

Gdańsk, dnia 4 lipca 2018 r.

WIF-GD.8523.1.4.2018

.....

DECYZJA Nr 7 /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 w (KRS) prowadziła niedozwoloną reklamę ogólnodostępnej apteki o nazwie położonej przy ul. (zezwolenie nr z dnia r.), polegającą na eksponowaniu w miejscach publicznych: wielkogabarytowych banerów z napisem: oraz logo i strzałką wskazującą kierunek, plakatów informacyjnych w wiacie przystankowej o treści:, mobilnego bilbordru z napisem:
2. Umarza postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia reklamy opisanej w punkcie 1 z uwagi jej nieprowadzenie w chwili wydawania decyzji.
3. Nakłada na firmę z siedzibą w (KRS) karę pieniężną w wysokości 5.000 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy opisanej w punkcie 1 powyżej.

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 26.01.2018 r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku wszczął z urzędu postępowanie w zakresie prowadzenia przez stronę niedozwolonej reklamy apteki. Podstawą wszczęcia było zawiadomienie, jakie wpłynęło do PWIF w dniu 23.01.2018 r.. PWIF został mailowo zawiadomiony przez o umieszczonych na osiedlu wielkogabarytowych banerach z napisem: oraz logo i strzałką

wskazując kierunek. Do wiadomości mailowej dołączono dwa pliki ze zdjęciami czerwonych banerów, jeden widoczny na tle budynku, drugi na wysokości budynku Pismo, pliki graficzne oraz ich wydruki 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 pytania:

- 1) Od kiedy strona informuje pacjentów o Aptece z wykorzystaniem opisanych wyżej bilbordów?
- 2) Czy poza ww. bilbordami strona informuje pacjentów o Aptece przy wykorzystaniu innych bilbordów, plakatów, mobilnych bilbordów?
- 3) Czy wykonanie i rozmieszczenie tablic stacjonarnych z informacją o Aptece zostało realizowane przez stronę we własnym zakresie?

Firma w swoim piśmie z dnia 2.02.2018 r. wyjaśniła, że jedynie informowała o lokalizacji Apteki, a podanie takiej informacji zostało wyłączone z zakazu reklamy aptek. Informacja nie zawierała żadnych treści wartościujących, zachęcających. Ponadto wskazano, że w ten sposób strona informuje pacjentów od 1.01.2018 r. Wykorzystuje ponadto plakaty informacyjne w wiacie przystankowej: (od 1.02.2018 r.), mobilny bilbord: (od 29.12.2017 r.). Końcowo strona powołała się na stosowaną powszechnie praktykę informowania o lokalizacji aptek w podobny sposób. Do pisma załączono kopię umowy dzierżawy zawartą 13.07.2017 r. z w na dzierżawę powierzchni informacyjnych w celu ekspozycji materiałów informacyjnych w okresie trwania kampanii informacyjnej.

Pismem z dnia 1.03.2018 r. organ zawiadomił stronę o możliwości wypowiedzenia się co do zebranego w sprawie materiału dowodowego. W wyznaczonym terminie strona złożyła pismo z 8.03.2018 r.

Strona w piśmie z dnia 8.03.2018 r. podtrzymała swoje stanowisko wnosząc o umorzenie postępowania, dopuszczenie dowodu z załączonych fotografii, dokonanie oględzin obiektów widocznych na zdjęciach, a także o zawieszenie postępowania do czasu rozpoznania wniosku o dostęp do informacji publicznej z 8.03.2018 r. W uzasadnieniu strona rozwinęła swoje dotychczasowe stanowisko powołując się na zapis literalny art. 94a ustawy PF oraz powszechną praktykę rynkową.

Pismem z dnia 16.03.2018 r. strona poinformowała organ o zdjęciu banerów. Zaprzestanie prowadzenia kampanii informacyjnej zostało potwierdzone przez organ.

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

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego.

Poza sporem jest ustalenie, że strona w dniu 13.07.2017 r. zawarła z w umowę na dzierżawę powierzchni informacyjnych w celu ekspozycji materiałów informacyjnych w okresie trwania kampanii informacyjnej w ramach, której na posadowionych w (ul.) dwóch stacjonarnych bilbordach umieszczono materiał informacyjny o rozmiarach 6mx3m każdy. Zgodnie z umową czas ekspozycji materiału to 1-30.11.2017 r., 1.01-28.02.2018 r., 01.10.2017 r. do 31.01.2018 r. (dowód: kopia umowa dzierżawy). Zgodnie z wyjaśnieniami strony z 2.02.2018 r. materiał był ekspozycyjny od 1.01.2018 r. Materiał informacyjny zawierał następującą treść: oraz logo i strzałką wskazującą kierunek (dowód: zdjęcia bilbordów). Ponadto w piśmie z dnia 2.02.2018 r. strona przyznała, że w

kampanii informacyjnej od 1.01.2018 r. wykorzystuje plakaty umieszczone w wiacie przystankowej o treści:....., a także od 29.12.2017 r. mobilny billboard z napisem: Bezspornym jest również fakt, że strona wykorzystywała banery do 16.03.2018 r. (dowód: wyjaśnienia strony z 16.03.2018 r.).

