



**DOLNOŚLĄSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY
WE WROCŁAWIU**

Wrocław, dnia 5 sierpnia 2015 r.

WIF-WR-I.8523.3.2015

D E C Y Z J A

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu

I. na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2013 r. poz. 267 z późn. zm.),

umarza postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania Spółce [...] zaprzestania prowadzenia reklamy następujących aptek: [...] i ich działalności, polegającej na udziale tych aptek w prowadzeniu programu [...], projektu [...], „Programu[...]” i „Programu [...]”;

II. na podstawie art. 129b ust. 1-2 i art. 129ba ust. 1, w związku z art. 94a ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 z późn. zm.), art. 104 oraz art. 107 § 1 i § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego,

nakłada karę pieniężną na Spółkę [...] za prowadzenie reklamy następujących aptek: [...] i ich działalności, polegającej na udziale tych aptek w prowadzeniu programu [...], projektu [...], „Programu[...]” i „Programu [...]”, w kwocie 39000,00 zł (słownie złotych: trzydzieści dziewięć tysięcy), którą należy wpłacić na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego we Wrocławiu, Pl. Powstańców Warszawy 1, 50-153 Wrocław, nr 37 10101674 0070 4122 3100 0000, w terminie 7 dni od dnia ustatecznienia się decyzji.

U Z A S A D N I E N I E

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, pismem z dnia 9 stycznia 2015 r. (WIF-WR-I.8523.3.2015), na podstawie art. 61 § 4 K.p.a., zawiadomił Spółkę [...] o wszczęciu, z urzędu, postępowania administracyjnego w sprawie nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy

następujących aptek: [...] i ich działalności, polegającej na udziale tych aptek w prowadzeniu programu [...], projektu [...], „Programu [...]” i „Programu [...]”, oraz nałożenia kary pieniężnej.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, pismem z dnia 24 czerwca 2015 r., zawiadomił o zakończeniu postępowania wyjaśniającego w przedmiocie nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy ww. aptek i ich działalności – polegającej na udziale tych aptek w prowadzeniu programu [...], projektu [...], „Programu [...]” i „Programu[...]” – oraz nałożenia kary pieniężnej. W piśmie tym poinformowano także pełnomocnika Strony, że w terminie siedmiu dni od dnia doręczenia pisma strona (jej przedstawiciel lub pełnomocnik) może – stosownie do treści art. 10 § 1 K.p.a. – przed wydaniem decyzji administracyjnej wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Pełnomocnik Strony skorzystał z ww. możliwości czynnego udziału w prowadzonym postępowaniu administracyjnym przed wydaniem niniejszej decyzji i – podaniem z dnia 7 lipca 2015 r. – wniósł o umorzenie przedmiotowego postępowania, powołując się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 kwietnia 2015 r., II GSK 1843/14. W podaniu z dnia 7 lipca 2015 r. podkreślono, że z treści art. 94a i art. 129b Prawa farmaceutycznego wynika, iż adresatem decyzji wydawanych w sprawach objętych ich zakresem zastosowania, pozostaje podmiot, który prowadzi reklamę apteki, a nie podmiot prowadzący aptekę.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 94a ust. 1 zd. pierwsze Prawa farmaceutycznego, zabroniona jest reklama aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego (art. 94a ust. 1 zd. drugie Prawa farmaceutycznego). Wojewódzki inspektor farmaceutyczny sprawuje nadzór nad przestrzeganiem przepisów ustawy w zakresie działalności reklamowej aptek, punktów aptecznych i placówek obrotu pozaaptecznego (art. 94a ust. 2 Prawa farmaceutycznego). W razie stwierdzenia naruszenia przepisu ust. 1 lub 1a wojewódzki inspektor farmaceutyczny nakazuje, w drodze decyzji, zaprzestanie prowadzenia takiej reklamy (art. 94a ust. 3 Prawa farmaceutycznego).

Przepis art. 94a Prawa farmaceutycznego został wprowadzony do porządku prawnego ustawą z dnia 30 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 75, poz. 492), na skutek implementacji – m.in. – dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (2004/27/WE). Sformułowany pierwotnie w jego treści zakaz dotyczył reklamy działalności aptek lub punktów aptecznych, skierowanej do publicznej wiadomości, która w sposób bezpośredni odnosi się do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych, lub produktów leczniczych lub wyrobów medycznych o nazwie identycznej z nazwą produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na tych wykazach. Przepis ten został jednak zmieniony z dniem 1 stycznia 2012 r. (zob. art. 60 pkt 7 ustawy z

dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych; Dz. U. Nr 122, poz. 696). Obecnie, tj. w dniu wydania niniejszej decyzji, art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego stanowi – jak już wyżej wskazano – o zakazie reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności. Oznacza to, że zakaz ten został rozszerzony w kierunku jakiegokolwiek reklamy aptek, punktów aptecznych oraz – co ważne – ich działalności. Spostrzec trzeba, że w aktualnym w sprawie stanie prawnym, tak samo jak przed dniem 1 stycznia 2012 r., brak jest definicji reklamy apteki i jej działalności.

