



**DEPARTAMENT OBRONY i KONSOLIDACJI APTEK
NACZELNEJ RADY APTEKARSKIEJ**

00-238 Warszawa, ul. Długa 16, tel. (022) 635-92-85, tel./fax 635-06-70
doika@nia.org.pl www.nia.org.pl



DOIKA

Katowice 2004.12.27

Naczelna Rada Aptekarska

Przedstawiam opinię prawną wykonaną na wniosek Prezydium NRA przez Radcę Prawnego Okręgowej Izby Aptekarskiej w Katowicach.

Koordinator DOIKA
dr farm. Stanisław Piechula

Przedmiot opinii: Program „Dbam o Zdrowie (DOZ)” i „Dbam o Zdrowie Plus (DOZ+)” firmy PGF SA.

Analizie poddano umowę o współpracy określającą zasady uczestnictwa Apteki w programie DOZ i DOZ+, realizowaną przez apteki wspólnie z PGF SA w Łodzi.

Analizę przeprowadzono w kolejności punktów zawartych w zasadach uczestnictwa w programie DOZ i umowie do rozszerzonego programu mającego rozwinąć dotychczasowy DOZ w tzw. DOZ+

Przed szczegółową analizą należy wskazać na fakt, że program jest prowadzony w celu osiągnięcia wspólnych korzyści, o interesie i korzyściach pacjenta nic nie wspomina.

Już samo to jest sprzeczne z ustawowymi celami prowadzenia działalności pod nazwą apteka.

W prawie farmaceutycznym wyraźnie zapisano, że nazwa apteka zastrzeżona jest wyłącznie do... art. 86 ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne.

W poniższej analizie zwrócono szczególną uwagę na:

I - niezgodność programu z zapisami ustawy Prawo farmaceutyczne a w szczególności:

Ia - art. 86 i 87 u.2, który wyraźnie określa jakie czynności mogą być wykonywane w aptece i są to:

- wydawanie produktów leczniczych i wyrobów medycznych określonych w odrębnych przepisach;
- sporządzanie leków recepturowych;
- sporządzanie leków aptecznych;
- udzielanie informacji o produktach leczniczych i wyrobach medycznych.

Ustawodawca nie użył w art. 87.u.2 p.1 formy „w szczególności” lub innej podobnej, co wskazuje na to, że zgodnie z wykładnią językową jest to wyliczenie enumeratywne, a lista ma charakter zamknięty, czyli nie podlega wykładni rozszerzającej i nikt, nawet opinie znanych i uznanych kancelarii, nie zmieni tego faktu.

Ib - Ponadto art.86 ust.8 mówi „w aptekach ogólnodostępnych na wydzielonych stoiskach można sprzedawać produkty określone w art. 72 ust. 5 posiadające wymagane prawem atesty i zezwolenia pod warunkiem, że ich PRZECHOWYWANIE i SPRZEDAŻ nie będą przeszkadzać podstawowej działalności apteki”. Art.72ust.5 określa pozamedyczne artykuły, którymi mogą handlować hurtownie farmaceutyczne w tym np: kosmetyki, środki higieniczne itp.

Ic – Kontrola aptek – czy PGF może być kolejną instytucją kontrolującą apteki?

Z uwagi na powyższe, uważam, że program DOZ i DOZ+, jak i wiele innych programów funkcjonujących w aptekach, jest niezgodny z ustawą Prawo farmaceutyczne, gdyż:

- 1 - wprowadza do działalności apteki czynności, które w aptece nie mogą być wykonywane;**
- 2 – wprowadza do apteki asortyment, który nie może w niej być wydawany;**
- 3 – czyni z firmy PGF umowny organ kontroli, któremu w umowie przyznaje się prawo do kontrolowania czynności i działań w umowie opisanych, które w aptece nie powinny być wykonywane, ergo kontrolowane.**

II – Darmowe usługi świadczone przez aptekę na rzecz PGF SA w świetle ustaw o podatkach dochodowych od osób fizycznych i prawnych.

