



**DOLNOŚLĄSKI WOJEWÓDZKI
INSPEKTOR FARMACEUTYCZNY
WE WROCŁAWIU**

Wrocław, dnia 23 października 2020 r.

WIF-WR-I.8523.6.2020

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 2020 r. poz. 256 z późn. zm.), w związku z art. 94a ust. 1, 2-3 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2020 r. poz. 944),

umarza postępowanie w sprawie nakazania przedsiębiorcy [...] z siedzibą w [...] zaprzestania prowadzenia reklamy następujących aptek ogólnodostępnych:

[...]

i ich działalności, przy pomocy Aplikacji [...];

II. na podstawie art. 129b ust. 1-2 i art. 129ba ust. 1, w związku z art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego oraz art. 104 oraz art. 107 § 1 i § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego,

nakłada karę pieniężną na przedsiębiorcę [...] z siedzibą w [...] za prowadzenie reklamy następujących aptek ogólnodostępnych:

[...]

i ich działalności, przy pomocy Aplikacji [...], w kwocie 19500,00 zł (słownie złotych: dziewiętnaście tysięcy pięćset), którą należy wpłacić na konto Wojewódzkiego Inspektoratu Farmaceutycznego we Wrocławiu, Pl. Powstańców Warszawy 1, 50-153 Wrocław, nr 37 1010 1674 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, postanowieniem z dnia 27 sierpnia 2020 r. (nr WIF-WR-I.8523.6.2020), wydanym na podstawie na podstawie art. 31 § 2, w związku z art. 31 § 1 K.p.a. i art. 94a ust. 1 i 2-3 oraz art. art. 129b ust. 1-2 Prawa farmaceutycznego

(Dz.U. z 2020 r. poz. 944), wszczął – z urzędu – postępowanie administracyjne w przedmiocie nakazania przedsiębiorcy Stronie zaprzestania prowadzenia reklamy ww. aptek ogólnodostępnych i ich działalności, przy pomocy Aplikacji [...], oraz nałożenia kary pieniężnej, w związku z wniesieniem stosownego wniosku przez Naczelną Izbę Aptekarską. W postanowieniu tym wykazano, że zachodzą przesłanki określone w art. 31 § 1 K.p.a.

W postanowieniu z dnia 27 sierpnia 2020 r. (nr WIF-WR-I.8523.6.2020) wskazano również, że do akt sprawy załączono pismo Naczelnej Izby Aptekarskiej z dnia 17 sierpnia 2020 r. ([...]) wraz z załącznikami, tj.:

1) kopią uchwały Nr VIII/19/2020 VIII Krajowego Zjazdu Aptekarzy z dnia 25 stycznia 2020 r. w sprawie wyboru Prezesa Naczelnej Rady Aptekarskiej,

2) kopią uchwały Nr VII/24/2016 VII Krajowego Zjazdu Aptekarzy z dnia 31 stycznia 2016 r. w sprawie uchwalenia Regulaminu Naczelnej Rady Aptekarskiej;

3) pismem Naczelnej Rady Aptekarskiej z dnia 7 lipca 2020 r. ([...]), zatytułowanym „Zawiadomienie o okolicznościach uzasadniających wszczęcie postępowań z administracyjnych z urzędu”,

4) listą „Aptek[...] współpracujących z [...],

5) wydrukiem dokumentów ze strony [www. \[...\]](#): Regulaminu, Polityki prywatności i Polityki cookies,

6) wydrukiem ulotki dotyczącej „konkursu” związanego z [...].

W postępowaniu administracyjnym w ww. sprawie – w reakcji na wezwania Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we Wrocławiu z dnia 27 sierpnia 2020 r. (nr WIF-WR-I.8523.6.2020) – wyjaśnienia złożyli: Strona (zob. pismo z dnia 9 września 2020 r. wraz z dwoma załącznikami) i [...] z siedzibą w [...] (pismo z dnia 9 września 2020 r. wraz z trzema załącznikami).

