



**DOLNOŚLĄSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY
WE WROCŁAWIU**

Wrocław, dnia 17 czerwca 2013 r.

WIF-WR-I.8523.20.2012

D E C Y Z J A

I. na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2013 r. poz. 267),

umarzam postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania [...] z siedzibą w [...] zaprzestania prowadzenia reklamy apteki pod nazwą [...] w [...] i jej działalności,

II. na podstawie art. 129b ust. 1-2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.), art. 104 oraz art. 107 § 1 i § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego,

nakładam karę pieniężną na [...] z siedzibą w [...] w kwocie 6500,00 zł (słownie złotych: sześć tysięcy pięćset), którą należy wpłacić na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego we Wrocławiu, Pl. Powstańców Śląskich 1, 50-153 Wrocław, nr 37 10101674 0070 4122 3100 0000, w terminie 7 dni od dnia ustatecznienia się decyzji.

U Z A S A D N I E N I E

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, pismem z dnia 14 lutego 2012 r. (WIF-WR-I.8523.20.2012), na podstawie art. 61 § 4 K.p.a., zawiadomił [...] z siedzibą w Warszawie o wszczęciu – z urzędu – postępowania administracyjnego „w sprawie naruszenia art. 94a Ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne [...] polegającego na prowadzeniu przez aptekę [...] położonej w [...] niedozwolonej reklamy działalności apteki”.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, decyzją z dnia 30 maja 2012 r. (WIF-WR-I.8523.20.2012), nakazał [...] „zaprzestania prowadzenia niezgodnej z art. 94a ustawy Prawa farmaceutycznego reklamy apteki oraz jej działalności poprzez uczestnictwo w programie lojalnościowym – karty rabatowe” (punkt pierwszy rozstrzygnięcia) oraz nałożył karę pieniężną w kwocie [...]zł (punkt drugi rozstrzygnięcia). Rozstrzygnięciu nakazującemu zaprzestania prowadzenia reklamy apteki oraz jej działalności nadano rygor natychmiastowej wykonalności.

Główny Inspektor Farmaceutyczny, decyzją z dnia 16 lipca 2012 r. [...], uchylił decyzję Organu z dnia 30 maja 2012 r. w całości i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia organowi

pierwszej instancji. W decyzji tej wskazano, m.in.: „wprawdzie wyrażenia umieszczone na karcie – «Program rabatowy» oraz wykaz «apteek, które honorują karty» sugeruje, iż możemy mieć do czynienia z działaniami skierowanymi do pacjentów, które mają na celu zachęcenie pacjentów do dokonywania zakupów we wskazanych aptekach, jednak fakt ten nie został udowodniony. [...] organ I instancji ponownie rozpatrując sprawę powinien rozszerzyć prowadzone postępowanie wyjaśniające i ustalić zasady wydawania i korzystania z kart rabatowych oferowanych przez Stronę. Niewątpliwie należałoby zatem rozważyć uzupełnienie materiału dowodowego o regulamin wydawania kart rabatowych i wszelkie inne dokumenty dotyczące tych kart. [...] Organ II instancji podziela stanowisko [...] że organizowanie programów lojalnościowych, które mają na celu zwiększenie liczby klientów apteki może być uznane za reklamę apteki i tym samym naruszać dyspozycję art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne, jednakże fakt ten musi być w toku postępowania należycie udowodniony, a nie uprawdopodobniony”.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, po ponownym rozpatrzeniu sprawy, zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 94a ust. 1 zd. pierwsze Prawa farmaceutycznego, zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego (art. 94a ust. 1 zd. drugie Prawa farmaceutycznego). Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego (art. 94a ust. 2 Prawa farmaceutycznego). W razie stwierdzenia naruszenia przepisu ust. 1 lub 1a wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje, w drodze decyzji, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy (art. 94a ust. 3 Prawa farmaceutycznego).

