

**PODKARPACKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY**

35-205 Rzeszów, ul. Warszawska 12a
tel. 17 86 20 545, fax 17 86 20 406
www.rzeszow.wif.gov.pl

Rzeszów, dnia r.

FARZ-DA.8523.20.2017

[...] **Sp. z o.o.**
ul. [...]
[...] P.

DECYZJA

Na podstawie art. 94a ust. 1 i 2-4 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2017 r., poz. 2211), dalej zwanej: „**P.f.**”, oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257 z późn. zm.), zwanej dalej: „**K.p.a.**”, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w P., NIP [...] (zwanej dalej: „**Stroną**” lub „**[...]**”), niedozwolonej reklamy aptek:

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- I. Nakazuje zaprzestania prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. z siedzibą w P., niedozwolonej reklamy:
- 1) apteki ogólnodostępnej o nazwie „[...]” mieszczącej się w N. przy ul. [...];
 - 2) apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] mieszczącej się w R. przy ul. [...];
 - 3) apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] mieszczącej się w T. przy ul. [...];
 - 4) apteki ogólnodostępnej mieszczącej się w R. przy ul. [...];
 - 5) apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] mieszczącej się w S. przy ul. [...];
 - 6) apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] mieszczącej się w D.;
 - 7) apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] mieszczącej się w B. przy ul. [...];
 - 8) apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] mieszczącej się w R. przy ul. [...];
 - 9) punktu aptecznego o nazwie [...] mieszczącego się we F. przy ul. [...];
 - 10) punktu aptecznego o nazwie [...] mieszczącego się w I.;
 - 11) punktu aptecznego o nazwie [...] mieszczącego się w N.;
 - 12) punktu aptecznego o nazwie [...] mieszczącego się w G.;
 - 13) punktu aptecznego o nazwie [...] mieszczącego się w H.;
- poprzez porównywanie ich ofert, co umożliwi powiązanie najkorzystniejszej ceny z ww. aptekami i punktami aptecznymi położonymi na terenie województwa P.
- II. Decyzji w pkt. I nadaje rygor natychmiastowej wykonalności;
- III. Nakłada na [...] Sp. z o.o. z siedzibą w P. karę pieniężną w kwocie [...] zł (słownie: [...] złotych 00/100) z tytułu naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 P.f. opisanego w pkt. I sentencji decyzji. Karę należy wpłacić na rachunek bankowy Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w NBP O/Okr. R. nr [...] w terminie 7 dni od dnia, w którym niniejsza decyzja stanie się ostateczna.

UZASADNIENIE

Uzasadnienie faktyczne

W dniu [...] r. do P. Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego (zwanego dalej: „PWIF” lub „Organem”) wpłynęło pismo z dnia [...] r. informujące, że na portalu [www.\[...\]](#), prowadzonym przez Stronę, zostały wskazane produkty lecznicze z podaniem ich ceny i wskazaniem aptek ogólnodostępnych oraz punktów aptecznych z województwa p., w których ceny te obowiązują. Ze względów praktycznych w dalszej części uzasadnienia apteki i punkty apteczne nazywane będą łącznie aptekami.

Podając za treścią skargi, zgodnie z informacjami zawartymi na stronie internetowej: [www.\[...\]](#), [...] *jest serwisem [...] dostarczającym użytkownikom narzędzia, które umożliwiają łatwe i szybkie wyszukiwanie produktów oraz korzystnych ofert – optymalnych zarówno pod kątem ceny, jak i szybkości dostawy, kosztów przesyłki oraz bezpieczeństwa transakcji.* Skarżący wskazał także, że stosowany przez Serwis mechanizm umożliwia użytkownikom zakup konkretnego produktu leczniczego po najniższej cenie, poprzez pozycjonowanie przedstawionych przez apteki ofert w zależności m.in. od ceny produktu. W ten sposób portal wskazuje konkretną aptekę, w której zakup jest najbardziej opłacalny pod względem ekonomicznym lub innym, co stanowi element zachęty do dokonania zakupu w tej, a nie innej aptece.

W piśmie dodatkowo poinformowano Organ, że Strona prowadzi ponadto program lojalnościowy „[...]”, który obejmuje również zakup produktów leczniczych w aptekach ogólnodostępnych. Aby zdobyć punkty w programie należy:

- założyć konto na [...];
 - wyrazić zgodę na uczestnictwo w programie lojalnościowym;
 - szukać ofert oznaczonych ikoną [...] i kupować przez [...] - każdy zakup (w tym zakup produktów leczniczych) przez koszyk [...] oraz w sklepie – również aptecę ogólnodostępną (w ciągu 8h od przejścia do sklepu) którego produkty oznaczone są ikoną [...] to dodatkowe [...] ([https://www.\[...\]](https://www.[...])).
- Zebrane w programie lojalnościowym punkty można zamieniać na wybrane nagrody rzeczowe, na dowód czego skarżący podał adres strony internetowej [...], na którym odnaleźć można przytoczone informacje ([https://www.\[...\]](https://www.[...])).

