

**WIELKOPOLSKI
WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY
WIFPOA.**

DECYZJA

Na podstawie art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1, 2, 3 i 4 i art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 Nr 45, poz. 271 z późn. zm.) i art. 104 § 1 i art. 107 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.)

- 1) **n a k a z u j ę** przedsiębiorcy –
z siedzibą w miejscowości _____, **zaprzeszanie prowadzenia reklamy działalności apteki ogólnodostępnej pod nazwą _____**, polegającej na udziale w **programie lojalnościowym 60+**;
- 2) **nakładam na przedsiębiorcę, o którym mowa w punkcie 1, karę pieniężną w kwocie 5.000 zł (słownie: pięć tysięcy złotych);**
- 3) decyzji, o której mowa w punkcie 1, **nadaję rygor natychmiastowej wykonalności.**

UZASADNIENIE

Apteka ogólnodostępna pod nazwą _____ działa na podstawie zezwolenia _____ udzielonego w _____ przez Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego przedsiębiorcy _____ ,
zmienionego decyzją Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego _____

W dniu _____ r. wszcząłem z urzędu postępowanie administracyjne wobec wyżej określonego przedsiębiorcy w sprawie naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego poprzez udział w programie lojalnościowym 60+, prowadzonym przez spółkę _____. Postępowanie wszcząłem w związku z podjęciem wiadomości, że apteka _____ figuruje na wykazie zatytułowanym „Apteki honorujące legitymację Programu 60+”, będącym załącznikiem do pisemnej informacji, adresowanej imiennie do pacjentów, w której określono jakie przywileje będą przysługiwać osobom posiadającym legitymację Programu 60+ w 2012 r. W informacji tej podano, że „Z legitymacją Programu 60+ - więcej, taniej, korzystniej”:
* „Wiele leków na receptę kupi [Pani/Pan] w specjalnych, niższych cenach.
* Będzie [Pan/Pani] miał(a) dostęp do bezpłatnej infolinii Programu 60+.
* Skorzysta [Pani/Pan] ze specjalnych zniżek na usługi rehabilitacyjne i opiekę pielęgniarską.
* Za darmo opłaci [Pani/Pan] rachunki w placówkach Alior Banku.”

W zawiadomieniu o wszczęciu postępowania z dnia _____ r. wezwałem przedsiębiorcę do złożenia pisemnych informacji na okoliczność uczestnictwa w programie lojalnościowym 60+.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przedsiębiorca prowadzący aptekę ogólnodostępną pod nazwą _____ podał (pismo z dnia _____ r.) między innymi, co następuje:
„[...]Spółka nie jest organizatorem Programu 60+. Program 60+ jest programem prowadzonym przez spółkę _____ przy współpracy z innymi podmiotami, obejmującym skierowaną do osób po sześćdziesiątym roku życia specjalną, dostosowaną do potrzeb tej grupy odbiorców, ofertę produktów i usług. Oferta ta jest złożona i dotyczy nabywania, na

promocyjnych warunkach, różnego rodzaju produktów i usług, w tym nabywanych w aptekach honorujących legitymację Programu 60+ leków nierefundowanych ze środków publicznych w promocyjnych cenach.

Apteka prowadzona przez spółkę jest podmiotem uczestniczącym w Programie 60+ jedynie w tym znaczeniu, że dokonując sprzedaży określonych produktów, nierefundowanych ze środków publicznych, honoruje uprawnienia uczestników tego programu do skorzystania z przypisanych do tych produktów ofert rabatowych”.

Ponadto przedsiębiorca stwierdził, że w jego ocenie „[...]nie samo uczestnictwo w Programie 60+ jest naruszeniem prawa, ale publiczne informowanie o uczestnictwie w tym programie jest naruszeniem prawa [...]”.

Następnie, pismem Nr _____ z dnia _____ r., wezwałem przedsiębiorcę do nadesłania uwierzytelnionej kopii umowy zawartej z podmiotem będącym organizatorem Programu 60+ (_____).