Przepis art. 94a Prawa farmaceutycznego został wprowadzony do porządku prawnego ustawą z dnia 30 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 75, poz. 492), na skutek implementacji – m.in. – dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (2004/27/WE). Sformułowany pierwotnie w jego treści zakaz dotyczył reklamy działalności aptek lub punktów aptecznych, skierowanej do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach. Przepis ten został jednak zmieniony z dniem 1 stycznia 2012 r. (zob. art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych; Dz. U. Nr 122, poz. 696). Obecnie, tj. w dniu wydania niniejszej decyzji, art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego stanowi – jak już wyżej wskazano – o zakazie reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Oznacza to, że zakaz ten został rozszerzony w kierunku jakiegokolwiek reklamy aptek, punktów aptecznych oraz – co ważne – ich działalności. Spostrzec trzeba, że w aktualnym w sprawie stanie prawnym, tak samo jak przed dniem 1 stycznia 2012 r., brak jest definicji reklamy apteki i jej działalności.

Posiłkując się definicjami reklamy zawartymi w publikacjach słownikowych wskazać trzeba, że za reklamę uważa się każde działanie mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług (np. *Wielki Słownik Wyrazów Obcych*, pod red. M. Bańki, wyd. PWN, Warszawa 2003).

Oznacza to, że reklamą apteki i jej działalności może być 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. Objęcie zakazem „każdego działania” wyłącza z tej dyspozycji tylko jeden stan faktyczny, określony w zdaniu drugim ust. 1 art. 94a Prawa farmaceutycznego – kierowanie do publicznej wiadomości informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. W orzecznictwie sądów administracyjnych wyrażono pogląd, że przy zastosowaniu analogii do ustawowej definicji reklamy produktu leczniczego, określonej w art. 52 ust. 1 Prawa farmaceutycznego, za reklamę działalności apteki można uznać działalność polegającą na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w danej aptece poprzez „program” kierowany do klientów, który dla jego uczestników przewiduje określone bonusy, upusty, rabaty przy nabyciu towarów, co ma na celu zwiększenie ich sprzedaży. Innymi słowy, reklamą działalności apteki będzie więc zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece. Sąd Najwyższy wyraził stanowisko, iż: „powszechnie przyjmuje się, że reklamą są wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierają w sobie elementów oceniających ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna. [...] Przy rozróżnieniu informacji od reklamy trzeba mieć na względzie, że podstawowym wyznacznikiem przekazu reklamowego jest nie tylko mniej lub bardziej wyraźna zachęta do kupna towaru, ale i faktyczne intencje podmiotu dokonującego przekazu oraz odbiór przekazu przez podmioty, do których jest kierowany. Wypowiedź jest reklamą, gdy nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru – taki cel przyświeca nadawcy wypowiedzi i tak odbiera ją przeciętny odbiorca, do którego została skierowana. Wszelkie promocje, w tym cenowe, są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje. Nie są natomiast reklamą m.in. listy cenowe, które zawierają jedynie informację o cenach towarów lub usług i są publikowane wyłącznie po to, by podać do publicznej wiadomości ceny określonych produktów” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07, Lex nr 307127).

Reklama apteki i jej działalności może przyjmować różne formy zachęcania: poprzez ulotki, foldery, plakaty, czy gazetki temu służące, nie tylko wręczone przez farmaceutów klientom apteki, ale także zachęcające – poprzez Internet – do korzystania z usług programu lojalnościowego/rabatowego, który biorącym w nim udział daje określone bonusy (korzyści w szerokim tego słowa znaczeniu).

Kwestią najistotniejszą dla załatwienia niniejszej sprawy jest kwalifikacja faktu uczestnictwa apteki pod nazwą [...] w [...] w programie rabatowym [...], jako prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki i jej działalności.

