

**Świętokrzyski Wojewódzki
Inspektor Farmaceutyczny
w Kielcach**

Kielce, dn. 14 października 2014r.

WIF-KI-WSN.8523.26.2014

DECYZJA

Na podstawie art. 94a ust.2,3 i 4 w związku z art.94a ust.1 i art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008r. nr 45 poz. 271 ze zm.) oraz na podst. art. 104 §1 i art. 107 §1 i §3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013r.,poz.267 ze zm.) Świętokrzyski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Kielcach po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego wszczętego z urzędu w dniu 14 sierpnia 2014r, w sprawie naruszenia przez przedsiębiorcę: (...), ul. (...), S, NIP (...), REGON (...) prowadzącą aptekę ogólnodostępną w S przy ul. (...), normy art.94a ust.1 ustawy Prawo farmaceutyczne :

- I. **stwierdza naruszenie** przez przedsiębiorcę (...), ul. (...), S, zakazu o którym mowa w art. 94a ust 1 ustawy Prawo farmaceutyczne poprzez uczestnictwo w programie lojalnościowym organizowanym przez (...) sp. z o. o. z siedzibą w K polegającym na udzielaniu klientom przedsiębiorcy korzyści wynikających z uczestnictwa w programie oraz innych ulg związanych z dokonywaniem przez klientów przedsiębiorcy zakupów na zasadach określonych w umowie zawartej pomiędzy przedsiębiorcą a (...) sp. z o. o. z siedzibą w K **i nakazuje zaprzestanie prowadzenia reklamy wyżej wymienionej apteki,**
- II. **nakłada na przedsiębiorcę** (...), ul. (...), S prowadzącą aptekę ogólnodostępną położoną w S przy ul. (...) karę pieniężną w kwocie (...) zł (słownie złotych: (...)), którą należy wpłacić na konto (...) w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji,
- III. **decyzji w pkt. I nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.**

UZASADNIENIE

W dniu 18 lipca 2014r. do Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Kielcach wpłynęła informacja, iż apteka ogólnodostępna mieszcząca się w S przy ul. (...) bierze udział w programie lojalnościowym, którego organizatorem jest (...) Sp. z o. o. z siedzibą w K, ul. (...), (...) K. Na potwierdzenie wskazanych wyżej informacji załączony został wydruk strony internetowej zawierającej m.in. informacje o udziale apteki w programie, dane teleadresowe apteki, godziny otwarcia oraz asortyment.

W związku z czym w dniu 14 sierpnia 2014r. Świętokrzyski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wszczął postępowanie administracyjne w celu ustalenia czy ujawnione działania przedsiębiorcy nie naruszają norm zawartych w ustawie Prawo farmaceutyczne i skierował do Strony wezwanie do złożenia wyjaśnień.

Strona w pismach z dnia 28 sierpnia 2014r., 14 oraz 27 września 2014r., poinformowała, iż uczestniczyła w ww. programie organizowanym przez (...) Sp. z o. o. od dnia (...), posiadała w aptece czytniki umożliwiające rejestrację zakupów przy użyciu kart (...), potwierdziła również, iż dane dotyczące Strony znajdowały się na stronie internetowej prowadzonej przez organizatora programu. Strona poinformowała o złożonym pisemnym wypowiedzeniu umowy uczestnictwa w programie. Do złożonych wyjaśnień załączyła: kopię umowy handlowej (...) z dnia (...), kopie faktur VAT, oryginał dokumentu rozwiązania umowy handlowej z dnia (...), oraz (...).

W związku z normą art. 10 § 1 kpa, celem zapewnienia Stronie czynnego udziału w każdym stadium postępowania i umożliwienia wypowiedzenia się co do zebranych dowodów jak i składania przez Stronę żądań, organ poinformował Stronę, że może zapoznać się z aktami sprawy w siedzibie Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Kielcach przy ul. Targowej 18.

Strona nie wniosła innych wyjaśnień poza wskazanymi powyżej, nie składała żadnych wniosków, oraz nie zapoznawała się z aktami sprawy.

Organ zważył co następuje:

Podstawą wszczęcia i prowadzenia przedmiotowego postępowania, którego Stroną jest przedsiębiorca (...), ul. (...), S, NIP (...), REGON (...) prowadząca aptekę ogólnodostępną położoną w S przy ul. (...) jest art. 94a ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo farmaceutyczne zgodnie z brzmieniem którego *„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. 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.

