PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W POZNANIU
ul. Zielona 8, 61-851 Poznań
Tel. (0-61) 852-15-17, 852-77-50, Fax (0-61) 851-86-44
E-mail: poznan@uokik.gov.pl

Poznań, dnia 15 grudnia 2005 r.

RPZ – 410/2/05/BL/

DECYZJA Nr RPZ 36/2005

1. Na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst pierwotny: Dz. U. 2000 r. Nr 122, poz. 1319; zmiany: Dz. U. 2001, Nr 110, poz. 1189; Dz. U. 2001 r. Nr 154, poz. 1800; tekst jednolity - Dz. U. 2003 r. Nr 86, poz. 804; Dz. U. 2003 r. Nr 60, poz. 535; Dz. U. 2003 r. Nr 170, poz. 1652; Dz. U. 2004 r. Nr 93, poz. 891; Dz. U. 2004 r. Nr 96, poz. 959; Dz. U. z 2005 r. Nr 163, poz. 1362 i Nr 184, poz. 1539) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 ww. ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 roku w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. 2002 r. Nr 18 poz. 172; Dz. U. 2003 r. Nr 6, poz. 68), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu,

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się działanie Wielkopolskiej Okręgowej Izby Aptekarskiej w Poznaniu ***za praktykę ograniczającą konkurencję,*** określoną w art. 5 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, poprzez zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję w drodze:

- podjęcia w dniu 28 czerwca 2005 roku uchwały Rady Izby nr 13/05 „w sprawie niedozwolonej reklamy produktów leczniczych", zobowiązującej członków Izby pełniących funkcje kierowników aptek ogólnodostępnych „(…) do przestrzegania przepisów dotyczących reklamy produktów leczniczych i wystrzegania się niedozwolonych praktyk" wskazując w §1 pkt b wspomnianej uchwały, że niedozwoloną praktyką jest w szczególności: "oferowanie w obrocie aptecznym produktów leczniczych i preparatów diagnostycznych z listy leków podstawowych oraz z listy leków wydawanych na niektóre choroby przewlekłe, za odpłatnością ryczałtową, za cenę niższą niż ustalony ryczałt", co jest równoznaczne z pośrednim ustaleniem cen na te produkty

i nakazuje jej zaniechania.

2. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 101 ust. 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst pierwotny: Dz. U. 2000 r. Nr 122 poz. 1319; zmiany: Dz. U. 2001, Nr 110, poz. 1189; Dz. U. 2001 r. Nr 154, poz. 1800; tekst jednolity - Dz. U. 2003 r. Nr 86, poz. 804; Dz. U. 2003 r. Nr 60, poz. 535; Dz. U. 2003 r. Nr 170, poz. 1652; Dz. U. 2004 r. Nr 93, poz. 891; Dz. U. 2004 r. nr 96, poz. 959; Dz. U. z 2005 r. Nr 163, poz. 1362 i Nr 184, poz. 1539) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 ww. ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 roku w sprawie określenia

właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. 2002 r. Nr 18 poz. 172; Dz. U. 2003 r. Nr 6, poz. 68)

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

w związku ze stwierdzeniem praktyki określonej w pkt. 1 sentencji decyzji nakłada się na Wielkopolską Okręgową Izbę Aptekarską w Poznaniu, karę pieniężną w wysokości 25.000,00 złotych (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy), płatną do budżetu państwa.

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

W dniu 19 lipca 2005 roku w związku z pojawiającymi się doniesieniami prasowymi wszczęto z urzędu postępowanie wyjaśniające (sygn. RPZ 400/24/05/BT), którego celem było wstępne ustalenie czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego. Postępowaniem objęto Wielkopolską Okręgową Izbę Aptekarską w Poznaniu (zwaną dalej także: Wielkopolską Izbą lub Izbą), której organ - Rada Izba w dniu 28 czerwca 2005 roku podjął uchwałę nr 13 /2005 „w sprawie niedozwolonej reklamy produktów leczniczych". Uchwała ta zobowiązywała członków Izby, pełniących funkcje kierowników aptek ogólnodostępnych, do „ *(...) przestrzegania przepisów dotyczących reklamy produktów leczniczych i wystrzegania się niedozwolonych praktyk*", za które, w myśl §1 pkt b powyższej uchwały, uznano w szczególności *„ oferowanie w obrocie aptecznym produktów leczniczych i preparatów diagnostycznych z listy leków wydawanych na niektóre choroby przewlekłe za opłatnością ryczałtową za cenę niższa niż ustalony ryczałt"*, określając, w §1 pkt 2 niniejszej uchwały, tą praktykę jako niedozwoloną reklamę produktu leczniczego, której stosowanie stanowi podstawę wszczęcia wobec osób ją stosujących postępowania w sprawie odpowiedzialności zawodowej

W związku z prowadzonym postępowaniem wyjaśniającym Izba została wezwana do dostarczenia dokumentów, w tym ww. uchwały.

