

WIF.WA.II.8523.1.16.2012.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 § 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 o nazwie „ ” 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 o nazwie „ ” zlokalizowanych w o raz ich działalności za pomocą gazetki reklamowej (ulotki) oznaczonej logo „ ” 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 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 nadają rygor natychmiastowej wykonalności.

UZASADNIENIE

W dniu 28 marca 2012r. do m.in Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego Główny Inspektor Farmaceutyczny przekazał do rozpatrzenia zgodnie z kompetencjami pismo wraz z gazetką reklamową (ulotką) oznaczoną logo „ ”.

W dniu 3 kwietnia 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 reklamowej (ulotki) oznaczonej logo „ ”.

O wszczęciu postępowania poinformowano stronę pismem z dnia 3 kwietnia 2012r., które zostało doręczone 11 kwietnia 2012r.

W dniu 30 kwietnia 2012r. Lubuski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Gorzowie Wielkopolskim przekazał celem rozpatrzenia zgodnie z właściwością miejscową gazetkę reklamową (ulotkę) oznaczoną logo „ ” wskazując, iż w jego ocenie gazetka stanowi reklamę aptek, i narusza art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego poprzez rozpowszechnianie loga „ ” oraz zwrocie „produkty dostępne w wybranych aptekach na terenie całego kraju”.

W dniu 30 kwietnia 2012r. strona złożyła pismo w którym wskazała min., iż:

„1) Materiał, którego dotyczy Pismo (określany dalej jako „Materiał”) stanowi reklamę produktów leczniczych i innych kategorii produktów, w tym kosmetyków i wyrobów medycznych, prowadzoną na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych - w odniesieniu do produktów leczniczych - i innych podmiotów uprawnionych do prowadzenia reklamy (dystrybutorów) - w odniesieniu do innych kategorii produktów. Materiał reklamowy przygotowywany jest i kolportowany na zlecenie wskazanych wyżej podmiotów. Spółka informuje, iż cały nakład został jednorazowo rozdysponowany za pośrednictwem jednej ze spółek kolportujących bezpośrednio do osób fizycznych.

2) Prowadzenie reklamy zawartej w Materiale jest dozwolone zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, należy bowiem zauważyć, iż:

a. Reklama produktów przez lub na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych, ich przedstawicieli, wytwórców czy dystrybutorów nie jest tożsama z reklamą apteki.”

„Materiał nie ma nic wspólnego z podmiotami prowadzącymi apteki, nie został wydany we współpracy z nimi, na ich zlecenie ani w ich imieniu, nie był też dystrybuowany w aptekach. Zleceńodawcami reklam zawartych w Materiale były wyłącznie podmioty odpowiedzialne, dystrybutorzy, autoryzowani przedstawiciele i inne podmioty uprawnione do prowadzenia reklamy produktów wskazanych w Materiale.”

„(...) w Piśmie bezpodstawnie wskazano na „prowadzenie reklamy aptek o nazwie ”, gdyż:

a. jest w szczególności spółką marketingową, która podjęła działalność w 2008 roku. Spółka od wielu lat buduje swoją markę jako dostawca różnego rodzaju usług związanych z branżą farmaceutyczną, w tym od wielu lat zajmuje się prowadzeniem działalności marketingowej i reklamowej różnego rodzaju produktów farmaceutycznych we współpracy oraz na zlecenie kilkuset podmiotów odpowiedzialnych/podmiotów dystrybuujących wyroby medyczne, suplementy diety, kosmetyki. Spółka otrzymuje wynagrodzenie za przeprowadzane działania reklamowe, a producent/podmiot odpowiedzialny/dystrybutor zleca je podmiotowi, który ma w prowadzeniu tego typu działań odpowiednie, kilkuletnie doświadczenie. „Po 1 stycznia 2012 r. przepisy w zakresie reklamy produktów leczniczych nie zmieniły się, Spółka nadal prowadzi działalność w zakresie prowadzenia reklamy różnego rodzaju produktów na zlecenie uprawnionych podmiotów. W najbliższym czasie Spółka rozważa również prowadzenie sprzedaży bezpośredniej do klientów wyrobów medycznych pod marką , stąd zależy jej na rozpoznawalności i wzmocnieniu tego znaku.

b. jest nazwą pod którą wprowadzane są do obrotu wyroby medyczne i kosmetyki, wskazane w Materiale w bezpośrednim sąsiedztwie logo „ ”, tak więc logo to odnosi się właśnie do tych produktów tj. do produktów oraz ”:

„Spółka nie zaprzecza, iż w grupie kapitałowej, do której należy znajdują się spółki, które prowadzą apteki i punkty apteczne. Wskazuje jednak i podkreśla, iż umieszczenie znaku towarowego , do którego Spółce przysługują prawa w jakiegokolwiek publikacji nie może być utożsamiane z reklamą apteki, w szczególności, w przypadkach gdy znak ten ma wzmocniać przekaz reklamowy dotyczący produktów sprzedawanych pod marką własną Spółki czyli „ ”.

8) W wydawanych przez Spółkę materiałach w tym w Materiale, Spółka jako jego wydawca, ma prawo umieszczać wyróżniający ją znak handlowy oraz reklamować dystrybuowane przez siebie produkty tej marki.

9) Gdyby ustawodawca chciał zabronić wykorzystywania znaków handlowych powiązanych w jakikolwiek sposób z aptekami lub ich działalnością, dokonałby odpowiedniego zastrzeżenia w przepisie PF ustanawiającym zakaz reklamy działalności aptek. Tak jest np. w przypadku reklamy produktów wrażliwych, takich jak alkohol i papierosy. Dla przykładu, zgodnie z przepisami prawa mającymi zastosowanie do wyrobów tytoniowych reklamą wyrobów tytoniowych jest nie tylko rozpowszechnianie komunikatów, wizerunków marek wyrobów tytoniowych lub symboli z nimi związanych ale także nazw i symboli graficznych firm produkujących wyroby tytoniowe. Podobna sytuacja dotyczy alkoholu. Polski ustawodawca uznał bowiem, iż niedozwoloną reklamą jest także reklama pośrednia alkoholu, a więc taka, która wyłącznie nawiązuje w swojej wymowie (treści, obrazie) do napojów alkoholowych. Zabronił reklamy, promocji produktów i usług, których nazwa, znak towarowy, kształt graficzny lub opakowanie wykorzystuje podobieństwo lub jest tożsame z oznaczeniem napoju alkoholowego lub innym symbolem obiektywnie odnoszącym się do napoju alkoholowego.

10) Prawo farmaceutyczne nie zawiera zapisów analogicznych do tych odnoszących się do wyrobów tytoniowych czy alkoholu, należy więc przyjąć, iż gdyby racjonalny ustawodawca zamierzał zabronić umieszczania jakichkolwiek znaków mających jakikolwiek związek (nawet pośredni) z aptekami, ich nazwami, czy częściami tych nazw w reklamie produktów czy usług, zamieściłby stosowne postanowienia w Prawie farmaceutycznym lub innym akcie prawnym regulującym działalność aptek. PF nie zawiera zapisów podobnych do ustaw regulujących reklamę alkoholu lub papierosów uznać zatem należy, iż Spółka - jako uprawniony do znaku towarowego „ ” - jest uprawniona do reklamowania swoich produktów produkowanych pod tą marką, jak również do rozpowszechniania wizerunku (logo) swej firmy, jako podmiotu specjalizującego się w prowadzeniu reklamy na rzecz podmiotów odpowiedzialnych oraz dystrybutorów wyrobów medycznych, suplementów diety czy kosmetyków.

11) Ponadto, należy mieć na uwadze, iż zgodnie z zasadami wykładni prawa, każdy wynikający z przepisów prawa zakaz musi być interpretowany zawężająco. Wobec powyższego nie można zakazu reklamy apteki i jej działalności utożsamiać z zakazem wykorzystywania znaków towarowych odnoszących się np. do produktów czy usług niezwiązanych z samymi aptekami, oraz należących do podmiotu nieprowadzącego aptek. Przyjęcie takiej bezzasadnej oraz niezgodnej z zasadami wykładni prawa interpretacji zakazu reklamy działalności aptek prowadziłyby do absurdalnych wniosków, że już samo posługiwanie się nazwą „ ” przez jakikolwiek podmiot mogłoby być uznane za reklamę apteki, co mogłoby doprowadzić do konieczności zmiany nazwy również przez podmioty, które w ogóle z farmacją nie mają nic wspólnego. Spółka pragnie wskazać, iż nazwa „ ” jest wykorzystywana również przez niepubliczny zakład opieki zdrowotnej o nazwie „ ”, która ani ze spółką „ ” ani żadną spółką prowadzącą apteki o nazwie „ ” nie jest w żaden sposób powiązana.”

