



WOJEWÓDZKI INSPEKTORAT FARMACEUTYCZNY W GDAŃSKU

ul. Na Stoku 50, 80-874 Gdańsk, tel. 58 300 00 92, fax 58 320 28 58

www.wiif.nowybip.pl

email: wiif-sekretariat@wiif.gdansk.pl

Gdańsk, dnia 30 grudnia 2020 r.

WIF-GD. 8523.1.11.2020

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

DECYZJA 10/NKP/2020

Na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1-3 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 Kodeksu postępowania administracyjnego tj. z dnia 20 grudnia 2019 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 256), zwanego dalej kpa

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gdańsku:

1. Stwierdza, że [REDACTED] w [REDACTED] prowadziła niedozwoloną reklamę położonych na terenie województwa pomorskiego [REDACTED] posługujących się nazwą [REDACTED] lub [REDACTED] polegającą na tym, że wspólnie z innymi podmiotami stworzyła i udostępniła pacjentom ogólnodostępny system teleinformatyczny umożliwiający w ww. aptekach - za pośrednictwem [REDACTED] - sprawdzenie dostępności i dokonanie rezerwacji produktów leczniczych i innych produktów medycznych przepisanych na elektronicznych wersjach recept.
2. Nakłada na [REDACTED] w [REDACTED] karę pieniężną w wysokości 3000 zł (trzy tysiące złotych), w związku z prowadzeniem niedozwolonej reklamy działalności Aptek, o jakich mowa w punkcie 1.

3. Umarza postępowanie w zakresie nakazania zaprzestania prowadzenia reklamy opisanej w pkt 1 powyżej.

UZASADNIENIE

W dniu 13.07.2020 r. organ otrzymał od Głównego Inspektora Farmaceutycznego w Warszawie pismo PR.61.67.2020.EM.1 z 10.07.2020 r. wraz z załącznikami w postaci zawiadomienia z 7.07.2020 r. przesłanego przez Naczelną Izbę Aptekarską, dalej NIA (L.dz.P-195/2020) w sprawie prowadzenia reklamy [REDAKTOWANE] z wykorzystaniem strony [REDAKTOWANE], plakatu: [REDAKTOWANE] Wiesz czym jest e-recepta?. Pisma wraz z załącznikami zostały włączone do materiału dowodowego. Dodatkowo do materiały włączono pismo NIA z 5.08.2020 r. wraz załącznikami oraz regulamin portalu

Powyższe stało się podstawą wszczęcia postępowania w zakresie prowadzenia niedozwolonej reklamy aptek sieci [REDAKTOWANE]. W zawiadomieniu o wszczęciu PWIF zobowiązał stronę do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Czy strona zlecała dystrybucję plakatu [REDAKTOWANE]. Wiesz czym jest e-recepta?
- 2) W jakiej ilości i w jakim czasie i w jaki sposób strona kolportowała ww. plakat?
- 3) Czy ww. plakat nadal jest kolportowany, jeżeli tak to gdzie, w jaki sposób, w jakiej ilości?
- 4) Jakim był cel tworzenia ...
- 5) Czy aplikacja była/jest aktywna tj. czy pacjenci mogli/mogą z niej skorzystać?
- 6) Czy „apteki współpracujące” wskazane w ust. 4 Rozdział 5 Regulaminu Portalu, który mówi o sprawdzeniu dostępności leków, to apteki sieci [REDAKTOWANE] (używające nazwy [REDAKTOWANE], czy również inne apteki?
- 7) Ile osób skorzystało dotychczas z :

