

**PODKARPACKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY**

35-205 Rzeszów, ul. Warszawska 12a
tel. 17 86 20 545, fax. 17 86 20 406
www.rzeszow.wif.gov.pl

[...], dnia 9 maja 2014 r.

FARZ-DA.8523.8.2013

DECYZJA

Na podstawie art. 94a ust. 2 - 4 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 z późn. zm.), zwanej dalej: „**K.p.a.**”, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w [...], nr NIP [...], działalności reklamowej apteki „[...]” w [...], ul. [...], polegającej na uczestnictwie w programach lojalnościowych: „[...]”, „[...]” i „[...]”,

[...] WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

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

UZASADNIENIE

1.

Pismem z dnia [...], dostarczonym Stronie w dniu [...], [...] Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w [...] (dalej zwany: „**organem**” lub „**PWIF**”) zawiadomił [...] Sp. z o.o. w [...] (zwaną także „**Stroną**” lub „**Spółką**”) o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Stronę działalności reklamowej apteki „[...]” w [...], 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 uczestniczyła w programach lojalnościowych: „[...]”, „[...]” i „[...]” (protokół znak [...] z dnia [...] r. wraz z załącznikiem nr 10,

włączony do akt sprawy postanowieniem organu z dnia [...]).

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

W załączniku nr [...] 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 (www.[...]); kartę [...] – wraz z wykazem aptek, w których można dokonać zakupu - otrzymuje pacjent bezpośrednio do domu; w Aptece dostępne są jedynie egzemplarze „[...]”; Apteka podczas sprzedaży tych leków nie nalicza punktów, rejestruje jedynie każdorazowy zakup produktów leczniczych przy użyciu kart [...] (sprzedając leki z naliczonymi już rabatami);
- 2) w „[...]” pacjenci otrzymują „[...]” na oddziałach noworodkowych wraz z formularzem, który po wypełnieniu i podpisaniu mają przekazać farmaceucie w jednej z aptek, których lista zamieszczona jest na stronie internetowej (www.[...]); 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 „[...]”, sprzedając leki z naliczonymi automatycznie rabatami;
- 3) w „[...]” zgłoszenie uczestnictwa w programie odbywa się w Aptece – albo na portalu internetowym: www.[...] - poprzez wypełnienie formularza, po czym pacjent otrzymuje kartę „[...]” (na której znajduje się kod pacjenta); podczas zakupów pacjentowi naliczane są „plusy” (za każde 5 zł wydane na produkty nie refundowane uczestnik programu otrzymuje 1 „plus”); Apteka nalicza „plusy”, rejestruje każdorazowy zakup przy wykorzystaniu karty „[...]”; zgromadzone „plusy” uprawniają do skorzystania – w aptekach uczestniczących w tym programie – z rabatu; rabaty opisane są w „[...]”, dostępnych w aptekach uczestniczących w „[...]”.

Wszystkie 3 programy lojalnościowe zostały narzucone kierownikowi kontrolowanej Apteki przez jej właściciela.

W związku z przeprowadzoną kontrolą PWIF wezwał Spółkę jako właściciela Apteki pismem z dnia [...] 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 [...] programów lojalnościowych naliczanie punktów za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów;
- 2) czy pracownicy Apteki rozprawdzają karty [...];
- 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 [...], otrzymanym przez organ

w dniu [...], 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 [...], doręczonym Stronie w dniu [...], 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. programów: „[...]”, „[...]” 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 [...], otrzymanym przez organ w dniu [...], 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 nie zaprzeczyła, że mimo „zawieszenia” programów lojalnościowych, nie są one nadal w Aptece realizowane.

Strona nieprawdziwie 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 [...], doręczonym w dniu [...], 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 [...], ul. [...], w dni robocze w godzinach pracy urzędu – 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 [...], otrzymanym przez PWIF w dniu [...], przy którym – bez jakiegokolwiek stanowiska w sprawach związanych z informacją PWIF z dnia [...] o zakończeniu postępowania wyjaśniającego oraz dowodowego – Strona przesała niewiarygodną kserokopię (lub skan) rzekomego wniosku Strony z dnia [...] do „[...]” S.A. w [...], ul. [...] (adres tożsamy z adresem Strony) o „wyłączenie” uczestnictwa w „[...]” w aptece „[...]” w [...], ul. [...] (użyto nazwy Apteki nadanej przez Organ w zezwoleniu na jej prowadzenie, ale zmienionej w [...] na życzenie Strony na: „[...]”; oznaczało to, że Apteka uczestniczy w tym programie dłużej niż od [...]).

Nawiązując do powyższego pisma Strony z dnia [...], PWIF, odpowiadając na pismo Strony, stwierdził w swoim piśmie z dnia [...], doręczonym Stronie w dniu [...], że nie uwierzytelniona kserokopia rzekomego wniosku Strony z dnia [...] do „[...]” S.A. w [...] o wyłączenie uczestnictwa w „[...]” w aptece „[...]” w [...], 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”) nieznanego osoby z „[...]” S.A. nie świadczy o doręczeniu lub przyjęciu jakiegokolwiek oświadczenia woli.

Załącznik do pisma Strony musiał zatem Organ uznać za fałszywy, bo nosił przy tym nieprawdziwą datę [...]. Gdyby ta data była prawdziwa, to Strona wcześniejszym pismem z dnia [...] 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 [...], 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 Aptece akceptowane.

