

**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 kwietnia 2015 r.

FARZ-DA.8523.45.2013

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

DECYZJA

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

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- 1) umarza postępowanie w sprawie nakazu zaprzestania prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w W., reklamy Apteki „[...]” w P., ul. [...], oraz jej działalności, polegającej na uczestnictwie tej apteki w lojalnościowym Programie [...] oraz na wykorzystaniu kart rabatowych Programu [...], organizowanego przez [...] S.A. w Ł;
- 2) umarza postępowanie w sprawie wydawania pacjentom w lokalu Apteki: gazetki promocyjnych pn. „Lato w pełni. [...] Codziennie” z nazwą, adresem i numerem telefonu Apteki, 90-stronicowego katalogu promocyjnego pn. „[...] Przewodnik dla aktywnie wypoczywających” z nazwą, adresem i numerem telefonu Apteki, 16-stronicowego „Informatora o cenach leków bez recepty w Programie [...]. [...]”;
- 3) umarza postępowanie w sprawach: wydawania pacjentom Apteki woreczków reklamowych wraz z lekarstwami; udziału Apteki w Programie «[...]»;
- 4) nakazuje zaprzestać: realizacji w Aptece kart [...] S.A. w Ł (PCU - „Pacjent [...]”); realizacji w Aptece kart [...] [...] Programu [...]; ujawnionej na portalu [...] informacji o Aptece w „[...]” prowadzonym przez [...] w W.;
- 5) nakłada na [...] Sp. z o.o. w W. karę pieniężną w kwocie [...] zł (słownie: [...] złotych), którą należy wpłacić na rachunek bankowy Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w [...] O/Okr. R. nr [...] w terminie 7 dni od dnia, w którym niniejsza decyzja stanie się ostateczna;
- 6) nadaje decyzji w pkt 4 rygor natychmiastowej wykonalności.

UZASADNIENIE

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

W związku z kontrolą planową przeprowadzoną przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R., podczas której stwierdzono nieprawidłowości (opisane w punkcie XVI protokołu [...] z dnia [...] r. i w załączniku nr 8 do protokołu) dotyczące naruszenia art. 94a P.f., Podkarpacki Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w R. (dalej zwany: „PWIF” lub „organem”), uzyskał informację dotyczącą naruszenia art. 94a P.f.

W punkcie XVI protokołu [...] z dnia [...] r. uprawnieni inspektorzy farmaceutyczni ujawnili, co następuje: „W dniu kontroli stwierdzono prowadzenie przez aptekę działalności reklamowej w postaci wydawania gazetek promocyjnych, wizualizacji promocji w aptece, wydawanie woreczków reklamowych. Apteka uczestniczy w Programie [...], realizuje karty [...], oraz bierze udział w Programie «[...]»”. Stosowne oświadczenie kierownika apteki dot. programów funkcjonujących w aptece w załączniku nr 8 do protokołu wraz z ulotkami informacyjnymi i dokumentacją fotograficzną – 7 zdjęć. Udział apteki będzie przedmiotem odrębnego postępowania”.

Kierownik apteki podczas kontroli oświadczył (zał. nr 8 do protokołu), że Apteka realizuje karty [...] (PCU - „Pacjent [...]”) oraz karty „Programu [...]”; kartą [...] pozyskaną za pobyt w szpitalu pacjent może zapłacić za cały asortyment znajdujący się w Aptece; posiadacz karty Programu [...] ma dzięki niej możliwość otrzymania leku pełnopłatnego w obniżonej cenie. Karty Programu [...] nie są wydawane w aptece, pacjent pozyskuje je dzwoniąc na infolinię, której numer zawarty jest w gazetce informacyjnej. W sierpniu br. został wdrożony „[...]” dla pacjentów aptek „[...]”, ale w Aptece nie został jeszcze wydany ani jeden kupon.

W lokalu Apteki znajdowały się egzemplarze (załączono 1 egz. do protokołu kontroli) gazetki promocyjnej pn. „Lato w pełni. [...] Codziennie”. Na pierwszej stronie 40-stronicowej gazetki znajduje się pieczęć firmowa z nazwą podmiotu prowadzącego Aptekę ([...] Sp. z o.o.) i adresem Strony. Na tej samej pieczęci zamieszczono nazwę, adres i numer telefonu Apteki oraz nr NIP Strony (apteka nie może posiadać odrębnego nr NIP). Ponadto w górnej części okładki umieszczono napis: „Oferta ważna [...]”.

Wewnątrz gazetki znajdowały się produkty lecznicze i wyroby medyczne z cenami. Na ostatniej stronie gazetki znajduje się logo „[...] [...]” i zachęta o treści: „Pobierz aplikację [...] z [...] lub [...] i zamów dermena lash z 50% rabatem. Najszersza oferta ponad [...] produktów. U nas zamówisz także leki na receptę. Darmowa dostawa do wybranej z ponad [...] aptek. Specjalne oferty, nawet do 70% taniej. 24/48 h – szybki czas realizacji zamówień”. U dołu ostatniej strony był napis: „Szukaj aplikacji także na M.[...]”.

W lokalu Apteki znajdowały się egzemplarze (załączono 1 egz. do protokołu kontroli) 90-stronicowego katalogu promocyjnego pn. „[...] Przewodnik dla aktywnie wypoczywających”. U dołu pierwszej strony napis: „[...] Codziennie”, pieczęć firmowa z nazwą podmiotu prowadzącego Aptekę ([...] Sp. z o.o.) i adresem Strony (zapewne nieprawdziwym). Na tej samej pieczęci zamieszczono nazwę, adres i numer telefonu Apteki oraz nr NIP Strony. Wewnątrz katalogu w podziale na województwa zamieszczono wykazy i liczby aptek „[...]”, ich adresy i numery telefonów, poprzedzone zachętą: „W każdej chwili, nie wychodząc z domu, możesz zamówić leki, również te na receptę, na stronie [...] i odebrać je w jednej z pomarańczowych aptek”.

W lokalu Apteki znajdowały się egzemplarze (załączono 1 egz. do protokołu kontroli) 16-stronicowego „Informatora o cenach leków bez recepty w Programie [...]. [...]”. Na drugiej stronie informatora podano informację: „Ceny są ważne dla Klientów posiadających

legitymację Seniora Programu [...]. Oferta ważna od [...] r. do [...] r. lub do wyczerpania zapasów. Informujemy, że w ulotce podaliśmy maksymalne sugerowane ceny detaliczne dla uczestników Programu [...]. Każda apteka honorująca karty może je dowolnie obniżyć". 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 „[...]”, a ponadto zachęta o treści: „Leki pokazane w tym informatorze to tylko część szerokiej oferty Programu [...]. Z legitymacją Programu czeka na Ciebie ponad [...]leków w niższych cenach. Zadzwoń i zapytaj na infolinii [...]. Pamiętaj, aby okazać legitymację [...] przy każdych zakupach w aptece”.

Wizualizacja promocji w Aptece polegała na naklejeniu na szybach w lokalu Apteki plakatów zatytułowanych: „Super Promocja!”, „[...] Promocje w Programie [...] Oferta ważna od [...] r. do [...] r. lub do wyczerpania zapasów”; „Promocje” (nad opakowaniami z lekami); „Dziękujemy. [...] Promocje w Programie [...]” (zob. dokumentację fotograficzną – 7 zdjęć).

Wydawanie woreczków reklamowych z logo „pacjent [...]” oraz adresem [...] następowało wraz z lekarstwami.

Zgodnie z oświadczeniem kierownika Apteki, realizowała ona karty [...] oraz brała udział w Programie „[...]”.

W Aptece wyłożone były też ulotki pn. „[...]” z wizerunkiem „[...] karty podarunkowej [...]zł” z logo „[...]” oraz hasłem „[...]”; „[...] Codziennie”. Akcja dotyczyła pacjentów zarejestrowanych w Programie [...], „wg potencjału pacjentów”, karty wydawali farmaceuci w Aptece, wysyłali kupony do Ł za pośrednictwem [...] (list przewozowy generowany na profilu farmaceuty), zgłaszali problemy na infolinii „[...]”, a kartę aktywną i ważną do [...] r. pacjent otrzymywał na adres domowy.

Oznaczało to wykonywanie przez farmaceutę czynności nie przewidzianych przez ustawę i skutkujących jego odpowiedzialnością zawodową.

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

Organ poinformował Stronę o treści art. 10, art. 33, art. 35 § 3 i 5, art. 41 i art. 73 K.p.a.

Pouczono Stronę, że akta sprawy są dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w R., ul. [...], w dni robocze w godzinach pracy urzędu, po uprzednim telefonicznym lub osobistym uzgodnieniu terminu.

Zawiadomiono Stronę, że w myśl art. 40 § 5 K.p.a. Strona ma możliwość złożenia odpowiedzi na pismo wszczynające postępowanie oraz wyjaśnień na piśmie.

Postanowieniem z dnia [...] r. PWIF, na podstawie art. 123 § 1 w związku z art. 75 § 1 oraz art. 78 § 1 K.p.a., włączył do akt sprawy postępowania administracyjnego następujący materiał dowodowy:

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

- 1) oświadczenie kierownika apteki, J.H.;
- 2) gazетка „Lato w pełni. [...] Codziennie”;

- 3) katalog „[...] Przewodnik dla aktywnie wypoczywających”;
- 4) „Informator o cenach leków bez recepty w Programie [...] [...]”;
- 5) dokumentacja fotograficzna – 7 zdjęć plakatów zatytułowanych: „Super Promocja!”, „[...] Promocje w Programie [...]. Oferta ważna od [...] r. do [...] r. lub do wyczerpania zapasów”; „Promocje”; „Dziękujemy. [...] Promocje w Programie [...]”;
- 6) woreczek reklamowy z logo oraz adresem [...];
- 7) ulotka pn. „[...]” z wizerunkiem „[...] karty podarunkowej [...]” z logo „[...]” oraz hasłem „[...]”; „[...] Codziennie”.

Na podstawie art. 124 § 2 K.p.a. odstąpiono od uzasadnienia postanowienia ze względu na fakt, że zgodnie z art. 141 § 1 i art. 127 § 1 w związku z art. 144 K.p.a., od tego postanowienia nie przysługiwało zażalenie.

Postanowienie doręczono Stronie na adres do doręczeń w dniu [...] r.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania, Strona w piśmie z dnia [...] r. wyjaśniła, że Apteka uczestniczy w Programie [...], ale zarówno Apteka, jak i Strona jako podmiot ją prowadzący, „nie są organizatorem Programu [...] i nie są nadawcą korespondencji związanej z tymże programem”.

Równocześnie Strona w swoim piśmie 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 wyjaśniła, 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 stwierdziła – „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 nie[...]woloną, 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”.

Wg stanowiska Strony, jej udział w "Programie [...]" nie narusza przepisu art. 94a P.f.

Promocję, stanowiącą zachętę do nabywania produktów, charakteryzuje bowiem komercyjny charakter, cel, jakim jest wola zwiększenia obrotów danej apteki.

Na poparcie swych wywodów Strona przywołała załączone do jej pisma opinie prawne: sporządzoną dla „[...] S.A.” w Ł w dniu [...] r. przez radcę prawnego dr hab. J.L., a także adwokatów prof. dr hab. E.T. i J.A. z dnia [...] r., sporządzoną na zlecenie „[...]” S.A. w W.

Strona 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.

System, 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 farmaceucie 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 [...] wolone wprost przez przepis art. 94a P.f.

Strona w swej obszernej replice (zawartej w piśmie z dnia [...] r.) do treści zawiadomienia o wszczęciu postępowania nie odniosła się do faktów stwierdzonych podczas kontroli planowej przeprowadzonej przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. (opisanych w punkcie XVI protokołu [...] z dnia [...] r. i w załączniku nr 8 do protokołu), dotyczących naruszenia art. 94a P.f.

