

R., dnia ..... listopada 2013 r.

FARZ-DA.8523.8.2013

[...] **Sp. z o.o.**  
Ł. ul. [...]

### **DECYZJA**

Na podstawie art. 94a ust. 2 i 3 oraz art. 129b ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271, z późn. zm.), dalej zwanej: „**P.f.**”, oraz art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267), zwanej dalej: „**K.p.a.**”, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w Ł., nr NIP [...], działalności reklamowej Apteki „[...]” w R., ul. [...], polegającej na uczestnictwie w programach lojalnościowych: „[...]”, „[...]” i „[...]”,

### **PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY**

- 1) nakazuje [...] Sp. z o.o. w Ł. zaprzestać prowadzenia, także przy pomocy podmiotów i osób trzecich, działalności reklamowej Apteki „[...]” w R., ul. [...], polegającej na uczestnictwie w programach lojalnościowych: „[...]”, „[...]” i „[...]”;
- 2) nakłada na [...] Sp. z o.o. w Ł. prowadzącą Aptekę „[...]” w R., ul. [...], karę pieniężną w kwocie [...] zł (słownie: [...] złotych), którą należy wpłacić na rachunek bankowy Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w [...] O/Okr. R. nr [...] w terminie 7 dni od dnia, w którym niniejsza decyzja stanie się ostateczna;
- 3) decyzji w pkt. 1 nadaje rygor natychmiastowej wykonalności.

### **UZASADNIENIE**

1.

Pismem z dnia [...] r., dostarczonym Stronie w dniu [...] r., Podkarpacki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w R. (dalej zwany: „**organem**” lub „**PWIF**”) zawiadomił [...] Sp. z o.o. w Ł. (zwaną także „**Stroną**” lub „**Spółką**”) o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Stronę działalności reklamowej Apteki „[...]” w R., ul. [...] (zwanej dalej „**Apteką**”), polegającej na uczestnictwie w programach lojalnościowych: „[...]”, „[...]” i „[...]”.

W dniu [...] r. została bowiem przeprowadzona w Aptece kontrola planowa, w wyniku której stwierdzono, że kontrolowana apteka uczestniczy w programach lojalnościowych: „[...]”, „[...]” i „[...]” (protokół znak [...] z dnia [...] r. wraz z załącznikiem nr 10, włączony do akt

sprawy postanowieniem organu z dnia [...] r.).

W wyniku kontroli inspektorzy farmaceutyczni Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. stwierdzili (pkt XVI protokołu kontroli), że Apteka uczestniczy w programach: „[...]”, „[...]” i „[...]”; w Aptece nie są dostępne umowy ani regulaminy określające zasady uczestnictwa Aptek w programach.

W załączniku nr 10 do protokołu inspektorzy napisali (a kierownik apteki podpisał bez zastrzeżeń), że:

- 1) w „[...]” zgłoszenie uczestnictwa odbywa się poza Apteką, poprzez bezpłatną infolinię, pod płatnym numerem telefonu lub poprzez stronę internetową ([...]); „Kartę Uczestnictwa w Programie” – wraz z wykazem aptek, w których może dokonać zakupu - otrzymuje pacjent bezpośrednio do domu; w Aptece dostępne są jedynie egzemplarze „Informatora o cenach leków bez recepty w [...]”; Apteka podczas sprzedaży tych leków nie nalicza punktów, rejestruje jedynie każdorazowy zakup produktów leczniczych przy użyciu kart [...] (sprzedając leki z naliczonym już rabatami);
- 2) w „[...]” pacjenci otrzymują „Karty Uczestnictwa w Programie” na oddziałach noworodkowych wraz z formularzem, który po wypełnieniu i podpisaniu mają przekazać farmaceutyce w jednej z aptek, których lista zamieszczona jest na stronie internetowej ([...]); na podstawie wypełnionego formularza farmaceuta aktywuje daną kartę programu (karta może być aktywowana również elektronicznie); Apteka podczas sprzedaży produktów leczniczych nie nalicza punktów, rejestruje jedynie każdy zakup przy wykorzystaniu „Karty Uczestnictwa w [...]”, sprzedając leki z naliczonymi automatycznie rabatem;
- 3) w „[...]” zgłoszenie uczestnictwa w Programie odbywa się w aptece – albo na portalu internetowym: [...] - poprzez wypełnienie formularza, po czym pacjent otrzymuje „Kartę Uczestnictwa w [...]” (na której znajduje się kod pacjenta); podczas zakupów pacjentowi naliczane są „plusy” (za każde [...] zł wydane na produkty nie refundowane uczestnik Programu otrzymuje 1 „plus”); Apteka nalicza „plusy”, rejestruje każdorazowy zakup przy wykorzystaniu „Karty Uczestnictwa”; zgromadzone „plusy” uprawniają do skorzystania – w aptekach uczestniczących w tym programie – z rabatu; rabaty opisane są w „Informatorach”, dostępnych w aptekach uczestniczących w „[...]”.

Wszystkie 3 programy lojalnościowe zostały narzucone kierownikowi kontrolowanej Apteki przez jej właściciela. W Aptece nie są dostępne umowy ani regulaminy określające zasady uczestnictwa Aptek w programach.

W związku z przeprowadzoną kontrolą, PWIF wezwał Spółkę jako właściciela apteki pismem z dnia [...] r. do udzielenia w terminie 7 dni od dnia doręczenia pisma: kopii regulaminów programów: „[...]”, „[...]” i „[...]”, kopii „umów o współpracy” określających zasady uczestnictwa Apteki w tych programach oraz informacji o wielkości wykorzystania kart rabatowych.

Przepisy art. 94a ust. 1 i 2 P.f. stanowią bowiem, że zabroniona jest reklama aptek oraz ich działalności, a nie stanowi reklamy tylko informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki; że wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek.

Organ wezwał także Stronę do udzielenia informacji:

- 1) czy systemy komputerowe w Aptece mają zainstalowane programy umożliwiające pacjentom posiadającym Kartę Uczestnika programów lojalnościowych naliczanie punktów za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów;
- 2) czy pracownicy Apteki rozprowadzają Karty Uczestnika Programu;
- 3) który z podmiotów uczestniczących w programach lojalnościowych finansuje wydawanie kart i broszur oraz wydaje produkty po obniżonych cenach i pokrywa różnicę pomiędzy

ceną detaliczną a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta.

Odpowiadając na pismo organu, Strona pismem z dnia [...] r., otrzymanym przez organ w dniu [...] r., nieprawdziwie poinformowała, że Apteka zaprzestała uczestnictwa w programach lojalnościowych: „[...]”, „[...]” i „[...]” i poprosiła o informację, czy przekazanie dokumentów wymaganych w piśmie PWIF jest nadal konieczne, gdyż Strona uważa to za bezcelowe.

PWIF, odpowiadając na pismo Strony, stwierdził w swoim piśmie z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., że stanowisko Strony uznające za bezcelowe wykonanie w wyznaczonym terminie wezwania organu, jest bezzasadne w sytuacji nieprzedstawienia przez Spółkę jakichkolwiek dowodów wymaganych przez przepisy postępowania administracyjnego dla uznania bezprzedmiotowości dalszego prowadzenia postępowania w sprawie prowadzenia reklamy apteki i jej działalności.

W związku z powyższym, PWIF ponownie wezwał Spółkę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma wszelkich informacji, wyjaśnień i dokumentów w tej sprawie, wykazujących zaprzestanie udziału Apteki w programach lojalnościowych, a w szczególności uwierzytelnionych przez Zarząd Spółki:

- 1) dowodów usunięcia tekstów regulaminów dot. „[...]”, „[...]” i „[...]” z wszelkich miejsc publicznych, w których były zamieszczone;
- 2) dowodów anulowania kart rabatowych używanych w tych programach;
- 3) dowodów wypowiedzenia (rozwiązania) „umów o współpracy” dot. uczestnictwa Apteki w tych programach;
- 4) dowodów nadania (doręczenia) wypowiedzenia (rozwiązania) „umów o współpracy” dot. uczestnictwa Apteki w tych programach.

Równocześnie organ poinformował Stronę, że zgodnie z treścią art. 75 § 2 w zw. z art. 83 § 3 K.p.a., jeżeli przepis prawa nie wymaga urzędowego potwierdzenia określonych faktów lub stanu prawnego w drodze zaświadczenia właściwego organu administracji, organ administracji publicznej odbiera od strony, na jej wniosek, oświadczenie złożone pod rygorem odpowiedzialności za fałszywe zeznania; przed odebraniem oświadczenia organ administracji publicznej uprzedza stronę o odpowiedzialności za fałszywe zeznania.

Organ pouczył też Stronę, że przepis art. 75 § 1 K.p.a. nakłada na organ administracji publicznej obowiązek dopuszczenia jako dowodu „wszystkiego, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem”.

W związku z powyższym, PWIF poprosił także o rozważenie złożenia przez uprawnionych członków Zarządu Spółki stosownego wniosku i oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej, dot. wszystkich lub niektórych dowodów określonych wyżej w pkt 1-4, po uprzednim zamieszczeniu w treści oświadczenia sformułowania:

„Uprowadzona/y o odpowiedzialności za fałszywe zeznania z art. 233 § 1 K.k., zgodnie z jego treścią: «Kto, składając zeznanie mające służyć za dowód w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3», oświadczam/y, co następuje: (tu treść oświadczenia)”.

