

WIF.WA.II.8523.1.34.2012.UR

DECYZJA

I. Na podstawie art. 94a ust. 2, ust. 3 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (t. j. Dz. U. z 2008r Nr 45 poz. 271 ze zm. dalej Prawo farmaceutyczne) oraz art. 104 § 1 w związku z art. 107 § 1-3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.) Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po przeprowadzeniu postępowania w sprawie podejrzenia prowadzenia reklamy aptek ogólnodostępnych zlokalizowanych w przy ul. oraz w przy ul. oraz ich działalności, wszczętego z urzędu przeciwko spółce działającej pod firmą: z siedzibą w , ul. **stwierdzając naruszenie** zapisu, o którym mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne poprzez prowadzenie reklamy aptek ogólnodostępnych o nazwie „ ” zlokalizowanych na terenie województwa mazowieckiego w przy ul. oraz w przy ul. oraz ich działalności za pomocą magazynu „ ” rozpowszechnianego w formie drukowanej oraz w internecie za pomocą strony internetowej www. **nakazuje zaprzestanie jej prowadzenia.**

II. Na podstawie art. 129b ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne nakłada się na przedsiębiorcę spółkę działającą pod firmą: z siedzibą w , ul. karę pieniężną w wysokości zł (słownie: zł) z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne w zakresie opisanym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji, płatną do budżetu państwa.

III. Nakazowi w punkcie I na podstawie dyspozycji art. 94a ust. 4 Prawa farmaceutycznego nadaje rygor natychmiastowej wykonalności.

UZASADNIENIE

W dniu 28 września 2012r. Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wszczął postępowanie mające na celu ustalenie czy doszło do naruszenia dyspozycji art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (t.j. z 2008r. nr 45 poz. 271 ze zm.) w związku z rozpowszechnianiem przez spółkę działającą pod firmą: z siedzibą w przy ul. magazynu " ".

O wszczęciu postępowania poinformowano stronę pismem 28 września 2012 roku, które zostało doręczone 8 października 2012r.

W piśmie poinformowano stronę, że w poczet materiału dowodowego zostały załączone materiały dowodowe z postępowania, znak: prowadzonego przez Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Warszawie w sprawie spółki z siedzibą w

W toku postępowania ustalono, iż przedsiębiorca działający pod firmą: z siedzibą w przy ul. za pomocą magazynu " " rozpowszechnianego w formie drukowanej oraz internecie pod adresem www. prowadzi reklamę aptek ogólnodostępnych o nazwie „ ” zlokalizowanych na terenie województwa mazowieckiego w przy ul. oraz w przy ul. oraz reklamę ich działalności.

Przedsiębiorca zawiadomiony o wszczęciu postępowania w dniu 29 października 2012 roku w odpowiedzi na wezwanie organu wskazał, że magazyn w żaden sposób nie stanowi reklamy apteki o nazwie " " oraz nie przedstawia również oferty handlowej apteki „ ”.

W dniu 24 sierpnia 2012r. oraz 27 sierpnia 2012 roku wezwano osoby reprezentujące podmioty odpowiedzialne produktów leczniczych znajdujących się w przedmiotowym magazynie do złożenia wyjaśnień: czy spółka (podmiot odpowiedzialny) zlecała prowadzenie reklamy produktu leczniczego skierowanej do publicznej wiadomości (w rozumieniu dyspozycji art. 52 ust. 1 Prawa farmaceutycznego) w przedmiotowym magazynie; w przypadku zlecenia prowadzenia reklamy wezwano do wskazania wszystkich podmiotów, którym została zlecona przedmiotowa reklama na terytorium województwa mazowieckiego oraz dostarczenie wzoru reklamy skierowanej do publicznej wiadomości (na terytorium województwa mazowieckiego) wraz z informacją o sposobie i dacie jej rozpowszechnienia.

W przypadku sugerowania ceny detalicznej w reklamie wezwano do podania przykładowych cen hurtowych wraz z podaniem marży hurtowych i detalicznych, oraz w jakim czasie i na jakim terytorium obowiązywała przedmiotowa cena.

Dnia 3 października 2012r. zawiadomiono stroną o zamiarze zakończenia postępowania wzywając do zapoznania się z materiałem dowodowym oraz złożenia wyjaśnień lub dostarczenia nowych dowodów.

Do dnia wydania niniejszej decyzji strona nie zapoznała się z aktami sprawy, ani nie zgłosiła żadnych nowych żądań i wniosków.

Po zapoznaniu się z całością materiału dowodowego Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zważył co następuje:

Stwierdzenie naruszenia

Przedsiębiorca działający pod firmą: _____ z siedzibą w _____, legitymujący się numerem NIP _____ jest wydawcą magazynu o tytule „_____” rozpowszechnianego m.in. na terenie województwa mazowieckiego w formie drukowanej do nieograniczonej i nieokreślonej grupy konsumentów oraz w internecie na stronie www.