W ramach uczestnictwa w programie rabatowym w ww. aptece udzielano rabatów (zniżek) – co do zasady – w wysokości 3% od wartości zakupów realizowanych w danej transakcji (pkt 5.6

regulaminu programu rabatowego [...]. Przy wybranych transakcjach możliwym było udzielenie rabatu w wysokości 5% albo 10%. Warunkiem udzielenia rabatu oraz skumulowania wartości zakupów na koncie uczestnika – pełnoletniej osoby fizycznej biorącej udział w programie – było okazanie karty rabatowej pracownikowi apteki i zarejestrowanie kodu w systemie kasowym przed zakończeniem transakcji i wydrukowaniem paragonu (pkt 5.9 regulaminu programu rabatowego). Zgodnie z regulaminem programu rabatowego (zob. pkt 2.6 i pkt 4.3), warunkiem przystąpienia do tego programu oraz otrzymania karty rabatowej było dokonanie jednorazowego zakupu produktów (towarów i usług objętych programem – całość asortymentu towarów i usług apteki, z wyłączeniem wszelkich produktów objętych refundacją ze środków publicznych) w aptece za minimum 50 zł. Karty wydawali pracownicy apteki (pkt 4.5 regulaminu programu rabatowego). Karta uprawniała uczestnika programu do rabatu od każdej transakcji zakupów produktów w aptece (pkt 4.5 regulaminu programu rabatowego). Uprawnionym do posługiwania się kartą – w celu uzyskania rabatu – był wyłącznie uczestnik (pkt 5.11 regulaminu programu rabatowego). Do otrzymanej karty przypisywane było konto uczestnika, na którym odnotowywano wartość dokonywanych przez uczestnika zakupów produktów w aptece (pkt 4.8 regulaminu programu rabatowego). Wartości zakupów produktów dokonywanych przez uczestnika kumulowano (pkt 4.9 regulaminu programu rabatowego). Uczestnik otrzymywał rabat w wysokości zależnej od skumulowanej wartości dokonanych zakupów produktów (pkt 5.1 regulaminu programu rabatowego). W przypadku braku aktywności uczestnika – polegającej na niedokonywaniu transakcji przy użyciu karty rabatowej w okresie dziewięćdziesięciu dni, licząc od dnia dokonania ostatniej transakcji przy użyciu karty, wartość skumulowanych zakupów na koncie uczestnika automatycznie redukowano do wartości 0 zł, bez względu na wartość dotychczas dokonywanych transakcji (pkt 5.9 regulaminu programu rabatowego). W wykazie partnerów programu rabatowego – aptek – stanowiącym załącznik do regulaminu programu rabatowego – ujęto także aptekę w [...]. Produkty objęte rabatem sprzedawano w ww. aptece w ramach prowadzonej przez nią działalności.

Fakt prowadzenia programu komunikowano publicznie. W szczególności następowało to poprzez informację na temat aptek uczestniczących w programie, którą udostępniano na stronie [www\[...\]pl](#). Jest (było) zatem publicznie wiadome, że dana apteka – w tym przypadku apteka prowadzona przez Stronę – jest partnerem programu. Regulamin zawierający w swej treści wykaz partnerów programu – aptek dostępny był do wglądu w placówce każdej apteki będącej partnerem. Oprócz tego klient apteki dowiadywał się o programie rabatowym od farmaceuty zatrudnionego w aptece.

W ocenie Organu, analiza zebranego materiału dowodowego, a w szczególności regulaminu programu rabatowego [...], pozwala stwierdzić, że program ten jest jedną z form reklamy. Program ten miał na celu przyciągnięcie nowych klientów i zatrzymanie starych, a tym samym doprowadzenie do wzrostu sprzedaży poprzez budowanie lojalności wśród najbardziej wartościowych klientów. Realizacja tego programu niewątpliwie zapewniała podniesienie sprzedaży. Oznacza to, że program rabatowy – poprzez zachętę do kupna produktów we wskazanych aptekach (wiadomość, w których

aptekach i ich adresach udostępniano publicznie) – miał na celu zwiększenie obrotów uczestniczących w nim aptek, w tym w aptecę w [...].

