

Gdańsk, dnia 16 kwietnia 2013 r.

WIF-GD.8523.26.2012

Strona:

DECYZJA Nr 6 / UPR / 2013

Działając na podstawie art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 267) zwanego dalej kpa, w zw. z art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1, 2, 3 i 4 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą prawo farmaceutyczne

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny postanawia:

umorzyć postępowanie w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia przez [redacted] przy ul. [redacted] (zezwolenie z dnia [redacted] - polegającej na kolportażu na ulicach [redacted] ulotek reklamowych [redacted] zawierających informację o produktach leczniczych, suplementach diety z podaniem ich cen, połączonym z jednoczesnym zachęcaniem do odwiedzenia ww. apteki, z uwagi na fakt, iż postępowanie stało się w całości bezprzedmiotowe.

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 9 października 2012 r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił stronę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki położonej w [redacted] 15 (zezwolenie [redacted] polegającej na kolportażu na ulicach [redacted] ulotek reklamowych [redacted] zawierających informację o produktach leczniczych, suplementach diety z podaniem ich cen, połączonym z jednoczesnym zachęcaniem do odwiedzenia ww. apteki. Ulotki reklamowe opatrzone były hasłami:

Postępowanie zostało wszczęte w oparciu o pismo z dnia 20 września 2012 r., jakie wpłynęło do tutejszego organu. W piśmie poinformowano organ o kolportażu na ulicach [redacted] ulotek z cenami leków i suplementów diety przez osoby zachęcające do zakupów w aptecę [redacted]

Do pisma został dołączony egzemplarz takiej ulotki oraz nagranie (film), na którym zarejestrowano prowadzoną przez młodą kobietę dystrybucję ulotek, która jednocześnie zachęcała do odwiedzenia apteki położonej przy ul. [redacted] na [redacted] z uwagi na „lepsze” w stosunku do innych aptek ceny leków i suplementów diety.

Dodatkowo pismem z dnia 5 października 2012 r. [redacted] również zawiadomiła organ o prowadzeniu przez ww. aptekę zabronionej reklamy polegającej na dystrybucji na ulicach [redacted] ulotki reklamowej produktów leczniczych i suplementów diety i zapraszaniu - przez osobę rozdającą ww. ulotki - do skorzystania z oferty handlowej ww. apteki. [redacted] wniosła również o przyznanie jej statusu strony w postępowaniu.

Na mocy osobnego postanowienia nr

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania strona pismem z wyjaśniła, że nie prowadziła kolportażu ulotek Ujawniła przy tym, że w 2011 r. zawarła umowę w zakresie marketingu z firmą w ramach której ta ostatnia opracowała (przy udziale strony) ww. ulotkę reklamową oraz zajmowała się jej kolportażem. Strona wyjaśniła ponadto, że po otrzymaniu zawiadomienia o wszczęciu postępowania o nakazaniu zaprzestania prowadzenia reklamy interweniowała w firmie w wyniku czego uzyskała informację, że czynności opisane w zawiadomieniu osoba kolportująca ulotki podejmowała z własnej inicjatywy, a akcja kolportażu została już zakończona.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po zapoznaniu się z ww. wyjaśnieniami, w swoim piśmie z 12 listopada 2012 r. zwrócił stronie uwagę, iż nie udzieliła dokładnej odpowiedzi na pytania zadane w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania z dnia 9 października 2012 r., zobowiązując jednocześnie do odpowiedzi na następujące pytania:

1) Od kiedy i czy nadal wydawane są ulotki zawierające ofertę produktów leczniczych i suplementów diety z wizualizacją ich opakowań, wskazaniem do stosowania i ceną?

2) W jaki inny sposób, poza kolportażem ulicznym, Państwo (lub działająca na Państwa zlecenie firma) prowadziła i prowadzi nadal dystrybucję ww. ulotek, w szczególności, czy ulotki pozostawiane są w miejscach ogólnodostępnych lub w sali ekspedycyjnej prowadzonej apteki?

3) Skoro, jak Państwo twierdzą, ulotki nie wskazują konkretnej apteki wzywamy do wyjaśnienia, w jaki sposób i gdzie – według Państwa – adresat ulotki może skorzystać z „super oferty!!!” zawartej w ulotce?

Jednocześnie wezwano do przedłożenia potwierdzonej za zgodność kopii umowy współpracy z firmą na podstawie której firma opracowała i wydała ulotkę

Strona nie udzieliła odpowiedzi na ww. pytania, nie przesłała również kopii umowy współpracy.

Niezależnie od powyższego organ, celem dokładanego wyjaśnienia sprawy, zwrócił się bezpośrednio do o udzielenie pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

1) Kto przy opracowywaniu ww. ulotek decydował o jej treści, w szczególności zamieszczeniu cen produktów leczniczych i suplementów diety oraz o nazwie ulotek w szczególności, kto podał ceny produktów zamieszczonych w ulotkach?

