

Świętokrzyski Wojewódzki

Inspektor Farmaceutyczny

w Kielcach

Kielce, dn. 30.01.2013r.

WIF-KI-WSN.8523.44.2012

DECYZJA

Na podstawie art. 94a oraz art. 129b ust.1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008r. nr 45 poz. 271 ze zm.) w związku z art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U.z 2000r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.)

**ŚWIĘTOKRZYSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR
FARMACEUTYCZNY w KIELCACH**

- I. **nakazuje** przedsiębiorcy (...) spółka z o.o. w Z prowadzącej aptekę ogólnodostępną położoną w K przy ul. (...) zaprzestać prowadzenia reklamy apteki i jej działalności, polegającej na uczestnictwie w programach:
 - P(...),
 - D(...),
 - P(...),
- II. nakłada na przedsiębiorcę (...) spółka z o.o. w Z prowadzącej aptekę ogólnodostępną położoną w K przy ul. (...) karę pieniężną w kwocie 2.500 zł (słownie złotych: dwa tysiące pięćset złotych), którą należy wpłacić na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Kielcach Bank NBP Oddział Kielce Nr 68 1010 1238 0844 3322

3100 0000 w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji,
III. decyzji w pkt.I nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.

UZASADNIENIE

W niniejszej sprawie wszczęto postępowanie administracyjne w celu ustalenia, czy ujawnione działania przedmiotowej apteki polegające na uczestnictwie w programach:

- **D(...),**
- **P(...),**
- **P(...),**

pozostają w zgodzie z uregulowaniami ustawy Prawo farmaceutyczne.

Uczestnictwo apteki prowadzonej w K przy ul. (...) w w/w programach jest ewidentne, zostało potwierdzone przez stronę (*dowód*: pismo z dnia 11.12.2012r. wraz z załączonymi umowami) oraz oświadczenie kierownika apteki (*dowód*: oświadczenie, zał. 28)

W związku z powyższym Świętokrzyski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Kielcach zwrócił się do strony o wyjaśnienie w sprawie funkcjonowania programów:

- **D(...),**
- **P(...),**
- **P(...),**

w aptecę ogólnodostępną (...) spółka z o.o. w Z położonej w K przy ul. (...).

W piśmie z dnia 11.12.2012r. Spółka udzieliła odpowiedzi, w której poinformowała o zasadach uczestnictwa w w/w programach oraz załączyła umowy dotyczące uczestnictwa spółki prowadzącej aptekę w w/w programach.

Do akt sprawy załączone zostały Katalogi i informatory dotyczące uczestnictwa w w/w programach.

Ponadto spółka złożyła do akt sprawy pismo, w którym stwierdziła, iż jej działania są legalne, dołączając jednocześnie pięć opinii prawnych w przedmiocie funkcjonowania programów i uczestnictwa w nich apteki.

W związku z uregulowaniami art. 10 § 1 kpa, organ poinformował stronę, że zakończył prowadzenie postępowania dowodowego w przedmiocie naruszenia art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. - Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.)

przez (...) spółka z o.o. w Z prowadzącej aptekę ogólnodostępną położoną w K przy ul. (...). Poinformował, że w terminie 7 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma strona może wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, ma także prawo wglądu w akta sprawy oraz, że po upływie wyznaczonego terminu, zostanie wydana decyzja administracyjna.

We wskazanym terminie, strona nie wniosła innych wyjaśnień, nie składała też żadnych wniosków, oraz nie zapoznawała się z aktami sprawy.

Organ zważył co następuje:

Podstawą wszczęcia i prowadzenia przedmiotowego postępowania, którego stroną jest (...) spółka z o.o. w Z prowadząca aptekę ogólnodostępną położoną w K przy ul. (...) jest art. 94a ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo farmaceutyczne oraz stwierdzenie, że apteka uczestniczy w programach:

- D(...),
- P(...),
- P(...),

Zgodnie z brzmieniem art. 94a ust. 1, 2 i 3 ustawy 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 wyżej wymienionego przepisu wojewódzki Inspektor farmaceutyczny nakazuje w drodze decyzji zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.*

Z uwagi na fakt, że ustawa Prawo farmaceutyczne nie zawiera legalnej definicji reklamy posłużyć się należy w tym względzie definicją zawartą w wydanych opracowaniach słownikowych a także orzecznictwem sądów administracyjnych.