Należało zatem przyjąć, że zarówno pismo z dnia [...] o rzekomym „zaprzestaniu” uczestnictwa w programach lojalnościowych, jak i pismo z dnia [...] o „zawieszeniu” przedmiotowych programów, zawierały nieprawdę, a rzekome pismo z dnia [...] 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 [...] i [...] S.A. 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 26 września 2013 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 niewuierzytelnione 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 [...], którego niewuierzytelnioną kserokopię Strona złożyła jako rzekomy wniosek Strony do „[...]” S.A. w [...] o wyłączenie uczestnictwa w „[...]” w aptece „[...]” w [...], 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 [...] jako na dowód zaniechania reklamy Apteki i jej działalności.

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

Natomiast – zdaniem PWIF - przedłożenie Organowi pisma Strony z dnia [...], bez jakiegokolwiek stanowiska w sprawach związanych z informacją PWIF z dnia [...] 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 [...], 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 [...] Strona w załączeniu przesłała jednak żądany dokument datowany [...] – celem uwierzytelnienia odpisu i zwrotu jej oryginału.

Załącznik jest wypełnionym przez Stronę, przygotowanym przez „[...]” S.A. w [...], ul. [...], organizatora programów «[...]», «[...]» lub «[...]», formularzem „[...]”, 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 [...] na mocy zezwolenia [...] z dnia [...], zmienionego decyzją nr [...] z dnia [...], której nową nazwę: „[...]” otrzymała Strona decyzją nr [...] z dnia [...], ale której „[...]” S.A. nie uwzględnił w swojej ewidencji).

Jak wynika ze stopki formularza, rezygnacja z «[...]» trafia tylko do „[...]” S.A. w [...], natomiast rezygnacja z programów «[...]» albo «[...]» ma dopiero być przekazana do [...] S.A. 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 [...] 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 zamierzał 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 [...], co – jak uważa Strona – jest wiadome Organowi z urzędu, ponieważ pismem z dnia [...] [...] S.A. w [...] jako organizator powyższych programów przesłał do Głównego Inspektora Farmaceutycznego (do wiadomości wszystkich wojewódzkich inspektoratów farmaceutycznych) informację o „zaprzestaniu” ich prowadzenia.

Tymczasem, jak PWIF przeczytał w piśmie [...] S.A. do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, 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 lobbingsowych zmierzających do zmian ustawowych pozwalających na dalsze manipulowanie zakupami przez ich taniość i nadmierność

w stosunku do rzeczywistych potrzeb zdrowotnych nieświadomych ryzyka pacjentów.

Należało także zauważyć, że Strona powoływała 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 do niestosownych uwag, błędnych wniosków i nieprawdziwych twierdzeń, zawartych w pismach Strony, PWIF w swoim piśmie z dnia [...] przedstawił następujące stanowisko:

Na wezwanie Strony pismem Organu z dnia [...] 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 [...], z powodu rzekomego braku w polskim porządku prawnym regulacji prawnych i możliwości faktycznych kształtowania kontraktów cywilnych zgodnie z wolą stron tych umów, PWIF uważał, 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, przeczył fakt, że mimo wezwania Strony przez Organ do udzielenia informacji: czy systemy komputerowe w Aptece mają zainstalowane programy umożliwiające pacjentom posiadającym kartę [...] 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 [...]; 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 [...], że karty rabatowe nie mogły zostać anulowane, ponieważ nie stanowią własności przedsiębiorcy prowadzącego Aptekę, trzeba było zauważyć, że Strona tym samym dostarczyła argumentu przeciw sobie, iż zasadny był 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 [...], 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:

Należało 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), 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; 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.

4.

Decyzją z dnia [...] znak [...], PWIF jako organ I instancji:

- 1) nakazał [...] Sp. z o.o. w [...] zaprzestać prowadzenia, także przy pomocy podmiotów i osób trzecich, działalności reklamowej Apteki „[...]” w [...], ul. [...], polegającej na uczestnictwie w programach lojalnościowych: „[...]”, „[...]” i „[...]”;
- 2) nałożył na [...] Sp. z o.o. w [...], prowadzącą Aptekę „[...]” w [...], ul. [...], karę pieniężną w kwocie 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych), którą nakazał wpłacić na rachunek bankowy Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w [...] w terminie 7 dni od dnia, w którym zaskarżona decyzja stanie się ostateczna;
- 3) zaskarżonej decyzji w pkt. 1 nadał rygor natychmiastowej wykonalności.

Decyzję doręczono Stronie w dniu [...] Odwołanie Strony od decyzji nadano w placówce pocztowej w dniu [...], a wpłynęło do organu pierwszej instancji w dniu [...] Odwołanie okazało się skuteczne.

Główny Inspektor Farmaceutyczny decyzją znak [...] z dnia [...] uchylił w całości decyzję PWIF z dnia [...] oraz przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia przez organ pierwszej instancji.

Organ odwoławczy w uzasadnieniu decyzji uchylającej decyzję [...] zauważył w szczególności, że – w jego ocenie - „nie jest możliwe wydanie decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia działań, które już nie były prowadzone”.