W piśmie z dnia 7.09.2020 r. strona udzieliła odpowiedzi wyjaśniając, że nie prowadziła reklamy aptek. Zleciła natomiast dystrybucję materiałów informacyjnych w postaci plakatów z napisem [REDAKTOWANE] – czy wiesz czym jest e-recepta? (dalej „Plakat”), której celem było rozpowszechnienie wiedzy wśród pacjentów o e-receptach. W sumie rozdystrybuowano 160 plakatów w marcu 2020 r., dostarczając kurierem bezpośrednio do aptek. Ekspozycja plakatu nie była obowiązkowa. Spółka nie weryfikowała sposobu korzystania z plakatu przez poszczególne apteki. Celem stworzenia Aplikacji było wsparcie użytkowników w uzyskaniu informacji o dostępności produktów w ramach e-recepty oraz ułatwienie im ewentualnej rezerwacji produktów leczniczych, a także zwiększenie bezpieczeństwa pacjentów związanego z ich przebywaniem w aptece, co ma szczególne znaczenie w okresie epidemii. Aplikacja odpowiada na wytyczone przez Państwo zadania w zakresie e-zdrowia, czyli uruchomienia elektronicznych usług medycznych. Zwrócono uwagę, że na rynku działają już takie aplikacje jak np. gdziepolek.pl bądź ktomalek.pl. Od 29.06.2020 r. Aplikacja nie jest aktywna, do tego czasu w Aplikacji zarejestrowano 567 kont użytkowników. Przy czym obecnie Aplikacja daje użytkownikom kont możliwość uzyskania informacji o adresie, lokalizacji i godzinach otwarcia Aptek.

Strona potwierdziła, że wskazane „apteki współpracujące” to apteki prowadzone pod znakiem towarowym [REDAKTOWANE]. Spółka uruchomiła Aplikację po podpisaniu umowy ze Spółką [REDAKTOWANE] (organizatorem franczyzy), która to Spółka zapewniła współpracę z przedsiębiorcami prowadzącymi apteki pod znakiem towarowym [REDAKTOWANE]. W swoich wyjaśnieniach strona podnosiła brak podmiotowych i przedmiotowych elementów odpowiedzialności za naruszenie zakazu wyrażonego w art. 94a w zw. z art. 129b prawa farmaceutycznego. Strona podkreśliła, że ani plakat,

ani strona zawierały informacji mających charakter zachęty, nie wymieniały konkretnych aptek.

Strona wniosła o włączenie do akt sprawy kierowanego do PWIF pisma z dnia 6.08.2020 r., w którym szczegółowo opisuje działanie Aplikacji.

Organ włączył ww. pismo do akt postępowania. Jednocześnie pismem z dnia 11.09.2020 r. zobowiązał stronę do przekazania organowi listy aptek z województwa pomorskiego, do których wysłano plakaty „Wiesz, czym jest e-recepta?” z podaniem ilości wysłanych plakatów do poszczególnych aptek. Ponadto zwrócono się o udzielenie odpowiedzi na pytanie jaki był cel użycia w nazwie aplikacji oraz domeny obok słowa „recepta” słowa „ ”, używanego przez sieć .

W swoim piśmie z dnia 22.09.2020 r. strona podała listę aptek oraz ilość przekazanych plakatów, wyjaśniając przy tym, że zamieszczone w nazwie aplikacji i domeny słowo „ ” nawiązuje do nazwy Spółki.

Następnie w dniach 1-2.10.2020 r. PWIF wystąpił do kierowników Aptek wskazanych przez stronę z szeregiem pytań:

- 1) Kiedy i ile plakatów otrzymała kierowana przez Panią/Pana apteka?
- 2) Czy i jak długo plakat/plakaty były eksponowane w kierowanej przez Panią/Pana aptece?
- 3) Dlaczego plakat/plakaty były eksponowane w kierowanej przez Panią/Pana aptece?
- 4) W jaki sposób plakat/plakaty były eksponowane?
- 5) Czy otrzymała Pani/Pan od właściciela Apteki lub jakieś zalecenia/wyjaśnienia odnośnie przesłania plakatów, ich ekspozycji a Aptecę?

Z nadesłanych odpowiedzi wynika, że nie wszystkie apteki zamieściły plakat. Wszyscy zgodnie potwierdzili, że nie było zaleceń , co do wykorzystania plakatów. Decyzja o ekspozycji Plakatu była podejmowana przez kierownika danej apteki po konsultacji z właścicielem, chyba że właściciel pozostawił kierownikowi całkowitą swobodę w tym zakresie.