Jedynie w części pisma dotyczącej wyjaśnienia roli i znaczenia portalu internetowego prowadzonego przez „[...]” S. A., Strona odniosła się do treści sloganów: „Darmowa dostawa do wybranej z ponad [...] aptek (zawartego w 40-stronicowej gazecie promocyjnej pn. „Lato w pełni. [...]. Codziennie.”, znajdującej się w lokalu Apteki w dniu kontroli) oraz „W każdej chwili, nie wychodząc z domu, możesz zamówić leki, również te na receptę, na stronie [...] i odebrać je w jednej z pomarańczowych aptek” (zawartego w 90-stronicowym katalogu promocyjnym pn. „[...] Przewodnik dla aktywnie wypoczywających”).

Strona – myląc hasła w portalu [...] z hasłami zawartymi w papierowych materiałach promocyjnych, co może świadczyć tylko o braku rozeznania Strony w tym, co dzieje się w jej aptekach – stwierdziła, że «treści, określone jako takie, które „zachęcają do zakupu” nie dotyczą aptek, ani nie są powiązane z aptekami, w tym z kontrolowaną apteką, a dotyczą wyłącznie produktów».

Pismem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., PWIF, mając na względzie przepisy art. 9 i art. 10 § 1 K.p.a., obszernie odniósł się do treści pisma Strony z dnia [...] r. oraz poinformował Stronę, jak następuje:

Strona – przyznając, że Apteka uczestniczy w Programie [...] - podniosła i podkreśliła w swoim 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”.

Trzeba było zatem zwrócić uwagę Strony, że 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 skarżącej spółki można uznać działalność polegającą na informowaniu i zachęcaniu do zakupu produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w danej aptece poprzez program kierowany do klientów, który dla jego uczestników przewiduje określone bonusy, upusty, rabaty przy nabyciu towarów, co ma na celu zwiększenie ich sprzedaży. Innymi słowy, reklamą działalności apteki będzie więc zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w aptece - niezależnie od form i metod jej prowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków - jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych” (zob. wyrok WSA w W. z dnia 7 sierpnia 2013 r., VI SA/Wa 1660/13, www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

Równocześnie Strona w swoim piśmie z dnia [...] r. 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”.

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

Strona w swoim piśmie z dnia [...] r. 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”.

Należało zatem podnieść, że Apteka nie jest – i nie może być – podmiotem jakichkolwiek czynności prawnych w swoim imieniu i na swoją rzecz.

Każda apteka – jak wy tłumaczył Organ - stanowi odrębną „zorganizowaną część przedsiębiorstwa”, w rozumieniu art. 55¹ Kodeksu cywilnego (ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm. - dalej zwana „**K.c.**”), podmiotu prowadzącego każdą aptekę na podstawie odrębnego zezwolenia. Zezwolenie jest decyzją administracyjną, aktem publicznoprawnym, jego przedmiotem jest udzielenie uprawnień publicznoprawnych, regulowanych przepisami prawa publicznego, ukierunkowanymi na

ochronę interesu publicznego.

PWIF pouczył Stronę, że przepis art. 55² K.c., który - wprowadzając zasadę, iż czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa - zastrzega, że nie ma ona zastosowania, gdy co innego wynika z treści tej czynności prawnej albo z przepisów szczególnych. Zgodnie z przepisami art. 38 i 42 K.c., osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie; jeżeli osoba prawna nie może prowadzić swoich spraw z braku powołanych do tego organów, sąd ustanawia dla niej kuratora (a kurator powinien postarać się niezwłocznie o powołanie organów osoby prawnej, a w razie potrzeby o jej likwidację).

PWIF podniósł, że brzmienie przepisów P.f. jednoznacznie świadczy o tym, iż zezwolenie na prowadzenie apteki może uzyskać tylko jeden podmiot - przedsiębiorca, który złożył stosowny wniosek, jeżeli spełnia wymogi określone przez prawo.

A zatem, wg Organu, Strona - i tylko ona, a nie jej Apteka - jest podmiotem uczestniczącym w Programie [...], który „dokonując sprzedaży określonych produktów, nierefundowanych ze środków publicznych, honoruje uprawnienia uczestników tego Programu do skorzystania z przypisanych do tych produktów ofert rabatowych” i tylko Strona ponosi odpowiedzialność z tego tytułu.

Stronie – jak twierdziła w piśmie z dnia [...] r. – „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 Apteki prowadzonej przez Stronę. 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”.

Organ zaprzeczył takiemu twierdzeniu. Uczestnictwo prowadzonej przez Stronę apteki ogólnodostępnej w "Programie [...]" jest komunikowane publicznie. Poprzez prasę, Internet i materiały informacyjne (w tym plakaty i ulotki) program ten trafia do nieokreślonego kręgu potencjalnych klientów apteki, co niewątpliwie ma na celu zwiększenie obrotu apteki biorącej w nim udział. Z "Programu [...]" korzystać mogą nie tylko osoby po sześćdziesiątym roku życia, ale także ich "opiekunowie" – dzieci, wnuki. Wobec kategoriycznego brzmienia przepisu art. 94a P.f. oraz literalnej wykładni jego treści, wywody Strony, iż "nie każdy rodzaj zachęcania do nabywania leków w aptecce jest reklamą apteki" nie są więc trafne. "Program [...]" jako program lojalnościowy jest jedną z form reklamy.

Strona w piśmie z dnia [...] r. 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 nie[...]woloną, 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.

Organ natomiast uważa, że Program [...] służy przyciągnięciu nowych klientów i zatrzymaniu już pozyskanych, a w rezultacie ma za zadanie doprowadzenie do wzrostu sprzedaży poprzez budowanie lojalności wśród obecnych najbardziej wartościowych klientów, stanowiąc narzędzia promocji konsumenckiej stosowanej w sprzedaży, gdzie konsumenci nagradzani są w zależności od częstotliwości nabywania produktów lub usług danej firmy czy też wielkości zakupów.

Program lojalnościowy „[...]” zapewnia nie tylko podniesienie sprzedaży i często

osłabienie pozycji konkurencji, ale i bezpłatną reklamę, gdyż przyciąga klientów do konkretnych aptek zachęcając ich w ten sposób do nabywania produktów leczniczych.

Oferowany program poprzez zachętę do kupna produktów we wskazanych poprzez Internet aptekach ma na celu zwiększenie obrotów uczestniczących w nim aptek; jednocześnie posiada również walor informacyjny. Adresy tych aptek, tak jak adres Apteki prowadzonej przez Stronę, udostępnione są w Internecie.

Nie budzi zaś wątpliwości Organu, że Strona przystąpiła do "Programu [...]" w celu komercyjnym.

Strona ponownie podkreśliła w swoim piśmie z dnia [...] r., 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”.

Zdaniem Organu, nie jest istotne z punktu widzenia zakazu reklamy Apteki, czy reklama dokonywana jest wewnątrz czy na zewnątrz apteki. Jej działalność reklamowa może przejawiać się tak we wnętrzu lokalu aptecznego, jak i poza nim. Przepis art. 94a P.f. nie wyznacza granic miejscowych reklamy.

W świetle powyższego nie sposób było podzielić stanowiska Strony, iż jej udział w "Programie [...]" nie narusza przepisu art. 94a P.f. Promocję, stanowiącą zachętę do nabywania produktów, charakteryzuje bowiem komercyjny charakter, cel, jakim jest wola zwiększenia obrotów danej apteki.

Wg PWIF, do uznania reklamowego charakteru danych działań bez znaczenia jest to, czy reklama adresowana jest do klientów już pozyskanych czy też potencjalnych. Nie można przyjąć, że reklama zawsze adresowana jest tylko do "nowych" klientów, gdyż jej celem jest również zachęcenie do dalszego korzystania z usług Apteki osób, które już się w niej zaopatrywały.

Na poparcie swych wywodów Strona w piśmie z dnia [...] r. przywołała załączone do jej pisma opinie prawne: sporządzoną dla „[...] S.A.” w Ł w dniu [...] r. przez radcę prawnego dr hab. J.L., a także adwokatów prof. dr hab. E.T. i J.A. z dnia [...] r., sporządzoną na zlecenie „[...]” S.A. w W..

Organ poinformował Stronę, że podziela w sprawie powyższych opinii stanowisko Głównego Inspektora Farmaceutycznego, który uważa – jak wynika z treści uzasadnienia faktycznego wyroku WSA w W. z dnia 7 sierpnia 2013 r., VI SA/Wa 1660/13 (www.orzeczenia.nsa.gov.pl) - 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 zająd 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 p.f".

Strona w piśmie z dnia [...] r. potwierdziła, że na portalu [...] umieszczono informację o Aptece, ponieważ uczestniczy ona w „[...]” prowadzonym przez „[...]” S.A. w W..

W związku z powyższym, Organ wezwał ponownie Stronę do odniesienia się do faktów stwierdzonych podczas kontroli planowej przeprowadzonej przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w dniu [...] r., dotyczących naruszenia art. 94a P.f. - w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania.

Równocześnie Organ pismem z dnia [...] r. wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma, informacji:

- 1) czy systemy komputerowe w Aptece mają zainstalowany program umożliwiający pacjentom posiadającym Kartę Uczestnika programu lojalnościowego naliczanie punktów za zakupione w aptece produkty oraz ich sumowanie, a także korzystanie z innych upustów i rabatów;
- 2) czy pracownicy Apteki rozprawdzają Karty Uczestnika Programu;
- 3) który z podmiotów uczestniczących w programie lojalnościowym finansuje wydawanie kart i broszur oraz wydaje produkty po obniżonych cenach i pokrywa różnicę pomiędzy ceną detaliczną a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta.

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

- 1) dowodów usunięcia tekstu „Regulaminu Programu [...]” z wszelkich miejsc publicznych, w których były zamieszczone;
- 2) dowodów anulowania kart rabatowych używanych w tym programie;
- 3) dowodów wypowiedzenia (rozwiązania) „umowy o współpracy” dot. uczestnictwa Apteki w tym programie;
- 4) dowodów nadania (doręczenia) wypowiedzenia (rozwiązania) „umowy o współpracy” dot. uczestnictwa Apteki w tym programie.

Równocześnie PWIF poprosił o rozważenie złożenia przez prawidłowo umocowanych przedstawicieli Spółki oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej, dot. wszystkich lub niektórych dowodów określonych wyżej w pkt 1-4 (w przypadku trudności z ich przedstawieniem), po uprzednim zamieszczeniu w treści oświadczenia sformułowania:

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

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

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

W odpowiedzi na wezwanie Organu z dnia [...] r., Strona złożyła w dniu [...] r. pismo z dnia [...] r., stanowiące dokładne odwzorowanie identycznych pism otrzymywanych przez Organ od innych podmiotów współpracujących w programach lojalnościowych z „[...]” S.A. w W. i „[...]” Sp. z o.o. w Ł, o treści zbyt luźno związanej z żądaniami PWIF.

Strona potwierdziła fakty zawarte w pkt 1-9 na str. 5-6 pisma Organu z dnia [...] r., podtrzymując zarazem stanowisko, że opisane działania nie naruszały art. 94a P.f. Przyznała, że ona – a nie Apteka - ponosi odpowiedzialność za działania podejmowane w Aptece.

Poinformowała, że w ramach Programu [...] nie są naliczane punkty za zakupione w Aptece produkty, nie są także udzielane upusty i rabaty. Sprzedawane są produkty po obniżonej cenie.

W konsekwencji – jak stwierdziła Strona - systemy komputerowe w Aptece nie mają zainstalowanego programu umożliwiającego pacjentom posiadającym Kartę Uczestnika 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 rozprawdzają Karty Uczestnika Programu.

