

Rzeszów, dnia 8 stycznia 2014 r.

FARZ-DA.8523.44.2013

## **DECYZJA**

Na podstawie art. 94a ust. 2 i 3 oraz art. 129b ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271, z późn. zm.), dalej zwanej: „**P.f.**”, oraz art. 104 i art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267), zwanej dalej: „**K.p.a.**”, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. j. w [...], nr KRS [...], mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych, reklamy apteki [...] w [...], ul. [...], w związku z wynikami kontroli planowej przeprowadzonej przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie, podczas której stwierdzono nieprawidłowości (opisane w punkcie XVI protokołu znak [...] z dnia [...] r. i w załączniku nr 8 do protokołu) dotyczące naruszenia art. 94a P.f.

### **PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY**

- 1) umarza postępowanie w sprawie nakazu zaprzestania prowadzenia przez [...] Sp. j. w [...] reklamy apteki [...] w [...], ul. [...];
- 2) nakłada na [...] Sp. j. w [...] karę pieniężną w kwocie 1000,00 zł (słownie: jeden tysiąc złotych), którą należy wpłacić na rachunek bankowy Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie w NBP O/Okr. Rzeszów nr 24 1010 1528 0007 8122 3100 0000 w terminie 7 dni od dnia, w którym niniejsza decyzja stanie się ostateczna.

### **UZASADNIENIE**

1.

Stan faktyczny w niniejszej sprawie przedstawia się następująco:

W dniu 4 września 2013 r. przeprowadzona została przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie kontrola planowa apteki [...] w [...], ul. [...] (dalej zwanej: „**Apteką**”), prowadzonej przez [...] Sp. j. w [...] (zwaną dalej „**Stroną**”), podczas której stwierdzono nieprawidłowości dotyczące naruszenia art. 94a P.f.

W punkcie XVI protokołu kontroli [...] z dnia [...] i w załączniku nr 8 do protokołu uprawnieni inspektorzy farmaceutyczni ujawnili, co następuje:

„Podczas kontroli stwierdzono, że na szybach dziennych widnieje oznaczenie w postaci naklejek: [...] (wykonano dokumentację fotograficzną – 4 zdjęcia w załączeniu. Kierownik apteki udostępnił umowę o współpracy w ramach programu [...] (kserokopia w załączeniu). W aptece znajdują się gazetki reklamowe [...] (w załączeniu gazetka). Podczas kontroli oznaczenia na szybach zostały usunięte (dokumentacja fotograficzna w załączeniu

- 3 zdjęcia). Kierownik apteki przeprowadził rozmowę telefoniczną z przedstawicielem hurtowni farmaceutycznej [...] p. D.P. w obecności pracowników WIF Rzeszów Delegatura w Przemysłu o natychmiastowym rozwiązaniu umowy o współpracy w ramach programu [...].

W dniu 9 września 2013 r. Podkarpacki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Rzeszowie (dalej zwany „PWIF” lub „Organem”) otrzymał pismo Delegatury WIF w Przemysłu, przy którym przesłano protokół kontroli, wraz z informacją, że do Delegatury w dniu 5 września 2013 r. dostarczono pismo o wypowiedzeniu umowy o współpracy w ramach programu [...] (w załączeniu przesłano kopię faksu pisma, w którym uprawdopodobniono wypowiedzenie umowy na podstawie jej § 4 ust. 2, tj. z zachowaniem miesięcznego terminu wypowiedzenia).

## 2.

Pismem z dnia 9 października 2013 r., doręczonym w dniu 11 października 2013 r., PWIF zawiadomił Stronę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez nią, mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych, reklamy Apteki.

Organ poinformował Stronę, że zgodnie z treścią art. 94a ust. 1 P.f., całkowicie zabroniona jest reklama aptek oraz ich działalności; nie stanowi reklamy tylko informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki.

