

z siedzibą w _____
adres do korespondencji: _____

DECYZJA Nr 2/NKP/ 2015

Działając na podstawie:

- art. 112 ust. 3 w związku z art. 94a ust. 1 i 3 oraz art. 129b ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą prawo farmaceutyczne;
- art. 104 § 1 i 2 Kodeksu postępowania administracyjnego (tj. Dz. U. z 2013 roku, poz. 267 z późn. zm), zwanego dalej kpa,

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny

nakłada na _____ p. o.o. z siedzibą w _____ karę pieniężną
w wysokości 5.000 zł (pięć tysięcy złotych), w związku z prowadzeniem niedozwolonej
reklamy działalności _____ tożsamej w Gdańsku przy ul. _____
Gdańsk (zezwolenie nr _____ z dnia _____ zmienione decyzją nr _____
z dnia _____), polegającej na uczestnictwie w programie lojalnościowym: „Program
Opieki Farmaceutycznej”.

UZASADNIENIE

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem z dnia 12.02.2015 r.
zawiadomił stronę o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej
w związku z naruszeniem art. 94a ww. ustawy tj. prowadzeniem niedozwolonej reklamy
położonej w _____ (zezwolenie nr _____

z dnia _____ r. zmienione decyzją nr _____ z dnia _____
Podstawą wszczęcia postępowania był materiał dowodowy zebrany w toku wszczętego
w dniu 29 sierpnia 2012 r. przez tut. urząd postępowania w sprawie nakazania zaprzestania
prowadzenia reklam, polegającej na uczestnictwie w programach: _____

Organ dopuścił jako dowód w niniejszej sprawie cały materiał dowodowy zebrany
w postępowaniu o nakazanie zaprzestania prowadzenia reklamy, zakończony ostateczną
decyzją PWIF z dnia 8.01.2015 r. (zn. WIF-GD.8523.24.2012), umarzającą postępowanie,
z uwagi na zaprzestanie prowadzenia reklamy.

Przebieg postępowania o nakazanie zaprzestania prowadzenia reklamy był
następujący.

W trakcie kontroli planowej apteki _____ przeprowadzonej w dniu
30.05.2012 r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny uzyskał informacje, iż
w prowadzonej przez stronę aptecę _____ położonej w _____ realizuje się

karty Programu Opieki Farmaceutycznej (dalej POF), co zostało odnotowane na str. 8 i 9 protokołu, w części poświęconej „Reklamie działalności apteki (zgodność prowadzonej reklamy działalności apteki z art. 94a ust. 1 ustawy prawo farmaceutyczne)”. Strona nie złożyła zastrzeżeń do protokołu w terminie 7 dni od jego otrzymania.

Pismem z dnia 25.06.2012 r. PWIF zwrócił się do kontrolowanego o wyjaśnienie, na jakiej zasadzie w aptece realizowane są karty Programu Opieki Farmaceutycznej (POF). W odpowiedzi w dniu 9.07.2012 r. wpłynęło do tut. Inspektora pismo strony, w którym wyjaśniono, iż Program Opieki Farmaceutycznej jest skierowany do wszystkich aptek

Karty POF są jednym z elementów Programu. Polega on na świadczeniu usług farmaceutycznych, a jego celem jest zapewnienie jak najlepszej opieki pacjentom apteki. Poprzez posiadaną kartę POF pacjent otrzymuje dostęp do portalu internetowego poświęconego zdrowiu oraz posiada indywidualne konto, na którym może kontrolować proces jego farmakoterapii. Wskazano, że Program nie służy zachęcaniu do korzystania z usług apteki.

Pismem z dnia 29.08.2012 r. Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny zawiadomił firmę _____ sp. z o.o. z siedzibą w _____ dniu 6 sierpnia 2012 r. – podmiot prowadzący aptekę w _____ że zostało wszczęte z urzędu postępowanie w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy ww. apteki związane z realizacją Programu Opieki Farmaceutycznej.

Do akt sprawy włączono kopię pisma PWIF z dnia 25.06.2012 r. (WIF-GD.8521.1.106.2012) oraz wyjaśnienia strony zawarte w piśmie z 5.07.2012 r.

Zawiadamiając stronę organ jednocześnie zobowiązał podmiot prowadzący do udzielenia pisemnej odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) Na jakich zasadach wydawane są pacjentom apteki ww. karty POF?
- 2) Na czy dokładnie polegają usługi farmaceutyczne w ramach karty POF?
- 3) Czy w ramach karty POF udzielany jest rabat na produkty sprzedawane w Aptece?
- 4) W jaki sposób pacjent informowany jest o zasadach wydawania karty POF?
- 5) Od jakie czasu Apteka wydaje pacjentom karty POF?

Dodatkowo organ zobowiązał podmiot prowadzący aptekę do przedstawienia zasad funkcjonowania POF.

W odpowiedzi z dnia 11.09.2012 r. strona przedstawiła Zasady Uczestnictwa w Programie dostępne również na stronie _____ oraz w broszurach informacyjnych w aptece. Dołączono również fragment _____ dotyczącego POF, a także wskazano, że karty POF wydawane są od 1.01.2012 r.

Po przeanalizowaniu zgromadzonego materiału dowodowego, mając na uwadze treść art. 7 i 77 kpa, organ w dniu 17.10.2012 r. zwrócił się do strony z dodatkowym pytaniem, który z pomiotów uczestniczących w Programie finansuje wydawanie kart i broszur oraz wydaje produkty po obniżonych cenach i pokrywa różnicę pomiędzy ceną detaliczną, a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta? Ponadto wezwał stronę do potwierdzenia posiadania w systemach komputerowych funkcjonujących w aptece zainstalowanych programów umożliwiających pacjentom posiadającym Kartę Uczestnika Programu, naliczanie punktów za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów.

Pismem z dnia 29.10.2012 r. strona wiaśniła, że koszty organizacyjne funkcjonowania POF ponosi jego organizator tj. _____. W przypadku sprzedaży pacjentowi produktów z rabatem, apteka sprzedaje pacjentowi wybrany produkt za 1 zł. Prowadzący aptekę potwierdził, że korzysta z systemu komputerowego, którego funkcjonalność pozwala na naliczenie „plusów” w przypadku dokonania zakupów produktów

nierefundowanych oraz ustalania rabatu, z którego może korzystać uczestnik Programu, na podstawie rejestrowanej w tym systemie liczby „plusów”.

Zgodnie z treścią art. 10 § 1 kpa Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem z dnia 17 grudnia 2012 r. poinformował stronę, iż przed wydaniem decyzji ma możliwości zapoznania się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym i złożenia zastrzeżeń lub wyjaśnień w terminie 7 dni od dnia otrzymania powiadomienia. W terminie zakreślonym przez organ strona złożyła pismo z dnia 21 grudnia 2012 r., w którym podtrzymała swoje zdanie, co do legalności prowadzonych działań, załączając kopie czterech opinii prawnych: prof. dr hab. _____ dnia 25.06.2012 r., dr hab. _____ dnia 9.01.2012 r., dr _____ z dnia 7.02.2012 r. oraz mec. _____ z 23.01.2013 r.

W ocenie mec. [imię i nazwisko] cellem Programu nie jest zachęta do skorzystania z usług konkretnej apteki, lecz zapewnienie profesjonalnej opieki farmaceutycznej zgodnie z treścią art. 2a ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o izbach aptekarskich, o czym ma świadczyć charakter oferowanych w Programie narzędzi (rabat, dostęp do portalu, możliwość uzyskania informacji o zamiennikach). Autorka uważa między innymi, że apteka ma prawo udzielać rabatu, uzależniając od spełnienia przez pacjenta określonych warunków. Twierdzi ponadto, że nie stanowią reklamy zakazanej informacji nie odnoszące się w żaden sposób do aptek i nie zawierające ich nazwy, czy logo, nie pozwalające na identyfikację konkretnych placówek. Z kolei dr [imię i nazwisko] jest zdania, że POF zakłada szerszy wybór aptek uczestniczących w Programie przez wymagających pacjentów, co w ostatecznym rachunku ekonomicznym może okazać się korzystne dla tych aptek. Zawarta w Programie oferta cenowa (rabatowa) ma na celu właśnie większe zachęcenie i przekonanie pacjentów do realizujących program aptek. Materiały prezentowane w Programie nie zawierają danych konkretnej apteki, będąc ilustracją świadczonych przez farmaceutów usług składających się na funkcję opieki farmaceutycznej. W opinii dr hab. [imię i nazwisko] POF nie stanowi reklamy apteki, albowiem wypływa z treści art. 2a ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o izbach aptekarskich, ponadto prowadzenie Programu nie komunikowane publicznie, a komunikowanie się z pacjentem poza lokalem odbywa się wyłącznie z jego inicjatywy. Oferta cenowa jest przesyłana na życzenie pacjenta i wynika z prawa przedsiębiorcy do kształtowania ceny. Zasadniczo podobne stanowisko do przywoływanych wyżej poglądów wyraża prof. dr hab. [imię i nazwisko], która dodaje przy tym, że POF może wpływać korzystnie na zainteresowanie pacjentów aptekami, które biorą udział w Programie, jednakże następuje to za pomocą dozwolonych przez prawo, nie reklamowanych środków: podniesienia jakości i zakresu oferty świadczonych w aptece usług oraz korzystnego dla pacjentów kształtowania cen. Jak podniosła autorka opinii nawet jeśli uznać, iż program rabatowy nie mieści się w definicji opieki farmaceutycznej, to i tak powinien być oceniony jako dozwolone kształtowanie oferty handlowej. Taki program typu lojalnościowego stanowi mechanizm gospodarczy o całkowicie odmiennej od reklamy naturze, mieszczący się w pojęciu promocji cenowych. Według autorki materiały POF – z uwagi na brak odniesień do konkretnej apteki – nie mogą zachęcać do skorzystania z usług danej apteki, nie stanowią zatem reklamy.

W dniu 5 kwietnia 2013 r. organ otrzymał od _____, z siedzibą w _____, pismo z dnia 3.04.2013 r., w którym poinformowano o zawieszeniu uczestnictwa w programach pacjenckich:

W tej sytuacji Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny pismem z dnia 10 maja 2013 r. zwrócił się do strony o udzielenie pisemnej odpowiedzi na pytanie czy nadal realizowany jest POF oraz inne programy tego typu, w szczególności czy strona nadal wydaje pacjentom _____ oraz na podstawie ww. kart udziela upustów i rabatów na produkty oferowane w aptece.

W odpowiedzi z dnia 14 maja 2013 r. strona wyjaśniła, że ww. programy przestały funkcjonować z dniem 7 kwietnia 2013 r. Jednakże karty ww. programów nadal są wydawane w celu udokumentowania historii farmakoterapii, pełniąc funkcję narzędzia wspomagającego

opiekę farmaceutyczną wynikającą z ustawy o izbach aptekarskich. Strona dodała, że karty nie zawierają logo POF.

Ze względu na wątpliwości, co do faktycznego funkcjonowania POF, jako pojawiły się po uzyskaniu wyjaśnień strony, PWIF zwrócił się do niej o udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

- 1) który z farmaceutów (imię i nazwisko) zajmuje się sprawowaniem w aptece opieki farmaceutycznej?
- 2) w którym miejscu w aptece i jaki sposób ww. farmaceuta sprawuje opiekę farmaceutyczną, polegającą na współpracy z pacjentem, lekarzem, przedstawicielem innych zawodów medycznych?
- 3) w jaki sposób (przykładowa dokumentacja) dokumentowany jest proces sprawowania przez ww. farmaceutę opieki farmaceutycznej, w szczególności w jaki sposób utrwalana jest współpraca z pacjentem, lekarzem oraz przedstawicielami innych zawodów medycznych?
- 4) czy warunkiem prowadzonej przez ww. farmaceutę opieki farmaceutycznej wobec danego pacjenta jest rejestracja tego pacjenta i posiadanie przez niego karty POF?
- 5) wobec ilu pacjentów - na dzień udzielania wyjaśnień - prowadzona jest opieka farmaceutyczna polegająca na dokumentowanym procesie, w którym farmaceuta, współpracując z pacjentem i lekarzem, a w razie potrzeby z przedstawicielami innych zawodów medycznych, czuwa nad prawidłowym przebiegiem farmakoterapii (z podaniem liczby pacjentów, którzy nie zostali zarejestrowani i nie posiadają karty POF wobec których sprawowana jest opieka)?
- 6) jakie informacje dotyczące farmakoterapii rejestrowane są na kartach POF poza informacjami odnośnie daty sprzedaży produktu, jego nazwy oraz ilości?
- 7) czy ww. farmaceuta może pozyskać dane niezbędne do dokumentowania farmakoterapii danego pacjenta, takie jak: daty sprzedaży produktów, ich nazwy oraz ilości, nie korzystając z kart POF?
- 8) w jaki techniczny sposób zapisy na karcie POF wykorzystywane są przez ww. farmaceutę przy dokumentowaniu sprawowania opieki farmaceutycznej?

Strona nie udzieliła odpowiedzi na wyżej postawione pytania. Pismem z dnia 10 czerwca 2013 r. strona wniosła natomiast o umorzenie postępowania z uwagi na jego bezzprzedmiotowość.

Pismem z dnia 2 lipca 2013 r. organ wyjaśnił powody kontynuowania postępowania i ponownie zobowiązał do udzielenia odpowiedzi. W dniu 15 lipca 2013 r. do organu wpłynęło pismo z dnia 10 lipca 2013 r., w którym strona stwierdziła jedynie, że odpowiedzi na pytania organu nie przyczynią się do wyjaśnienia sprawy, albowiem dotyczą sprawowania opieki farmaceutycznej, co nie jest przedmiotem postępowania.

W oparciu o wyżej opisany materiał dowodowy Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny po szczegółowym zapoznaniu się z wyjaśnieniami strony oraz zebrany w sprawie materiał dowodowy uznał, że prowadzona przez stronę Apteka nadal uczestniczy w Programie Opieki Farmaceutycznej, co stanowi reklamę zakazaną w rozumieniu art. 94a ust. 1 ustawy prawo farmaceutyczne, w związku z czym wydał w dniu 12.03.2014 r. stosowną decyzję nakazującą zaprzestanie prowadzenia reklamy.

Na skutek złożonego przez stronę odwołania Główny Inspektor Farmaceutyczny decyzją z dnia 21.08.2014 r. znak: GIF-P-L-0740/258-2/SzP/14 uchylił decyzję PWIF i skierował sprawę do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu decyzji organ II instancji zalecił zebrać materiał dowodzący uczestnictwa Apteki w programach pacjenckich, w szczególności zlecił zbadanie, czy wydanie nakazu jest nadal aktualne, jeżeli tak, to w jakim zakresie.

Wobec powyższego PWIF wystąpił do strony z pismem, w którym nawiązując do pisma strony z dnia 14 maja 2013 r., zadano pytania:

- 1) Czy w przedmiotowej aptece po wszczęciu postępowania były oprócz POF prowadzone programy
- 2) Jeżeli tak, to do jakiego czasu te programy były prowadzone a aptecę i na jakich zasadach? Zwracamy się o przesłanie regulaminu/regulaminów udziału w tych programach?
- 3) Czy w związku z uczestniczeniem przez aptekę w tych programach były wydawane karty rabatowe lub inne, podobnie jak w przypadku POF?
- 4) Jeżeli tak, czy karty nadal są wydawane i w jakim celu?
- 5) Czy nadal wydawane są karty POF i w jakim celu?
- 6) Czy przy dokonywaniu zakupów pacjenci korzystają z kart POF i w jakim celu?

Dodatkowo, jeżeli karty wykorzystywane są na przykład do dokumentowania historii farmakoterapii, organ zwrócił się o przesłanie regulaminu wykorzystywania kart do takich celów.

W odpowiedzi z dnia 10.09.2014 r. strona wyjaśniła, że programy nie są prowadzone w Aptecę od 7 kwietnia 2014 r. Apteka nie wydaje kart POF i karty te nie są już w użytku. Strona odmówiła przesłania dokumentów związanych z programami, argumentując, że programy te nie funkcjonują od półtora roku.

Pismem z dnia 26.11.2014 r. PWIF poinformował stronę o możliwości wypowiedzenia się w sprawie zebranego w sprawie materiału dowodowego przed wydaniem decyzji w terminie 7 dni od dnia jego otrzymania. W określonym terminie strona nie wniosła wyjaśnień lub zastrzeżeń.

Mając na uwadze oświadczenie strony z 10.09.2014 r. o zaprzestaniu prowadzenia programów pacjenckich z dniem 7 kwietnia 2014 r. i nie wydawaniu kart POF oraz zaprzestaniu użytkowania tych kart, a także wobec braku dowodów przeciwnych, PWIF uznał, że prowadzenie postępowania w sprawie nakazania zaprzestania prowadzenia reklamy w trybie art. 94a ust. 1 ustawy prawo farmaceutyczne stało się bezprzedmiotowe i wydał decyzję o umorzeniu postępowania, która stała się decyzją ostateczną.

Przedmiotowe postępowanie o nałożenie kary zostało ograniczone do kwestii uczestnictwa strony w Programie Opieki Farmaceutycznej. Strona została poinformowana o możliwości zapoznania się z materiałem dowodowym dwukrotnie. W zawiadomieniu o wszczęciu postępowania z 12.02.2015 r. oraz w zawiadomieniu z dnia 24.03.2015 r. o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów przed wydaniem decyzji w terminie 7 dni od dnia jego otrzymania, które zostało skutecznie doręczone stronie w dniu 30 marca 2015 r. Strona nie wniosła uwag i zastrzeżeń.

Po przeanalizowaniu sprawy Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny ustalił, jak niżej.

Poza sporem jest ustalenie że w przedmiotowej aptece była rozdawana broszura z ofertą rabatów na produkty dostępne w aptekach. Z treści broszury wynika, że uczestnictwo w POF daje możliwość „oszczędzania i obniżania kosztów leczenia”, poprzez:

- 1) otrzymywanie informacji o: „zamiennikach”, „obniżkach cen produktów dostępnych bez recepty oraz leków nierefundowanych”,
- 2) otrzymywanie rabatów na wybrane produkty, objęte Informatorem: „za każde 5 zł wydane na produkty nierefundowane uczestnik programu otrzyma 1 plus; zgromadzone

plusy uprawniają do skorzystania z rabatu dzięki któremu produkt z Informatora kosztuje 1 zł – cena każdego produktu z Informatora Programu to odpowiednia liczba plusów + 1 zł". Ponadto „zakupy produktów objętych akcjami specjalnymi dają większą liczbę plusów” – dzięki czemu pacjenci mogą z rabatem kupić więcej produktów z Informatora (str. 4, 34 i 35 Informatora).

Co należy podkreślić, nie były to broszury udostępniane do wglądu. Pacjent mógł nimi swobodnie rozporządzać, w tym zabrać ze sobą opuszczając lokal apteki.

Informatory zawierały kilkadziesiąt różnych produktów, w tym suplementy diety, produkty wspomagające leczenie, kosmetyki.

Pacjenci, którzy chcieli skorzystać z POF, otrzymywali w aptece, w której wyłożone są broszury, karty POF, która umożliwia korzystanie ze specjalnych ofert rabatowych apteki. Kartą taką pacjent musi każdorazowo okazać w aptece.

Co istotne strona w trakcie zarówno postępowania w sprawie nakazania wstrzymania niedozwolonej reklamy, jak i postępowania o nałożenie kary nie kwestionowała faktu uczestnictwa w POF na zasadach określonych w Informatorze. Podnosiła jedynie, że od 7.04.2013 r. POF przestał funkcjonować, co spowodowało, że upusty i rabaty na podstawie programów przestały być udzielane (pismo strony z dnia 14 maja 2013 r. złożone w postępowanie o nakazanie wstrzymania).

Zgodnie z treścią art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2012 r. zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi natomiast reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Przepis ten w powyższym brzmieniu zaczął obowiązywać od dnia 1 stycznia 2012 r. na mocy 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). Nowelizacja ustawy podyktowana była wprowadzeniem całkowitego zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz zakazu reklamy placówek obrotu pozaaptecznego odnoszącej się do produktów leczniczych i wyrobów medycznych. Z zakresu pojęcia reklamy apteki wyłączono jedynie informację o lokalizacji i godzinach pracy apteki. Przytoczone zmiany argumentowano koniecznością zwiększenia ochrony pacjentów oraz finansów publicznych przed negatywnymi skutkami reklamy aptek, wskazując, że: „cele przedsiębiorców prowadzących apteki, w tym dążenie do maksymalizacji zysku, muszą być podporządkowane wymogom wynikającym z konieczności ochrony zdrowia pacjentów” (uzasadnienie do projektu, druk sejmowy VI.3491).

Interpretując art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego przed jego nowelizacją (zabroniona jest reklama działalności aptek lub punktów aptecznych skierowana do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach.) – posiłkując się definicją z Wielkiego Słownika Wyrazów Obcych (pod. Red. M. Bańki, PWN, Warszawa 2003) – wyrażano stanowisko, że reklamą jest działanie mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług., wskazano, że reklamą jest działanie mające na celu zachęcanie potencjalnych klientów do zakupu. Twierdzono, że reklamą działalności apteki będzie więc zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece - niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków - jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych" (vide wyroki WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 698/08-i z dnia 1 lutego 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 1960/07, opubl. orzeczenia.nsa.gov.pl). Należy mieć na uwadze, że sposób pojmowania reklamy w obszerny sposób przedstawił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 października 2007 r., sygn. akt II CSK 289/07, LEX nr 341805, w którym wyjaśnił, iż: „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 przyjmuje się, że reklamą są wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierają w sobie elementów ocennych ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna. Wskazuje na to m.in. także art. 16 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., uznający za czyn nieuczciwej konkurencji wypowiedź, która zachęcając w istocie do nabycia towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji. Taka reklama wprowadza klienta w błąd, sugerując mu, że nie jest reklamą, a jedynie neutralną, rzetelną informacją. Przy rozróżnieniu informacji od reklamy trzeba mieć 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 podmioty, do których jest kierowany. 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. Nie są natomiast reklamą m.in. listy cenowe, które zawierają jedynie informację o cenach towarów lub usług i są publikowane wyłącznie po to, by podać do publicznej wiadomości ceny określonych produktów". Zbieżne stanowisko zajmowała także doktryna np.: M. Koremba w Komentarzu do art. 94a ustawy-Prawo farmaceutyczne, LEX czy A. Rabiega - Przyłęcka w głosie do wyroku WSA z dnia 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07 (teza 5): „nawet jeśli uzna się, iż określona działalność nie stanowi reklamy produktów leczniczych np. ze względu na jedynie informacyjny charakter przekazu, nie wyklucza to zakwalifikowania jej jako spełniającej cechy reklamy działalności apteki.”, (LEX/el.2011, czy D. Harasimiuk, Zakaz reklamy towaru w prawie europejskim i polskim, Oficyna 2011, pkt. 3.2.1.3., LEX). Zaprezentowane wyżej stanowiska, mimo iż dotyczą wcześniejszego brzmienia art. 94a prawa farmaceutycznego, pozostają aktualne w odniesieniu do nowych uregulowań obowiązujących od 1 stycznia 2012 r. (wyrok WSA z 8.11.2012 sygn. akt VI SA/Wa 1687/12).

Bezspornym jest, że Apteka uczestniczyła w POF, którego zasady działania opisane zostały powyżej. W ocenie PWIF udział Apteki w tak funkcjonującym programie miał na celu zachęcenie pacjentów do dokonywania zakupów w tej a nie innej aptece. Programy pacjenckie są swego rodzaju programami lojalnościowym, których celem jest pozyskania grupy lojalnych klientów regularnie nabywających towary w konkretnej aptece, kształtowanie pozytywnego wizerunku apteki wśród klientów, obniżenie kosztów dotarcia do klientów z kolejną ofertą. Programy lojalnościowe zapewniają nie tylko podniesienie sprzedaży i osłabienie pozycji konkurencji, ale i bezpłatną reklamę. Według organu rejestracja pacjenta oraz wydanie mu specjalnej karty może wywoływać u niego wrażenie, że przy dokonywaniu zakupów w przedmiotowej aptece za okazaniem karty, będzie traktowany w szczególny sposób, inny aniżeli w innych aptekach. Wbrew poglądom prezentowanym w przesłanych (w postępowaniu o nakazanie wstrzymania niedozwolonej reklamy) przez stronę opiniach programy kierowane są do nieograniczonego kręgu odbiorców odwiedzających aptekę, oraz osób które jeszcze takiej apteki nie odwiedziły, ale mogą wejść w posiadanie informacji o programach pacjenckich za pośrednictwem osób, które miały bezpośredni kontakt z tymi programami.

Reasumując, PWIF uznał, że w przedmiotowej sprawie miała miejsce niedozwolona reklama przedmiotowych aptek, o jakiej mowa w art. 94a ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne.

Jak wskazano wyżej w myśl 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, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności. Zgodnie z treścią ust. 2. przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów.

Przy ustalaniu wysokości kary PWIF uwzględnił fakt, iż zabroniona reklama była prowadzona w okresie od 30.05.2012 r. (stwierdzenie w trakcie kontroli udziału w POF) do 7.04.2013 r. (data wskazana przez stronę oraz _____ jest to stosunkowo długi okres, co

w ocenie organu wpływa na zwiększenie wysokości kary. Za podniesieniem wysokości kary przemawiają dodatkowo takie okoliczności, jak: duży zasięg oddziaływania, co wiąże się z podejmowanymi na szeroką skalę przez działania informacyjnymi (dystrybucja Informatorów, strona internetowa) a także możliwość silnego związania pacjenta uczestniczącego w z apteką. Z Informatora wynika że w stosowana jest zróżnicowana, szeroka paleta atrakcyjnych zachęt dla uczestnika Programu: rabaty, usługi internetowego systemu opieki farmaceutycznej, dostęp do wiedzy o rabatach i zamiennikach. Z drugiej zaś strony na korzyść strony, a zatem i na obniżenie kary wpływa fakt, iż reklama została przerwana jeszcze w toku postępowania i od tego czasu nie jest już prowadzona. Organ przy wymierzaniu kary na korzyść strony uwzględnił okoliczność, iż strona wcześniej nie naruszała przepisów ustawy prawa farmaceutycznego w zakresie prowadzenia niedozwolonej reklamy.

Reasumując, w ocenie PWIF wymierzenie kary pieniężnej w wysokości poniżej 5.000 zł nie byłoby adekwatne do skali i formy prowadzenia reklamy i mogłoby nie spełniać prawidłowo funkcji prewencyjnych, a wręcz przeciwnie mogłoby zachęcać do podejmowania podobnych działań. Kary w mniejszej wysokości stosowane są w przypadkach prowadzenia reklamy w mniejszej skali i formie. Z kolei wymierzenie kary większej niż 5.000 zł w opisanych wyżej okolicznościach należałoby uznać za zbyt surowe. Organ zwraca uwagę, że ustalona kara jest dziesięciokrotnie mniejsza od maksymalnej kary przewidzianej w przepisach prawa.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak we wstępie.

Pomorski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny informuje, że kary pieniężne uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna, wpłacając przelewem na rachunek **25 10101 1140 0159 7422 3100 0000**.

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.

POUCZENIE

Od decyzji przysługuje stronie odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za pośrednictwem Pomorskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego, w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania.

Otrzymują:

1.

POMORSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

GMS.
Grażyna Mazurowska

2. aa x 2