

**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 2017 r.

FARZ-DA.8523.30.2016

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

DECYZJA

Na podstawie art. 94a ust. 1 i 2-4 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2017 r., poz. 2211), dalej zwanej: „**P.f.**”, oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257), dalej zwanej: „**K.p.a.**”, po przeprowadzeniu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez [...] Sp. z o.o. we W. NIP [...] (dalej zwanej: „**Stroną**”), niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie „[...] w P., ul. [...] 6 (dalej zwanej: „**Apteką**”) i jej działalności polegającej na uczestniczeniu w programie lojalnościowym, co stanowi naruszenie art. 94a P.f.

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- I. Nakazuje zaprzestania prowadzenia przez Stronę reklamy Apteki poprzez:
- 1) uczestniczenie w programie reklamowym pn. „[...]”,
 - 2) wydawanie i realizowanie [...] o określonej wartości pieniężnej,
 - 3) wydawanie i realizowanie [...] uprawniających do zrealizowania dodatkowych punktów rabatowych i [...],
- II. Decyzji w pkt. I nadaje rygor natychmiastowej wykonalności;
- III. Nakłada na [...] Sp. z o.o. z siedzibą we W. karę pieniężną w kwocie [...] zł (słownie: [...] złotych 00/100) z tytułu naruszenia przepisu art. 94a ust. 1 P.f. opisanego w pkt. I sentencji decyzji. Karę należy wpłacić na rachunek bankowy Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w NBP O/Okr. R. nr [...] w terminie 7 dni od dnia, w którym niniejsza decyzja stanie się ostateczna.

UZASADNIENIE

Uzasadnienie faktyczne

Pismem z dnia [...] r. P. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny (dalej zwany: „**Organem**” lub „**PWIF**”) zawiadomił Stronę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Spółkę, niedozwolonej reklamy Apteki i jej działalności.

W toku kontroli planowej przeprowadzonej w Aptecę przez upoważnionego inspektora

farmaceutycznego Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R. w dniu [...] r., zakończonej protokołem znak [...] stwierdził, że Apteka realizuje [...]. W trakcie kontroli sporządzono wydruk 16 faktur VAT sprzedaży, na których widnieje zapis: Zapłacono ([...]) (załącznik do protokołu str. 4-19). Do protokołu załączony został również szczegółowy wydruk transakcji typu [...] za okres od [...] r. do [...] r. (150 transakcji z użyciem [...]) (załącznik do protokołu str. 1-3). Wykonano również 1 zrzut z ekranu komputera przedstawiający sprzedaż uwzględniającą formę zapłaty: [...] (załącznik do protokołu str. 20).

Organ wezwał Stronę, już w toku postępowania, do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia, wszelkich wyjaśnień i dowodów, w tym w szczególności:

- oryginałów lub uwierzytelnionych odpisów dokumentów, na podstawie których Apteka uczestniczy w realizacji „[...]” w formie „[...]”,
- uwierzytelnionych kopii faktur na których widnieje napis: „[...] za okres od dnia zawarcia umowy z [...] Sp. z o.o. do dnia wezwania;

i innych dowodów świadczących o tym, że prowadzenie Apteki przez Stronę ma wyłącznie formy prawnie dozwolone.

Powyższe wydruki sporządzone podczas kontroli wykazały realizację transakcji z użyciem [...] w okresie, co najmniej od dnia [...] r. (z tego dnia pochodzi pierwsza zrealizowana transakcja z użyciem [...]), do co najmniej [...] r. (z tego dnia pochodzi ostatnia zrealizowana transakcja z użyciem [...]).

Postanowieniem z dnia [...]r. Organ poinformował Stronę o włączeniu do toczącego się postępowania administracyjnego materiału dowodowego w postaci wyciągu z protokołu z kontroli planowej Apteki znak: [...] z dnia [...] r. wraz z szczegółowym wydrukiem transakcji typu: [...] za okres [...], wydrukiem 16 faktury VAT sprzedaży oraz z wydrukami przedstawiającymi sprzedaż uwzględniającą formę zapłaty: [...].