III – zagrożenia ekonomiczne dla aptek mogące wynikać z niektórych postanowień regulujących zakończenie współpracy.

Pominięto aspekty etyczne i inne drobne ewentualne sprzeczności lub niezgodności z obowiązującym prawem.

Niektóre zapisy umów DOZ, na które zwracamy uwagę w poniższym opracowaniu, są niebezpieczne ze względu na nieprecyzyjne zapisy i niejasność określeń. Mogą one doprowadzić do bezwzględnego uzależnienie apteki poprzez nagromadzenie się trudnych do oszacowania zobowiązań finansowych.

Szczegóły:

(pismem pochyłym zaznaczono cytaty z opisywanych programów)

Na wstępie warto zaznaczyć, że z treści umowy nie wynika, na jakiej podstawie przedstawiciel PGF jest upoważniony do podpisania umowy - np; Członek Zarządu, Prokurent, itp. Nie wiadomo, czy dana osoba miała lub ma prawo reprezentować PGF jednoosobowo, co może powodować, że podpisane umowy w ogóle nie są ważne i nie rodzą skutków prawnych.

§ 1.2. DOZ+ - apteka nie jest miejscem zbierania danych a także formularzy z danymi osobowymi należącymi do innego podmiotu gospodarczego.

Gdyby takie działania były dopuszczalne w aptekach, równie dobrze można by wprowadzić do aptek program, którego uczestnicy mogliby być w aptece rejestrowani do zaprzyjaźnionych lekarzy czy współpracujących z apteką przychodni.

Dodatkowym niebezpieczeństwem dla apteki jest odpowiedzialność za poufność zbieranych danych, choć warto się zastanowić, czy osoby obce właścicielowi danych (PGFowi) mogą takowe dane zbierać i dla niego gromadzić. Zapytanie to warto skierować do urzędu ochrony danych osobowych.

§ 1.2. DOZ+ i p.1 DOZ – dane osobowe pacjentów będą wykorzystywane dla potrzeb aptek.

Proszę zwrócić uwagę, że ten zapis nie mówi o Państwa konkretnej aptece, która zbiera dane osobowe swoich pacjentów. Dane są zbierane dla PGF w interesie wszystkich aptek biorących udział w programie, co jednoznacznie stwarza zagrożenie, że pacjenci mogą być kierowani do dowolnej apteki programu DOZ (np. aptek sieci PGFu), czego właściciel programu nawet żąda w dalszej części umowy, gdyby apteka z programu wychodzi.

§ 3.1. DOZ+ - Karta uczestnika zawierająca kod pacjenta będzie wydawana przez aptekę. Rejestracja punktów będzie dokonywana na karcie uczestnika przez Aptekę.

Czy jest to działalność apteki? Czy są to karty należące do danej apteki czy też do obcego podmiotu gospodarczego, czy karty te służą działalności apteki, czy marketingowi poza aptecznemu.

Jeżeli to jest dopuszczalne, to proponujemy także w aptece rejestrować punkty w programie Statoil, Witay PKN ORLEN, itp.

Od razu odpieram argument, że apteki też wydają własne karty klienta, nie jest to argument zasadny.

Apteka wydaje własne karty pacjenta w celu jego identyfikacji przy sprawowaniu opieki farmaceutycznej i to jest podstawowa funkcja tej karty aptecznej, jeżeli służy jeszcze np: udzieleniu rabatu, itp., to już inna sprawa, jednak jej główna funkcja związana jest z ustawowymi zadaniami apteki.

§ 3.1. DOZ+ i p.3. DOZ - *Dodatkowo za zakupy w Aptece pacjenci będą mogli otrzymać podziękowania w formie drobnych upominków - nagród.*

Termin *drobnych upominków – nagród* jest trudnym do zinterpretowania i ustalenia, co oznaczają drobne upominki, jak często można to podziękowanie otrzymać i w związku z tym, czy na pewno organa skarbowe nie będą domagać się od obdarowanego podatku.

