

Czyny nieuczciwej

KONKURENCJI NA RYNKU

farmaceutycznym
– najczęstsze problemy.



RYNEK FARMACEUTYCZNY, JAK KAŻDY INNY SEGMENT RYNKU, NIE JEST, NIESTETY, WOLNY OD NIEUCZLIWYCH PRAKTYK RYNKOWYCH, KTÓRE MOGĄ NARUSZAĆ ZASADY UCZLIWEJ KONKURENCJI, GODZĄC W INTERESY KLIENTÓW LUB INNYCH PRZEDSIĘBIORCÓW DZIAŁAJĄCYCH NA TYM SAMYM RYNKU. TEGO TYPU DZIAŁANIA, OKREŚLANE JAKO CZYNY NIEUCZLIWEJ KONKURENCJI, UREGULOWANE SĄ W USTAWIE Z DNIA 16 KWIEŃNIA 1993 R. O ZWALCZANIU NIEUCZLIWEJ KONKURENCJI (DzU Nr 47, POZ. 211 ZE ZM., DALEJ JAKO „UZNK”).

AUTOR: MACIEJ ŁYSAKOWSKI, ADWOKAT, PRZEMYSŁAW WIERZBICKI, PARTNER ZARZĄDZAJĄCY, ADWOKAT Z KANCELARII WIERZBICKI ADWOKACI I RADCOWIE PRAWNI SP.K.

Wspomniana wyżej ustawa określa czyny nieuczciwej konkurencji na dwa sposoby. Pierwszym z nich jest wymienienie określonych działań, co do których z góry zostało przesądzone, że stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Przykładowo wymienić można w tym zakresie:

- wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa (np. nazwanie punktu apteką, pomimo niespełnienia wymogów do posługiwania się tą nazwą),
- wprowadzające w błąd oznaczenie towarów albo usług (np. co do składników, przydatności, zastosowania),
- naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa,
- nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy (tzw. podbieranie pracowników),
- kopiowanie produktów (nie obejmuje to naśladownictwa, inspirowania się produktem),
- rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji o swoim lub innym przedsiębiorstwie (np. rozpowszechnianie pogłosek o złej kondycji finansowej, niespełnianiu norm sanitarnych itp.),
- utrudnianie dostępu do rynku (np. poprzez oferowanie produktów w zaniżonych cenach),
- prowadzenie sprzedaży premiowanej (wyjątek – premie o niewielkiej wartości i loterie promocyjne), system sprzedaży lawinowej,
- sprzedaż w dyskontach towarów pod marką własną w ilości powyżej 20% obrotów,
- nieprawidłowe prowadzenie działalności reklamowej, obejmujące: reklamę sprzeczną z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub

uchybającą godności człowieka, reklamę wprowadzającą klienta w błąd, reklamę bazującą na uczuciu lęku, przesądach lub łatwowierności dzieci, reklamę stanowiącą istotną ingerencję w sferę prywatności (tzw. marketing natarcywy).

Jak łatwo zauważyć, przedstawiony wyżej katalog czynów nieuczciwej konkurencji nie jest wyczerpujący. Praktyka obrotu gospodarczego jest tak kreatywna, że do wskazanej wyżej listy, właściwie co kilka tygodni można byłoby dopisywać kolejne przykłady działań, które utrudniają uczciwą konkurencję.

W rezultacie – aby uniknąć konieczności ciągłej modyfikacji UZNK – ustawa zawiera również definicję ogólną: zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest „działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”.

W każdym zatem przypadku, w którym określone działania budzą nasze wątpliwości, a nie kwalifikują się do żadnej pozycji z ustalonego katalogu, weryfikacja pod kątem definicji ogólnej daje odpowiedź, czy mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji, czy też nie.