W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu Izba przesłała żądane dokumenty, zastrzegając jednak, że w myśl przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie jest podmiotem zobowiązanym do udzielenia informacji oraz dostarczenia dokumentów w trybie art. 45 ust.1 ww. ustawy, ponieważ nie jest przedsiębiorcą, ani też związkiem przedsiębiorców.

Izba podała także, że w okresie od 1 stycznia 2004 roku, oprócz uchwały z 28 czerwca 2005 roku Nr 13/05 nie podejmowała żadnych innych uchwał w sprawie niedozwolonej reklamy produktów leczniczych. Ponadto Izba poinformowała, iż w okresie od 1 stycznia 2004 r. do chwili obecnej, Rzecznik Odpowiedzialności Zawodowej prowadził cztery postępowania dotyczącej niedozwolonej reklamy produktów, z których żadne z nie dotyczyło sprzedaży produktu leczniczego po cenie niższej niż opłata ryczałtowa ustalona przez Ministra Zdrowia. Z przesłanych przez Izbę dokumentów wynika także, że dnia 30 kwietnia 2005 roku stanowisko w sprawie nieuczciwej konkurencji przyjęła również Naczelna Izba Aptekarska. Wyjaśniono w nim m.in., że czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż po zaniżonej cenie lub bezpłatne rozdawanie towarów w celu wyeliminowania z rynków innych przedsiębiorców. Naczelna Rada Aptekarska zaleciła przestrzeganie zasad dotyczących

konkurencji na rynku dystrybucji leków oraz zasad spisanych w Kodeksie Etyki Aptekarza podkreślając, że w uzasadnionych przypadkach aptekarz zobowiązany będzie do złożenia stosownych wyjaśnień przed Rzecznikiem Odpowiedzialności Zawodowej i Sądem Aptekarskim. Stanowisko Naczelnej Rady Aptekarskiej nie miało jednak charakteru bezwzględnie obowiązującego, a stanowiło jedynie prośbę do członków samorządu aptekarzy.

Dnia 15 kwietnia 2005 roku II Sprawozdawczy Zjazd IV kadencji Wielkopolskiej Okręgowej Rady Aptekarskiej w Poznaniu, na postawie art. 27 pkt 1 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 roku o izbach aptekarskich (Dz.U. z 2003 Nr 9, poz.108), podjął uchwałę w sprawie cen urzędowych za produkty lecznicze. W myśl tej uchwały, Zjazd zobligował Naczelną Izbę Aptekarską do wystąpienia z wnioskiem o podjęcie działań mających na celu nowelizację ustawy o cenach polegającą na tym, że podstawą do ustalania cen urzędowych winny być marże procentowe, a nie kwotowe, zaś same ceny winny mieć charakter cen sztywnych, a nie jak do tej pory cen maksymalnych.

Dnia 28 czerwca 2005 roku Wielkopolska Okręgowa Rada Aptekarska na postawie art.27 pkt 1 w związku z art. 64 ust. 2 ustawy o izbach aptekarskich , podjęła uchwałę „w sprawie niedozwolonej reklamy produktów leczniczych". W § 1 pkt 1 tej uchwały Rada przypomniała, iż *„powinnością farmaceutów pełniących funkcję kierowników aptek ogólnodostępnych jest przestrzeganie przepisów dotyczących reklamy produktów leczniczych i wystrzegania się niedozwolonych praktyk"*. Takimi niedozwolonymi praktykami są w szczególności:

- *„umieszczanie w widocznym miejscu plakatów, kolportowanie ulotek, zamieszczanie informacji w mediach elektronicznych i w środkach masowego przekazu, zawierających w swej treści dane o nazwach handlowych, dawkach, postaci farmaceutycznej oraz o cenach leków wydawanych na podstawie recepty lekarskiej, leków refundowanych oraz leków zawierających w swym składzie substancję psychotropową, co stanowi naruszenie art. 57 ust. 1 p. 1 – 3 ustawy – prawo farmaceutyczne oraz art. 45 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii"* (§ 1 pkt 1 a uchwały),
- *„oferowanie w obrocie aptecznym produktów leczniczych i preparatów diagnostycznych z listy leków podstawowych oraz listy leków wydawanych na niektóre choroby przewlekłe za odpłatnością ryczałtową, za cenę niższą niż ustalony ryczałt, co jest sprzeczne z art. 36 pkt 1 o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych"* (§ 1 pkt 1 b uchwały).

