

Gdańsk, dnia 17.07.2019 r.

WIF-GD.8523.1.3.2018

DECYZJA Nr6/NKP/2019

Na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1, 2 3 i 4 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy Prawo farmaceutyczne tj. z dnia 22 lutego 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 499), zwanej dalej prawem farmaceutycznym;
- art. 104 § 1 i art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego tj. z dnia 3 października 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 2096), zwanego dalej kpa

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku:

1. Stwierdza, że _____ z siedzibą w _____ (KRS _____) prowadziła niedozwoloną reklamę ogólnodostępnej apteki _____ położonej w _____ zezwolenie z dnia _____ r., nr _____ polegającą na:
 - 1) eksponowaniu w miejscu publicznym billboardu, tablic stacjonarnych oraz plakatu w wiacie przystankowej o treści: _____ (_____)
 - 2) umieszczeniu w zakładce strony internetowej _____ następującego zdania: „W praktyce oznacza to najszerszy wybór leków i innych produktów dostępnych „od ręki” i możliwie najniższe ceny na rynku.”
 - 3) umieszczeniu na stronie głównej _____
 - a) informacji „pierwsze miejsce w rankingu opineo”,

- b) zakładek: „promocje”, „okazja”, „wyprzedaże”,
 c) zakładek: „Bestsellery”, „Wybór miesiąca”,
 d) banera „_____” (lub „_____”, przy czy końcówka _____, została pogrubiona i umieszczona w okręgu przypominającym lupę (szkło powiększające),
2. Umarza postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy Apteki wskazanej w pkt 1 ppkt 1, 2 i 3 lit. a i b powyżej, z uwagi na jego bezprzedmiotowość, to jest z powodu zaprzestania prowadzenia reklamy Apteki przed wydaniem niniejszej decyzji.
 3. Nakłada na _____ z siedzibą w _____ (KRS _____) arę pieniężną w wysokości 15.000 zł (piętnastu tysięcy złotych), w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Apteki opisanej w punkcie 1
 4. Nakazuje _____ z siedzibą w _____ (KRS _____) zaprzestanie prowadzenia niedozwolonej reklamy opisanej w punkcie 1 ppkt 3 lit. c i d.
 5. Decyzji, w zakresie punktu 4 powyżej, nadaje rygor natychmiastowej wykonalności.
 6. Umarza postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy i nałożenia kary odnośnie zamieszczenia na stronie _____ zakładek: „Ostatnie sztuki”, „Krótkie daty”, „Wysyłka 0 zł” z uwagi, iż nie noszą one charakteru niedozwolonej reklamy, o jakiej mowa w art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego.

UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku pismem z dnia 15.01.2018 r. zawiadomił stronę, że w dniu 15.01.2018 r. wszczął z urzędu postępowanie w sprawie prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki _____, położonej w _____ (zezwolenie z dnia _____, nr _____ prowadzącej sprzedaż wysyłkową z wykorzystaniem adresu _____) podstawą wszczęcia postępowania były powzięte 8.01.2018 r. informacje o umieszczeniu na terenie dzielnicy Morena w Gdańsku mobilnego billboardu, tablic stacjonarnych i plakatów w wiatach przystankowych o treści: _____, _____ (_____). Do zawiadomienia zostały dołączone zdjęcia. Zawiadomienia i zdjęcia zostały włączone do materiału dowodowego. Następnie pismem z dnia 16.02.2018 r. organ powiadomił stronę, że 8.02.2018 r. postanowił rozszerzyć postępowanie w związku z uzyskaniem 30 stycznia 2018 r. wiadomości o umieszczeniu na stronie internetowej _____ informacji, które mogą zachęcać do skorzystania z oferty Apteki. I tak:

- 1) Na stronie głównej: _____ umieszczono zakładek: „promocje”, „okazja”, „wyprzedaże”, pod którymi znajdują się oferty produktów,
- 2) w zakładce „O firmie” _____) znajduje się następujące zdanie: „W praktyce oznacza to najszerszy wybór leków i innych produktów dostępnych „od ręki” i możliwie najniższe ceny na rynku.”

