

**Wojewódzki
Inspektorat Farmaceutyczny
w Katowicach**

40-074 Katowice, ul. Raciborska 15
tel. 20 87 468, 20 87 470; fax: 20 87 469

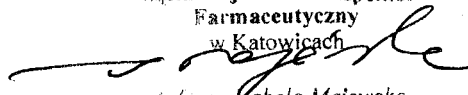
Katowice, dnia 26.04.2005 r.

WIF.KA-0717-5/05

*Pan
dr n. farm. Stanisław Piechula
Prezes Okręgowej Rady Aptekarskiej
w Katowicach*

W nawiązaniu do pisma z dnia 10.02.2005 r., Śląski Wojewódzki Inspektor Farmaceutyczny w Katowicach przesyła w załączeniu opinię prawną dotyczącą programu „Dbam o Zdrowie”.

Śląski Wojewódzki Inspektor
Farmaceutyczny
w Katowicach



dr farm. Kabela Majewska

JOACHIM RASSEK

Adwokat i Rechtsbeistand

Kubisa, Walos, Wolnik i partnerzy - spółka Adwokatów i Radców Prawnych

Ewa Banasik, Andrzej Hayder, Wojciech Kubisa, Joachim Rassek, Ryszard Walos, Barbara Wencka, Józef Wolnik

ul. Gliwicka 10, 40-079 Katowice
Tel.: 48-32/ 253 78 77, 48-32/ 781 06 51, 48-32/ 781 10 71,
Fax: 48-32/ 781 10 70, 48-32/ 781 46 81
Tel. kom: 48 - 603 176 448
E-mail: JRassek@aol.com

Katowice, dnia 29.03.2005 r.

**Opinia prawna
dotycząca zgodności programu „Dbam o Zdrowie” spółki akcyjnej Polska Grupa
Farmaceutyczna z siedzibą w Łodzi z ustawą Prawo farmaceutyczne**

Prezes Okręgowej Izby Aptekarskiej w Katowicach zwrócił się do Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego Katowicach w sprawie podjęcia przez Inspekcję Farmaceutyczną działań mających na celu wyeliminowanie z aptek funkcjonowania programu PGF S.A. w Łodzi o nazwie „Dbam o Zdrowie”, który jego zdaniem, jest szczególnym przykładem łamania ustawy „Prawo farmaceutyczne”. Do pisma tego dołączona została opinia prawna radcy prawnego OIA w Katowicach mgr Krystiana Szulca.

Prezentowane przez Prezesa OIA w Katowicach stanowisko jest zgodne ze stanowiskiem Krajowego Zjazdu Aptekarzy, który w dniu 24.01.2004 r. Uznał, że w związku z bardzo trudną sytuacją ekonomiczną wielu aptek oraz uzależnianiem ich i wiązaniem przez programy lojalnościowe wprowadzane przez hurtownie farmaceutyczne, a także nakręcaniem tymi programami spirali obniżania marży aptecznej, nakłanianiem pacjentów do zwiększonego zakupu leków lub wprowadzaniem ich w błąd, koniecznym jest wystąpienie z prośbą do wszystkich hurtowni farmaceutycznych, by z dniem 1 marca 2004 r. całkowicie wycofały się z uzależniania i wiązania aptek

poprzez wprowadzanie takich programów, a także wymuszania na aptekach stosowania określonych cen i rabatów

W związku z w/w pismem Prezesa OIA w Katowicach przedstawiam poniżej opinię prawną w sprawie programu „Dbam o zdrowie”, która sporządzona została po zapoznaniu się z aktualnymi zasadami uczestnictwa w programie „Dbam o zdrowie”, umową o współpracy określającą zasady uczestnictwa Apteki w programie „Dbam o zdrowie”, opinią prawną radcy prawnego mgr Krystiana Szulca, opinią prawną radcy prawnego Barbary Jendryczko z dnia 28.01.2004 r., a także opinią prawną adwokata dr Edwarda Jędrzejewskiego z dnia 23.12.2002 r.

