

Gdańsk, dnia kwietnia 2017 r.

WIF-GD.8523.1.1.2017

.....

Adres do korespondencji

DECYZJA Nr 5/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 firma prowadziła niedozwoloną reklamę apteki położonej w przy ul. (zezwolenie nr z) polegającą na zamieszczeniu w witrynie Apteki widocznego od zewnątrz plakatu o treści: „TU DOSTANIESZ. LEKI ZA DARMO. PO UKOŃCZENIU 75 LAT. O SZCZEGÓŁY PYTAJ FARMACEUTĘ”.
2. Umarza postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy, o jakiej mowa w pkt 1 powyżej,
3. Nakłada na firmę z siedzibą karę pieniężną **w wysokości 7.000 zł (siedem tysięcy złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki opisanej w punkcie 1.

UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem z dnia 11 stycznia 2017 r. zawiadomił stronę o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy oraz nałożenia kary dotyczącej działań reklamowych wobec apteki położonej w przy ul. (zezwolenie z dnia). Jak wyjaśniono w zawiadomieniu w dniu 14.10.2016 r. jeden z z 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 zostały wykonane zdjęcia witryny, które włączono 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 pytania: 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 strona udzieliła odpowiedzi pismem z dnia 30.01.2017 r. W piśmie strona pytała, kto jest stroną postępowania i jednocześnie wniosła o zwrócenie się do NFZ w sprawie rozpowszechniania

przez system prośby o wydrukowanie plakatu informującego o darmowych lekach dla seniorów. Do pisma dołączono wydruk komunikatu.

Mając na uwadze pismo strony z 30.01.2017 r. organ zwrócił się do o wyjaśnienie komunikatów Do akt sprawy włączono całą 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, informującego o bezpłatnych lekach dla seniorów od 1.09. (zapytanie PWIF, odpowiedź z załącznikiem w postaci plakatu).

Na podstawie zebranego materiału dowodowego organ w dniu 2.03.2017 r., wydał decyzję nr 5/NKP/2017, w której nakazał zaprzestania prowadzenia reklamy apteki i nałożył karę pieniężną w wysokości 10.000 zł.

W wyniku złożonego odwołania Główny Inspektor Farmaceutyczny decyzją z dnia 20.11.2017 r. nr GIF-P-L-0740/219-3/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 11.01.2018 r. zawiadomił stronę o przeprowadzeniu dowodu z zeznań świadka (kierownika Apteki) oraz wezwał stronę 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.

Strona nie udzieliła odpowiedzi na zadane pytania.

W dniu przesłuchania tj. 22.02.2017 r. zadzwoniła do WIF p. informując, że przebywa na i nie może stawić się na przesłuchanie. W tej sytuacji organ postanowił wezwać p. do udzielenia pisemnych wyjaśnień. W piśmie z dnia 2.03.2018 r. p. potwierdziła, że przedmiotowy plakat wisiał w witrynie Apteki. Został zawieszony w listopadzie 2016 r. po komunikacie NFZ o konieczności umieszczenia informacji dotyczących dostępności bezpłatnych leków dla osób powyżej 75 roku życia. Plakat został dostarczony kurierem i został zdjęty natychmiast po informacji z centrali firmy.

Pismem datowanym na 28.02.2018 r. strona wniosła o wystąpienie do Biura Prasy i Promocji Ministerstwa Zdrowia z zapytaniem w jaki sposób winno się informować pacjentów o możliwości nabycia bezpłatnych leków. Gdyby PWIF odmówił wystąpienia, strona wnosiła o zawieszenie postępowania do czasu otrzymania przez nią odpowiedzi. Dodatkowo strona wniosła o przeprowadzenie mediacji, których 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.

Organ pismem z dnia 12.03.2018 r. (doręczone 19.03.2018 r.) poinformował stronę o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów w terminie 7 dni od otrzymania zawiadomienia. W określonym terminie (26.03.2018 r.) nie wpłynęło żadne pismo strony.

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

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego. Bezsprzeczne jest, iż w witrynie Apteki umieszczono widoczny 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 od 14.10.2016 r. Z uwagi że zdjęcia plakatu zostały wykonane przez w dniu 14.10.2016 r. organ nie dał wiary wyjaśnieniom świadka, iż plakat został umieszczony w listopadzie 2016 r., a także wyjaśnieniom strony z dnia 28.02.2018 r., jakoby plakat został wywieszony po otrzymaniu komunikatu NFZ. Zgodnie z pismem NFZ z 10.01.2017 r. (WYCH-24354/2017), NFZ przesłał za pośrednictwem SZOI jeden komunikat w dniu 14.11.2016 r. Organ ustalił, iż zdjęcie plakatu musiało nastąpić nie wcześniej niż 17.01.2017 r. Świadek wyjaśniła, że zdjęła plakat na polecenie firmy. Z kolei strona oświadczyła, że podjęła decyzję o usunięciu plakatu po otrzymaniu sygnału, że PWIF kwestionuje jego treść. Organ wszczął postępowania w dniu 11.01.2017 r., Zawiadomienie o wszczęciu postępowania zostało odebrane w dniu 17.01.2017 r. i w tym dniu najwcześniej strona mogła podjąć decyzję o zdjęciu plakatu. Biorąc pod uwagę powyższe PWIF uznał, że plakat wisiał przez okres 3 miesięcy.

Nie ulega wątpliwości, że nie był to plakat, o którego zamieszczenie zwracał się NFZ w komunikacie SZOI z dnia 14.11.2016. Jak wynika z pisma NFZ z 10.01.2017 r. (WYCH-24354/2017) plakat 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.

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 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 do aptek 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 wykorzystała akcję informacyjną NFZ do promowania własnej Apteki. Reasumując, treść plakatu zachęca do nabycia bezpłatnego leku w tej 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 miał z oczywistych względów ograniczony zasięg oddziaływania. Na korzyść strony przyjęto, iż plakat był eksponowany w okresie 14.10.2016 r. do 17.01.2017 r. i został usunięty zaraz po wszczęciu postępowania. Za zastosowaniem wyższej kary zadecydował fakt, iż strona już naruszyła art. 94a prawa farmaceutycznego, co zostało stwierdzone decyzją nieostateczną PWIF z 22.04.2016 r. 4/NKP/2016 (kara 10.000 zł). Powyższe oznacza, że nałożona wcześniej kara nie spełniła swojej funkcji prewencyjnej. Kara w wysokości 7.000 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 mediacyjną 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 przedmiotowego plakatu, 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.adresat

2.aax2