

W nawiązaniu do faktury VAT nr [...] z dnia [...] r. wystawionej na rzecz Fundacji [...]", pismem z dnia [...] r. Prezes Zarządu Fundacji wyjaśnił praktyczne zasady korzystania z [...] oraz [...]. Praktyczne zasady korzystania z programu lojalnościowego pozostają w korelacji z regulaminem programu lojalnościowego organizowanego przez Stronę, a stanowiącego dowód w sprawie. Mianowicie pacjenci gromadzili punkty za zakup towarów w Aptekach na [...]. Po zebraniu odpowiedniej liczby punktów, można nimi częściowo zapłacić za zakupy w Aptekach, uzyskując stosowny rabat.

Strona została wezwana do złożenia wyjaśnień pismem z dnia [...] r., jednak nie ustosunkowała się ona merytorycznie do przedmiotu postępowania. W związku z tym Organ w dniu [...]r. poinformował Stronę, że w obliczu unikania składania wyjaśnień przyjmuje się, że Strona nie podważa faktu prowadzenia niedozwolonej reklamy. W odpowiedzi pełnomocnik Strony pismem z dnia [...] r. podniósł, że działalność Strony jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa, a także zaprzeczył prowadzeniu przez nią niedozwolonej reklamy apteki.

Postanowieniem z dnia [...] r. Organ włączył jako dowody do akt sprawy:

- protokół wraz z załącznikami znak: [...] z kontroli planowej z dnia [...] r., do którego załącznik nr 19 stanowi dokumentacja potwierdzająca prowadzenie działalności reklamowej w aptece o nazwie „[...]” położonej przy ul. [...] w R. Reklama polegała na uczestnictwie w programach lojalnościowych organizowanych przez Stronę, czego dowodem są: wydruk transakcji typu [...] (87 transakcji z użyciem [...]), wydruk sprzedaży z formą płatności [...], wydruk kopii 4 faktur sprzedaży VAT uwzględniających płatność [...],
- protokół wraz z załącznikami znak: [...] z kontroli planowej z dnia [...] r., do którego załącznik nr 14 stanowi dokumentacja potwierdzająca prowadzenie działalności reklamowej w aptece o nazwie „[...]” położonej przy ul. [...] w R.. Reklama polegała na uczestnictwie w programach lojalnościowych organizowanych przez Stronę, czego dowodem są: wydruk transakcji typu [...] (64 transakcje z użyciem [...]), wydruk sprzedaży z formą płatności [...], wydruk kopii 4 faktur sprzedaży VAT uwzględniających płatność [...];

Dowody te potwierdzają prowadzenie programu lojalnościowego w Aptekach, a także obrazują skalę programu oraz jego zasięg czasowy.

W dniu [...] r. Strona została wezwana do ustosunkowania się do faktów i dokumentów znanych organowi z urzędu, z którymi Organ zapoznał się w toku prowadzonego postępowania, w związku z inną prowadzoną sprawą. Organ zakomunikował jednocześnie Stronie, że powziął z urzędu informacje dotyczące wydawania w Aptekach, [...] i innych kart rabatowych, a także zamykania systemu informatycznego służącego do obsługi [...] oraz odbierania przez przełożonych czystych, niewydanych jeszcze klientom [...] przed zapowiedzianą kontrolą z PWIF. Wraz z pozyskaniem ww. informacji Organ zapoznał się z urzędu także z dokumentami, wymienionymi i opisanymi szczegółowo w treści pisma, potwierdzającymi prowadzenie przez Stronę programów lojalnościowych w tym:

- [...],
- wydrukami wiadomości elektronicznych Dyrektora Marketingu Apteki [...] Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. [...] we W., a także wiadomości elektronicznych Kierownika Regionalnego [...] Sp. z o.o., wiadomości elektronicznej Serwisu Informatycznego, [...] Sp. z o.o., wiadomości elektronicznej Marketing Menager [...] Sp. z o.o. - zawierającymi potwierdzenie rozpoczęcia i prowadzenia programu lojalnościowego oraz sposobu jego prowadzenia z uwzględnieniem wstrzymywania programów na czas

kontroli Organu. Załącznikiem do ww. korespondencji był m.in. regulamin programu lojalnościowego „[...]”,

- wydrukami zatytułowanymi: „[...]” informującymi o tym, 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 – [...] – zawierającą formularz zgłoszeniowy do programu, ulotki informacyjne oraz dwie [...].

Dowody te, poza faktem prowadzenia przez Stronę programu lojalnościowego w Aptekach, wskazują na próbę ukrycia tego faktu przed Organem poprzez wstrzymywanie programu na czas kontroli planowych PWIF.

