

WIF.WA.II.8523.1.7.2012.RB

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.) oraz art. 104 § 1w 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 na terytorium województwa mazowieckiego oraz ich działalności, wszczętego z urzędu przeciwko przedsiębiorcy: **stwierdza naruszenie zapisu, o którym mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne poprzez prowadzenie reklamy aptek ogólnodostępnych zlokalizowanych w**

oraz ich działalności za pomocą gazetki (produktowej, promocyjnej) **i 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: karę pieniężną w wysokości zł (słownie: j złotych zł 00/100) 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 nadaję rygor natychmiastowej wykonalności.

UZASADNIENIE

W dniu 26 stycznia 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 przedsiębiorcę: gazetki (produktowej, promocyjnej) oraz plakatu wywieszonego w witrynie apteki

O wszczęciu postępowania poinformowano stronę pismem z dnia 28 lutego 2012r. które zostało doręczone 7 marca 2012r.

W toku postępowania ustalono, iż przedsiębiorca: rozpowszechnia gazetki (foldery) (karta 000019-000018 Tom I, karta 000072-000071 Tom II, karta 000083-000082 Tom II, karta 000094 Tom II) określone przez siebie jako gazetki promocyjne (karta 000160 verte tom II) lub produktowe (karta 000021 Tom I) o tytule w formie drukowanej z różnymi okresami obowiązywania.

Przedmiotowe gazetki produktowe zawierają 4 strony i znajdują się w nich następujące dane: Strona tytułowa (pierwsza) zawiera znak słowno-graficzny

który został zgłoszony w Urzędzie Patentowym Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 3 lutego 2012 pod numerem Brak decyzji o rejestracji i brak nadania numeru rejestracji (źródło: rejestr znaków towarowych Urzędu Patentowego Rzeczypospolitej Polskiej).

Na marginesie organ wskazuje, iż domniemywa się, że wpisy w rejestrze znaków towarowych są prawdziwe i że każdemu jest znana ich treść.

Poniżej znajduje się informacja o terminie obowiązywania w postaci treści „ Informacja ważna od 9 stycznia 2012r. do 29 lutego 2012r. lub do wyczerpania zapasów” (karta 000019 Tom I). Ostatnia gazetka promocyjna zawiera treść „ Informacja ważna od 1 lipca do 31 sierpnia 2012r. lub do wyczerpania zapasów”; (karta 000094 Tom II),

Następnie w tzw. modułach znajdują się zdjęcia produktów leczniczych, suplementów diety, wyrobów medycznych lub kosmetyków z opisem oraz ceną . Wszystkie gazetki zawierają w dolnej części stron 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 lub zdrowiu.” - niebieski nadruk na białym tle;
- ▲ „ Powyższa oferta ma charakter informacyjny i nie stanowi oferty handlowej w rozumieniu art. 66 § 1 kodeksu cywilnego oraz innych właściwych przepisów prawnych”.

Wszystkie gazetki zawierają w górnej części strony (w zależności od gazetki na wszystkich stronach oprócz pierwszej lub tylko na jednej) treść „Sugerowane ceny do sprzedaży detalicznej przez ”

Przedsiębiorca zawiadomiony o wszczęciu postępowania, w dniu 15 marca 2012r. ustosunkowując się do stawianego zarzutu złożył pismo (karta 000062 Tom II), wskazał, iż :

1. *„Działania reklamowe produktów, o których mowa w ww. piśmie były prowadzone przez w imieniu 19 podmiotów odpowiedzialnych lub ich przedstawicieli wskazanych szczegółowo w załączniku nr 1 do niniejszego pisma.”*
2. *„Gazetka pn. „ ” była dystrybuowana na terenie województw: łódzkiego, śląskiego, podkarpackiego, dolnośląskiego, mazowieckiego, małopolskiego, kujawsko-pomorskiego, wielkopolskiego oraz lubuskiego, w szczególności na zasadzie swobodnego dostępu do niej w ekspozytorach umiejscowionych wewnątrz aptek współpracujących z ”*
3. W załączniku nr 2 przedłożono zlecenia reklamy.

W dniu 16 marca 2012r. wydano postanowienie w przedmiocie zawieszenia postępowania z uwagi na fakt, iż w trakcie postępowania, organ wszedł w posiadanie materiałów dowodowych, które mogły świadczyć, iż prowadzi reklamę produktów skierowaną do publicznej wiadomości (w rozumieniu dyspozycji art. 52 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne (tj. Dz. u. z 2008r. nr 45 poz. 271) na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych. W ocenie organu powstało wstępne zagadnienie prawne dotyczące istotnej dla sprawy przesłanki polegającej na ustaleniu legalności tego typu działań w świetle obowiązujących norm prawnych. Zgodnie z dyspozycją art. 62 ust. 1 w/w ustawy Główny Inspektor Farmaceutyczny, a w odniesieniu do produktów weterynaryjnych Główny Lekarz Weterynarii, sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie reklamy, toteż rozpatrzenie przedmiotowej sprawy i wydanie decyzji zależy od uprzedniego rozstrzygnięcia zagadnienia wstępnego przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego.

W dniu 16 marca 2012r. zwrócono się do Głównego Inspektora Farmaceutycznego o rozpatrzenie zagadnienia wstępnego, jako organu uprawnionego ustawowo do sprawowania nadzoru nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie reklamy produktów leczniczych (w rozumieniu dyspozycji art. 52 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne).

W dniu 20 kwietnia 2012r. organ otrzymał pismo Głównego Inspektora Farmaceutycznego znak GIF-P-L-076/162-1/AG/12, w którym wskazano, iż zagadnienie wstępne musi mieć przymiot stania się przedmiotem odrębnego postępowania, co w niniejszej sprawie nie ma miejsca (karta 000075-000074 Tom II), dlatego w dniu 25 kwietnia 2012r. wydał postanowienie w przedmiocie podjęcia postępowania (karta 000077 Tom II).

W dniu 26 kwietnia 2012r. przekazano Głównemu Inspektorowi Farmaceutycznemu pismem kopię gazetki „ (karta 000076 Tom II) do ewentualnego rozpatrzenia zgodnie z właściwością rzeczową, z uwagi na fakt, iż strona wskazywała, że gazetka zawiera reklamę produktów leczniczych skierowaną do publicznej wiadomości prowadzoną na zlecenie 19 podmiotów odpowiedzialnych.

W tym miejscu organ wskazuje, iż do wyłącznej kompetencji Głównego Inspektora Farmaceutycznego należy nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie reklamy produktów leczniczych o czym wprost stanowi dyspozycja art. 62 ust. 1 Prawa farmaceutycznego, co oznacza, że tylko ten organ jest w stanie ocenić czy dany materiał jest reklamą produktów leczniczych czy nią nie jest.