Organ pouczył Stronę, że ukształtowane jest już jednolicie obfite orzecznictwo w sprawach prowadzenia reklamy mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych 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 – np. wyroki WSA w Warszawie: z dnia 10 grudnia 2012 r., VI SA/Wa 1756/12; z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12; z dnia 25 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 2463/12; z dnia 5 marca 2013 r., VI SA/Wa 2618/12; z dnia 15 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 2617/12; z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 315/13 i z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 - wszystkie w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych: [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

W związku z powyższym Organ wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że prowadzenie Apteki przez Stronę ma wyłącznie formy prawnie dozwolone i że nie jest prowadzona zabroniona reklama Apteki lub jej działalności w jakiegokolwiek formie, w tym także przy pomocy przedsiębiorców zajmujących się reklamą i promocją na zlecenie.

Poinformowano Stronę o treści art. 10, art. 35 § 3 i 5, art. 41 i art. 73 K.p.a.

W tym samym dniu PWIF postanowił włączyć do akt sprawy następujący materiał dowodowy:

Protokół [...] z dnia [...] r. i załączniki nr 8 do protokołu:

- 1) oświadczenie kierownika apteki, L.R.;
- 2) gazetka reklamowe [...];
- 3) dokumentacja fotograficzna – 4 zdjęcia naklejek: [...] na szybach dziennych apteki;
- 4) dowody usunięcia naklejek ad 3 (dokumentacja fotograficzna w załączeniu – 3 zdjęcia);
- 5) kopia umowy o współpracy w ramach programu [...].

Odpis postanowienia przesłano Stronie i poinformowano, że na podstawie art. 124 § 2 K.p.a. odstąpiono od uzasadnienia postanowienia ze względu na fakt, że zgodnie z art. 141 § 1 i art. 127 § 1 w związku z art. 144 K.p.a., od postanowienia nie przysługuje zażalenie.

## 3.

Strona pismem z dnia 18 października 2013 r. poinformowała PWIF, że:

- 1) uczestnictwo w programie [...] organizowanym przez [...] Sp. z o.o. w [...] (dalej zwaną: [...]) nie wiąże się z żadną działalnością reklamową w świetle art. 94a P.f.;
- 2) umowa o uczestnictwo w programie [...] pomiędzy Stroną a [...] Sp. z o.o. dotyczy wyłącznie stron umowy i zasadniczo warunków nabywania towaru przez Aptekę od hurtowni farmaceutycznej (prowadzonej przez [...]);
- 3) stowarzyszenie [...] jest odrębnym od [...] Sp. z o.o. podmiotem prawa; materiały [...] są dostępne, zgodnie z regulacją art. 2a ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o izbach aptekarskich, przy czym Apteka nie dystrybuuje jakichkolwiek materiałów zawierających jakiegokolwiek odniesienia do cen produktów;
- 4) celem ekspozycji loga [...] jest informowanie o działalności tego stowarzyszenia;

Równocześnie Strona wniosła o wydłużenie o 14 dni terminu na przedstawienie wniosków dowodowych i uzupełnienie wyjaśnień.

#### 4.

Mając na względzie przepisy art. 9 i art. 10 § 1 K.p.a., zobowiązujące organ 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 nieznamośności prawa i w tym celu do udzielania jej niezbędnych wyjaśnień i wskazówek, a ponadto celem zapewnienia Stronie czynnego udziału w każdym stadium postępowania, pismem z dnia 21 listopada 2013 r., doręczonym w dniu 25 listopada 2013 r. PWIF poinformował Stronę, że nie jest – wbrew twierdzeniu Strony w piśmie z dnia 18 października 2013 r. - prawdą, że uczestnictwo w programie [...] organizowanym przez [...] Sp. z o.o. w [...] (dalej zwaną: [...]) nie wiąże się z żadną działalnością reklamową w świetle art. 94a P.f.

Organ przypomniał Stronie, że uprawnieni inspektorzy farmaceutyczni ujawnili w protokole kontroli (Strona posiada jego egzemplarz), co następuje: „Podczas kontroli stwierdzono, że na szybach dziennych widnieje oznaczenie w postaci naklejek: [...]. W aptece znajdują się gazetki reklamowe [...]. Podczas kontroli oznaczenia na szybach zostały usunięte. Kierownik apteki przeprowadził rozmowę telefoniczną z przedstawicielem hurtowni farmaceutycznej [...] p. D.P. w obecności pracowników WIF Rzeszów Delegatura w Przemyślu o natychmiastowym rozwiązaniu umowy o współpracy w ramach programu [...].