Strona wyjaśniła także, iż wydawanie w programie lojalnościowym kart i broszur finansuje „Organizator Programu”, natomiast Apteka wydaje produkty po obniżonych cenach i pokrywa różnicę pomiędzy ceną detaliczną a obniżoną ceną płaconą przez pacjenta.

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 – które okazały się skanami, choć należało złożyć dowody w formie dokumentów wykazujących zaprzestanie udziału Apteki w programie lojalnościowym, a w szczególności dowodów uwierzytelnionych przez uprawnionych przedstawicieli Spółki.

Strona podniosła ponadto, że: nie dysponuje dowodami usunięcia tekstu „Regulaminu Programu [...]” z wszelkich miejsc publicznych, w których były zamieszczone – odsyłając Organ w tym zakresie do Organizatora Programu [...]; nie dysponuje dowodami anulowania kart rabatowych używanych w tym programie.

W dniu [...] r. wpłynęło pismo Strony datowane [...] r., w którym Strona przyznała, że do swojego pisma z [...] r. dołączyła „omyłkowo” - niezgodnie z żądaniem Organu – kserokopie oświadczeń zamiast oryginałów.

Do pisma załączono oryginały żądanych dokumentów z prośbą o ich zwrot po urzędowym uwierzytelnieniu.

Ponieważ Strona w piśmie z dnia [...] r. potwierdziła, że na portalu [...] umieszczono informację o Aptece, gdyż uczestniczy ona w „[...]” prowadzonym przez „[...]” S.A. w W., ale zauważyła przy tym, iż Główny Inspektor Farmaceutyczny nie uznaje udziału aptek w tym „systemie” za naruszający dyspozycję art. 94a P.f. i na dowód przytoczyła decyzję znak [...] z dnia [...] r., PWIF – po wystąpieniu do właściwych organów Inspekcji Farmaceutycznej – otrzymał od nich i postanowieniem z dnia [...] r. włączył do akt sprawy pismo [...] Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego znak [...] z dnia [...] r. wraz z załączonymi do pisma:

- 1) decyzją [...] Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego znak [...] z dnia [...] r.;
- 2) decyzją Głównego Inspektora Farmaceutycznego znak [...] z dnia [...] r.

Na podstawie art. 124 § 2 K.p.a. odstąpiono od uzasadnienia postanowienia ze względu na fakt, że zgodnie z art. 141 § 1 i art. 127 § 1 w związku z art. 144 K.p.a., od tego postanowienia nie przysługiwało zażalenie. Postanowienie doręczono Stronie w dniu [...] r.

Z analizy tych decyzji wynikało tylko, że Główny Inspektor Farmaceutyczny uchylił decyzję [...] Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego nakazującą przedsiębiorcy

zaprzestanie prowadzenia reklamy apteki „[...]” z powodu naruszenia przez organ I instancji przepisów art. 7, art. 77 § 1, art. 80 i art. 107 K.p.a. Organ odwoławczy podniósł także, iż „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 (jeżeli takimi są), a jedynie usunięcie danych apteki ze stron internetowych”.

Nieprawdą zatem okazało się twierdzenie Strony, że Główny Inspektor Farmaceutyczny w decyzji znak [...] z dnia [...] r. nie uznał za naruszający dyspozycję art. 94a P.f. udział aptek w „[...]” na portalu [...] prowadzonym przez „[...]” S.A. w W..

W tych okolicznościach PWIF pismem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., przypomniał Stronie, że w piśmie Organu z dnia [...] r. zaproponował on rozważenie złożenia przez prawidłowo umocowanych przedstawicieli Spółki oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej, dot. wszystkich lub niektórych dowodów (w przypadku trudności z ich przedstawieniem).

Do tej propozycji Strona nie odniosła się, w związku z czym PWIF ponowił żądanie złożenia, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, jednego wspólnego lub dwóch odrębnych oświadczeń, odpowiadających treści zawartej w piśmie Strony z dnia [...] r., wg żądanego wzoru zawierającego uprzedzenie o odpowiedzialności za fałszywe zeznania z art. 233 § 1 K.k., zgodnie z zacytowaną jego treścią.

Pod oświadczeniem należało złożyć podpis czytelny albo odcisnąć pieczęć imienną i wtedy podpisać dokument nieczytelnie.

Organ ponownie przytoczył Stronie treść art. 75 § 2 w zw. z art. 83 § 3 K.p.a., pouczając, że Organ może poprzestać na odebraniu od strony oświadczenia o powyższej treści i w konsekwencji umorzyć postępowanie w zakresie nakazu zaprzestania działalności reklamowej apteki z rygorem natychmiastowej wykonalności.

Natomiast w przypadku odmowy złożenia powyższego oświadczenia, PWIF był zmuszony uznać dotychczasowe twierdzenia Strony za nieprawdziwe i rozstrzygnąć sprawę co do istoty zgodnie z ustalonym stanem faktycznym i prawnym, na podstawie zebranych dowodów lub ich braku mimo interesu prawnego Strony wyjaśnienia sprawy bez żadnych wątpliwości.

W piśmie Spółki z dnia [...] r. napisano bowiem nieprawdę, że w załączeniu przesyła się „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.” (podobnie w wykazie załączników), podczas gdy załączone kopie obu dokumentów noszą datę [...] r., tj. datę sporządzenia pisma do Organu.

Natomiast przy piśmie Spółki z dnia [...] r. przesłano oryginały pism wymienionych w piśmie z dnia [...] r., które miały „omyłkowo” formę kserokopii, celem urzędowego uwierzytelnienia odpisów i zwrotu.

Uwagę Organu, oprócz omyłek w datach oświadczeń wskazanych w piśmie Spółki z dnia [...] r. i „omyłkowych” form kserokopii, zwrócił fakt zbieżności daty pisma z datą rzekomego oświadczenia [...] S.A. w Ł, ul. [...], z dnia [...] r., adresowanego do Strony ([...] Sp. z o.o. ma siedzibę w Ł, ul. [...], w tym samym budynku jak [...] S.A.), że Apteka od dnia [...] r. nie jest uczestnikiem Programu [...] i nie są w niej wykonywane „w chwili obecnej” żadne transakcje przy użyciu karty Programu [...]; podobnie uwagę Organu zwrócił fakt zbieżności daty pisma Strony z datą rzekomego oświadczenia adresowanego do [...] S.A. o rezygnacji Strony z uczestnictwa w Programie [...], z rzekomym „potwierdzeniem odbioru” przez [...] S.A. i informacją o wyłączeniu z uczestnictwa w Programie w dniu [...] r.

Ponadto oświadczenie Spółki, że żadne transakcje przy użyciu karty Programu [...] nie są wykonywane w Aptece „[...]” w P., ul. [...], tylko „w chwili obecnej”, tzn. nie są

wykonywane w chwili sporządzenia pisma, co nie musi dotyczyć przeszłości ani przyszłości.

Wyżej wskazane okoliczności stanowią dowód przygotowania dokumentów dla Strony przez „sąsiada zza ściany”, tj. [...] S.A., wyłącznie na użytek niniejszego postępowania, a zatem mogą nie odzwierciedlać rzeczywistości.

W załączeniu PWIF zwrócił Stronie po urzędowym uwierzytelnieniu odpisów:

- 1) oświadczenie [...] S.A. w Ł., ul. [...], z dnia [...] r., adresowane do [...] Sp. z o.o. w W., ul. [...];
- 2) pismo o rezygnacji [...] Sp. z o.o. z uczestnictwa w Programie [...] z „potwierdzeniem odbioru” przez [...] S.A. i informacją o wyłączeniu z uczestnictwa w Programie w dniu [...] r.

W dniu [...] r. wpłynęło do PWIF pismo Strony datowane w dniu [...] r. informujące, że w odpowiedzi na żądanie Organu złożenia oświadczeń pod odpowiedzialnością karną oraz krytycznie oceniając postawiony Stronie zarzut wprowadzania Organu w błąd co do faktu udziału Apteki w Programie [...], Strona składa w załączeniu oświadczenie o treści zgodnej z rzeczywistym stanem faktycznym w dniu złożenia oświadczenia.

W oświadczeniu z dnia [...] r. Strona zapewniła, że Apteka prowadzona przez Stronę nie uczestniczy w Programie [...], a w związku z tym nie nalicza punktów, nie udziela upustów i rabatów związanych z tym programem, ani nie rozprowadza kart uczestnika Programu [...].

W tej sytuacji PWIF zawiadomił Stronę pismem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., że zakończył postępowanie wyjaśniające oraz dowodowe w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. w W., reklamy Apteki „[...]” w P., ul. [...], oraz jej działalności, polegającej na uczestnictwie tej apteki w lojalnościowym Programie [...] oraz na wykorzystaniu kart rabatowych Programu [...], organizowanego przez [...] Sp. z o.o. w Ł.; mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych, reklamy Apteki, co ujawniono w związku z kontrolą planową przeprowadzoną przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R., podczas której stwierdzono nieprawidłowości (opisane w punkcie XVI protokołu [...] z dnia [...] r. i w załączniku nr 8 do protokołu) dotyczące naruszenia art. 94a P.f.

Poinformowano Stronę, że zgodnie z art. 10 § 1 K.p.a., Stronie przysługuje przed wydaniem decyzji prawo do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, a akta sprawy są dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w R., ul. [...], w dni robocze w godzinach pracy urzędu, po wcześniejszym uzgodnieniu terminu. Pouczono Stronę o treści art. 41 i art. 73 K.p.a.

Decyzją z dnia [...] r. znak [...] PWIF umorzył postępowanie w sprawie nakazu zaprzestania prowadzenia przez Stronę reklamy Apteki oraz jej działalności, polegającej na uczestnictwie tej apteki w lojalnościowym Programie [...] oraz na wykorzystaniu kart rabatowych Programu [...], organizowanego przez [...] S.A. w Ł., a także nałożył na Stronę karę pieniężną w kwocie [...] zł.

W toku postępowania administracyjnego PWIF uznał ponad wszelką wątpliwość, że Strona prowadziła sprzedaż produktów leczniczych przez Aptekę poprzez wykorzystanie kart rabatowych „Programu [...]” w sposób naruszający dyspozycję przepisu art. 94a ust. 1 P.f., ale w dacie wydania decyzji nie była już związana uczestnictwem w programie sprzedażowym „[...]”.

Na skutek odwołania Strony, decyzją z dnia [...] r. znak [...] Główny Inspektor Farmaceutyczny uchylił decyzję PWIF i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia organowi I instancji.

W ponownym postępowaniu Organ pismem z dnia [...] r. przypomniał Stronie najważniejsze etapy wcześniejszego postępowania oraz przytoczone argumenty i dowody.