Po analizie dotychczasowych wyjaśnień strony oraz regulaminu e-recepta, organ pismem z dnia 15.10.2020 r. zwrócił się do strony w następujących kwestiach:

- 1) o podanie konkretnej daty, od której strona oraz były dostępne dla użytkowników.
- 2) o wyjaśnienie w jakich działaniach marketingowych prowadzonych przez stronę lub , miały być/były wykorzystywane dane pacjentów sieci .
- 3) w jaki sposób (zgodnie z zawartą umową) (właściciel i zarazem organizator franczyzy marki) zapewniał współpracę z przedsiębiorcami prowadzącymi apteki pod znakiem towarowym , w szczególności czy była to współpraca bezpośrednio ze stroną czy za pośrednictwem (zobowiązano do przesłania wyciągu z ww. umowy w części dotyczącej obowiązku zapewnienia takiej współpracy).
- 4) czy podłączenie się apteki do Aplikacji wymagało ze strony apteki podjęcia określonych działań np. zainstalowania przez Aptekę oprogramowania (lub tzw. nakładki do obsługi rezerwacji), wprowadzenia hasła? Jeżeli tak, to z czyjej inicjatywy były te działania podejmowane, „ ”, , czy samej apteki? Czy to przesyłało bezpośrednio aptekom instrukcje związane z podłączeniem się Apteki do Aplikacji?
- 5) czy Aplikacja została uruchomiona we wszystkich aptekach, do których wysłano plakaty? Jeżeli nie, to należało wskazać dlaczego.

- 6) czy podłączenie się apteki do Aplikacji było dobrowolne, w szczególności czy w projekcie tym brały udział wszystkie apteki używające marki „[REDAKTOWANE]”
- 7) czy użytkownik w trakcie procesu zakładania rezerwacji miał możliwość sprawdzić w [REDAKTOWANE] dostępność niewymienionych w e-recepcie leków oraz wyrobów medycznych?
- 8) czy ww. mapa pokazująca apteki obejmowała wyłącznie apteki, które posiadały leki na wprowadzonej do systemu e-recepcie, czy również apteki, które wykazywały dostępność innych leków i wyrobów medycznych, którymi zainteresowany był użytkownik?

W odpowiedzi z dnia 27.10.2020 r. strona odpowiedziała jedynie na część pytań twierdząc, że pozostała część wykracza poza zakres postępowania. Wyjaśniła, że od 14.02.2020 r. strona [REDAKTOWANE] była dostępna w formie testowej. Do dnia 16.04.2020 r. na stronie znajdowały się wyłącznie informacje na temat e-recepty. Aplikacja uruchomiona została 16.04.2020 r. i posiadała pełną funkcjonalność do 29.06.2020 r. Od dnia 29.06.2020 r. aplikacja funkcjonuje w ograniczonym zakresie opisanym w piśmie z 7.09.2020 r. Odnośnie celów marketingowych wskazano, że chodziło o reklamowanie własnych usług Spółki, ale nie były one prowadzone. Strona stwierdziła ponadto, że korzystanie przez apteki z Aplikacji było dobrowolne. Wszystkie apteki wskazane w treści pisma z dnia 22.09.2020 r. umożliwiały za wykorzystaniem Aplikacji rezerwację produktów dla użytkowników. W piśmie wskazano, że użytkownik Aplikacji nie miał dostępu do innych produktów leczniczych/wyrobów niż wskazane w e-recepcie. Mapa pokazywała wyłącznie apteki, które posiadały produkty wymienione w e-recepcie. Do pisma dołączono kopię trzystronicowego wyciągu z umowy współpracy, ale bez postanowień, na mocy których [REDAKTOWANE], zapewniała o współpracy z przedsiębiorcami prowadzącymi apteki pod znakiem towarowym [REDAKTOWANE]

Pismem z dnia 5.11.2020 r. poinformowano stronę o możliwości zapoznania i wypowiedzenia się co do materiału dowodowego i zgłoszonych żądań.

