

FŁ-SK.8522.69.2012

DECYZJA Nr 2/NAK/2012

Na podstawie art. 94a ust. 1 i 2, 3, 4 oraz 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.)

ŁÓDZKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- I. **nakazuje przedsiębiorcy** [redacted] z siedzibą [redacted] przy ul. [redacted] prowadzącemu aptekę ogólnodostępną o nazwie [redacted] położoną w [redacted] przy ul. [redacted] zaprzestać prowadzenia reklamy apteki i jej działalności, polegającej na uczestnictwie w programie [redacted]
- II. **nakłada na przedsiębiorcę** [redacted] z siedzibą w [redacted] przy ul. [redacted] karę pieniężną w kwocie 2.500 zł (słownie złotych: dwa tysiące pięćset złotych), którą należy wpłacić na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Łodzi nr 58 1010 1371 0009 8322 3100 0000 w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji,
- III. **decyzji w pkt.1 nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.**

UZASADNIENIE

W dniu 23.01.2012r. do Delegatury w Skierniewicach Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Łodzi wpłynęła informacja o rozpowszechnianiu przez aptekę ogólnodostępną o nazwie [redacted] położoną w [redacted] przy ul. [redacted], prowadzoną przez [redacted] z siedzibą w [redacted] przy ul. [redacted] kart programu [redacted].

W związku z powyższym doniesieniem Kierownik Delegatury w Skierniewicach z upoważnienia Łódzkiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w piśmie z dnia 27.01.2012r. zwrócił się do strony o wyjaśnienie w sprawie funkcjonowania programu [redacted] w aptece ogólnodostępnej o nazwie [redacted] w [redacted]. W piśmie z dnia 06.02.2012r. Spółka udzieliła odpowiedzi, w której poinformowała m.in., że nie podziela zdania Inspektoratu na temat domniemanej sprzeczności uruchomienia programu z przepisem art. 94a ustawy z dnia 6 września 2001r. - *Prawo farmaceutyczne* (t.j. Dz. U z 2008r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.).

W związku z powyższym w piśmie z dnia 17.02.2012r. organ zwrócił się do strony o złożenie dalszych wyjaśnień:

1. czy [redacted] w [redacted] przy ul. [redacted], której właścicielem jest [redacted] uczestniczy nadal w programie [redacted] i czy [redacted] zawarł z przedsiębiorcą [redacted] umowę w przedmiocie uczestniczenia apteki w programie [redacted]
2. w przypadku uczestniczenia w programie o podanie:
 - czy w systemie komputerowym, funkcjonującym w aptece znajduje się zainstalowany

program umożliwiający pacjentowi posiadającemu kartę naliczanie punktów w zamian za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie,

- jakich produktów dotyczy sprzedaż objęta punktacją,
- czy pracownicy apteki otrzymali polecenie od swych przełożonych w sprawie rozprowadzania kart i innych broszur związanych z programem,
- który z podmiotów uczestniczących w programie jest wydającym nagrody w zamian za punkty, a także który te nagrody finansuje.

W odpowiedzi z dnia 28 lutego 2012r. Spółka oświadczyła, że:

1. [REDAKTOR] w [REDAKTOR] nadal uczestniczy w Programie [REDAKTOR] zaś Spółka posiada umowę z przedsiębiorcą [REDAKTOR] regulującą między innymi także organizację programu.
2. W systemie komputerowym apteki znajduje się program, o których mowa w pytaniu.
3. Sprzedaż objęta punktacją dotyczy suplementów diety, kosmetyków oraz sprzętu medycznego.
4. Pracownicy apteki nie otrzymali polecenia, o którym mowa w pytaniu.
5. Podmiotem finansującym program jest wyłącznie [REDAKTOR] Nagrody wydawane są zaś przez [REDAKTOR] lub przez aptekę na zlecenie ww. Spółki.

