

Poznań, dnia 13 czerwca 2016 r.

WIELKOPOLSKI
WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

WIFPOA

DECYZJA

Na podstawie art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a i art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą - Prawo farmaceutyczne” i art. 104 § 1 i 2, art. 107 § 1-3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r., poz. 23), zwanej dalej „K.p.a.”

- 1) **n a k a z u j ę** przedsiębiorcy – Sp. z o.o. z siedzibą w
() gmina , ul. , **zaprzestania prowadzenia reklamy**
działalności apteki ogólnodostępnej pod nazwą w | (kod pocztowy
, g , **przy ul.** poprzez udział w programie o nazwie
oraz podejmowanie działań marketingowych polegających na kolportażu
gazetki reklamowej z wyeksponowanym napisem ,
oraz poprzez ustawienie stojaka reklamowego przed drzwiami wejściowymi apteki przy
ul. w | zawierającego zdjęcie produktu leczniczego
wraz z wyeksponowaną ceną w/w produktu
- 2) **nakładam na przedsiębiorcę, o którym mowa w punkcie 1, karę pieniężną w kwocie 22 000 zł (słownie: dwadzieścia dwa tysiące złotych)**
- 3) decyzji, o której mowa w punkcie 1, **nadaję rygor natychmiastowej wykonalności.**

UZASADNIENIE

Apteka ogólnodostępna pod nazwą w (kod pocztowy), gmina
przy ul. działa na podstawie koncesji wystawionej przez
Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w dniu r. (znak
sprawy: FAPO-I-) zmienionej decyzją Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora

Farmaceutycznego z dnia r. (znak sprawy: WIF.....) oraz decyzją Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego z dnia r. (znak sprawy: W.....) 3) dla przedsiębiorcy – Sp. z o.o. z siedzibą nr wpisu do KRŚ

Pismem z dnia .. października 20... r., Nr WIFPOA..... wszcząłem z urzędu postępowanie administracyjne wobec wyżej określonego przedsiębiorcy w sprawie naruszenia przepisu art. 94a ust.1 Prawa farmaceutycznego poprzez udział w programie o nazwie , oraz podejmowanie działań marketingowych polegających na kolportażu gazetki reklamowej z wyeksponowanym napisem

Jednocześnie wezwałem przedsiębiorcę do złożenia pisemnych wyjaśnień na okoliczność prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej pod nazwą , (kod pocztowy 6....., gmina :, przy ul) . A w szczególności proszę o podanie :

- kiedy apteka wdrożyła program o nazwie i kto go wykonał (w przypadku gdy nie jest to przedsiębiorca a podmiot zewnętrzny, proszę o dołączenie do wyjaśnień potwierdzoną za zgodność z oryginałem kserokopię zawartej umowy)
- kto drukuje i dostarcza do apteki karty programu (w przypadku gdy nie jest to przedsiębiorca a podmiot zewnętrzny, proszę o dołączenie do wyjaśnień potwierdzoną za zgodność z oryginałem kserokopię zawartej umowy)
- jakie są zasady przystąpienia i uczestnictwa w ww. programie
- czy w związku z uczestnictwem w ww. programie pacjent otrzymuje dostęp do indywidualnych rabatów i promocji skutkujących obniżeniem cen produktów sprzedawanych w aptece; jeśli tak to kto ich udziela i kto ustala ich wysokość
- czy na kartę o nazwie naliczane są punkty, jeśli tak proszę o podanie jakie są zasady naliczania punktów i jakie korzyści z tego tytułu otrzymuje pacjent
- jakiego rodzaju produktów leczniczych (czy również leków refundowanych) dotyczy sprzedaż przy wykorzystaniu programu o nazwie
- proszę o podanie ilości wydanych przez aptekę kart o nazwi
- skąd klienci posiadają wiedzę o tym, że Państwa apteka uczestniczy w programie
- proszę o dołączenie do wyjaśnień regulaminu programu o nazwie

Nadto, prosiłem o podanie:

- na czyje zlecenie wydrukowano przedłożoną Państwu gazetkę reklamową oraz kto ją wydrukował;
- na czyje zlecenie, kto i w jaki sposób prowadzi jej dystrybucję;
- jaki jest/był nakład drukowanych gazetek reklamowych;
- czy nadal prowadzony jest kolportaż wskazanego materiału reklamowego;
- w jakim okresie był prowadzony kolportaż;
- czy występuje ciągłość/cykliczność kolportażu gazetek reklamowych z wyeksponowanym napisem

Zwróciłem się również o podanie aktualnych oraz ustalonych w okresie od 01.09 do 30.09.2015 r. cen poniżej wskazanych produktów leczniczych:

- Paracetam , 500 mg x 20 tab.
- Gripex Max 500 mg x 20 tab.
- Theraflu Zatoki x 14 saszetek
- Rutinoscorbin x 90 tab.
- Cholinex x 24 tab.
- Otrivin aerosol do nosa x 10 ml
- Acatar Acti-Tabs x 12 tab.

Jednocześnie wezwałem kierownika apteki pod nazwą (kod pocztowy), gmina przy ul. do złożenia wyjaśnień na piśmie na okoliczność prowadzenia reklamy ww. apteki.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przedsiębiorca prowadzący aptekę ogólnodostępną pod nazwą w) pismem z dnia listopada r. nie odniósł się do stawianych w piśmie pytań, a jedynie złożył wniosek o udzielenie mu prolongaty o 14 dni na złożenie stosowanych wyjaśnień. Nadto podał, że Sp. z o.o. polecił kierownikowi apteki, do którego skierowano wezwanie, aby nie odnosił się do wystosowanego do niego wezwania Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego do złożenia wyjaśnień na piśmie.

Pismem z dnia grudnia .. pełnomocnik przedsiębiorcy podał, że Sp. z o.o. nie jest organizatorem programu i w związku z powyższym nie posiada

informacji na temat funkcjonowania Programu oraz nie posiada wiedzy na czyje zlecenie drukowana jest gazetka reklamowa ,

Z uwagi na powyższe, w dniu marca wezwałem kierownika ww. aptek
do osobistego stawiennictwa w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w Poznaniu, celem złożenia zeznań w charakterze świadka.

W dni marca : przesłuchana w charakterze świadka zeznała, że w aptece, w której pełni funkcję kierownika znany jest jej stosowany w aptece program i jest on stosowany po to cyt. „aby pacjent przychodził do apteki”. Nadto podała, że pracownicy apteki pytają pacjentów, czy mają zamiar przystąpić do ww. programu, w zamian za każde 5 zł wydane przez pacjenta naliczane są punkty, po uzbieraniu 100 punktów uczestnik otrzymuje rabat 10 zł na zakup produktów wydawanych bez recepty lub też pełnopłatnych. Jeśli pacjent zamierza uczestniczyć w ww. programie musi wypełnić deklarację tj. wpisać swe dane osobowe. Świadek zeznała również, że znany jest jej przedłożony do wglądu Folder Informacyjny, który jak zeznała znajdował się w aptece, a pacjent mógł go zabrać do domu, celem zapoznania z ofertą apteki. Przyznała również, że gazetka o podobnej treści, jak przedstawiona do wglądu jest kolportowana w cyklach comiesięcznych.

W dni kwietnia , zgodnie z art. 10 § 1 K.p.a. zawiadomiłem przedsiębiorcę -
Sp. z o.o. z siedzibą nr wpisu do KRS , że postępowanie w niniejszej sprawie zostało zakończone, w związku z powyższym może, przed wydaniem decyzji przez organ I instancji, wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. W dniu maja zawiadomiłem pełnomocnika przedsiębiorcy o zakończeniu ww. postępowania.

Przedsiębiorca prowadzący przedmiotową aptekę w oparciu o koncesję wystawioną przez Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w dniu nie wypowiedział się co do zebranych dowodów i materiałów oraz nie zgłosił żadnych żądań.

