

**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

R., dnia 28 maja 2015 r.

FARZ-DA.8523.37.2012

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. 105 § 1 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 [...] S.A. w K. działalności reklamowej apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę [...], ul. [...], D., poprzez uczestnictwo apteki w „[...]” oraz realizację kart rabatowych;

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- 1) umarza postępowanie administracyjne w sprawie nakazu [...] S.A. w K., prowadzącej Aptekę [...], ul. [...], D., zaprzestania prowadzenia reklamy apteki i jej działalności, polegającej na uczestnictwie tej apteki w „[...]” oraz realizacji kart rabatowych;
- 2) nakłada na [...] S.A. w K., prowadzącej Aptekę [...], ul. [...], D., karę pieniężną w kwocie [...] zł (słownie: [...] złotych), którą należy wpłacić na rachunek bankowy Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie w [...] O/Okr. R. nr [...] w terminie 7 dni od dnia, w którym niniejsza decyzja stanie się ostateczna.

UZASADNIENIE

Stan faktyczny w sprawie prowadzenia przez [...] S.A. w K. (dalej zwaną: „**Spółką**” lub „**Stroną**”), prowadzącą Aptekę [...] w D., ul. [...] (dalej zwaną: „**Apteką**”), reklamy działalności tej apteki, przedstawiał się następująco:

Podkarpacki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Rzeszowie (dalej zwany: „**PWIF**” lub „**organem**”) na podstawie przeprowadzonej przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie w dniu [...] r. kontroli planowej Apteki (uwierzytelniony odpis protokołu z kontroli znak: [...] jest załącznikiem do wyciągu z pkt XVI protokołu, włączonym do akt sprawy postanowieniem PWIF z dnia [...] r., uzupełniony notatką służbową z dnia [...] r.) uzyskał informację, że w Aptecce sprzedawane są produkty lecznicze przy wykorzystaniu kart rabatowych.

Zawiadomieniem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w [...] r., PWIF wszczął z urzędu postępowanie administracyjne w sprawie prowadzenia przez Stronę działalności reklamowej Apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę.

Ponadto PWIF wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów.

W piśmie Strony datowanym [...] r., otrzymanym przez PWIF w dniu [...] r., Strona

przedstawiła swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie.

Strona stwierdziła, że w jej ocenie uczestnictwo Apteki w „[...]” nie stanowi naruszenia art. 94a P.f. Zarówno Apteka, jak i Strona, nie są organizatorem „[...]”, nie są nadawcą korespondencji związanej z tymże „[...]”, lecz [...] S.A. w Ł., ul. [...] („przypadkiem” spółka ta ma też siedzibę pod adresem Strony).

Z własnej już inicjatywy Strona – nie pytana przez Organ w tej sprawie - przyznała się w piśmie datowanym [...] r. do prowadzenia „[...]”, tłumacząc, że możliwość nabycia przez uczestników „[...]” oraz wykorzystanie kart rabatowych, nie refundowanych ze środków publicznych po cenie promocyjnej, mają jedynie uczestnicy „[...]” zarejestrowani już w programie i tylko oni otrzymują materiały dotyczące „[...]”, zatem nie są one powszechnie dostępne dla osób postronnych.

Spółka uważała, że zgodnie z jej wiedzą, w materiałach dostępnych tylko w Aptece i tylko 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.

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 dozwolonych przez przepisy Prawa farmaceutycznego.

W rezultacie, zdaniem Strony, udzielenie przez aptekę rabatu przy zakupie produktów przez pacjenta, nie jest reklamą tych produktów.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Strona załączyła opinię prawną radcy prawnego dr hab. J. L. z dnia [...] r.

Z kolei PWIF – zasugerowany przyznaniem się Strony do prowadzenia „[...]” - pismem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., wezwał ją do udzielenia odpowiedzi na pytania, czy w systemach komputerowych w aptece zainstalowane są programy umożliwiające pacjentom posiadającym „[...]”, naliczanie punktów za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów; kto rozprawdza „[...]” (czy są to pracownicy Apteki); który z podmiotów uczestniczących w „[...]” finansuje wydawanie kart i broszur oraz wydaje produkty po obniżonych cenach i pokrywa różnicę pomiędzy ceną detaliczną a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta.

Strona odpisała organowi pismem z dnia [...] r. (data wpływu [...] r.), że Apteka realizuje „[...]” w ramach współpracy prowadzonej przez Stronę z organizatorem tego „[...]” – [...] S.A. w W. Jako podmiot współpracujący z organizatorem „[...]” korzysta z systemu komputerowego, którego funkcjonalność pozwala na naliczanie „plusów” w przypadku dokonania zakupów produktów nierefundowanych oraz ustalenie rabatu, z którego może skorzystać uczestnik „[...]” na podstawie rejestrowanej w tym systemie liczby „plusów”.

Strona podkreśliła, że w ramach „[...]” nie są wydawane żadne nagrody w znaczeniu prawnopodatkowym. Produkty objęte „[...]” są produktami znajdującymi się w standardowej ofercie sprzedaży Apteki, które nie są „wydawane” w ramach „[...]”, lecz sprzedawane jego uczestnikom przez Aptekę w ramach prowadzonej przez nią działalności, po obniżonej cenie (wartość rabatu jest elementem kalkulacji ekonomicznej apteki). Pracownikami Apteki uprawnionymi do kontaktów z uczestnikami „[...]” są wyłącznie osoby posiadające tytuł magistra farmacji. Osoby te w ramach wykonywanej działalności zawodowej informują pacjentów o możliwości uczestnictwa w „[...]” i zapoznania się z materiałami dotyczącymi „[...]”, a zainteresowanym osobom umożliwiają rejestrację w „[...]”. Czynności te, biorąc pod uwagę istotę „[...]”, nie wiążą się zatem z ponadstandardowymi czynnościami pracowników Apteki.

