



WOJEWÓDZKI INSPEKTORAT FARMACEUTYCZNY W GDAŃSKU

ul. Na Stoku 50, 80-874 Gdańsk, tel. 58 300 00 92, fax 58 320 28 58

www.wiif.nowybip.pl

email: wiif-sekretariat@wiif.gdansk.pl

Gdańsk, dnia 16.10.2020 r.

WIF-GD.8523.1.14.2020

Vital BJ sp. z o.o.

Ul. Mickiewicza 23

83-400 Kościerzyna

DECYZJA 9/NKP/2020

Na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1-3 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 Kodeksu postępowania administracyjnego tj. z dnia 20 grudnia 2019 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 256), zwanego dalej kpa

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku:

Stwierdza, że w prowadziła niedozwoloną reklamę apteki o nazwie „ ” położonej w przy ul. (zezwolenie nr WIIIF-GD/8240-Z-115/2002 z 28.02.2002), polegającej na kolportowaniu ulotek „ ”

2. Nakłada na w karę pieniężną **w wysokości 3000 zł (trzy tysiące złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki, o jakiej mowa w punkcie 1.
3. Umarza postępowanie w zakresie nakazania zaprzestania prowadzenia reklamy opisanej w pkt 1 powyżej .

UZASADNIENIE

W dniu 12.08.2020 r. w tut Inspektoracie pozostawiono dwustronną ulotkę o treści na pierwszej stronie: „ ”, informacja o

lokalizacji i godzinach pracy apteki zgodnie z art. 94a ust. 1 zd. 2 Ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo Farmaceutyczne”. Pierwsza strona dodatkowo opatrzona jest logo Apteki i zdjęciem kobiety trzymającej uśmiechnięte małe dziecko. Na drugiej stronie zamieszczony jest plan lokalizacji Apteki, napis: „[REDAKTOWANE], [REDAKTOWANE]” logo Apteki oraz zdjęcie uśmiechniętej pary seniorów. Na ulotce znajduje się odręcznie zrobiona, niepodpisana notatka: „Znaleziono za szybą samochodu na parkingu przy ul. [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE]”. Ulotkę włączono do materiału dowodowego.

Biorąc pod uwagę powyższe PWIF pismem z dnia 14.08.2020 r. zawiadomił stronę o wszczęciu postępowania w zakresie prowadzenie niedozwolonej reklamy Apteki. W zawiadomieniu zadano stronie następujące pytania

- 1) W jakim okresie kolportowane były ulotki?
- 2) W jakiej ilości kolportowane były ulotki?
- 3) Czy ulotki były jeszcze kolportowane w inny sposób i w innym miejscu (parking przy ul. [REDAKTOWANE]) niż opisane w odręcznej notatce na ulotce?
- 4) Czy ulotki są nadal kolportowane, jeżeli tak to w jakiej ilości tygodniowo, w jaki sposób i na jakim obszarze?

W międzyczasie do tut. Inspektoratu wpłynęło pismo Gdańskiej Okręgowej Izby Aptekarskiej (GOIA) z 19.08.2020 r. informujące o kolportowaniu ww. ulotek na ul. [REDAKTOWANE]. Do pisma dołączono zdjęcia. Pismo wraz z załącznikiem włączono do materiału dowodowego.

W piśmie z dnia 25.08.2020 r. strona udzieliła odpowiedzi wyjaśniając, że ulotki kolportowane były przez trzy dni 4 i 6 oraz 12 sierpnia 2020 r., rozdano łącznie 700 sztuk, ulotki były rozdawane na ulicy „do ręki” i wkładane za wycieraczki samochodów. Nie potwierdzono wprost miejsca kolportażu. Dodatkowo strona wyjaśniła, że ulotki zawierały zgodne z prawem informacje o lokalizacji Apteki oraz godzinach jej otwarcia. Do pisma dołączono kopie orzeczenia NSA z 12.03.2020 r. sygn. akt GSK 3613/17.