Pismem z dnia _____ r., przedsiębiorca poinformował mnie, że „... nasza współpraca ze spółką _____ z siedzibą w _____ odbywa się na podstawie zaakceptowanej przez nas oferty ww. spółki” oraz przesłał następujące dokumenty:

- ofertę udziału w projekcie 60+,
- deklarację uczestnictwa w projekcie 60+,
- zmianę zasad uczestnictwa w programach

W „Ofercie udziału w projekcie 60+”, opatrzonej datą _____ r., zawarto informację, że organizatorem programu jest _____, we współpracy z _____ jako głównym sponsorem, który pokrywa część kosztów marketingowo-promocyjnych Projektu 60+ oraz _____, natomiast beneficjentami są osoby, które ukończyły 60 rok życia. W ofercie podano, że „Apteka ponosi koszt różnicy pomiędzy odpłatnością pacjenta za dany produkt w aptece z sugerowanym poziomem odpłatności przypisanym dla tego produktu, który wskazywać będzie karta Projektu 60+” oraz, że apteka pokrywa „0,79 PLN za każdą transakcję”.

W ofercie tej sprecyzowano korzyści, na które może liczyć apteka. Są to:
„1. KLIENT – będzie nim zawsze osoba, która ukończyła 60 rok życia oraz jest posiadaczem karty Projektu 60+, ale także przewidujemy, że Klientem będą „opiekunowie” osoby z grupy docelowej, tj. dzieci, wnuki.
2. DODATKOWA SPRZEDAŻ – karta 60+ uprawnia do zakupu produktów leczniczych wydawanych na receptę z uwzględnieniem sugerowanego poziomu odpłatności przypisanego dla danego produktu. Osoby posiadające kartę Projektu 60+ będą dokonywały również zakupów innego asortymentu dostępnego w danej aptece.
3. REKLAMA – projekt będzie nagłośniony w prasie poprzez zamieszczenie materiałów informacyjnych, w Internecie, w instytucjach, firmach, organizacjach, gdzie będą zamieszczone plakaty, ulotki informacyjne”.

W ofercie zawarto zapis, że „Karta będzie ważna do końca 2011 r.”.

Deklaracja uczestnictwa w programie 60+ została podpisana przez przedsiębiorcę –

_____ r.
Pismem z dnia _____ poinformowała przedsiębiorcę prowadzącego aptekę ogólnodostępną pod nazwą _____

o zmianie zasad uczestnictwa w programach dedykowanych do osób po 60 roku życia, związaną z wprowadzeniem Programu Senior. W piśmie tym podano, że:

„Od dnia 01 stycznia 2012 r. dostosowujemy zasady i warunki uczestnictwa Pacjentów oraz ofertę handlową Programu Senior do zasad i warunków uczestnictwa Pacjentów oraz oferty handlowej Projektu 60+. Oznacza to, że Program Senior od dnia 01.01.2012 r. będzie prowadzony na zasadach Projektu 60+ i obsługiwany w Aptece na podstawie Oferty udziału w Projekcie 60+ i Deklaracji uczestnictwa w Projekcie 60+.

Pacjenci Programu Senior otrzymają kartę której wizerunek i parametry są jednolite z kartą 60+.

Od 01.01.2012 r. w Projekcie 60+:

a/ do kart obu programów przypisany będzie ten sam asortyment produktów (oferta handlowa), uwzględniający przepisy ustawy z dnia 12 maja 2011 r.

o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. 2011 nr 122 poz. 696), co oznacza wyłączenie z oferty leków refundowanych ze środków publicznych

b/ w celu zwiększenia atrakcyjności Projektu 60+ dla Pacjenta oferta handlowa będzie mogła być rozszerzona o wybrane produkty OTC

c/ dopuszczamy możliwość uruchamiania kolejnych programów i emitowania kart o innych wizerunkach we współpracy ze Partnerami zewnętrznymi (na przykład z bankami) jednakże w każdym przypadku programy te będą prowadzone w oparciu o zasady i warunki uczestnictwa oraz ofertę handlową Projektu 60+”.