W dniu 29 maja 2012r. otrzymano pismo Głównego Inspektora Farmaceutycznego znak GIF-P-L-076/162-2/AG/12 (karta 000080-000079 Tom II) w którym wskazano, iż gazетка „
nie stanowi reklamy produktów leczniczych nad którą nadzór sprawuje Główny Inspektor Farmaceutyczny, dlatego przedmiotowe gazetki Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny winien rozpoznać zgodnie ze swoimi właściwościami tj. reklamy działalności aptek ogólnodostępnych.

W dniu 19 czerwca 2012r. poinformowano stronę, iż w poczet materiału dowodowego zostały dołączone następujące materiały:

- ▲ gazetka (folder) „
do wyczerpania zapasów”; „Informacja ważna od 1 do 31 maja 2012r. roku lub
- ▲ gazetka (folder) „
roku lub do wyczerpania zapasów”; „Informacja ważna od 1 do 30 kwietnia 2012r.
- ▲ Umowa Patronacka (wzór);
- ▲ Zdjęcie samochodu osobowego marki o numerze rejestracyjnym

W dniu 19 czerwca 2012r. na podstawie dyspozycji art. 50 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (tj. Dz. U. 2000.98.1071 z późn. zm.) wezwano Prezesa Zarządu, do przesłania pisemnej informacji (wykazu) aptek zlokalizowanych na terenie województwa mazowieckiego, które zostały upoważnione przez do korzystania ze znaku towarowego „A” wraz z informacją o sposobie wyeksponowania znaku towarowego wewnątrz i na zewnątrz lokalu apteki.

W dniu 19 czerwca 2012r. na podstawie dyspozycji art. 50 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (tj. Dz. U. 2000.98.1071 z późn. zm.) wezwano Panią , kierownika hurtowni farmaceutycznej należącej do do przesłania pisemnej informacji o cenach hurtowych po jakich były sprzedawane produkty aptekom ogólnodostępnym (wykaz w załączniku nr 1) oraz sugerowanych cenach detalicznych przez Hurtownię Farmaceutyczną w okresie od dnia 1 stycznia 2012r. do dnia 31 maja 2012r. następujących produktów:

1. Rutinacea Complete 90 tabletek + 30 gratis
2. Chlorchinaldin VP 20 tabletek
3. Syrop Prawoślazowy 125g
4. Protefix krem mocujący 47 gram
5. Protefix krem mocujący z miętą 47 gram
6. Ostercal 1250D 60 tabletek
7. Chapstick pomadka 4,2 g smak, truskawkowy, wiśniowy, naturalny
8. Nervomix 60 kapsułek
9. Omega-3 z witaminą E 60 kapsułek
10. Bobo-test test ciążowy
11. Anesteloc max 14 tabletek dojelitowych
12. Calcium+Vit. C 20 tabletek musujących o smaku pomarańczowym
13. Naproxen plus, żel tuba 50g
14. Magnesium B6 60 tabletek
15. Multilac 10 kapsułek
16. Vitapil z biotyną 60 tabletek
17. Multi-Tabs Tran w kapsułkach 120 kapsułek
18. Opokan 10 tabletek
19. Rutinoactiv rozgrzewanie 8 saszetek smak cytrynowy
20. Vitaminum A=E 30 kapsułek Hasco-Lek S.A.
21. Afrin aerozol do nosa, roztwór 20 ml
22. Choligrip na noc syrop 100 ml
23. Urinal Intensiv 10 tabletek
24. Urinal Syrop 150 ml
25. Robitussin Expectorans syrop 100 ml
26. Robitussin Antitussicum syrop 100 ml
27. Robitussin Junior syrop 100 ml

28. Corega super mocny tuba 40g
29. Corega Neutralny smak tuba 40g
30. Loratadyna Pylox 10 tabletek
31. Rapacholin C 30 tabletek drażowych
32. Flexus 30 tabletek
33. Flexus 50g emulsja
34. Magnezin 60 tabletek
35. Altacet Żel 75g
36. Hemokortin -HC maść z aplikatorem 30g
37. Claritine SPE 7 tabletek
38. Linea 40+ 60 tabletek
39. Lioven żel 50g
40. Test ciążowy Pink Test
41. Diohespan Max 30 tabletek
42. Doppelherz Aktiv Na włosy i paznokcie + Skrzyp 30 kapsułek
43. Hyabak kropole do oczu 10 ml
44. Calcium Alergo Plus 16 tabletek musujących o smaku pomarańczowym
45. Omegacardio+czosnek 60 kapsułek Siemię lniane mielone 100g
46. Controloc Control 14 tabletek dojelitowych
47. Urofuraginum 30 tabletek
48. Lacalut Aktiv pasta 75 ml
49. Lactovaginal 10 kapulek
50. Aspargin 50 tabletek
51. Scincode Essentials Krem ochronny na dzień SPF 12 50 ml
52. Neopersen Forte 20 kapsułek
53. Plussz Multiwitamina 24 tabletek musujących (magnez, minerały, calcium, żelazo)
54. Bodymax plus + gratis Bodymax 50+ 100 tabletek
55. Bodymax 50 + + gratis Bodymax 50+ 100 tabletek
56. Daktarin puder w aerozolu 100g
57. Zyrtec UCB 7 tabletek powlekanych
58. Valerin Forte 15 tabletek drażowych
59. Doppelherz Aktiv Esentiavit Forte 50 kapsułek
60. Nailexpert by Wartner
61. Carbo medicalis VP 20 tabletek
62. sacho żel stomatologiczny 10g
63. Bio-C.L.A. DUO 30 tabletek i 60 kapsułek
64. BIO-C.L.A 90 kapsułek
65. Etiaxil Normal
66. Etiaxil Sensitive
67. Dapis żel 40g
68. Aspirin Ultra Fast 12 tabletek musujących
69. Acard 30 tabletek
70. Acard 60 tabletek dojelitowych
71. Visine Classic krople do oczu 15 ml
72. Viscoplast-zestaw uniwersalny
73. Calcium Duo Alergo + Kwercytyna 20 tabletek musujących
74. Smecta 10 saszetek
75. Magnez B6 50 tabletek+50 tabletek gratis
76. Hydrocortisonum krem 15g
77. Scincode Essentials Krem przywracający piękny kontur oka
78. Vita Buerlecithin płyn doustny 1000 ml
79. Biovital Zdrowie płyn 1000ml
80. Asystor Slim 30 tabletek na rano + 30 tabletek na noc
81. Lacibios Femina 10 kapsułek
82. Panadol Femina 10 tabletek

W dniu 2 lipca 2012r. w wykonaniu wezwania Pan wskazał, iż na terenie województwa mazowieckiego do używania znaku towarowego posiadającego nr ochronny z „otokiem ” jest uprawnionych 58 aptek (karta 00092-00091 Tom II), oraz iż znak jest eksponowany „wyłącznie na zewnątrz lokali w formie dwuwymiarowych naklejek i na kasetonach, natomiast nie jest eksponowany wewnątrz lokali. (karta 000093 Tom II).