Pismem z dnia 16 września 2020 r. (WIF-WR-I.8523.6.2020), zawiadomiono Spółkę i Naczelną Izbę Aptekarską o zakończeniu postępowania wyjaśniającego w rozpatrywanej sprawie administracyjnej, a także poinformowano o tym, że w terminie siedmiu dni od dnia doręczenia pisma istnieje możliwość – stosownie do treści art. 10 § 1 K.p.a. – przed wydaniem decyzji administracyjnej wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Strona skorzystała z ww. możliwości czynnego udziału w postępowaniu administracyjnym, kierując do organu prowadzącego postępowanie pismo z dnia 28 września 2020 r., w którym wyraziła swoje stanowisko w sprawie. Spółka wniosła o umorzenie postępowania w całości jako bezprzedmiotowego.

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). Decyzji, o której mowa w ust. 3, nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności (art. 94a ust. 4 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, w tym 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 – informowanie 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. Sąd Najwyższy wyraził stanowisko, iż: „powszechnie przyjmuje się, że reklamą są wszelkie formy przekazu, w tym także takie, które nie zawierają 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” (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 działalnością, 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”.

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

Skuteczność reklamy apteki i jej działalności nie przesądza o tym, czy zakaz prowadzenia takiej reklamy został naruszony.

Przechodząc do realiów rozpatrywanej sprawy wskazać należy, że ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, iż Aplikacja [...] jest aplikacją internetową działającą na urządzeniach przenośnych, mobilnych z systemem operacyjnym iOS oraz systemem operacyjnym Android, oferowaną przez [...] z siedzibą w [...] bezpłatnie (pkt 1.1. Regulaminu). Użytkownik, tj. osoba fizyczna korzystająca z Aplikacji [...], może korzystać z tej aplikacji po założeniu Konta, przez które rozumie się przestrzeń udostępnianą użytkownikowi w ramach Aplikacji [...] zgodnie z Umową o Świadczenie Usług, pozwalającą na korzystanie przez użytkownika z dodatkowych funkcjonalności/usług, jak również w trybie gościa (bez zakładania Konta) – pkt. 1.5. i 1.8. Regulaminu.

W myśl zaś pkt. 3.1. Regulaminu, użytkownik Aplikacji [...] (opcja bez zakładania Konta) mógł korzystać w szczególności z następujących usług:

a) dodania e-recepty poprzez skaner albo poprzez wpisanie kodu oraz numeru PESEL użytkownika;

b) dostępu do wyszukiwarki aptek, które mogą zrealizować daną e-receptę;

d) możliwości założenia rezerwacji (rezerwacja to czynność zachodząca pomiędzy użytkownikiem Aplikacji [...] a apteką, która ma na celu rezerwację leków i innych produktów medycznych z e-recepty przeprowadzona za pośrednictwem Aplikacji [...]);

e) wyświetlenia informacji o orientacyjnej wartości produktów z danej e-recepty.

W myśl zaś pkt. 3.2. Regulaminu, użytkownik Aplikacji [...] (opcja z założeniem Konta), mógł korzystać w szczególności z następujących usług:

- a) utworzenia Konta (usługa założenia i prowadzenia Konta);
- b) dostępu do historii rezerwacji;
- c) dodania e-recepty poprzez skaner albo poprzez wpisanie kodu oraz numeru PESEL użytkownika;
- d) dostępu do wyszukiwarki aptek, które mogą zrealizować daną e-receptę;
- f) możliwości założenia rezerwacji;
- g) wyświetlenia informacji o orientacyjnej wartości produktów z danej e-recepty;
- h) odzyskania hasła do Konta.