Mając na względzie powyższe za udowodnione organ uznaje, iż przedsiębiorca działający pod firmą: _____ z siedzibą w _____, legitymujący się numerem NIP _____ rozpowszechnia (zleca rozpowszechnianie) w/w magazynu na terytorium województwa mazowieckiego w formie drukowanej. Dowodem na rozpowszechnianie w internecie jest wydruk ze strony internetowej http://_____ (karta 000118), która to strona zawiera odnośnik (zakładkę) „Archiwum” - „Wrzesień 2012, Lipiec 2012, Maj 2012” oraz ze strony http://_____ zawierającej magazyn wydanie wrzesień-październik 2012r.

Przedmiotowy magazyn wydanie NR 1 i 2 (maj/czerwiec, lipiec/sierpień) na pierwszej stronie zawiera:

w nagłówku na _____ tle znajduje się _____ i dużą czcionką w kolorze _____ MAGAZYN czcionką kursywą czcionka „_____” oraz pod _____ czcionką „_____”.

Następnie znajduje się para starszych ludzi mężczyzny i kobiety uśmiechających się do siebie, a pod nią znajdują się zdjęcia i opisy 2 wyrobów medycznych oraz suplementu diety wraz z cenami detalicznymi. Przy cenie detalicznej jest umieszczony symbol „*” (gwiazdka). Na dole strony małą czcionką umieszczono treść: „Cena detaliczna sugerowana przez Producenta w okresie promocji”. Poniżej małym drukiem umieszczono treść: „Ceny zawarte w magazynie są wyłącznie informacją handlową i nie stanowią oferty w myśl art. 66 § 1 Kodeksu Cywilnego. Zdjęcia mają charakter poglądowy i mogą nieznacznie odbiegać od rzeczywistości. Wydawca nie ponosi odpowiedzialności za ewentualne błędy w druku”. W stopce umieszczono bardzo małym drukiem (pogrubionym) treść: „Przed użyciem zapoznaj się z ulotką, która zawiera wskazania, przeciwwskazania, dane dotyczące działań niepożądanych i dawkowanie oraz informacje dotyczące stosowania produktu leczniczego, bądź skonsultuj się z lekarzem lub farmaceutą, gdyż każdy lek niewłaściwie stosowany zagraża Twojemu życiu i zdrowiu”.

Na stronie 2, 3, 5, 6, 7 znajdują się zdjęcia i opisy produktów wraz z ceną przy której umieszczony symbol „*” (gwiazdka) wraz z napisem „Cena detaliczna sugerowana przez Producenta w okresie promocji”. A poniżej „Przed użyciem zapoznaj się z ulotką, która zawiera wskazania, przeciwwskazania, dane dotyczące działań niepożądanych i dawkowanie oraz informacje dotyczące stosowania produktu leczniczego, bądź skonsultuj się z lekarzem lub farmaceutą, gdyż każdy lek niewłaściwie stosowany zagraża Twojemu życiu i zdrowiu”.

Zgodnie z dyspozycją art. 94a ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego. W razie stwierdzenia naruszenia w/w przepisu wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje, w drodze decyzji, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

Zapis art. 94a ust. 1 w/w ustawy nie definiuje pojęcia reklamy apteki, wskazując jedynie działania, które nimi nie są. Nie stanowi reklamy jedynie informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

W orzecznictwie wskazuje się, że wobec braku ustawowej definicji reklamy działalności aptek, należy w tym względzie odwołać się do opracowań słownikowych. W Wielkim Słowniku Wyrazów Obcych (pod red. M. Bańki, PWN, Warszawa 2003) wskazano, że reklamą jest działanie mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług. 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" (wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 r., VII SA/Wa 698/08, niepubl. oraz wyrok WSA w Warszawie z dnia 1 lutego 2008 r., VII SA/Wa 1960/07, Lex, nr 451165).

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 (Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Warszawie z 2008-05-14, VII SA/Wa 2215/07).

Przytoczona definicja reklamy w zestawieniu z definicją apteki, zawartą w ustawie Prawo farmaceutyczne w art. 86, pozwala na przyjęcie, że reklamą działalności apteki jest działanie polegające na zachęcaniu potencjalnych klientów do dokonywania zakupu i korzystania z usług farmaceutycznych w konkretnej aptece lub punkcie aptecznym. W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Warszawie z 2008-05-14, VII SA/Wa 2215/07, wskazano, iż „zauważyć trzeba, że art. 94a nie definiuje katalogu działań, które nie stanowiłyby reklamy działalności apteki, przepis ten jedynie określa, do jakich produktów leczniczych nie może się odnosić reklama działalności apteki. Dlatego też 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”.