Strona nie udzieliła odpowiedzi na pytania zawarte w piśmie PWIF z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., czy w systemach komputerowych w Aptece zainstalowane są programy umożliwiające pacjentom posiadającym „[...]”, naliczanie punktów za

zakupione w Aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów; kto rozprawdza „[...]” (czy są to pracownicy Apteki); który z podmiotów uczestniczących w „[...]” finansuje wydawanie kart i broszur oraz wydaje produkty po obniżonych cenach i pokrywa różnicę pomiędzy ceną detaliczną a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta.

Pismem z dnia [...] r., na podstawie § 14 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 października 2002 r. w sprawie podstawowych warunków prowadzenia apteki (Dz. U. Nr 187, poz. 1565) kierownik Apteki został zobowiązany do przekazania PWIF, w terminie siedmiu dni od dnia otrzymania żądania, na piśmie i w wersji elektronicznej, informacji o obrocie od dnia [...] r. do dnia [...] r. i o stanie posiadania na dzień otrzymania wezwania, produktów leczniczych i wyrobów medycznych, dostarczonych i sprzedanych przez tę Aptekę, w ramach uczestnictwa Apteki w „[...] z [...] Spółką Akcyjną” oraz wykorzystania kart rabatowych („[...]”).

O powyższym żądaniu została zawiadomiona Strona pismem z dnia [...] r., z równoczesnym wezwaniem do spowodowania terminowego przekazania Organowi przez kierownika Apteki żądanej informacji, na piśmie i w wersji elektronicznej, w żądanym formacie.

Strona została pouczona, że 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, że karę pieniężną nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji administracyjnej.

Wyjaśniono Stronie, że przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów.

Pismem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., na podstawie art. 10 § 1 K.p.a. organ poinformował Stronę, że w związku z toczącym się postępowaniem w przedmiocie naruszenia art. 94a ust. 1 P.f., Strona może wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie 7 dni od daty otrzymania tego pisma oraz zapoznać się z aktami sprawy.

We wskazanym terminie, Strona nie wniosła innych wyjaśnień, nie składała też żadnych wniosków dowodowych.

Pismem z dnia [...] r. (doręczonym Stronie w dniu [...] r.) organ poinformował Stronę, że zakończył prowadzenie postępowania dowodowego w przedmiocie naruszenia art. 94a ust. 1 P.f. przez Stronę działalności reklamowej apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez uczestnictwo apteki w „[...]” oraz wykorzystanie kart rabatowych oraz wezwał Stronę do przekazania kopii [...] oraz umowy o współpracy z [...] S.A.

We wskazanym terminie Strona przesłała kopię Regulaminu [...] i umowy z [...] S.A. z dnia [...] r. oraz nie wniosła innych wyjaśnień, nie składała też żadnych wniosków.

W toku postępowania administracyjnego PWIF uznał, że Strona prowadzi sprzedaż produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez uczestnictwo apteki w „[...]” oraz wykorzystanie kart rabatowych w sposób naruszający dyspozycję przepisu art. 94a ust. 1 P.f., ponieważ „[...]” oferuje obniżki cen produktów dostępnych bez recepty oraz leków nierefundowanych, rabaty na wybrane produkty objęte [...], a osoba uczestnicząca w [...] otrzymuje [...], umożliwiającą korzystanie ze specjalnej oferty rabatowej przedstawionej w [...].

Decyzją znak [...] z dnia [...] r. PWIF: nakazał Stronie zaprzestać prowadzenia reklamy Apteki i jej działalności, polegającej na uczestnictwie apteki w „[...]” na podstawie „[...]” z [...] S. A. w W. – umowy programowej określającej zasady uczestnictwa Apteki w [...] „[...]”, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2012 r. oraz na wykorzystaniu kart

rabatowych („[...]”); nałożył na Stronę karę pieniężną; nadał rygor natychmiastowej wykonalności decyzji w pkt. 1.

Od decyzji organu w dniu [...] r. odwołała się Strona, wnosząc o uchylenie decyzji w całości, zarzucając organowi pierwszej instancji błędną interpretację przepisów prawa materialnego i naruszenie przepisów postępowania administracyjnego.

Strona w odwołaniu nie odniosła się zupełnie do określenia przez Organ zakresu postępowania, które powinno ograniczyć się do wyniku kontroli, stwierdzającego, iż Apteka: „działa w ramach [...] – realizowane są karty rabatowe [...]; najpierw Apteka pośredniczyła w przekazywaniu ankiet wypełnianych przez pacjentów, którzy chcieli uczestniczyć w programie, a później zgłoszenia odbywały się przez Internet; karta [...] uprawnia pacjenta do nabycia leków na receptę ze 100% odpłatnością po obniżonej cenie”.

Strona w odwołaniu nie odniosła się również do treści rozstrzygnięcia obejmującego zakaz reklamy Apteki w lojalnościowym „[...]”, przy pominięciu zakazu reklamy Apteki w lojalnościowym w „[...]”.

W wyniku odwołania Strony, Główny Inspektor Farmaceutyczny (dalej zwany: „GIF”) uchylił decyzję PWIF z dnia [...] r. oraz przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia przez organ pierwszej instancji – z innych przyczyn niż wskazane w odwołaniu.

Organ odwoławczy dostrzegł, że PWIF wszczął postępowanie administracyjne w wyniku kontroli, która stwierdziła, iż Apteka realizuje karty rabatowe „[...]”; najpierw pośredniczyła w przekazywaniu ankiet wypełnianych przez pacjentów, którzy chcieli uczestniczyć w programie, a później zgłoszenia odbywały się przez Internet; karta „[...]” uprawnia pacjenta do nabycia leków na receptę ze 100% odpłatnością po obniżonej cenie.