Do pisma załączony został Regulamin Uczestnictwa w Programie [REDAKTOR] oraz umowa z dnia 01 sierpnia 2009r. zawarta ze Spółką [REDAKTOR] z siedzibą w [REDAKTOR] przy ul. [REDAKTOR] (dawniej przy ul. [REDAKTOR]) wraz z trzema aneksami z dnia 1 stycznia 2010r., 15 czerwca 2010r. i 1 stycznia 2012r.

W piśmie z dnia 12 marca 2012r. organ zawiadomił stronę, że wszczyna postępowanie w przedmiocie naruszenia art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r.- *Prawo farmaceutyczne* (tekst jednolity Dz. U. z 2008r. Nr 45 poz. 271 z późn. zm.) dotyczące reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie [REDAKTOR] położoną w [REDAKTOR] przy ul. [REDAKTOR], oraz reklamy jej działalności wnosząc o wyjaśnienie:

1. na jakiej podstawie i na czyje polecenie pracownicy apteki wydają pacjentom karty uczestnictwa w Programie.

W odpowiedzi w piśmie z dnia 19 marca 2012r. strona za pośrednictwem Pełnomocnika Pana [REDAKTOR] Radcy Prawnego powiadomiła, że pracownicy apteki wydają pacjentom karty uprawniające do uczestnictwa na podstawie umowy zawartej z organizatorem programu [REDAKTOR].

Pracownicy apteki wydają karty w związku z wykonywaniem swoich obowiązków pracowniczych, a wynika to ze współpracy [REDAKTOR] z organizatorem programu.

Jednocześnie strona wyjaśniła, że program [REDAKTOR] to program finansowany przez producentów i dotyczący oferowanych przez nich wyrobów. Nie jest to program organizowany i finansowany przez aptekę, czy promujący jej działalność.

Powołała się na także na umowę ze Spółką [REDAKTOR] i regulamin Programu [REDAKTOR] załączone do jej wcześniejszego pisma (t.j. z dnia 28 lutego 2012r.).

Ostatecznie strona wniosła o umorzenie postępowania w sprawie z uwagi na jego bezprzedmiotowość.

W związku z uregulowaniami art. 10 § 1 kpa, pismem z dnia 28 marca 2012r. 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 [REDAKTOWANE] prowadzącą aptekę ogólnodostępną o nazwie [REDAKTOWANE] położoną w [REDAKTOWANE] przy ul. [REDAKTOWANE].

Poinformował, że w terminie 7 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma strona może wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, na podstawie art. 73 § 1 kpa 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 zpoznawała się z aktami sprawy.

Organ zważył, co następuje:

Podstawą wszczęcia i prowadzenia przedmiotowego postępowania, którego stroną jest [REDAKTOWANE], prowadzącą aptekę ogólnodostępną o nazwie [REDAKTOWANE] położoną w [REDAKTOWANE] przy ul. [REDAKTOWANE], na podstawie zezwolenia Łódzkiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego Nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE] jest art. 94a ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo farmaceutyczne oraz stwierdzenie, że apteka uczestniczy w programie [REDAKTOWANE].
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, jeśli 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, jeśli 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 regulamin programu pod nazwą [REDAKTOR] wszedł w życie z dniem 1 stycznia 2012r.

Z regulaminu uczestnictwa w programie [REDAKTOR] wynika, że apteka biorąca udział w programie, wydaje uczestnikom kartę do zbierania plusów.

Uczestnik programu w zamian za zgromadzone na karcie plusy, może dokonać ich wymiany na nagrody z Katalogu Nagród znajdujących się na stronie internetowej [REDAKTOR].

Apteka prowadzi też listę uczestników, którym wydano nagrody.

Pracownicy apteki udzielają wszelkich informacji i wyjaśnień dotyczących programu.

W ocenie organu udział apteki o nazwie [REDAKTOR] położonej w [REDAKTOR] przy ul. [REDAKTOR] prowadzonej przez Spółkę w programie [REDAKTOR] zachęca uczestników programu do dokonywania zakupu produktów w tej aptece. W zamian bowiem za zbierane punkty mogą oni uzyskać określone korzyści - nagrody. Program skłania uczestników do dalszych zakupów w aptece.

Z programem tym wiąże się wyposażenie pacjenta w kartę uczestnictwa, która upoważnia do otrzymywania nagrody.