W dniu 12 lipca 2012r. Pani [] w zastępstwie Kierownika Hurtowni [] w odpowiedzi na wezwanie przekazała informacje o cenach hurtowych po jakich były sprzedawane aptekom w/w produkty (karta 000098-000138 Tom II). Odnośnie poziomu sugerowania cen detalicznych wskazała, iż hurtownia farmaceutyczna [] sugerowała sprzedaż po cenach wskazanych w „gazetkach reklamujących” (karta 000139 Tom II).

Dnia 31 lipca 2012r. zawiadomiono stronę o zamiarze zakończenia postępowania wzywając do zapoznania się z materiałem dowodowym oraz złożenia wyjaśnień lub dostarczenia nowych dowodów. Jednocześnie poinformowano, iż w poczet materiału dowodowego zostały dołączone następujące materiały:

- ▲ gazetka (folder) „ [] ” „Informacja ważna od 1 lipca 2012r. do 31 sierpnia 2012r. roku lub do wyczerpania zapasów”;
- ▲ pismo spółki [] . wraz z załącznikiem tj. gazetka (folder) „ [] ” „Informacja ważna od 1 do 30 czerwca 2012r. roku lub do wyczerpania zapasów”.

W dniu 7 i 8 sierpnia 2012r. strona zapoznała się z materiałem dowodowym.

W dniu 13 sierpnia 2012r. otrzymano stanowisko pełnomocnika strony, w którym wskazał:

- ▲ „W odniesieniu do materiałów zgromadzonych w aktach sprawy należy wskazać, iż wbrew temu, co twierdzi spółka [] , w piśmie z dnia 05 lipca 2012 r. dystrybucja gazetek produktowych wydawanych przez Stronę na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych nie była nigdy dokonywana w formie kolportażu ulicznego. Warto wskazać, iż zgodnie z ogólną zasadą dowodzenia wszelkie twierdzenia powinny być poparte dowodem. Pismo spółki [] nie wskazuje żadnego środka dowodowego, zatem nie zasługuje na wiarę.”
- ▲ „Z kolei w odniesieniu do zalegającego z aktach sprawy zdjęcia samochodu osobowego o nr rej. [] z naklejką o treści „ [] ” w oparciu o informacje przekazane przez Stronę wyjaśniam, iż naklejka odnosi się do programu marketingowego „ [] ” czynnego do końca 2011 r. Do dnia 01 stycznia 2012 r. ów program marketingowy został wygaszony, zatem naklejka posiada jedynie warstwę reklamującą Stronę, tj. hurtownię farmaceutyczną [] (nie reklamuje aptek w ramach programu „ [] ”, gdyż ten program od 01 stycznia 2012 r., już nie istniał).

Przedmiotowe naklejki były systematycznie usuwane z samochodów Strony począwszy od dnia 15 grudnia 2011 r., lecz niesprzyjające warunki atmosferyczne (niskie temperatury) sprawiły, iż podmiot, któremu zlecono zdjęcie naklejek nie był w stanie wywiązać się ze swoich obowiązków do dnia 1 stycznia 2012 i zdjęcie wszystkich naklejek z samochodów Strony opóźniło się.

W wewnętrznej dokumentacji Spółki zalega stosowne zlecenie zdjęcia naklejek, lecz krótki termin (3 dni) wyznaczony pismem z dnia 31 lipca 2012 r. nie pozwolił na jego odnalezienie w tym terminie. Nie jest wykluczone, że jeszcze przed wydaniem decyzji przez tut. Inspektora rzeczony dokument zostanie dosłany. Stosowne informacje w przedmiocie usuwania elementów wizualizacyjnych po zakończonym programie marketingowym posiada pracownik Strony P. [] gotowa ich udzielić na wezwanie tut. Inspektora.”

- ▲ „ (...) w przedmiocie wzoru umowy patronackiej informuję, iż w aktach tut. Inspektora zalega projekt wzoru, który nie był wykorzystywany. Jest to jedna z pierwszych wersji wzoru opiniowana formalnoprawnie w dniu 16 listopada 2011. Strona nie była wzywana do przedstawienia wzoru umowy patronackiej proponowanego kontrahentom w 2012 roku. Wzór umowy podlegał wielokrotnym zmianom, ponadto jest proponowany kontrahentom jako ogólny projekt i w toku zgłaszanych przez nich uwag, próśb o wyjaśnienia i negocjacji prowadzi do zawarcia umowy na warunkach akceptowalnych przez obie strony, niejednokrotnie odległej w treści od wzoru. We współpracy z tymi kontrahentami, którzy nie zawarli nowej umowy na piśmie, co oczywiste, niestosowane są postanowienia starych umów niezgodne z przepisami obowiązującymi od 01 stycznia 2012 r. Nowe umowy handlowe zawierane są zasadniczo dopiero wówczas, gdy kontrahent zmienia miejsce prowadzonej działalności lub domaga się zmiany limitu kredytu kupieckiego. Szczegółowe informacje w powyższym zakresie posiadają pracownicy Strony - Pani [] oraz [] gotowi ich udzielić na wezwanie tut. Inspektora.”

Pełnomocnik strony zacytował art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego oraz art. 52 ust. 1 i 2 Prawa farmaceutycznego oraz wskazał na dychotomie pomiędzy art. 94a, a art. 52 Prawa farmaceutycznego podkreślaną przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyrokach: z dnia 06 marca 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 1985/07 oraz z dnia 14 maja 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 2215/07. Powołał się na wypowiedź Sądu Najwyższego, „który w wyroku z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/074 wskazał, że "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.", a także: „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" lub w inny sposób sugerujący, iż apteka okresowo sprzedaje lek po obniżonej, promocyjnej cenie"."

Zostało podkreślone, iż „strona za pomocą gazetek promocyjnych prowadzi na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych promocję produktów leczniczych, a nie reklamę aptek”, dlatego że w przypadku gdy w materiałach promocyjnych produktów nie wskazano adresu (adresów) apteki, reklamę taką należy uznać za reklamę produktów leczniczych.

W kwestii proceduralnej pełnomocnik strony wskazał, iż Główny Inspektor Farmaceutyczny w piśmie z dnia 21 marca 2012 r., znak: GIF-P-L-076/162/AG/12, zaznaczył, iż postępowanie wszczynane na podstawie art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne, a zatem niniejsze postępowanie, powinno być kierowane do każdej konkretnej apteki będącej zezwoleniobiorcą, a nie w stosunku do sieci aptek.

