

Gdańsk, dnia 2 marca 2017 r.

WIF-GD.8523.1.34.2016

[REDAKTOWANE]

DECYZJA Nr 3 / NKP / 2017

Na podstawie:

- art. 112 ust. 3 oraz art. 129b ust. 1 w zw. z art. 94a ust. 1-4 oraz i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tj. Dz. U. z 2016 r. poz. 2142), zwanej dalej prawem farmaceutycznym;
- art. 104 § 1 i 2 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 w Gdańsku:

1. Stwierdza, że [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] prowadziła niedozwoloną reklamę działalności apteki [REDAKTOWANE] położonej w [REDAKTOWANE] przy ul. [REDAKTOWANE] - polegającej na zleceniu firmie ETER-MED automatycznego odtwarzania po połączeniu się z infolinią przychodni ETER-MED (nr tel. 583202600) - nagrania zachęcającego do odwiedzenia Apteki.
2. Nakłada na [REDAKTOWANE] z siedzibą [REDAKTOWANE] karę pieniężną **w wysokości 35.000 zł (trzydzieści pięć tysięcy złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki opisanej w punkcie 1.

UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem dnia 14 grudnia 2016 r. zawiadomił stronę o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie nałożenia kary w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy apteki [REDAKTOWANE] położonej w [REDAKTOWANE] przy ul. [REDAKTOWANE]. W zawiadomieniu wyjaśniono, iż w dniu 8.09.2016 r. PIWF powziął informację, że przy telefonicznym łączeniu się z przychodnią ETER-MED (nr tel. 583202600) automatycznie włącza się reklama apteki [REDAKTOWANE] przy ul. [REDAKTOWANE]. Organ zarejestrował nagranie i włączył do materiału dowodowego. Do akt włączono również wyjaśnienia firmy ETER-MED z 16.11.2016 r., z których wynika, że nagranie już usunięto i że nagranie zostało umieszczone na infolinii na prośbę [REDAKTOWANE]..

Mając na uwadze powyższe oraz treść art. 7 i art. 77 Kodeksu postępowania administracyjnego Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Komu (nazwa i adres firmy) zostało zleczone stworzenie nagrania?
- 2) Kiedy nagranie zostało przekazane NZOZ ETER-MED?

Strona nie udzieliła jakiegokolwiek odpowiedzi.

Z związku z zamiarem wydanie decyzji organ pismem z dnia 15.02.2017 r., doręczonym w dniu 21.02.2017 r., powiadomił stronę o możliwości zapoznania się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym i wniesienia uwag.

Strona nie skorzystała ze swoich uprawnień.

Po przeanalizowaniu materiału dowodowego PWIF uznał, iż strona prowadziła niedozwoloną reklamę polegającą na zleceniu firmie ETER-MED automatycznego odtwarzania na infolinii przychodni ETER-MED. (nr tel. 583202600) nagrania zachęcającego do odwiedzenia Apteki.

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego. Zgodnie z wyjaśnieniami NZOZ ETER-MED sp. z o.o. z dnia 16.11.2016 r. w okresie od początku czerwca do listopada 2016 r. w trakcie połączenie z infolinią przychodni ETER-MED (nr tel. 583202600) odtwarzano informację dotyczącą apteki [REDAKTOWANE] położonej w [REDAKTOWANE] przy ul. [REDAKTOWANE]. Firma ETER-MED wskazała, że ww. informację odtwarzano na prośbę [REDAKTOWANE]. W okresie od czerwca do października 2016 r. na numer tel. 583202600 przypadało około 2000 połączeń miesięcznie. Zabezpieczone przez organ nagranie zarejestrowane na znajdującej się w aktach sprawy płycie CD zawiera między innymi następujący zapis: „Już otwarta nowa apteka w placówce przy ulicy [REDAKTOWANE], farmaceuci [REDAKTOWANE] zapraszają”.

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 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.*) - posilkując 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 zachęcenie 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 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." 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 informacja, jaka była odtwarzana w trakcie połączenia z infolinią NZOZ ETTER-MED, zachęcała do skorzystania z apteki ██████████ Świadczy o tym zarówno jej treść, jak i forma, w jakiej została przedstawiona. Zdaniem PWIF zachętą do wyboru Apteki jest już samo sformułowanie: „Już nowa otwarta...” sugerujące odbiorcy, że tego otwarcia oczekiwali oraz fraza „... farmaceuci ██████████ zapraszają”. Również sposób wypowiedziania ww. informacji tj. tempo oraz intonacja nie pozostawia odbiorcy obojętnym, jest to sposób charakterystyczny dla reklam, jakie można usłyszeć w radio. Reasumując, nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do skorzystania z Apteki. W tej sytuacji nie było podstaw do uznania, że mamy do czynienia z niestanowiącym zakazanej reklamy, z założenia neutralnym komunikatem tj. informacją o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

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 nagranie zostało usunięte z infolinii zaraz po wszczęciu postępowania wobec ETTER-MED. Na niekorzyść strony przyjęto, iż nagranie było odtwarzane w okresie pięciu miesięcy, z częstotliwością około 2000 razy w miesiącu, zatem nagrania mogło wysłuchać nawet do 10.000 osób. Wreszcie za zastosowaniem wysokiej kary zadecydował fakt, iż strona już dwukrotnie naruszyła art. 94a prawa farmaceutycznego tj. decyzji PWIF z 30.09.2015 nr 5/NKP/2015 utrzymana w mocy przez GIF decyzją z dnia 27.01.2017 GIF-P-L-0740/502-6/RD/15 (kara 5.000 zł) oraz decyzją PWIF z 23.12.2014 9/NKP/2014, zmienioną decyzją GIF GIF-P-L-0740/309-4/SzP/15 (kara 10.000 zł). Powyższe oznaczają, że nakładane wcześniej kary nie spełniły swojej funkcji prewencyjnej. Kara w wysokości 35.000 zł 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 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. Odwołanie od decyzji należy złożyć za pośrednictwem Pomorskiego Inspektora Farmaceutycznego w Gdańsku, w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania.

Otrzymują:

1.adresat

2.a/a x 2