W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy 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 pod nazwą „... (kod pocztowy ...), gmina ..., przy ul. ... przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego poprzez udział w programie o nazwie „... oraz „...”, jest Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny.

Przedmiotowa apteka zlokalizowana jest w miejscowości ... położonej na terenie województwa wielkopolskiego.

Z dniem 1 stycznia 2012r. znowelizowane zostały przepisy ustawy z dnia 6 września 2001r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.) dotyczące reklamy aptek. Zgodnie z art. 94a ust. 1 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”*.

Obecny zakaz reklamy aptek ogólnodostępnych i punktów aptecznych jest szerszy (w porównaniu do stanu obowiązującego do 31 grudnia 2011r.), 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 zatem 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 powyższym 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 2008r. (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 2008r., (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 2010r. (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”. Kierując się słownikowym rozumieniem pojęcia reklamy przyjmuje się, że reklamą jest każde działanie, które ma na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług (por. Wielki Słownik Wyrazów Obcych pod red. M. Bańki, PWN, Warszawa 2003). 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 („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”. Podobnie pojęcie reklamy jest rozumiane przez Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 2 października 2007 r. stwierdził on, że: "reklama oznacza każde przedstawienie (wypowiedź) w jakiegokolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów, dokonane w celu wspierania zbytu towarów lub usług. Powszechnie za reklamę uważa się wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierając 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 zatem 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 jego adresatów. 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". Na uwagę w tym miejscu zasługuje również treść wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn.. akt: II GSK 2704/14, w którym wskazano, że „W pojęciu ważnego interesu publicznego, o którym mowa w art. 22 Konstytucji mieści się, według Sądu, niewątpliwie ochrona zdrowia ludzkiego. Ta zaś może doznać uszczerbku nie tylko wskutek braku dostatecznego dostępu do leków, ale również wtedy, gdy dostęp do leków jest zbyt łatwy, prowadzący w

rezultacie do ich nadużywania. Do tego prowadzi zaś niewątpliwie nadto obecna i sugestywna reklama zarówno leków, jak i aptek – miejsc w których leki są oferowane do sprzedaży. Inaczej mówiąc, leki nie są zwykłym towarem rynkowym. Obrót lekami musi być i jest reglamentowany przez państwo. Prowadzący taką działalność nie mogą się cieszyć pełną wolnością gospodarczą. Wzorzec dotyczący działalności gospodarczej określony w art. 20 Konstytucji wymaga w tym przypadku, co oczywiste, korekty przewidzianej w art. 22 Konstytucji. Ustawodawca, ograniczając dopuszczalność reklamy leków i zakazując reklamy aptek, ma na uwadze ochronę zdrowia ludzkiego, kieruje się więc ważnym interesem publicznym w rozumieniu art. 22 Konstytucji RP. W ramach prawidłowo funkcjonującego systemu ochrony zdrowia powinny bowiem funkcjonować mechanizmy, które pozwalają na zakup leków wtedy, kiedy są one rzeczywiście niezbędne, a nie wtedy, gdy pojawia się taka pokusa wywołana reklamą. Z tych powodów reklamy leków i aptek nie można uznać za działalność jednoznacznie nakierowaną na dobro pacjentów”.

