



Gdańsk, dnia 25.10.2017 r.

WIF-GD.8523.1.14.2017

[REDACTED]

DECYZJA Nr 16/NKP/2017

Na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1, 2, 3, 4 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 2142), zwanej dalej prawem farmaceutycznym;
- art. 104 § 1 i 2 art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U.2016 poz.23z późn. zm.), zwanej dalej kpa

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku:

1. Stwierdza, że [REDACTED] z siedzibą w [REDACTED] prowadziła niedozwoloną reklamę ogólnodostępnej apteki „[REDACTED]” położonej w [REDACTED], ul. [REDACTED] (pozwolenie z dnia [REDACTED] r., [REDACTED]), polegającą na zleceniu firmie [REDACTED] z siedzibą w [REDACTED] prowadzenie w internecie na portalu Facebook obsługi fanpage o nazwie „[REDACTED]”, w ramach której zorganizowano konkurs z nagrodami „Uroki lata”.
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 (zakończenie konkursu 11.08.2017 r.).
3. Nakłada na [REDACTED] z siedzibą w [REDACTED] karę pieniężną **w wysokości 2.000 zł (dwóch tysięcy złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki opisanej w punkcie 1.

UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku pismem z dnia 16.08.2017 r. zawiadomił stronę, że w dniu 16 sierpnia 2017 r. wszczął z urzędu postępowanie w sprawie prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki [REDAKTOWANE] położonej w [REDAKTOWANE] ul. [REDAKTOWANE] (pozwolenie z dnia [REDAKTOWANE] r., nr [REDAKTOWANE]), prowadzącą sprzedaż wysyłkową z wykorzystaniem adresu [REDAKTOWANE]. Podstawą wszczęcia postępowania były powzięte 1.08.2017 r. informacje o prowadzonym w internecie, a konkretnie na tzw. fanpage'u umieszczonym na Facebooku, konkursie. Wiadomość e-mailowa powiadamiająca o prowadzonym konkursie oraz wydruki stron (screen) został włączone do akt sprawy.

Działając na podstawie art. 7 i art. 77 oraz art. 50 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytanie:

- 1) Ile osób zgłosiło się do konkursu?
- 2) W jaki sposób i gdzie zostały przekazane nagrody?

Po zapoznaniu się w dniu 31.08.2017 r. z aktami sprawy przez pełnomocnika [REDAKTOWANE] strona w piśmie z dnia 6.09.2019 r. wyjaśniła, że organizatorem konkursu była firma [REDAKTOWANE]. W konkursie wzięło udział 315 osób, nagrodzono 6. Nagrody zostały przesłane pocztą przez producenta bezpośrednio do zwycięzców. Ponadto podniesiono, że strona nie miała wpływu na dobór produktów – nagród, nie było żadnego związku pomiędzy samą Apteką, a konkursem. Strona podkreśliła, że konkurs reklamował/promował jedynie kosmetyki. Konkurs nie zawierał określeń wartościujących czy zachęcających do skorzystania z usług Apteki. Do pisma dołączono regulamin konkursu.

Mając na względzie odpowiedź strony organ pismem z dnia 13.09.2017 r. zwrócił się do organizatora konkursy o udzielenie pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Czy istotnie firma [REDAKTOWANE] była organizatorem ww. konkursu?
- 2) Na czyje zlecenie [REDAKTOWANE] zorganizowała ww. konkurs?
- 3) Czy [REDAKTOWANE] upoważniła [REDAKTOWANE] jako organizatora konkursu do posługiwania się na portalu Facebook profilem „[REDAKTOWANE]” oraz do wysyłania komunikatów (postów) z wykorzystaniem nazwy użytkownika „[REDAKTOWANE]”
- 4) Czy w trakcie obowiązywania konkursu [REDAKTOWANE] miała wpływ na treści zamieszczone na profilu „[REDAKTOWANE]” (posty, grafika, inne informacje)?
- 5) Ile osób brało udział w konkursie?
- 6) Ile osób zostało nagrodzonych?
- 7) W jaki sposób zostały przekazane nagrody?

