

**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

Rzeszów, dnia maja 2014 r.

FARZ-DA.8523.49.2013

[...] **Sp. z o.o.**
ul. [...] W.

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 i art. 151 § 1 pkt 2 w zw. z art. 145 § 1 pkt 5 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 W. (nr NIP [...]), mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych, reklamy Apteki „[...]” w S., ul. [...], naruszającej art. 94a P.f.,

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- 1) uchyla swoją ostateczną decyzję z dnia [...] r. znak [...] umarzającą jako bezprzedmiotowe postępowanie administracyjne w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w W., mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych, reklamy Apteki „[...]” w S., ul. [...], poprzez wykorzystanie kart rabatowych wydawanych przez „[...]” S.A.;
- 2) nakazuje zaprzestania prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w W. reklamy Apteki „[...]” w S., ul. [...], oraz jej działalności, polegającej na uczestnictwie tej apteki w lojalnościowym „Programie [...]” oraz na wykorzystaniu kart rabatowych „Programu [...]” organizowanego przez [...] S.A.;
- 3) decyzji w pkt. 2 nadaje rygor natychmiastowej wykonalności;
- 4) nakłada na [...] Sp. z o.o. w W. karę pieniężną w kwocie [...] zł (słownie: [...]), którą należy wpłacić na rachunek bankowy Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w [...] O/Okr. R. nr [...] w terminie 7 dni od dnia, w którym niniejsza decyzja stanie się ostateczna.

UZASADNIENIE

A.

Stan faktyczny w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w W. (dalej zwanej „**Spółką**” lub „**Stroną**”), prowadzącej Aptekę „[...]” w S., ul. [...] (dalej zwaną: „**Apteką**”), reklamy tej apteki oraz jej działalności, przedstawiał się następująco:

Podkarpacki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w R. (zwany dalej: „**PWIF**” lub „**Organem**”) uzyskał w dniu [...] r. od grupy aptekarzy [...] pisemną informację, że w Aptece prowadzonej przez Stronę sprzedawane są produkty lecznicze przy wykorzystaniu kart rabatowych „Programu [...]”.

Do pisma załączone były paragony fiskalne z Apteki, dokumentujące podane fakty,

a także wskazujące „[...]” jako podmiot dofinansowujący zakupy produktów leczniczych.

Udział apteki w programie lojalnościowym był przedmiotem postępowania prowadzonego przez PWIF w sprawie znak [...].

Pismem z dnia [...] r., doręczonym w dniu [...] r., została Spółka poinformowana przez Organ o działalności reklamowej Apteki, prowadzonej z wykorzystaniem kart rabatowych – z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień w tej sprawie w terminie 7 dni od dnia doręczenia pisma i z pouczeniem, że po tym terminie zostanie wszczęte postępowanie administracyjne w zakresie ustalonych naruszeń prawa; w załączeniu przesłano kserokopie paragonów fiskalnych z tej apteki.

Pismem otrzymanym przez Organ w dniu [...] r. Spółka poinformowała, że „zarówno Apteka, jak i [...] Spółka z o.o. jako podmiot prowadzący, nie są organizatorem «Programu [...]» i nie są nadawcą korespondencji związanej z tymże programem”.

Spółka przyznała, że „Program [...]” jest programem prowadzonym przez „[...]” S.A. w Ł. przy współpracy z innymi podmiotami, obejmującym skierowaną do osób po 60-tym roku życia specjalną, dostosowaną do potrzeb tej grupy odbiorców ofertę produktów i usług. Oferta ta jest złożona i dotyczy nabywania, na promocyjnych warunkach, w aptekach honorujących legitymację „Programu [...]”, leków nierefundowanych ze środków publicznych (załączono opinię prawną sporządzoną dla „[...]” S.A. w Ł. w dniu [...] r. przez radcę prawnego dr hab. J.L.).

Zawiadomieniem z dnia [...] r. PWIF wszczął z urzędu postępowanie administracyjne znak [...] w sprawie prowadzenia przez Stronę reklamy Apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez wykorzystanie kart rabatowych.

Ponadto PWIF wezwał Stronę do złożenia wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów, świadczących o tym, że Spółka i jej Apteka nie prowadzi akwizycji zakupu wybranych produktów leczniczych we wskazanej Aptece przy wykorzystaniu kart rabatowych.

W piśmie otrzymanym przez PWIF w dniu [...] r. Strona przedstawiła swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie.

Strona stwierdziła, że możliwość nabycia przez uczestników „Programu [...]” produktów leczniczych, nie refundowanych ze środków publicznych, po cenie promocyjnej, mają jedynie uczestnicy „Programu [...]” zarejestrowani już w programie i tylko oni otrzymują materiały dotyczące „Programu [...]”, zatem nie są one dostępne dla osób postronnych.

Spółka uważała, że zgodnie z jej wiedzą, ani na portalu internetowym [...], ani w innych materiałach dostępnych dla uczestników „Programu [...]”, nie są prezentowane żadne produkty lecznicze, które powiązane byłyby z hasłami o charakterze reklamowym i które tym samym można by uznać za reklamowane.

Ponadto – zdaniem Spółki – samo obniżenie ceny leku, czy też zaoferowanie rabatu, bez powiązania tego z żadnym komunikatem publicznym o charakterze reklamowym, mieści się w ramach „praktyk handlowych odnoszących się do cen, marż i rabatów” dozwolonych przez dyrektywę 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi.

W rezultacie, wg Spółki, udzielenie przez Aptekę rabatu przy zakupie produktów przez pacjenta, nie jest reklamą tych produktów.

W toku postępowania administracyjnego PWIF uznał, że nie jest w stanie, ponieważ nie dysponuje żadnymi instrumentami prawnymi, ustalić ponad wszelką wątpliwość, że w dacie wydania decyzji merytorycznej trwa nadal w Aptece sprzedaż leków przy wykorzystaniu kart rabatowych, wsparta reklamą produktu leczniczego polegającą na informowaniu lub zachęcaniu do jego stosowania, mającą na celu zwiększenie liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych.

PWIF stwierdził, że nie może zatem 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.

W związku z powyższym, biorąc pod uwagę fakt, iż sprzedaż przy wykorzystaniu kart rabatowych dotyczyła tylko produktów (leków) nierefundowanych, Organ uznał, że dalsze prowadzenie postępowania stało się bezprzedmiotowe i koniecznym stało się jego umorzenie na podstawie art. 105 § 1 K.p.a.

Decyzją z dnia [...] znak [...] postępowanie zostało umorzone jako bezprzedmiotowe.

PWIF uznał, że jeżeli w dacie wydania decyzji stwierdził, iż reklama działalności Apteki nie jest już prowadzona (a nie dysponował dowodami przeciwnymi), nie może na podstawie art. 94a ust. 3 i 4 P.f. nakazać Stronie zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

Organ uwzględnił wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 sierpnia 2008 r. sygn. akt II GSK 287/08 (www.orzeczenia.nsa.gov.pl) i z dnia 25 marca 2009 r. sygn. akt II GSK 834/08 (www.orzeczenia.nsa.gov.pl), w których ten sąd orzekł, że sankcja taka nie może być stosowana do reklamy, która nie jest już prowadzona w dacie wydania decyzji administracyjnej.

Strona nie odwołała się od decyzji i decyzja stała się ostateczna.

Organ nie rozważał w umorzonym postępowaniu swojego obowiązku prawnego nałożenia na Stronę kary pieniężnej, o której mowa w art. 129b ust. 1, 2 i 4 P.f.

B.

Jak wynikało z ujawnionej później przez PWIF informacji zamieszczonej w Internecie na stronie prowadzonej przez „[...]” S.A. w Ł. ([...]), o czym Organ uzyskał wiadomość już po ostatecznym załatwieniu sprawy decyzją z dnia [...] r. umarzającą postępowanie znak [...], Apteka nadal honoruje [...], a zatem nadal uczestniczy w lojalnościowym „Programie [...]”, stanowiącym, zgodnie z orzecznictwem sądów administracyjnych, niedozwoloną reklamę apteki i jej działalności.

Pismem znak [...] z dnia [...] r. PWIF poprosił Spółkę o udzielenie informacji w sprawie dalszego prowadzenia przez nią, mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych, reklamy Apteki poprzez udział tej apteki w programie lojalnościowym na podstawie umowy o współpracy Strony z jakimkolwiek podmiotem trzecim.

Organ poinformował Stronę, że ukształtowane jest już orzecznictwo 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 - 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.

PWIF pouczył Stronę, że w sprawie zakończonej decyzją ostateczną wznawia się postępowanie, jeżeli wyjdą na jaw istotne dla sprawy nowe okoliczności faktyczne lub nowe dowody istniejące w dniu wydania decyzji, nieznanne organowi, który wydał decyzję. Decyzja ostateczna, na mocy której strona nie nabyła prawa, może też być w każdym czasie uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, który ją wydał, jeżeli przemawia za tym interes społeczny (art. 145 § 1 pkt 5 i art. 154 § 1 K.p.a.).

