

Gdańsk, dnia 24 lipca 2018 r.

WIF-GD.8523.1.7.2018

.....

### DECYZJA Nr 9/NKP/2018

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 Prawo farmaceutyczne tj. z 30.10.2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 2211);
- art. 104 § 1 i 2 oraz art. 105 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 działalności aptek ..... w ....., to jest:
  - 1) Apteki ..... ul. .... (zezwolenie nr ..... z dnia ..... r.),
  - 2) Apteki ..... ul. .... (zezwolenie nr ..... z dnia .....),
  - 3) Apteki ..... ul. .... (zezwolenie nr ..... z dnia .....),
  - 4) Apteki ..... ul. .... (zezwolenie nr ..... z .....),
  - 5) ..... ul. .... (zezwolenie nr ..... z dnia .....),
  - 6) Apteki ..... (zezwolenie nr ..... z dnia .....),
  - 7) Apteki ..... ul. .... (zezwolenie ..... z dnia .....),- polegającej na współudziale w zleceniu przez ....., zamieszczania w wydaniach bezpłatnej gazety ..... za miesiące styczeń-marzec 2018 r. oferty produktów leczniczych zatytułowanej .....
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.
2. Nakłada na ..... z siedzibą ..... karę pieniężną **w wysokości 35.000 zł (trzydzieści pięć tysięcy złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności aptek, o jakich mowa w punkcie 1, polegającej na współudziale w zleceniu przez ....., zamieszczania w wydaniach bezpłatnej gazety ..... za miesiące styczeń-marzec 2018 r. oferty produktów leczniczych zatytułowanej .....

#### UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem z dnia 4.04.2018 r. zawiadomił stronę, że w dniu 4 kwietnia 2018 r. zostało wszczęte z urzędu postępowanie w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy i nałożenia kary dotyczącej ..... w ....., a konkretnie:

- 1) Apteki ..... (zezwolenie nr ..... z dnia ..... r.),
- 2) Apteki ..... ul. .... (zezwolenie nr ..... z dnia .....),
- 3) Apteki ..... ul. .... (zezwolenie nr ..... z dnia .....),
- 4) Apteki ..... ul. .... (zezwolenie nr ..... z dnia .....),
- 5) Apteki ..... ul. .... (zezwolenie nr ..... z dnia .....),
- 6) Apteki ..... ul. .... (zezwolenie nr ..... z dnia .....),
- 7) Apteki ..... ul. .... (zezwolenie nr ..... z dnia .....),
- 8) Apteki ..... ul. .... (zezwolenie nr ..... z dnia .....).

Jak wyjaśniono w zawiadomieniu w dniu 3.04.2018 r. PWIF wszedł w posiadanie dwóch egzemplarzy bezpłatnej gazetki „.....” nr 2/83 z 28.02.2018 r. i nr 3/84 z 23.03.2018 r. Na stronach I-IV obok tytułu ..... zamieszczono ofertę produktów leczniczych z podaniem cen. W zawiadomieniu zadano stronie następujące pytania:

- 1) Czy strona zlecała ..... zamieszczenie w numerach lutowym i marcowym z 2018 r. ww. gazetki informacji o ofercie sieci Apteki ..... (wkładka pod tytułem „.....” ? Jeżeli tak, należało wskazać kiedy miało to miejsce oraz należy przestawić egzemplarze gazetek.
- 2) Czy strona zlecała wydawcy ..... zamieszczenie informacji o ofercie sieci Apteki ..... również w gazetce za miesiąc styczeń i kwiecień 2018?
- 3) Czy strona zajmowała się dystrybucją gazetek?
- 4) W jaki sposób były dystrybuowane gazetki?
- 5) Czy przy składaniu zlecenia strona współpracowała ze spółką ..... z ....., prowadzącą Aptekę ..... w .....

W odpowiedzi z dnia 12.04.2018 r. strona wyjaśniła, że nie zlecała nikomu zamieszczenia wkładki „.....”, ponadto ani bezpośrednio, ani pośrednio nie zajmowała się dystrybucją gazety.

