

Gdańsk, dnia 18 października 2018 r.

WIF-GD.8523.1.9.2018

.....

DECYZJA Nr 11/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 prowadził niedozwoloną reklamę ogólnodostępnej apteki o nazwie położonej w (zezwolenie nr z dnia r.), polegającą na zamieszczeniu w internecie na stronie z ofertą Apteki zakładki „Okazje cenowe”.
2. Umarza postępowanie w zakresie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy ogólnodostępnej apteki o nazwie „.....” położonej w (zezwolenie nr z dnia r.), opisanej w punkcie 1 z uwagi na jej nieprowadzenie w chwili wydawania decyzji,
3. Nakłada na karę pieniężną w wysokości **10.000 zł (dziesięć tysięcy złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki opisanej w punkcie 1.

UZASADNIENIE

W dniu 11 kwietnia 2018 r. zostało wszczęte z urzędu postępowanie w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki „.....” położonej w (zezwolenie nr z dnia r.) i nałożenia kary. Podstawą wszczęcia postępowania było zawiadomienie w z 15.02.2018 r., która twierdzi, że strona prowadzi niedozwoloną reklamą apteki za pośrednictwem strony internetowej, na której znajduje się adres Organ po przejrzeniu obu stron stwierdził, że na stosowana jest zakładka o nazwie: „Okazje cenowe”. 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 zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Od jak dawna podając na stronie informację o oferowanych lekach strona postępuje się zakładką „okazje cenowe”?
- 2) Od jak dawna strona przedstawia ofertę Apteki za pośrednictwem portalu?

W odpowiedzi z dnia 30.04.2018 r. Pan oświadczył, że nie prowadził i nie prowadzi reklamy Apteki. Strona [w.....](#) jest niedostępna. Do pisma nie dołączono jednak zrzutu z ekranu, który miał – zdaniem strony – tego dowodzić.

Jednocześnie wyjaśnił, że zakładka została zamieszczona bez jego wiedzy i wbrew jego woli. Ponadto nie przedstawiał ofert Apteki za pośrednictwem [.....](#), a samo zamieszczenie linku – w jego ocenie – nie stanowi niedozwolonej reklamy.

Organ, celem zweryfikowania twierdzeń Pana dokonał w dniu 7.05.2018 r. oględzin wpisując adres w wyszukiwarkę. Ukazał się link, ale po jego aktywacji pojawił się komunikat: „..... Zaraz wracam. Jesteśmy w trakcie aktualizacji naszego sklepu, który wkrótce będzie ponownie dostępny. Dziękujemy za cierpliwość.” Podobny komunikat pojawił się przy aktywacji linku adresu ze strony

Pismem z dnia 20.09.2018 r. PWIF zawiadomił stronę o możliwości wypowiedzenia się w sprawie zebranego materiału dowodowego.

W zakreślonym terminie strona nie zajęła stanowiska.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po przeanalizowaniu materiału dowodowego uznał, że strona prowadziła niedozwoloną reklamę Apteki, polegającą na zamieszczeniu w internecie na przedstawiającej ofertę Apteki – zakładki: „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 [.....](#). Strona o ofercie Apteki informowała na wskazanej wyżej stronie [.....](#) z zastosowaniem zakładki: „Okazje cenowe”, pod którą oferowane było kilka produktów.

Organ nie dał wiary stronie, jakoby umieszczenie zakładki nastąpiło bez wiedzy strony i wbrew jej woli. Wyjaśnienia są nielogiczne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym. Trudno bowiem przyjąć, że podmiot zarządzający stroną [.....](#), za pośrednictwem której oficjalnie prowadzi sprzedaż wysyłkową leków, nie miał pełnej kontroli na zamieszczanymi na stronie treściami. Tym bardziej, że wobec strony PWIF wydał już raz w 2017 r. decyzję w zakresie niedozwolonej reklamy prowadzonej z wykorzystaniem portalu [.....](#), polegającej na stosowaniu zachęcających zakładek.

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”).

Opisany 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 zwrot „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 19.04.2018 r. (data wszczęcia postępowania) do 7.05.2018 r. (data

otrzymania informacji o niedostępności strony i weryfikacji tej informacji przez PWIF). Za podwyższeniem kary przemawia okoliczność, iż strona już raz naruszyła zakaz prowadzenia reklamy Apteki, w dodatku w tym samym zakresie tj. odnośnie stosowania zachęt na stronie (17/NKP/2017 z 8.11.2017).

Z powyższego wynika, że nałożona wcześniej kara w wysokości 1.000 zł nie spełniła swojej funkcji prewencyjnej. Nie skłoniła strony do zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy. W tej sytuacji Pomorski Wojewódzki Inspektor Wojewódzki uznał, że kara, która z jednej strony odpowiadać będzie stopniowi naruszenia, ale jednocześnie spełni swoją funkcję prewencyjną to kara w wysokości 10.000 zł, stanowiąca 1/5 maksymalnego wymiaru.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny informuje, że kary pieniężne uiszczą 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.

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/a x2

2.księgowość

3.adresat