Ponadto w piśmie tym zawarto klauzulę, że „Jeżeli nie akceptują Państwo nowych, przedstawionych wyżej warunków, prosimy o przesłanie rezygnacji z uczestnictwa w Projekcie 60+ w terminie 14 dni od daty otrzymania tego pisma. Brak takiej rezygnacji będzie dla nas równoznaczny z akceptacją nowych warunków uczestnictwa”.

Przedsiębiorca –

nie zrezygnował z uczestnictwa

w Projekcie 60+.

Zgodnie z art. 10 § 1 K.p.a. powiadomiłem - pismem Nr

. oraz pismem Nr

z dnia

r.-

stronę, że może, przed wydaniem decyzji przez organ I instancji, wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

W odpowiedzi na moje pismo z dnia

. Przedsiębiorca –

nadesłał pismo z dnia

(data wpływu to do tut.

Inspektoratu:

.), w którym podtrzymuje swoje stanowisko o słuszności

partycypacji w Programie 60+, uważając, że program ten: „**nie jest programem**

lojalnościowym”. Strona przy powyższym piśmie przesłała opinię prawną sporządzoną przez Kancelarię Radców Prawnych Jerzy Leszczyński Zbigniew Wojnicki oraz powołała się na opinię prof. Elżbiety Traple, informując, że argumenty strony znajdują odzwierciedlenie w przedmiotowych opiniach.

W opinii Kancelarii Radców Prawnych Jerzy Leszczyński Zbigniew Wojnicki podkreślono między innymi, że obowiązujące z dniem 01 stycznia 2012r., przepisy:

„ nie wprowadzają żadnych zmian w zakresie swobody kształtowania przez apteki cen produktów nier refundowanych. Jednocześnie żaden z przepisów [...] nie zabrania prowadzenia przez przedsiębiorców programów skierowanych do konsumentów, których celem jest umożliwienie konsumentom korzystania z różnego rodzaju korzyści określonych przez organizatora programu. Program 60+ jest programem skierowanym do konsumentów. Program ten jednocześnie zapewnia jego uczestnikom, poza możliwością nabywania leków nier refundowanych po specjalnych cenach, także innego rodzaju korzyści. Należy zatem stwierdzić, iż Program 60+ po dniu 1 stycznia 2012r. nie będzie naruszał przepisu art. 49 ust. 3 ustawy o refundacji leków , środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych.

Należy także stwierdzić, iż Program 60+ po dniu 1 stycznia 2012r. nie będzie naruszał przepisu art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne, ponieważ jego celem nie jest reklama aptek. Celem programu jest zapewnienie jego uczestnikom – konsumentom – różnego rodzaju korzyści, a także przynoszenie jego organizatorowi zysku z obsługi transakcji dokonywanych przez uczestników tego programu. **Korzyść jaką odnosi przedsiębiorca prowadzący aptekę lub apteki polega na poszerzeniu grona klientów zainteresowanych nabywaniem leków po niższych cenach i korzystaniem z innych usług związanych z posiadaniem legitymacji Programu 60+. Korzyści te nie wynikają jednak z reklamy apteki, bowiem brak jest publicznych komunikatów zachwalających aptekę w związku z uczestnictwem w programie.**”

W opinii prof. Elżbiety Traple sformułowano między innymi wniosek końcowy o treści: „Komunikacja związana z [...] programami sprzedażowymi zwykle ma charakter niepubliczny (odbywa się w aptekach lub w drodze komunikacji indywidualnej). Materiały związane z [...] programami nie zawierają nawiązań do konkretnych aptek uczestniczących w programach, a zwłaszcza nie zawierają żadnych zachęt do skorzystania z usług konkretnych

aptek. Z powyższych względów komunikacja towarzysząca programom sprzedażowym takim jak Program 60+ [...] **nie stanowi reklamy aptek** w rozumieniu art. 94 a PF”.

W toku rozpatrywania przedmiotowej sprawy zważyłem, co następuje:

Przepis art. 94a ust. 2 Prawa farmaceutycznego stanowi, że „Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek i punktów aptecznych”.