GIF stwierdził, że PWIF prowadził później postępowanie wyłącznie w zakresie prowadzenia reklamy Apteki i jej działalności, polegającej na uczestnictwie Apteki w „[...]” na podstawie „umowy o współpracy” z [...] S. A. w W. – umowy programowej określającej zasady uczestnictwa Apteki w [...] „[...]”, która weszła w życie z dniem [...] r. oraz na wykorzystaniu kart rabatowych („[...]”).

GIF stwierdził ponadto, że PWIF wydał zaskarżoną decyzję z dnia [...] r. wyłącznie w zakresie prowadzenia reklamy Apteki i jej działalności, polegającej na uczestnictwie apteki w „[...]” oraz na wykorzystaniu kart rabatowych – ujawnionym dopiero w toku postępowania administracyjnego.

PWIF – zdaniem GIF - zaniechał rozstrzygnięcia w zakresie, który stanowił podstawę wszczęcia postępowania administracyjnego, iż Apteka realizuje karty rabatowe „[...]”, uprawniające pacjenta do nabycia leków na receptę ze 100% odpłatnością po obniżonej cenie.

Organ odwoławczy nakazał organowi I instancji orzec co do każdej ujawnionej formy działalności Strony.

W tych okolicznościach organ postanowił dalej kontynuować ponowne postępowanie pod dotychczasowym znakiem [...] w zakresie, który stanowił podstawę wszczęcia poprzedniego postępowania administracyjnego, iż Apteka realizuje karty rabatowe „[...]”, uprawniające pacjenta do nabycia leków na receptę ze 100% odpłatnością po obniżonej cenie.

Organ postanowił też wszcząć nowe odrębne postępowanie pod nowym znakiem [...] w zakresie, który został pominięty w poprzednim postępowaniu: w sprawie prowadzenia reklamy Apteki i jej działalności, polegającej na uczestnictwie apteki w „[...]” na podstawie „umowy o współpracy” z [...] S.A. oraz na wykorzystaniu kart rabatowych.

Pismem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., Strona została poinformowana o kontynuacji, opartego na podstawie przeprowadzonej przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie w dniu [...] r. kontroli planowej Apteki (znak: [...]), postępowania prowadzonego dotychczas pod znakiem [...] jako ponownego, pod tym samym znakiem sprawy.

W piśmie tym Organ zreferował Stronie przebieg poprzedniego postępowania w dwóch instancjach, a także wezwał do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że Spółka nie prowadzi niedozwolonej reklamy Apteki i jej działalności.

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

Pismem z dnia [...] r. (datowanym na [...] r.), Strona poinformowała organ, że zaprzestała realizacji kart „[...]” i nie realizuje już żadnych działań związanych z tymi kartami.

Odpowiadając na pismo Strony, PWIF w piśmie z dnia [...] r. oświadczył, że w prowadzonym postępowaniu administracyjnym nie może poprzestać na gołosłownym oświadczeniu przedstawicieli Strony, którzy oświadczenia nie poparli żadnymi dowodami.

PWIF przypomniał Stronie, że we wcześniejszym piśmie Strony, datowanym [...] r., Strona nie zaprzeczała udziału Apteki w reklamowym programie lojalnościowym na podstawie umowy Strony o współpracy z podmiotem trzecim: „[...]” S.A. w Ł. i ani realizacji przez Aptekę kart „[...]”; zaprzeczała jedynie, że w ocenie Strony uczestnictwo Apteki w „[...]” nie stanowi naruszenia art. 94a P.f., a zatem nie stanowi niedozwolonej reklamy Apteki i jej działalności, mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych. Wówczas, zdaniem Strony, zarówno Apteka, jak i Strona, nie są organizatorem „[...]”, nie są nadawcą korespondencji związanej z tymże „[...]”, lecz [...] S.A. w Ł., ul. [...].

Strona wówczas twierdziła, że możliwość nabycia przez uczestników „[...]” oraz wykorzystanie kart rabatowych, nie refundowanych ze środków publicznych po cenie promocyjnej, mają jedynie uczestnicy „[...]” zarejestrowani już w programie i tylko oni otrzymują materiały dotyczące „[...]”, zatem nie są one powszechnie dostępne dla osób postronnych.

Spółka uważała, że zgodnie z jej wiedzą, w materiałach dostępnych tylko w Aptece i tylko 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.

Ponadto, wg Spółki w piśmie datowanym [...] r., samo obniżenie ceny leku, czy też zaoferowanie rabatu, bez powiązania tego z żadnym komunikatem publicznym o charakterze reklamowym, mieści się w ramach praktyk handlowych dozwolonych przez przepisy Prawa farmaceutycznego.

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

W związku z powyższym, kontynuując ponowne postępowanie pod dotychczasowym znakiem [...] w zakresie, który stanowił podstawę wszczęcia postępowania administracyjnego, iż Apteka realizuje karty rabatowe [...], PWIF w piśmie z dnia [...] r. wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma, wszelkich wyjaśnień, dokumentów i innych dowodów świadczących o tym, że Spółka nie prowadzi niedozwolonej reklamy Apteki i jej działalności, a zatem nie realizuje kart rabatowych „[...]”, uprawniających pacjentów do nabywania produktów leczniczych po obniżonej cenie.

Ponadto, w ślad za poprzednim wezwaniem w tej samej sprawie z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., na które Strona nigdy nie udzieliła odpowiedzi na pytania zawarte w piśmie PWIF, ponownie wezwano Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma, informacji: czy systemy komputerowe w Aptece mają zainstalowany program umożliwiający pacjentom posiadającym kartę uczestnika programu lojalnościowego „[...]” naliczanie punktów za zakupione w Aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów; czy pracownicy Apteki rozprawdzają karty „[...]”; który z podmiotów uczestniczących w programie lojalnościowym finansuje wydawanie kart oraz sprzedaż produktów leczniczych po obniżonych cenach i pokrywa różnicę pomiędzy ceną detaliczną a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta.