Pismem z dnia [...]r. (wpływ do PWIF w dniu [...] r.) zgłosił się adw. [...] jako pełnomocnik Strony, wniósł o przedłużenie o 14 dni terminu na wykonanie wezwania Organu z dnia [...] r.

Pismem z dnia [...]r. Organ wyznaczył Stronie ostateczny termin do złożenia wszelkich wyjaśnień i dowodów, w tym w szczególności:

- oryginałów lub uwierzytelnionych odpisów dokumentów, na podstawie których Apteka uczestniczy w realizacji „[...]” w formie „[...]”,
- uwierzytelnionych kopii faktur na których widnieje napis: „[...]”, za okres od dnia zawarcia umowy z [...] Sp. z o.o. do dnia wezwania;

Pismem z dnia [...] r. (wpływ do tut. Inspektoratu [...] r.) Strona wniosła o umorzenie postępowania na podstawie art. 105 § 1 K.p.a. z uwagi na jego bezprzedmiotowość.

Ponadto Strona odpowiadając na wezwanie Organu oświadczyła, że Spółka nie posiada oryginałów lub uwierzytelnionych odpisów dokumentów, na podstawie których Apteka uczestniczy w realizacji programu lojalnościowego w formie „[...]”, bowiem wszystkie uzgodnienia pomiędzy Stronami odbywały się ustnie.

Spółka wyjaśniła również, iż Apteka realizując „[...]” uczestniczy w programie, który polega na honorowaniu jako część zapłaty za towary bonów wystawionych przez organizatora programu – spółkę [...] Sp. z o.o.

Do pisma załączone zostały kopie faktur VAT, na których widnieje napis „[...]”.

Postanowieniem z dnia [...]r. Organ poinformował Stronę o włączeniu do toczącego się postępowania administracyjnego następującego materiału dowodowego w postaci:

- pisma Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia [...] r. znak [...] przekazujące pismo Prezesa Okręgowej Rady Aptekarskiej z dnia [...] r. znak: [...], zgodnie z kompetencjami.;
- wydruku ze strony internetowej www[...] przedstawiającego szczegółowy wykaz aptek sieci [...] oraz aptek partnerskich zlokalizowanych na terenie województwa p. w tym Apteki;
- pisma P. Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego z dnia [...]r. znak [...], wzywającego Fundację [...]” w W. do udzielenie wyjaśnień wraz z odpowiedzią Fundacji;
- pisma wraz z załącznikami, w których Organ dokonał anonimizacji danych niepodlegających upublicznieniu oraz danych umożliwiających identyfikację osoby fizycznej, (wymienione niżej załączniki zostały oznaczone porządkowo numerami jak na kartach w aktach sprawy) tj.:
 - pismem dot. wydawania w Aptekach [...] kart rabatowych Programu [...] i innych kart rabatowych; zamykania systemu informatycznego służącego do obsługi [...] oraz odbierania przez przełożonych czystych, niewydanych jeszcze klientom [...] przed zapowiedzianą kontrolą PWIF w danej Aptece,
 - Regulaminem [...],
 - wydruków wiadomości elektronicznych Dyrektora Marketingu Apteki [...] Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. [...] we W. (dalej zwanego: „**Dyrektorem Marketingu**”),
 - wydrukami wiadomości elektronicznych Kierownika Regionalnego [...] Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. [...] we W., (dalej zwanego: „**Kierownikiem Regionalnym**”),
 - wydrukami wiadomości elektronicznej serwisu informatycznego Infolinia – [...] Sp. z o.o. (dalej zwanego: „**Serwisem Informatycznym**”),
 - wiadomości elektronicznej Marketing Manager [...] Sp. z o.o. (dalej zwanego: „**Marketing Managerem**”),
 - wydrukami zatytułowanych: „[...]” z których treści wynika, że spółka [...], będąca częścią holdingu [...] jest wydawcą serii kart rabatowych tj. [...] – upoważniających do rabatów za zakupy biorące udział w programie lojalnościowym,
 - wydrukami korespondencji elektronicznej, zawierającej listę najczęściej pojawiających się pytań i odpowiedzi na temat funkcjonowania programów,
 - kopertą – Program [...] – zawierającej formularz zgłoszeniowy do programu, ulotki informacyjne oraz dwie [...].