Strona nie skorzystała z prawa zapoznania się z zebrany w sprawie materiałem. W przesłanej 17.11.2020 r. odpowiedzi pełnomocnik podtrzymał złożone dotychczas wyjaśnienia i wniósł o umorzenie postępowania, utrzymując, że działalność strony jest zgodna z prawem farmaceutycznym. Pełnomocnik po raz kolejny odniósł się do pytań organu dotyczących uruchomienia Aplikacji, twierdząc, że treść żądanych dokumentów (umowa z [REDAKTOWANE].) zawiera informacje poufne i nie mają żadnego związku z rozstrzygnięciem. Podkreślono, że zarówno plakat, strona www. jak i Aplikacja nie zawierały treści zachęcających pacjentów do dokonania zakupów w konkretnej aptece. Aplikacja wpisuje się w ogólnopaństwowe cele, związane z poprawą e-usług w sektorze zdrowia w czasie COVID-19. Podniesiono, że na rynku funkcjonują już podobne aplikacje gdziepolek.pl i ktomalek.pl, w których uczestniczy aż 9665 aptek. Aplikacje te nie są przedmiotem zainteresowania organów inspekcji farmaceutycznych.

W dniu 25.11.2020 r. wpłynęło kolejne pismo pełnomocnika strony, w którym wniesiono o włączenie do akt postępowania kopię postanowienia Sądu Okręgowego w Warszawie XXII Wydział Własności Intelektualnej z dnia 5.11.2020 r. w sprawie z powództwa [REDAKTOWANE] przeciwko Naczelnej Izbie Aptekarskiej w Warszawie, na mocy którego udzielono stronie zabezpieczenia roszczenia o ochronę dóbr osobistych w postaci nakazania NIA zaprzestania rozpowszechniania informacji zarzucających stronie nieprawidłowości w funkcjonowaniu aplikacji polegających na nielegalnym pobieraniu danych z Systemu E-Zdrowie oraz gromadzeniu danych o stanie zdrowia pacjentów i ich profilowaniu w sposób niezgodny z prawem. Wg pełnomocnika wydanie decyzji w postępowaniu wszczętym w oparciu o zawiadomienie NIA, zawierające informacje fałszywe, w tym objęte zakazem rozpowszechniania, będzie skutkowało jej wadliwością.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po przeanalizowaniu materiału dowodowego uznał, że strona prowadziła niedozwoloną reklamę znajdujących się na terenie województwa pomorskiego aptek [REDAKTOWANE], polegającą na tym, że wspólnie z innymi podmiotami stworzyła i udostępniła pacjentom ogólnodostępny system teleinformatyczny umożliwiający w ww. aptekach - za pośrednictwem [REDAKTOWANE] - sprawdzenie dostępności oraz dokonanie rezerwacji produktów leczniczych i innych produktów medycznych przepisanych na elektronicznych wersjach recept, promując tym samym wymienione wyżej apteki.

Rozstrzygnięcie oparto o następujące ustalenia stanu faktycznego.

Bezspornym jest, że strona – firma [REDAKTOWANE], z siedzibą w [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] została wpisana do Rejestru Przedsiębiorców KRS w dniu [REDAKTOWANE] r. Jedynym udziałowcem Spółki ([REDAKTOWANE]) jest [REDAKTOWANE], z siedzibą w [REDAKTOWANE] ([REDAKTOWANE]), która jest jednocześnie organizatorem franczyzy, czyli franczyzodawcą udzielającym innym podmiotom prawa do prowadzenia apteki pod szyldem [REDAKTOWANE] Spółka [REDAKTOWANE] nie zajmuje się ani prowadzeniem aptek, ani hurtowni farmaceutycznych. Jej wiodący przedmiot działalności to: doradztwo w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej, działalność portali internetowych, przetwarzania danych, zarządzanie stronami internetowymi.

W dniu 24.03.2020 r. strona zawarła z [REDAKTOWANE] umowę o współpracy. Z przesłanego wyciągu wynika, że obie firmy rozpoczęły ze sobą współpracę w związku z zamiarem przystąpienia aptek ogólnodostępnych należących do sieci franczyzowej aptek [REDAKTOWANE] do systemu teleinformatycznego umożliwiającego dokonywanie za pośrednictwem posiadanej przez [REDAKTOWANE] rezerwacji produktów leczniczych i innych produktów medycznych przepisanych na elektronicznych wersjach recept.