Organ wyjaśnił Stronie, że oświadczenie strony jest środkiem dowodowym, który podlega ocenie przez organ administracji publicznej na zasadach i w trybie przewidzianych w przepisach K.p.a., oraz że oświadczenie strony nie jest szczególnym środkiem dowodowym, a okoliczność faktyczna stwierdzona w oświadczeniu może być przedmiotem innych dowodów, jeżeli prawdziwość oświadczenia budzi wątpliwości, przy czym organ może poprzestać na odebraniu od strony oświadczenia, jeżeli to oświadczenie nie budzi w ocenie organu wątpliwości co do jego zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

W związku z wezwaniem z dnia [...], Strona odpowiadając pismem z dnia [...] r., otrzymanym przez organ w dniu [...] r., oświadczyła, że w związku z „zawieszeniem” przedmiotowych programów, wszelkie regulaminy i materiały dotyczące tych programów zostały usunięte z lokalu Apteki. Karty rabatowe nie mogły zostać anulowane, ponieważ nie stanowią

własności przedsiębiorcy prowadzącego Aptekę.

Strona złożyła powyższe oświadczenie (mimo pouczenia przez organ) z pominięciem formy oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej za zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy na podstawie art. 233 § 1 K.k. (zob. art. 86 i art. 83 § 3 w zw. z art. 75 § 2 K.p.a.), że w wyniku „zawieszenia” programów karty rabatowe nie są w Aptece akceptowane.

Strona poinformowała PWIF, że umowy o współpracy nie mogły zostać rozwiązane, ponieważ dotyczą dużo szerszego zakresu współpracy niż tylko korzystanie z programów oraz kart rabatowych, a rozwiązanie takiej umowy oznaczałoby całkowite zakończenie współpracy pomiędzy przedsiębiorcami, a nie tylko rezygnację z uczestnictwa w programach.

Strona przywołując art. 107 § 1 w zw. z art. 156 § 1 pkt 5 K.p.a. i wyrok NSA z dnia 30 listopada 2010 r. sygn. akt II OSK 1311/10, pouczyła organ, że decyzja administracyjna musi mieć walor aktualności w zakresie ustaleń faktycznych, co – zdaniem Strony – czyni postępowanie w sprawie naruszenia art. 94a P.f. bezprzedmiotowym na zasadzie art. 105 § 1 K.p.a. i Strona wniosła o jego umorzenie zgodnie z przepisem art. 105 § 2 K.p.a.

Organ postanowił na tym etapie postępowania nie podejmować polemiki ze Stroną – jako przedwczesnej, przed wydaniem rozstrzygnięcia – w kwestii wartości prawnej „zawieszenia” programów lojalnościowych i niemożności, wg Strony, anulowania kart rabatowych oraz zakładanego przez Stronę rzekomego braku w polskim porządku prawnym regulacji prawnych i możliwości faktycznych kształtowania kontraktów cywilnych zgodnie z wolą stron tych umów.

Podobnie organ nie powinien przed rozstrzygnięciem tłumaczyć Stronie relacji pomiędzy treścią obu paragrafów artykułu 105 K.p.a. i zasad ich stosowania, albowiem Strona z pewnością nie jest pozbawiona dostępu do profesjonalnej pomocy prawnej.

Organ podniósł też, że nie może w nieskończoność czekać na przedłożenie przez Stronę, wyłącznie w jej zresztą interesie prawnym, jakichkolwiek dowodów świadczących o rzekomym „zawieszeniu” programów lojalnościowych oraz o faktach świadczących o tym, że Strona nie prowadzi działalności gospodarczej z naruszeniem rękojmi należytego prowadzenia Apteki, w tym niedozwolonych form reklamy Apteki.

Pismem z dnia [...] r., doręczonym w dniu [...] r., PWIF zawiadomił Stronę, że zakończył postępowanie wyjaśniające oraz dowodowe w sprawie prowadzenia przez Stronę działalności reklamowej Apteki, polegającej na uczestnictwie w programach lojalnościowych: „[...]”, „[...]” i „[...]”.

Jednocześnie Organ poinformował o treści art. 10 § 1 K.p.a. stanowiącym, że Stronie przysługuje przed wydaniem decyzji prawo do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań – w ciągu 7 dni od dnia otrzymania informacji, oraz że akta sprawy są dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w R., ul. [...], w dni robocze w godzinach pracy urzędu od 7:00 do 15:00 – po uprzednim telefonicznym uzgodnieniu terminu. Ponadto przypominano, że zgodnie z art. 73 K.p.a., Strona ma prawo wglądu w akta sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii lub odpisów; czynności te są dokonywane w lokalu organu administracji publicznej w obecności pracownika tego organu. Strona może też żądać uwierzytelnienia odpisów lub kopii akt sprawy lub wydania jej z akt sprawy uwierzytelnionych odpisów, o ile jest to uzasadnione ważnym interesem Strony.

Poinformowano Stronę, iż zgodnie z art. 41 § 1 K.p.a., w toku postępowania Strona oraz jej przedstawiciele i pełnomocnicy mają obowiązek zawiadomić organ administracji publicznej o każdej zmianie swego adresu. W razie zaniedbania tego obowiązku, doręczenie pisma pod dotychczasowym adresem ma skutek prawny (art. 41 § 2 K.p.a.).

Strona nie skorzystała z wymienionych uprawnień.

## 2.

Pismem z dnia [...] r., otrzymanym przez PWIF w dniu [...] r., przy którym – bez jakiegokolwiek stanowiska w sprawach związanych z informacją PWIF z dnia [...] r. o zakończeniu postępowania wyjaśniającego oraz dowodowego – Strona przesłała nie

uwierzytelnioną kserokopię rzekomego wniosku Strony z dnia [...] r. do „[...]” S.A. w Ł., ul. [...] (adres tożsamy z adresem Strony) o „wyłączenie” uczestnictwa w „[...]” w aptece „[...]” w R., ul. [...] (użyto nazwy Apteki nadanej przez Organ w zezwoleniu na jej prowadzenie, ale zmienionej w [...] r. na życzenie Strony na: „[...]”).

Nawiązując do powyższego pisma Strony z dnia [...] r., Organ zauważył, że nie uwierzytelniona kserokopia rzekomego wniosku Strony z dnia [...] r. do „[...]” S.A. w Ł. wyłączenie uczestnictwa w „[...]” w aptece „[...]” w R., ul. [...], nie stanowi dowodu na to, co jest w niej zapisane.

Zdaniem PWIF, udowodnione przez pracowników Organu podczas kontroli Apteki w dniu [...] r. uczestnictwo w programach lojalnościowych: „[...]”, „[...]” i „[...]” nadal trwa, a rzekoma „rezygnacja z uczestnictwa w programach obsługiwanych na mocy umowy z „[...]” S.A., zawierająca fikcyjny wniosek o wyłączenie uczestnictwa w „[...]” nie jest wypowiedzeniem umowy ani jej choćby częściową modyfikacją (aneksem), ponieważ nie ma charakteru definitywnego i nie jest jednostronnym oświadczeniem woli Strony, ani porozumieniem z „[...]” S.A., lecz wymaga zgody drugiej strony umowy. Tymczasem kserograficzna odbitka podpisów przedstawicieli Strony nie dowodzi niczego, a kserograficzna odbitka nieczytelnego podpisu pod kopią pieczęci nagłówkowej („firmowej”) nieznanej osoby nie świadczy o doręczeniu lub przyjęciu jakiegokolwiek oświadczenia woli.

Załącznik do pisma Strony musiał zatem Organ uznać za fałszywy, bo nosi przy tym nieprawdziwą datę [...] r. Gdyby ta data była prawdziwa, to Strona wcześniejszym pismem z dnia [...] r. nie poinformowałaby Organu, że Apteka już zaprzestała uczestnictwa (skoro miała rzekomo zaprzestać dopiero następnego dnia) w programach lojalnościowych: „[...]”, „[...]” i „[...]”.

Z praktyki życiowej wiadomo, że przy wytwarzaniu dokumentów wyłącznie na potrzeby określonych postępowań największy problem stanowi niestaranność przy określaniu dat, ponieważ pamięć ludzka co do faktów jest zawodna, a nie istnieją jeszcze dokumenty, które mają dopiero powstać i mają mieć moc z datą wsteczną.

Ponadto Strona nie oświadczyłaby dopiero w piśmie z dnia [...] r., że w związku z „zawieszeniem” przedmiotowych programów, wszelkie regulaminy i materiały dotyczące tych programów zostały usunięte z lokalu Apteki, a karty rabatowe nie mogły zostać anulowane lecz w wyniku „zawieszenia” programów nie są w Aptecce akceptowane.

Należało zatem przyjąć, że zarówno pismo z dnia [...] r. o rzekomym „zaprzestaniu” uczestnictwa w programach lojalnościowych, jak i pismo z dnia [...] r. o „zawieszeniu” przedmiotowych programów, zawierały nieprawdę, a rzekome pismo z dnia [...] r. nie istnieje w obrocie – jego kserokopia została wytworzona wyłącznie na użytek tego postępowania.

Przy tym Strona konsekwentnie pomijała udowodnione przez pracowników Organu podczas kontroli Apteki w dniu [...] r. uczestnictwo w programach lojalnościowych: „[...]”, „[...]” i „[...]”, a rzekoma „rezygnacja z uczestnictwa w programach obsługiwanych na mocy umowy z [...] S.A.” zawierała tylko fikcyjny wniosek o „wyłączenie” uczestnictwa tylko w „[...]”.

Organ był zatem zmuszony przyjąć, iż umowa Strony z „[...]” S.A. w Ł. i [...] S.A. w W. o prowadzenie niedozwolonej reklamy Apteki nadal trwa.

Mając jednak na względzie przepisy art. 9 i art. 10 § 1 K.p.a., zobowiązujące organ administracji publicznej do należytego i wyczerpującego informowania strony o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenie jej praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania administracyjnego, aby strona nie poniosła szkody z powodu nieznamości prawa i w tym celu do udzielania jej niezbędnych wyjaśnień i wskazówek, a ponadto celem zapewnienia Stronie czynnego udziału w każdym stadium postępowania, PWIF w piśmie z dnia [...] r. poinformował Stronę o treści przepisów art. 75 § 1, art. 76a § 2 i 3, art. 77 § 1 i 4 K.p.a.

