

Gdańsk, dnia 26 marca 2018 r.

WIF-GD.8523.1.5.2017

.....

Adres do korespondencji

.....

DECYZJA Nr 3/NKP/2018

Na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1, 2, 3, 4 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy Prawo farmaceutyczne tj. z 30.10.2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 2211), zwanej dalej prawem farmaceutycznym;
- art. 104 § 1 i art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego tj. z 8.06.2017 r. (Dz.U. 2017 poz.1257), zwanego dalej kpa

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku:

1. Stwierdza, że z siedzibą (KRS) prowadziła niedozwoloną reklamę aptekipołożonej w przy ul. (zezwolenie z), polegającą na zamieszczeniu w witrynie Apteki widocznego od zewnątrz plakatu o treści:
2. Umarza postępowanie dotyczące nakazania zaprzestania prowadzenia przez z siedzibą (KRS) niedozwolonej reklamy, o jakiej mowa w punkcie 1 powyżej - z uwagi na jej nieprowadzenie w chwili wydania decyzji.
3. Nakłada na z siedzibą (KRS) karę pieniężną **w wysokości 25.000 zł (dwadzieścia pięć tysięcy złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki opisanej w punkcie 1 powyżej.

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 tą 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 zobowiązań 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 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 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).

Na podstawie zebranego materiału dowodowego organ w dniu 2.03.2017 r., wydał decyzję nr 4/NKP/2017, w której nakazał zaprzestania prowadzenia reklamy apteki i nałożył karę pieniężną w wysokości 40.000 zł.

W wyniku złożonego odwołania Główny Inspektor Farmaceutyczny decyzją z dnia 9.10.2017 r. nr GIF-P-L-0740/220-4/KBU/17, uchylił decyzję PWIF i skierował sprawę do ponownego rozpatrzenia zalecając ustalenie okresu umieszczenia plakatu oraz zapewnienie stronie możliwość udziału w postępowaniu, a także zalecając zweryfikowanie wysokości nałożonej kary w świetle art. 129b ust. 2 prawa farmaceutycznego.

Ponownie rozpatrując sprawę PWIF pismem z dnia 15.01.2018 r. zawiadomił stronę o przeprowadzeniu dowodu z zeznań świadka (kierownika Apteki) oraz wezwał w trybie art. 50 kpa do odpowiedzi na następujące pytanie: Od jakiego czasu i czy nadal w witrynie Apteki umieszczony jest napis: „TU DOSTANIESZ LEKI ZA DARMO. PO UKOŃCZENIU 75 LAT. O SZCZEGÓŁY PYTAJ w Aptece”? Jeżeli plakat został już zdjęty, należało podać datę zdjęcia wywieszki.

W odpowiedzi z dnia 1.02.2018 r. strona zwróciła się z zapytaniem kto jest stroną postępowania i w jakim charakterze ma złożyć wyjaśnienia na piśmie. W tej sytuacji Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem z dnia 13.02.2018 r. (doręczonym w dniu 23.02.2018 r.) udzielił stronie odpowiedzi. Mimo to, strona nie złożyła wyjaśnień.

W dniu 21.02.2017 r. organ, w obecności pełnomocnika strony (pełnomocnictwo obowiązujące do 10.03.2018 r.) przeprowadził dowód z zeznań świadka. zeznała: „Plakat na prośbę firmy został zawieszony w drugiej połowie 2016 r., ok. listopada. Po kilku dniach firma nakazała mi zdjęcie plakatu. Plakat został zawieszony w związku z tym, że NFZ nakazał zamieszczenie takiej informacji. Plakat został przesłany kurierem z firmy”.

Pismem z dnia 21.02.2018 r. (doręczone 8.03.2018 r.) PWIF poinformował pełnomocnika strony o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów w terminie 7 dni od otrzymania zawiadomienia. W określonym terminie pełnomocnik strony złożył pismo datowane na 28.02.2018 r., w którym wniósł o wystąpienie do Biura Prasy i Promocji Ministerstwa Zdrowia z zapytaniem w jaki sposób winno się informować pacjentów o możliwości nabycia bezpłatnych leków. A gdyby PWIF odmówił wystąpienia, strona wnosiła o zawieszenie postępowania do czasu otrzymania odpowiedzi. Dodatkowo strona wniosła o przeprowadzenie mediacji, który celem powinno być wyjaśnienie dopuszczalności stosowania plakatów, sposobu informowania, że apteka posiada umowę z NFZ. Strona podkreśliła, że plakat został zawieszony po komunikacie NFZ i został zdjęty zaraz po otrzymaniu informacji, że PWIF kwestionuje taką formę komunikowania. Końcowo na podstawie art. 189f § 1 kpa pełnomocnik wniósł o odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej i poprzestaniu na pouczeniu.