Należy podkreślić, że aktualnie przed Sądem Okręgowym w Warszawie Wydział Gospodarczy toczy się sprawa z powództwa Polskiej Grupy Farmaceutycznej S.A. p/ko Naczelnej Izbie Aptekarskiej w Warszawie o nakazanie NIA m.in. zaniechania działań mających na celu nakłanianie do nie zawierania

„Umowy o współpracy” określającej zasady uczestnictwa Apteki w programie „Dbam o zdrowie” realizowanym wspólnie z PGF przez aptekarzy. Wg informacji uzyskanej w dniu 08.03.2005 r. od pełnomocnika powódki sprawa ta nie została jeszcze zakończona, a w sprawie tej nie zostało wydane jakiegokolwiek zarządzenie tymczasowe.

I. Obowiązki apteki wynikające z programu informacyjnego „Dbam o zdrowie”

Jak wynika z umowy o współpracy określającej zasady uczestnictwa Apteki w programie „Dbam o zdrowie” do obowiązku apteki uczestniczącej w programie należy:

- informowanie pacjentów o szczegółach programu,
- zapewnienie miejsca w aptece do umieszczenia materiałów informacyjnych o programie,
- rzetelne wydawanie kuponów zgodnie z przyjętymi w programie zasadami,

- wydawanie upominków,
- przekazywanie do PGF formularzy zgłoszeniowych w sposób zapewniający dostępność danych osobowych wyłącznie dla PGF S.A. oraz kuponów, które były podstawą do wydania upominku,
- wypełnianie obowiązków wynikających z par. 5 umowy (m.in. dokonywanie zakupów towarów handlowych w spółkach grupy PGF o wartości nie niższej niż 80% łącznej wartości zakupów netto dokonywanych przez aptekę w każdym miesiącu obowiązywania umowy).

II. Stan prawny

Obowiązująca aktualnie ustawa – Prawo farmaceutyczne zawiera w art. 86 definicję apteki oraz określa, jakie usługi farmaceutyczne są świadczone „w szczególności” w aptece przez osoby uprawnione. W art. 87 określone zostały natomiast zadania apteki.

Art. 86 ust. 1 ustawy Prawo farmaceutyczne stanowi, że

Apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego, w której osoby uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne, o których mowa w ust. 2.

2. Nazwa apteki zastrzeżona jest wyłącznie dla miejsca świadczenia usług farmaceutycznych obejmujących:

- 1) wydawanie produktów i wyrobów medycznych, określonych w odrębnych przepisach;
- 2) sporządzanie leków recepturowych, w terminie nie dłuższym niż 48 godzin od złożenia recepty przez pacjenta, a w przypadku recepty na lek recepturowy zawierający środki odurzające lub oznaczonej „wydać natychmiast” – w ciągu 4 godzin;
- 3) sporządzanie leków aptecznych;
- 4) udzielanie informacji o produktach leczniczych i wyrobach medycznych.

Z uwagi na to, że w art. tym jest mowa o „usługach” w pierwszej kolejności należy ustalić znaczenie słowa usługa. Jak wynika z Nowego słownika poprawnej polszczyzny PWN pod redakcją Andrzeja Markowskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN Warszawa 1999 r., słowo „usługa” oznacza: „grzeczność, uprzejmość wyświadczona komuś, pomoc dla kogoś”, także „działalność różnych firm i zakładów służąca do zaspokajania potrzeb klientów”.

Art. 87 ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne brzmi:

Apteki ogólnodostępne przeznaczone są do:

- 1) zaopatrywania ludności w produkty lecznicze, leki apteczne, leki recepturowe, wyroby medyczne i inne artykuły, o których mowa w art. 86. ust. 8,
- 2) wykonywania czynności określonych w art. 86 ust. 1 i 2.

Zgodnie z artykułem 52 ust. 1 reklama to działalność polegająca na informowaniu i zachęcaniu do stosowania produktu leczniczego, mająca na celu zwiększenie liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych.