Ponadto należało złożyć dowody wykazujące zaprzestanie udziału Apteki w programie lojalnościowym, a w szczególności uwierzytelnionych przez uprawnionych przedstawicieli Spółki: dowodów usunięcia tekstu „[...]” z wszelkich miejsc publicznych, w których były zamieszczone; dowodów anulowania kart rabatowych używanych w tym programie; dowodów wypowiedzenia (rozwiązania) „umowy o współpracy” dot. uczestnictwa Apteki w tym programie; dowodów nadania (doręczenia) wypowiedzenia (rozwiązania) „umowy o współpracy” dot. uczestnictwa Apteki w tym programie.

Równocześnie – w przypadku braku dowodów z dokumentów ([...] S.A. w Ł., ul. Z., „przypadkiem” ma adres siedziby pod adresem do doręczeń Strony), gdyż być może niektóre sprawy załatwiane są z sąsiadem ustnie – PWIF w piśmie z dnia [...] r. poprosił Stronę o rozważenie złożenia przez prawidłowo umocowanych przedstawicieli Spółki oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej, dot. wszystkich lub niektórych dowodów określonych wyżej (w przypadku trudności z ich przedstawieniem), po uprzednim zamieszczeniu w treści oświadczenia sformułowania: „Upowiedziona/y o odpowiedzialności za fałszywe zeznania z art. 233 § 1 K.k., zgodnie z jego treścią: «Kto, składając zeznanie mające służyć za dowód w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3», oświadczam, co następuje: ... (tu treść oświadczenia)”.

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

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

Organ podniósł, że w jego ocenie, Apteka nadal honoruje kartę „[...]”, a zatem nadal uczestniczy w lojalnościowym „[...]”, stanowiącym, zgodnie z orzecznictwem sądów administracyjnych, niedozwoloną reklamę apteki i jej działalności.

Wskazano Stronie ukształtowane 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 (www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

Pismem z dnia [...] r., otrzymanym w dniu [...] r. (przy którym przesłano oświadczenie z dnia [...] r. o rezygnacji z uczestnictwa w „[...]” z rzekomym potwierdzeniem odbioru przez organizatora i informacją o wyłączeniu z uczestnictwa w [...] w dniu [...] r.), Strona poinformowała Organ o: zaprzestaniu z dniem [...] r. realizacji w Aptece „[...]” w D., ul. K., kart [...]; demontażu z systemów komputerowych programu umożliwiającego pacjentom posiadającym kartę uczestnika „[...]” 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 „[...]”.

W związku z powyższym PWIF poinformował Stronę pismem z dnia [...] r. o zakończeniu postępowania wyjaśniającego i dowodowego w postępowaniu administracyjnym w sprawie prowadzenia przez Stronę reklamy Apteki. Organ poinformował 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; akta sprawy są dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w Rzeszowie, ul. Warszawska 12a, w dni robocze w godzinach pracy urzędu, po wcześniejszym uzgodnieniu terminu; zgodnie z art. 73 K.p.a., Strona ma prawo wglądu w akta sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii lub odpisów. Czynności te są dokonywane w lokalu organu administracji publicznej w obecności pracownika tego organu. Strona może również żądać uwierzytelnienia odpisów lub kopii akt sprawy lub wydania jej z akt sprawy uwierzytelnionych odpisów, o ile jest to uzasadnione ważnym interesem strony.

PWIF poddał szczegółowej analizie przedłożone przez Stronę przy piśmie z dnia [...] r., otrzymanym w dniu [...] r., oświadczenie” z dnia [...] r. o rezygnacji z uczestnictwa w „[...]” z rzekomym potwierdzeniem odbioru przez organizatora i informacją o wyłączeniu z uczestnictwa w [...] w dniu [...] r.

Organ poinformował Stronę pismem z dnia [...] r., że „oświadczenie” stanowi tylko egzemplarz podobnych oświadczeń przedkładanych na identycznych formularzach – także w równie podejrzanych okolicznościach - przez wszystkie inne podmioty prowadzące niedozwoloną reklamę aptek, poprzez ich udział w innych postępowaniach prowadzonych przez Organ oraz przez innych wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych.

Wg treści „oświadczenia”, 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 „[...]” S.A. oświadczeń woli.

Następnie ta właśnie nieuprawniona osoba rzekomo sama zadecydowała imieniem „[...]” o wyłączeniu Apteki prowadzonej przez Stronę z „[...]” z dniem [...] r. (w piśmie przewodnim, do którego załącznikiem jest „oświadczenie”, wskazano jako datę „wyłączenia z uczestnictwa w „[...]” datę [...] r., a nie [...] r.). Nie jest zatem oczywiste, która data jest prawdziwa, jeżeli nawet którakolwiek z nich taka jest.

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. Z., na to samo nazwisko osoby, która rzekomo już otrzymała oświadczenie Strony i nawet potwierdziła jej odbiór – a wszystko to miało miejsce właśnie w tym samym miejscu, w sąsiednich pomieszczeniach tego samego budynku w Ł. przy ul. [...]).

Pod tym samym właśnie adresem Strona ma swój rzeczywisty adres, wskazywany Organowi tylko jako „adres do korespondencji” (lub jako „adres do doręczeń”). W dodatku odbiór korespondencji potwierdza pełnomocnik osoby trzeciej: [...] Sp. z o.o., a nie pracownik Strony.

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

PWIF do pisma załączył swoje postanowienie z dnia [...] r. w sprawie odmowy uznania wiarygodności tego dokumentu prywatnego.

Organ zauważył, że przez co najmniej dwa lata – a w niniejszej sprawie przez prawie dwa lata - Strona prowadziła 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.

