



**DOLNOŚLĄSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY
WE WROCŁAWIU**

Wrocław, dnia 22 stycznia 2014 r.

WIF-WR-I.8523.92.2013

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 [...] zaprzestania prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej w [...] przy ul. [...] i jej działalności – polegającej na uczestnictwie tej apteki 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 [...] za prowadzenie reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej w [...] przy ul. [...] i jej działalności – polegającej na uczestnictwie tej apteki w programie [...], w kwocie 4000,00 zł (słownie złotych: cztery tysiące), którą należy wpłacić na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego we Wrocławiu, Pl. Powstańców Warszawy 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 22 października 2013 r. (WIF-WR-I.8523.92.2013), na podstawie art. 61 § 4 K.p.a., zawiadomił [...] o wszczęciu, z urzędu, postępowania administracyjnego w przedmiocie nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej w [...] ul. [...] i jej działalności – polegającej na uczestnictwie tej apteki w programie [...] – oraz nałożenia kary pieniężnej.

W toku postępowania prowadzonego przez Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we Wrocławiu [...] wskazał, że ww. apteka nie uczestniczy już w programie [...]; uczestniczyła od dnia 1 stycznia 2012 r. do dnia 7 kwietnia 2013 r. Strona – na wezwania Organu – przesłała:

porozumienie o rozwiązaniu umowy o współpracy z dnia 7 kwietnia 2013 r., umowę o współpracy z dnia 1 lutego 2012 r., projekt porozumienia w sprawie zawieszenia udziału apteki w Programie [...], kopie faktur o numerach: [...].

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, pismem z dnia 7 stycznia 2013 r. (WIF-WR-I.8523.92.2013), zawiadomił Stronę o zakończeniu postępowania wyjaśniającego w przedmiocie nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej w [...] przy ul. [...] i jej działalności – polegającej na uczestnictwie tej apteki w programie [...] – oraz nałożenia kary pieniężnej. W piśmie tym poinformowano także Stronę, że w terminie siedmiu dni od dnia doręczenia niniejszego 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.

Strona nie skorzystała z ww. możliwości czynnego udziału w prowadzonym postępowaniu administracyjnym przed wydaniem niniejszej decyzji.

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. [...], jako prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki i jej działalności.

Uczestnictwo, o którym mowa wyżej, polegało – w odniesieniu do [...] – na korzystaniu przez ww. aptekę z systemu komputerowego, którego funkcjonalność pozwalała na ustalenie wysokości rabatu, z którego

mógł skorzystać uczestnik programu, na podstawie rejestrowanej w tym systemie ilości plusów. [...] realizowano w aptece i poprzez Internet. W aptece klient otrzymywał od farmaceuty kartę programu i był o nim informowany. Wydawanie kart i broszur zlecane było bezpośrednio przez organizatora programu. Produktów o obniżonej cenie nie wydawano w ramach programu, lecz sprzedawano jego uczestnikom przez aptekę w ramach prowadzonej przez nią działalności; objęte były jej ofertą rabatową. [...] miał na celu 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 ww. programu był komunikowany publicznie. W szczególności następowało to poprzez informację na temat aptek uczestniczących w programie, którą można (było) znaleźć na stronie [http://www\[...\]pl](http://www[...]pl), czy po zalogowaniu na stronie [https://\[...\]com](https://[...]com). Było zatem publicznie wiadome, że dana apteka – w analizowanym przypadku apteka prowadzona przez Stronę – uczestniczy (uczestniczyła) w programie. Oprócz tego klient apteki dowiadywał się o [...] od farmaceuty i z wręczonych mu ulotek zachęcających do uczestnictwa poprzez oferowany system rabatów i obniżania kosztów leczenia. Źródłem informacji była też infolinia. Informacja o programie [...] dostępna jest (była) w Internecie i w prasie.

W ocenie Organu, analiza zebranego materiału dowodowego pozwala stwierdzić, że [...] jako program lojalnościowy jest jedną z form reklamy. Programy lojalnościowe definiowane są jako służące przyciągnięciu nowych klientów i zatrzymaniu starych, mają za zadanie doprowadzenie do wzrostu sprzedaży poprzez budowanie lojalności wśród obecnych najbardziej wartościowych klientów czy jako narzędzia promocji konsumenckiej stosowanej w sprzedaży, w którym konsumenci nagradzani są w zależności od częstotliwości nabywania produktów lub usług danej firmy i 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. Oznacza to, iż [...] – poprzez zachętę do kupna produktów we wskazanych poprzez Internet aptekach – miał na celu zwiększenie obrotów uczestniczących w nim aptek. Adresy ww. aptek uczestniczących w [...] udostępnione były w Internecie. W samej aptece reklamowano program lojalnościowy poprzez prowadzenie zachęty do nabywania tańszych leków, korzystnych rabatów w celu pozyskania klientów.