Pismem z dnia [...] r. Organ poinformował Stronę o uzyskanych informacjach, wzywając jednocześnie Stronę do udzielenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, informacji:

- na jakiej zasadzie oparty jest mechanizm pozycjonowania ofert Serwisu [...];
- w jaki sposób jest ustalana cena oferowanych produktów leczniczych przedstawianych przez Serwis;
- które apteki z województwa p. są związane umową z [...] Sp. z o.o., których oferty są prezentowane w Serwisie [...];
- czy podmioty uczestniczące w pozycjonowaniu ich ofert ponoszą z tego tytułu koszty, a jeśli tak, to w jakiej wysokości i co podlega opłacie;
- przedstawienia regulaminu korzystania z Serwisu [...] przez podmioty zamieszczające swoje oferty.

PWIF poinformował także Stronę o treści obowiązujących przepisów, w tym prawa farmaceutycznego, a mianowicie: art. 94a ust. 1 i 2 oraz art. 129b ust. 1 i 2 P.f.

W dniu [...] r. do PWIF wpłynęło pismo, w którym Strona poinformowała, że w przypadku aptek usługi Spółki ograniczają się wyłącznie do prezentacji produktów przez nie oferowanych. Innymi słowy Serwis służy wyłącznie do dostarczania potencjalnym kupującym

narzędzia umożliwiającego wyszukiwanie produktów oraz ułatwianie wyboru obiektywnie najbardziej korzystnej spośród dostępnych ofert.

Strona w swoim piśmie udzieliła odpowiedzi w kwestii zasad, na których oparty jest mechanizm pozycjonowania ofert Serwisu [...] oraz w jaki sposób jest ustalana cena oferowanych produktów leczniczych przedstawianych przez Serwis.

W odpowiedzi na wezwanie, Strona poprosiła o wskazanie podstawy prawnej obligującej Spółkę do podania listy Aptek, korzystających z jej usług świadczonych w ramach Serwisu.

Strona nie udzieliła żadnej odpowiedzi w kwestii ewentualnych kosztów ponoszonych przez kontrahentów [...] z tytułu pozycjonowania ich oferty.

Do pisma Strona załączyła wydruk Regulaminu Współpracy z Serwisem [...].

W dniu [...] r. Organ dokonał wydruków ze strony internetowej www[...]. oraz stron internetowych aptek, do których odsyła Serwis [...].

Jako kryteria wyszukiwania w kategorii „[...]” wybrano „[...]” natomiast w opcji filtru pozwalającej na wskazanie lokalizacji sklepu – wybrano R.. Wykonano wydruki wyniki wyszukiwania.

Wydruk zawiera 29 ofert produktowych, w tym ofertę 22 produktów leczniczych. Strona internetowa Serwisu [...] umożliwia rozwinięcie opisu poszczególnych ofert, co pozwala na uzyskanie informacji o poszczególnych ofertach sklepów (apteki i punktów aptecznych).

Organ dokonał wydruku 22 ofert produktów leczniczych, gdzie jako sprzedający powtarzają się 3 podmioty: [...] oraz [...]. Sprzedających można usystematyzować według kryterium najniższej ceny.

Narzędzia oferowane przez [...], po wyborze najkorzystniejszej oferty, przekierowują kupującego do preferowanej internetowej apteki. Organ ustalił w ten sposób listę aptek i punktów aptecznych zlokalizowanych na terenie województwa p., w których można dokonać zakupu lub odbioru zakupionych produktów, zwanych dalej łącznie: „**Aptekami**”. Wszystkie Apteki wymienione zostały w trzech punktach poniżej, a także w sentencji Decyzji.

1. Po przekierowaniu na stronę Sprzedającego: [...] - apteka [...] działa za pośrednictwem witryny internetowej [...]. Przedmiotem działalności serwisu jest sprzedaż produktów wydawanych bez przepisu lekarza, wymienionych na stronie [http://www\[...\]](http://www[...]) przez apteki wymienione również na tej stronie. Wśród wymienionych aptek widnieją 4 apteki zlokalizowane na terenie województwa p., są to:

- apteka ogólnodostępna o nazwie „[...]” mieszcząca się w N. przy ul. [...];
- apteka ogólnodostępna o nazwie [...] mieszcząca się w R. przy ul. [...];
- apteka ogólnodostępna o nazwie [...] mieszcząca się w T. przy ul. [...];
- apteka ogólnodostępna mieszcząca się w R. przy ul. [...].

2. Po przekierowaniu na stronę Sprzedającego: [...] – [www\[...\]](http://www[...]) odnosi się do apteki ogólnodostępnej o nazwie Apteka [...] mieszczącej się w R. przy ul. [...].