W literaturze wyrażany jest pogląd, iż reklamą jest wszelkiego rodzaju oddziaływanie przedsiębiorców na potencjalnych klientów podejmowane w tym celu, aby przez zachwalanie towaru bądź usługi wywołać zainteresowanie dla warunków transakcji. Za reklamę należy uznać świadome działanie przedsiębiorcy zmierzające do promowania towarów lub usług przez wskazanie na ich cechy w taki sposób, aby u klientów (pacjentów) wywołać lub wzmocnić określone potrzeby. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do orzeczenia z dnia 26 stycznia 2006r. (sygn. akt V CSK 83/05, Lex nr 191239) wskazał, iż reklamą jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych konsumentów, odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę, mająca na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług. Zachęta może być wyrażona bezpośrednio, np. poprzez użycie określeń odpowiadających konkretnym czynnościom, w wyniku których nastąpi zbyt towarów lub usług, albo pośrednio — przez stworzenie sugestywnego obrazu towarów i usług, a także samego przedsiębiorcy, w stopniu narzucającym adresatom nieodpartą chęć nabycia towarów i usług.

Organ wskazuje, iż w stopce (bardzo drobnym drukiem) na pierwszej stronie magazynu została umieszczona informacja o treści „Przedmiotowa oferta cenowa ma charakter informacyjny, nie stanowi oferty handlowej w rozumieniu art. 66 Par. 1 kodeksu cywilnego oraz innych właściwych przepisów prawa”.

Ofertą jest każde oświadczenie woli odpowiadające wymaganiom art. 66 § 1 Kodeksu Cywilnego, a więc stanowiące skierowaną do innej osoby stanowczą propozycję zawarcia umowy obejmującą minimalną jej treść (por. uz. uchw. SN(7) z 28.9.1990 r., III CZP 33/90, OSNCP 1991, Nr 1, poz. 3). Elementem konstytutywnym każdej oferty, oprócz stanowczego zamiaru bycia nią związanym przez oferenta, jest określenie istotnych dla przyszłej umowy postanowień (*essentialia negotii*). Brak istotnych postanowień sprawia, że propozycja zawarcia umowy nie zostanie uznana za ofertę, a jedynie, w najlepszym razie, za zaproszenie do rozpoczęcia rokowań. Tak też uznał SN (wyr. z 20.10.1978 r., IV CR 402/78, OSNCP 1979, Nr 7-8, poz. 154), stwierdzając, że ogłoszenie w prasie o sprzedaży samochodów nie ma cech oferty w rozumieniu art. 66 Kodeksu

cywilnego, skoro nie zawiera wszystkich istotnych postanowień mającej powstać w przyszłości umowy.

Mając na względzie powyższe, za udowodnione organ uznaje, iż przedmiotowy magazyn jest materiałem reklamowym, co również potwierdza min. aneks do umowy zlecenia wykonawczego (karta 0000135), umowa wykonania usługi (000141-000142).

Organ wskazuje, iż przedmiotowy magazyn ma taki układ, posiada taką szatę graficzną, że pacjent bez problemu może zidentyfikować w jakich aptekach nabyć reklamowane produkty lecznicze i inne produkty. Identyfikacja placówek sprzedaży detalicznej (aptek) odbywa się poprzez rozpoznawanie przez potencjalnego pacjenta logo (nazwy apteki) „ ”.

Organ wskazuje, iż aptecę ogólnodostępnej zlokalizowanej w przy ul. oraz w przy ul. została nadana nazwa „ ”. Dowód decyzja znak z dnia , i decyzja znak z dnia (karta 000244-000243).

Wskazać także należy, że na stronie Wydawnictwa tj. [http:](http://) (wydruk ze strony znajduje się 000231-000241) - wskazano, że "dzięki wykorzystaniu zbieżności obrazów i tekstów klienci mogą bez problemu skojarzyć i odnaleźć wizerunek Państwa marki. Klient odwiedzający aptekę może być informowany poprzez liczne rozwiązania reklamowe na terenie samej apteki, tj. plakaty, naklejki, etykiety i cenówki promocyjne, lub bezpośrednio wyświetlane reklamy na telebimach". W dalszej części czytamy, że „W lutym 2012 roku wydawnictwo rozpoczęło testy usługi związanej z emisją reklam i ogłoszeń na telebimach znajdujących się w kilku aptekach na terenach m. in. . Jeśli reklamy dotyczą branży medycznej i są wyświetlane na telebimach umieszczanych na terenie aptek i przychodni , to trafiają do małej, ale sprecyzowanej grupy odbiorców, którzy są tzw. grupą bezpośrednio zainteresowaną".