Organ odwoławczy wskazał, że ponownie rozpatrując sprawę należy wziąć pod uwagę m.in. nadesłaną przez Stronę jej rezygnację z uczestnictwa w lojalnościowym „[...]”, natomiast nie odniósł się do braku rezygnacji Strony z uczestnictwa w programach lojalnościowych: „[...]” i „[...]” i w związku z tym nie zajął stanowiska w kwestii nakazu zaprzestania prowadzenia działalności reklamowej Apteki, polegającej na uczestnictwie w tych programach lojalnościowych.

Główny Inspektor Farmaceutyczny podniósł ponadto, że w ponownym postępowaniu należy ustalić jakie działania są prowadzone i jeśli zostanie ustalone, że stanowią reklamę Apteki, tylko w tym zakresie wydać decyzję nakazującą zaprzestanie ich prowadzenia.

5.

Rozpoznając ponownie sprawę, PWIF uznał, że należy przypomnieć Stronie niektóre istotne czynności przeprowadzone przez Organ i przez Stronę w poprzednim toku postępowania, a także niektóre istotne dowody zebrane w sprawie.

Organ I instancji uczynił to pismem z dnia [...], doręczonym Stronie w dniu [...].

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

Organ ponownie zauważył, że formularz „[...]” 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. i jest prawnie bezskuteczny.

Kontynuując postępowanie wyjaśniające i dowodowe w toku ponownego rozpoznania sprawy, PWIF podniósł, że wartość dowodową oświadczenia Strony z dnia [...] o rezygnacji z uczestnictwa w „[...]” z rzekomym „potwierdzeniem odbioru przez organizatora” oraz

informacją o rzekomym wyłączeniu z uczestnictwa w Programie w dniu [...], należy ocenić tak jak na nią zasługuje: jest bezwartościowe, gdyż nieprawdziwe.

Zdaniem Organu, siedziba „[...]” S.A. - podmiotu, którego pośrednio dotyczyła sprawa Strony - pod tym samym adresem jak Strona, pozwala na uzasadnione założenie, że Strona mogła w każdej chwili, na każdym etapie postępowania, dostarczyć za rzekomym „potwierdzeniem” dowolnego pracownika (co też nie jest oczywiste, czy podpisana osoba jest pracownikiem „[...]” S.A.) do „sąsiada zza ściany” dowolne oświadczenie, w tym także takie jak przedłożone Organowi rzekome „oświadczenie z dnia [...] o rezygnacji z uczestnictwa w «[...]» z potwierdzeniem odbioru przez organizatora i informacją o wyłączeniu z uczestnictwa w programie w dniu [...]”.

PWIF poddał ponownej szczegółowej analizie przedłożone „oświadczenie”.

Wg jego treści, prawidłowo umocowani przedstawiciele Strony, nie wskazując adresata, wypełnili sporządzony in blanco formularz „rezygnacji” z dnia [...], którą przyjęła osoba nieuprawniona do odbioru oświadczeń woli osób trzecich oraz nieuprawniona do składania imieniem „[...]” S.A. oświadczeń woli.

Następnie ta właśnie nieuprawniona osoba rzekomo zadecydowała imieniem „[...]” o wyłączeniu Apteki prowadzonej przez Stronę, z „[...]” z dniem [...].

Jak jednak wynika z treści „stopki” w dolnej części formularza odbiorca „rezygnacji” (lub Strona albo oba podmioty razem - w stopce użyto liczby mnogiej - dopiero proszą o przekazanie podpisanej rezygnacji do „[...]”, S.A. w [...], ul. [...], na to samo nazwisko osoby, która rzekomo już otrzymała oświadczenie Strony i potwierdziła jej odbiór – a wszystko to miało miejsce właśnie „za ścianą” w tym samym miejscu w [...], ul. [...].

Pod tym samym właśnie adresem Strona ma swój adres siedziby.

Z powyższej analizy PWIF wyciągnął jedyny zasadny w tej sytuacji wniosek, że w obrocie prawnym znajdują się nieznane ilości formularzy „rezygnacji” z programu lojalnościowego, podpisane in blanco przez rzekomego przedstawiciela „[...]”, S.A., które może w każdej chwili każdy posiadacz formularza wypełnić dowolną treścią na użytek jakiegokolwiek postępowania administracyjnego przed dowolnym organem Inspekcji Farmaceutycznej w zależności od doraźnej potrzeby i że nie może on stanowić dowodu na okoliczności zawarte w jego treści.

Przez co najmniej dwa lata (po [...]) – a w niniejszej sprawie przez ponad rok (licząc od dnia kontroli Apteki, tj. od dnia [...] r.), w tym także po wszczęciu postępowania, a nawet po wydaniu w dniu [...] decyzji PWIF (tym bardziej zatem po otrzymaniu decyzji uchylającej tę decyzję) - Strona nadal prowadzi niedozwoloną reklamę Apteki, lekceważąc organ zezwalający i uzyskując przychody bezprawnie zwiększone w stosunku do przychodów jakie osiągnęłyby bez reklamy.

Strona dotychczas nie skorzystała z możliwości, z której już skorzystały w innych sprawach inne podmioty prowadzące niedozwoloną reklamę aptek i złożyły w oryginale żądane oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej za zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy, że przed wydaniem decyzji nie były już związane uczestnictwem w programie sprzedażowym „[...]”. W tamtych sprawach dalsze prowadzenie postępowań w zakresie nakazu zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy aptek stało się bezprzedmiotowe i koniecznym stało się ich umorzenie z urzędu na podstawie art. 105 § 1 K.p.a.

