



**DOLNOŚLĄSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY
WE WROCŁAWIU**

Wrocław, dnia 28 czerwca 2013 r.

WIF-WR-I.8523.32.2012

D E C Y Z J A

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu

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

umarza postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania [...] z siedzibą w [...] zaprzestania prowadzenia reklamy następujących aptek: [...], i ich działalności – polegającej na uczestnictwie tych aptek w programie [...];

II. na podstawie art. 129b ust. 1-2 i 4 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,

nakłada karę pieniężną na [...] z siedzibą w [...] w kwocie 20000,00 zł (słownie złotych: dwadzieścia tysięcy), 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 26 kwietnia 2013 r. (WIF-WR-I.8523.32.2012), na podstawie art. 61 § 4 K.p.a., zawiadomił [...] z siedzibą w [...] o wszczęciu, z urzędu, postępowania administracyjnego w przedmiocie nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy następujących aptek: [...] i ich działalności – polegającej na uczestnictwie tych aptek w programie [...] – oraz nałożenia kary pieniężnej.

Organ, ww. pismem, na podstawie art. 50 § 1 K.p.a., wezwał jednocześnie Spółkę do złożenia wyjaśnień w zakresie objętym przedmiotem postępowania administracyjnego, a w szczególności zwrócił się o wskazanie, czy ww. apteki nadal uczestniczą w programie [...] oraz przesłanie kopii umowy łączącej [...] z siedzibą [...] z organizatorem programu [...] (poświadczonej za zgodność z oryginałem).

Dnia 20 maja 2013 r. do Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego we Wrocławiu wpłynęła odpowiedź Spółki na wezwanie Organu z dnia 26 kwietnia 2013 r., w której treści wskazano, że w pięciu wymienionych w piśmie Organu aptekach akceptowane są karty [...], a następnie zaznaczono, że nie samo uczestnictwo apteki w programie jest naruszeniem prawa, a publiczne informowanie o uczestnictwie apteki w tym programie.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, pismem z dnia 28 maja 2013 r., zawiadomił o zakończeniu postępowania wyjaśniającego w sprawie nakazu zaprzestania reklamy następujących aptek: [...], i ich działalności – polegającej na uczestnictwie tych aptek w programie [...] – oraz nałożenia kary pieniężnej. Organ poinformował jednocześnie, że w terminie siedmiu dni od dnia doręczenia ww. pisma Strona (jej przedstawiciel lub pełnomocnik) może – stosownie do treści art. 10 § 1 K.p.a. – przed wydaniem decyzji administracyjnej wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Dnia 12 czerwca 2013 r. do Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego we Wrocławiu wpłynęły – przesłane przez Stronę, „celem uzupełnienia materiału dowodowego” – dwie opinie prawne (jedna autorstwa [...], a druga – [...]). Autorzy opinii prawnych wyrazili stanowisko, że – w ich ocenie – uczestnictwo apteki (apteki) w programie [...] nie narusza art. 94a Prawa farmaceutycznego.

Dnia 24 czerwca 2013 r. do Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego we Wrocławiu wpłynęła informacja Spółki, że z dniem 20 czerwca 2013 r. program [...] w aptekach wskazanych w zawiadomieniu Organu z dnia 28 maja 2013 r. przestał funkcjonować. Do pisma Spółki załączono rezygnację z uczestnictwa w programie ww. aptek. Spółka wniosła o umorzenie postępowania.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu 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 wręczane 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 w programie [...] apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej w [...] przy ul. [...], apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej w [...] przy ul. [...], apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej w [...] przy ul. [...], apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej w [...] przy ul. [...], jako prowadzenia niedozwolonej reklamy aptek i ich działalności.

W ramach uczestnictwa w programie [...] dokonywana jest sprzedaż określonych produktów nierfundowanych, honorując uprawnienia uczestników programu do skorzystania z przypisanych do tych produktów ofert rabatowych. Celem tego programu jest zapewnienie osobom objętym tym programem możliwości dokonania zakupu określonych produktów po atrakcyjnych cenach, co należy uznać za działanie mające na celu przyciągnięcie do apteki uczestniczącej w programie nowych klientów i zachowanie dotychczasowych.

Fakt prowadzenia programu [...] komunikowano publicznie. W szczególności następowało to poprzez informację na temat aptek uczestniczących w programie, która jest dostępna w Internecie (www[...].pl). Jest (było) publicznie wiadome, że dana apteka jest uczestnikiem programu. Oprócz tego klient apteki dowiadywał się o programie od farmaceuty zatrudnionego w aptece. Poza tym, informacje na temat programu są dostępne publicznie, np. poprzez ulotki znajdujące się w lokalu apteki, który jest przecież powszechnie dostępny, a zatem każdy ma dostęp do informacji na temat programu. Funkcjonuje też infolinia.

W ocenie Organu, analiza zebranego materiału dowodowego pozwala stwierdzić, że program [...] jest jedną z form reklamy. Program ten – jako program lojalnościowy – ma 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 i zapewnia podniesienie sprzedaży. Oznacza to, że program [...] – 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 ww. aptekach. Programy lojalnościowe zapewniają bowiem 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.

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

Takie samo stanowisko w analizowanym zakresie zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 5 marca 2013 r., VI SA/Wa 2618/12, czy w wyroku z dnia 15 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 2617/12.

W tym miejscu wskazać należy, że Organ – mając na uwadze powyższe – nie zgadza się z poglądami zawartymi w opiniach prawnych przedstawionych przez Stronę.

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

Organ, w związku z zaprzestaniem funkcjonowania ww. aptekach programu [...], postanowił jednak umorzyć postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania [...] z siedzibą w [...] zaprzestania prowadzenia reklamy następujących aptek: [...], i ich działalności – polegającej na uczestnictwie tych aptek w programie [...] (pkt I rozstrzygnięcia), gdyż nie można nakazać zaprzestania Spółce prowadzenia reklamy ww. aptek i ich działalności, jeśli Spółka sama zaprzestała prowadzenia takiej reklamy przed wydaniem decyzji przez Organ. Zaprzestanie prowadzenia reklamy czyni niniejsze postępowanie administracyjne w części „nakazowej” bezprzedmiotowym. Decyzja nakazująca zaprzestanie Spółce prowadzenia reklamy ww. aptek i ich działalności byłaby, zdaniem Organu, niewykonalna w dniu jej wydania i jej niewykonalność miałaby 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. aptek i ich działalności, mając na uwadze powyższe, nie stoi zatem na przeszkodzie nałożeniu na Stronę kary pieniężnej za prowadzenie reklamy ww. aptek i ich działalności w okresie od dnia 1 stycznia 2012 r. do dnia 20 czerwca 2013 r.

Biorąc pod uwagę:

– że Spółka przyznała, iż ww. apteki uczestniczyły w programie [...] (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 aptek i ich działalności (od dnia 1 stycznia 2012 r. do dnia 20 czerwca 2013 r.),

– niezaprzestanie prowadzenia programu lojalnościowego – [...], mimo wszczęcia niniejszego postępowania administracyjnego,

– że w programie [...] uczestniczyło aż pięć aptek na terenie województwa dolnośląskiego, na których prowadzenie Spółka uzyskała zezwolenie, a tym samym – znaczny obszar oddziaływania reklamy,

stwierdzić należy, że nałożona kara pieniężna – w kwocie 20000,00 zł – jest adekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności prowadzenia reklamy ww. aptek 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:

[...]