W tym miejscu organ pragnie wskazać, iż przedsiębiorca prowadzący aptekę ogólnodostępną zlokalizowaną w przy ul. dystrybuuje ulotki („materiał informacyjnych z danymi teled adresowymi apteki”) karta 000031 (określone jako Informacja społeczna), które w nagłówku na zielonym tle zawierają biały krzyż i dużą czcionką w kolorze : „ ” czcionką: „ ” po prawej mniejszą czcionką kursywą w kolorze : „ ”, a następnie godziny czynności apteki i adres. Organ wskazuje, iż dystrybuowanie jedynie (samodzielnie) przedmiotowych ulotek nie narusza zakazu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, jednakże rozpowszechnianie przedmiotowych ulotek jako „ ” dodatek do „ ” organ ocenia jako jeden materiał (przekaz) reklamowy, zawarty w dwóch formach (ulotki adresowej i magazynu). Ponadto podkreślenia wymaga fakt, iż szata graficzna i kolorystyka ulotek jest łudząco przypominająca nagłówek „ ” z tą różnicą, iż wyraz „ ” zastąpiono wyrazem „ ”.

Organ wskazuje, iż szyldy (wizualizacja zewnętrzna) apteki zlokalizowanej w przy ul jest prawie identyczna jak nagłówek „ ” z tą różnicą, iż na szyldzie apteki - tle - widnieje napis czcionką „ ” czcionką „ ” i znajduje się na tle z strony szyldu (karta 00002).

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że za reklamę należy uznać świadome działanie przedsiębiorcy zmierzające do promowania towarów lub usług przez wskazanie na ich cechy w taki sposób, aby u klientów (pacjentów) wywołać lub wzmocnić określone potrzeby. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do orzeczenia z dnia 26 stycznia 2006r. (sygn. akt V CSK 83/05, Lex nr 191239) wskazał, iż reklamą jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych konsumentów, odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę, mająca na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług. Zachęta może być wyrażona bezpośrednio, np. poprzez użycie określeń odpowiadających konkretnym czynnościom, w wyniku których nastąpi zbyt towarów lub usług, albo pośrednio — przez stworzenie sugestywnego obrazu towarów i usług, a także samego przedsiębiorcy, w stopniu narzucającym adresatom nieodpartą chęć nabycia towarów i usług.

W przedmiotowym przypadku właśnie mamy do czynienia z taką konstrukcją tj. układem graficznym poszczególnych modułów reklamowych, w których obrazy - zdjęcia produktów wraz z ceną detaliczną sugerowaną wywierają silny wpływ na myśli lub wyobraźnię potencjalnego pacjenta narzucając mu nieodpartą chęć nabycia produktów leczniczych właśnie w tej konkretnej aptece, której lokalizacja została wskazana na ostatniej stronie magazynu. Co więcej sam wydawca (storna) wskazuje, że dzięki wykorzystaniu zbieżności obrazów i tekstów klienci mogą bez problemu skojarzyć i odnaleźć wizerunek marki.

Organ podkreśla, iż budowanie świadomości marki (ang. *branding*) jest to jedna z technik marketingowych polegająca na kreowaniu i utrwalaniu w umysłach konsumentów faktu istnienia oraz pozytywnego wizerunku konkretnej marki. W przedmiotowym przypadku jest to utrwalanie marki (znaku towarowego) aptek o nazwie „ ”.

Na poparcie powyższych tez organ wskazuje, iż Uniwersalny Słownik Języka Polskiego pod red. prof. Stanisława Dubisza (wydawnictwo Naukowe PWN, W-wa 2003r.) pod pojęciem reklamy rozumie działanie polegające na zachęcaniu potencjalnych klientów do zakupu określonych towarów i usług, ale także napis, rysunek, plakat, film itp. służący temu celowi. Reklama to także efekt czyjejś celowej działalności dotyczącej własnego wizerunku.

Odnosząc się do powyższego faktu Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wskazuje, iż wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r. sygn. akt II CSK 289/07, stwierdza, że przy rozróżnieniu informacji od reklamy, ważna jest faktyczna intencja podmiotu dokonującego przekazu. Organ za intencję przedsiębiorcy z siedzibą w legitymującego się numerem NIP , wydawcy magazynu o tytule „ , uznaje właśnie wolę zareklamowania aptek działających pod nazwą „ . Podkreślenia wymaga fakt, iż sam wydawca (strona niniejszego postępowania) potwierdza taką wolę, wskazując na stronie internetowej [http:](http://) w zakładce [Oferta specjalna dla aptek] specjalną ofertę. „*Mamy przyjemność przedstawić Państwu ofertę firmy . Dzięki reklamie zewnętrznej (po za terenem Aptek) w formie materiałów informacyjnych z danymi teleadresowymi Aptek oraz naszemu dwumiesięcznikowi i mogą Państwo dotrzeć do klientów. Dzięki wykorzystaniu zbieżności obrazów i tekstów klienci mogą bez problemu skojarzyć i odnaleźć wizerunek Państwa marki. Budowanie marki pozwala przyciągnąć nowych klientów, a dotychczasowych utrwalić w przekonaniu, że korzystają z profesjonalnych usług aptecznych.*” (wydruk karta 000232).