Organ przypomniał Stronie, że w dniu kontroli, tj. [...] r., Strona przesłała do delegatury Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Przemyślu faks, będący kopią rzekomego pisma adresowanego do [...], w którym uprawdopodobniono wypowiedzenie umowy z dnia 29 grudnia 2011 r. o współpracy w ramach programu [...] na podstawie jej § 4 ust. 2, tj. z zachowaniem miesięcznego terminu wypowiedzenia.

Gdyby Strona uważała podczas kontroli tak samo jak w późniejszym piśmie z dnia 18 października 2013 r., że uczestnictwo w programie [...] organizowanym przez [...] nie wiąże się z żadną działalnością reklamową w świetle art. 94a P.f., to zapewne nie wypowiedziała by w dniu kontroli, tj. [...] r., umowy z dnia 29 grudnia 2011 r. o współpracy w ramach programu [...].

Zdaniem Organu, program [...] de facto prowadzi [...] w [...], m.in. poprzez pośredników w rodzaju [...] Sp. z o.o. (mającego ten sam adres siedziby jak stowarzyszenie).

PWIF zacytował Stronie wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 sierpnia 2013 r., VI SA/Wa 1660/13 ([www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)).

„Za reklamę działalności apteki można uznać działalność polegającą na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w danej aptece poprzez program kierowany do klientów, który dla jego uczestników przewiduje 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”.

Nie jest prawdą, zdaniem PWIF – wbrew twierdzeniu Strony w piśmie z dnia 18 października 2013 r. - że umowa o uczestnictwo w programie [...] pomiędzy Stroną a [...] Sp. z o.o. dotyczy wyłącznie stron umowy i „zasadniczo” warunków nabywania towaru przez Aptekę od hurtowni farmaceutycznej prowadzonej przez [...] Sp. z o.o.

Umowa o uczestnictwo w programie [...] pomiędzy Stroną a [...] Sp. z o.o. dotyczy bowiem głównie „warunków i zasad sprzedaży produktów leczniczych, materiałów medycznych, kosmetyków i środków żywienia specjalnego oraz suplementów diety objętych programem [...] (zob. § 1 ust. 1 umowy), a ponadto zawiera w § 3 w pkt II [...], którym Strona powinna wnikliwie jeszcze raz się przyjrzeć w aspekcie reklamy działalności apteki, np. ppkt 4, 5 i 11-13.

Nie jest też prawdą, zdaniem Organu – wbrew twierdzeniu Strony w piśmie z dnia 18 października 2013 r. - że materiały [...] są dostępne, zgodnie z regulacją art. 2a ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o izbach aptekarskich, przy czym Apteka nie dystrybuuje jakichkolwiek materiałów zawierających jakiekolwiek odniesienia do cen produktów.

Wg PWIF, jest prawdą tylko to, że [...] jest odrębnym od [...] Sp. z o.o. podmiotem prawa, co nie zmienia meritum sprawy.

Organ zwrócił Stronie uwagę na wyrok z dnia 2 października 2007 r., sygn. akt II CSK 289/07 (Lex nr 307127), w którym Sąd Najwyższy podkreślił:

"Powszechnie przyjmuje się, że reklamą są wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierają w sobie elementów ocennych 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".

Organ zwrócił też Stronie uwagę na treść przepisu art. 86 P.f.

PWIF zauważył, że nie jest – wbrew twierdzeniu Strony w piśmie z dnia 18 października 2013 r. - prawdą, że celem ekspozycji loga [...] jest tylko informowanie o działalności tego stowarzyszenia.

Gdyby rzeczywiście tak Strona uważała, to podczas kontroli w dniu [...] r. nie zostałyby usunięte wszystkie oznaczenia loga [...] na szybach Apteki.

Organ zaprzeczył takiemu twierdzeniu. Jego zdaniem, uczestnictwo prowadzonej przez Stronę apteki ogólnodostępnej w programie [...] jest komunikowane publicznie.

Poprzez prasę, Internet i materiały informacyjne (w tym plakaty i ulotki) program ten trafia do nieokreślonego kręgu potencjalnych klientów apteki, co niewątpliwie ma na celu zwiększenie obrotu apteki biorącej w nim udział.

