



**DOLNOŚLĄSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY
WE WROCŁAWIU**

Wrocław, dnia 13 kwietnia 2016 r.

WIF-WR-I.8523.44.2015

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 2016 r. poz. 23),

umarza postępowanie administracyjne w części dotyczącej nakazania Spółce [...] z siedzibą w [...] zaprzestania prowadzenia reklamy następujących aptek: [...] i ich działalności, polegającej na udziale tych aptek w Programie [...],

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 [...] z siedzibą w [...] za prowadzenie reklamy następujących aptek: [...] i ich działalności, polegającej na udziale tych aptek w Programie [...], w kwocie 33500,00 zł (słownie złotych: trzydzieści trzy tysiące pięćset), 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 20 października 2015 r. (WIF-WR-I.8523.44.2015), na podstawie art. 61 § 4 K.p.a., zawiadomił Spółkę [...] z siedzibą w [...] o wszczęciu, z urzędu, przedmiotowego postępowania administracyjnego, zakreślając jednocześnie, jakiej sprawy administracyjnej dotyczy.

W toku prowadzanego postępowania administracyjnego prowadzonego przez Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we Wrocławiu, poza wystosowaniem wezwań do Spółki (pełnomocnika Spółki):

1) załączono do akt sprawy: regulamin Programu [...], który był dostępny na stronie internetowej [http://www.\[...\].pl](http://www.[...].pl) wraz z wykazem podmiotów realizujących cel Programu, w tym ww. aptek, a także numer 2/2015 Magazynu [...] (czasopismo Programu [...]), na którego ostatniej stronie znajduje się wykaz aptek, w którym ujęto ww. apteki;

2) zwrócono się – w trybie art. 50 § 1 K.p.a. – o złożenie:

– oświadczeń do byłych i obecnych kierowników ww. aptek ogólnodostępnych, a dokładnie do: [...] (obecnego kierownika apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej [...], przy ul. [...]), [...] (obecnego kierownika apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej [...], przy ul. [...]), [...] (obecnej kierownik apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej [...], przy ul. [...]), [...] (byłej kierownik apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej [...], przy ul. [...]), [...] (byłej kierownik apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej [...], przy ul. [...]), [...] (byłej kierownik apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej [...], przy ul. [...]), [...] (byłej kierownik apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej [...], przy ul. [...]), [...] (byłej kierownik apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej [...], przy ul. [...]) i [...] (byłego kierownika apteki ogólnodostępnej o nazwie [...] położonej [...], przy ul. [...]);

– wyjaśnień do Fundacji [...], Przedstawicielstwo w Polsce – w wyniku tej czynności procesowej uzyskano informację, że „w związku z rozpoczęciem procesu likwidacji przedstawicielstwa w Polsce dokumentacja związana z bieżącą działalnością fundacji przekazana została do siedziby fundacji w [...], a co za tym idzie przedstawicielstwo fundacji w Polsce nie jest w stanie udzielić odpowiedzi na pytanie Organu”, a „wszelkie pytania związane z działalnością Fundacji [...], w tym związanych z działalnością przedstawicielstwa tej fundacji w Polsce można kierować na adres” Fundacji w [...];

– wyjaśnień do Fundacji [...] na adres w [...] – dwukrotnie, oba wezwania pozostały bez reakcji ze strony Fundacji.

Strona wniosła o umorzenie postępowania administracyjnego na art. 105 § 1 K.p.a., twierdząc, iż jest ono bezprzedmiotowe.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, pismem z dnia 31 marca 2016 r., zawiadomił pełnomocnika Spółki o zakończeniu postępowania wyjaśniającego w przedmiocie nakazu zaprzestania prowadzenia reklamy ww. aptek i ich działalności oraz nałożenia kary pieniężnej. Pismem tym poinformowano jednocześnie o ustaleniach poczynionych w ramach postępowania wyjaśniającego. W piśmie tym poinformowano również, że w terminie siedmiu dni od dnia doręczenia pisma 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 Spółki – przed wydaniem niniejszej decyzji – nie skorzystał z ww. możliwości czynnego udziału w postępowaniu administracyjnym.

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

lecniczego 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).

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).