W zawiadomieniu o wszczęciu postępowania z dnia 15.01.2018 r organ zadał stronie następujące pytania:

- 1) Od kiedy strona informuje pacjentów o Aptece poprzez billboardy mobilne, plakaty w wiatach przystankowych, tablice stacjonarne?
- 2) Czy poza mobilnym billboardem ustawionym przy sklepie LIDL strona wykorzystuje inne mobilne billboardy z informacją jak wyżej, jeżeli tak to w jakiej ilości i od jakiego czasu ?

- 3) W ilu wiatach przystankowych zamieszczony jest plakat z informacją o Aptece i od jak dawna?
- 4) Ile tablic stacjonarnych z informacją o Aptece, jak wyżej, strona wykorzystuje i od jak dawna?
- 5) Czy wykonanie i rozmieszczenie mobilnych bilbordów, plakatów, tablic stacjonarnych z informacją o Aptece zostało zrealizowane przez stronę we własnym zakresie, czy zlecono te czynności firmie zewnętrznej?

Natomiast w zawiadomieniu o rozszerzeniu postępowania w piśmie z dnia 16.02.2018 r. zadano pytania :

- 1) Od kiedy i czy nadal na stronie : _____ zamieszczane są ww. informacje?
- 2) Ile było wejść na stronę : _____ od czasu zamieszczenia ww. informacji?

W odpowiedzi z dnia 29.01.2018 r. pełnomocnik strony wyjaśnił, że strona nie prowadziła reklamy Apteki, a jedynie informowała o jej lokalizacji, podobnie jak robią to inni przedsiębiorcy na terenie województwa pomorskiego, na dowód czego załączono 6 przykładowych fotografii tablic innych aptek. Pełnomocnik oświadczył, że bilbord mobilny informował pacjentów o aptece w okresie od 1.10.2017 r. do 29.12.2017 r., dwie tablice stacjonarne w okresie od 2.10.2017 r. do 31.12.2017 r. i plakat w wiacie przystankowej w okresie od 1.10.2017 r. do 31.12.2017 r. Do pisma z 29.01.2018 r. dołączono umowę najmu zawartą z _____ w dniu 1.10.2017 r., której przedmiotem było wynajęcie przyczepy mobilnej w okresie od 1.10.2017 r. do 31.09.2018 r. oraz kopię oświadczenia o wypowiedzeniu tej umowy ze skutkiem od dnia 29.12.2017 r. Dołączono również kopię umowy dzierżawy zawartej w dniu 13.07.2017 r. z _____ której przedmiotem była dzierżawa dwóch powierzchni informacyjnych , _____ o wymiarach 6mx3m w okresie: jedna z tablic – 01-30.11.2017 r. i 01.01-28.02.2018 r., druga z tablic 01.10.2017 r. do 31.01.2018 r. Ponadto przedstawiono kopię umowy dzierżawy zawartej w dniu 24.07.2017 r. pomiędzy _____ której przedmiotem była dzierżawa dwóch powierzchni informacyjnych . _____ o wymiarach 1,2mx1,8m (6 motywów) w okresie X 2017-III 2018 wraz z kopią umowy cesji tejże umowy na _____ i aneksu do tej cesji. Dokumenty te stanowią podstawę wstąpienia _____ prawa i obowiązki _____ w okresie od 1.10.2017 r. do 31.12.2017 r.