2) W jaki inny sposób, poza kolportażem ulicznym, firma (działająca na zlecenie) prowadziła po 1 stycznia 2012 r. i prowadzi nadal dystrybucję ww. ulotek, w szczególności, czy ulotki pozostawiane są w miejscach ogólnodostępnych lub w sali ekspedycyjnej prowadzonej apteki?

3) Kto zdecydował o formie dystrybucji ww. ulotek na ulicy?

4) Kto poinformował osobę, która zajmowała się kolportażem ulicznym, aby przy rozdawaniu ulotek zachęcała do zakupów w aptece położonej przy na z uwagi na „lepsze” w stosunku do innych aptek ceny leków

i suplementów diety? Stosowanie takich zachęt potwierdza zapis filmowy znajdujący się w aktach organu.

5) Jeżeli [] przestała wydawania i dystrybucji ww. ulotek, należy podać kiedy dokładnie to nastąpiło?

6) Ile od początku 2012 r. ww. ulotek zostało przez firmę [] wydanych oraz ile z tych ulotek było przedmiotem dystrybucji?

Ponadto organ wzywał do:

1) przedłożenia potwierdzonej za zgodność kopii umowy współpracy z firmą [] na podstawie której firma [] opracowała i wydała ulotkę

2) podanie danych osobowych i adresowych osoby, która prowadziła po 1 stycznia 2012 r. w imieniu [] kolportaż uliczny ulotek

W odpowiedzi z 21 listopada 2012 r. [] wyjaśnił, że osobiście decydował o treści ulotki, w szczególności zamieszczeniu cen produktów leczniczych i suplementów diety oraz nazwie ulotek [] decydował także o formie dystrybucji. Zachęcanie do jakiego doszło w trakcie kolportażu było samodzielną, niezależną od [] oraz [] z siedzibą w [], incydentalną decyzją hostessy zajmującej się dystrybucją. Ulotki były dystrybuowane w budynkach mieszkalnych całego województwa pomorskiego w ilości 10 tys. sztuk w miesiącu październiku 2012 r.

[] zapewnił, że zaprzestano wydawania i dystrybucji [] w październiku 2012 r., niezwłocznie po uzyskaniu informacji o incydencie. Do wyjaśnień dołączono umowę doradztwa w zakresie zarządzania siecią apteczną, zawartą 31.03.2011 r. pomiędzy []

Z treści § 6 umowy wynika między innymi, że firma [] zobowiązała się wobec strony między innymi do promocji i reklamy lokalnej aptek. [] nie podał danych osobowych i adresowych osoby, która zajmowała się kolportażem na ulicach

Strona pismem z dnia 21 marca 2013 r. strona została powiadomiona o możliwości zapoznania się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, zgodnie z treścią art. 10 kpa. W terminie wskazanym przez organ nie wniosła dodatkowych wyjaśnień.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po szczegółowym zapoznaniu się z materiałem dowodowym uznał, że prowadzony na ulicach [] kolportaż ulotek z cenami leków i suplementów diety, połączony z jednoczesnym zachęcaniem do zakupów w aptece przy ul. [] stanowi niedozwoloną reklamy działalności 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, 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 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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. 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." Zbieżne stanowisko zajmowała także doktryna np.: M. Koremba w Komentarzu do art. 94a ustawy-Prawo farmaceutyczne, Wolters Kluwer Polska 2009 r., czy A. Rabięga - Przyłęcka w głosie do wyroku WSA z dnia 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07 (teza 5): „nawet jeśli uzna się, iż określona działalność nie stanowi reklamy produktów leczniczych np. ze względu na jedynie informacyjny charakter przekazu, nie wyklucza to zakwalifikowania jej jako spełniającej cechy reklamy działalności apteki.", (LEX/el.2011, czy D. Harasimiuk, Zakaz reklamy towaru w prawie europejskim i polskim, Oficyna 2011, pkt. 3.2.1.3., LEX). 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).

Mając jednak na uwadze oświadczenie strony z 25 października 2012 r. o zaprzestaniu prowadzenia kolportażu, oświadczenie z 21 listopada 2012 r. potwierdzające fakt zaprzestania wydawania i kolportażu a także mając na uwadze własne ustalenia Pomorskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego, z których wynika, że strona istotnie jeszcze przed zakończeniem postępowania zaprzestała prowadzenia zakazanej reklamy aptek, należało

uznać, że prowadzenie postępowania w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia reklamy w trybie art. 94a ust. 1 ustawy prawo farmaceutyczne stało się w całości bezprzedmiotowe. Bezprzedmiotowość postępowania skutkuje wydaniem decyzji o umorzeniu postępowania w myśl art. 105 § 1 kpa.

POUCZENIE

Od decyzji przysługuje stronie odwołanie od Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za moim pośrednictwem, w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania.

POWIĄDRSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY
Wetoniła
dr farm. Wetoniła Żebrowska

Otrzymują:

1)

2) uczestnik postępowania:

3) a/a