Faktyczne wstrzymywanie działania programu lojalnościowego przez Stronę potwierdzone zostały podczas kontroli prowadzonych przez Organ. Z dokumentacji z kontroli planowych i sprawdzających, prowadzonych w Aptekach wynika, że po otrzymaniu zawiadomienia o zamiarze wszczęcia kontroli PWIF, program był zawieszany.

Dowodzą temu m.in. załączniki do protokołów znak: [...] z kontroli planowej z dnia [...] r. przeprowadzonej w aptece „[...]” w R., ul. [...]. Z treści „[...]” z dnia [...] r. wynika, że realizacja [...] z dniem [...] r. została wstrzymana. Podmiot prowadzący aptekę został poinformowany o kontroli w dniu [...]r., kiedy to odebrał zawiadomienie o zamiarze wszczęcia kontroli. Okoliczność tą potwierdzają: potwierdzenie odbioru oraz zawiadomienie, stanowiące załącznik.

W dniu [...]r. w siedzibie Organu stawił się pełnomocnik Strony, któremu zostały udostępnione m.in. akta sprawy [...], z których to sporządził on fotokopie. Pełnomocnik został poinformowany, iż akta sprawy zostały przedstawione mu w całości, a fakty opisane w przywołanych pismach są Organowi znane z urzędu. Pełnomocnik nie żądał kopii i odpisów z akt sprawy.

Z wizyty pełnomocnika sporządzona została notatka służbowa. Stronie nie odmówiono przeglądania akt sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii i odpisów, uwierzytelnienia takich kopii i odpisów lub wydania uwierzytelnionych odpisów. W związku z tym nie było konieczności wydawania w tej kwestii postanowienia. Z pełnomocnikiem Strony uzgodniony został termin dogodny dla obydwu stron, w którym to terminie miał on możliwość zapoznania się, bez ograniczeń, z całością dokumentacji zgromadzonej w sprawie.

Postanowieniem z dnia [...] r. Organ włączył jako dowody do akt sprawy:

- protokół wraz z załącznikami znak: [...] z kontroli planowej z dnia [...] r., przeprowadzonej w aptece o nazwie „[...]”, mieszczącej się w J. przy ul. [...],
- szczegółowy wydruk transakcji typu: [...] za okres [...];
- wydruk 3 faktur VAT sprzedaży,
- wydruk przedstawiający sprzedaż uwzględniającą formę zapłaty: [...],
- szczegółowy wydruk transakcji typu: [...] za okres [...] (60 transakcji z użyciem [...]),
- wydruk z bufora kart stałego pacjenta za okres [...]r.

W treści pkt XVI ww. protokołu stwierdzono realizację przez aptekę [...] (60 transakcji). Na trzech kopiach faktur VAT wydrukowanych z systemu komputerowego wystawionych przez aptekę dla pacjentów, umieszczona jest informacja o kwocie udzielonego rabatu.

Postanowieniem z dnia [...]r. Organ włączył jako dowody do akt sprawy:

- zanonimizowane przez Organ pismo z dnia [...] r. wraz z załącznikami, jak niżej:
- kopią oferty Programu [...],
- kopią [...],
- kopią paragonów zawierających transakcje z użyciem karty;

W załączniku do pisma, na dokumentach wydawanych pacjentom, opisane zostały zasady funkcjonowania programu „[...]”. Pokrywają się one z pozostałymi ustaleniami Organu dotyczącymi funkcjonowania programu lojalnościowego. Dodatkowo na załączonych paragonach widnieje zapis: „[...]”, ze wskazaniem karty o numerze [...] załączonej do pisma. Poniżej, obok zapisu „[...]” doliczane są punkty. Zgodnie z treścią pisma, załączniki te otrzymywać mieli pacjenci Aptek.

Dowody powyższe potwierdzają faktyczne realizowanie programu przez aptekę „[...]” położoną w P. przy ul. [...], wymienioną także w wykazie wskazanym na stronie internetowej Strony. Do wymienionych dowodów Strona nie ustosunkowała się merytorycznie.