W dniu 17 sierpnia 2012r. pełnomocnik strony dostarczył „kopię bieżącej umowy tzw. patronackiej proponowanej do podpisu kontrahentom” (karta 000167-000165 Tom II)."

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

Stwierdzenie naruszenia

Przedsiębiorca , prowadzi hurtownię farmaceutyczną na podstawie zezwolenia Głównego Inspektora Farmaceutycznego znak

Przedsiębiorca zawarł „Umowę Patronacką” z przedsiębiorcami prowadzącymi apteki ogólnodostępne zlokalizowane w Warszawie:

(karta 000092-000091 Tom II).

Przedsiębiorcy prowadzący w/w apteki są uprawnieni na podstawie przedmiotowej umowy do korzystania ze znaku towarowego „ (numer ochrony uprawniony .) z „otokiem” w prowadzonych przez nich aptekach (karta 000093).

Pełnomocnik strony wskazał, iż przedkłada kopię bieżącej umowy, ponieważ zalegający projekt umowy w aktach postępowania nie był wykorzystywany, dlatego organ swoje poniższe ustalenia oparł właśnie na projekcie umowy dostarczonym przez pełnomocnika. Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny jednocześnie podkreśla, iż projekt umowy określony przez pełnomocnika jako „projekt który nie był wykorzystywany”(Karta 000035-000030 Tom I), posiada identyczne lub nieznacznie zmienione zapisy np. został zmieniony zapis § 7 pkt 2 umowy.

Organ ustalił na podstawie wzoru dostarczonego przez pełnomocnika strony (karta 000167-000165 Tom II), iż zgodnie z § 7 „Umowy Patronackiej”

1. „Hurtownia obejmuje apteki Odbiorcy patronatem merytorycznym, w celu podniesienia jakości opieki farmaceutycznej świadczonej przez apteki Odbiorcy. Wsparcie merytoryczne farmaceutów pracujących w aptekach Odbiorcy będzie obejmować m.in.:

a. udzielanie informacji o produktach znajdujących się w ofercie produktowej Hurtowni, przekazywanie materiałów informacyjnych dotyczących tych produktów kolportowanych przez producentów;

b. możliwość udziału w szkoleniach organizowanych przez Hurtownię bądź producentów przy współudziale Hurtowni;

c. możliwość udziału w akcjach informacyjnych i kampaniach prozdrowotnych (min. wykonywanie badań z zakresu profilaktyki zdrowia);

d. otrzymywanie materiałów informacyjnych / zakresu profilaktyki zdrowia.

Hurtownia zastrzega sobie prawo jednostronnego określania szczegółowego zakresu świadczeń realizowanych w ramach patronatu merytorycznego uwzględniającego potrzeby Odbiorcy i możliwości Hurtowni.

2. W związku z objęciem aptek Odbiorcy patronatem merytorycznym, Odbiorca umieści na swoich aptekach informację o dostawcy wg wzoru zaproponowanego przez Hurtownię. Zakres informacji, o której mowa w zdaniu poprzednim obejmuje umieszczenie

informacji o dostawcy wewnątrz i na zewnątrz lokalu apteki w sposób zgodnie ustalony przez Strony.

3. Odbiorca, przyjmując patronat merytoryczny, zapewni zachowanie wysokiego standardu świadczenia usług poprzez zachowanie warunków koniecznych takich jak: estetyka otoczenia lokalu apteki, estetyka sali ekspedycyjnej, wysoka jakość obsługi przez personel farmaceutyczny, poszanowanie prywatności pacjenta

4. Bez pisemnej zgody Hurtowni wyrażonej pod rygorem nieważności na piśmie, Odbiorca nie może używać znaku towarowego w inny sposób, niż określony w niniejszej Umowie, jak również nie może upoważnić innego podmiotu do korzystania z tego znaku towarowego.

5. Odbiorca zobowiązany jest do uzyskania zezwolenia na umieszczenie znaku towarowego, o którym mowa w ust. 2 na zewnątrz budynku oraz przedłożenia powyższego zezwolenia Hurtowni.

6. Odbiorca zobowiązuje się do zaprzestania informowania o dostawcy, o którym mowa w ust. 2, niezwłocznie po rozwiązaniu niniejszej Umowy, nie później niż w terminie 14 dni od jej rozwiązania.

7. Z dniem rozwiązania umowy, Odbiorca zobowiązuje się dokonać z należytą starannością - na własny koszt - demontażu informacji o dostawcy, o której mowa w ust. 2, w sposób zapewniający nieuszkodzenie trwałych form tych materiałów np. kasetonu i ich zwrotu Hurtowni."

§ 8

„1. Hurtownia zastrzega sobie prawo do umieszczania w lokalach aptek Odbiorcy materiałów reklamowych Hurtowni oraz Produktów Nierefundowanych znajdujących się w jej ofercie handlowej, w szczególności umieszczania plakatów, ulotek reklamowych Hurtowni lub produktów, znaków towarowych Hurtowni na witrynie, ścianach lokalu, ekspozytorach i stolikach na materiały reklamowe, zaś Odbiorca wyraża na powyższe zgodę.

2. Odbiorca zobowiązuje się, iż w okresie trwania niniejszej Umowy nie będzie umieszczać w lokalach aptek Odbiorcy materiałów reklamowych i informacyjnych podmiotów konkurencyjnych wobec Hurtowni.

3. Strony niniejszym potwierdzają, iż świadczenie Odbiorcy polegające na udostępnieniu powierzchni lokali aptek Odbiorcy dla celów reklamy produktów znajdujących się w ofercie handlowej Hurtowni (w zakresie opisanym w ust. 1 powyżej) oraz świadczenia Hurtowni w zakresie wsparcia merytorycznego farmaceutów pracujących w aptekach Odbiorcy i informowanie przez Odbiorcę o dostawcy są świadczeniami ekwiwalentnymi, a w związku z tym żadnej ze stron Umowy nie przysługuje z tytułu realizacji tych świadczeń dodatkowe wynagrodzenie."

Mając na względzie powyższe za bezsporne i udowodnione organ uznaje, iż w/w apteki ogólnodostępne są objęte patronatem merytorycznym Hurtowni Farmaceutycznej

i posiadają umieszczoną informację (widoczną dla pacjenta z zewnątrz) o dostawcy w postaci znaku towarowego „ (numer ochrony (numer ochrony) z „otokiem”

” w postaci dwuwymiarowych naklejek i kasetonach (karta 000093 Tom II). Z ustaleń organu wynika również, iż niektóre apteki posiadają dodatkowo umieszczony znak (logo) podobne do zarejestrowanego znaku towarowego (numerze ochrony

uprawniony (numer ochrony), z tym że w tym znaku brak jest wyrazów „ (dowód karta 000016 Tom I). Przedmiotowy znak jest również podobny do znaku towarowego „

” który został zgłoszony w Urzędzie Patentowym Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 3 lutego 2012 pod numerem (numer). Brak decyzji o rejestracji i nadania numeru rejestracji, który jest używany jako tytuł (logo) przedmiotowej gazetki (promocyjnej, promocyjnej).

