

Gdańsk, dnia ...03.2019 r.

WIF-GD.8523.1....2018

.....
.....
.....

DECYZJA Nr ../NKP/2019

Na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1 i 2 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 prowadziła niedozwoloną reklamę apteki o nazwie „.....” położonej w przy ul., polegającą na zamieszczeniu na portalu You Tube vlogów, w których między innymi zachęcała do korzystania z oferty sprzedaży wysyłkowej ww. apteki. Dotyczy to następujących vlogów:
 - 1) <https://www.....> „.....
 - 2) <https://www.....> „.....
 - 3) <https://www.....> „.....
2. Umarza postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy Apteki wskazanej w pkt 1, z uwagi na jego bezprzedmiotowość, to jest z powodu zaprzestania prowadzenia reklamy aptek przed wydaniem niniejszej decyzji.
3. Umarza postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy i nałożenia kary w stosunku do innych aptek posługujących się na terenie województwa pomorskiego nazwą, niż wymieniona w pkt 1, z uwagi na jego bezprzedmiotowość, to jest z powodu braku dowodów na prowadzenie reklamy tych aptek.
4. Nakłada na (PESEL) karę pieniężną **w wysokości 200 zł (dwustu złotych)**, w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki, o jakiej mowa w punkcie 1.

UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku pismem z dnia ...12.2018 r. zawiadomił stronę o wszczęciu postępowania w zakresie prowadzenia niedozwolonej reklamy położonych na terenie województwa pomorskiego aptek posługujących się nazwą „.....”. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku powziął informację, iż na portalu YOUTUBE strona zamieściła vlogi, w których między innymi zachęca do korzystania z oferty sieci aptek Dotyczy to następujących vlogów:

- 1) <https://www.....> „.....”
- 2) <https://www.....> „.....”
- 3) <https://www.....> „.....”

Zrzuty ze stron internetowych oraz ww. filmy (w postaci plików) zostały włączone do materiału dowodowego. Do akt sprawy została włączona również prowadzona ze stroną przez PWIF korespondencja mailowa, a także pismo Głównego Inspektora Farmaceutycznego informujące o prowadzeniu reklamy na You Tube.

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) Ile w okresie ostatnich trzech lat zamieściła na You Tube filmów, w których wymieniono z nazwy sieć aptek
- 2) Czy zawierała z jakąkolwiek spółką grupy tj.: sp. z o.o. z siedzibą w, Apteka sp. z o.o. z siedzibą w sp. z o.o. z siedzibą w, sp. z o.o. z siedzibą w, Apteka sp. z o.o. z siedzibą w, Apteka z o.o. z siedzibą w, Apteki sp. z o.o. z siedzibą w, Apteki sp. z o.o. – umowę/porozumienie na podstawie której w zamian za wynagrodzenie lub produkty zobowiązała się do prezentowania produktów oferowanych przez sieć aptek, w tym oferowanych na stronie <https://www.....>?
- 3) Czy filmy, na których prezentuje produkty, tworzy/tworzyła Pani sama czy przy współpracy z inną osobą? W przypadku współpracy należy podać imię, nazwisko/nazwę oraz adres osoby (podmiotu) współpracującej.

Pismem z dnia ...01.2019 r. organ zwrócił się do Naczelnika US w o pomoc w ustaleniu, czy strona otrzymywała wynagrodzenie od spółek grupy W odpowiedzi z dnia ...02.2019 r. Naczelnik US poinformował, że do tut. Urzędu nie wpłynęły informacje podatkowe PIT-11 za lata 2017-2018 ze spółek sieci odnośnie zatrudnienia

Pismem z dnia ...03.2019 r. organ, w związku z zamiarem wydanie decyzji, zawiadomił pełnomocnika strony o możliwości wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego.

W zakreślonym terminie strona W zakreślonym terminie strona nie zajęła stanowiska.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po przeanalizowaniu materiału dowodowego uznał, że strona prowadziła niedozwoloną reklamę prowadziła apteki o nazwie „.....” położonej w przy ul., polegającą na zamieszczeniu na portalu You Tube vlogów, w których między innymi zachęcała do korzystania z oferty sprzedaży wysyłkowej tej Apteki.

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego.

Zgodnie z danymi rejestrowymi znajdującymi się w posiadaniu organu apteka położona w przy ul. zajmuje się między innymi sprzedażą wysyłkową za pośrednictwem strony www.....

Poza sporem jest ustalenie, że strona na co dzień zajmuje się publikowaniem na portalu You Tube vlogów o charakterze lifestylowy. Bezspornym jest również, że w 2018 r. na You Tube zamieściła następujące vlogi.