Przedstawione powyżej dowody zawierają informacje potwierdzające rozpoczęcie i prowadzenie programu lojalnościowego, w którym uczestniczy Strona przez jego organizatora, a także sposobu jego prowadzenia z uwzględnieniem wstrzymywania programów na czas kontroli Organu.

W wiadomościach elektronicznych skierowanych do Aptek [...], oznaczonych na piśmie porządkowo nr 2, wygenerowanych z adresu firmowego Dyrektora Marketingu, poinformowano o rozpoczęciu realizacji trzech programów w tym: Programu [...] (program lojalnościowy [...] Sp. z o.o.), Programu [...]” (program rabatowy – [...] Sp. z o.o.), Programu [...] (karta rabatowa). Dodatkowo poinstruowano o poufności oraz zakazie komunikacji pisemnej. Zdaniem Organu ten ostatni zakaz wskazuje na pełną świadomość Strony, co do niezgodności z prawem prowadzonych działań reklamowych. Załącznikiem do korespondencji był Regulamin [...] o identycznej treści, jak regulamin dołączony do zawiadomienia Prezes Okręgowej Izby Aptekarskiej w W. z dnia [...] r.

Z dalszej części korespondencji mailowej wynika, że w taki sam sposób wysłane zostały także: Regulamin Programu [...] wraz z opisem zasad jego działania, a także Regulamin Programu [...].

W wiadomościach elektronicznych, oznaczonych na piśmie porządkowo nr 3, wygenerowanych z adresu firmowego Kierownika Regionalnego, informowano m.in. o raportach dotyczących użycia przez pacjentów kart programów lojalnościowych w Aptekach [...].

W wiadomości elektronicznej skierowanej do jednej z Aptek [...], oznaczonej na piśmie porządkowo nr 4, wygenerowanej z adresu firmowego Serwisu Informatycznego, informowano o wyłączeniu programu w jednej z Aptek [...] w związku z kontrolą PWIF.

W wiadomości elektronicznej skierowanej do jednej z Aptek [...], oznaczonej porządkowo nr 6, wygenerowanej z adresu firmowego Marketing Managera, opisany został m.in. cel programu lojalnościowego tj.: „[...]”

Pismem z dnia [...] r. Organ poinformował Fundację [...]” w W., że w dniu [...] r. została przeprowadzona kontrola planowa w aptece „[...]” mieszczącej się w R. przy ul. [...], w wyniku kontroli ustalono dokonanie płatności [...] na podstawie fakturze VAT sprzedaży nr [...] z dnia [...] r. wystawionej dla fundacji. W związku z tym fundacja została poproszona o udzielenie wyjaśnień.

W odpowiedzi na zapytanie Organu pismem z dnia [...] r. (wpływ do PWIF w dniu [...]r.) Prezes Zarządu Fundacji wyjaśnił praktyczne zasady korzystania z [...] oraz [...].

Dowody te wskazują na prowadzenie w Aptekach [...] w tym w Aptece, programu lojalnościowego i to ze świadomością niezgodności z prawem prowadzonych działań. Dane statystyczne dotyczące prowadzenia programu w Aptekach [...] były zbierane i oceniane, a podczas realizacji programu obowiązywać miała poufność. Dowody te wskazują także na nieprawdziwość oświadczenia Strony dotyczącego jedynie ustnych ustaleń w zakresie prowadzenia programu lojalnościowego związanego z wydawaniem “[...]”.

Pismem z dnia [...]r. Organ odpowiedział na wniosek Strony o umorzenie postępowania, zawarty w piśmie pełnomocnika Strony z dnia [...] r., otrzymanym w dniu [...] r., informując, że w sprawie wszczętej z urzędu nie jest uprawniony wniosek strony postępowania o jego umorzenie na podstawie art. 105 § 1 K.p.a.

