności apteki w przy ul. (zezwolenie z dnia) z uwagi na ustalenie, iż w chwili wydawania decyzji taka reklama nie była już prowadzona.

3. Nakłada na firmę z siedzibą (KRS) następcę z siedzibą w (KRS), karę pieniężną w wysokości 2.000 zł (dwa tysiące złotych), w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności apteki w przy ul..... (zezwolenie z dnia), polegającej na wystawianiu przed wejściem do ww. apteki stojaka reklamowego, na którym obok nazwy apteki zamieszczana jest informacja o produkcie leczniczym z podaniem ceny tego produktu, a także na zamieszczaniu w witrynie apteki informacji o produkcie leczniczym z podaniem jego ceny.

UZASADNIENIE

W dniu 15 września 2014 r. wprzekazała Pomorskiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznemu pismo wraz załączonym mailem, w którym umieszczono zdjęcie z dnia 12.08.2014 r., z którego wynikało, że przed wejściem do apteki położonej przy ul. w ustawiono stojak reklamowy. Na stojaku obok nazwy Apteki zamieszczona była informacja o produkcie leczniczym Metafen z podaniem jego ceny. W tym samym dniu organ otrzymał maila wraz ze zdjęciem od tego samego nadawcy, który wysłał ww. maila załączonego do pisma Autor wiadomości podał, że przesyła zdjęcie Apteki i że podobną reklamę posiada również apteka na ul. w Na zdjęciu widać, że w witrynie Apteki umieszczono informację o produkcie leczniczym Metafen z podaniem jego ceny, a przed wejściem do Apteki ustawiono stojak reklamowy. Na stojaku obok nazwy Apteki zamieszczona była informacja o produkcie leczniczym Rutinoscorbin wraz z podaniem jego ceny. Materiały te zostały włączone do akt sprawy.

Wyżej opisany materiał dowodowy stanowił podstawę wszczęcia postępowania w sprawie prowadzenia niedozwolonej reklamy w stosunku do apteki w przy ul. (zezwolenie z dnia r.), jak i apteki w przy ul., zmienionej później na ul. (zezwolenie z dnia r.). Mając na uwadze treść art. 7 i art. 77 kpa, działając na podstawie art. 50 § 1 tegoż kodeksu, Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytania: 1) Czy opisana wyżej reklama została już usunięta, jeżeli tak, należy wskazać kiedy to nastąpiło? 2) Od kiedy dokładnie każda z aptek prowadzi reklamę w formie opisanej powyżej? Na odpowiedź zakreślono termin 7 dni.

W odpowiedzi pismem z dnia 19.11.2014 r. ujawnił się pełnomocnik strony, wnosząc jednocześnie o przesłaniu mu zdjęć oraz informacji dotyczących prowadzenia niedozwolonej reklamy. W piśmie z dnia 9.04.2015 r. organ ponownie wezwał do udzielenia odpowiedzi na zadane wcześniej pytania w terminie 7 dni, jednocześnie wyjaśniając, iż nie ma obowiązku przysyłania stronie materiałów dowodowych i że strona zgodnie z treścią art. 73 § 1 i 2 kpa ma prawo do wglądu w akta sprawy, sporządzania notatek, kopii i odpisów. Podano również godziny, w jakich można zapoznać się z aktami sprawy w siedzibie organu. Pismem z dnia 21.04.2015 r. pełnomocnik wniósł o udzielenie prolongaty na udzielenie wyjaśnień, po czym w dniu 28.04.2015 r. ponowił jedynie wniosek o przesłanie zdjęć i informacji. W tej sytuacji PWIF na podstawie art. 10 kpa w piśmie z dnia 13.05.2015 r. poinformował stronę o możliwości wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego przed wydaniem decyzji w terminie 7 dni od otrzymania pisma. Pełnomocnik otrzymał zawiadomienie w dniu 18.05.2015 r. W zakreślonym terminie nie wniesiono jakichkolwiek uwag, co do zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Po przeanalizowaniu materiału dowodowego Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uznał, że strona prowadzi niedozwoloną reklamę działalności apteki w przy ul. (zezwolenie z dnia r.) i w dniu 1.10.2015 r. wydał decyzję nr 6/NKP/2015, w której nakazał stronie zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy i nałożył karę pieniężną w wysokości 5.000 zł.

W wyniku złożonego odwołania Główny Inspektor Farmaceutyczny uchylił decyzję PWIF w całości i przekazał do ponownego rozpatrzenia przez organ I instancji.

GIF wskazał, że w decyzji niewłaściwie oznaczono stronę. Na skutek połączenia, jako podmiotem przejmującym, ze z siedzibą w, jako podmiotem przejmowanym – jeszcze przed wydaniem decyzji doszło do ustania bytu prawnego osoby prawnej w stosunku, do której wszczęto postępowanie. Organ II instancji zalecił, aby prowadzić postępowanie i skierować zawiadomienie o zamiarze zakończenia

postępowania oraz decyzję do Ponadto zalecił zebranie materiału dowodowego, który pozwoliłby ustalić czasookres wykonywania kwestionowanych czynności.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku ponownie rozpatrując sprawę, celem ustalenia czasookresu wystawiania tablic, postanowił przeprowadzić dowód z zeznań świadków – kierowników aptek. O terminie przeprowadzenia dowodu został powiadomiony pełnomocnik pismem z dnia 22.02.2018 r. (odebrano 28.02.2018 r.).