C.

W dniu [...] r. do PWIF wpłynęło pismo Spółki datowane [...] r., w którym Spółka odniosła się do pisma Organu z dnia [...] r., błędnie określając je jako „zawiadomienie o wszczęciu postępowania” - w sytuacji gdy w rzeczywistości pismo PWIF nie miało takiego

charakteru.

Mogło to wskazywać na fakt, że pismo jest odwzorowaniem identycznego pisma złożonego przez Stronę do akt innej podobnej sprawy prowadzonej przez innego wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego.

Strona podniosła i podkreśliła w swoim piśmie – identycznie jak w złożonym Organowi półtora roku wcześniej, piśmie z dnia [...] r. - że zarówno Apteka, jak i Strona jako podmiot ją prowadzący, „nie są organizatorem «Programu [...]» i nie są nadawcą korespondencji związanej z tymże programem”.

Równocześnie Spółka przyznała, że nadal uczestniczy w „Programie [...]” prowadzonym przez „[...]” S.A. w Ł., a „dokonując sprzedaży określonych produktów, nierefundowanych ze środków publicznych, honoruje uprawnienia uczestników tego programu do korzystania z przypisanych do tych produktów ofert rabatowych”.

Strona w swoim piśmie – identycznie jak półtora roku wcześniej - poinformowała Organ, że „Program [...] jest programem prowadzonym przez spółkę [...] S.A. przy współpracy z innymi podmiotami, obejmującym skierowaną do osób po 60-tym roku życia specjalną, dostosowaną do potrzeb tej grupy odbiorców ofertę produktów i usług. Oferta ta jest złożona i dotyczy nabywania, na promocyjnych warunkach, różnego rodzaju produktów i usług, w tym nabywania w aptekach honorujących legitymację «Programu [...]» leków nierefundowanych ze środków publicznych w promocyjnych cenach”.

Strona nadal uważa, iż „Apteka jest podmiotem uczestniczącym w «Programie [...]» jedynie w tym znaczeniu, że dokonując sprzedaży określonych produktów, nierefundowanych ze środków publicznych, honoruje uprawnienia uczestników tego Programu do skorzystania z przypisanych do tych produktów ofert rabatowych”.

Stronie – jak ponownie stwierdziła, podobnie jak półtora roku wcześniej – „nie jest wiadome aby jakiegokolwiek materiały informujące o Programie, dystrybuowane przez jego organizatorów, zawierały publiczny, skierowany do konsumentów potencjalnie zainteresowanych Programem komunikat o charakterze reklamowym, zachęcający do korzystania z usług prowadzonej przez Spółkę Apteki. Zamieszczane są komunikaty informujące o ofercie, cenach, w tym rabatach, zasadach zamawiania i dostawy, które, w ocenie Strony, nie mają charakteru reklamowego, a wyłącznie informacyjny”.

Strona poinformowała Organ: „Materiały dotyczące «Programu [...]» otrzymują jedynie osoby, które zarejestrowały się już w Programie, zaś w samej korespondencji zawarte są informacje o ofercie Programu, zasadach jego funkcjonowania, a także informacja o lokalizacji aptek, które honorują legitymację Programu [...]”.

Zdaniem Strony, praktyka taka nie jest praktyką niedozwoloną, również w świetle znowelizowanej ustawy – Prawo farmaceutyczne, a fakt, iż działanie takie może wiązać się z poszerzeniem grona klientów Apteki jest zwykłym – w warunkach swobody gospodarczej i uczciwej konkurencji – zjawiskiem handlowym. Obniżenie ceny sprzedawanych produktów jest przejawem strategii marketingowej, która nie jest pod względem definicyjnym tożsama z reklamą.

Strona podkreśliła w swoim piśmie, że forma uczestnictwa Apteki polegająca na obniżeniu ceny sprzedawanych produktów „nie jest poprzedzona przekazem reklamującym Aptekę, zawartym w publicznych, kierowanych do potencjalnych uczestników informacjach o Programie”.

„[...]” prowadzony na portalu [...] przez [...] S.A., jak poinformowała Strona, jedynie informuje pacjentów o ofercie produktów dostępnych do nabycia w aptekach. Jest platformą służącą składaniu przez pacjentów zamówień na produkty lecznicze, wyroby medyczne oraz środki dietetyczne i kosmetyczne, dopuszczone do obrotu na terenie RP i posiadające wszelkie wymagane przepisami prawa zezwolenia i atesty. Informacja o produktach leczniczych wydawanych na receptę pozbawiona jest jakichkolwiek komunikatów, które miałyby skłonić pacjenta do nabycia danego produktu. Aby odebrać produkty lecznicze

wydawane na receptę, pacjent musi przedstawić farmaceutyce ważną receptę wystawioną na te produkty lecznicze.

Sprzedającym zamówione produkty pacjentowi jest, wg Strony, apteka wybrana przez pacjenta, a wydanie leków (i innych produktów) pacjentowi, pobranie należności oraz ujęcie sprzedaży w kasie fiskalnej dokonywane jest bezpośrednio w aptece.

Apteka uczestniczy w Systemie jedynie w ten sposób, że pacjent może ją wskazać jako aptekę, w której chciałby odebrać zamówione produkty.

Apteka jest wtedy o tym informowana, a w rezultacie przygotowana jest – poprzez zakup w hurtowni farmaceutycznej wskazanych przez pacjenta produktów – do wydania mu zamówionych produktów.

Zdaniem Strony, na portalu [...] nie umieszczono na temat Apteki żadnych informacji ani elementów o charakterze reklamowym. Znajduje się tam jedynie informacja o adresie Apteki, czyli dane dozwolone wprost przez przepis art. 94a P.f.

Spółka potwierdziła, że na portalu [...] umieszczono informację o Aptece, ponieważ uczestniczy ona w „[...]” prowadzonym przez „[...]” S.A. w W.

Zauważyła przy tym, iż Główny Inspektor Farmaceutyczny nie uznaje udziału aptek w tym „systemie” za naruszający dyspozycję art. 94a P.f. Na dowód przytoczyła decyzję znak [...] z dnia [...] r.

Do pisma Spółka załączyła kopię tej samej opinii prawnej sporządzonej dla [...] S.A. w Ł. w dniu [...] r. przez radcę prawnego dr hab. J.L., jaką przedłożyła Organowi przy piśmie otrzymanym w dniu [...] r., a ponadto jeszcze dodatkowo opinię adwokatów: prof. dr hab. E.T. i J.A. z dnia [...] r., sporządzoną na zlecenie „[...]” S.A. w W.

D.

Postanowieniem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., PWIF na podstawie art. 145 § 1 pkt 5 i art. 149 § 1 K.p.a. w zw. z art. 94a ust. 1 i 2 P.f. wznowił z urzędu postępowanie administracyjne w sprawie prowadzenia przez Stronę, mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych, reklamy Apteki, zakończone decyzją ostateczną Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w R. znak [...] z dnia [...] r. umarzającą postępowanie w przedmiotowej sprawie.

Organ obszernie przypomniał Stronie przebieg pierwotnego postępowania, opisał szczegółowo wyrażone przez Stronę poglądy oraz stanowisko PWIF.

Organ ponownie – jak w piśmie z dnia [...] r. - poinformował Stronę: że w sprawie zakończonej decyzją ostateczną wznowia się postępowanie, jeżeli wyjdą na jaw istotne dla sprawy nowe okoliczności faktyczne lub nowe dowody istniejące w dniu wydania decyzji, nieznanie organowi, który wydał decyzję; że decyzja ostateczna, na mocy której strona nie nabyła prawa, może też być w każdym czasie uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, który ją wydał, jeżeli przemawia za tym interes społeczny (art. 145 § 1 pkt 5 i art. 154 § 1 K.p.a.).

PWIF stwierdził, że wznowienie postępowania następuje w drodze postanowienia. Postanowienie stanowi podstawę do przeprowadzenia przez właściwy organ postępowania co do przyczyn wznowienia oraz co do rozstrzygnięcia istoty sprawy (art. 149 K.p.a.).

Organem administracji publicznej właściwym w sprawach wymienionych w art. 149 jest organ, który wydał w sprawie decyzję w ostatniej instancji (art. 150 K.p.a.).

Pouczone Stronę, że od postanowienia o wznowieniu postępowania nie przysługuje zażalenie w toku instancji ani skarga do sądu administracyjnego. Strona niezadowolona z treści postanowienia będzie mogła zaskarżyć postanowienie w odwołaniu od decyzji kończącej wznowione postępowanie.