Działalność polegająca na zachęcaniu do zakupów, oferujące pacjentom korzyści w postaci nagród, należy uznać za reklamę apteki i jej działalności.

Program stwarza warunki przymuszania do związania się z apteką oraz ma na celu zwiększenie obrotu w aptece uczestniczącej w programie.

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

Informowanie na stronach internetowych o Programie, warunkach uczestnictwa w nim oraz wykaz aptek w nim uczestniczących w tym apteki o nazwie [REDAKTOR] [REDAKTOR] położonej w [REDAKTOR] przy ul. [REDAKTOR] stanowi reklamę apteki i jej działalności.

Program [REDAKTOR] przewiduje korzyści finansowe (nagrody) dla pacjentów i podobnie jak wszelkiego rodzaju akcje promocyjne, rabatowe, czy rozpowszechnianie

informacji o promocjach cenowych musi być traktowany w kategoriach art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne jako forma reklamy apteki.

Organ nie daje wiary wyjaśnieniom zawartym w piśmie strony z dnia 19 marca 2012r., że nagrody, które są wydawane pacjentom, broszury i karty związane z uczestnictwem w programie, finansowane są przez organizatora programu t.j. [REDAKTOWANE]

Z umowy z dnia 01 sierpnia 2009r. zawartej pomiędzy [REDAKTOWANE] wynika, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, którym jest m.in świadczenie usług marketingowych na rzecz pomiędzy [REDAKTOWANE] wzrosło z kwoty 5.000 zł w 2010r. do kwoty 42.000 zł począwszy od dnia 1.01.2012r.

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 organizatora programu [REDAKTOWANE] przez [REDAKTOWANE] (angażowanie własnych pracowników, wydawanie kart uczestnictwa w programie, prowadzenie listy nagrodzonych, funkcjonowanie we własnych komputerach programów obsługujących program) stanowiło jej działalność charytatywną.

Oceniając uczestnictwo apteki o nazwie [REDAKTOWANE] położonej w [REDAKTOWANE] przy ul. [REDAKTOWANE] prowadzonej przez [REDAKTOWANE] w programie [REDAKTOWANE] 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 do zbierania plusów, prowadzenie listy uczestników, którym wydano nagrody, wprowadzenie do własnych komputerów programów, które krótko mówiąc obsługują program [REDAKTOWANE], którego organizatorem jest inny przedsiębiorca stanowi naruszenie tego przepisu ale także warunków udzielonego przez Łódzkiego Wojewodzkiego Inspektora Farmaceutycznego zezwolenia Nr [REDAKTOWANE] z dnia [REDAKTOWANE] na prowadzenie apteki.

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.

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 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 programie [REDAKTOWANE]

Organ w ramach prowadzonego postępowania stwierdził, że udział apteki w programie, który w istocie swej poprzez odnoszenie korzyści (otrzymywanych nagród) przez uczestniczących w nim pacjentów zachęca do dokonywania zakupów w prowadzonej przez stronę aptecze stanowi niedozwoloną jej reklamę i jej działalność.

Biorąc pod uwagę fakt, że:

- [REDAKTOWANE] 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,
- reklama apteki i jej działalności trwa przez okres ponad trzech miesięcy,
- dwukrotnego informowania przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego wszystkich przedsiębiorców prowadzących apteki na terenie województwa łódzkiego drogą elektroniczną o zakazie, poczynawszy od dnia 1 stycznia 2012r. prowadzenia reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności - poprzez przesłanie komunikatów z dnia 2 stycznia 2012r. i z dnia 10 stycznia 2012r. oraz umieszczenia ich na stronach internetowych – w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu pod adresem www.wif.bip.lodz.pl

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 7dni 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 § 1 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.

pieczęć okrągła

Z up. Łódzkiego Wojewódzkiego
Inspektora Farmaceutycznego

mgr farm. Antonina Tęšiorowska-Gładka

Kierownik Delegatury w Skierniewicach
Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego
w Łodzi

Otrzymują:



2. a/a