Program jest prowadzony jako wspomagający sprzedaż w aptekach poprzez wręczanie pacjentom / klientom drobnych upominków jako podziękowanie za dokonane zakupy. Jest to nic innego jak nagroda za dokonanie zakupów odpowiedniej wartości, co do ilości nagród możliwych do otrzymania w trakcie roku podatkowego, ich wartości i ewentualnego obowiązku rozliczenia się z urzędem skarbowym przez obdarowanego trudno zająć stanowisko, gdyż każdy przypadek będzie rozpatrywany indywidualnie w zależności od okoliczności i wartości upominków w stosunku do indywidualnej osoby.

Należy podkreślić, że prawo podatkowe nie zna określenia podziękowania w formie drobnych upominków – nagród, nagroda jest nagrodą, a nie podziękowaniem, a co do tego, czy upominki są drobne czy nie, zdecyduje kiedyś urząd skarbowy w trakcie kontroli. Aktualnie zgodnie z art.21 p.68 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych zwolnione są nagrody o wartości jednorazowo nie wyższej niż 760zł.

Należy domniemywać, że pacjenci nie wiedzą, że powinni znać wartość tych nagród i być może je opodatkować.

Drugim aspektem tego punktu może być wydawanie przez apteki określonych rzeczy, **rozdawanie** różnych artykułów w tym np.: kosmetyków, czajników, budzików, rowerów, itd., co nie jest czynnością, która może być wykonywana w aptece a w szczególności w ramach działalności obcej firmy, do której taki program należy.

Proszę sobie wyobrazić, że w ramach innego programu apteki podpiszą umowę na wydawanie pacjentom drobnych upominków w postaci mięsa, gdyż dojdzie do współpracy ze sklepem mięsnym z sąsiedztwa, co raz już było przedmiotem audycji telewizyjnej i artykułów w gazetach.

§ 3.2. DOZ+ i p. 3 DOZ - *Katalog nagród będzie dostępny w Aptece w miejscu widocznym i oznaczonym.*

Apteka nie jest miejscem reklamowania lub informowania o jakichkolwiek produktach, jeżeli ich sprzedaż nie jest związana z działalnością apteki lub nie służy ochronie zdrowia lub innej działalności w prawie farmaceutycznym dopuszczonej.

Równie dobrze można by reklamować w aptece samochody, rowery, a nawet inne produkty, które z zadaniami apteki nie mają nic wspólnego.

p. 3 DOZ – *Apteka zbiera kupony potwierdzające odbiór upominków i przekazuje je do PGF*

To kolejne czynności wykonywane dla zewnętrznej firmy, które nie są dozwolone w aptece. Można je porównać do rozliczania się kiedyś sklepów z kartek na cukier i wódkę. Czas i miejsce przeznaczone do świadczenia usług farmaceutycznych przez aptekę, nie powinno być wykorzystywane na taką działalność.

Szczególnie, że będzie wykonywana w ekspedycji kosztem obsługi innych chorych, czy udzielania informacji o lekach itp.

§ 3.2. DOZ+ - *Bezpośrednio od Apteki ... pacjent otrzyma wybrany upominek.*

Jeżeli Inspekcja Farmaceutyczna nadal będzie pozwalała i tolerowała prowadzenie takich programów w aptekach, to można tylko oczekiwać niespodziewanej ewolucji aptek, których właściciele będą rozdawali coraz to ciekawsze upominki, nagrody lub zwiększą katalog świadczonych usług np o: kosmetyki samochodowe, płyn do spryskiwaczy, werbowanie chętnych do ubezpieczania się w funduszach emerytalnych, itp..

Po raz kolejny jednoznacznie stwierdzam, że nie jest to czynność dopuszczana w aptece!