Reklamą działalności apteki będzie więc zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do apteki w celu dokonania w niej zakupów – niezależnie od form i metod prowadzenia reklamy oraz użytych do jej realizacji środków – jeżeli z przedstawionych ujęć reklamy wynika jednoznacznie że elementem rozstrzygającym o reklamowym charakterze działania jest jego cel czyli zwiększenie sprzedaży w danej aptece.

Organ na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustalił:

W dniu (...), Strona zawarła umowę handlową z (...) sp. z o. o. której celem było ustalenie szczegółowych zasad współpracy w zakresie świadczenia usług „(...)” oferowanych przez (...) sp. o. o. Usługa „(...)” polega na udzielaniu klientom korzyści obowiązujących w programie oraz innych ulg związanych z dokonywanymi przez klientów zakupów w aptecce ogólnodostępnej prowadzonej przez Stronę. Jak wynika ze złożonych przez Stronę wyjaśnień oraz analizy umowy, Ogólnych Warunków Umów Partnera Handlowego (...) funkcjonowanie programu polega na tym, iż klient dokonując zakupów w aptecce prowadzonej przez Stronę (Partnera Handlowego) otrzymuje zwrot 2 % wartości kwoty wydanej na swoje konto, natomiast Strona płaci prowizję za pośrednictwo – w tym przypadku - 6 % wartości kwoty wydanej (2 % zwrotu dla klienta, 4 % dla organizatora programu). W ramach obowiązującej

umowy Strona zobowiązuje się do publicznego rozmieszczenia oddanych do jej dyspozycji naklejek oraz pozostałych materiałów reklamowych w punkcie handlowo-usługowym, które winny zostać umieszczone przy wejściu do miejsca w którym prowadzona jest sprzedaż oraz w obrębie kasy. Natomiast sama karta „(...)” służy do uproszczenia ewidencji transakcji oraz przekazywania danych klienta, kwoty transakcji oraz innych danych drogą elektroniczną z zastosowaniem terminala do rejestracji transakcji. Jak wynika z wyjaśnień samej Strony „założeniem jest, że Partner Handlowy (Strona) otrzyma korzyści w postaci wzrostu obrotów swojej firmy.”

Ponadto organ w trakcie prowadzonego postępowania stwierdził, że na stronie internetowej prowadzonego programu obok informacji o adresie oraz godzinach otwarcia apteki zamieszczono szereg informacji o oferowanym asortymencie, korzyściach jakie uzyskuje posiadacz karty „(...)”, m.in. informacje o zniżkach, 2 % zwrocie pieniędzy. Informacje te wzbudzają przeświadczenie, iż wszystkie produkty oferowane w aptece są w możliwej do nabycia z 2 % zwrotem kwoty wydanej na ich zakup.

Powyższe działania w ocenie organu bez wątpliwości zachęcają klientów do zakupów w aptece i niewątpliwie, należy uznać udział Strony w programie organizowanym przez (...) spółka z o.o. za reklamę apteki i jej działalności. Program stwarza warunki przymuszania do związania się z apteką oraz ma na celu zwiększenie obrotu w aptecę uczestniczącą w programie. Ponadto informowanie na stronie internetowej o zasadach działania programu, warunkach i uczestnictwie w nim apteki położonej w S przy ul. (...) stanowi reklamę apteki i jej działalności.

W ocenie organu program, w którym uczestniczy przedmiotowa apteka mieści się w pojęciu niedozwolonej reklamy z art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne.

Oceniając uczestnictwo Strony w w/w programie 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. 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 aptecę, przepisami dotyczącymi aptek oraz Inspekcji Farmaceutycznej. Wskazać należy, że odnośnie programów lojalnościowych, wypowiedziało się Ministerstwo Zdrowia, które jednoznacznie uznało, że po dniu 1 stycznia 2012 r.

prowadzenie takich programów jest 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 programu lojalnościowego 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.

II.

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 jednak nie zawierają 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. Biorąc pod uwagę fakt, że Strona nie była uprzednio karana, za naruszenie art. 94a ust.1 ustawy Prawo Farmaceutyczne, jak również postępowanie Strony podczas prowadzonego postępowania oraz rozmiar uzyskanych korzyści i kosztów poniesionych bezpośrednio w związku z udziałem w programie lojalnościowym w ocenie organu uzasadniają nałożoną karę pieniężną w wysokości (...) zł która jest adekwatna do okoliczności i czasu prowadzenia reklamy apteki. 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 nie przewiduje możliwości fakultatywnego nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

Biorąc powyższe pod uwagę Świętokrzyski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny orzekła 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. (...) ul. (...), S
2. a/a