

Reklama aptek w świetle orzecznictwa sądowo-administracyjnego

The pharmacies' advertisement in the jurisprudence of the administrative courts

Streszczenie

Od 2012 r. obowiązuje bezwzględny zakaz prowadzenia reklamy działalności aptek. Przepis ten w praktyce wywołuje wiele wątpliwości, bowiem ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „reklamy działalności” ani nie wskazał przykładów zakazanej działalności. Zadanie to należy do sądów. W niniejszej publikacji zostaną przedstawione wypracowane w orzecznictwie pojęcia i reguły reklamy aptek.

Słowa kluczowe

apteka, reklama, orzecznictwo, sądy, prawo, zakaz

Abstract

Since 2012 is in force the absolute ban to advertise the pharmacies. In practice this legal rule raises doubts, because the legislator did not define a term “the activity’s advertisement” or did not show the examples of the forbidden advertising activities. This task belongs to the courts. In this publication will be presented the established by the jurisprudence the term and the rules of the pharmacies’ advert.

Key words

pharmacy, advertisement, jurisprudence, court, law, ban



Tomasz Kołodzki
student V roku prawa
na Wydziale Prawa i Administracji
Uniwersytet Łódzki

Zatwierdzono do opublikowania: październik 2015r.

Art. 94a ustawy z 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. 2008 nr 45 poz. 271 j.t.; dalej jako u.p.f.) wprowadza bezwzględny zakaz prowadzenia reklamy działalności aptek. Ani w obowiązującym, ani w poprzednim stanie prawnym, ustawodawca nie zdefiniował pojęcia reklamy działalności aptek, mimo że ze względu na specyfikę przedmiotu ich działalności nie mogą one swobodnie wykorzystywać narzędzi reklamowych¹. Prawodawca nie wskazał również, chociażby przykładowego, katalogu działań stanowiących działalność reklamową objętą zakazem. Czynniki te spowodowały, że to orzecznictwo stanęło przed zadaniem dokonania wykładni przepisów u.p.f. Kwestia ta była o tyle szczególna, że w rachubę wchodziła konieczność zapewnienia ochrony zdrowia publicznego. Niniejsze opracowanie zawiera przedstawienie przyjętego przez sądy administracyjne rozumienia pojęcia reklamy działalności aptek oraz katalogu działań sprzecznych z art. 94a u.p.f. w oparciu o orzeczenia wydane przede wszystkim po wejściu w życie nowelizacji

u.p.f., która wprowadziła całkowity zakaz reklamy działalności aptek.

Czym jest reklama działalności aptek

Pojęcie reklamy działalności aptek ukształtowało się w orzecznictwie w oparciu o wcześniejsze brzmienie przepisu art. 94a. u.p.f. i wciąż pozostaje aktualne. W pierwszej kolejności sądy odwoływały się do wykładni językowej słowa „reklama”. Zgodnie z nią reklamą działalności apteki jest każda ich 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 aptecznym². W kolejnych orzeczeniach sądów administracyjnych akcentuje się dodatkowo przesłankę skierowania do publicznej wiadomości³. Istotnym elementem reklamy jest zamiar wywołania określonej reakcji potencjalnych klientów – dokonania przez nich zakupu leków⁴. Ponadto należy zauważyć, że doniosłe zna-

czenie ma wola nadawcy komunikatu reklamowego – musi on chcieć nadać reklamie wydźwięk zachęcający do kupna. Wypowiedź jest reklamą, gdy nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru⁵ i tej zasadniczej cechy nie może zabraknąć. Jednakże w judykaturze można spotkać również pogląd, zgodnie z którym sama reklama nie musi zawierać w sobie wyraźnych elementów ocennych ani zachęcających do zakupu, bowiem wystarczające jest, że wywoła u odbiorców zainteresowanie produktem i chęć jego nabycia⁶.

Nakreślona linia orzecznicza została podtrzymana w orzeczeniu Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) z 27 sierpnia 2014 r., w którym Sąd podkreśliła, że zgodnie z zasadą racjonalnie działającego prawodawcy, należy przyjąć, że w obrębie danego aktu prawnego ustawodawca posługuje się jednakowo brzmiącymi terminami w takim samym znaczeniu, o ile sam nie wskaże inaczej⁷. Odwołano się do ustawowej definicji reklamy produktu leczniczego (art. 52 ust. 1 u.p.f.), zgodnie z którą reklamą taką jest działalność polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do stosowania produktu leczniczego, mająca na celu zwiększenie: liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub kon-

sumpcji produktów leczniczych. Wskazana definicja jest szersza pod względem znaczeniowym od przyjętego powszechnie rozumienia reklamy i obejmuje również zjawiska pokrewne reklamie⁸. NSA przyjął, że reklamą działalności apteki będzie działalność prowadzona z zamiarem zachęcenia 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.