Wobec kategoriycznego brzmienia przepisu art. 94a P.f. oraz literalnej wykładni jego treści, pogląd Strony, iż nie każdy rodzaj zachęcania do nabywania leków w aptece jest reklamą apteki, nie jest więc trafny.

Program [...] jako program lojalnościowy jest jedną z form reklamy.

W piśmie z dnia 21 listopada 2013 r. PWIF poinformował Stronę, że należy także odnieść się do wydarzenia, że w dniu kontroli, tj. w dniu [...] r., Strona przesłała do delegatury Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Przemyślu faks, będący kopią rzekomego pisma adresowanego do [...] Sp. z o.o., w którym tylko uprawdopodobniono, a nie udowodniono wypowiedzenia umowy z dnia 29 grudnia 2011 r. o współpracy w ramach programu [...] na podstawie jej § 4 ust. 2, tj. z zachowaniem miesięcznego terminu wypowiedzenia).

Organ pouczył Stronę o treści art.75 § 1, art. 76a § 2 i 3 oraz art. 77 § 1 K.p.a.

Poinformował o treści postanowienia SN 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) dot. istoty odpisu pisma w odróżnieniu od jego oryginału; wskazał wyrok NSA z dnia 6 października 2010 r., II OSK 1508/09 (LEX nr 746596) definiujący uwierzytelnienie dokumentu;

Organ wytłumaczył Stronie, że kopie dokumentu są uznawane za dowód wyłącznie wtedy, gdy są one uwierzytelnione i wskazał ważniejsze orzecznictwo sądowe w tych sprawach.

Tym samym „niepoświadczony urzędowo kserokopie dokumentów nie mogą stanowić dowodu na to, co jest w nich zapisane” (wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 maja 2011 r., II SA/Wa 425/11, LEX nr 1153601).

PWIF powiadomił Stronę, że organ prowadzący postępowanie może wystąpić o doręczenie mu oryginału dokumentu, który znajduje się w aktach innego podmiotu, gdy uzna za konieczne przejrzanie oryginału dokumentu. Organ ten może także zwrócić się do strony, która składa odpis lub wyciąg dokumentu, z żądaniem przedłożenia dokumentu, gdy jest to uzasadnione okolicznościami sprawy (zob. art. 77 § 4 K.p.a.).

Informując o powyższym, zawiadomiono Stronę, iż przesłany do delegatury Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Przemyślu faks, będący kopią rzekomego pisma adresowanego do [...] Sp. z o.o., w którym uprawdopodobniono wypowiedzenie umowy z dnia 29 grudnia 2011 r. o współpracy w ramach programu [...] na podstawie jej § 4 ust. 2, nie stanowi dowodu, że wypowiedzenie zostało wysłane i skutecznie doręczone do siedziby [...] Sp. z o.o..

Na koniec, odnosząc się do wniosku Strony z dnia 18 października 2013 r. o wydłużenie o 14 dni terminu na przedstawienie wniosków dowodowych i uzupełnienie wyjaśnień, PWIF podniósł, że wystarczy tylko zauważyć, w jakim dniu sporządzono pismo Organu (21 listopada 2013 r.), bowiem aż do tego dnia Strona nie przedstawiła żadnych wniosków dowodowych ani nie uzupełniła wyjaśnień.

W związku z powyższym, PWIF ponownie wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że prowadzenie Apteki przez Stronę ma wyłącznie formy prawnie dozwolone i że nie jest prowadzona zabroniona reklama Apteki lub jej działalności w jakiegokolwiek formie, w tym także przy pomocy przedsiębiorców zajmujących się reklamą i promocją na zlecenie.

W szczególności należało złożyć w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma Organu, informacji:

- 1) czy systemy komputerowe w Aptece mają zainstalowany program umożliwiający pacjentom posiadającym Kartę Uczestnika programu lojalnościowego naliczanie punktów za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów;
- 2) czy pracownicy Apteki rozprowadzają Karty Uczestnika Programu;
- 3) który z podmiotów uczestniczących w programie lojalnościowym finansuje

wydawanie kart i broszur oraz wydaje produkty po obniżonych cenach i pokrywa różnicę pomiędzy ceną detaliczną a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta.