Za udowodnione i bezsporne organ uznaje, iż znak towarowy słowno-graficzny umieszczony na przedmiotowych gazetkach promocyjnych oraz znaki towarowe (loga), informacja o dostawcy umieszczona na w/w aptekach ogólnodostępnych, zawierają w sobie jeden podstawowy znak towarowy (numer ochrony).

Za bezsporne i udowodnione organ uznaje, iż przedsiębiorca (numer) z siedzibą w (numer) rozpowszechnia od dnia 9 stycznia 2012r.

(gazetki promocyjne, produktowe) z różnymi okresami obowiązywania (karta 000019-000018 Tom I, karta 000072-000071 Tom II, karta 000083-000082, karta 000094) na terytorium województwa mazowieckiego w formie drukowanej, gdyż strona sama do tego się przyznała, wskazując, iż gazetka z terminem obowiązywania od 9 stycznia do dnia 29 lutego 2012 „była dystrybuowana na terenie województw: łódzkiego, śląskiego, podkarpackiego, dolnośląskiego, mazowieckiego, małopolskiego, kujawsko-pomorskiego, wielkopolskiego oraz lubuskiego, w szczególności na zasadzie swobodnego dostępu do niej w ekspozytorach umiejscowionych wewnątrz aptek współpracujących z (numer) (karta 000062 TOM II). Potwierdził to również pełnomocnik

strony w piśmie (karta 000160 verte Tom II) wskazując, iż Strona za pomocą gazetek promocyjnych prowadzi na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych promocję produktów leczniczych, a nie reklamę aptek.

W wyniku postępowania organ ustalił, iż do dnia 31 grudnia 2011r.

proceedziła reklamę aptek ogólnodostępnych m.in. za pomocą gazetki (promocyjnej produktowej) (karta 000015-000012 Tom I), w której na pierwszej stronie jako tytuł (logo) został umieszczony znak towarowy słowno graficzny o numerze ochrony (uprawniony). Na ostatniej stronie znajdował się wykaz aptek wraz z adresami oraz numerami telefonów oraz hasło „**Nowa gazetka 9 stycznia 2012r.**” Szata graficzna oraz układ modułów reklamowych przedmiotowej gazetki był prawie identyczny jak gazetki rozpowszechnianych od dnia 9 stycznia 2012r.

Pełnomocnik strony w piśmie (karta 000161 verte Tom II) wskazał, iż naklejka na samochodzie, która stanowi znak towarowy słowno-graficzny o numerze ochrony (uprawniony). „*odnosi się do programu marketingowego „ „czynnego do końca 2011 r. Do dnia 01 stycznia 2012 r. ów program marketingowy został wygaszony, zatem naklejka posiada jedynie warstwę reklamującą Stronę, tj. hurtownię farmaceutyczną (nie reklamuje aptek w ramach programu „ „, gdyż ten program od 01 stycznia 2012 r., już nie istniał).*

Mając na względzie powyższe organ stwierdza, iż wymieniona powyżej gazetka produktowa (karta 000015-000012 Tom I), była reklamą aptek ogólnodostępnych prowadzonych przez , która była dozwolona do dnia 31 grudnia 2011r. ponieważ nie zawierała treści odnoszący się w sposób bezpośredni 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.

W niniejszym postępowaniu zarzucono stronie prowadzenie reklamy aptek ogólnodostępnych zlokalizowanych w

oraz ich działalności za pomocą gazetki (produktowej, promocyjnej) „ ” która może stanowić zakazaną reklamę apteki ogólnodostępnej, o której mowa w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego.

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 (aptekach) - 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).

Organ w pełni zgadza się z pełnomocnikiem strony, który powołał się na wyrok w którym 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”. (Wyrok

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

Organ wskazuje, iż przedmiotowe gazetki promocyjne są tak skonstruowane, posiadają 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 umieszczonego znaku towarowego w gazetkach produktowych oraz na aptekach ogólnodostępnych. Ponadto każda z gazetek promocyjnych objętych niniejszym postępowaniem zawierała w znaku towarowym na pierwszej stronie adres strony internetowej _____ Wchodząc na przedmiotową stronę internetową na pierwszej stronie pojawia się zakładka „program patronacki „po kliknięciu, w którą (przekierowanie na adres _____) pojawia się wykaz wraz z adresami i godzinami czynności wszystkich aptek objętych patronatem przez _____ Dowód wydruk strony internetowej _____ karta 000008-000006 Tom I.

Reklama apteki to każda działalność przez nią prowadzona, niezależnie od jej formy i metody przeprowadzenia, która ma na celu zwiększenie sprzedaży w niej wyrobów medycznych lub produktów leczniczych. (Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Warszawie z 2008-02-19, VII SA/Wa 1914/07).

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.

W przedmiotowym przypadku właśnie mamy do czynienia z taką konstrukcją tj. układem graficznym gazetki promocyjnych, w których obrazy - zdjęcia produktów wraz z ceną detaliczną sugerowaną przez _____ wywierają silny wpływ na myśli lub wyobraźnię potencjalnego pacjenta narzucając mu nieodpartą chęć nabycia produktów leczniczych właśnie w tej konkretnej aptece, tj. aptece objętej patronatem _____, która ma wyrobioną „markę”.

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 patronackich _____ do czego są zobowiązane apteki, które podpisały „Umowę Patronacką”. Paragraf 7 pkt 3 umowy nakazuje aby Odbiorca (strona umowy) „*przyjmując patronat merytoryczny, zapewni zachowanie wysokiego standardu świadczenia usług poprzez zachowanie warunków koniecznych takich jak: estetyka otoczenia lokalu apteki, estetyka sali ekspedycyjnej, wysoka jakość obsługi przez personel farmaceutyczny, poszanowanie prywatności pacjenta*”.

Organ wskazuje, iż budowanie świadomości marki polega na kreowaniu i utrzymaniu pozytywnego wizerunku konkretnej marki w umysłach konsumentów, w taki sposób aby dana marka (znak towarowy) była kojarzona z oferowanymi przez firmę produktami czy usługami. Z takim mechanizmem mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku.

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.

Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wskazuje, iż publiczne rozpowszechnianie znaków towarowych lub symboli graficznych podobnych do zarejestrowanych znaków towarowych lub zawierających w sobie znak towarowy, wizerunków marek, symboli z nimi związanych przez stronę postępowania za pomocą przedmiotowych gazetki promocyjnych, w których są moduły reklamowe z produktami i ceną, nieróżniących się od nazw i symboli graficznych, lub zawierających w sobie znak towarowy (_____ numer ochrony _____), lub do nich podobnych umieszczonych na aptekach ogólnodostępnych uznaje za reklamę działalność aptek.