Organ przywołał też stanowisko organu odwoławczego zawarte w decyzji uchylającej decyzję PWIF z dnia [...] r. umarzającą postępowanie w sprawie nakazu zaprzestania prowadzenia przez Stronę reklamy Apteki oraz jej działalności, że umknęły uwadze organu I instancji, który w wydanej decyzji rozstrzygnął jedynie w kwestii uczestnictwa Apteki w lojalnościowym Programie [...] oraz wykorzystaniu kart rabatowych Programu [...], organizowanego przez [...] S.A. w Ł., natomiast Organ pominął stwierdzone nieprawidłowości (opisane w punkcie XVI protokołu [...] z dnia [...] r. i w załączniku nr 8 do protokołu) dotyczące naruszenia art. 94a P.f. sprawy:

- 1) wydawania pacjentom w lokalu Apteki gazetek promocyjnych pn. „Lato w pełni. [...] Codziennie” (wewnątrz gazetki znajdowały się produkty lecznicze i wyroby medyczne z cenami, logo „[...] [...]”, zachętą do pobrania z internetu aplikacji [...] z [...] lub [...] i składania zamówień z 50% rabatem);
- 2) wydawania pacjentom 90-stronicowego katalogu promocyjnego pn. „[...] Przewodnik dla aktywnie wypoczywających” z nazwą, adresem i numerem telefonu Apteki; wewnątrz katalogu w podziale na województwa zamieszczono wykazy i liczby aptek „[...]”, ich adresy i numery telefonów, poprzedzone zachętą: „W każdej chwili, nie wychodząc z domu, możesz zamówić leki, również te na receptę, na stronie [...] i odebrać je w jednej z pomarańczowych aptek”;
- 3) wydawania pacjentom Apteki woreczków reklamowych z logo „pacjent [...]” oraz adresem [...], co następowało wraz z lekarstwami;
- 4) udziału Apteki w Programie «[...]»;
- 5) wyłożenia w lokalu Apteki ulotek pn. „[...]” z wizerunkiem „[...] karty podarunkowej [...]zł” z logo „[...]” oraz hasłem „[...]”; „[...] Codziennie” - akcja dotyczyła pacjentów zarejestrowanych w Programie [...], „wg potencjału pacjentów”, karty wydawali farmaceuci w Aptece, wysyłali kupony do Ł za pośrednictwem [...] (list przewozowy generowany na profilu farmaceuty), zgłaszali problemy na infolinii „[...]”, a kartę aktywną i ważną do [...] r. pacjent otrzymywał na adres domowy;
- 6) realizacji w Aptece kart [...] (PCU - „Pacjent [...]”);
- 7) wizualizacji promocji w Aptece polegającej na naklejeniu na szybach w lokalu Apteki plakatów zatytułowanych: „Super Promocja!”; „[...] Promocje w Programie [...] Oferta ważna od [...] r. do [...] r. lub do wyczerpania zapasów”; „Promocje” (nad opakowaniami z lekami); „Dziękujemy. [...] Promocje w Programie [...]”;
- 8) ujawnionej na portalu [...] informacji o Aptece, ponieważ uczestniczy ona w „[...]” prowadzonym przez „[...]” S.A. w W..

W tych okolicznościach organ odwoławczy stwierdził, że zaskarżona przez Stronę decyzja organu I instancji nie objęła postępowaniem dowodowym, rozstrzygnięciem oraz uzasadnieniem faktycznym i prawnym decyzji, przejawów działalności reklamowej, która może mieć wpływ na wynik sprawy przy ponownym jej rozpatrywaniu, m.in. w kwestii aktualności wydania nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy i wysokości ewentualnej kary pieniężnej.

Z uwagi na powyższe wytyczne Głównego Inspektora Farmaceutycznego, zawarte w decyzji z dnia [...] r. znak [...], Organ pismem z dnia [...] r. wezwał Stronę do zajęcia, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, stanowiska w kwestiach poruszonych w decyzji organu odwoławczego, wydanej na skutek zaskarżenia przez Stronę decyzji organu I instancji, odniesienie się do przytoczonych z poprzedniego postępowania zarzutów oraz stwierdzonych faktów, a także przedłożenie wszelkich wyjaśnień i dowodów z dokumentów świadczących o tym, że Strona nie prowadziła w przeszłości reklamy Apteki we wszystkich lub niektórych ujawnionych niedozwolonych formach, oraz przedłożenie wszelkich wyjaśnień i dowodów z

dokumentów świadczących o tym, że Strona aktualnie nie prowadzi niedozwolonej reklamy Apteki.

Strona bowiem w piśmie z dnia [...] r. poinformowała Organ jedynie, że „Strona podtrzymuje wszystkie argumenty przywołane w trakcie niniejszego postępowania oraz uznaje wszelkie wyjaśnienia za aktualne”.

Odpowiadając na pismo Strony z dnia [...] r. (otrzymane przez organ w dniu [...] r.), PWIF poinformował Stronę pismem z dnia [...] r., że uchylając zaskarżoną przez Stronę decyzję, Główny Inspektor Farmaceutyczny przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia przez PWIF jako organ I instancji i że obecnie sprawa prowadzona jest od nowa.

Pouczono Stronę, że zawarta w piśmie Strony z dnia [...] r. informacja, że „Strona podtrzymuje wszystkie argumenty przywołane w trakcie niniejszego postępowania oraz uznaje wszelkie wyjaśnienia za aktualne”, stanowić może tylko wyraz całkowitego braku zainteresowania wynikiem ponownego postępowania, które nie jest „niniejszym” tylko „ponownym” postępowaniem, a Strona nie zajęła w nim jeszcze żadnego stanowiska.

PWIF przypomniał, że organ odwoławczy stwierdził, iż zaskarżona przez Stronę decyzja organu I instancji, wydana w poprzednim postępowaniu, nie objęła postępowaniem dowodowym, rozstrzygnięciem oraz uzasadnieniem faktycznym i prawnym decyzji, przejawów działalności reklamowej, która może mieć wpływ na wynik sprawy przy ponownym jej rozpatrywaniu, m.in. w kwestii aktualności wydania nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy i wysokości ewentualnej kary pieniężnej.

Organ podniósł, że materiał dowodowy ujawniony w poprzednim postępowaniu, tj. protokół [...] z dnia [...] r. i załączniki nr 8 do protokołu: oświadczenie kierownika apteki, J.H.; gazetka „Lato w pełni. [...] Codziennie”; katalog „[...] Przewodnik dla aktywnie wypoczywających”; „Informator o cenach leków bez recepty w Programie [...] [...]”; dokumentacja fotograficzna – 7 zdjęć plakatów zatytułowanych: „Super Promocja!”; „[...] Promocje w Programie [...] Oferta ważna od [...] r. do [...] r. lub do wyczerpania zapasów”; „Promocje”; „Dziękujemy. [...] Promocje w Programie [...]”; woreczek reklamowy z logo oraz adresem [...]; ulotka pn. „[...]” z wizerunkiem „[...] karty podarunkowej [...]zł” z logo „[...]” oraz hasłem „[...]”; „[...] Codziennie” - świadczył jednoznacznie o prowadzeniu w Aptece reklamy w formach niedozwolonych, podobnie jak potwierdzenie przez Stronę, że na portalu [...] umieszczono informację o Aptece, ponieważ uczestniczy ona w „[...]” prowadzonym przez „[...]” S.A. w W..

Z uwagi na wytyczne Głównego Inspektora Farmaceutycznego, zawarte w decyzji z dnia [...] r. znak [...], PWIF pismem z dnia [...] r. ponownie i ostatecznie wezwał Stronę do zajęcia, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, stanowiska w kwestiach poruszonych w decyzji organu odwoławczego, wydanej na skutek zaskarżenia przez Stronę decyzji organu I instancji, odniesienie się do przytoczonych z poprzedniego postępowania zarzutów oraz stwierdzonych faktów, a także przedłożenie wszelkich wyjaśnień i dowodów z dokumentów świadczących o tym, że Strona nie prowadziła w przeszłości reklamy Apteki we wszystkich lub niektórych ujawnionych niedozwolonych formach, oraz przedłożenie wszelkich wyjaśnień i dowodów z dokumentów świadczących o tym, że Strona aktualnie nie prowadzi niedozwolonej reklamy Apteki.

PWIF zauważył, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zostanie wydana ponowna decyzja w sprawie prowadzenia przez Stronę, mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych, reklamy Apteki naruszającej dyspozycję art. 94a ust. 1 P.f.

Organ ponownie przypomniał Stronie treść art. 33, art. 35 § 3 i 5, art. 40 § 5, art. 41 oraz art. 73 K.p.a.

Jednocześnie Organ poinformował, że zgodnie z art. 10 § 1 K.p.a. Stronie przysługuje czynny udział w każdym stadium postępowania, a 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 R., ul. [...], w dni robocze w godzinach pracy urzędu, po uprzednim telefonicznym lub osobistym uzgodnieniu terminu.

W dniu [...] r. do Organu wpłynęło pismo Strony z dnia [...] r.

Strona odniosła się do wezwania Organu z dnia [...] r. w następujący sposób:

Strona stwierdziła, że gazetki promocyjne „Lato w pełni. [...] Codziennie” zawierają aktualną ofertę handlową Apteki oraz [...]wołoną reklamę produktów będących w ofercie Apteki. Informacja o aplikacji do pobrania z Internetu dotyczyła możliwości korzystania z „[...]” (Strona nie odniosła się do stwierdzenia kontrolerów, że wewnątrz gazetki znajdowały się produkty lecznicze i wyroby medyczne z cenami, logo „[...] [...]”, zachętą do pobrania z Internetu aplikacji [...] z [...] lub [...] i składania zamówień z 50% rabatem).

Zdaniem Strony, katalog promocyjny „[...] Przewodnik dla aktywnie wypoczywających” nie zawierał oferty handlowej Apteki, natomiast informacje o aptekach nie wykraczały poza dopuszczalne na podstawie art. 94a ust. 1 P.f. Informacja o możliwości zamówienia leków poprzez stronę [...] i możliwości odbioru w wybranej aptece jest, wg Strony, komunikatem o możliwości skorzystania z „[...]” (Strona rozmyślnie nie dostrzegła zarzutu, że wewnątrz 90-stronicowego katalogu w podziale na województwa zamieszczono wykazy i liczby aptek „[...]”, ich adresy i numery telefonów, poprzedzone zachętą: „W każdej chwili, nie wychodząc z domu, możesz zamówić leki, również te na receptę, na stronie [...] i odebrać je w jednej z pomarańczowych aptek”).

„Pacjent [...]” był – zdaniem Strony – sloganem komunikacyjnym. Nie było programu o takiej nazwie. W odniesieniu do kart opisanych jako „Pacjent [...]”, pacjent będący posiadaczem takiej karty i okazując ją mógł uzyskać rabat w Aptece. Udzielenie rabatu pozostawione było do uznania farmaceuty, który nie miał jednak takiego obowiązku. Nie było również w tym zakresie żadnego regulaminu dotyczącego zasad udzielania rabatów posiadaczom takich kart (Strona pominęła milczeniem wcześniejsze informacje Organu, że informacje o udzielaniu rabatów cenowych stanowi nie[...]wołoną reklamę w połączeniu z realizacją w Aptece kart [...] (PCU - „Pacjent [...])).

Podobnie sytuacja wyglądała – jak wyjaśniła Strona - w przypadku „kart podarunkowych” - z tą tylko różnicą, że karty wydawali pacjentom farmaceuci. Wydawanie ich następowało według uznania farmaceutów; nie było regulaminu regulującego wydawanie i korzystanie z „kart podarunkowych”. Nie było w tym zakresie również zorganizowanego żadnego programu (Strona rozmyślnie pominęła milczeniem fakt wyłożenia w lokalu Apteki ulotek pn. „[...]” z wizerunkiem „[...] karty podarunkowej [...]zł” z logo „[...]” oraz hasłem „[...]”; „[...] Codziennie”, a także fakt, że akcja dotyczyła pacjentów „wg ich potencjału” i tylko pacjentów zarejestrowanych w „Programie [...]”, oraz że stworzono procedurę, iż karty wydawali farmaceuci w Aptece, wysyłali kupony do Ł za pośrednictwem [...] z użyciem listu przewozowego generowanego na profilu farmaceuty, farmaceuci zgłaszali problemy na infolinii „[...]”, a kartę aktywną pacjent otrzymywał na adres domowy).

„Wizualizacja promocji” w Aptece, polegająca na naklejeniu na szybach w lokalu Apteki plakatów, stanowi – zdaniem Strony – informacje o aktualnej ofercie Apteki oraz [...]wołoną reklamę wybranych produktów znajdujących się w ofercie (Organ zauważa, że odpowiedź Strony dotyczy aż 7 plakatów zatytułowanych: „Super Promocja!”; „[...] Promocje w Programie [...]”. Oferta ważna od [...] r. do [...] r. lub do wyczerpania zapasów”; „Promocje”; „Dziękujemy. [...] Promocje w Programie [...])).