Ponadto należało złożyć dowody wykazujące zaprzestanie udziału Apteki w programie lojalnościowym, a w szczególności uwierzytelnione przez uprawnionych przedstawicieli Spółki:

- 1) dowody usunięcia logo programu [...] z wszelkich miejsc publicznych, w których były zamieszczone;
- 2) dowody anulowania kart rabatowych używanych w tym programie;
- 3) dowody wypowiedzenia (rozwiązania) umowy z dnia 29 grudnia 2011 r. o współpracy w ramach programu [...] dot. uczestnictwa Apteki w tym programie;
- 4) dowody nadania (doręczenia) wypowiedzenia (rozwiązania) „umowy o współpracy” do siedziby [...] Sp. z o.o. dot. uczestnictwa Apteki w tym programie.

Równocześnie Organ poprosił o rozważenie złożenia przez prawidłowo umocowanych przedstawicieli Spółki oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej, dot. wszystkich lub niektórych dowodów określonych wyżej w pkt 1-4 (w przypadku trudności z ich przedstawieniem), 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, co następuje: ... (tu treść oświadczenia)”.

Zgodnie bowiem 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.

Oświadczenie stron postępowania jest środkiem dowodowym, który podlega ocenie przez organ administracji publicznej na zasadach i w trybie przewidzianych w przepisach K.p.a., 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 jednak poprzestać tylko na odebraniu od strony oświadczenia, jeżeli to oświadczenie nie budzi w ocenie organu wątpliwości co do jego zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

5.

Pismem z dnia 2 grudnia 2013 r., otrzymanym przez Organ w dniu 4 grudnia 2013 r., Strona poinformowała, co następuje:

Apteka nie wykorzystuje ani nigdy nie wykorzystywała żadnych kart związanych z obsługą pacjenta. Apteka posiada oprogramowanie firmy [...]. Strona ani jej pracownicy nie rozprowadzają żadnych „Kart uczestnika programu”. Strona samodzielnie określa ceny sprzedawanych produktów i ponosi koszty ich zakupu. Apteka nie jest oklejona informacjami o programie [...].

W załączeniu do pisma Strona przesłała uwierzytelnioną przez prokurenta Strony kopię wypowiedzenia w dniu 4 września 2013 r. umowy ze [...] Sp. z o.o. z dnia 29 grudnia 2011 r. - wraz z potwierdzeniem wpływu pisma do kontrahenta.

6.

Pismem z dnia 10 grudnia 2013 r. PWIF zawiadomił Stronę, że zakończył postępowanie wyjaśniające oraz dowodowe w sprawie prowadzenia przez Stronę reklamy Apteki i naruszenia art. 94a ust. 1 P.f.

Organ pouczył Stronę, że zgodnie z art. 10 § 1 K.p.a., Stronie przysługuje przed wydaniem decyzji prawo do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz

zgłoszonych żądań, a akta sprawy są dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w Rzeszowie, ul. Warszawska 12a, w dni robocze w godzinach pracy urzędu, po wcześniejszym uzgodnieniu terminu.

Wskazano Stronie jej uprawnienia wynikające z art. 73 K.p.a. 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 przysługujących jej uprawnień.

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

#### **I.**

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

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

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

W 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 z późn. zm.).

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 zawierają w sobie elementów oceniających ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna. Przy rozróżnieniu informacji od reklamy trzeba mieć na względzie, że podstawowym wyznacznikiem przekazu reklamowego jest nie tylko mniej lub bardziej wyraźna zachęta do kupna towaru, ale i faktyczne intencje podmiotu dokonującego przekazu oraz odbiór przekazu przez podmioty, do których jest kierowany. Wypowiedź jest reklamą, gdy nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru - taki cel przyświeca nadawcy wypowiedzi i tak odbiera ją przeciętny odbiorca, do którego została skierowana. Wszelkie promocje, w tym cenowe, są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje. Nie są natomiast reklamą m.in. listy cenowe, które zawierają jedynie informację o cenach towarów lub usług i są publikowane wyłącznie po to, by podać do publicznej wiadomości ceny określonych produktów” (wyrok SN z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07, LEX nr 307127; Monitor Prawniczy 2007, Nr 20, poz. 1116).