W tym miejscu organ pragnie wskazać, iż odbiorcami przedmiotowej reklamy nie są przeciętni konsumenci, ponieważ mamy do czynienia w tym przypadku z pacjentem apteki, do którego kierowane były gazetki reklamowe pozwanej spółki. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3.12.2003 r., I CK 358/02 (nie publ.), również w Polsce, co do zasady, należy obecnie przyjąć powszechnie stosowany w Unii Europejskiej model przeciętnego konsumenta jako osoby należycie poinformowanej, uważnej, ostrożnej i rozsądnie krytycznej. Wzorzec ten nie może być jednak definiowany w oderwaniu od konkretnych warunków ustalonych w sprawie oraz od realiów związanych z odbiorcą określonych produktów, do którego kierowana jest reklama (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11.7.2002 r., I CKN 1319/00, OSNC 2003, nr 5, poz. 73). *Nie można zatem pomijać, że konsumentami leków są osoby chore, często o zmniejszonej z tego powodu zdolności postrzegania oraz rozsądnej i krytycznej oceny, podobnie jak osoby starsze, stanowiące także znaczną grupę konsumentów leków. Są to z reguły osoby bardziej podatne na sugestie i mniej krytyczne.* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r. sygn. akt II CSK 289/07).

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny w niniejszej sprawie Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wskazuje, iż potencjalny pacjent apteki nie jest w stanie odróżnić reklamy produktów leczniczych od reklamy (informacji adresowych) podmiotu prowadzącego aptekę, gdyż taki materiał reklamowy postrzega on jako jedną całość - jeden przekaz reklamowy.

Rozróżnić reklamę produktów leczniczych na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych od reklamy apteki i jej działalności może wyłącznie potencjalny pacjent apteki, któremu nie jest obca ustawa Prawo farmaceutyczne oraz wydane do niej rozporządzenie wykonawcze Ministra Zdrowia w sprawie reklamy produktów leczniczych. Biorąc pod uwagę fakt, iż większa część pacjentów apteki to osoby, które nie legitymują się znajomością tych aktów prawnych, a ponadto są to z reguły osoby chore (czyli obniżona jest ich zdolność postrzegania) za wątpliwe należy uznać, iż są oni zdolni rozróżnić informację o godzinach i lokalizacji apteki od reklamy produktów leczniczych prowadzonej na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych. Wskazać należy zatem, iż magazyn (jako całość) przez potencjalnego konsumenta jest odbierany jako reklama apteki.

W ocenie organu, przedmiotowy magazyn jest tak skonstruowany aby zwrócić uwagę czytelnika (odbiorcy reklamy) na produkty lecznicze opisane w przedmiotowym materiale, poinformowanie o ich właściwościach i działaniu w sposób skłaniający, zachęcający do działania, czyli dokonania zakupu konkretnych aptekach o nazwie „ ”.

Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny podkreśla, iż Sąd Najwyższy wskazuje na fakt, że pewne działania reklamowe można zakwalifikować w rozumieniu dyspozycji art. 52 Prawa farmaceutycznego jako reklamę produktów leczniczych, co nie oznacza, iż nie jest to (z mocy prawa) zakazana reklama działalności apteki ogólnodostępnej. Zgodnie z powyższym wyrokiem działania takie mogą stanowić zarówno reklamę działalności aptek ogólnodostępnych (niedozwoloną w obecnym stanie prawnym) jak i promocję produktów leczniczych (dopuszczalną nadal).

O charakterze reklamowym danego materiału „decyduje to, że przyczyną rozpowszechniania ulotek i intencją pozwanej spółki była chęć zareklamowanie aptek "M." i zachęcenia klientów do kupowania w nich produktów leczniczych, w tym leków reklamowanych w gazetkach i ulotkach, do czego miała doprowadzić reklamowana promocyjna obniżka cen niektórych leków. Reklamowana promocja miała zatem zwiększyć sprzedaż w aptekach sieci "M." wskazanych w gazetkach i ulotkach leków objętych promocją. Stanowiła więc reklamę zarówno aptek, jak i objętych promocją leków”. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r. sygn. akt II CSK 289/07).