Informacje dotyczące Aplikacji [...] zamieszczone są na specjalnie stworzonej stronie internetowej o następującym adresie: [https://www. \[...\].](https://www. [...].) W lokalach ww. aptek podejmowano działania mające na celu rozpowszechnienie informacji o Aplikacji [...] i zachęcenie pacjentów do korzystania z niej, w tym poprzez ulotki i plakaty, a w efekcie – zwiększenie obrotów także aptek prowadzonych przez Spółkę. Po to został zorganizowany także konkurs [...] dla aptek współpracujących, w którym pięć aptek prowadzonych przez Spółkę wzięło udział (tj. [...]). Z regulaminu konkursu [...] wprost wynika, że jego celem było informowanie i zachęcenie pacjentów do korzystania z Aplikacji [...]. Dla pięciu laureatów tego konkursu, tj. aptek, które osiągnęły największą liczbę zrealizowanych rezerwacji poprzez Aplikację [...], przewidziano nagrody o wartości [...] zł (zob. regulamin konkursu [...]).

Strona wskazała – w piśmie z dnia 9 września 2020 r. – że nie podpisywała jakiegokolwiek umowy [...] z siedzibą w [...] w przedmiocie funkcjonowania Aplikacji [...], a jej dane teleadresowe umieszczone są w Aplikacji [...] „dzięki współpracy z [...] (franczyzodawcą)”. Udział aptek prowadzonych przez Stronę w wykonywaniu usług dostępnych poprzez Aplikację [...] wynikała zatem ze współpracy Spółki z franczyzodawcą (tj. [...] z siedzibą w [...]), który jest jedynym udziałowcem [...] z siedzibą w [...]. W tym kontekście wskazać należy, że gdyby Strona nie wyraziła zgody na umieszczenie przez [...] z siedzibą w [...] danych ww. siedmiu aptek ogólnodostępnych, to wówczas nie byłoby możliwości ujęcia tych placówek w dostępnej w Aplikacji [...] wyszukiwarce aptek, które mogą zrealizować daną e-receptę. Nadto, nie byłoby też możliwości:

1) rezerwacji leków i innych produktów „medycznych” z e-recepty w ww. aptekach, przeprowadzonej za pośrednictwem Aplikacji [...] (co ważne, czynność rezerwacji zachodziła pomiędzy użytkownikiem Aplikacji [...] a apteką, a nie użytkownikiem Aplikacji [...] a [...] z siedzibą w [...]),

2) informowania – drogą mailową – użytkownika Aplikacji [...] o tym, że jego rezerwacja została przygotowana przez farmaceutę w aptece,

3) przesyłania farmaceucie zatrudnionemu w którejś z ww. aptek – podczas składania rezerwacji – informacji dotyczącej, przykładowo, domówienia leków, czy prośby o kontakt po konkretnej godzinie,

4) wyświetlania w Aplikacji [...] informacji o orientacyjnej wartości produktów z danej e-recepty,

5) zakupu i odbioru produktów zarezerwowanych za pomocą Aplikacji [...] w aptekach prowadzonych przez Stronę,

gdyby Strona nie wyraziła na to zgody i nie współpracowała w zakresie zapewnienia dostępności usług oferowanych dla użytkowników Aplikacji [...].

W zakresie, o którym mowa w dwóch poprzednich zdaniach, odpowiedzialność ponosi Strona. Spółka sama zresztą określiła apteki, które prowadzi, mianem „aptek współpracujących”.

Stosownie do pkt. 3 Polityki prywatności stanowiącej integralną część Regulaminu Aplikacji [...], dane osobowe osób korzystających z Aplikacji [...] mogły być przetwarzane w celach marketingowych oraz do wyświetlania treści przygotowanych na podstawie profilowania, w tym na podstawie historii Rezerwacji. [...] siedzibą w [...], reprezentowana przez pełnomocnika, w odpowiedzi na pytanie zawarte w wezwaniu z dnia 27 sierpnia 2020 r.: „jakie dane/treści marketingowe/stworzone na podstawie profilowania były/miały być przesyłane osobom korzystającym z Aplikacji [...], w piśmie z dnia 9 września 2020 r., wskazała, że nie wykorzystano „dotychczas” profilowania w ramach Aplikacji [...].