[REDAKTOWANE] zapewniła stronie współpracę z przedsiębiorcami prowadzącymi apteki pod znakiem towarowym [REDAKTOWANE]

W projekcie związanym z wprowadzeniem Aplikacji wzięło udział [REDAKTOWANE] aptek należących do sieci franczyzowej, położonych na terenie: [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] (wyjaśnienia strony z 22.09). W województwie pomorskim zgodnie z informacjami znajdującymi się na www.rejestrymedyczne.csioz.gov.pl aptek posługujących się nazwą „[REDAKTOWANE]” jest w sumie [REDAKTOWANE] aptek. W tej sytuacji PWIF za wiarygodne uznał wyjaśnienia strony, z których wynika, że udział aptek w projekcie wprowadzenia Aplikacji był dobrowolny. Wszystkie [REDAKTOWANE] aptek umożliwiły stronie zainstalowanie oprogramowania, które umożliwiło pacjentom korzystającym z Aplikacji sprawdzanie dostępności leków i wyrobów medycznych oraz ich rezerwację w każdej z tych aptek. Aplikacja nie sprawdzała dostępności leków w innych aptekach ogólnodostępnych i nie umożliwiała rezerwacji leków w innych aptekach.

PWIF ustalił, że ww. apteki biorące udział w projekcie wdrożenia Aplikacji uczestniczą w programie www.ktomalek.pl oraz www.gdziepolek.pl. Świadczą o tym wyniki wyszukiwania aptek na www.ktomalek.pl (np. wpisaniu <https://ktomalek.pl/apteki/gdansk/M2261011/af-1>, <https://www.gdziepolek.pl/produkty/62951/polcrom-krople-do-oczu/apteki>).

Aplikacja uruchomiona została 16.04.2020 r. i posiadała pełną funkcjonalność do 29.06.2020 r. Od dnia 29.06.2020 r. aplikacja funkcjonuje w ograniczonym zakresie. Funkcja odczytywania e-recept oraz rezerwacji nie jest aktywna. Użytkownik może jedynie założyć konto i przeczytać informacje o e-receptce.

Równocześnie Spółka podjęła działania zmierzające do poinformowania pacjentów o uruchomieniu systemu sprawdzania dostępności leków oraz ich rezerwacji. Wykorzystano do tego stronę [REDAKTOWANE] oraz plakaty z napisem [REDAKTOWANE] – czy wiesz czym jest e-recepta.

Z wydruków poszczególnych stron [REDAKTOWANE] wykonanych z dnia 16.06.2020 r. wynika, że jest tam przewidziana funkcja do sprawdzania e-recepty oraz rezerwacji leków. Ponadto są tam zamieszczone informacje o e-receptce, Aplikacji, regulamin, wyszukiwarka aptek. Strona

wyjaśniła, że od 14.02.2020 r. strona [REDAKTOWANA] była dostępna w formie testowej. Do dnia 16.04.2020 r. na stronie znajdowały się wyłącznie informacje na temat e-recepty.

Z zamieszczonego na [REDAKTOWANA] regulaminu działania Aplikacji wynika między innymi, że:

- 1) Aplikacja [REDAKTOWANA] sprawdza dostępność leków i innych produktów medycznych objętych E-receptą według listy z E-recepty w aptekach współpracujących z Usługodawcą, czy wskazany Produkt jest dostępny oraz w jakiej orientacyjnej jest cenie (pkt 4),
- 2) Konto - przestrzeń udostępniana Użytkownikowi w ramach Aplikacji [REDAKTOWANA] zgodnie z umową o Świadczenie Usług, pozwalająca na korzystania przez Użytkownika z dodatkowych funkcjonalności/usług (pkt 1.7),
- 3) Wyniki z zapytań z E-recepty oparte są na informacjach z aptek współpracujących z Usługodawcą i w danym momencie odpowiadają na zapytania o ofertę (pkt 4 i 5),
- 4) Odbiorcą danych osobowych użytkowników zakładających konta na [REDAKTOWANA] jest między innymi [REDAKTOWANA]. (pkt 5.4),
- 5) dane osobowe będą wykorzystywane między innymi w celach: świadczenia usług konta użytkownika, zawarcia i realizacji rezerwacji, **marketingowych** (pkt 3.4),
- 6) Usługodawca świadczy bezpłatnie na rzecz Użytkownika w ramach opcji bez zakładania Konta, w szczególności następujące usługi:
 - a) dodanie E-recepty przez skaner albo wpisanie kodu oraz nr PESEL Użytkownika,
 - b) dostęp do wyszukiwarki Aptek, które mogą zrealizować E-receptę,
 - c) możliwość założenia Rezerwacji,
 - d) wyświetlenie informacji o orientacyjnej wartości produktów z danej E-recepty (pkt 3.1),
- 7) w przypadku opcji z założeniem Konta Użytkownik ma dodatkowo dostęp do historii rezerwacji (pkt 3.2)

