

(...)

DECYZJA Nr (...)/NKP/2019

Na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1 i 2 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy Prawo farmaceutyczne tj. z dnia 22 lutego 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 499), zwanej dalej prawem farmaceutycznym;
- art. 104 § 1 i art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego tj. z dnia 3 października 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 2096), zwanego dalej kpa

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku:

1. Stwierdza, że firma (...) sp. z o.o. z siedzibą w (...) prowadziła niedozwoloną reklamę apteki: „(...)” położonej w (...) przy ul. (...) (zezwolenie nr (...) z (...)), polegającą na wykładaniu na sali ekspedycyjnej apteki ulotek reklamowych: „MY SIĘ ZIMY NIE BOIMY”, „ZIMOWA PIELEGNACJA”, „Lecz się taniej”, opatrzonych znakiem graficznym „(...)”, używanym przez Aptekę;
2. Umarza postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w (...) niedozwolonej reklamy apteki wymienionej w punkcie 1 powyżej - z uwagi na jej nieprowadzenie w chwili wydania decyzji.
3. Umarza postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w (...) niedozwolonej reklamy apteki „(...)” położonej w (...) przy ul. (...) i nałożenia kary, polegającej na akceptowaniu przez Aptekę płatności dokonywanych z wykorzystaniem Podarunkowej Karty Zdrowia – z uwagi na brak dowodów do uznania, że doszło do niedozwolonej reklamy Apteki.
4. Nakłada na (...) sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie karę pieniężną **w wysokości (...) zł ((... złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki opisanej w punkcie 1.

UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem z dnia (...) r. zawiadomił stronę o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy oraz nałożenia kary dotyczące działań reklamowych wobec apteki „(...)” położonej w (...) przy ul. (...) (zezwolenie nr (...) z (...)). Jak wyjaśniono w zawiadomieniu w dniu (...) r., w trakcie kontroli planowej apteki „(...)” przeprowadzonej w dniu (...) r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny stwierdził, że w prowadzonej przez stronę Aptecę wykładane są ulotki reklamowe: „MY SIĘ ZIMY NIE BOIMY”, „ZIMOWA PIELEGNACJA”, „Lecz się taniej”, opatrzone znakiem graficznym „(...)”, używanym przez Aptekę. W pierwszych dwóch wymienionych wyżej ulotkach zamieszczone są produkty lecznicze, suplementy diety, kosmetyki z podaniem ceny oraz informacją, iż oferta jest ważna od (...) do (...). Organ powziął również informacje, że Apteka akceptuje płatności z wykorzystaniem (...).

Do sprawy włączono kopię protokołu z kontroli z dnia (...) r. wraz egzemplarzami ulotek oraz zdjęciami sali ekspedycyjnej Apteki przedstawiającymi gablotki, w których wyłożone były ulotki. Jednocześnie w zawiadomieniu Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Kiedy dokładnie ulotki zostały umieszczone w ww. gablotkach?
- 2) Ile egzemplarzy poszczególnych ulotek umieszczono w ww. gablotkach?
- 2) Czy ulotki zostały już usunięte, jeżeli tak to kiedy?
- 3) Czy strona umieściła lub zamierza umieścić podobne ulotki ze znakiem „(...)”, które informują/będą informować o ofercie Apteki ważnej po (...)?
- 4) Czy Apteka bierze udział w programie „(...)”, w ramach którego uczestnicy mogli otrzymać „(...)” możliwą do zrealizowania w aptekach (...)? To jest czy Apteka realizowała w okresie do (...) r. „(...)” otrzymywane przez uczestników w ramach akcji „(...)”?

W odpowiedzi z dnia (...) r. strona wniosła o przesłanie zdjęć i ulotek zrobionych w trakcie kontroli, zastrzegając złożenie wyjaśnień po ich otrzymaniu. Jednocześnie zaprzeczyła, jakoby brała udział w prowadzonym przez producenta programie „(...)”, przyznając jednocześnie, że akceptuje (...) otrzymywane w ramach akcji „(...)”.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po przeanalizowaniu materiału dowodowego uznał, że strona prowadziła niedozwolona reklamę Apteki i wydał decyzję nakazującą zaprzestanie prowadzenia niedozwolonej reklamy i nakładającą karę pieniężną.