Podkreślić również należy, że program lojalnościowy to długotrwałe działania marketingowe służące do budowania oraz podtrzymywania pozytywnych relacji z wybranymi, najbardziej atrakcyjnymi dla firmy klientami i z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Relacje te budowane są poprzez kierowane do określonych grup konsumentów oferty promocyjne zawarte w materiałach reklamowych takich jak broszury, ulotki czy gazetki. Przytoczyć w tym miejscu należy treść uzasadnienia wyroku Wojewódzkiego Sadu Administracyjnego w Warszawie z dnia 28 maja 2015 r., sygn.. akt: VI SA/Wa 3128/14: „Celem programów lojalnościowych jest pozyskanie grupy lojalnych klientów, regularnie nabywających towary lub korzystających z usług organizatora programu lojalnościowego (bądź zleceniodawcy organizacji programu lojalnościowego), kształtowanie jego pozytywnego wizerunku wśród klientów, obniżki kosztów dotarcia do klienta z kolejną ofertą jak również rozpoznanie potrzeb klientów. Podstawą sukcesu programu lojalnościowego jest wywołanie u klienta emocjonalnego zaangażowania. Osiągnięcie tego celu może nastąpić przez zaoferowanie mu takiej usługi lub produktu, które sprawią, że poczuje zarówno korzyści o charakterze emocjonalnym, jak i ekonomicznym. Czynność klienta, jako przedmiot programu lojalnościowego, może polegać na samym zachowaniu się człowieka (np. pozostawaniu „lojalnym” klientem) albo na zachowaniu zakończonym rezultatem (np. nabyciu towaru lub usługi). Rezultat jest traktowany szeroko: jako cel, do którego prowadzi określone zachowanie się człowieka. W literaturze programy lojalnościowe definiowane są również 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”.

Na podstawie podjętych ustaleń należy stwierdzić, że działania Przedsiębiorcy polegające na organizowaniu i stosowaniu w aptece ogólnodostępnej programu lojalnościowego o nazwie [redacted] oraz podejmowanie działań marketingowych polegających na kolportażu gazetki reklamowej z wyeksponowanym napisem „ [redacted] ”, stanowią niedozwolona reklamę apteki, bowiem stanowią zachętę dla potencjalnych pacjentów/klientów do dokonywania zakupów w tej aptece. Podkreślenia wymaga fakt, że twierdzenia strony, iż nie jest organizatorem programu pozostają w sprzeczności z dokumentami, w posiadaniu których jest Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny, a z których wynika, że organizatorem omawianego programu jest [redacted] Sp. z o.o. Przy czym zauważyć należy, że nawet gdyby [redacted] Sp. z o.o. nie był organizatorem w/w programu lojalnościowego, to sam fakt, że jako właściciel apteki [redacted] Sp. z o.o. wykorzystuje w/w program wobec pacjentów swojej apteki wyczerpuje znamiona art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne. Wydawana pacjentom karta nosi wszelkie cechy karty stałego klienta, gdyż jak wynika z treści oferty na korzystanie z w/w Karty – pacjent otrzymuje [redacted] Kartę Pacjenta, w celu m.in. realizacji działań promocyjnych i marketingowych dotyczących produktów dostępnych w aptece, również w celu udzielania indywidualnych informacji związanych z ochroną zdrowia (tzw. opieka farmaceutyczna). Nadto jak zeznała świadek, kierownik apteki [redacted] w zamian za uczestnictwo w w/w programie pacjent otrzymuje punkty za zakupy dokonane w aptece, a po uzbieraniu określonej liczby punktów może jej jednorazowo wymienić na rabat o wartości 10 zł. Powyższe świadczy, że w stosunku do osób, które biorą udział w Programie Karta Pacjenta, stosowana jest również sprzedaż po obniżonej cenie (rabat). Przytoczyć w tym miejscu należy literalne znaczenia słowa rabat. W słowniku „Język polski Wielki słownik wyrazów obcych i trudnych” pod redakcją Andrzeja Markowskiego, Radosława Pawelec, Wydawnictwo Langenscheidt Warszawa 2007 wskazano, że „rabat to obniżka ceny towaru, będąca formą zachęty do kupowania go, zwłaszcza kupowania w większych ilościach lub do kupowania bardzo drogich towarów i płacenia za nie gotówką”. W internetowej „Encyklopedii Zarządzania” wyjaśniono, iż rabatem jest zmniejszenie należności udzielane zazwyczaj przez stronę sprzedającą kupującemu za nabyte towary lub usługi. Rabaty mogą mieć charakter poufny - bonifikat. Upusty są to natomiast obniżki cen katalogowych dla nabywców w zamian za podejmowanie przez klienta określonych czynności. Materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu jednoznacznie wskazuje, iż w aptece ogólnodostępnej prowadzonej pod nazwą [redacted] przy ul. [redacted] w [redacted] funkcjonuje związany z programem [redacted] system marketingowy oparty o upusty i rabaty stanowiący dla tej apteki swoistą reklamę.