Dowód przeprowadzono w dniu 28.03.2018 r. Pełnomocnik nie stawił się.

Kierownik apteki przy ul. zeznała, że przedstawione na zdjęciach tablice były wystawione przed apteką w przy ul. na polecenie właściciela apteki. Tablice wystawione były w 2014 r., ale świadek nie pamiętała, czy od początku, kiedy była zatrudniona w Aptece tj. od maja 2014 r. Jej zdaniem tablice i plakaty zostały usunięte na polecenie właściciela prawdopodobnie w związku z wszczęciem postępowania przez WIF. nie miała wiedzy na temat wystawiania tablic przed apteką przy ul. W

Drugi ze świadków, kierowniczka apteki przy ul., nie podjął wezwania.

Pismem z dnia 28.03.2018 r. PWIF poinformował pełnomocnika o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych w sprawie materiałów dowodowych (zawiadomienie odebrano 3.04.2018 r.). W zakreślony terminie pełnomocnik strony nie zajął stanowiska.

Po przeanalizowaniu całego materiału dowodowego Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uznał, że poprzednik prawny strony – z siedzibą w, ul. (KRS), prowadził niedozwoloną reklamę apteki położonej w przy ul.

W toku postępowania ustalono następujący stan faktyczny.

Z materiału wynika, że od co najmniej 12.08.2014 r. (data zrobienia zdjęcia) do 12.11.2014 r. (data doręczenia zawiadomienia o wszczęciu postępowania) przed wejściem do apteki położonej przy ul. ustawiono stojak reklamowy. Na stojaku obok nazwy ww. apteki zamieszczona była informacja o produkcie leczniczym Metafen z podaniem jego ceny. Z kolei drugie zdjęcie wykonane 15.09.2014 r. (data wiadomości mailowej), pokazuje, że na stojaku obok nazwy apteki zamieszczono informacje o produkcie leczniczym Ritinoscorbin wraz z podaniem jego ceny. Na drugim zdjęciu widać też, że w witrynie apteki reklamowany jest Metafen. Powyższe zostało ustalone na podstawie znajdujących się w aktach wewnętrznie spójnych dowodów: zdjęć, maila p., zeznań kierownika apteki – oraz dowodu doręczenia zawiadomienia o wszczęciu postępowania. zeznała, że stojak został ustawiony na polecenie właściciela apteki, czyli poprzednika prawnego strony z siedzibą w, ul. (KRS), i również na jego polecenie został usunięty. Pełnomocnik nie kwestionował ww. faktów, nie udzielił odpowiedzi na pytania PWIF, nie zgłaszał swoich uwag do ww. materiału dowodowego. Jego pisma sprzed wydania przez PWIF pierwszej decyzji ograniczały się jedynie do ponawiania wniosków o przesłanie „zdjęć i informacji”, mimo, że został poinformowany o braku takiego obowiązku ze strony organu, a także mimo, że został poinformowany o możliwości zapoznania się z dowodami bezpośrednio w siedzibie Inspektoratu.

Według PWIF że nie ma jednak miarodajnych dowodów, aby uznać, iż podobny stojak reklamowy był i jest wystawiany przed apteką położoną w przy ul. (obecnie ul.).

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, 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). W świetle orzecznictwa sądów administracyjnych 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. (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”).

W świetle przedstawionej wykładni art. 94a prawa farmaceutycznego nie ma co do tego wątpliwości, że wystawianie przed wejściem do apteki opisanego wyżej stojaka reklamowego z nazwą apteki i informacją o produkcie i jego cenie, a także umieszczanie podobnej informacji w witrynie apteki miało na celu zachęcania osób znajdujących się w zasięgu wzroku ww. komunikatów do skorzystania z oferty apteki.

Strona postępowania jako następcą prawnym z siedzibą w, ul. (KRS), na mocy art. 494 KSH z mocy prawa przejęła prawa i obowiązki spółki przejmowanej, uzyskując status strony w prowadzonym postępowaniu administracyjnym.

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 stan naruszania przepisów dotyczących niedozwolonej reklamy trwał tylko 3 miesiące od 12 sierpnia 2014 r. – data wykonania pierwszego zdjęcia ze stojakiem do 12.11.2014 r. (data doręczenia zawiadomienia o wszczęciu postępowania), przyjmując za wiarygodne zeznania Stwierdziła, że tablice i plakaty zostały zdjęte zaraz po wszczęciu postępowania przez WIF. Na korzyść strony przemawiał również fakt, iż do naruszenia przepisów doszło po raz pierwszy, a także fakt, że zasięg oddziaływania reklamy ograniczył się jedynie do niewielkiego obszaru przed apteką. Zachęta dotyczy może osób, które są w stanie dojrzeć stojaki oraz informację zamieszczoną w witrynie. Kara w wysokości 2.000 zł w ocenie organu jest adekwatna do dokonanego naruszenia i 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.

Kary pieniężne uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja o nałożeniu kary pieniężnej stała się ostateczna. Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki za zwłokę w wysokości jak dla zaległości podatkowych

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.

Organ informuje, że strona ma prawo do zrzeczenia się odwołania. Zgodnie z art. 127a § 2 Kpa z dniem doręczenia organowi administracji publicznej oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania przez ostatnią ze stron postępowania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna.

Otrzymują:

1. adresat

2. aa x 2