III. Ocena prawna

1. Jeżeli chodzi o opinię radcy prawnego Krystiana Szulca oraz przedstawiony w tej opinii pogląd, że program „Dbam o zdrowie” jest niezgodny z art. 86 i art. 87 ust.2 ustawy Prawo farmaceutyczne, ponieważ przepis ten jednoznacznie określa, jakie czynności mogą być wykonywane w aptece, natomiast czynności wykonywane w ramach programu „Dbam o zdrowie” wykraczają poza zakres wymienionych w tym przepisie czynności, uważam, że pogląd ten jest trudny do zaakceptowania. Autor opinii stoi na stanowisku, że ponieważ wyliczenie zawarte w art. 87. ust. 2 jest enumeratywne, to w aptece mogą być wykonywane jedynie następujące czynności: wydawanie produktów leczniczych i wyrobów medycznych określonych w odrębnych przepisach

- sporządzanie leków recepturowych,

- sporządzanie leków aptecznych,
- udzielanie informacji o produktach leczniczych i wyrobach medycznych.

Stanowisko takie wydaje się błędne, gdy weźmie się pod uwagę, że w art. 87 ust.2 pkt. 2 znajduje się odesłanie do czynności określonych w art. 86 ust. 1 i 2, a w art. 86 ust. 1 ustawy znajduje się zwrot „.....świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne.....”. Bezzspornym jest, że użycie w tym przepisie zwrotu „w szczególności” świadczy jedynie o przykładowym wyliczeniu przez ustawodawcę usług farmaceutycznych wykonywanych w aptece. Twierdzenie, że art. 87 ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne zawiera enumeratywne wyliczenie, skoro przepis ten odsyła do przepisu zawierającego jedynie wyliczenie przykładowych czynności wykonywanych w aptece, jest nieuzasadnione.

Uważam, że uczestnictwo aptek w programie „Dbam o zdrowie” wbrew pogładowi wyrażonemu przez mgr Krystiana Szulca nie narusza przepisów art. 86 i 87 ustawy Prawo farmaceutyczne.

2. Jeżeli chodzi o opinię prawną z dnia 23.12.2002 r. sporządzoną dla Naczelnej Rady Aptekarskiej przez adwokata dr Edwarda Jędrzejewskiego a zajmującą się problematyką działalność Polskiej Grupy Farmaceutycznej oraz aptekarzy uczestniczących w programie „Dbam o zdrowie” nosi cechy reklamy w rozumieniu art. 52 ustawy Prawo farmaceutyczne, należy podnieść co następuje:

Ustawa Prawo farmaceutyczne zajmuje się jedynie regulacją reklamy produktów leczniczych i ustalone tam wymogi dotyczące reklamy dotyczą jedynie tych produktów, a nie reklamy wyrobów medycznych.

Ulotka dotycząca zasad uczestnictwa pacjentów w programie „Dbam o zdrowie” w części dotyczącej celu programu i uczestnictwa w programie posługuje się nieznanymi ustawie Prawo farmaceutyczne pojęciami: „produkty ochrony zdrowia” oraz „preparaty ochrony zdrowia”, których to pojęć w tym programie nie definiuje. Wydaje się jednak oczywistym, że do tychże produktów należą także produkty lecznicze.

Dr Edward Jędrzejewski stoi na stanowisku, że celem programu jest „okazanie pomocy aptekom w wypełnianiu przez nie ustawowego obowiązku udzielania informacji o produktach leczniczych i wyrobach medycznych”. Ponadto uważa on, że nie sposób uznać, że Polska Grupa Farmaceutyczna wysyłając uczestnikom programu ulotki informacyjne, uprawia reklamę w rozumieniu art. 52 prawa farmaceutycznego, ponieważ jego zdaniem w programie „Dbam o zdrowie” zachęcanie do stosowania produktu leczniczego nie występuje, a w każdym razie nie jest oczywiste. Autor uważa, że byłoby trudne udowodnienie, że Polska Grupa Farmaceutyczna podjęła całą tę działalność mając na celu „zwiększenie” zapotrzebowania na leki. Dochodzi do wniosku, że udział PGF w realizacji programu nie wyczerpuje znamion typowych przypadków reklamy wymienionych w art. 52 ust. 2 prawa farmaceutycznego, a przesyłana zainteresowanym ulotka informacyjna, jeśli wyłącznie obejmuje dane o produkcie leczniczym określone w art. 11 ust. 1 ustawy Prawa farmaceutycznego może być uznana za typową informację o leku, a zatem nie będzie reklamą (art. 52 ust 3 pkt 5 ustawy Prawo farmaceutyczne).