3. Po przekierowaniu na stronę Sprzedającego: [...] – Apteka [...] działa za pośrednictwem witryny internetowej [www\[...\]](http://www[...]). Sprzedawcą produktów oferowanych na stronie internetowej [www\[...\]](http://www[...]) są apteki i punkty apteczne, które zostaną wybrane przez Klienta spośród aptek i punktów aptecznych wyszczególnionych na tej stronie. Wśród wymienionych aptek i punktów aptecznych na stronie internetowej [www\[...\]](http://www[...]), widnieją 3 apteki oraz 5 punktów aptecznych zlokalizowanych na terenie województwa p., są to:

- apteka ogólnodostępna o nazwie [...] mieszcząca się w S. przy ul. [...];
- apteka ogólnodostępna o nazwie [...] mieszcząca się w D.;
- apteka ogólnodostępna o nazwie [...] mieszcząca się w B. przy ul. [...];
- punkt apteczny o nazwie [...] mieszczący się we F. przy ul. [...];
- punkt apteczny o nazwie [...] mieszczący się w I.;

- punkt apteczny o nazwie [...] mieszczący się w N.;
- punkt apteczny o nazwie [...] mieszczący się w G.;
- punkt apteczny o nazwie [...] mieszczący się w H.

W obliczu zgromadzonego materiału dowodowego, w dniu [...] r., Organ wszczął postępowanie na podstawie posiadanych już dokumentów, o czym poinformował Stronę wzywając jednocześnie do złożenia wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że prowadzenie przez Stronę działalności reklamowej Aptek i Punktów aptecznych, przez Stronę ma wyłącznie formy prawnie dozwolone. W tym samym dniu, Organ postanowieniem włączył jako dowód do akt sprawy:

- pismo z dnia [...] r. informujące, że na portalu www[...] zostały wskazane produkty lecznicze z podaniem ich ceny i wskazaniem aptek ogólnodostępnych z województwa p., w których ceny te obowiązują oraz o prowadzeniu programu lojalnościowego pn. „[...]”,
- pismo P. Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego z dnia [...] r. wzywające Stronę do udzielenia wyjaśnień i informacji w przedmiotowej sprawie;
- pismo Strony z dnia [...] r. doręczone w dniu [...] r., w odpowiedzi na wezwanie P. Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego;
- wydruk ze strony internetowej: www[...] z dnia [...] r. przedstawiający ofertę 22 produktów leczniczych w lokalizacji R.;
- szczegółowy wydruk z dnia [...] r. ze strony internetowej: www[...] poszczególnych 22 ofert produktów leczniczych w lokalizacji R. z uwzględnieniem „sprzedających”;
- wydruk ze strony internetowej: www[...] z dnia [...] r. regulaminu sprzedaży z uwzględnieniem wykazu aptek z terenu województwa p.;
- wydruk ze strony internetowej: www[...] z dnia [...] r. regulaminu sprzedaży oraz wykazu aptek z terenu województwa p.;
- wydruk ze strony internetowej: www[...] z dnia [...] r. informujący o zasadach działania strony www[...].

Dowody te potwierdzają prowadzenie przez Stronę niedozwolonej reklamy Aptek poprzez powiązanie najniższych cen poszukiwanych produktów z konkretnymi aptekami we wskazanej lokalizacji, w tym położonymi na terenie województwa p.

W dniu [...] r., do Organu wpłynęło pismo w przedmiotowej sprawie, w którego treści złożone zostały wyjaśnienia i zaprezentowane zostało stanowisko Strony. Między innymi zaprzeczyła ona prowadzeniu reklamy Aptek wskazując na brak umowy lub faktury za świadczone w tym zakresie usługi z którąkolwiek z aptek.

Strona wyjaśniła, że dostarcza ona jedynie internetowego narzędzia umożliwiającego wyszukanie i porównanie dostępnych w Internecie produktów i ich cen. Jest to zdaniem strony obiektywne zestawienie ułatwiające kupującym porównanie cen. Przedmiotem umów z kontrahentami jest prezentacja katalogu cenowego.

W dalszej części Strona wskazała, że nie miała wiedzy ani wpływu na to, że jej kontrahenci, korzystając z oferowanego narzędzia, powiążą najniższe ceny produktów z konkretnymi aptekami stacjonarnymi. Strona oświadczyła też, że nie zawierała umowy z żadną z Aptek.

Strona zadeklarowała chęć współpracy oraz zaprezentowała zmiany w regulaminie mające zapobiegać tego sytuacjom w przyszłości. Między innymi pozwoli na odmowę świadczenia usług na rzecz kontrahentów w przypadku pozostawiania ich działań w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami.

W odniesieniu do programu lojalnościowego „[...]” Strona zaprzeczyła świadczeniu tego typu usługi na rzecz aptek, nie mogą uczestniczyć w programie. Transakcjami

premiowanymi punktami w ww. programie są transakcje w tzw. „[...]”, apteki są z programu wyłączone.

Pismem z dnia [...] r. Strona została poinformowana o zakończeniu postępowania wyjaśniającego i dowodowego oraz o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań zgodnie z treścią art. 10 K.p.a.

Zebrane w postępowaniu dowody potwierdziły oferowanie i udostępnianie kontrahentom narzędzi umożliwiających prezentowanie ofert aptek, a także porównywanie cen ich asortymentu. [...] umożliwia także przekierowanie użytkownika do sklepu internetowego lub apteki internetowej, wedle najkorzystniejszej lub preferowanej według innych kryteriów oferty. Świadczą o tym przede wszystkim wskazane wyżej wydruki ze strony internetowej [...] oraz stron internetowych kontrahentów do których użytkownik jest przekierowywany. Wskazują też na to wyjaśnienia Strony, a także treść regulaminu prezentowanego w serwisie, co zostanie dodatkowo omówione w uzasadnieniu prawnym.