Pismem z dnia 11.09.2020 r. organ zwrócił się do strony o odpowiedź na następujące pytania:

- 1) W jakim celu na przedmiotowych ulotkach informujących o lokalizacji i godzinach otwarcia Apteki strona umieściła zdjęcie kobiety trzymającej uśmiechnięte małe dziecko oraz zdjęcie uśmiechniętej pary seniorów?
- 2) Czy ulotki były kolportowane jeszcze w innym miejscu niż w okolicy ul. [REDAKTOWANE]

Jednocześnie poinformowano stronę, że w dniu 19.08.2020 r. do PWIF wpłynęło pismo z Gdańskiej Okręgowej Izby Aptekarskiej z informacją o pozostawianiu przedmiotowych ulotek za wycieraczkami samochodów parkujących przy ul. [REDAKTOWANE].

Niezależnie od powyższego PWIF wystąpił do GOIA o podanie daty wykonania zdjęć załączonych do pisma z 19.08.2020 r.

Strona w piśmie 21.09.2020 r. wyjaśniła, że nie kolportowała ulotek w innych miejscach niż wskazanych przez organ. Ponadto podniosła, że wizerunek zdjęcia kobiety trzymającej uśmiechnięte małe dziecko oraz zdjęcie uśmiechniętej pary seniorów jest standardowym elementem logo. Takie zdjęcia widnieją na szyldzie wewnątrz Apteki, czego dowodem są załączone do pisma fotografie. Jediną intencją strony było poinformowanie pacjentów o istnieniu apteki. Dodatkowo strona zarzuciła organowi, że nie wyjaśnił podstawy faktycznej i prawnej wszczęcia postępowania i wyznaczenie zbyt krótkiego terminu do złożenia wyjaśnień.

GOIA w piśmie z dnia 15.09.2020 r. poinformowała, że załączone przez nią zdjęcia do pisma z dnia 19.08.2020 r. zostały zrobione w dniu 12.09.2020 r.

W związku z zamiarem wydanie decyzji PWIF zawiadomił stronę o możliwości wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego.

Strona zapoznała się z zebrany w sprawie materiałem w dniu 5.10.2020 r. jednakże nie składała dodatkowych wyjaśnień.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po przeanalizowaniu materiału dowodowego uznał, że strona prowadziła niedozwoloną reklamę apteki o nazwie „[REDAKTOWANE]” położonej w [REDAKTOWANE] przy ul. [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr WIF-GD/8240-Z-115/2002 z 28.02.2002), polegającej na kolportowaniu ulotek „[REDAKTOWANE]”

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego.

Bezspornym jest, że strona w dniach 4, 5 i 12 sierpnia 2020 r. na terenie Gdańska w obrębie ulic [REDAKTOWANE] kolportowała ulotki: „[REDAKTOWANE]” w ilości 700 sztuk. Pierwsza strona ulotki dodatkowo opatrzona jest logo Apteki i zdjęciem kobiety trzymającej uśmiechnięte małe dziecko. Na drugiej stronie ulotki zamieszczony jest plan lokalizacji Apteki, napis: „[REDAKTOWANE]” logo Apteki oraz zdjęcie uśmiechniętej pary seniorów.