W odpowiedzi na wniosek Strony z dnia [...] r. o zawieszenie postępowania w związku ze skargami do Trybunału Konstytucyjnego, Organ postanowieniem z dnia [...] r. odmówił zawieszenie postępowania. Uzasadnieniem postanowienia było nie spełnienie przesłanek wskazanych w art. 97 § 1 pkt 4 K.p.a. Samo wniesienie skargi, w innej sprawie, przez inny podmiot, nie stanowi bowiem zagadnienia wstępnego, o którym mowa w ww. przepisie. Kopie załączone do wniosku zostały przez Stronę zanonimizowane, jednak z inicjałów nazw podmiotów wnoszących skargi wynikało, że Strona nie jest autorką żadnej z nich. Żadna ze skarg nie dotyczyła także sprawy prowadzonej przez PWIF. Organ powołał się w uzasadnieniu na wyrok NSA z dnia 28 maja 2008 r., sygn. akt: II OSK 1698/07 (LEX nr [...]9631), z którego tezy wynika, że: *„Organ, przed którym toczy się postępowanie w sprawie głównej musi ustalić związek przyczynowy pomiędzy rozstrzygnięciem sprawy administracyjnej a zagadnieniem wstępnym. O takiej zależności przesądza treść przepisów prawa materialnego, stanowiących podstawę prawną decyzji administracyjnej. Powyższa zależność musi być bezpośrednia. Gdy w sprawie wyłania się zagadnienie, które wykazuje jedynie pośredni związek z rozpatrzeniem sprawy i wydaniem decyzji, nie ma ono charakteru zagadnienia wstępnego w rozumieniu art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a. Mogą wiązać się z nim określone skutki, ale powstanie takiego zagadnienia nie rodzi obowiązku zawieszenia postępowania administracyjnego”*.

Na postanowienie Strona zażądała się pismem z dnia [...]r. Postanowieniem z dnia [...]r. organ drugiej instancji stwierdził niedopuszczalność zażalenia, powołując się na treść art. 141 § 1 k.p.a.

Postanowieniem z dnia [...] r., Organ włączył jako dowód do akt sprawy pismo wraz z załącznikami, w których dokonał anonimizacji danych niepodlegających upublicznieniu oraz danych umożliwiających identyfikację osoby fizycznej, tj.:

- pismo 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,
- Regulamin [...],
- wydruki wiadomości elektronicznych Dyrektora Marketingu Apteki [...] Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. [...] we W. (zwanego dalej: **„Dyrektorem Marketingu”**),
- wydruki wiadomości elektronicznych Kierownika Regionalnego [...] Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. [...] we W., (zwanego dalej: **„Kierownikiem Regionalnym”**),
- wydruk wiadomości elektronicznej serwisu informatycznego [...] Sp. z o.o. (zwanego dalej: **„Serwisem Informatycznym”**),

- wiadomości elektroniczna Marketing Manager [...] Sp.z o.o. (zwanego dalej: „Marketing Managerem”),
- wydruki zatytułowane: „[...]” 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,
- wydruki korespondencji elektronicznej, zawierającej listę najczęściej pojawiających się pytań i odpowiedzi na temat funkcjonowania programów,
- kopertę – [...] – zawierającą formularz zgłoszeniowy do programu, ulotki informacyjne oraz dwie [...].

Przedstawione dowody zawierają informacje potwierdzające rozpoczęcie i prowadzenie programu lojalnościowego przez Stronę, a także sposobu jego prowadzenia z uwzględnieniem wstrzymywania programów na czas kontroli Organu.

W wiadomościach elektronicznych skierowanych do Aptek, oznaczonych porządkowo nr 2, wygenerowanych z adresu firmowego Dyrektora Marketingu poinformowano o rozpoczęciu realizacji trzech programów w tym: Programu [...]” (program rabatowy – [...]), 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 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 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.: „[...]”

Dowody te wskazują na prowadzenie przez Stronę 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. Faktyczne wprowadzenie ww. programów lojalnościowych potwierdzają także inne dowody zgromadzone w sprawie, w tym przeprowadzone kontrole planowe i sprawdzające w Aptekach, pomimo wstrzymywania realizacji programu na czas kontroli PWIF.

Organ zakomunikował Stronie pismem z dnia [...]r., że w związku z czternastoma przeprowadzonymi kontrolami planowymi i sprawdzającymi uzyskał z urzędu informacje dotyczące przeprowadzania transakcji z użyciem [...] w Aptekach na terenie województwa p. Wyniki kontroli potwierdzają faktyczne realizowanie programu lojalnościowego w okresie, co najmniej od dnia [...]r., do dnia [...] r.

Mianowicie w aptece „[...]” w J., zlokalizowanej przy ul. [...] w wyniku kontroli planowej znak: [...] z dnia [...]r. ujawniono 198 transakcje z użyciem [...] w okresie od [...]r. do [...]r. Z kolei w aptece „[...]” w L., zlokalizowanej przy ul. [...] w wyniku kontroli planowej znak: [...] z dnia [...]r. ujawniono 45 transakcje z użyciem [...] w okresie od [...] r. do [...] r.