W § 2 pkt 2 uchwały wskazano, iż *„praktyki określone w pkt 1 stanowią niedozwolona reklamę produktu leczniczego. Praktyki takie są sprzeczne ze stanowiskiem Naczelnej Rady Aptekarskiej z dnia 30 marca 2005 r. w sprawie nieuczciwej konkurencji oraz art. 32 i 33 Kodeksu etyki Aptekarza R.P."* W punkcie 3 natomiast znalazło się stwierdzenie, iż *„stosowanie przez kierowników aptek niedozwolonych form reklamy stanowi podstawę do wszczęcia wobec nich postępowania z zakresu odpowiedzialności zawodowej."* Z kolei w § 2 uchwały postanowiono, iż *„po dniu 31 lipca 2005 r. Prezydium Wielkopolskiej Okręgowej Rady Aptekarskiej podejmie postępowanie wobec kierowników aptek, o których mowa w a 1 pkt 3, celem ustalenia, czy dają oni rękojmię należytego kierowania apteką"*. Uchwała weszła w życie z dniem 8 lipca 2005 r.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie zgromadzonych dowodów, uznał, że wyżej wymieniona uchwała może stanowić zakazane porozumienie, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W związku

z powyższym w dniu 2 września 2005 roku zostało wszczęte z urzędu postępowanie antymonopolowe przeciwko Wielkopolskiej Okręgowej Izbie Aptekarskiej.

Wszystkie dokumenty uzyskane przez Prezesa Urzędu w postępowaniu wyjaśniającym (sygn. akt RPZ -400/24/05 BT), postanowieniem z dnia 28 września 2005 roku, zaliczone zostały w poczet dowodów w postępowaniu antymonopolowym, o czym zawiadomiono stronę.

W odpowiedzi, na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego Izba po raz kolejny podkreśliła, że nie jest przedsiębiorcą, ani też związkiem przedsiębiorców argumentując, że tylko część z jej członków prowadzi własną działalność gospodarczą, a znaczna część kierowników aptek to osoby będące wyłącznie pracownikami. Izba zarzuciła Prezesowi Urzędu niewłaściwe rozumienie pojęcia „interesu publicznego" twierdząc, że to nie treść uchwały podjętej przez Wielkopolską Radę Aptekarską, a wydawanie ww. leków za odpłatnością niższą niż opłata ryczałtowa jest ewidentnie sprzeczne z tym interesem. Izba ponadto poinformowała, że, że celem uchwały nr 13/05 nie było wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji, a jedynie dążenie do zdyscyplinowania członków samorządu aptekarskiego.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił, co następuje :

Samorząd zawodowy lekarzy aptekarzy został utworzony na podstawie ustawy z dnia z dnia 19 kwietnia 1991 roku *o izbach aptekarskich* (tekst jednolity – Dz. U. 2003, Nr 9, poz. 108 ze zm.), która określa zasady jego działalności oraz zadania. W wykonywaniu swoich zadań samorząd jest niezależny i podlega tylko przepisom ustawy – art. 1 ust. 2 ww. ustawy. Do zadań samorządu aptekarskiego, zgodnie z art. 7 ust. 1 ww. ustawy, należy między innymi: reprezentowanie zawodu aptekarza i obrona jego interesów, troska o zachowania godności i niezależności zawodu, kodyfikowanie, krzewienie i strzeżenie zasad etyki i deontologii zawodowej, sprawowanie pieczy i nadzoru nad wykonywaniem zawodu. Zadania powyższe samorząd wykonuje między innymi przez: przyznawanie, pozbawianie, zawieszanie oraz stwierdzanie utraty prawa wykonywania zawodu aptekarza, prowadzenie rejestru członków izby, sprawowanie sądownictwa aptekarskiego w zakresie odpowiedzialności zawodowej aptekarzy oraz sądownictwa polubownego (art. 32 ustawy)