Uzasadnienie prawne

Po zapoznaniu się z całością materiału dowodowego w sprawie, P. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny ustalił co następuje:

Strona jest właścicielem portalu „[...]” zwanego z angielskiego serwisem „[...]”, tj. tzw. [...]. Jedną z głównych usług oferowanych przez serwis jest porównywarka cen, a następnie przekierowanie do sklepów internetowych, których oferta prezentowana jest w serwisie [...] (por. pkt 3 ppkt 3.3 lit b) oraz lit. f) stanowiącego dowód w sprawie Regulaminu świadczenia usług dla Użytkowników portalu [...], zwanego dalej: „**Regulaminem**”).

Interesujący z punktu widzenia niniejszej decyzji jest także przedmiot oferty kierowanej do sklepów. Mianowicie [...] umożliwia podmiotom porównywanie cen oferowanych produktów, a także inne narzędzia promujące, służące do reklamy. Z samej swojej istoty [...] jest narzędziem służącym sklepom do reklamy i do zwiększenia sprzedaży. Za pośrednictwem [...] wyszukać można także ofertę Aptek, a po wybraniu interesującego produktu powiązać ten o najniższej cenie z pożądaną lokalizacją, a także z konkretną apteką. Stanowi to zachętę do zakupu asortymentu w aptece prezentującej najkorzystniejszą ofertę.

Jedną z oferowanych przez Stronę usług jest „[...]”, która to została opisana w pkt 2.15 Regulaminu Współpracy z Serwisem [...], zwanego dalej: „**Regulaminem Współpracy**”. Polega ona na podejmowaniu przez [...] działań zmierzających do zapewnienia swoim kontrahentom przechodzenia klientów na strony zakupowe sklepów internetowych. W dalszej części regulaminu Współpracy w pkt 3.5., dotyczącym zakresu usług [...] wskazane zostało, że prezentacja oferty za pośrednictwem [...] obejmuje także udostępnienie odnośnika do strony zakupowej danego sklepu internetowego. Ponieważ z grona potencjalnych i faktycznych kontrahentów nie zostały wyłączone apteki internetowe oraz apteki stacjonarne poprzez korzystanie z proponowanych przez [...] narzędzi w praktyce dochodzi do ich reklamy. Użytkownik ma możliwość porównania cen interesujących go produktów, następnie wyboru najtańszego i powiązania go z wybraną lokalizacją lub innym preferowanym wyborem dostępnym w porównywarkę. Następnie zostaje przekierowany do zewnętrznego sklepu internetowego, tu apteki, gdzie ma możliwość odbioru i opłacenia wybranych przez siebie produktów w konkretnej aptece.

Strona zobowiązała kontrahentów do prowadzenia działalności zgodnie z przepisami prawa w szczególności do posiadania wymaganych prawem aktualnych koncesji i zezwoleń (por. pkt 5.1. lit b) Regulaminu Współpracy). Zobowiązuje też do prowadzenia działalności

oraz prezentowania oferty w sposób zgodny z prawem (por. pkt 5.3. pkt 6.1., a także 6.4. lit. f) Regulaminu Współpracy). Jednak nie wyłącza to wykorzystywania przez kontrahentów oferowanych narzędzi w sposób sprzeczny z prawem, co zostało opisane wyżej.

Nawet po wszczęciu niniejszego postępowania oraz poinformowaniu Strony o przypadkach naruszenia prawa w postaci niedozwolonej reklamy aptek, usługi na rzecz podmiotów porównujących oferty aptek nie zostały zawieszane, na co pozwala treść pkt 6.5. Regulaminu Współpracy.

Odnosząc się do pisma Strony z dnia [...] r. (data wpłynięcia do PWIF), w którym Strona poinformowała, że: „w przypadku aptek usługi Spółki ograniczają się wyłącznie do prezentacji produktów przez nie oferowanych. Innymi słowy Serwis służy wyłącznie do dostarczania potencjalnym kupującym narzędzia umożliwiającego wyszukiwanie produktów oraz ułatwianie wyboru obiektywnie najbardziej korzystnej spośród dostępnych ofert”, wskazać należy, że zgodnie z przepisami ustawy P.f., a także orzecznictwem, zakaz reklamy aptek należy interpretować w bardzo rozległym zakresie. Wyłączone z zakazu zostały jedynie proste informacje dotyczące lokalizacji i godzin pracy apteki lub punktu aptecznego. Apteki internetowe, co rozumiały, muszą prezentować na swojej stronie posiadany asortyment oraz ceny poszczególnych produktów.

W tym miejscu można przytoczyć, cytowane także przez Stronę, orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r., sygn. akt: II CSK 289/07: „Nie są natomiast reklamą m.in. listy cenowe, które zawierają jedynie informację o cenach towarów lub usług i są publikowane wyłącznie po to, by podać do publicznej wiadomości ceny określonych produktów” (zob. <http://www.sn.pl> – baza orzeczeń). Podobny pogląd jest także utrwalony w orzecznictwie sądów administracyjnych (zob. Wyrok WSA z dnia 17 lutego 2014 r., sygn. akt: VI SA/Wa 2002/13).