W dniu 15 maja 2012r. wysłano do Głównego Inspektora Farmaceutycznego pismo w sprawie udzielenia informacji czy gazetka reklamowa (ulotka) oznaczona logo „ ” została przeanalizowana pod kątem zgodności z przepisami prawa w zakresie reklamy produktów leczniczych (w rozumieniu dyspozycji art. 52 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne (tj. Dz. u. z 2008r. Nr 45, poz. 271)). Po zapoznaniu się z materiałem Mazowiecki Wojewódki Inspektor Farmaceutyczny stwierdził, iż posiadają one ostrzeżenie o następującej treści: „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”, które zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie reklamy produktów leczniczych z dnia 21 listopada 2008r. (Dz. U. Nr 210, poz. 1327) jest obowiązkowym elementem reklamy produktu leczniczego kierowanej do publicznej wiadomości w formie wizualnej, oraz informację „Materiał reklamowy wydany na zlecenie producentów farmaceutycznych oraz dystrybutorów marzec 2012”.

W dniu 22 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.) oraz dyspozycji § 14 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie podstawowych warunków prowadzenia apteki z dnia 18 października 2002 r. (Dz. U. Nr 187, poz. 1565), wezwano 14 kierowników aptek ogólnodostępnych o nazwie „ ” do przesłania informacji o obrocie i stanie posiadania następujących produktów leczniczych w miesiącu marcu i kwietniu 2012r.

1. Coldrex Maxgrip o smaku cytrynowym 5 saszetek
2. Chlorchinaldin VP 20 tabletek do ssania
3. Acti-Trin syrop 100 ml
4. Fervex 8 saszetek
5. Fervex o smaku malinowym 8 saszetek
6. Aspirin Complex 10 saszetek
7. Tabcin Trend 12 kapsułek
8. Theraflu ExtraGrip 10 saszetek
9. Orofar max
10. Orofar Aerozol
11. Otrivin
12. Sinecod
13. Naproxen plus żel 50 g
14. Voltaren Emulgel 1% 50 g
15. Ibum 10 kapsułek elastycznych
16. Ibuprom Max Sprint 10 kapsułek miękkich
17. Ibuprom Sprint Caps 24 kapsułki elastyczne
18. Ibuprom Zatoki 24 tabletki powlekane
19. Ecomer 120 kapsułek elastycznych
20. DIH 60tabletek powlekanych
21. Choligrip na noc syrop 100ml
22. CetAlergin Ten 10 tabletek powlekanych
23. Cholinex Intense smak midowo-cytrynowy 20 pastylek
24. Cholinex smak jeżynowy 20 pastylek
25. Cebion krople doustne 30 ml
26. Multi-Sanostol syrop 300g
27. Multi-Sanostol syrop 600g

28. Niquitin 2mg 72 pastylek do ssania
29. Niquitin 4mg 72 pastylek do ssania
30. Maglek B6 50 tabletek
31. Vratizolin 3 g krem
32. Lacidofil 20 kapsułek
33. Rennie Antacidum 24 tabletki do ssania
34. Fenistil żel 50g
35. Controloc Control 14 tabletek dojelitowych
36. Apap 50 tabletek powlekanych
37. Ulgix wzdęcia max 30 kapsułek
38. Trilac 20 kapsułek twardych
39. Ibuprom max 48 tabletek drażowych
40. Visine Classic krople do oczu 15 ml
41. Ambroksol Nycomed 15mg/5ml 150 ml
42. Ambroksol Nycomed 30mg/5ml 150 ml
43. Milfen zawiesina doustna 100 mg/5ml 100ml
44. Daktarin Puder puder leczniczy w aerozolu 20mg/g 100g
45. Vitabuerlecithin płyn doustny 1000ml
46. Sudafed xylospray HA aerozol do nosa 1mg/ml 10ml
47. Febrisan 8 saszetek

W dniu 25 czerwca 2012r. wezwano osoby wskazane przez stronę, które miały „akceptować moduły” reklamowe w imieniu podmiotów odpowiedzialnych, dystrybutorów do wskazania, w jaki sposób została obliczona „Cena w aptece uwzględniająca, średnią marżę apteczną”.

W dniu 25 maja 2012r. otrzymano pismo Głównego Inspektora Farmaceutycznego znak GIF-P-L-076/123-1/AJ/12 w którym wskazano, iż nie prowadzi żadnych działań wyjaśniających w stosunku do gazetek reklamowych (ulotek) oznaczonych logo „ ” jako organ sprawujący nadzór nad przestrzeganiem reklamy produktów leczniczych (art. 52 ustawy Prawo farmaceutyczne) oraz, że przekazał sprawę do rozpatrzenia zgodnie z kompetencjami wojewódzkim inspektorom farmaceutycznym.

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 dniach 25 - 26 czerwca 2012r. Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wezwał osoby wskazane przez stronę jako osoby akceptujące moduły reklamowe do wskazania w jaki sposób została obliczona „cena w aptece uwzględniająca, średnią marżę apteczną”.

W dniu 4 lipca 2012r. do organu wpłynęły pisemne odpowiedzi kierowników aptek o nazwie „ ” będące wykonaniem wezwania.

W dniach 6-26 lipca 2012r. do organu wpłynęły pisemne odpowiedzi osób wskazanych przez stronę, które miały „akceptować moduły” reklamowe w imieniu podmiotów odpowiedzialnych, dystrybutorów będące wykonaniem wezwania.

W dniu 31 lipca 2012r. wezwano stronę w terminie 7 dni od dnia doręczenia pisma do:

- ▲ dostarczenia wszystkich materiałów (z wyjątkiem wydanych w marcu 2012r., który już został organowi doręczony) reklamowych wydawanych przez spółkę, określonych jako „Materiał reklamowy wydany na zlecenie producentów farmaceutycznych oraz dystrybutorów ” wydanych w 2012r. o tytule ;
- ▲ udzielenia informacji gdzie i w jaki sposób były dystrybuowane przedmiotowe gazетки (foldery);

Pismo zostało doręczone stronie w dniu 9 sierpnia 2012r.

W dniu 20 sierpnia 2012r. do organu wpłynęło pismo strony datowane na dzień 16 sierpnia 2012r. nadane w urzędzie pocztowym dnia 17 sierpnia 2012r. (dzień po terminie wskazanym przez organ) w którym wskazano, iż „ ” prosi o doprecyzowanie, „jakie wydawnictwo wydawane przez powyższą Spółkę zostało objęte przez Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego postępowaniem oraz jakie w związku z tym ma dostarczyć dokumenty organowi. Spółka nie jest bowiem, ani nie była od początku 2012r. wydawcą żadnego materiału o tytule „ ”.

Ponieważ pismo zostało podpisane jedynie przez „ ”, pismem z dnia 27 sierpnia 2012r. organ wezwał do uzupełnienia pisma o podpisy osób zgodnie z reprezentacją spółki, pod rygorem uznania, iż oświadczenie i wyjaśnienia zawarte w piśmie nie zostały złożone w imieniu spółki działającej pod firmą: „ ”. Jednocześnie

poinformował zgodnie z art. 9 kodeksu postępowania administracyjnego, iż składanie zeznania, oświadczenia w prowadzonym postępowaniu, zeznawanie nieprawdy lub zatajanie prawdy podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

W dniu 1 października 2012r. do organu wpłynęło pismo w którym strona wskazała, iż nie jest i nie była wydawcą żadnego materiału o tytule _____, jednocześnie informując, iż nie zaprzecza, iż jest wydawcą wydawnictwa stanowiącego reklamę produktów określonych podmiotów odpowiedzialnych, dystrybutorów etc, gdzie umieszczone jest logo „_____”.

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

W dniu 9 października 2012r. pełnomocnik uprawniony jedynie do przeglądania akt zapoznał się z materiałem dowodowym.

W dniu 15 października 2012r. otrzymano stanowisko strony, w którym wskazano:

„Spółka podtrzymuje stanowisko prezentowane w dotychczasowej korespondencji z WIF, tj. w szczególności w piśmie z 17 kwietnia 2012 r., w którym jednoznacznie stwierdziła, że wydawanie i rozpowszechnianie materiału reklamowego zatytułowanego: „Materiał reklamowy wydany na zlecenie producentów farmaceutycznych oraz dystrybutorów” [Materiał] nie stanowi naruszenia art. 94a ustawy z 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne [Prawo farmaceutyczne] dotyczącego zakazu reklamy aptek i ich działalności.

Jak bowiem Spółka podkreślała w dotychczasowych wyjaśnieniach, jest ona podmiotem prowadzącym działalność wydawniczą oraz promocyjno-marketingową, nie jest natomiast podmiotem prowadzącym apteki.

W Materiale, który jest wydawany i rozpowszechniany przez Spółkę, umieszczone są reklamy produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych niepodlegających refundacji ze środków publicznych, a także reklamy suplementów diety oraz kosmetyków [Produkty].