Organ przywołał tezę postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 27 sierpnia 1998 r., III CZ 107/98 (OSNC 1999, nr 3, poz. 52; Biul. SN 1999, nr 1, poz. 9; M. Praw. 1999, nr 4, s. 8), który stwierdził: „Istotą odpisu jest odwzorowanie w dowolnej technice pełnej treści składanego pisma. Bez względu na to, czy jest to dalszy egzemplarz pisma zgodny także pod względem układu treści z oryginałem (tj. jego odbitka maszynowa lub kserograficzna, kolejny wydruk dokumentu przygotowanego na komputerze itp.), czy też osobno sporządzony dokument, zawsze niezbędne pozostaje poświadczenie zgodności tak przygotowanego odpisu ze składanym oryginałem pisma”.

Wskazano Stronie też wyrok NSA z dnia 6 października 2010 r., II OSK 1508/09, LEX nr 746596): „Uwierzytelnieniem jest umieszczenie na odpisie lub kserokopii dokumentu oświadczenia zaopatrzonego podpisem, zawierającego stwierdzenie jego zgodności z oryginałem” (wyrok NSA z dnia 6 października 2010 r., II OSK 1508/09, LEX nr 746596).

Organ uznał za konieczne wytłumaczenie Stronie, że kopie dokumentu są uznawane za dowód wyłącznie wtedy, gdy są one uwierzytelnione. Orzecznictwo sądowe i doktryna prawa administracyjnego jednoznacznie bowiem zakładają, że status dokumentów mają jedynie oryginały i to one stanowią właściwy i jedynie skuteczny środek dowodowy (uchwała SN z dnia 29 marca 1994 r., III CZP 37/94, OSNC 1994, nr 11, poz. 206). Podobne stanowisko zajął NSA w wyroku z dnia 21 września 1999 r. (III SA 7375/98, LEX nr 40052) oraz WSA w Białymstoku (wyrok z dnia 23 czerwca 2005 r., II SAB/Bk 32/05, LEX nr 173673).

Wskazując Stronie, że „niepoświadczone urzędowo kserokopie dokumentów nie mogą stanowić dowodu na to, co jest w nich zapisane” (zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 maja 2011 r., II SA/Wa 425/11, LEX nr 1153601), PWIF pouczył Stronę, że informując o obowiązującym stanie prawnym i wskazując aktualne orzecznictwo sądów, organ nadzoru farmaceutycznego chce pomóc Stronie w odróżnianiu oryginału dokumentu od jego uwierzytelnionego odpisu (na prawach oryginału) oraz w zrozumieniu, że nie uwierzytelnione kopie (także kserokopie), telefaksy, skany i e-maile, nie są w ogóle dokumentami i nie mogą być dowodami w postępowaniu administracyjnym.

Równocześnie Organ zażądał przedłożenia oryginału dokumentu datowanego na [...] r., którego nie uwierzytelnioną kserokopię Strona złożyła jako rzekomy wniosek Strony do „[...]” S.A. w Ł. o wyłączenie uczestnictwa w „[...]” w aptece „[...]” w R., ul. [...].

Zdaniem Organu, kopia ta nie stanowi dowodu na to, co jest w niej zapisane, lecz na jej treść Strona powołuje się – dopiero po upływie niespełna 6 miesięcy - w załączniku do pisma z dnia [...] r. jako na dowód zaniechania reklamy Apteki i jej działalności.

PWIF wyraził stanowisko, że nie było uzasadnionych przeciwwskazań do okazania dokumentu we właściwym czasie, jeżeli dokument w tym czasie istniał.

Natomiast – zdaniem PWIF - przedłożenie Organowi pisma Strony z dnia [...] r., bez jakiegokolwiek stanowiska w sprawach związanych z informacją PWIF z dnia [...] r. o zakończeniu postępowania wyjaśniającego oraz dowodowego, świadczy o całkowitym zbagatelizowaniu przez Stronę postępowania administracyjnego w sprawie niedozwolonej reklamy Apteki.

Ponadto przesłanie Organowi rzekomego wniosku Strony do „[...]” S.A. sprzed 6 miesięcy - w sytuacji gdy adres „[...]” S.A. w Ł., ul. [...], jest adresem tożsamym z adresem Strony - świadczy o lekceważącym stosunku Strony do przepisów prawa i organów administracji publicznej zobowiązanych do ich przestrzegania oraz egzekwowania wobec przedsiębiorców je naruszających w tak wrażliwej dziedzinie jak ludzkie zdrowie.

W tej sytuacji zaniechanie przez Stronę przedłożenia, z zastrzeżeniem zwrotu, żadanego dokumentu w formie oryginału, z prawidłowym potwierdzeniem odbioru dokumentu przez kontrahenta umowy o prowadzenie niedozwolonej reklamy Apteki, zostanie poczytane za brak dokumentu i spowoduje przyjęcie faktu dalszego trwania umowy lojalnościowej w dacie wydania decyzji w niniejszej sprawie – tym bardziej że Strona nie zaprzestała prowadzenia „[...]”, „[...]” i

„[...]”, natomiast zaprzestania prowadzenia „[...]” nie wykazała.

Dopiero przy piśmie z dnia [...] r. Strona w załączeniu przesała jednak żądany dokument datowany [...] r. – celem uwierzytelnienia odpisu i zwrotu jej oryginału.

Załącznik jest wypełnionym przez Stronę, przygotowanym przez „[...]” S.A. w Ł., ul. [...], organizatora programów «[...]», «[...]» lub «[...]», formularzem „Rezygnacji z uczestnictwa w programach obsługiwanych na mocy umowy z [...] S.A.”, na którym należało zaznaczyć w odpowiedniej kratce „wyłączenie uczestnictwa w poniższych programach: «[...]», «[...]» lub «[...]»” dla Apteki „[...]” (nazwa nadana Aptece jako prowadzonej przez Stronę z siedzibą w C. na mocy zezwolenia [...] z dnia [...] r., zmienionego decyzją nr [...] z dnia [...], której nową nazwę: „[...]” otrzymała Strona decyzją nr [...] z dnia [...] r., ale której „[...]” S.A. nie uwzględniał w swojej ewidencji).

Jak wynika ze stopki formularza, rezygnacja z «[...]» trafia tylko do „[...]” S.A. w Ł., natomiast rezygnacja z programów «[...]» albo «[...]» jest przekazywana do [...] S.A. w W., ul. [...].

W samej zaś treści pisma, Strona – sama bagatelizując postępowanie oraz wyjaśnienia i wezwania PWIF - zarzuciła Organowi, że bezpodstawnie podejrzewa ją o nieczne uczynki wobec dokumentów, ale zgodziła się z Organem w przedmiocie bezzasadności jej wniosku o umorzenie postępowania.

Równocześnie Strona w piśmie z dnia [...] r. podniosła, że – jej zdaniem - „zaprzestanie uczestnictwa” w programach lojalnościowych (jako zdarzenie lub stan faktyczny, a jednocześnie decyzja jednostronna) różni się od „wystąpienia z wnioskami do organizatora” tych programów (jako jedna z możliwych konsekwencji decyzji o zaprzestaniu).

PWIF nie zamierza podejmować próby interpretacji pojęć „zaprzestania” i „wystąpienia”, m.in. z tego powodu, że brak jest konsekwencji Stronie w analizie tych pojęć, które sama wymyśliła i którym nadała rzekomy sens, ponieważ Strona nie zauważyła, że jednocześnie w formularzu [...] poprosiła o „wyłączenie” uczestnictwa, a wg treści stopki formularza „podpisała rezygnację” - a nie „zaprzestała” ani nie „wystąpiła”.

Powyższe pozorne niuanse mają jednak doniosłe znaczenie, szczególnie w sytuacji gdy Strona w swoim piśmie wyraźnie stwierdziła, że „nie uczestniczy” (a nie: zaprzestała, wystąpiła, wyłączyła, zrezygnowała) w „[...]” i w „[...]” od dnia [...] r., co – jak uważa Strona – jest wiadome Organowi z urzędu, ponieważ pismem z dnia [...] r. [...] S.A. w W. jako organizator powyższych programów przesał do Głównego Inspektora Farmaceutycznego (do wiadomości wszystkich wojewódzkich inspektoratów farmaceutycznych) informację o „zaprzestaniu” ich prowadzenia.

Tymczasem, jak PWIF czyta w piśmie [...] S.A., przedsiębiorca ten wcale nie zamierza „zaprzestać” prowadzenia programów lojalnościowych, a jedynie je „zawiesza” (w innym miejscu: „wstrzymuje”) do czasu rozstrzygnięć Naczelnego Sądu Administracyjnego – zapewne z powodu przegranych wszystkich spraw w toku postępowań administracyjnych i wszystkich spraw skargowych do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Ponadto [...] S.A. informuje w swym piśmie, że nie zaniechał działań lobbingowych zmierzających do zmian ustawowych pozwalających na dalsze manipulowanie zakupami przez ich taniość i nadmierność w stosunku do rzeczywistych potrzeb zdrowotnych nieświadomych ryzyka pacjentów.

Należy także zauważyć, że Strona powołuje się na cudze pisma w sytuacji gdy sama nie zamierzała współpracować z Organem w wyjaśnieniu jego tez i zarzutów poprzez dostarczanie dowodów na postępowanie zgodne z prawem.