Odpowiednie organy np: GIF i WIF, powinny jednoznacznie zabronić wykonywania w aptece czynności niedopuszczonych w Prawie farmaceutycznym. Rejestracja i zbieranie danych osobowych dla

obcych firm, wydawanie upominków, ich liczenie, rejestrowanie, to nie są czynności dopuszczone w aptece.

§ 3.3. Program DOZ będzie podlegał stałemu rozwojowi i modyfikacją.

Analizując przytaczane kolizje z prawem można się tylko domyślać i zastanawiać, co w kolejnych modyfikacjach będzie wprowadzane w zakresie urozmaicenia działalności apteki.

§ 4 umowy DOZ i DOZ+ nakłada na aptekę obowiązki i czynności całkowicie niezgodne z art. 86 i 87 prawa farmaceutycznego.

Trudno te obowiązki właściwie zdefiniować, ale jest to coś pośredniego pomiędzy reklamą, a usługami agencji, pracą na zlecenie itp. **Wszystkie te czynności na pewno nie mieszczą się w pojęciu działalności apteki a są prowadzone w całości na terenie izby ekspedycyjnej.**

- **informowanie pacjentów o szczegółach programu DOZ** – równie dobrze można by zrobić z apteki punkt wszelkich innych informacji a pacjenci oczekujący na realizację recepty czy uzyskanie informacji farmaceutycznej będą stali w kolejce i wysłuchiwali jak magister farmacji udziela komuś informacji o wynikach Toto lotka, lub zasadach udziału w Otwartych Funduszach Emerytalnych.

- **zapewnienie w Aptece miejsca, w którym umieszczone będą materiały informacyjne o programie** - także zgodnie z ustawą nie mogą być promowane w aptece działania niezwiązane z jej statutową działalnością, jeżeli tak to dlaczego nie umieścić informacji o np: wystawie psów, katalogów salonów samochodowych, itp.

- **przekazywanie do PGF formularzy zgłoszeniowych wypełnionych przez pacjentów** - tu należy zadać bardzo ważne pytanie dotyczące ustawy o ochronie danych osobowych, czy pracownicy aptek nie będący pracownikami PGF SA są upoważnieni do zbierania i posiadania wglądu w dane osobowe pacjentów których dysponentem i administratorem jest PGF SA.

Ponadto po raz kolejny nadmieniamy, że czynność taka nie może się odbywać w aptece.

- **rzetelne rejestrowanie punktów czy wydawanie kuponów** - to także czynności nie dopuszczone do prowadzenia w aptece, jak wyżej wskazano nie są one związana z ochroną zdrowia publicznego i innymi zadaniami apteki, zabierają czas i miejsce statutowej działalności apteki a nie do tego służy lokal oznaczony nazwą apteka.

wydawanie upominków - podobnie jak wyżej z tym dodatkiem, że nie widzimy możliwości by w aptece przechowywane były na stałe towary, których obecność nie jest przewidziana ustawą. Wydawanie przykładowo: perfum, rowerów, mięsa, itp., nie jest dopuszczalne w izbie ekspedycyjnej apteki.

Należy podkreślić, że art.86 ust.8 wyraźnie stanowi „w aptekach ogólnodostępnych na wydzielonych stoiskach **MOŻNA sprzedawać produkty określone w art.72 ust 5 posiadające WYMAGANE PRAWEM ATESTY i ZEZWOLENIA, pod warunkiem, że ich PRZECHOWYWANIE I SPRZEDAŻ nie będą przeszkadzać podstawowej działalności apteki**”.

Mogę stwierdzić bez żadnych wątpliwości, że obowiązki nałożone na aptekę w programie DOZ będą przeszkadzać podstawowej działalności apteki a w dodatku są sprzeczne z czynnościami dopuszczonymi w aptece przez ustawę.

Należy mieć nadzieję, że GIF i WIF po naszym wystąpieniu zajmie się tymi nieprawidłowościami.