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

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

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

PWIF w niniejszej sprawie podziela zatem pogląd, zawarty w wyroku WSA w Warszawie z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12 ([www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)), oraz utrwalone przekonanie, aktualne na gruncie art. 94a P.f. - zawarte w wyrokach WSA w Warszawie zapadłych jeszcze w poprzednim stanie prawnym: z dnia 17 grudnia 2007 r., VII SA/Wa 1707/07 (LEX nr 496346); z dnia 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07 (LEX nr 477210); z dnia 14 maja 2008 r., VII SA/Wa 2215/07 (LEX nr 493718); z dnia 20 września 2010 r., VI SA/Wa 838/10 (LEX nr 759762) - że za reklamę działalności apteki należy uznać każde działanie, skierowane do publicznej wiadomości, niezależnie od sposobu i metody jego przeprowadzenia oraz środków użytych do jego realizacji, jeżeli jego celem

jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych oferowanych w danej aptece.

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

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

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

Świadczy o tym – obecnie już jednolite na gruncie nowych regulacji - orzecznictwo sądów administracyjnych, ale też zmieniające się w jednym kierunku poglądy przedstawicieli nauki i praktyków z wolnych zawodów prawniczych, ukształtowane w sprawach prowadzenia przez podmioty prowadzące apteki lub przez przedsiębiorców zajmujących się reklamą i promocją na zlecenie podmiotów prowadzących apteki tzw. programów lojalnościowych, a także w sprawach nakazu zaprzestania prowadzenia niezgodnej z przepisami reklamy i nałożenia **kary pieniężnej** - por. wyroki WSA w Warszawie: z dnia 10 grudnia 2012 r., VI SA/Wa 1756/12; z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12; z dnia 25 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 2463/12; z dnia 5 marca 2013 r., VI SA/Wa 2618/12; z dnia 15 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 2617/12; z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 315/13 i z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 - wszystkie w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych: [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

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

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

Komentatorzy zasady zakazu reklamy aptek i ich działalności (zob. np. M.K. Komentarz do art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne. SIP LEX. stan prawny: 1.07.2009) stwierdzają m.in.:

„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

obiecowały pacjentom za realizację recepty atrakcyjne rabaty lub prezenty (M.J., *Koniec reklamowania aptek*, Dziennik z dnia 16 lutego 2007 r.)”.

Charakterystyczny obecnie dla poglądów doktryny jest natomiast pogląd następujący:

„Artykuł 94a ustawy Prawo farmaceutyczne dotyczący reklamy działalności aptek nie zawiera żadnego wyłączenia, a zatem nie wymienia katalogu działań, które nie stanowiłyby reklamy działalności aptek, tak jak to uczyniono w przypadku reklamy produktu leczniczego oraz nie odsyła w żadnym zakresie do tych regulacji przewidujących takie wyłączenia w odniesieniu do działalności reklamowej produktów leczniczych. Tym samym nawet jeśli uzna się, iż określona działalność nie stanowi reklamy produktów leczniczych np. ze względu na jedynie informacyjny charakter przekazu, nie wyklucza to zakwalifikowania jej jako spełniającej cechy reklamy działalności apteki” (A. Rabięga-Przyłęcka. Glosa do wyroku WSA z dnia 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07, LEX/el. 2011, Teza 5).

## II.

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

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

Jeżeli zatem PWIF uzyskał informację, że Strona prowadzi niedozwoloną reklamę Apteki, to obowiązkiem organu nadzoru farmaceutycznego było wszczęcie i przeprowadzenie postępowania administracyjnego w zakresie ustalonych naruszeń prawa.

Przedmiotem niniejszego postępowania było publiczne reklamowanie [...].

Podczas kontroli Apteki w dniu 4 września 2013 r. stwierdzono, że na szybach dziennych widnieje oznaczenie w postaci naklejek: [...].

Kierownik Apteki udostępnił umowę o współpracy w ramach programu [...].

W dniu kontroli w Aptecce znajdowały się gazetki reklamowe [...].

W toku postępowania administracyjnego PWIF uznał ponad wszelką wątpliwość, że Strona prowadziła do dnia kontroli reklamę działalności Apteki w sposób naruszający dyspozycję przepisu art. 94a ust. 1 P.f.

