

Gdańsk, dnia 26.11. 2014 r.

z siedzibą w _____
reprezentowana przez _____

Adres do korespondencji: _____

DECYZJA Nr 2 /UPR/ 2014

Działając na podstawie art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 267) zwanego dalej kpa i 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
sp. z o.o. z siedzibą w _____ sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia
niedozwolonej reklamy apteki o nazwie _____ położonej w
przy ul. _____ (zezwolenie nr _____ z dnia _____),
polegającej na dystrybucji kart rabatowych i ulotek.

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 22 października 2013 r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił stronę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki o nazwie _____ położonej w _____ przy ul. _____ (zezwolenie nr _____ dnia _____ r.).

Postępowanie zostało wszczęte w związku z otrzymaniem informacji, iż w prowadzonej przez Państwa aptecę wydaje się pacjentom karty rabatowe z logo _____ Organ wszedł w posiadanie ww. kart. Ponadto organ wszedł w posiadanie bezpłatnej gazetki

7", zawierające oferty cenowe suplementów diety, z adnotacją oferta ważna od 31.08.2013 r. do 4.09.2013 r. lub do wyczerpania zapasów. Ulotka zawiera bon o wartości 5 zł, ze wskazaniem o treści: „realizacja wyłącznie w _____

Mając na uwadze treść art. 7 i art. 77 kpa, działając na podstawie art. 50 § 1 tegoż kodeksu, Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zobowiązał stronę o udzielenia pisemnych wyjaśnień na szereg pytań z ww. dowodami.

Pismami z dnia 17.03.2013 r. i 8 kwietnia 2013 r. strona wnosiła o umorzenie postępowania. Ponadto wyjaśniła, że karty rabatowe i ulotki dotyczyły wyłącznie zlokalizowanej w tym samym miejscu _____ czym świadczyć ma adnotacja na ulotce. Strona podała również, że do apteki i drogerii prowadzą dwa osobne wejścia. Drogeria

postępuje się nazwą _____ Natomiast apteka postępuje się nazwą Apteka. Napis na lokalu to nazwa własna podmiotu prowadzącego. Wyjaśniono, że apteka i drogeria nie postępują się tym samym znakiem słowno-graficznym. W drogerii sprzedawane są produkty, których nie może sprzedawać apteka. Z pism strony wynikało ponadto, że strona (drogeria) nie wydaje już karta rabatowych, a ulotki nie są już rozpowszechniane.

Strona pismem z dnia 8 maja 2013 r. została powiadomiona o możliwości zapoznania się z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym, zgodnie z treścią art. 10 kpa. W terminie wskazanym przez organ, strona za pośrednictwem swojego pełnomocnika dokonała przeglądu materiału dowodowego oraz w dniu 19 maja 2014 r. złożyła dodatkowe wyjaśnienia, żądając ponownie umorzenia postępowania oraz przeprowadzenie dowodu na okoliczność pozycjonowania swojej oferty na stronach internetowych, faktu nie funkcjonowania w sieci nazwy _____ na okoliczność postępowania się w sieci wyłącznie znakiem słowno graficznym ,

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po szczegółowym zapoznaniu się z wyjaśnieniami strony uznał, że zamieszczanie **wydawanie przedmiotowych kart rabatowych oraz rozpowszechnianie wyżej opisanych ulotek stanowiło niedozwoloną reklamę apteki.**

Uzyskane przez stronę zezwolenie z dnia 31 lipca 2013 r. o nr 780/2013 dotyczy prowadzenia apteki ogólnodostępnej o nazwie _____ (podobnie oznaczyli Państwo aptekę położoną w _____, ul. _____ nie – jak twierdzi strona – apteki postępującej się nazwą „Apteka”.