Aplikacja [...] funkcjonuje od dnia 16 kwietnia 2020 r., lecz od dnia 29 czerwca 2020 r. „w ograniczonym zakresie” (nieaktywne są takie funkcjonalności jak: sprawdzanie dostępności leków w aptekach współpracujących oraz rezerwacja produktów w aptekach współpracujących, a tym samym ich odbiór w tych placówkach), jak wyjaśniła Strona w piśmie z dnia 9 września 2020 r. Obecnie użytkownik Aplikacji [...] ma możliwość uzyskania w tej aplikacji wyłącznie informacji dotyczących adresu/lokalizacji apteki i godzin jej otwarcia (pismo z dnia 9 września 2020 r. [...] z siedzibą w [...], reprezentowanej przez pełnomocnika). Odbiór produktów zarezerwowanych za pomocą Aplikacji [...] w aptece prowadzonej przez Stronę możliwy był w okresie od dnia 16 kwietnia 2020 r. do dnia 29 czerwca 2020 r. W czasie tym w rezerwację produktów zrealizowało:

- 1) w aptecę ogólnodostępnej [...] – 19 pacjentów,
- 2) w aptecę ogólnodostępnej [...] – 5 pacjentów,
- 3) w aptecę ogólnodostępnej [...] – 2 pacjentów,
- 4) apteki ogólnodostępnej [...] – 25 pacjentów.

W pozostałych trzech aptekach prowadzonych przez Spółkę na terenie województwa [...] nie zrealizowano żadnej e-recepty na podstawie rezerwacji dokonanej przez Aplikację [...].

Dodać należy, że nazwa ww. aptek zawiera słowo [...] które także zostało użyte w nazwie aplikacji. Aplikacja ta – w powszechnym odbiorze – wiązana jest bez wątplenia z aptekami należącymi do sieci aptek [...] (mającymi w nazwie ten człon). Biorąc pod uwagę nazwę aplikacji, listę aptek

zawartą w aplikacji, użytą kolorystykę w aplikacji nie sposób powiązać jej z innymi aptekami niż apteki [...].

W ocenie Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego we Wrocławiu, funkcjonowanie Aplikacji [...], w okresie od dnia 16 kwietnia 2020 r. do dnia 29 czerwca 2020 r., miało na celu także reklamowanie ww. aptek ogólnodostępnych i ich działalności. Dla przeciętnego pacjenta korzystającego z Aplikacji [...] jej funkcjonowanie – co nie byłoby możliwe bez udziału podmiotów prowadzących apteki ogólnodostępne, w tym Strony – wiązało się z poczuciem wyróżnienia jego spośród innych pacjentów, poprzez zapewnienie dodatkowych – w jego odczuciu – usług niedostępnych w innych aptekach, co w konsekwencji rodziło przywiązanie do danych/danej apteki. Realizowanie e-recept przy wykorzystaniu Aplikacji [...], która nie jest do tego konieczna, i wskazywanie orientacyjnej wartości produktów z danej e-recepty, stanowiło zachętę do kupna produktów wyłącznie w konkretnych aptekach, w tym w aptekach prowadzonych przez Spółkę (poprzez stworzenie wrażenia ułatwienia realizacji e-recepty przy wykorzystaniu specjalnej/dedykowanej aplikacji). Spostrzec należy, że realizacji rezerwacji dokonanej poprzez Aplikację [...] mógł towarzyszyć zakup produktów nieobjętych rezerwacją. Jest to w istocie mechanizm budowania lojalności klienta, który polega na zachęceniu go do korzystania z usług konkretnej apteki (konkretnych aptek) – zob. w tym kontekście wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 17 czerwca 2013 r., VI SA/Wa 930/13, CBOSA, czy wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 22 maja 2017 r., VI SA/Wa 2546/16, CBOSA). Uwzględniając zasady doświadczenia życiowego i logiki funkcjonowanie Aplikacji [...] należy ocenić jako podjęte w zamiarze zainteresowania pacjentów ww. aptekami (i także ich ofertą). Spółka, której apteki współpracowały w zakresie relacji usług oferowanych w Aplikacji [...], ponosi za to odpowiedzialność, a tym samym stwierdzić należy, że naruszyła zakaz prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej i jej działalności. Podkreślenia wymaga, że na podmiocie prowadzącym aptekę ogólnodostępną spoczywa obowiązek zorganizowania jej działalności w taki sposób, aby nie zaistniał jakikolwiek przypadek złamania zasad określonych w Prawie farmaceutycznym, w tym zakazu prowadzenia reklamy apteki i jej działalności. W orzecznictwie sądów administracyjnych trafnie stwierdzono, że także „akcje prozdrowotne” mogą naruszać zakaz reklamy apteki i jej działalności (przykładowo: „Organy Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej słusznie zauważyły, że organizowanie akcji prozdrowotnych przed apteką, w sytuacji gdy apteka, jak i ambulans były oznakowane logo Stowarzyszenia [...] u klienta apteki budzi przekonanie, że warto odwiedzać tę właśnie a nie inną aptekę, bo dzięki temu można «niejako przy okazji» skorzystać z badań diagnostycznych. Nawet, jeśli po przeprowadzeniu badania pacjent nie skorzysta z usług apteki, to jednak w każdym przypadku pozostaje w jego pamięci pozytywne skojarzenie akcji prozdrowotnej z tą apteką i w ten sposób buduje się wizerunek podmiotu prowadzącego aptekę” – wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 marca 2016 r., VI SA/Wa 2745/15, CBOSA). Wszelkie działania podejmowane przez podmiot prowadzący aptekę