Jednocześnie PWIF zwrócił się pismem z 13.09.2017 r. bezpośrednio do strony o wyjaśnienie:

- 1) Czy strona upoważniła organizatora konkursu do posługiwania się na portalu Facebook profilem „[REDAKTOWANE]”
- 3) Czy strona upoważniła organizatora konkursu do wysyłania komunikatów (postów) używając nazwy użytkownika „[REDAKTOWANE]”
- 4) Czy w trakcie obowiązywania konkursu strona miała wpływ na treści zamieszczone na profilu „[REDAKTOWANE]” (posty, grafika, inne informacje)?
- 5) Skąd strona posiadała informacje na temat ilości osób, które brały w nim udział oraz ilości nagrodzonych osób?

W swojej odpowiedzi z dnia 25.09.2017 r. [REDAKTOWANE] potwierdziła, że była organizatorem konkursu: „Uroki lata”. Konkurs organizowany był w imieniu własnym. Spółka korzystała z profilu [REDAKTOWANE] na portalu Facebook (łącznie z prawem do publikowania postów z wykorzystaniem nazwy użytkownika [REDAKTOWANE] na podstawie umowy na „obsługę fanpage na Facebooku” zawartej z [REDAKTOWANE]. O zamieszczonych treściach decydował organizator konkursu. Spółka potwierdziła, że w konkursie wzięło 315 osób, nagrodzonych było 6 osób, a nagrody zostały przesłane bezpośrednio do zwycięzców pocztą przez producentów. Do wyjaśnień dołączono kopę umowy na obsługę fanpage.

Z kolei strona, za pośrednictwem pełnomocnika [REDAKTOWANE] w piśmie z dnia 25.09.2017 r. podtrzymała dotychczasowe stanowisko i wyjaśniła, że [REDAKTOWANE] korzystało z profilu na Facebooku, w tym publikowało posty na podstawie umowy na obsługę fanpage. O treści postów i ogłoszeń decydował organizator konkursu, a informacje na temat liczby uczestników konkursu, zwycięzców pochodziły od [REDAKTOWANE]. Pełnomocnik załączył do pisma między innymi regulamin konkursu i umowę [REDAKTOWANE]

Pismem z dnia 27.09.2017 r. organ, w związku z zamiarem wydanie decyzji, zawiadomił pełnomocnika strony [REDAKTOWANE] o możliwości wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego.

W zakreślonym terminie tj. do dnia 10.10.2017 r. strona nie wniosła uwag i zastrzeżeń.

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

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego.

Strona poza prowadzenie apteki ogólnodostępnej prowadzi sprzedaż wysyłkową leków za wykorzystaniem strony [REDAKTOWANE]. Poza sporem jest ustalenie, że strona na podstawie umowy z dnia 26.07.2017 r. „Obsługa fanpage na Facebooku” zleciła firmie [REDAKTOWANE] z siedzibą w [REDAKTOWANE] odpłatne prowadzenie na portalu Facebook obsługi fanpage o nazwie „[REDAKTOWANE]”

Umowa przewiduje: redagowanie 3 wpisów tygodniowo, obróbkę copywriterską postów z dopasowaniem pod grupy docelowe, przygotowanie banerów pod wpisy, kontrolowanie i odpisywanie na komentarze użytkowników, obsługa postów, analiza efektów i optymalizacja (§ 1 ust. 1 umowy). [REDAKTOWANE] zobowiązała się do dostarczenia [REDAKTOWANE] wszelkich informacji i materiałów i dokumentów niezbędnych do wykonania czynności określonych w umowie (§ 3 ust. 1 umowy). Umowa przewiduje, że działania planowane będą z góry z miesięcznym wyprzedzeniem i zapisywane w harmonogramie, który będzie do stałego wglądu Zleceniodawcy [REDAKTOWANE]. Wszelkie poprawki, zmiany sugestie, co do zaplanowanych wpisów, akcji informacyjnych itd. Zleceniodawca powinien zgłosić min. 1 tydzień przed planowanym terminem publikacji (§ 3 ust. 2 umowy). Umowa została zawarta na czas nieokreślony. Biorąc pod uwagę przywołane wyżej postanowienia organ nie dał wiary wyjaśnieniom strony i organizatora konkursu, jakoby o treściach zamieszczonych na fanpage decydowała firma [REDAKTOWANE], tym samym, że strona nie miała na to wpływu.