Pełnomocnik strony powołał się min. na dyspozycję art. 52 ust. 1 i ust. 2 definiującego reklamę produktów leczniczych podkreślając „dychotomię” pomiędzy tymże artykułem i art. 94a Prawa farmaceutycznego.

Organ wskazuje, iż od dnia 1 maja 2007 r. zgodnie z treścią art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, który obowiązywał do dnia 31 grudnia 2011r., wprowadzonym ustawą z dnia 30 marca 2007 r. o zmianie ustawy - Prawo farmaceutyczne oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2007 r. Nr.75, poz. 492) zabroniona była 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. Wprowadzenie przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego nastąpiło w wykonaniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego z dnia 31 marca 2004 r. (2004/27/WE), zmieniającej dyrektywę 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi. Polska przystępując do Unii Europejskiej na mocy Traktatu zwanego Traktatem Ateńskim (Dz. U. UE z 2003 r. L 236, poz. 17 ze zm.), od dnia przystąpienia jest związana postanowieniami Traktatów założycielskich i aktów przyjętych przez Instytucje Wspólnot (...) przed dniem przystąpienia, jak również stała się adresatem dyrektyw i decyzji w rozumieniu art. 249 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską z 25. 3. 1957 r. (wersja skonsolidowana Dz. U. WE z 2002 r. C 325 ze zm.). Przed dniem 1 maja 2007r. w ustawie Prawo farmaceutyczne oraz w innych ustawach brak było zakazu reklamy aptek bądź ich działalności.

Ustawodawca wprowadzając nową regulację również nie podał definicji reklamy działalności apteki. Jednakże organ w pełni zgadza się ze stanowiskiem pełnomocnika, iż od tego momentu nie można mylić pojęć reklamy produktów leczniczych kierowanej do publicznej wiadomości oraz reklamy działalności apteki, gdyż są to dwa odrębne zagadnienie uregulowane w dwóch różnych rozdziałach Prawa farmaceutycznego. Fakt, iż pewne działania reklamowe można zakwalifikować w rozumieniu dyspozycji art. 52 Prawa farmaceutycznego jako reklamę produktów leczniczych nie oznacza, iż nie jest to (z mocy prawa) zakazana reklama działalności apteki ogólnodostępnej.

Organ wskazuje, że w Wyroku z dnia 6 marca 2009r. sygn. Akt. VII SA/Wa 1985/07, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wprost wskazał, iż „Za chybioną należy uznać argumentację strony skarżącej, iż przedmiotowe ulotki nie stanowią reklamy produktu leczniczego, bowiem są one listami cenowymi, które - w myśl art. 52 ust. 3 pkt 4 prawa farmaceutycznego - nie stanowią reklamy produktu leczniczego. Odróżnić należy reklamę produktu leczniczego, uregulowaną w art. 52 ustawy i nast., prowadzoną, zgodnie z art. 60, wyłącznie przez podmiot odpowiedzialny lub na jego zlecenie od reklamy działalności apteki, uregulowaną w art. 94a w/w ustawy. W tym miejscu należy stwierdzić, że wymienione wyżej przepisy dotyczą zupełnie odmiennych zagadnień. Nie jest więc możliwe ich jednoczesne czy też zamienne stosowanie. (Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych, VII SA/Wa 1985/07 - Wyrok WSA w Warszawie).

Organ pragnie podkreślić, iż reklama to rodzaj komunikowania perswazyjnego obejmujący techniki i działania podejmowane w celu zwrócenia uwagi na produkt, usługę lub ideę; pierwotną funkcją reklamy było udzielanie informacji o towarach i źródłach zakupu; obecnie reklama spełnia funkcje: prezentacji, kształtowania popytu, tworzenia i utrzymywania rynków zbytu; reklama, z założenia i jawnie subiektywna, posługuje się środkami wizualnymi (wydawnictwa, ogłoszenia prasowe, plakaty, filmy, telewizja, neony, a także opakowania, wystawy itp.) oraz audioakustycznymi (radio, uliczne gigantofony, informacja telefoniczna itp.).

W przedmiotowej sprawie znaczenie ma również fakt, iż przedmiotowe gazetki są dystrybuowane wyłącznie na zasadzie swobodnego dostępu w ekspozytorach umiejscowionych wewnątrz aptek współpracujących z „...”, co jest bezsporne, gdyż strona sama do tego się przyznała (karta 000062 Tom II). Pełnomocnik strony zaprzeczył aby gazetki były dystrybuowane w formie kolportażu ulicznego (karta 000161 Tom II). Fakt, iż przedmiotowe gazetki promocyjne z ceną detaliczną sugerowaną przez „...” są dostępne w lokalu apteki w „ekspozytorach” bezsprzecznie dowodzi, iż potencjalny pacjent, który podczas „swobodnego dostępu „ do gazetki zapozna się z jej treścią i treść reklamowa w niej zawarta wywoła w nim nieodpartą pokusę lub chęć nabycia wskazanego tam produktu za określoną ceną nabędzie ten produkt właśnie w tej aptece, a nie w aptece, która posiada zupełnie inny „Branding” i jest zlokalizowana w np. na drugim końcu miasta.

Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż informacja, iż ceny zawarte w danym module reklamowym przy konkretnym produkcie są cenami sugerowanymi do sprzedaży detalicznej przez „...” znajduje się w samym górnym rogu i jest

napisana bardzo małą czcionką. Co w praktyce oznacza, iż jest ona nieczytelna dla potencjalnego pacjenta. Natomiast bardzo czytelny jest sam przekaz reklamowy w zakresie wysokości ceny danego produktu.

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).

Organ w pełni podziela zdanie pełnomocnika strony, który powołując się na 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
uznaje właśnie wolę zareklamowania aptek mających zawartą „Umowę Patronacką”, i w ten sposób zwiększenie w nich sprzedaży, a nie reklamowania produktów leczniczych na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych.

W przypadku prowadzenia wyłącznie reklamy produktów leczniczych na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych w gazetkach promocyjnych nie byłyby wskazane ceny detaliczne, które są następnie sugerowane również przedsiębiorcom prowadzącym apteki patronackie podczas zamawiania produktów leczniczych w hurtowni farmaceutycznej, na co wskazała

zastępująca Kierownika Hurtowni (karta 000139 Tom II).

Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, iż reklama oznacza każde przedstawienie wypowiedzi w jakiegokolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów, dokonane w celu wspierania zbytu towarów lub usług. Zaakcentował przy tym, że powszechnie przyjmuje się, iż reklamą są wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierają w sobie elementów ocennych ani zachęcających do kupna, mogą jednak zostać przyjęte przez odbiorców jako zachęta do kupna. Organ w pełni podziela powyższe stanowisko Sądu Najwyższego, na które również powołał się pełnomocnik strony.

Ponadto organ podkreśla, iż wyrok na który powołuje się pełnomocnik strony wyraźnie wskazuje, iż orzeczenie zapadło „na podstawie przepisów ustawy - Prawo farmaceutyczne w brzmieniu obowiązującym w okresie posługiwania się przez pozwaną spółkę gazetkami reklamowymi i załączonymi do nich ulotkami zarówno pierwszej, jak i następnych edycji, wskazując jedynie, że wprowadzona od dnia 1.7.2007 r. zmiana art. 52 tej ustawy uściśliła definicję reklamy produktu leczniczego i zaostrzyła kryteria uznania katalogów i list cenowych leków za ogłoszenia o charakterze informacyjnym, a nie reklamę.”

Sąd Najwyższy zaznaczył, iż o charakterze reklamowym „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”.**

Mając na względzie powyższe Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zgadza się w pełni z pełnomocnikiem strony, iż powoływanie się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r. sygn. akt II CSK 289/07, jest jak najbardziej adekwatne w przedmiotowym przypadku, i również podziela zdanie Sądu Najwyższego, który po raz kolejny wskazuje na fakt, iż 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 reklamą działalności apteki ogólnodostępnej. Zgodnie z powyższym wyrokiem działania takie mogą stanowić zarówno reklamę działalności aptek ogólnodostępnych (nieodzwoloną w obecnym stanie prawnym) jak i promocję produktów leczniczych.

Organ wskazuje, iż ustalił, że przedmiotowe gazetki produktowe nie były reklamą produktów leczniczych na zlecenie podmioty odpowiedzialnych. Powyższego dowodzi fakt, iż Główny Inspektor Farmaceutyczny, będąc w posiadaniu przedmiotowych materiałów reklamowych wraz z dowodami mogącymi świadczyć o zleceniu reklamy przez podmioty odpowiedzialne uznał się za niewłaściwy organ w sprawie. Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wskazuje, iż zgodnie z dyspozycją art. 62 ust. 1 Prawa farmaceutycznego to Główny Inspektor Farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie reklamy produktów leczniczych. Taki zapis oznacza, iż w przypadku twierdzenia (co miało miejsce w przedmiotowym przypadku), iż dany materiał jest reklamą produktów leczniczych, a nie reklamą

apteki, tylko ten organ jest władny ocenić czy dany materiał stanowi reklamę produktów leczniczych czy nie. Ponadto w przypadku stwierdzenia, iż dany materiał stanowi reklamę produktów leczniczych, ale zachodzi podejrzenie naruszenia zakazów dotyczących prowadzenia tej reklamy tylko Główny Inspektor Farmaceutyczny (z urzędu), jest władny wszcząć postępowanie administracyjne w tym przedmiocie i wydać władcze rozstrzygnięcie.

W przedmiotowym przypadku Główny Inspektor Farmaceutyczny wskazał, iż gazetkę pt. „ ” powinien rozpatrzyć Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zgodnie ze swoimi kompetencjami (karta 000080 Tom II).

Taki stan rzeczy dowodzi, iż przedmiotowe gazetki promocyjne nie stanowią reklamy produktów leczniczych kierowanej do publicznej wiadomości prowadzonej na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych, a są reklamą działalności aptek.

Organ wskazuje również, iż w celu zweryfikowania czy podmioty odpowiedzialne zleciły stronie prowadzenie reklamy produktów leczniczych, a jeżeli tak, to w jakim wzorze, wezwał podmioty odpowiedzialne do dostarczenia wzoru reklamy (w przypadku jej zlecenia).

I tak w wykonaniu wezwania:

- ⤴ Sp. z o. o. podmiot odpowiedzialny dla produktu leczniczego , wskazał, iż nie zlecał prowadzenia reklamy produktów leczniczych w gazetce promocyjnej z terminem obowiązywania od dnia 9 stycznia do dnia 29 lutego 2012r. gdyż prowadził kampanie reklamowe w radiu, prasie i telewizji. (karta 000075 Tom I);
- ⤴ Sp. z o.o. podmiot odpowiedzialny dla produktu leczniczego wskazał, iż zlecał prowadzenie m.in. podmiotowi „ ”, jednakże zaznaczył, iż nie „aprobowała całości materiałów” (np. sposobu prezentacji obowiązkowego ostrzeżenia na stronie gazetki) (karta 000097), co oznacza, iż strona sama modyfikowała wzór (moduły) reklamy pod swoje potrzeby tj. w celu przetworzenia jej na reklamę działalności apteki;
- ⤴ Sp. z o. o. podmiot odpowiedzialny dla produktu leczniczego wskazał, iż zlecił reklamę, jednakże dołączony wzór reklamy (karta 000109 Tom I) nie odpowiada danymi: szatą graficzną, tekstami, (brak ceny) wielkością i formą, reklamie zawartej w przedmiotowych gazetkach promocyjnych. Oznacza to, iż strona sama modyfikowała szaty (moduły) i wzory reklam pod swoje potrzeby tj. w celu przetworzenia jej na reklamę działalności apteki. Na fakt, iż materiał miał być graficznie dostosowany do „nośnika” wskazała również spółka (karta 000110 Tom I);
- ⤴ S.A. podmiot odpowiedzialny dla produktu leczniczego wskazał, iż zlecił reklamę, jednakże dołączony wzór reklamy (karta 000105-000104 Tom I) nie odpowiadają, danymi szatą graficzną, tekstami, (brak ceny) wielkością i formą, reklamie zawartej w przedmiotowych gazetkach promocyjnych. Oznacza to, iż strona sama modyfikowała szaty (moduły) i wzory reklam pod swoje potrzeby tj. w celu przetworzenia jej na reklamę działalności apteki;
- ⤴ Sp. z o. o. przedstawiciel podmiotu odpowiedzialnego dla produktu leczniczego wśród podmiotów którym dał zlecenie na prowadzenia reklamy produktów leczniczych nie wskazał „, natomiast nie wykluczył, iż „inne podmioty działały na zlecenie ”. (karta 000157 Tom I).

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).