Przytoczone orzecznictwo potwierdza możliwość prezentacji przez sprzedającego listy sprzedawanych produktów zawierające jedynie informacje o cenach. Nie może być tu jednak prezentowany element zachęcający np. informacja o czasowej obniżce, czy porównanie z innymi sprzedającymi wskazujące na najniższą cenę. Takie wartościowanie ceny jest ewidentną zachętą do zakupu i wykracza poza informowanie o cenach oferowanych produktów. Tym samym porównywanie według oferowanych cen, lub według innych oznaczonych preferencji, w poszczególnych aptekach nie sposób zaliczyć do przytoczonego wyłączenia czy zakwalifikować do udzielania informacji o cenach przez sprzedającego. Oferta wzbogacona jest bowiem o element wartościujący i zachęcający do zakupu u konkretnego sprzedającego oferującego najkorzystniejszą cenę, w tym w określonej przez użytkownika lokalizacji.

Omawiany zakaz reklamy w zakresie podmiotowym traktowany jest równie szeroko i obejmuje każdego. Wynika to z faktu, że założeniem ustawodawcy był całkowity zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych przez kogokolwiek i w jakikolwiek sposób poza wyłączeniem wskazanym w ustawie, co zostanie omówione szerzej w dalszej części uzasadnienia. Istotnym zatem jest prezentowanie przez Stronę apteki o najbardziej korzystnej ofercie, co stanowi zachętę do zakupu w tej konkretnej aptece.

Zgodnie z ustaleniami Organu, porównywarka cenowa jest rodzajem serwisu internetowego, który pozwala na porównanie cen tych samych produktów w różnych sklepach internetowych. Dzięki możliwości określania własnych kryteriów wyszukiwania, użytkownik otrzymuje wygenerowane indywidualnie zestawienie, zawierające ceny i nazwy aptek. Dodatkowym atutem porównywarek są także opinie innych kupujących, które dotyczą nie tylko produktów, ale także samych aptek. Jak wynika z treści art. 16 ust. 3 zd. 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.): *Reklama umożliwiająca bezpośrednio lub pośrednio rozpoznanie konkurenta albo towarów lub usług oferowanych przez konkurenta, zwana dalej "reklamą*

porównawczą", stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami."

Na potrzeby niniejszego uzasadnienia istotnym jest w tym kontekście jedynie zakwalifikowanie przedmiotu oferty Strony jako reklamy porównawczej. Konkurentami w omawianym przypadku będą Apteki. Użytkownik portalu może porównać oferty aptek i wybrać produkt o najkorzystniejszej cenie. Następnie dzięki narzędziom [...] może powiązać najniższą cenę z konkretną apteką, we wskazanej lokalizacji, co stanowi pożądaną rezultat reklamy porównawczej i zachętę do zakupu w tej właśnie aptece.

Działanie takie należy przeto ocenić jako podjęte w zamiarze zainteresowania pacjentów ofertą (w zakresie asortymentu i cen) konkretnych aptek.

Dodatkowo poszukiwanie produktu można zawęzić do pożądanej lokalizacji apteki. Narzędzia [...] pozwalają zatem na wybór produktu w najkorzystniejszej cenie w pobliżu miejsca zamieszkania. W ten sposób ustalona została lista aptek w obszarze właściwości Organu, tj. na terenie województwa p.

Podsumowując uznać należy, że Strona prowadzi reklamę porównawczą Aptek w rozumieniu art. 94a P.f. W przepisie tym zabroniona została jakakolwiek reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy jedynie informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Przepis ten jest interpretowany bardzo szeroko, zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem. W myśl treści art. 129 b P.f. 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. Również ten przepis interpretowany jest szeroko, zatem karze podlega każdy kto prowadzi reklamę. Skoro przedmiot działalności [...] można zakwalifikować jako reklamę porównawczą, to w przypadku porównywania ofert aptek uznać należy, że [...] prowadzi reklamę aptek. Porównywanie wykracza wszakże swym zakresem poza informowanie, którego dotyczy ustawowe wyłączenie. Działania takie podlegają zaś karze w myśl ww. przepisów. Nie ma w tym kontekście znaczenia stosunek prawny łączący strony, a jedynie sam fakt zakwalifikowania świadczonej usługi do kategorii reklamy.

