

DECYZJA

Na podstawie art. 109 pkt 3 w zw. z art. 94a ust. 1 i 2 3 4 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. - *Prawo farmaceutyczne* (tekst jednolity Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.) oraz art. 105 § 1 w zw. art. 104 § 1 i art. 107 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku - *Kodeks postępowania administracyjnego* (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 267 z późn. zm.)

MAŁOPOLSKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY W KRAKOWIE

- I. Stwierdza naruszenie przez przedsiębiorcę, a to [...] ustawowego zakazu reklamy aptek i ich działalności poprzez prowadzenie reklamy apteki ogólnodostępnej typu B pn. [...] zlokalizowanej w [...] oraz jej działalności, a to poprzez prowadzenie Programu „[...]”.
- II. Nakłada na przedsiębiorcę, a to [...], karę pieniężną w wysokości 5000 zł (słownie: pięć tysięcy złotych 00/100) z tytułu naruszenia zakazu, o jakim mowa w art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001r. *Prawo farmaceutyczne* w zakresie opisanym w punkcie I niniejszej decyzji, płatną do budżetu państwa.
- III. Umarza postępowanie w części dotyczącej nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej typu B pn. [...] oraz jej działalności poprzez prowadzenie programu „[...]” oraz w części dotyczącej reklamy tej apteki za pomocą wydawnictwa w postaci poradnika pt. „[...]”

U Z A S A D N I E N I E

W dniu 6 lutego 2013 r. została przeprowadzona kontrola apteki ogólnodostępnej typu B o nazwie: [...] prowadzonej przez przedsiębiorcę [...]. Była ona związana z pismem Okręgowej Izby Aptekarskiej w Krakowie dotyczącym prowadzenia przez aptekę działań polegających między innymi na:

- prowadzeniu programu lojalnościowego poprzez wydawanie kart stałego pacjenta, na podstawie której pacjent w zależności od ilości dokonywanych zakupów otrzymuje gratyfikacje finansowe;

- prowadzeniu reklamy apteki w wydawanym bezpłatnym poradniku dla pacjenta pt. „[...]”.

Zakres przeprowadzonej kontroli obejmował sprawdzenie przestrzegania zakazu reklamy apteki oraz jej działalności zgodnie z przepisem art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. *Prawo farmaceutyczne*.

W związku z ustaleniami kontroli poczynionymi w oparciu o oświadczenia przedsiębiorcy prowadzącego aptekę oraz zgromadzone materiały, kontrolujący inspektor określił w protokole ważne niezgodności stwierdzone w czasie kontroli, a to polegające na uzyskiwaniu rabatów za zakupy produktów leczniczych przez pacjentów, co było związane z prowadzeniem Programu [...] oraz zamieszczaniem informacji o charakterze reklamy apteki w poradniku dla pacjenta [...], a to informacji o udziale apteki w różnych akcjach profilaktyczno-zdrowotnych.

Kontrolowany podmiot odnosząc się do stwierdzonych niezgodności zakwestionował stwierdzenia kontroli podnosząc, że zrezygnował z uczestnictwa w akcjach profilaktyczno-zdrowotnych, a w związku z tym ewentualne postępowanie administracyjne winno podlegać umorzeniu oraz zaprzeczył, aby udzielanie rabatów na produkty medyczne, czy też „premię sprzedażowych” mogło być również uznawane za reklamę apteki, a tym samym Program [...] nie prowadzi do naruszenia ustawy *Prawo farmaceutyczne*.

Organ podtrzymał stanowisko wyrażone w protokole kontroli i konsekwencji zostało wszczęte z urzędu postępowanie administracyjne w związku z wynikami kontroli.

W trakcie prowadzonego postępowania podmiot prowadzący aptekę przedstawił swoje stanowisko na piśmie, w którym skoncentrował się na konieczności umorzenia postępowania, albowiem wycofał się z uczestnictwa w akcjach profilaktyczno-zdrowotnych, jak również z prowadzonego programu polegającego na wydawaniu kart stałego pacjenta, a ostateczne rozliczenie programu, punktów naliczonych pacjentom miało nastąpić do dnia 20 kwietnia 2013 r.

W trakcie postępowania ustalono stan faktyczny, który stał się podstawą do wydania decyzji, że miała miejsce niedozwolona reklama apteki i jej działalności, apteki prowadzonej przez przedsiębiorcę [...]. Organ wydał decyzję stwierdzającą naruszenie zakazu ustawowego w tym zakresie, nakazując zaprzestania działań reklamowych za pomocą wydawnictwa w postaci poradnika pt. „[...]” oraz prowadzenia [...]. Wymierzył również z tego tytułu karę pieniężną w wysokości 7.000 złotych płatną do budżetu państwa.

Od decyzji strona wniosła odwołanie, w wyniku którego Główny Inspektor Farmaceutyczny w Warszawie uchylił ją w całości i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Za zasadniczą przyczynę uchylecia decyzji organ II instancji podał brak dostatecznych dowodów w zakresie podmiotu, który prowadził potencjalnie reklamę za pośrednictwem wydawnictwa w postaci poradnika pt. „[...]”. Tym samym organ II instancji nie uznał argumentów organu I instancji w przedmiocie tym, że przedsiębiorca [...] prowadząca działalność gospodarczą zarówno, jako podmiot prowadzący aptekę, jak również, jako

przedsiębiorca uczestniczący w spółce cywilnej pn. „[...]” była wydawcą przedmiotowej gazetki, a tym samym, jako przedsiębiorca musiała mieć pod pełną kontrolą treści zamieszczane w gazecie, jej kształt i formę graficzną. Takie zapatrywanie organu II instancji zaistniało również w sytuacji, kiedy spółka cywilna nie jest odrębnym przedsiębiorcą, ale przedsiębiorcami są uczestniczący w niej wspólnicy.

Organ I instancji ponownie rozpatrując sprawę nie mógł poczynić odmiennych ustaleń od poprzednich, a to że wydawca gazetki Firma [...] posiadająca numer REGON: [...], jak to wynika z rejestru REGON dostępnego na Portalu Informacyjnym Głównego Urzędu Statystycznego pod adresem wyszukiwarki <http://www.stat.gov.pl/regon/#> Jak również, że udział przedsiębiorcy prowadzącego kontrolowaną aptekę w tej spółce cywilnej potwierdzają informacje zawarte w danych uwidocznionych w CEIDG w zakresie spółek cywilnych, w których jest wspólnikiem, przy czym nie figuruje tam nazwa spółki cywilnej. Dodatkowa czynność w postaci przesłuchania świadka, a to [...], nie mogła przyczynić się do poczynienia jakichkolwiek pozytywnych ustaleń albowiem z treści jego pierwszych przesłuchań wynika, że o określonych treściach decydowała „spółka”, a więc nie wskazuje on konkretnego przedsiębiorcy, co nie może prowadzić do jednoznacznego wniosku jakoby decyzję podjęła [...] albowiem każdy ze wspólników spółki cywilnej ma prawo prowadzenia spraw spółki, a ukształtowanie materiału w postaci przedmiotowej gazetki nie sposób poczytywać za czynność wymagającą uchwały wspólników, jako przekraczającą zakres zwykłych czynności spółki. Jednak rozważania w tym zakresie są właściwie bezprzedmiotowe albowiem [...] przy powtórnym przesłuchaniu, o czym była zawiadomiona również strona postępowania, odmówił składania zeznań zgodnie ze swoim uprawnieniem.

Natomiast zgromadzony w sprawie materiał dowodowy pozwolił na bezsporne ustalenie, że w aptece był prowadzony Program [...], polegający na wydawaniu kart stałego pacjenta, po wcześniejszym wypełnieniu przez pacjentów formularza zgłoszeniowego oraz zaakceptowaniu warunków programu określonych w regulaminie. Już podczas kontroli zaprezentowano funkcjonowanie tego programu. Mianowicie przedstawiono przykładowe konto pacjenta, który realizując recepty na leki pełnopłatne, jak również dokonując zakupu leków o kategorii dostępności OTC przedstawiał kartę stałego pacjenta. Za pomocą czytnika dostawał określoną ilość punktów, a podczas kolejnych zakupów uzbierana ilość punktów mogła zostać zamieniona na rabat, bądź obniżkę na usługi rehabilitacyjne lub medyczne oferowane przez Partnerów Programu. Za zakupy w aptece pacjent gromadził punkty, które uprawniały do udzielenia rabatu przy kolejnych zakupach. Bonifikata nie mogła być udzielona na zakup produktów refundowanych.

Przy ponownym rozpatrywaniu sprawy przesłuchano kierownika apteki Panią [...], która potwierdziła w swoich zeznaniach sposób funkcjonowania Programu. Mianowicie potwierdziła, że karty stałego pacjenta były wydawane w aptece „prawdopodobnie” do końca 2012 r., pacjenci mieli przyznawane punkty za leki OTC, Rp 100% i inne produkty z wyjątkiem leków refundowanych. Pacjent pytany był, czy posiada kartę stałego pacjenta. Po okazaniu karty otwierało się jego konto w komputerze. Dokonywana była transakcja sprzedaży i po podsumowaniu oraz po zafiskalizowaniu, automatycznie naliczane

były punkty. Pacjent, jeśli chciał sprawdzić ilość zgromadzonych punktów okazywał kartę i farmaceuta sprawdzał ich ilość w komputerze. Ilość punktów była widoczna na ekranie. Pacjent otrzymywał informację ustnie oraz miał możliwość wymiany punktów na rabaty.

Program [...] polegający na wydawaniu kart stałego pacjenta posiadał, więc mechanizm, który prowadzi do jednoznacznej konstatacji, że był to tzw. program lojalnościowy. Poczynione ustalenia faktyczne w oparciu o informacje przedsiębiorcy prowadzącego aptekę oraz kierownika apteki pozwalają na stwierdzenie, że był to po prostu program lojalnościowy. Korzyścią dla apteki była zachęta nabywania w niej produktów leczniczych ze względu na korzyść finansową, jaką uzyskiwali kupujący poprzez posłużenie się kartą. W rezultacie prowadziło to do pozyskania większej ilości pacjentów apteki, a także, co niezwykle istotne skłaniało ich do nabywania większej ilości produktów leczniczych ze względu na jasny przekaz w postaci obniżenia ceny, zarówno poprzez system rabatów, jak również system rabatów połączonych ze zbieraniem punktów w wyniku częstych zakupów.

Przedmiotowy Program mieści się w definicji programu lojalnościowego, który polega na długotrwałych działaniach marketingowych służących do budowania oraz podtrzymywania pozytywnych relacji z klientami. Program lojalnościowy jest formą reklamy w odczucia każdego przeciętnego nabywcy towarów, a w orzecznictwie został już ugruntowany pogląd, że programy lojalnościowe są niedozwoloną reklamą aptek i ich działalności, jak chociażby w wyroku z dnia 24 stycznia 2013 r., sygnatura VI SA/Wa 1908/12 Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, a także w wielu innych wyrokach. Jest także powszechnie znanym dla środowiska farmaceutów, że programy lojalnościowe są niedozwoloną reklamą aptek, przykładem do tego szczególną wagę samorząd zawodowy, a przedsiębiorca prowadzący aptekę jest farmaceutą, a więc profesjonalistą, jeżeli chodzi o znajomość *Prawa farmaceutycznego*.

Reasumując w ocenie Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Krakowie prowadzenie w kontrolowanej aptece Programu [...], będącym ze swej istoty programem lojalnościowym było reklamą apteki, gdyż miało na celu zachęcenie do zakupu produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w prowadzonej aptece poprzez stosowanie wszystkich mechanizmów programu lojalnościowego. Wszelkie promocje, w tym cenowe są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje. Przy ponownym rozpatrywaniu sprawy ocena ta nie może ulec zmianie albowiem w sposób jasny i czytelny został ustalony mechanizm programu lojalnościowego.

Uprzednio przed wydaniem decyzji zaistniała sytuacja, że strona deklarowała zakończenie programu lojalnościowego we wskazanym terminie, a to do dnia 20 kwietnia 2013 r. w celu rozliczenia tego programu z pacjentami, powołując się na konstrukcję cywilistyczną przyrzeczenia publicznego. Organ stanął wtedy na stanowisku, że musi wydać określone nakazy albowiem przed wydaniem decyzji program nadal funkcjonował, nawet w okrojonym kształcie, a więc bez wydawania nowych kart, ale nadal udzielano rabatów na podstawie zgromadzonych punktów. W chwili obecnej, a właściwie już po wydaniu uchylonej decyzji przedsiębiorca zaprzestał prowadzenia programu lojalnościowego.

Ustawa przyznaje wojewódzkiemu inspektorowi farmaceutycznemu prawo nadzoru nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, a jak wynika z art. 94a ust. 2 ustawy *Prawo farmaceutyczne* jest on uprawnionym w przypadku stwierdzenia naruszenia zakazu reklamy aptek i ich działalności do wydania nakazu jej zaprzestania. Niemniej w sytuacji, gdy podmiot prowadzący aptekę zaprzestał prowadzenia niedozwolonej reklamy, co miało miejsce w niniejszej sprawie, wydanie nakazu stało się bezprzedmiotowe, co skutkowało umorzeniem postępowania w tej części na podstawie art. 105 § 1 k.p.a.. Nie oznacza to jednak, że wyklucza to nałożenie kary pieniężnej za złamanie przedmiotowego zakazu albowiem prowadziłoby to do kuriozalnej sytuacji przyzwolenia na naruszanie przepisów ustawy do czasu wszczęcia postępowania administracyjnego i wyeliminowania sankcji przewidzianej przez ustawodawcę tylko z tego powodu, że przedsiębiorca zaprzestał łamania zakazu niedozwolonej reklamy na skutek przeprowadzonej przez organ kontroli lub powzięcia informacji o działaniach reklamowych. Czyn niedozwolony to na gruncie prawa administracyjnego czyn zabroniony pod groźbą kary, a w tym przypadku kara pieniężna jest przewidziana za prowadzenie reklamy apteki i oraz jej działalności, a jej zaprzestanie przed wydaniem decyzji może wpływać jedynie na wymiar tej kary. Przeciwnie stanowisko pozostawałoby w sprzeczności z całym systemem obowiązującego prawa, w którym czyny niedozwolone mogące stanowić przestępstwa lub delikty o charakterze administracyjnym podlegają karze bez względu na fakt ich zaprzestania w trakcie prowadzonych postępowań. Prowadzone postępowanie doprowadziło do pozytywnego ustalenia, że przedsiębiorca prowadził niedozwoloną reklamę apteki i jej działalności poprzez prowadzenie programu lojalnościowego, a tym samym podlega karze przewidzianej w art. 129b ust. 1 *Prawa farmaceutycznego*.

Zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 1 i ust. 2 *Prawa farmaceutycznego* 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. 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.

Z powyższego wynika, iż kara pieniężna jest obligatoryjna, a zatem czy w konkretnej sprawie w odniesieniu do konkretnego przedsiębiorcy należy nałożyć sankcję karną nie jest pozostawione swobodnemu uznaniu organowi, w tym wypadku Małopolskiemu Wojewódzkiemu Inspektorowi Farmaceutycznemu, ale kara ta wynika wprost z przepisów ustawy *Prawa farmaceutycznego*. Organ nakładający karę pieniężną ma jedynie możliwość jej miarkowania.

Należy zważyć, że obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży w większym stopniu na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, jakim są przedsiębiorcy. W tym przypadku mamy do czynienia nie tylko z przedsiębiorcą, ale również z farmaceutą, co dodatkowo predysponuje takiego przedsiębiorcę do dogłębnej znajomości *Prawa farmaceutycznego*. Trzeba podkreślić, że farmaceuta jest równocześnie

członkiem korporacji zawodowej, której samorząd permanentnie podejmuje działania przeciwko prowadzeniu niedozwolonej reklamy działając w imieniu środowiska osób prowadzących apteki. Dotyczy to w szczególności programów lojalnościowych, albowiem mają one bardzo duże oddziaływanie na pacjentów aptek.

W niniejszej sprawie jeszcze raz należy zauważyć, że ustawodawca wprowadzając zakaz reklamy aptek i ich działalności miał na uwadze szczególny rodzaj nabywanych w nich towarów, a to produktów leczniczych. Przepisy ustawy z dnia 6 września 2001 r. - *Prawo farmaceutyczne* dotyczą dziedziny działalności, która winna podlegać i podlega szczególnemu nadzorowi państwa poprzez jej reglamentowanie albowiem dotyczy ochrony zdrowia publicznego. W uzasadnieniu projektu nowelizacji ustawy refundacyjnej, wprowadzającej całkowity zakaz reklamy aptek, punktów aptecznych i ich działalności w obecnym brzmieniu wskazano, że:

„cele przedsiębiorców prowadzących apteki, w tym dążenie do maksymalizacji zysku, muszą być podporządkowane wymogom wynikającym z konieczności ochrony zdrowia pacjentów.”

Oznacza to, że celem ustawodawcy było zapobieżenie nadmiernej konsumpcji leków, a zjawisko takie występuje w przypadku różnych rodzajów produktów, jeżeli są prowadzone działania reklamowe. Doświadczenie życiowe wskazuje, że jednym z najbardziej skutecznych narzędzi są właśnie programy lojalnościowe, ze względu na wywołanie przekonania u kupującego, że zwiększony zakup zwiększa po jego stronie korzyść ekonomiczną, a nadto posiada on przymiot szczególnie uprawnionego klienta. W sytuacji, kiedy mamy do czynienia ze zwiększonym zakupem produktów leczniczych, co może również następczo prowadzić do zwiększonej ich konsumpcji, stosowanie programów lojalnościowych w aptekach należy uznać za wyjątkowo naganną formę reklamy.

Powyżej wskazane okoliczności winien sobie szczególnie uświadamiać przedsiębiorca, który jest farmaceutą.

Mając na względzie wskazane powyżej okoliczności, organ za stwierdzone naruszenie ustalił karę pieniężną w wysokości 5000 zł (słownie: pięć tysięcy złotych 00/100), biorąc pod uwagę przy wymiarze kary:

- prowadzenie działań przy pomocy programu lojalnościowego,
- prowadzenie niedozwolonej reklamy przez przedsiębiorcę będącego farmaceutą,
- prowadzenie programu pomimo toczącego się postępowania i zaprzestanie jego prowadzenia dopiero po wydaniu decyzji, ale nie z powodu wydania tej decyzji, ale z przyczyn związanych z samym programem, a więc zakończeniem udzielania rabatów na podstawie uprzednio naliczonych punktów.

Jako okoliczność łagodząca organ wziął pod uwagę, że jest to pierwsze naruszenie zakazu niedozwolonej reklamy przez stronę postępowania.

Zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 4 i ust. 5 *Prawa farmaceutycznego* kary pieniężne uiszczą się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna na konto

Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Krakowie z siedzibą Plac Szczepański 5, 31-011 Kraków: NBP O/O w Krakowie nr rachunku 46 1010 1270 0009 4122 3100 0000.

Organ umorzył także postępowanie w części dotyczącej reklamy apteki za pomocą wydawnictwa w postaci poradnika pt. „[...]” albowiem zgromadzony materiał dowodowy w niniejszym postępowaniu nie dostarczył dostatecznych dowodów mogących wskazywać, że naruszenie ustawowego zakazu reklamy aptek i ich działalności nastąpiło w wyniku działań podjętych przez przedsiębiorcę prowadzącego aptekę, a stroną postępowania był właśnie ten przedsiębiorca. Natomiast, czy do naruszenia tego doszło w związku uczestnictwem przedsiębiorcy [...] w spółce cywilnej, prowadzone czynności również nie dostarczyły stosownych dowodów, a zważywszy na stopień bliskości wspólników spółki „[...] niemożliwe jest poczynienie ocen, który ze wspólników podejmował określone decyzje jedynie na podstawie wniosków mogących wynikać z powiązań występujących między przedsiębiorcami albowiem prowadziłyby to naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów, jak to podkreślono w decyzji Głównego Inspektora Farmaceutycznego i co było powodem uchylecia pierwszej z decyzji.

POUCZENIE

Od niniejszej decyzji służy stronie odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego w Warszawie za pośrednictwem Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Krakowie w terminie 14 dni od jej doręczenia.

Zgodnie z dyspozycją art. 129b ust. 4 i ust. 5 *Prawa farmaceutycznego* kary pieniężne uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Krakowie, Plac Szczepański 5, 31-011 Kraków w NBP O/Kraków numer rachunku:

46 1010 1270 0009 4122 3100 0000.

Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami ustawowymi za zwłokę następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Otrzymują:

1. [...]

2. a/a

rp