PWIF w piśmie z dnia [...] ponownie 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.

W związku z powyższym, PWIF ponownie poprosił 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:

„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)”.

Wyjaśniono Stronie ponownie, że Organ może poprzestać na odebraniu od Strony oświadczenia, jeżeli to oświadczenie nie budzi w jego ocenie wątpliwości co do jego zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy – z zastrzeżeniem dyspozycji poniższego wezwania.

Równocześnie zatem PWIF ponownie wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma wszelkich informacji, wyjaśnień i dokumentów, wykazujących zaprzestanie prowadzenia, także przy pomocy podmiotów i osób trzecich, działalności reklamowej Apteki, polegającej na uczestnictwie w programach lojalnościowych: „[...]”, „[...]” i „[...]”, jak również dowodów zaniechania jakiegokolwiek udziału Apteki w tych 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 usunięcia z systemów komputerowych w Aptece zainstalowanych wcześniej programów elektronicznych umożliwiających pacjentom posiadającym karty uczestnika programów lojalnościowych naliczanie punktów za zakupione w Aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów;
- 3) dowodów wypowiedzenia (rozwiązania, aneksowania) „umów o współpracy” dot. uczestnictwa w tych programach Apteki.

PWIF pouczył Stronę, że w przypadku zaniechania spełnienia wezwania, Organ zakończy postępowanie wyjaśniające i dowodowe, ponieważ obecnie ma już możliwość przeprowadzenia z urzędu dowodów wskazujących na dalsze naruszanie przez Stronę przepisów art. 94a ust. 1 P.f.

W odpowiedzi na wezwanie Organu, Strona w piśmie datowanym [...], otrzymanym przez PWIF w dniu [...], wyjaśniła, że nie dysponuje dowodami usunięcia tekstów regulaminów dot. „[...]”, „[...]” i „[...]” z wszelkich miejsc publicznych, w których były zamieszczone – w tym zakresie dowody przedstawić może jedynie organizator danego programu; Strona zadeklarowała, że może złożyć oświadczenie, że w Aptece nie są dostępne regulaminy ww. programów (w załączeniu).

Ponadto Strona wyjaśniła, że systemy komputerowe w Aptece nie miały i nie mają zainstalowanego programu umożliwiającego pacjentom posiadającym kartę uczestnika „[...]” naliczanie punktów za zakupione w Aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów, bo „[...]” nigdy nie łączył się z żadnym naliczaniem punktów ani udzielaniem rabatów; w odniesieniu do programu „[...]” i „[...]” nie sporządzono żadnego protokołu w tym zakresie; Strona składa w tej sprawie oświadczenie (w załączeniu).

Strona stwierdziła także, że oświadczenia o zaprzestaniu udziału Apteki w „[...]”, programie „[...]” i „[...]” są oświadczeniami prawdziwymi; Strona składa w tej sprawie oświadczenie (w załączeniu).

Do swojego pisma Strona załączyła oryginał oświadczenia, po uprzednim zamieszczeniu w treści oświadczenia sformułowania zażądanego przez Organ:

„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)».

W treści oświadczenia Strona stwierdziła, że: prowadzona przez nią Apteka nie uczestniczy w „[...]”, programie „[...]” i „[...]” – w pierwszym przypadku, ponieważ rozwiązała (oświadczeniem o rezygnacji z tych programów) umowy łączące Stronę z organizatorami tych programów; w Aptece nie jest dostępny regulamin „[...]”; systemy komputerowe w Aptece nie miały i nie mają zainstalowanego programu umożliwiającego pacjentom posiadającym kartę uczestnika „[...]” naliczanie punktów za zakupione w Aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów, bo „[...]” nie łączył się z żadnym naliczaniem punktów ani udzielaniem rabatów; systemy komputerowe w Aptece nie mają zainstalowanego programu umożliwiającego pacjentom posiadającym kartę uczestnika programu „[...]” i „[...]” naliczanie punktów za zakupione w Aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów.

Jak wynika z analizy porównawczej przeprowadzonej w celu wykonania wskazań Głównego Inspektora Farmaceutycznego zawartych w decyzji znak [...] z dnia [...] aby, ponownie rozpoznając sprawę, wziąć pod uwagę m.in. nadesłaną przez Stronę jej rezygnację z uczestnictwa w lojalnościowym „[...]”, w kontekście do braku rezygnacji Strony z uczestnictwa w pozostałych programach lojalnościowych: „[...]” i „[...]” i uwzględnić różnice przy rozstrzygnięciu w kwestii nakazu zaprzestania prowadzenia działalności reklamowej Apteki, polegającej na uczestnictwie w tych programach lojalnościowych, należy stwierdzić, co następuje:

Treść wyjaśnień Strony, zawartych w piśmie z dnia [...] (otrzymanym przez Organ w dniu [...]), została skonstruowana w taki sposób, żeby stanowiła w miarę satysfakcjonującą odpowiedź na wezwanie PWIF z dnia [...] r.