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: hasła, sloganów, spotów TV, ulotek, billboardów, folderów, czy też gazetek”). W wyroku z dnia 13 lutego 2020 r. sygn. akt II GSK 3136/17 stwierdzono, iż Naczelny Sąd Administracyjny przyjmuje w swym orzecznictwie, że reklamą jest każde działanie, które ma na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług (por. np. wyrok z 20 lipca 2017 r., sygn. akt II GSK 2583/15; wyrok z 11 października 2016 r., sygn. akt II GSK 682/15; wyroki z 25 sierpnia 2016 r.: sygn. akt II GSK 97/15 oraz sygn. akt II GSK 550/15; wyrok z 20 stycznia 2015 r., sygn. akt II GSK 1718/13; wyrok z 16 grudnia 2014 r., sygn. akt II GSK 1981/13) i to niezależnie od form i metod tego działania oraz użytych środków (por. np. wyroki z: 28 września 2017 r., sygn. akt II GSK 3346/15; 29 czerwca 2017 r., sygn. akt II GSK 2310/15). Podobnie reklama definiowana jest w art. 2 dyrektywy 2006/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 grudnia 2006 r. dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (Dz.U. UE L 376 z 27 grudnia 2006 r., s. 21). W akcie tym przyjęto, że reklama oznacza przedstawienie w jakiegokolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów w celu wspierania zbytu towarów lub usług, w tym nieruchomości, praw i zobowiązań (por. wyrok NSA z 10 października 2016 r., II GSK 3397/15).

Przedmiotowa sprawa sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy kolportowanie ulotek, w których poza lokalizacją i godzinami otwarcia Apteki dodatkowo zamieszczono logo Apteki, zdjęcie kobiety trzymającej uśmiechnięte małe dziecko oraz zdjęcie uśmiechniętej pary seniorów – może stanowić niedozwoloną reklamę.

W ocenie organu przedmiotowe ulotki nie mieszczą się w pojęciu dozwolonej przez przepisy prawa, z założenia neutralnej, informacji o lokalizacji apteki. O takiej informacji można byłoby mówić, gdyby ulotka nie była opatrzona wspomnianymi zdjęciami. Zdjęcia – zajmujące znaczną część powierzchni ulotki – mają zdaniem organu - zachęcać do skorzystania z oferty Aptek poprzez ocieplanie ich wizerunku, wysyłanie wyraźnego komunikatu, że są to apteki przyjazne, życzliwe, gotowe na współpracę. Z założenia przekaz ma nie tylko informować o lokalizacji Aptek, ale również wpływać na wybory pacjentów. Nie jest to przekaz neutralny. Podnoszony przez stronę fakt, iż ww. zdjęcia umieszczone są również na szyldzie zawieszonym wewnątrz Apteki w ocenie organu nie ma znaczenia. Szyld wewnątrz Apteki nie wpływa na dokonywany przez pacjenta znajdującego się już w Aptece wybór konkretnej apteki. Natomiast na takie wybory wpływać może ulotka otrzymana poza

Apteką, tym bardziej, że przy [REDAKTOWANE] funkcjonuje kilka aptek, ponadto jedna apteka działa przy ul. [REDAKTOWANE] inna przy ul. [REDAKTOWANE]

Tym samym PWIF nie podzielił stanowiska strony jakoby zamieszczenie ww. zdjęć służyło jedynie poinformowaniu pacjentów o istnieniu Apteki.

Przywołane przez pełnomocnika orzeczenie II GSK 3613/17 zapadło w konkretnej sprawie, w innym stanie faktycznym. Z opisu stanu faktycznego tej sprawy wynika, że billboard/ulotki zawierały wyłącznie informacje o lokalizacji apteki i godzinach otwarcia w przeciwieństwie do przedmiotowego billboardu, który opatrzone zostały opisany wyżej zdjęciem.

Z uwagi, że na dzień wydania decyzji reklama nie była już prowadzona postępowanie w zakresie nakazania zaprzestania reklamy zostało umorzone na podstawie art. 105 kpa.

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, ulotki były kolportowane jedynie przez trzy dni (4,5 i 12 sierpnia). Na korzyść stron przemawiał fakt, iż nie naruszyła wcześniej art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego. Na niekorzyść strony przyjęto, że ulotki były kolportowane w okolicy Apteki, obrębem trzech ulic w ilości 700 sztuk. Kara w wysokości 3000 zł w ocenie organu jest odpowiednia do stopnia naruszenia przepisów i powinna zapobiec prowadzeniu podobnej reklamy w przyszłości.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny informuje, że kary pieniężne uiszczą 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 Wojewódzkiego 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