Odnosząc się do - załączonej do pisma Spółki datowanego [...] r. - treści kopii opinii prawnej sporządzonej (dla „[...]” S.A. w Ł. w dniu [...] r.) przez radcę prawnego dr hab. J.L., a także do treści innej załączonej kopii opinii adwokatów: prof. dr hab. E.T. i adwokata J.A. z dnia [...] r. (sporządzonej na zlecenie „[...]” S.A. w W.) – PWIF podniósł,

iż jak wynika z treści uzasadnienia wyroku WSA w Warszawie z dnia 7 sierpnia 2013 r., sygn. akt VI SA/Wa 1660/13 (www.orzeczenia.nsa.gov.pl), Główny Inspektor Farmaceutyczny uważa, a Organ podziela to stanowisko, co następuje:

„W odniesieniu do opinii prawnej opracowanej przez prof. dr hab. E. T. i adw. J. A. w przedmiocie uczestnictwa aptek w «Programie [...]» (...), GIF podniósł, że autorki w swych rozważaniach dokonują w głównej mierze oceny zgodności regulacji dotyczących reklamy aptek zawartych w ustawie - Prawo farmaceutyczne pod względem zgodności z Konstytucją RP oraz unormowaniami zawartymi w prawie Unii Europejskiej. Tymczasem ustawowym zadaniem organów Inspekcji Farmaceutycznej nie jest ocena konstytucyjności lub zgodności z *acquis communautaire* regulacji prawnych, ale nadzór nad przestrzeganiem obowiązującego prawa w zakresie swej ustawowej właściwości. W sytuacji, gdy zajdą określone w przepisach prawa okoliczności, w tym przypadku naruszenie zakazu reklamy apteki, organy Inspekcji Farmaceutycznej mają ustawowy obowiązek przedsięwziąć określone w przepisach prawa działania. Zgodnie z art. 94a ust. 3 pf - jest to wydanie decyzji nakazującej zaprzestanie prowadzenia niedozwolonej reklamy. Zgodnie z treścią art. 129b ust. 1 pf karze pieniężnej w wysokości do 50 000 złotych podlega ten, kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności. Zatem do nałożenia kary wystarczające jest by reklama była prowadzona wbrew przepisom, a nie wbrew decyzji wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego. Nie mamy tutaj zatem do czynienia ze swego rodzaju karą za «recydywę», gdyż kara, o której mowa we wskazanym przepisie może zostać nałożona już za samo naruszenie przepisu art. 94a pf”.

Organ nadzoru farmaceutycznego I instancji stwierdził, że w obecnych okolicznościach sprawy, ponieważ wyszły na jaw istotne dla sprawy nowe okoliczności faktyczne oraz nowe dowody istniejące w dniu wydania decyzji, nieznanie organowi, który wydał decyzję, należało na podstawie art. 145 § 1 pkt 5 i art. 149 § 1 K.p.a. w zw. z art. 94a ust. 1 i 2 P.f. wznowić postępowanie w zakończonej decyzją ostateczną PWIF znak [...] z dnia [...] r. sprawie prowadzenia przez Spółkę reklamy Apteki.

PWIF przyznał, że przyjęta w powyższej decyzji – tylko na podstawie otrzymanych przez PWIF od osób trzecich paragonów fiskalnych - przesłanka bezprzedmiotowości błędnie zakładała, że Spółka dokonała tylko pojedynczych aktów sprzedaży rabatowej, oraz że w dacie wydania decyzji merytorycznej nie była nadal prowadzona w Aptece ciągła sprzedaż leków przy wykorzystaniu kart rabatowych, wsparta reklamą produktu leczniczego polegającą na informowaniu lub zachęcaniu do jego stosowania.

Organ przyznał, że przyjęcie błędnej przesłanki spowodowało niestety podjęcie niezgodnej z prawem decyzji w przedmiocie bezprzedmiotowości postępowania.

Organ poinformował, że bezprzedmiotowość postępowania występuje bowiem tylko 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 zauważył, że decyzję o umorzeniu postępowania organ administracji państwowej wydaje zgodnie z art. 105 § 1 K.p.a. tylko 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.

Na skutek pojawienia się jednak nowych okoliczności: ujawnienie przez Spółkę faktu związania z „[...]” S.A. w W. stałą umową o współpracy z tym przedsiębiorcą oraz z innymi podmiotami powiązanymi z „[...]” S.A. w W., w tym z „[...]” S.A. w Ł.; nowych dowodów prowadzenia przez Spółkę reklamy Apteki (Apteka nadal realizuje karty [...] „Programu [...]”; posiadacz karty „Programu [...]” ma dzięki niej możliwość otrzymania leku pełnopłatnego w obniżonej cenie – postępowanie nie stało się bezprzedmiotowe, a decyzja Organu o jego umorzeniu była co najmniej przedwczesna.

Organ ponownie (wcześniej uczynił to w swoim piśmie z dnia [...] r.) polecił uwadze Strony lekturę orzecznictwa w sprawach prowadzenia przez podmioty prowadzące apteki reklamy aptek poprzez udział w programach lojalnościowych: 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 - www.orzeczenia.nsa.gov.pl.

Wprawdzie, zdaniem PWIF, karty „Programu [...]” nie są wydawane w Aptece, ale pacjent pozyskuje je dzwoniąc na infolinię, której numer zawarty jest w gazecie informacyjnej znajdującej się jednak w Aptece; Apteka wykazana jest w informacji zamieszczonej w Internecie na stronie prowadzonej przez [...] S.A. w Ł. ([...]), ale nie oznacza to, że Strona nie prowadzi reklamy Apteki poprzez uczestnictwo w programie lojalnościowym.

Wg Organu, nie oznacza to również, że w sprawie znak [...] postępowanie administracyjne stało się bezprzedmiotowe, gdyż w dacie rozstrzygnięcia formalnego (proceduralnego) istniały już jednak podstawy prawne i faktyczne do merytorycznego rozpatrzenia sprawy w oparciu o dowody istniejące wprawdzie w dniu wydania decyzji, ale były to dowody nieznanne organowi, który wydał decyzję.

PWIF stwierdził, że ma zatem prawny obowiązek wznowienia i przeprowadzenia dalszego postępowania dotyczącego ewentualnego nakazania Stronie na podstawie art. 94a ust. 3 i 4 P.f., w drodze decyzji wyposażonej w rygor natychmiastowej wykonalności, zaprzestania prowadzenia takiej reklamy z powodu stwierdzenia naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 P.f.

Zaniechanie tego obowiązku powoduje bowiem, że w obrocie prawnym pozostaje decyzja nie odpowiadająca rzeczywistemu stanowi faktycznemu i niezgodna z przepisami prawa.

E.

Postanowieniem z dnia [...] r., doręczonym Stronie, Organ włączył do akt sprawy postępowania administracyjnego, następujący materiał dowodowy:
akta sprawy znak [...], składające się z następujących dokumentów:

- 1) pismo zbiorowe aptekarzy ze S. wraz z 2 paragonami fiskalnymi,
- 2) wezwanie Strony z dnia [...] r. do udzielenia wyjaśnień wraz z potwierdzeniami odbioru przez Stronę i kierownika Apteki,
- 3) odpowiedź Strony z dnia [...] r. wraz z załącznikiem (nie uwierzytelnioną kopią opinii prawnej),
- 4) zawiadomienie Strony z dnia [...] r. o wszczęciu postępowania administracyjnego wraz z potwierdzeniem odbioru,
- 5) odpowiedź Strony z dnia [...] r. na zawiadomienie o wszczęciu postępowania,
- 6) decyzja z dnia [...] r. o umorzeniu postępowania wraz z potwierdzeniem odbioru.

Organ pouczył Stronę, że na podstawie art. 124 § 2 K.p.a. odstąpił 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 przysługiwało zażalenie.

F.

W związku z pismem Strony z dnia [...] r., potwierdzającym uczestnictwo Apteki w „Programie [...]” prowadzonym przez [...] S.A. w Ł. na jej stronie internetowej [...], a także uzasadnieniem potwierdzającym sprzedaż produktów leczniczych nierefundowanych ze środków publicznych w „[...]” prowadzonym przez „[...]” S.A. w W. na portalu [...], a ponadto przywołującym argument Strony, iż Główny Inspektor Farmaceutyczny nie uznaje udziału aptek w tym „systemie” za naruszający dyspozycję art. 94a P.f., czego dowodem miała być decyzja znak [...] z dnia [...] r. - PWIF, po zapoznaniu się z treścią przytoczonej przez Stronę decyzji oraz poprzedzającej ją decyzji uchylonej przez organ odwoławczy (obie

decyzje Organowi udostępnił O. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny na prośbę Organu zawartą w piśmie z dnia [...] r.) - pismem z dnia [...] r. (doręczonym w dniu [...] r.) poinformował Stronę, że jej twierdzenie jest nieprawdziwe o tyle, o ile ma wynikać tylko z przytoczonego przez Stronę orzeczenia.