CZYNY NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI NA RYNKU FARMACEUTYCZNYM

Rynek farmaceutyczny, pomimo podlegania podstawowym mechanizmom rynkowym, różni się w swojej charakterystyce od innych gałęzi rynku. Wynika to z faktu, że obrót lekami – towarem zaspokajającym podstawowe potrzeby

społeczeństwa – podlega znacznie większej regulacji ustawowej niż np. rynek odzieżowy. W związku z tym, na ocenę czynów nieuczciwej konkurencji będą miały wpływ chociażby przepisy ustawy z dnia 6 września 2001 Prawo farmaceutyczne (dalej jako „PF”). Rynek farmaceutyczny cechuje się zatem specyficznymi rodzajami czynów, które naruszają zasady uczciwej konkurencji. Mogą to być zarówno czyny stypizowane w UZNK, jak chociażby mylne nazwanie punktu handlowego apteką (co sugeruje klientowi chociażby możliwość uzyskania porady farmaceuty i zwiększa zaufanie do nabywanych produktów), przypisywanie produktowi cech i właściwości, których nie posiada (częste sytuacje w przypadku „suplementów diety”), naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa poprzez udostępnienie receptury danego preparatu. Czyny nieuczciwej konkurencji na rynku farmaceutycznym można również podzielić w zależności od tego, kto się ich dopuszcza: producent (niewłaściwe oznaczenie produktu), dystrybutor (ingerowanie w zawarte umowy przez hurtownie farmaceutyczne) czy przedsiębiorca prowadzący aptekę (np. poprzez zakazaną reklamę aptek). Z punktu widzenia niniejszego artykułu, szczególnie interesujące są czyny nieuczciwej konkurencji, które mogą występować na ostatnim etapie dystrybucji – a więc w poszczególnych aptekach. Szczególnie zaś takie czyny, które nie są czynem nieuczciwej konkurencji w innych branżach. Z powyższych kryteriów wyłania się jedna, podstawowa kwestia mająca bardzo duże znaczenie praktyczne.



>> REKLAMA NA CENZUROWANYM

Reklama aptek jest czynem nieuczciwej konkurencji, na co wskazują dwie przesłanki.

Po pierwsze, zgodnie z art. 16 UZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest w szczególności reklama sprzeczna z przepisami prawa.

Dodatkowo wrócić należy do definicji ogólnej – czynu sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy.

Ze względu na fakt, że zgodnie z brzmieniem art. 94 a ust. 1 ustawy, zakazana została wszelka reklama dotycząca aptek i ich działalności, prowadzenie takiej działalności marketingowej jest sprzeczne z przepisami prawa. Dodatkowo zagraża ona interesom innych przedsiębiorców – którzy respektując obowiązujące przepisy, stawiani są w gorszej pozycji rynkowej.

Odnosnie zakazu reklamy aptek – szeroko już opisanego – w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji należy zwrócić uwagę na szczególne przypadki, w których podejmowane są próby jego obejścia.

PO PIERWSZE – PROGRAMY LOJALNOŚCIOWE

Program lojalnościowy, bez względu na formę jego wdrożenia, stanowi reklamę z samej swojej istoty – ma bowiem służyć zwiększeniu obrotów poprzez zachęcenie klientów do częstszego dokonywania zakupów w konkretnych placówkach. W przypadku programów lojalnościowych, w ramach których klienci korzystają z określonych przywilejów wyłącznie pod warunkiem

dokonywania zakupów w aptekach, jest oczywistym, że celem programu jest zwiększenie obrotu w aptekach właśnie – sytuacji takiej nie sposób interpretować inaczej niż reklama działalności aptek objętych programem lojalnościowym. Na podobnym stanowisku stanął zresztą Minister Zdrowia, który w wytycznych do kontroli przeprowadzanych przez organy nadzoru farmaceutycznego polecił traktowanie programów lojalnościowych jako niedozwolonej formy reklamy aptek i ich działalności.

