

**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.8523.28.2015

[...] **S.A.**
ul. [...]
[...] **W.**

DECYZJA

Na podstawie art. 94a ust. 1 i 2 oraz art. 129b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2016 r., poz. 2142, z późn. zm.), dalej zwanej: „**P.f.**”, oraz art. 104 § 1 i art. 105 § 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 [...] S.A. NIP [...] (zwanej dalej: „**Stroną**” lub „**Spółką**”), niedozwolonej reklamy apteki ogólnodostępnej o nazwie „[...]” w R., ul. [...] (zwanej dalej: „**Apteką**”), i jej działalności polegającej na uczestniczeniu w programie lojalnościowym, co stanowi naruszenie art. 94a P.f.

PODKARPACKI WOJEWÓDZKI INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY

- I. Umarza postępowanie w sprawie prowadzeniu 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. Nakłada na [...] S.A. 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

W dniu [...] r. przeprowadzona została kontrola planowa w Aptecę, przez upoważnionego inspektora farmaceutycznego Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego w R., który w pkt XVI protokołu z dnia [...] r. znak [...] ujawnił, że w fakturze VAT sprzedaży nr [...] z dnia [...] r. wystawionej dla Fundacja [...] widnieje zapis: Zapłacono [...]zł, Zapłacono gotówką [...] zł., łączna kwota rabatu [...] zł. Załącznik nr 19 do protokołu na str. 3 zawiera oświadczenie kierownika Apteki o treści:

„[...]”.

W związku z powyższym P. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny (zwany dalej: „PWIF” lub „Organem”) pismem z dnia [...] r., wezwał Spółkę do udzielenia wyjaśnień i zajęcia stanowiska w przedmiotowej sprawie oraz do złożenie dokumentów, w tym w szczególności umowy na podstawie której Apteka honoruje „[...]”, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania.

Organ wskazał, że po bezskutecznym upływie wskazanego wyżej terminu, zostanie wszczęte stosowne postępowanie administracyjne.

Pismem z dnia [...] r. Organ poinformował Fundację [...]” w W. że dniu [...] r. w wyniku kontroli ustalono dokonanie płatności [...] na podstawie faktury 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 tut. Inspektoratu [...] r.) Prezes Zarządu Fundacji wyjaśnił praktyczne zasady korzystania z [...] oraz [...]

Pismem z dnia [...]r. (wpływ do PWIF w dniu [...] r.) do Sprawy jako pełnomocnik zgłosił się adw. [...]. Wniósł o udzielenie prologaty na wykonanie wezwania z dnia [...] r.

Wobec powyższych okoliczności Organ pismem z dnia [...] r. poinformował Stronę o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie prowadzenia przez Spółkę niedozwolonej reklamy Apteki i jej działalności.

Organ wezwał również 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.

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

Ponadto Strona złożyła stosowne wyjaśnienia tj:

- 1) Apteka realizując „[...]” uczestniczy w programie, który polega na honorowaniu jako części zapłaty za towary, bonów wystawianych przez organizatora programu – spółkę [...] Sp. z o.o.
- 2) Spółka [...] S.A. nie prowadzi oraz nie zarządza funkcjonowaniem w/w programu.
- 3) Po szersze dane na temat funkcjonowania programu, w tym także po dokumenty dotyczące funkcjonowania programu – w ocenie strony organ winien zwrócić się do organizatora – [...] Sp. z o.o.

W dniu [...]r. wpłynęło pismo Strony wraz z kopią faktury nr [...] wystawioną dla Fundacji [...]”.

Pismem z dnia [...] r. Organ poinformował Stronę, że pismem z dnia [...] r. wezwał Stronę do złożenia m.in. uwierzytelnionych kopii faktur, na których widnieje napis „[...]”, za okres od dnia zawarcia umowy z [...]Sp. z o.o. do dnia wezwania.