Dla oceny, czy w niniejszej sprawie możemy mieć do czynienia z reklamą apteki prowadzoną pod pozorem reklamy produktów leczniczych pomocne może być rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2002 r. (III CKN 213/01), w której to sprawie Sąd Najwyższy rozstrzygnął o naruszeniu dobrych obyczajów przez reklamę piwa, która miała pozornie odnosić się do piwa bezalkoholowego, podczas gdy w rzeczywistości jej przedmiotem było piwo alkoholowe. Analogicznie jak w przypadku reklamy rozpowszechnianej za pomocą magazynu "

" informacja o rzeczywistym przedmiocie reklamy była przedstawiona w sposób słabo widoczny.

Organ wskazuje, iż ustalił, (wbrew zapisom zawartym w gazecie) że „ceny detaliczne sugerowane przez producenta w okresie promocji” nie były cenami sugerowanymi przez producenta, a materiał nie stanowił reklamy produktów leczniczych kierowanej do publicznej wiadomości, tj. materiał umieszczony w poszczególnych modułach nie był reklamą produktów leczniczych prowadzoną na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych.

Zgodnie z dyspozycją art. 60 ust. 1 Prawa farmaceutycznego reklama produktu leczniczego może być prowadzona wyłącznie przez podmiot odpowiedzialny lub na jego zlecenie.

Definicja podmiotu odpowiedzialnego znajduje się w art. 2 pkt 24 Prawa farmaceutycznego i wskazuje, iż podmiotem odpowiedzialnym - jest przedsiębiorca w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 i Nr 180, poz. 1280) lub podmiot prowadzący działalność gospodarczą w państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie członkowskim Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, który wnioskuje lub uzyskał pozwolenie na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego.

W celu ustalenia czy materiał umieszczony w poszczególnych modułach reklamowych magazynu był reklamą produktów leczniczych na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych, organ wezwał podmioty do dostarczenia wzoru reklamy (w przypadku jej zlecenia). I tak w wykonaniu wezwania:

- wskazała, iż zleciła „wykonanie i zamieszczenie reklamy produktów leczniczych w magazynie >> <<, jednakże cena detaliczna nie była sugerowana (karta 000188 i karta 000112). Podkreślenia wymaga fakt, iż nie mogła zlecić prowadzenia reklamy produktów leczniczych Theraflu Extragrip, Theraflu Zatoki, Orofar, Orofar Max, Venoruton forte, Voltaren (w rozumieniu przepisów Prawa farmaceutycznego), gdyż podmiotem odpowiedzialnym w stosunku do tych produktów jest , a nie ;
- dostarczyła zlecenie umieszczenia reklamy w magazynie >> << (karta 000154-000156 oraz karta 000204-216) wraz z umową zlecenia wykonania usługi. Jednakże nie mogła zlecić prowadzenia reklamy produktów leczniczych (w rozumieniu przepisów Prawa farmaceutycznego) CetAlergin Ten, gdyż podmiotem odpowiedzialnym dla tego produktu jest oraz nie mogła zlecić reklamy produktu leczniczego Naproxen Plus 50g gdyż podmiotem odpowiedzialnym dla tego produktu jest
- wskazała, iż „ spółka zleciła wydawcy zamieszczenie reklamy, zlecenie nie obejmowało umieszczenia w reklamie sugerowanej ceny detalicznej i stanowiło jedynie zlecenie umieszczenia modułu trzech reklam suplementów diety: Artresan 90, Lacibios, Femina oraz Novocardia;(karta 000145-000144);
- wskazała, że "zleciła na podstawie "zlecenia z dnia 12 kwietnia 2012 roku zamieszczenie w Magazynie informacji na temat suplementów diety, których jest producentem, jednakże nie sugerowała cen detalicznych na terenie województwa mazowieckiego (karta 000138) ;
- wskazała, że w dniu 24 kwietnia 2012 roku wydawnictwu zleciła „umieszczenie modułów reklamowych suplementów diety Arthorn Complex, Vitrum z luteniną oraz Vitrum Calcium 1250+Vitaminum D w Magazynie i , jednakże nie zlecała umieszczania w reklamie tych suplementów diety cen, a zwłaszcza cen

detalicznych. „cena sprzedaży do pacjenta jest wyłączną decyzją podmiotu prowadzącego sprzedaż detaliczną” (Karta 000121-000122);

- wskazała, że zlecała reklamę produktów leczniczych i załączyła wzory reklam, które nie odpowiadają reklamom w modułach znajdujących się w wydaniu magazynu Lipiec/Sierpień. W dostarczonych wzorach brak m.in. cen sugerowanych, natomiast jest dodatkowa treść, która nie znalazła się w magazynie (Karta 00066-00068);
- wskazała, że zleciła spółce reklamę produktu Aflavic i załączyła wzór reklamy, który nie odpowiada reklamie w modułach znajdującej się w wydaniu magazynu Lipiec/sierpień. Dostarczony wzór zawiera jedynie zdjęcie opakowania produktu leczniczego, brak jest sugerowanej ceny i innych opisów (karta 000084-000085);
- wskazała, iż nie zlecała prowadzenia reklamy produktu leczniczego spółce ' ' w dwumiesięczniku „ „”.

