

Gdańsk, dnia kwietnia 2018 r.

WIF-GD.8523.1.1.2018

.....

DECYZJA Nr 4/NKP/2018

Działając 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 w prowadziła niedozwoloną reklamę ogólnodostępnej apteki położonej w przy ul. (zezwozenie z dnia
.....) - polegającej na umieszczeniu wewnątrz Apteki widocznej z zewnątrz tablicy ogłoszeniowej o treści: „apteka oferuje tańsze zamienniki leków. Zapytaj farmaceuty!”.
2. Umarza postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy Apteki wskazanej w pkt 1 powyżej, z uwagi na jego bezprzedmiotowość, to jest z powodu zaprzestania prowadzenia reklamy Apteki przed wydaniem niniejszej decyzji.
3. Nakłada na
z siedzibą w karę pieniężną w wysokości **1.000 zł (tysiąc złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki wskazanej w punkcie 1, polegającej na umieszczeniu wewnątrz Apteki widocznej z zewnątrz tablicy ogłoszeniowej o treści: „apteka oferuje tańsze zamienniki leków. Zapytaj farmaceuty!”.

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 4.01.2018 r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił stronę, że dniu 13 września 2017 r. zostało wszczęte z urzędu postępowanie w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki położonej w, ul. (zezwozenie z dnia) i nałożenia kary. Podstawą wszczęcia postępowania były informacje powzięte w trakcie kontroli planowej przeprowadzonej w Aptece w dniu 1.07.2016 r. Podczas kontroli stwierdzono, że w izbie ekspedycyjnej Apteki wisi widoczna z zewnątrz Apteki tablica ogłoszeniowa o treści: „apteka oferuje tańsze zamienniki leków. Zapytaj farmaceuty!”, przy czym słowo „tańsze” zostało napisane kilkukrotnie większą czcionką, aniżeli pozostałe wyrazy umieszczone na tablicy. Protokół oraz dwa zdjęcia, które stanowią jego załącznik, zostały włączone do materiału dowodowego.

Mając na uwadze powyższe oraz treść art. 7 i art. 77 Kodeksu postępowania administracyjnego, działając na podstawie art. 50 § 1 tegoż kodeksu, Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytanie. Od jak

dawna ww. tablica umieszczona jest w sposób opisany powyżej? Jeżeli tablica została już zdjęta, należało podać datę usunięcia tablicy.

W odpowiedzi przesłanej w dniu 18.01.2018 r. strona wyjaśniła, że tablica została zdjęta zaraz po kontroli tj. w dniu 1.07.2016 r. Strona nie wskazała daty zawieszenia tablicy.

PWIF, w związku z zamiarem wydania decyzji, pismem z dnia 16.02.2018 r. (doręczonym w dniu 22.02.2018 r.) poinformował stronę o prawie wypowiedzenia się w sprawie zebranego materiału dowodowego. W określonym terminie strona nie złożyła żadnych wyjaśnień i zastrzeżeń.

Po przeanalizowaniu materiału dowodowego PWIF uznał, iż strona prowadziła niedozwoloną reklamę polegającą na umieszczeniu wewnątrz Apteki widocznej z zewnątrz tablicy ogłoszeniowej o treści: „apteka oferuje tańsze zamienniki leków. Zapytaj farmaceuty!”.

Ustalony stan faktyczny jest bezsporny. Strona przyznała się do umieszczenia w Aptece widocznej z zewnątrz tablicy o treści: „apteka oferuje tańsze zamienniki leków. Zapytaj farmaceuty!”, gdzie słowo „tańsze” zostało napisane kilkukrotnie większą czcionką, aniżeli pozostałe wyrazy. Strona przyznała ponadto, że tablica została zdjęta w dniu 1.07.2016 r. podkreślając, że chodziło jej jedynie o wykonanie ustawowego obowiązku informowania pacjentów o tańszych zamiennikach.

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”).

W ocenie organu umieszczenie w Aptece widocznej na zewnątrz tablicy o treści: „apteka oferuje tańsze zamienniki leków. Zapytaj farmaceuty!”, z wyeksponowanym słowo „tańsze”, mogło zachęcać potencjalnych pacjentów do dokonywania zakupów w Aptece. Pacjenci, szczególnie oglądając tablicę z dalszej odległości, z której nie można było odczytać całej informacji, mogli sądzić, że Apteka oferuje tańsze leki, w domyśle od konkurencji. Tym samym fakt, iż tablica była umieszczona wewnątrz Apteki nie ma znaczenia.

Organ nie podziela argumentacji strony jakoby tablica stanowiła jedynie formę wywiązania się z obowiązku poinformowania pacjentów o możliwości zakupu tanich zamienników. Należy zwrócić uwagę, że przepis art. 44 ust. 1. ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z dnia 13 czerwca 2011 r. Nr 122, poz. 696 z późn. zm.) nakłada obowiązek **poinformowania świadczeniobiorcy** o możliwości nabycia tzw. zamienników (leku objętego refundacją, innego niż lek przepisany na receptę) na **osoby wydające leki, środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego, wyroby medyczne objęte refundacją**. Tym samym odnosi się do osoby, która fizycznie wydaje leki, osoby mającej bezpośredni kontakt ze świadczeniobiorcą. Ponadto osoba wydająca leki, środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyroby medyczne ma obowiązek poinformowania, że cena detaliczna tzw. zamiennika nie przekracza limitu finansowania ze środków publicznych oraz ceny detalicznej leku przepisanej na receptę. Reasumując, zdaniem organu, realizacja ww. opisanego obowiązku jest możliwa w samej aptece w czasie nabywania przez świadczeniobiorcę leków, suplementów oraz wyrobów medycznych w czasie lub bezpośrednio przed dokonaniem takiego zakupu. Przepisy cytowanej wyżej ustawy dokonują wyraźnego rozróżnienia pomiędzy „apteką”, a „osobą wydającą leki”. O ile obowiązek informowania o możliwości nabywania tzw. zamienników spoczywa na osobie wydającej leki, o tyle apteka w myśl art. 44 ust. 1 ustawy o refundacji leków **jest obarczona obowiązkiem zapewnienie dostępności takiego zamiennika**. Tak rozumiany obowiązek informowania o możliwości nabycia tzw. zamienników pozostaje w zgodzie z zakazem reklamy działalności apteki, albowiem nie wpływa na wybory potencjalnych klientów pomiędzy konkretnymi aptekami. Natomiast eksponowanie przedmiotowej tablicy nie mieści się w zakresie wyżej opisanego obowiązku. Jej treść może wpływać na wybory pacjentów, albowiem w sposób wyraźny komunikuje o dostępności tańszych leków, w tej konkretnej aptece.

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 tablica została zdjęta natychmiast po kontroli. Ponieważ strona nie udzieliła odpowiedzi na pytanie o datę jej zawieszenia organ – z braku innych dowodów - przyjął, że tablicę zawieszono co najmniej bezpośrednio przed przeprowadzeniem kontroli. Tym samym na korzyść strony przyjęto, że tablica była eksponowana w bardzo krótki czasie. Podobnie na korzyść strony uwzględniono okoliczność, że do naruszenia przepisów dotyczących zakazu reklamy aptek doszło po raz pierwszy. Kara w wysokości 1.000 zł jest adekwatna do stwierdzonego naruszenia, w ocenie organu właściwie będzie spełniać 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 w przypadku 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 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/a X2
- 2.adresat