Twierdzenie Strony ma wątpliwą wartość choćby z tej przyczyny, że Strona z łatwością mogła zapoznać się z treścią decyzji I i II instancji w siedzibie podmiotu, którego dotyczyły te decyzje, a który ma siedzibę pod tym samym adresem jak Strona (na marginesie: adres siedziby Strony w W. jest fikcyjny, skoro adres do doręczeń w Ł., ul. [...], trwale jest inny niż siedziba zarządu Spółki w rozumieniu art. 45 K.p.a. w zw. z art. 41 ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Dz. U. z 2014 r. poz. 121) – zamiast opierać się tylko na plotce.

PWIF podniósł, że Główny Inspektor Farmaceutyczny w konkluzji swojej decyzji znak [...] z dnia [...] r. orzekł bowiem tylko, że „rozpatrując odwołanie od przedmiotowej decyzji, stwierdziwszy naruszenie przepisów proceduralnych zawartych w Kodeksie postępowania administracyjnego, odstąpił od merytorycznego rozpatrzenia odwołania i zgodnie z art. 138 § 2 k.p.a., orzekł jak w sentencji”.

PWIF zauważył ponadto, że w innym miejscu uzasadnienia swojej decyzji Główny Inspektor Farmaceutyczny wypowiedział o wiele ważniejszą wskazówkę dla organu I instancji w tamtej sprawie: że „samo zakazanie umieszczania danych przedmiotowej apteki na wskazanych w decyzji stronach internetowych wydaje się tylko częściowym środkiem, ponieważ nie spowoduje zaprzestania działań wypełniających znamiona zakazanej reklamy (...), a jedynie usunięcie danych apteki ze stron internetowych”, podczas gdy należy „rozważyć możliwość rozbudowania treści decyzji tak aby skutkowałą faktycznym zaprzestaniem prowadzenia reklamy apteki i jej działalności”.

Jest to ważna wskazówka, którą PWIF wziął pod uwagę w toku postępowania w niniejszej sprawie, natomiast Stronie należy się uznanie za podpowiedź tej wskazówki, uprawdopodobnia bowiem przypuszczenie, iż Strona z jakichś przyczyn nie może z własnej inicjatywy zakończyć współpracy w programie lojalnościowym i oczekuje pomocy organu nadzoru farmaceutycznego poprzez stosowne rozstrzygnięcie.

Domniemanie takie Organ wysnuł ze stanowiska Strony w [...] r., wg którego Strona uważała, że zgodnie z jej wiedzą, ani na portalu internetowym [...], ani w innych materiałach dostępnych dla uczestników „[...]”, nie są prezentowane żadne produkty lecznicze, które powiązane byłyby z hasłami o charakterze reklamowym i które tym samym można by uznać za reklamowane.

Wg ówczesnego poglądu Strony, samo obniżenie ceny leku, czy też zaoferowanie rabatu, bez powiązania tego z żadnym komunikatem publicznym o charakterze reklamowym, mieści się w ramach „praktyk handlowych odnoszących się do cen, marż i rabatów” dozwolonych przez dyrektywę 2001/83/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi.

W rezultacie, wg Strony, udzielenie przez Aptekę rabatu przy zakupie produktów przez pacjenta, nie jest reklamą tych produktów – czego Organ nigdzie nie zarzucał, podnosząc jedynie kwestię reklamy Apteki i jej działalności.

Strona, po upływie półtora roku od sporządzenia tamtych dokumentów – zdaniem Organu - może obecnie, jeżeli zechce, zaprezentować już odmienne stanowisko od poprzedniego, zważywszy zwłaszcza na przedstawioną Stronie w piśmie z dnia [...] r. linię orzeczniczą sądów administracyjnych 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.

PWIF w tym okresie dostrzegł również ustabilizowany kierunek orzecznictwa sądowego, w świetle którego obecnie wyszły na jaw istotne dla sprawy nowe okoliczności faktyczne i nowe dowody istniejące jeszcze w dniu wydania decyzji, ale nieznanne wówczas

PWIF jako organowi, który wydał decyzję umarzającą postępowanie w sprawie pod znakiem [...].

Wtedy PWIF uznał, że nie był w stanie, ponieważ nie dysponował żadnymi instrumentami prawnymi, ustalić ponad wszelką wątpliwość, że w dacie wydania decyzji merytorycznej trwała nadal w aptece Strony sprzedaż leków przy wykorzystaniu kart rabatowych, wsparta reklamą produktu leczniczego polegającą na informowaniu lub zachęcaniu do jego stosowania, mającą na celu zwiększenie liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych.

PWIF w oparciu o dokumenty (paragony fiskalne) wziął wtedy pod uwagę fakt, iż sprzedaż przy wykorzystaniu kart rabatowych dotyczyła produktów (leków) nierefundowanych, i uznał, że dalsze prowadzenie postępowania stało się bezprzedmiotowe i koniecznym stało się jego umorzenie na podstawie art. 105 § 1 K.p.a.

Sądy jednak później oceniły w innych podobnych sprawach, że bez znaczenia prawnego pozostaje fakt, że sprzedaż dotyczy produktów leczniczych nierefundowanych i reklama jest niedozwolona także wobec takich leków, podobnie jak bez znaczenia prawnego pozostaje fakt czy reklama prowadzona jest w aptecę - ale istotne jest, iż sprzedaż odbywa się przy wykorzystaniu kart rabatowych, wsparta także reklamą internetową produktu leczniczego polegającą na informowaniu lub zachęcaniu do jego stosowania, mającą na celu zwiększenie liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych.

G.

PWIF w piśmie z dnia [...] r. zarzucił Stronie, że w swoim piśmie z dnia [...] r. powtórzyła stwierdzenie zawarte już w piśmie z dnia [...] r. złożonym Organowi w sprawie znak [...], że wprawdzie Apteka uczestniczy w Programie [...], ale „zarówno Apteka, jak i [...] Spółka z o.o. jako podmiot prowadzący, nie są organizatorem Programu [...] i nie są nadawcą korespondencji związanej z tymże programem”.

Organ zarzucił też Stronie, że uparcie nadal powtarza, iż „Program [...] jest programem prowadzonym przez [...] S.A. w Ł. przy współpracy z innymi podmiotami, a materiały informujące o Programie tylko „są komunikatami informującymi o ofercie, cenach, w tym rabatach, zasadach zamawiania i dostawy, które w ocenie Strony, nie mają charakteru reklamowego, a wyłącznie informacyjny”.

W związku z ujawnieniem przez Stronę faktu związania się do tej pory z „[...]” S.A. stałą umową o współpracy z tym przedsiębiorcą oraz z innymi podmiotami powiązanymi z „[...]” S.A., w tym z „[...]” S.A., realizacji kart [...] „Programu [...]”, która daje możliwość otrzymania leku pełnopłatnego w obniżonej cenie; pacjent pozyskuje kartę „[...]” dzwoniąc na infolinię, Apteka wykazana jest w informacji zamieszczonej w Internecie na stronie prowadzonej przez [...] S.A. w Ł. ([...]), Organ wezwał Stronę do przedłożenia, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania: kopii zawartych przez nią umów o współpracy z „[...]” S.A. w W. (w tym dotyczących platformy internetowej [...]), z „[...]” S.A. w Ł. (w tym dotyczących kart [...] i strony internetowej [...]), oraz z innymi podmiotami powiązanymi z „[...]” S.A., wraz z Regulaminem „Programu [...]”.

Ponadto Strona została zobowiązana do poinformowania PWIF w powyższym terminie:

- 1) kto w Aptecę i w jakim programie komputerowym prowadzi rejestr uprawnionych pacjentów i realizuje karty [...] „Programu [...]” poprzez naliczanie punktów za zakupione w Aptecę produkty lecznicze oraz ich sumowanie i korzystanie z innych upustów i rabatów;
- 2) jakie podmioty finansują wydawanie kart rabatowych oraz wydawanie produktów po obniżonych cenach i pokrywanie różnicy pomiędzy ceną detaliczną a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta.

Należało również odpowiedzieć na pytania:

- a) Wobec twierdzenia Strony, że na portalu [...] umieszczone zostały materiały, które „zachęcają do zakupu” określonych produktów leczniczych, ale nie są powiązane z aptekami, w tym z Apteką prowadzoną przez Stronę - to czy na tym portalu umieszczone zostały dane wszystkich aptek w Polsce, czy tylko wybranych i na jakiej zasadzie.
- b) Skoro Strona twierdziła, że „Internetowy system zamawiania leków” jedynie informuje pacjentów o ofercie produktów dostępnych do nabycia w aptekach, a sprzedającym jest apteka wybrana przez pacjenta - to czy pacjent może wybrać jakąkolwiek dowolną aptekę w Polsce (np. najbliższą miejsca zamieszkania), czy tylko aptekę prowadzoną przez Stronę lub inny podmiot mający zawartą umowę o współpracy z „[...]” S.A. w W. lub z „[...]” S.A. w Ł. albo z innymi podmiotami powiązanymi z tymi przedsiębiorcami.