W ocenie organu w sprawie nie wystąpiły niedające się usunąć wątpliwości co do stanu faktycznego, o których mowa w art. 81a § kpa, a które mogłyby zostać rozstrzygane na korzyść strony.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia strony spór sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy korzystanie z wielkogabarytowych banerów, użycie banera mobilnego oraz plakatu w wiacie przystankowej informujących o aptece i jej lokalizacji może być uznane za niedozwoloną reklamę w świetle art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego.

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.*) - posilkując 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”).

Należy zgodzić się ze stroną, iż nie stanowi zakazanej reklamy apteki informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki. Jednak zdaniem organu – i co do tego PWIF nie ma wątpliwości, o jakich mowa w art. 7a oraz art. 81a § 1 kpa - intencją ustawodawcy było wyłącznie spod zakazu prowadzenia reklamy aptek jedynie takich treści, które ze względu na zakres informacji oraz formę ich podania - są dla pacjenta neutralne, co oznacza, że nie wpływają na podejmowane przez niego decyzje dotyczące zakupu leków. W przedmiotowej sprawie informacja o nazwie i miejscu położenia Apteki jest podawana w bardzo ekspansywny, agresywny i przede wszystkim wyróżniający się - w stosunku do innych aptek - sposób, typowy dla działań reklamowych o czym świadczy zastosowanie wielkogabarytowych, czerwonych banerów stacjonarnych, (baner, którego wysokość sięga dwóch pięter pokrywa całą elewację budynku), banerów mobilnych oraz plakatów w wiatkach przystankowych. Według PWIF celem działań strony jest dotarcie do jak największej liczby osób, w tym tych, które tej informacji nie szukają. Banery, plakaty mają zwrócić uwagę tych osób i zapaść w ich pamięci. W ocenie PWIF w przedmiotowej sprawie warstwa reklamowa banera przeważa nad warstwą informacyjną. Celem tak prowadzonej kampanii jest w istocie zachęcenie pacjentów do skorzystania z oferty apteki.

Odnośnie przywoływanego przez stronę faktu powszechnej praktyki korzystania z tego typu instrumentów informacyjnych Pomorski Wojewódzki Inspektor farmaceutyczny wyjaśnia, iż każdy zgłoszony mu przypadek podejmowania podobnej działalności informacyjnej jest analizowany, po czym wszczynane jest stosowne postępowanie. Na marginesie organ zauważa, że do chwili obecnej do WIF zgłoszono zaledwie parę przypadków prowadzenia kampanii informacyjnej z użyciem wielkogabarytowych billboardów oraz billboardów mobilnych. Wszystkie dotyczyły aptek używających słowa:

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 strona dotąd nie naruszyła zakazu prowadzenia reklamy apteki. Na korzyść strony przyjęto również, że kampania informacyjna trwała w przypadku stacjonarnych billboardów w okresie od 1.01.2017 r. do 16.03.2018 r. (dowód: wyjaśnienia strony z 2.02.2018 r. i z 16.03.2018 r.).

Materiał informacyjny zawierał następującą treść: oraz logo i strzałką wskazującą kierunek (dowód: zdjęcia billboardu). Ponadto w piśmie z dnia 2.02.2018 r. strona przyznała, że w kampanii informacyjnej od 1.02.2018 r. do 16.03.2018 r. wykorzystywała plakaty umieszczone w wiacie przystankowej, a w okresie od 29.12.2017 r. do 16.03.2018 r. mobilny baner. Za podwyższeniem kary przemawiała okoliczność, że w szczególności banery widoczne były w promieniu paruset metrów przez przechodniów, kierowców, osoby korzystające z komunikacji

miejskiej oraz mieszkańców pobliskich bloków, tym samym jego możliwości oddziaływania na decyzje pacjentów są w ocenie organu dosyć duże. Kara w wysokości 5.000 zł w ocenie organu jest odpowiednia do stopnia naruszenia przepisów i powinna właściwie spełniać ww. funkcje prewencyjne.

Zdaniem PWIF w sprawie nie mogły mieć zastosowania przepisy art. 189f kpa (odstąpienie od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej i poprzestanie na pouczeniu). Po pierwsze przywołany przepis znajduje się w dziale IVA kpa, którego przepisy w myśl art. 189a § 2 kpa stosuje się, o ile przestanki kary pieniężnej nie zostały uregulowane w innych przepisach. W tym wypadku przestanki wymierzania kary zostały wskazane w art. 129b prawa farmaceutycznego. Po drugie, w ocenie organu, ze względu na rozmach, z jakim eksponowano informacje o Aptece i jej położeniu – nie można było uznać, że waga naruszenia była znikoma (art. 189f § 1 pkt 1kpa).

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 dla 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.

Zgodnie z art. 127a § 1 i 2 kpa w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania strona może zrzec się prawa do wniesienia odwołania wobec organu administracji publicznej, który wydał decyzję. Z dniem doręczenia organowi administracji publicznej oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania przez ostatnią ze stron postępowania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna.

Otrzymują:

- 1) a/ax2
- 2) księgowość
- 3) adresat