Nie sposób zgodzić się z zawartym w opinii twierdzeniem, że w programie „Dbam o zdrowie” nie występuje konieczna do uznania za reklamę działalność polegająca na zachęcaniu do stosowania produktu leczniczego, mająca na celu zwiększenie liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych. Autor opinii omija zupełnie fakt, że Polska Grupa Farmaceutyczna to hurtownia farmaceutyczna prowadząca działalność polegającą na zaopatrywaniu aptek w produkty lecznicze i wyroby medyczne. Jest oczywistym, że Polska Grupa Farmaceutyczna jest zainteresowana jest zwiększeniem sprzedaży, tj. zwiększeniem ilości zamawianych u niej i należących do niej hurtowniach oraz uczestniczących w programie aptekach produktów leczniczych i wyrobów medycznych. Autor w swojej opinii pomija w szczególności treść słów znajdujących się na wstępie Umowy o współpracy, określającej zasady udziału apteki w programie „Dbam o zdrowie”, z których jednoznacznie wynika, że zarówno Polska Grupa Farmaceutyczna jak i podpisująca umowę apteka liczą na osiągnięcie wspólnych korzyści ze współpracy, podstawą których będzie uczestnictwo apteki w programie „Dbam o zdrowie”.

Potwierdza to także fakt, że zgodnie z pkt. 3⁷ Zasad uczestnictwa w programie „Dbam o zdrowie” warunkiem otrzymania upominku jest dokonanie 7, 12, 26 lub 52 razy w ciągu 12 miesięcy od wystawienia karty uczestnika i za każdym razem zrobienie zakupów (zapłacenie gotówką) na kwotę powyżej 39 zł. Tym samym wartość dokonanego przez pacjenta zakupu ma bardzo istotne znaczenie dla otrzymania kuponu. Należy pamiętać, że im więcej zakupów w aptece w ramach programu „Dbam o zdrowie” tym większa sprzedaż PGF i należących do niej hurtowni. Ponadto z zasad współpracy wynika, że apteka jest zobowiązana nie dopuścić do tego, aby korzyść z programu „Dbam o zdrowie” odniósł inny hurtownik. Wynika z tego, że tak szumnie głoszona realizacja ustawowego obowiązku informowania pacjentów – uczestników programu „Dbam o zdrowie” o produktach leczniczych nie będzie miała miejsca w przypadku znajdowania się ich w posiadaniu innego hurtownika. Autor opinii pomija także brzmienie § 5 ust. 2 umowy o współpracy apteki z PGF, z którego wynika, że apteka zobowiązuje się do dokonywania zakupów towarów handlowych w spółkach hurtowych grupy PGF o wartości nie niższej niż 80 % wartości zakupów netto dokonywanych przez aptekę w każdym miesiącu obowiązywania umowy, a ponadto apteka zobowiązuje się do posiadania na stanie wszystkich produktów, o których informacje zamieszczone będą w druku informacyjnym opisanym w regulaminie. Pogląd autora opinii, że Polska Grupa Farmaceutyczna jako hurtownia farmaceutyczna, realizując program „Dbam o zdrowie” nie zachęca do stosowania produktu leczniczego, aby zwiększyć swoją dostarczanie lub sprzedaż produktów leczniczych, lecz okazuje jedynie pomoc aptekom w wypełnianiu ich ustawowego obowiązku informacji jest nieprzekonywujące i sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego. Autor pomija także treść § 7 ust. 1, stanowiącego swoistego rodzaju sankcję dla apteki wycofującej się z programu, a z której wynika, że jeżeli apteka zaprzestanie współpracy z Polską Grupą Farmaceutyczną oprócz niezwłocznego rozliczenia się, co jest logiczne i zrozumiałe, będzie zobowiązana do informowania pacjenta o fakcie wycofania się z programu i wskazania najbliższej apteki, gdzie dalej może wykonywać swoje prawa wynikające z uczestnictwa w programie „Dbam o zdrowie”, co w praktyce ma stanowić dla apteki pewną dolegliwość, polegającą na tym, że pacjent pomimo, iż apteka posiadać będzie interesujące go produkty lecznicze, dokona zakupów w innej aptece.