Strona nie skorzystała z możliwości złożenia żądanego przez Organ oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej za zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy, że przed wydaniem decyzji nie była już związana uczestnictwem w programie sprzedażowym „[...]”.

Ponownie zatem PWIF poinformował o treści i znaczeniu prawnym art. 75 § 2 w zw. z art. 83 § 3 K.p.a.

Równocześnie Organ ponownie poprosił Stronę o rozważenie złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma przez uprawnionych członków Zarządu Spółki stosownego wniosku i oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznanie z art. 233 § 1 K.k., dot. wszystkich lub niektórych dowodów, po uprzednim zamieszczeniu w treści oświadczenia stosownego (zacytowanego) sformułowania.

Ponadto PWIF ponownie wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma wszelkich dowodów potwierdzających oświadczenie Strony zawarte w piśmie z dnia [...] r., wykazujących zaprzestanie prowadzenia, także przy pomocy podmiotów i osób trzecich, działalności reklamowej Apteki, polegającej na uczestnictwie w „[...]”, jak również wszelkich dowodów zaniechania jakiegokolwiek udziału Apteki w tym programie, a w szczególności na przykład uwierzytelnionych przez Zarząd Spółki: dowodów usunięcia tekstu Regulaminu „[...]” z wszelkich miejsc publicznych, w których był zamieszczony; 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; dowodu wypowiedzenia (rozwiązania, aneksowania) „umowy o współpracy” dot. uczestnictwa Apteki w tym programie.

Organ uprzedził, 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.

Pismem z dnia [...] r. (data wpływu [...] r.) Strona wyjaśniła, iż: nie dysponuje dowodami usunięcia tekstu regulaminu dot. „[...]” z wszelkich miejsc publicznych, w których był zamieszczony – w tym zakresie dowody przedstawić może jedynie organizator „[...]”; Strona zadeklarowała, że może złożyć oświadczenie, że w Aptece nie są dostępne regulaminy ww. programów (w załączeniu).

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

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

„Uprowadzeni o odpowiedzialności za fałszywe zeznanie 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 „[...]”; systemy komputerowe w Aptece nie miały i nie mają zainstalowanego programu umożliwiającego pacjentom posiadającym kartę uczestnika „[...]” naliczanie punktów za zakupione w Aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów, bo „[...]” nie łączył się z żadnym naliczaniem punktów ani udzielaniem rabatów; prowadzona przez Stronę Apteka nie uczestniczy w „[...]”, ponieważ z dniem [...] r. Strona rozwiązała (oświadczeniem o rezygnacji z tego programu) umowę łączącą Stronę z organizatorem tego programu.

Decyzją z dnia [...] r. PWIF nakazał Stronie zaprzestać prowadzenia reklamy apteki i jej działalności, polegającej na uczestnictwie tej apteki w „[...]” oraz realizacji kart rabatowych; nałożył na Stronę karę pieniężną w kwocie [...] zł, którą należało wpłacić na wskazany rachunek bankowy w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja stanie się ostateczna; decyzji w pkt. 1 nadał rygor natychmiastowej wykonalności.

Wskutek odwołania Strony Główny Inspektor Farmaceutyczny decyzją z dnia [...] r. znak [...] uchylił zaskarżoną decyzję w całości i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia organowi pierwszej instancji.

W wytycznych Głównego Inspektora Farmaceutycznego dla PWIF zawartych w powyższej decyzji względem ponownego przeprowadzenia postępowania administracyjnego i ponownego rozpatrzenia sprawy, organ odwoławczy zasugerował wystąpienie PWIF do Strony z wezwaniem dostarczenia Regulaminu „[...]” oraz umowy uczestnictwa w tym programie.

Realizując wytyczne Głównego Inspektora Farmaceutycznego, organ I instancji pismem z dnia [...] r., doręczonym w dniu [...] r., wezwał Stronę do dostarczenia Regulaminu „[...]” oraz umowy uczestnictwa w tym programie w terminie **7 dni** od dnia otrzymania niniejszego wezwania.

W dniu [...] r. wpłynęło do Organu pismo Strony datowane [...] r., przy którym załączono kserokopię „Deklaracji uczestnictwa w [...]” z dnia [...] r. wraz z kserokopią wykazu aptek, w których miały być realizowane karty [...], a ponadto kserokopię „Regulaminu uczestnictwa Apteki w [...]”.

Mając na względzie przepisy art. 9 i art. 10 § 1 K.p.a., PWIF pismem z dnia [...] r., doręczonym w dniu [...] r., poinformował Stronę o treści przepisów art. 75 § 1, art. 76a § 2 i 3, art. 77 § 1 i 4 K.p.a.; wskazał tezy orzeczeń sądów: uchwały SN z dnia 29 marca 1994 r. III CZP 37/94 (OSNC 1994, nr 11, poz. 206), postanowienia SN z dnia 27 sierpnia 1998 r. III CZ 107/98 (OSNC 1999, nr 3, poz. 52; Biul. SN 1999, nr 1, poz. 9; M. Praw. 1999, nr 4, s. 8), wyroku NSA z dnia 6 października 2010 r., II OSK 1508/09 (LEX nr 746596), wyroku NSA z dnia 21 września 1999 r. (III SA 7375/98, LEX nr 40052) oraz wyroku WSA w Białymstoku z dnia 23 czerwca 2005 r. II SAB/Bk 32/05 (LEX nr 173673), wyroku WSA w Warszawie z dnia 27 maja 2011 r. II SA/Wa 425/11 (LEX nr 1153601).

Organ wskazał Stronie jaką formę musi mieć dokument nie będący oryginałem oraz pouczył, że może zwrócić się do strony, która składa odpis lub wyciąg dokumentu, z żądaniem przedłożenia oryginału dokumentu, gdy jest to uzasadnione okolicznościami sprawy.

