

Gdańsk, dnia 9 marca 2017 r.

WIF-GD.8523.1.27.2016

[REDAKTOWANE]  
[REDAKTOWANE]  
[REDAKTOWANE]

### DECYZJA Nr 7 /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 oraz art. 105 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] prowadził niedozwoloną reklamę działalności apteki [REDAKTOWANE] położonej w [REDAKTOWANE] przy ul. [REDAKTOWANE], polegającą na automatycznym odtwarzaniu w trakcie połączenia z infolinią przychodni [REDAKTOWANE] (nr tel. [REDAKTOWANE]) nagrania zachęcającego do odwiedzenia Apteki.
2. Umarza postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy aptek opisanych pkt 1 powyżej, z uwagi na jego bezprzedmiotowość, to jest z powodu zaprzestania prowadzenia reklamy apteki przed wydaniem niniejszej decyzji.
3. Nakłada na [REDAKTOWANE] karę pieniężną w wysokości 1000 zł (tysiąc złotych), w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki opisanej w punkcie 1.

#### UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem dnia 4 listopada 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 [REDAKTOWANE]. W zawiadomieniu wyjaśniono, iż w dniu 8.09.2016 r. PIWF powziął informację, że przy telefonicznym łączeniu się z infolinią przychodni [REDAKTOWANE] (nr tel. [REDAKTOWANE]) automatycznie włącza się reklama apteki [REDAKTOWANE] przy ul. [REDAKTOWANE]. Organ ustalił, że po wybraniu numeru [REDAKTOWANE] można usłyszeć automatycznie odtwarzające się nagranie zachęcające do odwiedzenia nowo otwartej apteki [REDAKTOWANE] przy ul. [REDAKTOWANE]. Zarejestrowane nagranie zostało włączone do materiału dowodowego.

Pismem z dnia 16.11.2016 r. strona wyjaśniła, że nagranie ma charakter informacyjny zgodnie z treścią art. 94a prawa farmaceutycznego. Nagranie było odtwarzane losowo w okresie od czerwca do listopada 2016, przy ilości połączeń około 2000 miesięcznie. Strona dodała, że to [REDAKTOWANE]

skontaktowała się z i poprosiła o udostępnienie przedmiotowej informacji na

Po zapoznaniu się z odpowiedzią strony organ wezwał do udzielenia wyjaśnień dotyczących okoliczności odtwarzania nagrania. Firma nie udzieliła odpowiedzi.

Z związku z zamiarem wydania decyzji organ pismem z dnia 22.02.2017 r. (doręczonym w dniu 27.02.2017 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 odtwarzaniu w trakcie łączenia się telefonicznego z infolinią przychodni nagrania zachęcającego do odwiedzenia Apteki.

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego. Zgodnie z wyjaśnieniami NZOZ z dnia 16.11.2016 r. w okresie od początku czerwca do listopada 2016 r. w trakcie połączenia z infolinią przychodni (nr tel. ) odtwarzano informacje dotyczącą apteki położonej w przy ul. Firma wskazała, że ww. informację odtwarzano na prośbę W okresie od czerwca do października 2016 r. na numer tel. 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, farmaceuci 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 i godzinach pracy apteki. Przyniesione 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: hasel, sloganów, spotów TV, ulotek, billboardów, folderów, czy też gazetek”).

W ocenie organu informacja, jaka była odtwarzana w trakcie połączenia z infolinią NZOZ [REDAKTOWANE] zachęcała do skorzystania z apteki [REDAKTOWANE]. 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 [REDAKTOWANE] zapraszają”. Również sposób wypowiedzania ww. informacji tj. tempo oraz intonacja nie pozostawia odbiorcy obojętnym, jest to sposób charakterystyczny dla reklam, jakie można usłyszeć w radio. Zachęta do odwiedzenia Apteki zdecydowanie przeważała nad warstwą informacyjną. W tej sytuacji nie można było uznać, że mamy do czynienia z niestanowiącym zakazanej reklamy, z założenia neutralnym komunikatem tj. informacją o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego, czego strona musiała mieć świadomość. Z akt postępowania o wydanie zezwolenia na prowadzenie Apteki wynika, że Apteka korzysta z lokalu wynajmowanego od powiązanego ze stroną podmiotu [REDAKTOWANE] NIERUCHOMOŚCI sp. z o.o. Biorąc pod uwagę powyższe, w szczególności doświadczenie życiowe należało uznać, że zarówno stronie, jak i firmie [REDAKTOWANE] wspólnie zależało na zainteresowaniu potencjalnych pacjentów zarówno przychodnią, jak i Apteką.

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 informacja zaraz po wszczęciu postępowania wobec [REDAKTOWANE] została usunięta. Okolicznością przemawiającą za zastosowaniem niskiej kary jest również fakt, iż strona nie naruszała wcześniej zakazu reklamy aptek, wyrażonego w art. 94a prawa farmaceutycznego, a inicjatorem umieszczenia reklamy była firma [REDAKTOWANE]. 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. Kara w wysokości 1.000 zł, stanowiąca 1/50 najwyższego 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 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