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

Oznacza to, że reklamą apteki i jej działalności może być każde działanie, niezależnie od sposobu i metody jego przeprowadzenia oraz środków użytych do jego realizacji, jeżeli jego celem jest zwiększenie sprzedaży produktów leczniczych i wyrobów medycznych oferowanych w danej aptece/zachęcenie do skorzystania z usług apteki. Reklama apteki może polegać na działaniu, które bezpośrednio nie będzie „zachęcać” do zakupu, ale będzie przyczynić się do tego, aby pacjent korzystał z usług apteki (w przyszłości). Objęcie zakazem „każdego działania” wyłącza z tej dyspozycji tylko jeden stan faktyczny, określony w zdaniu drugim ust. 1 art. 94a Prawa farmaceutycznego – kierowanie do publicznej wiadomości informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego. Zakaz reklamy ma szeroki charakter i obejmuje swym zakresem każdy rodzaj reklamy, w tym także reklamę skojarzeniową czy ukrytą. Reklama apteki i jej działalności może przyjmować różne formy zachęcania. Sąd Najwyższy wyraził stanowisko, iż: „powszechnie przyjmuje się, że reklamą są wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierając w sobie elementów oceniających ani zachęcających do zakupu, mogą jednak zostać przyjęte przez ich odbiorców jako zachęta do kupna. [...] Przy rozróżnieniu informacji od reklamy trzeba mieć na względzie, że podstawowym wyznacznikiem przekazu reklamowego jest nie tylko mniej lub bardziej wyraźna zachęta do kupna towaru, ale i faktyczne intencje podmiotu dokonującego przekazu oraz odbiór przekazu przez podmioty, do których jest kierowany. Wypowiedź jest reklamą, gdy nad warstwą informacyjną przeważa zachęta do nabycia towaru – taki cel przyświeca nadawcy wypowiedzi i tak odbiera ją przeciętny odbiorca, do którego została skierowana. Wszelkie promocje, w tym cenowe, są reklamą towaru i firmy, która ich dokonuje” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07, Lex nr 307127). Z kolei Naczelny Sąd Administracyjny – w wyroku z dnia 5 marca 2015 r., II GSK 54/14, CBOSA – zważył: „W poprzednim brzmieniu zakaz dotyczył reklamy działalności aptek lub punktów aptecznych skierowanej do publicznej wiadomości i odnoszącej się do pewnej kategorii produktów. Obecnie mamy do czynienia z zakazem reklamy aptek lub punktów aptecznych i ich działalności w ogóle, bez względu na to, czy jest ona

skierowana do publicznej wiadomości i do jakich produktów się odnosi. [...] W Prawie farmaceutycznym ustawodawca nie zawarł legalnej definicji, «reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności». Jednakże w art. 52 ust. 1 Prawa farmaceutycznego zdefiniował reklamy produktu leczniczego w brzmieniu: «Reklamą produktu leczniczego jest działalność polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do stosowania produktu leczniczego, mająca na celu zwiększenie: liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych». Zgodnie z zasadą racjonalnie działającego prawodawcy, należy przyjąć, że w obrębie danego aktu prawnego ustawodawca posługuje się jednakowo brzmiącymi terminami w takim samym znaczeniu, o ile sam nie wskaże inaczej. Reguła ta została też wpisana do Zasad techniki prawodawczej (§ 147) stanowiących załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie «Zasad techniki prawodawczej» [...]. W procesie interpretacji tekstu prawnego nie można także pominąć wykładni systemowej wewnętrznej, która w przedmiotowej sprawie również ma zastosowanie. Wychodząc z powyższych założeń, na podstawie definicji zawartej w art. 52 ust. 1 Prawa farmaceutycznego można stwierdzić, że reklamą (jako taką) jest działalność sprzedawcy polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do określonego zachowania się nabywcy, mająca na celu zwiększenie jego obrotów. W przypadku reklamy produktu leczniczego tym «określonym zachowaniem» będzie zachęcanie do stosowania tego produktu, natomiast w przypadku reklamy apteki lub jej działalności będzie to zachęcanie do korzystania z jej usług. «Zwiększeniem obrotów» sprzedającego będzie w przypadku reklamy produktu leczniczego zwiększenie liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych, zaś w przypadku reklamy apteki lub jej działalności będzie to zwiększenie liczby przeprowadzanych przez nią transakcji lub ich wartości. [...] W istocie więc, bez względu na to czy mamy do czynienia z reklamą produktu leczniczego, czy z reklamą apteki lub jej działalności, chodzi o zwiększanie przychodu względem przychodu prognozowanego, jaki byłby osiągnięty, gdyby nie podjęto działań reklamowych. Ustawodawca uznał jednak, że w przypadku produktu leczniczego odpowiednio ukształtowana działalność reklamowa może pociągać za sobą pewne korzyści społeczne, więc co do zasady dopuścił możliwość jej prowadzenia. Odwrotnie natomiast ustawodawca postąpił w przypadku reklamy apteki lub punktu aptecznego, bądź ich działalności. [...] reklamą apteki jest każdego rodzaju informacja, której celem jest zachęta do nabycia oferowanych przez aptekę towarów i która w taki sposób jest odbierana przez klientów. Szeroki sposób rozumienia reklamy działalności aptek uzasadnia również fakt, że art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, poza stwierdzeniem, że nie stanowi reklamy informacja o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego, nie zawiera katalogu działań, które byłyby *ex lege* wyłączone z zakresu tego pojęcia, jak ma to miejsce w przypadku reklamy produktu leczniczego”.