Przechodząc do realiów rozpatrywanej sprawy wskazać należy, że Program [...] (zwany dalej „Programem”), w ramach którego były wydawane Karty [...], funkcjonował w ww. aptekach od dnia 9 maja 2012 r. (zob. w tym zakresie § 2 pkt 4 i § 3 ust. 2-3 regulaminu Program [...], zwanego dalej „regulaminem”, wraz z wykazem „partnerów”). Na podstawie oświadczeń złożonych przez obecnych kierowników ww. aptek przyjęto, że zakończenie udziału w Programie aptek położonych [...] przy ul. [...] w Programie i [...], przy ul. [...] nastąpiło z końcem października 2015 r., zaś apteki przy ul. [...] – w połowie listopada 2015 r. [...] (obecny kierownik apteki ogólnodostępnej położonej [...], przy ul. [...]), [...] (obecny kierownik apteki ogólnodostępnej położonej [...], przy ul. [...]), [...] (obecna kierownik apteki ogólnodostępnej położonej [...], przy ul. [...]), składając oświadczenia odpowiednio: dnia 28 października 2015 r. i dnia 29 października 2015 r., wskazali, że apteka, którą kierują,

uczestniczy w Programie. Osoby, o których mowa w zdaniu poprzednim, w oświadczeniach, które wpłynęły do Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego we Wrocławiu w styczniu i lutym 2016 r. wskazały, że zakończenie udziału apteki w Programie nastąpiło:

1) „około miesiąca października 2015 roku. Po złożeniu przeze mnie ostatniego oświadczenia [...] niedługo później program został zakończony i nie był wznawiany” (oświadczenie [...] z dnia 14 stycznia 2016 r.),

2) „około miesiąca października 2015 roku. Po złożeniu przeze mnie ostatniego oświadczenia [...] niedługo później program został zakończony i nie był wznawiany” (oświadczenie [...] z dnia 15 stycznia 2016 r.),

3) „decyzję o rezygnacji z udziału Apteki w tym programie otrzymałem około połowy listopada 2015 roku [...] decyzje o rezygnacji z udziału Apteki w Programie [...] były podejmowane na szczeblu centralnym – odbywało się to na przełomie października i listopada 2015 roku; [...] Od czasu złożenia przez mnie ostatniego Oświadczenia, tj. 28 października 2015 r. Apteka jako Partner Programu [...] nie podejmowała żadnych innych działań poza wymienionymi w poprzednim Oświadczeniu. Po otrzymaniu informacji o rezygnacji firmy z udziału w w/w Programie Apteka zaprzestała wszelkich działań związanych z tym Programem ” (oświadczenie [...] z dnia 11 lutego 2016 r.).

Spółka powyższych stwierdzeń nie zakwestionowała, nie wskazując jednocześnie okresu uczestnictwa apteki w Programie. Pełnomocnik Spółki, w piśmie z dnia 2 grudnia 2015 r., wskazał, m.in., że działania związane z udziałem w Programie podejmowały apteki i zostały one zakończone.

Zgodnie § 3 ust. 3 regulaminu, w celu uzyskania statusu Partnera Programu zainteresowany podmiot zwracał się z wnioskiem do organizatora Programu na adres: [...] lub pocztą elektroniczną na adres: [...]. Podmiot zainteresowany uzyskiwał status Partnera Programu z chwilą wpisu do wykazu Partnerów Programu, stanowiącym załącznik numer 1 do regulaminu (§ 3 ust. 5 regulaminu).

Z analizy regulaminu (§ 2 pkt 4) wynika, że cel Programu, który został określony w tym akcie, był następujący: poprawa ogólnego stanu zdrowia społeczeństwa poprzez działalność Partnerów Programu w tym w szczególności poprzez:

- a) prowadzenie profilaktyki prozdrowotnej,
- b) promowanie zdrowego stylu życia;
- c) bezpłatne konsultacje w zakresie stosowanej terapii;
- d) kampanie społeczne i informacyjne o charakterze prozdrowotnym;
- e) kolportaż materiałów informacyjnych o charakterze prozdrowotnym;
- f) dofinansowanie badań profilaktycznych;
- g) dofinansowanie pobytów leczniczych w sanatoriach;
- h) informowanie o działaniu produktów leczniczych, przeciwwskazaniach w stosowaniu oraz niepożądanych interakcjach pomiędzy produktami leczniczymi;

- i) informowanie o tańszych zamiennikach produktów leczniczych;
- j) dbałość o niskie koszty leczenia;
- k) organizowanie imprez propagujących zdrowy styl życia.

W ramach realizacji celu Programu organizator Programu wydawał uczestnikom Programu Kartę [...] (w analizowanym przypadku – pacjentom apteki), która zostawała wydana po wypełnieniu przez uczestnika Programu kwestionariusza (§ 4 ust. 1 regulaminu). Kwestionariusz był udostępniany przez podmiot prowadzący aptekę w aptecze. Karta [...] była wydana bezterminowo (§ 4 ust. 2-3 regulaminu). Każdorazowo, w celu skorzystania z Programu pacjent, któremu wydano Karty [...], zobowiązany był do jej okazania w aptecze. Po okazaniu Karty, pacjent był uprawniony do otrzymania świadczeń przewidzianych w danej aptecze. W przypadku nieokazania Karty [...] istniała możliwość odmowy realizacji Programu (§ 6 regulaminu).