Reklamy powyżej wskazanych Produktów są publikowane na zlecenie producentów farmaceutycznych lub na zlecenie dystrybutorów w zależności od rodzaju reklamowanego Produktu.

Treść reklamy, jej zakres oraz sposób prezentacji są każdorazowo konsultowane z podmiotem zlecającym reklamę Produktu oraz wymagają akceptacji przed ostateczną ich publikacją w Materiale (dowód: kopie zleceń oraz korespondencji elektronicznej z producentami/dystrybutorami znajdujące się w aktach sprawy).

Spółka wyraźnie wskazuje także, że Materiał rozpowszechniany jest do nieograniczonej i nieokreślonej grupy konsumentów dobranych przypadkowo, nie zaś do klientów konkretnych aptek.

W Materiale nie znajduje się także odniesienie do żadnej konkretnej apteki, brak jest również jakiegokolwiek informacji określającej miejsce położenia tego rodzaju punktu handlowego.

Materiał zawiera informację, iż Produkty w nim publikowane są dostępne w wybranych aptekach na terenie Polski. Spółka podkreśla, że w Materiale nie znajdują się żadne ogłoszenia, reklamy, informacje odnoszące się do konkretnych aptek, które mogłyby zostać uznane za reklamę konkretnej apteki.

Nieprawdziwa jest zatem sugestia WIF, wynikająca chociażby z treści wezwań kierowanych przez WIF do producentów/dystrybutorów, że Materiał odnosi się w jakikolwiek sposób do sieci aptek występujących pod logo _____.

Nadto, podkreślenia wymaga, że Materiał nie był dystrybuowany na terenie aptek oznaczonych logo _____ ani w żadnej innej aptece.

Materiał był rozpowszechniany jako ulotka informacyjna wyłącznie do skrzynek pocztowych odbiorców indywidualnych.

Żadna konkretna apteka, a więc pracownik apteki lub podmiot prowadzący aptekę nie miał wglądu do treści Materiału przed jego opublikowaniem. Nie miał zatem wpływu na treść Materiału, jego zawartość, czy też dobór zamieszczonych w nim reklam.

Materiał stanowi zestawienie reklam wybranych Produktów, których forma i treść przygotowana jest przez producentów tych Produktów lub na ich zlecenie, co jak każda reklama ma służyć zaprezentowaniu Produktu konsumentowi oraz wskazaniu możliwości zakupu wybranego Produktu po określonej, sugerowanej cenie.

Spółka wskazuje, że ceny wskazane w Materiale, to ceny sugerowane, a nie ceny obowiązujące w konkretnych aptekach. Jak ponadto wynika z materiału zgromadzonego przez WIF, ceny stosowane w konkretnych aptekach, w wielu przypadkach nie są cenami wskazanymi w Materiale. Cena wskazana w Materiale jest ceną sugerowaną przez spółkę _____ jako podmiot wyspecjalizowany w prowadzeniu działań reklamowych Produktów. Spółka przygotowując reklamę na zlecenie producentów/dystrybutorów zawiera w module reklamowym cenę sugerowaną, która według wiedzy i wyliczeń Spółki będzie ceną atrakcyjną dla pacjentów. Spółka jest świadoma tego,

▲ treść pism spółki z dnia 25 września 2012r., z dnia 25 września 2012r. i z 3 października 2012r., z dnia 3 października 2012r., z dnia 3 października 2012r., z dnia 3 października 2012r. (dwa pisma).

W dniu 26 października 2012r. do organu wpłynęło pismo strony, w którym strona wskazała, iż niezależnie od nazwy wskazanej w decyzji dotyczącej zmiany zezwolenia na prowadzenie apteki elementem identyfikacji wizualnej apteki jest znak „ ”. Apteki posługują się znakiem „ ” na podstawie umów franczyzowych. Spółka posiada dostęp do zezwoleń z uwagi na zawarcie umów franczyzowych. Wskazano również, iż organ nie akceptował „wniosków o zmianę nazwy apteki na ”, a spółki apteczne nie zgadzały się z tym stanowiskiem. Wskazano, iż inni niż Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny Inspektorzy Wojewódzcy dokonywali zmiany i dokonują ich nadal na nazwę „ ” i jako dowód załączyła kopie decyzji.

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

Stwierdzenie naruszenia

W toku postępowania ustalono, iż przedsiębiorca: jest wydawcą gazetki reklamowej (ulotki) oznaczone logo „ ” (karta 000088-000085, 000122-000119, 000339-000336, 000372-000367) i rozpowszechnia go do nieograniczonej i nieokreślonej grupy konsumentów jako „ulotka informacyjna wyłącznie do skrzynek pocztowych odbiorców indywidualnych”. Spółka jest podmiotem prowadzącym działalność wydawniczą oraz promocyjno-marketingową. Powyższe fakty organ uważa za udowodnione, gdyż zostały one potwierdzone przez stronę w piśmie z dnia 12 października 2012r. (karta 000387-000380).

Rozpowszechniana gazetka reklamowa (ulotka) z marca 2012 (Karta 000088-000085) zawiera na pierwszej stronie w lewym górnym rogu logo „ ” Następnie w tzw. modułach reklamowych znajdują się zdjęcia produktów leczniczych, suplementów diety, wyrobów medycznych lub kosmetyków z opisem oraz ceną. Cena jest przedstawiana w zależności od modułu w następujący sposób:

▲ lub
▲

Przedstawiona oferta ma charakter informacyjny, nie stanowi oferty handlowej w rozumieniu art. 66 Part. 1 kodeksu cywilnego oraz innych właściwych przepisów prawnych.”

Na znajduje się treść „Produkty dostępne w wybranych aptekach na terenie całego kraju”.

Na stronie znajdują się wyżej opisane moduły reklamowe, a w stopce znajduje się 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.”
Na stronie i w stopce, znajduje się treść taka sama jak w stopce na stronie .

Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny ustalił, iż jest powiązana kapitałowo i osobowo z podmiotami prowadzącymi apteki ogólnodostępne o nazwie „ ” zlokalizowanymi w w następujący sposób:

jedynym udziałowcem strony jest spółka działająca pod firmą: ,
Prezesem Zarządu , członkami zarządu są ,
Członkami ACP Pharma S. A. są - Członek Zarządu,
Członek Zarządu, - Członek Zarządu, - Prezes Zarządu
(reprezentacja dwuosobowa).

Spółka posiada zezwolenie
▲ znak z dnia , na prowadzenie apteki o nazwie „ ”
zlokalizowanej przy ul. w ,
▲ zezwolenie znak z dnia na prowadzenie apteki o
nazwie „ ” przy ul. w ,
▲ zezwolenie znak z dnia na prowadzenie apteki o nazwie „ ”
zlokalizowanej przy w ,

▲ zezwolenie znak z dnia na prowadzenie apteki o nazwie „
przy ul. w
Jedynym udziałowcem spółki jest spółka, członkami zarządu
są: - Członek Zarządu, - Członek Zarządu, Prokurentem jest

Spółka posiada zezwolenie na
prowadzenie aptek ogólnodostępnych o nazwie „ ”znak:
▲ z dnia zlokalizowanej przy ul. w
▲ z dnia zlokalizowanej przy w
▲ z dnia zlokalizowanej przy ul. w
▲ z dnia zlokalizowanej przy ul. w
▲ z dnia zlokalizowanej przy ul. w
▲ z dnia zlokalizowanej przy ul. w
▲ z dnia zlokalizowanej przy ul. w
▲ z dnia zlokalizowanej przy ul. w

Jedynym udziałowcem spółki, członkami zarządu
- Członek Zarządu, - Członek Zarządu, Prokurentem jest
Spółka posiada zezwolenie na prowadzenie aptek
ogólnodostępnych o nazwie „ ” znak z dnia zlokalizowanej
przy w
Jedynym akcjonariuszem spółki z siedzibą w Warszawie i adresem przy ul.
, członkami zarządu są: - Członek Zarządu, - Członek
Zarządu.