Jest to interpretacja niekwestionowana i utrwalona zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie. „Zakaz reklamy i sankcja finansowa mogą zostać nałożone na każdego, kto prowadzi niedozwoloną reklamę, a nie tylko na przedsiębiorcę prowadzącego reklamowaną aptekę. Tym samym nawet przypadkowe umieszczenie reklamy bez zlecenia reklamowanego przedsiębiorcy i nawet bez zapłaty za jej umieszczenie nie wykluczy kary. Potwierdzają to decyzje organów nadzoru (decyzja MWIF z dnia 29 czerwca 2012 r., WIF.WA.II.8523.1.18.2012.RB). Natomiast stosunkowo niski wymiar kary może być również podyktowany faktem, iż "reklama została umieszczona według oświadczenia strony przypadkowo i, jak wynika z akt, bez zapłaty za jej umieszczenie (bez korzyści finansowej) ze strony wcześniejszego zleceniodawcy reklamy" (decyzja z dnia 29 czerwca 2012 r., WIF.WA.II.8523.1.18.2012.RB).” (zob. Stefańczyk-Kaczmarzyk, Justyna. Art. 129(b). W: Prawo farmaceutyczne. Komentarz, wyd. II. Wolters Kluwer, 2016). Podobne stanowisko przyjmują sądy administracyjne: „Adresatem przepisu art. 94 ust. 1 p.f. jest bowiem każdy, kto dokonuje reklamy aptek, a nie tylko podmiot, który prowadzi działalność gospodarczą (aptekę), czy też ten w którym interesie reklama jest prowadzona. Wynika to wprost z literalnej treści tego przepisu, w którym jest mowa o tym, iż "zabroniona jest reklama aptek". Zakaz wynikający z tego przepisu adresowany jest do wszystkich podmiotów (osób fizycznych i prawnych) i to bez względu na to, czy i jaki mają interes w prowadzeniu takich reklam.” (zob. wyrok NSA z dnia 9 lutego 2016 r., sygn. akt: II GSK 2214/14).

Z kolei Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) w postanowieniu z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie nr C-421/07 uznał, że rozpowszechnianie przez stronę trzecią informacji o produkcie leczniczym, można uznać za reklamę w rozumieniu dyrektywy

2001/83/EC, nawet jeśli strona trzecia działała z własnej inicjatywy i niezależnie w jakikolwiek sposób od wytwórcy lub dystrybutora produktu leczniczego.

Odnosząc przytoczone tezy na potrzeby niniejszego postępowania wskazać trzeba, że istotnym jest samo stwierdzenie prowadzenie reklamy niezależnie od tego kto ją prowadzi i jakie relacje łączą ten podmiot z podmiotem reklamowanym czy też szerzej, czerpiącym korzyści z reklamy. Prowadzący działalność uznawaną przez Organ za reklamę podlega tym samym karze niezależnie od tego czy reklama została mu zlecona czy też nie. Treść stosunku prawnego, którego przedmiotem jest reklama, intencje strony czy też zaistniałe w sprawie okoliczności wpływać mogą na wymiar kary.

Odnosząc się do programu lojalnościowego „[...]” Strona zaprzeczyła świadczeniu tego typu usługi na rzecz aptek, które są z programu wyłączone. Transakcjami premiowanymi punktami w ww. programie są transakcje w tzw. „[...]”, a wszystkie apteki są z programu wyłączone. Organ nie stwierdził uczestnictwa aptek w programie, w związku z tym przyjmuje ww. oświadczenie Strony za prawdziwe.

Jak już zostało wskazane, podstawą orzekania w niniejszej sprawie jest art. 94a ust. 1 P.f. który stanowi o zakazie reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Zgodnie zaś z ust. 2 art. 94a P.f., nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego sprawuje Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny. Ponieważ przedmiotowa sprawa dotyczy kwestii reklamy aptek położonych w województwie p., właściwym do rozpoznania sprawy jest P. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny.

Zgodnie z treścią ww. ustawy zabroniona jest jakakolwiek reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Wyłączone z zakazu zostały jedynie proste informacje dotyczące lokalizacji i godzin pracy apteki lub punktu aptecznego. Przywołany wyżej artykuł, co potwierdza utrwalona linia orzecznicza, uwzględnia bardzo szerokie pojęcie reklamy i jest przykładem ograniczenia zasady wolności gospodarczej ze względu na ważny interes publiczny, o którym mowa w art. 22 w zw. z art. 20 Konstytucji RP.

W związku z brakiem definicji ustawowej reklamy, ustalić należy definicji reklamy oraz zakresu działań uznawanych za reklamę apteki. Ustawa Prawo farmaceutyczne nie zawiera definicji reklamy apteki. Definicja pojęcia „reklama” zawarta w przepisach Prawa farmaceutycznego bez wątplenia odnosi się wyłącznie do „produktów leczniczych”.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą, w przypadku reklamy apteki, należy odwoływać się do wykładni językowej samego pojęcia „reklama”, zawartą w publikacjach słownikowych języka polskiego. Za reklamę uważa się zatem każde działanie, mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług (np. Wielki Słownik Wyrazów Obcych pod red. M. Bańki, wyd. PWN, Warszawa 2003 r.). Definicja reklamy zawarta w innych słownikach jest bardzo zbliżona.

W konsekwencji należy przyjąć, że reklamą działalności apteki jest każde działanie ukierunkowane na zachęcanie potencjalnych klientów do dokonywania zakupu usług farmaceutycznych w konkretnej aptece lub punkcie aptecznym, a tym samym zwiększenie sprzedaży. Niezależnie od form i metod prowadzenia samej reklamy oraz użytych do jej realizacji środków. Istotne, aby celem było zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych.