W związku z powyższym PWIF ponownie wezwał Stronę do dostarczenia, zgodnie z treścią art. 76a § 2 i 3 K.p.a., oryginałów lub uwierzytelnionych kopii „Deklaracji uczestnictwa w [...]” z dnia [...] r. oraz wykazu aptek, w których miały być realizowane karty [...], a ponadto uwierzytelnioną kopię „Regulaminu uczestnictwa Apteki [...]” - w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, z zastrzeżeniem, że jeżeli Strona z jakichkolwiek przyczyn nie może dostarczyć oryginałów lub sporządzonych zgodnie z treścią art. 76a § 2 i 3 K.p.a. odpisów, Organ dopuszcza uprawdopodobnienie zgodności odpisów powyższych dokumentów z oryginałami, jeżeli zostaną uwierzytelnione przez przedstawicieli Strony uprawnionych do składania oświadczeń woli imieniem Strony.

W dniu [...] r. wpłynęło do Organu pismo Strony datowane [...] r., przy którym

załączono kserokopię „Deklaracji uczestnictwa w [...]” z dnia [...] r. wraz z kserokopią wykazu aptek, w których miały być realizowane karty [...], a ponadto kserokopię „Regulaminu uczestnictwa Apteki w [...]”. Kserokopie zostały uwierzytelnione przez Stronę.

PWIF pismem z dnia [...] r., doręczonym w dniu [...] r., poinformował Stronę, że w wyniku analizy dokumentów Strony stwierdzono, że przedłożony Organowi „Regulamin uczestnictwa Apteki w [...]” obowiązuje od dnia [...] r.

Należało zatem przypomnieć Stronie, że zawiadomieniem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., PWIF wszczął z urzędu postępowanie administracyjne w sprawie prowadzenia przez Stronę działalności reklamowej Apteki [...] w D., ul. K., na podstawie przeprowadzonej przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w dniu [...] r. kontroli planowej Apteki (uwierzytelniony odpis protokołu z kontroli znak: [...] jest załącznikiem do wyciągu z pkt XVI protokołu, włączonym do akt sprawy postanowieniem PWIF z dnia [...] r., uzupełnionym notatką służbową z dnia [...] r.).

Z uwagi na powyższe okoliczności, PWIF po raz trzeci wezwał Stronę do dostarczenia, zgodnie z treścią art. 76a § 2 i 3 K.p.a., uwierzytelnionej przez przedstawicieli Strony uprawnionych do składania oświadczeń woli imieniem Strony kopii „Regulaminu uczestnictwa Apteki w [...]” obowiązującego w dacie kontroli przeprowadzonej przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w Rzeszowie, tj. w dniu [...] r., a także obowiązującego później do dnia [...] r. - w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania.

W dniu [...] r. wpłynęło do Organu pismo Strony datowane [...] r., przy którym załączono uwierzytelnioną przez Stronę kserokopię „Regulaminu uczestnictwa Apteki w [...]” obowiązującego od dnia [...] r.

W tych okolicznościach PWIF pismem z dnia [...] r. poinformował Stronę, że zostało zakończone postępowanie wyjaśniające i dowodowe w ponownym postępowaniu administracyjnym w sprawie prowadzenia przez Stronę, mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych, reklamy Apteki.

Organ pouczył Stronę, że zgodnie z art. 10 § 1 K.p.a., Stronie przysługuje przed wydaniem decyzji prawo do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, oraz że akta sprawy są dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w Rzeszowie, ul. Warszawska 12a, w dni robocze w godzinach pracy urzędu, po wcześniejszym uzgodnieniu terminu.

Ponadto wskazano treść art. 41 i 73 K.p.a.

Rozpatrując sprawę PWIF zważył, co następuje:

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. – informacja o lokalizacji i godzinach

pracy apteki.

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

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

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

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

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

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

Za 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; z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12; z dnia 25 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 2463/12 (dot. m.in. „[...]”); z dnia 5 marca 2013 r., VI SA/Wa 2618/12 (dot. m.in. „[...]+”); z dnia 15 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 2617/12; z dnia 23 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 314/13; z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 315/13; z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 i z dnia 7 sierpnia 2013 r., VI

SA/Wa 1660/13 (dot. „[...]”) - www.orzeczenia.nsa.gov.pl.

PWIF w niniejszej sprawie podziela zatem pogląd, zawarty w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 marca 2015 r. sygn. akt II GSK 54/14: „Ustosunkowując się do istoty [...] wskazać należy, że elementem tego programu jest uatrakcyjnienie oferty handlowej, czyli spowodowanie u odbiorcy (nabywcy) woli zakupu oferowanych towarów de facto w konkretnej aptece. Tym samym jest to reklama działalności apteki. Co istotne i co wymaga zaakcentowania, korzyści wynikające z Programu realizowane mogą być wyłącznie w danej, konkretnej aptece. Stanowi to zachętę do kupowania w tej właśnie aptece”.

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

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

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

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

Charakterystyczny obecnie dla poglądów doktryny jest natomiast pogląd następujący:

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

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

W aptece ogólnodostępnej musi być ustanowiony farmaceuta, o którym mowa w art. 2b ust. 1 pkt 1, 2 i 5-7 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz. U. z 2014 r. poz. 1429, 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. Farmaceuty prowadzący apteki, jako osoby wykonujące zawód zaufania publicznego, powinni zatem być objęci tą samą zasadą” (z uzasadnienia do projektu z dnia 3 listopada 2008 r. ustawy o zmianie P.f. oraz o zmianie niektórych innych ustaw, s. 48).