Ponadto Strona została poinformowana o zakończeniu postępowania wyjaśniającego i dowodowego oraz o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań zgodnie z treścią art. 10 K.p.a.

Zebrane w postępowaniu dowody wskazują na faktyczne wprowadzenie i realizowanie programu lojalnościowego opartego na [...], opisanego w Regulaminach, a także w regulaminie programu: „[...]”. Świadczą o tym przede wszystkim transakcje z udziałem [...], ujawnione w trakcie kontroli w Aptece. Funkcjonowanie programu potwierdzają także informacje udzielone przez Prezesa Zarządu Fundacji [...], jak i zanonimizowane pismo z [...] r.

Uzasadnienie prawne

P. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny ustalił co następuje:

Apteka prowadzona przez Stronę uczestniczy w programie lojalnościowym polegającym na wydawaniu m.in. [...], która uprawnia do wzięcia udziału w programach rabatowych organizowanych w Aptekach [...], opisanych szczegółowo w regulaminach, stanowiących dowód w niniejszym postępowaniu (zwanym dalej: „Regulaminami”), w tym także regulaminie programu „[...]” (zwanego dalej:

„Programem”), w związku z którym wydawane były tzw. „[...]” będące częścią programu lojalnościowego i podstawą do naliczania rabatu pacjentom.

Zgodnie z treścią art. 75 K.p.a., jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem. W szczególności dowodem mogą być dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz oględziny. W związku z tym oraz w kontekście pozostałych dowodów Organ przyjmuje za w pełni wiarygodny dowód z Regulaminów przesłanych jako załącznik do pisma wszczynającego sprawę.

Z treści Regulaminów wynika, że uczestnikami programów lojalnościowych mogli być tylko uczestnicy „[...]”, którzy posiadali aktywną [...], (zwani dalej: „**Uczestnikami**”). Tylko Uczestnicy mogli być też beneficjentami bonów rabatowych zwanych [...]. Jak wynika z treści Regulaminu [...], program zorganizowany został przez inną spółkę holdingu tj. [...]Sp. z o.o. z siedzibą we W.

Zebrany materiał dowodowy nie pozostawia wątpliwości, że program lojalnościowy był faktycznie realizowany przez Stronę w Aptece w okresie, co najmniej od dnia [...] r. (z tego dnia pochodzi pierwsza zrealizowana transakcja z użyciem [...]), do co najmniej [...] r. (z tego dnia pochodzi ostatnia zrealizowana transakcja z użyciem [...])

Uczestnicy mają możliwość nabywania punktów rabatowych w zamian za zakupy w Aptekach. Za każde [...] Uczestnik dostaje 1 pkt rabatowy o wartości [...]. Punkty nie podlegają możliwości wymiany na ekwiwalent gotówkowy. Jedyną możliwością ich realizacji, zgodnie z treścią regulaminu „[...]”, jest ich wymiana na rabat obniżający zapłatę za produkt nabyty w Aptekach [...] w tym w Aptece Program [...]” organizowany jest przez inną spółkę holdingu – [...] Sp. z o.o.

Apteka może także przyznawać Uczestnikom bony o określonej wartości pieniężnej, kupony punktowe (możliwość zrealizowania dodatkowych punktów rabatowych) oraz kupony promocyjne (możliwość promocyjnego zakupu określonego produktu). Te również nie podlegały wymianie na gotówkę, a jedyną możliwością ich realizacji dotyczy Aptek.

Program lojalnościowy został skonstruowany w taki sposób, aby zwracał uwagę na działalność aptek działających pod szyldem „[...]”. Rabaty miały na celu „przywiązanie” pacjenta do Apteki, a przez to zachęcić do dokonania kolejnych zakupów właśnie w Aptece. Programy miały na celu promocję wszystkich aptek działających pod szyldem „[...]” i realizujących karty rabatowe.