Co ważne, nie jest istotne z punktu widzenia zakazu reklamy aptek i ich działalności, czy reklama dokonywana jest wewnątrz czy na zewnątrz apteki. Jej działalność reklamowa może przejawiać się tak we wnętrzu lokalu aptecznego, jak i poza nim. Przepis art. 94a Prawa farmaceutycznego nie wyznacza granic

miejscowych reklamy (zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 maja 2014 r., VI SA/Wa 3112/13, CBOSA). Także to, czy zastosowana forma reklamy odnosi się (czy nie) do produktów leczniczych nie ma znaczenia dla poczynienia konstatacji w zakresie naruszenia zakazu reklamy apteki i jej działalności.

Reklama apteki i jej działalności może przyjmować różne formy zachęcania, np. poprzez ulotki, spoty TV, foldery, plakaty, filmy, gazetki czy programy lojalnościowe/rabatowe, które biorącym w nim udział daje określone bonusy (korzyści w szerokim tego słowa znaczeniu).

Kierownicy aptek wskazanych w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania (osoby je zastępujące), tj. [...], pisemnie oświadczyli pod odpowiedzialnością karną, uprzednio pouczeni o treści art. 233 § 1 Kodeksu karnego, że:

- 1) apteka [...] nie brała i nie bierze udziału w prowadzeniu programu [...], projektu [...], „Programu [...]” i „Programu [...]”;
- 2) apteka [...] nie brała i nie bierze udziału w prowadzeniu programu [...], projektu [...], „Programu [...]” i „Programu [...]”;
- 3) apteka [...] nie brała i nie bierze udziału w prowadzeniu programu [...], projektu [...], „Programu [...]” i „Programu [...]”;
- 4) apteka [...] nie brała i nie bierze udziału w prowadzeniu programu [...], projektu [...], „Programu [...]” i „Programu [...]”;
- 5) apteka [...] nie brała i nie bierze udziału w prowadzeniu programu [...], projektu [...], „Programu [...]” i „Programu [...]”;
- 6) apteka [...] nie brała i nie bierze udziału w prowadzeniu programu [...], projektu [...], „Programu [...]” i „Programu [...]”;
- 7) apteka [...] brała udział w prowadzeniu „Projektu [...]”, programu [...], „Programu [...]” i „Programu [...]” do dnia 27 lutego 2015 r.,
- 8) apteka [...] brała udział w prowadzeniu „Projektu [...]”, programu [...], „Program [...]” i „Program [...]”, od marca 2014 r. do dnia 27 lutego 2015 r.,
- 9) apteka [...] brała udział w prowadzeniu [...] i „Program [...]”, od dnia 1 stycznia 2015 r. do dnia 24 lutego 2015 r.,
- 10) apteka [...] brała udział w prowadzeniu „Programu [...]” i „Programu [...]”, od marca 2014 r. do dnia 27 lutego 2015 r.,
- 11) apteka [...] brała udział w prowadzeniu „Projektu [...]”, programu [...], „Programu [...]” i „Programu [...]”, od kwietnia 2014 r. do dnia 27 lutego 2015 r.,
- 12) apteka [...] brała udział w prowadzeniu „Projektu [...]”, programu [...], „Programu [...]” i „Programu [...]”, od stycznia 2014 r. do dnia 27 lutego 2015 r.,

13) apteka [...] brała udział w prowadzeniu „Projektu [...]”, projektu [...], „Programu [...]” i „Program [...]”, zostały uruchomione „na początku 2014 roku” i funkcjonowały do dnia 27 lutego 2015 r. („wstrzymano” je dnia 29 stycznia 2015 r.).

Kierownicy aptek, które brały udział w prowadzeniu programów/projektów, oświadczyli również, że – po zakończeniu działania programów/projektów – regulaminy programów/projektów, które były dostępne w aptekach – na polecenie Spółki – zostały przesłane podmiotowi prowadzącemu apteki.

Strona potwierdziła ww. oświadczenia kierowników (zob. pismo procesowe strony postępowania z dnia 11 maja 2015 r.).

Kwestią najistotniejszą dla podjęcia prawidłowego rozstrzygnięcia, przede wszystkim w zakresie nałożenia kary pieniężnej, jest kwalifikacja faktu udziału wskazanych w punkcie drugim rozstrzygnięcia aptek ogólnodostępnych w prowadzeniu programu [...], projektu [...], „Programu [...]” i „Programu [...]”, jako prowadzenia niedozwolonej reklamy apteki i jej działalności.

Z analizy treści regulaminów ww. programów, które były dostępne w aptekach w okresie ich uczestnictwa w ww. programach, wynika, że:

„Projekt [...]” (określany w regulaminie „Programem”) był prowadzony w aptekach sieci [...] oraz w aptekach partnerskich, których szczegółowy wykaz dostępny był na stronie [www\[...\].pl](#). Uczestnikowi tegoż Programu (osobie fizycznej posiadającej pełną zdolność do czynności prawnych, będącej konsumentem w rozumieniu art. 22¹ Kodeksu cywilnego) przyznawana była Karta [...] (będąca znakiem legitymacyjnym na okaziciela). Karta ta umożliwiała uczestnictwo w Programie na warunkach określonych w regulaminie. Uprawnienia wynikające z karty nie mogły być zbywane. Program ten był oparty na zasadzie sprzedaży rabatowej. Karta umożliwiała dokonanie zakupów w aptekach, które brały udział w prowadzeniu programu, z rabatem wskazanym na karcie (10%, 15% lub 25%), przez okres na niej oznaczony. Rabat wynikający z karty nie podlegał wymianie na ekwiwalent pieniężny. Program nie obejmował zakupu leków refundowanych. W ramach programu nie były rabatowane zakupy dokumentowane fakturą VAT. Warunkiem naliczenia rabatu wynikającego z karty było jej okazanie bezpośrednio przed dokonaniem zakupu. Rabat nie mógł być naliczany po zakończeniu transakcji, zaś osobie, która otrzymała kartę nie przysługiwały z tego tytułu żadne roszczenia. Z tytułu jednej transakcji – udokumentowanej jednym paragonem fiskalnym – rabat mógł być naliczony tylko jednokrotnie. Rabat przyznawany był wyłącznie w sytuacji rzeczywistego nabycia produktu w aptece. Osoba, która otrzymała kartę, miała prawo do naliczenia rabatu wyłącznie z tytułu transakcji zrealizowanych osobiście przez nią. Próby wykorzystania karty, celem naliczenia rabatu z tytułu transakcji zrealizowanych w aptece przez innych klientów apteki traktowane były jako nadużycie i mogły zakończyć się wypowiedzeniem warunków uczestnictwa w programie. Rabat wynikający z karty nie łączył się z innymi rabatami lub z innymi promocjami obowiązującymi w aptekach.