Odnosząc się do dowodu dostarczonego przez stronę (zestawu dokumentów) mające dowodzić zlecenie reklamy produktów leczniczych (karta 000059-000006 Tom II) organ wskazuje, iż jest to korespondencja prowadzona drogą elektroniczną, do której dołączone wycinki modułów reklamowych z gazetki promocyjnej w żaden sposób nie mogą być uznane za wzór reklamy akceptowany przez podmiot odpowiedzialny, gdyż owe wycinki zostały dołączone do wydruków korespondencji e-mail na potrzeby niniejszego postępowania i nie były przedmiotem korespondencji e-mail. Wskazane załączniki w nagłówkach e-maili nie odpowiadają dołączonym wycinkom (np. Karta 000020Tom II). Z treści żadnego z e-maili nie wynika aby przedmiotem korespondencji było zlecenie prowadzenia reklamy produktu leczniczego skierowanej do publicznej wiadomości (w rozumieniu dyspozycji art. 52 ust. 1 Prawo farmaceutyczne) przez podmiot odpowiedzialny danego produktu leczniczego stronie postępowania tj.

Korespondencja dotyczy udzielonych rabatów, propozycji modułów, „targetów sprzedażowych”, oraz sposobu rozliczania. Z lektury korespondencji wynika, iż to Pani specjalista ds marketingu lub Pan specjalista ds. marketingu

przesyłał propozycję do gazetki z ceną modułu, rabatem, „targetem sprzedażowym”, prosząc adresata wiadomości o potwierdzenie udziału.

Ponadto organ wskazuje, iż strona jako dowód załączyła np. korespondencję mailową z i dopiętym wycinkiem modułu reklamowego produktu leczniczego (karta 000058-000057 Tom II), natomiast jak wskazano powyżej podmiot odpowiedzialny dla produktu leczniczego wskazał, iż nie zlecał prowadzenia reklamy produktów leczniczych w gazecie promocyjnej z terminem obowiązywania od dnia 9 stycznia do dnia 29 lutego 2012r. gdyż prowadził kampanie reklamowe w radiu, prasie i telewizji. (karta 000075 Tom I).

Korespondencja e-mail (karta 000054, 000052-00050, 000048, 000042, 000039, 000036, 000034, 000023, 000020, 00007 Tom II), nie dotyczy produktów leczniczych, gdyż odnosi się do suplementów diety lub wyrobów medycznych więc nie można tu mówić o jakimkolwiek zleceniu prowadzenia reklamy produktów leczniczych przez podmiot odpowiedzialny.

Taki stan rzeczy potwierdza to co zostało wskazane powyżej, iż sama przygotowywała gazetki promocyjne pod swoje potrzeby i modyfikowała je tj. w celu wydania gazetki stanowiącej reklamę działalności apteki wraz z ceną sugerowaną do sprzedaży detalicznej.

Mając na względzie powyższe za udowodniony organ uznaje 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 apteki i jej działalności.

Odnosząc się do argumentu pełnomocnika strony wskazującego na fakt kwestię proceduralne „*przychodzi ponadto zauważyć za stanowiskiem Głównego Inspektora Farmaceutycznego zawartym w piśmie z dnia 21 marca 2012 r., znak: GIF-P-L-076/162/AG/12, iż postępowanie wszczynane na podstawie art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne, a zatem niniejsze postępowanie, powinno być kierowane do każdej konkretnej apteki będącej zezwoleniobiorcą, a nie w stosunku do sieci aptek.*”, Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wskazuje, iż zupełnie niezrozumiały jest drugi akapit w/w pisma z uwagi na fakt, że Prawo farmaceutyczne ani kodeks postępowania administracyjnego nie definiuje takiego pojęcia strony postępowania jak „sieci aptek”, a **ponadto do wyłącznej kompetencji wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego jako organu I instancji, należy ustalenie stron postępowania.**

Zgodnie z dyspozycją art. 115 pkt 3 Prawa farmaceutycznego Główny Inspektor Farmaceutyczny może wydawać wojewódzkim inspektorom farmaceutycznym polecenia dotyczące podjęcia konkretnych czynności w zakresie ich merytorycznego działania **z zastrzeżeniem spraw objętych wydawaniem decyzji administracyjnych jako organu I instancji, a także może żądać od nich informacji w całym zakresie działania Inspekcji Farmaceutycznej.**

Zgodnie z ustawą Prawo farmaceutyczne, to Główny Inspektor Farmaceutyczny pełni funkcję organu II instancji w stosunku do decyzji wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych, jednakże w przypadku ewentualnego błędnego ustalenia strony (stron) postępowania przez organ I instancji, dopiero w przypadku złożenia przez stronę odwołania od decyzji, jako organ II instancji może uchylić zaskarżoną decyzję w całości albo w części i w tym zakresie orzec co do istoty sprawy albo uchylić tę decyzję – umorzyć postępowanie.

Powyższe stanowisko zostało zawarte również w piśmie skierowanym do Głównego Inspektora Farmaceutycznego (karta 000069 Tom II).

Ponadto Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wskazuje, iż zgodnie z przepisem art. 94 ust. 3 Prawa farmaceutycznego w razie stwierdzenia naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 lub 1a wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje, w drodze decyzji, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy. Taki zapis oznacza, iż stroną postępowania jest podmiot łamiący zakaz określony w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, a nie apteka, która nie może być stroną żadnego postępowania administracyjnego. Przymiot strony może posiadać podmiot posiadający zezwolenie na prowadzenie apteki.

Powyższe potwierdza również zapis art. 129b ust. 1 Prawa farmaceutycznego, stanowiący, iż **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**, a nie „apteka będąca zezwoleniobiorcą”.

Kara Pieniężna

Zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 1 i ust. 2 Prawa farmaceutycznego 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. 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 58 aptek przez spółkę działającą pod firmą: . z siedzibą w zlokalizowanych w

oraz ich działalności za pomocą gazetki (produktowej, promocyjnej) „
”, dlatego organ nie może odstąpić od nałożenia kary, gdyż nie posiada kompetencji do uznaniowego nałożenia bądź nienałożenia 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.

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 dnia 9 stycznia 2012r. i jest nadal prowadzona, co Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uznaje za przesłankę mającą wpływ na podwyższenie wysokości wymierzanej kary.

Dokonując oceny wagi (rozmiarów) stwierdzonego naruszenia organ stwierdza, iż prowadzona reklama dotyczy 58 aptek ogólnodostępnych i była i jest nadal rozpowszechniana w taki w sposób, aby dotrzeć do jak największej grupy potencjalnych klientów.

Mając na względzie wskazane powyżej okoliczności mające wpływ na wymiar kary pieniężnej, organ za stwierdzone naruszenie ustalił karę pieniężną w wysokości zł (słownie: 00/100 zł) co stanowi zł kary grzywny na jedną aptekę co stanowi % maksymalnej wysokości kary jaką organ mógł wymierzyć za stwierdzone naruszenie.

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

Organ wymierzając przedmiotową karę wziął również pod uwagę, iż jest to pierwsze naruszenie strony postępowania, stwierdzone przez Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego.

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 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.

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 przepis art. 108 § 1 Kodeks 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.

Otrzymują:

- 1.
2. a/a