Spod zakazu art. 94a u.p.f. wyłączona została informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki. Stąd też podanie wszelkich innych informacji dotyczących działalności apteki powinno być uznane, w drodze wnioskowania *a contrario*, za sprzeczne z dyspozycją art. 94a u.p.f.⁹ Niemniej należy podkreślić, iż trudno jest zakwalifikować jako reklamę informacje (porady) przekazywane przez apteki, dotyczące w szczególności stosowania produktów leczniczych i wyrobów medycznych, niezawierające elementów zachęty zakupu produktów w konkretnej aptece, tym bardziej, iż apteka jako placówka ochrony zdrowia publicznego ma wręcz obowiązek dostarczania informacji o produktach leczniczych¹⁰ w ramach realizacji obowiązku opieki farmaceutycznej.

Reklama w postaci ulotek i list cenowych

Najpopularniejszą formą reklamy działalności gospodarczej pozostają ulotki, gazetki lub foldery promocyjne. Odnosząc się do definicji reklamy, w ocenie NSA wskazane formy reklamy niewątpliwie prowadzą do zwiększania przychodu względem przychodu prognozowanego, jaki byłby osiągnięty, gdyby nie podjęto działań reklamowych¹¹. W orzecznictwie podkreśla się, że oceniając treść ulotki należy zawsze mieć na uwadze, iż odbiorcą przekazu jest przeciętny konsument, który odbiera komunikat w kontekście ogólnie i powszechnie stosowanych praktyk marketingowych stosowanych na rynku¹². A praktyka ta wskazuje dobitnie, że celem rozpowszechniania ulotek lub gazetek jest chęć przedsiębiorców do

zapoznania potencjalnych klientów z ich ofertą, a w konsekwencji tego zwiększenia przychodów. Jakikolwiek wskazanie apteki dokonującej sprzedaży w cenie niższej niż hurtowa zachęca do skorzystania z jej usług, co jest równoznaczne z naruszeniem zakazu reklamy aptek. Charakter ulotek jako formy reklamy, które ze swej istoty mają zachęcać do nabywania określonych produktów, nie podlega dyskusji.

Listy cenowe to informacja o cenach leków sprzedawanych w różnych aptekach, niekoniecznie należących do jednego przedsiębiorcy. Stanowią formę reklamy porównawczej, czyli takiej, która umożliwia bezpośrednio lub pośrednio rozpoznanie konkurencyjnego przedsiębiorcy lub oferowanych przez niego usług lub towarów¹³. W judykaturze przyjmuje się, że posługiwanie się listami cenowymi stanowi sprzeczne z art. 94a u.p.f. działanie reklamujące działalność apteki¹⁴. Pacjenci otrzymują narzędzie, dzięki któremu w sposób prosty i szybki mogą zorientować się w cenach leków obowiązujących w najbliższych im aptekach i wybrać tę, w której nabycie leków będzie najkorzystniejsze. Taka ulotka, bowiem tę formę listy cenowe przybierają najczęściej, może być odebrana przez przeciętnego konsumenta jako zachęta do kupna w określonej aptece, a zachęcenie jest, jak wskazano powyżej, istotnym elementem reklamy.

Reklama skojarzeniowa

Jedną z form reklamy działalności aptek, powiązaną z wcześniej przedstawioną, może być tzw. reklama skojarzeniowa. Polega ona na prowadzeniu działań marketingowych przez przedsiębiorcę, np. dystrybucji ulotek lub folderów, które wywołują u przeciętnego konsumenta skojarzenie z nim, mimo braku użycia wyraźnych odniesień co do firmy czy znaku towarowego danego przedsiębiorcy. Wyrok NSA z dnia 8 kwietnia 2015 r.¹⁵ został wydany w oparciu o stan faktyczny, w którym skarżąca spółka przed dniem 1 stycznia 2012 r. dystrybuowała ulotki, w których widniały nazwa, logo i adresy prowadzonych przez nią aptek. Wskutek zmiany przepisów koniecznym było wydanie nowych gazetek. Różnica sprowadzała się do braku słowa „apteka”