Spółka z siedzibą i adresem posiada zezwolenie na
prowadzenie aptek ogólnodostępnych o nazwie „ ” znak z dnia
zlokalizowanej przy ul. w
Jedynym udziałowcem spółki jest spółka, członkami zarządu są:
- Członek Zarządu, - Członek Zarządu, Prokurentem jest
Spółka z siedzibą w Warszawie posiada zezwolenie na prowadzenie aptek
ogólnodostępnych o nazwie „ ”znak:

▲ zlokalizowanej przy ul. w
▲ z dnia zlokalizowanej przy ul. w
Jedynym udziałowcem spółki jest spółka, członkami zarządu
są: - Członek Zarządu, - Członek Zarządu, Prokurentem
jest

Spółka z siedzibą i adresem posiada zezwolenie na
prowadzenie aptek ogólnodostępnych o nazwie „ ” znak:
▲ z dnia zlokalizowanej przy w
▲ z dnia zlokalizowanej przy ul. w
▲ z dnia zlokalizowanej przy ul. w
Jedynym udziałowcem spółki jest spółka, członkami zarządu
są: - Członek Zarządu, - Członek Zarządu, Prokurentem jest

Spółka z siedzibą i adresem posiada zezwolenie na
prowadzenie aptek ogólnodostępnych o nazwie „ ” znak:
▲ z dnia zlokalizowanej przy ul. w
▲ z dnia zlokalizowanej przy ul. w
▲ z dnia zlokalizowanej przy ul. w
▲ z dnia zlokalizowanej przy ul. w
Jedynym udziałowcem spółki jest spółka,
członkami zarządu są: - Członek Zarządu, - Członek Zarządu,
Prokurentem jest

Spółka z siedzibą i adresem posiada zezwolenie na
prowadzenie aptek ogólnodostępnych o nazwie „ ” znak:

z dnia zlokalizowanej przy w
z dnia zlokalizowanej przy w
Jedynym udziałowcem spółki jest spółka z siedzibą w
Warszawie i adresem przy od dnia posiada procent akcji spółki
, pozostałe procent posiada . Członkami zarządu są: - Członek Zarządu,
, - Prezes Zarządu
Spółka z siedzibą w posiada zezwolenie na prowadzenie aptek
ogólnodostępnych o nazwie „ ” znak z dnia zlokalizowanej przy w .
Mając na względzie powyższe organ wskazuje, iż zarówno strona niniejszego
postępowania jak w/w podmioty posiadające zezwolenie na prowadzenie apteki należą do grupy
kapitałowej, która jest kontrolowana przez Spółkę z siedzibą w i adresem przy
, której jedynym akcjonariuszem jest posługujący się logiem w postaci

W niniejszym postępowaniu ustalono również, iż w/w aptekom została nadana nazwa
– powyższy fakt jest bezsporny i wynika wprost z decyzji Mazowieckiego Wojewódzkiego
Inspektora Farmaceutycznego, których treść została zakomunikowana stronie (karta 000389).
Temu faktowi dowodzi również treść pism: spółki z dnia , z dnia . i z
, z dnia , z dnia „ z dnia
– (dwa pisma), których treść również została zakomunikowana stronie, a w
których to pismach zostało wyraźnie wskazane, iż dotyczą one aptek o nazwie „ ”. Na
marginesie organ dodaje, iż przedmiotowe pisma zostały podpisane przez te same osoby, które
podpisują pisma w imieniu strony niniejszego postępowania, natomiast w niniejszym postępowaniu
– podnosiła, iż w/w apteki ogólnodostępne nie działają pod nazwą , a pod
nazwą , która to nazwa nie jest w żaden sposób powiązana z nazwą (karta
000336).

Mając na względzie powyższe za bezsporne i udowodnione organ uznaje, iż w/w apteki
zlokalizowane w

W niniejszym postępowaniu zarzucono stronie właśnie prowadzenie reklamy aptek
ogólnodostępnych zlokalizowanych na terytorium województwa mazowieckiego posługujących się
nazwą

Za bezsporne i udowodnione organ uznaje, iż przedsiębiorca z siedzibą
w rozpowszechnia od lutego 2012r. gazetki reklamowe (ulotki) oznaczone logo „
” oraz tekstem „Materiał reklamowy wydany na zlecenie producentów
farmaceutycznych oraz dystrybutorów”, który jest rozpowszechniany jako „ulotka informacyjna
wyłącznie do skrzynek pocztowych odbiorców indywidualnych”. Zostało to potwierdzone przez
stronę niniejszego postępowania.

Organ za nieudowodnioną okoliczność uznaje fakt rozdawania przy w w
dniu w/w gazetki reklamowej.

Za bezsporne i udowodnione organ uznaje, iż przedmiotowe gazetki (ulotki) są materiałem
reklamowym (reklamą), gdyż strona niniejszego postępowania wskazała, iż jest spółką
promocyjną-marketingową oraz wielokrotnie podkreślała, iż niniejszy materiał jest materiałem
reklamowym przygotowywanym na zlecenie producentów/dystrybutorów.

Stanowi o tym również treść: „Materiał reklamowy wydany na zlecenie producentów
farmaceutycznych oraz dystrybutorów, marzec 2012” oraz „Przedstawiona oferta ma charakter
informacyjny, nie stanowi oferty handlowej w rozumieniu art. 66 Part. 1 kodeksu cywilnego oraz
innych właściwych przepisów prawnych.”

W niniejszym postępowaniu zostaje do udowodnienia fakt, iż w/w materiał reklamowy
stanowi zabronioną reklamę aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy
informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego w rozumieniu dyspozycji
art. 94a ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne.

W wyniku postępowania organ ustalił, iż do dnia 31 grudnia 2011r. z siedzibą w
prowadziła reklamę aptek ogólnodostępnych o nazwie zlokalizowanych m.in. na
terytorium województwa mazowieckiego za pomocą gazetek reklamowych (ulotek) zawierających
na pierwszej stronie na środku logo: Poniżej w tzw. modułach
reklamowych znajdowały się zdjęcia produktów leczniczych, suplementów diety, wyrobów
medycznych lub kosmetyków z opisem oraz ceną. Cena była przedstawiana w zależności od
modułu w następujący sposób:

▲

;

▲

;

▲

Na stronie przedmiotowej gazetki znajdowały się adresy aptek .

Organ wskazuje, iż do dnia 31 grudnia 2011r. rozpowszechnianie w/w gazetek reklamowych było dozwolone, ponieważ nie zawierały one treści odnoszących 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.

Podkreślenia wymaga fakt, iż szata graficzna oraz układ modułów reklamowych przedmiotowej gazetki był prawie identyczny jak w gazetkach reklamowych rozpowszechnianych od lutego 2012r. przez spółkę z zastrzeżeniem, iż na stronie nie znajdują się adresy aptek, a z loga został wykreślony tzw. „tagline”.

W tym miejscu organ pragnie wskazać, iż Logo jest to graficzny znak tworzący podstawowy wizerunek firmy. Logo może składać się z następujących elementów :

Logotypu - Terminem tym nazywane są formy graficzne będące interpretacją brzmienia nazwy i jednocześnie identyfikujące daną markę, firmę, produkt bądź inny rodzaj działalności gospodarczej lub biznesowej. W niniejszym przypadku logotypem jest

Sygnet- jest to symbol graficzny. W niniejszym przypadku sygnet to kapsułka w pozycji horyzontalnej z wypełnieniem niebieskozielonym w której znajduje się krzyż z podwójną linią znajdujący się z lewej strony.

Tagline - jest to zazwyczaj dodatkowy element tzw. hasło firmowe wprowadzane dodatkowo do loga. W niniejszym przypadku jest to wyraz APTEKA.

Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny nie uznał za zasadne wyłączenie z materiału dowodowego gazetek reklamowych (ulotek) rozpowszechnianych przez przed dniem 1 stycznia 2012r., gdyż jak wskazano powyżej, dowodzi to ciągłości działań strony mających za zadanie reklamować działalność aptek o nazwie

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 działań które stanowią reklamę 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 ze stroną, która powołuje się na wyrok w którym wskazano, iż za reklamę działalności apteki należy uznać każde działanie, skierowane do publicznej wiadomości, niezależnie od sposobu i metody jego przeprowadzenia oraz środków użytych do jego realizacji, jeśli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych oferowanych w danej aptece (zob. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Warszawie z 20 września 2010r, oraz VI SA/Wa 838/10).

Organ wskazuje, iż przedmiotowe gazetki reklamowe (ulotki) 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 Loga w gazetkach reklamowych oraz na aptekach ogólnodostępnych logo z tagline o treści APTEKA. Apteki są również identyfikowane przez samą nazwę jaka została im nadana tj.

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 z siedzibą 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 gazetek reklamowych (ulotek), w których obrazy - zdjęcia produktów wraz z ceną (*cena w aptece uwzględniająca średnią marżę apteczną) 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 o nazwie .

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 (Loga)

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

Organ wskazuje również, iż sama strona w piśmie z dnia 24 października 2012r. wskazała, że zawarła umowy franczyzowe, dlatego posiada dostęp do zezwoleń i dokumentacji „spółek aptecznych”. W poczet materiału dowodowego nie zostały przez stronę dołączone umowy franczyzowe. Strona dołączyła jedynie załącznik do takiej umowy, jednakże z uwagi na fakt pisemnego oświadczenia strony o zawarciu takich umów, powyższy fakt organ uznaje za bezsporny.