Z kolei w swoich wyjaśnieniach z dnia 1.03.2018 r. (udzielonych po zapoznaniu się z aktami sprawy w dniu 28.02.2018 r.) nawiązując do zawiadomienia o rozszerzeniu postępowania z dnia 16.02.2018 r. pełnomocnik strony zaprzeczył, jakoby na stronie internetowej była prowadzona reklama Apteki. W odpowiedzi na pytania organu wyjaśniono, iż zakładki: „promocje”, „okazja”, „wyprzedaże”, pod którymi znajdują się oferty produktów – były zamieszczone w okresie przynajmniej od 28.12.2017 r. do 28.02.2018 r., a zdanie umieszczone w zakładce „O firmie” widniało na stronie internetowej w okresie przynajmniej od 28.12.2017 r. do 25.02.2018 r. W okresie od 28.12.2017 r. do 27.02.2018 r. odnotowano 50878 wejść w zakładkę „Promocje”, 42670 wejść w zakładkę „Okazje”, 21919 wejść w zakładkę „Wyprzedaże”, 4448 wejść w zakładkę „O firmie”. Podkreślono przy tym, że ok 20% wejść to wejścia pracowników firmy związane z codziennymi obowiązkami pracowniczymi. Pełnomocnik strony argumentował, że stronę internetową należy traktować jako wirtualny lokal Apteki, w którym pacjent powinien być – podobnie jak w fizycznym lokalu Apteki – informowany o ofercie Apteki. Kwestionowane komunikaty nie zachęcają do wybrania takiego, a nie innego miejsca sprzedaży, skoro pacjent wchodząc na stronę internetową podjął wcześniej decyzję o skorzystaniu z internetowej oferty Apteki. Zdaniem pełnomocnika strony przepisy kodeksu cywilnego i ustawy o prawach konsumenta zobowiązują przedsiębiorcę do uwidaczniania ceny produktów i informowania o promocjach oraz ich przyczynach. Końcowo zwrócono uwagę, że podobne komunikaty umieszczane są na stronach internetowych innych aptek i nie jest to kwestionowane przez organy farmaceutyczne.

Pismem z dnia 12.03.2018 r. organ zawiadomił pełnomocnika strony o możliwości wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego.

W zakreślonym terminie strona w piśmie z dnia 16.03.2018 r. oświadczyła, że podtrzymuje swoje stanowisko i wnioski dowodowe. Jednocześnie potwierdziła, że zdjęto kwestionowane tablice i podjęto decyzję o niewznawianiu umów na kampanie informacyjne.

Dnia 15 maja 2018 r. (pismo z dnia 17.05.2018 r.) Organ postanowił rozszerzyć wszczęte z urzędu postępowanie w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki położonej w _____ zezwolenie nr _____ z dnia : _____) i nałożenia kary.

Przyczyną rozszerzenia postępowania były informacje zawarte w zawiadomieniu jakie wpłynęło do PWIF w dniu 30.01.2018 r. (organ w zawiadomieniu o rozszerzeniu postępowania błędnie wskazał, że podstawą rozszerzenia było zawiadomienie z końca kwietnia 2018 r.). Z zawiadomienia _____ wynikało, że na stronie głównej umieszczono informacje: „pierwsze miejsce w rankingu opineo” (w piśmie użyto błędnie słowa „ceneo”), a także ofertę produktu z opisem _____, przy czym końcówka „_____” została pogrubiona i umieszczona w okręgu przypominającym lupę (szkło powiększające). Dnia 15.05.2018 r. organ dokonał oględzin ww. strony internetowej i stwierdził, że istotnie na stronie pojawiają się opisane wyżej treści. W tej sytuacji organ pismem z dnia 17.05.2018 r. poinformował stronę o rozszerzeniu postępowania w zakresie opisanym powyżej. Załączone do zawiadomienia z dnia 30 stycznia 2018r. zrzuty strony zostały włączone do materiału dowodowego. Mając na uwadze powyższe PWIF zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) od kiedy i czy nadal na stronie _____ i eszczane są ww. informacje? W przypadku ich usunięcia, należy podać datę.
- 2) Ile było wejść na stronę : _____ czasu zamieszczenia ww. informacji?

Pełnomocnik strony w piśmie z dnia 30.05.2018 r. podtrzymał swoje stanowisko, twierdząc, że nie jest to reklama Apteki. Treści nie mogą zachęcać do skorzystania z oferty Apteki, skoro klient, który widzi umieszczone na stronie internetowej komunikaty, sam podjął wcześniej decyzję o wejściu na stronę internetową (czyli do wirtualnego lokalu apteki). Pełnomocnik dodał, że sformułowanie „_____” jest zgodne z prawem, stanowi informację o ofercie handlowej, której obowiązek zamieszczenia wynika z regulacji konsumenckich. Z kolei ranking opineo, to niezależny, zewnętrzny ranking budowany na bazie opinii pacjentów. Jest znakiem jakości apteki _____ Działania tego typu są stosowane również przez inne podmioty na rynku. Do pisma załączono wydruki.