Projekt [...] (określany w regulaminie „Kartą [...]”) był prowadzony w aptekach sieci[...] oraz w aptekach partnerskich, których szczegółowy wykaz dostępny był na stronie [www\[...\]pl](#). Warunkiem uczestnictwa w tym programie było złożenie prawidłowo wypełnionego, kompletnego i podpisanego formularza rejestracyjnego w aptecę. Uczestnik tegoż programu (osoba fizyczna posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych, będąca konsumentem w rozumieniu art. 22¹ Kodeksu cywilnego) otrzymywała dwie Karty [...]. Druga Karta [...] umożliwiała korzystanie z konta także przez inną osobę niż uczestnik pozostającą we wspólnym gospodarstwie domowym. Karta umożliwiała:

- a) systematyczne sprawdzanie ilości i jakości zakupionych produktów leczniczych i suplementów diety;
- b) udzielanie porad odnośnie sposobu zażywania leków oraz potencjalnych, możliwych interakcji między nimi;
- c) monitoring produktów leczniczych oraz suplementów diety nabywanych w aptecę;
- d) udzielanie informacji obejmujących zagadnienia związane ze stosowanymi przez osobę, która otrzymała kartę, produktami leczniczymi oraz suplementami diety;
- f) udzielanie indywidualnych porad farmaceutycznych;
- e) otrzymywanie indywidualnej informacji o ofercie handlowej producentów produktów leczniczych i suplementów diety.

Uczestnictwo w [...] umożliwiało uczestniczenie także w innych „projektach” realizowanych w aptekach na zasadach określonych w stosownych regulaminach. Warunkiem koniecznym do korzystania z innych programów/projektów było posiadanie i okazanie w aptecę aktywnej Karty [...].

„Program [...]” był prowadzony w aptekach sieci[...] oraz w aptekach partnerskich, których szczegółowy wykaz dostępny był na stronie [www\[...\]pl](#). Uczestnikowi tegoż Programu (osobie fizycznej posiadającej pełną zdolność do czynności prawnych, będącej konsumentem w rozumieniu art. 22¹ Kodeksu cywilnego) przyznawana była Karta [...] (będąca znakiem legitymacyjnym na okaziciela). Karta ta umożliwiała uczestnictwo w Programie na warunkach określonych w regulaminie. Uprawnienia wynikające z karty nie mogły być zbywane. Program ten był oparty na zasadzie sprzedaży rabatowej. Karta umożliwiała dokonanie zakupów w aptekach, które brały udział w prowadzeniu programu, z rabatem 25%, przez okres w niej oznaczony, z tym zastrzeżeniem, że miesięczny limit rabatu, jaki mógł być udzielony wynosił [...] zł. Karta mogła być używana w aptekach, które „aktualnie” uczestniczyły w Programie. Rabat wynikający z karty nie podlegał wymianie na ekwiwalent pieniężny. Program nie obejmował zakupu leków refundowanych. W ramach programu nie były rabatowane zakupy dokumentowane fakturą VAT. Warunkiem naliczenia rabatu wynikającego z karty było jej okazanie bezpośrednio przed dokonaniem zakupu. Rabat nie mógł być naliczony po zakończeniu transakcji, zaś osobie, która otrzymała kartę nie przysługiwały z tego tytułu żadne roszczenia. Z tytułu jednej transakcji – udokumentowanej jednym paragonem fiskalnym – rabat mógł być naliczony tylko jednokrotnie. Rabat

przyznawany był wyłącznie w sytuacji rzeczywistego nabycia produktu w aptece. Osoba, która otrzymała kartę, miała prawo do naliczenia rabatu wyłącznie z tytułu transakcji zrealizowanych osobiście przez nią. Próby wykorzystania karty, celem naliczenia rabatu z tytułu transakcji zrealizowanych w aptece przez innych klientów apteki traktowane były jako nadużycie i mogły zakończyć się wypowiedzeniem warunków uczestnictwa w programie. Rabat wynikający z karty nie łączył się z innymi rabatami lub z innymi promocjami obowiązującymi w aptekach.