Natomiast treść oświadczenia złożonego pod rygorem odpowiedzialności karnej (załączonego do pisma Strony) nie odpowiada treści wyjaśnień zawartych w piśmie przewodnim.

Manipulacja dokonana została w następujący sposób:

PWIF wezwał Stronę (dalej: „**wezwanie**”) do złożenia wszelkich informacji, wyjaśnień i dokumentów, wykazujących zaprzestanie prowadzenia, także przy pomocy podmiotów i osób trzecich, działalności reklamowej Apteki, polegającej na uczestnictwie w programach lojalnościowych: „[...]”, „[...]” i „[...]”, jak również dowodów zaniechania jakiegokolwiek udziału Apteki w tych programach lojalnościowych, a w szczególności dowodów usunięcia tekstów regulaminów dot. „[...]”, „[...]” i „[...]” z wszelkich miejsc publicznych, w których były zamieszczone.

Strona w treści pisma przewodniego z dnia [...] (dalej: „**wyjaśnienia**”) stwierdziła, że nie dysponuje dowodami usunięcia tekstów regulaminów dot. „[...]”, „[...]” i „[...]” z wszelkich miejsc publicznych, w których były zamieszczone – w tym zakresie dowody przedstawić może jedynie organizator danego programu; Strona zadeklarowała, że może złożyć oświadczenie, że w Aptece nie są dostępne regulaminy ww. programów (w załączeniu).

Z kolei w oświadczeniu złożonym pod rygorem odpowiedzialności karnej (dalej: „**oświadczenie**”) Strona autorytatywnie oświadczyła tylko, że prowadzona przez nią Apteka nie uczestniczy w „[...]”, „[...]” i „[...]” – «w pierwszym przypadku», ponieważ rozwiązała (oświadczeniem o rezygnacji z tych programów – tu: bezzasadnie w liczbie mnogiej) „umowy łączące Stronę z organizatorami tych programów” (tu: też w liczbie mnogiej – bez jakiegokolwiek dowodu); ale już oświadczenie, że w Aptece nie jest dostępny regulamin „[...]” (tu: w liczbie pojedynczej).

Takie oświadczenie nie dotyczy rozwiązania pozostałych umów, zawartych z dwoma odrębnymi podmiotami, tj. dotyczących „[...]” (programu sprzedażowego prowadzonego

przez „[...]” S.A. w kooperacji z [...] S.A.) i „[...]” (programu lojalnościowego [...] S.A. stanowiącego podstawę zawierania umów o prowadzenie programów sprzedażowych „[...]” S.A.).

Prawda zaś jest taka, że – nawet gdyby bezzasadnie przyjąć za Stronę, iż rzeczywiście zrezygnowała z „[...]” jako programu sprzedażowego prowadzonego przez „[...]” S.A. w kooperacji z [...] S.A. - z programu tego można zrezygnować bez rezygnacji z umowy o prowadzenie „[...]”.

Natomiast nie można zrezygnować z „[...]” bez uprzedniej rezygnacji z programów sprzedażowych „[...]” i „[...]”, które są powiązane z „[...]”.

W konsekwencji, na wezwanie o dowody usunięcia z systemów komputerowych w Aptece zainstalowanych wcześniej programów elektronicznych umożliwiających pacjentom posiadającym karty uczestnika programów lojalnościowych naliczanie punktów za zakupione w Aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów – odrębne wyjaśnienie brzmi, że systemy komputerowe w Aptece nie miały i nie mają zainstalowanego programu umożliwiającego pacjentom posiadającym kartę „[...]” naliczanie punktów za zakupione w Aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów, bo „[...]” nigdy nie łączył się z żadnym naliczaniem punktów ani udzielaniem rabatów; natomiast odrębne wyjaśnienie brzmi, że w odniesieniu do programu „[...]” i „[...]” **nie sporządzono żadnego protokołu** w tym zakresie (czytaj a contrario: systemy komputerowe w Aptece miały i nadal mają zainstalowane programy umożliwiające pacjentom posiadającym kartę uczestnika „[...]” i „[...]” naliczanie punktów za zakupione w Aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów).

Strona złożyła w tej sprawie oświadczenie (w załączeniu do wyjaśnień), że systemy komputerowe w Aptece nie mają zainstalowanego programu umożliwiającego pacjentom posiadającym kartę uczestnika „[...]” i „[...]”, z czego wynika, że mają zainstalowane inaczej działające programy: bez naliczania w Aptece punktów za zakupione w Aptece produkty oraz bez ich sumowania, a także bez obliczania w Aptece innych upustów i rabatów, ponieważ naliczanie punktów i ich sumowanie, stosowanie upustów i rabatów odbywa się poza programem aptecznym – na serwerach organizatora („[...]” S.A. lub [...] S.A. w zależności od programu lojalnościowego lub związanego z nim programu lojalnościowo - sprzedażowego).

Wezwanie Organu do przedłożenia przez Stronę dowodów wypowiedzenia (rozwiązania, aneksowania) „umów o współpracy” dot. uczestnictwa Apteki we wszystkich tych programach zostało pominięte milczeniem zarówno w wyjaśnieniach (poza stwierdzeniem, że oświadczenia o zaprzestaniu udziału Apteki w „[...]”, „[...]” i „[...]” są oświadczeniami prawdziwymi i że Strona składa w tej sprawie oświadczenie w załączeniu – co okazało się nieprawdą), jak i w oświadczeniu (w którym jednak zaniechano potwierdzenia prawdziwości twierdzeń o zaprzestaniu udziału Apteki we wszystkich trzech programach).