Dane Apteki zamieszczone są na portalu [...] – wg Strony – w związku z udziałem Apteki w „[...]” prowadzonym na tym portalu przez [...] Sp. z o.o. w Ł. „[...]” umożliwia pacjentowi jedynie zamówienie leków i innych produktów dostępnych w aptekach oraz

odebranie ich w konkretnej aptece. System ten jest platformą służącą składowaniu 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.

Jak poinformowała Strona w piśmie z dnia [...] r., sprzedającym zamówione produkty pacjentowi jest apteka wybrana przez pacjenta, a wydanie leków (oraz innych produktów) pacjentowi, pobranie należności oraz ujęcie sprzedaży w kasie fiskalnej dokonywane jest bezpośrednio w Aptecce.

Apteki uczestniczą w tym systemie – wg Strony - jedynie w ten sposób, że pacjenci mogą je wskazać jako apteki, w których chcieliby odebrać zamówione produkty. Apteki są wówczas o tym informowane, a w rezultacie przygotowane są – poprzez zakup w hurtowni farmaceutycznej wskazanych przez pacjentów produktów – do wydania im zamówionych produktów.

Jednocześnie, co podniosła Strona w piśmie z dnia [...] r., na portalu [...] nie umieszczono na temat Apteki żadnych informacji ani elementów o charakterze reklamowym. Znajduje się tam jedynie informacje o adresie apteki, czyli dane dozwolone wprost przez przepis art. 94a P.f.

Strona podkreśliła, że materiały umieszczone na portalu [...] są materiałami poświęconymi informacji i reklamie wybranych produktów leczniczych oraz innych produktów dopuszczonych do sprzedaży w aptekach. Zgodnie z przepisami P.f., reklama określonych, prawnie dopuszczalnych kategorii produktów leczniczych na zlecenie podmiotu odpowiedzialnego jest dozwolona (przepisy nie zmieniły się w tym zakresie). Biorąc to pod uwagę materiały te nie powinny budzić wątpliwości również z punktu widzenia ich zgodności z prawem.

Mając powyższe na względzie, w ocenie Strony, „[...]” nie narusza art. 94a P.f.

Postanowieniem z dnia [...] r. włączono do akt sprawy postępowania administracyjnego materiał dowodowy w formie protokołu z kontroli sprawdzającej znak [...] z dnia [...] r. wraz z załącznikami do protokołu: gazetka „Zaufaj Aptecce - ... i dbaj o zdrowie swoje i dziecka!”; katalog „Zaufaj Aptecce - ... i jak miliony Polaków dbaj o zdrowie z korzyścią dla portfela! ”; broszura „Rekomendowane przez Program [...]. Lecz się taniej! Informator o możliwości nabycia tańszych zamienników leków”; woreczek reklamowy „[...] z korzyścią dla portfela!”; dokumentacja fotograficzna – 8 zdjęć.

Postanowienie doręczono Stronie w dniu [...] r., natomiast materiał dowodowy z kontroli sprawdzającej stał się podstawą do wszczęcia w dniu [...] r. odrębnego postępowania administracyjnego znak [...] w sprawie naruszania zakazu reklamy w Aptecce.

Natomiast PWIF wystąpił do Strony pismem z dnia [...] r. z żądaniem zajęcia stanowiska w sprawach ujawnionych na podstawie analizy porównawczej wyników kontroli planowej z dnia [...] r. i kontroli sprawdzającej z dnia [...] r.

Otóż w punkcie XVI protokołu kontroli [...] z dnia [...] r. uprawnieni inspektorzy farmaceutyczni ujawnili m.in., że Apteka realizuje karty [...] (PCU - „Pacjent [...]”) wydawane przez [...] S.A. w Ł.

Ponadto ujawniono, że na portalu [...] umieszczono informację o Aptecce, ponieważ uczestniczy ona w „[...]” prowadzonym przez „[...]” S.A. w W..

Natomiast podczas kontroli sprawdzającej przeprowadzonej przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. stwierdzono (pkt XVI protokołu [...] z dnia [...] r. wraz z załącznikami do protokołu), iż w ekspedycji Apteki wyłożone są gazetki

dostępne dla pacjentów pn. „Mini ceny”, „Zaufaj Aptece – jesienne super oferty”, „Lecz się taniej”; pacjentom leki pakowane są w woreczki foliowe z nadrukiem: „[...] z korzyścią dla portfela”; w ekspedycji na półkach z lekami umieszczone są napisy: „promocje”, „Jesienne super oferty”, „Mini ceny”. Wg oświadczenia jej kierownika, Apteka nadal uczestniczy w „[...]” prowadzonym przez [...] a ponadto w Aptece realizowane są karty [...] [...] w ramach programu [...] prowadzonego przez [...] S.A. w W. we współpracy z [...] S.A. w Ł.

W związku z powyższym, pismem znak [...] z dnia [...] r. PWIF wszczął z urzędu nowe, odrębne postępowanie administracyjne w sprawie prowadzenia przez Stronę, mającej na celu zwiększenie sprzedaży i konsumpcji produktów leczniczych, reklamy Apteki.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności wskazujące na trafność poglądu Głównego Inspektora Farmaceutycznego zawartego w decyzji z dnia [...] r. znak [...] w kwestii aktualności wydania nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy i wysokości ewentualnej kary pieniężnej, PWIF pismem z dnia [...] r. wezwał Stronę do przedłożenia, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, umów o współpracy z [...] S.A. w Ł oraz z [...] w W. i regulaminów wskazanych wyżej programów: „Pacjent [...]” (karty [...] PCU), „Programu [...]” (karty [...] [...]) oraz „[...]”.

Strona odebrała wezwanie w dniu [...]r.

Przy piśmie bez oznaczenia daty, otrzymanym przez Organ w dniu [...] r., Strona przesłała uwierzytelnione przez jej przedstawicieli uprawnionych do składania oświadczeń woli imieniem Strony:

- 1) umowę o współpracy – umowę programową z [...] z dnia 1 stycznia 2012 r.;
- 2) umowę o współpracy określającą zasady obsługi [...] z dnia 1 lipca 2012 r. wraz z Aneksami i Regulaminem [...];

Ponadto Strona złożyła następujące wyjaśnienia:

1/ Strona prowadzi działania polegające na udostępnianiu pacjentom kart „Pacjent [...]” umożliwiających pacjentom śledzenie historii dokonywanych przez nich zakupów. Nie jest to jednak żaden program o charakterze lojalnościowym, który w oparciu o regulamin lub umowę nakazywałby Aptece rejestrowanie pacjentów oraz naliczanie im punktów uprawniających po ich zsumowaniu do otrzymania nagrody lub rabatów.

Z tymi kartami nie wiąże się zbieranie żadnych danych osobowych pacjentów. Karty te mają charakter anonimowy. Informacje o historii dokonywanych zakupów zapisywane na karcie są informacjami o charakterze neutralnym, mają one pomóc pacjentowi w dokumentowaniu zażywanych leków, ale z których nie może on wyprowadzić żadnego uprawnienia do jakichkolwiek nagród lub rabatów ani żadnej zachęty do dalszych zakupów. Działania te prowadzone są jedynie w Aptece, pacjent może się o nich dowiedzieć w rozmowie z farmaceutą. Z działaniami tymi nie są związane żadne informacje zachęcające do zakupów w Aptece.

W ocenie Strony, opisane powyżej działania nie naruszają art. 94a P.f.

2/ Tak zwane „karty [...]” działają w ramach usługi ubezpieczeniowej świadczonej przez [...] S.A. na podstawie umowy ubezpieczenia zawartej przez ten zakład ubezpieczeń z osobami ubezpieczającymi się, za którą ten zakład ubezpieczeń pobiera składki ubezpieczeniowe. W przypadku ziszczenia się zdarzenia ubezpieczeniowego określonego umową ubezpieczenia zakład ubezpieczeń pokrywa określoną w umowie ubezpieczeniowej część szkody (odpłatności za leki). Pacjent, nabywając w Aptece leki pokrywa swoją część należnej Aptece odpłatności, a część odpłatności Apteka otrzymuje od zakładu ubezpieczeń.

Apteka, dokonując sprzedaży pacjentowi określonych produktów, honoruje uprawnienia osób ubezpieczonych do skorzystania z przysługujących im na podstawie umowy ubezpieczenia uprawnień i przyjmuje część odpłatności za leki od zakładu ubezpieczeń. Nie mamy więc do czynienia z sytuacją, że wydanie leków następuje

„bezpłatnie” lub „z rabatem”. Karty [...] nie są związane z żadnym programem lojalnościowym.

Nie jest Stronie wiadome, aby jakiegokolwiek materiały informujące o możliwości zawarcia umowy ubezpieczenia z [...] S.A., dystrybuowane przez ten zakład ubezpieczeń, zawierały skierowany do osób potencjalnie zainteresowanych takim ubezpieczeniem komunikat o charakterze reklamowym zachęcający do korzystania z usług Apteki Strony.

Biorąc pod uwagę, iż w interesie zakładu ubezpieczeń jest aby jak najmniej osób nabywało leki, czyli korzystało z uprawnień wynikających z zawartej umowy ubezpieczenia (zakład nie musi wtedy wypłacać odszkodowań, w tym przypadku w postaci części odpłatności za leki), trudno uznać działania zakładu ubezpieczeń za mające na celu zwiększanie sprzedaży leków w Aptece Strony.

Zgodnie z wiedzą Strony (jak oświadczyła), możliwość akceptowania kart [...] jest otwarta dla wszystkich aptek, które mogą w tej sprawie kontaktować się z [...] S.A. lub z [...] S.A. Ponadto (zgodnie z wiedzą Strony) [...] S.A. podjął decyzję o zmodyfikowaniu zasad obsługi osób ubezpieczonych w ten sposób, że każda z tych osób może nabyć leki w każdej aptece, również tej, która nie honoruje płatności dokonywanych elektronicznie za pomocą karty [...]. Osoba ubezpieczona nie musi zatem korzystać z apteki Strony. Nie ma tu zatem wyróżniania żadnej apteki ani grupy aptek. W rezultacie, akceptowanie przez Aptekę kart [...] nie jest praktyką nie[...]woloną, również w świetle Prawa farmaceutycznego.

W tej sytuacji PWIF zawiadomił Stronę pismem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., że zakończył postępowanie wyjaśniające oraz dowodowe w sprawie prowadzenia przez Stronę reklamy Apteki.

Poinformowano Stronę, że zgodnie z art. 10 § 1 K.p.a., Stronie przysługuje przed wydaniem decyzji prawo do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, a akta sprawy są dostępne w Wojewódzkim Inspektoracie Farmaceutycznym w R., ul. [...], w dni robocze w godzinach pracy urzędu, po wcześniejszym uzgodnieniu terminu. Pouczono Stronę o treści art. 41 i art. 73 K.p.a.

Strona nie skorzystała z przysługujących jej uprawnień.

Rozpatrując sprawę PWIF zważył, co następuje:

I.

Nie może budzić wątpliwości interpretacyjnych, mimo że ustawa 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, oraz w aptece prowadzona jest inna działalność reklamowa, to obowiązkiem organu nadzoru farmaceutycznego było zawiadomienie Strony, jako podmiotu prowadzącego aptekę, o działalności reklamowej Apteki – z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień w tej sprawie w terminie 7 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o wszczęciu postępowania administracyjnego.