„Program [...]” („[...]”) był prowadzony w aptekach sieci[...] oraz w aptekach partnerskich, których szczegółowy wykaz dostępny był na stronie [www\[...\]pl](#). Uczestnikowi tegoż Programu (osobie fizycznej posiadającej pełną zdolność do czynności prawnych, będącej konsumentem w rozumieniu art. 22¹ Kodeksu cywilnego) przyznawana była Karta [...]. Warunkiem uczestnictwa w programie było każdorazowe wyrażenie przez uczestnika zgody na naliczenie punktów rabatowych, a jej brak był równoznaczny z odmową uczestnictwa w Programie. Program był oparty na zasadzie sprzedaży premiowej polegającej na nabywaniu punktów rabatowych w zamian za zakup produktów w aptekach. Program nie obejmował zakupu leków refundowanych. W ramach programu nie były rabatowane zakupy dokumentowane fakturą VAT. Za kwotę co najmniej [...]zł wydaną w trakcie jednej transakcji dokonanej w aptece przydzielano 1 punkt rabatowy o wartości [...]gr, z tym że wielokrotność kwoty [...]zł wydanej w trakcie jednej transakcji uprawniała do otrzymania proporcjonalnej liczby punktów rabatowych. Punkty rabatowe nie podlegały wymianie za ekwiwalent pieniężny. Warunkiem naliczenia punktów rabatowych było okazanie karty przed zakupem oraz wyrażenie zgody na naliczenie punktów. Punkty rabatowe nie mogły być naliczane po zakończeniu transakcji, zaś osobie, która otrzymała kartę, nie przysługiwały z tego tytułu żadne roszczenia. Z tytułu jednej transakcji – udokumentowanej jednym paragonem fiskalnym – punkty rabatowe mogły być naliczone tylko jednokrotnie. Punkty rabatowe przyznawane były wyłącznie w sytuacji rzeczywistego nabycia produktu w aptece. Osoba, która otrzymała kartę, miała prawo do naliczenia punktów rabatowych wyłącznie z tytułu transakcji zrealizowanych osobiście przez nią. Próby wykorzystania karty, celem naliczenia punktów rabatowych z tytułu transakcji zrealizowanych w aptece przez innych klientów apteki traktowane były jako nadużycie i mogły zakończyć się wypowiedzeniem warunków uczestnictwa w programie. W momencie zbierania [...] punktów rabatowych uczestnik Programu (konsument) był uprawniony do uzyskania rabatu o wartości [...]zł obniżającego zapłatę za leki nierefundowane. Rabat stanowił równowartość 2% pieniędzy wydanych w ramach sprzedaży premiowej objętej Programem. Osoba, która otrzymała rabat, obowiązana była potwierdzić ten fakt, poprzez podpisanie odbioru na formularzu dostępnym w aptece. Saldo punktów rabatowym na indywidualnym koncie uczestnik Programu mógł sprawdzić w aptece, w której został zarejestrowany. Zgromadzone punkty rabatowe nie mogły być przeniesione na inną osobę, zaś zgromadzone na różnych kontach nie podlegały sumowaniu. Punkty rabatowe zgromadzone na indywidualnym koncie ulegały skasowaniu po dwunastu miesiącach od dnia ich przyznania, jeżeli

wcześniej nie zostały wymienione na rabat. W regulaminie zastrzeżono możliwość wymiany punktów rabatowych na inne produkty, usługi lub zamiany ich na kupony. W ramach Programu mogły być także przyznawane bony o określonej wartości pieniężnej, kupony punktowe lub kupony umożliwiające promocyjny zakup określonych produktów.

W ocenie Organu, analiza zebranego materiału dowodowego pozwala stwierdzić, że ww. programy są programami lojalnościowymi, będącymi jedną z form reklamy. Program lojalnościowy ma bowiem na celu przyciągnięcie nowych klientów i zatrzymanie starych, a tym samym doprowadzenie do wzrostu sprzedaży poprzez budowanie lojalności wśród najbardziej wartościowych klientów. Realizacja ww. programów w aptekach zapewniała podniesienie sprzedaży. Oznacza to, że ww. programy lojalnościowe miały na celu zwiększenie obrotów biorących udział w ich prowadzeniu aptekach. Programy lojalnościowe zapewniają nie tylko podniesienie sprzedaży, ale i często osłabienie pozycji konkurencji oraz bezpłatną reklamę, gdyż przyciągają klientów do konkretnych aptek zachęcając ich w ten sposób do nabywania produktów. Ww. programy uatrakcyjniały ofertę handlową, powodując u odbiorcy (nabywcy) wolę dokonania zakupu oferowanych towarów w konkretnej aptece. Tym samym uzasadnioną jest konstatacja, iż mamy w badanym przypadku do czynienia z reklamą aptek i ich działalnością. Wykaz aptek, które uczestniczyły w prowadzeniu ww. programów dostępny był na stronie [www\[...\]pl](http://www[...]pl).

W kontekście programu Projekt [...] wskazać należy jeszcze, że opieka farmaceutyczna powinna być świadczona przez każdego farmaceutę, co wynika wprost z art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz. U. z 2014 r. poz. 1429 z późn. zm.). Na gruncie niniejszej sprawy warto zaznaczyć, że sprawowanie opieki farmaceutycznej w dodatkowym i specjalnym programie stanowi zachętę do kupna produktów wyłącznie we wskazanych, konkretnych aptekach. Jest to mechanizm budowania lojalności klienta, który polega na zachęceniu go do korzystania z usług konkretnej apteki (konkretnych aptek) – zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 17 czerwca 2013 r., VI SA/Wa 930/13, CBOSA.