Należało zatem tylko przyjąć do wiadomości bez akceptacji – jedynie w oparciu o założenie przyjęte w decyzji Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia [...] uchylającej decyzję organu I instancji z dnia [...] - uprawdopodobnienie, że skutek rezygnacji z dnia [...], Strona zaprzestała z tym dniem (w treści oświadczenia Strony z dnia [...] złożonego pod rygorem odpowiedzialności karnej zabrakło wskazania dnia rezygnacji udziału Apteki w „[...]”).

Należy jednak podnieść, że PWIF – ponownie analizując „dokumenty” rzekomej rezygnacji z udziału Apteki w „[...]” z dnia [...], że na użytek niniejszego postępowania powstały **dwa różne „dokumenty” z tej samej daty**.

Jeden z nich został załączony do pisma Strony z dnia [...] w formie niewiarygodnej kolorowej kserokopii lub skanu, a drugi został załączony do pisma Strony z dnia [...] w formie oryginału, który po uwierzytelnieniu przez pracownika Organu

został Stronie zwrócony.

Dokumenty te różnią się położeniem i kształtem wszystkich odcisków pieczęci oraz położeniem i kształtem wszystkich podpisów nieczytelnych: zarówno statutowych przedstawicieli Strony, jak i rzekomej przedstawicielki „[...]” S.A.

Z powodu wyżej wskazanego należy przypomnieć Stronie, że w piśmie z dnia [...] zarzuciła Organowi, że bezpodstawnie podejrzewał ją o nieczne uczynki wobec dokumentów. Jak się okazuje obecnie, PWIF czynił to wówczas zasadnie.

Trzeba zatem zauważyć, że do innych „dokumentów” przedkładanych przez Stronę (co czyni nadzwyczaj niechętnie) należy mieć wyjątkowo ostrożny stosunek i badać je wyjątkowo starannie.

Natomiast z powodu braku przedstawienia przez Stronę dowodów na wypowiedzenie (rozwiązanie, aneksowanie) „umów o współpracy” z „[...]” S.A. i [...] S.A. dot. uczestnictwa Apteki w „[...]” i „[...]”, należało stwierdzić kontynuację przez Stronę udziału Apteki w tych programach, na podstawie dowodów przeciwnych, tj. wyników kontroli.

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

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

Zasadnie należy twierdzić, że – wobec braku jakichkolwiek dowodów przeciwnych pochodzących od Strony – dowody zgromadzone przez PWIF są wystarczające, aby uważać nadal Stronę za podmiot realizujący programy lojalnościowe.

Zostanie to wykazane w części uzasadnienia dotyczącej miarkowania kary pieniężnej.

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 orzecznictwie 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. K. 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 zawierając 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 reklamę 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. B., 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 reklamą 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), 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. „[...]”); z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12 (dot. „[...]”); z dnia 25 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 2463/12 (dot. „[...]”, „[...]”, „[...]”); z dnia 5 marca 2013 r., VI SA/Wa 2618/12 (dot. „[...]”, „[...]”); z dnia 15 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 2617/12; z dnia 23 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 314/13 (dot. „[...]”); z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 315/13 (dot. „[...]”); z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 (dot. „[...]”) i z dnia 7 sierpnia 2013 r., VI SA/Wa 1660/13 (dot. „[...]”) - wszystkie w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów

Administracyjnych: 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.K. 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. T, Reklama dźwignią handlu lekarstwami, [...] 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.J, Koniec reklamowania aptek, [...] 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.R-P. 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. Farmaceuci 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.

„[...]” (podobnie jak pozostałe programy sprzedażowe: «[...]» i «[...]») nie realizuje powyższych założeń ponieważ - jak wynika z [...] - 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: «[...]», «[...]») 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 przepisywanych 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 „[...]” 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 [...] albo „[...]” S.A. w [...].

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 „[...]”, 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 [...], zmienionego decyzją PWIF nr [...] z dnia [...] znak [...] i decyzją PWIF nr [...] z [...] 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**”), realizowanych wspólnie z „[...]” S.A. w [...] i [...] S.A. w [...] poprzez wykorzystanie kart rabatowych ([...]), jest art. 94a ust. 1 i 2 P.f. oraz stwierdzenie, że apteka uczestniczy w programach.

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 użyźnień, 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 szczydziła 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 „[...]” S.A. w [...] i [...] S.A. w [...] oraz przez wykorzystanie kart rabatowych ([...]), który zapewnia:

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

Osoba uczestnicząca w Programie otrzymuje kartę [...], umożliwiającą uczestnikom programu dokonującym zakupów w aptece uczestniczącej w programie korzystanie ze specjalnej oferty rabatowej przedstawionej w [...]. W celu realizacji uprawnień, uczestnik winien każdorazowo okazywać kartę w Aptecce 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 niż Strona przedsiębiorców – organizatorów programów: [...] S.A. w [...], [...] Sp. z o.o. w [...] i „[...]” S.A. w [...] - wraz z udostępnionymi danymi aptek w nich uczestniczących, w tym Apteki, stanowią reklamę Apteki i jej działalności.

