

DECYZJA Nr 5/NKP/2015

Działając na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1 i 3 oraz art. 129b ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą prawo farmaceutyczne;
- art. 104 § 1 i 2 oraz art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego (tekst jednolity z dnia 9 października 2000 r. Dz.U. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.), zwanego dalej kpa.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny postanowił:

1. Nałożyć na firmę _____ o. z siedzibą w _____ ul. _____
_____ arę pieniężną w wysokości 5.000 zł (pięć tysięcy złotych), w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności apteki: _____ w _____ przy ul. _____ (zezwolenie nr _____ z dnia _____ r.), polegającej na umieszczeniu napisu _____ " pod znajdującym się nad wejściem do apteki banerem z napisem: _____
2. Umorzyć postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy Apteki, z uwagi na jego bezprzedmiotowość tj. z uwagi na nieprowadzenie niedozwolonej reklamy Apteki w dniu wydawania przedmiotowej decyzji.

UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem z dnia 2 kwietnia 2015 r. zawiadomił stronę o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie nakazania zaprzestania niedozwolonej reklamy apteki oraz nałożenia kary pieniężnej. Podstawą wszczęcia postępowania było zdjęcie wykonane przez inspektorów farmaceutycznych PWIF w dniu 27.02.2015 r. przedstawiające wejście do apteki _____, na którym widoczny jest pod banerem z nazwą apteki: _____, ogromnej wielkości napis _____.

Ww. zdjęcie wraz z notatką służbową zostało włączone do akt postępowania.

W zawiadomieniu o wszczęciu niniejszego postępowania Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Od jakiego czasu w witrynie apteki umieszczony jest napis _____

2) Czy poza umieszczonym w witrynie napisem „ ” prowadzone są inne działania reklamujące Aptekę? Jeżeli tak, należy opisać jakie są to działania, od jakiego czasu są prowadzone?

W dniu 10.14.2015 r. pełnomocnik strony „ ” zapoznał się z aktami sprawy i zrobił fotokopię dokumentacji. Następnie pismem z dnia 13.04.2015 r. (data wpływu 21.04.2015 r.) strona wniosła o umorzenie postępowania wyjaśniając, że zdjęcie dołączone do akt sprawy dotyczy witryny drogerii, a nie Apteki. Drogeria i Apteka to dwa osobne przedsiębiorstwa. Do Apteki i drogerii prowadzą dwa osobne wejścia. Jednocześnie strona oświadczyła, że nie prowadzi żadnych działań reklamowych Apteki. Strona wniosła o dołączenie do akt sprawy dokumentów dotyczących zezwolenia na prowadzenie Apteki, w szczególności planu i opisu technicznego, a także z lustracji lokalu przeznaczonego na aptekę. Końcowo strona zwróciła się z zapytaniem, jakie czynności PWIF podejmował w okresie od 4.03. do 2.04.2015 r.

Pismem z dnia 23.04.2015 r. organ zwrócił się do strony o udzielenie dodatkowych wyjaśnień tj. odpowiedzi na pytanie od jakiego czasu uwidoczniiony na zdjęciu napis „ ” umieszczony jest w witrynie wskazywanej przez stronę, jako witryna drogerii? Jeżeli napis ten został już zdjęty, zobowiązujemy do podania daty zdjęcia napisu. Wyjaśnił też, że w okresie od 4.03 do 2.04.2015 r. nie podejmował żadnych czynności.

W odpowiedzi z dnia 30.04.2015 r. strona wyjaśniła, że napis został zdjęty 2 marca 2015 r. Ponadto wniosła o przesłuchanie inspektorów PWIF, którzy sporządzili notatkę służbową na okoliczność wykonania zdjęcia, celem ustalenia na jakiej podstawie stwierdzili, że napis wisiał w witrynie Apteki.

PWIF pismem z dnia 27 maja 2015 r. poinformował stronę o możliwości zapoznania się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma. Jednocześnie poinformował, że do akt sprawy na wniosek strony został dołączony znajdujący się w aktach o udzielenie zezwolenia na prowadzenie apteki: „projekt adaptacji lokalu usługowego na aptekę”.

Strona w określonym terminie strona wniosła o umorzenie postępowania i o przeprowadzenie dowodu z zeznań pracownika „ ” okoliczność kiedy i w jakim celu został umieszczony w witrynie drogerii napis „ ” oraz dokonanie oględzin drogerii, na okoliczność wykazania, że apteka i drogeria to dwa osobne przedsiębiorstwa.

Po przeanalizowaniu materiału dowodowego organ stwierdza, że strona prowadziła niedozwoloną reklamę aptek, polegającą na umieszczeniu napisu „ ” pod znajdującym się nad wejściem do Apteki banerem z napisem: „ ”.