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

Organ pragnie podkreślić, iż zgodnie z art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy z dn. 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich, sprawowanie opieki farmaceutycznej polega na dokumentowanym procesie, w którym farmaceuta, współpracując z pacjentem i lekarzem, a w razie potrzeby z przedstawicielami innych zawodów medycznych, czuwa nad prawidłowym przebiegiem farmakoterapii w celu uzyskania określonych jej efektów poprawiających jakość życia pacjenta.

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

«[...]» nie realizuje powyższych założeń ponieważ - jak wynika z „Regulaminu uczestnictwa Apteki w [...]” - zarówno apteki, jak i organizator [...] nie dokumentują ani nie przetwarzają danych dotyczących przebiegu farmakoterapii pacjentów - uczestników [...].

Zgodnie z „Regulaminem uczestnictwa Apteki w [...]”, „Apteka wyraża zgodę na przetwarzanie, kompilowanie i dysponowanie przez [...] danych dotyczących transakcji dokonanych z użyciem karty [...]”.

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

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

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

Uczestnictwo w „[...]” polega na korzystaniu przez Aptekę prowadzoną przez Stronę – jako podmiotu współpracującego z organizatorem programu - z systemu komputerowego, którego funkcjonalność pozwala na ustalenie wysokości rabatu, z którego może skorzystać uczestnik programu.

Wydawanie kart i broszur jest bezpośrednio zlecane przez organizatora programu – „[...] S.A. w Ł. Wg informacji uzyskanej w trakcie kontroli planowej od kierownika Apteki, „do [...] r. Apteka pośredniczyła w przekazywaniu ankiet wypełnionych przez pacjentów, którzy chcieli uczestniczyć w programie. Aktualnie zgłoszenia odbywają się przez Internet”.

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

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

Pacjent realizuje kartę [...] w ten sposób, że produkty są mu wydawane

z uwzględnieniem sugerowanego poziomu odpłatności przypisanego dla danego produktu. Przed wydaniem produktów pacjent obowiązany jest wręczyć farmaceucie kartę [...]. Karta uprawnia pacjenta do nabycia leków na receptę o 100% odpłatności po obniżonej cenie.

Ofertą rabatową objęte są również wybrane produkty dostępne bez recepty.

W trakcie kontroli sprawdzającej uprawnieni inspektorzy ujawnili, iż w Aptece jest dostępna gazetka „[...] Promocje na leki bez recepty w [...]”.

Na drugiej stronie gazetki podano informację: „[...] jest szeroką, ogólnopolską inicjatywą farmaceutów, lekarzy i wielu firm z branży farmaceutycznej. Zrzeszeni w [...] specjaliści walczą o niskie ceny leków dla osób po 60 roku życia. Wielką misją [...] jest obniżenie całościowych kosztów terapii lekami dla osób starszych w Polsce”; „Ceny są ważne dla Klientów posiadających [...]”; „Oferta ważna od [...] r. do [...] r. lub do wyczerpania zapasów”.

U dołu każdej strony podana była informacja: „Przedstawiona oferta ma charakter informacyjny, nie stanowi oferty handlowej w rozumieniu art. 66 par. 1 Kodeksu cywilnego oraz innych właściwych przepisów prawnych”.

Wewnątrz gazetki znajdują się produkty lecznicze i wyroby medyczne z cenami.

Na ostatniej stronie gazetki znajdowało się logo „[...]” wpisane w kontur granic Polski, numer telefonu komórkowego i stacjonarnego oraz adres strony internetowej „[...]”.

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

Informacje o [...] i warunkach uczestniczenia w nim, umieszczone były na stronie internetowej innej niż strona przedsiębiorcy – organizatora programu: „[...]” S.A. w Ł. – wraz z udostępnionymi danymi aptek w nim uczestniczących, w tym Apteki.

Strona prowadzi Aptekę na podstawie zezwolenia (koncesji) Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w T. znak [...] z dnia [...] r., zmienioną decyzją nr [...] Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Rzeszowie z dnia [...] r. znak [...] oraz decyzją zmieniającą nr [...] Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w Rzeszowie z dnia [...] r. znak [...].

Podstawą wszczęcia i prowadzenia z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Stronę działalności reklamowej Apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez uczestnictwo tej apteki w programie lojalnościowym „[...]”, realizowanym wspólnie z „[...]” S.A. w Ł. 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:

- 1) 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),
- 2) „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),
- 3) „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),
- 4) „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 uczestniczyła 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 (dokonywanie zakupów w aptekach objętych [...] wiąże się dodatkowo ze zmniejszeniem ceny produktów),
- skorzystania z rabatu, dzięki któremu produkt kosztuje mniej niż bez rabatu,
- zakupy produktów objętych akcjami specjalnymi dają większy upust, dzięki temu klienci mogą kupić z rabatem więcej produktów z [...].

Osoba uczestnicząca w [...] otrzymuje [...], umożliwiającą uczestnikom programu dokonującym zakupów w aptece uczestniczącej w programie korzystanie ze specjalnej oferty rabatowej. W celu realizacji uprawnień, uczestnik winien każdorazowo okazywać Kartę w Aptecę przed zakupem produktów.

Organ ustalił, że Apteka, zgodnie z „Deklaracją uczestnictwa w [...]” od dnia [...] r. brała 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 [...] 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 lojalnościowych: [...] 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.

Według informacji uzyskanej od kierownika w trakcie kontroli planowej „do [...] r. apteka pośredniczyła w przekazywaniu ankiet wypełnionych przez pacjentów, którzy chcieli uczestniczyć w programie. Aktualnie zgłoszenia odbywają się przez Internet”.

W ocenie Organu, udział Apteki prowadzonej przez Spółkę w „[...]”, zachęcał uczestników programu do dokonywania zakupu produktów w tej aptece, za które mogli oni uzyskać określone korzyści. Program skłaniał uczestników do dalszych zakupów w Aptecę.

Działanie polegające na zachęcaniu do zakupów, oferujące pacjentom korzyści, należy uznać za reklamę Apteki i jej działalności.