Rozporządzenie Komisji Europejskiej nr 4087/88 - już nieobowiązujące - w art. 1 ust. 3 lit. b wprowadziło definicję, zgodnie z którą franczyza oznacza umowę, w której jeden przedsiębiorca (franczyzodawca) przyznaje drugiemu (franczyzobiorcy), w zamian za bezpośrednio lub pośrednio finansowe wynagrodzenie, prawo do wykorzystywania jego pakietu franczyzowego w celu sprzedaży ściśle określonych dóbr lub usług. Przedmiotowa definicja nadal obowiązuje w praktyce.

Europejska Federacja Franczyzy natomiast definiuje to pojęcie (w Kodeksie etycznym franczyzy) jako system sprzedaży towarów, usług lub technologii oparty na ściśle i ciągłej współpracy pomiędzy prawnie i finansowo odrębnymi i niezależnymi przedsiębiorcami, franczyzodawcą i jego franczyzobiorcami. Istota tego systemu polega na tym, że franczyzodawca nadaje swoim franczyzobiorcom prawo oraz nakłada na nich obowiązek prowadzenia działalności zgodnie z jego koncepcją. W ramach i na okres sporządzonej na piśmie umowy franczyzowej oraz w zamian za bezpośrednio lub pośrednio świadczenia finansowe uprawnienie to upoważnia franczyzobiorcę do korzystania z nazwy handlowej franczyzodawcy, **jego znaku towarowego lub usługowego**, know-how, metod prowadzenia działalności gospodarczej, wiedzy technicznej, systemu postępowania i innych praw własności przemysłowej lub intelektualnej, a także do korzystania ze stałej pomocy handlowej i technicznej franczyzodawcy. (Edukacja Prawnicza rok 2010 numer 3 (114), Franczyza – jedna z form współpracy gospodarczej przedsiębiorców Urszula Krzemińska).

Na podstawie materiału dowodowego (karta 000108) organ ustalił, iż Franczyzobiorca () w ramach umowy franczyzowej otrzymuje:

- ▲ „Możliwość korzystania z rozpoznawalnej **marki** oraz ze sprawdzonego **know-how** dotyczącego prowadzenia apteki.
- ▲ Pakiet brandingowy - obejmujący kompleksową zmianę wizualizacji apteki oraz niektórych elementów jej planogramu, dopasowujący jej wygląd do pozostałych placówek sieci: nośniki reklamy zewnętrznej, składającej się z szyldu, semaforów z oświetleniem, oklein

witryn oraz aranżacji miejsc ekspozycji i informacji w aptece, wewnętrzna kategoryzacja asortymentu, elementy wykończeniowe regałów.”

Powyższe bezsprzecznie dowodzi, iż rozpoznawalną marką ma być marka _____, która została wykorzystana w przedmiotowych gazetkach reklamowych (ulotkach) w celu reklamy aptek, jak również przeczy stanowisku strony która wskazuje, iż marka _____ dotyczy wyłącznie suplementów diety oraz innych produktów.

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.

Głównym zadaniem logo jest wstępne nakierowanie osoby na symbolizowany podmiot poprzez przyciągnięcie uwagi oglądającego formą graficzną wyróżniającą to logo z otoczenia, a następnie powiązanie emocjonalne danej osoby z symbolizowanym podmiotem poprzez formę graficzną odpowiadającą charakterem danemu podmiotowi.

Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wskazuje, iż ustalone interpretacje podatkowe wskazują jednoznacznie, iż „Reklama może być realizowana za pomocą rozmaitych środków wyrazu oraz przy użyciu zróżnicowanych środków przekazu, w tym poprzez rozpowszechnianie logo firmy. Za logo uznać należy znak handlowy o charakterze graficznym, używany przez daną firmę do identyfikowania marki swojego produktu lub oferowanych usług oraz odróżniania ich od innych. Logo może obejmować zarówno nazwę przedsiębiorcy, jej skrót jak też nazwę konkretnego produktu lub usługi. Każda z tych form, jeżeli jest stosowana w określonych okolicznościach spełnia funkcje reklamowe. Identyfikowana bowiem jest z daną firmą i oferowanymi przez nią towarami lub usługami, zwiększając ich rozpoznawalność oraz pośrednio zachęcając do ich nabycia.” (interpretacja indywidualna Sygnatura ILPB3/423-518/11-3/JG z dnia 012.02.02).

Organ nie podziela stanowiska strony (ze względu na powyższe) w zakresie, iż logo odnosi się do nazwy _____ pod którą są wprowadzane suplementy diety _____, jak również ze względu na to, iż z ustaleń organu wynika, że przedmiotowe suplementy diety nie noszą nazwy _____, a jedynie wyraz _____ jest jedną z części składowych nazwy oraz podmiotem powiadającym o pierwszym wprowadzeniu do obrotu na terytorium polski była spółka _____ z siedzibą w _____. Jednocześnie organ przyznaje, iż przedmiotowe suplementy diety na opakowaniu zewnętrznym posiadają logo _____.

Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny ze względu na fakt, iż strona twierdziła, że prowadzi reklamę produktów leczniczych na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych wskazuje, iż w Wyroku z dnia 6 marca 2009r. sygn. Akt. VII SA/Wa 1985/07, (na który powołuje się również strona) 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.).

Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny podkreśla, iż Sąd Najwyższy 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 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.

O charakterze reklamowym danego materiału „decyduje to, że przyczyną rozpowszechniania ulotek i intencją pozwanej spółki była chęć zareklamowania 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).

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. 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) podmiotu prowadzącego aptekę, gdyż taki materiał reklamowy postrzega on jako jedną całość, jeden przekaz reklamowy, reklamę apteki.

Reklamę produktów leczniczych na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych od reklamy apteki i jej działalności rozróżnić może wyłącznie 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 skojarzyć, iż moduł ze zdjęciem produktu leczniczego np. Coldrex Max Grip o smaku cytrynowym (Karta 00088 verte) wraz z jego opisem oraz ceną przekreślona, a pod nią nową niższą ceną (promocyjną) stanowi reklamę produktu leczniczego zleconą przez podmiot odpowiedzialny, którym w tym wypadku jest . Wskazać należy zatem, iż gazetki reklamowe (ulotki) przez potencjalnego konsumenta są odbierane jako reklama apteki - apteki o nazwie

W ocenie organu rozpowszechniając przedmiotowe gazetki reklamowe (ulotki) informowała potencjalnego pacjenta o korzyściach finansowych wynikających z zakupu np. produktów leczniczych właśnie w aptekach o nazwie . W tym celu zostały użyte różne instrumenty, które mogły wpłynąć na decyzję pacjenta.

Pierwszym było przedstawienie ceny w tle hasła „”, a pod nim cena podawana białymi cyframi, a drugim przedstawienie ceny w owalu w tle cena była przekreślona w sposób horyzontalny szarą linią, a pod nią była podawana niższa cena (tak gazetka luty i marzec 2012). W gazetce z lipca 2012 (karta 00037-2000367) cena była podawana w „”.

W gazetkach reklamowych były, w przypadku kosmetyków lub suplementów diety, również używane instrumenty polegające na używaniu hasła „1+1 gratis kup jeden produkt – drugi taki sam otrzymasz gratis”, „Rabat 20%”, „Rabat 15%”, „Nowość”, „Prezent”, „HIT”. Powyższe instrumenty (techniki) są stosowane wobec pacjentów (konsumentów) zachęcając ich do nabycia konkretnych produktów, a także zachęcające do przyścia do placówki handlowej (apteki) oferującej przedmiotową Cenę, Rabat, Obniżkę.

Organ wskazuje, iż obecnie powszechnie stosowanym instrumentem jest właśnie wydawanie np. przez sieci supermarketów gazetek reklamowych, w których są zawarte w/w instrumenty i żaden z konsumentów nie postrzega tego typu praktyki jako reklamy producenta np. proszku do prania, a postrzega jako reklamę właśnie danej placówki handlowej. Należy jednak podkreślić, iż gazetki, które są dostarczane do skrzynek pocztowych bądź też dostępne w danej placówce handlowej zawierają na ostatniej stronie adresy placówek lub ich nie zawierają. W sytuacji gdy takie gazetki nie zawierają adresów placówek, konsument bez problemu identyfikuje je za pomocą wyłącznie nazwy placówki, logo (znaku towarowego), które może zawierać również „tagline” w celu wskazania konsumentowi jakiej placówki dotyczy dana reklama. np. super market, hipermarket czy market osiedlowy.

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. Informacja o rzeczywistym przedmiocie reklamy (piwa) była przedstawiona w sposób słabo widoczny, a ponadto brakowało jednoznacznego kontekstu sugerującego, że dany produkt nie zawiera alkoholu, analogicznie jak w przypadku reklamy rozpowszechnianej za pomocą gazetki reklamowej z logiem

W niniejszej sprawie strona pod pozorem prowadzenia reklamy na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych lub producentów (dystrybutorów) w rzeczywistości prowadzi reklamę aptek ogólnodostępnych i ich działalności, które posiadają nazwę

Organ wskazuje, iż ustalił (wbrew twierdzeniom strony), że materiał umieszczony w poszczególnych modułach reklamowych magazynu 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. Na podstawie dokumentów (dowodów, umów zlecenia) dostarczonych przez stronę (karta 000060-000039) organ ustalił, iż:

▲ z siedzibą (Zleceniodawca) zleca spółce (Zleceniobiorca) „usługę polegającą na umieszczeniu w materiałach wydawanych przez Zleceniobiorcę tj. reklamy Ulotka produktowa następujących produktów Zleceniodawcy
OTRIVIN 0,1% AER.DO NOSA 10ML
SINECOD SYROP 1,5 MG/ML 100ML
THERAFLU EXTRAGRIP PR.DO P.ROZT.DOUST. *10 SASZ.
OROFAR MAX PAST. *20 SZT.
OTRIVIN DUO AER.D/NOSA R-R (0,5MG+0,6MG)/ML 10 ML
VOLTAREN EMUGEL 1% ŻEL 50G
VOLTAREN ACTI FORTE TABL.POWL.25 MG * 10SZT.
VOLTAREN EMULGEL 1% ŻEL 10 MG/G 120G
OROFAR AER.D/JAMY USTNEJ 30 ML”

„ Zleceniodawca oświadcza, że

- jest podmiotem odpowiedzialnym w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 roku Prawo farmaceutyczne, w związku z czym przysługuje mu prawo zlecenia usług określonych niniejszym zleceniem**” (* dotyczy produktów leczniczych).

Z ustaleń organu wynika, iż podmiotem odpowiedzialnym w stosunku w/w produktów leczniczych jest , a nie , dlatego Spółka nie mogła zlecić prowadzenia reklamy produktów leczniczych, gdyż jedynym podmiotem mogącym zlecić prowadzenie reklamy w/w produktów leczniczych w rozumieniu art. 52 Prawa farmaceutycznego jest . Z treści zlecenie jednoznacznie wynika, iż Zlecającym jest Spółka , a w świetle obowiązujących przepisów prawnych nie ma takich uprawnień.

Strona nie przedstawiła również żadnego innego dokumentu (dowodu) potwierdzającego uprawnienia do reprezentacji podmiotu odpowiedzialnego przez

z siedzibą w reprezentowana przez (Zleceniodawca) zleca spółce (Zleceniobiorca) „usługę polegającą na umieszczeniu w materiałach wydawanych przez Zleceniobiorcę tj. reklamy Ulotka produktowa następujących produktów Zleceniodawcy

”

„- jest podmiotem odpowiedzialnym w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 roku Prawo farmaceutyczne, w związku z czym przysługuje mu prawo zlecenia usług określonych niniejszym zleceniem**” (* dotyczy produktów leczniczych).

Z ustaleń organu wynika, iż podmiotem odpowiedzialnym w stosunku w/w produktu leczniczego jest , a nie z siedzibą w , dlatego Spółka z siedzibą w nie mogła zlecić prowadzenia reklamy produktów leczniczych, gdyż jedynym podmiotem mogącym zlecić prowadzenie reklamy produktu leczniczego . w rozumieniu art. 52 Prawa farmaceutycznego jest . Z treści zlecenia jednoznacznie wynika, iż Zlecającym jest Spółka z siedzibą w , a w świetle obowiązujących przepisów prawnych nie ma takich uprawnień. Ponadto organ wskazuje, iż zlecenie zostało podpisane przez , a nie przez , która została wskazana jako uprawniona do reprezentacji spółki

z siedzibą w (Zleceniodawca) zleca spółce (Zleceniobiorca) „usługę polegającą na umieszczeniu w materiałach wydawanych przez Zleceniobiorcę tj. reklamy Ulotka produktowa następujących produktów Zleceniodawcy „2) Fervex 8”

„- jest podmiotem odpowiedzialnym w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 roku Prawo farmaceutyczne, w związku z czym przysługuje mu prawo zlecenia usług określonych niniejszym zleceniem*” (* dotyczy produktów leczniczych).

Z ustaleń organu wynika, iż podmiotem odpowiedzialnym w stosunku produktu leczniczego Fervex Paracetamolum, Ac.ascorb. Pheniramini mal. granulat do przygotowania syropu 0,5g+0,2g+0,025g 8 sasz.a 13g, jest , a nie z siedzibą w , dlatego Spółka z siedzibą w nie mogła zlecić prowadzenia reklamy produktu leczniczego Fervex, gdyż jedynym podmiotem mogącym zlecić prowadzenie reklamy produktu leczniczego Fervex, w rozumieniu art. 52 Prawa farmaceutycznego jest . Z treści zlecenia jednoznacznie wynika, iż Zlecającym jest Spółka z siedzibą w , a w świetle obowiązujących przepisów prawnych nie ma takich uprawnień.

W dniach 25 - 26 czerwca 2012r. organ wezwał osoby wskazane przez stronę jako osoby akceptujące moduły reklamowe do wskazania w jaki sposób została obliczona „cena w aptece uwzględniająca, średnią marżę apteczną”.

W odpowiedzi na wezwanie :

- ▲ Pani wskazała, iż do jej obowiązków należało sprawdzenie i zaakceptowanie strony wizualnej modułu i dopilnowanie, aby przy suplementach diety widniały wymagane prawem informacje. Nie ustalała polityki cenowej (Karta 000279);
- ▲ Pan wskazał, iż „Zgodnie ze zleceniem nr zleciła Usługę polegającą na umieszczeniu we wszystkich, wybranych przez materiałach reklamowych, promocyjnych informacyjnych, itp. wydawanych przez w 2012r, produktów określonych w załączniku do w/w Zlecenia.” Akceptacja nie obejmuje zgodnie ze zleceniem żadnych innych elementów poza zdjęciem, nazwą i opisem produktu, jeżeli takowy jest zamieszczany w danym materiale. Akceptacja z założenia nie obejmuje tym bardziej podanych w materiale cen produktów, ponieważ nie są to ani ceny stosowane przez , ani też ceny przez spółkę sugerowane.” (karta 000309-000308);
- ▲ wskazała, iż „Ceny poszczególnych produktów uwidocznione w reklamie zostały ustalone samodzielnie przez ” (karta 000297 verte);
- ▲ wskazał, iż nie zlecało aptekom sieci zamieszczenia informacji o konkretnej cenie produktów, i nie ingeruje w autonomiczną politykę rabatową hurtowni i aptek oraz nie sugeruje jakichkolwiek wartości cen promocyjnych (karta 000320);
- ▲ wskazał, iż kalkulację ceny detalicznej przeprowadziła firma i w oparciu o jej wyliczenia i jej rekomendacje ceny zostały zawarte w modułach reklamowych (karta 000323);
- ▲ wskazała, iż akceptacji z jej strony podlegały treści dotyczące reklamowanego produktu , takie jak informacje o produkcie, hasła reklamowe, grafiki, w zakresie jej obowiązków nie leżała natomiast akceptacja cen.(karta 000335).

Podkreślenia wymaga fakt, iż strona sama wskazała, iż cena wskazana w gazetkach reklamowych to cena sugerowana przez spółkę jako podmiotu wyspecjalizowanego w prowadzeniu działań reklamowych Produktów (karta 000386).

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 dostarczone materiały zostały zmodyfikowane przez samą stronę w celu przekształcenia jej w reklamę aptek noszących nazwę . Do modułów reklamowych dodana została cena detaliczna, w taki sposób, aby potencjalny pacjent dowiedział

się o korzyściach finansowych wynikających z zakupu np. produktów leczniczych właśnie w aptekach o nazwie . Strona sama przyznała się do faktu umieszczania cen detalicznych, dlatego jest on bezsporny.

Organ wskazuje, iż kolejnym dowodem, iż przedmiotowe gazetki reklamowe nie są reklamą produktów leczniczych na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych jest 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 jako organ w sprawie i aż trzykrotnie (karta 00002, 000154 i 000374) w niniejszej sprawie wskazał, iż nie jest właściwym organem do rozpoznania sprawy.

Po raz kolejny Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wskazuje, iż zgodnie z dyspozycją art. 62 ust. 1 Prawa farmaceutycznego to wyłącznie 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 nie zostało wszczęte takie postępowanie.

Odnosnie wskazania strony, iż ona jedynie sugeruje cenę, a nie nakazuje jej stosowanie w aptekach, Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zaznacza, iż na podstawie informacji przesłanych przez kierowników aptek (karta 000265-000172) organ ustalił, iż w aptekach zlokalizowanych w:

, ceny wskazane w gazetce reklamowej (z marca 2012r.) były cenami obowiązującymi w tych aptekach w aptekach o nazwie np. w w/w aptekach w miesiącu marcu b.r. produkt leczniczy Theraflu Extragrip Pr.Do P.Rozt.Doust. * 10 Sasz. był sprzedawany po cenie detalicznej 13,99 (po cenie wskazanej w gazetce), a na początku kwietnia b.r. po cenie 14,99. Produkt leczniczy Theraflu Extragrip został nabyty w hurtowni farmaceutycznej po cenie 10 zł za wyjątkiem 3 przypadków. Kierownik apteki przy nabył 3 opakowania po 11 zł i 50 szt po 10 zł, kierownik apteki przy , 2 opakowania nabył po 11zł i 80 opakowań po 10zł i kierownik apteki przy nabył 5 opakowań po 10zł i 4 opakowania po 7 zł (ceny brutto).

Na podstawie powyższych dokumentów ustalono również, iż w/w apteki zaopatrują się w ok. 97% (wartości zakupu brutto w danym miesiącu produktów leczniczych, których wezwanie dotyczyło) w hurtowni farmaceutycznej należącej do z siedzibą w . Sporadyczne (pojedyncze sztuki) były zakupywane w innych hurtowniach farmaceutycznych.

Powyższe dowodzi faktu, iż to z siedzibą w jako podmiot kontrolujący w grupie kapitałowej, do której należą podmioty wskazane powyżej posiadające zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej objęte niniejszą decyzją oraz , ustala ceny hurtowe dla aptek o nazwie , które następnie stosują ceny detaliczne wskazane w danym miesiącu w gazetce reklamowej wydawanej przez . Jak wskazano powyżej instrumenty finansowe (cenowe) wpływające na decyzję pacjenta należą do instrumentów reklamowych.

Odnosząc się do stwierdzeń strony dotyczących, iż organ nie akceptował „wniosków o zmianę nazwy apteki na „ „, a „ „ nie zgadzały się z tym, należy wskazać, iż stwierdzenia powyższe nie znajdują odzwierciedlenia w stanie faktycznym.

Zgodnie z zasadami postępowania administracyjnego organ nie może odmówić przyjęcia wniosku, pisma. Postępowanie administracyjne wszczyna się na żądanie strony lub z urzędu. Datą wszczęcia postępowania na żądanie strony jest dzień doręczenia żądania organowi administracji publicznej. Żądanie, podanie może nie czynić zadość innym wymaganiom ustalonym w przepisach prawa, ale wtedy organ ma obowiązek wezwać wnoszącego do usunięcia braków w terminie siedmiu dni z pouczeniem, że nieusunięcie tych braków spowoduje pozostawienie podania bez rozpoznania.

Oddzielną kwestią jest załatwienie sprawy. Organ administracji publicznej załatwia sprawę przez wydanie decyzji, która nie zawsze musi uwzględniać w całości żądanie strony.

Pismem z dnia 19 października 2012r. doręczonym dnia 22 października 2012r. zakomunikowano stronie znajomość organu z urzędu, treści decyzji dotyczących nadania nazw aptekom, **które to decyzje są ostateczne**, dlatego uchylene lub zmiana takich decyzji, stwierdzenie ich nieważności oraz wznowienie postępowania może nastąpić tylko w przypadkach przewidzianych w kodeksie postępowania administracyjnego lub ustawach szczególnych. Zasada ogólnej trwałości decyzji ostatecznej wyraża się w tym, że **decyzje te obowiązują tak długo**,

dopóki nie zostaną uchylone lub zmienione przez nową decyzję opartą na odpowiednim przepisie prawnym. Jest to tzw. domniemanie mocy obowiązującej decyzji. Wydanie nowej decyzji jest więc jedynym sposobem całkowitego lub częściowego pozbawienia decyzji ostatecznej jej mocy obowiązującej (...)" (Dawidowicz, Ogólne postępowanie administracyjne, s. 123). Z treści decyzji (zakomunikowanych stronie, a znanych jej ze względu na zawarcie umów franczyzowych) jednoznacznie wynika, iż aptekom została nadana nazwa „...”.

Organ wskazuje, iż Zezwolenie na prowadzenie apteki powinno zawierać nazwę apteki, o ile taka jest nadana, a w zezwoleniach na prowadzenie apteki (w wyniku wydania decyzji zmieniających) objętych niniejszym postępowaniem zawarta jest nazwa „...”.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Warszawie z 2006-06-14, VII SA/Wa 576/06 jednoznacznie wskazuje, iż „*Sformułowanie przepisu art. 86 ust. 2 w zw. z art. 102 pkt 4 ustawy (Prawo farmaceutyczne) jest wyraźne i w ocenie Sądu wyklucza możliwość umieszczenia obok słowa "apteka" innych wyrazów, jeżeli nie zostały wymienione w zezwoleniu.*

O fakcie, iż nazwy apteki nie stanowi wyraz „apteka” a jest nim umieszczenie obok wyrazu „apteka” innego słowa lub znaku (słowno graficznego) wypowiedział się również Wojewódzki Sąd Administracyjny z siedziba w Warszawie z 2009-10-01, VIII SA/Wa 329/09, wskazując, iż *Posiadanie przez stronę skarżącą uprawnienia do używania znaku towarowego "(...)", mające znaczenie dla wyników ekonomicznych firmy, nie jest równoznaczne z uprawnieniem do używania go w szczególnym miejscu, wskazującym na nazwę, jakim jest szyld apteki, tworzący niewątpliwie w takiej sytuacji, jej nazwę. Słowa te wraz ze słowem "apteka" przynależnym z zezwolenia, stanowią bowiem identyfikację tegoż punktu usług farmaceutycznych."*

Organ podkreśla, iż w świetle zapisu zdania drugiego art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego stanowiącego, iż nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego należy uznać, że reklamą apteki jest każdego rodzaju informacja, która jest inną informacją, niż informacja o godzinach i lokalizacji apteki.

W przedmiotowym postępowaniu bezspornym faktem jest to, iż przedmiotowe apteki noszą nazwę dlatego rozpowszechnianie samej nazwy apteki za pomocą logo umieszczonego w gazetkach reklamowych organ uznaje za reklamę apteki.

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.

Strona wskazała również, iż nazwa „...” jest wykorzystywana również przez niepubliczny zakład opieki zdrowotnej o nazwie „...”. Ustosunkowując się do przedmiotowego faktu organ wskazuje, iż znak słowno-graficzny „...” w kolorze „...” uzyskał w dniu 5-06-2007 decyzję o rejestracji (źródło: Wiadomości Urzędu Patentowego nr ...) i w związku z powyższym za bezsporne należy uznać, iż oznaczenie takie nadaje się do odróżnienia towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa, gdyż wynika to wprost z przepisów prawnych. Gdyby przedmiotowy znak nie miał dostatecznych znamion odróżniających nie uzyskałby praw ochronnych na oznaczenie „...”.

Odnosząc się do argumentu strony wskazujących na wyłączenie poszczególnych dokumentów z materiału dowodowego organ wskazuje, iż organ administracji publicznej jest obowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzeć cały materiał dowodowy co nie oznacza, iż organ na wniosek strony ma niektóre dowody usuwać z akt sprawy np. z powodu tego iż dany materiał nie był wydawany w 2012r.

Oдноśnie pisma określonego przez stronę jako opinia Głównego Inspektora Farmaceutycznego organ wskazuje, iż zgodnie z dyspozycją art. 62 ust. 1 Prawa farmaceutycznego to Główny Inspektor Farmaceutyczny, a w odniesieniu do produktów weterynaryjnych Główny Lekarz Weterynarii, sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie reklamy. Taki zapis oznacza, iż żaden inny organ nie jest w stanie ocenić czy dany materiał stanowi reklamę produktu leczniczego na zlecenie podmiotów odpowiedzialnych (a co było podnoszone przez stronę) kierowaną do publicznej wiadomości lub ją nie jest, z uwagi na ustawowe wyłączenia tj.:

za reklamę produktów leczniczych nie uważa się:

1) informacji umieszczonych na opakowaniach oraz załączonych do opakowań produktów leczniczych, zgodnych z pozwoleniem na dopuszczenie do obrotu;

2) korespondencji, której towarzyszą materiały informacyjne o charakterze niepromocyjnym niezbędne do udzielenia odpowiedzi na pytania dotyczące konkretnego produktu leczniczego, w tym produktu leczniczego dopuszczonego do obrotu bez konieczności uzyskania pozwolenia, o którym mowa w art. 4;

3) ogłoszeń o charakterze informacyjnym niekierowanych do publicznej wiadomości dotyczących w szczególności zmiany opakowania, ostrzeżeń o działaniach niepożądanych, pod warunkiem że nie zawierają treści odnoszących się do właściwości produktów leczniczych;

4) katalogów handlowych lub list cenowych, zawierających wyłącznie nazwę własną, nazwę powszechnie stosowaną, dawkę, postać i cenę produktu leczniczego, w tym produktu leczniczego dopuszczonego do obrotu bez konieczności uzyskania pozwolenia, o którym mowa w art. 4, a w przypadku produktu leczniczego objętego refundacją - cenę urzędową detaliczną, pod warunkiem że nie zawierają treści odnoszących się do właściwości produktów leczniczych, w tym do wskazań terapeutycznych.