W wyniku złożonego przez stronę odwołania Główny Inspektor Farmaceutyczny decyzją z dnia (...) r. (...) .2017.KBU.2 uchylił decyzję PWIF w całości i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia przez organ I instancji.

Pismem z dnia (...) r. organ, mając na uwadze zalecenia GIF zawarte w ww. decyzji z (...) r., wezwał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Kiedy dokładnie ulotki: „(...)”, „(...)”, „(...)” zostały umieszczone w ww. gablotkach i kiedy zostały usunięte?
- 2) Ile egzemplarzy poszczególnych ulotek umieszczono w ww. gablotkach?
- 3) Jakie były/są zasady realizacji płatności za pomocą (...)?
- 4) Czy istniała/istnieje współpraca pomiędzy Państwem a (...) sp. z o.o. i na czym ona polegała?
- 5) Kto (nazwa i adres firmy) dostarczył Państwu przedmiotowe ulotki?

Ponadto wezwano do przedłożenia oryginałów lub kopii uwierzytelnionych zgodnie z kodeksem postępowania administracyjnego:

- 1) umowy/porozumienia zawartego przez Państwa z (...) sp. z o.o. w zakresie realizacji płatności za pośrednictwem (...) i wzajemnych rozliczeń z (...) sp. z o.o. w związku z akceptacją (...);
- 2) umowy/porozumienia zawartego przez Państwa z firmą, która dostarczyła ulotki: „(...)”, „(...)”, „(...)”, na podstawie której otrzymaliście ww. ulotki;
- 2) przedstawienia kopii faktur na zakup przedmiotowych ulotek, albo – w przypadku otrzymania ww. ulotek nieodpłatnie – dowodu pokwitowania odebrania ulotek.

W odpowiedzi z dnia (...) r. strona wyjaśniła, że ulotki były umieszczone w gablotach, przy czym: ulotka „(...)” w liczbie 250 egz. w okresie od (...) r. do (...) r., ulotka „(...)” w liczbie 250 egz. w okresie od (...) r. do (...) r., ulotka: „(...)” w liczbie 250 egz. w okresie od (...) r. do (...) r. Strona nie podała kto dostarczył jej ulotki wskazując, że to nie ma znaczenia w sprawie, a zasady płatności stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosnie (...) strona odwołała się do swoich wyjaśnień z (...) r. uzupełniając, że płatności odbywają się na analogicznych zasadach jak w przypadku (...), czy kart płatniczych. Z zapłatą kartą nie wiążą się żadne korzyści (rabaty, upusty). System informatyczny Apteki nie pozwala na ustalenie, czy doszło do płatności (...). Strona oświadczyła, że nie miała i nie ma zawartej umowy z (...) sp. z o.o. dotyczącej (...).

Pismem z dnia (...) r. PWIF zawiadomił stronę o możliwości wypowiedzenia się co do zebranego w sprawie materiału dowodowego. W określonym terminie strona nie wypowiedziała się co do zebranego materiału dowodowego.

Po ponownym przeanalizowaniu materiału dowodowego Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uznał, że strona prowadziła niedozwoloną reklamę Apteki polegającą na wykładaniu w okresie od (...) r. do (...) r. na sali ekspedycyjnej Apteki ulotek reklamowych: „(...)”, „(...)”, „(...)”, opatrzonych znakiem graficznym „(...)”, używanym przez Aptekę.

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego.

Nie ulega wątpliwości, że w prowadzonej przez stronę Aptecę wykładane były ulotki reklamowe: „(...)”, „(...)”, „(...)”, opatrzone znakiem graficznym „(...)”, używanym przez Aptekę. W pierwszych dwóch wymienionych wyżej ulotkach zamieszczone są produkty lecznicze, suplementy diety, kosmetyki z podaniem ceny oraz informacją, że oferta jest ważna od (...) do (...). Bezsprzeczne jest, że ulotki zostały umieszczone w gablotach na sali ekspedycyjnej Apteki w ilości po 250 sztuk każdego rodzaju, w okresie od (...) r. do (...) r. (Dowód: protokół z kontroli planowej z (...) r. wraz z załącznikami w postaci zdjęć gablot i egzemplarzami ulotek, wyjaśnienia strony z dnia (...) r.).