Wielkopolska Okręgowa Izba Aptekarska w Poznaniu, zgodnie z art. 1 ust. 3 ww. ustawy, obok Naczelnej Izby Aptekarskiej oraz innych okręgowych izb aptekarskich jest jednostką organizacyjną samorządu, posiadającą osobowość prawną. Zgodnie z §1 ust. XIV uchwały Naczelnej Rady Aptekarskiej w Warszawie nr II/35/99 obszar działania Izby obejmuje województwo wielkopolskie z wyłączeniem terenu dawnego województwa kaliskiego. Okręgową izbę aptekarską – stanowią farmaceuci (aptekarze) wpisani do rejestru jej członków – art. 15 ww. ustawy. Z kolei, zgodnie z art. 15 ust. 2 ww. ustawy, każdy aptekarz, posiadający prawo wykonywania zawodu, przed podjęciem wykonywania zawodu na terenie okręgowej izby aptekarskiej obowiązany jest uzyskać wpis do rejestru członków tej izby. Prawo wykonywania zawodu aptekarza, osobie, która spełnia przesłanki określone w art. 2 ww. ustawy, przyznaje okręgowa rada aptekarska, która jest jednym z organów okręgowej izby. Liczba członków Izby, według stanu na dzień 2 sierpnia 2005 roku, wynosiła 1835 farmaceutów.

Pozostałymi organami izby aptekarskiej są

1) okręgowy zjazd lekarzy aptekarzy ,

2) okręgowa komisja rewizyjna,
3) okręgowy sąd aptekarski,
4) okręgowy rzecznik odpowiedzialności zawodowej.

Farmaceuta, zgodnie z art. 21 ustawy o izbach aptekarskich, jest obowiązany przestrzegać zasad etyki i deontologii zawodowej, godnie i sumiennie wykonywać swoje obowiązki zawodowe oraz zachowywać w tajemnicy wiadomości dotyczące zdrowia pacjenta, uzyskane w związku wykonywaniem zawodu. Członkowie samorządu podlegają odpowiedzialności zawodowej przed sądami aptekarskimi za postępowanie sprzeczne z zasadami etyki i deontologii zawodowej oraz za naruszenie przepisów o wykonywaniu zawodu aptekarza. Sprawy odpowiedzialności zawodowej farmaceutów rozpatrują okręgowe sądy aptekarskie i Naczelny Sąd Aptekarski. Sankcje za postępowanie sprzeczne z zasadami etyki i deontologii aptekarskiej oraz za naruszenie przepisów o wykonywaniu zawodu aptekarza określa przepis art. 46 ust. 1 ww. ustawy. Sąd aptekarski może więc orzec karę:

- upomnienia,
- nagany,
- zawieszenia prawa wykonywania zawodu aptekarza na okres od trzech miesięcy do trzech lat,
- pozbawienia prawa wykonywania zawodu.

Bezpośrednim adresatem uchwały z 28.06.2005 r. są kierownicy aptek ogólnodostępnych. W świetle art. 88 ust. 1 i 2 prawa farmaceutycznego, jest to obligatoryjne stanowisko w każdej aptece ogólnodostępnej, zastrzeżone wyłącznie dla farmaceuty spełniającego wymogi wskazane w ustawie, który odpowiada za prowadzenie apteki.

Od strony przedmiotowej kwestionowana uchwała obejmuje produkty lecznicze i preparaty diagnostyczne z listy leków podstawowych oraz listy leków wydawanych na niektóre choroby przewlekłe za odpłatnością ryczałtową. Odwołuje się zatem do klasyfikacji leków dokonanej w ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U Nr 210 z 2004 r., poz. 2135 z późn.zm.). Ustawa ta w art. 36 ust. 1 zakłada podział leków na podstawowe, recepturalne oraz uzupełniające, które wydawane są świadczeniobiorcy na podstawie recepty, za odpłatnością ryczałtową (leki podstawowe i recepturowe) lub w wysokości 30 % albo 50 % ceny (leki uzupełniające). Lekiem podstawowym, w świetle art. 5 pkt 10 ustawy, jest produkt leczniczy ratujący życie lub niezbędny w terapii dla przywracania lub poprawy zdrowia, spełniający warunki bezpieczeństwa, skuteczności i efektywności kosztowej. Natomiast lekiem wydawanym z listy leków wydawanych na niektóre choroby przewlekłe jest produkt leczniczy wydany ze względu na choroby, o których mowa w § 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 17.12. 2004 roku w sprawie wykazu chorób oraz wykazu leków i wyrobów medycznych, które ze względu na te choroby są przepisywane bezpłatnie, za opłatą ryczałtową lub za częściową odpłatnością (Dz.U. Nr 275 z 2004 r., poz. 2730 z późn. zm.). Do chorób na które przepisuje się wymienione leki należą miedzy innymi: rak prostaty, rak sutka, padaczka, choroba Alzheimera, stwardnienie rozsiane, cukrzyca, gruźlica.