Uwzględniając ogólnie przyjętą linią orzecznictwa sądowo – administracyjnego stwierdzam, iż działania podejmowane przez Sp. z. o. o. z siedzibą v zawierają znamiona niedozwolonej prawem reklamy apteki ogólnodostępnej prowadzonej pod nazwą przy ul. . Jak wynika z akt sprawy, uczestnik programu otrzymuje w aptecę ogólnodostępnej kopertę ze stosownym formularzem oraz dwie karty potwierdzające jego udział w programie, uprawniające do dokonywania w aptecę zakupów po obniżonych cenach. Uczestnikom udostępniane są w aptekach ulotki z ofertą produktów objętych programem. Nie budzi zatem wątpliwości, że głównym celem programu polegającego na oferowaniu klientom możliwości dokonywania zakupu produktów w określonych aptekach po obniżonej cenie, jest zachęcanie do korzystania z usług tych aptek. Okoliczność, że oprócz rabatów uczestnikom programu oferowane są dodatkowe korzyści, nie zmienia tej oceny, a nawet wzmacnia przekonanie, że te elementy programu także służą celom reklamowym. Również załączona do akt sprawy broszura informacyjna zawiera zapisy wskazujące wprost na fakt, iż ukierunkowany jest na działania promocyjne i marketingowe: *„Informujemy, że z chwilą podpisania formularza zgłoszeniowego i aktywacji karty stali się Państwo Uczestnikami Programu Karta Pacjenta. Program rejestruje dane o transakcjach prowadzonych za pośrednictwem Karty Pacjenta w celu (...) udzielania indywidualnych informacji związanych z ochroną zdrowia, realizacji działań promocyjnych i marketingowych dotyczących produktów dostępnych w aptekach”*. Okoliczności faktyczne rozpatrywanej sprawy całkowicie uzasadniają stwierdzenie, że jak również kolportaż gazetki reklamowej są przedsięwzięciem mającym na celu motywowanie do korzystania z usług konkretnej apteki, a co za tym idzie, noszą znamiona działalności reklamowej, wobec czego nie ma podstaw do stwierdzenia, że w omawianej sprawie nie doszło do naruszenia przez

Sp. z. o. o. zakazu reklamy aptek, określonego w art. 94a ustawy – Prawo farmaceutyczne.

W tym miejscu należy również odnieść się do kwestii przekazanych Wielkopolskiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznemu informacji dotyczących prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie przy ul. – w poprzez ustawienie stojaka reklamowego przed drzwiami wejściowymi apteki przy ul. zawierającego zdjęcie produktu leczniczego wraz z wyeksponowaną ceną w/w produktu. O podejmowaniu w/w działań marketingowych organ wojewódzki powziął informację w grudniu 2015 r., a zatem w czasie, gdy toczyło się już postępowanie administracyjne w sprawie naruszenia przez Sp. z o.o. zakazu reklamy apteki

określonego w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego. W ocenie organu umieszczenie stojaka reklamowego przed drzwiami wejściowymi apteki zawierającego zdjęcie oraz nazwy leków z wyeksponowaną ceną stanowi niedozwoloną reklamę apteki albowiem zastosowane działania marketingowe zmierzają do zwiększenia sprzedaży produktów w tej właśnie aptece, która w ten sposób zachęca do skorzystania z jej usług.