W ocenie Organu, reklama na zewnątrz udziału ww. apteki w programie rabatowym (w Internecie), reklamowała także tę aptekę. Oznacza to reklamę ww. apteki i jej działalności jako uczestnika (partnera) tego programu. Informacja o udziale apteki w programie rabatowym zachęcała jednocześnie do skorzystania z jej usług. Reklama ww. apteki i jej działalności następowała poprzez jej udział w reklamowanym programie rabatowym i miała charakter publiczny.

Powyższe pozwala na stwierdzenie, że Strona naruszyła zakaz reklamy aptek i jej działalności.

Organ, w związku z zaprzestaniem prowadzenia w ww. aptecę programu rabatowego, postanowił jednak umorzyć postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania [...] z siedzibą w [...] zaprzestania prowadzenia reklamy apteki pod nazwą [...] w [...] i jej działalności (pkt I rozstrzygnięcia), gdyż nie można nakazać zaprzestania Spółce prowadzenia reklamy ww. apteki i jej działalności, jeśli Spółka sama zaprzestała prowadzenia takiej reklamy przed wydaniem decyzji przez Organ. Zgodnie z oświadczeniem Prezesa Spółki z dnia 10 maja 2013 r.: „od dnia 1 kwietnia 2013 r. apteka w [...] nie prowadzi programu rabatowego. [...] od dnia 25 lipca 2012 roku (czyli od daty uchylecia decyzji tutejszego WIF) do 1 kwietnia 2013 r. w aptecę w [...] możliwe było wyłącznie uzyskanie rabatu od dokonanego zakupu po okazaniu karty rabatowej. Nowi klienci nie mieli [...] możliwości przystąpienia do programu”. Organ daje wiarę oświadczeniu Prezesa Spółki z dnia 10 maja 2013 r. Zaprzestanie prowadzenia reklamy czyni niniejsze postępowanie administracyjne w części „nakazowej” bezprzedmiotowym. Decyzja nakazująca zaprzestanie Spółce prowadzenia reklamy ww. apteki i jej działalności byłaby, zdaniem Organu, niewykonalna w dniu jej wydania i jej niewykonalność miałyby charakter trwały.

Według art. 129b ust. 1 Prawa farmaceutycznego, karze pieniężnej w wysokości do 50000 złotych podlega ten kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności. Karę pieniężną, określoną w ust. 1, nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji administracyjnej (art. 129b ust. 2 Prawa farmaceutycznego). Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów (art. 129b ust. 3 Prawa farmaceutycznego). Oznacza to, że wymiar kary jest ściśle uzależniony od ustaleń faktycznych związanych z naruszeniem zakazu reklamy apteki i jej działalności; jest bezpośrednią konsekwencją tych ustaleń. Kary pieniężne uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna. Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe (art. 129b ust. 4 Prawa farmaceutycznego). Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami za zwłokę następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (art. 129b ust. 5 Prawa farmaceutycznego).

Kara pieniężna, o której mowa w art. 129b ust. 1 Prawa farmaceutycznego, jest sankcją administracyjną za popełnienie deliktu administracyjnego, a zatem kara ta jest wynikiem nielegalnych działań. Odpowiedzialność zagrożona karą pieniężną jest tzw. odpowiedzialnością obiektywną, a nie na zasadzie winy. Innymi słowy, odpowiedzialność ta uzależniona jest od obiektywnego naruszenia normy zakazującej prowadzenia reklamy aptek i ich działalności, a nie od jednej z form winy w

