



Gdańsk, dnia 8 listopada 2017 r.

WIF-GD.8523.1.12.2017

[REDACTED]
[REDACTED]

DECYZJA Nr 17/NKP/2017

Na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1, 2, 3 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 art. 105 Kodeksu postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U.2016 poz.23z późn. zm.), zwanego dalej kpa

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku:

1. Stwierdza, że [REDACTED] prowadził niedozwoloną reklamę ogólnodostępnej apteki o nazwie „[REDACTED]” położonej w [REDACTED] (zezwolenie nr [REDACTED] z dnia [REDACTED] r.), polegającą na:
 - 1) zamieszczeniu w internecie na stronie [REDACTED] pod zakładką „Najczęściej kupowane” – informacji o sprzedaży przez Aptekę produktów leczniczych z użyciem wyróżnika „Wyprzedaż!”
 - 2) zamieszczeniu w internecie oferty Apteki na portalu www.CENEO.pl, w tym z użyciem zakładki „[REDACTED] – okazje cenowe”.
2. Umarza postępowanie w zakresie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy ogólnodostępnej apteki o nazwie „[REDACTED]” położonej w [REDACTED] (zezwolenie [REDACTED] z dnia [REDACTED] r.), opisanej w punkcie 1 pkt 1 i 2 z uwagi na jej nieprowadzenie w chwili wydawania decyzji.
3. Nakłada na [REDACTED] karę pieniężną w wysokości **1.000 zł (tysiąc złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki opisanej w punkcie 1 pkt 1 i 2.

UZASADNIENIE

W dniu 12 lipca 2017 r. PWIF wszczął z urzędu postępowanie w sprawie prowadzenia niedozwolonej reklamy Apteki. Podstawą wszczęcia postępowania są informacje zamieszczone w internecie, w tym informowanie na stronie [REDACTED] pod zakładką „Najczęściej kupowane” o sprzedaży produktów leczniczych w ramach „wyprzedaży” oraz przedstawianie oferty Apteki na portalu www.CENEO.pl, w tym z użyciem zakładki [REDACTED] – okazje cenowe”, pod którą oferowane są 4 produkty. Wydruki stron zostały włączone do akt sprawy.

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 w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Od jak dawna podając na stronie [REDAKTOWANE] informację o oferowanych lekach posługuje się stroną określeniami „wyprzedaż”?
- 2) Od jak dawna przedstawiana jest przez stronę ofertę Apteki za pośrednictwem portalu www.CENEO.pl, w szczególności z wykorzystaniem zakładki „[REDAKTOWANE] – okazje cenowe”?

W odpowiedzi z dnia 24.07.2017 r. [REDAKTOWANE], nie ustosunkowując się do ww. pytań oświadczył, że nie prowadził i nie prowadzi reklamy Apteki. Jego zdaniem użycie słowa „wyprzedaż” nie stanowiło reklamy. Strona podjęła wyłącznie działania mające na celu zminimalizowanie strat i zapobieżenie niegospodarności. Strona twierdzi ponadto, że nie jest autorem i nie odpowiada za treść użytych pojęć i swoistych zbitek słownych (okazja cenowa) używanych przez portal ceneo. Ponadto strona podniosła, że zestawienie słów „cena” i „okazja” nie będzie każdorazowo wpisane w zakres reklamy, albowiem adresaci mogą różnie odebrać taki zbytek słów.

Pismem z dnia 17.08.2017 r. organ poinformował stronę o włączeniu do materiału dowodowego korespondencji prowadzonej z CENEO sp. z o.o. oraz o możliwości wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego, w związku z zamiarem wydaniem przez PWIF decyzji.

W dniu 23.08.2017 r. strona przeglądała akta.

W trakcie przeglądania tej samej strony na CENEO w dniu 23.08.2017 r. organ stwierdził, że ze strony usunięto słowo „okazje”. Usunięte też zakładkę „OKAZJE” z zawartością „okazja cenowa”. W tym samym dniu stwierdzono również, że modyfikacji dokonano na stronie [REDAKTOWANE]. Usunięto wyróżnik „Wyprzedaż!”, a także usunięto zakładki: „Popularne” i „Najczęściej kupowane”. Pojawiła się zakładka „Krótkie terminy”.

W związku z tym pismem z dnia 25.08.2017 r, zobowiązano stronę do udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Kiedy dokładnie i z czyjej inicjatywy ww. strona CENEO została zmodyfikowana w opisany wyżej sposób?
- 2) Kiedy dokładnie ze strony www.aptekamiodowa.pl usunięto wyróżnik „Wyprzedaż!”, a także usunięto zakładki: „Popularne” i „Najczęściej kupowane”?
- 3) Czy zakładka „Krótkie terminy” odnosi się do okresu obowiązywania cen oferowanych produktów?

Niezależnie od tego organ pismem z dnia 25.08.2017 r. zwrócił się do CENEO sp. z o.o. z następującymi pytaniami:

- 1) Kiedy dokładnie i z czyjej inicjatywy ww. strona została zmodyfikowana w opisany wyżej sposób, szczególności czy inicjatorem był [REDAKTOWANE]?
- 2) Czy [REDAKTOWANE] zlecając CENEO sp. z o.o. zamieszczenie swoich produktów na portalu CENEO miał wpływ na treść strony [REDAKTOWANE], w szczególności czy miał wpływ na wykorzystanie przy oferowaniu wybranych produktów słów „okazje”, „okazje cenowe” oraz zakładki „OKAZJE”?