Z zapisu tego jednoznacznie wynika, że organem właściwym do rozpatrzenia sprawy naruszenia przez przedsiębiorcę prowadzącego aptekę ogólnodostępną „

przepisu art. 94a ust. 1

Prawa farmaceutycznego poprzez udział w programie lojalnościowym 60+, jest Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny. Przedmiotowa apteka zlokalizowana jest w miejscowości , położonej na terenie województwa wielkopolskiego.

Z dniem . znowelizowane zostały przepisy ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.) dotyczące reklamy aptek. Zgodnie z art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego - w brzmieniu ustalonym w 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) - „Zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego”.

Obecny zakaz reklamy aptek ogólnodostępnych i punktów aptecznych jest szerszy (w porównaniu do stanu obowiązującego do 31 grudnia 2011 r.), gdyż dotyczy jakichkolwiek działań reklamowych a nie jak poprzednio odnoszących się jedynie do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych finansowanych ze środków publicznych.

Cytowany wyżej przepis dopuszcza dwa przypadki kierowania informacji do potencjalnych klientów apteki lub punktu aptecznego, które nie stanowią ich reklamy. Są to informacje o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Powołany przepis nie przewiduje dalszych odstępstw od zasady przyjętej w pierwszym zdaniu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego. Należy więc przyjąć, że reklamą jest „wszystko”, co nie jest informacją o lokalizacji i godzinach pracy apteki.

Prawo farmaceutyczne nie zawiera ustawowej definicji reklamy działalności aptek (brak definicji legalnej reklamy działalności aptek ogólnodostępnych).

W związku z tym przy definiowaniu pojęcia „reklama” należy odwołać się do opracowań słownikowych oraz orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wskazał w wyroku z dnia 01 lutego 2008 r. (sygn. Akt VII S.A./Wa 1960/07), że „Przy zastosowaniu analogii do ustawowej definicji reklamy produktu leczniczego, określonej w art. 52 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne, za reklamę działalności apteki lub punktu aptecznego można uznać działalność polegającą na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w danej aptece lub punkcie aptecznym, mającą na celu zwiększenie sprzedaży. Reklamą apteki może być każde działanie, skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych”. Podobne stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 17 października 2008 r., (sygn. Akt VII S.A./Wa 698/08) stwierdzając, że „Reklamą działalności apteki będzie [...] zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece – niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków – jeżeli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych” oraz w wyroku z dnia 20 września 2010 r. (sygn. Akt VI S.A./Wa 838/10) stanowiąc, że „za reklamę apteki należy uznać wszelkie działania polegające na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w danej aptece lub punkcie aptecznym, mające na celu zwiększenie ich sprzedaży”.

W „Wielkim Słowniku Wyrazów Obcych” pod redakcją M. Bańki, PWN, Warszawa 2003, podano, że reklamą jest działanie mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 14 maja 2008 r. (sygn. Akt S.A./Wa 2215/07) doprecyzował wyżej cytowane pojęcie reklamy, stwierdzając, że „Reklamą jest działanie mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów

lub do skorzystania z określonych usług. („Wielki Słownik Wyrazów Obcych” pod redakcją M. Bańki, wyd. PWN, Warszawa 2003 r.). Formy reklamy mogą być różnorodne, są to np. plakaty, ulotki, spoty w telewizji, bilbordy”.

Program lojalnościowy 60+, w którym uczestniczy apteka „
(potwierdza to przedsiębiorca
) jest w mojej
prowadzący przedmiotową aptekę w pismach
ocenie formą prowadzenia działalności reklamowej. Program ten jest tak skonstruowany aby
zachęcić pacjentów do kupowania jak najwięcej i najczęściej produktów leczniczych
i wyrobów medycznych w konkretnej (wskazanej) aptece. Mimo, iż legitymacje Programu
60+ wydawane i rozdawane są przez inne podmioty niż apteka „
de facto zachęcają one do zakupów w tej
aptece, są instrumentem wsparcia sprzedaży poprzez budowanie przywiązania pacjenta do
apteki, a przez to zwiększenie jej obrotów.