W związku z nadesłaniem niepotwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii faktury

Organ ponownie wezwał Stronę do złożenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania:

- 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. do PWIF wpłynęła potwierdzona za zgodność z oryginałem kopia faktury nr [...] wystawioną dla Fundacji [...]”.

W dniu [...] r. Strona została wezwana do ustosunkowania się do faktów i dokumentów znanych Organowi z urzędu, z którymi 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 działających pod nazwą [...] (zwanych dalej: „**Apteki [...]**”) kart rabatowych Programu [...] 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 programów lojalnościowych w Aptekach [...] 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, Infolinia – [...]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 powyższych programów (programu lojalnościowego) w Aptekach [...], wskazują na próbę ukrycia tego faktu przed Organem poprzez wstrzymywanie programu na czas kontroli planowych PWIF.

Pismem z dnia [...]r. Organ po raz trzeci wezwał Stronę do złożenia oryginałów lub uwierzytelnionych odpisów dokumentów, na podstawie których Apteka uczestniczy w realizacji „[...]” w formie „[...]”.

Ponadto wskazał, że należy odnieść się do stwierdzenia pełnomocnika substytucyjnego Strony w piśmie z dnia [...] r., że apteka, realizując „b[...]” uczestniczy w programie, który polega na honorowaniu [...] wystawianych przez organizatora programu – [...]Sp. z o.o. - jako części zapłaty za „towary”, a także do stwierdzenia pełnomocnika substytucyjnego Strony w piśmie z dnia [...]r., że Strona nie ma zamiaru czynnie uczestniczyć w postępowaniu.

Strona pismem datowanym na dzień [...]r. (wpływ do PWIF w dniu

[...] r.) odpowiadając na powyższe wezwanie wskazała, że Spółka nie jest w posiadaniu dokumentów, o których przesłanie wzywa Organ, a także iż po szersze informacje na temat funkcjonowania programu, w tym także po dokumenty, Organ powinien zwrócić się do organizatora – spółki [...] Sp. z o.o.

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

- wyciągu z protokołu z kontroli planowej Apteki znak: [...] z dnia [...] r. wraz wydrukiem faktury VAT nr [...] z dnia [...] r. wystawionej dla Fundacja [...] i oświadczeniem kierownika Apteki;
- 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.[...]pl przedstawiającego szczegółowy wykaz aptek sieci [...] oraz aptek partnerskich zlokalizowanych na terenie województwa p., w tym Aptekę;
- 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.:
 - 2) pisma dot. wydawania w Aptekach kart [...] 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,
 - 3) Regulaminu [...],
 - 4) wydruków wiadomości elektronicznych Dyrektora Marketingu Apteki [...] Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. [...] we W. (zwanego dalej: „**Dyrektorem Marketingu**”),
 - 5) wydruków wiadomości elektronicznych Kierownika Regionalnego [...] Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. [...] we W., (zwanego dalej: „**Kierownikiem Regionalnym**”),
 - 6) wydruków wiadomości elektronicznej serwisu informatycznego Infolinia –[...] Sp. z o.o. (zwanego dalej: „**Serwisem Informatycznym**”),
 - 7) wiadomości elektronicznej Marketing Manager [...] Sp. z o.o. (zwanego dalej: „**Marketing Managerem**”),
 - 8) wydruków 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,
 - 9) wydruków korespondencji elektronicznej, zawierającej listę najczęściej pojawiających się pytań i odpowiedzi na temat funkcjonowania programów,
 - 10) koperty – [...] – zawierającej formularz zgłoszeniowy do programu, ulotki informacyjne oraz dwie [...].

Przedstawione powyżej dowody zawierają informacje potwierdzające rozpoczęcie i prowadzenie programu lojalnościowego, w którym uczestniczyła Apteka należąca do Strony, 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: [...] (program lojalnościowy [...] Sp. z o.o.), [...]” (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: [...] wraz z opisem zasad jego działania, a także [...].

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.: „[...]”

Dowody te wskazują na prowadzenie w Aptekach [...], 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.