Ponadto wskazać trzeba, że takie czynności jak: naliczanie punktów (plusów), czy udzielanie wyjaśnień i informacji dotyczących [...] nie mieszczą się w katalogu usług farmaceutycznych określonych w art. 86 ust. 2 Prawa farmaceutycznego. Opieka farmaceutyczna, niezależnie od udziału apteki w [...], powinna być świadczona przez każdego farmaceutę, co wynika wprost z art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich. Na gruncie niniejszej sprawy warto zaznaczyć, że sprawowanie opieki farmaceutycznej w dodatkowym i specjalnym programie stanowi zachętę do kupna produktów wyłącznie we wskazanych, konkretnych aptekach. [...] w rzeczywistości sprowadza się do naliczania kolejnych plusów za

dokonane zakupy i wynagradzanie pacjenta za dokonanie odpowiedniej liczby transakcji, a to nie mieści się w zakresie opieki farmaceutycznej, o której mowa w art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy o izbach aptekarskich.

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, w wyrokach z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 315/13 i VI SA/Wa 317/13, czy w wyroku z dnia 17 czerwca 2013 r., VI SA/Wa 930/13. W ostatnim z powołanych orzeczeń Sąd wprost stwierdził: „[...] informacje dotyczące programu są publicznie dostępne: ulotki na temat [...] znajdują się w lokalu apteki, który jest powszechnie dostępny, zatem każdy może mieć swobodny dostęp do informacji na temat Programu. Funkcjonuje strona internetowa oraz infolinia, gdzie również pacjent może znaleźć informacje na temat Programu. Ponadto uczestnik programu otrzymuje publikacje związane z programem, które niewątpliwie mają na celu przypominanie pacjentom o możliwości skorzystania z usług apteki, która bierze udział w [...]. Zamierzeniem tego projektu lojalnościowego jest uatrakcyjnienie oferty apteki. Jest to mechanizm budowania lojalności klienta, który polega na zachęceniu go do korzystania z usług konkretnej apteki. Wiąże zatem korzyść dla klienta z dokonywaniem zakupów w konkretnej aptece stanowiąc niedozwoloną reklamę w rozumieniu art. 94a Prawa Farmaceutycznego”.

W tym miejscu wskazać należy, że Organ – mając na uwadze powyższe – nie zgadza się z poglądami zawartymi w opiniach prawnych znajdujących się aktach sprawy, iż uczestnictwo apteki (apteki) w programie [...] nie narusza art. 94a Prawa farmaceutycznego. Zebrany materiał dowodowy oraz przedstawione przez organ wyżej rozważania, a także (aktualne) orzecznictwo sądów administracyjnych nie pozwalają na przyjęcie stanowiska w nich wyrażonego.

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

Organ, w związku z zaprzestaniem funkcjonowania w ww. aptece programu [...] przed wydaniem niniejszej decyzji, postanowił jednak umorzyć postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania Stronie zaprzestania prowadzenia reklamy ww. apteki i jej działalności – polegającej na uczestnictwie tej apteki w programie [...] (pkt I rozstrzygnięcia), gdyż nie można nakazać zaprzestania prowadzenia reklamy ww. apteki i jej działalności, jeśli Strona sama zaprzestała prowadzenia takiej reklamy przed wydaniem decyzji przez Organ. Zaprzestanie prowadzenia reklamy czyni niniejsze postępowanie administracyjne w części „nakazowej” bezprzedmiotowym.

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 (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. 2 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 warto podkreślić, 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 odstraszająca. 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 praworządności państwa, ponieważ podważałoby skuteczność systemu prawa (zob. w tym zakresie wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 grudnia 2011 r., VII SA/Wa 2100/11, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>).

Umorzenie postępowania administracyjnego w części dotyczącej nakazania [...] 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. do dnia 7 kwietnia 2013 r. (zob. oświadczenie [...] z dnia 12 grudnia 2013 r.). W tym miejscu wskazać trzeba jeszcze, że Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, wyrokiem z dnia 27 czerwca 2013 r., VI SA/Wa 456/13, oddalił skargę na decyzję Głównego Inspektora Farmaceutycznego utrzymującą w mocy decyzję organu pierwszej instancji, którą umorzono postępowanie w sprawie naruszenia art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego i jednocześnie nałożono karę pieniężną.

Biorąc pod uwagę:

– że Strona przyznała, iż ww. apteka uczestniczyła w programie [...],

– Strona – jako podmiot, który uzyskał zezwolenie na prowadzenie ww. apteki – powinna (obowiązana jest) znać obowiązujące przepisy prawa, w tym ustawę – Prawo Farmaceutyczne i zawarty w tym akcie normatywnym przepis stanowiący o zakazie prowadzenia reklamy apteki i jej działalności, i je stosować/przestrzegać,

– znaczny okres trwania reklamy apteki i jej działalności – od dnia 1 stycznia 2012 r. do dnia 7 kwietnia 2013 r.,

– że Strona nie naruszyła uprzednio przepisów, o których mowa w art. 129a ust. 2 Prawa farmaceutycznego,

stwierdzić należy, że nałożona kara pieniężna – w kwocie 4000,00 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:

[...]