Już podczas kontroli oznaczenia na szybach zostały usunięte, a kierownik Apteki przeprowadził rozmowę telefoniczną z przedstawicielem hurtowni farmaceutycznej [...] w obecności pracowników WIF Rzeszów Delegatura w Przemysłu o natychmiastowym rozwiązaniu umowy o współpracy w ramach programu [...].

## III.

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 ustawa Prawo farmaceutyczne 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 grudnia 2011 r., ale nadal nie tracącym na aktualności:

- 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),
- „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),
- „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),
- „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 dnia 1 lutego 2008 r. sygn. akt 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 żywnościowego 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 (z wyjątkiem adresu i godzin pracy), w przeciwieństwie do definicji reklamy produktu leczniczego o jakim mowa w art. 52 ustawy.

#### IV.

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 Apteki jest zatem zobowiązany nałożyć, na przedsiębiorcę naruszającego powołany przepis, stosowną karę pieniężną.

Organ w ramach prowadzonego postępowania stwierdził, że umieszczenie na szybach dziennych oznaczenia w postaci naklejek: [...] oraz udostępnianie w aptecce gazetek reklamowych [...], stanowiło niedozwoloną reklamę działalności Apteki.

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

- Strona nie była uprzednio karana przez PWIF za naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. w zakresie reklamy aptek zlokalizowanych na obszarze Województwa Podkarpackiego,
  - 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,
  - reklama działalności Apteki była czasowa (do dnia 4 września 2013 r.) i dotyczyła tylko jednej apteki z Podkarpacia,
  - PWIF dwukrotnie informował drogą elektroniczną wszystkich przedsiębiorców prowadzących apteki na terenie województwa podkarpackiego o zakazie, poczynając 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.,
  - umieszczono komunikaty na stronach internetowych w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu pod adresem [www.rzeszow.wif.gov.pl](http://www.rzeszow.wif.gov.pl),
- nałożona w wysokości 1000,00 zł kara pieniężna, wynosząca tylko 2% maksymalnego ustawowego wymiaru kary, jest adekwatna do okoliczności i czasu prowadzenia reklamy działalności Apteki.

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.

#### V.

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

Jednak jeżeli w dacie wydania decyzji organ stwierdzi, że reklama działalności Apteki nie jest już prowadzona, nie może na podstawie art. 94a ust. 3 i 4 P.f. nakazać Stronie, w drodze decyzji wyposażonej w rygor natychmiastowej wykonalności, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy z powodu stwierdzenia naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 P.f.

Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 25 marca 2009 r. sygn. akt II GSK 834/08 ([www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)) orzekł, że sankcja taka nie może być stosowana do reklamy, która nie jest już prowadzona w dacie wydania decyzji administracyjnej. Podobnie orzekł wcześniej w wyroku z 8 sierpnia 2008 r. sygn. akt II GSK 287/08 ([www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)).

Zgodnie z art. 105 § 1 K.p.a. organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania, jeżeli postępowanie to z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe.

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 postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, w szczególności 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. sygn. akt V SA 381/01 - [www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)).

W związku z powyższym, biorąc pod uwagę fakt, iż: oznaczenie w postaci naklejek: [...] usunięto z szyb dziennych Apteki natychmiast po ich zakwestionowaniu; natychmiast usunięto z lokalu Apteki gazetki reklamowe [...]; kierownik Apteki udostępnił umowę o współpracy w ramach programu [...]; kierownik Apteki telefonicznie zawiadomił przedstawiciela hurtowni farmaceutycznej [...] o natychmiastowym rozwiązaniu umowy o współpracy w ramach programu [...] - sprawa reklamy w dacie wydania decyzji jest

nieaktualna, a Organ uznał, że dalsze prowadzenie postępowania stało się bezprzedmiotowe i koniecznym stało się jego umorzenie na podstawie art. 105 § 1 K.p.a.

Biorąc powyższe pod uwagę postanowiłam jak w petitum decyzji.

### **POUCZENIE**

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

otrzymują:

- 1) Adresat - za potwierdzeniem odbioru
- 2) aa.