W toku postępowania administracyjnego PWIF uznał ponad wszelką wątpliwość,

że: Strona prowadziła sprzedaż produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez wykorzystanie kart rabatowych „Programu [...]” w sposób naruszający dyspozycję przepisu art. 94a ust. 1 P.f., ale w dacie wydania decyzji nie była już związana uczestnictwem w programie sprzedażowym „[...]”; Strona prowadzi działania polegające na udostępnianiu pacjentom kart „Pacjent [...]” umożliwiających pacjentom śledzenie historii dokonywanych przez nich zakupów i uzyskanie rabatu w Aptece; Strona uczestniczy w obsłudze [...] świadczonego przez [...] S.A. w ramach systemu [...] realizowanego z u m kart [...] [...] uprawniających ich posiadaczy do dofinansowania przy zakupie produktów leczniczych w Aptece; Apteka uczestniczy w „[...]” prowadzonym przez [...] w W.; Apteka brała udział w Programie „[...]”, farmaceuci wydawali pacjentom karty podarunkowe pn. „[...]” z wizerunkiem „[...] karty podarunkowej [...]zł”; Strona w lokalu Apteki udostępniała dla pacjentów: egzemplarze gazetki promocyjnej pn. „Lato w pełni. [...] Codziennie”; egzemplarze 90-stronicowego katalogu promocyjnego pn. „[...] Przewodnik dla aktywnie wypoczywających”; egzemplarze 16-stronicowego „Informatora o cenach leków bez recepty w Programie [...] [...]”; Strona prowadziła wizualizację promocji w Aptece polegającej na naklejeniu na szybach w lokalu Apteki plakatów zatytułowanych: „Super Promocja!”; „[...] Promocje w Programie [...] Oferta ważna od [...] r. do [...] r. lub do wyczerpania zapasów”; „Promocje” (nad opakowaniami z lekami); „Dziękujemy. [...] Promocje w Programie [...]”; w Aptece w raz z lekarstwami wydawano woreczki reklamowe z logo „pacjent [...]” oraz adresem [...].

II.

Strona prowadzi Aptekę na podstawie zezwolenia P. Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego w R. z dnia [...] r. znak [...], zmienionego decyzją nr [...] z dnia [...] r. znak FARZ [...], decyzją nr [...] dnia [...] r. znak [...] i decyzją nr [...] z dnia [...] r. znak [...].

Podstawą wszczęcia i prowadzenia z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Stronę działalności reklamowej apteki, mającej na celu zwiększenie dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez: wykorzystanie kart rabatowych Programu [...] wydawanych przez [...] Sp. z o.o. w Ł.; udostępnianie pacjentom kart „Pacjent [...]” umożliwiających pacjentom śledzenie historii dokonywanych przez nich zakupów i uzyskanie rabatu w Aptece; uczestnictwo w obsłudze [...] świadczonego przez [...] S.A. w ramach systemu [...] realizowanego z u m kart [...] [...] uprawniających ich posiadaczy do dofinansowania przy zakupie produktów leczniczych w Aptece; uczestnictwo w „[...]” prowadzonym przez [...] w W.; udział w Programie „[...]”, wydawanie pacjentom kart podarunkowych pn. „[...]” z wizerunkiem „[...] karty podarunkowej [...]zł”; udostępnianie pacjentom: egzemplarzy gazetki promocyjnej pn. „Lato w pełni. [...] Codziennie”; egzemplarzy 90-stronicowego katalogu promocyjnego pn. „[...] Przewodnik dla aktywnie wypoczywających”; egzemplarzy 16-stronicowego „Informatora o cenach leków bez recepty w Programie [...] [...]”; prowadzenie wizualizacji promocji w Aptece polegającej na naklejeniu na szybach w lokalu Apteki plakatów; wydawanie wraz z lekarstwami woreczków reklamowych z logo „pacjent [...]” oraz adresem [...], jest art. 94a ust. 1 i 2 P.f.

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, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego. W razie stwierdzenia naruszenia wyżej wymienionego przepisu wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje w drodze decyzji zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy.

Z uwagi na fakt, że ustawa Prawo farmaceutyczne nie zawiera legalnej definicji reklamy posłużyć się należy w tym względzie definicją zawartą w wydanych opracowaniach

słownikowych a także orzecznictwem sądów administracyjnych.

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

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

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

- za „reklamę” działalności apteki należy uznać każde działanie skierowane do publicznej wiadomości niezależnie od sposobu i metody jego przeprowadzenia oraz środków użytych do jego realizacji, jeśli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych oferowanych w danej aptece (wyrok WSA w W. z dnia 14.05.2008 r. sygn. akt VII SA/Wa 2215/07),
- „reklamą” może być każde działanie skierowane do publicznej wiadomości, zmierzające do zwiększenia sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych w niej oferowanych (wyrok WSA w W. z dnia 1.02.2008 r. sygn. akt VII SA/Wa 1960/07),
- „reklamą” działalności apteki jest każde działanie, każda jej działalność niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli celem tej działalności jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych w danej aptece lub punkcie aptecznym (wyrok WSA w W. z dnia 22.11.2007 r. sygn. akt VII SA/WA 1661/07),
- „reklamą” jest każda wypowiedź skierowana do potencjalnych konsumentów, odnosząca się do towarów, usług, a także przedsiębiorcy oferującego towary lub usługę mającą na celu zachęcenie i skłonienie adresatów do nabywania towarów lub korzystania z usług (wyrok SN z dnia 26.01.2006 r. sygn. akt V CSK 83/05).

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

Reklama może przyjmować różne formy w szczególności haseł sloganów spotów TV, ulotek, billboardów, folderów czy gazetek. Istotnym elementem reklamy jest zamiar wywołania reakcji potencjalnych klientów. Podstawowym elementem reklamy, zgodnie z opinią sądu (wyrok WSA w W. z 1.02.2008r. sygn. Akt VII SA/Wa 1960/07) jest zamiar przyciągnięcia potencjalnych klientów do dokonania zakupu produktu leczniczego lub wyrobu medycznego w konkretnej aptece, niezależnie od formy i metody jej przeprowadzenia oraz użytych do jej realizacji środków, jeśli jej celem jest zwiększenie sprzedaży ww. produktów w danej aptece lub punkcie aptecznym.

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

Za działania reklamowe winny być uznane wszystkie te działania, których zamierzonym celem jest pozyskanie nowych lub zatrzymanie dotychczasowych klientów.

W przeciwieństwie do informacji handlowej, która zawiera obiektywne informacje o produkcie lub usługach świadczonych przez przedsiębiorcę, istotą reklamy jest zachęcanie.

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

PWIF uważa, że „reklamą aptek oraz ich działalności” w rozumieniu art. 94a ust. 1 P.f.

jest stosowanie jakichkolwiek form zachęty odnoszących się do leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia 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 użyczeń, 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 ustawy.

Organ na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustalił, że Apteka co najmniej od dnia kontroli, tj. [...] r. uczestniczyła w „Programie [...]”, który zapewnia:

- 1) obniżki cen produktów dostępnych bez recepty oraz leków nierefundowanych,
- 2) rabaty na wybrane produkty, objęte Informatorem Programu (dokonywanie zakupów w aptekach objętych Programem wiąże się dodatkowo ze zmniejszeniem ceny produktów umieszczonych w Informatorze Programu),

Osoba uczestnicząca w Programie otrzymuje Kartę [...], umożliwiającą Uczestnikom Programu dokonującym zakupów w aptece uczestniczącej w Programie korzystanie ze specjalnej oferty rabatowej przedstawionej w Informatorze Programu. W celu realizacji uprawnień, Uczestnik winien każdorazowo okazywać Kartę w Aptece przed zakupem produktów.

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

W ocenie organu, udział w „Programie [...]” Apteki prowadzonej przez Stronę, zachęcał uczestników programu do dokonywania zakupu produktów w tej aptece.

Działanie polegające na zachęcaniu do zakupów, oferujące pacjentom korzyści, należało uznać za reklamę apteki i jej działalności. Program stwarzał warunki przymuszania do związania się z apteką oraz miał na celu zwiększenie obrotu w aptece uczestniczącej w programie.

Program, w którym uczestniczyła przedmiotowa apteka mieści się w pojęciu niedozwolonej reklamy z art. 94a ust. 1 P.f.

Informowanie na stronach internetowych o „Programie [...]” oraz wykaz aptek w nim uczestniczących, w tym Apteki, stanowił reklamę tej apteki i jej działalności.

„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.

Oceniając uczestnictwo Apteki prowadzonej przez Stronę w „Programie [...]”, 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.

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 zapisów regulaminu „Program [...]”, 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 i wyrobów medycznych, aptek oraz odpowiednimi przepisami dotyczącymi prowadzenia działalności gospodarczej.

III.

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 orzekały wojewódzkie sądy administracyjne (np. wyrok WSA w W. 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 Zało Iskich i aktów przyjętych przez Instytucje Wspólnot przed dniem przystąpienia, jak również stała się adresatem dyrektyw i decyzji w rozumieniu art. 249 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską z dnia 25 marca 1957 r. (wersja skonsolidowana Dz. U. WE z 2002 r. C 325 z późn. zm.).

Każde Państwo Członkowskie, do którego kierowana jest dyrektywa, zobowiązane jest do jej wykonania w drodze ustanowienia przepisów prawa wewnętrznego oraz przestrzegania, zgodnie z celami ustawodawcy wspólnotowego. Sformułowany w nim zakaz dotyczy reklamy działalności aptek lub punktów aptecznych, skierowanej do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych, umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach.

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

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

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

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

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

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

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

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

Nie ulega wątpliwości, że reklama może przyjmować różne formy zachęcania, a mianowicie poprzez ulotki, foldery, czy gazetki temu służące, nie tylko wręczone 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 W. z dnia 17 października 2008 r., VII SA/Wa 698/08, LEX nr 527533 i wyrok WSA w W. 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 W. 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 W. 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 W. 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 W. 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 W.: z dnia 10 grudnia 2012 r., VI SA/Wa 1756/12 (dot. „Programu [...]”); z dnia 24 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 1908/12 (dot. „Programu [...]”); z dnia 25 stycznia 2013 r., VI SA/Wa 2463/12 (dot. „Programu [...]”, „Programu [...]”, „Programu dla Mamy i Maleństwa”); z dnia 5 marca 2013 r., VI SA/Wa 2618/12 (dot. „Programu [...]”, „Programu [...]”); z dnia 15 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 2617/12; z dnia 23 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 314/13 (dot. „Programu [...]”); z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 315/13 (dot. „Programu [...]”); z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 z dnia 25 kwietnia 2013 r., VI SA/Wa 317/13 (dot. „Programu [...]”) i z dnia 7 sierpnia 2013 r., VI SA/Wa 1660/13 (dot. „Programu [...]”) - 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. Glosa do wyroku WSA z dnia 6 marca 2008 r., VII SA/Wa 2216/07, LEX/el. 2011, Teza 5).

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

W aptece ogólnodostępnej musi być ustanowiony farmaceuta, o którym mowa w art. 2b ust. 1 pkt 1, 2 i 5-7 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz. U. z 2008 r. Nr 136, poz. 856, z późn. zm.), odpowiedzialny za prowadzenie apteki. Kierownikiem apteki może być farmaceuta, który m.in. posiada specjalizację z zakresu farmacji aptecznej (art. 88 ust. 1 i 2 P.f.).

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

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

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

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

Organ pragnie podkreślić, iż zgodnie z art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy z dn. 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich, sprawowanie [...] 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 [...] 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”.

Wydawanie kart i broszur było bezpośrednio zlecane przez organizatora programu: [...] Sp. z o.o. w Ł.

Koszty z tym związane w określonym zakresie ponosił podmiot realizujący program.

Produkty o obniżonej cenie nie były wydawane w ramach „Programu”, lecz sprzedawane jego uczestnikom przez Aptekę w ramach prowadzonej przez nią działalności i objęte były jej ofertą rabatową.

W dniu kontroli stwierdzono prowadzenie przez aptekę działalności reklamowej w postaci wydawania gazetek promocyjnych, wizualizacji promocji w aptece, wydawanie woreczków reklamowych.