Odnosząc się do stanowiska pełnomocnika Spółki z dnia 7 lipca 2015 r., iż podmiotem, w stosunku do którego powinien być skierowany nakaz zaprzestania prowadzenia reklamy aptek i ich działalności i na który należy nałożyć karę pieniężną nie może być podmiot prowadzący ww. apteki, wskazać należy, że pogląd taki nie znajduje aprobaty ze strony Organu. Apteki wskazane w pkt. 2 rozstrzygnięcia uczestniczyły w realizacji ww. programów, co miało na celu zwiększenie w nich obrotów. Udział tych aptek w prowadzeniu programów lojalnościowych nie byłby możliwy bez decyzji właściwego organu Spółki, za co Spółka ponosi odpowiedzialność (jako podmiot prowadzący apteki). Spółka podjęła więc działania mające na celu reklamowanie aptek i ich działalności. Bez działań Spółki i aptek apteki i ich działalność nie byłaby reklamowana, gdyż apteki prowadzone przez Spółkę nie uczestniczyłyby w prowadzeniu ww. programów lojalnościowych (ich realizacja wymagała udziału

farmaceutów zatrudnionych w aptekach). Powyższe stwierdzenie jest zgodne z *ratio legis* unormowań zawartych w Prawie farmaceutycznym dotyczących zakazu reklamy apteki i jej działalności. Zgodnie bowiem z art. 103 ust. 2 pkt 5 Prawa farmaceutycznego, wojewódzki inspektor farmaceutyczny może cofnąć zezwolenie, jeżeli nie wykonano decyzji wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego, o której mowa w art. 94a ust. 3, a przecież nie można cofnąć zezwolenia podmiotowi, któremu go nie udzielono. Stosownie zaś do art. 94a ust. 3 Prawa farmaceutycznego, wojewódzki inspektor farmaceutyczny nadzoruje przestrzeganie przepisów Prawa farmaceutycznego w zakresie działalności reklamowej aptek. Powołany przez pełnomocnika pogląd sądu administracyjnego jest odosobniony. Z analizy orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego wynika, że Sąd ten oddalał skargi kasacyjne od wyroków Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie oddalających skargi podmiotów prowadzących apteki na decyzje nakładające na nich kary pieniężne za prowadzenie reklamy apteki i jej działalności, polegającej na udziale apteki w programie lojalnościowym (programach lojalnościowych). Zobacz przykładowo:

1) wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 lutego 2015 r., II GSK 1365/14, CBOSA;

2) wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 marca 2015 r., II GSK 384/14, CBOSA;

3) wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 maja 2015 r., II GSK 907/14, CBOSA.

Tu jeszcze zauważyć należy w kontekście analizowanej wyżej kwestii, że w piśmie procesowym strony postępowania z dnia 11 maja 2015 r. w sposób znamieny stwierdzono: „projekty oraz programy były prowadzone przez spółkę [...] celem programów było prowadzenie apteki w sposób możliwie przyjazny dla pacjentów. [...] uczestniczenie przez spółkę w przedmiotowych programach [...]”.

Powyższe pozwala na stwierdzenie, że Strona naruszyła zakaz reklamy aptek i ich działalności.

Organ, w związku z zaprzestaniem funkcjonowania ww. programów lojalnościowych we wskazanych w punkcie drugim rozstrzygnięcia siedmiu aptekach przed wydaniem niniejszej decyzji i ich niefunkcjonowania w pozostałych sześciu aptekach, postanowił – mając na uwadze okoliczności faktyczne tej sprawy – umorzyć postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania Spółce zaprzestania prowadzenia reklamy ww. aptek i ich działalności (pkt I rozstrzygnięcia), gdyż nie można nakazać zaprzestania prowadzenia reklamy ww. aptek i ich działalności, jeśli Strona sama zaprzestała prowadzenia takiej reklamy przed wydaniem decyzji przez Organ lub jej – w odniesieniu do części aptek – nie prowadziła. Zaprzestanie prowadzenia reklamy czyni niniejsze postępowanie administracyjne w części „nakazowej” bezprzedmiotowym.

Według art. 129b ust. 1 Prawa farmaceutycznego, karze pieniężnej w wysokości do 50000 złotych podlega ten kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności. Karę pieniężną, określoną w ust. 1, nakłada wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji (art. 129b ust. 2 Prawa farmaceutycznego). Przy

ustalaniu wysokości kary uwzględnia się w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów (art. 129b ust. 2 Prawa farmaceutycznego). Oznacza to, że wymiar kary jest ściśle uzależniony od ustaleń faktycznych związanych z naruszeniem zakazu reklamy apteki i jej działalności; jest bezpośrednią konsekwencją tych ustaleń. Kary pieniężne uiszcza się w terminie 7 dni od dnia, w którym decyzja o nałożeniu kary pieniężnej stała się ostateczna. Od kary pieniężnej nieuiszczonej w terminie nalicza się odsetki ustawowe (art. 129ab ust. 1 Prawa farmaceutycznego). Egzekucja kar pieniężnych wraz z odsetkami ustawowymi następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (art. 129ab ust. 2 Prawa farmaceutycznego).