rozumieniu prawa cywilnego czy karnego. Nie można zapominać też o celu tej kary. Nie jest ona wyłącznie automatyczną konsekwencją naruszenia prawa w przeszłości, ma też ona oddziaływać na zachowania w przyszłości, „przymuszając” niejako do przestrzegania zakazu, o którym w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego. Celem kary pieniężnej jest zagwarantowanie zgodnego z prawem prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na prowadzeniu apteki ogólnodostępnej. Kara pieniężna stanowiąca konsekwencję nieprzestrzegania zakazu prowadzenia reklamy aptek i ich działalności ma na celu zapobieganie ewentualnym kolejnym naruszeniom w tym zakresie, dlatego zamiarem ustawodawcy było nadanie karze pieniężnej, o której mowa w art. 129b ust. 1 Prawa farmaceutycznego, charakteru obligatoryjnego. Użycie w art. 129b ust. 1 Prawa farmaceutycznego sformułowania „karze pieniężnej [...] podlega ten kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności” zobowiązuje uprawniony organ do nałożenia takiej kary w każdym przypadku ustalenia, że doszło do naruszenia tego zakazu. Organ ma jedynie możliwość miarkowania wysokości kary.

Co warte podkreślenia, obowiązek poniesienia ujemnych konsekwencji finansowych za popełniony delikt administracyjny jest niezależny od obowiązku zaprzestania reklamy aptek (-i) i ich (jej) działalności. Gdyby bowiem uznać, że kara pieniężna, o której mowa w 129b Prawa farmaceutycznego, może być wymierzona wyłącznie dopóty, dopóki naruszenie nie zostało usunięte, wówczas sankcja nie byłaby ani skuteczna, ani tym bardziej odstrasżająca. Wskazać trzeba, że umorzenie postępowania administracyjnego w części dotyczącej nałożenia kary pieniężnej, pomimo stwierdzenia naruszenia art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, prowadziłyby do skutków niemożliwych do zaakceptowania z punktu widzenia zasad praworządnego państwa, ponieważ podważałoby skuteczność systemu prawa.

Umorzenie postępowania administracyjnego w części dotyczącej nakazania Spółce zaprzestania prowadzenia reklamy ww. apteki i jej działalności, mając na uwadze powyższe, nie stoi zatem na przeszkodzie nałożeniu na Stronę kary pieniężnej za prowadzenie reklamy ww. apteki i jej działalności w okresie od dnia 1 stycznia 2012 r., tj. od dnia rozpoczęcia programu rabatowego [...], którego partnerem była apteka pod nazwą [...] w [...] (zob. załącznik do regulaminu programu rabatowego), do dnia 31 marca 2013 r. (zob. oświadczenie Prezesa Spółki z dnia 10 maja 2013 r.).

Biorąc pod uwagę:

- że Spółka przyznała, iż ww. apteka była partnerem programu rabatowego [...] (co wynika też z pozostałego zgromadzonego materiału dowodowego),
- że Spółka nie naruszyła uprzednio przepisów, o których mowa w art. 129a ust. 3 Prawa farmaceutycznego,
- okres trwania reklamy apteki i jej działalności (od dnia 1 stycznia 2012 r. do dnia 31 marca 2013 r. – piętnaście miesięcy),
- niezaprzestanie prowadzenia programu rabatowego, mimo wszczęcia niniejszego postępowania administracyjnego (dnia 14 lutego 2012 r.) i wyrażenia stanowiska przez organ wyższego stopnia w decyzji z dnia 16 lipca 2012 r., że „organizowanie programów lojalnościowych, które mają na celu zwiększenie liczby klientów apteki może być uznane za reklamę apteki i tym

samym naruszać dyspozycję art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne”, a program rabatowy [...] ma w istocie taki charakter,

stwierdzić należy, że nałożona kara pieniężna – w kwocie 6500,00 zł – jest adekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności prowadzenia reklamy ww. apteki i jej działalności. Kara w wysokości określonej w pkt. II rozstrzygnięcia, w ocenie Organu, spełni także swój skutek prewencyjny.

Karę pieniężną należy uiścić w terminie 7 dni od dnia ustatecznienia się decyzji na konto wskazane w pkt. II rozstrzygnięcia.

Mając powyższe na uwadze należało orzec, jak na wstępie.

Pouczenie:

Od niniejszej decyzji Stronie przysługuje prawo wniesienia odwołania do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za pośrednictwem Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we Wrocławiu, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji.

Otrzymuje:

[...]