1) <https://www.....> ”

2) <https://www.....> „.....”

3) <https://www.....> „.....”

W czasie oglądania pierwszego z ww. vlogów (7min,12s) pojawia się informacja podawana przez stronę: „.....”, zilustrowana paragonem fiskalnym wystawionymr. przez, Następnie pokazywane są zakupione w Aptece wkłady higieniczne z komentarzem strony, że są one (wkłady) najlepsze, i nie wie czy jest gdzieś taniej. Po czym znowu okazywany jest ww. paragon fiskalny i prezentowane są pozostałe produktu z zamówienia

Z kolei w materiale „.....” w 9 minucie i 28 sekundzie strona wypowiada następujące zdanie: „..... to muszą koniecznie, ale to koniecznie złożyć kolejne zamówienie, bo ogólnie to jest bardzo fajna apteka, jeżeli chodzi o takie mamusiowe sprawy i wszystko jest tam na miejscu w jednym, na jednej stronie, są takie apteczne rzeczy niezbędne dla mamy i dla dzidziusia i za każdym razem się zaopatruję i za każdym razem szybka wysyłka. Aczkolwiek w stacjonarnej nie wszystko jest więc nawet nie podchodzimy, bo co pojedziemy to tam nie ma...”

W trzecim z przywołanych vlogów informacja o pojawia się w 6 minucie. mówi: „Powiem wam szybko, co z tej apteki zamówiłam...” po czym następuje prezentacja zamówionych artykułów z zachwaleniem niskiej ceny jednego z nich.

PWIF przyjął zgodnie z wyjaśnieniami strony, że filmiki zostały usunięte zaraz po otrzymaniu zawiadomienia o wszczęciu postępowania to jest 2018 r. Zatem pierwszy z filmów był zamieszczony w sieci w okresie od do2018 r., drugi z wymienionych w okresie od do2018 r., a trzeci „.....” od do2018 r.

Organ nie znalazł dowodów, z których wynikałoby, że działała na zlecenie lub we współpracy, z którymś z podmiotów grupy

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”).

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny nie zgodził się z wyjaśnieniami strony, jakoby jej filmy nie nakłaniały do zakupów internetowych w Aptece. W swoich filmach nie tylko wychwalał Aptekę, stwierdzając między innymi, że jest „fajna”, ale tłumaczy dlaczego: „jest taniej”, „wszystko jest na miejscu”, podając pełną nazwę i adres w czasie prezentacji paragonu. Nie ulega wątpliwości, że przedmiotowe filmy mogły mieć wpływ na wybór przez pacjenta konkretnej apteki spośród innych aptek, które prowadzą sprzedaż wysyłkową. W tej sytuacji PWIF stwierdził, że strona dopuściła się prowadzenie niedozwolonej reklamy apteki w rozumieniu art. 94a prawa farmaceutycznego.

Jednocześnie organ na podstawie art. 105 § 1 kpa postanowił umorzyć postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy Apteki z uwagi na jego bezprzedmiotowość, to jest z powodu zaprzestania prowadzenia reklamy Apteki przed wydaniem niniejszej decyzji. PWIF a oparciu o tą samą podstawę prawną umorzył postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy i nałożenia kary w stosunku do innych aptek posługujących się na terenie województwa pomorskiego nazwą, niż apteka położona w przy ul. Przynajmniej umorzenia jest brak dowodów na prowadzenie reklamy tych aptek. Organ analizując wypowiedź strony na blogu uznał, że zachwala ona

sprzedaż wysyłkową odradzając jednocześnie zakupy w aptekach stacjonarnych z powodu braku pełnego asortymentu. Wobec powyższego prowadzenie postępowanie w tej części należało uznać za bezprzedmiotowe.

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 kwestionowane filmiki zostały usunięte z kanału You Tube zaraz po otrzymaniu przez stronę zawiadomienia o wszczęciu postępowania. Ponadto strona po raz pierwszy naruszyła zakaz prowadzenia reklamy, a jej działanie najprawdopodobniej wynikało z niewiedzy. Na niekorzyść strony należało przyjąć fakt, że filmiki przez kilka miesięcy wpływały na wybory pacjentów. PWIF przyjął zgodnie z wyjaśnieniami strony, że filmiki zostały usunięte zaraz po otrzymaniu zawiadomienia o wszczęciu postępowania to jest2018 r. Zatem pierwszy z filmów był zamieszczony w sieci w okresie od do 2018 r., drugi z wymienionych w okresie od do 2018 r., a trzeci „.....” od 21.08 do2018 r. Kara w wysokości 200 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.

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 x 2
- 2) księgowość
- 3) adresat