w użytym logo oraz braku listy adresów aptek należących do skarżącej spółki. NSA uznał jednak, że taka forma reklamy jest sprzeczna z art. 94a u.p.f. W uzasadnieniu Sąd po raz kolejny odniósł się do wzorca przeciętnego konsumenta znajdującego się w kontekście przyjętych praktyk marketingowych. W sposób bezsprzeczny taka postać gazetki promocyjnej wywoływała uzasadnione przeświadczenie, że określone produkty można nabyć w każdej z aptek sieciowych, bowiem z istoty reklamy wynika, że jest prowadzona w sposób cykliczny, w związku z czym kolportowanie folderów najpierw z nazwą, logo i adresami aptek (co było zgodne z obowiązującymi przepisami), a potem usunięcie wyłącznie słowa „apteka” i adresów, stanowiło naruszenie art. 94a u.p.f. Sąd I instancji w tej sprawie stwierdził, że zakończenie jednej kampanii reklamowej nie oznacza zakończenia reklamy w ogóle, lecz z reguły oznacza, że po upływie określonego czasu jest ona wznawiana¹⁶. Przeprowadzenie kampanii reklamowej z pełną nazwą sieci aptek i utrwalenie w przeświadczeniu przeciętnych konsumentów znaku towarowego danej sieci, a następnie jego zmodyfikowanie w sposób niezmiennący istoty logo skutkuje tzw. reklamą skojarzeniową, którą należy uznać za sprzeczną z art. 94a u.p.f.

Programy lojalnościowe

Najczęściej stosowaną w praktyce i najatrakcyjniejszą dla klientów aptek formą reklamy były tzw. programy lojalnościowe. Program taki dla jego uczestników przewiduje określone bonusy, upusty, rabaty przy nabyciu towarów, celem pozyskania grupy lojalnych klientów, kształtowania pozytywnego wizerunku organizatora programu wśród klientów, obniżki kosztów dotarcia do klienta z kolejną ofertą (umożliwia wręcz bezpłatną reklamę), jak również rozpoznania potrzeb klientów¹⁷. W ocenie sądów służą one budowaniu przywiązania klientów do danej apteki i w ten sposób stają się elementem działań reklamowych. Apteka prowadząca program lojalnościowo-rabatowy zapada w pamięci klientów jako atrakcyjniejsza z punktu finansowego. I właśnie owo „zapadnięcie w pamięć” stanowi

istotę programów lojalnościowych. Tworzą one system, w którym konsument jest nagradzany w zależności od częstotliwości nabywania towarów lub usług danej firmy i wielkości zakupów¹⁸. W orzecznictwie podkreśla się, iż takie czynności jak naliczanie punktów rabatowych, czy udzielanie wyjaśnień i informacji dotyczących programu lojalnościowego nie mieszczą się w katalogu usług farmaceutycznych określonych w art. 86 ust. 2 u.p.f. Ważną cechą programu lojalnościowego jako reklamy jest powszechność w dostępie do niego i do informacji o nim. Co oznacza, że szczególnie programy mogą być przekazywane przez internet, infolinię lub ulotki znajdujące się w lokalach aptek, ponadto, w niektórych stanach faktycznych, sami farmaceuci zachęcali i proponowali uczestnictwo klientom apteki. Szeroki dostęp niewątpliwie miał na celu zwiększenie obrotu w aptece biorącej udział w programie, co podkreślono w jednym z orzeczeń: „Informacja o ofercie preparatów „za 1 złotówkę” stanowi jasno sformułowaną zachętę do nabywania produktów refundowanych, oferowanych we wskazanych w internecie aptekach (...) i wiąże się z określonymi korzyściami dla klienta oferowanymi w ramach działalności apteki”¹⁹. Zastrzeżenie, że realizacja rabatów i upustów (poprzez wykorzystanie zgromadzonych punktów) mogła nastąpić wyłącznie we wskazanej aptece lub sieci aptek, jeszcze bardziej wiązało klientów z apteką i zachęcało do zwiększonych zakupów. Z uwagi na powyższe, zbyt daleko idące, powiązania wywoływane przez programy lojalnościowe między aptekami a pacjentami, sądy administracyjne jednoznacznie przyjęły niedopuszczalność prowadzenia tego rodzaju programów.

Elementy o charakterze reklamy

Na tle przytoczonego orzecznictwa ciekawym wydaje się wyrok, który odnosi się do używania przez aptekę nazwy zawierającej elementy o charakterze reklamy²⁰. W zaistniałym stanie faktycznym wojewódzki inspektor farmaceutyczny (WIF) uznał za naruszenie zakazu art. 94a u.p.f. umieszczenie

w witrynie apteki jej nazwy. Co najciekawsze w tej sprawie, nazwa ta została wcześniej zaakceptowana przez ten organ, bowiem w przypadku nadania nazwy aptece informacja ta staje się koniecznym elementem wydawanego zezwolenia na jej prowadzenie. Sąd podkreślił, iż nie można umożliwić stronie podjęcia określonych czynności, a następnie nakładać na nią sankcje za ich dokonanie, a działanie WIF uznał za sprzeczne z konstytucyjnymi zasadami demokratycznego państwa prawnego, praworządności oraz pogłębiania zaufania obywateli do państwa. Niemniej należy zwrócić uwagę, że nazwa apteki nie może zawierać żadnych elementów reklamowych.