W ramach realizacji celu Programu, w oparciu o udostępnione przez organizatora Programu dane uczestnika Programu apteka świadczyła na rzecz pacjenta usługi związane z celem Programu oraz i jej profilem działalności. Organizatorowi Programu przekazywano z jednomiesięcznym wyprzedzeniem wszystkie informacje związane z zamierzonymi działaniami, które mają być podjęte w ramach Programu. Organizator był uprawniony do podejmowania działań informacyjnych wobec uczestników Programu, w tym wydawania Magazynu [...] oraz innych działań informacyjnych i promocyjnych obejmujących cele Programu, a dotyczące działalności wszystkich partnerów Programu, a tym aptek (§ 5 regulaminu). Do akt załączono numer 2/2015 Magazynu [...].

Pełnomocnik Strony, w piśmie z dnia 2 grudnia 2015 r., wskazał, że w ramach udziału w Programie apteki prowadzone przez Stronę podejmowały następujące działania: na życzenie pacjenta i po wypełnieniu przez niego formularza, pacjent otrzymywał Kartę [...], która służyła do identyfikacji pacjenta w systemie aptecznym oraz prowadzenia elementarnej opieki farmaceutycznej. Pacjent nie otrzymywał żadnych dodatkowych rabatów, ani innego rodzaju upustów lub korzyści.

Niemniej jednak z oświadczeń byłych kierowników ww. aptek ([...] – kierownik apteki ogólnodostępnej położonej [...], przy ul. [...], w okresie od dnia 1 października 2010 r. do dnia 30 września 2013 r., [...] – kierownik apteki ogólnodostępnej położonej [...], przy ul. [...], w okresie od dnia 1 grudnia 2011 r. do dnia 14 maja 2013 r. i od dnia 1 października 2014 r. do dnia 28 lutego 2015 r., [...] – kierownik apteki ogólnodostępnej położonej [...], przy ul. [...], w okresie od dnia 14 lutego 2011 r. do dnia 15 lipca 2014 r.) wynika, że w okresie pełnienia przez nich funkcji kierownika apteki udzielano rabatów na preparaty OTC osobom posiadającym Karty [...]. Organ nie daje zatem wiary oświadczeniu pełnomocnika, że w całym okresie realizacji Programu w aptekach nie udzielano osobom posiadającym Karty [...] rabatów na określone produkty. Ww. byli kierownicy aptek wskazali również, że przed apteką na stojaku udostępniano numery czasopisma Magazyn [...], na których ostatniej stronie znajdował się wykaz aptek, w którym ujęto, m.in., ww. apteki.

Regulamin był dostępny na stronie internetowej [http://www.\[...\].pl](http://www.[...].pl) wraz z wykazem podmiotów realizujących cel Programu, w tym aptek. Wydruk regulaminu, który był udostępniany na ww. stronie internetowej, został załączony do akt sprawy. Spółka (jej pełnomocnik) – mimo wezwań – nie przedstawiła regulaminu.

Program, realizowany z wykorzystaniem Kart [...], był w istocie – w ocenie Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we Wrocławiu – programem lojalnościowym, który stanowi formę reklamy apteki i jej działalności. 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. Oznacza to, że Program miał na celu zwiększenie obrotów ww. aptek, w tym także poprzez rozpowszechnianie w jego ramach Magazynu [...]. 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. Program uatrakcyjnił ofertę aptek, 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 ww. aptek i ich działalności. „[...] NSA podkreśla, że stanowisko prezentowane w rozpoznawanej sprawie akceptuje dotychczasową linię orzeczniczą Sądu II instancji, zgodnie z którą reklamą apteki jest działalność sprzedawcy polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do określonego zachowania się nabywcy, mająca na celu zwiększenie jego obrotów (zob. wyrok NSA z dnia 19 listopada 2014 r. o sygn. akt II GSK 1716/13, dostępny w Internecie w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych)” – wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 lipca 2015 r., II GSK 2534/14, CBOSA.

Dla przeciętnego pacjenta stanie się uczestnikiem Programu wiązało się z poczuciem wyróżnienia jego spośród innych pacjentów, poprzez zapewnienie dodatkowych usług niedostępnych w innych aptekach, co w konsekwencji rodziło przywiązanie do ww. aptek. Zauważyć trzeba, że katalog usług świadczonych przez aptekę, o których mowa w art. 86 ust. 2 Prawa farmaceutycznego, nie obejmuje usługi polegającej na wydawaniu karty [...].