Gdyby jednak uważał inaczej, należy się liczyć z tym, że program DOZ otworzy drogę do bardzo szerokiej interpretacji tego, co można rozdawać lub prowadzić w aptece a przecież rozporządzenie o dodatkowych czynnościach, które mogą być prowadzone w aptece jeszcze się nie ukazało.

§ 5.1. DOZ+ - wyraźnie oddziela program DOZ od warunków umowy handlowej, którą zawarła apteka z hurtownią grupy PGF, co może prowadzić do tego, że umowa DOZ będzie musiała być nadal realizowana np. przez okres 3 miesięcy po wypowiedzeniu, a warunki współpracy nie będą satysfakcjonujące dla apteki (np; bez rabatu, płatność gotówką, itp.). Poza tym może dojść do konieczności realizowania zapisanych poniżej 80% zakupów na niekorzystnych warunkach.

§ 5.2. DOZ+ - Apteka zobowiązuje się do dokonywania zakupów towarów handlowych w spółkach hurtowych grupy PGF o wartości nie niższej niż 80% łącznej wartości zakupów netto - zapis ten warto połączyć z powyższą uwagą o braku korelacji z umową o warunkach współpracy a także z koniecznością

kierowania pacjentów do innej apteki z programem z chwilą wypowiedzenia umowy. Analiza tych zapisów powinna każdemu właścicielowi apteki uświadomić fakt, że oddał dane swoich pacjentów firmie PGF, że będzie musiał zamawiać 80% zakupów, co będzie mogła kontrolować w aptece firma PGF działająca jak kolejna inspekcja a w razie wyjścia lub wypadnięcia z programu pozostanie zobowiązanie do kierowania swoich pacjentów do innej apteki z DOZem.

Te zapisy mogą być najbardziej niebezpieczne dla apteki ze względów ekonomicznych.

§ 6.2. DOZ+ - Apteka na życzenie osób upoważnionych przez PGF winna udokumentować wykonywanie obowiązku, o którym mowa w §5.2. (czyli zakupów towarów o wartości nie niższej niż 80% wartości zakupów netto), oraz **p. 6 DOZ - prawo do sprawdzania ilości zakupionych produktów objętych Programem oraz ich miesięcznej sprzedaży w Aptece.**

Czyli właściciel apteki podpisujący się pod takimi zapisami jednoznacznie wyraża zgodę na pełnienie przez PGF funkcji kolejnego organu kontrolującego finanse i obrót towarowy w aptece. Ponadto szczególnie warto podkreślić fakt, że kontrolę apteki pod względem ekonomicznym będzie prowadzić firma budująca własną sieć aptek, czyli firma konkurencyjna.

Zachodzi pytanie czy przepisy dopuszczają by w aptece były prowadzone takowe kontrole przez prywatną firmę w zakresie nie związanym z działalnością apteki, co może przeszkadzać w podstawowej działalności apteki jako placówki ochrony zdrowia publicznego zobowiązanej do zapewnienia ludności dostępu do leków i informacji o nich.

§ 7. DOZ+ - W przypadku, gdy z jakichkolwiek powodów strony zaprzestaną współpracy, Apteka będzie zobowiązana do niezwłocznego rozliczenia się z powierzonych materiałów informacyjnych, urządzeń technicznych i nagród oraz do informowania pacjentów o fakcie wycofania się z programu i wskazania najbliższej apteki, gdzie dalej może wykonywać swoje prawa wynikające z uczestnictwa w programie DOZ.

Proszę zauważyć, że umowę można rozwiązać z wielu przyczyn, natomiast zapis ten może zobowiązać aptekę do zapłacenia bliżej nieokreślonych kwot za w/w materiały i urządzenia a w szczególności wydane nagrody, których w okresie współpracy w programie DOZ+ może się nabierać niemało.