H.

Dopiero po 3 tygodniach od upływu terminu spełnienia wezwania Organu, w dniu [...] r. wpłynęło pismo Strony datowane [...] r., w którym odpowiedziała na pytania zadane przez PWIF oraz na pytania przez Organ nie zadane.

Może to wskazywać na fakt, że pismo jest odwzorowaniem identycznego pisma złożonego przez Stronę do akt innej podobnej sprawy prowadzonej przez innego wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego (identyczne pisma składają też w innych podobnych sprawach inne podmioty współpracujące z [...] S.A. w Ł. – nie tylko, jak Strona, mające biuro pod tym samym adresem w Ł. przy ul. [...], jak [...] S.A.).

Strona wyjaśniła, że Apteka zaprzestała realizacji kart „Programu [...]” i nie realizuje już żadnych działań związanych z tymi kartami.

Jak stwierdziła Strona - systemy komputerowe w Aptece nie mają zainstalowanego programu umożliwiającego pacjentom posiadającym Kartę [...] programu lojalnościowego naliczanie punktów za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów.

Strona zaprzeczyła, że pracownicy Apteki rozprowadzają Karty [...].

Strona wyjaśniła także, iż wydawanie w programie lojalnościowym kart i broszur finansuje organizator „Programu [...]” (tj. [...] S.A. w Ł.), natomiast Apteka wydaje produkty po obniżonych cenach i pokrywa różnicę pomiędzy ceną detaliczną a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta.

Strona stwierdziła, że nie posiada informacji, czy na portalu [...] zamieszczone zostały dane wszystkich aptek; dane Apteki zostały tam zamieszczone, ponieważ Strona zwróciła się o to do operatora portalu.

Dla Strony istotne jest – jak zauważyła – że portal ten prezentuje „ofertę produktową” Apteki, a Strona nie zajmuje się badaniem ofert innych aptek.

Odnosząc się do wezwania Organu do złożenia dowodów, Strona stwierdziła, że w załączeniu składa oświadczenie z dnia [...] r. o rezygnacji z uczestnictwa w „Programie [...]” z potwierdzeniem odbioru przez organizatora i informacją o wyłączeniu Apteki z uczestnictwa w Programie w dniu [...] r.

I.

Organ pismem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r. poinformował Stronę o zakończeniu postępowania wyjaśniającego i dowodowego we wznowionym z urzędu w dniu [...] r. postępowaniu administracyjnym znak [...] w sprawie prowadzenia przez Stronę, mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych, reklamy Apteki, zakończonym decyzją ostateczną PWIF znak [...] z dnia [...] r. umarzającą postępowanie w przedmiotowej sprawie.

Pouczono 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.

Zawiadomiono Stronę, że akta sprawy były dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w R., ul. [...], w dni robocze w godzinach pracy urzędu, po wcześniejszym uzgodnieniu terminu.

Poinformowano Stronę o treści art. 41 i art. 73 K.p.a.

Strona nie skorzystała z przysługujących jej uprawnień do zapoznania się z aktami sprawy oraz do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

J.

PWIF pismem z dnia [...] r. nawiązał do pisma swojego z dnia [...] r., informującego o zakończeniu postępowania wyjaśniającego i dowodowego w sprawie w związku z zaniechaniem Strony skorzystania z praw przysługujących przed wydaniem decyzji: wglądu w akta sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii lub odpisów; wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, zgodnie z art. 10 § 1 i art. 73 K.p.a.

Organ poinformował, że dokonał analizy pisma Strony z dnia [...] r., informującego PWIF o: zaprzestaniu dopiero z dniem [...] r. realizacji w Aptece kart „Programu [...]”; demontażu z systemów komputerowych programu umożliwiającego pacjentom posiadającym kartę uczestnika „Programu [...]” naliczanie punktów za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów; zaprzestaniu rozprowadzania przez pracowników Apteki kart uczestnika „Programu [...]”.

Strona przy swoim piśmie przesłała „oświadczenie” z dnia [...] r. o rezygnacji z uczestnictwa w „Programie [...]” z rzekomym potwierdzeniem odbioru przez organizatora programu (tj. [...] S.A. w Ł.) i informacją o wyłączeniu z uczestnictwa w Programie w dniu [...] r.

PWIF w piśmie z dnia [...] r. przedstawił swoje stanowisko wobec treści pisma oraz załączonego dokumentu „oświadczenia” i stwierdził, co następuje:

Zarówno nie poparte dowodami twierdzenia zawarte w piśmie Strony z dnia [...] r., jak i oświadczenie z dnia [...] r. o rzekomej rezygnacji z uczestnictwa w „Programie [...]” z dniem [...] r., mają wątpliwą wartość dowodową nie przemawiającą na korzyść Strony.

Jeszcze bowiem dwa miesiące wcześniej, w piśmie z dnia [...] r. Strona przyznała, że nadal uczestniczy w „Programie [...]” prowadzonym przez „[...]” S.A. w Ł.

Strona w swoim piśmie – identycznie jak półtora roku wcześniej - poinformowała Organ, że „Program [...] jest programem prowadzonym przez spółkę [...] S.A. przy współpracy z innymi podmiotami, obejmującym skierowaną do osób po 60-tym roku życia specjalną, dostosowaną do potrzeb tej grupy odbiorców ofertę produktów i usług. Oferta ta jest złożona i dotyczy nabywania, na promocyjnych warunkach, różnego rodzaju produktów i usług, w tym nabywania w aptekach honorujących legitymację «Programu [...]» leków nierefundowanych ze środków publicznych w promocyjnych cenach”.

Strona nadal uważała, iż „Apteka jest podmiotem uczestniczącym w «Programie [...]» jedynie w tym znaczeniu, że dokonując sprzedaży określonych produktów, nierefundowanych ze środków publicznych, honoruje uprawnienia uczestników tego Programu do skorzystania z przypisanych do tych produktów ofert rabatowych”.

Strona poinformowała Organ: „Materiały dotyczące «Programu [...]» otrzymują jedynie osoby, które zarejestrowały się już w Programie, zaś w samej korespondencji zawarte są informacje o ofercie Programu, zasadach jego funkcjonowania, a także informacja o lokalizacji aptek, które honorują legitymację Programu [...]”.

Uczestnictwo Apteki w „Programie [...]” prowadzonym przez [...] S.A. w Ł. na jej stronie internetowej [...], honorowanie legitymacji [...] i sprzedaż produktów leczniczych nierefundowanych ze środków publicznych w „[...]” prowadzonym przez „[...]” S.A. w W. na portalu [...], uważała Strona nadal za zgodne z prawem – mimo informacji Organu w piśmie z dnia [...] r. o ukształtowanym już orzecznictwie sądów administracyjnych

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.

Jeszcze w dniu [...] r. - zdaniem Strony - praktyka taka nie była praktyką niedozwoloną, również w świetle znowelizowanej ustawy – Prawo farmaceutyczne, a fakt, iż działanie takie może wiązać się z poszerzeniem grona klientów Apteki jest zwykłym – w warunkach swobody gospodarczej i uczciwej konkurencji – zjawiskiem handlowym. Obniżenie ceny sprzedawanych produktów jest zaś przejawem strategii marketingowej, która nie jest pod względem definicyjnym tożsama z reklamą.

Strona jest związana (co sama przyznała) z „[...]” S.A. w W. stałą umową o współpracy z tym przedsiębiorcą oraz z innymi podmiotami powiązanymi z „[...]” S.A. w W., w tym z „[...]” S.A. w Ł.; prowadzi reklamę Apteki (Apteka nadal realizuje karty [...] „Programu [...]”; posiadacz karty „Programu [...]” ma dzięki niej możliwość otrzymania leku pełnopłatnego w obniżonej cenie.

Wprawdzie, zdaniem PWIF, karty „Programu [...]” nie są wydawane w aptece, ale pacjent pozyskuje je dzwoniąc na infolinię, której numer zamieszczony jest na stronie internetowej prowadzonej przez [...] S.A. w Ł. [...]), Apteka wykazana jest w informacji zamieszczonej w Internecie jako akceptująca kartę [...], ale nie oznacza to, że Strona nie prowadzi reklamy Apteki poprzez uczestnictwo w programie lojalnościowym.

Strona, uzasadniając legalną sprzedaż produktów leczniczych nier refundowanych ze środków publicznych w „[...]” prowadzonym przez „[...]” S.A. w W. na portalu [...] przywołała nieprawdziwy argument, iż Główny Inspektor Farmaceutyczny nie uznaje udziału aptek w tym „systemie” za naruszający dyspozycję art. 94a P.f., czego dowodem miała być decyzja znak [...] z dnia [...] r. - co PWIF łatwo zweryfikował i pismem z dnia [...] r. (doręczonym w dniu [...] r.) poinformował Stronę, że jej twierdzenie jest nieprawdziwe.