Minister Zdrowia w rozporządzeniu z dnia 17 grudnia 2004 roku w sprawie wykazu leków, które mogą być traktowane jako surowce farmaceutyczne, wysokości opłaty ryczałtowej za leki podstawowe i recepturowe, ilości leku recepturowego, którego dotyczy opłata ryczałtowa, oraz sposobu obliczania kosztu sporządzania leku recepturowego (Dz.U. Nr 274 z 2004 r., poz. 2726) ustalił w § 2 opłatę ryczałtową za lek podstawowy w wysokości 3,20 zł , a za lek recepturowy w wysokości 5 zł.

Kwestie charakteru cen za leki objętych wykazem leków podstawowych i uzupełniających oraz wykazem leków i wyrobów medycznych przepisywanych bezpłatnie, za opłatą ryczałtową lub częściową odpłatnością w związku z chorobami zakaźnymi lub psychicznymi, upośledzeniem umysłowym oraz niektórymi chorobami przewlekłymi, wrodzonymi lub nabytymi ustala ustawa z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (Dz.U. Nr 97 z 2001 r., poz. 1050 z późn.zm.). W myśl art. 5 ust.1 tej ustawy, na wyżej wymienione produkty obowiązuje cena urzędowa. Zgodnie z art. 9 ustawy o cenach, ceny urzędowe i marże handlowe urzędowe mają charakter cen i marż handlowych maksymalnych, chyba, że organ administracji publicznej, w przepisach wydanych na podstawie ustawy, ustali inaczej.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

Okoliczności faktyczne niniejszej sprawy są bezsporne. Kwestionowana jest natomiast ocena tych faktów, która doprowadziła Prezesa Urzędu do wniosku, iż Izba stosuje praktyki ograniczająca konkurencję określone w art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów.

Szeroka definicja porozumienia w art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pozwala na objęcie zakazami wynikającymi z przepisu art. 5 ww. ustawy wszelkich form skoordynowanych działań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców lub ich związków, wywołujących negatywne skutki rynkowe w postaci ograniczenia bądź wyeliminowania konkurencji. Uchwały i inne akty związków przedsiębiorców są jedną z tych form zachowań, wskazaną w art. 4 pkt 4 c ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która może być kwalifikowana jako porozumienie ograniczające konkurencję.

Wbrew temu co podnosi Izba w swoim stanowisku, zarówno doktryna, jak i orzecznictwo jednolicie uznają za związki przedsiębiorców organizacje samorządu zawodowego powołane na podstawie odrębnych przepisów. Bez znaczenia jest przy tym fakt, czy związek zrzesza również inne osoby niebędące przedsiębiorcami w rozumieniu przepisu art. 4 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów.* Dla uznania organizacji za zawiązek przedsiębiorców, wystarczające jest bowiem, aby jej członkami, obok innych osób, byli również przedsiębiorcy (por.: wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 19.11.1992 roku, XVII Amr 24/92, Orzecznictwo Gospodarcze 1993, z. 1, poz. 7 oraz E. Modzelewska – Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów komentarz, „Twigger" Warszawa 2002, s. 38 – 39). Zmiana stanu prawnego, związana z uchyleniem ustawy z 24.02.1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (tekst jedn.: Dz.U. Nr 52 z 1999 r., poz. 547 z późn.zm.) tego poglądu nie może zmienić, tym bardziej, że definicja przedsiębiorcy w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów jest nawet szersza, aniżeli w ustawie z 1990 roku.

Niewątpliwie farmaceuci, posiadający prawo wykonywania zawodu, wpisani na listę członków Izby są przedsiębiorcami w rozumieniu przepisu art. 4 pkt 1 lit. b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem przedsiębiorcą jest osoba fizyczna wykonująca zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu. Co więcej, część członków Izby jest także przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku *o swobodzie działalności gospodarczej* (Dz. U. 2004 Nr 173, poz. 1807). Wykonują oni bowiem działalność