(prowadzone/współprowadzone w aptece, czy przez aptekę), w tym także te, które w założeniu są podejmowane w celu ochrony zdrowia, nie mogą naruszać zakazu prowadzenia reklamy apteki i jej działalności. Apteki prowadzone przez Spółkę uczestniczyły/współpracowały w realizacji usług dostępnych poprzez Aplikację [...], co miało na celu zwiększenie ich obrotów. Udział ten (współpraca ta) nie byłby (nie byłaby) możliwy (-a) bez decyzji Spółki, a zatem podjęła ona działania mające na celu reklamowanie aptek i ich działalności. 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 WSA w Warszawie oddalających skargi podmiotów prowadzących apteki na decyzje nakładające kary pieniężne za prowadzenie reklamy apteki i jej działalności, polegającej na udziale apteki w programie lojalnościowym (programach lojalnościowych, w tym w takich, które w założeniu miały polegać na prowadzeniu opieki farmaceutycznej, czy na pomocy osobom starszym), choć go samodzielnie nie stworzyły – zob. przykładowo: wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 27 lutego 2015 r., II GSK 1365/14, z dnia 11 marca 2015 r., II GSK 384/14, i z dnia 26 maja 2015 r., II GSK 907/14, CBOSA.

Tak samo WSA w Warszawie oddalał skargi podmiotów prowadzących apteki na decyzje nakładające kary pieniężne za prowadzenie reklamy apteki i jej działalności, polegającej na udziale apteki w konkursie dla pacjentów, w którym apteki brały udział, choć podmiot prowadzący aptekę samodzielnie takiego konkursu nie zorganizował (np. wyrok z dnia 7 lipca 2015 r., VI SA/Wa 722/15, CBOSA).

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu, mając na uwadze fakt, iż po dniu 29 czerwca 2020 r. użytkownik Aplikacji [...] ma możliwość uzyskania w tej aplikacji wyłącznie informacji dotyczących adresu/lokalizacji apteki i godzin jej otwarcia, co nie narusza zakazu prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej i jej działalności (zob. wyrok NSA z dnia 12 marca 2020 r., II GSK 3613/17, CBOSA), umorzył postępowanie w części „nakazowej” w tym zakresie. 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 odstraszająca. Umorzenie postępowania administracyjnego w zakresie, o

którym mowa w wyżej, nie skutkuje brakiem możliwości nałożenia kary pieniężnej za prowadzenie reklamy aptek i ich działalności.