PWIF pismem z dnia 19.04.2017 r. zwrócił się również do wydawcy gazetki ..... w ..... zobowiązując do wyjaśnienia okoliczności zamieszczenia opisanych wyżej informacji.

W odpowiedzi z dnia 30.04.2018 r. Wydawca oświadczył, że zamieszczenie wkładki zlecił telefonicznie ....., działająca pod firmą ..... Wydawca sam zajmuje się kolportażem. Poza prywatnymi skrynkami pocztowymi gazety kolportowane są do Urzędu Miejskiego w ....., Urzędu Gminy ....., Starostwa Powiatowego w ....., Urzędu Miasta i Gminy ....., Urzędu Miasta ....., Gminy ..... Dodatkowo wskazał, że opisane wyżej informacje były zamieszczone również w gazetce za styczeń 2018 r.

Pismem z dnia 25.05.2018 r. organ wezwał p. .... do udzielenia odpowiedzi na pytania:

- 1) Czy zajmuje się sprzedażą produktów leczniczych wskazanych w reklamie ....., zamieszczonych na str. I-IV gazetki?
- 2) Czy nadal istnieją powiązania rodzinne pomiędzy Prezesem Zarządu .....
- 3) Czy zawierała umowy z ..... w ..... oraz firmą ..... w ....., na mocy których jest Pani zobowiązana do prowadzenia działań reklamowych/marketingowych na rzecz aptek używających w nazwie słowo: „.....”, w tym do zlecenia zamieszczania oferty

produktów leczniczych w ramach wkładki .....? W przypadku zawarcia takich umów, zobowiązujemy do ich przedłożenia lub przedłożenia ich uwierzytelnionych kopii.

- 4) Jaki był zamiar ekonomiczny, biznesowy, prawny – zlecenia umieszczenia w przedmiotowej gazecie reklamy ..... z podaniem cen produktów leczniczych?

Pani ..... pismem z dnia 4.06.2018 r. wyjaśniła, że nie zajmuje się sprzedażą leków i pozostaje w związku małżeńskim w ..... Nie zawierała umów z firmami ..... oraz ..... to bezpłatna informacja lekach. Jej celem jest bezpłatne informowanie pacjentów o lekach, które nie są objęte refundacją. Informacja zawiera wskazanie średnich cen tych leków. Informacja nie wskazuje miejsca, w którym można kupić leki.

PWIF, w związku z zamiarem wydania decyzji, pismem z dnia 13.06.2018 r. poinformował stronę o możliwości zapoznania się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, prawie złożenia uwag i zastrzeżeń. W zakreślonym terminie strona nie złożyła jakichkolwiek uwag i wyjaśnień.

Po przeanalizowaniu materiału dowodowego PWIF uznał, iż strona prowadziła niedozwoloną reklamę polegającą na współudziale w zleceniu przez ..... zamieszczania w wydaniach bezpłatnej gazety „.....” za miesiące styczeń-marzec 2018 r. oferty produktów leczniczych zatytułowanej .....

Organ ustalił następujący stan faktyczny. Bezsprzeczne jest, iż w wydaniach bezpłatnej gazety „.....” za miesiące styczeń-marzec 2018, na stronach I-IV gazetki obok tytułu ..... zamieszczono ofertę produktów leczniczych z podaniem cen. Oferta leków opatrzona jest komunikatami, takimi jak: „Oferta ważna do wyczerpania zapasów. Oferta cenowa ma charakter informacyjny i nie stanowi oferty handlowej...”, „Coś dla wszystkich”, „Wyszukaj coś dla siebie”, „Przed użyciem zapoznać się z ulotką, która zawiera wskazania i przeciwwskazania...”. Zlecenie na zamieszczenie w gazetce oferty ..... zostało złożone przez żonę Prezesa Zarządu ..... – ....., która przed przekształceniem strony w spółkę z o.o. była współnikiem ....., ..... nie zajmuje się sprzedażą produktów leczniczych. Nakład gazetki wynosi 15.000 egzemplarzy, a kolportaż obejmował miasto ....., Urząd Miejski w ....., Urząd Gminy ..... oraz do Starostwo Powiatowe w .....