Strona przyznała, że zleciła dystrybucję materiałów informacyjnych w postaci plakatów z napisem [REDAKTOWANA] - czy wiesz czym jest e-recepta? (dalej „Plakat”), której celem było rozpowszechnienie wiedzy wśród pacjentów o e-receptie. W sumie rozdystrybuowano 160 plakatów w marcu 2020 r., dostarczając kurierem bezpośrednio do aptek. Ekspozycja plakatu nie była obowiązkowa. Spółka nie weryfikowała sposobu korzystania z plakatu przez poszczególne apteki. Nie wszystkie apteki zamieściły plakat. Kierownicy wszystkich aptek zgodnie potwierdzili, że nie było zaleceń [REDAKTOWANA] co do wykorzystania plakatów. Decyzja o ekspozycji Plakatu była podejmowana przez kierownika danej apteki po konsultacji z właścicielem, chyba że właściciel pozostawił kierownikowi całkowitą swobodę w tym zakresie.

Aplikacja nie jest aktywna, do tego czasu w Aplikacji zarejestrowano 567 kont użytkowników. Przy czym obecnie Aplikacja daje użytkownikom kont możliwość uzyskania informacji o adresie, lokalizacji i godzinach otwarcia Aptek.

Rozpatrując materiał dowodowy PWIF uznał, że przedłożona przez stronę kopia postanowienia Sądu Okręgowego w Warszawie XXII Wydział Własności Intellectualnej z dnia 5.11.2020 r. w sprawie z powództwa [REDAKTOWANA] przeciwko Naczelnej Izbie Aptekarskiej w Warszawie, na mocy którego udzielono stronie zabezpieczenia roszczenia o ochronę dóbr osobistych w postaci nakazania NIA zaprzestania rozpowszechniania informacji zarzucających stronie nieprawidłowości w funkcjonowaniu [REDAKTOWANA] polegających na nielegalnym pobieraniu danych z Systemu E-Zdrowie oraz gromadzeniu danych o stanie zdrowia pacjentów i ich profilowaniu w sposób niezgodny z prawem – nie ma znaczenia w niniejszej sprawie. Przedmiotem postępowania jest ocena działań podejmowanych przez stronę w kontekście zakazu reklamy aptek, natomiast zabezpieczenie dotyczy tych informacji, które dotyczą pobierania danych. Informacje o rozpowszechnianiu Plakatów, stworzeniu Aplikacji oraz strony [REDAKTOWANA] nie jest informacją fałszywą objętą zabezpieczeniem. Ponadto ww. okoliczności zostały potwierdzone przez samą stronę.