Odnosząc się do pytań organu pełnomocnik wyjaśnił, że baner „_____” jest zamieszczony na stronie internetowej „od kilku lat”, natomiast informacja o rankingu „opineo” od lipca 2017 r. Co do liczby „wejść” na stronę, pełnomocnik stwierdził, że nie posiada dokładnych danych, po za tym część „wejść” (20%) to „wejścia” pracowników Spółki.

Przed wydaniem decyzji PWIF postanowił sprawdzić czy i w jakim zakresie zmienił się stan faktyczny w zakresie informacji zamieszczanych na stronie głównej _____ W trakcie dokonywania oględzin w dniu 28.02.2019 r. okazało się, że na ww. stronie poza wspomnianą wcześniej informacją: „Pierwsze miejsce w rankingu Opineo.pl” nadal zamieszczana jest oferta produktu „_____” (końcówka „_____” jest pogrubiona i umieszczona w okręgu przypominającym lupę). Dodatkowo pojawiły się budzące wątpliwości z punktu widzenia art. 94a ustawy prawo farmaceutyczne zakładki: „Ostatnie sztuki”, „Bestsellery”, „Wybór miesiąca”, „Wysyłka 0 zł”. W tej sytuacji organ postanowił po raz trzeci rozszerzyć postępowanie o stosowanie na stronie internetowej ww. zakładek. Zrzuty stron wskazanych poniżej zostały włączone do materiału dowodowego.

- 1) _____ /group/ostatnie-sztuki,
- 2) _____ /group/bestseller
- 3) _____ /group/krotkie-daty

4) :

W piśmie z dnia 11.03.2019 r. PWFIF zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Od kiedy i czy nadal na stronie zamieszczane są ww. zakładki? W przypadku ich usunięcia, należy podać datę.
- 2) Ile było wejść na ww. strony od czasu zamieszczenia opisanych wyżej zakładek?

W dniu 1.04.2019 r. wpłynęła odpowiedź pełnomocnika strony. Pełnomocnik wniósł o:

- 1) zawieszenie postępowania i zwrócenie się do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o zajęcie stanowiska, czy zamieszczone zakładki stanowią informacje „o głównych cechach świadczenia, przedmiocie świadczenia, łącznej cenie, opłatach za dostarczenie terminie spełnienia świadczenia przez przedsiębiorcę”, o których mowa art. 8 ustawy o prawa konsumenckich, czy Spółka jest obowiązana podawać takie informacje, czy podawanie takich informacji zwiększa świadomość konsumentów i czy niepodawanie takich informacji stanowiłoby naruszenie zbiorowych interesów konsumentów w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 UOKiK;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z załączonych do pisma dokumentów na okoliczność wysokiej satysfakcji konsumentów korzystających z usług
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z załączonych do pisma dokumentów na okoliczność powszechnej i niekwestionowanej przez WIF praktyki polegającej na podawaniu informacji odnośnie sprzedawanych produktów i warunków realizacji umowy;
- 4) zwrócenie się do biegłego z zakresu reklamy i marketingu celem wydania opinii odnośnie prowadzenia reklamy internetowej;
- 5) przedłużenie postępowania o 60 dni, gdyż Spółka zamierza zwrócić się do biegłego z zakresu reklamy i marketingu o wydanie opinii w przedmiocie postępowania.

Odpowiadając na pytanie organu pełnomocnik wyjaśnił, że zakładki nadal są zamieszczone na stronie internetowej Apteki, nie jest natomiast w stanie podać daty ich zamieszczenia oraz dokładnej ilości wejść na stronę internetową.

Pełnomocnik Spółki podniósł, że informacje na stronie internetowej należy traktować jak komunikaty w aptece stacjonarnej. Zdaniem strony są to dozwolone reklamy produktów leczniczych. Zakładki oglądane są już po wejściu na stronę, czyli po podjęciu decyzji o wyborze apteki, i służą udogodnieniu w przeglądaniu produktów poprzez posegregowanie ich wg kategorii. Pełnomocnik zwrócił uwagę, że zakładka „ nie dotyczy ani produktów leczniczych, ani wyrobów medycznych.