W sieci internetowej strona oferując swoje produkty, w ramach apteki posiadającej pozwolenie _____ zresztą produkty podobne do tych zamieszczonych w przedmiotowych ulotkach), postępuje się strona wyłącznie znakiem słowno graficznym używając nazwy _____ Po wpisaniu do wyszukiwarki google nazwy _____ okazało się, że nazwa ta nie jest w sieci znana (dotyczy kilkunastu pierwszych odsłon), ani jako nazwa drogerii, ani jako nazwa samodzielna. Nazwa ta nie występuje ani na lokalu ani na ulotkach. W sieci nie funkcjonuje również samodzielnie nazwa _____ Po wpisaniu ww. nazwy do wyszukiwarki google pojawiają się linki „_____” lub _____ Apteka i drogeria” co świadczy o tym, że przy pozycjonowaniu swojej oferty, jako kluczowe wybrano słowa _____

Według strony lokal oznaczony jest „własną firmą: _____ niemniej nie ma w tym wypadku dopisku _____, który świadczyłby, iż dotyczy nazwy własnej firmy, a nie drogerii. Podobnie jest z ulotkami. Zgodnie z wyjaśnieniami strony oferta zawarta w ulotkach miała dotyczyć drogerii, o czym świadczyć ma podana słaboczytelny, drobnym i jasnozielonym drukiem informacja, iż oferta dotyczy wyłącznie produktów w wybranych placówkach _____ z asortymentem kosmetycznym. Tymczasem na kluczowych dla pacjentów fragmentach ulotek, gdzie wskazywany jest adres i lokalizacja miejsca, w którym można skorzystać z oferty, posłużono się nazwą _____, bez wskazywania, że odnosi się ona wyłącznie do nazwy własnej firmy, czy drogerii, a nie apteki. Ponadto na „bonie o wartości 5zł” mowa jest o możliwości realizacji bonów wyłącznie w **drogeriach** _____ a zgodnie z wyjaśnieniami strony powinno raczej być „w drogeriach _____ lub „w drogeriach _____

Według organu treść informacji odnoszących się do drogerii świadczy, iż autorzy ulotek mieli świadomość, iż ich zawartość mogła kierować potencjalnych klientów do apteki, co było niezgodne z zakazem prowadzenia reklamy aptek, dlatego posłużyli się taką formą, aby z jednej strony stworzyć pozory legalności, z drugiej zaś w taki sposób, aby jak najmniej zakłócić komunikat zachęcający do skorzystania 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 zawierając w sobie elementów ocennych ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna. Wskazuje na to m.in. także art. 16 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., uznający za czyn nieuczciwej konkurencji wypowiedź, która zachęcając w istocie do nabycia towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji. Taka reklama wprowadza klienta w błąd, sugerując mu, że nie jest reklamą, a jedynie neutralną, rzetelną informacją. Przy rozróżnieniu informacji od reklamy trzeba mieć na względzie, że podstawowym wyznacznikiem przekazu reklamowego jest nie tylko mniej lub bardziej wyraźna zachęta do kupna towaru, ale i faktyczne intencje podmiotu dokonującego przekazu oraz odbiór przekazu przez podmioty, do których jest kierowany. Wypowiedź jest reklamą, gdy nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru - taki cel przyświeca nadawcy wypowiedzi i tak odbiera ją przeciętny odbiorca, do którego została skierowana. Wszelkie promocje, w tym cenowe, są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje. 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, LEX czy A. Rąbiega - 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).

W ocenie PWWF dystrybucia kart rabatowych z logo
oraz ulotek

zawierające oferty cenowe suplementów diety, z adnotacją oferta ważna od 31.08.2013 r. do 4.09.2013 r. lub do wyczerpania zapasów (ulotka zawierała bon o wartości 5 zł, ze wskazaniem o treści: „realizacja wyłącznie w drogeriach wywołuje lub co najmniej może wywołać u przeciętnego odbiorcy w pełni uzasadnione przeświadczenie, że reklamowane produkty po cenach wskazanych w ulotkach można nabyć w przedmiotowej aptece. Tym samym działania strony polegające na dystrybucji tego typu materiałów reklamowych wpływały na wybory pacjentów, co do skorzystania z oferty konkretnej apteki.

Mając jednak na uwadze oświadczenie strony z 7.03.2014 r. i 19.05.2013 r. o zaprzestaniu wszystkich działań reklamowych, a także mając na uwadze własne ustalenia, z których wynika, że strona istotnie jeszcze przed zakończeniem postępowania zaprzestała prowadzenia zakazanej reklamy apteki, należało uznać, że prowadzenie postępowania w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia reklamy w trybie art. 94a ust. 1 ustawy prawo farmaceutyczne stało się bezprzedmiotowe. W konsekwencji nie było celowe rozpoznawania złożonych przez stronę wniosków dowodowych. 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.

Otrzymują:

1) p.
ul.

2) aa x 2

POMORSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

Grażyna Mazurowska