Podobny pogląd oraz powołanie się na definicję słownikową znaleźć można w bogatym orzecznictwie sądów administracyjnych (zob., wyrok WSA w Warszawie z dnia 1 lutego 2008 r., sygn. VII SA/Wa 1960/07, wyrok WSA w Warszawie z 14 maja 2008 r., sygn. VII SA/Wa 2215/2007, wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 r., sygn. VII SA/Wa 698/08, wyrok WSA w Warszawie z 1 kwietnia 2008 r., sygn. VII SA/Wa

1739/2007, wyrok WSA w Warszawie z 6 marca 2008 r., sygn. VII SA/Wa 2006/2007, wyrok WSA w Warszawie z 6 marca 2008 r., sygn. VII SA/Wa 2216/2007, wyrok WSA w Warszawie z 17 grudnia 2007 r., sygn. VII SA/Wa 1707/2007- www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

Zgodnie zatem z utrwalonym orzecznictwem sądów administracyjnych, za „reklamę” działalności apteki należy uznać każde działanie skierowane do publicznej wiadomości niezależnie od sposobu i metody jego przeprowadzenia oraz środków użytych do jego realizacji, jeśli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych oferowanych w danej aptece (zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 14.05.2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 2215/07, podobnie wyrok WSA w Warszawie z dnia 1.02.2008 r. sygn. VII SA/Wa 1960/07, wyrok WSA w Warszawie z dnia 22.11.2007 r. sygn. VII SA/WA 1661/07).

Podobnie reklamę zdefiniowano w art. 2 Dyrektywy 2006/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (Dz. U. UE. L z 2006 r. Nr 376, s. 21), w którym 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.

Ustalając definicję reklamy aptek, warto sięgnąć także do innego aktu prawnego, który definiuje pojęcie reklamy, tj. ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2016 r. poz. 639) w art. 4 pkt 17 definiuje pojęcie reklamy jako "przekaz handlowy, pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzający do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług; reklamą jest także autopromocja"

Przenosząc powyższe ogólne rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, kluczową kwestią pozostaje wartościowanie oferty umieszczonej przez kontrahentów Strony. Istotą narzędzi oferowanych przez porównywarkę cenową [...] jest porównywanie cen i wybór ceny najkorzystniejszej. Z tego też względu kontrahenci umieszczają swoje oferty w portalu. Bezsprzecznie celem prezentacji oferty w porównywarce cenowej jest reklama.

W tym kontekście wyjaśnienia wymaga, iż samo umieszczenie listy produktów wraz z ich cenami przez sprzedające podmioty nie stanowi reklamy a jedynie informację o ofercie. Jednak już zestawienie cen z ofertą innych sprzedających, tu aptek, nie pozostaje neutralnym przekazem. Podobnie jak zestawienie ceny nowej z ceną starą. Takie zestawienie zachęca do zakupu po cenie najkorzystniejszej, co w sposób bezsporny promuje oferty najtańsze. Można w tym kontekście powołać się na orzecznictwo Sądu Najwyższego np.: "*Stanowi reklamę zarówno leków jak i sprzedającej je apteki przedstawienie listy leków o obniżonej, promocyjnej cenie wykazanej przez porównawcze zestawienie ceny niższej, stosowanej przez aptekę, obok ceny wyższej określonej jako "cena typowa", "cena stara" czy w inny sposób sugerujący, iż apteka okresowo sprzedaje lek po obniżonej, promocyjnej cenie. Taki przekaz nie jest jedynie neutralną listą cenową w rozumieniu art. 52 ust. 3 pkt 3 Pr. farm., skoro przedstawia listę tylko leków o obniżonej, promocyjnej cenie i przez porównanie tej ceny z ceną wyższą, stosowaną przez innych zbywców, ma zachęcić klientów do zakupu określonego leku u sprzedawcy stosującego cenę promocyjną*" (zob. wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07, OSNC 2008, nr 12, poz. 140).

Zestawienie, za pomocą oferowanych przez Ceneo narzędzi, najniższej ceny z konkretną apteką prowadzi do zachęty nabycia w niej produktów. Takie działanie należy uznać za niedozwoloną reklamę. Nawet pomimo braku intencji reklamy tej konkretnej apteki. Jest to wszakże wartościowanie oferty poprzez jej zestawianie z ofertami innych podmiotów.

Podobny pogląd w zakresie wartościowania listy cenowej oferowanych produktów zaprezentował Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 19 lutego 2008 r. sygn. akt: VII SA/Wa 1914/07.

Organ na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustalił, że od nieustalonego czasu (co najmniej od [...] r.) Strona prowadzi działalność reklamową Aptek poprzez zestawianie cen oferowanych przez nie produktów. Na dzień wydania decyzji Organ nie stwierdził zaprzestania prowadzenia działalności reklamowej.

Działalność taka mieści się w pojęciu niedozwolonej reklamy wyrażonym w treści art. 94a ust. 1 P.f. Przewiduje ona korzyści dla pacjentów, podobnie jak wszelkiego rodzaju akcje promocyjne, rabatowe, czy rozpowszechnianie informacji o promocjach cenowych.

