

Gdańsk, dnia 6 września 2017 r.

WIF-GD.8523.1.13.2017

[REDAKTOWANE]

DECYZJA Nr 14 /NKP/2017

Na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1, 2, 3, 4 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 2142), zwanej dalej prawem farmaceutycznym;
- art. 104 § 1 i 2 Kodeksu postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U.2016 poz.23z późn. zm.), zwanego dalej kpa

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku:

1. Stwierdza, że [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] prowadzi niedozwoloną reklamę ogólnodostępnej apteki o nazwie „[REDAKTOWANE]” położonej w [REDAKTOWANE] przy [REDAKTOWANE] (zezwolenie nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE] r.), polegającą na wywieszeniu na fasadzie budynku przy ul. [REDAKTOWANE] wielkoformatowego, czerwonego banera o treści „[REDAKTOWANE]” ze strzałką i napisem „30m” oraz z kielichem oplecionym eskulapem.
2. Nakazuje firmie [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] zaprzestanie prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki o nazwie [REDAKTOWANE]” położonej przy [REDAKTOWANE], polegającej na wywieszeniu na fasadzie budynku przy [REDAKTOWANE] wielkoformatowego, czerwonego banera o treści [REDAKTOWANE]” ze strzałką i napisem „30m” oraz z kielichem oplecionym eskulapem.
3. Nakłada na firmę [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] karę pieniężną w wysokości 15.000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy opisanej w punkcie 1 powyżej.
4. Nadaje decyzji w części wskazanej w punkcie 2 powyżej rygor natychmiastowej wykonalności.

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 19.07.2017 r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku wszczął z urzędu postępowanie w zakresie prowadzenia przez stronę niedozwolonej reklamy apteki. Podstawą wszczęcia postępowania była informacja, jaką w dniu 18 lipca 2017 r. PWIF powziął od Gdańskiej Okręgowej Izby Aptekarskiej, że dnia 17.07.2017 r. [REDAKTOWANE] wywiesiła na fasadzie budynku przy ul. [REDAKTOWANE] gigantycznych rozmiarów baner o treści: [REDAKTOWANE]

██████████ ze strzałką i napisem „30m”. Do pisma GOIA dołączyła zdjęcia banera. Pismo GOIA oraz zdjęcie zostało włączone do materiału dowodowego.

Mając na uwadze powyższe oraz 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 baner nadal wisi na fasadzie budynku przy ul. ██████████ w ██████████, jeżeli nie, to kiedy został zdjęty?
- 2) Kiedy baner został zawieszony na ww. fasadzie?

Firma ██████████ w swoim piśmie z dnia 27.07.2017 r. (wpływ 9.08.2017 r.) wyjaśniła, że baner w dalszym ciągu wisi na fasadzie budynku przy ul. ██████████ w ██████████. Baner został zawieszony w dniu 14.07.2017 r. Zdaniem strony baner zawiera dozwolone treści, o jakich mowa w art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego tj. informację o lokalizacji apteki.

Pismem z dnia 16.08.2017 r. organ zawiadomił stronę o możliwości wypowiedzenia się co do zebranego w sprawie materiału dowodowego. W wyznaczonym terminie tj. do 29.08.2017 r. strona nie wniosła uwag i zastrzeżeń.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po przeanalizowaniu materiału dowodowego uznał, że strona prowadziła niedozwoloną reklamę Apteki.

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego.

Poza sporem jest ustalenie, że strona na fasadzie budynku przy ul. ██████████ wywiesiła gigantycznych rozmiarów (pokrywający elewację na wysokości odpowiadającej dwóm piętrům) czerwony baner o treści „██████████” ze strzałką i napisem „30m” oraz z kielichem oplecionym eskulapem. Bezspornym jest również, że baner został zawieszony w dniu 14.07.2017 r. i wisiał do dnia wydania decyzji.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia strony spór sprowadza się od odpowiedzi na pytanie, czy zawieszenie przedmiotowego banera na elewacji budynku może być uznane za niedozwoloną reklamę w świetle art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego.

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”).

Należy zgodzić się ze stroną, iż nie stanowi zakazanej reklamy apteki informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki. Jednak zdaniem organu intencją ustawodawcy było wyłącznie spod zakazu prowadzenia reklamy aptek jedynie takich treści, które z względu na zakres informacji oraz formę ich podania - są dla pacjenta neutralne, co oznacza, że nie wpływają na podejmowane przez niego decyzje dotyczące zakupu leków. W przedmiotowej sprawie informacja o nazwie i adresie Apteki jest podawana w bardzo ekspansywny, agresywny i przede wszystkim wyróżniający się - w stosunku do innych aptek - sposób, typowy dla działań reklamowych o czym świadczy zastosowanie wielkogabarytowego czerwonego banera, pokrywającego całą elewację budynku, którego wysokość sięga dwóch pięter. Według PWIF celem działań strony jest dotarcie do jak największej liczby osób, w tym tych które tej informacji nie szukają. Baner ma zwrócić uwagę tych osób i zapaść w ich pamięci. W ocenie PWIF w przedmiotowej sprawie warstwa reklamowa banera przeważa nad warstwą informacyjną. Celem tak prowadzonej reklamy jest w istocie zachęcenie pacjentów do skorzystania z oferty apteki.

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 strona dotąd nie naruszyła zakazu prowadzenia reklamy apteki. Na niekorzyść strony należało przyjąć okoliczność, że wielkogabarytowy czerwony baner wisi od 14.07.2017 r. na jednej z głównych i najbardziej ruchliwych arterii Gdańska. Widoczny jest w promieniu paruset metrów przez przechodniów, kierowców, osoby korzystające z komunikacji miejskiej oraz mieszkańców kamienic położonych po przeciwnej stronie ulicy, tym samym jego możliwości oddziaływania na decyzje pacjentów są w ocenie organu dosyć duże. PWIF wziął również pod uwagę fakt, iż strona mimo wszczęcia postępowania nie zdecydowała się banera usunąć. Kara w wysokości 15.000 zł 3/5 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, 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 od Głównego Inspektora Farmaceutycznego. Odwołanie od decyzji należy złożyć za pośrednictwem Pomorskiego Inspektora Farmaceutycznego w Gdańsku, w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania.

Otrzymują:

1. adresat
2. aa x 2