gospodarczą w rozumieniu przepisu art. 2 ww. ustawy. Zgodnie z tym przepisem, działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Także na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego tzn. na gruncie ustawy z dnia 19 listopada 1998 roku – Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.) aptekarze uznawani byli za przedsiębiorców i prowadzili działalność gospodarczą na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej lub Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (dotyczy m.in. spółek partnerskich). W związku z powyższym Wielkopolska Izba Aptekarska w Poznaniu, jako samorząd zawodowy, do którego przynależność jest obligatoryjna, musi być uznana za związek przedsiębiorców, w rozumieniu art. 4 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Obszar działania Wielkopolskiej Okręgowej Izby Aptekarskiej ustalony przez Naczelna Radę Aptekarską na podstawie art. 2 ust. 2 ustawy o izbach aptekarskich przesądza jednocześnie o zasięgu właściwego w sprawie rynku geograficznego, który obejmuje teren województwa wielkopolskiego z wyłączeniem obszaru dawnego województwa kaliskiego. Rynek produktowy natomiast stanowi obrót detaliczny produktami leczniczymi, zdefiniowanymi w art. 2 pkt 32 prawa farmaceutycznego i obejmującymi leki: gotowe, recepturowe oraz apteczne. Obrót ten, określony w art. 87 ust. 2 pkt 1 prawa farmaceutycznego jako zaopatrywanie ludności w produkty lecznicze, stanowi część usług farmaceutycznych które, co do zasady, świadczą wyłącznie apteki ogólnodostępne. Prócz zaopatrywania ludności w produkty lecznicze, usługi farmaceutyczne, w świetle art. 86 ust. 2 prawa farmaceutycznego, obejmują m.in. sporządzanie leków recepturowych i aptecznych oraz udzielanie informacji o produktach leczniczych i wyrobach medycznych. Niemniej jednak za ograniczeniem rynku produktowego do obrotu detalicznego produktami leczniczymi przemawia fakt, iż jest to najistotniejszą, główna część działalności aptek ogólnodostępnych. Pozostałe bowiem usługi mają względem tej działalności charakter pomocniczy i uzupełniający, zaś niektóre z nich, jak np. udzielanie informacji o produktach leczniczych mogą być świadczone przez inne podmioty (lekarzy). Ponadto uchwała Izby w zakresie, w jakim kwestionowana jest w niniejszym postępowaniu jednoznacznie odnosi się do działalności handlowej ww. aptek.

Do uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w art. 5 ust.1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wystarczające jest wykazanie, że porozumienie stawia sobie za cel ograniczenie konkurencji na ustalonym rynku właściwym.

W ocenie Prezesa Urzędu, cel ten, w okolicznościach niniejszej sprawy, jest oczywisty. Istotą bowiem kwestionowanej części uchwały z 28.06.2005 r. jest zobowiązanie kierowników aptek ogólnodostępnych, pod rygorem odpowiedzialności dyscyplinarnej, do zapewnienia sprzedaży wskazanych tam leków wyłącznie za cenę ustalonego ryczałtu. Nie ma zatem wątpliwości, że Rada Izby dąży do tego, aby pozbawić wszystkie apteki ogólnodostępne możliwości oferowania niektórych leków poniżej ustalonej kwoty ryczałtu. Skoro w świetle art. 9 ustawy o cenach, ceny ryczałtowe leków mają charakter cen maksymalnych, a tym samym dozwolona jest ich sprzedaż za cenę niższą, działania zmierzające do nadania tym cenom charakteru cen sztywnych muszą być traktowane jako działania zmierzające do ograniczenia konkurencji na rynku detalicznego obrotu produktami leczniczymi i wyrobami medycznymi.

Za zakazane porozumienie cenowe uznawane są wszelkiego rodzaju uzgodnienia cenowe, zarówno dotyczące konkretnego poziomu cen zakupu lub sprzedaży, jak również cen minimalnych, maksymalnych, kierunkowych, a nawet cen rekomendowanych, jeżeli stwarzają pewność co do polityki cenowej konkurentów (E. Modzelewska – Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów komentarz, „Twigger" Warszawa 2002, s. 71). Bezsprzecznie, w katalogu zakazanych uzgodnień cenowych należy umieścić również ustalenie dla określonej kategorii leków cen sztywnych w sytuacji gdy obowiązujące przepisy nadają tym cenom charakter cen maksymalnych. Wymaga przy tym podkreślenia, iż te same przepisy nie przyznają samorządowi aptekarskiemu żadnych uprawnień w zakresie kształtowania cen leków. Takie uprawnienia, na podstawie ustawy o cenach, mają wyłącznie wskazane tam organy administracji publicznej, w tym wypadku Minister Zdrowia i Izba tych organów zastępować nie może. Na podstawie uchwały II Zjazdu IV Kadencji Izby z dnia 15.04.2005 r. można zresztą wnosić, iż Izba miała tego pełną świadomość, skoro wzywała Naczelną Izbę Aptekarską do podjęcia działań mających na celu nowelizację ustawy o cenach i nadanie cenom urzędowym charakteru cen sztywnych. Przekraczając swoje uprawnienia i wykorzystując zarazem fakt, iż członkowie Izby mają obowiązek przestrzegania zasad etyki i deontologii zawodowej, a Izba dysponuje narzędziami, które mogą to zapewnić, podjęła jednak uchwałę, której realizacja doprowadzi do oczywistego skutku w postaci ograniczenia konkurencji pomiędzy aptekami ogólnodostępnymi.