Podsumowanie

Odnosząc art. 94a u.p.f. w świetle orzecznictwa sądowno-administracyjnego należy zbudować trzy wnioski. Po pierwsze, należy podkreślić, że w judykaturze powstała ustabilizowana już linia orzecznicza dotycząca definicji reklamy aptek i ich działalności oraz katalogu działań reklamowych objętych zakazem art. 94a u.p.f. Po drugie, wykładnia operatywna przyniosła definicję reklamy działalności aptek jako, generalnie ujmując, wszelką działalność mającą na celu zachęcenie do nabycia produktów leczniczych w konkretnej aptece, niezależnie od formy tych działań i miejsca ich prowadzenia. Po trzecie, w orzecznictwie zakaz reklamy działalności aptek jest interpretowany bardzo szeroko. Wskazuje się, że mogą być to m.in. ulotki, foldery, programy lojalnościowe, ale i spoty telewizyjne, hasła czy billboardy. Ustawodawca ani nie stworzył, przykładowego chociażby, katalogu działań zabronionych ani nie wyłączył żadnego rodzaju reklamy spod dyspozycji art. 94a u.p.f. Dlatego też zauważalnym jest trend klasyfikowania każdego z podjętych działań jako działania reklamowego, co w sposób oczywisty służy realizacji zamierzeń ustawodawcy. A przede wszystkim ma wymiar fiskalny, bowiem z każdym naruszeniem omawianego przepisu wiąże się nałożenie grzywny w oparciu o art. 129b u.p.f. Szeroka interpretacja działalności reklamowej aptek wynika także

z faktu, iż granica między działalnością *stricte* informacyjną a działaniami o charakterze reklamy jest bardzo nieostra, a w ocenie sądów apteka powinna pozostać miejscem neutralnym dla pacjenta, gdzie najwyższą wartością jest ochrona jego zdrowia.

adres do korespondencji:
tomasz.koludzki@gmail.com

- 1 A. Rąbiega-Przyłęcka, *Zakaz reklamy aptek w świetle art. 94a Prawa farmaceutycznego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 11/2013, s. 68.
- 2 Wyrok WSA w Warszawie z 22.11.2007 r., sygn. akt VII SA/Wa 1661/07, LEX nr 496345; wyrok WSA w Warszawie z 19.02.2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 1914/07, LEX nr 477200.
- 3 Wyrok WSA w Warszawie z 17.12.2007 r.; sygn. akt VII SA/Wa 1707/07, LEX nr 496346.
- 4 R. Szczęsny, *Reklama farmaceutyczna i pokrewna*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 108.
- 5 Wyrok WSA w Warszawie z 11.09.2013 r., sygn. akt VI SA/Wa 1291/13, LEX nr 1405420.
- 6 Wyrok WSA w Warszawie z 29.05.2013 r., sygn. akt VI SA/Wa 453/13, LEX nr 1405428.
- 7 Wyrok NSA z 27.08.2014 r., sygn. akt II GSK 1000/13, LEX nr 1527438.
- 8 G. Rączka, *Wprowadzenie do terminologii prawa reklamy* [w:] *Reklama. Aspekty prawne*, M. Namysłowska, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 37.
- 9 Wyrok WSA w Warszawie z 17.09.2013 r., sygn. akt VI SA/Wa 1594/13, LEX nr 1405423.
- 10 A. Rąbiega-Przyłęcka, *Zakaz reklamy...*, op. cit., s. 72.
- 11 Wyrok NSA z 11.03.2015 r., sygn. akt II GSK 753/14, LEX nr 1712654.
- 12 Wyrok NSA z 14.01.2015 r., sygn. akt II GSK 2269/13, LEX nr 1712652.
- 13 R. Szczęsny, *Reklama farmaceutyczna...*, op. cit., s. 275.
- 14 Wyrok WSA w Warszawie z 2.08.2013, sygn. akt VI SA/Wa 454/13, LEX nr 1449563.
- 15 Wyrok NSA z 8.04.2015 r., sygn. akt II GSK 74/14, LEX nr 1712653.
- 16 Wyrok WSA w Warszawie z 2.10.2013 r. sygn. akt VI SA/Wa 1193/13, LEX nr 1630234.
- 17 Wyrok WSA w Warszawie z 19.12.2013 r., sygn. akt VI SA/Wa 2101/13, LEX nr 1543117.
- 18 Wyrok WSA w Warszawie z 24.01.2013 r., sygn. akt VI SA/Wa 1908/12, LEX nr 1369079.
- 19 *Ibidem*.
- 20 Wyrok WSA w Warszawie z 12.02.2015 r., sygn. akt VI SA/Wa 3497/14 LEX nr 1667800.