Tym samym, wbrew stanowisku dr Edwarda Jędrzejewskiego uważam, że program „Dbam o zdrowie” stanowi działalność polegającą na informowaniu i zachęcaniu do stosowania produktu leczniczego mająca na celu, co najmniej zwiększenie dostarczania, bądź jego sprzedaży, a tym samym działania Polskiej Grupy Farmaceutycznej w tym programie są reklamą w rozumieniu art. 52 ustawy Prawo farmaceutyczne.

W związku z powyższym powstaje pytanie, czy realizacja programu „Dbam o zdrowie” narusza przepis art. 52 ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne, który stanowi, że „Reklama nie może polegać na oferowaniu lub obiecywaniu jakichkolwiek korzyści w sposób pośredni lub bezpośredni w zamian za dostarczanie dowodów, że doszło do nabycia produktu leczniczego”.

Brzmienie tego przepisu jest jasne i nie budzi jakichkolwiek wątpliwości i powoduje, że należy stwierdzić jednoznacznie, że program „Dbam o zdrowie” uzależnia otrzymanie upominku od przedłożenia dowodu (kuponu) potwierdzającego dokonanie w aptece biorącej udział w programie zakupu za co najmniej 39 zł.

W opinii adwokata dr Edwarda Jędrzejewskiego wyrażony został także pogląd, że aptece uczestniczącej w programie nie można przypisać uprawiania reklamy. To bowiem nie apteka wysyła pacjentom ulotki informacyjne, a działania apteki w ogóle nie mieszczą się w dyspozycji art. 52 ust 1 i 2 ustawy Prawo farmaceutyczne. Stoi na stanowisku, że zarzut uprawiania przez farmaceutów uczestniczących w programie „Dbaj o zdrowie” niedozwolonej reklamy produktów leczniczych jest całkowicie chybiony. Z treści opinii wynika, że również inne przesłanki, które przemawiają za tym, że działalność PGF aptekarzy uczestniczących w programie nie nosi cech reklamy w rozumieniu art. 52 podając, że np. PGF przesyła informacje uczestnikowi programu o tych produktach ochrony zdrowia ogólnie dostępnych na rynku, które wskaże uczestnik co powoduje, że inicjatywa należy do uczestnika, a nie do informującego; ponadto PGF przesyła zainteresowanym uczestnikom informacje o danej grupie produktów ochrony zdrowia, a w tej informacji nie jest zawarta zachęta

aby te produkty kupować wyłącznie od PGF-u⁹. Tymczasem pojęcie reklamy zakłada zachęcanie przyszłych, bliżej nieokreślonych zazwyczaj anonimowych nabywców do kupowania konkretnego produktu od tego a nie innego podmiotu gospodarczego. Autor opinii dochodzi do wniosku, że program „Dbam o zdrowie” nie narusza przepisów o reklamie zawartych w prawie farmaceutycznym z tego względu, że działania zarówno Polskiej Grupy Farmaceutycznej jako organizatora programu jak i uczestniczących w nim aptek nie wyczerpują istoty reklamy produktu leczniczego określonej w art. 52 prawa farmaceutycznego.

Także z tymi poglądami nie sposób się zgodzić. W pierwszej kolejności należy podnieść, że z aktualnej wersji zasad uczestnictwa w programie „Dbam o zdrowie” brak zapisu, że PGF wysyła uczestnikowi informacje o tych produktach ochrony zdrowia, które wskaże uczestnik. Trudno zgodzić się także z poglądem, że reklama to zachęcanie do dokonywania zakupów tylko anonimowych osób, a nie osób już znanych, np. uczestników programu „Dbam o zdrowie”. Ponadto, jak podniesiono już wyżej, apteka przystępując do programu „Dbam o zdrowie” podobnie jak Polska Grupa Farmaceutyczna oczekuje pewnych korzyści związanych z jej uczestnictwem w programie i podobnie jak PGF oczekuje wzrostu sprzedaży, między innymi, posiadanych przez nią produktów leczniczych.


Joachim Rassek
Adwokat