Poza sporem jest również fakt, iż strona akceptuje formy płatności w postaci (...) (Dowód: wyjaśnienia strony z (...) r.). W braku innych dowodów PWIF za wiarygodne uznał wyjaśnienia strony, że nie jest w stanie ustalić, czy w Aptecę doszło do płatności (...), a także, że nie uczestniczy w akcji (...) i że nie zawierała umowy z (...) sp. z o.o.

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. Wskazywano, że reklamą jest działanie mające na celu zachęcanie potencjalnych klientów do zakupu. 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." Zbieżne stanowisko zajmowała także doktryna np.: M. Koremba w Komentarzu do art. 94a ustawy-Prawo farmaceutyczne, 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 ocenie organu ulotki reklamowe: „(...)”, „(...)”, „(...)”, opatrzone znakiem graficznym „(...)”, używanym przez Aptekę, zachęcają do zakupów w Aptecie. Decydujące znaczenie mają tu dwa elementy. Zamieszczenie w ulotkach znaku słowno-graficznego (...), używanego przez Aptekę oraz informacji, że oferta cenowa obowiązuje jedynie w określonym czasie. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zwraca uwagę, iż w wyroku NSA II GSK 74/14 z 8.04.2015 r. stwierdzono, iż: „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”. Z kolei WSA w wyroku VI SA/Wa 2266/2015 z 13.01.2016 r. wyraził pogląd, że udostępnienie w aptece gazetki z ofertą produktów sprzedawanych po określonej cenie przez podany czas jest przedsięwzięciem mającym na celu motywowanie do korzystania z usług tej właśnie apteki, a więc nosi znamiona działalności reklamowej. Podobnie w wyroku WSA VI SA/Wa 218/17.

Reasumując, wykładanie wyżej opisanych ulotek naruszało art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego.

Jednocześnie Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po przeanalizowaniu sprawy uznał, że sam fakt możliwości akceptowania (...) nie może być zakwalifikowany jako prowadzenie reklamy Apteki. Tym bardziej, że strona nie zawierała umowy z firmą (...) sp. z o.o. obsługującą (...). Brak jest dowodów, które wskazywałyby, że sama możliwość akceptacji (...), podobnie jak akceptacji (...), czy kart płatniczych może wpływać na decyzje pacjentów.

W tej sytuacji PWIF działając na podstawie art. 105 § 1 kpa umorzył postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w (...) niedozwolonej reklamy apteki „(...)” położonej w (...) przy ul. (...) i nałożenia kary, polegającej na akceptowaniu przez Aptekę płatności dokonywanych z wykorzystaniem (...) – z uwagi na brak dowodów na jej prowadzenie. Korzystając z tej samej podstawy prawnej organ umorzył również postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w (...) niedozwolonej reklamy Apteki polegającej na wykładaniu przedmiotowych ulotek - z uwagi na jej nieprowadzenie w chwili wydania decyzji, albowiem ulotki wykładane były do (...) r.

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 ulotki wykładane były w Aptece, zatem ich oddziaływanie ograniczone było do osób, które pojawiają się w Aptece, ewentualnie pacjentów z poza Apteki, którzy takie gazetki (lub informacje z gazetek) otrzymują od osób odwiedzających Aptekę. Również na korzyść strony przyjęto okoliczność, że wykładanie ulotek w gablotach Apteki miało miejsce w krótkim czasie od (...) r. do (...) r. Z kolei na niekorzyść strony przemawia duża ilość wykładanych ulotek po 250 szt. każdego rodzaju. Zrobione w trakcie kontroli planowej zdjęcia gablot pokazują, że (...) r. (ostatni dzień promocji, dzień wykonania zdjęcia) w gablotach jest już tylko po kilkanaście egzemplarzy każdego rodzaju. Zatem ulotki musiały cieszyć się zainteresowaniem pacjentów. Wreszcie za zastosowaniem wyższej kary zadecydował fakt, iż strona wcześniej naruszyła art. 94a prawa farmaceutycznego poprzez wykładanie ulotek w Aptece, co zostało stwierdzone decyzją ostateczną nr (...) /NKP/2017, WIF-GD. (...).2015 z (...) r. nakładającą karę w wysokości (...) zł (karę uregulowano w dniu (...) r.).

Powyższe oznacza, że nakładane wcześniej kary nie spełniły swojej funkcji prewencyjnej. Kara w wysokości (...) zł, co stanowi mniej niż 1/5 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 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.

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/a x 2
- 2) księgowość
- 3) adresat