Analizując materiał dowodowy zgromadzony w sprawie należało odnieść się również do kwestii prezentowanej w broszurach informacyjnych zatytułowanych „Oferty opieki farmaceutycznej zapewnianej uczestnikom Programu Karta Pacjenta. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z wolą ustawodawcy opieka farmaceutyczna powinna być sprawowana w każdej aptece, na co wskazano w art. 86 ust. 1 Prawa farmaceutycznego: „*Apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego, w której osoby uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne, o których mowa w ust. 2*”. Stąd też opieka farmaceutyczna może być stosowana w każdej aptece, wobec każdego pacjenta, niezależnie czy uczestniczy on w jakimkolwiek programie lojalnościowym. Faktyczne podejmowanie w danej aptece czynności zawierających się w pojęciu sprawowania opieki farmaceutycznej nie może być wiązane z działaniami marketingowymi realizowanymi przez tę aptekę, które mają na celu wyłącznie przyciągnięcie do niej klientów. Podkreślić także należy, że zarówno organy inspekcji farmaceutycznej, jak i sądy administracyjne, w tym Naczelny Sąd Administracyjny, stanęły na stanowisku, że programy lojalnościowe odwołujące się do idei opieki farmaceutycznej nie mają nic wspólnego z tą ideą, zdecydowanie oddzielając pojęcie programu lojalnościowego, który ma na celu zwiększenie zysków apteki uczestniczącej w programie i tym samym, zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą, stanowi reklamę apteki i jako taki jest nielegalny, od faktycznego świadczenia usługi opieki farmaceutycznej. Stąd też należy uznać, że oferta opieki farmaceutycznej jest niewątpliwie środkiem do osiągnięcia wzrostu sprzedaży w przedmiotowej aptece, a powiązana z udzieleniem rabatu na zakup określonych leków, stanowi dodatkową zachętę do zakupu leków w konkretnej aptece, a przez to zwiększenie jej obrotów. Przedsiębiorca proponując założenie stosowanej wyłącznie w aptece/aptekach przedsiębiorcy, wzbudza u pacjenta błędne przekonanie, że tylko w aptece przedsiębiorcy świadczona jest opieka farmaceutyczna (a nie w każdej aptece), co służyć ma zwiększeniu sprzedaży produktów leczniczych w aptekach przedsiębiorcy, stanowiąc tym samym zakazaną reklamę apteki.

Na marginesie należy też zaznaczyć, że udzielanie wyjaśnień i informacji dotyczących programu lojalnościowego nie mieszczą się w katalogu usług farmaceutycznych określonych w art. 86 ust. 2 ustawy z 2001 r. - Prawo farmaceutyczne, który obejmuje: wydawanie produktów leczniczych i wyrobów medycznych, określonych w odrębnych przepisach; sporządzanie leków recepturowych w terminie nie dłuższym niż 48 godzin od złożenia recepty przez pacjenta, a w przypadku recepty na lek recepturowy zawierający środki odurzające lub oznaczonej "wydać natychmiast" - w ciągu 4 godzin; sporządzenie leków aptecznych; udzielanie informacji o produktach leczniczych i wyrobach medycznych.

W mojej ocenie przedsiębiorca: _____, Sp. z o.o. z siedzibą _____ 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”).

Zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 1 i 2 Prawa farmaceutycznego nałożyłem karę pieniężną w wysokości 22 000 zł (słownie: dwadzieścia dwa tysiące złotych) na przedsiębiorcę _____, Sp. z o.o. z siedzibą _____, nr wpisu KRS: _____, prowadzącego aptekę ogólnodostępną pod nazwą _____ w _____ (kod pocztowy _____), gmina _____ przy ul. _____

Zgodnie z art. 129b ust. 1 ustawy – Prawo farmaceutyczne karze pieniężnej w wysokości do 50.000 złotych podlega ten, kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki ogólnodostępnej. Ust. 2 stanowi, iż karę pieniężną, określoną w ust. 1, nakłada Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w drodze decyzji. Zgodnie z powołanym wyżej przepisem nałożenie kary na podmiot, który prowadzi niedozwoloną w rozumieniu art. 94a Prawa farmaceutycznego reklamę apteki, jest obligatoryjne.