W swojej odpowiedzi z dnia 1.09.2017 r. strona podtrzymała swoje stanowisko. Odpowiadając na zadane pytania, p. [REDAKTOWANE] oświadczył, że nie miał wpływu na układ strony CENEO, jak również nie miał wpływu na stosowaną przez administratora nomenklaturę zakładek. Wyrażenie „krótkie terminy” nie odnosi się do okresu obowiązywania cen oferowanych produktów. Końcowo strona powoła się na rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie umieszczania cen towarów i usług. Strona nie odpowiedziała na pytania dotyczące okoliczności modyfikacji stron internetowych.

Z kolei firma CENEO sp. z o.o. w piśmie z dnia 5.05.2017 r. oświadczyła, że [REDAKTOWANE] przy rejestracji na CENEO nie wskazał, że prowadzi działalność podlegającą specjalnym regulacjom na dowód czego dołączono printscreen z formularza rejestrowego z niezaznaczonym polem „Is shop a pharmacy”. To spowodowało, że [REDAKTOWANE] automatycznie mógł korzystać z przewidzianych na portalu CENEO usług promocyjno-reklamowych. CENEO sp. z o.o. kategorycznie stwierdziła, że [REDAKTOWANE] miał wpływ na treść strony, co wynikało z opisanego wyżej wypełnienia formularza zgłoszeniowego. CENEO sp. z o.o. nie świadczy usług reklamowych wbrew swoim klientom. Spółka nie odpowiedziała na pytania dotyczące okoliczności modyfikacji strony.

Pismem z dnia 13.09.2017 r. PWIF ponownie zawiadomił stronę o możliwości wypowiedzenia się w sprawie zebranego materiału dowodowego.

W określonym terminie strona nie złożyła uwag i zastrzeżeń co do zebranego materiału dowodowego.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po przeanalizowaniu materiału dowodowego uznał, że strona prowadziła niedozwoloną reklamę Apteki, polegającą na zamieszczeniu w internecie na stronie [REDAKTOWANE] pod zakładką „Najczęściej kupowane” – informacji o sprzedaży przez Aptekę produktów leczniczych w ramach „wyprzedaży”, a także umieszczeniu oferty Apteki na portalu www.CENEO.pl, w tym z użyciem zakładki „[REDAKTOWANE] – okazje cenowe”.

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego.

Poza sporem jest ustalenie, że strona w ramach posiadanego zezwolenia uprawniona jest do prowadzenia sprzedaży wysyłkowej z wykorzystaniem strony internetowej [REDAKTOWANE]. Strona o ofercie Apteki informuje na wskazanej wyżej stronie [REDAKTOWANE], przy czym pod zakładką „Najczęściej kupowane” przy ofercie produktu został użyty wyróżnik w postaci zapisanego na czerwonym polu słowa „Wyprzedaż!” Ponadto oferta Apteki została przedstawiona na portalu www.CENEO.pl, z użyciem zakładki „[REDAKTOWANE] – okazje cenowe”, pod którą oferowane były 4 produkty.

Organ nie dał wiary stronie, jakoby nie miała wpływu na umieszczenie na portalu CENEO oferty Apteki z użyciem zakładki. Za wiarygodne uznał wyjaśnienia CENEO sp. z o.o., która przedstawiła printscreen z formularza rejestrowego z niezaznaczonym polem „Is shop a pharmacy”. To spowodowało, że [REDAKTOWANE] automatycznie mógł korzystać z przewidzianych na portalu CENEO usług promocyjno-reklamowych. CENEO sp. z o.o. stwierdziło, że nie świadczy usług reklamowych klientom, którzy tego nie chcą.

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 zawierają 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”).

Opisane wyżej zakaz reklamy dotyczy również sposobu informowania pacjentów o ofercie apteki na stronie internetowej, z wykorzystaniem której prowadzi się sprzedaż wysyłkową produktów leczniczych. Co oznacza, iż podmiot prowadzący sprzedaż wysyłkową, stosując § 3 pkt 2 rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie wysyłkowej sprzedaży produktów leczniczych z dnia 26 marca 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 481) tj. informując o cenie zamawianego produktu leczniczego – zobowiązany jest przestrzegać zakazu, o jakim mowa w art. 94a ustawy prawo farmaceutyczne. W konsekwencji na stronie internetowej wykorzystywanej do sprzedaży wysyłkowej nie powinno się – zdaniem organu – stosować treści zachęcających do zakupów w aptece. Za takie treści należy uznać umieszczane przez stronę zwroty „wyprzedaż”, „okazje cenowe”.

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 trwały stosunkowo krótko, od czerwca do sierpnia 2017 r. Za obniżeniem kary przemawia okoliczność, iż strona dotąd nie naruszyła zakazu prowadzenia reklamy apteki. Na niekorzyść strony należało przyjąć fakt, że działania reklamowe, mimo krótkiego czasu trwania, dotyczyły działań na bardzo popularnym profilu – porównywarki cenowej CENEO. Kara w wysokości 1.000 zł tj. 1/50 maksymalnego wymiaru 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.aax2
- 2.adresat