W dniu [...] r. 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, opisanego w regulaminie „[...]”. Świadczą o tym przede wszystkim transakcje z udziałem bonów, ujawnione w trakcie kontroli planowych i sprawdzających w Aptekach. Funkcjonowanie programu potwierdzają także informacje udzielone przez Prezesa Zarządu Fundacji [...], jak i zanonimizowane pismo z dnia [...] r.

W trakcie postępowania wyjaśniającego i dowodowego Organ ustalił, że [...] Sp. z o.o. we W. faktycznie:

1. organizowała i prowadziła program lojalnościowy pn. „[...]”,
2. wydawała [...] o określonej wartości pieniężnej,
3. wydawała [...] uprawniające do zrealizowania dodatkowych punktów rabatowych i [...];

Ponadto Organ ustalił, że aby skorzystać z programu lojalnościowego koniecznym było posiadanie przez pacjenta „[...]”, która uprawniaj do premiovanych zakupów produktów leczniczych i nabywania punktów rabatowych realizowanych w Aptekach. Wydawanie „[...]” Sp. z o.o. z siedzibą we W. W tej sprawie zostało przez PWIF wszczęte odrębne postępowanie. Poszczególne programy stanowią faktycznie wspólny program lojalnościowy, skierowany do pacjentów Aptek pomimo, że są prowadzone przez różne spółki.

W trakcie postępowania Strona uchylała się od merytorycznych wyjaśnień dotyczących prowadzenia programu, przyjmując stanowisko negujące sam fakt programu, jak i niezgodności z prawem działań podejmowanych przez Stronę. Postawa Strony pozostaje koherentna do uzyskanych z urzędu przez Organ informacji, dotyczących rozpoczęcia i prowadzenia programu lojalnościowego w poufności i w sposób uwzględniający wstrzymywanie programów na czas kontroli Organu.

Uzasadnienie prawne

P. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny ustalił co następuje:

Strona zorganizowała program pn.: „[...]” (zwany dalej: „**Programem**”), opisany szczegółowo w Regulaminie będącym dowodem w niniejszej sprawie. Jak wynika z treści regulaminu, organizatorem i zarządcą programu jest spółka [...] Sp. z o.o. z siedzibą we W. – Strona w niniejszym postępowaniu. 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 kontekście pozostałych dowodów Organ przyjmuje za w pełni wiarygodny dowód z Regulaminu przesłanego jako załącznik do pisma wszczynającego sprawę. Strona podniosła, że nie był on podpisany, w związku z czym nie stanowi on dokumentu. Ponieważ w postępowaniu administracyjnym brak jest definicji dokumentu prywatnego, należy się w tym miejscu odwołać do prawa cywilnego. W świetle definicji dokumentu przyjętej w art. 77[3] kodeksu cywilnego należy przyjąć, że podpis złożony na dokumencie prywatnym pozwala jedynie na ustalenie osoby, od której pochodzi oświadczenie zawarte w dokumencie. Przytoczyć w tym miejscu należy pogląd nie budzący wątpliwości tak w doktrynie jak i w orzecznictwie: „*Podpis dokumentu służy identyfikacji wystawcy i daje podstawę do jego powiązania z treścią dokumentu.*” (Por. K. Knoppek (w:) T. Wiśniewski (red.), System Prawa Procesowego Cywilnego, t. II. Postępowanie procesowe przed sądem

pierwszej instancji, cz. 2, Warszawa 2016, s. 176–193).

Ustalenia autora oświadczenia można jednak dokonać nie tylko przez analizę podpisu własnoręcznego, ale także innymi sposobami. W tym poprzez wydruk ze strony internetowej tej osoby. Zgodnie z treścią art. 245 kodeksu postępowania cywilnego, dokument prywatny sporządzony w formie pisemnej albo elektronicznej stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Takie rozwiązanie nie wyłącza możliwości przeprowadzenia dowodu z dokumentu zawierającego oświadczenie w innej formie niż forma pisemna lub elektroniczna. Podpis dokumentu służy zatem jedynie identyfikacji osoby oświadczającej. Można ustalić oświadczającego także w inny sposób np. przez identyfikację z należącą do niego stroną internetową. Strona miała możliwość wypowiedzenia się w tej kwestii lub obalenia powyższego domniemania. Ponieważ pozostałe ustalenia faktyczne pozostają w korelacji z zapisami Regulaminu, Organ przyjął go za wiarygodny w całości.

Zebrany materiał dowodowy nie pozostawia wątpliwości, że Program był faktycznie realizowany w okresie, co najmniej od dnia [...] r., do dnia [...] r. Dokładne ustalenie okresu realizacji Programu oraz jego ewentualnego zakończenia jest niemożliwe w związku z brakiem współpracy Strony, a także wstrzymywaniem funkcjonowania programu na czas kontroli Organu.