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 uiszczą 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 (cel represyjny). Wymierzając karę administracyjną nie można zapominać o jej celu prewencyjnym. Nie jest ona bowiem wyłącznie konsekwencją naruszenia prawa administracyjnego, ma też ona oddziaływać na zachowania w przyszłości, „przymuszając” niejako do przestrzegania zakazu, o którym w art. 94a ust. 1 Prawa farmaceutycznego. Co też ważne, nakładając ww. karę trzeba mieć na względzie również *ratio legis* ww. regulacji, czyli zwiększenie ochrony pacjentów oraz finansów publicznych przed negatywnymi skutkami reklamy aptek i ich działalności. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny władny jest jednak do miarkowania wysokości kary, uwzględniając okoliczności wskazane w art. 129b ust. 2 Prawa farmaceutycznego.

Biorąc pod uwagę to, że:

- Strona współpracowała – w okresie od dnia 16 kwietnia 2020 r. do dnia 29 czerwca 2020 r. – w zakresie zapewnienia dostępności usług oferowanych dla użytkowników Aplikacji [...], tj. w czasie, w którym funkcjonowanie tej aplikacji naruszało zakaz prowadzenia apteki ogólnodostępnej i jej działalności,
- w aptekach podjęto działania mające na celu zachęcenie do korzystania z Aplikacji [...],
- okres trwania reklamy ww. aptek i ich działalności obejmuje czas od dnia 16 kwietnia 2020 r. do dnia 29 czerwca 2020 r.,
- reklama aptek i ich działalności dotyczyła siedmiu placówek,

– łączna liczba pacjentów, którzy – w okresie od dnia 16 kwietnia 2020 r. do dnia 29 czerwca 2020 r. – w aptekach prowadzonych przez Spółkę zrealizowali rezerwacje produktów dokonanych za pomocą Aplikacji [...] wyniosła 51,

– Strona, jako podmiot prowadzący aptekę ogólnodostępną, powinna (obowiązana jest) znać obowiązujące przepisy prawa, w tym Prawo farmaceutyczne i zawarty w tym akcie normatywnym przepis stanowiący o zakazie prowadzenia reklamy apteki i jej działalności, i je stosować/przestrzegać,

– Spółka uprzednio nie naruszyła zakazu prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej i jej działalności,

skonstatować należy, że nałożona kara pieniężna – w kwocie 19500,00 zł – jest adekwatna do okresu, stopnia oraz okoliczności prowadzenia reklamy ww. apteki i jej działalności. Kara w wysokości określonej w rozstrzygnięciu, choć nałożona poniżej połowy dopuszczalnego jej wymiaru, w ocenie Organu, powinna spełnić także swój skutek prewencyjny. Inne rozstrzygnięcie niż wyżej wskazane nie spełniłoby celów kary pieniężnej, o której mowa w art. 129b ust. 1 Prawa farmaceutycznego.

Karę pieniężną należy uiścić w terminie 7 dni od dnia ustatecznienia się decyzji na konto wskazane w rozstrzygnięciu.

Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu wskazuje jednocześnie, odnosząc się do jednego z argumentów Strony, że nie odstąpił od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym. Strona nie przedstawiła żadnego dowodu na to, że Dolnośląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny we Wrocławiu uprzednio rozstrzygał – w drodze decyzji administracyjnej – sprawy nakazania zaprzestania prowadzenia reklamy apteki ogólnodostępnej i jej działalności oraz nałożenia kary pieniężnej o identycznym stanie faktycznym i prawnym w sposób odmienny niż uczynił to niniejszą decyzją.

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.

W trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania strona może zrzec się prawa do wniesienia odwołania wobec organu administracji publicznej, który wydał decyzję.

Z dniem doręczenia organowi administracji publicznej oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania przez ostatnią ze stron postępowania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna.

Otrzymują: [...]