W dniu [...] r. do Organu wpłynęło pismo Strony, zawierające żądanie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu reklamy i marketingu po zakończeniu postępowania wyjaśniającego oraz dowodowego w sprawie prowadzenia przez Stronę niedozwolonej reklamy Apteki i jej działalności, bez wskazania na jaką okoliczność dowód miałby być przeprowadzony.

Pełnomocnik Strony wyraził w jej imieniu jedynie wątpliwości, czy programy prowadzone w Aptece mają charakter reklamy, czy nie mają takiego charakteru, oraz co jest, a co nie jest reklamą. Zasugerował, że niezbędna jest opinia specjalisty z zakresu psychologii i socjologii posiadającego wiedzę specjalistyczną.

W tym miejscu wskazać należy, że organy Inspekcji Farmaceutycznej mogą samodzielnie ustalać, czy dane określenie lub działanie jest reklamą czy nie, oraz że w tym zakresie nie jest niezbędna wiedza specjalna.

Reklama towarzyszy nam w sposób natarczywy przez cały dzień i przeciętny obywatel, w tym pacjent apteki doskonale reaguje, zgodnie z założeniem reklamodawcy, na zachęty reklamowe, zwiększając zakupy produktów leczniczych nawet mu nie potrzebne, a nawet szkodzące jego zdrowiu.

W związku z powyższym Organ postanowieniem z dnia [...] r. odmówił przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, uznając przedmiotowy wniosek za bezzasadny i bezprzedmiotowy.

Postanowieniem z dnia [...] r. Organ poinformował Stronę o włączeniu do toczącego się postępowania administracyjnego materiału dowodowego w postaci protokołu z kontroli sprawdzającej Apteki znak: [...] z dnia [...] r. wraz z załącznikami. W trakcie kontroli sporządzono szczegółowy wydruk transakcji typu [...] za okres od dnia [...] r. do [...] r. (załącznik nr 3 do protokołu). Wydruk nie zawierał żadnych transakcji z użyciem [...].

Powyższy wydruk według Organu stanowi podstawę do umorzenia postępowania, ze względu na zaprzestanie prowadzenia programu lojalnościowego w Aptece.

W odpowiedzi na wniosek Strony z dnia [...] r. (wpływ do PWIF w dniu [...] r.) o zawieszenie postępowania w związku ze skargami do Trybunału Konstytucyjnego, Organ postanowieniem z dnia [...] r. odmówił zawieszenia 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 489631), 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 zażaliła się pismem z dnia [...] r. (wpływ do tut. Inspektoratu [...]r.) Postanowieniem z dnia [...] r. organ drugiej instancji stwierdził niedopuszczalność zażalenia, powołując się na treść art. 141 § 1 k.p.a.

Pismem z dnia [...] 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 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 [...], jak i zanonimizowane pismo z dnia [...] r.

Decyzją Nr [...] z dnia [...]r. PWIF stwierdził wygaśnięcie zezwolenia z dnia [...] r. znak: [...] (zmienione Decyzją PWIF Nr [...] z dnia [...] r. znak: [...] i Nr [...] z dnia [...] r. znak: [...]) na prowadzenie apteki pod nazwą „[...]” zlokalizowanej w R. przy ul. [...]. Powyższy fakt stanowi dodatkowy powód do umorzenia przedmiotowego postępowania.

Uzasadnienie prawne

P. Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny ustalił co następuje:

Apteka prowadzona przez Stronę uczestniczyła 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 w dniu [...] r. tj. w dniu wystawienia faktury na rzecz Fundacji [...]”.

Uczestnicy mieli możliwość nabywania punktów rabatowych w zamian za zakupy w Aptekach. Za każde [...] zł Uczestnik dostawał [...] pkt rabatowy o wartości [...]. Punkty nie podlegały możliwości wymiany na ekwiwalent gotówkowy. Jediną możliwością ich realizacji, zgodnie z treścią regulaminu „[...]”, była 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 mogła 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 dotyczyła 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 wątplenia odnosi się wyłącznie do „produktów leczniczych”.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą, 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 orzecznictwie 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 orzecznictwem 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 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 Apteka, w której realizowany był omawiany program lojalnościowy.