Nie tylko Minister Zdrowia wypowiedział się na temat zakresu definicji reklamy w kontekście zakazu reklamowania aptek i ich działalności – kwestia ta była również przedmiotem orzecznictwa Wojewódzkich Sądów Administracyjnych. W tym miejscu pragnę zwrócić Państwa uwagę chociażby na wyrok z dnia 12 czerwca 1997 r. (sygn. akt I SA/Ka 192/97), w którym *sąd zdefiniował reklamę jako „działania mające kształtować popyt poprzez poszerzenie wiedzy przyszłych nabywców o towarach w celu zachęcenia ich do nabywania towarów od tego właśnie, a nie innego podmiotu gospodarczego”, którą to definicję całkowicie wypełniają wspomniane wyżej programy lojalnościowe stosowane w aptekach „Dbam o Zdrowie”. Co więcej, w kolejnym wyroku z dnia 6 marca 2008 r. (sygn. akt VII SA/Wa 1985/2007) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie trafnie zauważył, że „art. 94a nie zawiera żadnego wyłączenia i nie określa katalogu działań, które nie stanowią reklamy działalności apteki, tak jak czyni to ustawodawca w art. 52 w odniesieniu do reklamy*

produktów leczniczych”, co oznacza iż nie ma wyjątków od ustawowego zakazu reklamy. Wreszcie w wyroku z dnia 20 września 2010 r. (sygn. akt: VI SA/Wa 838/10), Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wskazał, iż: „art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego nie zawiera definicji reklamy działalności aptek czy punktów aptecznych, jak to uczyniono odnośnie reklamy produktu leczniczego w art. 52 ust. 1 Prawa farmaceutycznego. Za reklamę apteki należy uznać wszelkie działania polegające na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w danej aptece lub punkcie aptecznym mającą na celu zwiększenie ich sprzedaży. Taki właśnie charakter posiadają foldery sieci aptek [...], które zachęcają klientów do nabywania leków po obniżonych cenach w tych właśnie aptekach, których adresy zostały wyszczególnione w ulotce. W istocie gazetki reklamują przede wszystkim apteki poprzez podanie korzyści, jakie płyną z zaopatrywania się w tych właśnie aptekach. Natomiast zgodnie z art. 94a pkt 2 to wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek i punktów aptecznych.”

Niezależnie od oceny samego programu lojalnościowego jako reklamy działalności aptek, należy również pamiętać o tym, że zazwyczaj programy lojalnościowe są związane z newsletterami rozprowadzanymi wśród uczestników programu (choćby w postaci mailowej), co stanowi klasyczny przykład reklamy działalności aptek – zakazanej na gruncie art. 94a ust. 1 ustawy.

W tym temacie można również

wskazać na orzecznictwo sądów administracyjnych:

„Udostępnienie w aptece gazetek z ofertą produktów sprzedawanych w niej po niższej cenie (ze wskazaniem przy niektórych produktach, że promocja cenowa obowiązuje „tylko w tygodniu zdrowia” czy oznaczeniem wybranych towarów jako „bestseller”) jest przedsięwzięciem mającym na celu motywowanie do korzystania z usług tej własnej apteki, a więc nosi znamiona działalności reklamowej”. (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 13 stycznia 2016 r. VI SA/Wa 2266/15)

„Wobec kategorię brzmienia przepisu art. 94a ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (t.j. DzU z 2008 r. Nr 45, poz. 271) oraz literalnej wykładni jego treści nie można podzielić wywodów, że działania polegające na zachęceniu do zakupów poprzez korzystne dla konsumenta programy cenowe (rabatowe) nie mogą być uznane za wchodzące w zakres prawnego pojęcia reklamy aptek. Programy lojalnościowe są jedną z form reklamy apteki. Programy tego rodzaju służą przyciągnięciu nowych klientów i zatrzymaniu starych, a w rezultacie mają za zadanie doprowadzenie do wzrostu sprzedaży poprzez budowanie lojalności wśród obecnych najbardziej wartościowych klientów, stanowiąc narzędzia promocji konsumenckiej stosowanej w sprzedaży, gdzie konsumenci nagradzani są w zależności od częstotliwości nabywania produktów lub usług danej firmy czy też wielkości zakupów. Programy lojalnościowe zapewniają nie tylko podniesienie sprzedaży i często osłabienie pozycji

konkurencji, ale i bezpłatną reklamę, gdyż przyciągają klientów do konkretnych aptek, zachęcając ich w ten sposób do nabywania produktów leczniczych”. (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 27 marca 2014 r. VI SA/Wa 3080/13)