W tych okolicznościach PWIF stwierdził w piśmie z dnia [...] r., że nie jest przekonany o prawdziwości treści pisma Strony z dnia [...] r.

Strona bowiem wielokrotnie – poza zapowiedziami bez pokrycia w dokumentach – konsekwentnie składała oświadczenia i deklaracje odmienne od żądanych przez Organ, co stwarzało wrażenie, że nie czytała wezwań PWIF, bowiem pisma Strony pod względem treści całkowicie różniły się z treścią pism Organu – tak jakby przygotowane były do innych postępowań i zmieniano im tylko adresata.

Strona – mimo żądania Organu, zawartego w piśmie z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r. (już po rzekomym zaprzestaniu z dniem [...] r. realizacji w Aptece kart „Programu [...]”) - nie zechciała odpowiedzieć na pytania:

- 1) Wobec twierdzenia Strony, że na portalu [...] umieszczone zostały materiały, które „zachęcają do zakupu” określonych produktów leczniczych, ale nie są powiązane z aptekami, w tym z Apteką prowadzoną przez Stronę - to czy na tym portalu umieszczone zostały dane wszystkich aptek w Polsce, czy tylko wybranych i na jakiej zasadzie.
- 2) Skoro Strona twierdziła, że „[...]” jedynie informuje pacjentów o ofercie produktów dostępnych do nabycia w aptekach, a sprzedającym jest apteka wybrana przez pacjenta - to czy pacjent może wybrać jakąkolwiek dowolną aptekę w Polsce (np. najbliższą miejsca zamieszkania), czy tylko aptekę prowadzoną przez Stronę lub inny podmiot mający zawartą umowę o współpracy z „[...]” S.A. w W. lub z „[...]” S.A. w Ł. albo z innymi podmiotami powiązanymi z tymi przedsiębiorcami.

Musiałaby bowiem Strona odpowiedzieć – gdyby chciała odpowiedzieć zgodnie z prawdą - że na portalu [...] umieszczone zostały materiały, które „zachęcają do zakupu” tylko określonych produktów leczniczych, tylko w wybranych aptekach, w tym w Aptece prowadzonej przez Stronę, a nie ma tam danych wszystkich aptek w Polsce.

Musiaby bowiem Strona odpowiedzieć także – gdyby chciała odpowiedzieć zgodnie z prawdą – że w „[...]” pacjent nie może wybrać jakiejkolwiek dowolnej apteki w Polsce (np. najbliższej miejsca zamieszkania), a tylko aptekę prowadzoną przez Stronę lub inny podmiot mający zawartą umowę o współpracy w realizacji sprzedażowych programów lojalnościowych z „[...]” S.A. w W. lub z „[...]” S.A. w Ł. albo z innymi podmiotami powiązanymi z tymi przedsiębiorcami; pacjent może wybrać produkty lecznicze lub wyroby medyczne tylko z oferty produktów dostępnych do nabycia w tych aptekach.

Przy piśmie Strony z dnia [...] r. przesłano „oświadczenie” z dnia [...] r. o rezygnacji z uczestnictwa w Programie [...] z rzekomym potwierdzeniem odbioru przez organizatora (tj. „[...]” S.A. w Ł.) i informacją o wyłączeniu z uczestnictwa w Programie w dniu [...] r.

Tymczasem adres siedziby „[...]” 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: [...] (umorzonego) i niniejszego postępowania, dostarczyć za potwierdzeniem dowolnego pracownika (nie jest oczywiste, kto potwierdzał) zatrudnionego u „sąsiada zza ściany” dowolne oświadczenie, w tym także takie jak przedłożone Organowi rzekome „oświadczenie z dnia [...] r. o rezygnacji z uczestnictwa w Programie [...] z potwierdzeniem odbioru przez organizatora i informacją o wyłączeniu z uczestnictwa w Programie w dniu [...] r.”.

PWIF poddał szczegółowej analizie przedłożone „oświadczenie”.

Wg jego treści, prawidłowo umocowani przedstawiciele Strony, nie wskazując adresata, sporządzili na formularzu in blanco rzekomą „rezygnację” z dnia [...] r., którą przyjęła osoba nieuprawniona do odbioru oświadczeń woli osób trzecich oraz nieuprawniona do składania imieniem „[...]” oświadczeń woli. Na marginesie: w formularzu nie wpisano nazw i adresów aptek podlegających rzekomemu wyłączeniu, lecz odesłano do załącznika z wykazem 18 aptek, którego już nie podpisali przedstawiciele Strony.

Następnie osoba nieuprawniona do składania imieniem „[...]” S.A. oświadczeń woli rzekomo sama w załączniku zadecydowała imieniem „[...]” S.A. o wyłączeniu 18 aptek „[...]”, prowadzonych przez Stronę, z „Programu [...]” z dniem [...] r.

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 Ł., ul. [...], na to samo nazwisko osoby, która rzekomo już otrzymała oświadczenie Strony i potwierdziła jej odbiór – a wszystko to miało miejsce właśnie w tym samym miejscu w Ł., ul. [...].

Pod tym samym właśnie adresem Strona ma swój rzeczywisty adres, wskazywany Organowi jako „adres do korespondencji” (lub jako „adres do doręczeń”).

Z powyższej analizy PWIF wyciągnął jedyny zasadny w tej sytuacji wniosek, że w obrocie prawnym znajdują się nieznanne 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 [...] lata – a w niniejszej sprawie przez prawie [...] lata - Strona prowadziła zatem niedozwoloną reklamę Apteki, uzyskując przychody bezprawnie zwiększone w stosunku do przychodów jakie osiągnęła by bez reklamy i lekceważąc organ zezwalający będący równocześnie organem nadzoru farmaceutycznego.

K.

PWIF w piśmie z dnia [...] r. poinformował Stronę, że nie skorzystała z możliwości złożenia, pod rygorem odpowiedzialności karnej za zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy, oświadczenia, że tuż przed wydaniem decyzji nie była już związana uczestnictwem w programie sprzedażowym „[...]”.

Organ zatem ponownie poinformował Stronę o treści art. 75 § 2 w zw. z art. 83 § 3 K.p.a., celem rozważenia złożenia przez uprawnionych członków Zarządu Spółki stosownego „oświadczenia” pod rygorem odpowiedzialności karnej, dot. wszystkich lub niektórych dowodów, po uprzednim zamieszczeniu w treści „oświadczenia” stosownego sformułowania. Wyjaśniono, że Organ może poprzestać na odebraniu od Strony oświadczenia, jeżeli to oświadczenie nie będzie budzić w jego ocenie wątpliwości co do jego zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy – z zastrzeżeniem dyspozycji poniższego wezwania.

Równocześnie PWIF ponownie wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania wszelkich informacji, wyjaśnień i dokumentów, wykazujących zaprzestanie prowadzenia, także przy pomocy podmiotów i osób trzecich, działalności reklamowej Apteki, polegającej na uczestnictwie w „Programie [...]”, jak również dowodów zaniechania jakiegokolwiek udziału Apteki w tym programie lojalnościowym, a w szczególności uwierzytelnionych przez Zarząd Spółki:

- 1) dowodów usunięcia tekstu regulaminu dot. „Programu [...]” z wszelkich miejsc publicznych, w których był zamieszczony;
- 2) dowodów usunięcia z systemów komputerowych w Aptece zainstalowanych wcześniej programów elektronicznych umożliwiających pacjentom posiadającym karty uczestnika programu lojalnościowego naliczanie punktów za zakupione w Aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów;
- 3) dowodu wypowiedzenia (rozwiązania, aneksowania) „umowy o współpracy” dot. uczestnictwa Apteki w tym programie.

PWIF uprzedził Stronę, że w przypadku zaniechania spełnienia wezwania, Organ definitywnie zakończy postępowanie wyjaśniające i dowodowe, ponieważ obecnie ma już możliwość przeprowadzenia z urzędu dowodów wskazujących na dalsze naruszanie przez Stronę przepisu art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego.

L.

Pismem z dnia [...] r. (data wpływu [...] r.) Strona wyjaśniła, iż: nie dysponuje dowodami usunięcia tekstu regulaminu dot. „Programu [...]” z wszelkich miejsc publicznych, w których był zamieszczony – w tym zakresie dowody przedstawić może jedynie organizator „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 „Programu [...]” naliczanie punktów za zakupione w Aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów, bo „Program [...]” nigdy nie łączył się z żadnym naliczaniem punktów ani udzielaniem rabatów; Strona składa w tej sprawie oświadczenie (w załączeniu).

Strona stwierdziła także, że oświadczenie z dnia [...] r. o rezygnacji z uczestnictwa Apteki w „Programie [...]” jest oświadczeniem prawdziwym; 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:

„Uprzedzeni 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», oświadczamy, co następuje: (tu treść oświadczenia)”.