Cytowane wyżej dokumenty: oferta udziału w Projekcie 60+, deklaracja uczestnictwa
w Projekcie 60+ oraz zmiana zasad uczestnictwa w programach jednoznacznie
określają korzyści jakie osiągnie apteka uczestnicząca w Projekcie 60+.

Legitymacja Programu 60+ gwarantuje pacjentom wyżej wymienionej apteki zakup
wielu leków (nie refundowanych ze środków publicznych) w specjalnych, niższych cenach,
dostęp do bezpłatnej infolinii Programu 60+”, możliwość korzystania ze specjalnych zniżek
na usługi rehabilitacyjne i opiekę pielęgniarską oraz darmowe opłacanie rachunków w
placówkach Alior Banku.

Z powyższych ustaleń wynika jednoznacznie, że celem programu lojalnościowego
60+, do którego przystąpił przedsiębiorca prowadzący aptekę ogólnodostępną pod nazwą
”
jest
pozyskanie grupy lojalnych klientów i ich utrzymanie („przywiązanie”) do aptek
uczestniczących w tym programie.

W mojej ocenie przedsiębiorca:

nie rezygnując z dniem
. z uczestnictwa w programie lojalnościowym 60+ w prowadzonej aptece
ogólnodostępnej -

rażąco naruszył przepis art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, zakazujący
prowadzenia reklamy aptek. Działania tego przedsiębiorcy noszą jednoznacznie znamiona
reklamy w rozumieniu przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego. Wykraczają one
bowiem poza działania, które ustawodawca dopuścił w drugim zdaniu powołanego przepisu
(„informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki”).

Uczestniczenie w programie lojalnościowym 60+, biorąc pod uwagę definicję reklamy
apteki ukształtowaną w orzecznictwie sądów administracyjnych oraz definicję i celowość
programów lojalnościowych, jest w mojej ocenie formą reklamy apteki ogólnodostępnej,
ponieważ zachęcają one do dokonywania zakupów w konkretnej aptece oraz mają na celu
zwiększenie jej obrotów, a zatem i zysku. Program ten zapewnia podniesienie sprzedaży
w konkretnej aptece oraz osłabienie pozycji konkurencji.

W związku z powyższym nie podzieliłem poglądu wyrażonego w opinii
prawnej Kancelarii Radców Prawnych Jerzy Leszczyński Zbigniew Wojnicki z dnia 21
grudnia 2012r. oraz w opinii prof. Elżbiety Traple z dnia 25 czerwca 2012r. w przedmiocie
dopuszczalności uczestnictwa aptek w Programie 60+.

Zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 1 i 2 Prawa farmaceutycznego nałożyłem karę
pieniężną w wysokości 5.000 zł na przedsiębiorcę –
z siedzibą w miejscowości

prowadzącego aptekę ogólnodostępną pod nazwą
Zgodnie z powołanym wyżej przepisem nałożenie kary na podmiot, który prowadzi
niedozwoloną w art. 94a Prawa farmaceutycznego reklamę aptek, jest obligatoryjne. Do
nałożenia kary wystarczające jest by reklama była prowadzona wbrew przepisom.

Wysokość nałożonej kary jest w mojej ocenie adekwatna do okresu, stopnia oraz
okoliczności naruszenia przez stronę przepisu art. 94a Prawa farmaceutycznego.

Art. 94a ust. 3 i 4 Prawa farmaceutycznego zobowiązuje wojewódzkiego inspektora
farmaceutycznego, w razie stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę prowadzącego
aptekę ogólnodostępną przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, zakazującego

prowadzenia reklamy apteki, do nakazania, w drodze decyzji, zaprzestania prowadzenia takiej reklamy oraz nadania tej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

W tym stanie rzeczy orzekłem jak w sentencji decyzji.

P o u c z e n i e

Od niniejszej decyzji służy stronie odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za moim pośrednictwem (61-285 Poznań, ul. Szwajcarska 5), w terminie czternastu dni od dnia jej doręczenia.

Otrzymuje:

1)

2) ad acta

Do wiadomości:

1)