W przedmiotowej sprawie ustalono jednoznacznie, że przedsiębiorca prowadzący wyżej określoną aptekę ogólnodostępną dopuścił się naruszenia zakazu reklamy apteki, a tym samym zasadne jest nałożenie na niego kary pieniężnej. Kara pieniężna powinna być skuteczna, proporcjonalna i odstrasżająca. Skuteczność kary przejawia się w możliwości jej nałożenia i wyegzekwowania. Żeby kara była odstrasżająca jej wysokość powinna być dotkliwa dla

przedsiębiorcy. Kara nałożona na podmiot musi także spełniać funkcję prewencyjną oraz dyscyplinująco-represyjną, tj. być ostrzeżeniem dla przedsiębiorcy, mającym na celu niedopuszczenie do powstania nieprawidłowości w przyszłości. Wymierzona kara powinna być też proporcjonalna, to jest właściwa do osiągnięcia zakładanego celu, jakim jest zaprzestanie stosowania przez przedsiębiorcę zakazanej reklamy apteki. Ustalając wysokość kary wziąłem pod uwagę czasokres prowadzenia niedozwolonej reklamy oraz jej formę. Ustalenie kary w wysokości 22 000 zł, jest adekwatne do stopnia naruszenia prawa i szkodliwości czynu. Organ wskazuje ponadto, iż wymiar kary ma na celu nadanie jej roli prewencyjnej, która ma jednocześnie zapobiec ponownemu naruszeniu reklamy apteki i ich działalności. 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.

Odnosząc się jeszcze na koniec do zarzutów kierowanych przez Sp. z o.o. dotyczących połączenia toczących się przez tut. Organem postępowań w sprawie niedozwolonej prawem reklamy aptek prowadzonych przez w/w przedsiębiorcę Wielkopolski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny wskazuje, że zgodnie z brzmieniem art. 62 Kodeksu postępowania administracyjnego *„W sprawach, w których prawa lub obowiązki stron wynikają z tego samego stanu faktycznego oraz z tej samej podstawy prawnej i w których właściwy jest ten sam organ administracji publicznej, można wszcząć i prowadzić jedno postępowanie dotyczące więcej niż jednej strony”*. Z powyższego unormowania wynika, że organ administracji publicznej w sytuacji zaistnienia wielości stron, których prawa i obowiązki wynikają z tego samego stanu faktycznego oraz z tej samej podstawy prawnej zobligowany jest do wszczęcia i prowadzenia jednego postępowania administracyjnego. Cytowanym przepisem ustawodawca unormował zatem kwestię dotyczącą działania organu w przypadku więcej niż jednej strony postępowania, przy jednoczesnym zachowaniu tożsamości stanu faktycznego, tożsamości podstawy prawnej i tożsamości organu właściwego do prowadzenia postępowania. Przenosząc powyższe na grunt omawianej sprawy organ wojewódzki stwierdza, że wbrew twierdzeniom Wnioskodawcy nie ma możliwości połączenia postępowań wskazanych we wniosku z dnia r., bowiem nie zostały spełnione przesłanki określone w cytowanym wyżej art. 62 Kodeksu postępowania administracyjnego. Zauważyć należy, że tożsamość sprawy administracyjnej będzie istniała, gdy występują te same podmioty w sprawie, dotyczy ona tego samego przedmiotu i tego samego