Mając na względzie powyższe organ wskazuje, że strona nie udowodniła, iż przedmiotowe materiały stanowią reklamę produktów leczniczych na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych (w rozumieniu art. 52 Prawa farmaceutycznego) lub reklamę innych produktów dopuszczonych do obrotu w aptekach ogólnodostępnych, gdyż strona albo nie posiadała w ogóle zlecenia na prowadzenie reklamy lub dostarczone materiały (wzory reklamy) zostały zmodyfikowane samodzielnie przez stronę w celu przekształcenia jej w reklamę apteki. Do modułów reklamowych dodane zostało m.in. zdanie „Cena detaliczna sugerowana przez Producenta w okresie promocji”, a jak wskazano powyżej producent (podmiot odpowiedzialny) takiej ceny nie sugerował.

W tym miejscu warto przywołać również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r. (sygn. akt II CSK 289/07), gdzie Sąd Najwyższy opierając się na definicji zawartej w art. 52 ustawy - Prawo farmaceutyczne oraz na podstawie art. 16 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stwierdził: „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 ZN KU, uznający za czyn nieuczciwej konkurencji wypowiedź, która zachęcając w istocie do nabycia towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji.”

Sąd Najwyższy we wskazanym powyżej wyroku doprecyzował, iż 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.

Mając na względzie powyższe za udowodniony organ uznaje fakt naruszenia zakazu określonego w art. 94a ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne zdanie pierwsze tj. prowadzenie reklamy aptek zlokalizowanych na terenie województwa mazowieckiego: w przy ul. oraz w przy ul.

Kara Pieniężna

Zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 1 i ust. 2 Prawa farmaceutycznego karze pieniężnej w wysokości do złotych podlega ten kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności. Karę pieniężną, określoną nakładą 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.

Z powyższego wynika, iż kara pieniężna jest obligatoryjna, a zatem czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do konkretnego przedsiębiorcy należy nałożyć sankcję karną nie decyduje organ, w tym wypadku Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny, gdyż kara ta wynika wprost z zapisów ustawy Prawa farmaceutycznego. W przypadku stwierdzenia prowadzenia reklamy apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności organ na podstawie przepisów prawnych jest zobligowany nałożyć karę, ma jedynie możliwość miarkowania wysokości kary.

W przedmiotowym postępowaniu zostało udowodnione prowadzenie reklamy aptek o nazwie „ ” oraz ich działalności za pomocą magazynu „ ”, dlatego organ nie może odstąpić od nałożenia kary, gdyż nie posiada kompetencji do uznaniowego nałożenia bądź nienalożenia kary pieniężnej.

Zgodnie z art. 83 Konstytucji RP, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej.

Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego.

Na marginesie organ pragnie zaznaczyć, iż konsument, do którego reklama jest kierowana ma prawo do rzetelnej informacji już w chwili zapoznania się z reklamą bez konieczności zasięgnięcia jej dopiero w miejscu sprzedaży.

Przedsiębiorca ma obowiązek poinformowania w sposób rzetelny i prawdziwy o cechach oferowanego towaru już w reklamie, a klient zwabiony jego ofertą nie ma obowiązku jej weryfikacji w miejscu sprzedaży (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 19 grudnia 2007 r., sygn. akt: XVII AmA 64/07).

Jak wskazano powyżej strona sama dodawała do modułów cenę (sugerowaną dla pacjenta) lub co najmniej godziła się na publikację ogłoszeń z ceną sugerowaną dla pacjenta.

Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny przewidywać, że podejmowane przez nie działania w ramach działalności regulowanej, którą jest prowadzenie apteki ogólnodostępnej mogą być uznane przez Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego za niedozwoloną działalność reklamową, dlatego uzasadnione jest zastosowanie wobec nich kar pieniężnych w sytuacji gdy mieli możliwość przewidzenia, że ich działania naruszają prawo lub gdy nie dołożyli należytej staranności, by norm prawa zawartych w ustawie Prawo farmaceutyczne nie naruszyć.