Podniesiono, że na Spółce, ale też na farmaceutyce spoczywa ustawowy obowiązek informowania o głównych warunkach transakcji i o produkcie leczniczym. W komunikatach nie występują elementy perswazyjne, zachęcające do zakupu.

Na koniec w zakresie billboardów powołano się na orzeczenie WSA z 20.12.2018 r. sygn. akt VI SA/Wa 859/18, na mocy którego Sąd uchylił decyzje organów obu instancji dotyczącą mobilnego billboardu , „il. „ uznając, że była to dozwolona informacja o położeniu i godzinach otwarcia apteki.

Pismem z dnia 16.05.2019 r. organ, w związku z zamiarem wydania decyzji, zawiadomił pełnomocnika strony o możliwości wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego.

W zakreślonym terminie strona nie zajęła stanowiska. W dniu 27.05.2019 r. przedstawiciel strony przeglądał akta i wykonał zdjęcia, a w dniu 30.05.2019 r. kolejny pełnomocnik przeglądał akta postępowania.

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

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego.

I. Banery, tablice i plakat.

Za bezsporne uznano, że na terenie dzielnicy Morena w Gdańsku strona prowadziła kampanię informacyjną z użyciem mobilnego billboardu (wymiary 6x3m), dwie tablice stacjonarne (wymiary 6x3m) w okresie od 2.10.2017 r. do 31.12.2017 r. i plakat w wiacie przystankowej (wymiar 1,2x1,8m) w okresie od 1.10.2017 r. do 31.12.2017 r. o treści: „
... z grafiką węża eskulapa. (Dowód: wyjaśnienia i dokumenty przedłożone przez stronę, zdjęcia pozyskane przez organ).

II. Informacje zamieszczone na

Stanowiąca własność Apteka prowadzi sprzedaż wysyłkową produktów leczniczych za pośrednictwem

Bezspornym jest, że na ww. stronie umieszczono zakładki o nazwach: „promocje”, „okazja”, „wyprzedaże”, pod którymi znajdowały się oferty produktów. Z kolei w zakładce: „O firmie” (znajdowało się następujące zdanie: „W praktyce oznacza to najszerszy wybór leków i innych produktów dostępnych „od ręki” i możliwie najniższe ceny na rynku.” PWIF zgodnie z wyjaśnieniami pełnomocnika strony przyjął, iż zakładki: „promocje”, „okazja”, „wyprzedaże” były zamieszczone w okresie przynajmniej od 28.12.2017 r. do 28.02.2018 r., a zdanie umieszczone w zakładce „O firmie” widniało na ww. stronie internetowej w okresie co najmniej od 28.12.2017 r. do 25.02.2018 r. W okresie od 28.12.2017 r. do 27.12.2018 r. odnotowano 50878 wejść w zakładkę „Promocje”, 42670 wejść w zakładkę „Okazje”, 21919 wejść w zakładkę „Wyprzedaże”, 4448 wejść w zakładkę „O firmie”. Około 20% ww. wejść to wejścia pracowników firmy związane z codziennymi obowiązkami pracowniczymi (dowód: wyjaśnienia pełnomocnika strony). Zgodnie z oświadczeniem pełnomocnika strony przyjęto, że internetowy baner , (lub „ używany jest cały czas do chwili obecnej.

Strona nie kwestionowała faktu, że na tej samej stronie umieszczono zakładkę „pierwsze miejsce w rankingu opinieo” (początkowo błędnie przez organ nazwanym rankingiem ceneo). Ww. zakładka była umieszczona na stronie www. od lipca 2017 r. (dowód: wyjaśnienia strony) i funkcjonowała co najmniej do 28.02.2019 r. (dowód: wydruk stron dokonany przez PWIF). W chwili wydawania decyzji nie odnotowano zakładki.