„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, jeżeli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych oferowanych w danej aptece. Tym samym wykaz konkretnych aptek, które realizują program lojalnościowy zachęcający potencjalnych klientów do dokonywania zakupów jest dostępny poprzez publiczny przekaz (Internet). Jest reklamą apteki, podaje bowiem dane umożliwiające jej identyfikację”. (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 11 września 1291/13 r. VI SA/Wa 1291/13)

PO DRUGIE

– MARKA WŁASNA

Drugie z działań, które stanowią próbę obejścia zakazu reklamowania apteki, które pojawiły się w ostatnim czasie, to promowanie nazwy apteki (a raczej sieci aptek) poprzez wprowadzenie marki własnej suplementów diety – takiej samej jak nazwa apteki – które są promowane w telewizji, z wyraźnym wyeksponowaniem samej apteki.

Działania te stanowią pewną nowość – do tej pory nie było tego typów sytuacji, które byłyby przedmiotem zainteresowania nadzoru farmaceutycznego, a następnie sądów

administracyjnych. Mając jednak na uwadze ich dotychczasowe stanowisko, w myśl którego reklamą jest każde działanie nakierowane na wzrost sprzedaży w danych aptekach, można założyć, że jednym z celów wprowadzenia marki własnej przez sieć aptek, oraz jej promowania, jest zwiększenie sprzedaży. W konsekwencji takie działanie prawdopodobnie zostanie uznane za złamanie zakazu reklamowania aptek i ich działalności – a tym samym czyn nieuczciwej konkurencji.

PO TRZECIE

– NAZWA APTEKI

Bezpośrednio po wprowadzeniu zakazu reklamowania aptek i ich działalności, znacząco zwiększyła się liczba aptek, które były rejestrowane pod nazwami podkreślającymi niskie ceny, opłacalność zakupów itp. Wynikało to z faktu, że zgodnie z art. 94 a ust. 1 PF „Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego”. Powołując się na ten przepis, część przedsiębiorców eksponowała właśnie nazwę apteki – zawierającą atrakcyjne z marketingowego punktu widzenia określenia, jak np. „niskie ceny”.

Taka praktyka została zakwestionowana przez organy nadzoru farmaceutycznego oraz sądy administracyjne.

W wyroku z dnia 6 października 2015 r. (VI SA/Wa 34/15) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie stwierdził:

„Nazwa apteki zawierająca w sobie hasło TANIE LEKI, wyeksponowana w publicznym miejscu, w ten sposób, iż przede wszystkim widoczne jest właśnie to hasło, >>>

>> sugeruje potencjalnym klientom aptek opatrzonych sporną nazwą korzyści, jakie mogą odnieść dokonując zakupu produktów w tych aptekach, i niewątpliwie cechuje się zamiarem wywołania określonej reakcji u potencjalnych klientów tych aptek. Nad intencją wskazania nazwy aptek przeważa przekaz reklamowy wynikający ze sformułowania „TANIE LEKI”, odnoszący się do konkretnych aptek i zawierający zachętę do dokonywania w nich zakupów, co stanowi naruszenie normy wynikającej z art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne”

Z kolei w wyroku z 12 lutego 2015 r. (VI SA/Wa 3497/14) ten sam sąd stwierdził: „Niewątpliwie wydanie zezwoleń na prowadzenie aptek, których nazwy zawierają elementy o charakterze reklamy, jest działaniem naruszającym obowiązujące przepisy, a decyzje administracyjne (zezwolenia) w takim wypadku są dotknięte poważną wadą prawną. Jednakże kwestia zgodności nazwy apteki z obowiązującym prawem musi być rozstrzygnięta na etapie wydawania zezwolenia albo na etapie zmiany wydawania zezwolenia, polegającej na zmianie nazwy apteki.