Ustalenie kary w przedmiotowej sprawie miało charakter wieloetapowy, co spowodowane było zaistnieniem w postępowaniu licznych okoliczności mających wpływ na jej wysokość.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uwzględnił okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także fakt, iż jest to pierwsze naruszenie przepisów danego przedsiębiorcy.

W pierwszej kolejności organ dokonał sprawdzenia okresu, w jakim była prowadzona przedmiotowa reklama.

Organ za udowodnione uznaje, iż reklama była prowadzona od maja 2012r. tj. od dnia wydania magazynu „ ” oraz fakt, że prowadzona jest po dziś dzień na stronie www.

Dokonując oceny wagi (rozmiarów) stwierzonego naruszenia organ stwierdza:

- " ” wydawany jest w formie drukowanej co dwa miesiące w nakładzie egz. oraz jest rozpowszechniany za pomocą strony internetowej www.

Przedmiotowe postępowanie dotyczyło reklamy dwóch aptek zlokalizowanej na terytorium województwa mazowieckiego.

Dyspozycja art. 129b ust. 2 zdanie drugie Prawa farmaceutycznego nie zawiera także zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniona jest wysokość nakładanej kary, dlatego w celu racjonalnego ustalenia zasadności wysokości kary organ postanowił wziąć pod uwagę również fakt, iż strona z wydawania przedmiotowego magazynu uczyniła sobie stałe źródło dochodu. Na swoich stronach internetowych informuje o specjalnej ofercie dla aptek mającej na celu reklamę aptek i ich działalności za pomocą materiałów informacyjnych z danymi teleadresowymi Aptek oraz dwumiesięcznikowi „ ”.

Mając na względzie wskazane powyżej okoliczności mające wpływ na wymiar kary pieniężnej, organ za stwierdzone naruszenie ustalił karę pieniężną w wysokości zł (słownie:) co stanowi sumę PLN (słownie: podzieloną przez 2 (ilość aptek o nazwie „ ” na terenie województwa mazowieckiego), oraz 4 % maksymalnej wysokości kary (PLN) jaką organ mógł wymierzyć za stwierdzone naruszenie.

Wymiar kary ma na celu nadanie jej roli prewencyjnej za naruszenie przepisów o zakazie reklamy czterech aptek, mającej zapobiec ponownemu naruszeniu zakazu w przyszłości.

Należy również wskazać, iż kara musi być dotkliwa dla przedsiębiorcy z uwagi na fakt pełnienia funkcji represyjnej (penalnej), jednakże dolegliwość ta musi być możliwa do spełnienia.

Organ wskazuje, iż kara ta ma również znaczenie edukacyjne dla samego przedsiębiorcy jak również wymiar odstrasżający, będący ewentualną przestrożą dla innych przedsiębiorców prowadzących detaliczny obrót produktami leczniczymi przed podobnym naruszeniem.

Mając na względzie powyższe Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny postanowił nałożyć karę w wysokości określonej jak w punkcie II sentencji decyzji.

Zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 4 i ust. 5 Prawa farmaceutycznego karę pieniężną uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Inspekcji Farmaceutycznej w Warszawie ul. Floriańska 10 03-707 Warszawa

NARODOWY BANK POLSKI O. WARSZAWA 06 1010 1010 0155 1222 3100 0000

Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe.

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

Rygor natychmiastowej wykonalności

Zgodnie z dyspozycją art. 94a ust. 4 Prawa farmaceutycznego decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia reklamy apteki i punktu aptecznego oraz ich działalności nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.

Mając na względzie powyższe Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w tym zakresie nie ma kompetencji fakultatywnych, jak to jest w przypadku przepisu art. 108 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, który określa przesłanki nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, których wystąpienie nie oznacza obowiązku nadania decyzji tego rygoru.

Zapis art. 94a ust. 4 Prawa farmaceutycznego wiąże organ, który musi w decyzji zamieścić stosowną klauzulę co zostało uczynione w punkcie III sentencji decyzji.

Pouczenie:

Od decyzji niniejszej służy stronie, na podstawie art. 127 § 1 i 2 oraz art. 129 § 1 i 2 kpa, odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za pośrednictwem Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Warszawie, w terminie czternastu dni od dnia doręczenia decyzji.

Zgodnie z art. 130 § 3 pkt. 2 kpa wniesienie odwołania nie wstrzymuje wykonania pkt I niniejszej decyzji.

Zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 4 i ust. 5 Prawa farmaceutycznego kary pieniężne uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Inspekcji Farmaceutycznej w Warszawie ul. Floriańska 10 03-707 Warszawa
NARODOWY BANK POLSKI O. WARSZAWA 06 1010 1010 0155 1222 3100 0000

Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe.

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

Mazowiecki Wojewódzki
Inspektor Farmaceutyczny
w Warszawie
podpis
Małgorzata Szelachowska

Otrzymują: