

REKLAMA APTEK – perspektywa zmian



W AKTUALNYM STANIE PRAWNYM REKLAMA APTEK ORAZ DZIAŁALNOŚCI APTECZNEJ JEST ZAKAZANA. CZY MOŻEMY JEDNAK LICZYĆ NA ZMIANY W NAJBLIŻSZYM CZASIE?

AUTOR: ADW. MACIEJ ŁYSAKOWSKI Z KANCELARII WIERZBICKI ADWOKACI I RADCOWIE PRAWNI SP.K.

Prowadzenie aptek i punktów aptecznych bez wątplenia jest działalnością szczególnego rodzaju. Z jednej strony jest to rodzaj aktywności zawierającej elementy służby społeczeństwu, aktywności wymagającej zaufania pacjentów do farmaceuty oraz stawiającej przed osobami ją wykonującymi szczególne wymagania i ograniczenia, charakterystyczne dla zawodów zaufania publicznego. Z drugiej strony, nie należy zapominać, że detaliczny obrót lekami stanowi szczególny rodzaj działalności gospodarczej, podlegający prawom wolnego rynku oraz konkurencji, co z kolei związane jest z kwestią możliwości prowadzenia reklamy aptek – jako jednym z niewielu narzędzi efektywnej walki o klientów, jakie mogłyby przysługiwać podmiotom prowadzącym apteki.

W obecnym stanie prawnym reklama aptek i ich działalności jest zakazana – ustawodawca odebrał właścicielom i operatorom narzędzie do walki o lepszą pozycję rynkową (nie pierwsze zresztą – należy pamiętać o sztywnych cenach niektórych leków, ustalanych przez Ministerstwo Zdrowia).

Artykuł 94a ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (DzU Nr 126, poz. 1381) mówi, co następuje:

Art. 94a [Zakaz reklamy aptek i punktów aptecznych]

1. Zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

1a. Zabroniona jest reklama placówek obrotu pozaaptecznego i ich działalności odnosząca się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych.

2. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego.

3. W razie stwierdzenia naruszenia przepisu ust. 1 lub 1a wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje, w drodze decyzji, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

4. Decyzji, o której mowa w ust. 3, nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.

CZYM JEST REKLAMA APTEKI?

Przepis art. 94a PFarm. zakazuje reklamy aptek i ich działalności. Nie ulega wątpliwości zatem, że pewne działania – jak chociażby spoty radiowe głoszące slogany o „najtańszych lekach w mieście” czy też zapraszające na akcję „wszystko -50%” są niedopuszczalne. Poza powyższym przykładem istnieje jednak cała paleta działań i akcji realizowanych przez

podmioty prowadzące apteki, co do których rodzą się wątpliwości – czy są dozwolone, czy też nie? Należy bowiem zauważyć, że art. 94 a PFarm. nie definiuje pojęcia „reklamy”.

Odwołać się należy do orzeczenia, w którym przyjęto stanowisko niekorzystne dla aptekarzy. Tytułem przykładu przytaczamy treść uzasadnienia wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 października 2015 r. (sygn. VI SA/Wa 34/15):

„W aktualnym stanie prawnym nie zawarto definicji reklamy apteki i jej działalności. Posiłkując się definicjami reklamy zawartymi w publikacjach słownikowych wskazać trzeba, że za reklamę uważa się każde działanie, mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub skorzystania z określonych usług. Oznacza to, że reklamą apteki może być także każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych”.

W uzasadnieniach wyroków sądów administracyjnych, decyzji wojewódzkich oraz Głównego Inspektora często przywoływany jest również wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 1 kwietnia 2008 r. sygn. akt: VII SA/Wa1739/07, w którym czytamy: >>>

»» „Reklamą działalności apteki lub punktu aptecznego będzie zatem każda ich działalność, niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeżeli celem tej działalności jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w danej aptece lub punkcie aptecznym”. Tak szeroko zaprojektowany zakaz reklamowania aptek i ich działalności był przedmiotem licznych sporów przed sądami administracyjnymi, w których rozważane było objęcie zakazem konkretnych przypadków. Z ciekawszych wyroków warto przytoczyć wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 sierpnia 2013 r. (VI SA/Wa 1660/13), w uzasadnieniu którego wybrzmiało kilka zasad, które pozostają aktualne przy dokonywaniu interpretacji ustawowego zakazu reklamy aptek, mianowicie: Reklama może przyjmować różne formy zachęcania: poprzez ulotki, foldery czy gazetki temu służące, nie tylko wręczane przez farmaceutów klientom apteki, ale także zachęcające poprzez Internet. Kwestia ta stanowi twierdzącą odpowiedź na pytanie, czy zakazaną reklamą są również przekazy informacyjne dla pozyskanych już wcześniej klientów (newslettery). Wyłączona z zakazu jest tylko informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki – podane wraz z nią innych informacji o działalności apteki lub jej walorach będzie stanowiło reklamę. Informacja o aptece poprzez jej udział w programie lojalnościowym jest jednocześnie zachętą do

skorzystania z jej usług. Udział lub prowadzenie programu lojalnościowego stanowi naruszenie zakazu reklamy.

Nie jest istotne z punktu widzenia zakazu reklamy aptek, czy reklama dokonywana jest wewnątrz czy na zewnątrz apteki. Jej działalność reklamowa może się przejawiać tak we wnętrzu lokalu aptecznego jak i poza nim – w obydwu przypadkach jest zakazana. Z powyższej analizy orzeczeń zapadłych na gruncie art. 94a PFarm. wynika, że podmiotom prowadzącym aptekę można naprawdę niewiele – tak naprawdę nawet zbyt ostateczny szyld ze słowem „Apteka” może zostać zinterpretowany jako reklamowanie działalności apteki – wszak jego rolą jest uświadomienie klientom faktu funkcjonowania apteki w danej lokalizacji, co może prowadzić do zwiększenia się obrotów. Co więcej, skoro zakaz reklamy obejmuje również działania prowadzone w lokalu apteki, to nawet wyeksponowanie produktów leczniczych w sposób widoczny dla pacjentów może zostać uznane za niedozwoloną reklamę.

CO Z INFORMACJĄ O LOKALIZACJI I GODZINACH PRACY APTEKI?

Naturalną konsekwencją zakazu reklamy apteki będzie chęć skierowania uwagi klientów na te działania informacyjne, mogące poprawić naszą sytuację na konkurencyjnym rynku, które sam ustawodawca – a za nim również orzecznictwo – uznały za wyłączone z zakazu

reklamy. Mowa o dopuszczalnym informowaniu o lokalizacji i godzinach otwarcia apteki.

Dozwolone działanie informacyjne dotyczy wyłącznie lokalizacji i godzin funkcjonowania apteki – tak stanowi art. 94a PFarm., natomiast w praktyce uprawnienie to rozciągane jest również na nazwę apteki. Nazwa apteki, nadawana jest w formie decyzji administracyjnej podmiotowi prowadzącemu działalność gospodarczą, w ramach zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego. W tym miejscu pojawia się pytanie, czy posługiwanie się określoną nazwą apteki jest dozwolone w ramach informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki? Sytuacja w tym zakresie nie do końca jest jasna. Z jednej strony, mamy zatwierdzoną przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego nazwę apteki – co powinno móc utwierdzić nas w przekonaniu, że z prawnego punktu widzenia nasza nazwa apteki jest poprawna, również w kontekście zakazu reklamy apteki. Potwierdził to również Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, w wyroku z dnia 12 lutego 2015 r. (sygn. VI SA/Wa 3497/14):

„Wydanie zezwoleń na prowadzenie aptek, których nazwy zawierają elementy o charakterze reklamy, jest działaniem naruszającym przepisy, a decyzje administracyjne (zezwoleń) w takim przypadku są dotknięte poważną wadą prawną. Jednakże kwestia zgodności nazwy apteki z obowiązującym prawem musi być rozstrzygnięta na etapie

>> wydawania zezwolenia lub na etapie zmiany polegającej na zmianie nazwy apteki. Natomiast w sytuacji, gdy organ zaakceptuje nazwę w stosownym zezwoleniu, to brak jest podstaw do karania podmiotu za używanie tej nazwy do momentu wyeliminowania z obrotu zezwolenia, w którym nazwa taka została zaakceptowana przez organ”. Ponieważ wyrok został wydany stosunkowo niedawno, organy wydające decyzje nadające nazwy aptekom zaczęły z kolei wydawać decyzje stwierdzające nieważność tych decyzji administracyjnych, które zezwalały na nadanie aptekom kontrowersyjnych (z punktu widzenia zakazu reklamy) nazw. Co do drugiej konkluzji zawartej w wyroku z dnia 12 lutego 2015 r., czyli zasady, że dopóki zezwolenie obowiązuje, istnieje możliwość posługiwania się nazwą w nim określoną, również informując o lokalizacji i godzinach otarcia apteki, praktyka znowu przybrała obrót niepomysłny dla przedsiębiorców pragnących wyróżnić się na tle konkurencji. Przyjęto bowiem zasadę, w myśl której art. 94 a ust. 1 dopuszcza możliwość podawania informacji w określonym zakresie (lokalizacja i godziny otwarcia), natomiast nie zakłada dowolności co do formy graficznej takiej informacji (choć nie sposób wskazać przepisu, który takie ograniczenia przewidywałby w sposób wyraźny). Tytułem przykładu wskazujemy na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 października 2015 r. (VI SA/Wa 34/15): „Nazwa apteki zawierająca w sobie hasło TANIE LEKI, wyeksponowana w publicznym miejscu,

w ten sposób, iż przede wszystkim widoczne jest właśnie to hasło, sugeruje potencjalnym klientom aptek opatrzonych sporną nazwą korzyści, jakie mogą odnieść, dokonując zakupu produktów w tych aptekach, i niewątpliwie cechuje się zamiarem wywołania określonej reakcji u potencjalnych klientów tych aptek. Nad intencją wskazania nazwy aptek przeważa przekaz reklamowy wynikający ze sformułowania TANIE LEKI, odnoszący się do konkretnych aptek i zawierający zachętę do dokonywania w nich zakupów, co stanowi naruszenie normy wynikającej z art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (t.j. DzU z 2008 r. Nr 45, poz. 271 ze zm.)”. Okazuje się zatem, że nawet korzystając z niewielkiej swobody informacyjnej przyznanej przez ustawodawcę w art. 94 a ust. 1, posługując się zatwierdzoną nazwą apteki, ponosimy ryzyko, że wygenerowana informacja zostanie uznana (ze względu na intencje) za niedozwoloną reklamę – co może skutkować nałożeniem kary pieniężnej.

PERSPEKTYWA ZMIAN

Jak wynika z powyższych rozważań, w obecnie istniejącym stanie prawnym mamy do czynienia z sytuacją, w której praktycznie każdy rodzaj informowania o działalności apteki może zostać zakwalifikowany jako niedozwolona reklama. Nawet wykazując zrozumienie dla celów, jakie przyświecały ustawodawcy wprowadzającemu art. 94 a PFarm. (ograniczenie ilości spożywanych leków), rodzi się pytanie – czy nie można było osiągnąć tego celu

w sposób mniej ingerujący w zasadę swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Tego rodzaju wątpliwość przyświecała autorom skargi konstytucyjnej, którzy zarzucili art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 roku – Prawo farmaceutyczne, w brzmieniu nadanym przez art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 roku o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, niezgodność z art. 20 i art. 22 w związku z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP. W sytuacji, w której Trybunał Konstytucyjny podzieliłby zarzuty skarżących, koncentrujące się wokół kwestii nieproporcjonalnie dużego ograniczenia swobody prowadzenia działalności gospodarczej – istniałyby realne widoki na uchylene art. 94 a ust. 1 PFarm., a docelowo – na wprowadzenie regulacji kompromisowej, umożliwiającej podmiotom prowadzącym apteki dozwoloną formę komunikacji z pacjentami i konkurowanie na rynku. Sytuacja jest o tyle problematyczna, że zarzuty przedstawione w dwóch dotychczasowych skargach (rozpoznawanych przez TK pod sygn. SK 23/15 i SK 11/16) nie zostały do tej pory rozstrzygnięte przez Trybunał Konstytucyjny, a nawet jeśli wyrok zostanie wydany, otwartą pozostaje kwestia jego publikacji i uwzględnienia przez organy administracji rządowej. Pikanterii dodaje sprawę fakt, że w przypadku pierwszej ze skarg (SK 23/15) stanowisko Prokuratora Generalnego głosi, że art. 94 a ust. 1 PFarm. jest niezgodny z Konstytucją RP – zupełnie inaczej niż w drugiej z rozpoznawanych spraw. **MNF**