### 3.

Odnosząc się obecnie do niestosownych uwag, błędnych wniosków i nieprawdziwych twierdzeń, zawartych w pismach Strony, PWIF przedstawia następujące swoje stanowisko:

Na wezwanie Strony pismem Organu z dnia [...] r. do udzielenia w terminie 7 dni od dnia doręczenia pisma: kopii regulaminów programów: „[...]” i „[...]” kopii „umów

o współpracy” określających zasady uczestnictwa Apteki w tych programach oraz informacji o wielkości wykorzystania kart rabatowych – Strona uchyliła się od dostarczenia tych dokumentów.

W kwestii wartości prawnej „zawieszenia” programów lojalnościowych i niemożności, wg oświadczenia Strony w piśmie z dnia [...] r., z powodu rzekomego braku w polskim porządku prawnym regulacji prawnych i możliwości faktycznych kształtowania kontraktów cywilnych zgodnie z wolą stron tych umów, PWIF uważa, iż nie przystoi poważnemu przedsiębiorcy używać nieprawdziwych twierdzeń ze szkodą dla swego interesu prawnego.

Nie można uznać fikcyjnego „zawieszenia” programów lojalnościowych w sytuacji gdy one nadal w pełni funkcjonują, a sprzedaż rabatowa nadal jest w Aptece prowadzona.

Ponadto gołosłownemu twierdzeniu Strony (nie popartemu żadnymi dowodami), że w związku z rzekomym „zawieszeniem” przedmiotowych programów, wszelkie regulaminy i materiały dotyczące tych programów zostały usunięte z lokalu Apteki i to ma świadczyć o zaniechaniu reklamy działalności apteki, przeczy fakt, że mimo wezwania Strony przez Organ do udzielenia informacji: czy systemy komputerowe w Aptece mają zainstalowane programy umożliwiające pacjentom posiadającym Kartę Uczestnika programów lojalnościowych naliczanie punktów za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów; czy pracownicy Apteki rozprawdzają Karty Uczestnika Programu; który z podmiotów uczestniczących w programach lojalnościowych finansuje wydawanie kart i broszur oraz wydaje produkty po obniżonych cenach i pokrywa różnicę pomiędzy ceną detaliczną a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta – Strona nie udzieliła odpowiedzi na żądanie Organu.

Odnosnie zaś do twierdzenia Strony, zawartego w piśmie z dnia [...] r., że karty rabatowe nie mogły zostać anulowane, ponieważ nie stanowią własności przedsiębiorcy prowadzącego Aptekę, trzeba zauważyć, że Strona tym samym dostarczyła argumentu przeciw sobie, iż zasadny jest nakaz zaprzestania przez Stronę prowadzenia, także przy pomocy podmiotów i osób trzecich, działalności reklamowej Apteki, polegającej na uczestnictwie w programach lojalnościowych: „[...]”, „[...]” i „[...]”.

Strona, dwukrotnie wezwana do złożenia wszelkich informacji, wyjaśnień i dokumentów w tej sprawie, wykazujących zaprzestanie udziału Apteki w programach lojalnościowych, a w szczególności uwierzytelnionych przez Zarząd Spółki, nie dostarczyła Organowi: dowodów usunięcia tekstów regulaminów dot. „[...]”, „[...]” i „[...]” z wszelkich miejsc publicznych, w których były zamieszczone; dowodów anulowania kart rabatowych używanych w tych programach; dowodów wypowiedzenia (rozwiązania) „umów o współpracy” dot. uczestnictwa Apteki w tych programach; dowodów nadania (doręczenia) wypowiedzenia (rozwiązania) „umów o współpracy” dot. uczestnictwa Apteki w tych programach.

Poproszona dwukrotnie o rozważenie złożenia przez uprawnionych członków Zarządu Spółki stosownego wniosku i oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej, dot. wszystkich lub niektórych dowodów, po uprzednim zamieszczeniu w treści oświadczenia sformułowania o odpowiedzialności za fałszywe zeznania z art. 233 § 1 K.k., stosownie do dyspozycji art. 86 i art. 83 § 3 w zw. z art. 75 § 2 K.p.a., że w wyniku „zawieszenia” programów karty rabatowe nie są w Aptece akceptowane, Strona uchyliła się od takiego oświadczenia.

Wniosek Strony, zawarty w piśmie z dnia [...] r., o umorzenie postępowania zgodnie z przepisem art. 105 § 2 K.p.a., z uzasadnieniem w formie pouczenia Organu, że decyzja administracyjna musi mieć walor aktualności w zakresie ustaleń faktycznych, co – zdaniem Strony – czyni postępowanie w sprawie naruszenia art. 94a P.f. bezprzedmiotowym na zasadzie art. 105 § 1 K.p.a. i wobec treści art. 107 § 1 w zw. z art. 156 § 1 pkt 5 K.p.a. i wyroku NSA z dnia 30 listopada 2010 r. sygn. akt II OSK 1311/10 – nie mógł być uwzględniony, z następujących przyczyn:

Należy zauważyć, iż każdy z paragrafów 1 lub 2 wskazanego przez Stronę art. 105 K.p.a., odnosi się do całkiem różnych przesłanek:



Zgodnie z dyspozycją art. 105 § 1 K.p.a., gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części.

Brzmienie art. 105 § 2 K.p.a. jest zaś następujące: „Organ administracji publicznej może umorzyć postępowanie, jeżeli wystąpi o to strona, na której żądanie postępowanie zostało wszczęte, a nie sprzeciwiają się temu inne strony oraz gdy nie jest to sprzeczne z interesem społecznym”.

Niniejsze postępowanie zostało wszczęte przez organ z urzędu, a nie na wniosek Strony, dlatego Strona nie może w ogóle wnosić o umorzenie postępowania „jeżeli wystąpi o to strona, na której żądanie postępowanie zostało wszczęte”.

Bezprzedmiotowość postępowania występuje wtedy, gdy brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez jej rozstrzygnięcie co do istoty.

PWIF wziął pod uwagę, że „decyzję o umorzeniu postępowania organ administracji państwowej wydaje zgodnie z art. 105 § 1 K.p.a. wówczas, gdy (...) organ administracyjny stwierdzi oczywisty brak podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpatrzenia sprawy” (uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 września 2001 r. V SA 381/01 – [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)), a także oczywisty fakt, że niniejsze postępowanie organ wszczął z urzędu, a nie na wniosek Strony, w związku z czym brak jest podstawy prawnej do wniosku Strony opartego o przepis art. 105 § 2 K.p.a.

W związku z powyższym, a także - uwzględniając materialno - prawną i faktyczną podstawę zawartą w treści przepisów art. 94a ust. 1 i 2 P.f., które stanowią, że zabroniona jest reklama aptek oraz ich działalności; nie stanowi reklamy tylko informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki; że wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek - prowadzenie postępowania z jakiegokolwiek powodu nie stało się bezprzedmiotowe i koniecznym stało się zatem rozstrzygnięcie sprawy wyłącznie co do istoty w drodze decyzji administracyjnej, a nie jest dopuszczalne umorzenie postępowania na podstawie art. 105 § 1 lub § 2 K.p.a.

Strona przywołując art. 107 § 1 w zw. z art. 156 § 1 pkt 5 K.p.a. na poparcie tezy o bezprzedmiotowości postępowania administracyjnego, zapewne nie zauważyła, że drugi z przepisów może znaleźć zastosowanie wyłącznie do decyzji ostatecznych, nie może być stosowany przez organ I instancji lecz wyłącznie przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego i nawet nie jest dopuszczalne jego stosowanie w instancyjnym postępowaniu odwoławczym.

W niniejszej sprawie nie wystąpiła żadna przesłanka bezprzedmiotowości. Wyniki kontroli w Aptece prowadzonej przez Stronę wykazały, że naruszany jest przepis art. 94a ust. 1 i 2 P.f., poprzez udział Apteki w programach lojalnościowych, a Strona – mimo wezwań Organu - przez wiele miesięcy nie zechciała przedstawić jakiegokolwiek dowodu na uzasadnienie tezy przeciwnej.

### **Rozpatrując sprawę PWIF zważył, co następuje:**

#### **I.**

Przepisy art. 20 i 22 Konstytucji RP, z uwagi na zawarte w nich unormowania dotyczące zasad ustroju gospodarczego, są przepisami prawa ustrojowego.

Z treści art. 20 Konstytucji RP (istota społecznej gospodarki rynkowej) wynika m.in. zasada wolności gospodarczej.

Przepis art. 22 Konstytucji RP przewiduje, że ograniczenie wolności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes społeczny.

W orzecnictwie sądów funkcjonuje następujący pogląd: „Wszelkie ograniczenia zasady wolności w prowadzeniu działalności, choć dopuszczalne w drodze zapisu ustawowego ze względu na ważny interes publiczny (art. 22 Konstytucji RP), mają charakter wyjątku i muszą

być wobec tego rozumiane ściśle, a nie w sposób rozszerzający. Nie można zatem ich istnienia dorozumiewać czy domniemywać, bądź przyjmować np. w drodze analogii” (np. wyrok NSA z dnia 12 kwietnia 2006 r., II GSK 23/06, LEX nr 209721).

Podobnie orzekają wojewódzkie sądy administracyjne (np. wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 października 2006 r., VI SA/Wa 1128/06, LEX nr 265647) i Sąd Najwyższy (zob. wyrok SN z dnia 12 września 2008 r., I PK 27/08, M.P.Pr. 2009/12/648-654).

Przykładem takiego ograniczenia jest obowiązujący w dacie orzekania art. 94a ust. 1 P.f., który jednoznacznie stanowi, że „zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności”. Zdanie drugie tego przepisu mówi, że nie stanowi reklamy tylko informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

Działalność, na którą Strona ma zezwolenie jest wprawdzie działalnością gospodarczą, ale regulowaną, podlegającą dodatkowym ograniczeniom.