I tak według Słownika Wyrazów Obcych Wydawnictwo Naukowe PWN 1996, za reklamę należy rozumieć rozpowszechnianie informacji o danych towarach, ich zaletach, wartości.

miejscach i możliwościach nabycia ... za pomocą plakatów, ogłoszeń w prasie, radiu i w telewizji stanowiące zachętę do nabywania towarów lub korzystania z określonych usług.

Podobna definicja zawarta jest w Małym Słowniku Języka Polskiego Wydawnictwo Naukowe PWN 1996.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów administracyjnych, wydanym wprawdzie pod rządami przepisu art. 94a ust.1 ustawy Prawo farmaceutyczne obowiązującego do dnia 31.12.2011r.

- 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 (wyrok WSA w Warszawie z 14.05.2008r. sygn. akt VII SA/Wa 2215/07),
- reklamą może być każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych (wyrok WSA w Warszawie z 1.02.2008r. sygn. akt VII SA/Wa 1960/07),
- reklamą działalności apteki jest każde działanie, każda jej działalność niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeżeli celem tej działalności jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w danej aptece lub punkcie aptecznym (wyrok WSA w Warszawie z dn. 22.11.2007r. sygn. akt VII SA/Wa 1661/07),
- reklamą jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych konsumentów, odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę mającą na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług - wyrok SN z 26.01.2006r. sygn. akt V CSK 83/05.

Reasumując należy stwierdzić, że reklamą jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych przez aptekę towarów i która w taki sposób jest odbierana przez pacjentów.

Reklama może przyjmować różne formy w szczególności haseł sloganów spotów TV, ulotek,

billboardów, folderów czy gazetek.

Za reklamę działalności apteki zostały uznane również czynności polegające na wręczaniu bonów rabatowych, umieszczanie obok nazwy apteki napisów: niskie ceny, wysokie rabaty. Za działania reklamowe winny być uznane wszystkie te działania, których zamierzonym celem jest pozyskanie nowych lub zatrzymanie „starych klientów”.

W przeciwieństwie do informacji handlowej, która zawiera obiektywne informacje o produkcie lub usługach świadczonych przez przedsiębiorcę istotą reklamy jest zachęcanie.

Na gruncie obecnie obowiązującego art. 94a ust. 1 ustawy Prawo Farmaceutyczne należy stwierdzić, że reklamą apteki jest wszystko to, co nie jest informacją o lokalizacji i godzinach pracy apteki. I nie ma tutaj znaczenia czy jest ona skierowana do publicznej wiadomości.

Za szerokim rozumieniem reklamy przemawia fakt, że ustawodawca nie zawarł w art. 94a ust. 1 ustawy Prawo Farmaceutyczne żadnych wyłączeń, w przeciwieństwie do definicji reklamy produktu leczniczego o jakim mowa w art. 52 tejże ustawy.

Organ na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustalił, że program pod nazwą:

- **P(...)** zasady uczestnictwa nie pozostawiają wątpliwości co do celu, dla którego program jest realizowany przez stronę, a mianowicie uatrakcyjnienia apteki jako miejsca, w którym klienci będą mogli przy okazaniu odpowiedniej karty, skorzystać z różnych rabatów przy zakupie dostępnych tam produktów. Takie działanie nosi niewątpliwie znamiona reklamy. Na potwierdzenie powyższego został zgromadzony materiał dowodowy (*dowód*: umowa z dnia 17.08.2009 zawarta z (...) S.A. w Ł, katalog promocyjny zał. 34). Wynika z niego niezbicie, iż klient apteki posługując się kartą rabatową e(...) płaci jedynie za część należności (*dowód*: umowa z dnia 17 sierpnia 2009 z (...) S.A. w Ł). Kwota zapłacona kartą (...) jest i tak pokrywana przez stronę (właściciela apteki), o czym świadczą zapisy umowy.

W ocenie organu udział strony w programie **P(...)** zachęca uczestników programu do dokonywania zakupu produktów w przedmiotowej aptece. Aby móc uczestniczyć w w/w programie klient apteki wypełnia jedynie formularz zgłoszeniowy, zaś otrzymaną nieodpłatnie (!) kartę (...) aktywuje na stronie WWW(...) lub w aptece.