W ramach przywołanej umowy [REDAKTOWANE] na fanpagu o nazwie „[REDAKTOWANE]” zorganizowano konkurs z nagrodami „Uroki lata”. Zgodnie z zamieszczonym na [REDAKTOWANE] regulaminem konkursu, zwanym dalej regulaminem. Regulamin stanowi, iż warunkiem udziału w Konkursie jest wykonanie przez uczestnika Zadania Konkursowego. Zadaniem Konkursowym jest opublikowanie pod postem Konkursowym zdjęcia (zwanego dalej Zgłoszeniem Konkursowym), które będzie ilustrowało korzystanie z uroków letniego wypoczynku (§3 ust. 1 regulaminu). Zwycięzca zostanie wyłoniony przez Komisję konkursową powołaną przez Organizatora. Wygra 6 Zgłoszeń Konkursowych, które według subiektywnej oceny Komisji w najciekawszy sposób będą oddawać tematykę Konkursu. Organizator zapewni nagrody w postaci 6 zestawów kosmetyków o wartości ok. 300 zł brutto każdy. Łączna kwota nagród: 1800 zł brutto. Zestawy będą dobierane losowo spośród kosmetyków (§ 3 ust. 3 i 4 regulaminu).

Poza sporem jest ustalenie, że w trakcie konkursu organizator wysyłał posty opatrzone nazwą „[REDAKTOWANE]”, w konkursie wzięło 315 osób, nagrodzonych było 6 osób, a nagrody

zostały przesłane bezpośrednio do zwycięzców pocztą przez producentów. Dodać należy, że fanpage „[REDAKTOWANE]” oraz posty zamieszczone przez organizatora konkursu opatrzone są adresem internetowym, jakim posługuje się strona przy świadczeniu sprzedaży wysyłkowej: [REDAKTOWANE]

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia strony w postępowaniu należało odpowiedzieć na pytanie, czy zlecone przez stronę działania na portalu Facebook - profil „[REDAKTOWANE]” odnosiły się do prowadzonej Apteki, w dodatku czy odnosiły się w taki sposób, że mogły zachęcać potencjalnych pacjentów do skorzystania z oferty Apteki, zarówno w ramach sprzedaży tradycyjnej, jaki i sprzedaży wysyłkowej.

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, 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 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. 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 prowadzenie na portalu Facebook konkursu z nagrodami z wykorzystaniem nazwy: „[REDAKTOWANE]” oraz adresu strony internetowej pod jaką prowadzi się sprzedaż wysyłkową leków - odnosiło się do działalności Apteki, a nie promocji produktów, jak twierdzi strona. W przeciwnym razie nie wykorzystywano by nazwy „[REDAKTOWANE]” oraz adresu: [REDAKTOWANE], za pomocą którego strona prowadzi sprzedaż wysyłkową. Zdaniem PWIF działania opisane powyżej mogły wpływać na wybory pacjentów, co do skorzystania z oferty Apteki. Konkurs, w którym można niewielkim nakładem (wykonanie i przesłanie zdjęcia) wygrać atrakcyjne nagrody, będzie pozytywnie kojarzony z [REDAKTOWANE]. Tego typu działania ocieplają wizerunek sprzedawcy. W przypadku dwóch różnych aptek o podobnej ofercie pacjent prawdopodobnie wybierze tę, która przyjemniej mu się kojarzy, z której znakiem słowno-graficznym jest oswojony. W ocenie organu taki był cel założenia przez stronę na portalu społecznościowym Facebook fanpag'u o nazwie „[REDAKTOWANE]”, wykorzystywania na stronie i postach adresu: [REDAKTOWANE]. oraz zawarcia przez stronę umowy na odpłatną obsługę fanpag'u o treści opisanej powyżej.

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 działania reklamowe – okres funkcjonowania konkursu, trwały stosunkowo krótko od 28.07.2017 r. do 11.08.2017 r. Za obniżeniem kary przemawia okoliczność, iż strona dotąd nie naruszyła zakazu prowadzenia reklamy apteki. Na niekorzyść strony należało przyjąć fakt, że działania strony nie pozostawały bez echa. W konkursie, który trwał relatywnie krótko, wzięło udział 315 osób. Kara w wysokości 2.000 zł 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, 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 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.a/ax2

2.adresat