Co ważne, 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.). Wedle tego przepisu, sprawowanie opieki farmaceutycznej polega na dokumentowanym procesie, w którym farmaceuta, współpracując z pacjentem i lekarzem, a w razie potrzeby z przedstawicielami innych zawodów medycznych, czuwa nad prawidłowym przebiegiem farmakoterapii w celu uzyskania określonych jej efektów poprawiających jakość życia pacjenta.

Na gruncie niniejszej sprawy warto zaznaczyć, że sprawowanie opieki farmaceutycznej w dodatkowym i specjalnym programie w istocie stanowi zachętę do kupna produktów wyłącznie w konkretnych aptekach, zwłaszcza że w analizowanym przypadku jednym z działań podejmowanych w

ramach realizacji Programu było rozpowszechnianie miesięcznika Magazyn [...] zawierającego zdjęcia produktów wraz cenami, w którym na ostatniej stronie zamieszczono listę aptek, w tym wyżej wskazanych. 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. W przedmiotowym przypadku, co wynika z analizy ww. regulaminu i stanowiska prezentowanego przez Stronę, działań podejmowanych w celu realizacji Programu nie można uznać za sprawowanie opieki farmaceutycznej w rozumieniu art. 2a ust. 1 pkt 7 ustawy o izbach aptekarskich, w ramach której dochodzi do współpracy z lekarzami określonych pacjentów. Sprawowanie opieki farmaceutycznej w stosunku do wszystkich pacjentów nie jest uzależnione od istnienia specjalnego programu, a jest po prostu rodzajem usługi farmaceutycznej, którą należy świadczyć w każdej aptece. Dodania wymaga, że udzielanie informacji i porad dotyczących działania i stosowania produktów leczniczych i wyrobów, o których mowa w pkt 3, będących przedmiotem obrotu w aptekach i hurtowniach farmaceutycznych, jest odrębną od sprawowania opieki farmaceutycznej usługą farmaceutyczną, której realizacja także nie wymaga tworzenia specjalnego w tym celu programu (por. pkt 6 i 7 ust. 1 art. 2a ustawy o izbach aptekarskich).

Udział aptek w realizacji Programu nie byłby możliwy bez decyzji Spółki, co wynika wprost ze zgromadzonego materiału dowodowego, za co Spółka ponosi odpowiedzialność (jako podmiot prowadzący apteki). Spółka podjęła więc działania mające na celu reklamowanie aptek i ich działalności. Apteki i ich działalność, bez działań Spółki i aptek, nie byłaby reklamowana, gdyż apteki nie uczestniczyłyby w prowadzeniu ww. programu lojalnościowego (jego 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. 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.

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

Organ, w związku z zaprzestaniem funkcjonowania Programu – będącego w istocie programem lojalnościowym – w ww. 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. 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 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 prowadziłyby 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 reklamy – jaką jest program lojalnościowy, przy uwzględnieniu jego celów i istoty (opisane wyżej); program lojalnościowy jest doskonałym narzędziem służącym podniesieniu sprzedaży oraz budowaniu świadomości o określonym podmiocie/marce na rynku,

– opisane wyżej reguły funkcjonowania Programu,

– że, w realizacji Programu uczestniczyły aż trzy apteki prowadzone przez Spółkę na terenie województwa dolnośląskiego,

– znaczny okres trwania reklamy aptek i ich działalności: od dnia 16 maja 2012 r. do końca października 2015 r. – w przypadku aptek położonych [...]: przy ul. [...] i [...], przy ul. [...], zaś apteki przy ul. [...] – od dnia 16 maja 2012 r. do połowy listopada 2015 r.

– Strona – jako podmiot prowadzący ww. apteki – 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,

– że Strona, prowadząc ww. apteki, nie naruszyła uprzednio przepisów, o których mowa w art. 129a ust. 2 Prawa farmaceutycznego,

– Główny Inspektor Farmaceutyczny, wydając komunikat nr 1/2014 z dnia 26 czerwca 2014 r., który został opublikowany na stornie www.gif.gov.pl, poinformował, że programy lojalnościowe stanowią reklamę apteki i jej działalności,

stwierdzić należy, że nałożona kara pieniężna – w kwocie 33500,00 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 ustatecznienia się decyzji na konto wskazane w pkt. II rozstrzygnięcia.

W tym miejscu wskazania wymaga, że pełnomocnik Spółki i Spółka – w trakcie toczącego się postępowania – nie zadośćuczynili większości wezwań do nich kierowanych, ograniczając się w zasadzie do wskazania, że apteki uczestniczyły w ww. programie, nie podając jednak w szczególności okresu uczestnictwa. Strona nie przestawiła również żądanych przez Organ dokumentów. Zaznaczyć należy, 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. 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” 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:

[...]