Jednocześnie należy podkreślić, iż organ nie występował o udzielenie opinii, a jedynie zadał pytanie czy Główny Inspektor Farmaceutyczny rozpatrzył materiał zgodnie ze swoimi kompetencjami.

Organ wskazuje, iż informacja przekazana przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego, w żaden sposób nie dotyczy kompetencji w zakresie nadzoru nad przestrzeganiem przepisów ustawy Prawo farmaceutyczne w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego, a jedynie w zakresie reklamy produktów leczniczych kierowanej do publicznej wiadomości, której nadzór należy do wyłącznych kompetencji Głównego Inspektora Farmaceutycznego.

Ustosunkowując się do argumentu strony, iż prawo farmaceutyczne nie zawiera zapisów analogicznych do tych odnoszących się do wyrobów tytoniowych czy alkoholu organ wskazuje, iż powyższe twierdzenie nie jest prawdziwe, gdyż zarówno w definicji wyrobów tytoniowych jak i w definicji reklamy alkoholu znajduje się drugi człon wskazujący na działania (informacje) nie stanowiące reklamy, identycznie jak jest to uregulowane w art. 94a ust. 1 zdaniu drugim Prawa farmaceutycznego.

Art. 2 pkt 5 ustawy o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych z dnia 9 listopada 1995 r. (Dz. U. 1996, Nr 10, poz. 55) stanowi, iż reklama wyrobów tytoniowych jest to rozpowszechnianie komunikatów, wizerunków marek wyrobów tytoniowych lub symboli z nimi związanych, a także nazw i symboli graficznych firm produkujących wyroby tytoniowe, nieróżniące się od nazw i symboli graficznych wyrobów tytoniowych, służących popularyzowaniu marek wyborów tytoniowych; za reklamę nie uważa się informacji używanych do celów handlowych pomiędzy firmami zajmującymi się produkcją, dystrybucją i handlem wyrobami tytoniowymi.

Art. 2¹ pkt 3 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi tekst jednolity z dnia 28 marca 2007 r. (Dz. U. Nr 70, poz. 473) stanowi iż reklama napojów alkoholowych jest to publiczne rozpowszechnianie znaków towarowych napojów alkoholowych lub symboli graficznych z nimi związanych, a także nazw i symboli graficznych przedsiębiorców produkujących napoje alkoholowe, nieróżniących się od nazw i symboli graficznych napojów alkoholowych, służące popularyzowaniu znaków towarowych napojów alkoholowych; za reklamę nie uważa się informacji używanych do celów handlowych pomiędzy przedsiębiorcami zajmującymi się produkcją, obrotem hurtowym i handlem napojami alkoholowymi.

Ponadto Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutycznym wskazuje, iż uznaną regułą wykładni jest przyjęcie, że gdy brak jest definicji danego pojęcia w danym akcie normatywnym, a jest ono zdefiniowane w innym akcie prawnym danej gałęzi prawa, to należy się oprzeć właśnie na legalnej definicji lub ją wykorzystać mając jednak na względzie czy nie dotyczy ona specyficznej dziedziny prawa i czy nie została sformułowana przez ustawodawcę jedynie na potrzeby konkretnych aktów normatywnych. (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 2009-01-20, II GSK 631/08).

Zarówno ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi oraz ustawa o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych tak samo jak Prawo farmaceutyczne należą do gałęzi prawa Ochrona Zdrowia, dlatego posługując się analogią za reklamę apteki należy uznać publiczne rozpowszechnianie znaków towarowych lub symboli graficznych z nimi związanych, a także nazw i symboli graficznych przedsiębiorców, nieróżniących się od nazw i symboli graficznych aptek ogólnodostępnych.

Odnosnie umorzenia postępowania organ podkreśla, że sama strona wskazała, iż nie zamierza zaprzestać wydawania gazetki reklamowej, a jedynie zamierza wydać ją w „nowej formie” od listopada.

Wprowadzony ustawą Prawo farmaceutyczne model „następczego” nadzoru nad reklamą produktu leczniczego polega na uprawnieniu Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego do wydawania decyzji administracyjnych nakazujących zaprzestania ukazywania się lub prowadzenia reklamy produktów leczniczych sprzecznej z obowiązującymi przepisami naruszeń dopiero po ukazaniu się danej reklamy. Organ nie posiada kompetencji w zakresie orzekania o zgodności z przepisami w zakresie reklamy apteki ogólnodostępnych przed jej emisją, dlatego opisane okoliczności jednoznacznie uprawniają go do wydania decyzji, również w odniesieniu do przypadków, kiedy reklama w danym momencie nie jest już prowadzona, bądź z różnych względów działania reklamowe przestały być prowadzone. Fakt wydania decyzji nakazującej zaprzestanie ukazywania się reklamy, nawet po jej zakończeniu prowadzenia działań reklamowych w trakcie postępowania administracyjnego, nie czyni jej bezprzedmiotową, lecz poprzez odniesienie się do zaistniałego stanu faktycznego, pozwala na objęcie jej skutkiem również potencjalnych, wznawianych w przyszłości edycji takiej kampanii.

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 22 aptek przez spółkę działającą pod firmą: z siedzibą w oraz ich działalności za pomocą gazetki reklamowej (ulotki) oznaczonej logo „”, 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.

Podmioty profesjonalnie, jakim niewątpliwie jest strona niniejszego postępowania, gdyż wskazała, iż jest podmiotem wyspecjalizowanym w prowadzeniu działań reklamowych, działając na rynku powinny przewidywać, że podejmowane przez nie działania w ramach działalności 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 co stanowi czynnik łagodzący karę.

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

Organ za udowodnione uznaje, iż reklama była prowadzona od lutego 2012r. i jest nadal prowadzona. Do dnia wydania niniejszej decyzji, reklama jest prowadzona w formie opisanej w niniejszej decyzji, od listopada 2012r. według oświadczenia strony ma być nadal kontynuowana w „nowej formie”, co Mazowiecki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uznaje za przesłankę mającą wpływ na podwyższenie wysokości wymierzanej kary.

Dokonując oceny wagi (stopnia) stwierdzonego naruszenia organ stwierdza, iż prowadzona reklama dotyczy 22 aptek ogólnodostępnych i była i jest nadal rozpowszechniana w taki sposób,

aby dotrzeć do jak największej grupy potencjalnych klientów. Według oświadczenia strony - do nieokreślonej liczby odbiorców do skrzynek pocztowych.

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 postawę strony w trakcie niniejszego postępowania. Organ wskazuje, iż do dnia wydania niniejszej decyzji strona nie wykonała wezwania organu dotyczącego dostarczenia wszystkich gazetek reklamowych (z wyjątkiem wydanych w marcu 2012r., która została organowi doręczona) wydawanych przez spółkę, określonych jako „Materiał reklamowy wydany na zlecenie producentów farmaceutycznych oraz dystrybutorów” wydanych w 2012r. o tytule . Strona w w odpowiedzi na wezwanie (podpisane jedynie przez jednego członka zarządu) wskazała, iż spółka prosi o „doprecyzowanie, jakie wydawnictwo wydawane przez powyższą Spółkę zostało objęte postępowaniem (...)”, gdyż spółka nie była i nie jest wydawcą materiału o tytule „ ”. Stronie zostały dostarczone dwa pisma (zawiadomienie o wszczęciu postępowania oraz wezwanie) w którym wyraźnie wskazano, iż postępowanie jest prowadzone związku z podejrzeniem prowadzenia reklamy działalności aptek o nazwie „ ” zlokalizowanych na terytorium województwa mazowieckiego za pomocą gazetki (foldery) oraz treści „Materiał reklamowy wydany na zlecenie producentów farmaceutycznych oraz dystrybutorów” i Strona ustosunkowała się do stawianych zarzutów samodzielnie określając gazetkę reklamową jako „Materiał”. Po udzieleniu wyjaśnień spółce (zgodnie art. 9 Kpa), iż składanie zeznania, oświadczenia w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, zeznawanie nieprawdy lub zatajanie prawdy podlega karze pozbawienia wolności do lat 3 strona wskazała, iż „nie była wydawcą żadnego materiału o tytule ale jest wydawcą materiału z logo ”. Jednakże nie doręczyła organowi żądanych dokumentów. Powyższa okoliczność była czynnikiem podwyższającym wymiar kary.

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 zł kary grzywny na jedną aptekę i 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.

Mazowiecki Wojewódzki
Inspektor Farmaceutyczny
w Warszawie
podpis
Małgorzata Szelachowska

Otrzymują:

- 1.
2. a/a