Podstawą orzekania w niniejszej sprawie jest art. 94a ust. 1 P.f. który stanowi o zakazie reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Zgodnie zaś z ust. 2 art. 94a P.f., nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego sprawuje Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny. Ponieważ przedmiotowa sprawa dotyczy kwestii reklamy Apteki położonej w województwie p., właściwym do rozpoznania sprawy jest P. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny.

Zgodnie z treścią ww. ustawy zabroniona jest jakakolwiek reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Wyłączone z zakazu zostały jedynie proste informacje dotyczące lokalizacji i godzin pracy apteki lub punktu aptecznego. Przywołany wyżej artykuł, co potwierdza utrwalona linia orzecznicza, uwzględnia bardzo szerokie pojęcie reklamy i jest przykładem ograniczenia zasady wolności gospodarczej ze względu na ważny interes publiczny, o którym mowa w art. 22 w zw. z art. 20 Konstytucji RP.

Rozważania prawne należy zatem rozpocząć od ustalenia definicji reklamy oraz

zakresu działań uznawanych za reklamę apteki. Ustawa Prawo farmaceutyczne nie zawiera definicji reklamy apteki. Definicja pojęcia „reklama” zawarta w przepisach Prawa farmaceutycznego bez wątpienia odnosi się wyłącznie do „produktów leczniczych”.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą, w przypadku reklamy apteki, należy odwoływać się do wykładni językowej samego pojęcia „reklama”, zawartą w publikacjach słownikowych języka polskiego. Za reklamę uważa się zatem 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.). Definicja reklamy zawarta w innych słownikach jest bardzo zbliżona.

W konsekwencji należy przyjąć, że reklamą działalności apteki jest każde działanie ukierunkowane na zachęcanie potencjalnych klientów do dokonywania zakupu usług farmaceutycznych w konkretnej aptece lub punkcie aptecznym, a tym samym zwiększenie sprzedaży. Niezależnie od form i metod prowadzenia samej reklamy oraz użytych do jej realizacji środków. Istotne, aby celem było zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych lub wyrobów medycznych.

Podobny pogląd oraz powołanie się na definicję słownikową znaleźć można w bogatym orzecnictwie sądów administracyjnych (zob., wyrok WSA w Warszawie z dnia 1 lutego 2008 r., sygn. VII SA/Wa 1960/07, wyrok WSA w Warszawie z 14 maja 2008 r., sygn. VII SA/Wa 2215/2007, wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 października 2008 r., sygn. VII SA/Wa 698/08, wyrok WSA w Warszawie z 1 kwietnia 2008 r., sygn. VII SA/Wa 1739/2007, wyrok WSA w Warszawie z 6 marca 2008 r., sygn. VII SA/Wa 2006/2007, wyrok WSA w Warszawie z 6 marca 2008 r., sygn. VII SA/Wa 2216/2007, wyrok WSA w Warszawie z 17 grudnia 2007 r., sygn. VII SA/Wa 1707/2007 - wszystkie orzeczenia cytowane w Uzasadnieniu odnaleźć można na stronie internetowej: www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

Zgodnie zatem z utrwalonym orzecnictwem sądów administracyjnych, 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 (zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 14.05.2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 2215/07, podobnie wyrok WSA w Warszawie z dnia 1.02.2008 r. sygn. VII SA/Wa 1960/07, wyrok WSA w Warszawie z dnia 22.11.2007 r. sygn. VII SA/WA 1661/07).

Podobnie reklamę zdefiniowano w art. 2 Dyrektywy 2006/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (Dz. U. UE. L z 2006 r. Nr 376, s. 21), w którym przyjęto, że reklama oznacza przedstawienie w jakiegokolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów w celu wspierania zbytu towarów lub usług, w tym nieruchomości, praw i zobowiązań.