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.*) - posilkując 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"). W wyroku z dnia 13 lutego 2020 r. sygn. akt II GSK 3136/17 stwierdzono, iż Naczelny Sąd Administracyjny przyjmuje w swym orzecznictwie, że reklamą jest każde działanie, które ma na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług (por. np. wyrok z 20 lipca 2017 r., sygn. akt II GSK 2583/15; wyrok z 11 października 2016 r., sygn. akt II GSK 682/15; wyroki z 25 sierpnia 2016 r.: sygn. akt II GSK 97/15 oraz sygn. akt II GSK 550/15; wyrok z 20 stycznia 2015 r., sygn. akt II GSK 1718/13; wyrok z 16 grudnia 2014 r., sygn. akt II GSK 1981/13) i to niezależnie od form i metod tego działania oraz użytych środków (por. np wyroki z: 28 września 2017 r., sygn. akt II GSK 3346/15; 29 czerwca 2017 r., sygn. akt II GSK 2310/15). Podobnie reklama definiowana jest w art. 2 dyrektywy 2006/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 grudnia 2006 r. dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (Dz.U. UE L 376 z 27 grudnia 2006 r., s. 21). W akcie tym przyjęto, że reklama oznacza przedstawienie w jakiegokolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów w celu wspierania zbytu towarów lub usług, w tym nieruchomości, praw i zobowiązań (por. wyrok NSA z 10 października 2016 r., II GSK 3397/15).

Przedmiotowa sprawa sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy za niedozwoloną reklamę [REDAKTOR] można uznać działania strony polegające na tym, że wspólnie z innymi podmiotami stworzyła i udostępniła pacjentom ogólnodostępny system teleinformatyczny umożliwiający w **ww. aptekach** - za pośrednictwem aplikacji e-recepta – sprawdzenie dostępności i dokonanie rezerwacji produktów leczniczych i innych produktów medycznych przepisanych na elektronicznych wersjach recept.

W ocenie organu cały projekt od samego początku był ukierunkowany na promocję sieci [REDAKTOR]. Projekt został zrealizowany do specjalnie powołanej do tego celu spółki przez franczyzodawcę [REDAKTOR]. Jak czytamy w umowie pomiędzy stroną a [REDAKTOR] z 24.03.2020 r. strony zawarły ze sobą współpracę w związku z zamiarem przystąpienia aptek ogólnodostępnych należących do sieci franczyzowej [REDAKTOR] do systemu teleinformatycznego umożliwiającego **dokonanie w ww. aptekach** - za pośrednictwem aplikacji e-recepta - rezerwacji produktów leczniczych i innych produktów medycznych przepisanych na elektronicznych wersjach recept (preambuła). Przedmiotem umowy było uregulowanie zasad współpracy pomiędzy stronami w związku z przystąpienia aptek ogólnodostępnych należących do sieci franczyzowej [REDAKTOR] do systemu teleinformatycznego umożliwiającego **dokonanie w ww. aptekach** - za pośrednictwem aplikacji e-recepta - rezerwacji produktów leczniczych i innych produktów medycznych przepisanych na elektronicznych wersjach recept. Z regulaminu zamieszczonego na [REDAKTOR] wynika, że aplikacja obejmuje wyłącznie apteki współpracujące ze stroną, czyli apteki co do których współpracy zapewniania złożył [REDAKTOR]. W swoich wyjaśnieniach z dnia 7.09.2020 r. strona potwierdziła, że apteki współpracujące, to apteki sieci franczyzowej [REDAKTOR]. Do 7.09.2020 r. nie współpracowały ze stroną inne apteki. Ewidentnie cały projekt był nakierowany na stworzenie narzędzia wewnątrz sieciowego, za pomocą którego można byłoby intensyfikować sprzedaż w ramach samej sieci. Wyjaśnienia strony, jakoby Aplikacja miał być kolejną na rynku aplikacją służącą pacjentom do sprawdzania dostępności produktów leczniczych w oparciu o e-receptę są niewiarygodne. Po pierwsze, przywoływane wielokrotnie przez pełnomocnika strony portale www.ktomalek.pl i www.gdziepolek.pl umożliwiają sprawdzenie dostępności leku w każdej aptece, która bierze udział w programie, niezależnie od tego do jakiej sieci należy. Natomiast Aplikacja wskazuje dostępność jedynie w aptekach [REDAKTOR]. Znamienne jest, że przywołane portale są całkowicie neutralne w przekazie. Nie zawierają w sobie nazw znanych sieci aptek, utrwalając w świadomości pacjentów ich pozycje na rynku. Inaczej jest w przypadku przedmiotowego projektu. Aplikacja rozpowszechniana była za pomocą strony o nazwie [REDAKTOR]. Z kolei o stronie [www.\[REDAKTOR\]](http://www.[REDAKTOR]) można było dowiedzieć się z plakatów [REDAKTOR]. Nazwa domeny nawiązuje wprost do sieci [REDAKTOR] komunikując wyraźnie, iż dostępność i rezerwacja leków dotyczy sieci [REDAKTOR]. Po drugie, większość, jeżeli nie wszystkie, apteki sieci [REDAKTOR] funkcjonują w ww. portalach. Zatem na rynku istnieją już narzędzia, które pozwalają pacjentowi na sprawdzenie