W treści oświadczenia Strona stwierdziła, że: w prowadzonej przez Stronę Aptece nie jest dostępny regulamin „Programu [...]”; systemy komputerowe w Aptece nie miały i nie mają zainstalowanego programu umożliwiającego pacjentom posiadającym kartę uczestnika „Programu [...]” naliczanie punktów za zakupione w Aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów, bo „Program [...]” nie łączył się z żadnym

naliczaniem punktów ani udzielaniem rabatów; prowadzona przez Stronę Apteka nie uczestniczy w „Programie [...]”, ponieważ z dniem [...] r. Strona rozwiązała (oświadczeniem o rezygnacji z tego programu) umowę łączącą Stronę z organizatorem tego programu.

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).

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

informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego.

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

W poprzednim stanie prawnym, czyli przed datą 1 stycznia 2012 r., był niejako zawężony do spełnienia łącznie trzech przesłanek, tj. działalność ta musiała nosić cechy reklamy, być skierowaną do publicznej wiadomości oraz odnosić się w sposób bezpośredni do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach.

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

Posiłkując się definicjami reklamy zawartymi w publikacjach słownikowych wskazać trzeba, że za reklamę uważa się każde działanie, mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług (np. Wielki Słownik Wyrazów Obcych pod red. M. Bańki, wyd. PWN, Warszawa 2003 r.).

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

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

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

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

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

Innymi słowy, reklamą działalności apteki będzie więc zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece - niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków - jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych.

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

Także Sąd Najwyższy prezentował stanowisko, zgodnie z którym „powszechnie przyjmuje się, że reklamą są wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie 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. Biadun, Reklama apteki - bonifikata za zrealizowanie recepty, w: Serwis Prawo i Zdrowie nr 60801).

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

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

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

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

PWIF w niniejszej sprawie podziela zatem pogląd, zawarty w wyroku WSA w Warszawie z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12 (www.orzeczenia.nsa.gov.pl), 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. Koremba. Komentarz do art. 94a ustawy Prawo farmaceutyczne. SIP LEX. stan prawny: 1.07.2009):

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

Charakterystyczny obecnie dla poglądów doktryny jest natomiast pogląd następujący:

„Artykuł 94a ustawy Prawo farmaceutyczne dotyczący reklamy działalności aptek nie zawiera żadnego wyłączenia, a zatem nie wymienia katalogu działań, które nie stanowiłyby reklamy działalności aptek, tak jak to uczyniono w przypadku reklamy produktu leczniczego oraz nie odsyła w żadnym zakresie do tych regulacji przewidujących takie wyłączenia w odniesieniu do działalności reklamowej produktów leczniczych. Tym samym nawet jeśli

uzna się, iż określona działalność nie stanowi reklamy produktów leczniczych np. ze względu na jedynie informacyjny charakter przekazu, nie wyklucza to zakwalifikowania jej jako spełniającej cechy reklamy działalności apteki” (A. Rabięga-Przyłęcka. Głosa 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 dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich, sprawowanie opieki farmaceutycznej polega na dokumentowanym procesie, w którym farmaceuta, współpracując z pacjentem i lekarzem, a w razie potrzeby z przedstawicielami innych zawodów medycznych, czuwa nad prawidłowym przebiegiem farmakoterapii w celu uzyskania określonych jej efektów poprawiających jakość życia pacjenta.

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

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

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

Prowadzi to do wniosku, że wskazany program de facto sprowadza się do możliwości otrzymania leku pełnopłatnego w obniżonej cenie, 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 „Programie [...]” 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.

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

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

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

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

II.

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 programie lojalnościowym „Program [...]”, realizowanym wspólnie z „[...]” S.A. w Ł., [...] Sp. z o.o. w Ł. i [...] S.A. w W. poprzez wykorzystanie kart rabatowych ([...]), jest art. 94a ust. 1 i 2 P.f. oraz stwierdzenie, że Apteka uczestniczy w programie.

Zgodnie z brzmieniem art. 94a ust. 1-3 P.f., zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek. W razie stwierdzenia naruszenia wyżej wymienionego przepisu wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje w drodze decyzji zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

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

Według Słownika Wyrazów Obcych (Wydawnictwo Naukowe PWN 1996 r.), za „reklamę” należy rozumieć rozpowszechnianie informacji o danych towarach, ich zaletach, wartości, miejscach i możliwościach nabycia (...) za pomocą plakatów, ogłoszeń w prasie, radiu i w telewizji, stanowiące zachętę do nabywania towarów lub korzystania z określonych usług.

Podobna definicja zawarta jest w Małym Słowniku Języka Polskiego (Wydawnictwo Naukowe PWN 1996 r.).

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

- a) za „reklamę” działalności apteki należy uznać każde działanie skierowane do publicznej wiadomości niezależnie od sposobu i metody jego przeprowadzenia oraz środków użytych do jego realizacji, jeśli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych oferowanych w danej aptece (wyrok WSA w Warszawie z dnia 14.05.2008 r. sygn. akt VII SA/Wa 2215/07),
- b) „reklamą” może być każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych (wyrok WSA w Warszawie z dnia 1.02.2008 r. sygn.

akt VII SA/Wa 1960/07),

- c) „reklamą” działalności apteki jest każde działanie, każda jej działalność niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli celem tej działalności jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w danej aptece lub punkcie aptecznym (wyrok WSA w Warszawie z dnia 22.11.2007 r. sygn. akt VII SA/WA 1661/07),
- d) „reklamą” jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych konsumentów, odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę mającą na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług (wyrok SN z dnia 26.01.2006 r. sygn. akt V CSK 83/05).

Reasumując należy stwierdzić, że reklamą jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych przez aptekę towarów i która w taki sposób jest odbierana przez pacjentów.

Reklama może przyjmować różne formy, w szczególności: haseł, sloganów, spotów TV, ulotek, billboardów, folderów czy gazetek. Istotnym elementem reklamy jest zamiar wywołania reakcji potencjalnych klientów.

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

Za reklamę działalności apteki zostały uznane również czynności polegające na wręczaniu bonów rabatowych, umieszczanie obok nazwy apteki napisów: niskie ceny, wysokie rabaty.

Za działania reklamowe winny być uznane wszystkie te działania, których zamierzonym celem jest pozyskanie nowych lub zatrzymanie dotychczasowych klientów. W przeciwieństwie do informacji handlowej, która zawiera obiektywne informacje o produkcie lub usługach świadczonych przez przedsiębiorcę, istotą reklamy jest zachęcanie.

Na gruncie obecnie obowiązującego art. 94a ust. 1 P.f. należy stwierdzić, że reklamą apteki jest wszystko to, co nie jest informacją o lokalizacji i godzinach pracy apteki. I nie ma tutaj znaczenia czy jest ona skierowana do publicznej wiadomości.

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

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

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

- obniżki cen produktów dostępnych bez recepty oraz leków nierefundowanych,
- rabaty na wybrane produkty, objęte Informatorem Programu (dokonywanie zakupów

w aptekach objętych Programem wiąże się dodatkowo ze zmniejszeniem ceny produktów umieszczonych w Informatorze Programu),

- skorzystania z rabatu, dzięki któremu produkt z Informatora Programu kosztuje mniej niż bez rabatu,
- zakupy produktów objętych akcjami specjalnymi dają większy upust, dzięki temu klienci mogą kupić z rabatem więcej produktów z Informatora Programu.

Osoba uczestnicząca w Programie otrzymuje Kartę [...], umożliwiającą uczestnikom programu dokonującym zakupów w aptecę uczestniczącej w programie korzystanie ze specjalnej oferty rabatowej przedstawionej w Informatorze Programu. W celu realizacji uprawnień, uczestnik winien każdorazowo okazywać Kartę w Aptecę 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 programie i warunkach uczestniczenia w nim, umieszczone na stronach internetowych innych niż Strona przedsiębiorców – organizatorów programów: [...] S.A. w W., [...] Sp. z o.o. w Ł. i „[...]” S.A. w Ł. - wraz z udostępnionymi danymi aptek w nich uczestniczących, w tym Apteki, stanowią reklamę Apteki i jej działalności.

Rejestracja uczestników w „Programie” 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 Aptecę karty Programu, to na podstawie rejestracji transakcji, dla uczestnika programu ustalana jest wysokość rabatu. Produkty o obniżonej cenie są objęte ofertą rabatową.

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

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 aptecę uczestniczącej w programie.

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

„Program [...]” przewiduje korzyści finansowe dla pacjentów i podobnie jak wszelkiego rodzaju akcje promocyjne, rabatowe, czy rozpowszechnianie informacji o promocjach cenowych musi być traktowany w kategoriach art. 94a ust. 1 P.f. jako forma reklamy Apteki i jej działalności.