Zgodnie w powyższych 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. „[...]” prowadzony w Aptece, którego zasady zostały opisane w Regulaminie, 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 prowadziła działalność reklamową Apteki, poprzez uczestnictwo w programie lojalnościowym. Z tego dnia pochodzi faktura VAT nr [...], na której widnieje „[...]”.

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.

Kontrola sprawdzająca z dnia [...]r., nie wykazała realizacji transakcji z użyciem [...] od dnia [...] r. do dnia [...] r.

Fakt zaprzestania prowadzenia reklamy oraz wydanie przez PWIF decyzji Nr [...] z dnia [...]r. stwierdzającej wygaśnięcie zezwolenia na prowadzenie Apteki stanowiły podstawę do umorzenia przedmiotowego postępowania.

Prawo farmaceutyczne nakłada na wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego obowiązek wydania decyzji, w której nakazuje zaprzestania prowadzenia reklamy. Skoro jednak w dniu wydania decyzji przez organ I instancji Strona nie prowadziła już niedozwolonej reklamy Apteki i jej działalności, odnoszącej się do produktów leczniczych,

decyzja nakazująca Stronie zaprzestania prowadzenia przedmiotowej reklamy byłaby bezprzedmiotowa, ale jedynie w zakresie owego zakazu.

Kodeks postępowania administracyjnego w art. 105 ust. 1 stanowi, że: „Gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości lub w części, organ administracji wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości lub w części”.

Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 2 sierpnia 2013 r. sygn. akt VI SA/Wa 458/13, „organ, w przypadku stwierdzenia naruszenia zakazu reklamy, jest obowiązany nałożyć w drodze decyzji karę pieniężną na tego, kto prowadzi tą reklamę. Nie ma zatem znaczenia, czy strona zaprzestała reklamy a postępowanie zostało umorzone. Organ pierwszej instancji nie dopuści się w tym zakresie uchybień zarówno prawa materialnego jak i procesowego”.

Nałożenie kary pieniężnej jest związane z samym faktem naruszenia przepisów art. 94a P.f. w tym zakresie w trakcie ich obowiązywania. W sytuacji zaprzestania przez Stronę prowadzenia zakazanej reklamy Apteki, nie ma konieczności przed wydaniem decyzji o nałożeniu kary pieniężnej, wydania decyzji nakazującej zaprzestania działalności reklamowej aptek, gdyż taka decyzja byłaby bezprzedmiotowa. W kwestii nałożenia kary w przypadku zaprzestania prowadzenia niedozwolonej reklamy i umorzeniu postępowania w tym przedmiocie wypowiedział się WSA w Warszawie w wyroku z dnia 25 marca 2015 r., sygn. akt VI SA/Wa 2637/14: „Nieuprawniony jest pogląd, że jedynie naruszenie zakazu reklamy w dacie wydania decyzji uzasadnia zastosowanie sankcji z art. 129b prawa farmaceutycznego. Przyjęcie takiego poglądu prowadziłoby do powstania społecznie i prawnie niedopuszczalnych skutków. Wyłączałoby bowiem spod działania przepisów ustawy każdą aptekę, co do której wszczęto postępowania z uwagi na niedozwolone prowadzenie reklamy, a która zaprzestałaby takiego działania przed wydaniem decyzji w sprawie”.

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:

- Organ nie może ustalić dokładnie czasookresu trwania reklamy Apteki na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego,
 - 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),
 - 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,
 - 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.\[...\].pl](http://www.[...].pl) oraz w Biuletynie Informacji Publicznej Inspektoratu,
- nałożona w wysokości [...] zł kara pieniężna, jest adekwatna do okoliczności i czasu prowadzenia reklamy Aptek i ich działalności.

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.

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.