Stawiana przez Izbę teza, iż jej działanie ma na celu ochronę interesu publicznego, rozumianego jako przeciwdziałanie wzrostowi wydatków na refundację leków, będącego konsekwencją zwiększonej sprzedaży leków za cenę niższą niż ustalony ryczałt, nie zasługuje na uwzględnienie. Trudno bowiem dopatrzyć się związku przyczynowego pomiędzy obniżaniem cen na leki objęte odpłatnością ryczałtową przez niektóre apteki, a ogólnym zwiększeniem sprzedaży tych leków zważywszy, że zgodnie z art. 36 ust. 1 i art. 37 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, odpłatnością ryczałtową objęte są wyłącznie leki wydawane na podstawie recepty. Oznacza to, iż lekarze, a nie pacjenci decydują, które leki i w jakiej ilości są nabywane i w ostatecznym rachunku, jaki jest ogólny poziom refundacji ze środków publicznych.

Utożsamianie praktyki polegającej na sprzedaży leków za cenę niższą niż ustalony ryczałt z niedozwoloną reklamą produktów leczniczych nie przesądza o legalności spornej uchwały. Jest to zresztą swego rodzaju nadużycie, nie mające uzasadnienia w przepisach ustawy prawo farmaceutyczne albowiem taka praktyka z całą pewnością nie mieści się w pojęciu reklamy produktu leczniczego, zdefiniowanego w art. 52 ust. 1 ustawy prawo farmaceutyczne, a tym samym nie znajduje się w katalogu zakazanych działań reklamowych określonych w art. 55 i nast. prawa farmaceutycznego. Takim samym nadużyciem jest odwoływanie się w spornej uchwale do naruszenia zasad etycznych. Co prawda trudno odmówić słuszności stwierdzeniu, iż lek nie jest „zwykłym" towarem handlowym (co zostało wyrażone w art. 33 ust. 2 pkt 7 Kodeksu Etyki Aptekarza RP), to jednak należy podkreślić, iż kształtowanie zasad etycznych wykonywania zawodu, jak i nadzór nad ich stosowaniem nie mogą naruszać porządku prawnego, w tym ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Piecza nad przestrzeganiem zasad etyki i deontologii zawodowej, nie może bowiem sprowadzać się do podejmowania działań, które wykraczają poza przyznane ustawowo kompetencje samorządu zawodowego, a zarazem wywołują lub mogą wywołać negatywne skutki w zakresie rozwoju konkurencji, która w obrocie detalicznym lekami nie jest przecież wyłączona. Leki, pomimo swojej specyfiki związanej z przeznaczeniem i miejscem dystrybucji dla ostatecznych użytkowników – konsumentów, jest towarem w rozumieniu art.

4 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zaś opłaty ryczałtowe pobierane za niektóre leki odpowiadają definicji ceny, określonej w art. 4 pkt 7 tej ustawy.

Powyższe sprawia jednocześnie, iż doszło do naruszenia interesu publicznego, uzasadniającego ingerencję Prezesa Urzędu w działania podejmowane przez Wielkopolską Izbę Aptekarską.

Celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co zostało wyrażone w jej art. 1 ust. 1 i 2, jest m.in. ochrona konkurencji jako zjawiska charakteryzującego funkcjonowanie gospodarki przed zachowaniami przedsiębiorców lub ich związków, które wolność konkurowania w sposób sprzeczny z prawem zakłócają. Prowadzić to musi do konstatacji, iż w interesie ogólnospołecznym (publicznym) jest, aby zapewniona została możliwość konkurowania wszędzie tam i w takim zakresie, w jakim ograniczeń nie stawia powszechnie obowiązujące prawo. Jeśli zatem w niniejszej sprawie zostało wykazane, iż mamy do czynienia z ograniczeniami dozwolonej konkurencji, będących skutkiem przekroczenia uprawnień przez organ samorządu zawodowego, to nie może być wątpliwości, iż doszło do naruszenia tak pojętego interesu publicznego.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w punkcie 1 sentencji.

Zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 101 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes UOKiK może nałożyć, w drodze decyzji, na związek przedsiębiorców karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli związek ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 5, w zakresie niewyłącznym na podstawie art. 6 i 7, lub naruszenia zakazu określonego w art. 8. W przedmiotowej sprawie nie mają zastosowania wyłączenia wynikające z przepisu art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, albowiem tych wyłączeń nie stosuje się w przypadku stosowania najcięższych ograniczeń konkurencji, w tym porozumień cenowych – art. 6 ust. 2 ww. ustawy. W przedmiotowej sprawie nie znajduje także zastosowania przepis art. 7 ww. ustawy.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość, nakładanych na przedsiębiorców kar. Norma prawna wynikająca z art. 104 ww. ustawy stanowi jedynie, iż przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. Jest rzeczą oczywistą, iż na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Ponadto w judykaturze wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć (wyrok Sądu Najwyższego z 27.06.2000 r., sygn.akt I CKN 793/98).

W roku rozliczeniowym 2004 Wielkopolska Okręgowa Izba Aptekarska osiągnęła przychód w wysokości 835.400,00 PLN (słownie: osiemset trzydzieści pięć tysięcy czterysta, 00/100 zł w stosunku do Izby kara mogła więc wynieść 83.540,00 PLN.

Ustalając wysokość kary Prezes Urzędu wziął pod uwagę fakt, że porozumienie zawarte przez Wielkopolską Izbę Aptekarską w Poznaniu, określone w art. 5 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, zaliczane jest do najcięższych naruszeń prawa konkurencji. Podejmując uchwałę z 28.06.2005 r. Rada Izby miała pełną świadomość, iż narusza prawo o czym świadczy

powołana wcześniej uchwała II Zjazdu Izby z 15.04.2005 r. Nie można też przeoczyć, że za podobne praktyki ukarana została Naczelna Izba Aptekarska albowiem wyrokiem z dnia 10.10.2001 r. (sygn.akt XVII Ama 106/00) Sąd Antymonopolowy oddalił odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu (nr DDP – 4/00 z 14.07.2000 r.), w której za praktykę ograniczającą konkurencję uznano m.in. uchwałę III Krajowego Zjazdu Aptekarzy wprowadzającą zakaz stosowania przez aptekarzy kart stałego klienta oraz rezygnowania z pobierania ustawowo określonych opłat (opłata ryczałtowa, dopłata powyżej limitu). Wyrok ten z pewnością musiał być znany Wielkopolskiej Izbie Aptekarskiej, co jest kolejnym argumentem przemawiającym za w pełni świadomym naruszeniem reguł konkurencji przez jej organ. Okolicznością obciążającą jest ponadto ograniczenie konkurencji na całym rynku właściwym skoro sporna uchwała dotyczy kierowników wszystkich aptek ogólnodostępnych funkcjonujących na obszarze właściwości Izby.

Jako okoliczność łagodzącą można potraktować jedynie brak utrudnienia przez Izbę postępowania antymonopolowego. Pomimo bowiem reprezentowania odmiennego stanowiska co do charakteru samorządu zawodowego jako związku przedsiębiorców Izba w terminie odpowiadała na wezwania Prezesa Urzędu, dostarczając niezbędnych do rozstrzygnięcia sprawy materiałów.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Prezes Urzędu uznał, iż kara w wysokości 25.000,00 PLN (słownie dwadzieścia pięć tysięcy,00/100), stanowiąca około 3% przychodu osiągniętego przez Izbę w roku 2004 oraz około 30 % górnej granicy kary będzie adekwatna do dokonanego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i należycie wypełni funkcję represyjno – wychowawczą, a z drugiej strony wymusi przestrzeganie porządku prawnego w przyszłości. Jednocześnie kara ta będzie odpowiednia do możliwości finansowych Izby.

Zgodnie z art. 105 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, kary płatne są w terminie 14 dni od uprawomocnienia się decyzji Prezesa Urzędu. Karę pieniężną należy wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000, w terminie 14 dni od uprawomocnienia się decyzji.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak na wstępie.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy *o ochronie o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479^{28} § 2 *Kodeksu postępowania cywilnego* – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu.

Otrzymuje:

Wielkopolska Izba Aptekarska Poznaniu
ul. Palacza 87, 60- 273 Poznań

za pośrednictwem pełnomocnika
Jana Nowaczyka
radcy prawnego