Wdrożenie do porządku krajowego w Polsce przepisu art. 94a ust. 1 P.f. nastąpiło w wykonaniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (2004/27/WE), zmieniającej dyrektywę 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi. Polska przystępując do Unii Europejskiej na mocy Traktatu, zwanego Traktatem Ateńskim (Dz. U. UE z 2003 r. L 236, poz. 17, z późn. zm.), od dnia przystąpienia jest związana postanowieniami Traktatów Założycielskich i aktów przyjętych przez Instytucje Wspólnot przed dniem przystąpienia, jak również stała się adresatem dyrektyw i decyzji w rozumieniu art. 249 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską z dnia 25 marca 1957 r. (wersja skonsolidowana Dz. U. WE z 2002 r. C 325 z późn. zm.).

Każde Państwo Członkowskie, do którego kierowana jest dyrektywa, zobowiązane jest do jej wykonania w drodze ustanowienia przepisów prawa wewnętrznego oraz przestrzegania, zgodnie z celami ustawodawcy wspólnotowego. Sformułowany w nim zakaz dotyczy reklamy działalności aptek lub punktów aptecznych, skierowanej 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.

Przepis art. 94a P.f. w aktualnym brzmieniu został zmieniony dopiero z dniem 1 stycznia 2012 r. przez art. 60 pkt 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2011 r. Nr 122, poz. 696).

Obecnie zatem, czyli w dacie wydania decyzji, art. 94a ust. 1 P.f. stanowi o zakazie reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Zakaz ten nie obejmuje jedynie informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

Oznacza to, że zakaz ten został rozszerzony w kierunku jakiegokolwiek reklamy aptek, punktów aptecznych oraz ich działalności.

W poprzednim stanie prawnym, czyli przed datą 1 stycznia 2012 r., był niejako zawężony do spełnienia łącznie trzech przesłanek, tj. działalność ta musiała nosić cechy reklamy, być skierowaną do publicznej wiadomości oraz odnosić się w sposób bezpośredni 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.

Zauważyć należy, że w aktualnym w sprawie stanie prawnym także nie zawarto definicji reklamy apteki i jej działalności, inaczej niż uczyniono to w art. 52 ust. 1 P.f. i w akcie wykonawczym do ustawy – w zakresie reklamy produktu leczniczego.

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 do skorzystania z określonych usług (np. Wielki Słownik Wyrazów Obcych pod red. M. Bańki, wyd. PWN, Warszawa 2003 r.).

Oznacza to, że na gruncie niniejszej sprawy reklamą apteki może być także każde działanie, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych.

Objęcie zakazem „każdego działania” wyłącza z tej dyspozycji tylko jeden stan faktyczny, określony w zdaniu 2 art. 94a ust. 1 P.f. – informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki.

Nie ulega wątpliwości, że reklama może przyjmować różne formy zachęcania, a mianowicie poprzez ulotki, foldery, czy gazetki temu służące, nie tylko wręczane przez farmaceutów klientom apteki, ale także zachęcające poprzez Internet do korzystania z usług apteki, która daje określone bonusy.

Jak zauważa się w literaturze – jeszcze na gruncie poprzedniego stanu prawnego - „podstawowym elementem reklamy działalności apteki lub punktu aptecznego jest zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w konkretnej aptece, niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży ww. produktów w danej aptece lub punkcie aptecznym” (M. Koremba. Komentarz do art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne, SIP LEX, stan prawny na 1 lipca 2009 r.).

Na gruncie niniejszej sprawy i aktualnego stanu prawnego, przy zastosowaniu analogii do ustawowej definicji reklamy produktu leczniczego, określonej w art. 52 ust. 1 P.f., za reklamę działalności apteki Strony można uznać działalność polegającą na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w danej aptece poprzez określone bonusy, upusty, rabaty przy nabyciu towarów, co ma na celu zwiększenie ich sprzedaży.

Innymi słowy, 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.

Podobne poglądy znaleźć można w orzecznictwie i to na gruncie poprzednich, mniej restrykcyjnych norm (zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 r., VII SA/Wa 698/08, LEX nr 527533 i wyrok WSA w Warszawie z dnia 1 lutego 2008 r., VII SA/Wa 1960/07, LEX nr 451165).

Także Sąd Najwyższy prezentował stanowisko, zgodnie z którym „powszechnie przyjmuje się, że reklamą są wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierają w sobie elementów oceniających ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna. 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” (wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07, LEX nr 307127; Monitor Prawniczy 2007, Nr 20, poz. 1116).

Za reklamą działalności apteki zostały uznane również „czynności polegające na wręczaniu bonów rabatowych” (wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 r., VII SA/Wa 698/08, LEX nr 527533), czy udzielanie bonifikat za zrealizowanie recepty (vide: D. Biadun, Reklama apteki - bonifikata za zrealizowanie recepty, w: Serwis Prawo i Zdrowie nr 60801).

Warto przy tym pamiętać, że pewne formy działalności promocyjnej mogą stanowić zarówno reklamę produktu leczniczego zgodnie z art. 52 P.f., jak i reklamę działalności apteki w opisanym wyżej rozumieniu.

W orzecznictwie wskazuje się dla przykładu, że „stanowi reklamę zarówno leków, jak i sprzedającej je apteki przedstawienie listy leków o obniżonej, promocyjnej cenie, wykazanej przez porównawcze zestawienie ceny niższej, stosowanej przez aptekę, obok ceny wyższej, określonej jako «cena typowa», «cena stara» lub w inny sposób sugerujący, iż apteka okresowo sprzedaje lek po obniżonej, promocyjnej cenie” (wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07, LEX nr 307127; Monitor Prawniczy 2007, Nr 20, poz. 1116).

Reklama apteki i jej działalności ma charakter publiczny. Termin „publiczny” oznacza według Słownika Języka Polskiego pod red. prof. M. Szymczaka: „ogólny, dostępny dla wszystkich, dotyczący ogółu ludzi” (Wyd. PWN, Warszawa 1982 r., tom II, str. 1074).

„«Publiczny» sposób prowadzenia reklamy w inny sposób niż przez środki masowego przekazu, to sposób reklamy charakteryzujący się powszechnością, jawnością, ogólną dostępnością, jak i przeznaczeniem dla (lub do) ogółu w zależności od użytego sposobu jej wyrazu” (wyrok NSA OZ w Szczecinie z dnia 18 kwietnia 2001 r., SA/Sz 2000/00, LEX nr 48952).

PWIF w niniejszej sprawie podziela zatem pogląd, zawarty w wyroku WSA w Warszawie z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12 ([www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)), oraz utrwalone przekonanie, aktualne na gruncie art. 94a P.f. - zawarte w wyrokach WSA w Warszawie zapadłych jeszcze w poprzednim stanie prawnym: z dnia 17 grudnia 2007 r., VII SA/Wa 1707/07 (LEX nr 496346); z dnia 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07 (LEX nr 477210); z dnia 14 maja 2008 r., VII SA/Wa 2215/07 (LEX nr 493718); z dnia 20 września 2010 r., VI SA/Wa 838/10 (LEX nr 759762) - że 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, jeżeli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych oferowanych w danej aptece.

W wyżej wymienionym wyroku WSA w Warszawie z dnia 20 września 2010 r., VI SA/Wa 838/10 (LEX nr 759762) stwierdzono, że:

„Główny Inspektor Farmaceutyczny prawidłowo uznał, że przekazane mu przez skarżącego gazetki reklamowe są reklamą apteki, dlatego też zasadnie przekazał je do rozpoznania zgodnie z właściwością do właściwych wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych. Stanowisko to nie narusza art. 65 § 1 k.p.a. w zw. z art. 94a ust. 2 Prawa farmaceutycznego i jest zgodne z utrwaloną linią orzecniczą wojewódzkich sądów administracyjnych” (Sąd przywołał wyroki WSA: z 14 maja 2008 r., VII SA/Wa 2215/07, LEX nr 493718; z 1 kwietnia 2008 r., VII SA/Wa 1739/07, LEX 491301; z 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07, LEX nr 477210; z 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2006/07, LEX nr 477202; z 19 lutego 2008 r., VII SA/Wa 1914/07, LEX nr 477200; z 1 lutego 2008 r., VII SA/Wa 1960/07, LEX nr 451165; z 17 grudnia 2007 r., VII SA/Wa 1707/07, LEX nr 496346; z 22 listopada 2007 r., VII SA/Wa 1661/07, LEX nr 496345).

Należy wskazać, że powołanych przez Organ orzeczeń, różnic w wyrażonych w nich tezach, nie sposób przenieść dosłownie na grunt niniejszej sprawy, co jest oczywiste, bowiem różnice wynikają zarówno ze zmieniającego się stanu prawnego, jak i z innych stanów faktycznych.

Świadczy o tym – obecnie już jednolite na gruncie nowych regulacji - orzecznictwo sądów administracyjnych, ale też zmieniające się w jednym kierunku poglądy przedstawicieli nauki i praktyków z wolnych zawodów prawniczych, ukształtowane w sprawach prowadzenia przez podmioty prowadzące apteki lub przez przedsiębiorców zajmujących się reklamą i promocją na zlecenie podmiotów prowadzących apteki tzw. programów lojalnościowych, a także w sprawach nakazu zaprzestania prowadzenia niezgodnej z przepisami reklamy i nałożenia kary pieniężnej -

por. wyroki WSA w Warszawie: z dnia 10 grudnia 2012 r., VI SA/Wa 1756/12 (dot. „Programu Opieki Farmaceutycznej”); z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12 (dot. „Programu Opieki Farmaceutycznej”); z dnia 25 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 2463/12 (dot. „Programu Opieki Farmaceutycznej”, „Projektu 60+”, „Programu dla Mamy i Maleństwa”); z dnia 5 marca 2013 r., VI SA/Wa 2618/12 (dot. „Programu Opieki Farmaceutycznej”, „Projektu 60+”); z dnia 15 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 2617/12; z dnia 23 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 314/13 (dot. „Programu Opieki Farmaceutycznej”); z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 315/13 (dot. „Programu Opieki Farmaceutycznej”); z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 (dot. „Programu Opieki Farmaceutycznej”) i z dnia 7 sierpnia 2013 r., VI SA/Wa 1660/13 (dot. „Programu 60+”) - wszystkie w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych: [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

Zgodnie z treścią art. 86 ust. 1 i 2 P.f., apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego, w której osoby uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne, a nazwa apteka zastrzeżona jest wyłącznie dla miejsca świadczenia tych usług.

