

Gdańsk, dnia 2marca 2017 r.

WIF-GD.8523.1.5.2017

██████████
████████████████████
████████████████
████████████████████ ████████████████████
████████████████

DECYZJA Nr 4 / NKP / 2017

Na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1-4 oraz art. 129b ust. 1 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. Nakazuje zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki ██████████ położonej w ██████████ przy ul. ██████████ (zezwoleni nr ██████████ z ██████████), polegającej zamieszczenie w witrynie Apteki widocznego od zewnątrz plakatu o treści: „TU DOSTANIESZ. LEKI ZA DARMO. PO UKOŃCZENIU 75 LAT. O SZCZEGÓŁY PYTAJ FARMACEUTĘ”.
2. Nakłada na ██████████ z siedzibą w Warszawie karę pieniężną **w wysokości 40.000 zł (czterdzieści tysięcy złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki opisanej w punkcie 1.

UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem z dnia 8 lutego 2017 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 dnia ██████████). Jak wyjaśniono w zawiadomieniu w dniu 14.10.2016 r. jeden z inspektorów farmaceutycznych z Pomorskiego Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego zauważył, że na widocznej od zewnątrz witrynie apteki „██████████” przy ul. ██████████ zamieszczony jest napis: „TU DOSTANIESZ. LEKI ZA DARMO PO UKOŃCZENIU 75 LAT. O SZCZEGÓŁY PYTAJ FARMACEUTĘ”, przy czym ostatnie zdanie zostało zamieszczone niewielką - w porównaniu do pozostałej treści plakatu - czcionką. Na tę okoliczność została sporządzona notatka służbowa oraz zostało wykonane zdjęcie witryny, które zostały włączone do akt sprawy.

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 pytanie od jakiego czasu i czy nadal w witrynie Apteki umieszczony jest ww. napis? Jeżeli został już zdjęty, organ zobowiązał do podania daty zdjęcia wywieszki.

Na pytanie nie udzielono odpowiedzi, natomiast w dniu 13.02.2017 r. do organu wpłynęło pismo strony zatytułowane „skarga”, w którym strona oświadczyła, że nie może złożyć żadnych wyjaśnień, ponieważ pełnomocnikowi [REDAKTOWANE] odmówiono zapoznania się z aktami.

Następnie organ włączył do akt sprawy korespondencję prowadzoną z Mazowieckim Oddziałem Wojewódzkim Narodowego Funduszu Zdrowia dotyczącą wysłanego wszystkim aptekom komunikatu SZOI z 14.11.2016 r. z prośbą o wydrukowanie plakatu NFZ, informującego o bezpłatnych lekach dla seniorów od 1.09. (zapytanie PWIF, odpowiedź MOW NFZ z załącznikiem w postaci plakatu).

Z związku z zamiarem wydania decyzji organ pismem z dnia 15.02.2017 r. poinformował stronę o możliwości zapoznania się z materiałem dowodowym. Niezależnie od powyższego PIWF wskazał, iż z kopii załączonego do pisma z 30.01.2017 r. pełnomocnictwa wynika, że zostało udzielone w dniu 26.11.2016 r. tj. jeszcze przed wszczęciem niniejszego postępowania i dotyczy prawa wglądu we wszystkie akta spraw prowadzonych przez PWIF. Powyższe rodzi wątpliwości, czy przedstawione w załączeniu pełnomocnictwo upoważnia do wglądu w akta spraw, które w tym czasie jeszcze nie były prowadzone. PWIF poinformował, że nie ma przeszkód, aby pan [REDAKTOWANE] zapoznał się z aktami niniejszej sprawy po przedstawieniu pełnomocnictwa (udzielonego przez osoby uprawnione do reprezentowania strony), z którego będzie jednoznacznie wynikało upoważnienie do wglądu w akta przedmiotowego postępowania.

W dniu 28.02.2017 r. strona, za pośrednictwem swojego pełnomocnika upoważnionego do +przeglądania akt, wykonała fotokopie akt. Do dnia wydania decyzji strona nie wносиła wyjaśnień.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po przeanalizowaniu materiału dowodowego uznał, że strona prowadzi niedozwolona reklamę Apteki.

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego. Bezspornym jest, iż w witrynie Apteki umieszczono widocznym od zewnątrz plakat z napisem: „TU DOSTANIESZ. LEKI ZA DARMO PO UKOŃCZENIU 75 LAT. O SZCZEGÓŁY PYTAJ FARMACEUTĘ”, przy czym ostatnie zdanie zostało zamieszczone niewielką - w porównaniu do pozostałej treści plakatu - czcionką. Nie ulega wątpliwości, że nie był to plakat, o którego zamieszczenie zwracał się NFZ w komunikacie SZOI z dnia 14.11.2016. Plakat ten opatrzony oznaczeniem Ministerstwa Zdrowia jedynie informuje o bezpłatnych lekach dla seniorów (tj. osób powyżej 75 roku życia) od 1 września, wyjaśniając, jak będzie wyglądała recepta. Plakat NFZ nie zawiera komunikatu, że w aptece, która wywiesi taki plakat będzie można nabyć bezpłatne leki. NFZ wyjaśnił, że do aptek nie były rozsyłane za pośrednictwem SZOI plakaty o innej treści, niż plakat załączony do pisma.

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 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 plakat z napisem: *„TU DOSTANIESZ. LEKI ZA DARMO PO UKOŃCZENIU 75 LAT. O SZCZEGÓŁY PYTAJ FARMACEUTĘ”*, wychodzi poza zakres informowania pacjentów o bezpłatnych lekach po 1.09.2016 r. O ile przesyłany apteką plakat NFZ jest w swojej treści neutralny z punktu widzenia art. 94a prawa farmaceutycznego tj. w żaden sposób nie zachęca do wyboru apteki, która taki plakat powiesi, o tyle plakat zamieszczony przez stronę w sposób ewidentny komunikuje, że to właśnie w Aptece, w dorozumieniu tej, a nie innej, można nabyć bezpłatne leki. Niewątpliwie zachęta do skorzystania z Apteki przeważa nad warstwą informacyjną. Zdaniem PWIF strona rezygnując z zamieszczenia plakatu NFZ i jednocześnie zamieszczając plakat o wskazanej wyżej treści wykorzystywała akcję informacyjną NFZ do promowania własnej Apteki. Reasumując, treść plakatu zachęca do nabycia bezpłatnego leku w Aptece, zatem narusza art. 94a prawa farmaceutycznego.

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 plakat jest umieszczony w witrynie, zatem ma z oczywistych względów ograniczony zasięg oddziaływania. Na niekorzyść strony przyjęto, iż do chwili obecnej plakat nie został usunięty. Wreszcie za zastosowaniem bardzo wysokiej kary zadecydował fakt, iż strona już dwukrotnie naruszyła art. 94a prawa farmaceutycznego: decyzja 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 decyzja PWIF z 23.12.2014 9/NKP/2014, zmienioną decyzją GIF GIF-P-L-0740/309-4/SzP/15 (kara 10.000 zł). Ponadto prowadzone jest przez organ kolejne postępowanie o nałożenie kary WIF-GD.8523.1.34.2016. Powyższe oznacza, że nakładane wcześniej kary nie spełniły swojej funkcji prewencyjnej. Kara w wysokości 40.000 zł w ocenie organu jest odpowiednia do stopnia naruszenia przepisów i powinna właściwie spełniać ww. funkcje prewencyjne.

Na podstawie art. 94a prawa farmaceutycznego punktowi 1 sentencji decyzji nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.

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 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.aa x 2