Strona prowadzi działania polegające na udostępnianiu pacjentom kart „Pacjent [...]” umożliwiających pacjentom śledzenie historii dokonywanych przez nich zakupów i uzyskanie rabatu w Aptecie.

Strona uczestniczy w obsłudze [...] świadczonego przez [...] S.A. w ramach systemu [...] realizowanego z u m kart [...] [...] uprawniających ich posiadaczy do dofinansowania przy zakupie produktów leczniczych w Aptecie.

Apteka uczestniczy w „[...]” dalej zwany „[...]” prowadzonym przez [...] w W., co wiąże się również z umieszczeniem na portalu [...] informacji o aptece.

Informacje o systemie i warunkach uczestniczenia w nim, umieszczone na stronach internetowych innych niż Strona przedsiębiorców – organizatorów systemów - wraz z udostępnionymi danymi aptek w nich uczestniczących, w tym Apteki, stanowią reklamę Apteki i jej działalności.

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

W ocenie organu, udział Apteki prowadzonej przez Spółkę w [...] zachęca uczestników systemu do dokonywania zakupu produktów w tej aptece. System skłania uczestników do dalszych zakupów w Aptecie.

Działanie polegające na zachęcaniu do zakupów, oferujące pacjentom korzyści, należy uznać za reklamę Apteki i jej działalności. System stwarza warunki przymuszania do związania się z apteką oraz ma na celu zwiększenie obrotu w aptece uczestniczącej w [...].

[...], w którym uczestniczy przedmiotowa Apteka, mieści się w pojęciu niedozwolonej reklamy z art. 94a ust. 1 P.f.; przewiduje korzyści pozafinansowe 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 [...] 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).

Oceniając uczestnictwo Apteki prowadzonej przez Stronę w systemie 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 uczestnictwie w systemie, 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.

Apteka brała udział w Programie „[...]” w ramach którego w Aptece wyłożone były ulotki pn. „[...]” z wizerunkiem „[...] karty podarunkowej [...]zł” z logo „[...]” oraz hasłem „[...]”; „[...] Codziennie”. Akcja dotyczyła pacjentów zarejestrowanych w Programie [...], „wg potencjału pacjentów”, karty wydawali farmaceuci w Aptece, wysyłali kupony do Ł za pośrednictwem [...] (list przewozowy generowany na profilu farmaceuty), zgłaszali problemy na infolinii „[...]”, a kartę aktywną i ważną do [...] r. pacjent otrzymywał na adres domowy.

Oznaczało to wykonywanie przez farmaceutę czynności nie przewidzianych przez ustawę i skutkujących jego odpowiedzialnością zawodową.

Strona w lokalu Apteki udostępniała dla pacjentów egzemplarze (załączono 1 egz. do protokołu kontroli) gazetki promocyjnej pn. „Lato w pełni. [...] Codziennie”. Na pierwszej stronie 40-stronicowej gazetki znajduje się pieczęć firmowa z nazwą podmiotu prowadzącego Aptekę ([...] Sp. z o.o.) i adresem Strony. Na tej samej pieczęci zamieszczono nazwę, adres i numer telefonu Apteki oraz nr NIP Strony (apteka nie może posiadać odrębnego nr NIP). Ponadto w górnej części okładki umieszczono napis: „Oferta ważna [...]”.

Wewnątrz gazetki znajdowały się produkty lecznicze i wyroby medyczne z cenami. Na ostatniej stronie gazetki znajduje się logo „[...] [...]” i zachęta o treści: „Pobierz aplikację [...] z [...] lub [...] i zamów dermena lash z 50% rabatem. Najszersza oferta ponad [...] produktów. U nas zamówisz także leki na receptę. Darmowa dostawa do wybranej z ponad [...] aptek. Specjalne oferty, nawet do 70% taniej. 24/48 h – szybki czas realizacji zamówień”. U dołu ostatniej strony był napis: „Szukaj aplikacji także na M.[...]”.

Strona w lokalu Apteki udostępniała dla pacjentów egzemplarze (załączono 1 egz. do protokołu kontroli) 90-stronicowego katalogu promocyjnego pn. „[...] Codziennie”, pieczęć firmowa z nazwą podmiotu prowadzącego Aptekę ([...] Sp. z o.o.) i adresem Strony (zapewne nieprawdziwym). Na tej samej pieczęci zamieszczono nazwę, adres i numer telefonu Apteki oraz nr NIP Strony. Wewnątrz katalogu w podziale na województwa zamieszczono wykazy i liczby aptek „[...]”, ich adresy i numery telefonów, poprzedzone zachętą: „W każdej chwili, nie wychodząc z domu, możesz zamówić leki, również te na receptę, na stronie [...] i odebrać je w jednej z pomarańczowych aptek”.

Strona w lokalu Apteki udostępniała dla pacjentów egzemplarze (załączono 1 egz. do protokołu kontroli) 16-stronicowego „Informatora o cenach leków bez recepty w Programie [...] [...]”. Na drugiej stronie informatora podano informację: „Ceny są ważne dla Klientów posiadających legitymację Seniora Programu [...]. Oferta ważna od [...] r. do [...] r. lub do wyczerpania zapasów. Informujemy, że w ulotce podaliśmy maksymalne sugerowane ceny detaliczne dla uczestników Programu [...]. Każda apteka honorująca karty może je dowolnie obniżyć”. 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 „[...]”, a ponadto zachęta o treści: „Leki pokazane w tym informatorze to tylko część szerokiej oferty Programu [...]. Z legitymacją Programu czeka na Ciebie ponad [...]leków w niższych cenach. Zadzwoń i zapytaj na infolinii [...]. Pamiętaj, aby okazać legitymację [...] przy każdym zakupach w aptece”.

Strona prowadziła wizualizację promocji w Aptece polegającą na naklejeniu na szybach w lokalu Apteki plakatów zatytułowanych: „Super Promocja!”, „[...] Promocje w Programie [...] Oferta ważna od [...] r. do [...] r. lub do wyczerpania zapasów”; „Promocje” (nad opakowaniami z lekami); „Dziękujemy. [...] Promocje w Programie [...]”.

IV.

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

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

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

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

Strona przyznała, że prowadzona przez nią apteka uczestniczy w "Programie [...]".

Organ w ramach prowadzonego postępowania stwierdził, że udział Apteki w programie, który w istocie swej poprzez odnoszenie korzyści (otrzymywanych nagród) przez uczestniczących w nim pacjentów zachęcał do dokonywania zakupów w prowadzonej przez Stronę aptece, stanowił nie[...]woloną jej reklamę i jej działalność.

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

- 1) Strona nie była uprzednio karana za naruszenie art. 94a ust. 1 P.f.;
- 2) naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. przez Stronę stwierdzone zostało po raz pierwszy, po wejściu w zmienionych od dnia 1.01.2012 r. przepisów;
- 3) reklama apteki i jej działalności trwała już przez okres co najmniej [...] roku (licząc tylko od dnia kontroli); nie została zakończona nawet po wszczęciu postępowania administracyjnego i trwała niemal przez cały okres toku postępowania;
- 4) Strona w piśmie z dnia [...] r. przyznała, że uczestniczyła w Programie [...], ale nadal twierdziła – wbrew obszernym wyjaśnieniom PWIF, że realizacja lojalnościowego „Programu [...]” nie narusza art. 94a P.f.;
- 5) Strona dopiero w piśmie z dnia [...] r. - na krótko przed wydaniem decyzji w niniejszej sprawie - przyznała, że uczestnictwo w tym programie zakończyło się w dniu [...] r.;

- 6) Strona dopiero przy piśmie z dnia [...] r. (data wpływu do Organu) złożyła żądane oświadczenie pod rygorem odpowiedzialności karnej za zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy;
- 7) PWIF dwukrotnie informował drogą elektroniczną wszystkich przedsiębiorców prowadzących apteki na terenie województwa P. 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.;
- 8) PWIF umieścił komunikat 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 prowadzenia reklamy apteki i jej działalności.

W wymiarze kary należało także uwzględnić stopień intensywności prowadzonej w Aptece reklamy ujawnionej podczas kontroli przeprowadzonej przez pracowników Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. (opisanej w punkcie XVI protokołu [...] z dnia [...] r. i w załączniku nr 8 do protokołu) dotyczącej naruszenia art. 94a P.f.

W lokalu Apteki znajdowały się wówczas egzemplarze gazetki promocyjnej pn. „Lato w pełni. [...] Codziennie”. Na pierwszej stronie 40-stronicowej gazetki znajduje się pieczęć firmowa z nazwą i adresem Strony. Na tej samej pieczęci zamieszczono nazwę, adres i numer telefonu Apteki oraz nr NIP Strony. Wewnątrz gazetki znajdowały się produkty lecznicze i wyroby medyczne z cenami. Na ostatniej stronie gazetki znajdowało się logo „[...] [...]” i zachęta o treści: „Pobierz aplikację [...] z [...] lub [...] i zamów dermena lash z 50% rabatem. Najszybsza oferta ponad [...] produktów. U nas zamówisz także leki na receptę. Darmowa dostawa do wybranej z ponad [...] aptek. Specjalne oferty, nawet do 70% taniej. 24/48 h – szybki czas realizacji zamówień”. U dołu ostatniej strony był napis: „Szukaj aplikacji także na M.[...]”.

W lokalu Apteki znajdowały się też egzemplarze 90-stronicowego katalogu promocyjnego pn. „[...] Przewodnik dla aktywnie wypoczywających”. U dołu pierwszej strony napis: „[...] Codziennie”, pieczęć firmowa z nazwą i adresem Strony. Na tej samej pieczęci zamieszczono nazwę, adres i numer telefonu Apteki oraz nr NIP Strony. Wewnątrz katalogu w podziale na województwa zamieszczono wykazy i liczby aptek „[...]”, ich adresy i numery telefonów, poprzedzone zachętą: „W każdej chwili, nie wychodząc z domu, możesz zamówić leki, również te na receptę, na stronie [...] i odebrać je w jednej z pomarańczowych aptek”.

Ponadto w lokalu Apteki znajdowały się egzemplarze 16-stronicowego „Informatora o cenach leków bez recepty w Programie [...] [...]”. Na drugiej stronie informatora podano informację: „Ceny są ważne dla Klientów posiadających legitymację Seniora Programu [...]. Oferta ważna od [...] r. do [...] r. lub do wyczerpania zapasów. Informujemy, że w ulotce podaliśmy maksymalne sugerowane ceny detaliczne dla uczestników Programu [...]. Każda apteka honorująca karty może je dowolnie obniżyć”. 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 znajdowały 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 „[...]”, a ponadto zachęta o treści: „Leki pokazane w tym informatorze to tylko część szerokiej oferty Programu [...]. Z legitymacją Programu czeka na Ciebie ponad [...]leków w niższych cenach. Zadzwoń i zapytaj na infolinii [...]. Pamiętaj, aby okazać legitymację [...] przy każdym zakupach w

aptece”.

Wizualizacja promocji w Aptece polegała na naklejeniu na szybach w lokalu Apteki plakatów zatytułowanych: „Super Promocja!”, „[...] Promocje w Programie [...]. Oferta ważna od [...] r. do [...] r. lub do wyczerpania zapasów”, „Promocje” (nad opakowaniami z lekami); „Dziękujemy. [...] Promocje w Programie [...]”.

Wydawanie woreczków reklamowych z logo „pacjent [...]” oraz adresem [...] następowało wraz z lekarstwami.

Zgodnie z oświadczeniem kierownika Apteki, realizowała ona karty [...] oraz brała udział w Programie „[...]”.

W Aptece wyłożone były też ulotki pn. „[...]” z wizerunkiem „[...] karty podarunkowej [...]zł” z logo „[...]” oraz hasłem „[...]”; „[...] Codziennie”.