Rejestracja uczestników w „[...]” odbywa się on-line lub przez s.m.s., a w rezultacie realizacji umowy Strony z organizatorem o prowadzenie programu lojalnościowego, choć pacjent nie otrzymuje w Aptece karty [...], 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 „[...]” 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.

„[...]” 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 „[...]”, 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 zleceńodawcy 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 realizacji kart rabatowych:

[...], uczestnictwo w „[...]”, 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 w wyniku kontroli Apteki 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 nadal Strona prowadzi 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 ([...]) w sposób naruszający dyspozycję przepisu art. 94a ust. 1 P.f.

„[...]” oferuje obniżki cen produktów dostępnych bez recepty oraz leków nierefundowanych, rabaty na wybrane produkty objęte [...].

Osoba uczestnicząca w programie otrzymuje kartę [...], umożliwiającą korzystanie ze specjalnej oferty rabatowej przedstawionej w [...].

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 [...] i z [...] S.A. w [...] programy lojalnościowe, w istocie swej zachęcające pacjentów do dokonywania zakupów w prowadzonej przez Stronę Aptece, 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 [...],
- 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 i długotrwała (trwała ponad dwa lata po wejściu w życie znowelizowanej P.f.), ale dotyczyła tylko jednej apteki z [...],
- 4) PWIF dwukrotnie informował drogą elektroniczną wszystkich przedsiębiorców prowadzących apteki na terenie województwa [...] o zakazie, począwszy 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.\[...\]](#),

- nałożona w wysokości [...] kara pieniężna, wynosząca tylko [...] maksymalnego ustawowego wymiaru kary, jest adekwatna do okoliczności i czasu (powtarzalności) prowadzenia reklamy Apteki i jej działalności.

W poprzednim rozstrzygnięciu Organu z dnia [...] na Stronę została nałożona kara dwukrotnie mniejsza, ponieważ w tamtym stanie faktycznym należało uwzględnić stosunkowo wówczas krótki (liczony tylko od dnia 1 stycznia 2012 r., choć był on zdecydowanie dłuższy, ale w tym pod rządem nie znowelizowanego P.f.) okres prowadzenia w Aptece programów lojalnościowych.

W dniu wydania niniejszej decyzji jest to już ponad dwuletni okres, mimo wszczęcia i prowadzenia w tej sprawie postępowania administracyjnego zakończonego decyzją organu I instancji, postępowania odwoławczego i ponownego postępowania w tej samej sprawie.

Strona nie zamierza zaprzestać reklamy Apteki prowadzonej przy udziale [...] S.A. w [...], [...] Sp. z o.o. w [...] i „[...]” S.A. w [...].

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

Strona nie udzieliła odpowiedzi na żądanie Organu udzielenia informacji: czy systemy komputerowe w Aptece mają zainstalowane programy umożliwiające pacjentom posiadającym kartę [...] programów lojalnościowych naliczanie punktów za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów; czy pracownicy Apteki rozprowadzają karty [...]; 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 uchylała się od takiego oświadczenia, a złożyła je dopiero przy piśmie z dnia 27 marca 2014 r., otrzymanym przez organ w dniu 7 kwietnia 2014 r.

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

Organ nie mógł też dać wiary - przesłanemu przez Stronę dopiero przy piśmie z dnia [...] - dokumentowi datowanemu [...], stanowiącemu wypełniony przez Stronę, przygotowanemu przez „[...]” S.A. w [...], organizatora «[...]» i «[...]» lub «[...]», jako formularz „[...]”, na którym należało zaznaczyć w odpowiedniej kratce „wyłączenie uczestnictwa w poniższych programach: «[...]», «[...]» lub «[...]» dla Apteki „[...]” (obecnie: „[...]”).

W formularzu zaznaczono jedynie rezygnację z „[...]”.

Jak wynikało ze stopki formularza, rezygnacja z «[...]» miała trafić (jeśli trafiała – dowodu brak) tylko do „[...]” S.A. w [...], natomiast rezygnacja z programów «[...]» albo «[...]» miała być (jeśli była – dowodu brak) przekazywana do [...] S.A. w [...], ul. [...] (a ta Spółka mogła odłożyć je ad acta).

W stopce zaznaczono, że formularz jest dopiero prośbą o przekazanie do „[...]” S.A. w [...] i (ewentualnie dalej do [...] S.A. 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 definitywnych 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 „[...]” 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”) nieznanej osoby nie świadczy o doręczeniu lub przyjęciu jakiegokolwiek oświadczenia woli Strony przez „[...]” S.A. i jest prawnie bezskuteczny.

Strona nie zaprzestała z tym dniem (w treści oświadczenia Strony z dnia [...] złożonego pod rygorem odpowiedzialności karnej zabrakło wskazania dnia rezygnacji udziału Apteki w „[...]”).

PWIF – ponownie analizując „dokumenty” rzekomej rezygnacji z udziału Apteki w „[...]” z dnia [...], że na użytek niniejszego postępowania powstały **dwa różne „dokumenty” z tej samej daty.**

Jeden z nich został załączony do pisma Strony z dnia [...] w formie niewiarygodnej kolorowej kserokopii lub skanu, a drugi został załączony do pisma Strony z dnia [...] w formie oryginału, który po uwierzytelnieniu przez pracownika Organu został Stronie zwrócony.