Program jest prowadzony w Aptekach na terenie województwa p. Dowiodły tego m.in. wyniki czternastu kontroli, przeprowadzonych w aptekach wyszczególnionych w piśmie Organu z dnia [...]r., skierowanym do Strony.

Na podstawie treści - przywołanej w par 1 ust. 2 Regulaminu - strony internetowej, zawierającej wykaz aptek objętych programem Organ ustalił grupę Aptek, zlokalizowanych w swoim obszarze kompetencji działania tj. w województwie p.

Uczestnikami Programu mogą być uczestnicy „[...]”, którzy posiadają aktywną [...], (zwani dalej: „**Uczestnikami**”). Jak wynika z Regulaminu [...], stanowiącego dowód w niniejszym postępowaniu, ten program organizowany jest z kolei przez inną spółkę holdingu: [...] Sp. z o.o. z siedzibą we W.

Uczestnicy mają możliwość nabywania punktów rabatowych w zamian za zakupy w Aptekach. Za każde [...] Uczestnik dostawał 1 pkt rabatowy o wartości [...]. Punkty nie podlegają możliwości wymiany na ekwiwalent gotówkowy. Jediną możliwością ich realizacji, zgodnie z treścią Regulaminu, jest ich wymiana na rabat obniżający zapłatę za produkt nabyty w Aptekach sieci [...].

Organizator 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 jedyna możliwość ich realizacji dotyczy Aptek.

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 aptek położonych 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 wątplenia 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- 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.

Przenosząc powyższe ogólne rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, kluczową kwestią pozostaje zinterpretowanie intencji podmiotu organizującego program lojalnościowy. Nie może budzić wątpliwości 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 sieć aptek.

Zgodnie w powyższymi wywodami, 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. „[...]”, 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 [...]r.) Strona prowadzi działalność reklamową, w postaci programu lojalnościowego.

Działalność taka mieści się w pojęciu niedozwolonej reklamy wyrażonym w treści art. 94a ust. 1 P.f. Przewiduje ona korzyści dla pacjentów i 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 organizatorem i zarządcą programu lojalnościowego jest spółka [...] Sp. z o.o. z siedzibą we W. 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.

Organ ustalając wysokość kary wziął pod uwagę stopień i okoliczności naruszenia zakazu wyrażonego w art. 94a ust. 1 P.f., czasookres prowadzenia niedozwolonej reklamy oraz jej formę.

W toku postępowania PWIF ustalił, że:

- 1) Strona faktycznie organizowała i prowadziła program lojalnościowy pn. „[...]”, wydawała [...] o określonej wartości pieniężnej, wydawała [...] uprawniające do zrealizowania dodatkowych punktów rabatowych i [...],
- 2) reklamą objęte były apteki, należące do różnych podmiotów, działające pod nazwą „[...]” na terenie województwa p.tj. [...] aptek (wykaz aptek w których prowadzony jest program wyszczególniony został na stronie internetowej: [www.\[...\].pl](http://www.[...].pl)),
- 3) w związku z czternastoma przeprowadzonymi kontrolami planowymi i sprawdzającymi PWIF uzyskał z informację dotyczące przeprowadzania transakcji z użyciem [...] w Aptekach na terenie województwa p., wyniki kontroli potwierdzają faktyczne realizowanie programu lojalnościowego w okresie, co najmniej od dnia [...] r., do dnia [...] r.

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

- reklama Aptek i ich działalności była stała i długotrwała,
- Strona wstrzymywała program i kolportaż materiałów reklamowych na czas kontroli PWIF (po otrzymaniu przez Apteki zawiadomienia o planowanym wszczęciu kontroli, realizacja [...]L była wstrzymywana),
- Strona w toku postępowania nie wyrażała woli współpracy z Organem w celu wyjaśnienia sprawy i dostarczała na żądanie Organu wyjaśnienia niezgodne z ustaleniami faktycznymi Organu,
- PWIF dwukrotnie informował drogą elektroniczną wszystkich przedsiębiorców prowadzących apteki na terenie województwa podkarpackiego o zakazie, począwszy od dnia 1 stycznia 2012 r., prowadzenia reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności, poprzez przesłanie komunikatów z dnia 2 stycznia 2012 r. i z dnia

10 stycznia 2012 r.,

- umieszczono komunikaty na stronach internetowych w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu pod adresem www.[...],
- 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 Warszawie, za pośrednictwem P. Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego, w terminie czternastu dni od daty otrzymania decyzji.

otrzymują:

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