- **P(...)** jest zorganizowany przez (...) S.A. w W tj. podmiot udzielający stronie niniejszego postępowania franczyzy na prowadzenie min. apteki zlokalizowanej w K przy ul. (...). Najważniejszym zaś elementem wskazującym, iż uczestnictwo przez aptekę w w/w

programie stanowi reklamę jej działalności jest treść informacji zamieszczonej w Informatorze (zał. 31). Z zawartych tamże informacji wynika, iż „dokonywanie zakupów w aptekach objętych programem wiąże się dodatkowo ze zmniejszeniem ceny produktów...” w wyniku zbierania punktów za pomocą karty uczestnika, samo zaś uczestnictwo w programie jest dla klienta apteki bezpłatne. Zamieszczenie w informatorze takiego przekazu jasno wskazuje na reklamowy charakter programu, który ma propagować uczestniczące w nim apteki.

- **P(...)** skierowany do klientów aptek po 60 roku życia i umożliwia uzyskiwanie przez uczestniczące w nim osoby obniżek cen asortymentu sprzedawanego w aptece. Natomiast przedmiotowe obniżenie ceny jest w rzeczywistości finansowane przez stronę. Świadczy o tym złożona do akt sprawy przez właściciela apteki „Deklaracja uczestnictwa w projekcie P(...)”. Mianowicie strona jest „Współ sponsorem” programu i pokrywa koszty różnicy pomiędzy odpłatnością pacjenta za produkty lecznicze w aptece a sugerowanym poziomem odpłatności przypisanym dla tych produktów leczniczych nabywanych przez Beneficjentów. Powyższe działania zachęcają klientów do zakupów, oferując im korzyści w postaci *de facto* uregulowania za nich części należności za zakupy w aptece.

Powyższe niewątpliwie, należy uznać za reklamę apteki i jej działalności.

Programy stwarzają warunki przymuszania do związania się z apteką oraz mają na celu zwiększenie obrotu w aptece uczestniczącej w programie. Pracownicy apteki udzielają wszelkich informacji i wyjaśnień dotyczących programów. Ponadto informowanie na stronach internetowych o Programach, warunkach i uczestnictwie w nim oraz wykaz aptek w nich uczestniczących, w tym apteki położonej w K przy ul. (...) stanowi reklamę apteki i jej działalności.

Programy, w których uczestniczy przedmiotowa apteka mieszczą się w pojęciu niedozwolonej reklamy z art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne.

Działalność gospodarcza w tym handlowa czy usługowa jest działalnością zarobkową. Prowadzenie apteki do takiej działalności zarobkowej nakierowanej na osiągnięcie zysków również się zalicza. Trudno zatem przyjąć aby obsługiwanie w szerokim tego słowa znaczeniu organizatorów w/w programów przez stronę (angażowanie własnych pracowników, wydawanie kart uczestnictwa w programie, przyjmowanie deklaracji uczestnictwa w

projekcie, funkcjonowanie we własnych komputerach programów obsługujących programy, ustawienie kas fiskalnych uwzględniające uczestnictwo w programach) stanowiło jej działalność charytatywną.

Oceniając uczestnictwo przez stronę w w/w programach należy stwierdzić, że stanowi ono niedopuszczalną reklamę apteki i jej działalności a tym samym narusza art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne w obowiązującym jej brzmieniu.

Zauważyć ponadto należy, że katalog usług świadczonych przez aptekę, o jakim mowa w art. 86 ust. 2. ustawy Prawo Farmaceutyczne jest katalogiem zamkniętym.

Wykonywanie zatem przez aptekę usług polegających na wydawaniu pacjentom kart (...), nie mieści się w w/w katalogu.

Z podstawowych warunków prowadzenia działalności, zawartych w udzielonym stronie zezwoleniu wynika, że podjęcie działalności określonej w zezwoleniu i jej prowadzenie musi być zgodne z przepisami dotyczącymi produktów leczniczych, wyrobów medycznych i innego asortymentu, który może być przedmiotem obrotu w aptece, przepisami dotyczącymi aptek oraz Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej.

Wskazać również należy, że odnośnie programów lojalnościowych, wypowiedziało się Ministerstwo Zdrowia, które jednoznacznie uznało, że po dniu 1 stycznia 2012 r. prowadzenie takich programów będzie niedozwolone jako naruszające zarówno art. 49 ustawy o refundacji, jak również art. 94a Prawa farmaceutycznego.