Jak można przeczytać, na stronie www.Opineo.pl/o-nas opinieo to „Niezależna platforma wspomagająca i aktywizująca do komunikacji konsumentów z firmami. (...) Dzięki wiarygodnym opiniom, każdy może zapoznać się z opiniami innych kupujących o konkretnym sklepie internetowym, firmie czy produkcie (...). Opineo.pl jest jednym z pierwszych polskich serwisów umożliwiających podejmowanie decyzji zakupowych na podstawie opinii społeczności internetowej.” W raporcie Opineo za rok 2018 (<https://static.opineo.pl/press/dl/ranking-sklepow-internetowych-opineo-2018.pdf>), podano, że ranking Opineo to ranking sklepów internetowych oraz że: „Ranking Opineo.pl opiera się na potransakcyjnych opiniach konsumentów, czyli opiniach wystawionych przez klientów sklepów internetowych, po dokonanych zakupach. Wystawiając opinię, konsumenci oceniają: • szybkość realizacji zamówienia, • poziom obsługi klienta, • jakość zapakowania przesyłki, • oraz deklarują, czy poleciliby ten sklep internetowy swoim znajomym. Za każdy z tych atrybutów sklep może zdobyć 5 punktów. Kwalifikując sklepy do rankingu, sumujemy oceny składowe i wyciągamy z nich średnią. Celem każdego biznesu jest wzrost. Jednak im większy biznes, tym trudniej utrzymać satysfakcję klientów. Zdajemy sobie sprawę, jak trudno jest zachować wysoką jakość obsługi przy dużym wolumenie sprzedaży. Chcemy promować sklepy, które słuchają swoich klientów, aktywnie zbierają opinie i uzyskują najwyższe noty jednocześnie się rozwijając.”

Poza sporem jest również okoliczność, że na stronie internetowej Apteki, do najmniej od 28.02.2019 r. (dowód: wydruk strony wykonany przez PWIF) do chwili obecnej wykorzystywane są zakładki/linki: „Ostatnie sztuki”, „Bestsellery”, „Wybór miesiąca”, „Wysyłka 0 zł”.

W zakresie wniosków pełnomocnika strony w sprawie zawieszenia postępowania oraz przeprowadzenia dowodu z dokumentów oraz opinii biegłego PWIF odniósł się wydając stosowne postanowienia.

Biorąc pod uwagę ustalony wyżej stan faktyczny należało odpowiedzieć na pytania, czy prezentowanie billboardu, tablic, plakatu miało cechy reklamy apteki oraz czy informacje/zakładki/linki zamieszczone na stronie internetowej Apteki mogły mieć wpływ na skorzystanie z oferty Apteki.

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*

odbior 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”).

I. Banery, tablice i plakat.

Istotą rozstrzygnięcia w opisanym wyżej stanie faktycznym jest ustalenie, czy działania strony miały dozwolony przez przepisy charakter informacyjny, czy też nad zachętą przeważała w tym wypadku warstwa informacyjna przekazu. W ocenie organu Spółka dopuściła się prowadzenia niedozwolonej reklamy Apteki polegającej na eksponowaniu w miejscu publicznym billboardu, tablic stacjonarnych oraz plakatu w wiacie przystankowej o treści: , (

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 danej aptece. W przedmiotowej sprawie informacja o nazwie i miejscu położenia Apteki była 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 banerów mobilnych i banerów stacjonarnych oraz plakatu w wiacie przystankowej. Według PWIF celem działań strony było dotarcie do jak największej liczby osób, w tym tych które tej informacji nie szukają. Banery i plakat miały zwrócić uwagę tych osób i zapaść w ich pamięci. W ocenie PWIF w przedmiotowej sprawie warstwa reklamowa podjętych działań przeważa nad warstwą informacyjną. Celem tak prowadzonej kampanii jest w istocie zachęcenie pacjentów do skorzystania z oferty Apteki.

Odnosząc się do przywołanego przez pełnomocnika orzeczenia WSA z 20.12.2018 r. sygn. akt VI SA/Wa 859/18 (na mocy którego Sąd uchylił decyzje organów obu instancji dotyczącą mobilnego billboardu , ul. , uznając, że była to dozwolona informacja o położeniu i godzinach otwarcia apteki), organ zwraca uwagę, że ww. wyrok jest nieprawomocny i zapadł w innym stanie faktycznym. Nie mają również znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy ujawnione przez stronę przypadki podobnych praktyk (duże tablice informacyjne) stosowanych przez inne apteki. Przedmiotem postępowania jest ocena legalności działań strony. Ujawnione przypadki będą przedmiotem osobnej analizy.