Apteka nie jest – i zdaniem PWIF nie powinna być - sklepem, prowadzącym walkę konkurencyjną o klienta przy pomocy instrumentów rynkowych.

Jak stwierdzają komentatorzy zasady zakazu reklamy aptek i ich działalności (zob. M. Koremba. Komentarz do art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne. SIP LEX. stan prawny: 1.07.2009):

„Do wprowadzenia art. 94a do u.p.f. na mocy nowelizacji z dnia 1 maja 2007 r. istniała duża dowolność w zakresie działalności promocyjnej podejmowanej przez apteki ogólnodostępne. W celu zdobywania klientów prowadziły one różnego rodzaju akcje marketingowe, oferując np. możliwość indywidualnego negocjowania cen leków czy bezpłatny dowóz leków do domu klienta. Szczególny sprzeciw ze strony wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych budziły akcje typu "lek za grosz", bądź "lek za złotówkę" (A. Twardowska, Reklama dźwignią handlu lekarstwami, Gazeta Wyborcza z 27 listopada 2006 r.). Ich celem było zazwyczaj obejście przepisów wprowadzających zakaz reklamy leków refundowanych. Działalność aptek ogólnodostępnych była również wykorzystywana przez koncerny farmaceutyczne, które oferowały aptekom różnego rodzaju prezenty w zamian za sprzedaż określonej ilości leków na receptę. Aby osiągnąć pożądaną poziom sprzedaży, apteki obiecywały pacjentom za realizację recepty atrakcyjne rabaty lub prezenty (M. Janczewska, Koniec reklamowania aptek, Dziennik z dnia 16 lutego 2007 r.)”.

Charakterystyczny obecnie dla poglądów doktryny jest natomiast pogląd następujący:

„Artykuł 94a ustawy Prawo farmaceutyczne dotyczący reklamy działalności aptek nie zawiera żadnego wyłączenia, a zatem nie wymienia katalogu działań, które nie stanowiłyby reklamy działalności aptek, tak jak to uczyniono w przypadku reklamy produktu leczniczego oraz nie odsyła w żadnym zakresie do tych regulacji przewidujących takie wyłączenia w odniesieniu do działalności reklamowej produktów leczniczych. Tym samym 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” (A. Rabięga-Przyłęcka. Glosa do wyroku WSA z dnia 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07, LEX/el. 2011, Teza 5).

Należy także podnieść, iż zgodnie z treścią art. 99 ust. 4a P.f., podmiot prowadzący aptekę jest obowiązany zatrudnić osobę odpowiedzialną za prowadzenie apteki, o której mowa w art. 88 ust. 2, dającą rękojmię należytego prowadzenia apteki. Przepis ust. 4a nie dotyczy farmaceuty posiadającego uprawnienia, o których mowa w art. 88 ust. 2 (art. 99 ust. 6 P.f.).

W aptece ogólnodostępnej musi być ustanowiony farmaceuta, o którym mowa w art. 2b ust. 1 pkt 1, 2 i 5-7 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz. U. z 2008 r. Nr 136, poz. 856, z późn. zm.), odpowiedzialny za prowadzenie apteki. Kierownikiem apteki może być farmaceuta, który m.in. posiada specjalizację z zakresu farmacji

aptecznej (art. 88 ust. 1 i 2 P.f.).

Zgodnie z przepisem art. 19 Kodeksu Etyki Aptekarza RP (Uchwała Nr VI/25/2012 VI Krajowego Zjazdu Aptekarzy z dnia 22 stycznia 2012 r.): „Aptekarz nie reklamuje siebie oraz swoich usług. Nie uczestniczy w reklamie usług farmaceutycznych, jak i ich promocji niezgodnej z prawem lub z dobrymi obyczajami. Aptekarz unika też działalności przyczyniającej się do zwiększania konsumpcji produktów leczniczych”.

Z tytułu naruszenia powyższego Kodeksu farmaceuta-aptekarz ponosi zawodową odpowiedzialność dyscyplinarną (art. 45 ustawy o izbach aptekarskich), na którą naraża go podmiot prowadzący aptekę, zatrudniający farmaceutę.

„Zakaz reklamy działalności dotyczy wszystkich osób wykonujących wolne zawody, w tym adwokatów, radców prawnych, lekarzy. Farmaceutyci prowadzący apteki, jako osoby wykonujące zawód zaufania publicznego, powinni zatem być objęci tą samą zasadą” (z uzasadnienia do projektu z dnia 3 listopada 2008 r. ustawy o zmianie P.f. oraz o zmianie niektórych innych ustaw, s. 48).

Imię i nazwisko kierownika apteki podlega wpisowi do jawnego rejestru zezwoleń na prowadzenie aptek ogólnodostępnych.

Organ pragnie podkreślić, iż zgodnie z art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy z dn. 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich, sprawowanie opieki farmaceutycznej polega 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 w celu uzyskania określonych jej efektów poprawiających jakość życia pacjenta.

Powyższe stanowi obowiązek każdego farmaceuty, zatem w ocenie Organu, tworzenie odrębnego programu dla świadczenia ustawowego obowiązku jest zbędne i ma na celu stworzenie w świadomości pacjenta poczucia pewnego rodzaju wyjątkowości czy też rzadkości.

„Program [...]” (podobnie jak pozostałe programy sprzedażowe: «[...]», «[...]» lub «[...]») nie realizuje powyższych założeń ponieważ - jak wynika z Przewodnika dla aptek - zarówno apteki, jak i organizator Programu nie dokumentują ani nie przetwarzają danych dotyczących przebiegu farmakoterapii pacjentów - uczestników Programu.

Rzekoma współpraca z pacjentem ogranicza się w przypadku „[...]” (podobnie jak pozostałych programów sprzedażowych: «[...]», «[...]» lub «[...]») do zapisywania kolejnych plusów za dokonanie zakupu i zapisywanie danych o zakupionych produktach.

Nie ulega wątpliwości, iż ustawodawca nakładając obowiązek sprawowania opieki farmaceutycznej miał na celu innego rodzaju działania. Chociażby takie jak, możliwość kontaktu farmaceuty z lekarzem w celu ustalenia jak najlepszej farmakoterapii, poprzez konsultacje i ewentualne modyfikacje przepisanych produktów leczniczych.

Organ podnosi, iż fakt udzielania informacji na temat sprzedawanych produktów leczniczych jest jedną z usług farmaceutycznych wymienionych w art. 86 ust. 2 P.f.

Elementy działania „[...]” są normalnym obowiązkiem każdego farmaceuty, który jest obowiązany spełniać je, niezależnie od uczestnictwa w „[...]”.

Prowadzi to do wniosku, że wskazany program de facto sprowadza się do naliczania kolejnych „plusów” za dokonane zakupy i wynagradzanie pacjenta za dokonanie odpowiedniej liczby transakcji, co niewątpliwie nie mieści się w zakresie opieki farmaceutycznej, o której mowa w art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy o izbach aptekarskich.

Uczestnictwo w „Programach” polega na korzystaniu przez Aptekę prowadzoną przez Stronę – jako podmiotu współpracującego z organizatorem programu - z systemu komputerowego, którego funkcjonalność pozwala na ustalenie wysokości rabatu, z którego może skorzystać uczestnik programu, na podstawie rejestrowanej w tym systemie ilości plusów.

„[...]” (podobnie pozostałe programy sprzedażowe) odbywa się w Aptece i poprzez Internet.

W aptece klient otrzymuje od farmaceuty kartę programu i jest o nim informowany.

Wydawanie kart i broszur jest bezpośrednio zlecane przez organizatora programu – odpowiednio: [...] S.A. w W. albo „[...]” Sp. z o.o. w Ł.

Koszty z tym związane w określonym zakresie ponoszą oba podmioty realizujące program na podstawie umów o współpracy (których Strona nie chciała udostępnić Organowi).

Produkty o obniżonej cenie nie są wydawane w ramach „programu”, lecz sprzedawane jego uczestnikom przez Aptekę w ramach prowadzonej przez nią działalności i objęte są jej ofertą rabatową (której Strona nie chciała udostępnić Organowi).

## II.

Strona prowadzi Aptekę na podstawie zezwolenia PWIF znak [...] z dnia [...] r., zmienionego decyzją nr [...] z dnia [...] r. znak [...] i decyzją nr [...] z dnia [...] r. znak [...].

Podstawą wszczęcia i prowadzenia z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Stronę działalności reklamowej apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez uczestnictwo tej apteki w programach lojalnościowych: „[...]”, „[...]” i „[...]” (dalej zwanych także łącznie „**programem**”), realizowanymi wspólnie z „[...]” Sp. z o.o. w Ł. i [...] S.A. w W. oraz wykorzystanie kart rabatowych (Kart Uczestnictwa Programu), jest art. 94a ust. 1 i 2 P.f. oraz stwierdzenie, że apteka uczestniczy w programie.