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

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

W ocenie PWIF, jedną z form reklamy są programy lojalnościowe. Celem programów

lojalnościowych jest pozyskanie grupy lojalnych klientów, regularnie nabywających towary lub korzystających z usług organizatora programu lojalnościowego (bądź zleceniodawcy organizacji programu lojalnościowego), kształtowanie jego pozytywnego wizerunku wśród klientów, obniżki kosztów dotarcia do klienta z kolejną ofertą, jak również rozpoznanie potrzeb klientów.

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

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

Wykonywanie zatem przez Aptekę usług polegających na realizacji kart rabatowych: [...], uczestnictwo w „Programie [...]”, którego organizatorem jest inny przedsiębiorca, stanowi naruszenie tego przepisu, ale także warunków udzielonego przez PWIF zezwolenia na prowadzenie Apteki.

Z podstawowych warunków prowadzenia działalności, zawartych w udzielonym Stronie zezwoleniu wynika, że podjęcie działalności określonej w zezwoleniu i jej prowadzenie musi być zgodne z przepisami dotyczącymi produktów leczniczych, wyrobów medycznych i innego asortymentu, który może być przedmiotem obrotu prowadzonego w Aptece, przepisami dotyczącymi aptek oraz Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej.

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

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

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

W toku postępowania administracyjnego PWIF uznał ponad wszelką wątpliwość, że 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 przepis art. 94a ust. 1 P.f.

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

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

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

III.

Zgodnie z art. 129b ust. 1 i 2 P.f., karze pieniężnej w wysokości do 50.000 zł podlega ten, kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi m.in. reklamę apteki oraz jej działalności. Karę pieniężną nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji administracyjnej. Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów.

Przepisy ustawy nie zawierają katalogu przypadków naruszeń, które uzasadniałyby zastosowanie kary pieniężnej w konkretnej wysokości, ani zasad jej miarkowania.

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

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

Organ w ramach prowadzonego postępowania stwierdził, że prowadzone przez Stronę na podstawie umów z „[...]” S.A. w Ł. i z [...] S.A. w Warszawie 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 była już uprzednio karana przez PWIF decyzją z dnia [...] r. znak [...] za naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. w zakresie reklamy Apteki „[...]” w P., ul. [...], zlokalizowanej na obszarze Województwa P.,
- 2) naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. przez Stronę stwierdzone zostało po raz drugi, po wejściu w życie zmienionych od dnia 1 stycznia 2012 r. przepisów,
- 3) reklama Apteki i jej działalności była stała i długotrwała (trwała ponad [...] lata po wejściu w życie znowelizowanej P.f.) i dotyczyła kolejnej apteki z P.,
- 4) PWIF dwukrotnie informował drogą elektroniczną wszystkich przedsiębiorców prowadzących apteki na terenie województwa podkarpackiego 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.rzeszow.wif.gov.pl,
- nałożona w wysokości [...] zł kara pieniężna, wynosząca tylko [...] % maksymalnego ustawowego wymiaru kary, jest adekwatna do okoliczności i czasu (powtarzalności) prowadzenia reklamy Apteki i jej działalności.

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

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

Strona w toku postępowania niechętnie współpracowała z Organem, poprzez zaniechanie dostarczania na żądanie Organu wyjaśnień i dowodów umożliwiających ustalić rzeczywisty stan sprawy, zgodny ze stanowiskiem Strony.

Strona głośno jedynie stwierdziła (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 tekstu regulaminu dot. „Programu [...]” z wszelkich miejsc publicznych, w których był zamieszczony; dowodów anulowania kart rabatowych używanych w tym programie; dowodów wypowiedzenia (rozwiązania) „umów o współpracy” dot.

uczestnictwa Apteki w tym programie; dowodów nadania (doręczenia) wypowiedzenia (rozwiązania) „umowy o współpracy” dot. uczestnictwa Apteki w tym programie.

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 [...] r., otrzymanym przez organ w dniu [...] r.

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 [...] r. - dokumentowi datowanemu [...] r., stanowiącemu wypełniony przez Stronę, przygotowanemu przez „[...]” S.A. w Ł., organizatora «Programu [...]» jako formularz „Rezygnacji z uczestnictwa w programach obsługiwanych na mocy umowy z [...] S.A.”,

W formularzu zawarto wprawdzie prośbę o wyłączenie uczestnictwa w „Projekcie [...]”, ale - jak wynikało ze stopki formularza, „rezygnacja z uczestnictwa w Programie [...]” miała trafić (jeśli trafiała – dowodu brak) do „[...]” S.A. w Ł.

W stopce zaznaczono, że formularz jest dopiero prośbą o przekazanie do „[...]” S.A. w Ł. (ewentualnie dalej do [...] S.A. w W.), mimo że w tekście – zapewne in blanco przed wypełnieniem przez przedstawicieli Strony – umieszczono nieczytelny podpis domniemanego przedstawiciela „[...]” S.A., rzekomo potwierdzający przyjęcie do wiadomości „datę wyłączenia z uczestnictwa w programie: [...] r.”. 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 „Rezygnacji z uczestnictwa w programach obsługiwanych na mocy umowy z [...] S.A.” nie jest wypowiedzeniem umowy ani jej choćby częściową modyfikacją (aneksem), ponieważ nie ma charakteru definitywnego i nie jest jednostronnym oświadczeniem woli Strony, ani porozumieniem z „[...]” S.A., lecz wymaga dopiero zgody drugiej strony umowy.

Tymczasem podpisy przedstawicieli Strony na formularzu nie dowodzą niczego, a nieczytelny podpis pod pieczęcią nagłówkową („firmową”) nieznaney osoby nie świadczy o doręczeniu lub przyjęciu jakiegokolwiek oświadczenia woli Strony przez „[...]” S.A. i jest prawnie bezskuteczny.

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

udziału Apteki w „Programie [...]”.

Organ sprawdził w dniu wydania niniejszej decyzji (wydruk włączono do akt sprawy), że na portalu [...], prowadzonym przez [...] Sp. z o.o. w Ł., ul. [...] (adres taki sam jak adres Strony) - której jedynym wspólnikiem jest [...] S.A. w W. - że w katalogu aptek akceptujących kartę „[...]” na P. umieszczona jest również Apteka.

Jak wynika z ogłoszenia, zamieszczonego przez [...] Sp. z o.o. na stronie internetowej [...], rzekomo „zawieszono” od dnia [...] r. udział tego przedsiębiorcy w programach lojalnościowych i sprzedażowych: w «[...]» (prowadzonym przez [...] S.A. w W. jako organizatora programu) oraz – obok innych, których niniejsza sprawa nie obejmuje – w «[...]» (prowadzonym przez „[...]” S.A. w Ł. 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 oraz rabaty, ale „produkty z informatora [...] będzie można zamówić, zgodnie z regulaminem, w ciągu 2 lat od momentu uzyskania plusów.

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

Z kolei [...] – jedyny właściciel [...] S.A. - aktualnie na stronie internetowej [...], informując o Zwyczajnym Walnym Zgromadzeniu [...] S.A. w dniu [...] r., zawiadamia wyraźnie, że prowadzony od [...] lat «Program [...]» nadal służy seniorom i „dziś już ponad [...] osób po 60. roku życia może korzystać ze specjalnej oferty cenowej”. Znaleźć tam można także narzekanie na „kuriozalny zakaz reklamy aptek” w kontekście zapowiedzi „dalszego rozwoju internetowego portalu o zdrowiu [...] i aplikacji mobilnej umożliwiającej zamawianie leków przez telefon”.

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

Oferowane tam „dostępne narzędzia tego programu” to: m.in. karta lojalnościowa [...], apteka internetowa, program promocji dla osób po 60. roku życia, karty dofinansowujące, oferty rabatowe, magazyn dla pacjentów, portal [...], ogólnopolska reklama telewizyjna, rozpoznawalne logo, **zakup leków poprzez sms**, dostęp do cyklicznych szkoleń”. Po przystąpieniu do programu, **apteka będzie się logować do systemu.**

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

W tych okolicznościach należało uznać, że 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 Ł.) nowych „kart rabatowych [...]”, które nadal są realizowane w Aptece z uwzględnieniem automatycznie naliczanych rabatów; Strona bowiem przedłożyła tylko dla pozorów nieprawdziwe oświadczenie o rezygnacji z programu.

Ponieważ przedsiębiorca jest zobowiązany spełniać określone przepisami prawa warunki wykonywania działalności gospodarczej, naruszając obowiązujące przepisy prawa winien liczyć się z konsekwencjami, które w niniejszej sprawie polegają na ukaraniu go karą pieniężną.

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

Karę pieniężną uiszcza się na wskazany w rozstrzygnięciu decyzji rachunek bankowy w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna.

Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe.

Egzekucja kary pieniężnej wraz z odsetkami za zwłokę następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

IV.

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

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

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

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

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

Biorąc powyższe pod uwagę postanowiłam jak w petitum decyzji.

POUCZENIE

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

Otrzymują:

- 1) Adresat na adres do doręczeń:
Ł., ul. [...] - za potwierdzeniem odbioru;
- 2) aa.