SPOSOBY DZIAŁANIA WOBEC NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI

Po stwierdzeniu, że nasz konkurent może dopuszczać się czynu nieuczciwej konkurencji, powstaje pytanie – co z taką wiedzą począć. Przede wszystkim należy wskazać na możliwości płynące wprost z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – które będą miały

zastosowanie do każdego czynu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 UZNK:

„1. W razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji, przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać:

- 1) zaniechania niedozwolonych działań;
- 2) usunięcia skutków niedozwolonych działań;
- 3) złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie;
- 4) naprawienia wyrządzonej szkody, na zasadach ogólnych;
- 5) wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści, na zasadach ogólnych;
- 6) zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej lub ochroną dziedzictwa narodowego – jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji był zawiniony”.

Przedsiębiorcy (lub klientowi) przysługuje zatem możliwość podjęcia działań na drodze procesu cywilnego, w którym można dochodzić np. zaniechania niedozwolonych działań (np. reklamy) lub naprawienia szkody. Należy przy tym zauważyć, że korzystając z tej drogi, pokrzywdzony musi udowodnić, że istotnie doszło do czynu nieuczciwej konkurencji, a jeżeli domaga się zapłaty odszkodowania – musi również udowodnić wysokość poniesionej szkody. W zestawieniu ze stosunkowo długotrwałą procedurą sprawa to, że instrument ten nie jest atrakcyjny w przypadku naruszeń przekładających się na relatywnie

niewielkie szkody finansowe. Alternatywą – aczkolwiek ograniczoną tylko do tych przypadków, w których czyn nieuczciwej konkurencji jest działaniem sprzecznym z prawem – jest powiadomienie organów odpowiedzialnych za egzekwowanie określonych przepisów. Na gruncie rynku farmaceutycznego wszelkiego rodzaju nieprawidłowości w funkcjonowaniu aptek należy zgłaszać do nadzoru farmaceutycznego. Dodatkową drogą, charakterystyczną dla działalności farmaceutycznej, jest odwołanie się do organów samorządu zawodowego. Są one bowiem powołane do zapewnienia funkcjonowania aptek z poszanowaniem przepisów prawa oraz wewnętrznych regulacji – w szczególności zaś mogą sięgać po środki przewidziane w postępowaniu dyscyplinarnym. Co więcej, organy samorządu aptekarskiego mogą domagać się od nadzoru farmaceutycznego wszczęcia postępowania w sprawie przestrzegania przepisów prawa, co potwierdził Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 13 sierpnia 2015 r. (VI SA/Wa 876/15):

„1. Pojęcie „organizacji społecznej” na gruncie art. 31 § 1 KPA należy interpretować szeroko, bowiem w przepisie tym chodzi o każdy przejaw zorganizowanej działalności określonej grupy społecznej, w tym także grupy zawodowej, działającej w formie samorządu reprezentującego interesy jego członków.

2. Okręgowa izba aptekarska może skutecznie domagać się wszczęcia postępowania administracyjnego w sprawie zbadania legalności reklamy apteki ogólnodostępnej”. **MNF**



apteka

CENTRUM ZDROWIA

*Profesjonalizm
Rozwój
Bezpieczeństwo*



Popraw rentowność apteki



Zyskaj nowe warunki handlowe



Działaj w silnej grupie



Zoptymalizuj magazyn



Zwiększ dostępność do leków



Pozyskaj nowych pacjentów



Wzmocnij motywację pracowników



Dołącz do najlepszych !

Bądź częścią stabilnej grupy aptek.
Poznaj nasz model franczyzowy.

franczyza@acz.farm
www.acz.farm/franczyza