Program stwarzał warunki przymuszania do związania się z apteką oraz miał na celu zwiększenie obrotu w aptecę uczestniczącej w programie.

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

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

Organ nie kwestionuje prowadzenia przez Aptekę usług farmaceutycznych, polegających na udzielaniu informacji o produktach leczniczych i wyrobach medycznych, o których mowa w art. 86 ust. 2 pkt 4 P.f., jak i na sprawowaniu opieki farmaceutycznej polegającej na dokumentowanym procesie, w którym farmaceuta, współpracując z pacjentem i lekarzem, a w razie potrzeby z przedstawicielami innych zawodów medycznych, czuwa nad prawidłowym przebiegiem farmakoterapii w celu uzyskania określonych jej efektów

poprawiających jakość życia pacjenta, o której mowa w art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz. U. z 2014 r. poz. 1429, z późn. zm.).

Oceniając uczestnictwo Apteki prowadzonej przez Stronę w „[...]”, należy jednak stwierdzić, że stanowiło ono niedopuszczalną reklamę Apteki i jej działalności, a tym samym naruszało 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 „[...]”, którego organizatorem jest inny przedsiębiorca, stanowi naruszenie tego przepisu, ale także warunków udzielonego przez PWIF zezwolenia na prowadzenie Apteki.

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

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

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

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

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

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

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

Organ miał zatem prawny obowiązek nakazać, w drodze decyzji wyposażonej w rygor

natychmiastowej wykonalności, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

Strona złożyła jednak w tej sprawie przy piśmie z dnia [...] r. oświadczenie, o którym mowa w art. 75 § 2 w zw. z art. 83 § 3 K.p.a., że: w prowadzonej przez Stronę Aptecę nie jest dostępny regulamin „[...]”; systemy komputerowe w Aptecę nie miały i nie mają zainstalowanego programu umożliwiającego pacjentom posiadającym kartę uczestnika „[...]” naliczanie punktów za zakupione w Aptecę produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów, bo „[...]” nie łączył się z żadnym naliczaniem punktów ani udzielaniem rabatów; prowadzona przez Stronę Apteka nie uczestniczy w „[...]”, ponieważ z dniem [...] r. Strona rozwiązała (oświadczeniem o rezygnacji z tego programu) umowę łączącą Stronę z organizatorem tego programu.

Zgodnie z sugestią Głównego Inspektora Farmaceutycznego, że nie należy odmawiać uznania wiarygodności dokumentom prywatnym, PWIF uznał, że bezprzedmiotowe stało się postępowanie w sprawie prowadzenia przez Stronę działalności reklamowej Apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę poprzez uczestnictwo apteki w „[...]” oraz realizację kart rabatowych.

PWIF nie może zatem z powodu stwierdzenia naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 P.f., w drodze decyzji wyposażonej w rygor natychmiastowej wykonalności, nakazać Stronie zaprzestanie udziału Apteki w programie, który w istocie swej poprzez odnoszenie korzyści przez uczestniczących w nim pacjentów zachęca do dokonywania zakupów w prowadzonej przez Stronę aptecę, stanowi niedozwoloną jej reklamę i jej działalności, ale która została zaprzestana i organ nie może już zarzucić prowadzenia takiej sprzedaży.

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

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

PWIF wziął pod uwagę, że „decyzję o umorzeniu postępowania organ administracji państwowej wydaje zgodnie z art. 105 § 1 Kpa wówczas, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, w szczególności wówczas gdy organ administracyjny stwierdzi oczywisty brak podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpatrzenia sprawy” (uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 września 2001 r. sygn. akt V SA 381/01 - www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

W związku z powyższym dalsze prowadzenie postępowania administracyjnego stało się bezprzedmiotowe i koniecznym stało się jego umorzenie na podstawie art. 105 § 1 Kpa.

PWIF nie może na podstawie art. 94a ust. 3 i 4 P.f. nakazać Stronie zaprzestanie prowadzenia takiej sprzedaży z powodu stwierdzenia naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 P.f. o zakazie prowadzenia reklamy Apteki.

Strona rzekomo rozwiązała z dniem [...] r. umowę łączącą Stronę z organizatorem „[...]”, ale dowód zaniechania prowadzenia „[...]” Organ otrzymał dopiero w dniu [...] r.

Organ nie mógł jednak zaniechać nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 129b ust. 1 i 2 P.f.

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 prowadzony przez Stronę na podstawie umowy z „[...]” S.A. w Ł. program lojalnościowy „[...]”, w istocie swej zachęcający pacjentów do dokonywania zakupów w prowadzonej przez Stronę Aptece, stanowi 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 tej samej apteki zlokalizowanej na obszarze Województwa Podkarpackiego,
- 2) naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. przez Stronę stwierdzone zostało po wejściu w życie zmienionych od dnia 1 stycznia 2012 r. przepisów,
- 3) reklama Apteki i jej działalności była stała i długotrwała (zgodnie z „Deklaracją uczestnictwa w „[...]” trwała od dnia [...] r. oraz prawie przez dwa lata po wejściu w życie znowelizowanej P.f.), ale dotyczyła tylko jednej apteki z Podkarpacia,
- 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.

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 była wielokrotnie wzywana do złożenia wszelkich informacji, wyjaśnień i dokumentów w tej sprawie, wykazujących zaprzestanie udziału Apteki w programie lojalnościowym „[...]”.

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.

W tych okolicznościach należało uznać, że przed datą wydania niniejszej decyzji nastąpiła rezygnacja przez Stronę z „[...]”, jednakże działalność naruszająca przepis art. 94a P.f. trwała nieprzerwanie od [...] r., także po wejściu w życie nowych surowszych przepisów, jak również w toku niniejszego postępowania.

Ponieważ jednak 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.

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.