Kara pieniężna, o której mowa w art. 129b ust. 1 Prawa farmaceutycznego, jest sankcją administracyjną za popełnienie deliktu administracyjnego, a zatem kara ta jest wynikiem nielegalnych działań. Odpowiedzialność zagrożona karą pieniężną jest tzw. odpowiedzialnością obiektywną, a nie na zasadzie winy. Innymi słowy, odpowiedzialność ta uzależniona jest od obiektywnego naruszenia normy zakazującej prowadzenia reklamy aptek i ich działalności, a nie od jednej z form winy w rozumieniu prawa cywilnego czy karnego. Nie można zapominać też o celu tej kary. Nie jest ona wyłącznie automatyczną konsekwencją naruszenia prawa w przeszłości, ma też ona oddziaływać na zachowania w przyszłości, „przymuszając” niejako do przestrzegania zakazu, o którym w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego. Celem kary pieniężnej jest zagwarantowanie zgodnego z prawem prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na prowadzeniu apteki ogólnodostępnej. Kara pieniężna stanowiąca konsekwencję nieprzebrzegania zakazu prowadzenia reklamy aptek i ich działalności ma na celu zapobieganie ewentualnym kolejnym naruszeniom w tym zakresie, dlatego zamiarem ustawodawcy było nadanie karze pieniężnej, o której mowa w art. 129b ust. 1 Prawa farmaceutycznego, charakteru obligatoryjnego. Użycie w art. 129b ust. 1 Prawa farmaceutycznego sformułowania „karze pieniężnej [...] podlega ten kto wbrew przepisom art. 94a prowadzi reklamę apteki, punktu aptecznego, placówki obrotu pozaaptecznego oraz ich działalności” zobowiązuje uprawniony organ do nałożenia takiej kary w każdym przypadku ustalenia, że doszło do naruszenia tego zakazu. Organ ma jedynie możliwość miarkowania wysokości kary.

Co warte podkreślenia, obowiązek poniesienia ujemnych konsekwencji finansowych za popełniony delikt administracyjny jest niezależny od obowiązku zaprzestania reklamy aptek (-i) i ich (jej) działalności. Gdyby bowiem uznać, że kara pieniężna, o której mowa w 129b Prawa farmaceutycznego, może być wymierzona wyłącznie dopóty, dopóki naruszenie nie zostało usunięte, wówczas sankcja nie byłaby ani skuteczna, ani tym bardziej odstrasżająca. Wskazać trzeba, że umorzenie postępowania administracyjnego w części dotyczącej nałożenia kary pieniężnej, pomimo stwierdzenia naruszenia art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, prowadziłyby do skutków niemożliwych do zaakceptowania z punktu widzenia zasad praworządnego państwa, ponieważ podważałoby skuteczność systemu prawa

(zob. w tym zakresie wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 grudnia 2011 r., VII SA/Wa 2100/11, CBOSA).

Umorzenie postępowania administracyjnego w części dotyczącej nakazania Stronie zaprzestania prowadzenia reklamy ww. aptek i ich działalności, mając na uwadze powyższe, nie stoi zatem na przeszkodzie nałożeniu na Stronę kary pieniężnej za prowadzenie reklamy wskazanych w punkcie drugim rozstrzygnięcia aptek i ich działalności. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, w wyroku z dnia 25 marca 2015 r., VI SA/Wa 2637/14, CBOSA, stwierdził: „Wobec tego, że trwanie konkursu [...] było ograniczone w czasie i w dacie orzekania przez organ I instancji konkurs był zakończony nie było prawnej możliwości do wydania nakazu zaprzestania reklamy, o którym mowa w art. 94a ust. 3 Prawa farmaceutycznego. Słusznie więc postępowanie w tym zakresie zostało umorzone jako bezprzedmiotowe na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. Nie oznacza to jednakże, że brak było podstaw do nałożenia na skarżącego kary pieniężnej stosowne do art. 129b Prawa farmaceutycznego. Przepis ten stanowi bowiem konsekwencję naruszenia art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego, a do tego doszło w niniejszej sprawie. Słusznie zauważył Główny Inspektor Farmaceutyczny, że nieuprawniony jest pogląd skarżącego, że jedynie istnienie naruszenia zakazu reklamy w dacie wydania decyzji uzasadnia zastosowanie sankcji z art. 129b Prawa farmaceutycznego. Przyjęcie takiego poglądu prowadziłoby do zaistnienia społecznie i prawnie niedopuszczalnych skutków. Wyłączałoby bowiem spod działania przepisów ustawy każdą aptekę, co do której wszczęto postępowanie z uwagi na niedozwolone prowadzenie reklamy, a która zaprzestałaby takiego działania przed wydaniem decyzji w sprawie. W ocenie Sądu, organ prawidłowo objął jednym rozstrzygnięciem zarówno prowadzenie reklamy apteki jak i nałożenie kary pieniężnej”.

Biorąc pod uwagę:

- formę zakazanej reklamy, jaką jest program lojalnościowy, przy uwzględnieniu jego celów i istoty; program lojalnościowy jest doskonałym narzędziem służącym podniesieniu sprzedaży oraz budowaniu świadomości o określonym podmiocie/marce na rynku,
- opisane wyżej reguły ww. programów lojalnościowych,
- że reklama aptek i ich działalności obejmowała aż siedem aptek prowadzonych przez Spółkę na terenie województwa dolnośląskiego,
- że pięć aptek brało udział w prowadzeniu aż czterech programów lojalnościowych, a dwie – dwóch programów lojalnościowych,
- Strona – jako podmiot, który uzyskał zezwolenie na prowadzenie ww. aptek – powinna (obowiązana jest) znać obowiązujące przepisy prawa, w tym ustawę – Prawo Farmaceutyczne i zawarty w tym akcie normatywnym przepis stanowiący o zakazie prowadzenia reklamy apteki i jej działalności, i je stosować/przestrzegać,