Ustalając definicję reklamy aptek, warto sięgnąć także do innego aktu prawnego, który definiuje pojęcie reklamy, tj. ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2016 r. poz. 639) w art. 4 pkt 17 definiuje pojęcie reklamy jako "przekaz handlowy, pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzający do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług; reklamą jest także autopromocja"

Przenosząc powyższe ogólne rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, kluczową kwestią pozostaje zinterpretowanie intencji podmiotu uczestniczącego w programie lojalnościowym. Nie może budzić wątpiwości fakt, że program lojalnościowy jest w założeniu strategią marketingową realizowaną w celu zwiększenia sprzedaży oraz

przywiązania klienta/pacjenta do podmiotu w którym program jest organizowany. W tym wypadku podmiotem takim jest Apteka.

Zgodnie w powyższych wywodach, program lojalnościowy zawiera wszystkie znamiona reklamy i za taką musi być uznany. Celem realizacji programu lojalnościowego jest niewątpliwie uatrakcyjnienie oferty handlowej, czyli spowodowanie u odbiorcy (nabywcy) woli zakupu oferowanych towarów w konkretnej aptece lub aptece należącej do konkretnej sieci. W konsekwencji celem jest pozyskanie grupy lojalnych klientów, regularnie nabywających towary, kształtowanie pozytywnego wizerunku sieci wśród klientów, obniżki kosztów dotarcia do klienta z kolejną ofertą jak również rozpoznanie potrzeb klientów.

Stanowisko takie potwierdził Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 5 września 2014 r., sygn. VI SA/Wa 593/14: „Programy lojalnościowe definiowane są również jako służące przyciągnięciu nowych klientów i zatrzymaniu starych, mają za zadanie doprowadzenie do wzrostu sprzedaży poprzez budowanie lojalności wśród obecnych najbardziej wartościowych klientów czy jako narzędzia promocji konsumenckiej stosowanej w sprzedaży, w którym konsumenci nagradzani są w zależności od częstotliwości nabywania produktów lub usług danej firmy i wielkości zakupów. Programy lojalnościowe zapewniają nie tylko podniesienie sprzedaży i często osłabienie pozycji konkurencji, ale i bezpłatną reklamę, gdyż przyciągają klientów do konkretnych aptek zachęcając ich w ten sposób do nabywania produktów leczniczych”.

Podobne stanowisko przyjął Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 25 sierpnia 2016 r., sygn. II GSK 120/15: „Nie ulega wątpliwości, że zamierzeniem tego projektu lojalnościowego jest uatrakcyjnienie oferty apteki. Jest to mechanizm budowania lojalności klienta, który polega na zachęceniu go do korzystania z usług konkretnej apteki. Wiąże zatem korzyść dla klienta z dokonywaniem zakupów w konkretnej aptece stanowiąc niedozwoloną reklamę w rozumieniu art. 94a P.f.”.

Analogiczne stanowisko w rozważanej kwestii było wyrażone niejednokrotnie przez Naczelny Sąd Administracyjny w sprawach, w których oceniane były inne programy lojalnościowe (przykładowo wyroki NSA z dnia: 4 lutego 2015 r. sygn. II GSK 2089/13; 3 lipca 2015 r. sygn. II GSK 37/15; 7 maja 2015 r. sygn. II GSK 2438/14; 26 lutego 2015 r. sygn. II GSK 2069/13, 27 kwietnia 2016 r. sygn. II GSK 2704/14; 3 lutego 2016 r. sygn. II GSK 2356/14).

Program pn. „[...]”, prowadzony w Aptecę którego zasady zostały opisane w Regulaminie, stanowiącym dowód w sprawie, należy uznać za program lojalnościowy, gdyż ma on na celu pozyskanie jak największej liczby nowych klientów oraz zatrzymanie już pozyskanych. Niewątpliwie przyznanie punktów za dokonanie zakupów w danej sieci aptek i w konsekwencji udzielanie rabatu na dalsze zakupy w tej samej sieci jest działaniem zachęcającym potencjalnych klientów do dokonania zakupu towarów sprzedawanych w tej właśnie sieci aptek, a w konsekwencji zwiększenia sprzedaży. Takie działanie należy uznać za niedozwoloną reklamę.