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

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego. Bezsprzeczne 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. Plakat ten wisiał co

najmniej 14.10.2016 r. Z uwagi że zdjęcia plakatu zostały wykonane przez inspektora PWIF w dniu 14.10.2016 r. organ nie dał wiary wyjaśnieniom świadka, iż plakat został umieszczony w listopadzie 2016 r. a także wyjaśnieniom pełnomocnika z dnia 28.02.2018 r., jakoby plakat został wywieszony po otrzymaniu komunikatu NFZ. Zgodnie z pismem z NFZ z 10.01.2017 r. (WYCH-24354/2017), NFZ przesłał za pośrednictwem SZOI jeden komunikat w dniu 14.11.2016 r. Inaczej niż strona organ ustalił prawdopodobną datę zdjęcia plakatu. Świadek zeznała, że zdjęła plakat na polecenie firmy. Z kolei pełnomocnik oświadczył, że decyzja o usunięciu plakatu została podjęta po otrzymaniu sygnału, że PWIF kwestionuje treść plakatu. Organ wszczął postępowania w dniu 8.02.2018 r., Zawiadomienie o wszczęciu postępowania zostało odebrane w dniu 15.02.2018 r. Biorąc pod uwagę powyższe PWIF uznał, że plakat wisiał przez okres 4 miesięcy, a nie jak twierdzi świadek – kilka dni.

Nie ulega wątpliwości, że nie był to plakat, o którego zamieszczenie zwracał się NFZ w komunikacie z dnia 14.11.2016. Jak wynika z pisma NFZ z 10.01.2017 r. (WYCH-24354/2017) plakat opatrzone 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 aptecce, która wywiesi taki plakat będzie można nabyć bezpłatne leki. NFZ wyjaśnił, że do aptek nie były rozsyłane za pośrednictwem plakaty o innej treści, niż plakat załączony do pisma.

Z uwagi na jednoznaczną treść pisma NFZ nie było potrzeby występowania – zgodnie z wnioskiem strony – o udzielenie wyjaśnień w zakresie sposobu informowania pacjentów o możliwości nabycia bezpłatnych leków.

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 aptecce - 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 wykorzystwała akcję informacyjną NFZ do promowania własnej Apteki. Reasumując, treść plakatu zachęca do nabycia bezpłatnego leku w Aptece, zatem narusza art. 94a prawa farmaceutycznego. Z uwagi jednak na fakt, iż plakat został już usunięty, postępowanie w zakresie nakazania zaprzestania prowadzenia reklamy należało umorzyć 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.

Określając wysokość kary organ na korzyść strony uwzględnił fakt, iż plakat był umieszczony w witrynie, zatem ma z oczywistych względów ograniczony zasięg oddziaływania. Na niekorzyść strony przyjęto fakt, iż plakat wisiał przez prawie cztery miesiące. 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 25.000 zł w ocenie organu jest odpowiednia do stopnia naruszenia przepisów i powinna właściwie spełniać ww. funkcje prewencyjne.

W ocenie organu w sprawie nie mogły mieć zastosowania przepisy art. 189f kpa. Po pierwsze przywołany przepis jest znajduje się w dziale IVA kpa, którego przepisy w myśl art. 189a § 2 kpa stosuje się, o ile przesłanki kary pieniężnej nie zostały uregulowane w innych przepisach. W tym wypadku przesłanki wymierzania kary zostały wskazane w art. 129b prawa farmaceutycznego. Po drugie, w ocenie organu, biorąc pod uwagę treść plakatu (różniącą się od treści plakatu NFZ) i czas jego eksponowania – nie można było uznać, że waga naruszenia jest znikoma (art. 189f § 1 pkt 1kpa).

Końcowo organ wyjaśnia, że w sprawie nie można było zastosować mediacji, o jakiej mowa w art. 96a § 1 i 96a § 3 kpa. W myśl ww. przepisu w toku postępowania może być przeprowadzona mediacja, jeżeli pozwala na to charakter sprawy. Przyjmuje się, że tzw. zdatność medacyjną mają przede wszystkim postępowania, w których uwidacznia się konflikt między określonymi wartościami lub interesami różnych podmiotów oraz te, do których zastosowanie mają przepisy pozwalające na różne rozstrzygnięcia tej samej sprawy. W ocenie PWIF w przypadku przedmiotowych plakatów, w kontekście niedozwolonej reklamy rozstrzygnięcie mogło być tylko jedno.

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.

Kary pieniężne uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja o nałożeniu kary pieniężnej stała się ostateczna. Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki za zwłokę w wysokości jak dla zaległości podatkowych.

POUCZENIE

Od decyzji przysługuje stronie odwołanie do 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.a/ax2

2.adresat