Z powodu zaprzestania prowadzenia ww. reklamy Apteki przed wydaniem niniejszej decyzji PWIF działając na podstawie art. 105 ust. 1 kpa postanowił umorzyć postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy Apteki polegającej na eksponowaniu w miejscu publicznym billboardu, tablic stacjonarnych oraz plakatu w wiacie przystankowej o treści:

)”

II. Informacje zamieszczone na

Organ nie podziela stanowiska pełnomocnika strony, według którego reklama apteki w rozumieniu art. 94a ustawy prawo farmaceutyczne może mieć postać jedynie marketingu zewnętrznego, mającego na celu zachęcenie pacjenta do wejścia do apteki i skorzystania z oferty. Tym samym zdaniem pełnomocnika nie stanowią zakazanej reklamy działania podejmowane wewnątrz samej apteki. Przenosząc takie rozumowanie na grunt sprzedaży wirtualnej pełnomocnik twierdzi, że komunikaty zamieszczone na stronie internetowej nie zachęcają do wejścia na tę stronę, albowiem klient, który ogląda takie komunikaty już sam wcześniej podjął decyzję o wejściu do wirtualnej apteki.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uważa, że za niedozwoloną reklamę apteki można uznać również działania prowadzone wewnątrz apteki. Działania takie mogą mieć postać plakatów, ulotek, banerów, list cenowych, w których zachęta do skorzystania z oferty danej apteki w danej chwili lub w przyszłości, przeważa nad warstwą informacyjną. Stanowisko powyższe wielokrotnie potwierdzały sądy administracyjne.

Podobnie jest ze stroną internetową przeznaczoną do obsługi sprzedaży wysyłkowej. Zakaz reklamy apteki, o jakim mowa w art. 94a prawa farmaceutycznego dotyczy również sposobu informowania pacjentów o ofercie apteki na stronie internetowej, z wykorzystaniem której prowadzi się sprzedaż wysyłkową produktów leczniczych. Podmiot prowadzący sprzedaż wysyłkową, stosując § 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie wysyłkowej sprzedaży produktów leczniczych z dnia 26 marca 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 481) oraz art. 8 ustawy o prawach konsumenta z dnia 13 grudnia 2018 r. (Dz.U. z 2019., poz. 134) 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 takich komunikatów, zakładek, banerów, w których nakazana warstwa informacyjna jest zdominowana elementami zachęcającymi do zakupu produktów. PWIF stoi na stanowisku, że zamieszczone na stronie idki o nazwach: „promocje”, „okazja”, „wyprzedaże”, „Bestsellery”, „Wybór miesiąca”, pod którymi znajdowały się oferty produktów mogły mieć wpływ na decyzję pacjentów, co do skorzystania z oferty Apteki w zakresie sprzedaży wysyłkowej. Nazwy tych zakładek w powszechnym odbiorze kojarzą się wyraźnie z czasową, atrakcyjną obniżką cen. Nie są to neutralne informacje o produkcie. Ewidentnie zachęcający charakter bezpośrednio odnoszący się do niskiej ceny mają oferty z opisem „ ,b „ Wprost o niskich cenach oferowanych przez Aptekę mówił również tekst zamieszczony w zakładce „O firmie” (gdzie mowa była o najszerzym wyborze leków i produktów dostępnych „od ręki” i o możliwie najniższej cenie na rynku).

Zdaniem PWIF zachęta do skorzystania z oferty Apteki przeważa nad warstwą informacją w tekście „pierwsze miejsce w rankingu opineo”. O skorzystaniu z oferty danej apteki nie powinna decydować pozycja apteki w rankingu sklepów internetowych tworzonych przez Internautów, a jedynie asortyment apteki. Jak wynika z informacji zamieszczonych na stronie OPINEO celem każdego biznesu jest wzrost. Z założenia ranking OPINEO ma promować sklepy, które słuchają swoich klientów, aktywnie zbierają opinie i uzyskują najwyższe noty jednocześnie się rozwijając.