Akcja dotyczyła pacjentów zarejestrowanych w Programie [...], „wg potencjału pacjentów”, karty wydawali farmaceuci w aptekach, wysyłali kupony do [...] Sp. z o.o. w Ł za pośrednictwem [...] (list przewozowy generowany na profilu farmaceuty), mieli zgłaszać problemy na infolinii „[...]”, a kartę aktywną i ważną do [...] r. pacjent otrzymywał na adres domowy.

Oznaczało to wykonywanie przez farmaceutę czynności nie przewidzianych przez ustawę i skutkujących jego odpowiedzialnością zawodową.

Ponieważ przedsiębiorca jest zobowiązany spełniać określone przepisami prawa warunki wykonywania działalności gospodarczej, działa w warunkach odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, a nie na zasadzie winy, to świadomie naruszając obowiązujące przepisy prawa winien liczyć się z konsekwencjami, które w niniejszej sprawie polegają na ukaraniu go karą pieniężną.

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

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

Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe.

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

V.

Przepis art. 105 § 1 K.p.a. stanowi, że 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.

„U przez ustawodawcę w cytowanym art. 105 § 1 k.p.a. terminu "wydaje" oznacza, iż wydanie decyzji o umorzeniu postępowania jest - w przypadku bezprzedmiotowości postępowania – obligatoryjne” (wyrok NSA z dnia 20 lipca 2011 r. I OSK 640/11, LEX nr 1082792).

„Postępowanie staje się bezprzedmiotowe także wtedy, gdy co prawda przyczyna bezprzedmiotowości istniała już w chwili jego wszczęcia, ale ujawniła się, bądź też organ administracji uświadomił sobie jej istnienie, dopiero w toku tego postępowania. W tym przypadku należy odstąpić od literalnego rozumienia zwrotu "stało się" i rozumieć przepis, w którym jest on zawarty, z uwzględnieniem jego funkcji, która polega na tym, aby organy administracji nie prowadziły postępowań zbędnych lub niedopuszczalnych i to niezależnie od tego kiedy powstały przyczyny tej zbędności lub niedopuszczalności” (wyrok NSA z dnia 26 stycznia 2011 r. II OSK 151/10, LEX nr 1152034).

W niniejszej sprawie argumenty za umorzeniem postępowania są następujące:

„Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której stanowi art. 105 § 1 k.p.a. oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie jej co do istoty.

Oznacza to, iż wszystkie elementy badanego stanu prawnego i faktycznego są tego rodzaju, że niepotrzebne jest postępowanie mające na celu wyjaśnienie wszystkich tych okoliczności w sprawie. Należy przy tym brać pod uwagę okoliczności podnoszone zarówno przez stronę, jak i przez organ z urzędu” (wyrok WSA w Lublinie z dnia 11 września 2012 r. II SA/Lu 637/12, LEX nr 1258253).

„W zależności od przyczyny bezprzedmiotowości, postępowanie może być bezprzedmiotowe w danej sprawie, w innym zaś przypadku postępowanie jest bezprzedmiotowe jedynie przed tym organem jako organem niewłaściwym” (wyrok NSA z dnia 7 września 2012 r. II OSK 875/11, LEX nr 1218395).

„Istota bezprzedmiotowości postępowania polega na tym, że nastąpiło takie zdarzenie prawne lub faktyczne, które spowodowało, że przestała istnieć ta szczególna relacja między faktem (sytuacją faktyczną danego podmiotu) a prawem (sytuacją prawną danego podmiotu), z którą prawo łączy obowiązek konkretyzacji normy w postaci wydania decyzji administracyjnej” (wyrok NSA z dnia 10 maja 2012 r. II GSK 467/11, LEX nr 1219036).

„Decyzja o umorzeniu postępowania nie rozstrzyga o materialnoprawnych uprawnieniach i obowiązkach strony. Wywiera ona inny skutek: przyjmuje, że nie ma przesłanek do merytorycznego orzekania co do istoty sprawy. Skutki tej decyzji mają charakter procesowy. Nie kształtuje się stosunek materialnoprawny” (wyrok NSA z dnia 12 września 2012 r. II GSK 1096/12, LEX nr 1218383).

Oznacza to, że „decyzja o umorzeniu postępowania jest decyzją o znaczeniu czysto procesowym, formalnym i kończy sprawę w danej instancji w "inny sposób" niż poprzez jej rozstrzygnięcie co do istoty w całości lub części” (wyrok WSA w Krakowie z dnia 15 października 2012 r. II SA/Kr 661/12, LEX nr 1231920).

W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że przesłanka bezprzedmiotowości występuje, gdy brak jest podstaw prawnych do merytorycznego rozstrzygnięcia danej sprawy.

„Bezprzedmiotowość postępowania oznacza brak któregoś z elementów stosunku materialnoprawnego skutkującego tym, że nie można załatwić sprawy przez rozstrzygnięcie jej co do istoty. Jest to orzeczenie formalne, kończące postępowanie bez jej merytorycznego rozstrzygnięcia” (wyrok WSA w Gliwicach z 27.01.2011 r. IV SA/Gl 476/10, Wspólnota 2011/8/30; wyrok WSA w Kielcach z 6.04.2011 r. II SA/Ke 776/10, LEX nr 1100482; wyrok WSA w Szczecinie z 13.04.2011 r. II SA/Sz 179/11, LEX nr 1127677; wyrok WSA w Ł. z 20.05. 2011 r. II SA/Łd 1064/10, LEX nr 994133; wyrok WSA w W. z 25.05.2011 r. VII SA/Wa 714/11, LEX nr 897751; wyrok WSA w W. z 11.10.2011 r. IV SA/Wa 1949/10, LEX nr 1155070; wyrok WSA w W. z 1.12.2011 r. VIII SA/Wa 588/11, LEX nr 1156052; wyrok WSA we Wrocławiu z 11.01.2012 r. II SA/Wr 639/11, LEX nr 1121591; wyrok WSA w W. z 17.02.2012 r. I SA/Wa 1570/11, LEX nr 1137290; wyrok WSA w W. z 18.10.2012 r. II SA/Wa 442/12, LEX nr 1241588; także wyrok NSA z 29.03.2011 r. I OSK 791/10, LEX nr 1079828; postanowienie NSA z 7.06.2011 r. I OSK 1458/10, LEX nr 1082653; wyrok NSA z 24.01.2012 r. II OSK 2104/10, LEX nr 1138074).

„W rozumieniu art. 105 § 1 k.p.a. sprawa administracyjna jest bezprzedmiotowa wtedy, gdy nie ma materialnoprawnych podstaw do władczej (w formie decyzji administracyjnej) ingerencji organu administracji, co oznacza, że jakiegokolwiek rozstrzygnięcie organu - pozytywne czy negatywne staje się prawnie niedopuszczalne” (wyrok WSA w Poznaniu z 6.07. 2011 r. IV SA/Po 433/11, LEX nr 1154852).

„Bezprzedmiotowość postępowania jest konsekwencją bezprzedmiotowości sprawy administracyjnej, której to postępowanie dotyczyło. Zachodzi ona w sytuacjach, gdy w świetle prawa materialnego i ustalonego stanu faktycznego brak jest sprawy administracyjnej mogącej być przedmiotem postępowania. Z kolei sprawa administracyjna jest bezprzedmiotowa, gdy nie ma materialnoprawnych podstaw do władczej, w formie decyzji administracyjnej, ingerencji organu administracyjnego. Wówczas też jakiegokolwiek

rozstrzygnięcie merytoryczne, pozytywne czy też negatywne staje się prawnie niedopuszczalne” (wyrok WSA w Opolu z 8.11.2011 r. II SA/Op 226/11, LEX nr 1132350).

„Rozwiązanie procesowe polegające na umorzeniu na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. postępowania jako bezprzedmiotowego, w rezultacie prowadzi do takich samych skutków prawnych dla strony, jak w przypadku odmowy wszczęcia postępowania na podstawie art. 61a § 1 k.p.a., bowiem w obu przypadkach wniosek strony nie może być załatwiony merytorycznie. W obu przypadkach rozstrzygnięcie ma charakter formalny, a powodem jest bezprzedmiotowość postępowania. Inny jest jedynie moment, w którym ta bezprzedmiotowość występuje (wyrok WSA w Gdańsku z 28.11.2012 r. II SA/Gd 337/12, LEX nr 1248756).

„Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której stanowi art. 105 § 1 k.p.a. zachodzi, gdy brak jest jednego z elementów stosunku materialnoprawnego, wobec czego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie jej co do istoty. Może mieć ona charakter podmiotowy lub przedmiotowy. Pierwszy z przypadków zachodzi wtedy, gdy z żądaniem występuje podmiot, któremu nie służy przymiot strony w postępowaniu, drugi - gdy sprawa nie ma charakteru administracyjnego, albo gdy nastąpiło przedawnienie żądania lub gdy brak jest przedmiotu żądania. Umorzenie postępowania w przypadku bezprzedmiotowości jest obligatoryjne zaś decyzja o umorzeniu postępowania nie rozstrzyga o materialnoprawnych uprawnieniach i obowiązkach stron i jest równoznaczna z brakiem przesłanek do merytorycznego orzekania co do istoty sprawy” (wyrok WSA w Szczecinie z 13.03.2013 r. II SA/Sz 356/12, LEX nr 1303045).

Bezprzedmiotowości postępowania nie należy mylić z bezzasadnością żądania, która wymaga merytorycznego orzeczenia co do istoty sprawy w formie odmownej decyzji.

„Brak przesłanki uwzględnienia żądania zgłoszonego przez stronę nie czyni prowadzonego postępowania administracyjnego bezprzedmiotowym w rozumieniu art. 105 § 1 k.p.a., lecz oznacza bezzasadność żądania strony” (wyrok NSA z dnia 11 września 2012 r. II OSK 224/11, LEX nr 1251923).

W toku postępowania administracyjnego PWIF uznał ponad wszelką wątpliwość, że Strona prowadziła sprzedaż produktów leczniczych przez Aptekę, poprzez uczestnictwo apteki w „Programie [...]” oraz wykorzystanie kart rabatowych Programu [...] w sposób naruszający dyspozycję przepisu art. 94a ust. 1 P.f., ale w dacie wydania decyzji nie była już związana uczestnictwem w programie sprzedażowym „[...]”.

Organ uznał dobrą wolę Strony. W dniu [...] r. wpłynęło bowiem pismo Strony datowane [...] r., w którym Strona przyznała, że do swojego pisma z [...] r. dołączyła „omyłkowo” - niezgodnie z żądaniem Organu – kserokopie oświadczeń zamiast oryginałów. Do pisma załączono oryginały żądanych dokumentów z prośbą o ich zwrot po urzędowym uwierzytelnieniu.

PWIF pismem z dnia [...] r., doręczonym Stronie w dniu [...] r., przypomniał Stronie, że w piśmie moim z dnia [...] r. zaproponował rozważenie złożenia przez prawidłowo umocowanych przedstawicieli Strony oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej, dot. wszystkich lub niektórych dowodów (w przypadku trudności z ich przedstawieniem).

Organ docenił, że Strona – wprawdzie dwukrotnie wzywana - pismem z dnia [...] r., otrzymanym przez PWIF w dniu [...] r., złożyła w oryginale żądane oświadczenie pod rygorem odpowiedzialności karnej za zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy.

W związku z powyższym, dalsze prowadzenie postępowania w zakresie nakazu zaprzestania prowadzenia w Aptece niedozwolonej reklamy stało się bezprzedmiotowe i koniecznym stało się jego umorzenie z urzędu na podstawie art. 105 § 1 k.p.a.

Biorąc powyższe pod uwagę, PWIF postanowił jak w petitum decyzji.

POUCZENIE

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

otrzymują:

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