stanu prawnego w niezmienionym stanie faktycznym tej sprawy. Przedmiotem postępowania będą interesy prawne lub obowiązki, które następnie po wydaniu decyzji stają się prawem nabytym (jego brakiem) lub obowiązkami prawnymi określonych podmiotów. Charakter i zakres praw nabytych z decyzji (brak ich nabycia) lub ustanowionych nią obowiązków stanowi o tożsamości załatwienia sprawy. Ponadto kontrolując zasadność zastosowania w sprawie przepisów należy mieć na uwadze stan faktyczny, jaki legł u podstaw wydania tego rozstrzygnięcia, a który wynika z akt sprawy administracyjnej (por. uchwała siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. Akt: FPS 12/99, ONSA 2001, nr 1, poz. 7, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 29 kwietnia 1998 r., sygn. akt IV SA 1061/96). Rozwinięcie omawianej tezy można znaleźć w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 13 sierpnia 2010 r., sygn. II SA/Łd 595/10, gdzie stwierdzono: *„Tożsamość sprawy zachodzi w przypadku, gdy w prowadzonym postępowaniu występują te same podmioty, ten sam przedmiot i ten sam stan prawny w niezmienionym stanie faktycznym, w stosunku do postępowania już zakończonego decyzją ostateczną. Przy czym tożsamość przedmiotową należy rozumieć szerzej niż tylko jako przedmiot sprawy. Chodzi w tym wypadku zarówno o identyczny przedmiot nowej sprawy w stosunku do sprawy uprzednio ostatecznie rozstrzygniętej, jak i o tożsamość stanu prawnego tej sprawy przy niezmienionych jej okolicznościach faktycznych”*. Z cytowanych orzeczeń wynika jednoznacznie, że stwierdzenie tożsamości spraw administracyjnych wymaga nie tylko tożsamości podmiotowej oraz niezmienionego stanu faktycznego, ale również stwierdzenia, że stan prawny nie uległ zmianie. Również stanowisko przedstawiane przez środowiska jurystyczne potwierdza konieczność zaistnienia tożsamości przedmiotu, podmiotu, stanu faktycznego i prawnego: *„Tożsamość sprawy administracyjnej wyznaczają elementy decydujące o tożsamości skonkretyzowanego w decyzji stosunku prawnego, a więc identyczność podmiotów tego stosunku, identyczność przedmiotu stosunku (czyli węzła praw i obowiązków stron stosunku) oraz identyczność obu jego podstaw - prawnej i faktycznej”* (por. T. Woś W: T. Woś, H. Knysiak - Molczyk, M. Romańska, Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi Komentarz Wyd. Lexis Nexis Warszawa 2009. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego stwierdzić należy, że postępowania dotyczące reklamy aptek stanowiących własność spółki i Sp. z o.o. z siedzibą nie są postępowaniami tożsamymi, bowiem dotyczą różnych przedmiotów postępowania (reklama różnych aptek ogólnodostępnych, na prowadzenie których konieczne było uzyskanie odrębnych zezwoleń) oraz różnych stanów faktycznych (w niektórych aptekach zaprzestano prowadzenia programu po wszczęciu przez tut. Organ postępowania administracyjnego w sprawie niezgodnej z prawem reklamy aptek, w niektórych praktyka ta jest kontynuowana). Podkreślić także należy, że niedozwolona prawem reklama w/w

aptek nie była ogólną reklamą sieci , ale stosowana była względem każdej z aptek partykularnie. Nadto w różnym czasie wdrożono program, z różną intensywnością jest on stosowany. W tej sytuacji mamy więc do czynienia z odmiennym stanem faktycznym każdej z prowadzonych spraw. Podkreślić należy, że przepis art. 62 Kodeksu postępowania administracyjnego wskazuje na konieczność kumulatywnego spełnienia przesłanek w nim określonych, zatem niespełnienie którejkolwiek z tych przesłanek uniemożliwia organowi administracji publicznej spełnienie żądań wnioskodawcy. Z uwagi na powyższe w ocenie Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego nie było podstaw do uznania, iż zachodzi konieczność połączenia prowadzonych postępowań administracyjnych w sprawie niezgodnych z prawem reklam aptek znajdujących się na terenie województwa wielkopolskiego, prowadzonych przez przedsiębiorcę - Sp. z o.o.

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.

Zgodnie z brzmieniem art. 129ba ust. 1 Prawa farmaceutycznego karę pieniężną uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja o nałożeniu kary pieniężnej stała się ostateczna. Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki za zwłokę w wysokości jak dla zaległości podatkowych. Wpłaty należy dokonać na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Poznaniu - 47 1010 1469 0026 1322 3100 0000.

WIELKOPOLSKI
WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

dr n. farm. Grzegorz Pakulski

Otrzymuje:

1)

(za zwrotnym potwierdzeniem odbioru)

2) ad acta

Do wiadomości:

1)