Ponieważ Spółka przed wydaniem decyzji usunęła kwestionowany tekst w zakładce „O firmie” oraz zakładki: „promocje”, „okazja”, „wyprzedaże”, oraz „pierwsze miejsce w rankingu opineo” – postępowanie w zakresie nakazania zaprzestania prowadzenia reklamy w ww. zakresie umorzono na podstawie art. 105 kpa.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny miał wątpliwości, czy w przypadku zakładki: „Ostatnie sztuki”, „Krótkie daty”, „Wysyłka 0 zł” zachęta do zakupu w danej aptece dominuje nad warstwą informacyjną. Samo informowanie o krótkich datach ważności jest istotną ostrzegawczą informacją o oferowanym produkcie. Z kolei „Wysyłka 0 zł” jest istotnym elementem oferty wysyłkowej. Zwrot „Ostatnie sztuki” nie wiąże się wprost z obniżką cenową. Przede wszystkim informuje o dostępności danego produktu. W tej sytuacji na podstawie art. 105 kpa organ umorzył

postępowanie w części dotyczącej nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy i nałożenia kary odnośnie zamieszczenia na stronie _____ ; zakładki: „Ostatnie sztuki”, „Krótkie daty”, „Wysyłka 0 zł” z uwagi, iż nie noszą one charakteru niedozwolonej reklamy, o jakiej mowa w art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego.

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.

1. Bilbord mobilny, tablice, plakat.

Za okoliczność korzystną dla strony uznano, że kampanię reklamową z użyciem billboardu mobilnego prowadzono od 1.10.2017 r. do 29.12.2017 r., dwóch tablic od 2.10.2017 r. do 31.12.2017 r. i plakatu od 1.10.2017 r. do 31.12.2017 r. Zatem nie mamy do czynienia z relatywnie długim czasem. Na niekorzyść strony przyjęto fakt, że strona już raz naruszyła zakaz prowadzenia reklamy apteki. Decyzją ostateczną z dnia 25.10.2017 r. WIF-GD.8523.1.14.2017 PWIF nałożył na stronę karę pieniężną w wysokości 2.000 zł. Na niekorzyść wzięto pod uwagę fakt, że kampania była prowadzona publicznie w bardzo ruchliwym miejscu, a zatem stopień jej oddziaływania można uznać za znaczny. Karę związaną z tym naruszeniem organ ustalił na kwotę 7500 zł.

2. Informacje na stronie internetowej.

Za okoliczność korzystną dla strony uznano, że zakładki: „promocje”, „okazja”, „wyprzedaże” były zamieszczone stosunkowo krótko od 28.12.2017 r. do 28.02.2018 r., a zdanie umieszczone w zakładce „O firmie” widniało na ww. stronie internetowej w okresie przynajmniej od 28.12.2017 r. do 25.02.2018 r. Z kolei informacja „pierwsze miejsce w rankingu opinieo” była umieszczona na stronie www. od lipca 2017 r. (dowód: wyjaśnienia strony) i funkcjonowała co najmniej do 28.02.2019 r. Za niekorzystną dla strony okoliczność uznano fakt, iż strona nadal używa banera „_____” od kilku lat (dowód: wyjaśnienia strony). Również na niekorzyść strony organ uznał, iż zakładki: „Bestseller”, „Wybór miesiąca” umieszczone są co najmniej od 28.02.2019 r. (dowód: zrzuty ekranu) do chwili obecnej. Powyższe oznacza, że treści te nadal wpływają na wybory pacjentów co do zakupów w ramach sprzedaży wysyłkowej Apteki. Na niekorzyść strony przyjęto również fakt, że strona już raz naruszyła zakaz prowadzenia reklamy apteki. Decyzją ostateczną z dnia 25.10.2017 r. WIF-GD.8523.1.14.2017 PWIF nałożył na stronę karę pieniężną w wysokości 2.000 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe PWIF ustala karę za prowadzenie reklamy na stronie wysokości 7500 zł.

Łączna kara pieniężna wynosi 15.000 zł i mieści się w dolnych granicach jej wymiaru.

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.

Otrzymują:

1) Adresat

(list polecony+zwrotne potwierdzenie odbioru-wzór dla postępowania administracyjnego)

2) Aa x 2

3) księgowość

POMORSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

Beata Lutkiewicz
mgr farm. Beata Lutkiewicz