Zgodnie z brzmieniem art. 94a ust. 1-3 P.f., 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. W razie stwierdzenia naruszenia wyżej wymienionego przepisu wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje w drodze decyzji zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

Z uwagi na fakt, że P.f. nie zawiera legalnej definicji reklamy posłużyć się należy w tym względzie definicją zawartą w wydanych opracowaniach słownikowych, a także orzecznictwem sądów administracyjnych.

Według Słownika Wyrazów Obcych (Wydawnictwo Naukowe PWN 1996 r.), 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 r.).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów administracyjnych, wydanym wprawdzie pod rządami przepisu art. 94a ust. 1 P.f. w brzmieniu obowiązującym do dnia 31.12.2011 r., ale nadal nie tracącym na aktualności:

- a) 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 dnia 14.05.2008 r. sygn. akt VII SA/Wa 2215/07),
- b) „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 dnia 1.02.2008 r. sygn. akt VII SA/Wa 1960/07),
- c) „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 dnia 22.11.2007 r. sygn. akt VII SA/WA 1661/07),
- d) „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 dnia 26.01.2006 r. 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. Istotnym elementem reklamy jest zamiar wywołania reakcji potencjalnych klientów.

Podstawowym elementem reklamy, zgodnie z opinią sądu (wyrok WSA w Warszawie z 1.02.2008 r. VII SA/Wa 1960/07) jest zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w konkretnej aptece, niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży ww. produktów w danej aptece lub punkcie aptecznym.

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 dotychczasowych 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 P.f. 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.

PWIF uważa, że „reklamą aptek oraz ich działalności” w rozumieniu art. 94a ust. 1 P.f. jest stosowanie jakichkolwiek form zachęty odnoszących się do leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobów medycznych, w szczególności sprzedaży uwarunkowanej, upustów, rabatów, bonifikat, pakietów i uczestnictwa w programach lojalnościowych, darowizn, nagród, prezentów, upominków, wycieczek, loterii, losowań, wszelkich form użyć, transakcji wiązanych, ułatwień, zakupów lub usług sponsorowanych, wszelkiego rodzaju talonów, bonów oraz innych niewymienionych z nazwy korzyści.

Za szerokim rozumieniem reklamy przemawia fakt, że ustawodawca nie zawarł w art. 94a ust. 1 P.f. żadnych wyłączeń, w przeciwieństwie do definicji reklamy produktu leczniczego o jakim mowa w art. 52 P.f.

Organ na podstawie zgromadzonego w toku kontroli materiału dowodowego ustalił, mimo wszelkich przeszkód jakich nie szczędziła Strona, że Apteka uczestniczy w działalności reklamowej, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych, poprzez uczestnictwo tej apteki w programie lojalnościowym realizowanym wspólnie z „[...]” Sp. z o.o. w Ł. i [...] S.A. w W. oraz przez wykorzystanie kart rabatowych (Kart Uczestnictwa Programu), który zapewnia:

1. obniżki cen produktów dostępnych bez recepty oraz leków nierefundowanych,
2. rabaty na wybrane produkty, objęte Informatorem Programu (dokonywanie zakupów w aptekach objętych Programem wiąże się dodatkowo ze zmniejszeniem ceny produktów umieszczonych w Informatorze Programu),
3. skorzystania z rabatu, dzięki któremu produkt z Informatora Programu kosztuje mniej niż bez rabatu,
4. zakupy produktów objętych akcjami specjalnymi dają większy upust, dzięki temu klienci mogą kupić z rabatem więcej produktów z Informatora Programu.

Osoba uczestnicząca w Programie otrzymuje Kartę Uczestnika Programu, umożliwiającą uczestnikom programu dokonującym zakupów w aptece uczestniczącej w programie korzystanie ze specjalnej oferty rabatowej przedstawionej w Informatorze Programu. W celu realizacji



uprawnień, uczestnik winien każdorazowo okazywać Kartę w Aptece przed zakupem produktów.

Organ ustalił, że Apteka bierze udział w działalności reklamowej apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez uczestnictwo tej apteki w programie lojalnościowym, mimo wejścia w życie z dniem 1 stycznia 2012 r. ustawowego, niemal całkowitego, zakazu reklamy aptek i ich działalności.

Informacje o programach i warunkach uczestniczenia w nich, umieszczone na stronach internetowych innych przedsiębiorców – organizatorów programów wraz z udostępnionymi danymi aptek w nich uczestniczących, w tym Apteki, stanowią reklamę Apteki i jej działalności.

Rejestracja uczestników w „Programie” odbywa się w Aptece, a w rezultacie realizacji umowy o prowadzenie programu lojalnościowego, choć pacjent nie otrzymuje w Aptece wprawdzie karty Programu, to na podstawie rejestracji punktów, dla uczestnika programu ustalana jest wysokość rabatu. Produkty o obniżonej cenie są objęte ofertą rabatową.

W ocenie organu, udział w „Programie” Apteki prowadzonej przez Spółkę, zachęca uczestników programu do dokonywania zakupu produktów w tej aptece. W zamian bowiem za zbierane punkty mogą oni uzyskać określone korzyści. Program skłania uczestników do dalszych zakupów w Aptece.

Działanie polegające na zachęcaniu do zakupów, oferujące pacjentom korzyści, 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.

Programy, w których uczestniczy przedmiotowa Apteka, mieści się w pojęciu niedozwolonej reklamy z art. 94a ust. 1 P.f.

„Program” przewiduje korzyści finansowe 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 P.f. jako forma reklamy Apteki i jej działalności.

Organ nie kwestionuje prowadzenia przez Aptekę usług farmaceutycznych, polegających na udzielaniu informacji o produktach leczniczych i wyrobach medycznych, o których mowa w art. 86 ust. 2 pkt 4 P.f., jak i na sprawowaniu opieki farmaceutycznej polegającej 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 w celu uzyskania określonych jej efektów poprawiających jakość życia pacjenta, o której mowa w art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz. U. z 2008 r. Nr 136, poz. 856, z późn. zm.).

Oceniając uczestnictwo Apteki prowadzonej przez Stronę w „Programie”, należy jednak stwierdzić, że stanowi ono niedopuszczalną reklamę Apteki i jej działalności, a tym samym narusza art. 94a ust. 1 P.f. w obowiązującym jej brzmieniu.

W ocenie PWIF, jedną z form reklamy są programy lojalnościowe. Celem programów lojalnościowych jest pozyskanie grupy lojalnych klientów, regularnie nabywających towary lub korzystających z usług organizatora programu lojalnościowego (bądź zleceniodawcy organizacji programu lojalnościowego), kształtowanie jego pozytywnego wizerunku wśród klientów, obniżki kosztów dotarcia do klienta z kolejną ofertą, jak również rozpoznanie potrzeb klientów.

Udział Apteki w programie lojalnościowym zachęca uczestników programu, pacjentów, do dokonywania zakupów właśnie w tej, a nie innej aptece, co należy uznać za formę niedozwolonej reklamy.

Zauważyć ponadto należy, że katalog usług świadczonych przez Aptekę, o jakim mowa w art. 86 ust. 2 P.f., jest katalogiem zamkniętym.

Wykonywanie zatem przez Aptekę usług polegających na wydawaniu pacjentom kart rabatowych: Kart Uczestnictwa Programu, uczestnictwo w „Programie”, którego organizatorem jest inny przedsiębiorca, stanowi naruszenie tego przepisu, ale także warunków udzielonego przez PWIF zezwolenia 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 prowadzonego w aptece, przepisami dotyczącymi aptek oraz Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej.

Nie może budzić wątpliwości interpretacyjnych, mimo że Prawo farmaceutyczne nie zawiera legalnej definicji reklamy, treść przepisu art. 94a ust. 1 P.f. stanowiącego, że zabroniona jest reklama aptek oraz ich działalności, a nie stanowi reklamy tylko informacja o lokalizacji oraz godzinach pracy apteki.

Nie może być kwestionowana kompetencja wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 94a ust. 2 P.f. sprawującego nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, co wyraża się w uprawnieniu zawartym w art. 94a ust. 3 i 4 P.f., iż w razie stwierdzenia naruszenia przepisu ust. 1, wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje (ma prawny obowiązek nakazać), w drodze decyzji wyposażonej w rygor natychmiastowej wykonalności, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

Jeżeli zatem PWIF uzyskał informację, że Apteka prowadzi sprzedaż leków przy wykorzystaniu kart rabatowych, to obowiązkiem organu nadzoru farmaceutycznego było wszczęcie postępowania administracyjnego w zakresie ustalonych naruszeń prawa.

W toku postępowania administracyjnego PWIF uznał ponad wszelką wątpliwość, że Strona prowadziła sprzedaż produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez uczestnictwo tej apteki w działalności reklamowej, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę, udział tej apteki w programie lojalnościowym oraz wykorzystanie kart rabatowych (Kart Uczestnictwa Programu) w sposób naruszający dyspozycję przepisu art. 94a ust. 1 P.f.

„Program” oferuje obniżki cen produktów dostępnych bez recepty oraz leków nierefundowanych, rabaty na wybrane produkty objęte Informatorem Programu.

Osoba uczestnicząca w Programie otrzymuje Kartę Uczestnika Programu, umożliwiającą korzystanie ze specjalnej oferty rabatowej przedstawionej w Informatorze Programu.

Organ miał zatem prawny obowiązek nakazać, w drodze decyzji wyposażonej w rygor natychmiastowej wykonalności, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

### III.

Zgodnie z art. 129b ust. 1 i 2 P.f., 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 katalogu przypadków naruszeń, które uzasadniałyby zastosowanie kary pieniężnej w konkretnej wysokości, ani zasad jej miarkowania.