Organ miał zatem prawny obowiązek nakazać, w drodze decyzji administracyjnej wyposażonej w rygor natychmiastowej wykonalności, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

Zgodnie z art. 129b ust. 1 i 2 P.f., karze pieniężnej w wysokości do 50.000 zł podlega ten, kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi m.in. reklamę apteki oraz jej działalności. W związku z szeroką interpretacją w zakresie podmiotowym zasadnym jest nałożenie kary na Stronę jako właściciela narzędzia w postaci porównywarki cenowej, umożliwiającej porównywanie ofert w Aptekach i wyboru najkorzystniejszych ofert.

Karę pieniężną nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji administracyjnej. Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów.

Przepisy ustawy nie zawierają katalogu przypadków naruszeń, które uzasadniałyby zastosowanie kary pieniężnej w konkretnej wysokości, ani zasad jej miarkowania.

Nałożenie kary pieniężnej jest obligatoryjne. Wynika wprost z przepisów ustawy. Ustawodawcy przyświecało założenie, by w ten sposób ograniczyć niekorzystne zjawisko nadmiernego stymulowania sprzedaży leków przez apteki.

Organ stwierdzając prowadzenie zakazanej reklamy Aptek jest zatem zobowiązany nałożyć na przedsiębiorcę naruszającego powołany przepis stosowną karę pieniężną.

Kara pieniężna powinna być skuteczna, proporcjonalna i odstrasżająca. Skuteczność kary przejawia się w możliwości jej nałożenia i wyegzekwowania. Żeby kara była odstrasżająca jej wysokość powinna być dotkliwa dla przedsiębiorcy. Kara nałożona na podmiot musi także spełnić funkcję prewencyjną oraz dyscyplinująco-represyjną, tj. być ostrzeżeniem dla przedsiębiorcy, mającym na celu niedopuszczenie do powstania nieprawidłowości w przyszłości.

Wymierzona kara powinna uwzględniać stopień i rozmiar naruszenia.

Przez stopień naruszenia przepisów należy rozumieć m.in. intensywność, nasilenie reklamy oraz formę jej prowadzenia. Stopień i okoliczności naruszenia należą do okoliczności faktycznych, które winny być ustalone przez organ w sprawie naruszenia zakazu określonego w art. 94a ust. 1 P.f. oraz nałożenia kary pieniężnej.

Organ ustalając wysokość kary wziął pod uwagę stopień i okoliczności naruszenia zakazu wyrażonego w art. 94a ust. 1 P.f., czasookres prowadzenia niedozwolonej reklamy oraz jej formę.

Biorąc pod uwagę okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także fakt, że:

- reklama Aptek i ich działalności była stała i długotrwała,
- Strona nie wstrzymała reklamy na dzień wydania Decyzji,
- Strona w toku postępowania wyrażała wolę współpracy z Organem w celu wyjaśnienia sprawy,

- Strona nie zawierała umowy na reklamę bezpośrednio z żadną z Aptek;
- nałożona w wysokości [...] zł kara pieniężna, jest adekwatna do okoliczności i czasu prowadzenia reklamy Aptek i ich działalności.

Organ ustalił, że nie nastąpiła rezygnacja przez Stronę z działań reklamowych Aptek.

Ponieważ przedsiębiorca jest zobowiązany spełniać określone przepisami prawa warunki wykonywania działalności gospodarczej, naruszając obowiązujące przepisy prawa winien liczyć się z konsekwencjami, które w niniejszej sprawie polegają na ukaraniu go karą pieniężną.

Kara pieniężna stanowi dochód budżetu państwa. PWIF jest wierzycielem w rozumieniu przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Karę pieniężną uiszcza się na wskazany w rozstrzygnięciu decyzji rachunek bankowy w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna.

Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki za zwłokę w wysokości jak dla zaległości podatkowych.

Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Zgodnie z art. 94a ust. 4 P.f., decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.

Przepis ten stanowi o obligatoryjnym charakterze nadania przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego rygoru natychmiastowej wykonalności takiej decyzji.

W przypadku wydania przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia reklamy apteki oraz jej działalności, organ zmuszony jest decyzji taki rygor nadać, w odróżnieniu od uregulowań zawartych w art. 108 § 1 K.p.a., które organ stosuje tylko w przypadku gdy spełnione są przesłanki z niego wynikające, m.in. ze względu na ochronę zdrowia lub życia ludzkiego.

Art. 94a ust. 4 P.f. nie przewiduje możliwości fakultatywnego nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

Organ nie znalazł podstaw do umorzenia postępowania na podstawie art. 105 § 1 K.p.a. Prowadzone postępowanie nie stało się bezprzedmiotowe.

Biorąc powyższe pod uwagę Organ postanowił jak w sentencji decyzji.

POUCZENIE

Od decyzji niniejszej służy Stronie odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego w Warszawie, za pośrednictwem P. Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego, w terminie czternastu dni od daty otrzymania decyzji.

otrzymują:

1. Adresat – za potwierdzeniem odbioru;
2. aa.