W podobnym tonie wypowiedział się również Główny Inspektor Farmaceutyczny, który wskazał, iż mając na uwadze definicję reklamy apteki: „Reklamą działalności apteki jest działanie polegające na zachęcaniu potencjalnych klientów do dokonywania zakupu usług farmaceutycznych w konkretnej aptece lub punkcie aptecznym. 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" oraz definicje i celowość programów lojalnościowych należy stwierdzić, że są one formą reklamy działalności aptek, gdyż stanowią one zachętę do kupna produktów leczniczych wyłącznie we wskazanych aptekach w celu zwiększenia ich obrotów.

Zgodnie z art. 129b ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne karze pieniężnej w wysokości do 50.000 zł podlega ten, kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi m.in. reklamę apteki oraz jej działalności. Karę pieniężną nakłada 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.

Przepisy ustawy nie zawierają jednak przypadków naruszeń, które uzasadniałyby zastosowanie kary pieniężnej w konkretnej wysokości.

Nałożenie kary pieniężnej jest obligatoryjne. Wynika wprost z przepisów ustawy.

Organ stwierdzając prowadzenie zakazanej reklamy apteki jest zatem zobowiązany nałożyć na przedsiębiorcę naruszającego powołany przepis stosowną karę pieniężną.

Strona przyznała, że prowadzona przez nią apteka uczestniczy w programach:

-P(...),

-D(...),

-P(...),

Organ w ramach prowadzonego postępowania stwierdził, że udział apteki w programach, które w istocie swej poprzez odnoszenie korzyści (obniżenie ceny) przez uczestniczących w nim pacjentów zachęca do dokonywania zakupów w prowadzonej przez stronę aptecę stanowi niedozwoloną jej reklamę i jej działalność.

Biorąc pod uwagę fakt, że:

- Przedsiębiorstwo strona nie była uprzednio karana, za naruszenie art. 94a ust.1 ustawy Prawo Farmaceutyczne,
- naruszenie art. 94a ust. 1 ustawy Prawo Farmaceutyczne przez stronę stwierdzone zostało po raz pierwszy, po wejściu w życie zmienionych od dnia 1.01.2012r. przepisów,

nałożona w wysokości 2.500 zł kara pieniężna jest adekwatna do okoliczności i czasu prowadzenia reklamy apteki i jej działalności.

Karę pieniężną uiszcza się na wskazane w rozstrzygnięciu decyzji konto w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna. 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.

Ponieważ przedsiębiorca jest zobowiązany spełniać określone przepisami prawa warunki wykonywania działalności gospodarczej, naruszając obowiązujące przepisy prawa winien liczyć się z konsekwencjami, które w niniejszej sprawie polegają na ukaraniu go karą pieniężną.

III.

Zgodnie z art. 94a ust. 4 ustawy Prawo farmaceutyczne decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności. Zapis ten stanowi o obligatoryjnym charakterze nadania przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego takiej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

W przypadku wydania przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia reklamy apteki oraz jej działalności organ zmuszony jest decyzji taki rygor nadać w przeciwieństwie do uregulowań zawartych w art. 108 § kpa, które organ stosuje w przypadku gdy spełnione są przesłanki z niego wynikające m.in. ze względu na ochronę zdrowia lub życia ludzkiego.

Art. 94a ust. 4 ustawy Prawo farmaceutyczne możliwości fakultatywnych nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności nie przewiduje.

Organ nie znalazł podstaw do umorzenia postępowania na podstawie art. 105 § 1 kpa. Prowadzone postępowanie nie stało się bezprzedmiotowe.

Biorąc powyższe pod uwagę na podstawie art. 94a ust. 1 i 2, 3, 4, art. 129b ust. 1, 2, 4 ustawy z dnia 6 września 2001r.- *Prawo farmaceutyczne* (tekst jednolity Dz. U. z 2008r. Nr 45 poz. 271 z późn. zm.) oraz art.104 kpa w związku z art. 107 1-3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. kodeksu postępowania administracyjnego (t.j Dz. U z 2000r. Nr 98 poz.1071 ze zm.) postanowiłem jak na wstępie.

POUCZENIE

Od decyzji niniejszej służy stronom odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego za moim pośrednictwem w terminie czternastu dni od daty otrzymania decyzji.

Otrzymują:

1. (...) sp. z o.o.

2. a/a