dostępności leków, w tym dostępności w aptekach sieci [REDAKTOWANO]. Z punktu widzenia potrzeb pacjentów nie było potrzeby tworzenia kolejnego narzędzia, w dodatku ograniczającego wyniki poszukiwań wyłącznie do jednej sieci – tu sieci aptek [REDAKTOWANO]. Argumentacja podawana przez stronę, jakoby projekt służył realizacji ogólnopństwowych celów okresu epidemii tj. sprawdzanie dostępność leków on-line, nie może być uwzględniona. Wg organu projekt realizuje ten cel, ale niejako przy okazji. Zdaniem PWIF strona instrumentalnie wykorzystwała zalecenia władz. Mianowicie stworzyła narzędzie do sprawdzania dostępności leków z e-recept, ale tylko w ramach sieci [REDAKTOWANO], po założeniu własnego konta. Głównym celem projektu była promocja marki [REDAKTOWANO] związanie pacjentów z siecią, w efekcie intensyfikacja sprzedaży w sieci franczyzowej w obszarze e-recept. [REDAKTOWANO]. odgrywała istotną rolę w całym projekcie. Dostarczyła i uruchomiła Aplikację w [REDAKTOWANO] aptekach sieci [REDAKTOWANO] uruchomiła stronę internetową [REDAKTOWANO] oraz zajęła się dystrybucją plakatów w aptekach. Przy czym zaznaczyć należy, że ekspozycja plakatów pozostała w gestii poszczególnych aptek. Z wyjaśnień strony wynika, że działania związane z informowaniem pacjentów o Aplikacji były skuteczne, skoro w stosunkowo niedługim czasie zarejestrowano 567 kont użytkowników.

Z uwagi, że na dzień wydania decyzji reklama nie była już prowadzona postępowanie w zakresie nakazania zaprzestania reklamy zostało umorzone na podstawie art. 105 kpa.

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 działalność. 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 na kwotę 3.000 zł organ na korzyść strony uwzględnił fakt strona nie była karana za prowadzenie niedozwolonej reklamy. Podobnie okolicznością powodującą obniżenia kary był fakt zaprzestania prowadzenia działań (zawieszenie projektu) zaraz po wszczęciu postępowania. Aplikacja uruchomiona została 16.04.2020 r. i posiadała pełną funkcjonalność do 29.06.2020 r. Od dnia 29.06.2020 r. aplikacja funkcjonuje w ograniczonym zakresie. Funkcja odczytywania e-recept oraz rezerwacji nie jest aktywna. Użytkownik może jedynie założyć konto i przeczytać informacje o e-receptcie. Reasumując, czas ekspozycji aktywnej Aplikacji nie był długi. Za podwyższeniem kary przemawia skala projektu. Objął on [REDAKTOWANO] aptek sieci [REDAKTOWANO]. Przekaz, jaki został skierowany do pacjentów w formie [REDAKTOWANO] oraz opisanych wcześniej plakatów był bardzo skuteczny. Jak wynika z wyjaśnień strony do czasu dezaktywacji Aplikacji zarejestrowano aż 567 kont użytkowników. Kara w wysokości 3.000 zł jest zdaniem PWIF odpowiednia do prowadzonych przez stronę działań, okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia ustawy. Powinna właściwie spełniać swoje 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 do Głównego Inspektora Farmaceutycznego. Odwołanie od decyzji należy złożyć za pośrednictwem Pomorskiego Wojewódzkiego 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/ax2
- 2) adresat
- 3) księgowość