Dokumenty te różnią się położeniem i kształtem wszystkich odcisków pieczęci oraz położeniem i kształtem wszystkich podpisów nieczytelnych: zarówno statutowych przedstawicieli Strony, jak i rzekomej przedstawicielki „[...]” S.A.

Organ sprawdził w dniu [...], [...], [...] i w dniu wydania niniejszej decyzji (wydruki włączono do akt sprawy), że na portalu www.[...], prowadzonym przez [...] Sp. z o.o. w [...], ul. [...] (adres taki sam jak adres Strony) - której jedynym wspólnikiem jest [...] S.A. w [...] - że w katalogu aptek akceptujących kartę „[...]” znajduje się 7 aptek zlokalizowanych w mieście [...], a wśród nich umieszczona jest również Apteka.

Jak wynika z ogłoszenia, zamieszczonego przez [...] Sp. z o.o. na stronie internetowej www.[...], rzekomo „zawieszono” od dnia [...] r. udział tego przedsiębiorcy w programach lojalnościowych i sprzedażowych: w «[...]» (prowadzonym przez [...] S.A. w [...] jako organizatora programu) oraz – obok innych, których niniejsza sprawa nie obejmuje – w «[...]» (prowadzonym przez „[...]” S.A. w [...] jako organizatora kilku programów sprzedażowych).

W ogłoszeniu tym, oprócz deklaracji, że organizatorzy programów nie zaprzestaną tej działalności, ponieważ „jest ich obowiązkiem i misją”, stwierdzono, iż „od [...] r. nie będą naliczane plusy w «[...]» oraz rabaty w «[...]»”, ale „produkty z [...] będzie można zamówić, zgodnie z regulaminem, **w ciągu 2 lat** od momentu uzyskania plusów”.

Jednakże w końcowej części ogłoszenia organizator informuje: „Prosimy o zachowanie karty i wręczanie jej przy każdej wizycie w aptecę. Pozwoli to farmaceutom identyfikować osoby objęte opieką farmaceutyczną, zaś pacjentom korzystać z profesjonalnej i kompleksowej opieki w aptekach oraz oferty handlowej”.

Na stronie internetowej www.[...] znajduje się pod aktualną datą informacja, że w dniu [...] „właśnie ukazał się kolejny, już [...], wiosenny numer [...]”, wydawany w ramach «[...]» jako jego część obok „[...]”.

Natomiast na stronie internetowej www.[...] obecnie znajduje się informacja, że „rejestracja **nowych** kart **chwilowo** niedostępna” w «[...]».

Z kolei [...] – jedyny właściciel [...] S.A. - aktualnie na stronie internetowej www.[...], informując o Zwyczajnym Walnym Zgromadzeniu [...] S.A. w dniu [...], zawiadamia wyraźnie, że prowadzony od 3 lat «[...]» nadal służy seniorom i „dziś już ponad 1,3 mln osób [...] może korzystać ze specjalnej oferty cenowej”. Znaleźć tam można także narzekanie na „kuriozalny zakaz reklamy aptek” w kontekście zapowiedzi „dalszego rozwoju internetowego portalu [...] www.[...] i aplikacji mobilnej umożliwiającej [...]”.

[...] S.A. w [...], ul. [...] (której jedynym akcjonariuszem jest [...] S.A. w [...], ul. [...]) na swojej stronie internetowej www[...] jeszcze obecnie (w dniu [...]) ma umieszczony artykuł pt. „[...]”, w którym nakłania podmioty prowadzące apteki do kontaktu z najbliższą hurtownią, gdzie doradca pomoże w przystąpieniu do „[...]”.

Oferowane tam „dostępne narzędzia tego programu” to: „karta [...], apteka [...], program promocji [...], program promocji [...], karty dofinansowujące, oferty rabatowe, magazyn dla pacjentów, portal [...], ogólnopolska reklama telewizyjna, rozpoznawalne logo, **zakup leków poprzez [...], dostęp do cyklicznych szkoleń**”. Po przystąpieniu do programu, **apteka będzie się logować do systemu.**

[.] S.A. w [...] informuje, że specjalne terminale z czytnikami kart [...] są już w ponad [...] aptek w całym kraju.

W tych okolicznościach należało uznać, że:

- 1) nie została rozwiązana ani aneksowana umowa Strony z [...] S.A. w [...] o współpracy w zakresie prowadzenia reklamy Apteki w ramach „[...]”, który jest nadal realizowany poprzez portal internetowy prowadzony przez [...] Sp. z o.o. w [...];
- 2) nie nastąpiła rezygnacja przez Stronę z „[...]” w stosunku do dotychczasowych pacjentów, a jedynie chwilowo i tylko prawdopodobnie, nie wydaje się w Aptece (można je zamówić telefonicznie w „[...]” S.A. w [...]) nowych „kart [...]”, które nadal są realizowane w Aptece z uwzględnieniem automatycznie naliczanych rabatów; Strona bowiem dwukrotnie przedłożyła tylko dla pozorów dwa nieprawdziwe oświadczenia o rezygnacji z programu;
- 3) Strona umyślnie przemilczała, że od czasu kontroli Apteki w dniu [...] r. nie zrezygnowała z „kart [...]” i nadal realizuje „[...]”.

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.