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. Bański, 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. 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).

W ocenie organu w przedmiotowej sprawie prowadzenie przez stronę niedozwolonej reklamy sprowadza się na umieszczeniu napisu _____ pod znajdującym się nad wejściem do apteki banerem z napisem: _____ Odnosząc się do zarzutów strony zawartych w piśmie z dnia z dnia 13.04.2015 r. organ po zapoznaniu się z załączonym do wniosku o udzielenie zezwolenia na prowadzenie Apteki: „projektem adaptacji lokalu usługowego na aptekę” nie kwestionuje faktu, iż do sąsiadujących z sobą i stanowiących odrębne przedsiębiorstwa Apteki oraz drogerii prowadzą dwa osobne wejścia PWIF po analizie ww. dokumentu za bezsporne uznał również, że napis: _____ faktycznie został umieszczony w witrynie drogerii (po prawej stronie od drzwi wejściowych drogerii). Niemniej zdaniem organu ustalenie ww. faktów nie ma wpływu na ocenę działań strony. PWIF zwraca uwagę, że zarówno nad witryną Apteki jak i drogerii zawieszony jest ogromny baner z napisem _____”. Na banerze nie ma informacji, z której wynikałoby, że wejście z lewej strony to wejście do Apteki. natomiast wejście z prawej strony do wejście do drogerii, tym samym, że napis: _____ odnosi się wyłącznie do oferty drogerii. Podobnych komunikatów, które pozwalałyby potencjalnym nabywcom leków na odróżnienie Apteki od drogerii i właściwe odczytanie napisu: _____ brak jest również na drzwiach wejściowych oraz w witrynach Apteki i drogerii. W efekcie potencjalny pacjent, który z oczywistych względów nie ma wiedzy na temat dokumentów załączonych do udzielenia zezwolenia na prowadzenie Apteki, będzie za pośrednictwem banera kojarzył napis: _____ z Apteką, a nie z drogerią, która faktycznie sąsiaduje z Apteką. Innymi słowy stworzony przez stronę na wejściu do Apteki i drogerii układ komunikatu może wpływać na wybór przez potencjalnych pacjentów tej konkretnej Apteki, co stanowi niedozwoloną reklamę w rozumieniu art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego. Organ

podkreśla, że strona ma prawo umieszczania informacji handlowych w witrynach drogerii, niemniej w przedmiotowej sprawie, w sytuacji prowadzenia dwóch sąsiadujących ze sobą przedsiębiorstw Apteki i drogerii strona powinna była zadbać o to, aby potencjalny pacjent nie miał wątpliwości, że komunikat: dotyczy tylko i wyłącznie oferty drogerii, a nie oferty Apteki. Tego jednak nie uczynił.

Odnośnie składanych wniosków dowodowych organ wydał postanowienie z dnia 24 września 2015 r.

Ponieważ zgodnie z zapewnieniami strony i ustaleniami własnymi organu strona od 15.10.2014 r. zaprzestała wykładania przedmiotowych ulotek, postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy należało uznać za bezprzedmiotowe, stąd też postępowanie w tej części zostało umorzone na podstawie art. 105 § 1 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.

Organ przyjął, iż napis był umieszczony w okresie od 27.02.2015 r. (data zrobienia zdjęcia) do 15.10.2014 r., a więc stosunkowo niedługo, co na pewno wpływa na korzyść strony. Ponadto PWIF za korzystną dla strony przyjął okoliczność, że siła oddziaływania napisu ograniczała się wyłącznie do osób, które znalazły się w zasięgu wzroku napisu. Zatem siła oddziaływania była znacznie mniejsza, niż w przypadku np. dystrybucji ulotek poza lokalem Apteki. Na niekorzyść strony przemawia z kolei fakt, iż wobec strony nałożono już karę w wysokości 20.000 zł za prowadzenie niedozwolonej reklamy: decyzja Nr 9/NKP/2014 z dnia 23 grudnia 2014 r. Powyższe oznaczają, że dotychczasowe działania organu nie dały pożądanego skutku zakładanego ustawą, mianowicie nieprowadzenie niedozwolonej reklamy. W tej sytuacji organ karę w wysokości 5.000 zł uznał za właściwą.

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 **25 10101 1140 0159 7422 3100 0000**

Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe. Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami za zwłokę następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

POUCZENIE

Od decyzji przysługuje stronie odwołanie od Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za moim pośrednictwem, w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania.

Otrzymują:

1. adresat

② aa x 2

POMORSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

Grażyna Mazurowska