Nałożenie kary pieniężnej jest obligatoryjne. Wynika wprost z przepisów ustawy. Ustawodawcy przyświecało założenie, by w ten sposób ograniczyć niekorzystne zjawisko nadmiernego stymulowania sprzedaży leków przez apteki działające w porozumieniu z innymi podmiotami.

Organ stwierdzając prowadzenie zakazanej reklamy Aptek jest zatem zobowiązany nałożyć, na przedsiębiorcę naruszającego powołany przepis, stosowną karę pieniężną.

Organ w ramach prowadzonego postępowania stwierdził, że prowadzone przez Stronę na podstawie umów z „[...]” S.A. w Ł. i z [...] S.A. w W. programy lojalnościowe, w istocie swej zachęcające pacjentów do dokonywania zakupów w prowadzonej przez Stronę Aptecę, stanowią niedozwoloną reklamę Apteki i jej działalności.

Biorąc pod uwagę okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także fakt, że:

- 1) Strona nie była uprzednio karana przez PWIF za naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. w zakresie reklamy aptek zlokalizowanych na obszarze Województwa P.,
  - 2) naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. przez Stronę stwierdzone zostało po raz pierwszy, po wejściu w życie zmienionych od dnia 1 stycznia 2012 r. przepisów,
  - 3) reklama Apteki i jej działalności była stała, ale dotyczyła tylko jednej apteki z P.,
  - 4) PWIF dwukrotnie informował drogą elektroniczną wszystkich przedsiębiorców prowadzących apteki na terenie województwa podkarpackiego o zakazie, poczynawszy od dnia 1 stycznia 2012 r., prowadzenia reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności - poprzez przesłanie komunikatów z dnia 2 stycznia 2012 r. i z dnia 10 stycznia 2012 r.,
  - 5) umieszczono komunikaty na stronach internetowych w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu pod adresem [www.rzeszow.wif.gov.pl](http://www.rzeszow.wif.gov.pl),
- nałożona w wysokości [...] zł kara pieniężna, wynosząca tylko [...] % maksymalnego ustawowego wymiaru kary, jest adekwatna do okoliczności i czasu (powtarzalności) prowadzenia reklamy Apteki i jej działalności.

Strona w toku postępowania dość konsekwentnie odmawiała współpracy z Organem przez zaniechanie dostarczania na żądanie Organu wyjaśnień i dowodów umożliwiających ustalić rzeczywisty stan sprawy, zgodny ze stanowiskiem Strony.

Strona nie udzieliła odpowiedzi na żądanie Organu udzielenia informacji: czy systemy komputerowe w Aptece mają zainstalowane programy umożliwiające pacjentom posiadającym Kartę Uczestnika programów lojalnościowych naliczanie punktów za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów; czy pracownicy Apteki rozprawdzają Karty Uczestnika Programu; który z podmiotów uczestniczących w programach lojalnościowych finansuje wydawanie kart i broszur oraz wydaje produkty po obniżonych cenach i pokrywa różnicę pomiędzy ceną detaliczną a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta.

Gołosłownie jedynie stwierdziła Strona (nie popierając twierdzenia żadnymi dowodami), że w związku z rzekomym „zawieszeniem” przedmiotowych programów, wszelkie regulaminy i materiały dotyczące tych programów zostały usunięte z lokalu Apteki i to ma świadczyć o zaniechaniu reklamy działalności apteki. Organ natomiast nie ma takich możliwości organizacyjnych i finansowych, by każde dowolne twierdzenie sprawdzać poprzez kolejne kontrole.

Strona, dwukrotnie wezwana do złożenia wszelkich informacji, wyjaśnień i dokumentów w tej sprawie, wykazujących zaprzestanie udziału Apteki w programach lojalnościowych, a w szczególności uwierzytelnionych przez Zarząd Spółki, nie dostarczyła Organowi: dowodów usunięcia tekstów regulaminów dot. „[...]”, „[...]” i „[...]” z wszelkich miejsc publicznych, w których były zamieszczone; dowodów anulowania kart rabatowych używanych w tych programach; dowodów wypowiedzenia (rozwiązania) „umów o współpracy” dot. uczestnictwa Apteki w tych programach; dowodów nadania (doręczenia) wypowiedzenia (rozwiązania) „umów o współpracy” dot. uczestnictwa Apteki w tych programach.

Poproszona dwukrotnie o rozważenie złożenia przez uprawnionych członków Zarządu Spółki stosownego wniosku i oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej, dot. wszystkich lub niektórych dowodów, po uprzednim zamieszczeniu w treści oświadczenia sformułowania o odpowiedzialności za fałszywe zeznania z art. 233 § 1 K.k., stosownie do dyspozycji art. 86 i art. 83 § 3 w zw. z art. 75 § 2 K.p.a., że w wyniku „zawieszenia” programów karty rabatowe nie są w Aptece akceptowane, Strona uchyliła się od takiego oświadczenia.

Organ nie mógł dać wiary pustym stwierdzeniom, a Strona była zainteresowana wyłącznie umorzeniem postępowania.

Organ nie dał też wiary przesłanemu przez Stronę dopiero przy piśmie z dnia [...] r. dokumentowi datowanemu [...] r., stanowiącemu wypełniony przez Stronę, przygotowany przez

„[...]” S.A. w Ł., organizatora programów «[...]», «[...]» lub «[...]», formularzem „Rezygnacji z uczestnictwa w programach obsługiwanych na mocy umowy z [...] S.A.”, na którym należało zaznaczyć w odpowiedniej kratce „wyłączenie uczestnictwa w poniższych programach: «[...]», «[...]» lub «[...]»” dla Apteki „[...]” (obecnie: „[...]”).

Jak wynikało ze stopki formularza, rezygnacja z «[...]» miała trafić (jeśli trafiała – dowodu brak) tylko do „[...]” S.A. w Ł., natomiast rezygnacja z programów «[...]» albo «[...]» miała być (jeśli była – dowodu brak) przekazywana do [...] S.A. w W., ul. [...] (a ta Spółka mogła odłożyć je ad acta). W stopce zaznaczono, że formularz jest dopiero prośbą o przekazanie do „[...]” S.A. w Ł. (ewentualnie dalej do [...] S.A. w W.), mimo że w tekście - zapewne in blanco przed wypełnieniem przez przedstawicieli Strony – umieszczono nieczytelny podpis domniemanego przedstawiciela „[...]” S.A., rzekomo potwierdzający przyjęcie do wiadomości „datę wyłączenia z uczestnictwa w programach [...]”. Takie „przyjęcie do wiadomości”, nawet jeśli prawdziwe, nie ma żadnego znaczenia prawnego w zakresie skutków.

„Z teoretycznego punktu widzenia możliwe są różne sposoby wyznaczenia chwili, w której następuje skuteczne złożenie oświadczenia woli składanego innej osobie. Sformułowano w tej kwestii różne teorie, w szczególności:

- 1) teorię oświadczenia, która za rozstrzygający przyjmuje moment przejawienia woli;
- 2) teorię wysłania, zgodnie z którą złożenie oświadczenia woli następuje z chwilą wysłania (nadania) go do adresata;
- 3) teorię doręczenia, według której oświadczenie woli jest złożone z chwilą, gdy dotarło do adresata (zostało mu doręczone);
- 4) teorię zapoznania się, która za rozstrzygający przyjmuje moment zapoznania się adresata z doręczonym mu oświadczeniem woli” - A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. t. I. Część ogólna, LEX, 2009.

Z treści przepisu art. 61 Kodeksu cywilnego wynika jednoznacznie, że ustawodawca opowiedział się za «teorią doręczenia», przyjmując że oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią.

Formularz „Rezygnacji z uczestnictwa w programach obsługiwanych na mocy umowy z [...] S.A.” nie jest wypowiedzeniem umowy ani jej choćby częściową modyfikacją (aneksem), ponieważ nie ma charakteru definitywnego i nie jest jednostronnym oświadczeniem woli Strony, ani porozumieniem z „[...]” S.A., lecz wymaga dopiero zgody drugiej strony umowy. Tymczasem podpisy przedstawicieli Strony na formularzu nie dowodzą niczego, a nieczytelny podpis pod pieczęcią nagłówkową („firmową”) nieznaney osoby nie świadczy o doręczeniu lub przyjęciu jakiegokolwiek oświadczenia woli Strony przez „[...]” S.A. jest prawnie bezskuteczny.

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.

Kara pieniężna stanowi dochód budżetu państwa. PWIF jest wierzycielem w rozumieniu przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Karę pieniężną uiszcza się na wskazany w rozstrzygnięciu decyzji rachunek bankowy w terminie 7 dni 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.

#### IV.

Zgodnie z art. 94a ust. 4 P.f., decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności.

Przepis ten stanowi o obligatoryjnym charakterze nadania przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego rygoru natychmiastowej wykonalności takiej decyzji.

W przypadku wydania przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia reklamy apteki oraz jej działalności, organ zmuszony jest decyzji taki rygor nadać, w odróżnieniu od uregulowań zawartych w art. 108 § 1 K.p.a., które organ stosuje tylko w przypadku gdy spełnione są przesłanki z niego wynikające, m.in. ze względu na ochronę zdrowia lub życia ludzkiego.

Art. 94a ust. 4 P.f. nie przewiduje możliwości fakultatywnego nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

Organ nie znalazł podstaw do umorzenia postępowania na podstawie art. 105 § 1 K.p.a. Prowadzone postępowanie nie stało się bezprzedmiotowe.

Biorąc powyższe pod uwagę postanowiłam jak w petitum decyzji.

### **POUCZENIE**

Od decyzji niniejszej służy Stronie odwołanie do Głównego Inspektora Farmaceutycznego w Warszawie, za moim pośrednictwem, w terminie czternastu dni od daty otrzymania decyzji.

otrzymują:

1. Adresat - za potwierdzeniem odbioru
2. a/a