Z brzmienia zapisu nie wynika jak będzie to realizowane, ale kwoty po kilkuletniej współpracy mogą wystąpić znaczne.

Ewentualne nierozliczenie się nie jest co prawda objęte sankcją umowną, ale może PGF ma na względzie ogólne przepisy kodeksu cywilnego w takich sytuacjach nakazujące zwrot powierzonego mienia. W takim przypadku sporny będzie nie tylko zakres rozliczenia, ale też wartość powierzonych przez PGF materiałów, ale te sprawy będzie prawdopodobnie rozstrzygał sąd, przed który strony przedłożą swoje racje.

§ 7.2. DOZ+ - W szczególności, gdy Apteka w istotny sposób naruszy zasady przyznawania punktów, bądź nie utrzyma poziomu wartości zakupów towarów w spółkach hurtowych grupy PGF, PGF obciąży Aptekę kosztami przekazanych w czasie realizacji Programu nagród.

Uwagi jak do §.7.

§ 10 DOZ+ - Po raz kolejny aptekę zobowiązuje się do działań niezgodnych z Prawem farmaceutycznym, polegających na wydawaniu indywidualnych kart elektronicznych uczestnika programu w imieniu PGF SA w izbie ekspedycyjnej i nie w celu realizacji ustawowych zadań apteki.

Należy zwrócić uwagę, na fakt, że prowadzenie w aptece działalności niezgodnej z zezwoleniem może skutkować odpowiednimi sankcjami ze strony Inspekcji Farmaceutycznej.

Dodatkowo należy mieć na uwadze to, że w przyszłości udział w programie może mieć negatywne konsekwencje dla stron umowy uczestniczących w programie. Istnieje możliwości uznania przez urząd skarbowy, że apteka wykonuje darmowe usługi dla prowadzącego program, co ma negatywne skutki zarówno na gruncie podatku dochodowego od osób fizycznych, jak też od osób prawnych.

Art. 11 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych t.j. Dz. U z 2000r. Nr 14 poz. 176 ze zmianami jednoznacznie stanowi ... przychodami są oraz wartość otrzymanych nieodpłatnych

świadczeń w naturze i innych nieodpłatnych świadczeń. .. dalsza część przepisu poświęcona jest sposobom obliczania i szacowanie wartości tych nieodpłatnych świadczeń.

Jednocześnie u podmiotu świadczącego nieodpłatne usługi powstaje niedobór przychodu, a więc i podatku, który urząd może oszacować i nakazać uiszczyć. Jak sami wiemy odwołania trwają latami a zwycięstwa bywają Pyrrusowe. Przykład JTT z Wrocławia jest aż nadto wymowny.

Opinia została wydana korzystając z koncepcji derywacyjnej wykładni prawa w ujęciu dynamicznym, które jak wykazały doświadczenia lat 90, były jedyną możliwą do zrealizowania koncepcją.

Moim zdaniem utrzymywanie tylko statycznej wykładni przepisów i norm prawnych w sytuacji szybko zmieniających się przepisów i warunków gospodarczych nie jest możliwe.

Dokonując wykładni na potrzeby opinii w pierwszej kolejności korzystałem z wykładni językowej, a tylko posiłkowo z systemowej i funkcjonalnej, co zgodne jest z panującą w nauce prawa koncepcją pierwszeństwa i nadrzędności wykładni językowej.

Na zakończenie wskazuję, że ewentualne argumenty, że powyższe stanowisko narusza przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej Dz. U nr.173.poz.1807 z 2004 należy uznać za nietrafne na podstawie art. 64 i następnych powołanej ustawy.

Wskazując na powyższe argumenty można stwierdzić, że program DOZ firmy PGF SA z Łodzi jest sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami art. 86 i 87 prawa farmaceutycznego.

O zakresie i konsekwencjach tej sprzeczności winny zdecydować powołane do tego organy np.: GIF.

Szulc Krystian
radca prawny OIA w Katowicach