Organ na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustalił, że od nieustalonego czasu, co najmniej od dnia [...] r. (z tego dnia pochodzi pierwsza zrealizowana transakcja z użyciem [...]), do co najmniej dnia [...] r. (z tego dnia pochodzi ostatnia zrealizowana transakcja z użyciem [...]) Strona prowadziła działalność reklamową Apteki, poprzez uczestnictwo w programie lojalnościowym. Z tego dnia pochodzi najwcześniejsze skorzystanie przez pacjenta z bonu rabatowego, a tym samym z programu lojalnościowego, stwierdzone przez Organ. Do dnia [...] r. w aptecę zrealizowano 150 transakcji przy użyciu „[...]”.

Działalność taka mieści się w pojęciu niedozwolonej reklamy wyrażonym w treści

art. 94a ust. 1 P.f. Przewiduje ona korzyści dla pacjentów, podobnie jak wszelkiego rodzaju akcje promocyjne, rabatowe, czy rozpowszechnianie informacji o promocjach cenowych.

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

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. W przedmiotowej sprawie Apteka, której Strona jest właścicielem uczestniczyła w programie lojalnościowym, w związku z tym zasadnym jest nałożenie kary na tę właśnie spółkę.

Karę pieniężną nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji administracyjnej. Przy ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów.

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

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

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

Kara pieniężna powinna być skuteczna, proporcjonalna i odstrasżająca. Skuteczność kary przejawia się w możliwości jej nałożenia i wyegzekwowania. Żeby kara była odstrasżająca jej wysokość powinna być dotkliwa dla przedsiębiorcy. Kara nałożona na podmiot musi także spełnić funkcję prewencyjną oraz dyscyplinująco-represyjną, tj. być ostrzeżeniem dla przedsiębiorcy, mającym na celu niedopuszczenie do powstania nieprawidłowości w przyszłości.

Wymierzona kara powinna uwzględniać stopień i rozmiar naruszenia.

Przez stopień naruszenia przepisów należy rozumieć m.in. intensywność, nasilenie reklamy oraz formę jej prowadzenia. Stopień i okoliczności naruszenia należą do okoliczności faktycznych, które winny być ustalone przez organ w sprawie naruszenia zakazu określonego w art. 94a ust. 1 P.f. oraz nałożenia kary pieniężnej.

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

- reklama Apteki i jej działalności była stała i długotrwała (co najmniej od dnia [...] r., do co najmniej dnia [...] r.)
 - Strona wstrzymywała program i kolportaż materiałów reklamowych na czas kontroli PWIF (po otrzymaniu przez Aptekę zawiadomienia o planowanym wszczęciu kontroli, realizacja bonów rabatowych była wstrzymywana),
 - naruszenie art. 94a ust. 1 P.f. przez Stronę stwierdzone zostało po raz pierwszy, po wejściu w życie zmienionych od dnia 1 stycznia 2012 r. przepisów – o czym Organ informował w komunikacie Nr 1/2012 z dnia 12 stycznia 2012 r. umieszczonym na stronie internetowej [www.\[...\]](#) oraz w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu,
- nałożona w wysokości [...] zł kara pieniężna, jest adekwatna do okoliczności i czasu prowadzenia reklamy Aptek i ich działalności.

Strona nie zamierza zaprzestać reklamy aptek, ponieważ nie zajęła stanowiska, a oświadczenie Strony jest irrelevantne prawnie i nieskuteczne.

W tych okolicznościach należało uznać, że nie nastąpiła rezygnacja przez Stronę z działań reklamowych.

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

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

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

Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki za zwłokę w wysokości jak dla zaległości podatkowych.

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

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

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

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

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

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

Biorąc powyższe pod uwagę Organ postanowił jak w sentencji decyzji.

POUCZENIE

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

otrzymują:

- adwokat [...] z Kancelarii Adwokackiej [...],
[...] K., ul. [...] – za potwierdzeniem odbioru;
- aa.