– całkowity okres trwania reklamy aptek i ich działalności – od stycznia 2014 r. do dnia 27 lutego 2015 r., w tym okresy brania udziału poszczególnych aptek w prowadzeniu ww. programów lojalnościowych (większość z siedmiu aptek objętych zakresem punktu drugiego rozstrzygnięcia brało udział w prowadzeniu programów lojalnościowych przez około rok),

– że Strona naruszyła już uprzednio przepisy, o których mowa w art. 129a ust. 2 Prawa farmaceutycznego – zob. decyzje Głównego Inspektora Farmaceutycznego: z dnia 27 sierpnia 2014 r. ([...]) i z dnia 21 października 2014 r. ([...]), w sprawach nakazania zaprzestania prowadzenia reklamy apteki i jej działalności oraz nałożenia kary pieniężnej,

stwierdzić należy, że nałożona kara pieniężna – w kwocie 39000,00 zł – jest adekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności prowadzenia reklamy ww. apteki i jej działalności. Kara w wysokości określonej w pkt. II rozstrzygnięcia, w ocenie Organu, spełni także swój skutek prewencyjny.

Karę pieniężną należy uiścić w terminie 7 dni od dnia uostatecznienia się decyzji na konto wskazane w pkt. II rozstrzygnięcia.

W tym miejscu wskazania wymaga, mając na uwadze treść pisma pełnomocnika Spółki z dnia 7 lipca 2015 r., że pełnomocnik Spółki i Spółka w trakcie toczącego się postępowania podejmowali kroki, które miały uniemożliwić zebranie materiału dowodowego w sprawie lub przedłużyć okres trwania postępowania, o czym świadczy to, iż Pełnomocnik Spółki i Spółka nie zadośćuczynili większości wezwań do nich kierowanych, zaś Zarząd Spółki wydał kierownikom aptek polecenie niereagowania na wezwania Organu (zob. w tym kontekście w szczególności pismo pełnomocnika Spółki z dnia 10 lutego 2015 r.). Zaznaczyć należy jednocześnie, że w orzecznictwie sądów administracyjnych wyrażono pogląd, iż zaniechanie przedstawienia przez stronę dowodów, pomimo wezwania przez organ, wyłącza możliwość skutecznego podnoszenia zarzutu, iż decyzja jest niezgodna z prawem, wskutek naruszenia obowiązku organu wyjaśnienia okoliczności sprawy zgodnie z art. 7 i 77 K.p.a. Organ ma obowiązek dochodzić prawdy obiektywnej, ale strona postępowania ma obowiązek współdziałania w tym zakresie. Reguła ta – wbrew twierdzeniom pełnomocnika Spółki – ma zastosowanie zarówno w postępowaniu wszczętym na wniosek, jak i z urzędu. Inne stanowisko nie znajduje umocowania w regulacjach K.p.a., a zwłaszcza jego rozdziału 4 *Dowody*. Co najmniej za nieporozumienie należy uznać uwagi pełnomocnika Spółki dotyczące odgrywania przez organ roli biernego podmiotu oczekującego na dowody „zaoferowane” przez stronę. Organ – w niniejszym postępowaniu – zebrał materiał dowodowy w sposób i w zakresie pozwalającym na wydanie prawidłowego rozstrzygnięcia, mimo opisanej wyżej postawy Spółki i jej pełnomocnika. W tym kontekście trzeba powołać następujące poglądy judykatury:

1) „Organ jest wprawdzie zobowiązany do wyczerpującego zebrania i rozpatrzenia całego materiału, ale strona nie jest zwolniona od współdziałania w wyjaśnianiu okoliczności faktycznych, skoro nieudowodnienie określonego faktu może prowadzić do wydania decyzji dla niej niekorzystnej. Strona postępowania administracyjnego nie może czuć się zwolniona od współdziałania z organem w

realizacji obowiązku wyczerpującego zebrania materiału dowodowego, zwłaszcza, jeżeli nieudokumentowanie określonej czynności faktycznej zależy tylko od woli strony, a organ nie ma żadnych instrumentów prawnych upoważniających go do zastąpienia braku działania przez stronę skarżącą” – wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 7 grudnia 2010 r., II OSK 1677/10, CBOSA;

2) „Zgodnie z art. 77 k.p.a. organ administracji publicznej jest zobowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy, co nie oznacza, że jest on zobowiązany do poszukiwania dowodów w nieskończoność. Strona powinna współdziałać z organem w zakresie gromadzenia dowodów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Jeżeli strona nie przedstawi dowodów na poparcie swoich twierdzeń, wówczas organ administracji publicznej może zażądać od strony, aby ta przedstawiła dowody na poparcie swoich twierdzeń (zob. Komentarz – Kodeks postępowania administracyjnego, M. Jaśkowska, A. Wróbel, Kraków 2005 r.). Innymi słowy skarżący nie może negatywnych skutków wykazywanej przez siebie bierności w postępowaniu przenosić na organ, który podjął wszelkie działania w celu wyjaśnienia sprawy” – wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 czerwca 2011 r., II GSK 631/10, CBOSA.

„Wniosek” Strony o umorzenie niniejszego postępowania w całości (z powołaniem się na art. 105 § 1 K.p.a.), w świetle powyższego, jest bezzasadny.

Mając powyższe na uwadze należało orzec, jak na wstępie.

Pouczenie:

Od niniejszej decyzji Stronie przysługuje prawo wniesienia odwołania do Głównego Inspektora Farmaceutycznego, za pośrednictwem Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we Wrocławiu, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji.

Otrzymuje:

[...]