Rozstrzygnięcie sprawy sprowadza się do odpowiedzi, czy istnieje związek pomiędzy działalnością aptek ..... a działaniami firmy .....

W ocenie organu strona działała w porozumieniu z firmą ..... Pojawienie się gazecie wyłącznie oferty produktów leczniczych ..... nie miałyby dla ..... żadnego racjonalnego uzasadnienia. .... nie jest producentem produktów leczniczych, nie zajmuje się ich sprzedażą. Zgodnie z wpisem do Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej jej przeważającą działalność to pośrednictwo w sprzedaży miejsca na cele reklamowe w pozostałych mediach.

Działania ..... nabierają sensu wyłącznie w połączeniu z działaniami strony, czyli spółki, którą kieruje jej mąż i której była wcześniej współnikiem. Spółki, która przy prowadzeniu Aptek posługuje się nazwą „.....”. Zarówno w interesie strony, jak i ..... jest zwiększenie sprzedaży Aptek sieci „.....”. Zamieszczenie w gazetce oferty ..... z podaniem cen, nie było przypadkowe, wymagało porozumienia i koordynacji działań obu podmiotów, w tym ustalenia cen. Organ nie dał wiary wyjaśnieniom ....., jakoby celem zamieszczenia ..... było jedynie informowanie pacjentów o średnich cenach leków nie objętych refundacją bez wskazywania miejsca zakupu. Byłoby to sprzeczne z logiką prowadzenia biznesu polegającego na pośrednictwie w sprzedaży miejsca na cele reklamowe. Nie miałyby to żadnego

sensu ekonomicznego i prawnego. Organ zwraca uwagę, że w ogłoszeniu nie ma żadnej wzmianki, że są to ceny średnie stosowane na jakimś obszarze. Wręcz przeciwnie z treści zamieszczonych w gazecie wynika jednoznacznie, że mowa tam o konkretnych cenach, konkretnej ofercie ważnej do wyczerpania zapasów. Biorąc pod uwagę fakt wykorzystania w ogłoszeniu słowa ....., dla potencjalnego pacjenta z ..... i okolic jest oczywiste, iż w gazecie mowa jest o ofercie ważnej do wyczerpania zapasów w znajdujących się na terenie ..... aptekach sieci .....

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). 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 współdziałanie strony przy zleceniu przez ....., zamieszczenia w wydaniach bezpłatnej gazety „.....” za miesiące styczeń-marzec 2018 r., oferty produktów leczniczych z podaniem cen, zatytułowanej ....., - stanowi niedozwoloną reklamę w rozumieniu art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego. W oczywisty sposób oferta w połączeniu ze słowem ..... i innymi komunikatami przytoczonymi powyżej zachęcają czytelników gazety do dokonywania zakupu w sieci Aptek „.....”. 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”.

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 siedmiu aptek prowadzonych przez stronę (jedna z aptek prowadzona jest przez podmiot powiązany ..... ) oraz gazeta, w której ukazuje się niedozwoloną reklamą jest bezpłatna, dystrybuowana jest w 15.000 egzemplarzach na dosyć dużym obszarze tj. w ..... i okolicy. Ponadto organ nie mógł pominąć faktu, iż do naruszenia przepisów doszło po raz drugi, aczkolwiek decyzja PWIF z dnia 12 kwietnia 2017 r. nr 8/NKP/2017 r. nie jest jeszcze ostateczna. Kara w wysokości 35.000 zł 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 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 do Głównego Inspektora Farmaceutycznego. Odwołanie od decyzji należy złożyć za pośrednictwem Pomorskiego Inspektora Farmaceutycznego w Gdańsku, w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania.

Zgodnie z art. 127a § 1 i 2 kpa w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania strona może zrzec się prawa do wniesienia odwołania wobec organu administracji publicznej, który wydał decyzję. 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) a/ax2
- 2) księgowość
- 3) adresat